

معیار تشخیص استقلال و بی طرفی داور

سید فرهاد بطحائی**

عبدالله شمس*

تاریخ پذیرش: ۹۵/۹/۵

تاریخ دریافت: ۹۵/۵/۳۱

چکیده

امروزه استقلال و بی طرفی داور از مقبولیت جهان شمولی برخوردار است اما اختلافها راجع به معیار ارزیابی این دو به عنوان حقوق و تکالیف طرفین دعوا و داوران همچنان باقی است. اقتباس معیارهای جرح قضات دادگاه‌های دولتی، ممنوعیت کوچک‌ترین رابطه میان داور و هر یک از طرفین دعوا، طبقه‌بندی روابط در لیست‌های رنگارنگ، حاکمیت معیار نوعی برای تشخیص استقلال و حاکمیت معیار شخصی برای تشخیص بی طرفی از جمله کلیدهایی است که توسط اسناد بین‌المللی، قوانین ملی، دکترین و رویه قضایی در جستجوی حل این معما ارائه شده است که به نظر می‌رسد نه تنها گرهی از این مشکل نگشوده‌اند بلکه هر یک به نوبه خود قفلی بر قفل‌های قبلی آویخته و حصول اجماع را امری غیر ممکن نموده‌اند. معیار قانون و قواعد نمونه داوری آنستیرال مبنی بر «هر گونه اوضاع و احوالی که شک موجهی نسبت به استقلال و بی طرفی داور ایجاد نماید»، گرچه نسبت به سایر معیارها، تناسب بیشتری با نهاد داوری دارد، اما رهنمود خاصی برای اجرای آن ارائه نکرده است. در این مقاله تلاش شده است پس از بررسی و نقد دیدگاه‌های مطروحه، با در نظر گرفتن مختصات ویژه نهاد داوری، راهکاری مناسب برای تشخیص و رعایت استقلال و بی طرفی داور ارائه شود تا از این رهگذر، ضمن تحقق

** دانشجوی دوره دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

F_bathaie@yahoo.com

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

Shams@derakpub.com

دادرسی عادلانه، طرفین اختلاف، از داورى اشخاص مجرب و متخصص محروم نگردند.

کلیدواژگان

معیار نوعی - معیار شخصی - استقلال داور - بی‌طرفی داور.

مقدمه

گرچه اسناد بین‌المللی، قوانین ملی، دکترین و رویه قضایی، ضرورت رعایت استقلال و بی‌طرفی داور را مورد تأکید قرار داده‌اند اما معیار تشخیص این حقوق و تکالیف همچنان در هاله‌ای از ابهام است. در راستای رفع این ابهام، اقتباس معیارهای جرح قضات دادگاه‌های دولتی، ساده‌ترین و قدیمی‌ترین راهکاری است که رد آن در نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا به چشم می‌خورد. راهکاری که با همه قدمت و نواقصی که دارد، هنوز در جرح داوران مورد استناد برخی نظام‌های حقوقی است. عدم نظارت دادگاه دولتی بر جریان داور و همچنین عدم امکان پژوهش نسبت به آرای صادره از دیوان داور به‌زعم برخی، توجیه‌کننده اعمال معیار انعطاف‌ناپذیرتری است که به‌موجب آن هرگونه مراوده میان داور با هریک از اصحاب دعوا، قبل، بعد و در جریان رسیدگی داور ممنوع است. اعمال معیار نوعی برای تمیز استقلال و اعمال معیار شخصی برای تشخیص بی‌طرفی نیز از دیگر راهکارهایی است که در این راستا ارائه شده است.

مختصات ویژه نهاد داور به‌خصوص تمایل طرفین دعوا به داور اشخاص شناخته شده که در گذشته یا حال با او دارای روابط کاری بوده یا هستند و همچنین اصالت نهاد داور، اعمال چنین معیارهای خشک و انعطاف‌ناپذیری را بر نمی‌تابد و ضرورت ارائه معیاری متناسب با نهاد داور را دو چندان می‌کند. در همین راستا ماده ۱۲ قانون نمونه داور و مواد ۱۱ و ۱۲ قواعد نمونه داور آنسیترال «تردید موجه نسبت به بی‌طرفی یا استقلال» را ملاک جرح داوران معرفی نموده‌اند. دیدگاهی که الهام‌بخش برخی از قوانین داور ملی و همچنین قواعد داور سازمان‌های داور بوده است. اما این معیار با همه مقبولیتش در مرحله اجرا قادر به ارائه راهکاری مشخص به متوسلین این شیوه حل و فصل اختلافات نیست و موجبات تشست آرای محاکم را در این وادی فراهم نموده است تا آنجا که ادعا شده است معیار کلی واحدی برای تشخیص استقلال و بی‌طرفی داور وجود ندارد. این تضارب آرا به‌درستی تداعی‌کننده این سؤال است که با در نظر گرفتن ویژگی‌های نهاد داور، در عمل چگونه می‌توان داور مستقل و بی‌طرف را از غیر او تمیز داد؟ آیا برای تشخیص هریک از تکالیف استقلال و بی‌طرفی داور، معیاری واحد حکم فرما است یا ضرورت دارد برای هر یک معیاری جداگانه ارائه شود؟

در پاسخ به این سؤالات و استفاده عملی از معیار ارائه‌شده توسط قواعد و قانون نمونه آنسیترال، به نظر می‌رسد از آنجا که استقلال و بی‌طرفی هریک جلوه خاصی از حقوق و تکالیف طرفین دعوا و داوران است، لذا ضرورت دارد بین آنها تفکیک قائل شده و هریک را با سنگی مناسب محک زد. در این مقاله پس از بررسی معیارهای نوعی و شخصی (مبحث اول) که تاکنون برای ارزیابی استقلال و بی‌طرفی داور مورد استفاده قرار گرفته است، ضمن تفکیک میان معیار استقلال و بی‌طرفی، تلاش شده است در حد امکان پرده از زوایای مبهم معیار ارائه‌شده توسط قانون و قواعد نمونه آنسیترال برداشته شده و متناسب با نهاد داوری معیاری مناسب ارائه شود.

۱. معیارهای نوعی و شخصی

معیار در لغت به معنای «وسیله سنجش، آلت سنجش»^۱ آمده است. تشخیص و اعمال تکالیف استقلال و بی‌طرفی مراجع قضایای نیز در وهله اول نیازمند ارائه معیار و محکی است که در هر مورد ملاک ارزیابی رعایت یا نقض این حقوق و تکالیف باشد. بر این اساس برخی از آثار حقوقی، معیار تشخیص استقلال داور را نوعی^۲ و معیار بی‌طرفی داور را شخصی^۳ معرفی نموده و نوشته‌اند: «تعریف دقیق ویژگی‌های استقلال و بی‌طرفی داوران کار ساده‌ای نیست. به‌طور قطع، استقلال ظاهر می‌شود به‌عنوان یک موقعیت حقوقی یا واقعی که می‌توان آن را به‌صورت نوعی ارزیابی کرد، حال آنکه بی‌طرفی یک وضعیت ذهنی است، یک وضعیت روان‌شناسی با ماهیت شخصی»^۴ به نظر می‌رسد ارائه چنین معیارهایی آن‌قدر شفاف نیست تا امکان تشخیص داور مستقل و بی‌طرف از داور وابسته و جانب‌دار فراهم شود. تا آنجا که اظهار نظر شده است «امکان ترکیب جامع و مفصلی از رویه قضایی راجع به مفهوم استقلال و بی‌طرفی داوران در نظام‌های حقوقی مورد مطالعه به هیچ‌وجه وجود ندارد»^۵ ارائه راهکاری مناسب اقتضا می‌کند ابتدا هریک از معیارهای نوعی و شخصی در تشخیص این حقوق و تکالیف تبیین شود.

۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، جلد ۱۴.

2. Objective.

3. Subjective.

4. Fouchard, PH., Gaillard, E & Goldman, B. **Traité de L'arbitrage commercial international**. Paris, Litec, 1996, (p.582).

5. Poudret, J F et Besson, S; **Droit Comparé de l'Arbitrage International**, Paris, LGDJ, 2002, (p.376).

۱.۱ معیار نوعی استقلال و بی‌طرفی داور

نوعی در لغت، به معنای «مقرر شده برای نوع»، «مربوط به نوع»^۱ و اسم منسوب به نوع^۲ است. «نوع در اصول عبارت از آن کلی است که بر افراد متفق الاعراض مختلف الحقیقه دلالت می‌کند.»^۳ «در اصول و حقوق به چیزی که ویژه یکی از انواع و متمیز به آن باشد، نوعی گویند.»^۴ به این ترتیب به نظر می‌رسد در اصطلاح، منظور از معیار نوعی، محکی است که بدون در نظر گرفتن ویژگی‌های اختصاصی، صرفاً با مطمح نظر قرار دادن اوضاع و احوال اقران و امثال ملاک ارزیابی موضوعی معین قرار می‌گیرد. نویسندگان حقوق مدنی معیار نوعی را برای تمیز خطا از صواب مناسب یافته‌اند. به نظر ایشان «معیار تمیز خطا از صواب نوعی است و تقصیر مفهوم اجتماعی است نه روانی و اخلاقی»^۵ لذا «قطع نظر از شرایط جسمی و روحی خطاکار، باید دید کاری که از او سر زده با رفتار انسان معقول یا متعارف که معیار تمیز خطا است تعارض دارد یا با آن موافق است. به این ترتیب، تقصیر مفهومی نوعی و اجتماعی می‌یابد و جدای از شخصیت خطاکار مورد بررسی قرار می‌گیرد.»^۶

احصای بارزترین جهات جرح قضات در ماده ۳۴۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه و ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران متأثر از این دیدگاه است. نقش موازی داوری با دادگاه‌های دولتی در رسیدگی به دعاوی به‌زعم برخی توجیه‌کننده اعمال جهات جرح قضات دادگاه دولتی بر داوران است. برخی دیگر نیز پا را از این فراتر گذارده و هرگونه مراوده میان داور و اصحاب دعوا را ممنوع دانسته‌اند. این دو دیدگاه در این گفتار مورد مطالعه قرار گرفته است.

۱.۱.۱. اعمال معیارهای نوعی بی‌طرفی قضات دادگاه دولتی بر داوران

اقتباس معیارهای جرح داوران از معیارهای جرح قضات، از پیامدهای نظریه قضایی بودن داوری است. که به موجب آن «داوران بر همان مبانی جرح قضات قابلیت جرح دارند.» (ماده ۱۲

۱. دهخدا، علی‌اکبر، پیشین، جلد ۱۵.

۲. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴، جلد ۳.

۳. همان.

۴. همان.

۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، جلد ۱.

۶. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی وقایع حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.

کنوانسیون اروپایی^۱ (۱۹۶۶) لذا «در تعدادی از کشورها این معیارها صراحتاً بر داوران نیز قابل اعمال شناخته شده است.»^۲ بند ۱ ماده ۱۸ قانون الحاق به پیمان بین کانتونی راجع به داوری^۳ سوئیس نیز مقرر می‌دارد «طرفین دعوا می‌توانند بر همان مبانی جرحی که قانون فدرال سازمان قضایی ۱۶ دسامبر ۱۹۴۳ برای جرح اجباری یا اختیاری قضات فدرال مقرر نموده است و همچنین بر مبنای جهات جرح قواعد داوری که طرفین دعوا خود را ملتزم به رعایت آن دانسته‌اند، داوران را نیز جرح کنند.»

دیوان عالی فرانسه در سال ۱۹۹۰ در پرونده شرکت Graine d'Elise Clause این امکان را مورد تأیید قرار داد. به موجب این رأی «تعهد افشاگری که بر مبنای پاراگراف ۲ ماده ۱۴۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه بر داور تحمیل شده است بر این امر دلالت دارد که این اعلامیه باید مبتنی بر واقعیت‌های پیش‌بینی شده به وسیله یک متن قانون باشد... و اشاره می‌کند که اعتراض مطروحه علیه داور مصداق هیچ‌یک از موارد مندرج در ماده ۳۴۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه نیست و ادعای هیچ‌گونه توافقی نیز در این خصوص نشده است.»^۴ دادگاه در نهایت درخواست ابطال رأی داور را رد کرد. آن مرجع در رأی ۲۹ اکتبر ۱۹۹۱ موضع قبلی‌اش را تکرار کرد.^۵ ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز با اقتباس جهات جرح قضات مندرج در ماده ۹۱ همان قانون به مواردی اشاره کرده است که «عمدتاً برای جلوگیری از داوری کسانی است که بی‌طرفی و استقلال آنها می‌تواند مورد تردید واقع شود.»^۶

دادگاه عالی آمریکا نیز در رأی ۱۸ نوامبر ۱۹۶۸ صادره در دعوی Commonwealth Coating Corp. v Continental Casualty Co رأی‌اش مبنی بر ابطال رأی داور را بر «نیت قانون‌گذار فدرال» که قصد داشته است قواعد اخلاقی حاکم بر قضات مخصوصاً سی‌وسومین قاعده اخلاقی از آن قواعد را بر داوران نیز اعمال نماید، توجیه نموده است.^۷ به موجب قاعده

1. European Convention Providing a Uniform Law on Arbitration, Strasbourg, 20.I.1966.

2. David, R. *l'Arbitrage dans le Commerce International*, Economica. 1982. N 83, (p353).

3. Loi d'Adhésion au Concordat Inter Cantonal sur 'Arbitrage.

4. Revue de l'arbitrage, 1991, N°1, (p75).

5. Cité par, Henry, M; *Le Devoir d'Indépendance de l'Arbitre*. Paris, L. G. D. J, 2001, (p.297).

۶ شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته*، جلد سوم، تهران، انتشارات دراک، چاپ بیست‌وششم، پاییز ۱۳۹۳.

7. Pour une traduction de l'arrêt, vr. Revue de l'arbitrage, 1969, N°2, (p.69).

سی‌وسوم از قواعد اخلاقی مزبور «بر عهده قاضی رسیدگی‌کننده به دعوا است که در طول مدتی که به دعوا رسیدگی می‌کند یا زمانی که دعوا نزد او مطرح شده است در جلوگیری از هرگونه عملی که به‌طور متعارف امکان دارد منجر به شکی شود که روابط اجتماعی، کاری یا دوستی‌اش تأثیر مهمی روی رفتار قضایی‌اش داشته باشد، محتاط ظاهر شود.»^۱ در این دعوا علت ابطال رأی داور سوگیری یا تقلب داور نبود بلکه ابطال رأی مبتنی بر امتناع سرداور از افشای رابطه کاری با یکی از طرفین دعوا در زمینه موضوع داوری بود.

در این دعوا که یک طرف آن پیمانکار اصلی و طرف دیگر پیمانکار فرعی بوده است با ارجاع اختلاف به داوری، هریک مبادرت به تعیین یک داور نمودند. دو داور نیز یک مهندس مشاور که در خصوص موضوع اشراف کامل داشت را به‌عنوان داور سوم انتخاب نمودند. رأی به نفع پیمانکار اصلی صادر شد. اما پیمانکار فرعی یک‌سری روابط میان پیمانکار اصلی و داور سوم را افشا کرد که از رهگذر آن روابط، ۱۲۰۰۰ دلار عاید سرداور شده بود که به عقیده محکوم‌علیه، امتناع سرداور از افشای این روابط، بر مبنای بند ۲ از قسمت (a) ماده ۱۰ قانون داوری فدرال آمریکا که «جانب‌داری مسلم» را شایسته نقض دانسته است، توجیه‌کننده ضرورت ابطال رأی داور است. دادگاه بدوی پورتوریکو به‌موجب رأی که عینا توسط دادگاه پژوهش تأیید شده است، رأی داور را بی‌طرفانه تلقی نموده و درخواست ابطال رأی هیئت داوران را رد کرد. اما «اکثریت قضات دادگاه عالی آمریکا (۶ نفر از ۹ نفر قاضی) با یادآوری معیارهای انعطاف‌ناپذیر بی‌طرفی حاکم بر قضات دادگاه‌های دولتی و اشاره به رأی Tumey c/ Ohio که به‌موجب آن رأی، دادگاه عالی مقرر نموده است که در فرض وجود کوچک‌ترین منفعت نقدی برای قاضی، حکم صادره بایستی نقض شود، به این نتیجه رسیده است که استدلال دادگاه پژوهش مبنی بر اینکه «منفعت مادی مطروحه آنقدر ناچیز است که نمی‌تواند توجیه‌کننده برکناری قاضی دادگاه باشد» را رد نمودند.»^۲ و به این ترتیب حکم بر ابطال رأی داور صادر شد.

دادگاه عالی آمریکا معتقد است بی‌طرفی با همین شدت و حدت باید بر داوری نیز اعمال شود. به اعتقاد این دادگاه «هر مرجع قضاوتی ایجاد شده به‌وسیله قانون برای حل و فصل اختلافات نباید

1. Ibid. (p72).

2. Ibid. (p.71).

فقط از جانب‌داری ممنوع شده باشند بلکه باید از هرگونه ظاهر جانب‌دارانه نیز پرهیز کنند.^۱ همچنین اضافه می‌کند که «ما نمی‌توانیم تصور کنیم که قصد کنگره آمریکا این بوده است که طرفین دعوا را مجاز نماید که دعوای‌شان را به داوری اشخاصی بسپارند که معمولاً احتمال دارد به نفع یکی از طرفین دعوا و به زیان طرف دیگر دعوا جانب‌داری نماید.»^۲ عدم امکان کنترل داوران، در رسیدگی و اظهار نظر از دیگر مبانی توجیه این رأی می‌باشد با این بیان که «این درست است که داوران نمی‌توانند تمام روابطشان را با دنیای تجارت قطع کنند، زیرا، توقع نمی‌رود داوران تمام درآمدهای حاصل حل و فصل دعوای تجاری باشد و این بر عهده ما است که بر حسب مورد با دقت زیاد از بی‌طرفی داوران محافظت کنیم زیرا، داوران در اتخاذ تصمیم از آزادی کامل برخوردار هستند تا آنجا که تصمیمات‌شان قابل تجدید نظر نیست.»^۳

این دیدگاه قابل انتقاد است. با این استدلال که اگرچه داور همچون قاضی عهده‌دار حل و فصل دعوای است و رأی‌اش به محض صدور از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است. اما مختصات ویژه نهاد داوری مانع از اعمال معیارهای جرح قضات دادگاه‌های دولتی بر داوران است زیرا، معیارهای جرح قاضی مقرر در قوانین آیین دادرسی مدنی جامع و مانع نیست. جامع نیست از این رو، که می‌توان مصادیقی از عوامل مؤثر در زوال بی‌طرفی را یافت که از نظر برخی قانون‌گذاران مغفول مانده است که از آن جمله می‌توان به بند ۸ ماده ۳۴۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه اشاره کرد که قانون‌گذار فرانسوی وجود روابط دوستانه صمیمی را نیز از موجبات جرح قاضی بر شمرده است. جهت جرحی که از نظر قانون‌گذار ایرانی مغفول مانده و هیچ اشاره‌ای به آن ننموده است. همچنین بر مبنای این جهات، مشخص نیست چگونه می‌توان از قاضی یا داور توقع داشت در دعوایی که مادر رضاعی‌اش از بد حادثه یک طرف دعوا است، با رعایت بی‌طرفی اظهار نظر نماید.

همچنین این معیارها مانع اغیار نیست. زیرا؛ همه موارد مندرج در مواد مذکور به‌طور قطع موجب زوال بی‌طرفی داور نمی‌شود و قانون‌گذار صرفاً برای رفع هرگونه تردیدی رعایت آن موارد را برای قضات لازم و ضروری دانسته است. به‌عنوان مثال، به نظر دادگاه پژوهش پاریس، بر خلاف

1. Ibid. (p.72).

2. Ibid. (p.72).

3. Ibid. (p.72).

مفاد بند ۷ ماده ۳۴۱ قانون آیین دادرسی آن کشور، «این واقعیت که داور منصوب شده به‌وسیله یک شرکت از گروهی است که شرکت دیگری از همان گروه قبلا داور را به استخدام در آورده است یا الان در استخدام است، به خودی خود نمی‌تواند لطمه‌ای به استقلال داوران وارد کند.»^۱ دیوان عالی فرانسه نیز در رأی ۱۹ آوریل ۱۹۸۵ این دیدگاه را مورد تأیید قرار داد و اظهار نظر نمود که «به‌واسطه عدم طرح هرگونه درخواست جرحی، به صرف اینکه (یکی از داوران منتخب) یک کارشناسی مؤثری برای یکی از طرفین دعوا انجام داده است از لحاظ ماهوی لطمه‌ای به ترکیب دیوان داورى وارد نمی‌کند.»^۲ ایراد مهم‌تر اینکه، معیار بی‌طرفی قضات دادگاه دولتی در متون داخلی مورد اشاره قرار گرفته و مصادیقش عمدتاً منصرف از موارد جرحی است که بر داوران، مخصوصاً داوران بین‌المللی قابلیت صدق دارد. رنه داوید نیز بر این باور است که: «قانون جدید (۱۹۷۵) آیین دادرسی مدنی فرانسه از این اقتباس صرف‌نظر نموده است.»^۳

۱.۱.۲ معیار نوعی مبتنی بر ممنوعیت هرگونه مرادده میان داور با هریک از اصحاب دعوا

بر مبنای این نگرش که «عدالت نه تنها باید اجرا شود بلکه باید این‌گونه نیز به‌نظر برسد»، برخی از کنوانسیون‌ها و قوانین داورى معیارهایی ارائه داده‌اند که به‌موجب آن بدون اینکه امکان بررسی جوانب یک رابطه یا وضعیت وجود داشته باشد، به صرف تحقق اوضاع و احوالی خاص، موجبات جرح و سلب صلاحیت از داور را فراهم می‌دانند. به‌عنوان مثال، قواعد اخلاقی داوران در دعاوی تجاری^۴ منتشره در سال ۱۹۷۷ و اصلاحی ۲۰۰۴، تهیه شده، توسط کانون وکلای آمریکا «ABA»^۵ و انجمن داورى آمریکا «AAA»^۶، در بند (C) از معیار اول قواعد مقرر نموده است «بعد از قبول سمت و در دورانی که به‌عنوان داور انجام وظیفه می‌کند، داور بایستی از برقراری هرگونه رابطه اقتصادی، تجاری، حرفه‌ای، خانوادگی یا اجتماعی، یا جستجوی هرگونه منفعت شخصی یا اقتصادی، که احتمالاً بر بی‌طرفیش مؤثر است یا اینکه ممکن است به‌طور معمول ظاهر جانب‌دارانه یا سوگیرانه ایجاد نماید امتناع کند. بعد از یک مدت زمان معقول از صدور رأی

1. Revue de l'Arbitrage, 1978, N° 4, (p.503).

2. Revue de l'Arbitrage, 1986, N°1, (p.57).

3. David, R, Ibid. (p.354).

4. The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes.

5. American Bar Association.

6. American Association Arbitration.

نیز داوران بایستی از ایجاد چنین روابطی و یا جستجوی چنین منفعتی در اوضاع و احوالی که می‌تواند به‌طور متعارف دلالت بر این امر داشته باشد که داور در جریان داوری تحت تأثیر توقع یا چشم‌داشتی از رابطه یا منفعت بوده است امتناع نمایند.^۱ بر مبنای چنین معیاری، صرف وجود اوضاع و احوالی که تداعی‌کننده شبهه‌ای ولو کوچک از زوال بی‌طرفی باشد عزل و یا ابطال رأی داور ضرورت می‌یابد.

چنین دیدگاهی که انعطاف‌ناپذیرتر از معیارهای نوعی حاکم بر قضات دادگاه دولتی به‌نظر می‌رسد، از سوی برخی نویسندگان به شدت مورد نقد قرار گرفته و اظهار نظر نموده‌اند که «برای چه کسی صرف این واقعیت که داور یکی از مشاوران را می‌شناسد یا اینکه داور با داور دیگری که از قبل تعیین شده است در دعوی دیگری داوری نموده است، توجیه‌کننده ضرورت جرح داور است. چنین رویه‌هایی در داوری بین‌المللی جایگاهی ندارد اگر دست‌کم درک شود که داور صلاحیت و تجربه اصلیش را حفظ کرده است.»^۲ نویسندگان به‌طور منطقی اشاره می‌کنند که «هرکسی در دنیای داوری بین‌المللی می‌داند و این امری گریزناپذیر است که بعد از چندین سال که از داوری می‌گذرد، اکثر داوران فرصت همکاری در دیگر داوری‌ها با دیگر همکاران یا مشاوران‌شان را داشته‌اند»^۳ و از این امر این‌گونه نتیجه می‌گیرد که «از این همکاری نمی‌توان زوال استقلال را نتیجه گرفت بلکه بر عکس.»^۴ بنابراین وجود روابط قبلی میان داور و طرفین دعوا گریزناپذیر است. در این صورت اعمال معیارهای خشک و انعطاف‌ناپذیر نوعی بر داوران این تالی فاسد را به دنبال دارد که در بسیاری موارد طرفین دعوا از داوری داورانی متبخر و متخصص صرفاً به دلیل تحقق یکی از موارد به ظاهر جرح محروم شوند.

۱.۲ معیار شخصی استقلال و بی‌طرفی

«شخصی»^۵ در لغت به معنای «مخصوص کسی، منسوب به شخص» آمده است. «همچنین شخصی عبارت از امری است که به حالت عمل و یا فعلی ویژه باشد، بر خلاف آنچه که میان

1. AAA/ABA Code of Ethics, Canon I (C).

2. Lalive, Poudret, Reymond; *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Droit Suisse*, Cites par Henri, M, Ibid, (p.316).

3. Ibid.

4. Ibid.

5. Subjective.

حالات تمامی نوع مشترک باشد...^۱ به این ترتیب معیار شخصی، مطمح نظر قرار دادن «شرایط جسمی و روحی» شخص است. به عبارت دیگر، با اعمال معیار شخصی باید «شخصیت» شخص مورد نظر، مد نظر قرار بگیرد.^۲ بر این مبنا می‌توان گفت در اصطلاح منظور از معیار شخصی، محکی است که با در نظر گرفتن ویژگی‌های اختصاصی فارغ از وضعیت امثال و اقران، ملاک ارزیابی موضوعی معین قرار می‌گیرد.

با اعمال معیار شخصی که بیشتر برای ارزیابی بی‌طرفی مطمح نظر قرار گرفته است، صرف وجود اوضاع و احوالی که در نگاه اول دلالت بر فقدان بی‌طرفی دارد، نمی‌تواند توجیه‌کننده جرح داور باشد و سلب صلاحیت از داور مستلزم اثبات اوضاع و احوالی است که به‌طور قطع دلالت بر جانب‌داری داور داشته باشد. نظریه اقلیت^۳ قضات پرونده (Commonwealth Coating Corp. v Continental Casualty Co) از دادگاه عالی آمریکا مبتنی بر یک نظریه کاملاً شخصی است. مطابق نظر قضات مزبور رأی صادره از دادگاه عالی در پرونده فوق‌الذکر بر یک اصل کلی اشاره دارد که به‌موجب آن «اگر جدای از قرارداد طرفین دعوا، داور با یکی از طرفین یک رابطه تجاری ولو کوچک داشته باشد و از افشای این رابطه تجاری به طرف دیگر امتناع کند موضوع منجر به ابطال رأی داور می‌شود.» به نظر ایشان «با صدور رأی در این دعوا، برای اولین بار است که امتناع داور از افشای یک رابطه تجاری قبلی با یکی از طرفین دعوا بدون توجه به سایر اوضاع و احوال منجر به ابطال رأی صادره می‌شود.»^۴ به عقیده قضات مذکور در صورتی که داور داوطلبانه مبادرت به افشای روابط کاری‌اش با یکی از طرفین دعوا ننماید، این امتناع در نگاه اول یک اقدام جانب‌دارانه تلقی می‌شود و اگر طرف دعوا از طرح هرگونه اتهام جانب‌داری صرف‌نظر نماید به‌طور قطع این فرضیه جانب‌داری نیز سقوط خواهد کرد.^۵

از استدلال این سه قاضی، آقای ایژمن^۶ این‌گونه نتیجه‌گیری نموده است که «به نظر این قضات رأی داور وقتی منجر به ابطال می‌شود که؛

۱. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، پیشین، جلد ۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی وقایع حقوقی، پیشین.

۳. سه نفر از نه نفر قاضی عضو دیوان عالی آمریکا.

4. Revue de l'arbitrage, 1969, N°2, (p.74).

5. Ibid. (p.75).

6. Eisemann.

۶۲. طرفین دعوا بر داور شرط کرده باشند که مکلف است سایر روابط تجاری این چینی را افشا نماید.

۶۳. رفتار داور مورد نظر شک‌های موجهی نسبت به نیت، صداقت و عدالت داور ایجاد کرده باشد.^۱

به این ترتیب بر مبنای معیار شخصی، دیدگاه خاص داور نسبت به موضوع یا طرفین دعوا و یا معیارهای ویژه‌ای که مد نظر طرفین دعوا است، مبنای ارزیابی استقلال و بی‌طرفی داور را تشکیل می‌دهد که در دو بند ذیل به‌طور مجزا مورد بررسی قرار گرفته است.

۱.۲.۱ دیدگاه ویژه داور نسبت به موضوع یا طرفین دعوا

یکی از جنبه‌های شخصی که در اعمال بی‌طرفی حائز اهمیت بسیار است، دیدگاه شخصی داور نسبت به موضوع دعوا و طرفین آن است که با کمک معیار شخصی واکاوی می‌شود. بر این مبنای زوال بی‌طرفی عمدتاً نشئت گرفته از عقده و کینه‌های شخصی یا حسن نظر داور نسبت به موضوع و یا یکی از طرفین دعوا است. «پرونده قدیمی در این زمینه، پارکر علیه بوروگز^۲ است که دکتر تیتوس کیتس^۳ گمنام از خانواده‌ای که او را برای وعظ در مراسم تدفین دعوت نکرده بودند (تا به این سان، برابر رسم متداول آن هنگام برای خدمات خود هزینه‌ای دریافت کند) با داور شدنش در اختلافی پیرامون وصیت شخصی مرده و اعلام باطل بودن آن وصیت، انتقام گرفت.»^۴

طرفین دیوان دعوای ایران و آمریکا به خوبی بر تأثیر این دیدگاه‌ها بر روان داوران و نتایج حاصله واقف بودند که در انتخاب سرداور مواضع متعارضی اتخاذ نمودند. «داوران ایرانی علاقه‌مند به انتخاب داوری از جهان سوم بودند درحالی که داوران آمریکایی یک داور اروپایی را ترجیح می‌دادند. در نتیجه هرکدام خواستار تعیین داوری بودند که از نظر فرهنگی و همچنین

1. Eisemann, F; *Déontologie de l'arbitre Commercial International*, Revue de l'arbitrage, 1969, N°4, (p.225).

2. Parker v. Burroughs.

3. Titus Qates.

۴. پاول اسمیت، وینسنت، کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن‌لا، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، شماره ۲۳.

دیدگاه‌های حقوقی به آنها نزدیک‌تر باشد.^۱ حضرت مولانا اثرپذیری داور از موضوع یا طرفین دعوا را این‌گونه به‌نظم کشیده است:

چون غرض آمد هنر پوشیده شد صد حجاب از دل به سوی دیده شد
چون دهد قاضی به دل رشوت قرار کی شناسد ظالم از مظلوم زار

۱.۲.۲ معیارهای ویژه مورد نظر طرفین دعوا

در برخی موارد طرفین دعوا به منظور اطمینان بیشتر از تحقق استقلال و بی‌طرفی، اتصاف داور به شرایط خاص را لازم می‌دانند. اوصافی که ممکن است هیچ تأثیری بر روان داور در صدور رأی نداشته باشد اما به هر دلیلی طرفین دعوا وجود آن را لازم می‌دانند. به‌عنوان مثال، اگرچه در شرایط معمول «ملیت مشترک و یا اقامت در یک کشور برای جرح کفایت نمی‌کند»^۲ اما اگر طرفین در این خصوص شرط خاصی مقرر نمایند رعایت آن لازم و ضروری است. رعایت معیارهای شخصی مد نظر طرفین، تدوین‌کنندگان قانون نمونه آنسیترال را بر آن داشته است که در بند ۲ ماده ۱۲، عدم اتصاف داور به اوصاف مد نظر طرفین دعوا را نیز از موجبات جرح تلقی نماید. به‌موجب این بند «داور فقط در صورتی مورد جرح قرار می‌گیرد که ... واجد اوصاف مورد توافق طرفین نباشد...» همچنین قانون فدرال سوئیس راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی^۳، بند ۲ ماده ۱۱ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و بند ۴ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز با مضمونی مشابه به رعایت این مهم اشاره کرده‌اند.

اگرچه با اعمال معیار شخصی از بی‌طرفی داور اطمینان بیشتری حاصل می‌شود و به نظر، اجرای عدالت نیز بهتر احساس می‌شود، اما اعمال این معیار با این ایراد اساسی مواجه است که اساساً تشخیص بی‌طرفی یا سوگیری با کمک علائم و نشانه‌های خارجی امکان‌پذیر است حال آنکه اعمال معیار شخصی جز با واکاوی روانی داور امکان‌پذیر نیست. از این‌رو، باید گفت بر مبنای معیار شخصی به‌واسطه فقدان علائم خارجی بی‌طرفی، تحلیل و بررسی روان داور و ارزیابی استقلال و بی‌طرفیش در جریان هر داوری امری سخت و بسا غیرممکن است. همچنین ایراد

۱. اعتمادی، فرهاد، دادگاه داوری دعاوی ایران و آمریکا، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.

۲. Poudret, J F et Besson, S, Ibid, (p.371).

۳. Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

مهم دیگری که بر این شیوه وارد است عبارت است از اینکه این معیار، جرح‌های بی‌هدف و افشاهای غیرضروری اوضاع و احوال را افزایش می‌دهد.

۲. تفکیک میان معیار استقلال داور و معیار بی‌طرفی داور

ارائه معیاری مناسب اقتضا می‌کند اصل بی‌طرفی داور از اصل استقلال داور تفکیک شود و به این ترتیب در راستای تبیین وجوه تمایز این دو باید گفت، استقلال داور جنبه ساختاری داشته و به او چنان اقتداری اعطا می‌کند که هیچ قدرتی مجاز به تحمیل دیدگاه و خواست خود به داور نیست و داور تنها بر مبنای دیدگاه تخصصی خود به اختلافات رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید. در مقابل، بی‌طرفی که واجد جنبه شخصی است، ملکه‌ای نفسانی است که بر اساس آن قاضی بدون هیچ‌گونه حب و بغضی نسبت به طرفین دعوی، با در نظر گرفتن عدالت در خصوص موضوع رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید. «بی‌طرفی عدم تعصب است، حال آنکه استقلال عدم تعهد است. در استقلال مصونیت اصولاً در برابر عوامل خارجی است، ولی بی‌طرفی مصونیت از عوامل درونی است، که البته گاه تحت تأثیر شرایط خارجی شکل می‌گیرد».^۱ این تفاوت‌ها اقتضای معیارهای متفاوتی برای این دو دارد که در ادامه مورد اشاره قرار گرفته است.

۲.۱. اعمال معیار نوعی برای تشخیص استقلال داور

نقش پررنگ اراده طرفین در جای جای نهاد داور و تفاوت ساختار نهاد داور و دادگاه دولتی، مخصوصاً شهرت تئوری تفکیک قوا، استقلال قوه قضاییه و استقلال قاضی، موجب شده است از استقلال داور معنایی غیر از استقلال قاضی اراده نموده و آن را یک وضعیت عینی ممنوع‌کننده برخی روابط به‌ویژه روابط اقتصادی میان داور و یکی از طرفین دعوا تلقی نمایند. اما باید پذیرفت «داور کسی است که قانون به‌طور موقت و در مورد خاص وظیفه دادرسی را به او می‌سپرد و هنگام اجرای وظایف خویش یک مأمور عمومی است.»^۲ بر این مبنا به‌نظر می‌رسد معنای اصطلاحی استقلال داور نیز چندان دور از معنای لغوی آن نیست. به این معنا که بند B قاعده

۱. فضائی، مصطفی، *دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی*، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، *اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی*، تهران، نشر کانون وکلای دادگستری مرکز، ۱۳۷۳.

اول از قواعد اخلاقی داوران در دعاوی تجاری اصلاحی ۲۰۰۴، منظور از استقلال داور نیز عدم وابستگی او به هر شخصی از جمله طرفین دعوا، سازمان داوری و دیگر داوران است. «لذا معیار عینی یا نوعی در استقلال مطرح است.»^۱

استقلال داور در برابر طرفین دعوا به این معنا است که «داور، وکیل یا نماینده طرفین نیست و باید مستقل از معرفی‌کننده باشد و در رسیدگی و رأی نیز باید بی‌طرف باشد.»^۲ معنایی که بند ۱ ماده ۱۱ قواعد داوری مرکز داوری تجاری بین‌المللی اصلاحی ۲۰۱۲ نیز مد نظر قرار داده و مقرر نموده است «ضرورت دارد هر داور نسبت به طرفین دعوا مستقل و بی‌طرف باشد و این‌گونه باقی بماند.» دادگاه پژوهش پاریس نیز در دعوی KFTCIC c/ Icori Estero در ۲۸ ژوئن ۱۹۹۱ «صدور رأی به دور از هرگونه وابستگی از جمله نسبت به طرفین دعوا»^۳ را در مقام تحلیل استقلال ارائه داده است. دادگاه پژوهش ایالت کبک کانادا در دعوی که یک طرف آن دولت کانادا بوده و یکی از وزرای دولت به‌عنوان داور عهده‌دار رسیدگی به دعوی مطروحه شده بود این‌گونه اظهار نظر نموده است که «شرطی که به‌موجب آن توافق می‌شود اختلافات ناشی از قرارداد توسط یکی از طرفین قرارداد حل و فصل شود متناسب با شرایط استقلال و بی‌طرفی نیست بنابراین به‌واسطه مخالفت با نظم عمومی باطل می‌شود.»^۴ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی مشهد نیز در دادنامه شماره ۰۹۷۴۰۰۹۹۷۵۱۱۳۰-۸۹۰۹۹۷۵۱۱۳۰-۱۱/۸/۱۳۸۹ داوری یکی از طرفین دعوا را به منزله «حاکمیت نظر یکی از طرفین قرارداد بر دیگری ... و بر خلاف مقررات موضوع معرفی نموده است.»^۵

منظور از استقلال داور نسبت به سازمان داوری نیز این است که هر چند داور عضوی از آن سازمان تلقی می‌شود، اما این عضویت به معنای وابستگی نیست. بر همین مبنا ماده ۲۷ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی به منظور تأمین استقلال داور نسبت به سازمان داوری، به سازمان

۱. نیکبخت، حمیدرضا، **داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»**، تهران، نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۸.

۲. محبی، محسن، **نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی**، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۷۸، شماره ۳۴.

3. Revue de l'arbitrage, 1992, N°4, (p.568).

4. Desbois v. Industries A.C. Davie Inc., Court of Appeal of Quebec, Canada, 26 April 1990, [1990] CanLII 3619 (QC CA), available on the Internet at <http://canlii.ca/t/1pjlq>.

۵. به نقل از خدابخشی، عبدالله، **حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی**، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.

اجازه هیچ‌گونه مداخله در اتخاذ تصمیمات ماهوی را نداده است و در این خصوص مقرر می‌دارد: «مرجع داوری مکلف است، قبل از امضای رأی، پیش‌نویس آن را به دیوان داوری ارائه نماید. دیوان می‌تواند از لحاظ شکلی اصلاحاتی نسبت به رأی اعمال نماید و بدون اینکه اختیار تصمیم‌گیری مرجع داوری را تحت تأثیر قرار دهد می‌تواند نقطه نظرات ماهوی خود را نیز مطرح نماید. قبل از اینکه رأی از لحاظ شکلی مورد تأیید دیوان قرار بگیرد مرجع داوری مجاز به صدور رأی نیست.»

در نهایت استقلال داور در برابر دیگر داوران را باید این‌گونه تحلیل نمود که هیچ‌گونه برتری برای یک داور مخصوصاً سرداور نسبت به دیگر داوران در داوری‌های هیئتی وجود ندارد و همگی در موضع مساوی قرار دارند. به عبارت دیگر، همان‌طور که «دادرسی هنگام رسیدگی به موضوعات و ادعاهای مطروحه و اعمال حکم بر آنها و حتی تفسیری که از قانون ارائه می‌دهد، تابع قاعده سلسله مراتب اداری و تکلیف اطاعت از مقام بالاتر نیست، قضات در رسیدگی به دعوا و هر شخص ذی‌نفع در دعوا جدا تلقی می‌شوند و استقلال دارند»^۱، داور نیز ملتزم به رعایت هیچ قاعده سلسله مراتبی نیست و در راستای رسیدگی و اظهار نظر در موضوع دعوا الزامی به تبعیت از نظر دیگر داوران و حتی سرداور ندارد. فرد بودن تعداد داوران که در ماده ۱۴۵۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه اصلاحی سال ۲۰۱۱ مورد تأکید قرار گرفته است نیز دلیل روشنی است برای اثبات این نکته که هر داور در صدور رأی از استقلال نظر کامل برخوردار است تا چنانچه بین ایشان اختلاف نظر ایجاد شد نظر اکثریت فصل الخطاب قرار گیرد.

۲.۲. ترکیب معیارهای نوعی و شخصی برای تشخیص بی‌طرفی داور

به‌رغم اینکه منای قراردادی و قدرت قضایی ویژگی‌های مهم مأموریت داور است^۲ «با این وجود داوری دارای ماهیتی اصیل و انحصاری می‌باشد.»^۳ «این اصالت اقتضا می‌کند ما حامی نظر آن دسته از صاحب‌نظرانی باشیم که با اصل اقتباس جهات جرح قضات به داوری مخالف هستند. البته این مخالفت به این معنا نیست که در برخی موارد بتوانیم جهات جرح قضات را نیز مورد

۱. غمامی، مجید و محسنی، حسن، اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، میزان، ۱۳۸۶.

2. Fouchard, PH, Gaillard, E & Goldman, B. op. cit. (p.18).

۳. شمس، عبدالله و بطحائی، سید فرهاد. ماهیت حقوقی داوری. فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۹۴، شماره ۷۰.

استناد قرار دهیم.^۱ واقعیت این است که «هیچ قاعده کلی و عامی نمی‌توان در مورد نحوه حل این امور توسط نهادهای داوری یا دادگاه‌های ملی بیان داشت و مسأله تا حد بسیار زیادی به واقعیات ذی‌ربط بستگی خواهد داشت.»^۲ اما به منظور ایجاد یک خط مشی واحد باید پذیرفت از آنجا که «جانب‌داری حقیقی به طور معمول غیرقابل اثبات است.»^۳ و «جانب‌داری ذهنی از گفته‌ها، اقدامات و یا روابط خارجی استنباط می‌شود»^۴ واکاوی ذهن داور و کشف جانب‌داری واقعی جز با کمک معیارهای نوعی ممکن نیست. بنابراین چاره‌ای جز ترکیب معیار شخصی و نوعی وجود ندارد که بر اساس آن، معیار نوعی محور جرح قرار گرفته و با معیار شخصی در حد امکان پالایش و از خشکی و انعطاف‌ناپذیریش کاسته شود. معیار نوعی، با رنگ و بوی شخصی الهام بخش قانون نمونه آنسیترال و به تبع آن برخی قوانین ملی، اسناد بین‌المللی و رویه قضایی قرار گرفته است.

۲.۲.۱. معیار نوعی با رنگ و بوی شخصی در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی

به موجب ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال: «داور فقط زمانی ممکن است جرح شود که اوضاع و احوال موجود حاکی از شک موجهی نسبت به استقلال و بی‌طرفیش باشد...» همین معیار در قواعد نمونه داوری، تدوین شده توسط همان کمیسیون، اصلاحی ۲۰۱۰، تکرار شده است. حال در پاسخ به این سؤال که چه اوضاع و احوالی شک موجهی نسبت به استقلال و بی‌طرفی داور ایجاد می‌کند، اصول راهنمای قانون بین‌المللی وکلا راجع به تعارض منافع در داوری بین‌المللی^۵ که در بند ۲ قسمت اول با مضمونی مشابه، معیار مندرج در قانون نمونه آنسیترال را ملاک ارزیابی استقلال و بی‌طرفی داور قرار داده است، در بند ۳ همان قسمت «شک موجه» را این‌گونه تحلیل نموده است: «شک‌ها موجه هستند اگر یک شخص متعارف عالم به واقعیت‌ها و اوضاع و احوال دعوا این امر را محتمل بداند که داور تحت تأثیر عواملی جز آنچه که طرفین ارائه کرده‌اند

1. Henri, M, op. cit. (p.300).

۲. دی ام لیو، جولیان و میستلیس، لوکاس ای و ام کرول، استفان، **داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی**، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، انتشارات دانشگاه مفید، چاپ اول، پاییز ۱۳۹۱.

۳. نیکبخت، حمیدرضا، **پیشین**.

4. Born, G B; **International Commercial Arbitration**, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014, (p.1051),(p.1785).

5. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.

مبادرت به اتخاذ تصمیم نموده است.^۱ بر مبنای این تحلیل اظهار نظر یک شخص ثالث متعارف، دلالت بر نوعی بودن معیار تشخیص دارد. از طرفی ضرورت اشراف شخص ثالث بر اوضاع و احوال دعوا و مد نظر قرار دادن جنبه‌های شخصی، تعبیری جز تعدیل معیارهای نوعی با معیارهای شخصی ندارد.

یکی از مبانی رد درخواست جرح پروفیسور رنه داوید توسط دادگاه پژوهش ایالات متحده آمریکا در دعوی *Ethiopian Government V. Baruch-foster Corp.* مبتنی بر همین معیار است. به موجب رأی مزبور: «داور جرح شده (پروفیسور رنه دیوید) «در زمره یکی از معتبرترین حقوق دانان تطبیقی اروپا و جهان» و «فردی بسیار شریف و امین» است و لذا تحت هیچ‌گونه شرایطی نمی‌توان به آسانی او را در معرض شائبه جانب‌داری و گرایش به یکی از اصحاب دعوی قرار داد.»^۲

این معیار در اکثر کشورها با اقبال مواجه شد. قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۹۷۵ که تا قبل از اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۱۱ به منظور تأمین بی‌طرفی داور در ماده ۱۴۵۲ با بیانی انعطاف‌ناپذیر مقرر نموده بود «داوری که یکی از جهات جرح را نسبت به خود صادق می‌داند موظف است طرفین دعوا را از این وضعیت مطلع نماید. در این صورت فقط با توافق طرفین می‌تواند قبول سمت نماید»، و همان‌طور که پیشتر اشاره شد رویه قضایی نیز مصادیق آن را در جهات جرح قضات دادگاه دولتی مقرر در ماده ۳۴۱ قانون جدید آیین دادرسی مدنی جستجو می‌کرد، با اصلاحات صورت گرفته در سال ۲۰۱۱ در ماده ۱۴۵۶ این دیدگاه را تعدیل کرد و داوران را فقط ملزم به افشای مواردی نمود که با در نظر گرفتن وضعیت داور ممکن است نسبت به استقلال و بی‌طرفی شخص خودش اثرگذار باشد. لذا مقرر نمود «داور موظف است قبل از قبول مأموریتش هرگونه اوضاع و احوالی که ممکن است بر استقلال یا بی‌طرفیش اثرگذار باشد را افشا نماید...» ماده ۱۸۰ قانون فدرال سوئیس راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی، ماده ۲۴ قانون دآوری انگلستان، ماده ۱۲ قانون دآوری تجاری بین‌المللی ایران، ماده

۱. پاراگراف (C) از بند ۲ قسمت اول.

۲. تاپ‌من، مایکل، جرح و سلب صلاحیت از داوران در دآوری تجاری بین‌المللی، ترجمه: محمد جواد میرفرخایی، مجله حقوقی، بهار و تابستان ۶۹ شماره ۱۲.

۱۱ قواعد داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی اصلاحی ۲۰۱۲ نیز با مضمونی مشابه داور را مکلف به گزارش چنین اوضاع و احوالی نموده است.

قانون داوری فدرال آمریکا نیز بدون اینکه راجع به انتصاب یا جهات جرح داوران مقرر خاصی پیش‌بینی نموده باشد فقط در بند ۲ از ماده ۱۰، «جانب‌داری مسلم»^۱ را از موجبات ابطال رأی داور معرفی نموده است. به‌نظر یکی از مفسرین بر مبنای این عبارت، «قانون‌گذار فقط جانب‌داری «مسلم»، و نه «اعتقاد» به جانب‌داری و یا «شک جدی» نسبت به بی‌طرفی را از موجبات ابطال رأی داور تلقی نموده است.»^۲ زیرا، با اتمام پروسه داوری و صدور رأی، فقط جانب‌داری مسلم و عاری از هرگونه شک و تردید، موجبات ابطال رأی داور را فراهم می‌کند. «جانب‌داری مسلم» نیز به این معنا است که «یک «ناظر بی‌غرض» به این نتیجه برسد که داور مرتکب سوگیری یا طرف‌داری شده است.»^۳

۲.۲.۲. معیار نوعی با رنگ و بوی شخصی در رویه قضایی

نگاهی اجمالی به رویه قضایی فرانسه گویای این واقعیت است که دادگاه‌های فرانسوی نیز قائل به معیاری نوعی با رنگ و بوی شخصی هستند. به‌عنوان مثال، دادگاه پژوهش پاریس در رأی ۱۶ مارس ۱۹۷۸ ابتدا برخی اوضاع و احوال نوعی که منجر به شک نسبت به بی‌طرفی می‌شود مطرح کرد اما در نظر گرفتن سایر اوضاع و احوال را در این خصوص ضروری دانست. مطابق نظر این دادگاه «این واقعیت که داور منصوب شده به‌وسیله یک شرکت از گروهی است که شرکت دیگری از همان گروه قبلاً داور را به استخدام در آورده است یا الان در استخدام است، به خودی خود نمی‌تواند لطمه‌ای به استقلال داوران وارد کند.»^۴ دیوان عالی فرانسه نیز در رأی ۱۹ آوریل ۱۹۸۵ دیدگاه دادگاه پژوهش پاریس را مورد تأیید قرار داد و اظهار نظر نمود «به‌واسطه عدم طرح هرگونه درخواست جرحی، به صرف اینکه (یکی از داوران منتخب) یک کارشناسی مؤثری برای یکی از طرفین دعوا انجام داده است از لحاظ ماهوی لطمه‌ای به ترکیب دیوان داوری وارد نمی‌کند.»^۵ مرجع اخیر در حکم شماره ۹۶۳ صادره در ۲۰ اکتبر ۲۰۱۰، داوری را که ۵۱ مرتبه از

1. «Evident Partiality».

2. Born, G B; Ibid, (p.1770).

3. Ibid.

4. Revue de l'Arbitrage, 1978, N° 4, (p.503).

5. Revue de l'Arbitrage, 1986, N°1, (p.57).

سوی یک گروه به‌عنوان داور منصوب شده بود و به تفصیل در اعلامیه استقلال و بی‌طرفی این موضوع را مطرح نکرده بود فاقد صلاحیت اعلام نمود، با این استدلال که «ویژگی نظام‌مند انتصاب یک شخص معرفی‌شده به‌وسیله یک شرکت از یک گروه، کثرت و توالی حضورش در یک مدتی طولانی در دیگر قراردادهای، مصداق یک رابطه کاری میان این شخص و شرکت‌های گروهی است که طرفین دعوا به آن تعلق دارند؛ همین امر داور را موظف می‌نماید که کل این اوضاع و احوال را نزد طرف دیگر افشا نماید تا در صورت تمایل حق جرحش را اعمال نماید.»^۱ لذا دیوان رأی دادگاه پژوهش را نقض نمود.

در ۲۸ آوریل ۱۹۸۸ دادگاه پژوهش پاریس دوباره به رأی ۱۳ مارس ۱۹۸۱ که پیش‌تر به آن اشاره شد، نظری انداخت و آن را اصلاح و اظهار نظر نمود: «صرف این واقعیت که یک داور اوضاع و احوال نوعاً بدنام‌کننده بی‌طرفی را افشا نموده است نمی‌تواند اثبات‌کننده یک پیش‌داوری از سوی داور به نفع شرکتی که او را انتخاب نموده است باشد.»^۲ و در نهایت در رأی ۲ ژوئن ۱۹۸۹ همین مرجع در نظر گرفتن وضعیت ماهوی اثرگذار بر حکم داور را از لوازم ارزیابی بی‌طرفی داور معرفی نمود. به‌موجب این رأی «اوضاع و احوال اشاره شده برای اعتراض به استقلال یک داور بایستی به‌وسیله وجود روابط مادی یا معنوی با یکی از طرفین دعوا توصیف شود. یک وضعیت ماهوی اثرگذار بر حکم این داور با تلقی یک خطر قطعی از پیش‌داوری به نفع یکی از طرفین داوری.»^۳

در نهایت دادگاه بدوی پاریس در سال ۱۹۹۳^۴ و دادگاه پژوهش پاریس در سال ۱۹۹۵ در مقام رسیدگی به درخواست جرح بدون اینکه هیچ اشاره‌ای به ماده ۳۴۱ قانون مذکور بنمایند با بیانی کلی اظهار نظر نموده است: «اعتراض نسبت به استقلال داور بر مبنای روابط مادی و معنوی ایجادکننده یک خطر قطعی پیش‌داوری مؤثر بر رأی داور امکان‌پذیر است.»^۵ همان مرجع در رأی ۱۲ ژانویه ۱۹۹۹ مواضعش در رأی ۱۹۹۵^۶ را مورد تأکید مجدد قرار داد. به این ترتیب

1. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/963_20_1786.html. Dernier Vu: 3/2/2016.

2. Revue de l'Arbitrage, 1989, N° 2, (p.285).

3. Revue de l'Arbitrage, 1991, N° 1, (p.87).

4. Revue de l'Arbitrage, 1993, N° 3, (p.460).

5. Revue de l'Arbitrage, 1996, N° 3, (p.446).

6. Revue de l'Arbitrage, 1999, N° 2, (p.374).

«به نظر می‌رسد نظریه نوعی در فرانسه غلبه پیدا کرده است ولیکن این نظریه نوعی از نظریه شخصی متأثر شده است تا آنجا که می‌توان گفت هرگونه نظام‌مندی مردود تلقی شده است.»^۱

رویه قضایی ایالات متحده آمریکا نیز با این تحول بیگانه نیست. رأی دیوان عالی این کشور در پرونده Commonwealth Coating Corp. v Continental Casualty Co که اکثریت آن قضات معیارهای خشک و انعطاف‌ناپذیر بی‌طرفی حاکم بر قضات دادگاه‌های ملی را بر داوران نیز قابل اعمال می‌دانستند، مطمح نظر تمامی شش نفر قضات مزبور نبود زیرا، دو نفر از ایشان در نظریه جداگانه‌ای اظهار نظر نمودند که قائل به اقتباس آن شدت و حدت بی‌طرفی بر داوران نیستند. با این استدلال که ساختار نهاد داوری خاص و متفاوت از ساختار دادگاه‌های دولتی است. عین استدلال ایشان از قرار زیر است:

«دادگاه نمی‌تواند تصمیم بگیرد که داوران باید ملتزم به همان قواعد اخلاقی حاکم بر قضات دادگاه دولتی مندرج در ماده ۳۰ و دیگر قواعد حاکم بر قضات باشند. به این دلیل که داوران خود تاجر و عامل فعالیت‌های تجاری می‌باشند و این‌گونه نیست که به‌طور اتفاقی در زمان داوری با مسائل تجاری ارتباط برقرار کنند. این واقعیت مشخص می‌کند که صرف وجود یک رابطه تجاری با یکی از طرفین دعوا که متداعیین از قبل از آن آگاه بوده‌اند و یا در صورت عدم اطلاع، اگر رابطه مزبور مرسوم بوده باشد، به خودی خود موجب سلب صلاحیت داور نمی‌شود.» و در مقام نتیجه‌گیری این‌گونه اظهار نظر می‌کنند که «دلیلی برای سلب صلاحیت خودکار از داورانی که بهترین و قادرترین هستند وجود ندارد اگر طرفین دعوا از این رابطه تجاری مطلع شده باشند و یا در فرض عدم اطلاع طرفین، رابطه تجاری متداول باشد.»^۲

یک تصمیم جدید از دادگاه پژوهش ایالات متحده آمریکا از این نگرش نوعی با رنگ و بوی شخصی تبعیت نموده و به‌طور مشخص اظهار نظر کرد که یک «ظاهر سوگیرانه» برای تضمین ابطال رأی کفایت نمی‌کند. به‌موجب این رأی «در میان سایر شیوه‌های رسیدگی به دعاوی، داوری از دادرسی دادگاه‌های دولتی متمایز است زیرا، ظاهر جانب‌دارانه مبنایی برای جرح قضات است و بر داوران قابل اعمال نیست؛ فقط یک جانب‌داری مسلم، و نه به صرف ظاهر یا خطر

1. Henri, M, op. cit. (p.457).

2. Revue de l'arbitrage, 1969, N° 2, (p.72).

جانب‌داری، منجر به فساد یک حکم می‌گردد.^۱ در نظر گرفتن همین واقعیت‌ها موجب شد دادگاه‌های آمریکایی با بی‌تفاوتی نسبت به تصمیم دادگاه عالی آمریکا در پرونده امر قائل شوند که «نسبت به داوران در مقایسه با قضات دادگاه دولتی معیارهای خفیف‌تری از استقلال قابلیت اعمال دارد.»^۲

در نظام حقوقی ایران نیز قانون داورى تجارى بين‌المللى مصوب ۱۳۷۶ در ماده ۱۲ با تکرار عبارات مندرج در ماده ۱۲ قانون نمونه آنسیترال، قائل به معیار نوعی با رنگ و بوی شخصی است اما در زمینه داورى داخلی قانون‌گذار بی‌توجه به مفاد ماده ۱۲ مذکور، در ماده ۴۶۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، با اقتباس جهات جرح قضات دادگاه دولتی همچنان بر مواضع سنتی اصرار دارد. مذموم‌تر اینکه به طرفین دعوا امکان توافق بر خلاف جهات جرح مندرج در ماده مزبور را اعطا و مقرر نموده است: «دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین: ...» بر همین مبنا شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز در مقام تأیید دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۳۲ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ اظهار نظر نموده است: «داور ذی‌نفع به شرط تراضی متعاقدین می‌تواند حکمیت نماید.»^۳ همان مرجع در دادنامه‌های شماره ۱۴۳۳-۱۴۳۴ اظهار نظر نموده است: «نماینده و یا وکیل طرف قرارداد بودن مانع انتخاب به‌عنوان داور نیست.»^۴

از آنجا که سوگیری یا جانب‌داری امری غریزی است، امکان چنین توافقی از منظر روان‌شناسی قابل انتقاد است.^۵ علاوه بر این، امکان توافق بر خلاف قواعد راجع به استقلال و بی‌طرفی داوران، مخالفت با نظم عمومی است. با این استدلال که استقلال و بی‌طرفی «از ارکان اصلی یک رسیدگی عادلانه بوده و تا آنجا که مسئله قضاوت و داورى در میان باشد، باید از جمله اصول

1. Born, G B; Ibid, (p.1769).

2. Born, G B; Ibid, (p.1787).

۳. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، چاپ اول، نشر مرکز مطبوعات قوه قضاییه، ۱۳۹۲.

۴. بزندی، محمدرضا، **رویه قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور مدنی، داورى**. تهران. نشر جنگل، ۱۳۸۸.

۵. نگاه کنید به: بارون، رابرت؛ بیرن، دان؛ برنسکامب، نایلا، **روان‌شناسی اجتماعی**. ترجمه: دکتر یوسف کریمی، چاپ چهارم، نشر روان، پاییز ۱۳۹۰.

عقلی دانسته شود. زیرا، عدالت در قضاوت، دست کم به مفهوم عدالت عملی، قدر مشترک همه نظام‌های حقوقی عرفی و شرعی است و از جمله اصول اجباری دادرسی است که حتی به‌وسیله خود طرفین قابل عدول نبوده و آزادی آنان در تنظیم آیین داورى را محدود می‌کند.^۱ در همین راستا دادگاه استیناف آلمان اظهار نظر کرده است: «بی‌طرفی داوران یک اصل اساسی نظم عمومی جمهوری فدرال آلمان و نظم عمومی بین‌المللی است.»^۲ بر مبنای چنین انتقاداتی، تدوین‌کنندگان لایحه اصلاحی قانون آیین دادرسی مدنی، (که در تاریخ ۹۲/۴/۲۵، در مجلس شورای اسلامی اعلام وصول گردیده)، بر آن شده‌اند که از صدر ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی عبارت «مگر با تراضی طرفین» را حذف کنند.

۱. جنیدی، لیا، اجرای آرای داورى بازرگانی خارجی، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۸۱.

۲. جنیدی، لیا، قانون حاکم در داورى‌های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.

نتیجه‌گیری

استقلال و بی‌طرفی از لوازم تحقق عدالت در هر دادرسی است. در داوری نیز ارائه معیاری مناسب برای تشخیص استقلال و بی‌طرفی، ضرورتی حیاتی دارد. استقلال داور که جنبه ساختاری دارد، ناظر بر عدم وابستگی او به هر شخصی از جمله طرفین دعوا، سازمان داوری و دیگر داوران است که به داور چنان اقتداری اعطا می‌کند که هیچ قدرتی مجاز به تحمیل دیدگاه و خواست خود به داور نیست. در مقابل، بی‌طرفی که جنبه شخصی دارد، ملکه‌ای نفسانی است که بر اساس آن قاضی بدون هیچ‌گونه حب و بغضی نسبت به طرفین دعوا، در خصوص موضوع، عادلانه رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید. به عبارت ساده‌تر، استقلال مصونیت از عوامل برونی و بی‌طرفی مصونیت از احساسات درونی است.

به منظور رعایت استقلال و بی‌طرفی به نظر می‌رسد اقتباس معیارهای جرح قضات دادگاه‌های دولتی و همچنین ممنوعیت هرگونه مراد، قبل، بعد و در جریان داوری میان داور و هریک از اصحاب دعوا، که مورد نظر برخی قوانین ملی و اسناد بین‌المللی است، سختی با نهاد داوری ندارد زیرا، وجود روابط قبلی میان داور و طرفین دعوا امری گریزناپذیر است و اعمال این معیار نتیجه‌ای جز محرومیت طرفین دعوا از داوری داورانی متبخر و متخصص ندارد. اعمال معیار شخصی و بررسی دیدگاه داور نسبت به موضوع و طرفین دعوا در هر داوری نیز با این ایراد اساسی مواجه است که اساساً تشخیص بی‌طرفی یا سوگیری با کمک علائم و نشانه‌های خارجی امکان‌پذیر است حال آنکه اعمال معیار شخصی جز با واکاوی روانی داور امکان‌پذیر نیست. بنابراین معیار شخصی نیز به تنهایی قادر به تمیز سره از ناسره نیست.

به این ترتیب ضمن تفکیک میان استقلال و بی‌طرفی، به نظر می‌رسد اعمال معیار نوعی برای تشخیص استقلال مناسب‌ترین معیار است زیرا، وابستگی داور امری عینی است و از بررسی اوضاع و احوال حاکم بر روابط داور با طرفین دعوا، سازمان داوری، دیگر داوران و اشخاص ثالث قابل کشف است. اما از آنجا که بی‌طرفی مبتنی بر دیدگاه شخصی داور نسبت به موضوع و طرفین دعوا است ارائه معیاری مناسب برای اعمال بی‌طرفی به راحتی ممکن نیست. از بررسی جمیع معیارهایی که در این زمینه مطرح شده است، محوریت معیار نوعی و پالایش آن با معیارهای شخصی مناسب‌ترین راهکار است. با این توضیح که برای احراز بی‌طرفی معیارهای

نوعی محور جرح قرار گرفته، سپس بی‌طرفی داور با در نظر گرفتن سایر اوضاع و احوال حاکم بر موضوع دعوا و همچنین روابط داور با هریک از طرفین دعوا، از منظر یک شخص ثالث متعارف مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

راهکار قانون و قواعد نمونه آنسیترا ل نیز مبتنی بر معیار نوعی با رنگ و بوی شخصی است. با این توضیح که شک‌ها نسبت به استقلال و بی‌طرفی داور وقتی موجه هستند که یک شخص متعارف عالم به واقعیت‌ها و اوضاع و احوال دعوا این امر را محتمل بداند که داور تحت تأثیر عواملی جز آنچه که طرفین ارائه کرده‌اند مبادرت به اتخاذ تصمیم نموده یا خواهد نمود. معیار نوعی با رنگ و بوی شخصی این‌گونه باور شده است که، بی‌طرفی نمی‌تواند حاصل ایده ساده یکی از طرفین باشد بلکه این تکلیف بایستی بر یک رکن عینی بنا گذارده شده و با برخی ملاحظات شخصی تعدیل گردد. بر این مبنا به نظر می‌رسد تهافت آرا در رویه قضایی صرفاً ناشی از تغییر اوضاع و احوال شخصی در هر دعوا، و امری گریزناپذیر است.

فهرست منابع

الف) کتاب‌ها

۱. اعتمادی، فرهاد، دادگاه داوری دعاوی ایران و آمریکا، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴.
۲. جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۸۱.
۳. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
۴. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۵. دی ام لیو، جولیان و میستلیس، لوکاس ای و ام کرول، استفان، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، انتشارات دانشگاه مفید، چاپ اول، پاییز ۱۳۹۱.
۶. زندی، محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور مدنی، داوری، تهران، نشر جنگل، ۱۳۸۸.
۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، جلد ۱.
۸. غمامی، مجید و محسنی، حسن، اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
۹. نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی «آیین داوری»، تهران، نشر مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۸.
۱۰. مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، چاپ اول، نشر مرکز مطبوعات قوه قضاییه، ۱۳۹۲.

ب) مقالات

۱۱. پاول اسمیت، وینسنت، کشمکش‌زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لا، مجله حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۷۷، شماره ۲۳.
۱۲. تاپمن، مایک، جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجاری بین‌المللی، ترجمه: محمد جواد میرفخرایی، مجله حقوقی، بهار و تابستان ۶۹، شماره ۱۲.

۱۳. شمس، عبدالله و بطحائی، سید فرهاد، **ماهیت حقوقی داوری**، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۷۰.
۱۴. محبی، محسن، **نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی**، مجله حقوقی، زمستان ۱۳۷۸، شماره ۲۴.

ج) انگلیسی

15. Born, G B; **International Commercial Arbitration**, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014.
16. David, R. **l'Arbitrage dans le Commerce International**, Economica. 1982.
17. Eisemann, F; **Déontologie de l'arbitre Commercial International**, Revue de l'arbitrage, 1969, N°4.
18. Fouchard, PH., Gaillard, E & Goldman, B. **Traité de L'arbitrage commercial international**. Paris, Litec, 1996.
19. Henry, M; **Le Devoir d'Indépendance de l'Arbitre**. Paris, L. G. D. J, 2001.
20. Poudret, J F et Besson, S; **Droit Comparé de l'Arbitrage International**, Paris, LGDJ, 2002.
21. Revue de l'arbitrage.

