

استقلال و بی‌طرفی داور منصوب طرفین در داوری‌های بین‌المللی با تأکید بر آرای قضایی

(مقاله علمی - پژوهشی)

همایون مافی*

بهزاد قوامی**

سام محمدی***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۲۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۹

چکیده

هدف از داوری، رفع اختلاف است و همین امر داوری را به نهاد قضاوت نزدیک، و این تصور را ایجاد می‌کند که داور نیز باید دارای همان شرایطی باشد که برای قاضی ضروری است. استقلال و بی‌طرفی از جمله خصایص ضروری برای قاضی است. اما از سوی دیگر، نهاد داوری «انتخابی» است؛ به این معنا که داور یا داوران، منصوب طرفین اختلاف‌اند. این ویژگی حتی اگر با خصیصه قضاوتی بودن «داوری» منافاتی نداشته باشد و لزوم دارا بودن خصایص قاضی توسط داور را زیر سوال نبرد، دست‌کم ضرورت خصیصه استقلال و بی‌طرفی را در داور دچار تردید می‌کند. چون به طور معمول، اطراف اختلاف اشخاصی را برای داوری انتخاب می‌کنند که به نوعی با ایشان ارتباط دارند. این موضوع در داوری‌های سه نفره بیشتر نمود دارد؛ زیرا در این نوع داوری اساساً اطراف اختلاف از آزادی و اختیار کامل در انتخاب داور اختصاصی خود برخوردارند و علی‌القاعده در جستجوی داوری هستند که بیشترین همدمی را با ایشان داشته باشد. این مقاله با مذاقه در آرای قضایی، ضمن تفکیک مفاهیم استقلال و بی‌طرفی نشان می‌دهد رویکرد غالب در داوری‌های بین‌المللی ضروری بودن استقلال و بی‌طرفی داور و آمره بودن آن است و در این خصوص تفاوتی بین داور واحد و داور منتخب طرفین (در دیوان داوری) نیست.

کلید واژگان:

استقلال، بی‌طرفی، داور، داور واحد، هیئت داوری.

* استاد، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری (نویسنده مسئول)

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه مازندران

*** استاد، دانشکده حقوق دانشگاه مازندران

hmynmafi@yahoo.com

be.ghavami@yahoo.com

S.Mohammadi@mid.Ac.ir

مقدمه

دو اصل استقلال و بی‌طرفی داور از اصول بنیادین داوری هستند. مبنا و اساس این اصول نیز نشستن داور بر کرسی قضاوت است. رسیدگی به اختلاف توسط داور با هدف نیل به نتیجه‌ای که تا حد امکان منطبق بر عدالت باشد، صورت می‌گیرد و این مهم محقق نمی‌گردد، مگر اینکه مرجع رسیدگی‌کننده مستقل از اصحاب دعوا باشد و کاملاً بی‌طرفانه اتخاذ تصمیم نماید.^۱ استقلال و بی‌طرفی داور موجب تضمین یک رسیدگی منصفانه است. فقدان این ویژگی‌ها باعث می‌شود که نتوان به فرایند حل اختلاف اعتماد کرد و آن را عادلانه تلقی نمود. اهمیت اعتماد به سلامت نظام حل اختلاف به حدی است که به منظور تأمین آن در اسناد بین‌المللی بارها بر ضرورت وجود دو وصف پیش‌گفته تأکید شده است. به عنوان نمونه، انجمن بین‌المللی وکلای دادگستری (IBA) در سال ۲۰۱۴ با هدف تقویت این دو اصل قواعدی را وضع نمود. با وجود این، بحث در خصوص استقلال و بی‌طرفی داور از مسائل چالش‌برانگیز است؛ زیرا مقررات داخلی و بین‌المللی معمولاً تعریف مشخصی از مفاهیم یادشده به دست نداده‌اند. همین امر موجب طرح این سوال گردیده که آیا این دو واژه مشابه‌اند یا متمایز. برخی از حقوقدانان معتقدند میان دو واژه استقلال و بی‌طرفی باید قائل به تفکیک شد.^۲ در مقابل، برخی نویسندگان حقوقی عقیده دارند این دو مفهوم همپوشانی دارند.^۳ همچنین به اعتقاد برخی، تفکیک میان این دو مفهوم تنها از لحاظ نظری می‌تواند صحیح باشد و در عمل رویه‌های داوری و دادگاه‌های ملی میان آن دو تفکیک قائل نمی‌شوند.^۴ موضوع قابل بحث دیگر آمره یا تکمیلی بودن این اصول است. آیا این

۱. السان، مصطفی و ایلدار اقا قلیزاده خیوی، **داوری جانبدارانه و تقابل آن با اصول بنیادین حاکم بر داوری**. فصلنامه راهبرد، ۱۳۹۳، شماره ۷۰، ص ۶.

Franck, S. D. "The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity"; *New York Law School Journal of International and Comparative Law*. Vol.20.No.1(2000): p 4.

۲. مافی، همایون، **تشریح بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران**، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۱۷۴؛

Yu. & Shor, L. "Independence, Impartiality and Immunity of Arbitrators: US and English perspective", *LCLQ*. Vol.52 (2003): p 935.

3. Trakman, L. "The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered", *International Commercial Arbitration Law Review*, Vol.10(2007): p 60.

۴. جنیدی، لعیاء، **نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی**، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران با همکاری موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، چاپ اول، بهار ۱۳۷۸، ص ۵۹.

اصول با توافق طرفین قابل عدول است؟ آیا داوران اختصاصی طرفین به رعایت اصل بی‌طرفی ملزم‌اند؟ این مقاله در تلاش است با تکیه بر رویه قضایی به سوالات مذکور پاسخ دهد. در قسمت اول مفهوم استقلال داور، ضرورت استقلال داور و نقض این اصل مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در قسمت دوم مفهوم بی‌طرفی داور، ضرورت بی‌طرفی داور و نقض اصل یادشده تجزیه و تحلیل شده است. در قسمت آخر به موضوع تمایز استقلال و بی‌طرفی داور پرداخته شده و مسئله امری یا تکمیلی بودن این دو اصل بررسی شده است.

۱. مفهوم استقلال داور

در اصطلاح حقوقی، منظور از استقلال شخص این است که در انجام وظایفش از کسی دستور نگیرد. داور مستقل به فردی گفته می‌شود که هیچ رابطه نزدیک قبلی و فعلی حرفه‌ای و تجاری و شخصی با طرف دیگر یا مشاور و یا وکیل او ندارد. رابطه حرفه‌ای ممکن است شامل رابطه‌ای باشد که داور به عنوان مشاور، نماینده یا وکیل یکی از طرفین باشد. یک رابطه تجاری می‌تواند دربرگیرنده یک مشارکت تجاری باشد که در آن داور متصدی یک پست اجرایی یا غیر اجرایی یا شراکت در معامله تجاری با یکی از طرفین است. در مورد رابطه شخصی می‌توان به دوستی بلندمدت میان داور با یکی از طرفین اختلاف اشاره نمود.^۱ در واقع، استقلال به درجه چنان روابط بستگی دارد. هر چه این روابط نزدیک‌تر باشد، موجب استقلال کمتر داور می‌شود.^۲

۲. ضرورت استقلال داور

یکی از اصول بنیادین و مورد پذیرش همگانی داوری بین‌المللی این است که داوران باید مستقل از طرفین باشند و در خلال رسیدگی بر چنین کیفیاتی باقی بمانند. این امر از کارکرد قضایی هیئت داوری ناشی می‌شود.^۳

1. Trackman, Ibid: p 6.

2. Bastida.B.M."The Independence and Impartiality of Arbitrators IN International Commercial Arbitration", *Mercatoria* Vol.6, No.1.(2007): p 3.

۳. لیو، جولیان دی ام، لوکاس ای میستلیس و استفان ام کرول، *داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران: انتشارات دانشگاه مفید، چاپ اول، پاییز، ۱۳۹۱، ص ۷.

در سال ۱۹۷۰، دادگاه تجدید نظر پاریس در دعوی اوری علیه گالری لفیت^۱ به کلیه سؤالاتی که راجع به استقلال داور مطرح بود، پاسخ داد و اصول اساسی حاکم بر داوری در نظام حقوقی فرانسه را مشخص کرد. در این پرونده دادگاه به وضوح اعلام کرد که اولاً، داوران، نمایندگان منتخب هر یک از طرفین قرارداد نیستند، بلکه ایشان قضات دعوی هستند که به ایشان ارجاع شده است. ثانیاً، منبع داوری هر چه که باشد، استقلال، یکی از ویژگی‌های اساسی داوران بوده و برای اعمال قدرت قضایی ضروری است.^۲

در دعوی شرکت تأسیسات زیربنایی آفکون (با مسئولیت محدود) علیه شرکت راه آهن ویکاس نیگام (با مسئولیت محدود) در ۲۹ می سال ۲۰۱۷ در دیوان عالی هند، بحث و مناظره بر سر این قضیه بود که آیا کارمندان سابق خوانده به موجب بند ۵ بخش ۱۲ قانون داوری، صلاحیت منصوب شدن به داوری را دارند یا نه. شرکت آفکون در دادگاه اظهار داشت که انتصاب کارمندان سابق به عنوان داور که در گذشته با کارفرما روابط تجاری داشته‌اند، بی‌طرفی داور را زیر سؤال می‌برد. این شرکت ادعا می‌کرد که داور تعیین شده، کارمند و مشاور است و رابطه تجاری قبلی و فعلی با شرکت ویکاس نیگام خوانده دعا دارد. در مقابل، شرکت راه آهن ویکاس نیگام اظهار داشت که این شرکت دارای هویتی مستقل است و نمی‌توان ادعا کرد کارمندان سابق با آن ارتباط دارند. دادگاه، با توجه به اینکه انتخاب کارمندان پیشین شرکت خوانده موجب تردید جدی در استقلال و بی‌طرفی داوری می‌شود و اعتماد کامل در داوری از ملزومات این امر است، ضمن خاتمه دادن به دعا، اعتراض شرکت آفکون را وارد دانست و خوانده را به جایگزینی داور ملزم نمود.^۳

در دعوی شرکت هالبرتون علیه شرکت بیمه چاب برمودا (با مسئولیت محدود) در مورد بیمه خسارت انفجار و آتش‌سوزی سکوی نفتی خلیج مکزیک، شرکت هالبرتون دعوی را به داوری ارجاع می‌دهد و داور خود را در ۲۷ ژانویه سال ۲۰۱۵ انتخاب می‌کند. داور دیگر از طرف شرکت بیمه چاب انتخاب شد، اما هویت داور سوم از سوی داوران انتخابی مورد توافق واقع نشد. بنابراین

1. Ury v Galeries Lafayette.

2. Fuchard, PH. Gaillard, E& Goldman, B. *Traite de L'arbitrage Commercial International*, Paris: Litec, 1996: p 58.

3. <https://indiankanoon.org/doc/121425092/> Delhi High Court, Afcons Infrastructure Ltd. vs Rail Vikas Nigam Limited on 29 May, 2017, in THE HIGH COURT OF DELHI at New Delhi, Judgement of 29.05.2017.

تقاضای تعیین داور سوم به دادگاه تجدید نظر لندن ارائه گردید و این دادگاه در تاریخ ۱۲ ژوئن ۲۰۱۵، آقای (ام) را به عنوان داور منصوب نمود. آقای (ام) سر داور قبل از ابراز تمایل به انتصاب خود، فاش می‌کند که او قبلاً به عنوان داور در تعدادی از داوری‌هایی که شرکت چاپ در آن دخیل بود، اقدام کرده و اخیراً هم در دو مورد که شرکت چاپ در آن دخیل است، به عنوان داور منصوب شده است. در دسامبر سال ۲۰۱۵، آقای (ام) انتصاب خود را قبول می‌کند و شرکت هالیبرتون هیچ اعتراضی نمی‌کند. در ۲۱ دسامبر ۲۰۱۶، شرکت هالیبرتون ادعایی را مطرح کرد و خواستار صدور دستور برکناری (ام) به عنوان داور شد. درخواست هالیبرتون در ۱۲ ژانویه ۲۰۱۷ توسط دادگاه مورد رسیدگی قرار گرفت و در ۳ فوریه ۲۰۱۷، دادگاه رأی خود را مبنی بر رد درخواست صادر کرد. با توجه به دلایل موجود در پرونده و با در نظر گرفتن تمام ادله مطرح شده توسط شرکت هالیبرتون (شفاهی و کتبی)، دادگاه مقرر داشت که احتمال واقعی مغرض بودن آقای (ام) وجود ندارد و تجدید نظرخواهی را رد کرد.^۱

دیوان عالی کشور فرانسه نیز در رأی ۱۶ دسامبر ۲۰۱۵ در دعوی شرکت کلمبوس و سایرین علیه شرکت گوادلوپ و سایرین^۲ بر استقلال داور تأکید نمود. در این پرونده، دیوان حکم داد داور در اظهارات خود در زمان پذیرش داوری به ارتباطات خود با خواهان اشاره نکرده است و بر این اساس رأی داور را باطل کرد.^۳ در رویه دادگاه تجدید نظر پاریس اهمیت بسیاری به استقلال داده شده؛ به این صورت که یک داور را تحت تعهدی فرض کرده است که به عنوان قاضی در همان خصوص دارد: «استقلال داور برای نقش قضایی وی حیاتی است زیرا از زمان انتصاب او، وی در مقام قاضی فرض می‌شود که مانع هر نوع وابستگی با طرفین است».^۴

۳. نقض استقلال داور

سوالی که به آن پاسخ باید گفت، این است که اگر داور در پرونده‌های متعدد، به صورت مکرر، به عنوان داور انتخاب شده باشد یا با داوران دیگر در دیوان داوری یا با شاهد و کارشناس

1. Case No: A3/2017/0623, <https://www.law360.com/articles/1035221/chubb-wins-uk-appeal-to-keep-arbitrator-in-deepwater-case>.

2. Columbus v Guadeloupe.

3. *Cahiers de l'arbitrage*, no.3: 653 Date de parution, 01/12/2016.

4. Hascher, J.D. "Independence and Impartiality of Arbitrators", *AM. U. INT'L L. REV.* V.24, N4. (2012): p 795.

رابطه مالی یا حرفه‌ای یا شخصی داشته باشد، آیا استقلال وی نقض می‌گردد؟ ذیلاً این موارد و نیز نقش دوگانه داور/مشاور را به طور مبسوط مورد واکاوی قرار می‌دهیم.

۳.۱. انتخاب مکرر یک نفر به عنوان داور در پرونده‌های متعدد توسط یکی از طرفین دعوا
داوران ممکن است بر اساس انتصاب‌های مکرر خود به چالش کشیده شوند. در صورتی که داور به تکرار از سوی یک طرف تعیین شده باشد، طرف دیگر ممکن است نگرانی‌هایی در مورد استقلال او، و همچنین از این امر واهمه داشته باشد که استقلال داور با تمایل به انتخاب شدن در آینده لطمه ببیند.^۱ دیوان عالی کشور فرانسه در رأی ۲۰ اکتبر ۲۰۱۰ در پرونده دعوی یک زن و شوهر علیه شرکت پرودیم^۲ اظهار نظر کرد که ماهیت نظام‌مند انتصاب فردی به عنوان داور، شرایطی را در پرونده ایجاد کرده که استقلال داور مخدوش شده است.^۳ همچنین این دیوان در پرونده دعوی شرکت ساموکست علیه شرکت دی وی^۴ در رأی ۲۰ اکتبر ۲۰۱۰ تکرار انتصاب داوران را با توجه به شرایط پرونده موجب ابطال رأی داور دانست.^۵ با وجود این، دادگاه تجدید نظر پاریس در رأی ۶ دسامبر ۲۰۰۱ در دعوی شرکت سرف علیه شرکت دی وی^۶ مقرر داشت عمل تکرار انتصاب داوران به تنهایی برای ایجاد یک شک مشروع کافی نیست و عناصر خاص باید این تکرار را تشدید کنند تا باعث ابطال رأی یا جرح داور شود.^۷

۳.۲. ارتباط داور با دیگر داوران پرونده در داورهای سه نفره

طبق بند ۱ ماده ۱۰ مقررات دآوری مؤسسه دآوری هلند، مصوب ۲۰۰۱ «داور باید مستقل باشد. او نمی‌تواند روابط نزدیکی با همکار خود که داور است و همچنین با هیچ کدام از طرفین دعوا داشته باشد». بیشتر داوران، افرادی حرفه‌ای هستند و این امر برای آنها غیرطبیعی نیست که با یکدیگر روابطی داشته باشند. در یک دیوان دآوری چند عضوی، این امر طبیعی است که دو یا چند عضو دیوان، یکدیگر را بشناسند یا با یکدیگر روابط نزدیک داشته باشند و در حین فرایند

۱. لیو و دیگران، پیشین، ص ۲۸۰.

2. Prodim

3. <http://www.legifrance.gouv.fr/>

4. Somoclest v Dv

5. <http://www.fr.wikisource.org/>

6. Serf v Dv

7. Schurmans, Ibid: pp 24 -25.

داوری و پس از آن نیز این روابط را حفظ کنند. بسیاری از داوران از میان افراد حرفه‌ای انتخاب می‌شوند و طرفین دعوا به دلیل همین حرفه‌ای بودن، آنها را انتخاب می‌کنند. روابط پیشین داوران و ارتباطاتی که آنها با هم دارند، ممکن است بر استقلال آنها تأثیر گذارد و این امر ضروری می‌نماید تا چنین روابطی در حین تشکیل دیوان داورى به دقت مورد بررسی قرار گیرد. با وجود این، روابط بین داوران به ندرت به عنوان یک عامل تأثیرگذار بر استقلال آنها شناخته می‌شود. شاید به این دلیل که هیچ ارتباط روشنی بین روابط میان داوران با یکدیگر و نقض استقلال داور تاکنون یافت نشده است. علیرغم این امر، ارتباطات میان داوران، می‌تواند بر تعاملات بین آنها و همچنین بر کیفیت فرایند داورى و به طور غیرمستقیم بر نتیجه رأی صادره اثرگذار باشد. ممکن است کسی اینگونه توجیه کند داورانی که یکدیگر را می‌شناسند و متعلق به یک نهاد داورى‌اند، رأی خود را در قالب یک هیئت داورى که در حقیقت یک تیم محسوب می‌شود، صادر خواهند کرد و یک هدف مشترک را در صدور رأی خواهند داشت. می‌توان گفت روابط نزدیک بین داوران به طور ناخودآگاه یا خودآگاه بر مبانی حقوقی که آنها در صدور رأی اتخاذ می‌کنند، تأثیر می‌گذارد و از این طریق رفتار داوران را منحرف می‌کند و صحت رأی نهایی داورى را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در واقع، ممکن است یک داور به جای اینکه با توجه به موضوع رأی دهد، تحت تأثیر داور دیگر تصمیم بگیرد. علاوه بر آن، ممکن است دو تن از داوران با نزدیک شدن به یکدیگر نسبت به داور سوم دشمنی کنند و عملاً مانع از نقش‌آفرینی او در انشای رأی شوند.^۱

این در حالی است که بر اساس غالب مقررات داورى، داوران باید در طول فرایند دادرسی با حسن نیت به یکدیگر مشاوره دهند و حتی رئیس هیئت داورى نیز از آنها مشاوره بگیرد. هدف چنین تعاملاتی این است که تمام داوران عضو هیئت داورى از طریق شور و مشورت حقیقت را کشف کنند. اما مبادله این دیدگاه‌ها و شور و مشورت بین آنها باید به گونه‌ای باشد که انتقادبرانگیز نبوده و در عین حال داورانی که نظریه آنها اقلیت است، استقلال خود را حفظ کرده، با وجود این، رئیس هیئت داورى با حفظ استقلال خود هر رأی را که لازم می‌داند، صادر کند.^۲

1. Nathan. K V S K. "The Independence of Arbitrators", *Amicus Curiae*, Issue 68, November/December (2006): pp 18-21.

2. Hascher, *Ibid*: p 799.

۳.۳. ارتباط داور با شاهد و کارشناس

هرگونه ارتباط مستقیم و غیرمستقیم کاری بین داور و شخصی که به عنوان شاهد بالقوه مهم شناخته می‌شود، به طور معمول تردیدهای قابل توجه را نسبت به استقلال داور مطرح خواهد کرد. او باید قبول انتصاب را در چنین شرایطی رد کند، مگر اینکه طرفین دعوا به صورت مکتوب موافقت کنند که او به دعوا رسیدگی کند. بند ۳-۳ کد اخلاقی کانون وکلای بین‌المللی نیز به این امر تصریح دارد. به موجب این بند، هر رابطه مستقیم یا غیر مستقیم کاری موجود بین داور و یک طرف داور یا با کسی که به عنوان شاهد بالقوه مهم معرفی شده، معمولاً تردیدهای موجه نسبت به استقلال داور مورد نظر برای انتخاب برمی‌انگیزد. در سال ۱۹۸۸، دولت ایران در دیوان داورای دعوی ایران و امریکا، آقای رابرت براینر رئیس سوئسی شعبه ۲ دیوان را مورد جرح قرار داد. نامبرده قبل از الحاق به دیوان در یکی از شرکت‌های فرعی شرکت چند ملیتی مورگان استانلی مقام مهمی در اختیار داشت، حال آنکه شرکت در پرونده شرکت نفتی آموکو علیه ایران که در شعبه ۲ تحت رسیدگی بود، به عنوان شاهد خبره خواهان تعرفه شده بود. در پی این جرح، داور مذکور مجبور به استعفا گردید.^۱ همین وضعیت در مورد کارشناس هم برقرار است. دادگاه انگلیس در پرونده‌ای که در آن یک مشاور حقوقی به عنوان کارشناس از جانب مشاور یکی از طرفین دعوا معرفی شده بود، در بررسی معنای «استقلال» به این نکته توجه کرد که آیا رابطه میان کارشناس پیشنهادی و طرف دعوا به اندازه‌ای است که دیدگاه کارشناس را متأثر سازد و کارشناس را به طور ناروا جانبدار آن طرف نماید. دادگاه نظر داد که چنین رابطه‌ای وجود داشت و کارشناس مستقل نبود.^۲

۳.۴. ارتباط داور با مشاور طرف دعوا

امروزه تحولات در داورای تجاری بین‌المللی شرایط جدیدی را ایجاد کرده که باعث ایجاد تضاد مهم منافع شده است. داوران، اغلب شرکای شرکت‌های حقوقی فراملی با دفاتر بسیاری در سراسر جهان هستند. در چنین شرایطی آیا یک داور می‌تواند مستقل از مشاور طرف دعوا باشد که به شعبه دیگری از همان شرکت تعلق دارد؟ بیشتر داوران حرفه‌ای بین‌المللی، وکلای

۱. مافی، همایون، پیشین، صص ۱۷۴-۱۷۵.

۲. لیوو دیگران، پیشین، ص ۲۸۰.

حرفه‌ای متعلق به دارالوکاله‌های بین‌المللی‌اند که می‌تواند موجب شکل‌گیری مافیای بزرگی در این حوزه گردند. همین امر حساسیت توجه به این موضوع را آشکار می‌کند.^۱ طبق رویه عملی اتاق بازرگانی بین‌المللی، در این موارد، احتمالاً ارتباط بین داور و مشاور به اندازه کافی نزدیک است تا بتواند بر استقلال داور تأثیر بگذارد. در واقعیت، این روابط ممکن است پیچیده‌تر باشد. همان‌طور که کارلواریس^۲ خاطر نشان می‌کند، داور ممکن است شریکی داشته باشد که در کشور دیگری زندگی کند و متعلق به دفتر یک شرکت حقوقی باشد که به یکی از شرکت‌های متعلق به همان گروهی از شرکت‌ها که به عنوان یکی از طرفین داوری است، در امور کاملاً متفاوت مشاوره می‌دهد. در این خصوص، «معیار اصلی که اتاق بازرگانی بین‌المللی تصمیمات خود را در مورد این مسائل، بر مبنای آن اتخاذ می‌کند، منفعت اقتصادی داور در نتیجه داوری و همچنین سیستم تقسیم سود احتمالی موجود بین دفاتر مختلف شرکت‌های حقوقی درگیر است».^۳

۳.۵. آشنایی با موضوع رسیدگی

شرایطی که داور قبلاً به موضوع پرونده خاص پرداخته است، ممکن است به عنوان عاملی برای درخواست رد صلاحیت استفاده شود. نوشته‌های علمی داور یا اظهارات علنی او ظاهراً جانبداری را نشان می‌دهد؛ زیرا آشنایی با موضوع را ثابت می‌کند. مصداق بارز آن زمانی است که داور سابقاً نظریه‌ای حقوقی در خصوص موضوع متنازع‌فیه صادر کرده باشند.^۴ مثال خوب برای این مورد رد صلاحیت در پرونده یورباسر در مقابل آرژانتین^۵ است که در آن شاکی، داور منصوب خواننده مک لاجلن^۶ را به چالش کشید. به گفته مدعی، مقالات پروفیسور مک لاجلن در مورد مسئله کاربرد اصل ملل کامله‌الوداد در حل و فصل اختلافات معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه ثابت کرد که او موضوعات مورد بحث در داوری این پرونده را پیش‌داوری کرده است. این چالش با این استدلال که «نظرات بیان‌شده یک نوشتار دانشگاهی است و شخص ثالث معقول و آگاه

۱. فاطمی، احمد و علی گل تبار، محسن، *نظام داوری در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۷۵.

2. Carlevaris

3. Bastida, Ibid: p 8.

۴. مافی، همایون، پیشین، ص ۱۷۴.

5. Urbaser v. Argentin

6. McLachlan

می‌فهمد که داور به چنین نظراتی بدون توجه به حقایق، شرایط و استدلال‌ها، اتکا نخواهد کرد» رد کرد. با وجود این، باید اظهار نظر در خصوص موضوع اختلاف یا داشتن پیش‌داوری نسبت به موضوع را از موجبات جرح داور دانست.^۱

۳.۶. نقش دوگانه داور - مشاور

مسئله بحث برانگیز وقتی مطرح می‌شود که شخصی که رابطه مهم و بالفعل با یکی از طرفین دارد و مثلاً وکیل دعاوی یا مشاور وی است، به عنوان داور انتخاب می‌شود یا فردی به عنوان داور در یک پرونده و به عنوان مشاور در پرونده مشابه دیگری عمل می‌کند و ممکن است این تصور را ایجاد کند که تغییر نقش برای آگاهی از اقدامات دیگران است. به این وضعیت «سر درگمی نقش»^۲ می‌گویند.^۳

در حال حاضر، هیچ قاعده صریح و روشنی درباره نقش دوگانه داور و مشاور در داوری‌های تجاری بین‌المللی وجود ندارد.

در دعوی شرکت تکنی مونت علیه آواکس^۴ در جولای ۲۰۰۹، دادگاه تجدید نظر پاریس رأی داوری را باطل کرد. در این پرونده رئیس هیئت داوری مشاور یک مؤسسه حقوقی بزرگ بود. رئیس هیئت داوری برای شرکت تکنی مونت یا شرکت‌های وابسته به عنوان مشاور یا وکیل عمل نکرده بود، اما سایر وکلا در مؤسسه حقوقی وی در شش موضوع مختلف مربوط به این شرکت و شرکت‌های تابعه به عنوان مشاور و داور عمل کرده بودند.

رئیس هیئت داوری اعلامیه استقلال را از ابتدا با عدم افشای این روابط صادر کرده بود. دیوان داوری علیه شرکت آواکس رأی صادر کرد. شرکت آواکس به این دلیل که رئیس دیوان داوری به وظیفه خود در خصوص افشا عمل نکرده بود، به این رأی اعتراض کرد و دادگاه تجدیدنظر رأی داوری را به این دلیل که رئیس دیوان نتوانسته بود وظیفه خود را در مورد افشای

1. Schacherer, S. "Independence and Impartiality of Arbitrators A Rule of Law Analysis" *Seminar: International Investment Law and the Rule of Law*, January (2018): p 14.

فاطمی، احمد و علی گل تبار، محسن، پیشین، ص ۱۷۴.

2. Role confusion

3. Schachere, op.cit.: pp 12-14.

4. Tecnimont Spa v. J&P Avax.

اطلاعات فوق انجام دهد و این امر باعث ایجاد تردیدهای معقول در مورد استقلال وی شده است، باطل کرد.^۱

در دعوی یورکو علیه دولت لهستان^۲ که در سال ۲۰۰۶ رسیدگی شد، قاضی شوبل^۳ به عنوان داور، رابطه صمیمانه‌ای با شرکت حقوقی سیدلی آستین^۴ که در آن زمان نماینده شرکت کارگیل^۵ در دعوی دیگر بین این سرمایه‌گذار و دولت لهستان بود، داشت. اگرچه قاضی شوبل شخصاً درگیر اختلاف شرکت کارگیل علیه لهستان نبود، با شرکت سیدلی آستین که حداقل در دو اختلاف بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان به عنوان مشاور عمل کرده بود، همکاری داشت و همانند شرکت سیدلی آستین، دفتری را در همان ساختمان داشت. لهستان استدلال کرد که این روابط، شک و تردیدهای قابل توجهی در مورد استقلال داور ایجاد کرده است و آنها این اصل که «عدالت نه تنها باید انجام شود، بلکه باید وقوع آن نیز دیده شود» (که در پرونده‌های قضایی در دادگاه اروپایی حقوق بشر توسعه یافته است) را نقض کرده‌اند. دادگاه بدوی بلژیک این چالش را رد می‌کند و دلیل خود را اینطور بیان می‌دارد که چون قاضی شوبل اظهار داشته است وی شخصاً درگیر پرونده شرکت کارگیل نبوده و هیچ مدرکی علیه آن وجود ندارد، لذا، تنها حقیقتی که احتمالاً از درخواست لهستان حمایت می‌کند، این است که داور مربوطه نیز دفتری در همان ساختمان که شرکت سیدلی آستین دارای دفتر بوده، داشته است. طبق نظر دادگاه، این واقعیت (داشتن دفتر) برای حفظ سوءظن در مورد استقلال داور کافی نیست.^۶

دعوی گالو علیه دولت کانادا- نفتا^۷ مطروحه در سال ۲۰۰۹، مجموعه دیگری از حقایق را ارائه می‌دهد که در آن خدمات هم‌زمان داور و مشاور در امور سرمایه‌گذاری باعث ایجاد شک و تردید در مورد استقلال و بی‌طرفی داور می‌شود. در آن قضیه، مدعی پس از اینکه فهمید داور آقای توماس^۸ و مؤسسه حقوقی وی هم‌زمان به عنوان مشاور دولت دیگری از نفتا (مکزیک) در

1. <https://www.whitecase.com/>

2. *Eureko v. Poland*

3. Judge Schwebel

4. *Sidley Austin*

5. *Cargill*

6. *Eureko v. Poland*, RG 2006/1542/A, 22 December 2006; Sheppard, A. (2009) *Arbitrator independence in ICSID arbitration*. C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch & S. Wittich (Eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, p.147.

7. *Gallo v. Canada- NAFTA*

8. *Thomas*

مورد مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری فعالیت می‌کنند، انتصاب توماس را به عنوان داور به چالش کشید. مکزیک به عنوان یکی از طرفین نفتا، می‌توانست از تفسیر دیوان داوری در اختلافات آتی خود منتفع شود. با توجه به ماهیت این چالش، مرجع ناصب خاطر نشان کرد که معیار قابل اعمال، ماده ۱۰ (۱) قواعد داوری آنسیترال است که مقرر می‌دارد: «در صورت وجود شرایطی که منجر به تردیدهای قابل توجهی در مورد بی‌طرفی یا استقلال داور شود، داور ممکن است مورد جرح قرار گیرد». وضعیت فعلی شرایطی را ایجاد کرده است که در آن امکان دارد اینگونه برداشت شود که حکم داور ناشی از منافع بالقوه او به عنوان مشاور دولت مکزیک است. با وجود این، مقام ناصب پیشنهاد مدعی برای رد صلاحیت داور را رد کرد. با این حال، با اعمال استاندارد عمومی ۲ (c) رهنمودهای کانون بین‌المللی وکلا اظهار داشت، از دیدگاه یک «شخص ثالث معقول و آگاه»، در صورت ادامه خدمات مشاوره حقوقی آقای توماس به دولت مکزیک، در حالی که اختلافات فعلی در جریان بوده باشد، می‌توان تردیدهایی قابل توجهی در مورد استقلال وی به عنوان داور را احراز کرد. بدین ترتیب، مقام ناصب نتیجه گرفت که آقای توماس مجبور است یا از سمت خود به عنوان داور استعفا دهد یا خدمات مشاوره خود را به مکزیک برای بقیه داوری متوقف کند.^۱

۴. مفهوم بی‌طرفی داور

بی‌طرفی به معنای جانبداری و تمایل ذهنی نسبت به طرفین یا موضوع است.^۲ قوانین مختلف داوری معمولاً تعریف روشنی از اصطلاح بی‌طرفی یا رهنمودی برای تفسیر آن ارائه نداده‌اند.^۳ اما نوشته‌های حقوقی، هر یک معنای فوق را با تعابیر متفاوت تکرار کرده‌اند. مقصود از بی‌طرفی این است که مرجع رسیدگی نباید به طرف یکی از طرفین دعوا نظر خاص داشته باشد و خواهان موقعیت برتر یکی و موقعیت بدتر دیگری نباشد، بلکه باید در رسیدگی و استماع اظهارات طرفین و بررسی ادله آنها کمترین فرق و تبعیض بین آنها قائل نشود^۴ و یک طرف را به

1. Bernasconi, N. & Johnson, L. & Marshal, F., "Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel", *New Delhi: IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, 27-29 October (2010): pp 17-27.

2. Steenkamp, T., "Independence And Impartiality of Arbitrators", Dissertation Submitted in Fulfillment of the Requirements for the Degree Magister Legum at the North-West. University (Potchefstroom Campus), 2007: p 76.

۳. لیو و دیگران، پیشین، ص ۲۷۳.

۴. مافی، همایون، پیشین: ص ۱۷۴.

دلایلی که با تصمیم منطقی در مورد شایستگی پرونده ارتباط ندارد، بر طرف دیگر ترجیح ندهد.^۱ بدین لحاظ، بی‌طرفی برخلاف استقلال که یک ویژگی عینی و ناظر بر رفتار بیرونی است، جنبه شخصی دارد و به همین دلیل نسبت به مفهوم استقلال، پیچیده‌تر، انتزاعی‌تر و تشخیص فقدان آن نیز دشوارتر است.

۵. ضرورت بی‌طرفی داور

بی‌طرفی از بدیهی‌ترین اصول دادرسی است و آن‌گونه که لرد هوارد^۲ گفته است، ریشه در قواعد عدالت طبیعی دارد.^۳ قواعد عدالت طبیعی، ضوابط حداقلی تصمیم‌گیری منصفانه هستند که بر اشخاص و نهادهای دارای صلاحیت رسیدگی قضایی تحمیل می‌شوند. اصول عدالت طبیعی مشتمل بر دو قاعده «طرف دیگر را بشنو و هیچ‌کس نمی‌تواند در دعوی خود قاضی باشد» چنان بدیهی هستند که نیاز به مبنای قانونی ندارند.^۴

رفتار جانبدارانه موجب می‌شود داور صلاحیت لازم را از دست بدهد و حالت ذهنی او که گرایش به یک سمت است، بر وجدان او که باید قضاوت عادلانه نماید، غلبه کند و او را به سمت یک طرف گرایش دهد که در آن شرایط قادر نیست وظایف خود را به نحو بی‌طرفانه به انجام رساند. وضعیت پیش‌ساخته و مشرب متمایل به یک سمت سبب می‌شود که نتواند آزاد و رها به نظر و قضاوت عادلانه برسد.^۵ این در حالی است که داور باید مقتضیات عدالت طبیعی را که رسیدگی عادلانه است، رعایت کند و به همان ترتیبی با موضوع مطرح شده در نزدش رفتار نماید که دادرس منصوب از سوی دولت رفتار می‌کند.^۶

1. Trakman, Ibid: p 7.

2. Heward

3. Steenkamp, Ibid: p 72.

۴. حیدری، سیروس، اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن لو، تهران: مجله مطالعات حقوقی، سال دوم، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۱۲۷.

۵. امیر معزی، احمد، *داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی*. تهران: انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۲۱۱.

۶. اشمیتوف، کلایو ام، *حقوق تجارت بین الملل*، جلد ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۹۹۴.

۶. نقض بی‌طرفی داور

بی‌طرفی داور ضامن صحت جریان رسیدگی است. رسیدگی مستقل و بی‌طرفانه داور باید از بدو رسیدگی تا صدور رأی ادامه یابد.^۱ در همین خصوص، دادگاه نیویورک رأی داد که داور در یک جایگاه شبه قضایی قرار دارد و باید بی‌طرفی را نسبت به هر دو طرف رعایت کند؛ به نحوی که رأی مبنی بر صداقت، امانت و بی‌طرفی صادر کند.^۲ دیوان عالی انگلیس نیز در پرونده جیوارج علیه هاشوانی^۳ در سال ۲۰۱۱ اظهار نظر کرد، هدف غالب از تعیین داور، حل و فصل بی‌طرفانه اختلاف بین طرفین است. هر چند قرارداد بین طرفین و داوران یک قرارداد ارائه خدمات شخصی محسوب می‌شود، خدمات مذکور، خدمات شخصی بر اساس صلاحدید طرفین محسوب نمی‌شود.^۴ در پرونده دیگری در سال ۲۰۰۶، دادگاه آلمانی به دلیل اینکه داور منصوب یکی از طرفین اخیراً به عنوان کارشناس منصوب دیوان دآوری، در پرونده جداگانه‌ای، برای اخذ شواهد بین همان طرفین اقدام کرده بود، رأی بر تأیید جرح داور داد.^۵

در دعوی امیویر، لونسکی، کوتیر علیه آی تی ام^۶ در سال ۲۰۱۱، رابطه بین رئیس دیوان دآوری و یکی از داوران توسط خواهان مورد اعتراض قرار گرفت. خواهان مدعی بود این رابطه باعث ایجاد تردید درباره بی‌طرفی کل هیئت دآوری شده است. خواهان ادعا کرد همکاری معمول رئیس هیئت دآوری در هیئت ویراستاری یک مجله حقوقی که داور دیگر عضو آن بود، باعث ایجاد ارتباط ذهنی و مالی بین آنها شده است. دادگاه تجدید نظر پاریس ضمن تأکید بر ضرورت بی‌طرفی داور، چنین نظر داد که هیچ رابطه رئیس مرئوسی و هیچ رابطه کاری آن‌طور که امیویر و سایرین مدعی آن بودند، بین رئیس دیوان و داور وجود ندارد و نتیجه‌گیری کرد که با توجه به شرایط این پرونده، هیچ دلیلی بر اثبات وجود تمایل و جانبداری واقعی از سوی رئیس هیئت در نگاه یک ناظر عادل وجود ندارد.^۷

۱. مافی، همایون، پیشین، ص ۱۷۰.

2. Henry, M. " Le Devoir d'independance de l'arbitre", Paris:, *L.G.D.J* (2001): p 167.

3. Jivraj v. Hashwani

۴. مافی، همایون، پیشین، ص ۱۷۴.

5. Oberlandesgericht Karlsruhe, Germany, 10 Sch 02/06, 4 July 2006, available on the Internet at <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-karlsruhe-az-10-sch-02-06-datum-2006-07-04-id1294>.

6. Emivir, Loniewski, Gauthier v. ITM.

7. Hascher, Ibid: p 798.

۷. تفکیک استقلال از بی‌طرفی داور

پرسش این است که استقلال و بی‌طرفی به چه معناست؟ آیا این دو واژه مترادف‌اند یا متمایز. برخی معتقدند اصطلاح بی‌طرفی می‌تواند شامل اصطلاح استقلال نیز باشد؛ به طوری که ضابطه و ملاک اصلی فقط بی‌طرفی است.^۱ اینان معتقدند در اهمیت بی‌طرفی داور همین بس که گفته شود بی‌طرفی داور شرط لازم، بلکه کافی برای دادرسی عادلانه و منصفانه است.^۲

کمیته مشورتی تدوین قانون داورى ۱۹۹۶ انگلستان در خصوص عدم نیاز به شرط استقلال در انتخاب داور گفته‌اند: «فقدان استقلال مهم نیست، مگر اینکه موجب شک قابل قبولی نسبت به بی‌طرفی داور شود. بی‌طرفی، اولین مبنای جرح داور است. اگر نبود استقلال نیز موجب جرح داور شود، فقط به‌خاطر خدشه در بی‌طرفی است. در غیر این صورت، ضرورتی ندارد به استقلال به‌عنوان مبنای مستقل جرح توجه شود.»^۳ به همین دلیل در قانون داورى ۱۹۹۶ انگلیس هیچ اشاره‌ای به استقلال نشده است. بر همین اساس، دادگاه‌های انگلستان به ایراد عدم استقلال توجه نمی‌کنند، مگر اینکه عدم استقلال اثبات‌کننده عدم بی‌طرفی داور باشد. در همین خصوص، دادگاه تجدید نظر انگلستان در دعوی ای تی تی علیه شرکت کابل سعودی^۴ در سال ۲۰۰۰، با این استدلال که معیار استقلال به عنوان دلیل جداگانه عزل داور در قانون داورى انگلستان ذکر نشده است، از بررسی تصمیم دیوان داورى اتاق بازرگانی مبنی عدم استقلال داور خودداری کرد.^۵ درست است که مفاهیم استقلال و بی‌طرفی مشابه به نظر می‌رسند، علی‌رغم این امر تفاوتی چند بین آنها وجود دارد. مفهوم استقلال با رابطه شخصی، اجتماعی یا مالی بین داور و طرفین یا وکلای شخصی آنها مرتبط است. مفهوم استقلال یک مفهوم عینی است و همواره امکان تعیین ارتباط بین داور و طرف مورد نظر او وجود دارد. ولی، مفهوم طرفداری یک مفهوم انتزاعی است

۱. تاپ من، مایکل، جرح و سلب صلاحیت از داوران در داورى تجارى بین المللى، ترجمه محمد جواد

میرفخرایی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ۱۳۶۹، شماره ۱۲، ص ۱۷۲.

2. Redish, M. & B. Lawrence & C. Varshal, "Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process", *Yale.L.J.* 455 (2001): p 12.

3. Born, G.B. *International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, Vol. II, 2014: p 1776.

4. AT&T and Others v Saudi Cable Company.

5. Steenkamp, *Ibid*: p 60.

که صرفاً به واسطه وقایع قابل اثبات است.^۱ در همین خصوص، گفته شده بی‌طرفی به این معناست که داور نباید نسبت به یکی از طرفین توجه ویژه داشته باشد؛ در حالی که استقلال این است که داور تحت کنترل هیچ‌یک از طرفین دعوا نباشد.^۲ استقلال به یک وضعیت به‌نوعی ممنوع‌کننده برخی روابط، مخصوصاً اقتصادی میان داور و یکی از طرفین اطلاق می‌گردد. ولی بی‌طرفی یک مفهوم شخصی است، به معنای فقدان پیش‌داوری از سوی داور.

نتیجه اینکه، استقلال و بی‌طرفی دو مفهوم مجزا هستند و در یک نگاه دقیق قابلیت جایگزینی با یکدیگر را ندارند. بر اساس این دیدگاه، بی‌طرفی داور به این معناست که داور مغرضانه عمل نمی‌کند و تعصب نسبت به موضوع پرونده یا طرفین ندارد؛ در حالی که استقلال به معنای نداشتن رابطه مالی حرفه‌ای و شخصی با طرفین دعوا یا وکلای ایشان است. به همین دلیل، داوری که با وجود داشتن استقلال، بی‌طرفی خود را رعایت می‌کند، ممکن است سلب صلاحیت نشود و واجد شرایط تلقی گردد، اما از داور مستقلاً که از یکی از طرفین داوری جانبداری می‌کند، سلب صلاحیت شود.^۳ بدیهی است مفاهیم استقلال و بی‌طرفی در عین تمایز ظریفی که با یکدیگر دارند، نمی‌توانند بیگانه تلقی شوند. در حقیقت، منطقی که در ورای تعهد به استقلال نهفته است، برای تضمین این مطلب است که رابطه داور با یکی از اشخاص دخیل در پرونده به گونه‌ای نزدیک نباشد که بتواند به جانبداری داور از وی منجر گردد.^۴

۸. بی‌طرفی داور منتخب طرفین در هیئت داوری سه نفره

در داوری‌های سه‌نفره، هر یک از طرفین در جستجوی داوری هستند که بیشترین قرابت را با ایشان داشته باشد؛ این امر موقعیت این داوران را در مقایسه با داور واحد مقداری متمایز می‌کند. این امر و نیز نقش انحصاری هر طرف در انتخاب داور خود، بیش از داوری‌های انفرادی، این سوال را مطرح می‌کند، آیا داوری که به طور انحصاری توسط هر یک از طرفین انتخاب می‌شود، مانند داور واحد ملتزم به رعایت استقلال و بی‌طرفی است؟

1. Bastida, Ibid: pp 3-4.

2. Born, Ibid: p 1776.

3. Yu & shore, Ibid: p 935.

4. Redfern, A. & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet & Maxwell, 2003: p 223.

این امر مفروض انگاشته شده که داوران تحت حاکمیت مقررات استقلال و بی‌طرفی هستند و با همین «معیار»، یا معیاری که «به همان اندازه دقیق است»، ارزیابی می‌شوند.^۱ در مقررات دآوری هیچ تمایزی بین داوران منصوب به طرفین و سرداور از حیث استقلال و بی‌طرفی وجود ندارد، اما ماهیت دآوری سه نفره به گونه‌ای است که امکان دارد داوران منصوب طرفین متقاعد شوند می‌توانند از منافع طرف ناصب خود حمایت کنند.^۲ استقلال و بی‌طرفی داور در این موارد هر چند از لحاظ نظری قابل دفاع است، از نظر عملی در تضمین و اجرای آن تردید جدی وجود دارد. در این شرایط به نظر می‌رسد توقع بی‌طرفی کامل از داوران منصوب طرفین چندان با واقعیت‌های موجود سازگار نباشد.^۳

به همین دلیل، برخی معتقدند داور منصوب به طرفین عملاً می‌تواند درجه پایین‌تری از استقلال و بی‌طرفی داشته باشد. آنچه مهم است و باید ممنوع اعلام شود، کتمان است که منتهی به نابرابری می‌شود. در همین راستا ایالات متحده آمریکا اجازه بطلان رأی داور به علت طرفداری را نمی‌دهند، مگر اینکه طرفداری به داور سوم نسبت داده شود. در اظهار نظر معروف دیوان عالی دادگستری ایالات متحده، وظیفه قضاوت در مورد بی‌طرفی داور به طرفین اعطا می‌شود که معماران ویژه روند دآوری خودشان هستند و به بهترین وجه از استانداردها و عرف‌های اخلاقی در درون مشاغل خود آگاه هستند. به موجب این رأی، طرفین دعوا، خواه عمومی باشند یا اشخاص خصوصی، حاکمان و رؤسای دادرسی خود هستند، حق انتخاب استقلال کمتر یا بیشتر را دارند. آنچه در اسناد بین‌المللی در خصوص استقلال و بی‌طرفی داوران آمده، در واقع یک موقعیت پیش‌فرض به معنای نشان دادن انتظارات معقول طرفین است.^۴

مارتین هانتز^۵ داور اختصاصی را این چنین توصیف می‌کند: «وقتی من یک موکل را در دآوری نمایندگی می‌کنم، چیزی که واقعاً در انتخاب داور به دنبالش هستم، کسی است با تمایل قلبی حداکثری به موکلم ولی با اظهار حداقل آن تمایل». پرفسور فضل‌الله نیز در مورد این نوع دآوری گفته است: «سیستمی که در آن هر یک از طرفین یک داور انتخاب می‌کند، مشکل بتواند

1. Gelinas, F. "The Independence of International Arbitrators and Judges: Tampered With or Well Tempered?", *New York International Law Review*, Vol. 24, No. 1. (2011): p 27.

2. Bastida, *Ibid*: p 7.

۳. السان، مصطفی و ایلدار اقا قلیزاده خیابوی، پیشین، صص ۵-۳۸؛ مافی، همایون، پیشین، صص ۱۷۸.

4. Gelinas, *Ibid*: p 38.

5. Martin Hunter

به محکمه‌ای منجر شود که کاملاً نسبت به اطراف دعوا و دغدغه‌های آنان بی‌طرف باشد». پرفسور ال کوشری و آقای کریم یوسف نیز چنین نوشته‌اند: «طرفین معمولاً رویکردی دوگانه به مقوله استقلال دارند. آنان انتظار قانونی و مشروع استقلال و رفتار قاضی‌مآبانه از داور منصوب طرف دیگر دارند، در حالی که انتظار جانبداری از داور منصوب خود دارند»^۱.

داور وکیلی نیست که موظف باشد سرداور را مجاب کند. او باید از ایفای نقش نماینده طرف ناصب و هر نوع جانبداری خودداری نماید و با فکری آزاد دعوا را مورد بررسی قرار دهد و نباید بر اساس ذهنیت سابق خود اظهارنظر کند و از هر رفتاری که این تصور را ایجاد کند به یکی از طرفین توجه ویژه دارد، پرهیز کند. عهدی که او با خود بسته، باید در رفتارش متجلی شود.^۲ در همین خصوص، دادگاه تجدید نظر پاریس در پرونده دعوی شرکت فرتال علیه شرکت مدیریت فناوری اطلاعات^۳ در رأی ۲۸ اکتبر ۱۹۹۹ بر ضرورت استقلال و بی‌طرفی داور منصوب طرفین تأکید کرد.^۴

دادگاه نیویورک نیز در رأی مورخ ۱۹۵۶ در دعوی شرکت بیمه آتش‌سوزی آمریکن علیه شرکت بیمه نیوجرسی^۵ رأی داد که داور منتخب باید از همان میزان استقلال برخوردار باشد که سرداور ملزم به رعایت آن است.^۶

همه قواعد تعیین شده برای داوری بین‌المللی مستلزم معیارهای مشابهی برای داور منصوب طرف دعوا و داور اصلی یا منفرد است. داور طرف دعوا ممکن است زمینه را مستعد برای طرف دعوایی کند که او را منصوب کرده است، اما در سایر زمینه‌ها متعهد است عادلانه عمل کند. داور طرف دعوا قادر است تا با طرفی که او را منصوب کرده، در خصوص انتخاب داور اصلی یا هر جنبه دیگری از قضیه مکاتبه کند، مشروط به اینکه ابتدا سایر داوران و طرفین را آگاه کند. الزام به بی‌طرفی و استقلال در اکثر قواعد داوری مانند آنسیترال، اتاق بازرگانی بین‌المللی، کنوانسیون

1. Hascher, 2012: p 796.

مافی، همایون، پیشین، ص ۱۷۵.

2. Henry, Ibid: p 324.

3. Frétal v/ SA ITM Entreprises.

4. Schurmans, Marie, " L'indépendance et l'impartialité de l'Arbitre: entre apparence et réalité", Faculté de droit et de criminologie (DRT), 2017: p 19.

5. American Eagle Fire Insurance Company v/ New jersey Insurance Company.

6. David, R. "l'Arbitrage dans le Commerce International", *Economica*. (1982): p 350.

اکسید و مرکز داوری لندن، انجمن داوری آمریکا و کانون بین‌المللی وکلا مورد تأکید است. در بیشتر مؤسسات داوری در سراسر جهان داور باید از دیدگاه نظری بی‌طرف باشد.^۱

۹. آمره یا تکمیلی بودن استقلال و بی‌طرفی داور

در مباحث قبل، راجع به ضرورت استقلال و بی‌طرفی داور صحبت شد. در این قسمت به پاسخ این سوال می‌پردازیم که اصول استقلال و بی‌طرفی جزء اصول آمره یا تکمیلی هستند. این امر روشن است، برخلاف قاضی ملی که منبع قدرت خود و احکام خود را در قانون پیدا می‌کند، این قوانین، داور را به این مقررات ملزم نمی‌کند. با وجود این، همان‌طور که در قضیه شرکت هوساک تیونل داک علیه شرکت جیمز و برین^۲ مطرح شد، داور «یک کارمند شبه قضایی» است و بنابراین دادگاه حکم داد که بی‌طرفی، استقلال و آزادی در مقابل نفوذ ناخواسته در داوری باید مورد حمایت قرار گیرد.^۳

اصل بی‌طرفی از ارکان یک رسیدگی عادلانه بوده و جزء اصول عقلی شمرده می‌شود. به همین دلیل، عدالت در قضاوت، دست‌کم به مفهوم عدالت عملی، قدر مشترک همه نظام‌های حقوقی و از جمله اصول اجباری دادرسی است که حتی به وسیله خود طرفین قابل عدول نیست. در رویه داوری بین‌المللی نیز نوعی اجماع در مورد اینکه داوران باید بی‌طرفانه عمل کنند، شکل گرفته است و نزدیک به همه سیستم‌های حقوقی جهان پذیرفته‌اند، داوران در یک داوری بین‌المللی ملتزم به رعایت استقلال و بی‌طرفی هستند.^۴

برخی نویسندگان، غیر قابل عدول و آمره بودن استقلال و بی‌طرفی را به نظم عمومی نسبت داده‌اند. به اعتقاد ایشان، مهم‌ترین شرایط لازم برای قضاوت کردن نظم عمومی است. لذا داور باید نسبت به طرفین دعوا شرایط استقلال و بی‌طرفی را که بر هر قاضی تحمیل می‌شود، رعایت کند. 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». باید توجه کرد نظم

1. Bastida, Ibid: pp 7-8.

2. Hoosac Tunnel Dock and Elevator v. James W. O'Brian.

3. Bastida, Ibid: p 1.

4. Strauss, D "The Growing Consensus on International Commercial Arbitration", *American Journal of International Law*, Vol.68(1974):714--Born, Ibid: p 1808.

عمومی به معنای خاص، آن دسته از قواعد حقوقی یک نظام حقوق ملی است که حاوی «معیارهایی چنان مقدس است که حفظ خود را به هر قیمت و بدون استثناء می‌طلبد»^۱. بر این اساس، بی‌طرفی و استقلال داوران یک موضوع مربوط به نظم عمومی است و در مرکز ثقل فرایند داوری قرار دارد.^۲ در نظام حقوقی فرانسه، طرفین دعوا می‌توانند در صورت تمایل، هر کدام یک داور تعیین کنند، ولی نمی‌توانند وی را به عنوان داور وکیل محسوب کنند. روابط ناشی از وابستگی باید قطع گردد و همه داوران باید مستقل باشند، بدون توجه به اینکه توسط چه طرفی انتخاب شده‌اند.^۳ البته در حقوق آلمان، دیوان عالی فدرال تبعیض ادعایی یک داور را هنگامی از موارد نقض نظم عمومی تلقی می‌کند که نشان داده شود تبعیض واقعاً بر نتیجه اختلاف تأثیرگذار بوده است.^۴

در ایران یکی از موارد جرح موفق، جرح به علت نقض بی‌طرفی، طبق بند (ز) ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی است که نتیجه آن ابطال رأی داور واحدی است که جرح او مورد قبول دادگاه صالح قرار می‌گیرد. در هیئت داوری نیز جرح داور به علت بی‌طرفی، در صورتی که رأی داوری با نظر موافق و مؤثر داور مجروح صادر شده باشد، موجب ابطال رأی می‌گردد.^۵ این امر می‌تواند به معنای آمره بودن استقلال و بی‌طرفی در قانون مذکور تلقی گردد.

در قانون آیین دادرسی مدنی حکمی در مورد بی‌طرفی داور دیده نمی‌شود. اما از برخی از مواد قانون مانند مواد ۴۵۶، ۴۷۷، ۴۸۲ و بندهایی از ماده ۴۸۹ می‌توان به وجود و لزوم بی‌طرفی داور پی برد. اگر طرفین یا یکی از آنها از بی‌طرفی داور مطلع باشند و به داوری او رضایت دهند، نمی‌توان رأی را باطل دانست، ولی می‌توان جهل هر دو یا یکی از آنها را توجیه‌کننده دعوی ابطال رأی داور تلقی کرد. در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی، قواعد جرح داور که می‌تواند به دلیل نقض بی‌طرفی باشد، پیش‌بینی شده، ولی ناظر به قبل از آغاز

۱. جنیدی، لعیا، *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، چاپ اول، ۱۳۸۱، صص ۲۶۱-۲۶۷؛

Fouchard, Gaillard & Goldman, Ibid: p 580.

2. Manasijerich, T. "Austrian Supreme Court on the Lack of Impartiality and Independence of Arbitrators", *Ex Post*, (2020): p 1.

3. Henry, Ibid: p 333.

4. *IBA Subcommittee on Recognition and enforcement of Arbitral awards*, 2105: p 15.

۵. مافی، همایون، پیشین، ص ۱۸۳.

داوری است، نه زمان تقاضای ابطال رأی داور. ضمناً جرح داور در ماده ۴۷۱ مشعر به مواردی است که داور به وسیله دادگاه انتخاب شده باشد و در خصوص داور تعیین شده توسط خود طرفین یا حتی شخص ثالث حکمی دیده نمی‌شود. هر چند می‌توان با استفاده از ملاک این ماده، داور تعیین شده به وسیله شخص ثالث را نیز مشمول ایراد جرح قرار داد. به علاوه، عبارت «مگر این که موجبات رد بعداً حادث شده باشد»، می‌تواند داور تعیین شده توسط خود طرفین را نیز دربرگیرد. همچنین می‌توان به جهات مقرر در بندهای ۶ و ۷ ماده ۹۸۹ قانون بتوان تقاضای ابطال رأی داور را نمود.^۱ از سوی دیگر، اگر به علت وضع ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی نگریسته شود، رعایت بی‌طرفی کامل و عاری از جاذبه‌هایی که می‌تواند در نظر او خدشه وارد کند، مد نظر قانون‌گذار قرار گرفته است.^۲

۱. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، صص ۲۴۲-۲۴۳.

۲. مهاجری، علی، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، جلد ۴، انتشارات فکر سازان، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۲۴۰.

نتیجه‌گیری

از بررسی مطالب مطروحه در این مقاله به یافته‌ها و دستاوردهای ذیل می‌توان اشاره کرد: در مقررات ملی و بین‌المللی تعریف روشنی از دو واژه استقلال و بی‌طرفی داوران بیان نشده است، اما پژوهشگران در آثار خود تعاریفی از آنها ارائه داده‌اند. همین امر موجب شده است در خصوص ترادف یا تمایز مفهوم این دو وصف اختلاف نظر باشد. در این مقاله با بررسی نظرات مختلف در این خصوص نتیجه گرفته شده است که استقلال و بی‌طرفی دو مفهوم مجزا اما مرتبط با یکدیگرند و قابلیت جایگزینی با یکدیگر را ندارند. بی‌طرفی به این معناست که داور نسبت به موضوع پرونده یا طرفین تمایل یا تنافر ندارد؛ در حالی که استقلال به معنای نداشتن رابطه مالی، حرفه‌ای و شخصی با طرفین دعوا یا وکلای ایشان است.

در دیوان داور، نقش انحصاری هر طرف در انتخاب داور خود به منظور تکمیل دیوان داور، بیش از داورهای انفرادی، این سوال را مطرح می‌کند آیا داور که به طور انحصاری توسط هر یک از طرفین انتخاب می‌شود، مانند داور واحد ملتزم به رعایت بی‌طرفی است یا خیر. رویکرد مقررات داور و رویه قضایی غالباً به این سو گرایش دارد که داور منتخب هر یک از طرفین در هیئت‌های داور سه نفره نیز تکلیف به بی‌طرفی دارد. لذا، داور منتخب یکی از طرفین نباید داور طرفدار باشد. تعهد به حفظ بی‌طرفی و عدم جانبداری از یکی از طرفین ضامن اجرای وظایف داور در طول رسیدگی داور است.

از سوی دیگر، نقش حیاتی اراده طرفین در انتخاب و عزل داوران، تداعی‌کننده رابطه قراردادی طرفین و ایجادکننده شبهه وکیل داور است که توقع استقلال و بی‌طرفی داور را به ویژه در مورد داور اختصاصی ناروا می‌داند. در این مقاله ایرادات وارده بر این نظر بررسی و نشان داده شد که امروزه رعایت استقلال و بی‌طرفی به عنوان یک قاعده دادرسی برای داور ضروری شمرده می‌شود و از این نظر تفاوتی بین داور منتخب طرفین اختلاف و سایر داوران وجود ندارد و همه سیستم‌های حقوقی جهان، میزان واحدی از استقلال و بی‌طرفی را در کلیه داوران قابل اعمال می‌دانند. از بررسی اندیشه‌های حقوقی، رویه قضایی و رویکرد مقررات داور این نتیجه گرفته شد که استقلال و بی‌طرفی از قواعد امره مربوط به نظم عمومی است.

در مورد استقلال و بی‌طرفی داوران دو رویکرد وجود دارد: در رویکرد اول معیارهای استقلال و بی‌طرفی همان معیارهای مورد قبول برای قضات دادگاه‌هاست که به عنوان مأمور عمومی و به

موجب قانون در چارچوب حقوق داخلی عمل قضایی انجام می‌دهند. رویکرد دوم در داوری بین‌المللی بر آستانه پایین‌تری از استقلال و بی‌طرفی داوران نسبت به قضات دادگاه‌ها تأکید دارد. این مقاله با پذیرش رویکرد دوم بر این باور است که معیارهای مورد قبول در مورد استقلال و بی‌طرفی در حقوق داخلی کشورها را نمی‌توان با معیارهای مورد توقع در داوری بین‌المللی تطبیق داده، اعمال کرد. داوری ماهیت و سرشتی قراردادی دارد و در درجه اول مبتنی بر توافق و انتظارات متقابل طرفین است. لذا اقتضا دارد تا مفاهیم مذکور به موازات ارتباطات داوران در چارچوب بین‌المللی از انعطاف بیشتری در مقایسه با استقلال و بی‌طرفی قضات در دادگاه‌های ملی برخوردار باشد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امیر معزی، احمد، *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، تهران: انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲. اشمیتوف، کلایو ام، *حقوق تجارت بین‌الملل*، جلد ۲، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۳. جنیدی، لعیا، *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۴. جنیدی، لعیا، *نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران با همکاری موسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، چاپ اول، بهار ۱۳۷۸.
۵. خدابخشی، عبدالله، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۶. لیو، جولیان دی ام، لوکاس ای میستلیس و استفان ام کرول، *داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی*، تهران: ترجمه محمد حبیبی مجنده، انتشارات دانشگاه مفید، چاپ اول، پاییز ۱۳۹۱.
۷. فاطمی، احمد و محسن علی گل تبار، *نظام داوری در حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۸. مافی، همایون، *تشریح بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران*، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی، چاپ دوم، ۱۳۹۷.
۹. مهاجری، علی، *مبسوط در آیین دادرسی مدنی*، جلد ۴، انتشارات فکر سازان، چاپ اول، ۱۳۸۷.

مقاله

۱۰. السان، مصطفی و ایلدار آقا قلی‌زاده خیابوی، **داوری جانبدارانه و تقابل آن با اصول بنیادین حاکم بر داوری**، فصلنامه راهبرد، ۱۳۹۳، شماره ۷۰، صص ۱-۶.
۱۱. تاپ من، مایکل، **جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجاری بین‌المللی**، ترجمه محمد جواد میرفخرایی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۶۹، شماره ۱۲، ص ۱۷۲.
۱۲. حیدری، سیروس، **اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن لو**، تهران: مجله مطالعات حقوقی، سال دوم، بهار و تابستان ۱۳۸۹، شماره ۱، ص ۱۲۷.

ب) منابع انگلیسی

Books

13. Born, GB. *International Commercial Arbitration*, The Netherlands: Kluwer Law International, Vol. II, 2014 .
14. Fuchard, PH. Gaillard, E& Goldman, B. *Traite de L'arbitrage Commercial International*, Paris: Litec, 1996.
15. Redfern, A.& Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet & Maxwell, 2003.

Articles

16. Bernasconi.N.& Johnson. L& Marshal. F, " Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the Dual Role of Arbitrator and Counsel", New Delhi: *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, 27-29 October(2010): pp 17-21.
17. Bastida.B.M."The Independence and Impartiality oF Arbitrators IN International Commercial Arbitration", *Mercatoria* Vol. 6, No. 1.(2007): pp 1-7 .
18. David, R."l'Arbitrage dans le Commerce Internationa"l, *Economica*. 1982.: p 350.
17. Franck. S. D." The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity";*New York Law School Journal of International and Comparative Law*.Vol20.No.1(2000): p 4 .

19. Gélinas.F." The Independence of International Arbitrators and Judges: Tampered With or Well Tempered?",*New York International Law Review*, Vol. 24. No. 1.(2011) : pp 27-38.
20. Griffith, Gavan, Q.C.,"Constitution of Arbitral Tribunals: The Duty of Impartiality in Tribunals or Choose Your Arbitrator Wisely", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 13(1), (1998): pp 39-49.
21. Hascher.J.D." Independence and Impartiality of Arbitrators", *AM. U. INT'L L. REV.* V.24,N4.(2012): pp 789-801.
22. Henry, M." Le Devoir d'indépendance de l'arbitre", Paris:, *L.G.D.J* (2001): pp 167-333.
23. *IBA Subcommittee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*,October(2015): p 15.
24. Lawson,D."Impartiality and Independence of Arbitrators", *ASA Bulletin*.Vol.23 (.2005): pp 22 -44.
25. Liberman, S.H. "Something's Rotten in the State of Party-Appointed Arbitration", Healing Adres Black Free Thatis "*Nonneutral Neutrals*"(2004): 221,Available at : <http://cardozo.jcr.com/vol5no2/CAC209.pdf.last>.
26. Manasijeric,T "Austrian Supreme Court on the Lack of Impartiality and Independence of Arbitrators Ex Post",March 12(2020):1,available <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/12/austrian-supreme-court-on-the-lack-of-impartiality-and-independence-of-arbitrators-discovered-ex-post>.
27. Nathan. K V S K. "The Independence of Arbitrators", *Amicus Curiae*,Issue 68,November/December (2006): pp 18-21.
28. Redish, M.& B. Lawrence & C. Varshal," Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process", *Yale.L.J.*455 (2001):p 12.
29. Smit,H."Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice by Pieter Sanders,American", *Review of International Arbitration*, V.2 (2000): p 429.
30. Schacherer, S." Independence and Impartiality of Arbitrators A Rule of Law Analysis" *Seminar: International Investment Law and the Rule of Law*, January(2018): pp 10-13.
31. Strauss,D."The Growing Consensus on International Commercial Arbitration",*American Journal of International Law*,Vol.68.1974: p 714.

32. Trakman, L. "The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered", *International Commercial Arbitration Law Review*, Vol.10(2007): pp 6-60.
33. Yu, H. & Shor, L." Independence, Impartiality and Immunity of Arbitrators: US and English perspective", *LCLQ*.Vol.52(2003) pp :935-968.

Thesis

34. Steenkamp, T. "Independence And Impartiality of Arbitrators, Dissertation Submitted in Fulfilment of the Requirements for the Degree Magister Legum at the North-West. University (Potchefstroom Campus), 2007: pp 60-76.