

# ■ تأملاتی بر لایحه داور تجاری بین المللی «۲»

منصور جعفریان

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی

اشاره

در شماره گذشته نقش مراکز داور تجاری بین المللی را تشریح کردیم و نشان دادیم که مراکز داور، نهاد‌های معتبری در سطح جهان هستند که با قصد و هدف حل اختلافات مربوط به روابط تجاری، از اهمیت و ارزش حقوقی ویژه‌ای در زمینه سطح توافقنامه‌های تجاری بین المللی برخوردارند. همچنین پاره‌ای از اصطلاحات تعریف شده آن نهاد قانونی و کلیاتی در مورد ضرورت و فلسفه وجودی این مراکز و چگونگی شکل‌گیری آن بیان داشتیم و در ادامه بحث به بررسی جنبه‌های گوناگون توافقنامه داور مشتمل بر شکل، محتوا و اعتبار توافقنامه داور استقلال توافقنامه داور از قرارداد اصلی، قانون ماهوی حاکم بر توافقنامه داور، طرفین توافقنامه و اثر توافقنامه داور پرداخته شد.

در مطلب حاضر و در ادامه بررسی لایحه داور تجاری بین المللی، مراتب مربوط به داور تشریح خواهد گردید که دربرگیرنده تعداد داوران، انتصاب داور، جرح داور، تعویض داور و صلاحیت داور برای رسیدگی به صلاحیت خود می‌باشد.

## پیش نوشتار

در این قسمت، به بررسی موضوعات مختلف مرتبط با داوران می‌پردازیم. عنوانهای اصلی این قسمت عبارتند از: تعداد داوران، انتصاب داور، جرح داور<sup>(۱)</sup>، تعویض داور، صلاحیت داور برای رسیدگی به صلاحیت خود.

منظور از داور در این بخش، اعم از داور منفرد یا هیأت داور است. به استناد بند چهار ماده ۲ لایحه داور تجاری بین‌المللی «داور، اعم از داور واحد یا هیأت داوران است». بند ب ماده ۲ قانون نمونه داور «آنستیرال» نیز مؤید همین مطلب است.

حال به بررسی جوانب مختلف موضوعات مربوط به داور، در چارچوب لایحه داور تجاری بین‌المللی می‌پردازیم.

### ۱- تعداد داوران

مرجع داور می‌تواند متشکل از یک نفر یا بیشتر باشد. ماده ۱۰ لایحه داور تجاری بین‌المللی، در مورد تعداد داوران مقرر می‌دارد: «تعیین تعداد داوران برعهده طرفین اختلاف است. در صورت عدم تعیین، هیأت داور مرکب از سه عضو خواهد بود». این ماده مقتبس از ماده ۱۰ قانون نمونه داور «آنستیرال» است. ماده ۱۰ قانون نمونه داور در دو بند تنظیم شده است که به شرح زیر است:

«۱- طرفین، در تعیین تعداد داوران آزاد هستند

۲- در صورت عدم تعیین، تعداد داوران سه عضو خواهد بود».

در واقع، ماده ۱۰ لایحه داور تجاری، از ادغام دو بند ۱ و ۲ ماده ۱۰ قانون نمونه داور «آنستیرال» به دست آمده است و مفاد آنها تفاوتی با یکدیگر ندارند.

در دیگر مقررات داور بین‌المللی، در مورد تعداد داوران، نظرات گوناگونی اظهار شده است. از جمله مطابق ماده ۵ مقررات مؤسسه داور اتاق بازرگانی استکهلم: «چنانچه طرفین اختلاف در مورد تعداد داوران به توافق نرسند، تعداد داوران سه نفر خواهد بود<sup>(۲)</sup>». بند پنج ماده ۲ مقررات آشتی و داور اتاق بازرگانی بین‌المللی، در مورد تعداد داوران اعلام می‌دارد: «زمانی که طرفین اختلاف، در مورد تعداد داوران به توافق نرسیده‌اند، دیوان یک داور تعیین خواهد کرد». دیوان داور اتاق بازرگانی بین‌المللی، تسریع در رسیدگی و پایان بودن هزینه را حائز اولویت دانسته است. ماده ۵ مقررات داور «آنستیرال» مصوب ۱۹۷۶ طرفین اختلاف را در تعیین هیأت داور سه نفره یا داور منفرد مخیر دانسته است.

پرفسور «ساندرز» به عنوان یکی از صاحب‌نظران در داور بین‌المللی عقیده دارد که هیأت داور سه نفره متداولترین نوع داور در تجارت بین‌الملل است<sup>(۳)</sup>.

داور منفرد و هیأت داور هر کدام واجد فوایدی مخصوص هستند داور

۱- منظور از جرح داور، اعتراض به صلاحیت داور است که به آن در زبان انگلیسی اصطلاحاً Challenge Of Arbitrator می‌گویند.

2- Sammartano, Mauro Rubino: "International Arbitration Law" 1990, P.194

3- Sarcevic, Petar: Essays On Int'l Commercial Arbitration", P.67

بیشتر تأمین می‌شود<sup>(۱)</sup>.

ممکن است ایراد شود که مطابق ماده ۱۰ قانون نمونه داوری «آنسیترال» طرفین اختلاف مخیر هستند که داوران را به ترتیبی انتخاب نمایند که تعداد آنان زوج باشد، در حالی که معمولاً رأی‌گیری در مجامعی که تعداد اعضا زوج می‌باشند، دشوارتر است. از این رو بهتر است ماده ۱۰ لایحه داوری تجاری بین‌المللی به ترتیبی اصلاح شود که تعداد داوران همواره فرد باشد.

اما لازم به ذکر است که اولاً طرفین اختلاف، خود به مشکلات هیأت داوری که تعداد اعضای آن زوج است واقف می‌باشند لذا سعی نمی‌کنند که داوران را به نحوی انتخاب نمایند که تعدادشان زوج باشد. با وجود این، اگر طرفین اختلاف بر زوج بودن تعداد اعضای هیأت داوری توافق نمایند به منزله آن است که علی‌رغم مشکلات، با رضایت خاطر بر آن توافق کرده‌اند. بنابراین پذیرش نظر طرفین اختلاف لازم است.

در صورتی که طرفین اختلاف، در مورد تعداد داوران به توافق نرسند، مطابق قسمت اخیر ماده ۱۰ لایحه داوری تجاری بین‌المللی، تعداد داوران سه نفر خواهد بود. بنابراین در صورت عدم تعیین تعداد داوران از سوی طرفین اختلاف، مشکلی ایجاد نخواهد شد.

در خاتمه لازم به ذکر است که در برخی

منفرد حداقل حائز دو فایده است: هزینه کمتر، سرعت رسیدگی بیشتر. با وجود این، هیأت داوری سه نفره، در تجارت بین‌الملل واجد امتیاز بااهمیتی است؛ زیرا در هیأت داوری سه نفره هر یک از طرفین اختلاف معمولاً شخصی را که با طرز فکر و بینش وی آسانتر است به عنوان داور انتخاب می‌کند. چه بسا ممکن است داور منتخب هر طرف هموطن یکی از طرفین باشد و به این ترتیب با نظام حقوقی کشور یکی از طرفین اختلاف، آشنایی کامل خواهد داشت و داور منتخب طرف دیگر اختلاف نیز به همین ترتیب. سر داور منتخب این دو داور، معمولاً تابع هیچ یک از دو کشور متبوع داوران نیست. از این رو ترکیب هیأت داوری، منتخبی از آرای حقوقدانان نظامهای مختلف حقوقی است و نظر هیأت داوری صرفاً مبتنی بر نظام حقوقی یکی از طرفین اختلاف نخواهد بود. بدین جهت احتمال آنکه رضایت خاطر هر دو طرف اختلاف تأمین شود به مراتب بیشتر است. علاوه بر موارد مزبور، برخی فواید دیگر برای هیأت داوری بر شمرده شده است که عبارتند از:

- ۱- در برخی از پرونده‌ها، مسئولیت پرونده از توان یک نفر خارج است.
- ۲- هیأت داوری متشکل از تخصصهای گوناگون و ذی‌ربط است.
- ۳- با توجه به تعیین سرداور توسط داورهای طرفین، بی‌طرفی رأی صادره

1- David, René: Arbitration In International Trade, 1985, PP.224-225

در ادامه بند یک ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بين المللى و تحت تأثير قاعده حاكم بر حقوق بين الملل خصوصى ايران<sup>(۲)</sup>، مقرر شده است كه: «... طرف ايرانى نمى تواند مادامى كه اختلاف ايجاد نشده است به نحوى از انحا ملتزم شود كه در صورت بروز اختلاف، حل آن رابه داورى يك يا چند نفر مرجوع نمايد كه آن شخص يا اشخاص، داراى همان تابعيتى باشند كه طرف يا اطراف وى دارند».

قسمت اخير اين بند، متضمن دو شرط است: اولاً، تا اختلافى ايجاد نشده باشد طرف ايرانى نمى تواند حل اختلاف رابه داورى ارجاع نمايد، ثانياً داور نمى تواند تبعه كشور طرف اختلاف فرد ايرانى باشد. بنابر مفهوم مخالف اين بند، در صورتى كه اختلاف ايجاد شده باشد، طرف ايرانى مى تواند شخصى را كه هم وطن طرف اختلافش است به عنوان داور تعيين نمايد. اما قبل از وقوع اختلاف، چنين امكانى براى طرف ايرانى نيست. به بيان ديگر بند يك ماده ۱۱ لايحه داورى تجارى، ناظر بر محدوديت انتخاب داور از لحاظ تابعيت وى است.

1- Sarcevic, Petar: Op. Cit., P.68

۲- ماده ۶۳۳ قانون آيين دادرسى مدنى در مورد انتخاب داور مقرر مى دارد: «... در مورد معاملات واقع بين اتباع ايران و اتباع خارجه، طرف ايرانى نمى تواند مادام كه اختلاف توليد نشده است به نحوى از انحا ملتزم شود كه در صورت بروز اختلاف، حل آن رابه داورى يك يا چند نفر و يا به داورى هيأتى رجوع نمايند كه آن شخص يا اشخاص و يا آن هيأت، داراى همان تابعيت باشد كه طرف معامله دارد و هر قراردادى كه مخالف اين حكم باشد در قسمتى كه مخالفت دارد، باطل و بلااثر است».

از كشورها مانند سوئيس و انگلستان گاهى ممكن است تعداد اعضاى هيأت داورى زوج باشد<sup>(۱)</sup>.

## ۲- انتصاب داور

ماده ۱۱ لايحه داورى تجارى بين المللى مشابه ماده ۱۱ قانون نمونه «انسيترال» ناظر بر تعيين داوران مى باشد. اما با اصلاحاتى كه در برخى از مفاد و بندهاى آن داده شده، ترتيب مفاد بندهاى اين دو ماده با يكديگر متفاوت است. كمالينكه بند يك ماده يازده لايحه داورى تجارى بين المللى، تلفيقى از بندهاى يك و دو ماده يازده قانون نمونه «انسيترال» است. با اين مقدمه، به بررسى روشهاى تعيين داوران در لايحه داورى تجارى بين المللى مندرج در ماده ۱۱ مى پردازيم:

۲-۱- بند يك ماده ۱۱ لايحه داورى تجارى بين المللى در مورد انتصاب داور مقرر مى دارد: «طرفهاى اختلاف مى توانند باتوجه و رعايت مقررات بندهاى ۳ و ۴ اين ماده، در مورد روش تعيين داور توافق نمايند...» بنابراين، اصل كلى در مورد چگونگى تعيين داور ياداوران، بر مبنائى توافق طرفين اختلاف است. اما اختيار طرفين نامحدود نيست و نمى توانند برخلاف مفاد روشن بندهاى ۳ و ۴ ماده ۱۱ لايحه داورى تجارى، به توافق برسند. بند ۳ ناظر بر ارجاع تعيين داور به مرجع موضوع ماده ۶ لايحه داورى تجارى است و بند ۴ ناظر بر آن است كه سرداور نبايد از اتباع يكى از دو كشور متبوع طرفين دعوى باشد.

## حقوق

راتغییر داد) و امکان آنکه هر یک از کشورها، سیاستهای خاص خود را در متن آن منعکس نماید، وجود دارد<sup>(۱)</sup>. در حالی که اگر قانون نمونه، کنوانسیون بود پس از پذیرش آن توسط هیأت‌های نمایندگی، امکان اصلاح آن اصولاً وجود نداشت.

بند یک ماده ۲ مقررات داوری دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، تعیین داور هم تابعیت طرفین اختلاف را به عنوان سرداور یا داور منفرد، منع کرده است. مطابق بند یک مزبور «... دیوان طبق مقررات این ماده، انتخاب داوران را تأیید کرده یا خود آن را انجام می‌دهد و در چنین تأیید یا انتخابی، تابعیت، اقامتگاه داوران و سایر روابط ایشان را با کشورهاییکه طرفین اختلاف یا سایر داوران تبعه آن هستند، مورد توجه قرار می‌دهد».

این ماده، متناظر باماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران می‌باشد؛ اما در تنظیم آن به واقعیتهای زندگی بین‌المللی بیشتر توجه شده است. در حالی که ماده ۶۳۳ صرفاً عامل تابعیت را موجب ایجاد گرایش داور به سوی یکی از طرفین اختلاف محسوب کرده است.

مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، علاوه بر تابعیت به اقامتگاه

بند یک ماده ۱۱ قانون نمونه «آنسیترال» برخلاف مفاد لایحه داوری تجاری، اصولاً تابعیت اشخاص را از موانع انتصاب و انتخاب داور ندانسته و اعلام نموده است: «هیچ کس را نمی‌توان به علت ملیتیش از داور شدن ممنوع کرد، مگر اینکه طرفین اختلاف برخلاف آن توافق کرده باشند». توضیح آنکه برخی از نظامهای حقوقی ملی، خارجیان را از آنکه به عنوان داور انتخاب شوند منع کرده است یا محدودیتهایی در قبال آنان اعمال کرده است. هدف از بند یک ماده ۱۱ قانون نمونه «آنسیترال» رهایی از این قبیل استثنائات در مورد داوری تجاری بین‌المللی است<sup>(۱)</sup>. برای مثال همان طور که گفته شد مطابق ماده ۶۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، در موردی که طرف اختلاف ایرانی، خارجی باشد پیش از وقوع اختلاف نمی‌توان شخص را که همان تابعیت طرف اختلاف را داراست به عنوان داور منصوب کرد. در زمان بررسی طرح قانون نمونه داوری «آنسیترال»، در کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل «سازمان ملل برخی از هیأت‌های نمایندگی پیشنهاد کردند که پاراگراف «یک» حذف گردد زیرا اجرای آن را در کشورهاییکه اتباع برخی از کشورها از انتصاب به عنوان داور منع شده‌اند، دشواری دانستند. به این نمایندگان پاسخ داده شد که قانون نمونه «آنسیترال»، مانند «کنوانسیون» نیست (که نتوان مفاد آن

1- Broches, Aron: "Commentary On The UNCITRAL Model Law", Int'l Handbook On Commercial Arbitration", Supplement 11, Jan. 1990, P.56

2- Ibid., P.56

داوران و سایر روابط ایشان با کشورهای که طرفین اختلاف و نیز سایر داوران تبعه آن هستند، توجه کرده است.

مطابق لایحه داورى تجارى بين المللى، اقامتگاه داور، از موجبات «جرح داور» به شمار نرفته است. در صورتى که در بسيارى از کشورها و از جمله کشورهای تابع نظام حقوقى «کامن لا»<sup>(۱)</sup> قانون حاکم بر احوال شخصيه اشخاص، تابع قانون محل اقامتگاه آنان است. على رغم اين وضع، قواعد حقوق بين الملل خصوصى ايران و لایحه داورى تجارى بين المللى، توجهى به عامل اقامتگاه نکرده‌اند. چه بسا که علقه و ارتباط شخص، با کشور محل اقامت به مراتب بیشتر از کشور متبوع باشد زیرا معمولاً علاقه به کشور محل اقامتگاه سبب مى‌شود که شخص، ترک موطن اصلى کند و در سرزمین ديگرى رحل اقامت بيفکند. از اين رو نادیده گرفتن عامل اقامتگاه و ديگر عوامل مؤثر بر ارتباط شخص با کشورهای خاص، از نقاط ضعف بزرگ لایحه داورى تجارى بين المللى محسوب مى‌شود.

به هر حال چنانچه داور از يکى از طرفين اختلاف حمايت نمايد يا آنکه به سوى يکى از طرفين گرايش داشته باشد، به علت نقض استقلال و بى طرفيش، قابل جرح و تعويض است. بنابراین اگر در نظر باشد که در لایحه داورى تجارى بين المللى، عواملی که سبب گرايش داور به يکى از طرفين اختلاف مى‌شود درج گردد، بايد علاوه بر عامل تابعيت داور، اقامتگاه وی و هرگونه عامل ديگرى که ممکن است بر

استقلال و بى طرفى داور مؤثر باشد، قيد شود. در غير اين صورت - حتى بدون درج عامل تابعيت - اگر داور بنا بر هر دليلی استقلال و بى طرفى خود را نقض نمايد مى‌توان وی را عزل نمود. بنابراین محدوديت از حيث تابعيت برای تعيين داور، محمل صحيحى ندارد.

لازم به ذکر است که قانون حقوق بين الملل خصوصى سوئيس، منعى برای انتخاب داور هموطن طرفين اختلاف، منظور نکرده است.

از سوى ديگر، شیوه نگارش بند یک ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بين المللى خالى از ابهام نيست.

بدیهى است قانون مستدل و مستحکم، بايد بر اساس دلائل مستدل و منسجم بنا شود تا بتواند تمامی اشخاصی را که با آن قانون سروکار دارند، مجاب نمايد.

در حقوق بين الملل خصوصى در مقام حل تعارض قوانین اصطلاحاً از روش حقوقى و روش اصولی سخن گفته مى‌شود<sup>(۲)</sup>. حسن روش حقوقى در آن

1- Common Law

۲- پیروان «روش اصولی» برای کشف یا تعیین قاعده حل تعارض قوانین، قبلاً یک «Dogme» یا مسأله بنيادی (اصل مسلم) را پذيرفته و مبنای نظريات کلی خود را بر آن بنا نهاده‌اند و سپس احکام مورد نظر را از آن نظريات کلی استنتاج مى‌نمایند. برعکس طرفداران روش اصولی، پیروان مکتب حقوقى برای حل تعارض قوانین، صرفاً از نظر علمى (قطع نظر از هر فرضیه قبلى) حکمى را که مناسب هر دسته از تعارضات باشد، جستجو مى‌کنند. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

- الماس، دکتر نجاد على: «تعارض قوانین»، صفحات ۳۲ به بعد

- نصيرى، دکتر محمد: «حقوق بين الملل خصوصى»، صفحات ۱۴۵ تا ۱۴۷

## حقوق

تا حد امکان مقررات داوری در قبال ایرانیان و بیگانگان، موضع واحدی اخذ نماید.

همچنین بند یک ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی، صرفاً ناظر بر محدودیت انتخاب داور هموطن طرف مقابل ایرانیان، تا پیش از وقوع اختلاف است. اما اگر مبنای وضع محدودیت، بیم از گرایش داور به سوی هموطنش باشد این گرایش پس از وقوع اختلاف از بین نخواهد رفت. بنابراین حتی پس از بروز اختلاف نیز نباید داور منفرد یا سر داور، تبعه کشور یکی از طرفین اختلاف باشد. در حالی که متن بند یک ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی، به هیچ وجه ناظر بر این معنا نیست و بند چهار ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری نیز ناظر بر انتخاب سر داور توسط مرجع موضوع ماده ۶ است. از سوی دیگر ماهیت ارجاع اختلاف به داوری، توافق طرفین اختلاف است. بنابراین چنانچه طرفین اختلاف در مورد تعیین شخص - هر چند تبعه کشور یکی از طرفین اختلاف - به توافق رسیده باشند، ایجاد محدودیت توجیه مناسبی ندارد. از این رو پیشنهاد می‌گردد بند یک ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی به شرح زیر اصلاح شود:

«ماده ۱۱- تعیین داوران:

۱- طرفهای اختلاف می‌توانند با توجه و رعایت مقررات بندهای (۳) و (۴) این ماده

است که در تمامی جوامع قابل دفاع می‌باشد زیرا صرفاً برای تأمین منافع و حفظ مصالح خاص به کار گرفته نمی‌شود. در وضع قوانینی که اصولاً برای جلب اتباع خارجه وضع می‌گردد، لازم است بر این نکته بیشتر دقت شود.

مطابق قسمت اخیر بند یک ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی، امتیازی خاص برای طرف ایرانی قائل شده‌اند مبنی بر آنکه تا پیش از وقوع اختلاف، طرف ایرانی نمی‌تواند فردی را به عنوان داور انتخاب نماید که با طرف دیگر اختلاف، تابعیت یکسان داشته باشد.

اما چرا اتباع دیگر کشورها از این مزیت بهره‌مند نشوند؟ بدیهی است طرف خارجی هیچ الزامی به پذیرش مقررات داوری تجاری بین‌المللی ایران ندارد و صرفاً منطقی بودن مقررات داوری ایران نمی‌تواند انگیزه تمایل اتباع بیگانه به حل و فصل اختلافاتشان باتوسل به مقررات ایران شود. در صورتی که تبعه خارجی مشاهده نماید که قوانین ایران چنین امتیازات یک جانبه‌ای برای ایرانیان قائل شده است، یقیناً در پذیرش قوانین داوری تجاری بین‌المللی ایران به عنوان قانون حاکم بر داوری دچار تردید خواهد شد.

به منظور اجتناب از عدم پذیرش مقررات داوری تجاری بین‌المللی ایران توسط اتباع کشورهای دیگر، لازم است که امتیازات خاص ایرانیان از آن حذف گردد و

- ارفع نیا، دکتر بهشید: «حقوق بین‌الملل خصوصی»، جلد دوم، صفحات ۱۳ تا ۱۵

قبولی وی را تحصیل نمایند، بنا به تقاضای یکی از طرفین، حسب مورد، تعیین داور طرف ممتنع یا سرداور طبق مقررات ماده ۶ صورت خواهد گرفت».

قسمت مزبور، مقتبس از قسمت الف بند سه ماده ۱۱ قانون نمونه داور «آنسیترال» است که اعلام نموده: «الف - در داور سه نفره، هر طرف یک داور را انتخاب می‌کند و دو داور منصوب طرفین، داور سوم را تعیین خواهند کرد. اگر یکی از طرفین ظرف سی روز از تاریخ دریافت درخواست طرف مقابل در این خصوص، داور خود را تعیین نکند یا اگر دو داور منصوب طرفین نتوانند ظرف سی روز از تاریخ انتخاب شدن، درباره انتخاب داور سوم توافق نمایند، بنا به تقاضای یکی از طرفین، تعیین داور مربوط توسط دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ مشخص گردیده انجام خواهد شد».

صرفنظر از اختلاف ظاهری، عمده ترین اختلاف بین متن قانون نمونه داور «آنسیترال» و لایحه داور تجاری بین المللی مربوط به آن است که قانون نمونه، هیأت داور را محدود به سه نفر دانسته و طرز تعیین آن را بیان نموده است در حالی که مطابق ماده ۱۰ قانون نمونه، طرفین در تعیین تعداد داوران آزاد هستند و لذا ممکن است تعداد داوران، دو نفر، سه نفر، چهار نفر یا بیشتر باشند. از این رو بین ماده ۱۰ و قسمت الف بند سه ماده ۱۱ قانون نمونه داور «آنسیترال» ناهماهنگی

در مورد روش تعیین داور توافق نمایند». چنانچه اصرار بر حفظ محدودیت انتخاب داور از لحاظ تابعیت وی باشد با الهام از ماده ۲ مقررات دیوان داورى اتاق بازرگانی بین المللی، لازم است بند چهارم ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بین المللی نیز به شرح زیر اصلاح شود:

«بند ۴- مقام ناصب باید کلیه شرایطی را که طرفین در توافقنامه برای تعیین داور مقرر داشته اند، رعایت نموده و استقلال و بی طرفی داور را ملحوظ نماید. در هر صورت سر داور باید از اتباع کشور ثالث انتخاب شود و داور طرف ممتنع، از بین اتباع کشور طرف دیگر منصوب نخواهد شد. علاوه بر این، اقامتگاه داوران و سایر روابط ایشان را با کشورهای که طرفین اختلاف یا سایر داوران تبعه آن هستند، باید مورد توجه قرار داد».

۲-۲- بند دو ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بین المللی، ناظر بر موردی است که طرفین برای تعیین داور به توافق نرسیده باشند. در این وضعیت دو فرض متصور است: هیأت داورى و داورى منفرد.

- هیأت داورى: در قسمت الف بند دو

ماده ۱۱ مقرر شده که: «الف- برای تعیین هیأت داورى، هر طرف داور خود را انتخاب می‌کند و داوران منتخب، سرداور را تعیین خواهند کرد. چنانچه یکی از طرفین ظرف سی روز از تاریخ شروع داورى، داور خود را تعیین و قبولی وی را تحصیل نکند یا اگر داوران منتخب نتوانند ظرف سی روز از تاریخ انتخاب، در مورد سرداور توافق و



ملاحظه می‌گردد<sup>(۱)</sup>.

اختلاف که در انتخاب و معرفی داور تعلل نماید، سبب خواهد شد که رسیدگی داور به تأخیر افتد. برای رفع این مشکل، در ادامه قسمت الف بند ۲ ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بين المللى مقرر گردیده:

«... چنانچه یکی از طرفین ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ شروع داورى، داور خود را تعیین و قبولی وی را تحصیل نکند یا اگر داوران منتخب نتوانند ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ انتخاب، در مورد سر داور توافق و قبولی وی را تحصیل نمایند، بنا به تقاضای یکی از طرفین حسب مورد، تعیین داور طرف ممتنع یا سر داور طبق مقررات ماده (۶) صورت خواهد گرفت.»

در این قسمت پاره‌ای ابهامات ملاحظه می‌گردد که عبارتند از:

اول- تساریخ شروع داورى در چه تاریخی است؟ بند یک ماده ۴ لایحه داورى تجارى بين المللى در این مورد اعلام می‌دارد: "داورى از زمانی شروع می‌شود که

اما قسمت الف بند دو ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بين المللى، به صراحت اعضای هیأت داورى را سه نفر اعلام نکرده است. لایحه داورى از این جنبه نسبت به متن قانون نمونه داورى «آنسیترال» ارجحیت دارد. با وجود این ایراداتی بر قسمت الف بند ۲ ماده ۱۱ وارد است:

- در قسمت الف بند دو ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بين المللى، عبارت «از تاریخ انتخاب» مبهم است. ظاهر این عبارت مشخص نمی‌نماید که منظور تاریخ انتخاب اولین داور است یا آخرین داور. به منظور اجتناب از ابهام پیشنهاد می‌شود به جای عبارت «از تاریخ انتخاب»، عبارت «از تاریخ انتخاب آخرین داور» جایگزین گردد.

- در صدر بند دو (قسمت الف) ماده ۱۱ لایحه لازم است پیش‌بینی شود که اگر هر یک از طرفین، بیش از دو داور انتخاب کرده باشند نیز مشمول ماده ۱۱ خواهند بود. به این منظور متن زیر پیشنهاد می‌شود:

«الف- برای تعیین هیأت داورى، هر طرف داور یا داوران خود را انتخاب می‌کند و داوران منتخب، سر داور را تعیین خواهند کرد...»

یکی از ویژگیهای داورى، سرعت در رسیدگی است و همواره تلاش می‌شود که موانع سد راه رسیدگی مرتفع گردد. یکی از این موانع، عدم انتخاب داور توسط طرفین اختلاف است؛ زیرا هر یک از طرفین

۱- در مذاکرات اجلاس سازمان ملل درباره حقوق تجارت بین‌الملل که در مورد بررسی قانون نمونه داورى آنسیترال تشکیل گردید، نماینده ژاپن در مورد بند ۳ ماده ۱۱ قانون نمونه داورى اظهار داشت که علی‌رغم آنکه مطابق بند یک ماده ۱۰ قانون نمونه داورى، طرفین در انتخاب تعداد داوران آزاد هستند لکن بند ۳ ماده ۱۱ قانون نمونه - که بند ۲ ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بين المللى از آن اقتباس شده است - صرفاً ناظر بر مواردی است که داور منفرد یا هیأت داورى متشکل از سه نفر باشد. از این رو پیشنهاد کرده است که متن ماده به نحو کلی‌تری تدوین یابد که دربرگیرنده هر تعداد داور باشد. رجوع شود به:

درخواست داوری براساس مفاد ماده (۳) این قانون به خواننده داوری ابلاغ شده باشد، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». مطابق این بند، اصولاً تاریخ شروع داوری، زمانی است که درخواست داوری به خواننده ابلاغ می‌شود.

دوم- عبارت «داور خود را تعیین و قبولی وی را تحصیل نکند» مبهم است؛ زیرا فعل جمله اول به قرینه لفظی حذف شده است و بنابراین منظور از این عبارت این است: چنانچه یکی از طرفین داور خود را تعیین نکند و قبولی وی را تحصیل ننماید، بنا به تقاضای یکی از طرفین و حسب مورد، تعیین داور طرف ممتنع یا سر داور، طبق مقررات ماده ۶ صورت خواهد گرفت. با توجه به آنکه بین دو جمله صدر ماده، حرف ربط «و» درج شده بنابراین برای تعیین سر داور، مطابق ماده (۶) نباید هیچ یک از طرفین داور خود را تعیین و نیز قبولی وی را کسب نماید. چنین تعبیری از قسمت الف بند دو ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی منطقیاً صحیح نیست؛ زیرا: اولاً چنانچه یکی از طرفین داور خود را تعیین نکند بدیهی است قبولی داور نیز منتفی خواهد بود، چرا که از داوری که انتخاب نشده است چگونه می‌توان رضایت به داوریش را کسب کرد؟ ثانیاً در صورتی که یکی از طرفین داور خود را تعیین نکند یا قبولی وی را تحصیل ننماید به هر حال انجام داوری غیرممکن خواهد بود. بنابراین لازم است در هر یک از موارد (اعم از آنکه یکی از طرفین مبادرت به انتخاب

داور خود نکرده باشد یا آنکه داور خود را انتخاب کرده لکن موافقت وی را کسب نکرده باشد)، مطابق ماده ۶ لایحه داوری تجاری بین‌المللی، داور طرف ممتنع یا سر داور تعیین خواهد شد.

به منظور اجتناب از ایجاد ابهام لازم است در نگارش قانون، فعل جمله‌ها، حتی به قرینه لفظی نیز حذف نشود و چنانچه تکرار فعل، موجب روشن‌تر شدن درک مطلب شود از تکرار فعل خودداری نگردد. همچنین حرف ربط «و» مندرج در ماده به «یا» تبدیل شود تا در صورتی که هریک از طرفین، داور خود را تعیین نکند یا حتی در صورتی که داور خود را تعیین کرده باشد ولی رضایت وی را کسب نکرده باشد، دادگاه صالح بتواند داور را تعیین نماید.

بنابراین پیشنهاد می‌گردد قسمت الف بند دو ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی اصلاح و متن زیر جایگزین آن شود:

«الف- برای تعیین هیأت داوری، هر طرف، داور یا داوران خود را انتخاب می‌کند و داوران منتخب سر داور را تعیین خواهند کرد. چنانچه یکی از طرفین ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ شروع داوری، داور خود را تعیین ننماید یا قبولی وی را تحصیل نکند یا اگر داوران منتخب، نتوانند ظرف سی (۳۰) روز از تاریخ انتخاب در مورد سر داور، توافق و قبولی وی را تحصیل نمایند بنا به تقاضای یکی از طرفین، حسب مورد تعیین داور طرف ممتنع یا سر داور طبق مقررات ماده (۶) صورت خواهد گرفت».

ثالث، اعم از حقیقی یا حقوقی، به وظیفه‌ای که در این خصوص به وی محول شده است عمل ننماید، هر کدام از طرفین می‌تواند برای اتخاذ تصمیم به مرجع موضوع ماده (۶) مراجعه نماید مگر آنکه طریق دیگری مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد. به این ترتیب در موارد زیر، مرجع موضوع ماده (۶)، علاوه بر موارد مندرج در بندهای یک و دو ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بین‌المللى، می‌تواند داور را انتخاب نماید:

- یکی از طرفین براساس روش تعیین داور، که طرفین برآن توافق کرده‌اند، داور را تعیین نماید؛
- طرفین اختلاف برای تعیین داور به توافق نرسند؛
- داوران منتخب برای تعیین سرداور به توافق نرسند؛
- شخص ثالث اعم از حقیقی یا حقوقی به وظیفه‌ای که در مورد انتخاب داور به وی سپرده شده است، عمل نکند.

در بین موارد مزبور، ممکن است ابهام ایجاد شود که مرجع ثالث به چه ترتیبی و در چه حالتی ممکن است داور را تعیین نماید. در این فرض طرفین اختلاف به جای تعیین داور، شخص ثالث مورد اعتمادی را بر می‌گزینند که عهده‌دار تعیین داور شود. برای مثال مطابق ماده ۲۸ قرارداد بین شرکت ملی صنایع پتروشیمی و شرکت «میتسوبی و شرکا» که به موجب ماده واحده قانون مصوب ۱۳۵۱/۷/۳۰ به تصویب مجلس

- داورى منفرد (یکنفره): قسمت ب بند دو ماده ۱۱ لایحه داورى تجارى بین‌المللى، ناظر بر مواردی است که یک داور به موضوع رسیدگی می‌نماید و مقرر می‌دارد: «در داورى یک نفره، اگر طرفین نتوانند در مورد انتخاب داور به توافق برسند، داور بنا به تقاضای یکی از طرفین توسط مرجع موضوع ماده (۶) تعیین خواهد شد».

ماده مذکور مقتبس از قسمت «ب» بند سه ماده ۱۱ قانون نمونه داورى «آنسترال» است که مقرر می‌دارد: «ب- در داورى یک نفره اگر طرفین نتوانند درباره انتخاب داور توافق نمایند داور بنا به تقاضای یکی از طرفین، توسط دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ مشخص شده تعیین خواهد شد».

در مورد این بند، تنها ابهامی که ملاحظه می‌شود مربوط به عبارت «یکی از طرفین» است. در بدو امر ممکن است تصور شود که داور فقط در صورتی تعیین خواهد شد که یکی از طرفین از مرجع صلاحیتدار درخواست نماید و اگر هر دو طرف اختلاف متقاضی تعیین داور شوند، تعیین داور امکان پذیر نخواهد بود. بنابراین پیشنهاد می‌شود به جای عبارت «یکی از طرفین» عبارت «هریک از طرفین» جایگزین شود.

۲-۳- در بند سه ماده ۱۱ لایحه مذکور: «هرگاه براساس روش تعیین داور که مورد توافق طرفین قرار گرفته است، یکی از طرفین اقدام ننماید یا طرفین و یا داوران منتخب به توافق نرسند و یا اینکه شخص

مستقل و بی طرف است مگر آنکه وابستگی (به معنای عدم استقلال) و جانبداری (به معنای عدم بی طرفی) وی احراز شود. تعیین مصادیق وابستگی و جانبداری از موارد موضوعی است و در صورت احراز آن می توان، داور را «جرح» کرد.

مطابق بند یک ماده ۱۲ لایحه داوری تجاری بین المللی: «داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود، باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی طرفی و استقلال او شود...». بحث مفصل در مورد بی طرفی و استقلال داور را به قسمت مربوط به جرح داور در این نوشتار ارجاع می دهیم<sup>(۳)</sup>.

بند چهار ماده ۱۱ لایحه داوری، مخصوص و از ابداعات ایران است و به هیچ وجه در متن قانون نمونه داوری «آنسیترال» چنین مطلبی وجود ندارد؛ بلکه مطابق بند یک ماده ۱۱ قانون نمونه داوری، هیچ کس رابه علت ملیتش نمی توان از داوری منع کرد. به این ترتیب بند چهار ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری، مخالف با قانون نمونه داوری «آنسیترال» است. در مورد تابعیت داور، به تفصیل در بررسی بند یک

۱- قراردادهای نمونه در تجارت بین الملل، راهنمای تنظیم توافقنامه های سرمایه گذاری مشترک صنعتی (در کشورهای در حال توسعه)، موسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی، اسفند ۷۲، جلد ۲، صفحات ۱۹۵-۱۹۷.

۲- ماده ۳۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی ناظر بر اصل برائت است. طبق این ماده: «اصل، برائت است. بنابراین اگر کسی مدعی حق یادین بردیگری باشد باید آن را اثبات کند و الا مطابق این اصل، حکم بر برائت مدعی علیه خواهد شد.»

۳- رجوع شود به بند سه این نوشتار تحت عنوان «جرح داور».

شورای ملی رسیده، رئیس دیوان عالی کشور ایران در پاره ای موارد ملزم به انتخاب داور برای یکی از طرفین گردید<sup>(۱)</sup>. این مورد از مصادیق تعهد شخص ثالث به انتخاب داور است.

۲-۴. مطابق بند چهارم ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین المللی: «مقام ناصب باید کلیه شرایطی را که طرفین در توافقنامه برای تعیین داور مقرر داشته اند، رعایت نموده و استقلال و بی طرفی داور را ملحوظ نماید. در هر صورت سرداور را باید از اتباع کشور ثالث انتخاب نماید و داور طرف ممتنع از بین اتباع کشور طرف دیگر منصوب نخواهد شد.»

بدیهی است که مبنای صلاحیت داوران، توافقنامه داوری است و لذا ضروری است آنچه که طرفین در توافقنامه داوری راجع به آن به توافق رسیده اند، در درجه اول اهمیت قرارگیرد. بنابراین لازم است مقامی که داور را تعیین می کند (حسب مورد اعم از رئیس دادگاه حقوقی یک مندرج در لایحه داوری تجاری بین المللی یا سازمان داوری و یا شخص ثالث)، تمام شرایطی را که طرفین در توافقنامه برای تعیین داور مقرر داشته اند، در نظر بگیرد.

در بند چهار ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین المللی به «استقلال» و «بی طرفی» داور اشاره شده است. احراز استقلال و بی طرفی داور به چه نحو خواهد بود؟

طبق اصول کلی، اصل بر برائت داور خواهد بود<sup>(۲)</sup> مگر آنکه عکس آن ثابت شود. به بیان دیگر اصل بر این است که داور،

نظر برخلاف توافق اراده طرفین است که همانا روح حاکم بر داوری می‌باشد.

از این رو عبارت «در هر صورت» زائد است و بهتر است به جای آن عبارت «مقام ناصب در صورت عدم توافق طرفین نسبت به تعیین تابعیت سرداور یا داور ممتنع»، جانشین آن شود.

۲-۵- بند پنج ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی ناظر بر زمانی است که داور منصوب طرفین نتواند به وظایف خود عمل نماید. مطابق این بند: «هرگاه در توافقنامه داوری، طرفین ملتزم شده باشند که در صورت بروز اختلاف، شخص یا اشخاص معینی داوری نمایند و آن شخص یا اشخاص نخواهند یا نتوانند به عنوان داور رسیدگی کنند، موافقتنامه داوری ملغی‌الاثرب خواهد بود مگر آنکه طرفین به داوری شخص یا اشخاص دیگری تراضی کنند یا به نحوی دیگر توافق کرده باشند».

مفاد این بند در قانون نمونه داوری «آنسیترال» وجود ندارد. شاید علت، بدهت موضوع باشد؛ زیرا رکن رکین داوری، توافق اراده طرفین است. از سوی دیگر مرجع صالح برای حل و فصل اختلافات، اصولاً «مراجع قضایی هستند و مرجع داوری، استثنایی بر این اصل است. بنابراین در صورت اختلاف نظر بین طرفین اختلاف، مفاد توافقنامه داوری - یا به تعبیری دیگر، استثنا وارد بر اصل - باید به نحو مضیق تفسیر شود. از این رو چنانچه

ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی بحث و با توضیحاتی ذکر شده است و از این رو مفاد بند چهار قابل قبول نیست.

چنانچه اصرار بر اعمال محدودیت در تعیین داور باشد، صرف تابعیت داور، ملاک مناسبی برای عدم انتصاب داور به شمار نمی‌رود. لذا پیشنهاد می‌شود با الهام از ماده ۲ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، بند چهارم ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی به شرح زیر اصلاح شود که:

«۴- مقام ناصب باید کلیه شرایطی را که طرفین در توافقنامه برای تعیین داور مقرر داشته‌اند، رعایت نموده و استقلال و بی‌طرفی داور را ملحوظ نماید. در هر صورت سرداور را باید از اتباع کشور ثالث انتخاب نماید و داور طرف ممتنع، از بین اتباع کشور طرف دیگر منصوب نخواهد شد. علاوه بر این، اقامتگاه داوران و سایر روابط ایشان را با کشورهای بی‌طرفین اختلاف یا سایر داوران تبعه آن هستند باید مورد توجه قرارداد».

نکته دیگری نیز درباره بند چهارم ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری لازم به ذکر می‌باشد که عبارت است از:

عبارت «در هر صورت» در متن بند چهارم ماده ۱۱، ایجاد ابهام می‌کند. به این ترتیب که حتی اگر طرفین توافق کرده باشند که سرداور از اتباع یکی از کشورهای متبوع طرف اختلاف باشد آیا به هر صورت به توافق صریح طرفین توجه نخواهد شد؟ این

از طرفین (خواهانها یا خواندگان) به وسیله مرجع موضوع ماده (۶) تعیین خواهد شد.

ب- تعیین سرداور بر عهده داوران منتخب است و در صورتی که به توافق نرسند سرداور توسط مرجع موضوع ماده (۶) تعیین می‌شود.

ج- هرگاه در مورد خواهان یا خواننده بودن یک یا چند طرف داوری اختلاف باشد هیأت داوری مرکب از سه نفر به انتخاب مرجع موضوع ماده (۶) خواهد بود. در سایر موارد در داوریه‌های چند جانبه، از جمله جرح و قصور، تابع مقرراتی است که برای داوریه‌های چند جانبه مقرر شده است.»

در صدر این بند، روش تعیین داور یا داوران کماکان در وهله اول براساس توافق طرفین است. چنانچه توافقی در این مورد نباشد به ترتیب مقرر در ماده عمل خواهد شد. با توجه به صراحت بند (۶) توضیح اضافی لازم نمی‌باشد<sup>(۱)</sup>.

۱- ماده ۱۷۹ قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس، در این مورد مقرر می‌دارد.

«۱- داوران مطابق توافقنامه بین طرفین اختلاف، تعیین، تعویض یا جانشین می‌شوند.

۲- در صورت فقدان چنین توافقنامه‌ای، موضوع به دادگاه محل تشکیل مرجع داوری ارجاع می‌شود. دادگاه براساس تشابه بین مفاد قانون کانتون محل تشکیل جلسات داوری در مورد تعیین، برکناری یا تعویض داوران تصمیم خواهد گرفت.

۳- هنگامی که از دادگاه درخواست تعیین داور می‌شود داور باید در این مورد اتخاذ تصمیم کند مگر آنکه رسیدگی اختصاری، مبین فقدان توافقنامه داوری بین طرفین باشد.»

شایان ذکر است که قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس ناظر بر نهاد داوری سازمانی نیست و از این رو اختلافات مربوط به داور را صرفاً به دادگاه صالح ارجاع داده است.

طرفین اختلاف پیش از بروز اختلاف، داور یا داوران خود رامعین کرده باشند لکن داور یا داوران نخواهند یا نتوانند عهده‌دار انجام داوری شوند، لاجرم توافقنامه داوری باطل محسوب خواهد شد. زیرا به یقین توافق اراده طرفین بر حل و فصل اختلاف از طریق داور یا داوران مشخص بوده است. چه بسا اگر شخص دیگری قرار باشد داوری نماید، طرفین اختلاف یا دست کم یکی از آنها به داوری رضایت نداشته باشد. در این صورت مبنای توافق طرفین مخدوش و اصولاً توافقنامه داوری باطل خواهد شد. مگر آنکه طرفین اختلاف، شخص یا اشخاص دیگری رابه عنوان داور تعیین نمایند. در این صورت توافق جدید طرفین اختلاف در مورد انتخاب داور یا داوران، جانشین توافق قبلی آنان خواهد شد.

۲-۶- بند شش ماده ۱۱ لایحه داوری تجاری بین‌المللی ناظر بر مواردی است که اختلاف ما بین بیش از دو طرف باشد. قانون نمونه داوری «آسیترال» در این مورد پیش بینی نکرده است. مطابق بند شش: «در مواردی که داوری بیش از دو طرف داشته باشد و طرفها به نحو دیگری توافق ننموده باشند، هیأت داوری به ترتیب زیر تعیین خواهد شد:

الف- خواهان یک داور تعیین خواهد کرد و در صورت تعدد، خواهانها مشترکاً یک داور تعیین خواهند کرد. داور خواننده یا خواندگان نیز به همین روش تعیین می‌شود. چنانچه خواهانها یا خواندگان در مورد داور خود به توافق نرسند داور هر یک

## حقوق

### ۳- جرح داور<sup>(۱)</sup>

صرفاً بودند و برخی دیگر از ابقای کلمه صرفاً دفاع می‌کردند و نهایتاً نظر اخیر پذیرفته شد<sup>(۲)</sup>.

عوامل جرح داور را نمی‌توان محدود به نقض بی‌طرفی و استقلال او دانست بلکه موجبات جرح داور را می‌توان علاوه بر عوامل فوق، شامل اهلیت، شرایط و قابلیت‌های ویژه، تابعیت و سوء رفتار نیز دانست. از این رو متن بند یک ماده ۱۲ لایحه داور تجاری بین‌المللی نسبت به قانون نمونه داور «آنسیترال» ارجح است.

در مورد دو واژه «بی‌طرفی»<sup>(۳)</sup> و «استقلال»<sup>(۴)</sup> باید قائل به تفکیک شد. به این معنا که داشتن پاره‌ای ارتباطات با موضوع اختلاف مطروحه از قبیل تمایل قبلی ابراز شده نسبت به مسائل حقوقی مورد رسیدگی، می‌تواند بی‌طرفی داور را مخدوش نماید و مصداق بارز آن وقتی است که داور قبلاً نظریه‌ای حقوقی نسبت به یکی از مسائل متنازع فیه صادر کرده باشد. با وجود این بعید است اظهار نظرهای کلی و آکادمیک راجع به مسائل سیاسی و اقتصادی برای زیر سؤال بردن بی‌طرفی داور کافی باشد. مراد از استقلال، نداشتن ارتباط قبلی یا فعلی تجاری، حرفه‌ای و یا اجتماعی با یکی از اصحاب داور یا مشاور حقوقی آنان است. ولی قوانین و رویه قضایی

ماده ۱۲ لایحه داور تجاری بین‌المللی ناظر بر موارد جرح داور است. بند یک ماده ۱۲ مقرر می‌دارد: «۱- داور در صورتی قابل جرح است که اوضاع و احوال موجود، باعث تردیدهای موجهی در خصوص بی‌طرفی و استقلال او شود، یا اینکه واجد اوصاف مورد توافق و نظر طرفین نباشد. هر طرف صرفاً به استناد عللی که پس از تعیین داور از آنها مطلع شده می‌تواند داور را که خود تعیین کرده یا در جریان تعیین او مشارکت داشته باشد، جرح کند».

بند یک ماده ۱۲ لایحه داور تجاری، مشابه بند دو ماده ۱۲ قانون نمونه داور «آنسیترال» است؛ با این تفاوت که در متن آن، کلمه «صرفاً» به کار برده شده است. مطابق بند دو ماده ۱۲ قانون نمونه: «داور صرفاً در صورتی قابل جرح است که...». تفاوت عمده‌ای که بین این دو بند وجود دارد به این ترتیب است که قانون نمونه، موارد جرح داور را صرفاً محدود به نقض بی‌طرفی و استقلال داور دانسته است، در حالی که لایحه داور تجاری بین‌المللی چنین محدودیتی قائل نشده است و علاوه بر نقض بی‌طرفی و استقلال داور، در موارد دیگر نیز جرح داور را پذیرفته است.

در مذاکرات اجلاس کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل برای تصویب قانون نمونه داور «آنسیترال»، برخی از نمایندگان کشورها، خواهان حذف کلمه

1- Challenge Of Arbitrator

2- Yearbook Of UNCITRAL, Vol. XVI, 1985, PP. 431-432

3- Impartiality

4- Independence

بی طرفی و در مقابل جانبداری معنا می یابد. از این رو استقلال زمانی مصداق می یابد که داور هیچ گونه ارتباط مالی، شغلی و غیره که مؤید وابستگی داور به یکی از اصحاب دعوی است، نداشته باشد. بی طرفی زمانی نقض می شود که داور از یکی از اصحاب دعوی حمایت کند یا آنکه به سوی وی گرایش داشته باشد.

از دیگر موارد قابل ذکر در بند یک ماده ۱۲ لایحه داورى تجارى بين المللى آن است که هر طرف صرفاً به استناد عللی که پس از تعیین داور از آنها مطلع شده، می تواند داورى را که خود تعیین کرده و یا در جریان تعیین او مشارکت داشته است، جرح کند. بدیهی است اگر هر یک از طرفین با علم به وجود موجبات جرح داور، مبادرت به تعیین داور کند حق ایراد و اعتراض را به داور نخواهد داشت زیرا شخص با آگاهی و رضایت خواسته است به ضرر خود اقدام نماید.<sup>(۵)</sup>

داخلی، به مترادف دانستن دو کلمه بی طرفی و استقلال گرایش دارد<sup>(۱)</sup>.

همچنین در تعریف بی طرفی اعلام شده است: «کلمه بی طرفی آن چنانکه در مورد داور در حوزه تجارت بین الملل به کار می رود از حیث جنبه های فرهنگی و سیاسی استعمال می شود. داور به این معنا، زمانی بی طرف است که تابعیت وی جدای از تابعیت طرفین اختلاف باشد»<sup>(۲)</sup>.

در تعریف استقلال گفته شده که ناظر بر روابط بین داور و طرفین اختلاف از حیث جنبه های شخصی، اجتماعی و مالی باشد. روابط نزدیکتر در هر یک از این جنبه ها، موجب استقلال کمتر داور می شود<sup>(۳)</sup>.

مطابق این تعریف، شاهد یکی از طرفین، نمی تواند به عنوان داور منصوب شود زیرا شاهد، به یکی از طرفین گرایش دارد و در نتیجه استقلال وی مخدوش می باشد؛ کما اینکه در سوئد داور نمی تواند شاهد پرونده باشد<sup>(۴)</sup>.

با وجود این به نظر می رسد که مؤلفان نیز تفکیک درستی بین بی طرفی و استقلال قائل نیستند. برخی از موارد عدم استقلال، در حقیقت از موجبات نقض بی طرفی است. برای مثال وجود ارتباط شخص داور، با یکی از طرفین اختلاف موجب می گردد که داور بی طرف نباشد و به سوی یکی از طرفین گرایش داشته باشد. در حالی که وجود ارتباط شخصی بین داور و یکی از اصحاب دعوی را به عنوان نقض استقلال دانسته اند.

بنابراین استقلال در مقابل وابستگی، و

۱- تاپ من، مایکل: «جرح و سلب صلاحیت از داوران در داورى تجارى بين المللى»، ترجمه محمد جواد میرفخرایی، مجله حقوقی شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۶۹، ص ۱۷۲.

2- Donahey, M. Scott: "The Independence & Neutrality of Arbitrators," J. Int. Arb., Vol. 9, No.4, 1992, p.31

3- Ibid., PP 31-32      4- Ibid., P.33

۵- در حقوق داخلی از اقدام شخص به ضرر خود، به عنوان قاعده اقدام یاد می شود. در تعریف آن گفته اند: «این است که کسی با علم و قصد و رضا، ضرر یا ضمانتی را بپذیرد. مانند آنکه مالی را به بهای بیشتر بخرد یا به دیگری دهد که آن را در دریا بیندازد. در این صورت هیچ کس ضامن او نخواهد بود و ضرر از کیسه خودش رفته است». رجوع شود به: محمدی، دکتر ابوالحسن: «قواعد فقه»، ص ۲۳۵



## حقوق

مستقل و بی طرف باشند چرا که آنان در وهله نخست و به دور از آنکه چه کس آنان را منصوب کرده لازم است بی طرفانه و به دور از هرگونه شائبه‌ای، نظر خود را اعلام نمایند<sup>(۲)</sup>.

ماده ۱۳ لایحه داورى تجارى بين المللى به تشریفات جرح اختصاص دارد. این ماده مقتبس از ماده ۱۳ قانون نمونه داورى «آنستیرال» است. بند یک ماده ۱۳ لایحه داورى تجارى مقرر مى‌دارد: «طرفین مى‌توانند در مورد تشریفات جرح داور توافق نمایند». در این بند نیز - مطابق قاعده کلی حاکم بر داورى - توافق اراده طرفین اختلاف، سنگ زیر بنای داورى محسوب گردیده است؛ آن چنان که تشریفات جرح نیز در وهله نخست به توافق طرفین واگذار شده است. در کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل بر این نکته تأکید شد که طرفین اختلاف مى‌توانند در مورد تشریفات جرح توافق نمایند لکن درباره میزان دخالت دادگاه در جریان جرح داور،

۱- ماده ۱۸۰ قانون حقوق بین الملل خصوصى سوئیس نیز ناظر بر جرح داور است. بند یک این ماده موجبات جرح داور را به شرح زیر بر شمرده است: «الف - هنگامی که داور فاقد ویژگیهای مورد توافق طرفین باشد

ب - چنانچه مطابق قواعد داورى مورد توافق طرفین، موجبی برای جرح داور پیش بینی باشد

ج - چنانچه اوضاع و احوال موجود، موجب ایجاد تردیدهای قابل قبولی در مورد استقلال وی شود».

۲- برای بحث نظری بیشتر در این مورد رجوع شود به:

بند دو ماده ۱۲ لایحه داورى تجارى بين المللى مقرر مى‌دارد: «شخصی که به عنوان داور مورد پیشنهاد قرار مى‌گیرد، باید هرگونه اوضاع و احوالی را که موجب تردید موجه در مورد بی طرفی و استقلال او مى‌شود افشا نماید. داور باید از موقع انتصاب به عنوان داور و در طول جریان داورى نیز بروز چنین اوضاع و احوالی را بدون تأخیر به طرفین اطلاع دهد، مگر اینکه قبلاً آنان را از اوضاع و احوال مذکور مطلع نموده باشد».

این بند ترجمه بند یک ماده ۱۲ قانون نمونه داورى «آنستیرال» است<sup>(۱)</sup>. بنابر بند دو ماده ۱۲ لایحه داورى، داور خود به محض اطلاع از بروز عوامل مختل بی طرفی و استقلالش، مورد را باید به طرفین اختلاف اطلاع دهد تا طرفین اختلاف بتوانند به صلاحیت داور اعتراض نمایند. اما در متن بند مزبور و در جمله اول، به جای عبارت «شخصی که به عنوان داور مورد پیشنهاد قرار مى‌گیرد» بهتر است عبارت «شخصی که به عنوان داور پیشنهاد مى‌شود» درج گردد.

آیا در هیأت داورى، داورهای منصوب از سوی طرفین اختلاف نیز مشمول بی طرفی و استقلال هستند یا آنکه فقط سرداور باید واجد این دو ویژگی باشد؟ با توجه به اطلاق بند دو ماده ۱۲ لایحه داورى تجارى بين المللى، باید اذعان کرد که داوران منصوب از سوی طرفین اختلاف نیز باید

توافق نظر وجود نداشت<sup>(۱)</sup>.

بند دو ماده ۱۳ لایحه داوری اعلام داشته: «در صورت نبودن چنین توافقی (منظور توافق مندرج در بند یک ماده ۱۳ است)، طرفی که قصد جرح داور را دارد بایستی ظرف پانزده (۱۵) روز از تاریخ اطلاع از تشکیل داوری یا اطلاع از هرگونه اوضاع و احوال مذکور در بند یک ماده ۱۳، دلایل جرح راطی لایحه‌ای به داور اعلام کند. داور در مورد جرح اتخاذ تصمیم می‌کند، مگر اینکه داور مورد جرح از سمت خود کناره‌گیری کند و یا طرف مقابل نیز جرح را بپذیرد». این بند عیناً مشابه بند دو ماده ۱۳ قانون نمونه داوری «آنسترال» است. چند نکته در این بند لازم به ذکر است:

اول- در بند دو ماده ۱۳ لایحه داوری تصریح گردیده که در صورت اطلاع از هرگونه اوضاع و احوال مذکور در بند یک ماده ۱۳، هریک از طرفین می‌تواند دلایل جرح را به داور اطلاع دهد. اما اوضاع و احوال مربوط به جرح داور، در بند یک ماده ۱۲ لایحه ذکر شده است. لذا عبارت «بند یک ماده ۱۳» باید به عبارت «بند یک ماده ۱۲» اصلاح گردد.

دوم- مرجع صالح برای رسیدگی به جرح، در وهله اول، خود داور خواهد بود (اعم از داور منفرد یا هیأت داوری). به تعبیر دیگر، داوری که جرح شده است خود باید به دلایل رسیدگی نماید. به نظر می‌رسد داوری که جرح شده است صلاحیت رسیدگی به صلاحیت خود را ندارد چرا که

داوری که در مظان اتهام است دیگر نمی‌تواند و نباید در مورد صلاحیت خود اظهار نظر نماید. کما اینکه در قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (بند ۳ ماده ۱۸۰)، دادگاه کانتون مقرر دیوان داوری، صلاحیت رسیدگی به جرح را دارد.

اما باید در نظر داشت که براساس قاعده competence-competence، داور صلاحیت رسیدگی درباره صلاحیت خود را داراست. به این امر در ماده ۱۶ لایحه داوری تجاری بین‌المللی تصریح شده است. علت وجود این قاعده، تفکیک هرچه بیشتر مراجع داوری از دادگاه‌های کشور مقرر داوری است.

تنها خطری که پذیرش نظریه صلاحیت داور برای تعیین صلاحیت خود ممکن است در پی داشته باشد، غرض ورزی داور در بررسی صلاحیتش است. لکن شایان ذکر است که در صورت غرض ورزی داور یا طرفداری داور از یکی از طرفین اختلاف، می‌توان به مرجع تجدیدنظر مراجعه کرد. در داوری سازمانی نسبت به رأی داور یا هیأت داوری، می‌توان به دیوان داوری مراجعه کرد و به تصمیم داور اعتراض نمود. در داوری موقت<sup>(۲)</sup>، از رأی داور می‌توان به دادگاه صالح مراجعه کرد.

بند هفت ماده ۲ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی - که یکی از دیرپاترین مراجع داوری سازمانی است - در صورتی که داور توسط یکی از طرفین جرح شود،

1- Broches, Aron: Op.Cit., P.61

2- Ad Hoc Arbitration

اطلاع طرف دیگر اختلاف نیز برسد تا چنانچه او نیز با جرح داور موافق باشد باتوافق دو طرف اختلاف، داور عزل گردد. برای اطلاع طرف دیگر اختلاف از دلایل جرح، لازم است یا طرفی که داور را جرح می‌کند یا مرجع داور، دلایل جرح داور را به اطلاع طرف دیگر اختلاف برساند. لایحه داور تجاری بین‌المللی و قانون نمونه داور آنسیترال، هیچ‌کدام روشی برای اطلاع طرف دیگر اختلاف از دلایل جرح پیش بینی نکرده‌اند.

به منظور اجتناب از ابهامات و ایرادات بعدی، در مورد ابلاغ دلایل جرح داور به طرف دیگر، به نظر می‌رسد اگر داور دلایل جرح را مانند دیگر اوراق پرونده به طرف دیگر ابلاغ نماید، شبهه و اختلاف کمتری ایجاد می‌شود.

بند سه ماده ۲۴ لایحه داور تجاری بین‌المللی - که مطابق بند سه ماده ۲۴ قانون نمونه داور «آنسیترال» است - مقرر می‌دارد: «کلیه لوایح، مدارک یاسایر اطلاعاتی که توسط یکی از طرفین به داور تسلیم شده و همچنین گزارش کارشناسی یا ارزیابی یا مدارکی که ممکن است داور هنگام اتخاذ تصمیم به آنها استناد کند، باید برای طرفین ابلاغ شود».

ساتوجه به کلیت و اطلاق این بند، چنانچه مطابق بند سه ماده ۱۳ لایحه داور تجاری، یکی از طرفین داور را جرح کند داور ملزم به ارسال دلایل جرح برای طرف

دیوان داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى را به عنوان مرجعى منحصر به فرد برای رسیدگی به دلایل جرح، صالح دانسته و تصمیم دیوان را نهایی محسوب کرده است. از این رو، اگر کسی داورى را در چسارچوب مقررات اتاق بازرگانى بین‌المللى جرح کند داور جرح شده صلاحیت رسیدگی به دلایل جرح را نخواهد داشت بلکه صرفاً دیوان داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى به موضوع رسیدگی می‌نماید. به این ترتیب در دیوان داورى اتاق بازرگانى بین‌المللى رسیدگی به دلایل جرح داور، تنها در یک مرحله انجام می‌شود. از این ویژگی در تمام داوریهای سازمانی می‌توان بهره جست.

سوم - در صورت جرح داور، داور در دو صورت از اتخاذ تصمیم درمورد صلاحیت خود منع شده است:

- داور مورد جرح از سمت خود کناره گیری کند،

- طرف مقابل نیز جرح داور را بپذیرد. توضیح مختصری در این دو مورد لازم است. در صورتی که داور جرح شده از سمت خود کناره گیری کند، جرح داور خود به خود منتفی می‌گردد. اگر طرف مقابل اختلاف نیز جرح داور را بپذیرد مبنای صلاحیت داور - که رضایت و توافق طرفین بر انتصاب وی به عنوان داور است - مخدوش می‌گردد و بنابراین داور، دیگر فاقد صلاحیت خواهد بود. از این رو لازم است دلایل طرفی که داور را جرح می‌کند به

دیگراست. بدین ترتیب مشکل مطروحه در بند سه ماده ۱۳ رفع می‌گردد.

اما بر بند سه ماده ۲۳ ایرادی وارد است. متن این بند مقرر کرده که لوایح، مدارک یا سایر اطلاعاتی که توسط یکی از طرفین به داور تسلیم می‌شود، باید به طرفین ابلاغ گردد. در حالی که نیازی به ابلاغ این مدارک به هر دو طرف اختلاف نیست زیرا یکی از دو طرف خود از مفاد آن مدارک آگاه بوده و اصولاً همان طرف دادگاه را از وجود آن مدارک مطلع کرده است. لکن گزارش کارشناس یا ارزیابی باید به هر طرف اختلاف ابلاغ گردد.

بنابراین در بند سه ماده ۲۳ لایحه داوری تجاری بین‌المللی باید قائل به تفکیک شد. به این ترتیب که کلیه مدارک، لوایح یا سایر اطلاعاتی که توسط یکی از طرفین به داور تسلیم شده باید توسط داور به طرف مقابل ابلاغ گردد. اما گزارش کارشناس یا ارزیابی یا مدارکی که ممکن است داور هنگام اتخاذ تصمیم به آنها استناد نماید باید به طرفین ابلاغ شود.

همچنین در انتهای بند سه، عبارت «باید برای طرفین ابلاغ شود» صحیح نیست. زیرا «به کس» ابلاغ می‌شود و نه «برای کس». از این رو عبارت آخر بند سه باید به نحو زیر اصلاح شود: «باید به طرفین ابلاغ شود».

لازم به ذکر است ایرادات وارد بر بند سه ماده ۲۳ لایحه داوری تجاری، به هیچ وجه به بند سه ماده ۲۴ قانون نمونه داوری «آنسیترال» - که متن لایحه داوری تجاری بین‌المللی از آن اقتباس شده است - وارد

نمی‌باشد. مطابق بند ۳ ماده ۲۴ قانون نمونه داوری آنسیترال: «کلیه لوایح، مدارک و سایر اطلاعاتی که توسط یکی از طرفین به هیأت داوری تسلیم شده باید برای طرف مقابل نیز ارسال گردد. همچنین گزارش کارشناس یا ارزیابی مدارک که ممکن است هیأت داوری هنگام اتخاذ تصمیم به آنها استناد نماید، باید برای طرفین ارسال شود».

ملاحظه می‌گردد ایرادهای وارد بر بند سه ماده ۲۳ لایحه داوری تجاری، در ماده ۲۴ موردی ندارد؛ بلکه در تنظیم بند سه ماده ۲۳ و با دستکاری غیر اصولی در متن قانون نمونه داوری «آنسیترال»، ایرادات جدید ایجاد شده است.

اما ایراد دیگری بر بند سه ماده ۲۴ قانون نمونه داوری «آنسیترال» و بند سه ماده ۲۳ لایحه داوری تجاری بین‌المللی وارد است. در هیچ یک از این دو بند، مشخص نگردیده که لوایح و مدارکی که توسط یکی از طرفین به داور تسلیم می‌شود توسط چه کسی برای طرف دیگر ارسال می‌گردد؟ آیا داور ملزم است این مدارک را ارسال کند یا همان طرفی که آنها را به داور ارائه می‌نماید، ملزم است که یک نسخه از آنها را برای طرف دیگر ارسال دارد؟ از نظر ما همان طور که در ابتدای این قسمت گفته شده، کلیه ابلاغها اگر از طریق داور انجام گیرد صحت آن بیشتر و احتمال اعتراض به درستی ابلاغ آن کمتر خواهد بود.

بنابراین پیشنهاد می‌شود بند سه ماده ۲۳ لایحه داوری تجاری بین‌المللی به شرح زیر اصلاح گردد:

## حقوق

تجاری بین‌المللی مشخص می‌گردد که تمامی تصمیماتی که به دادگاه صالح محول شده قطعی و غیرقابل اعتراض محسوب شده است. اما بند دو ماده ۶ اعلام نموده: «در داوری سازمانی، انجام وظایف مندرج در بندهای (۲) و (۳) ماده ۱۱، بند (۳) ماده ۱۳ و بند (۱) ماده ۱۴ به عهده سازمان داوری است» بی‌آنکه روشن کند که آیا تصمیم سازمان داوری در این موارد، مانند آرای مراجع قضایی، قطعی و غیرقابل اعتراض محسوب خواهد شد یا خیر. عدم تصریح به قطعی بودن تصمیمات سازمان داوری، به منزله غیر قطعی بودن تصمیمات سازمان داوری است.

یکی از ویژگیهای بارز تجارت و به خصوص، تجارت بین‌الملل، «سرعت» است. از این رو حل و فصل اختلافات ناشی از روابط تجاری بین‌المللی باید به شیوه‌ای انجام شود که در اسرع وقت، موضوع فیصله یابد. یکی از مزایای داوری نسبت به مراجع قضایی، تسریع در امر رسیدگی است. لذا روند رسیدگی در داوری باید به طریقی باشد که سرعت عمل در کلیه مراحل رسیدگی دقیقاً رعایت شود. بدین لحاظ لازم است مراحل تجدید نظر نسبت به تصمیمات داوری کمتر باشد به ویژه مراجع قضایی تا حد ممکن در روند داوری دخالت نمایند.

از این رو پیشنهاد می‌شود برای رفع مشکل به انتهای بند دو ماده ۶ لایحه داوری

«۳- کلیه لوایح، مدارک یا سایر اطلاعاتی که توسط یکی از طرفین به داور تسلیم شده باید توسط داور به طرف دیگر ابلاغ گردد. همچنین گزارش کارشناسی یا ارزیابی یا مدارکی که ممکن است داور هنگام اتخاذ تصمیم به آنها استناد کند، باید توسط داور به طرفین ابلاغ شود».

بند سه ماده ۱۳ لایحه داوری تجاری بین‌المللی به اعتراض طرفین اختلاف، نسبت به تصمیم داور اختصاص دارد. مطابق این بند: «جرحی که بارعایت 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 (۳۰) 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. مادام که چنین درخواستی تحت رسیدگی است داور می‌تواند جریان داوری را ادامه دهد و رأی نیز صادر کند».

این بند مشابه بند سه ماده ۱۳ قانون نمونه داوری «آنسیترال» است با این تفاوت که در قانون نمونه داوری تصریح شده که رأی مرجع موضوع ماده ۶ قابل اعتراض نیست اما لایحه داوری تجاری در این مورد ساکت است. در نتیجه به نظر می‌رسد که تصمیم مرجع موضوع ماده ۶ قابل اعتراض محسوب خواهد شد.

اما با مراجعه به ماده ۶ لایحه داوری

تجاری بین‌المللی، این جمله اضافه شود: «تصمیمات رئیس دادگاه در این موارد قطعی و غیر قابل اعتراض است».

همچنین با توجه به اجرای قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، به زودی دادگاهی به نام دادگاه «حقوقی یک» در ایران وجود نخواهد داشت. بنابراین عبارت «دادگاه‌های حقوقی یک»، در متن بند یک ماده ۶ باید اصلاح شود. از این رو پیشنهاد می‌شود بند یک ماده ۶ لایحه داور تجاری بین‌المللی به شرح زیر اصلاح گردد: «۱- انجام وظایف مندرج در ماده (۹)، بندهای (۳) و (۴) ماده (۱۱)، بند (۳) ماده (۱۳)، بند (۱) ماده (۱۴)، بند (۳) ماده (۱۶)، ماده (۳۳) و ماده (۳۵) به عهده رئیس شعبه اول دادگاه عمومی، واقع در مرکز استانی که مقر داور در آن قرار دارد و تازمانی که مقر داور مشخص نشده به عهده رئیس شعبه اول دادگاه عمومی مرکز استان تهران است. تصمیمات رئیس دادگاه در این موارد قطعی و غیر قابل اعتراض است».

#### ۴- تعویض داور

پس از تعیین داور - اعم از داور منفرد یا هیأت داور - ممکن است داور مایل یا قادر به انجام وظایف خود نباشد. در این موارد، طرفین مبادرت به تعیین داور جدید می‌نمایند. ماده ۱۴ در لایحه داور تجاری بین‌المللی و قانون نمونه داور آنستیرال، هر دو به قصور یا عدم امکان انجام وظیفه داور اختصاص دارد. ماده ۱۴ لایحه داور مشتمل بر دو بند است که اعلام می‌دارد:

«۱- اگر یک داور به موجب قانون یا عملاً قادر به انجام وظایف خود نباشد و یا بنا به علل دیگری موفق به انجام وظایفش بدون تأخیر موجه نشود، مسئولیت وی خاتمه می‌یابد. چنانچه در تحقق موارد مذکور بین طرفین اختلاف باشد هریک از آنها می‌تواند از مرجع مذکور در ماده (۶) درخواست کند که در مورد ختم مأموریت داور مزبور، اتخاذ تصمیم نماید.

۲- صرف کناره‌گیری و یا موافقت طرف دیگر با ختم مأموریت داور، به معنای قبول اعتبار و صحت دلایل جرح، قصور یا عدم قدرت بر انجام وظیفه نخواهد بود».

ماده ۱۴ قانون نمونه داور آنستیرال در این مورد مقرر داشته است:

«۱) اگر داور به حکم قانون یا عملاً نتواند وظایف خود را انجام دهد یا بنا به علل دیگری بدون تأخیر موجه از انجام این وظایف ناتوان گردد، در صورتی که خود از سمت داور کناره‌گیری کند یا اگر طرفین اختلاف بر خاتمه سمت داور وی توافق نمایند، سمت داور وی پایان می‌پذیرد. چنانچه در تحقق هریک از موارد مذکور، بین طرفین اختلاف نظر وجود داشته باشد هر کدام از طرفین می‌تواند از دادگاه یا مرجع صالح مذکور در ماده ۶ درخواست کند که در مورد ختم مأموریت داور اتخاذ تصمیم نماید این تصمیم قابل اعتراض نیست.

۲) در مواردی که داور طبق این ماده یابند ۲ ماده ۱۳، از کار خود کناره‌گیری می‌کند یا یکی از طرفین، در مورد ختم مأموریت داور موافقت می‌نماید به معنای قبول اعتبار

## حقوق

داوری است<sup>(۲)</sup> لذا لازم است در اعمال هرگونه تغییرات در قوانین مربوط به داوری، این دو ویژگی مدنظر قرار گیرد. وجود چندین مرحله تجدید نظر نسبت به آرای داوری، سبب کاهش سرعت رسیدگی و افزایش هزینه ها می شود لذا باید تاحد ممکن از بروز آن جلوگیری کرد. بنابراین توصیه می شود به انتهای بند یک ماده ۱۴ لایحه داوری تجاری بین المللی، به قطعی و نهایی بودن رأی مرجع موضوع ۶ تصریح گردد.

بند دو ماده ۱۴ لایحه داوری تجاری بین المللی، ناظر بر حمایت از شخصیت داور است. به این معنا که شخصی که از سمت داوری کناره گیری می نماید و نیز خاتمه مأموریت داور به هر صورت، به معنای پذیرش دلایل جرح، قصور و یا عدم توانایی بر انجام وظیفه به شمار نمی آید. به این ترتیب چنانچه داور به هر دلیلی از سمت داوری کناره گیری کند یا هر دو طرف اختلاف با توافق یکدیگر داور را بر کنار کنند، اعتبار و حیثیت داور متزلزل و

۱- شایان ذکر است که در بند ۲ ماده ۱۴ و ماده ۱۵ لایحه داوری تجاری بین المللی از کناره گیری به صراحت یاد شده است. بنابراین به نظر می رسد عدم درج کناره گیری در بند ۱ ماده ۱۴ لایحه داوری، صرفاً سهو قلم بوده است. یا آنکه به نظر تدوین کنندگان لایحه داوری، باتوجه به درج کناره گیری در مواد بعدی، نیازی به ذکر آن در بند ۱ ماده ۱۴ نبوده است. اما همان طور که گفته شد از تکرار کلمات در قانونگذاری به شرط آنکه موجب روشن تر شدن مطلب و رفع ابهام شود نباید جلوگیری کرد.

2- Voskuil, C.C.A. & Swartzburg. J.A.F.:

"Composition Of The Arbitral Tribunal", In "Essays On Int'l Commercial Arbitration. "Edited by Petar Sarcevic, 1989, P.67

وصحت دلایل و موارد مذکور در این ماده و بند ۲ ماده ۱۲ نخواهد بود».

در مقایسه بین بند یک ماده ۱۴ لایحه داوری تجاری بین المللی و بند یک ماده ۱۴ قانون نمونه داوری آنسیترال مشخص می گردد که تدوین کنندگان لایحه امکان کناره گیری داور از سمت داوری را در لایحه داوری حذف کرده اند. بنابراین مطابق لایحه داوری، حتی اگر داور به عدم توانایی خود برای انجام داوری اذعان داشته باشد تا زمانی که طرفین اختلاف با توافق یکدیگر وی را عزل نکرده اند یا آنکه مرجع صالح (برحسب مورد دادگاه یا سازمان داوری) به تقاضای یکی از طرفین اختلاف وی را عزل نکرده باشد، داور موظف است کماکان به انجام وظایف خود ادامه دهد<sup>(۱)</sup>. در بحثهای مطروحه در اجلاسیه بررسی قانون نمونه آنسیترال نیز، در این مورد اظهار نظری نشده است که احتمالاً نشان از بداهت مطلب، نزد شرکت کنندگان در اجلاس دارد.

در انتهای بند یک ماده ۱۴ قانون نمونه داوری آنسیترال، به غیر قابل اعتراض بودن رأی صادره توسط مرجع موضوع ماده ۶ در مورد احراز قصور یا عدم امکان انجام وظیفه داور تصریح شده است. اما این عبارت در لایحه داوری تجاری بین المللی حذف شده است. احتمالاً دلیل حذف این جمله، عدم اطمینان به آرای صادره توسط داور می باشد. باتوجه به آنکه «تسریع» در رسیدگی و «کاهش هزینه» دادرسی، دو ویژگی بارز

مخدوش نخواهد شد.

## ۵ - صلاحیت داور برای رسیدگی به صلاحیت خود<sup>(۱)</sup>

مواد ۱۶ لایحه داورى تجارى بين المللى و قانون نمونه داورى آنستىرال، هر دو ناظر بر اتخاذ تصميم در مورد صلاحيت داور است. منظور از اتخاذ تصميم در مورد صلاحيت داور عبارت است از اينكه چنانچه بنابه هر دليلى، صلاحيت داور مورد ترديد قرارگيرد، چه مرجعى صلاحيت رسيدگى به صلاحيت داور را دارد. آيا خود داور مى تواند در مورد صلاحيت خود اظهار نظر كند يا آنكه تعيين آن به عهده دادگاه يا مرجع ثالثى است؟<sup>(۲)</sup>

به لحاظ سنتى، رسيدگى به موضوع اعتبار توافقنامه داورى، در صلاحيت دادگاه صالح مى باشد و نه مرجع داورى. اما به تدريج صلاحيت رسيدگى به اعتبار توافقنامه داورى، در اختيار مرجع داورى قرار گرفت. اين تحول در دو مرحله انجام شد: در مرحله اول پذيرفته شد كه شرط داورى از قرارداد اصلى مجزاست، بنابراین داور داراى صلاحيت تعيين اعتبار قرارداد اصلى است - زيرا داور، اختيارات خود را از توافقنامه داورى اخذ مى كند كه به لحاظ تئوريك از قرارداد اصلى جداست - پس از اين مرحله بود كه داور به عنوان يگانه مرجع صالح، از امكان رسيدگى به صلاحيت خود برخوردار شد.<sup>(۳)</sup>

گفته شده است كه رويه عملى ناشى از مقررات داورى بين المللى، مؤيد پذيرش

عام صلاحيت داور در تعيين صلاحيت خویش است<sup>(۴)</sup>. در ماده ۱۲ مقررات داورى آنستىرال، بند ۳ و ۴ ماده ۸ مقررات داورى «ديوان داورى اتاق بازرگانى بين المللى» و بند يك ماده ۱۶ قانون نمونه داورى آنستىرال قيد گردیده داورى كه به صلاحيت وى ايرادى وارد شده مى تواند خود به موضوع رسيدگى نمايد. حتى پارا از اين هم فراتر گذاشته اند و گفته اند در صورتى كه وجود يا اعتبار توافقنامه داورى نيز محل ترديد باشد، داور خود مى تواند در اين باره اظهار نظر كند. در بند يك ماده ۱۶ لايحه داورى تجارى بين المللى، اعلام گردیده «داورى كه به صلاحيتش ايراد شده است مى تواند خود، به دلايل رد صلاحيتش رسيدگى نمايد»<sup>(۵)</sup>.

در ادامه بند يك ماده ۱۶ لايحه داورى تجارى بين المللى به موضوع «استقلال

### 1- Competence - Competence

۲- گفته شده است كه مفهوم صلاحيت داور براى رسيدگى به صلاحيت خود، به منزله آن است كه داور، مطابق توافقنامه داورى مى تواند به صلاحيت خود رسيدگى نمايد. اين مطلب به معنای آن نيست كه داور مى تواند در مورد صلاحيت خود تصميم قطعى و لازم الاجرا اتخاذ نمايد، بلكه به منزله آن است كه داور مانند دادگاه ها مى تواند به طور مقدماتى درباره صلاحيت خود رسيدگى نمايد. رجوع شود به: Broches, Aron: op.cit., p.71

3- Poznanski, Bernard G.: "The Nature & Extent Of Arbitrator's Power in Int'l Commercial Arbitration", J.Int.Arb., Vol .4.No.3, 1987, PP.96-97

4- Redfern, Alen: "The Jurisdiction Of Int'l Commercial Arbitration", J.Int.Arb., No.1, 1986, PP.27-28

۵- بند يك ماده ۱۶ لايحه داورى تجارى بين المللى مقرر مى دارد: «داور مى تواند در مورد صلاحيت خود و همچنين درباره وجود و يا اعتبار موافقتنامه داورى اتخاذ تصميم كند...».



## حقوق

ایراد خارج از موعد رانیز بپذیرد مشروط بر آنکه تأخیر را موجه تشخیص دهد».

در صدر بند دو اعلام شده که پس از تسلیم لایحه دفاعیه، ایراد به صلاحیت داور وارد نمی‌باشد. این قسمت ناظر بر ایرادهای وارد بر صلاحیت داور در آغاز داور است. چه بسا ممکن است که داور در جریان رسیدگی از حدود صلاحیت خود خارج شود که در این صورت، ایراد به صلاحیت داور به محض خروج داور از حدود صلاحیتش باید عنوان گردد.

در مورد ایراد به صلاحیت داور که پیش از تسلیم لایحه دفاعیه است تفاوتی نمی‌کند که طرفی که به صلاحیت داور ایراد می‌گیرد، خود داور را تعیین کرده یا در تعیین وی مشارکت داشته باشد.

در مورد این بند، نماینده ایتالیا در جلسات کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل اظهار داشت طرفی که نتوانسته به استناد ماده ۱۶ اعتراض نماید آیا می‌تواند بعدها از شناسایی و اجرای رأی صادره خودداری نماید؟ رئیس جلسه اظهار داشت که به این مطلب در جلسات مربوط به مواد ۳۴ و ۳۶ قانون نمونه داور آنسترال پرداخته خواهد شد. اما هرگز بدان توجهی نشد<sup>(۴)</sup>. در ادامه این نوشتار، به هنگام بحث

شرط داور از قرار داد اصلی<sup>(۱)</sup> پرداخته شده است. باتوجه به آنکه در قسمت اول این نوشتار (مربوط به توافقنامه داور) به این موضوع پرداخته‌ایم، از تکرار مطلب خودداری می‌شود<sup>(۲)</sup>.

شایان توجه است که «آرون بروش» یکی از صاحب‌نظران در زمینه داور بین‌المللی و حاضران در جلسات بررسی قانون نمونه داور آنسترال در کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل، درباره توجه حاضران به تفکیک دو اصطلاح «استقلال شرط داور از قرارداد اصلی» و «صلاحیت داور برای رسیدگی به صلاحیت خود» اظهار داشته است: «جمع‌بندی من از جلسات این است که حاضران در جلسه، تفکیک و تمایز روشنی بین دو اصطلاح مزبور قائل نبودند»<sup>(۳)</sup>.

بند دو ماده ۱۶ لایحه داور تجاری بین‌المللی، مشابه بند دو ماده ۱۶ قانون نمونه داور آنسترال است. این بند اختصاص به بیان شرایط اعلام ایراد، به صلاحیت داور دارد. مطابق بند دو ماده ۱۶ لایحه داور تجاری بین‌المللی «ایراد به صلاحیت داور نباید مؤخر از تسلیم لایحه دفاعیه باشد. صرف تعیین داور و یا مشارکت در تعیین وی توسط هریک از طرفین مانع از ایراد صلاحیت نخواهد بود. ایراد به خروج داور از حدود صلاحیت در جریان رسیدگی داور باید به محض بروز آن عنوان شود داور می‌تواند در هر کدام از موارد مذکور،

### 1-Seperability

۲- رجوع شود به: مقاله «تأملاتی بر دیوان داور تجاری»، نشریه مجلس و پژوهش، شماره ۱۳، از صاحب‌مبین قلم

3- Broches, Aron: Op.Cit., P.75

4- Ibid., PP. 78-79

درباره شناسایی و اجرای آرای داوری، به این موضوع بیشتر خواهیم پرداخت.

بند سه ماده ۱۶ لایحه داوری تجاری بین المللی مقرر می‌دارد: «در صورت ایراد به اصل صلاحیت و یا به وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری (جز در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند) داور باید به عنوان یک امر مقدماتی، قبل از ورود به ماهیت دعوی، نسبت به آن اتخاذ تصمیم کند. اتخاذ تصمیم در مورد ایراد خروج داور از حدود صلاحیت که سبب آن در حین رسیدگی حادث شود، ممکن است در ضمن رأی ماهوی به عمل آید. چنانچه داور به عنوان یک امر مقدماتی به صلاحیت خود نظر بدهد، هر یک از طرفین می‌تواند ظرف سی (۳۰) روز پس از وصول ابلاغیه آن، از دادگاه مندرج در ماده (۶) درخواست کند که نسبت به موضوع رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید. مادامی که درخواست مزبور در دادگاه تحت رسیدگی است داور می‌تواند به رسیدگی خود ادامه دهد و رأی نیز صادر کند».

بند سه ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنستیرال<sup>(۱)</sup>، مشابه بند سه ماده ۱۶ لایحه داوری تجاری است لکن تفاوت‌های چندی بین این دو مشاهده می‌شود که عبارتند از:

اول - در لایحه داوری تجاری، تصریح شده که در صورتی که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند ملاک اصلی، توافق طرفین است. بدیهی است توافق طرفین، اصلی‌ترین مبنای داوری به شمار می‌رود و مراجع داوری نیز حتماً باید توافق طرفین را رعایت نمایند. در ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنستیرال به

توافق طرفین اشاره‌ای نشده است.

دوم - در لایحه داوری تجاری بین المللی، بین ایرادهای مختلف تفکیک قائل شده‌اند. چنانچه ایراد نسبت به اصل صلاحیت یا به وجود یا اعتبار توافقنامه داوری باشد، داور باید به عنوان یک امر مقدماتی به آن رسیدگی نماید. در این صورت داور نمی‌تواند اظهار نظر خود را موقوف به صدور رأی نهایی کند بلکه ملزم است پیش از ورود به ماهیت دعوی به موضوع رسیدگی نماید.

در صورتی که داور در حین رسیدگی از حدود صلاحیت خود خارج شود داور می‌تواند در ضمن رأی ماهوی، در این مورد اتخاذ تصمیم کند، لکن «ملزم» به اتخاذ تصمیم نیست. بنابراین در مورد ایراد به صلاحیت داور در ضمن رسیدگی، داور مخیر است که جداگانه در مورد صلاحیت اتخاذ تصمیم نماید یا آنکه در ضمن صدور رأی ماهوی، تصمیم خود را اعلام کند.

در قانون نمونه داوری آنستیرال، بین ایراد بدوی به صلاحیت داور و ایراد وارد در ضمن رسیدگی تفاوتی قائل نشده‌اند. از این رو اگر ایراد به صلاحیت داور یا به وجود اعتبار

۱- بند سه ماده ۱۶ قانون نمونه داوری آنستیرال: «هیأت داوری می‌تواند نسبت به ایرادهای مذکور در بند دو فوق، به عنوان یک امر مقدماتی و یا در رأی ماهوی خود اتخاذ تصمیم کند. در صورتی که هیأت داوری به صورت یک امر مقدماتی به صلاحیت خود نظر بدهد، هر کدام از طرفین می‌توانند ظرف سی روز پس از ابلاغ این تصمیم از دادگاه یا مرجع دیگری که در ماده ۶ پیش‌بینی شده درخواست کنند که نسبت به موضوع، رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید. این تصمیم قابل اعتراض نیست. در اثنا رسیدگی به این درخواست هیأت داوری می‌تواند به دادرسی خود ادامه داده و رأی نیز صادر کند».

## حقوق

صلاحیت داور در سه مرحله انجام می‌گیرد، در حالی که اگر اختلاف ابتداً در نزد دادگاه مطرح می‌گردد مراحل تجدید نظر، صرفاً در دو مرحله انجام می‌گردد. بنابراین مراحل اعتراض به صلاحیت در داور به مراتب کندتر و طولانی‌تر از مراحل رسیدگی قضایی است. به منظور پرهیز از این وضعیت، پیشنهاد می‌شود در بند سه ماده ۱۶، پس از عبارت «... رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید» جمله تکمیلی «این تصمیم قابل اعتراض نیست» اضافه گردد.

به طور کلی چنانچه در داور، لازم باشد که مرجع قضایی نسبت به تصمیمات داور به عنوان مرجع تجدیدنظر عمل کند اگر تصمیمات مرجع قضایی، قطعی و لازم الاجرا نباشد، عملاً رسیدگی داور طولانی‌تر از رسیدگی قضایی خواهد بود و در نتیجه به یکی از اهداف اصلی داور که تسریع امر در رسیدگی است، نمی‌توان نائل شد.

بنابراین پیشنهاد می‌شود: اولاً تصمیمات مرجع تجدید نظر اول، قطعی و لازم الاجرا شمرده شود و دیگر نیازی به مرجع یا مراجع تجدید نظر بعدی نباشد. ثانیاً، در داور سازمانی، مرجع تجدیدنظر از تصمیمات داور یا هیأت داور، دیوان داور آن سازمان تعیین گردد تا از دخالت دادگاه‌ها تا حد ممکن کاسته شود.

□ □ □

توافقنامه داور، در آغاز شروع داور مطرح شود داور می‌تواند به استناد بند سه ماده ۱۶ قانون نمونه داور آنستیرال در پایان رسیدگی خود و ضمن صدور رأی ماهوی، اتخاذ تصمیم کند. در حالی که داور می‌تواند و باید در همان آغاز شروع داور، تصمیم خود را درباره صلاحیتش اظهار نماید تا چنانچه طرفین به نظر داور از حیث صلاحیتش اعتراض دارند، بتوانند سریعتر اعتراض خود را مطرح نمایند.

سوم - در بند سه ماده ۱۶ لایحه داور تجاری بین‌المللی، تصریح نشده است که تصمیم مرجع تجدیدنظر در ماده ۶ قطعی و لازم الاجرا است در حالی که قانون نمونه داور آنستیرال به قطعی و لازم الاجرا بودن تصمیم مرجع تجدیدنظر ماده ۶ تصریح کرده است. در بند یک ماده ۶ لایحه داور تجاری بین‌المللی، دادگاه را مرجع صالح برای تجدیدنظر نسبت به رأی داور در مورد صلاحیتش دانسته است. حال در نظر بگیرد که به صلاحیت داور اعتراض شده است، روش رسیدگی به اعتراض بدین ترتیب خواهد بود که اولاً، داور خود به صلاحیتش رسیدگی می‌کند ثانیاً، چنانچه به نظر داور اعتراض شود دادگاه بدوی، صلاحیت رسیدگی به اعتراض را داراست. ثالثاً، اگر کسی به تصمیم دادگاه بدوی اعتراض داشته باشد، می‌تواند به دادگاه عالیتر مراجعه نماید.

به این ترتیب مراتب رسیدگی به