



Athens

بررسی جایگاه جرح در داوری تجاری بین المللی

لیلا رمضان نژادکیاسری^۱

چکیده

امکان جرح و سلب صلاحیت داور از ارکان لازم برای تأمین صحت و سلامت داوری بین المللی بحساب می آید. داوری طریقه ای غیر قضایی و فنی است که هدف آن حل و فصل یک مسأله مربوط به روابط بین دو یا چند نفر است که کاربرد آن در حوزه روابط بین الملل اهمیت ویژه ای داشت و به عنوام یکی از منابع مهم حقوق تجارت بین الملل محسوب می شود. در داوری ها از جمله داوری های تجاری بین المللی طرفین داوری می خواهند داورانی حل و فصل اختلافات آنها برعهده داشته باشند که دارای اوصاف عمومی اند: استقلال و بی طرفی و اوصاف خاص مورد نظر و توافق خودشان باشد. هدف از مقاله حاضر بررسی جایگاه در داوری تجاری بین المللی می باشد که به روش توصیفی، تحلیلی. ضمن بیان اهمیت جرح به بررسی جایگاه آن در تجارت بین الملل می پردازد و چنین نتیجه می گیرد که جرح روشی جهت تضمین صحت فرآیند داوری است ولی در عین حال می تواند به عنوان ابزاری جهت به تاخیر انداختن داوری باشد.

کلید واژه: داور، داوری، جرح، تجارت بین الملل، استقلال بی طرفی

^۱ - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد قائمشهر



Athens

مقدمه

داوری در تمدن بشر سابقه ای دیرینه داشته و شاید بتوان گفت همزمان با شکل گیری جوامع و ایجاد اختلافات داوری و میانجیگری تنها گزینه و سپس در کنار دادگستری یکی از گزینه های حل اختلاف بوده و هست قبل از اسلام هم داوری در جامعه عربستان تنها دستگاه موجود برای زودودن کشمکش ها بشمار می آمده قرآن کریم نیز به این مهم در برخی آیات از جمله در آیه ۳۵ سوره نساء آیات ۱۰-۹ سوره حجرات اشاره کرده است :

در اهمیت و ضرورت این مسئله می توان گفت حق جرح در رسیدگی های داوری با توجه به هدف داوری مشخص می شود زیرا هدف داوری تأمین رسیدگی بی طرفانه، عادلانه، سریع، کم هزینه و غیر علنی است. جهت رسیدن به این امر مهم داور باید مستقل و بی طرف باشد لذا در صورت وجود شک و تردید موجه در خصوص استقلال یا بی طرفی داور، باید امکان جرح داور وجود داشته باشد لذا از تمهیداتی که برای تأمین بی طرفی داوران در نظر گرفته شده است، امکان جرح داوران است (لعیا، جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۱۳۶)

لیکن اعمال این حق موجب تاخیر در رسیدگی و صدور رای داوری می گردد از طرفی حق جرح ممکن است مانند هر حق دیگری مورد سوءاستفاده قرار گیرد (حمیدرضا، نیکبخت، ۱۳۸۶، ص ۷۰) اساس نظریه سو استفاده از حق از این امر ناشی شده که باید اعمال حق، نظارت و کنترلی وجود داشته باشد تا به حقوق و آزادی های دیگران تجاوز نشود. زیرا مطلق دیدن این حق باعث می گردد که به صاحبان حق و با بهره گیری از امتیازی که قانون به آنها داده حق خود را به زیان دیگران بکار برند و حتی ممکن است که اقدام ایشان سبب شود که به اهداف و غایات مورد توجه مقنن تجاوز شود. بنابراین تقریباً در کلیه ملل متمدن دنیا ضرورت محدود کردن اعمال حق پذیرفته شده است و مفهوم نظریه سو استفاده از حق مورد قبول قرار گرفته است (حمید، بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۸۷)

معیار عنایت اجتماعی حقوق بعنوان عیار سو استفاده از حق جرح پذیرفت مراد از این معیار این سن که هر حقیباید با توجه به عنایتی که برای آن در نظر گرفته شده است اعمال شود. از این رو در صورت انحراف از عنایت مذکور سوءاستفاده تحقق می یابد:



Athens

با توجه به آنچه گفته شد شرایط اعمال حق جرح باید طوری باشد که امکان اعمال چنین حقی در موارد ضروری وجود داشته باشد، همچنین جلوی سو استفاده از این حق گرفته شود تا آسیبی به جریان نرساند. در این پژوهش ضمن بررسی جایگاه جرح علل آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت و روشن خواهد شد که چه اثری بر داوری یا رای صادره خواهد داشت.

بی طرفی

بی طرفی در اصطلاح حقوقی از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. بی طرفی در لغت به معنای لزوم رعایت تساوی بین اصحاب دعوی است (فرح زادی، علی اکبر، ۱۳۸۱) کما اینکه در فرهنگ حقوقی بی طرفی به معنای موقعیت یک فرد در یک اختلاف است، که جانب هیچ یک از طرفین اختلاف را نمی گیرد (Grane.Broyan,1991.P1321). بی طرفی با تمایلات ذهنی داور نسبت به طرفین یا موضوع اختلاف ارتباط دارد، در بی طرفی از دخالت چارچوب ذهنی داور در داوری سخن گفته می شود. از این رو از آن بعنوان معیار ذهنی یاد شده است (Koch Christopher,2003.P327). در واقع طرفداری یک حالت ذهنی است که فقط می تواند از طریق شواهد آنرا اثبات کرد. لذا ارزیابی آن بسیار مشکل است چرا که باید نگرش ذهنی یک داور را مورد کاوش قرار داد. بعبارتی بی طرفی عبارت است از فقدان هر گونه تعهد و مسئولیت داور برای یکی از طرفین، تعریف بی طرفی به این نحو تا حدی ارزیابی آن را سهل تر می نماید. قوانین داخلی (مانند؛ سوئد و جمهوری خلق چین) و قواعد داوری سازمان های داوری ندرتاً و صرفاً مصادیقی از بی طرفی را برمی شمارند و تعریفی از بی طرفی ارائه نمی نمایند. البته در بخش ۱-۳ قواعد اخلاقی برای داوران بین المللی، مصوب کانون وکلای بین المللی تعریفی غیر جامع و غیر مانع از بی طرفی مطرح گردیده است. البته بی طرفی قطعاً به معنای بی اعتنایی صرف مطلق نیست (Gellhorn,1984.P158) سپس بی طرفی یک حالت ذهنی است که در مواردی از طریق رفتاری که این حالت ذهنی را روشن می سازد، بروز می نماید و اثبات گردد. آنچه حائز اهمیت است این است که طرفداری همیشه به معنای تمایل مثبت داور به یکی از طرفین نمی باشد، بلکه گاهی تمایل منفی داور بر علیه یکی از طرفین بدون آنکه به طرف دیگر تمایل مثبت نشان دهد منجر به جرح او می گردد. هم چنین اصطلاح بی طرفی ممکن است مفاهیمی چون مذهب، ایدئولوژی اقتصادی و محیط اجتماعی داوران را در بر بگیرد. چراکه چنین اوضاع و احوالی ممکن است در شیوه و طرز تفکر داور مؤثر باشد به دیگر سخن بحث فرهنگ و تاثیر آن در جرح به خصوص تعدیل جرح و کم کردن جرح های غرض ورزانه مطرح می شود به همین خاطر داور باید با دید باز حقوقی باشد تا بتواند فرهنگ و آداب و رسوم حقوقی کشورهای دیگر را براحتی بپذیرد و فاقد یک دید محدود و ملی گرایانه باشد.



Athens

استقلال

استقلال در لغت به معنای «برداشتن و بلند کردن، برجای بلند آمدن، ضابط امر خویش بودن و به خودی خود به کار ایستادن بی شرکت دیگری» آمده است. (معین، محمد، ۱۳۶۳، ص ۴۵۶) اما در اصطلاح حالت یا شرایطی است که شخص را ازاد از وابستگی و در حالت سوم پیروی یا خارج از کنترل دیگری قرار می دهد به نحوی که تحت تاثیر و اطاعت امر دیگری نیست (امیر معزی، احمد، ۱۳۸۸، ص ۲۰۶)

استقلال بدین معنی است که داور هیچ گونه رابطه یا علقه وابستگی با طرفین یا افراد درگیر در دعوی نداشته باشد. استقلال در کل بعنوان یک استاندارد عینی و مبتنی (objective fact based standard) بر واقعیت در نظر گرفته می شود. برای ارزیابی این مطلب که آیا داور برای انجام کارش صلاحیت دارد یا خیر. در تعیین اینکه داور مستقل است یا خیر. روابط داور چه از لحاظ شغلی چه تجاری، خانوادگی یا شخصی، با هر یک از طرفین داوری یا وابستگان یا مشاورین آنها مورد بررسی قرار می گیرد؛ روابط شغلی نظر به این دارد که آیا داور یا شخص شرکت کننده در مؤسسه حقوقی بعنوان داور، مشاور، کارمند، توصیه کننده یا راهنما به نمایندگی از یک طرف عمل می کند یا عمل می کرده است. به همین ترتیب اگر داور در موفقیت مالی یکی از طرفین ذینفع باشد بعنوان مثال سهامدار آن شرکت باشد فاقد استقلال بوده و برای انتخاب بعنوان داور صلاحیت ندارد. همچنین داوری که با یکی از طرفین رابطه خانوادگی یا هر نوع رابطه عاطفی دیگری دارد مستقل محسوب نمی گردد. به این ترتیب در داوری تجاری بین المللی، موضوع استقلال، معمولاً هنگامی بروز پیدا می کند که داور رابطه ای با یک طرف یا وکیل طرفین داوری ارتباط دارد (El, Kosheri, 2007, P46) لزوماً استقلال داور زیر سوال نمی رود بلکه صرفاً بر استقلال وی سایه افکنده می شود.

تفاوت استقلال و بی طرفی

با توجه به ساختار مطالب ذکر شده زیبنده است در این قسمت تفاوت بین استقلال و بی طرفی را تشریح کنیم.

ایودرنیزو و اریکشوارنز معتقدند که منظور از استقلال روابط قبلی یا فعلی است که قابل فهرست و تأیید شدن است اما بی طرفی یک حالت ذهنی است. گفته شده که استقلال یک استاندارد عینی است زیرا روابط میان داور و طرفین می پردازد، در



Athens

حالی که بی طرفی معیاری شخصی است که با نگرش ذهنی یک شخص سروکار دارد و یا وضعیتی است که تنها در رفتار او از بیرون قابل مشاهده است، وقتی از استقلال سخن می گوئیم منظور سنجش احتمال «جانبنداری» است از سوی دیگر اگرچه بی طرفی می تواند یک استاندارد شخصی مرتبط با وضعیت ذهنی داور تلقی گردد. محاکم انگلیس برای احراز بی طرفی، یک معیار موضوعی یعنی مفهوم «جانبنداری ظاهری» را ابداع کرده اند.

استقلال و بی طرفی دو شیوه نگاه به یک مفهوم واحدند: از این رو تعجبی نیست که با حقایق مشابه، نتیجه حاصل از ایراد به در نظریات قدیمی و باستانی روم، به دو اصل کلی به منظور رسیدگی و محاکمه عادلانه اشاره شده که در رسیدگی های قضایی و داوری این دو اصل، بعنوان تضمینی برای رعایت عدالت در رسیدگی، ریشه دوانده است. این اصل عبارتند از اینکه: «هیچ کس نمی تواند قاضی دعوی خویش باشد». یا بقول یک ضرب المثل فارسی «هم داور و هم خصم نمی توان بود» (دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۳، ص ۹۱۶۴) و «هرکس حق دارد حرضش شنیده شود» این اصل در اکثرین جدید به عنوان دکتترین استقلال و بی طرفی تمام رسیدگی کننده توصیف می شود. (Chan.Leng sun.2007.P245). به عبارتی اصل اول بدین معناست که فقط فردی می تواند در مقام رسیدگی به دعوا قرار گیرد که هیچ منفعت. سهم قابل توجهی در دعوی نداشته باشد و هیچ ترجیح و تمایلی در رابطه طرفین در تصمیم گیری وی جای نداشته باشد. اصل دوم، شامل تصدیق و شناسایی حق التماع، ارائه مدارک و لوابع، تناظری و ترافی بودن رسیدگی است. عبارت دیگر منشاء اصول نوین انصاف در رسیدگی، این دو قاعده کلی حقوقی هستند. در واقع، قواعد بنیادین حاکم بر رسیدگی و ضوابطی جهت تحقق بخشیدن به تقضیات عدالت وجود دارند که در صورت نادیده انگاشتن چنین قواعد و ضوابطی سخن گفتن از «دادرسی منصفانه» میسر نخواهد بود (Rhee.C.Hvan.2006.P4). اهمیت برخی از این اصول به حدی است که سوم رعایت آنها، حتی مانع از صدق عنوان «دادرسی» بر رسیدگی انجام شده می گردد.

استقلال و بی طرفی معمولاً بعنوان دوشروط بنیادین رسیدگی منصفانه و عادلانه تلقی شده اند. باید افزود که این دو شرط تنها شروط رسیدگی عادلانه و منصفانه نمی باشد. بلکه باید گفت بارزترین آنها استقلال و بی طرفی است که شاید این دوشروط بیشتر از هر شرط دیگری بر روند و ساختار رسیدگی داوری اثر بگذارد، یکی از با سابقه ترین اسناد بین المللی در تصریح این دو مفهوم، جهت تضمین عدالت رسیدگی، رویه قضائی دادگاه اروپائی حقوق بشر در رابطه با اجرای بند ۱ ماده ۶ پیمان نامه



Athens

اروپاست که در آن تصریح شده است در تعیین حقوق و تعهدات مدنی یا هرگونه اتهام کیفری، هر فرد حق دارد از اتماع عادلانه و علنی در دادگاه قانونی مستقل و بی طرف برخوردار شود.

نظر بر اینکه داوری یک فرآیند شبه قضایی است. از این رو یکی از اصول بنیادین داوری تجاری بین المللی، بی طرفی و استقلال داوران در طول فرآیند رسیدگی است. (Rhee, C.Hvan, 2006, P4) (Quasi Judicial). اگرچه داوری تجاری بین المللی بعنوان یک روش رسیدگی غیر داخلی حساب می شود اما باید متذکر شد که امروزه داوری تجاری بین المللی، خود را در سیستم حقوقی دالی کشورها جای داده است و باید اضافه کرد که در حقیقت حقوقی داخلی کشورهاست تجاری بین المللی را الزام آور می سازد. امروزه حقوق داخلی کشورها این اقتضاء را دارند که هنگام تعیین حقوق و تکالیف شهروندان، در قوانین درجاتی از انصاف در رسیدگی را لحاظ نمایند.

نکته حائز اهمیت این است که معیار استقلال و بی طرفی که برای قضاوت در اکثر نظام های حقوقی بکار گرفته شده است. بعدد از ارزیابی های انجام شده همین معیارها، برای داوران نیز بکار رفته است. البته در قواعد و قوانین داوری این در معیار گاه توامان و گاه تنها یکی از آن دو برای داوران لحاظ گردیده است.

جرح

از منظر یک تاجر بین المللی مهم ترین خطر این است که قضات کشور متبوع طرف اختلاف در صورت ارجاع اختلاف به دادگاه ملی یکی از طرفین، نسبت به آنان جابندارانه و با غرض ورزی عمل کنند. لکن وظیفه شبه قضایی دیوان های داوری ایجاب می نماید که داوران دست کم استانداردهای بی طرفی و استقلال را برای رسیدگی عادلانه دارا باشند. تامین انصاف و عدالت در رسیدگی از طریق جرح داور رسیدگی های داوری امکان پذیر است. علیرغم اینکه حفظ انصاف در رسیدگی لازم و ضروری است، لکن تجربه نشان داده است که خواندگان مدعی علیه هم پرحیطه می خواهند با دستاویز قرار دادن جانبداری داور، راهی برای تأخیر انداختن رسیدگی ها و فرار از اجرای آرای داوری جستجو نمایند. (نیکبخت، علیرضا، چاپ اول، ص ۳۶۹)

معنای لغوی جرح



Athens

جرح در لغت به معنای وازدن، بازداشتن، خسته کردن، زخمی کردن، دشنام دادن، باطل کردن عدالت، عیب گواهان را آشکار کردن، رد کردن شهادت و تعدیل و اصلاح کردن چیزی است (معین، محمد، ص ۱۲۰) همچنین جرح به معنی رد است و در لغت به معنای تخطئه کردن، نپذیرفتن و برگرداندن است (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۱، ص ۴۷۵) و در اصطلاح حقوقی ایراد به عدالت دیگری در نزد حاکم است (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۶۷، ص ۱۹۱). در قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی جرح شاهد مطرح گردیده است که در اینجا به معنای این است که شاهد، یکی یا برخی از شرایط گواه را ندارد و به معنی نداشتن صلاحیت شاهد برای ادای شهادت است. بنابراین در نتیجه می توان گفت که جرح، خدشه وارد کردن و ایراد گرفتن می باشد و جرح داور به نوعی خدشه دار کردن صلاحیت داور است. یعنی داور رسیدگی کننده و شرایط و ویژگی هایی دارد که صلاحیت وی قابل تخطی کردن است.

فلسفه وجودی جرح

هدف از طرح این دعوا این می باشد که قاضی یا داور مربوطه به نحو عادلانه و بی غرضی به اختلاف طرفیت رسیدگی و فصل خصومت نماید. اصولاً قضاوت و داوری دو نهاد هستند برای حل و فصل اختلافات اشخاص به نحو عادلانه و بی طرفانه حق داشتن دادگاهی مستقل و بی طرف فقط در اسناد مربوط به داوری تاکید نشده است. در معاهدات حقوق بشری هم می توان آنها را یافت. برای مثال می توان مقررات ماده ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و صدر بندیک ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی نام برد (کاکاوند، محمد، ۱۳۷۸). همچنین در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تحت عنوان «قضاوت در قانون اساسی» آمده است به (مسأله قضا در رابطه با پاسداری از حقوق مردم در خط حرکت اسلامی، به منظور پیشگیری از انحرافات موضوعی در درون امت اسلامی احدی است حیاتی، از این رو ایجاد سیستم قضایی بر پایه عدل اسلامی و متشکل لز قضا عادل و آشنا به ضوابط دقیق دینی پیش بینی شده است. این نظام به دلیل حساسیت بنیادی و دقت در مکتبی بودن آن لازم است بدتر از هر نوع رابطه و مناسبات ناسالم باشد) باید گفت در مقدمه قانون اساسی به بی طرفی بطور ضمنی اشاره شده است. با عنایت به مواد فوق استقلال و بی طرفی مرجع رسیدگی کننده (اعم از قاضی یا داور) ضروری بوده و جزء حقوق بشر است. هر تخطی از آن جایز نیست و امکان جرح و سلب صلاحیت از داور یا قاضی از ارکان لازم برای تضمین استقلال و بی



Athens

طرفی بشمار می رود. پس وجود جرح ضروری چون وسیله ای برای تامین استقلال و بی طرفی است اگر طرفیت امکان جرح داشته باشند به این اعتماد و اطمینان می رسند که به اختلاف آنها بطور عادلانه و بی طرفانه رسیدگی شده است.

موجبات جرح داور در مقررات داوری

در قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی از جرح و موجبات آن صریحاً صحبتی نشده است. و صرفاً از رد داور بحث شده، ماده ۴۷۱ مقرر می دارد: در مواردی که داور با قید قرعه تعیین شده هریک از طرفین می توانند پس از اعلام در جلسه در صورت حضور و در صورت غیبت از تاریخ ابلاغ تا ۱۰ روز داور تعیین شده را رد کنند مگر اینکه موجبات رد بعداً حادث گردد که در این صورت ابتدای مدت روزی است که علت رد حادث گردد دادگاه پس از وصول اعتراض رسیدگی می نماید و چنان چه اعتراض را داور تشخیص دهد داور دیگری تعیین می کند.

در این ماده منظور از رد همان جرح می باشد در مورد اینکه در چه مواردی می توان داور منصوب از سوی دادگاه را رد نمود باید به مواد ۴۶۶-۴۶۹-۴۷۰ رجوع کرد در ماده ۴۶۶ مقرر شده است: اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند و اشخاصی که به موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده اند نمی توانند به عنوان داور منصوب گردند.

به موجب ماده ۴۶۶ اشخاصی را که اهلیت قانونی ندارند هر چند با تراضی طرفین نمی توان به سمت داوری انتخاب نمود (منظور اهلیت استقامی باشد) در عین حال باید پذیرفت که کافی است شخص، اهلیت اقامه دعوی را که برای داوری به او ارجاع شده داشته باشد. ممنوعیت مطلق دیگری که در ماده ۴۶۶ پیش بینی شده، ناظر به اشخاصی است که به موجب حکم قطعی دادگاه و یا در اثر آن از داوری محروم شده باشند، بنابراین چنان چه شخصی در اجرای م ۴۷۳ به علت عدم حضور در جلسات داوری، استعفا یا خود داری از دادن رأی، حق انتخاب شدن از داوری را از دست داده باشد مشمول این نص قرار گرفته و حتی اصحاب دعوا نمی توانند با تراضی، اورا به داوری انتخاب نمایند. یکی دیگر از موجبات جرح داور را باید در م ۴۷۰ ق.آ.د.م. بیابیم. مطابق م ۴۷۰ کلیه قضات کارمندان اداری شاغل در محاکم قضائی نمی توانند داوری نمایند هر چند با تراضی طرفین باشند. ممنوعیت کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در حاکم قضائی از داوری باید ممنوعیتی مطلق شمرده شود. این ممنوعیت برای حفظ اعتبار و حیثیت دستگاه قضائی در رعایت شان کارمندان قضائی است (شمس، عبدالله، ۱۳۸۶) بنابراین اگر داور منصوب شده از وی دادگاه از جمله اشخاص مذکور در آن مواد باشند هریک از طرفین می توانند آنرا جرح کنند. در مواد ۸ گانه ماده ۴۶۹ هم باید ادغان نمود از آنجا که استقلال و بی طرفی اشخاص مذکور در این ماده در معرض تردید است اگر داور



Athens

منصوب شده از سوی دادگاه از جمله این اشخاص باشد قابل جرح است مگر اینکه طرفین درمورد آن تراضی نمایند] البته شایان ذکر است که در قانون آئین دادرسی مدنی فقط از جرح داور منصوب شده از سوی دادگاه صحبت شده و در مورد اینکه داور یا داورانی که توسط خود طرفین انتخاب می شوند چگونه قابل جرح هستند. ساکت است] در بند یک ماده ۱۲ قانون داور تجاری بین المللی که مقتبس از قانون نمونه آنستیدل می باشد و ماده ۲۳ قواعد داور تجاری اتاق بازرگانی ایران علاوه بر اینکه عدم استقلال و جانبداری داور را از موجبات جرح می داند؛ داور را که واجد اوصاف مورد توافق طرفین نباشد هم قابل جرح می داند. طرفین می توانند برای داور شرایط و ویژگی هایی را مقرر کند از جمله اینکه وی باید واجد صفات اخلاقی خوب در زمینه های حقوقی-تجاری-صنعتی و یا مالی وارد و آگاه باشد. (حمیدرضا نیکبخت، ۱۳۸۸، ص ۳۷۳) و چنان چه این ویژگی ها را نداشت قابل جرح می باشد. در سیستم داور تجاری بین المللی (ICC) ماده ۱۱ مقرر می دارد؛ جرح داور خواه بخاطر فقدان استقلال یا سایر علل می تواند از طریق تسلیم یک گزارش کتبی توضیح دهنده واقعیات و اوضاع و احوالی که مبنای جرح قرار می گیرند به دبیرخانه صورت گیرد، اصطلاح علل دیگر می تواند به بی طرفی داور اشاره داشته باشد البته از آنجایی که برکناری داور میتواند ضمانت اجرای تخلف او از وظایفش باشد کلمه علل دیگری می تواند به معنای تخلف داور از وظایفش نیز باشد.

جایگزین صورت بگیرد تا روند داورى بلا تکلیف باقی نماند. معمولاً انتظار می رود که شیوه تعویض داور نیز همانند فرآیند انتخاب اولیه باشد (گریستوفر کج، ۱۳۸۶، ص ۱۸۶) بطور معمول داور جایگزین طبق توافق طرفین یا بر اساس همان قواعد یا روشی که داور پیشین نصب شده بود تعیین و نصب خواهد شد. (حمیدرضا، نیکبخت، ۱۳۸۸، ص ۳۸۹-۳۹۰) درمورد تعویض داور در قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی باید به مواد ۴۶۳-۴۶۰-۴۷۴ توجه نمود در صورت فوت، حجر، استغای داور، چنان چه طرفین ملتزم به داورى شخصی یا اشخاص معین شده باشند، داورى از بین می رود و رسیدگی به اختلاف در صلاحیت دادگاه است مگر اینکه به داورى شخص دیگری توافق نمایند (عبدالله شمس، ۱۳۸۷، ص ۱۸۳-۱۸۴)

اثر جرح بر رای داور

پس از صدور رای مامورین یا کار داور در عمل پایان می یابد. لذا به نظر می رسد چنان چه علل جرح هر چند کمی پس از صدور رای آشکار گردد. دیگر موضوع جرح نمی تواند علیه داور مطرح شود، به جای جرح و اعتراض به داور باید از اعتراض به



Athens

رای داور و درخواست ابطال رای استفاده نمود چرا که رای توسط داور فاقد شرایط و اوضاع و اوصاف لازم صادر شده است (حمیدرضا نیکبخت، ۱۳۸۸، ص ۳۸۴)

در این حالت تنها راهی که برای اعتراض به عدم استقلال و جابنداری داور وجود دارد آن است که در مرحله پس از صدور رای به آن اعتراض و درخواست ابطال آن شود و چنان چه اعتراض وارد باشد، اگر رای را داوری واحد صادر نموده است قابل ابطال است و اگر هیئت داوری صادر نموده در صورتی قابل ابطال است که رای داوری با نظر موافق و موثر داور محروح صادر شده باشد. (محمد کاکاوند، ۱۳۸۷، ص ۸۵-۸۶)

ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م موارد ابطال رای داور را مطرح نموده است. اما در هیچ یک از این موارد تصریح نشده اگر رایاز سوی داور صادر شده باشد که جابنداری و غیر مستقل بوده است. آیا این رای قابل ابطال هست یا نه؟ مگر اینکه از بند شش ماده فوق استنباط کنیم که داوری که استقلال ندارد و بطور جابندارانه عمل می کند داوری است که مجاز به صدور رای نمی باشد، و از این جهت، درخواست ابطال رای صادر شده از چنین داوری را نمائیم. حال اگر این استنباط را بپذیریم، سوالی در اینجا مطرح می شود، اینکه چنان چه به علت عدم اعتراض طرفیت، رای داوری قطعی گردد و تقاضای اجرای حکم داور از دادگاه مربوط می شود. چنان چه دادگاه متوجه شود، رای توسط داوری صادر شده است که مستقل و بی طرف نبوده و با توجه به استدلال فوق، چنین داوری طبق بندشش م ۴۸۹ مجاز به صدور رای نبوده است آیا دادگاه می تواند قانون از اجرای رای داور امتناع نماید؟

همان طور که می دانیم، با رعایت قوانین آمده اجباری است زیرا به منافع عمومی بستگی دارد و بدون اعتراض شخص ذی نفع نیز دادگاه مکلف است رأساً موضوع را بررسی و رای داور را در صورتی که خلاف آن باشد، ابطال کند. اما مخیره به منافع خصوصی افراد بستگی دارد و دادگاه نمی تواند بدون اعتراض ذینفع به آن رسیدگی نماید (محسن صدرزاده افشار، ۱۳۸۲، ص ۴۱۷)

بنابراین اگر رای داوری از سوی داوری صادر شده باشد که مستقل و بی طرف نبوده صدور چنین رای بر خلاف قوانین آمده و اخلاق حسنه بوده.

حق الزحمه باشد. دوم: چون مقصود طرفین، پرداخت حق الزحمه در برابر انجام دادن کار داور بوده است، داور استحقاق حق بخشی از حق الزحمه را هم نداشته باشد، چون داور جانشین احتمالاً مجبور خواهد شد که دوباره پرونده را از ابتدا بررسی



Athens

کند، افزون بر این اشکال نظر اول با نظر اصحاب دعوا که هدفشان از رجوع به داوری کم هزینه بودن داوری نسبت به مراجعه به دادگاه های دادگستری است منافات دارد، چون طرفین می باید حق الزحمه مشخص شده را یکبار به داور صادرکننده حکم بپردازند و اگر این نکته را در نظر بگیریم که ممکن است داور جانشین جرح شود و در فرض پذیرفته شدن جرح طرفین، اگر ملزم به پرداخت حق الزحمه به داوران باشند دست کم از منظر کم هزینه بودن داوری این چنین نظرای نقض غرض از مراجعه به داوری خواهد بود.

اما حالت سوم این است که پس از جرح و قبل از صدور تصمیم مقام صالح برای رسیدگی به جرح، داور یا داوران حکم خود را صادر کند. در چنین فرضی اگر چه حکم داور ممکن است مقبول یک طرف نباشد اما با صدور حکم داور، جریان داوری ختم می شود و طرفین داوری می باید به تعهدات خودشان در قبال داور عمل نمایند که در فرض مورد بحث پرداخت حق الزحمه است (محمد کااوند، ۱۳۶۸، ص ۸۳-۸۴)

اثر جرح بر روند رسیدگی

انتظار می رود ایراد به صلاحیت داوران تا زمانی که در مورد آن تصمیم گیری شود، فرآیند داورپرا حلق کند با این وجود قواعد داوری به ندرت به این امر اشاره می نمایند.

قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) فاقد مقرره ای در این زمینه است. دلیل خوبی برای این سکوت وجود دارد، قواعد داوری به گونه ای طراحی شده اند که تا حد امکان تاثیر جرح بر فرآیند داوری کاهش یابد. در فاصله مواعد، کار زیادی بر عهده دیوان داوری نیست و لذا دلیلی برای تعلیق رأیند داوری وجود ندارد. در این صورت ایراد به صلاحیت در زمان بیکاری نسبی دیوان به آسانی قابل رسیدگی است بدون اینکه در تقویم شکلی که داوران تعیین کرده اند خللی پیش آید از سوی دیگر یک قاعده تعلیق می تواند کل داوری را با تاخیر مواج سازد و طرفی که قصد اختلال در فرآیند داوری را دارد می تواند آنرا به تعلیق کل آئین رسیدگی تفسیر کند. با این وجود اگر دیوانی بتواند هنگامی که دیگر به دعوی جرح رسیدگی نمی کند به رسیدگی داوری ادامه دهد باید قادر باشد در هنگامی که بع این ایراد رسیدگی نکرده است نیز به رسیدگی ادامه دهد (گریستوفر کچ، ۱۳۶۸، ص ۱۸۵-۱۸۶)



Athens

نتیجه گیری :

حجت تصدی هر شغلی در هر حکومتی ضروری است که شخص واجد شرایط و اوصافی باشد که قانون گذار برای وی تعیین نموده از آن جا که داوری نیاز از اهمیت زیادی برخوردار است از این امر مستثنی نیست از مهم ترین شروط استقلال و بی حرافی داور می باشد که داور باید واجد آنها باشد و قوانین و قواعد داوری به صراحت یا بطور فنی آنها را برای داوری الزامی دانسته است لذا چنان چه داور منصوب شده فاقد این دورکن اساسی و هم چنین فاقد اوصاف مورد نظر و توافق طرفین باشد به محض انتصاب این مطلب را بطور کتبی به اطلاع طرفین برساند تا طرفین در مورد انتخاب یا عدم انتخاب چنین داوری تصمیم گیری می کنند در غیر این صورت داوری وارد جرح می شود جرح داور به دلیل عدم استقلال و جانبداری یک حق است و ازین رو در هر داوری داور باید طرفین را بشناسد تا بتواند از آن حق خود نسبت به او استفاده کند.

منابع فارسی

- ۱- امیرمعزی، احمد، داوری بین المللی در دعوای بازرگانی، انتشارات دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۲۰۶
- ۲- تاپ من، مایکل، جرح و سلب صلاحیت از دوران تجاری بین المللی، ترجمه، میرفخرایی، محمدجواد، مجله حقوق مرکز خدمات حقوق، بین المللی، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۶۹
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۸، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ بیست و دوم
- ۴- جعفریان، منصور، تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین المللی (۲) مجله مجلس و پژوهش، شماره ۱۴ اسفندماه ۱۳۷۳
- ۵- دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۳، لغت نامه، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، با همکاری انتشارات روزنه، جلد ۶، چاپ اول، از دوره جدید، ص ۹۱۶۴
- ۶- شمس، عبدالله، آئین دادرسی مدنی، انتشارات ادراک، چاپ اول، ۱۳۸۶



۷- شیرودی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۱

۸- فرح زادی، علی اکبر، معرفی اجمالی اصول بنیادین دادرسی در اسلام، مجله دیدگاه حقوقی، ۱۳۸۱، ص ۲۵

۹- محبی، محسن، نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۰ تهران

۱۰- معصومی، حامد-براتی، زینب، جرح داور در داوری تجاری بین المللی (یا نگاهی بر تاکتیک های تاخیری)، انتشارات بهنامی، تهران، ۱۳۹۴

۱۱- معین، محمد، ۱۳۶۳، فرهنگ فارسی، جلد اول، انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم، ص ۴۵۶

۱۲- نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین المللی «آئین داوری»، مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، چاپ اول، ص ۳۶۹

۱۳- کاکاوند، محمد، جرح داوران دیوان داوری دعلوی ایران-ایالات متحده، چاپ دوم، ۱۳۸۷، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی

۱۴- کچ، گریستوفر، استانداردها و آئین های جرح داوران، ترجمه، ابراهیم گل، علیرضا، چاپ شده در مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره سی و ششم، ۱۳۸۶، ص ۱۶۹-۱۹۹

مقالات انگلیسی

1.Chan,Leng sun,Arbitrators:conflicts of Interest:Bias by any Name , 19 SACLJ ,2007.P245

2.D working,R,laws,Empire,Har vard pu blishing 1988 in Alam, Naser, Independence and Impartiality in International Arbitration ,An, Assessment National Commissioner. International Chamber of commerce.Bang ladesh .P85

3.El,kosher,m,Youssef,k.The Independence,of in International Arbitration : An Arbitrators,perspective,ICC Bulletin.2007.P46



Athens

4. Gellhorn, W. and Byse, C. Administrative Law, Cases and Comments, 6th ed. 1974, P945, Cited in Flick, J., A Natural Justice; Principles and Practical Application. 2nd ed., Butterworths 1984, P158
5. Grane, Bryan, A., Black's Law Dictionary, The Thomson Pub, English. Ed. 1999. P1321
6. Mary, Herbert, I., Arbitration as an Ethical Institution, in our society, The Arbitration Journal, vol37, NO3, Sep1982, P34
7. Rhee, C., Hvan, Verkerm, R., Civil Procedure, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, Cheltenham, 2006, P4