

ایرادات با اثر مانع موقتی در داوری تجاری بین‌المللی^۱

علی انصاری^۲

جواد عسکری دهنوی^۳

چکیده

اختلافات تجاری در عرصه‌ی بین‌الملل از طریق مکانیسم داوری حل و فصل می‌گردد. در نهاد داوری به عنوان مرجعی مناسب و قابل اعتماد برای حل و فصل اختلافات تجاری، موضوع ایرادات به عنوان شکلی از دفاع طرفین مطرح می‌شود. ایرادات با توجه به آثاری که ممکن است بر جریان داوری داشته باشند، دو گونه‌اند؛ ایرادات با اثر مانع موقتی و ایرادات با اثر مانع دائمی. با این‌که غالب مقررات حاکم بر ایرادات در زمره‌ی قواعد تکمیلی هستند و توجه به آن‌ها حسب مورد منوط به ابراز آن توسط طرف یا طرفین دعوا می‌باشد، ولی برخی از آن‌ها قواعد آمره بوده و با نظم عمومی ارتباط دارند. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با این‌که در نوبه‌ی خود تحولی ستودنی در عرصه‌ی تجارت بین‌الملل به حساب می‌آید، از این حیث که بحث ایرادات را تبیین ننموده و صرفاً کلیتی از آن را مطرح کرده است، با خلاء اساسی مواجه است. پژوهش حاضر با مد نظر قراردادن این‌که طرفین دعوی در داوری تجاری بین‌المللی چه ایرادهایی می‌توانند مطرح نمایند و اثر آن چه خواهد بود، به بررسی ایرادات با اثر مانع موقتی و تصمیم اتخاذی داوران نسبت به ایراد خواهد پرداخت.

واژگان کلیدی: داوری تجاری بین‌المللی، ایرادات، مانع موقتی، انصراف، قواعد آمره، نظم عمومی بین‌المللی.

۱. تاریخ دریافت مقاله ۱۳۹۰/۱۱/۱۸؛ تاریخ پذیرش نهایی مقاله ۱۳۹۱/۲/۵.

۲. استادیار گروه حقوق دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی دانشگاه خوارزمی؛ نویسنده‌ی مسؤل:

ali.ansari1975@yahoo.fr

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی.

درآمد

امروزه داوری تجاری بین‌المللی نقش اساسی و رو به رشدی در حل اختلافات بین اشخاص در عرصه‌ی بین‌الملل دارد؛ به گونه‌ای که جز در موارد نادر، طرفین اختلاف تمایل ندارند سرنوشت دعوای خود را به دست دادگاه‌های ملی بسپارند. دلیل این رویکرد را می‌توان در این امر دانست که اصحاب دعوا به دادگاه‌های داخلی یکدیگر اعتماد ندارند و ترجیح می‌دهند حل اختلاف خود را در صلاحیت یک مرجع بی طرف و در عین حال متخصص که وابسته به هیچ کشوری نباشد، قرار دهند.

به هنگام بروز اختلاف میان طرفین قرارداد تجاری بین‌المللی، هر یک از طرفین تلاش می‌کند ادله و مدارک خود را در جهت دفاع از خویشتن به میدان نبرد قضایی آورد. ایرادات به عنوان یکی از دفاعیات در همین مرحله مطرح می‌شود. این طریق دفاعی، نقش مؤثر و کارآمدی در جریان داوری ایفاء نموده و می‌تواند سرنوشت دعوا را تغییر دهد. اهمیت این دفاع شکلی در داوری تجاری بین‌المللی از آنجا پدیدار می‌شود که گاه به‌رغم این که در صحت ایراد مطروحه تردیدی نیست، مرجع داوری به استناد قواعد مسلم و الزامات دیگر که در داوری بین‌المللی لازم الاجراست، اثری به ایراد مطروحه مترتب ننماید.^۱

باید دانست که ایرادات صرفاً همان‌هایی نیستند که در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی احصاء شده‌اند؛ بلکه به تبع قرارداد تجاری بین‌المللی، ایرادهای دیگری نیز وجود دارد که ذی نفع می‌تواند به آن استناد کند. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به‌رغم حسن‌هایی که دارد، در بحث ایرادات دارای خلاء اساسی است؛ و علت آن را می‌توان در این امر دانست که قانون ایران، با تغییراتی از قانون نمونه‌ی آنسیترال اقتباس شده است. قانون اخیر، به نحو اجمال موضوع ایراد را مطرح نموده است؛ به گونه‌ای که اثر ایراد و یا مواردی از آن را مورد توجه قرار نداده است. بدین ترتیب، ضروری است که قانون‌گذار ایران با توجه به قوانین کشورهای پیشرفته و رویه‌ی داوری، نواقص قانون داوری تجاری بین‌المللی را مرتفع و آن را تکمیل نماید.

طرح ایرادات اصولاً از جمله حقوق طرفین است، به نحوی که آن‌ها در طرح

۱. ایراد عدم اهلیت دولت و سازمان‌های دولتی که به زودی بحث آن خواهد آمد، از این جمله‌اند.

یا عدم طرح آن مانند هر حق دیگری مختار می‌باشند. با این همه، بعضی از ایرادات جزو قواعد آمره و یا مربوط به نظم عمومی است. در این فرض حتی اگر ایراد مورد استناد قرار نگرفته باشد، دادگاه به عنوان مرجعی نظارتی رأساً رأی دآوری که بدون توجه به ایراد صادر شده است را باطل اعلام می‌کند. این رویکرد قانون‌گذار ایرانی از دو جهت قابل نقد است: از یک سو قلمرو نظم عمومی را مشخص ننموده و به این پرسش پاسخ نداده است که آیا مقصود از نظم عمومی مقرر در قانون دآوری تجاری بین‌المللی، نظم عمومی داخلی و وابسته به کشور مقرر دادگاه است یا مراد نظم عمومی بین‌المللی، فارغ از مقررات داخلی است. تبیین این مفهوم می‌تواند به بسیاری از ابهام‌ها که رویه‌ی قضایی درگیر آن است، پایان بخشد و گسترش دآوری در زمینه‌ی تجارت خارجی را در عرصه‌ی داخلی فراهم آورد. از سوی دیگر، ضروری است که نظارت دادگاه‌ها در امر دآوری به ویژه دآوری تجاری بین‌المللی کاهش داده شود. به طور کلی، در این‌گونه قوانین که هدف آن جلب اعتماد بازرگانان خارجی و داخلی است، نباید به سبب‌های گوناگون و گاهی مبهم، موارد بطلان رأی داور توسط دادگاه توسعه داده شود؛ تا این شائبه مطرح شود که قانون‌گذار ایران شیوه‌های متفاوتی را برای باطل کردن آرای که اجرای آن‌ها را به مصلحت نمی‌داند، مقرر کرده است. لذا برای تحقق کارآمدی نهاد دآوری شایسته است جنبه‌ی نظارتی این تأسیس، قربانی جنبه‌ی حمایتی آن شود تا اعتماد طرفین قرارداد به این نهاد حاصل شود.

سؤال اصلی پژوهش حاضر این است که طرفین در جریان دآوری چه ایراداتی را می‌توانند مطرح نمایند و اثر آن چه خواهد بود؟ در پاسخ بایستی گفت ایرادات را با توجه به اثری که ممکن است بر جریان دآوری داشته باشد، می‌توان به دو دسته‌ی کلی تقسیم کرد: ایراداتی که پذیرش آن، مانع موقتی بر جریان دآوری ایجاد می‌کند و ایراداتی که پذیرش آن، مانع دائمی بر جریان دآوری به وجود می‌آورد. در این پژوهش صرفاً ایراداتی بررسی می‌شود که جریان دآوری را موقتاً به حالت تعلیق درمی‌آورد.

سؤال‌های دیگری نیز به ذهن تداعی می‌شود که در مباحث آتی بدان پاسخ داده خواهد شد؛ از جمله این که مهلت طرح ایراد تا چه زمانی است؟ تصمیم اتخاذی داور یا داوران در صورت طرح ایراد چه خواهد بود؟ ضمانت اجرای رد ایراد توسط داور چیست و آیا می‌توان دادگاه را در این مسئله دخیل نمود یا خیر؟

مقاله‌ی حاضر به چهار بخش تقسیم می‌گردد: در بخش اول مفهوم ایراد و شرایط انصراف از آن بررسی می‌شود؛ بخش دوم به مطالعه‌ی ایرادهایی که اثر آن مانع موقتی بر جریان داوری ایجاد می‌نماید پرداخته خواهد شد؛ در بخش سوم مهلت و آثار طرح ایرادات مزبور مورد مطالعه قرار می‌گیرد و در بخش چهارم از ضمانت اجرای عدم توجه به ایراد مطروحه توسط داور بحث می‌شود.

۱. مفهوم ایراد و اقسام آن

ایراد در لغت به معنای خرده گرفتن، بهانه گرفتن و اعتراض کردن آمده است (معین، ۱۳۶۰، ج ۱: ۴۱۴). برخی نویسندگان در مقام تعریف ایراد، آن را اشکالی دانسته‌اند که یکی از متداعیین می‌تواند بر دعوا یا قاضی یا طرف دیگر یا بر دادگاه یا نماینده‌ی احد از متداعیین بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۷۵۸؛ مهاجری، ۱۳۸۷، ج ۱: ۳۵۰)، بعضی دیگر ایراد را وسیله‌ای قلمداد کرده‌اند که خواننده معمولاً در جهت ایجاد مانع موقتی یا دایمی بر جریان رسیدگی به دعوی مطروحه به منظور بازداشتن موقت یا دایم خواهان از پیروزی به کار می‌گیرد (شمس، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۲۰)؛ سرانجام عده‌ای ایراد را طرح اعتراض به خود و نفس دعوا صرف نظر از ماهیت حق مورد ادعا تعریف نموده‌اند (کریمی، ۱۳۸۶: ۲۰۲)؛ با وجود تعاریف اصطلاحی مذکور، قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ تعریفی از ایراد ارائه نکرده است.

قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه در ماده‌ی ۷۳ ایراد را این‌گونه تعریف می‌کند: «هر وسیله‌ای که موجب شود دادرسی غیر قانونی یا زوال یافته اعلام شود یا جریان دادرسی معلق گردد، ایراد دادرسی محسوب می‌شود». وجه مشترک تمامی این تعاریف در این است که ایراد ناظر به فقدان شرایط شکلی دعوا است که حسب مورد می‌تواند بر اصحاب دعوا، نماینده‌ی آن‌ها، داور، دادرسی و یا خود دادگاه ناظر باشد؛ و نه تنها خواننده، بلکه خواهان دعوا نیز می‌تواند از این ایرادها بهره‌گیرد.

اصولاً طرح ایراد^۱ از جمله حقوق متداعیین می‌باشد؛ از همین رو، خواننده یا خواهان داوری می‌تواند از طرح آن صرف نظر نماید؛ در واقع، انصراف از طرح ایراد

۱. می‌گوئیم «اصولاً» زیرا برخی از ایرادها جزو قواعد آمره و یا مربوط به نظم عمومی است که در مباحث آتی بحث خواهد شد.

یک عمل حقوقی یک طرفه یعنی ایقاع می‌باشد که به صرف اراده‌ی یک طرف تحقق می‌یابد و اثر حقوقی آن بر شخص فاعل مترتب می‌شود (Willaim, 2004: 23).

انصراف بر دو قسم انصراف صریح و ضمنی است: در قسم نخست، انصراف از حق طرح ایراد به صراحت صورت می‌گیرد؛ اما در گونه‌ی دوم برخی افعال از شخص رخ می‌دهد که بر رها کردن آن حق دلالت دارد. بدین ترتیب، برای تحقق انصراف ضمنی باید فعلی روشن و بدون ابهام بروز یابد. مضمون ماده‌ی ۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران با تعریف انصراف ضمنی انطباق دارد؛ زیرا ادامه‌ی داوری را با علم به ایراد غیر آمره از موارد سقوط حق ایراد تلقی کرده است؛ به موجب این ماده: «در صورتی که هر یک از طرفین با علم به عدم رعایت مقررات غیرآمره این قانون و یا شرایط قابل عدول موافقت‌نامه داوری، داوری را ادامه دهد و ایراد خود را فوراً و یا در مهلتی که به این منظور تعیین شده است اقامه نکند، چنین تلقی خواهد شد که از حق ایراد صرف نظر نموده است». این ماده ملهم از ماده‌ی ۴ قانون نمونه‌ی داوری آنسیترال^۱ است.

ماده‌ی مزبور مقرر می‌دارد: «چنان‌چه هریک از طرفین به رغم علم به عدم رعایت بعضی مقررات این قانون یا الزامات ناشی از داوری که طرفین می‌توانند از آن عدول کنند، داوری را ادامه دهد و ایراد خود را به این امر بدون تأخیر موجه عنوان نکند یا اگر مهلتی تعیین شده باشد در مهلت مزبور ایراد خود را مطرح نکند، چنین تلقی خواهد شد که از حق ایراد خود صرف نظر نموده است». تفاوت این دو ماده در این است که قانون نمونه‌ی آنسیترال عذر موجه را عاملی برای تأخیر در طرح ایراد بیان نموده است. وفق قواعد عمومی در حقوق ایران نیز عذر موجه می‌تواند عاملی برای پذیرش تأخیر در طرح ایراد باشد.

ایرادات از جهات مختلفی قابل تقسیم هستند. از جمله از حیث زمان طرح ایراد که پیش از دفاع ماهوی و یا در طی فرایند رسیدگی طرح می‌شود؛ و نیز از حیث موضوع و طرفین قرارداد داوری، مانند ایراد وارد بر داور اعم از ایراد به صلاحیت شخصی یا موضوعی داور و ایراد مربوط به دعوا مانند ایراد اعتبار امر مختومه؛ و یا از حیث آمره یا غیر آمره بودن ایراد.

به نظر می‌رسد تقسیم مناسبی که می‌توان از ایرادات در داوری تجاری

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with amendments as adopted in 2006.

بین‌المللی ارائه دارد، تقسیم از حیث آثار ایراد است. وفق این تقسیم که مورد تبعیت بعضی قوانین مدرن جهان مثل قانون آیین دادرسی مدنی جدید فرانسه (در ماده‌ی ۷۳) قرار گرفته است، ایرادات بر دوگونه‌اند: نخست، ایراداتی که اثر پذیرش آن مانع موقتی بر جریان داوری است و با رفع آن چنانچه مانعی دیگر نباشد، جریان داوری به حالت عادی خود باز می‌گردد و دوم، ایراداتی که اثر پذیرش آن مانع دائمی در جریان داوری به وجود می‌آورد.

با توجه به آن چه گفته شد، می‌توان ایراد را با توجه به اثری که در فرآیند رسیدگی دارد، این‌گونه تعریف نمود: وسیله‌ای است که هر یک از طرفین در جهت ایجاد مانع موقتی یا دائمی بر جریان رسیدگی داوری به کار می‌گیرد.

۲. ایرادات با اثر موقتی بر جریان داوری

ایراد تنظیم ناقص درخواست داوری، ایراد عدم اهلیت و ایراد صلاحیت شخصی داور از قسم ایراداتی است که اثر قبولی آن توسط مرجع داوری، مانع موقتی بر جریان داوری به وجود می‌آورد؛ هر یک از این ایرادات به شرح زیر بررسی می‌شود.

۲-۱. ایراد تنظیم ناقص درخواست داوری

برای آن که جریان داوری به نحو صحیح و معتبر آغاز شود و داور یا داوران تکلیف رسیدگی به اختلاف و حل و فصل آن میان اصحاب دعوا را بیابند، خواهان باید درخواست ارجاع اختلاف به داوری را به درستی تنظیم نماید. این درخواست باید متضمن نکات و شرایطی باشد که قانون حاکم بر داوری یا توافق‌نامه‌ی طرفین مشخص نموده است؛ چرا که در جهت رعایت اصل تناظر، این حق خوانده است که از خواسته‌ی خواهان به روشنی و صراحت آگاهی یابد تا بتواند با توجه به آن و در جهت اثبات ذی‌حق نبودن طرف مقابل، اسناد و مدارک خود را فراهم نموده و از خود دفاع کند. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در بند «ب» ماده‌ی ۴، این حکم را مقرر داشته است.

با این وجود، گاهی احتمال دارد که خواهان شرایط مورد نیاز برای شروع داوری را رعایت نکند؛ مانند آن که، خواسته به درستی تقویم نشده باشد؛ علت بروز

اختلاف تشریح نشده باشد و یا درخواست داوری به زبانی غیر از زبان توافق شده تنظیم شده باشد. این که اصولاً چه عاملی تنظیم ناقص درخواست داوری یا تفصیل بیش از حد آن را موجب می‌شود را باید در عبارات کلی و مجملی دانست که راجع به محتوای درخواست داوری در مقررات داوری وجود دارد؛ زیرا قوانین یا قواعد مختلف داوری در خصوص شرایط و مفاد درخواست آغازگر داوری، متفاوت هستند. برخی تنها اشاره‌ای کوتاه و شرحی مختصر از ادعا و خواسته را کافی می‌دانند و پاره‌ای دیگر، درخواست تفصیلی داوری را ضروری می‌دانند (Derains, 1998: 47). از این رو، به دلیل فقدان معیاری دقیق ممکن است خواهان در تنظیم درخواست آغاز داوری ناخواسته دچار اشتباه شده و زمینه‌ی طرح ایراد خوانده را فراهم آورد. برای مثال شق ۳ از بند «ب» ماده‌ی ۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران اشاره‌ای کوتاه به ماهیت کلی ادعا و مبلغ خواسته را کافی می‌داند و در مقایسه، ماده‌ی ۴ (۳) مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) تصریح می‌نماید که درخواست داوری باید مشتمل بر توضیح ماهیت اختلافات، اوضاع و احوالی که منجر به بروز دعوا شده است و بیان مبنای ادعای به وجود آمده باشد.^۱

پرسش این است که چنانچه خواهان درخواست خود را ناقص تنظیم نماید و شرایط مقرر قانونی یا قراردادی را رعایت نکنند، با چه ایرادی مواجه می‌شود؟ هرگاه خواهان در زمانی متعارف پیش از آغاز جریان داوری درخواست خود را تکمیل کند، مشکل خاصی ایجاد نمی‌شود (نیکبخت، ۱۳۸۸: ۴۰)؛ در غیر این صورت، خوانده می‌تواند در جلسه‌ی اول رسیدگی، ایراد عدم رعایت شرایط درخواست داوری را مطرح کند؛ زیرا در صورت عدم درج موارد ضرورت در درخواست داوری، از جهت حقوقی نمی‌توان درخواست مطرح شده را «درخواست داوری» در مفهوم صحیح و قانونی آن دانست؛ لذا آثار مترتب بر «درخواست داوری» بر آن بار نخواهد شد. در این صورت داور یا هیأت داوری پس از بررسی ایراد، تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند.

چنانچه خوانده نسبت به اقدامات آغاز دعوا آگاه باشد، عدم انجام برخی شرایط لازم در درخواست داوری توسط خواهان، مانع از شروع معتبر داوری نخواهد شد. برای مثال، در پرونده‌ی ۷۰۷۱ شخص حقوقی حقوق عمومی ایرانی به عنوان

1. International Chamber of Commerce (in force as from 1 January 2012), available at: <http://www.iccwbo.org/ICCDRSRules/>

خواهان، بدون توجه به شرایط قرارداد منعقدۀ در نهم دسامبر ۱۹۷۴ درخواست داوری را بدون تعیین مبنای حقوقی صحیح ارائه نمود؛ امری که مورد ایراد خوانده قرار گرفت. هیأت داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) در رأی مورخ هشتم فوریه ۱۹۹۴ ایرادهای خوانده را بررسی و به شرح ذیل اتخاذ تصمیم نمود:

«در رابطه با رعایت الزامات مربوط به بیان ادعا اگرچه درخواست داوری از انتظام خوبی برای بیان کامل برخوردار نیست، ولی از روشنی کافی به گونه‌ای که خوانده بتواند آن را دریابد و به آن پاسخ دهد، برخوردار می‌باشد. از دفاعیات خوانده برمی‌آید که ادعا را به درستی فهمیده و به پاسخ‌گویی آن اقدام کرده است. از نظر هیأت داوری، حداقل الزامات بند ۲ ماده ۳ قواعد داوری در تنظیم درخواست داوری رعایت گردیده و درخواست مذکور معتبر می‌باشد» (امیر معزی، ۱۳۸۸: ۸۳). در خصوص این که اطلاع نسبت به چه اموری، بی‌تأثیری ایراد خوانده را در پی دارد، معیار عامی وجود ندارد؛ به گونه‌ای که در هر مورد بستگی به اوضاع و احوال خاص دارد. در مجموع می‌توان گفت پاسخ خوانده به ماهیت دعوی اقامه‌شده، می‌تواند موجب رد ایراد شود و الا اگر خوانده پاسخی ارائه ننموده باشد، ممکن است ایراد وی پذیرفته شود.

۲-۲. ایراد عدم اهلیت

بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بیان می‌دارد: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند داوری اختلافات تجاری بین‌المللی خود را اعم از این که در مراجع قضایی طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله که باشد، با تراضی طبق مقررات این قانون به داوری ارجاع کنند».

با توجه به واژه‌ی عام «کلیه‌ی اشخاص»، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند دعوی خود را به داوری ارجاع دهند. اشخاص حقیقی برای دارا شدن چنین اختیاری باید از شرایط بلوغ، عقل و رشد برخوردار بوده و حق تصرف در اموال و حقوق خود را دارا باشند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۱)؛ و در مورد دعوی راجع به اشخاص حقوقی، آن‌ها را می‌توان به دو گروه تقسیم نمود: نخست، اشخاص حقوقی موضوع حقوق خصوصی: این اشخاص وفق ماده ۵۸۸ قانون تجارت، حق ارجاع

اختلاف به داوری را دارند؛^۱ و دوم، اشخاص حقوقی موضوع حقوق عمومی: این اشخاص که بیشتر ناظر به دولت، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی است، وضع متفاوتی با دیگر اشخاص دارند.

موضع نظام‌های حقوقی بیگانه در برخورد با امکان ارجاع دعاوی دولت و سازمان‌های دولتی به داوری بر چهار گروه است:

گروه نخست، کشورهایی است که داوری دولت با شخص خصوصی خارجی را مطلقاً و بدون قید و شرط می‌پذیرند؛ از این گروه می‌توان کشورهای بلوک شرق، ایالات متحده آمریکا، انگلیس، بلژیک و هلند را نام برد. در این کشورها از سال‌ها پیش، داوری بین‌المللی روش عادی حل اختلاف محسوب می‌شود.

گروه دوم مشتمل بر کشورهایی است که به نحو اطلاق شرط ارجاع اختلاف به داوری را مردود دانسته‌اند؛ روزگاری کشورهای امریکای لاتین مانند ونزوئلا در این گروه قرار داشتند (اسکینی، ۱۳۶۹: ۳۶ به بعد).

گروه سوم، متشکل از کشورهایی است که میان قراردادهای اداری و قراردادهای تجاری دولت، قائل به تفکیک شده‌اند. بدین توضیح که گاه قراردادهایی که دولت در مقام تصدی منعقد می‌کند، قرارداد ساده‌ی تجاری است؛ و زمانی موضوع قراردادهای انعقادی از سوی دولت و دستگاه‌ها یا مؤسسات دولتی، ناظر بر حفظ و استیفای منافع عمومی است و در بخش حاکمیتی قرار می‌گیرد، مانند قراردادهای عمرانی، پروژه‌های بزرگ اقتصادی و یا قراردادهای نفتی و سرمایه‌گذاری‌های خارجی که دولت یا دستگاه‌های دولتی به اعتبار حاکمیت بر منابع طبیعی کشور با خارجیان منعقد می‌کند. در قراردادهای تجاری دولتی، دولت می‌تواند اختلافات و دعاوی ناشی از قرارداد را بدون محدودیت و ممنوعیت به داوری ارجاع دهد؛ هرچند طرف اختلاف شخص خصوصی خارجی باشد، اما در قراردادهای اداری، ارجاع به داوری گاه ممنوع و زمانی موکول به رعایت تشریفات خاص و کسب مجوز از مراجع تقنینی یا اجرایی بالاتر است.

تفکیک مزبور که متعلق به حقوق فرانسه و مستند به رویه‌ی قضایی این کشور می‌باشد، به تدریج، در رویه‌ی داوری بین‌المللی کنار گذاشته شد و به تبع این

۱. «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن‌ها باشد...».

تحول در رویه‌ی داوری بین‌المللی، برخی کشورها مانند مصر و لبنان^۱ که با اقتباس از حقوق فرانسه بین قراردادهای تجاری و قراردادهای اداری تفکیک نموده بودند، در مقام تعدیل و اصلاح قوانین خود برآمدند، برای مثال در مصر که تا پیش از سال ۱۹۹۴ مسأله‌ی داوری‌پذیری دعاوی ناشی از قراردادهای اداری به بروز مباحث مهمی در میان صاحب‌نظران حقوقی و صدور تصمیمات و نظرات قضایی متفاوتی منجر شده بود، با تصویب قانون «داوری در امور مدنی و تجاری» شماره‌ی ۱۹۹۴/۲۷ و با الحاق بند دیگری به ماده‌ی یک این قانون در سال ۱۹۹۷، به اختلاف‌نظرها پایان داده شد. به موجب این بند «در مورد دعاوی ناشی از قراردادهای اداری، توافق نسبت به ارجاع به داوری باید به تصویب وزیر مربوطه و در خصوص سازمان‌های عمومی، باید به تصویب مرجعی که وظایف وزیر را بر عهده دارد، برسد». به این ترتیب قانون‌گذار مصر، اصل قابلیت ارجاع دعاوی ناشی از قراردادهای اداری به داوری را مشروط بر آن‌که به تصویب وزیر مربوطه یا مرجع صالح برسد، پذیرفته است (هادی سلیم، ۱۳۸۷: ۲۳۴-۲۲۱).

بازتاب تفکیک بین قرارداد اداری از قرارداد تجاری دولتی را می‌توان در بعضی آراء دادگاه‌های ایران نیز مشاهده نمود؛ در ادامه برخی از این آراء خواهد آمد. گروه چهارم مشتمل بر کشورهای است که وفق قوانین آن‌ها، دولت و سازمان‌های دولتی به نحو اطلاق نمی‌توانند در روابط تجاری خود با اشخاص خصوصی خارجی به داوری مراجعه کنند، بلکه مراجعه‌ی این نهادها به داوری منوط به رعایت برخی شرایط قانونی است؛ قانون‌گذار ایران نیز در اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی این راه‌حل را برگزیده است. به موجب این اصل، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در موردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». در خصوص مفاد این اصل و پذیرش داوری توسط دولت، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی، اختلاف‌نظر است: برخی دادگاه‌ها با تفکیک بین اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی دولت، پذیرش داوری توسط دولت و شرکت‌های

۱. بند ۲ ماده‌ی ۸۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی لبنان مصوب ۱۹۸۳ بیان می‌دارد: «دولت و همچنین اشخاص حقوقی حقوق عمومی می‌توانند دعاوی خود را به داوری بین‌المللی ارجاع دهند».

دولتی در اعمال تصدی را مخالف اصل یکصد و سی و نهم مذکور نمی‌دانند: «مراد قانون‌گذار از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اموال عمومی و دولتی می‌باشد که برای اعمال حاکمیت در نزد دولت و شرکت‌های دولتی است و منصرف از امری است که برای تصدی امور بازرگانی و تجاری در اختیار دارد...»^۱ در رأی دیگر نیز چنین آمده است: «آن‌گاه که یک شرکت دولتی متصدی یک امر تجاری است و اموالی که در اختیار دارد نه برای اعمال حاکمیت، بلکه برای تصدی به امور تجاری باشد منعی برای مراجعه به داوری نیست و اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده‌ی ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مستمسکی برای اشخاص نیست که اولاً، با شرکت‌های دولتی که اعمال تصدی می‌کنند قرارداد داوری منعقد کنند و ثانیاً اگر رأی داوری به ضرر آنان صادر بشود با تمسک به موارد مذکور در صدد ابطال رأی داوری برآیند»^۲.

بعضی دیگر از دادگاه‌ها، بر حسب وضع مالکیت مال مورد اختلاف تقریر حکم نموده‌اند: «موضوع ممنوعیت ارجاع امور به داوری بدون تحصیل موافقت هیأت وزیران در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده‌ی ۴۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً اموال عمومی و دولتی بوده و نه اموال و دارایی‌های شرکت‌های دولتی»^۳.

در مقابل، برخی نویسندگان بدون تفکیک بین اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی و یا تفکیک بین دولت و شرکت‌های دولتی، رجوع به داوری را برای این اشخاص بدون رعایت اصل یکصد و سی و نهم به نحو اطلاق ممنوع دانسته و فاقد اثر تلقی می‌کنند (اسکینی، ۱۳۹۰: ۴۱؛ شیروی، ۱۳۷۸: ۶۷؛ افتخار جهرمی، ۱۳۷۹: ۲۴۲). انعکاس این نظریه را می‌توان در برخی آرای دادگاه‌ها نیز مشاهده کرد: «با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، داور مبادرت به صدور رأی حکمیت نموده که این موضوع مغایرت آشکار با قوانین موجد حق داشته، لذا به جهت عدم اخذ مصوبه‌ی هیأت وزیران و مصوبه‌ی مجلس، رأی صادره مخالف با قوانین مصرح و قانون اساسی بوده ... و حکم به ابطال رأی داوری صادر و اعلام می‌دارد» (نقل از: اسکینی، ۱۳۹۰:

۱. دادنامه‌ی شماره‌ی ۶۰۵ و ۶۰۶ به تاریخ ۱۳۸۲/۷/۱۳ موضوع پرونده‌ی کلاسه‌ی ۵۲۹/۳/۸۲ و ۵۳۰، شعبه‌ی سوم دادگاه عمومی تهران؛ اسکینی، ۱۳۹۰: ۳۹.
۲. دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۰۲ به تاریخ ۱۳۸۸/۲/۱۳ موضوع پرونده‌ی کلاسه‌ی ۱۳۴۱/۲۷/۸۶، شعبه‌ی بیست و هفتم دادگاه عمومی تهران (منبع پیشین: ۳۹).
۳. دادنامه‌ی شماره‌ی ۸۸۰۵۵۹ به تاریخ ۱۳۸۸/۷/۱۹ موضوع پرونده‌ی کلاسه‌ی ۱۰۹/۱۹/۸۸-۶۳۳/۸۷، شعبه‌ی نوزدهم دادگاه عمومی تهران (منبع پیشین: ۳۹).

۴۰.

پرسش این است که چنانچه دولت، سازمان‌ها و یا شرکت‌های دولتی بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی، با شخص حقوقی خارجی قراردادی منعقد نماید که متضمن شرط ارجاع اختلاف به داوری باشد، در صورت بروز اختلاف و طرح ایراد از سوی دولت یا حتی طرف مقابل او (طرف خصوصی قرارداد)، مرجع داوری چه تصمیمی اتخاذ می‌کند؟

به رغم اختلاف نظرها در تفسیر اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی، رویه‌ی داوری بین‌المللی حسب مورد، ایراد خواهان یا خوانده‌ی داوری که به استناد اصل مذکور و جهت عدم کسب مجوز از مرجع تقنینی، در پی بی‌اعتباری شرط داوری بوده‌اند را رد نموده و شرط مذکور را از این حیث قابل خدشه ندانسته است. عمده‌ی استدلال داوران بین‌المللی بدین شرح است:

الف) نظم عمومی بین‌المللی، شخص حقوقی حقوق عمومی را از توسل به قوانین ملی برای بی‌اعتبار نمودن قرارداد داوری که پیشتر منعقد کرده، منع می‌کند. نظم مذکور نوعی نظم عمومی است که نسبت به تمام مراکز و واحدهای تجاری اداری عمومیت دارد (اول لندن، ۱۳۶۵: ۳۸).

برای مثال، در پرونده‌ی گات اوپل علیه شرکت ملی نفت ایران، خواهان به دلیل عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی از سوی شرکت یاد شده، از دادگاه پاریس ابطال رأی داوری که به نفع ایران صادر شده بود را خواستار شد. دادگاه پاریس در خصوص این پرسش که آیا شرط داوری مندرج در قرارداد را می‌توان به استناد قانون ملی شخص حقوقی حقوق عمومی بی‌اعتبار دانست، به شرح ذیل استدلال نمود:

«قرارداد فیما بین از نوع قراردادی است که برای احتیاجات تجاری بین‌المللی تحت شرایط و مطابق با عرف تجارت بین‌الملل منعقد شده است. نظم عمومی بین‌المللی شخص حقوقی حقوق عمومی را از توسل به قوانین ملی برای بی‌اعتبار نمودن قرارداد داوری که قبلاً منعقد کرده است منع می‌کند. از این رو گات اوپل نمی‌تواند به بی‌اعتباری شرط داوری به استناد عدم اهلیت به واسطه‌ی عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران توسل جوید و استدلال کند که شرکت ملی نفت ایران به دلیل عدم اخذ مجوز موضوع اصل ۱۳۹ اهلیت مراجعه به داوری را ندارد؛ زیرا نظم

عمومی بین‌المللی شرایطی را که در این مورد به وسیله‌ی نظام داخلی مقرر شده است ملحوظ نظر قرار نمی‌دهد» (نقل از: امیر معزی، ۱۳۸۸: ۵۵).

ب) به موجب یک اصل کلی حقوقی شکل‌گرفته در رویه‌ی داوری تجاری بین‌المللی، دولت یا سازمان دولتی طرف قرارداد داوری نمی‌تواند برای بی‌اعتباری و عدم قابلیت ارجاع اختلاف به داوری به واسطه‌ی نداشتن اهلیت به قوانین ملی خود استناد نماید (Redfern and Hunter, 2004: 75). انعکاس این قاعده را در بند ۲ ماده‌ی ۱۷۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس می‌توان مشاهده کرد؛^۱ به موجب این ماده «هرگاه دولت، شرکت دولتی و یا سازمان‌های تحت نظارت دولت طرف داوری باشند، نمی‌توانند با توسل به قانون ملی به اهلیت خود به عنوان داوری یا قابلیت ارجاع اختلاف به داوری اعتراض کنند».

ج) در برخی آراء داوری چنین ایراداتی برخلاف اصل حسن‌نیت اولیه‌ی طرفین قرارداد در ارجاع اختلاف به داوری تلقی شده است (Rubino, 1989: 158). چنانچه مقام عمومی، قرارداد داوری را پیش از وضع قانون مربوط به شرایط ارجاع اختلاف به داوری منعقد نموده باشد، قانون لاحق اثر قهقرایی نداشته و بر قرارداد سابق حاکم نمی‌باشد. برای مثال، در پرونده‌ی شماره‌ی ۷۳۰۴ (Unpublished)^۲ خواننده‌ی خارجی به عدم اهلیت خواهان ایرانی (شخصیت حقوقی حقوق عمومی) به علت عدم اخذ مجوز مجلس شورای اسلامی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ایراد نمود. خواهان در مقام دفاع و رد ایراد استدلال نمود که به دلیل سبق قرارداد داوری (بیست و یکم اسفند ماه ۱۳۵۶) و لحوق قانون اساسی ایران (۱۳۵۸)، قانون لاحق اثر قهقرایی نداشته و بر این قرارداد حاکم نمی‌باشد؛ و در این راستا به نظریه‌ی شماره‌ی ۶۰۲۵ مورخ ۱۳۶۵/۴/۱۸ شورای نگهبان^۳ به همراه شهادت‌نامه‌ی یک خبره‌ی

1. Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), Art. 177(2), 1987.

۲. اصطلاح مزبور در مورد پرونده‌های مطرح شده در داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، هنگامی به کار می‌رود که به دلیل محرمانه بودن یا عدم رضایت طرفین دعوی، پرونده‌ی مذکور در مجموعه‌ی آراء داوری آی‌سی‌سی یا در مجلات و سالنامه‌ی داوری گزارش و چاپ نشده است.

۳. «نظر به این که قوانین جاری کشور در صورتی از لحاظ قانون اساسی منع اجرایی دارد که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد و نظر به این که در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاری به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد، آن قوانین منع اجرایی ندارد و جواز اجرای آن قوانین به اصل خود باقی است و نظر به این که در مورد شمول اصل ۱۳۹ نسبت به قرارداد

حقوقی استناد می‌کند. هیأت داوری پس از استماع و بررسی ایراد خواننده رأی داد: «اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی فی‌نفسه اثر قهقراپی نداشته و بر شرط داوری منعقد در سال ۱۳۵۶ تأثیری نخواهد داشت».

۳-۲. ایراد به صلاحیت شخصی داور^۱

دارا بودن صلاحیت‌های لازم برای داور از ارکان ضروری تأمین صحت و سلامت روند داوری بین‌المللی است. به منظور حسن جریان داوری، طرفین دعوا باید اطمینان داشته باشند که اختلاف آن‌ها در مرجعی صالح و بی‌طرف رسیدگی خواهد شد. بدین‌منظور گاهی طرفین قرارداد داوری شرایطی را برای داورها احصاء می‌کنند و یا زمانی قانون حاکم بر داوری شرایطی را مقرر می‌نماید؛ حسب مورد در فرض فقدان شرایط قراردادی و یا قانونی، داور ممکن است مورد جرح قرار گیرد. موجبات احتمالی جرح در پنج مورد قابل بررسی است:

۱-۳-۲. اهلیت

در حقوق داخلی اغلب کشورها از اهلیت داور سخن به میان آمده است. در حقوق ایران اشخاص فاقد اهلیت، اشخاصی که به موجب حکم دادگاه یا در اثر آن از داوری ممنوع شده‌اند و همچنین قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی را حتی با تراضی نمی‌توان به داوری منصوب نمود (مواد ۴۶۶ و ۴۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی). در ایالات متحده آمریکا قاضی تا هنگام بازنشستگی از تصدی سمت داوری ممنوع است. در حقوق سوئیس صلاحیت

مورد سؤال شورای نگهبان به نظر تفسیری نرسیده، ارجاع به داوری از طرف دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد» (مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۶: ۱۹۹).

۱. صلاحیت داور در رسیدگی به دعوا، دارای دو جنبه‌ی صلاحیت شخصی و موضوعی است. از آن‌جا که ایراد به صلاحیت موضوعی داور در صورت پذیرش، مانعی دائمی در رسیدگی ایجاد می‌کند، بحث آن به وقتی دیگر موکول می‌شود. در خصوص مبنای صلاحیت داور تاکنون دو نظریه‌ی متفاوت ارائه شده است: نظریه‌ی قضایی (قانونی) بودن داوری و نظریه‌ی قراردادی بودن داوری. در نظریه‌ی نخست، صلاحیت و اختیار داوران از قانون نشأت می‌گیرد؛ هرگاه قانون داوری را اعتبار نبخشیده باشد، توافق طرفین دارای اثر نمی‌باشد (Mustill, 2001: 219)؛ اما براساس نظریه‌ی قراردادی بودن داوری، مبنای صلاحیت داور تراضی اشخاص است. به عبارتی مبنای صلاحیت همان شرط رجوع اختلاف به داوری یا موافقت‌نامه‌ی داوری است و داور در صورت بروز اختلاف بین متداعیین، هنگامی می‌تواند به دعوی آن‌ها رسیدگی نماید که طرفین آن را در حیطه‌ی صلاحیت داور قرار داده باشند (Lionnet, 1999: 165).

داور به دلیل محرومیت وی از اجرای حقوق مدنی خود و یا محکومیت وی به مجازات‌های سالب آزادی در نتیجه‌ی ارتکاب جرم و یا شبه جرم، خلاف شوون داوری و قابل ایراد می‌باشد (به نقل از: تاپ‌من، ۱۳۶۹: ۱۶۶). در حقوق فرانسه به دلالت ماده‌ی ۱۴۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور، داور باید یک شخص طبیعی باشد که از اهلیت کامل مدنی برخوردار است (Onyema, 2010: 64)؛ هرچند در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران،^۱ ماده‌ی ۱۱ قانون داوری مصر^۲ و بند ۲ ماده‌ی ۷۴۳ قانون داوری آرژانتین^۳ (Onyema, 2010: 65) اشخاص حقوقی را نیز می‌توان به سمت داوری منصوب نمود، اما داوری در نهایت توسط شخصی حقیقی صورت خواهد گرفت؛ چرا که فردی حقیقی به عنوان نماینده‌ی شخص حقوقی، داوری را عهده‌دار خواهد بود. لذا با توجه به ماهیت اعتباری شخص حقوقی، به نظر می‌رسد داوری به وسیله‌ی اشخاص حقوقی، جهت حل و فصل اختلاف مناسب و متعارف نبوده و از آن‌جا که معلوم نیست در ساختار شخص حقوقی چه کسی باید این وظیفه را انجام دهد، این امر با ماهیت مرضی‌الطرفین بودن داوری منافات دارد.

۲-۳-۲. تابعیت

به هنگام انتخاب داور از سوی طرفین اختلاف، عنصر تابعیت داور اهمیت ویژه‌ای می‌یابد؛ زیرا، در بسیاری موارد، هر طرف داور منتخب خود را از اتباع کشور متبوع خود انتخاب می‌کند. هم‌چنین در مواردی که داور به لحاظ عدم توافق طرفین یا امتناع یکی از طرفین از انتخاب داور اختصاصی، توسط اشخاص یا مراجع دیگر انتخاب می‌شود، عنصر تابعیت دارای اهمیت است.

قانون‌گذار ایران در سال ۱۳۷۶ و هنگام وضع قانون داوری تجاری بین‌المللی که در واقع مقتبس از قانون نمونه‌ی آنسیترال است، علاقه‌ی خود را به حفظ برخی مقررات سنتی داوری نشان داد. به موجب ماده‌ی ۱۱ این قانون، طرف ایرانی نمی‌تواند مادامی که اختلاف ایجاد نشده است، به نحوی از انحاء ملزم شود که در صورت بروز

۱. بند «الف» ماده‌ی ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی.

۲. قانون التحکیم فی المواد المدنیه و التجاریه، الصادر بالقانون رقم ۲۷ السنه ۱۹۹۴، مرکز القاهره الاقلمیة للتحکیم التجاری الدولي، القاهره ۲۰۰۹.

3. Article 743(2) Arbitration Law Argentina

اختلاف حل آن را به داوری یک یا چند نفر مرجوع نماید که آن شخص یا اشخاص دارای همان تابعیتی باشند که طرف یا اطراف قرارداد دارند.^۱ در مقررات «اتاق بازرگانی بین‌المللی» برای طرفین هیچ‌گونه محدودیتی از این حیث لحاظ نشده است؛ هرچند دیوان داوری باید داور منفرد یا رئیس دیوان را از «اتباع کشور ثالث» برگزیند، با این وجود، در اوضاع و احوال مقتضی و مشروط بر عدم اعتراض طرفین در مهلت مقرر، دیوان می‌تواند داور منفرد یا رئیس دیوان داوری را از اتباع کشور متبوع هر یک از طرفین برگزیند.^۲ در قانون نمونه‌ی آنسیترال برای تابعیت داور هیچ‌گونه محدودیتی مقرر نشده است. در ماده‌ی ۱۱ (۱) این قانون آمده است: «هیچ کس به علت تابعیتش از داور شدن منع نخواهد شد؛ مگر آن که بین طرفین به نحو دیگر تراضی شده باشد».

امروزه رویکرد قانون‌گذار ایران در عرصه‌ی تجارت بین‌الملل، حتی اگر بر ملاحظات واقعی مبتنی باشد، در مراودات بین‌المللی تأثیری منفی داشته است؛ امری که قابل پذیرش نمی‌باشد. در واقع بهترین شکل حمایت از اتباع کشور در عرصه‌ی تجارت بین‌الملل، تمهید محیط حقوقی مناسب مبتنی بر آزادی و انتخاب و اعمال حمایت‌ها از طریق ساز و کارهای مناسب اقتصادی و سیاسی است و نه وضع محدودیت‌های قانونی.

۳-۳-۲. قابلیت‌های ویژه

طرفین قرارداد داوری می‌توانند شرایط و قابلیت‌های ویژه‌ای را برای داور یا داوران پیش‌بینی کنند. برای مثال، طرفین یک قرارداد اجاره‌ی کشتی ممکن است در خصوص آشنایی داور به حقوق دریایی توافق نمایند. در این صورت اگر داور فاقد صلاحیت مذکور باشد، می‌توان نسبت به او ایراد جرح مطرح نمود. بر خلاف مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، آنسیترال و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که وجود قابلیت در داور را منوط به تراضی طرفین نموده است، بند ۱ ماده‌ی ۱۴ مقررات

۱. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در قانون ایران پیش از بروز اختلاف می‌توان در خصوص تابعیت داور به غیر از تابعیت طرف قرارداد توافق نمود؛ هم‌چنین پس از بروز اختلاف می‌توان در مورد تابعیت داور همانند تابعیت طرف اختلاف، تراضی نمود.

۲. ماده‌ی ۱۳ (۵) اتاق بازرگانی بین‌المللی.

ایکسید به صراحت مقرر نموده است: «افرادی که برای خدمت در هیأت‌ها تعیین می‌شوند باید از شخصیت اخلاقی والا برخوردار بوده و دارای کفایت شناخته‌شده در زمینه‌ی حقوق، تجارت، صنعت یا مالیه باشند...». بنابراین، در حقوق ایران اگر طرفین در مورد تخصص داور توافق ننموده باشند، صرف عدم تخصص در زمینه‌ای موجبی برای طرح ایراد نخواهد بود.

۴-۳-۲. استقلال و بی‌طرفی

عدم استقلال داور و جانبداری وی از یکی از طرفین، می‌تواند مانع انتخاب یا انجام وظیفه‌ی وی شود. داور در مقام رسیدگی به اختلاف طرفین، باید بدون جانبداری و تأثیرپذیری از یکی از آن‌ها، انجام وظیفه نماید. بر خلاف آنچه گاه تصور می‌شود، حتی در داوری‌هایی که یک یا چند نفر از اعضای هیأت داوری رأساً توسط هریک از طرفین انتخاب می‌شود، داور وکیل یا نماینده‌ی طرفی که وی را منصوب کرده است، نمی‌باشد؛ زیرا، در عقد وکالت وکیل موظف است تمام تلاش خود را برای حفظ منافع موکل خویش به کار گیرد (ماده‌ی ۶۶۷ قانون مدنی)؛ در حالی که در قرارداد داوری، داور در برابر اصحاب دعوا شخصیت مستقل دارد و باید با بی‌طرفی کامل رأی دهد (بنگرید به: سلیمانی‌پور، ۱۳۹۰: ۴۱۰-۴۰۸).

فقدان استقلال و بی‌طرفی داور، ممکن است منع وی از رسیدگی به اختلاف را در پی داشته باشد و این هنگامی است که طرف مقابل با استفاده از ایراد جرح، به صلاحیت داور اعتراض کند.

لزوم بی‌طرفی و استقلال داور در قوانین ملی، بین‌المللی، قواعد و رویه‌های داوری امری پذیرفته شده است. بر اساس ماده‌ی ۱۱ (۱) مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، داور باید در برابر طرفین داوری مستقل و بی‌طرف باشد و در طول جریان داوری این خصیصه را از دست ندهد. در ماده‌ی ۱۲ (۲) قانون داوری نمونه‌ی آنسیترال نیز بر لزوم استقلال و بی‌طرفی داور تأکید شده است.

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز هم‌سو با این مقررات، در ماده‌ی ۱۲ بر لزوم استقلال و بی‌طرفی داور تأکید نموده و عدم رعایت آن را از موجبات طرح ایراد جرح برشمرده است. به موجب این ماده: «۱- داور در صورتی قابل جرح است

که اوضاع و احوال موجود باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او شود...»؛ در بند ۲ این ماده، داور مکلف شده است: «... هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی‌طرفی و استقلال او می‌شود، افشاء نماید...».

نویسندگان بر این معنی اتفاق نظر دارند که مقصود از قید «موجه»، لزوم اعمال ضابطه‌ی عینی^۱ در مقابل ضابطه‌ی شخصی است.^۲ بدین معنی که ضابطه، وجود یا فقدان تردید در ذهن طرف ذی‌ربط نیست؛ بلکه تردیدی است که در شرایط و اوضاع و احوال مشابه باید در ذهن یک فرد ثالث متعارف ایجاد گردد (آقاسینی، ۱۳۹۰: ۲۳۸).

چنان‌چه یکی از طرفین از ابتدا نسبت به فقدان وصف استقلال و بی‌طرفی داور آگاه باشد و یا داور اسباب و موجبات بی‌استقلالی و بی‌طرفی‌اش را افشاء نماید، اما طرف مقابل بدون توجه به این موضوع داوری را ادامه دهد، این اقدام او به منزله‌ی انصراف از حق جرح می‌باشد؛ لذا ادعای بعدی وی در این خصوص مسموع نخواهد بود.

به رغم آن‌که واژگان استقلال^۳ و بی‌طرفی^۴ از نظر مفهوم از یکدیگر متمایزند، قانون‌گذار معنی این دو را روشن نساخته و در سایر قوانین ملی نیز تعریفی از آن‌ها ارائه نداده است. می‌توان گفت استقلال ناظر بر شرایط داور مانند نداشتن ارتباط فعلی تجاری، حرفه‌ای یا اجتماعی با یکی از اصحاب دعوا یا مشاور حقوقی آن می‌باشد؛ اما بی‌طرفی ناظر بر رفتار داور است. به این معنی که داشتن برخی ارتباطات با موضوع اختلاف مانند تمایل قبلی ابراز شده نسبت به مسائل حقوقی، می‌تواند بی‌طرفی داور را مخدوش سازد؛^۵ مثال بارز آن هنگامی است که داور قبلاً نظریه‌ای حقوقی نسبت به یکی از مسائل مورد اختلاف صادر کرده باشد (تاپمن، ۱۳۶۹: ۱۶۸).

1. Objective
2. Subjective
3. Independence
4. Impartiality

۵. برای مثال در دعوی‌ای از ناحیه‌ی شرکت ایرانی علیه شرکت امارات متحده عربی به خواسته‌ی پرداخت خسارت، از آن‌جا که در قرارداد داوری در صورت بروز اختلاف، انتخاب داور را بر عهده‌ی اتاق بازرگانی ایران قرار داده بود، خواهان (شرکت ایرانی) ایراد نمود که داور تعیین شده از سوی این اتاق، پیشتر در دعوی‌ی دیگر بین یکی از شرکت‌های وابسته به شرکت خواهان و شرکتی دیگر داوری نموده است؛ بر این اساس، درخواست تغییر داوری را نمود. با وصول این درخواست، مرکز داوری اتاق ایران داور دیگری را تعیین و معرفی نمود (کاکاوند، ۱۳۹۰: ۱۲).

با وجود آن که قانون داوری انگلستان^۱ بر لزوم استقلال داور تصریحی ندارد، در این نظام حقوقی از جمله موارد برکناری داور، اوضاع و احوالی است که منجر به تردیدهای موجهی در خصوص بی طرفی داور می شود. علت عدم ذکر «استقلال» در کنار واژه‌ی «بی طرف» را می توان ناشی از این نگرش دانست که برخی نویسندگان حقوقی، از لحاظ ماهیت دو واژه‌ی استقلال و بی طرفی را دو روی یک سکه تلقی نموده‌اند (Redfern, 2004: 201).

۵-۳-۲. تأخیر در صدور رأی

تأخیر در رسیدگی و صدور رأی می تواند اصحاب دعوا را متضرر نموده و دیگران را نسبت به نهاد داوری بدبین نماید؛ هم چنان که از جمله دلایل مراجعه به داوری، تسریع در رسیدگی و احقاق حق است؛ حال چنان چه داور، زمینه‌ی اطلاع دادرسی را فراهم آورد، خود نوعی نقض غرض است. به رغم اهمیت این موضوع، قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در خصوص مهلت صدور رأی حکمی ندارد. هر چند توافقات طرفین داوری در این خصوص لازم‌الاتباع است، پرسش این است که در صورت سکوت قرارداد داوری نسبت به مهلت صدور رأی چه باید کرد؟ به عبارتی، آیا با وجود سکوت قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، باید صدور رأی داور را دارای مهلت دانست؟ و اگر پاسخ مثبت است، مهلت محدود به چه زمانی است؟

منطق حقوقی این گونه ایجاب می کند که صدور رأی داور را باید دارای مهلت دانست؛ زیرا مهم ترین هدف انعقاد قرارداد داوری، سرعت در رسیدگی است. احترام به اصل سرعت، اقتضای چنین مهلتی را دارد؛ هم چنان که می توان از ماده‌ی ۱۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در این زمینه یاری گرفت. به موجب این ماده: «... اگر داور بنا به علل دیگری موفق به انجام وظایفش بدون تأخیر موجه نشود، مسؤولیت وی خاتمه می یابد...» با توجه به عام بودن این شق از ماده، می توان رعایت مهلت را از مصادیق آن دانست. در خصوص مهلت صدور رأی هر چند قانون ایران ساکت است، اما به موجب بند «ب» ماده‌ی ۴۹ آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران مصوب ۱۳۸۶/۶/۵ «... داور مکلف است ظرف شش ماه از تاریخ نهایی شدن قرارنامه داوری،^۲

1. Arbitration Act, 17 June 1996

۲. قرارنامه‌ی داوری سندی است که داور باید به محض وصول پرونده و بر اساس اسناد و مدارک واصله یا با حضور

رسیدگی و رأی صادر نماید...». بدین ترتیب اگر داور خارج از مهلت مزبور رأی صادر نماید، می‌توان بر آیین رسیدگی داوری ایراد صلاحیت زمانی^۱ طرح نمود. به موجب ماده‌ی ۳۰ (۱) مقررات اتقاق بازرگانی بین‌المللی، نیز داور مکلف است ظرف شش ماه رأی نهایی خود را صادر کند. اگرچه قانون داوری هلند^۲ در ماده‌ی ۱۰۴۸ بیان می‌دارد: «دادگاه داوری در تعیین تاریخ صدور حکم تام‌الاختیار است»؛ در عین حال اگر با توجه به جمیع اوضاع و احوال و به رغم تذکرات مکرر دادگاه، داور مأموریت را با کندی غیرقابل قبولی انجام دهد، بنا به تقاضای یکی از طرفین، رئیس دادگاه بخش می‌تواند به مأموریت داور خاتمه دهد» (بند ۲ ماده‌ی ۱۰۳۱ این قانون).

۳. آثار و مهلت طرح ایراد

پذیرش ایرادات مذکور توسط داور یا هیأت داوری، موجب می‌شود که جریان داوری به طور موقت به حالت تعلیق در آید و با منتفی شدن سبب ایراد، چنانچه مانع دیگری برای ادامه جریان رسیدگی وجود نداشته باشد، داوری ادامه یافته تا به صدور رأی داور بیانجامد. هرچند از جمله شرایط پذیرش ایرادات مزبور توسط داور یا داوران، طرح آن در مهلت مناسب است و طرح ایراد در خارج از مهلت‌های مقرر، موجب بلااثر شدن ایراد می‌گردد ولی با توجه به تکمیلی بودن مقررات حاکم بر مهلت ایراد، طرفین می‌توانند برخلاف آن تراضی کنند.

۳-۱. آثار ایراد

به شرح آتی آثار هر یک از ایرادات فوق بررسی و تبیین می‌شود.

۳-۱-۱. تنظیم ناقص درخواست داوری

همان‌گونه که گفته شد، شخصی که به موجب قرارداد، دعوای خود را نزد مرجع داوری اقامه می‌کند، باید درخواست داوری را مطابق شرایط مقرر در قانون

طرفین و در پرتو آخرین لوائح ایشان، تنظیم کند؛ این سند، شرح وظایف و مأموریت داور را مشخص می‌نماید.

1. Ratione Temporis

2. Netherlands - Arbitration Act, 1 December 1986 Code of Civil Procedure

یا قرارداد داوری تنظیم کند و الا ممکن است با ایراد خواننده مواجه شود. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران به رغم پیش‌بینی شرایط لازم برای تنظیم درخواست داوری، ضمانت اجرای نقض آن را ذکر نکرده است. به نظر می‌رسد اشتغال مرجع داوری به رسیدگی، منوط به رعایت شرایط درخواست ارجاع اختلاف به داوری است و گرنه درخواست مذکور معتبر نبوده و تکلیفی برای مرجع داوری در رسیدگی ایجاد نمی‌نماید. بدین ترتیب، از آن جا که نمی‌توان مقرره‌ی قانونی مذکور و یا تراضی طرفین، را بیهوده دانست، ضمانت اجرای تنظیم ناقص درخواست داوری، قرار رد درخواست می‌باشد.

خواهان می‌تواند پس از رفع ایرادات و تکمیل درخواست ارجاع اختلاف به داوری، دعوای خود را بار دیگر در دیوان داوری صالح مطرح نماید؛ چرا که در چارچوب اصل حاکمیت اراده مبنی بر حل اختلاف در مرجع داوری، این امر نمی‌تواند موجبی برای سلب صلاحیت مرجع داوری به نفع صلاحیت دادگاه باشد؛ بلکه صرفاً با ایراد خواننده، به طور موقت جریان داوری با مانع مواجه می‌شود و با برطرف شدن سبب آن، جریان داوری به حالت قبل بازمی‌گردد.

در برخی از دعاوی به موجب قانون یا قرارداد داوری، موعد خاصی برای ارجاع اختلاف به داوری پیش‌بینی شده است؛ به نحوی که پس از پایان این مهلت، دعوای داوری مسموع نخواهد بود. برای نمونه در دعوی ثبت شده نزد دیوان دعوای ایران و ایالات متحده آمریکا، بنابر مقررات بیانیه‌ی الجزایر باید دعوا پیش از بیست و نهم دی ماه ۱۳۵۹ به وجود آمده باشد و پیش از بیست و نهم دی ماه ۱۳۶۰، ثبت شده باشد. لذا دعوای دارای منشأیی پیش از تاریخ مذکور و یا اقامه شده‌ی پس از پایان مهلت، با قرار عدم استماع دعوا مواجه می‌شود (اعتمادی، ۱۳۸۴: ۱۳۰). پرسش این است که اگر درخواست ارجاع اختلاف به داوری در مهلت مقرر ثبت شود، اما پس از پایان مهلت طرح دعوا نزد نهاد داوری، با ایراد خواننده، نقص در تنظیم آن محرز شود، آیا باید دعوا را به استناد پایان یافتن مهلت رد نمود؟

به نظر می‌رسد در صورت عدم رعایت شرایط تنظیم درخواست داوری، از آن جا که داوری به طور معتبر و صحیح در مهلت مقرر آغاز نگردیده است، چنین دعوایی با مسأله‌ی مرور زمان دعوا مواجه می‌شود؛ بر این اساس دعوا مسموع نخواهد

بود (نیکبخت، ۱۳۸۸: ۴۱).

۲-۱-۳. عدم اهلیت

این ایراد در داوری تجاری بین‌المللی بیشتر زمانی مصداق می‌یابد که یک طرف قرارداد داوری شخص حقوقی عمومی مانند دولت یا سازمان‌های دولتی و یا شرکت‌های وابسته به دولت باشد. هرگاه مقام عمومی صلاحیت ارجاع اختلاف به داوری را فاقد باشد، طرف مقابل می‌تواند به عدم اهلیت دولت یا سازمان دولتی ایراد نماید. همچنین ممکن است طرف مقابل بر علیه مرجع عمومی در دیوان داوری صالح طرح دعوا نموده و مرجع عمومی به ایراد عدم اهلیت ارجاع اختلاف به داوری استناد نماید.

در صورت پذیرش ایراد یاد شده تا زمانی که موانع قانونی مرتفع نگردد، جریان داوری به طور موقت متوقف می‌شود؛ به دیگر سخن، مقام عمومی پس از تحصیل شرایطی که قانون ملی او در خصوص ارجاع اختلاف به داوری مقرر نموده است، می‌تواند حسب مورد بار دیگر در دیوان داوری صالح طرح دعوا نماید یا طرف دعوا قرار گیرد.

در صورت عدم پذیرش ایراد عدم اهلیت توسط مرجع داوری، ذی‌نفع می‌تواند با طرح دعوا در دادگاه، ابطال رأی داور را درخواست نماید. شق «الف» بند ۱ ماده‌ی ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در این فرض بیان می‌دارد: «رأی داوری در موارد زیر به درخواست یکی از طرفین توسط دادگاه موضوع ماده ۶ قابل ابطال است: الف) یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده باشد ...».

اگرچه ایراد عدم اهلیت از جمله قواعد آمره است و موجبات ابطال رأی داوری توسط دادگاه را فراهم می‌آورد، ولی بند ۳ ماده‌ی ۳۳ قانون مذکور با تعیین مهلتی سه‌ماهه، درخواست ابطال را صرفاً در این ظرف زمانی قابل طرح دانسته است. به موجب این ماده: «درخواست ابطال رأی موضوع بند یک این ماده ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی داوری ... باید به دادگاه موضوع ماده ۶ تقدیم شود و الا مسموع نخواهد بود».

۳-۱-۳. جرح داور

پذیرش ایراد جرح داور مانعی موقتی برای ادامه‌ی رسیدگی به وجود می‌آورد. در این فرض مأموریت داور مورد ایراد، پایان یافته و داور جانشین منصوب می‌شود. ماده‌ی ۱۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر نموده است: «هرگاه مأموریت یک داور به موجب مواد ۱۳ یا ۱۴... خاتمه پذیرد، داور جانشین مطابق مقررات حاکم بر تعیین داوری که تغییر یافته است تعیین می‌شود». قانون نمونه‌ی آنسیترال نیز متضمن مقرره‌ی مشابهی است؛ به موجب ماده‌ی ۱۵ این قانون: «در جایی که مأموریت داور بر اساس مواد ۱۳ و ۱۴... پایان یابد، داور جانشین مطابق قواعد حاکم بر تعیین داوری که تغییر یافته است، نصب خواهد شد».

۳-۲. مهلت طرح ایراد

ایراد برای آن که مسموع بوده و ضمانت اجرای لازم را بیابد، باید در مهلت مقرر طرح شود؛ در غیر این صورت داور به آن ترتیب اثر نداده و رسیدگی به دعوا را ادامه می‌دهد. در خصوص مهلت طرح ایراد، قانون‌گذار دو رویه‌ی متفاوت اتخاذ نموده است: در ایراد جرح داور مهلت طرح آن را به صراحت مشخص نموده، اما در سایر ایرادات مهلت آن را به اجمال واگذارده است.

۳-۲-۱. مهلت طرح ایراد جرح

ایراد جرح باید ظرف پانزده روز از تاریخ اطلاع از تشکیل جلسه داوری یا اطلاع از هرگونه اوضاع و احوالی که به تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال داور منجر می‌شود یا اطلاع از عدم وجود اوصاف مورد توافق طرفین در داور، طی لایحه‌ای به داور اعلام شود (بند ۲ ماده‌ی ۱۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی). هرگاه به رغم رعایت مهلت مذکور، ایراد مورد قبول داور قرار نگیرد، طرفی که داور را جرح نموده است می‌تواند ظرف سی روز پس از دریافت تصمیم مربوط به رد جرح، نزد دادگاه صالح درخواست رسیدگی مجدد نماید. تصمیم دادگاه در این خصوص قطعی است (بند ۳ ماده‌ی ۱۳ و بند ۱ ماده‌ی ۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی). قانون‌گذار برای حفظ اصل سرعت در رسیدگی داوری، مقرر نموده است که

اعتراض به رد ایراد جرح نزد دادگاه، موجب تعلیق جریان داوری نمی‌شود؛ «... مادامی که چنین درخواستی تحت رسیدگی است داور می‌تواند جریان داوری را ادامه داده و رأی نیز صادر کند». (بند ۳ ماده‌ی ۱۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی).

چنان‌که ایراد جرح داور توسط محکمه پذیرفته نشود و در این حین داور مبادرت به صدور رأی نموده باشد، محکوم‌علیه رأی داوری می‌تواند ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی داوری از دادگاه صالح ابطال رأی را درخواست نماید (بند «ز» ماده‌ی ۳۳ همان قانون). پس از ابطال رأی، داور جانشین مطابق مقررات تعیین شده و مکلف به رسیدگی به دعوا در مهلتی جدید است.

در داوری‌های سازمانی در صورتی که ایراد جرح مورد پذیرش داور قرار نگیرد، استنادکننده باید برای اعتراض به تصمیم داور، ظرف سی روز به سازمان داوری مربوطه مراجعه کند (بند ۲ ماده‌ی ۶ قانون مذکور). توالی و ترتیب ماده‌ی ۶ یاد شده، این پرسش را مطرح می‌کند که آیا تصمیمات سازمان داوری همانند تصمیم دادگاه قطعی است؟ به نظر می‌رسد تصمیم سازمان داوری در این خصوص قطعی بوده و نمی‌تواند مشمول تجدیدنظر قضایی قرار گیرد؛ زیرا به قرینه‌ی بند یک ماده‌ی ۶ مذکور مبنی بر قطعیت تصمیمات دادگاه‌ها استنباط می‌شود که احاله‌ی این امر در بند ۲ این ماده به سازمان داوری، بر قطعیت تصمیم سازمان داوری دلالت دارد (سیفی، ۱۳۷۷: ۶۰). به عبارت دیگر، قانون‌گذار در مقام بیان حکم به قابلیت تجدیدنظر تصمیم سازمان داوری اشاره‌ای ننموده است. ضمن آن‌که، امروزه این علاقه‌ی فراگیر وجود دارد که تا حد ممکن دخالت دادگاه‌ها در تصمیمات داوری کاهش یابد و چنین دیدگاهی با برداشت مذکور، انطباق بیشتری دارد.

۲-۲-۳. مهلت ارائه‌ی ایرادات

پرسش این است که در صورت سکوت قانون‌گذار یا قرارداد داوری نسبت به تعیین مهلت ایراد، ذی‌نفع تا چه زمانی می‌تواند ایرادات خود را مطرح کند؟ وفق ماده‌ی ۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی در این فرض شخص باید ایراد خود را «فوراً» طرح نماید وگرنه ایراد او مسموع نخواهد بود. در تبیین مقصود قانون‌گذار از واژه‌ی «فوراً» و این‌که آیا ایراد باید «تا پایان اولین جلسه‌ی رسیدگی داور» ابراز شود یا

«تا اولین جلسه رسیدگی»؛ باید گفت قانون داوری تجاری بین‌المللی بدون ارائه پاسخی صریح، صرفاً به قید واژه‌ی «فوراً» بسنده نموده است. برای پاسخ به پرسش مزبور می‌توان به دو صورت تحلیل کرد: نخست آن که، با وحدت ملاک از ماده‌ی ۸۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی این مهلت را باید ناظر به «تا پایان اولین جلسه رسیدگی داور» تلقی نمود؛ چرا که به موجب این ماده «ایرادات و اعتراضات باید تا پایان اولین جلسه دادرسی به عمل آید...». این دیدگاه قابل انتقاد است؛ چرا که مطابق آن شخص می‌تواند به جای طرح ایراد خود به عنوان نخستین دفاع، آن را در پایان جلسه نخست و پس از سایر دفاعیات مطرح کند که در این صورت اگر ایراد مورد پذیرش قرار گیرد، هدر رفتن وقت نهاد داوری و اطلاعاتی دادرسی را موجب می‌شود. لذا شایسته است مهلت «تا پایان اولین جلسه رسیدگی» را صرفاً ناظر به ایرادات مطرح شده در جریان رسیدگی دادگاه تلقی نمود و به نهاد داوری تسری نداد. دیدگاه دوم که صائب به نظر می‌رسد، آن است که استنادکننده‌ی به ایراد باید ایراد خود را «تا اولین جلسه رسیدگی داور» مطرح نماید؛ در غیر این صورت ایراد وی پذیرفته نخواهد شد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار نیز متمایل به این نظر باشد؛ زیرا در فرض ایراد به صلاحیت موضوعی، بند ۲ ماده‌ی ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر داشته است: «ایراد به صلاحیت داور نباید مؤخر از تسلیم لایحه دفاعیه باشد»؛ این بدان معنی است که شخص نمی‌تواند پس از بیان دفاعیات، ایراد خود را مطرح نماید.

۴. ضمانت اجرای رد ایراد توسط داور

مرجع اولیه و صالح برای طرح ایرادات، مرجع داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف می‌باشد. استنادکننده‌ی به ایراد نمی‌تواند درخواست رسیدگی به ایراد خود را بدو به دادگاه تقدیم نماید. این، با اصل سرعت رسیدگی، که مد نظر قانون‌گذار و نیز طرفین اختلاف است، هماهنگی کامل دارد. هم‌چنین از آن‌جا که داور در جریان امر قرار دارد، نسبت به محاکم به نحو شایسته‌تری می‌تواند به ایرادات مطرح شده رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید.

پرسش این است که ضمانت اجرای عدم توجه داور به ایراد مطرح شده در

مهلت مقرر چیست؟ این پرسش اعم از آن است که داور در رأی ماهوی با استدلال ایراد را نپذیرد یا آن که بدون توجه به ایراد تقریر حکم نماید. برای پاسخ به این پرسش باید میان سه گروه از ایرادات تفکیک نمود: ایرادات غیرآمره، ایرادات آمره و ایرادات مربوط به نظم عمومی.

۴-۱. ایرادات غیرآمره

در خصوص ایراداتی که ماهیتاً جنبه‌ی تکمیلی داشته و آمره نیستند، دو سیاق متفاوت از قانون مستفاد است: در پاره‌ای ایرادات، به موجب حکم قانون‌گذار شخص می‌تواند ظرف مهلت خاصی اعتراض خود را حسب مورد به دادگاه یا سازمان داوری، تقدیم کند. ایراد عدم اهلیت و ایراد مربوط به صلاحیت شخصی داور از این دسته اند.

همان‌گونه که پیشتر نیز گفته شد، در ایراداتی که قانون‌گذار مقرر کرده است، شخص می‌تواند در صورت رد ایراد توسط داور، به دادگاه صالح مراجعه نموده و خواهان رسیدگی مجدد شود. هرگاه سبب ایراد در زمان رسیدگی داوری ایجاد شده باشد، اما ذی‌نفع به طرح آن نزد مرجع داوری مبادرت ننموده باشد، دیگر نمی‌تواند آن ایراد را نزد دادگاه مطرح نماید و در صورت طرح، دادگاه باید قرار رد درخواست صادر کند. بند ۳ مواد ۱۳ و ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی صریح در همین معنی است و از وحدت ملاک آن می‌توان برای تسری به سایر ایرادات نیز استفاده نمود. بند ۳ ماده‌ی ۱۳ این قانون مقرر می‌دارد: «جرحی که با رعایت تشریفات بندهای ۱ و ۲ این ماده به عمل آمده است اگر مورد قبول قرار نگیرد، طرفی که «داور» را جرح کرده می‌تواند ظرف سی روز پس از دریافت اخطاریه حاوی تصمیم مربوط به رد جرح، از مرجع موضوع ماده ۶ درخواست نماید که نسبت به جرح، رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند...» هم‌چنین ماده‌ی ۵ قانون مذکور به عنوان حکمی کلی مقرر می‌دارد: «در صورتی که هر یک از طرفین با علم به عدم رعایت مقررات غیرآمره این قانون و یا شرایط قابل عدول موافقت‌نامه داوری، داوری را ادامه دهد و ایراد خود را فوراً و یا در مهلتی که به این منظور تعیین شده است اقامه نکند چنین تلقی خواهد شد که از حق ایراد صرف‌نظر نموده است». بدین ترتیب اگر ایراد نزد مرجع داوری طرح نشود،

مهلت طرح آن عملاً پایان یافته و انصراف از حق ایراد آشکار می‌شود. قانون‌گذار ضمانت اجرای رد برخی دیگر از ایرادات غیرآمره توسط مرجع داور را تعیین نکرده است. به نظر می‌رسد در خصوص چنین ایراداتی این تصمیم نهایی داور است که قابلیت پذیرش ایراد یا فقدان چنین قابلیت را تعیین می‌نماید. در صورت رد ایراد، رأی داور قطعی است؛ لذا نمی‌توان دادگاه را در این تصمیم مداخله داد. در واقع، باید تا حد امکان مداخله‌ی دادگاه‌ها در امر داور منع شده و موارد جواز آن به فروض مطرح قانونی محدود گردد. هم‌چنان‌که ماده‌ی ۵ قانون نمونه‌ی آنستیرال مقرر نموده است: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند در موضوعات مشمول این قانون دخالت کند؛ مگر در موردی که به موجب این قانون پیش‌بینی شده است»؛ در واقع حکم این ماده بیان‌گر توجه و علاقه‌ی فراگیر کاهش مداخله‌ی دادگاه‌ها در جریان داور است. هرچند قانون داور تجاری بین‌المللی ایران متضمن چنین حکمی نمی‌باشد، اما از روح حاکم بر آن می‌توان دخالت هرچه کمتر دادگاه در جریان داور را نتیجه گرفت؛ ضمن آن‌که جنبه‌ی قراردادی داور نیز مؤید این برداشت است.

۲-۴. ایرادات آمره

به رغم آن‌که، عمده‌ی ایرادات مطرح در قانون داور تجاری بین‌المللی تکمیلی است، برخی از آن‌ها واجد وصف آمره می‌باشد که صدور رأی از سوی داور بدون توجه به این ایرادات، حتی اگر محکوم علیه بدان استناد ننموده باشد، بطلان رأی داور از سوی دادگاه را به دنبال دارد (ماده‌ی ۳۴ همین قانون). این ماده آشکارا از اصول و استانداردهای مربوط به داور عدول نموده و امکان دخالت دادگاه را حتی در صورت عدم اعتراض یکی از طرفین تجویز کرده است (شیروی، ۱۳۸۹: ۵۱۳). به هر حال، در خصوص ایرادات آمره، مشکل خاصی پیش نمی‌آید؛ زیرا موارد آن را قانون احصاء نموده است. این موارد عبارتند از بند ۱ ماده‌ی ۱۱ قانون داور تجاری بین‌المللی که به موجب آن طرفین پیش از بروز اختلاف از انتخاب داور که با طرف دیگر دعوا دارای تابعیت واحدی باشد، منع شده‌اند و هم‌چنین بند ۱ ماده‌ی ۳۴ این قانون که ناظر به فرضی است که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران از طریق داور قابل حل و فصل نباشد.

۳-۴. ایرادات مربوط به نظم عمومی

به موجب بند ۲ ماده‌ی ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، در صورتی که مفاد رأی داور مخالف نظم عمومی باشد، رأساً باطل است. بنابراین، چنانچه ایرادات مطرح شده به نوعی با نظم عمومی مرتبط باشند، عدم توجه داور به این ایرادات موجبات بطلان رأی را در پی دارد. در صورتی هم که ایراد مزبور از سوی محکوم‌علیه مورد استناد قرار نگرفته باشد همین حکم جاری است.

پرسش این است که مقصود از نظم عمومی مندرج در ماده‌ی ۳۴ قانون مذکور، نظم عمومی داخلی کشور مقرر دادگاه است یا نظم عمومی بین‌المللی. پاسخ به این پرسش از این جهت دارای اهمیت است که نظم عمومی در روابط بین‌المللی، مفهومی متفاوت از نظم عمومی در روابط داخلی دارد. نظم عمومی در روابط بین‌المللی دارای قلمرو محدودتری نسبت به نظم عمومی در روابط داخلی بوده و همواره برای بازرگانان بین‌المللی بیان‌گر آزادی عمل بیشتر و سخت‌گیری کمتری است (علیزاده، ۱۳۸۰: ۲۷). شایسته است نظم عمومی مقرر در ماده‌ی ۳۴ قانون یاد شده به مفهوم نظم عمومی بین‌المللی تفسیر شود که صرفاً مشتمل بر قواعد اساسی یا منافع بنیادین کشور است؛ لذا تا حد امکان باید از گسترش این مفهوم اجتناب شود (انصاری، ۱۳۸۹: ۵۴)؛ زیرا اولاً، نادیده گرفتن ایراد از ناحیه‌ی قاضی ایرانی در امری که جنبه‌ی بین‌المللی دارد، مخالف نظم عمومی داخلی نخواهد بود (اسکینی، ۱۳۶۸: ۱۸۳)؛ ثانیاً، در یک کشور هیچ امتیازی نمی‌تواند مهم‌تر از جذب سرمایه‌های خارجی و رونق تجارت داخلی باشد. از این رو برای رسیدن به این هدف باید تا حد ممکن موانع داخلی را از سر راه برداشت و به مفهوم حداقلی از نظم عمومی (نظم عمومی بین‌المللی) بسنده نمود (علیزاده، ۱۳۸۰: ۲۸).

برآمد

از آن چه در این نوشتار آمد، نتایج زیر شایان توجه است:

الف) قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران بدون تبیین اصول ایرادات، متضمن یک ماده‌ی کلی است؛ در این ماده نیز بدون توجه به ایراد و آثار آن در خصوص اصل قابل عدول بودن ایراد تقریر حکم شده است. هم‌چنین این قانون به دخالت نظارتی دادگاه‌ها در ایرادات وارده بر جریان داوری توجه خاص نموده است؛ امری که آشکارا بیان‌گر عدول از اصول داوری و اکراه قانون‌گذار ایران از پذیرش عدم صلاحیت مطلق محاکم است. این نگرش که از بدبینی نسبت به جریان داوری نشأت می‌گیرد و در سطح جهان امر مقبول نمی‌باشد؛ نیازمند بازنگری است.

ب) ایراداتی که طرفین می‌توانند در جریان رسیدگی داوری تجاری بین‌المللی مطرح نمایند، بر دو قسم‌اند؛ پذیرش برخی ایرادات مانعی دایمی بر جریان داوری به وجود می‌آورد و گروهی بروز مانعی موقتی را موجب می‌شود. در ایرادات با اثر موقتی که موضوع این پژوهش بود، جریان داوری موقتاً به حالت تعلیق در می‌آید که با منتفی شدن سبب ایراد، چنان‌چه مانع دیگری برای ادامه‌ی جریان رسیدگی وجود نداشته باشد، داوری به حیات خود ادامه می‌دهد تا به صدور رأی داور بینجامد.

ج) قانون‌گذار ایران در ایراد عدم اهلیت و ایراد صلاحیت شخصی داور، دو مرحله‌ای بودن ایراد را پذیرفته و امکان اعتراض را در دادگاه نیز پیش‌بینی نموده است. این نگرش از این جهت که دخالت دادگاه‌ها را در امر داوری موجب شده، قابل انتقاد است؛ زیرا دادگاه مرجعی متفاوت از داور بوده و تابع حاکمیت سیاسی کشور خود می‌باشد که ممکن است در تصمیم قاضی اثر متفاوتی داشته باشد. از این رو به دلیل برخی اشتباهاتی که ممکن است توسط داور رسیدگی‌کننده به ایراد رخ دهد، دو مرحله‌ای بودن آن در مرجعی هم‌سو با نهاد داوری مانند سازمان داوری مطلوب‌تر است. مقنن ایران در یک مورد (ایراد جرح داور موضوع بند ۲ ماده‌ی ۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی) این نظر را پذیرفته و امید است با اصلاح قانون، دیگر مواردی که مرجع تجدیدنظر آن دادگاه معرفی شده است، از صلاحیت دادگاه خارج و در اختیار این مرجع (سازمان داوری) یا مرجعی مشابه قرار گیرد. این رویکرد می‌تواند از تراکم پرونده‌ها در دادگاه‌ها که امروزه به یک معضل تبدیل شده است بکاهد و وقت دادگاه‌ها

را به دیگر پرونده‌ها مصروف دارد.

در برخی دیگر از ایرادات، قانون‌گذار در صورت عدم پذیرش ایراد توسط داور، مشخص ننموده است که چه ضمانت اجرایی بر آن بار می‌شود. به نظر می‌رسد در این دسته ایرادات تصمیم‌نهایی داور سرنوشت ایراد مطروحه را مشخص می‌کند؛ زیرا امروزه این علاقه‌ی فراگیر وجود دارد که تا حد ممکن از دخالت دولت‌ها و به تبع آن دادگاه‌ها در جریان داوری کاسته شود. مورد مزبور در ماده‌ی ۵ قانون نمونه‌ی آنسیترال پذیرفته شده و اگرچه به صراحت در قانون ایران وارد نشده است، اما از روح حاکم بر مقررات داوری تجاری بین‌المللی و این که مقنن تنها برخی از ایرادات را قابل تجدیدنظر در محاکم دانسته است، می‌توان به این نتیجه منتهی شد.

ج) ایرادات از جمله حقوق متداعیین می‌باشد که می‌توانند صراحتاً یا ضمناً از طرح آن نزد مرجع داوری انصراف دهند تا داوری به روال عادی خود ادامه دهد و منتج به صدور رأی گردد. با این وجود گاه قانون‌گذار دسته‌ای از ایرادات را از جمله قواعد آمره یا مربوط به نظم عمومی دانسته است که حتی بدون اعتراض محکوم‌علیه، رأی داوری که بدون توجه به این قبیل ایرادات صادر شده است توسط دادگاه باطل خواهد شد. در مورد قوانین آمره بحث چندانی مطرح نیست، در واقع چنانچه قانون‌گذار پاره‌ای از ایرادات را امری تلقی نموده باشد، فقط بایستی در همان محدوده عمل نمود و در صورت سکوت قانون بایستی به اصل امری نبودن ایرادات مراجعه نمود.

مشکل اصلی در مورد نظم عمومی پدیدار می‌شود؛ زیرا قانون‌گذار بیان داشته چنانچه داور بدون توجه به ایراداتی که مربوط به نظم عمومی است رأی صادر نموده باشد، این رأی رأساً توسط دادگاه صالح باطل اعلام می‌شود؛ بدون این که قلمرو نظم عمومی را مشخص سازد. به نظر می‌رسد تا حد امکان بایستی از قلمرو نظم عمومی کاست و آن را محدود به نظم عمومی بین‌المللی نمود؛ حوزه‌ای که فقط شامل قواعدی است که با اصول اساسی کشور ارتباط دارد. این نظر با توجه به مناسبت حکم و موضوع قابل تقویت است؛ زیرا در غیر این صورت، کاملاً نقض غرض می‌شود و امنیت حقوقی، انجام و اجرای داوری به سهولت ممکن نمی‌شود.

فهرست منابع:

- اسکینی، ربیعا، «*اختیار دولت‌ها و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی*»، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره‌ی ۲۵، دی ۱۳۶۹.
- اسکینی، ربیعا، «*تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی*»، مجله‌ی حقوقی، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۶۸.
- اسکینی، ربیعا، «*داوری‌پذیری دعاوی در حقوق ایران*»، مجموعه مقالات یکصدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ نخست، ۱۳۹۰.
- افتخار جهرمی، گودرز، «*کارگاه آموزشی داوری تجاری بین‌المللی*»، به گزارش: حمیدرضا نیکبخت، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، تهران: دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره‌های ۲۹ و ۳۰، بهار و تابستان ۱۳۷۹.
- اعتمادی، فرهاد، *دادگاه داوری دعاوی ایران و آمریکا*، تهران: گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۸۴.
- امیر معزی، احمد، *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- انصاری، علی؛ مبین، حجت، «*قواعد فراملی در داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق ایران*»، مجله‌ی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره‌ی ۳، پاییز ۱۳۸۹.
- اول لندو، «*حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی*»، برگردان: محسن محبی، مجله‌ی حقوقی، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۵، بهار ۱۳۶۵.
- آقا حسینی، محسن و موسوی، زهرا، «*بار اثبات مدعی و معیار آن در رویه دیوان داوری ایران- ایالات متحده*»، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ نخست، ۱۳۹۰.
- تاپمن، مایکل، «*جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجاری بین‌المللی*»،

- برگردان: محمدجواد میرفخرایی، مجله‌ی حقوقی، تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۶۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد نخست، تهران: گنج دانش، چاپ نخست، ۱۳۷۸.
- سلیمانی‌پور، محمد مهدی و الهی، محمد، **«داوری در فقه اسلامی»**، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ نخست، ۱۳۹۰.
- سیفی، سیدجمال، **«قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»**، مجله‌ی حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره‌ی ۲۳، پاییز و زمستان ۱۳۷۷.
- سلیم، هادی، **«قراردادهای دولتی و ویژگی‌های نظام‌های حقوقی دوگانه‌گرا»**، برگردان: محسن محبی و سیدمقداد ترابی، مجله‌ی پژوهش حقوق و سیاست، شماره‌ی ۲۵، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
- شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ نخست، ۱۳۸۹.
- شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی - پیشرفته**، جلد نخست، تهران: دزاک، چاپ هفدهم، ۱۳۸۷.
- کاکاوند، محمد، **«رأی شماره‌ی ۳۶/د/۱۵/۸۹»**، فصل‌نامه‌ی مرکز داوری اتاق ایران، دوره‌ی جدید، شماره‌ی ۶، تابستان ۱۳۹۰.
- کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
- کریمی، عباس، **آیین دادرسی مدنی**، تهران: مجد، چاپ نخست، ۱۳۸۶.
- مهاجری، علی، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد نخست، تهران: فکرسازان، چاپ نخست، ۱۳۸۷.
- معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، تهران: امیرکبیر، چاپ چهارم، ۱۳۶۰.
- نیکبخت، حمیدرضا، **داوری تجاری بین‌المللی - آیین داوری**، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ نخست، ۱۳۸۸.

B.V. Bureau Wijsmuller v. United States of America, 1976, A.M.C. 2514.

Derains, Yves; Schwartz, Eric A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Kluwer, 1998.

Emilia Onyema, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's contract*, London and New York: Routledge, 2010 .

International Chamber of Commerce, In force as from 1 January 2012, Available at:<http://www.iccwbo.org/ICCDRSRules/>.

Klaus Lionnet, *The Arbitrator's contract*, Arbitration International, Vol 15 (2), 1999.

Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, Kluwer Law & Taxation Publishers, Boston, 1989.

Mustill, Michael; Boyd, Stewart, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed, London: Butterworths Companion, 2001.

Netherlands - Arbitration Act, Code of Civil Procedure, 1 December 1986.

Redfern A. et al, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4 ed., London: Sweet & Maxwell, 2004.

Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), 1987.

Tetley, Willaim, «*Good faith in Contract Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*», Mc Gill university, 2004.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) With amendments as adopted in 2006.