

داوری جانبدارانه و تقابل آن

با اصول بنیادین حاکم بر داوری

با تأکید بر رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده

مصطفی السان*

ایلدار آفاقلیزاده خیایوی**

چکیده

داوران مکلف به حفظ بی‌طرفی و استقلال خود نسبت به طرفین اختلاف هستند و این امر در کلیه قواعد و مقررات داوری اعم از بین‌المللی و داخلی مورد تأکید قرار گرفته و تبدیل به عرفی بین‌المللی شده است، چندان‌که عدم پابندی داور به این تعهدات از جمله دلایل عمده جرح داوران در داوری‌های داخلی و بین‌المللی است. نهاد داور جانبدار در نظام داوری ایالات متحده تأسیسی است که در تقابل با عرف بین‌المللی بوده و به داور منصوب هر یک از طرفین اجازه می‌دهد که در جریان رسیدگی از طرف ناصب خود جانبداری نموده و به مثابه وکیل مدافع از حقوق او دفاع نماید؛ به‌نحوی که رأی دیوان داوری، تا حد امکان، به سود طرف ناصب صادر گردد. این مقاله، به بررسی مفهوم، زمینه و مبانی داوری جانبدارانه و تقابل آن با اصول بنیادین حاکم بر داوری و سپس به وضعیت بی‌طرفی داوران در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده امریکا می‌پردازد.

واژگان کلیدی

داوری، استقلال، بی‌طرفی، داوری غیرجانبدارانه و جانبدارانه، ایران، ایالات متحده امریکا

Email: m_elsan@sbu.ac.ir

* عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

Email: eldar19802000@yahoo.com

** کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

فصلنامه راهبرد/سال بیست و سوم/شماره ۷۰/بهار ۱۳۹۳/صص ۲۸-۳۵

جستارگشایی

استقلال و بی‌طرفی مقام رسیدگی‌کننده به اختلاف، از اصول بنیادین حاکم بر هر شیوه از دادرسی - صرف‌نظر از نوع آن - محسوب می‌شود؛ چرا که رسیدگی به اختلاف از سوی ثالث، با هدف نیل به نتیجه‌ای که تا حد امکان منطبق با عدالت باشد، به دست نمی‌آید؛ مگر اینکه نظام دادرسی و مقام رسیدگی‌کننده، مستقل از نهاد یا شخص انتخاب‌کننده خود و اصحاب دعوا اقدام و کاملاً بی‌طرفانه اتخاذ تصمیم کند.

در روابط قراردادی که طرفین، پیش یا پس از بروز اختلاف، اقدام به توافق بر داوری می‌نمایند، مسئله ممکن است کمی متفاوت به نظر برسد. به طور خاص، در دیوان‌های داوری سه‌نفره، طرفین اختلاف یا مشاوران آنها در انتخاب داور خود کاملاً حسابگرانه عمل می‌کنند و کسی را به عنوان داور برمی‌گزینند که دارای اشتراکات ملی، زبانی، فرهنگی، حقوقی و حرفه‌ای با طرف ناصب باشد.

داور نیز از حسابگری‌های طرف ناصب خود مطلع می‌باشد و عموماً نزدیکی بیشتری با مواضع طرف ناصب خود احساس می‌کند. چنین روابط و علقه‌هایی نقش مهمی در انتخاب داوران از سوی طرف‌های اختلاف بازی می‌کند. با وجود این امر، عموم قواعد و مقررات داوری، استقلال و بی‌طرفی را به عنوان مهم‌ترین تعهدات داوران شمرده‌اند و ضمانت اجراهای مختلفی برای داورانی که به این تعهدات پایبند نباشند، در نظر گرفته‌اند.

در عین حال، توقع بی‌طرفی کامل از داوران منصوب طرفین نیز چندان با واقعیت‌های عملی سازگاری نداشته و داوران، خواه ناخواه، منافع طرف ناصب خود را مورد توجه خاص قرار می‌دهند و توجه سایر اعضای دیوان را نیز بدان‌ها معطوف می‌نمایند. شخصی که از سوی یکی از طرفین اختلاف به سمت داوری منصوب می‌گردد، به خوبی می‌داند که طرف ناصب، او را به این دلیل انتخاب نموده است که نتیجه دلخواه خود را از رسیدگی به دست آورد. اما حداقل از لحاظ نظری، داور، حافظ منافع طرفین اختلاف نبوده و مکلف به حفظ بی‌طرفی و استقلال است.

نهاد داور «جانبدار»^۱، اول بار در نظام حقوقی ایالات متحده امریکا به وجود آمد. این نهاد، سنت حقوقی ویژه‌ای است که دارای تکیه‌گاهی تاریخی در بستر تحولات اقتصادی و اجتماعی این کشور است. چنین داورانی مقید به رعایت بی‌طرفی و استقلال نیستند و حق دارند که جانبدار طرف ناصب خود باشند و در دیوان داوری از منافع او حمایت کنند.

این مقاله، به بررسی موضوع داوری جانبدارانه و تقابل آن با اصول بنیادین حاکم بر داوری می‌پردازد: مفهوم و پیشینه استقلال داوران و مفاهیم مشابه؛ تدوین منشور اخلاقی برای داوران؛ داوری جانبدارانه در حقوق ایالات متحده و بررسی بی‌طرفی داوران در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده. با توجه به اینکه، سابقه‌ای برای طرح موضوع در حقوق کشورمان و بسیاری دیگر از کشورها وجود ندارد، حقوق ایالات متحده و رویه داوری و مقررات این کشور، محور مطالعه خواهد بود. در پایان، راهکارهای قابل اجرا در نظام حقوقی ایران ارائه خواهد شد.

۱. مفهوم و پیشینه استقلال داوران و مفاهیم مشابه

استقلال، بی‌طرفی و غیرجانبدار بودن داوران، مفاهیمی هستند که ممکن است با هم خلط شود. از این رو لازم است تا ابتدا با بررسی این مفاهیم، به‌ویژه جایگاه اصطلاح «غیرجانبدار» در میان مفاهیم داوری از حیث تاریخی مشخص شود.

۱-۱. استقلال، بی‌طرفی و غیرجانبدار بودن

در داوری‌هایی که هر یک از طرفین اختلاف، داور خود را منصوب می‌کند، طرف ناصب به دنبال نصب داوری است که حضور او در دیوان داوری، منجر به صدور رأی به نفع طرف ناصب یا کسب حداکثر منافع برای او باشد.

در مقررات داوری تعریفی از این دو واژه ارائه نشده، اما نویسندگان تلاش کرده‌اند ابهام موجود را از طریق تبیین جوانب مختلف این دو تعهد و نیز معیارهای عینی و ذهنی موجود برطرف کنند. البته در قوانین ملی سوئد (ماده ۸ قانون داوری سوئد) و چین (ماده ۳۴ قانون داوری) مصادیق اوضاع و احوالی که دلالت بر خروج داور از بی‌طرفی دارند، قید شده است، اما

1. Non-neutral Arbitrator

تعریفی از بی‌طرفی ارائه نشده است. این امر از ماهیت انتزاعی این تعهدات نشئت می‌گیرد؛ چنان که در آرایه‌ای که از دادگاه‌های فرانسه صادر شده، به استقلال داور تحت عناوینی چون «جوهر وظیفه قضایی» یا «لازمه مطلق هر داوری» اشاره شده است (Fouchard, et al., 1999, pp. 528-530).

از دیدگاه برخی حقوق‌دانان، همان‌گونه که در مقررات‌ای سی‌سی و ایکس‌اید مشاهده می‌شود، استقلال و بی‌طرفی مفاهیمی متمایز نبوده و می‌توانند به جای یکدیگر به کار روند؛ کما اینکه در این مقررات از واژه استقلال استفاده شده و اشاره‌ای به بی‌طرفی داور نشده است. در مقابل، دیدگاه دیگری وجود دارد که با قطعیت همسانی دو مفهوم استقلال و بی‌طرفی را رد کرده و معتقد است هر چند این دو مفهوم در بسیاری موارد همپوشانی دارند، تمایزات مهمی میان آنها وجود دارد.

استقلال داور به طور مشخص مربوط به روابط میان داور و یکی از طرفین است؛ اعم از روابط مالی، تجاری، حرفه‌ای، شخصی، خانوادگی یا اجتماعی. روابط حرفه‌ای می‌تواند شامل رابطه‌ای باشد که داور به عنوان مشاور، مستخدم، نماینده یا وکیل یکی از طرفین باشد. به همین ترتیب یک رابطه تجاری می‌تواند در برگیرنده یک مشارکت تجاری باشد که در آن داور، متصدی یک پست اجرایی یا غیر اجرایی یا شراکت در معامله‌ای تجاری با یکی از طرفین است. در مورد روابط شخصی می‌توان به دوستی بلندمدت میان داور با یکی از طرفین اختلاف اشاره نمود (Trakman, 2007, pp. 6-7).

استقلال، مفهومی عینی است و به روابطی در دنیای خارج اشاره دارد که مبنای کسب منافع یا امتیازاتی برای داور است. اگر داور نفعی در موضوع اختلاف داشته باشد یا در حال انجام خدماتی برای یکی از طرفین باشد یا اشتراک یا تضاد منافی با یکی از طرفین داشته باشد، نمی‌توان او را مستقل دانست. به همین ترتیب اگر بخواهیم ضابطه‌ای برای استقلال داور تعریف کنیم، محتاج ضابطه‌ای عینی خواهیم بود؛ مانند آنچه که در توصیه‌نامه انجمن بین‌المللی کانون‌های وکلای در خصوص تعارض منافع تعریف شده و مبتنی بر این است که آیا از نقطه نظر

یک شخص متعارف که با حقایق و اوضاع و احوال پرونده آشنایی دارد، داور مورد نظر مستقل است؟

بی‌طرفی مفهومی ذهنی و مربوط به تمایل قلبی داور به جانب یکی از طرفین یا به موضوع اختلاف است و به همین دلیل نسبت به مفهوم استقلال، پیچیده‌تر، انتزاعی‌تر و تشخیص فقدان بی‌طرفی نیز دشوارتر است (Redfen & Hunter, 2003, p. 212).

تعریف بی‌طرفی و نقطه مقابل آن یعنی طرفداری داور، دشوار است و به راحتی نمی‌توان ضابطه‌ای برای آن ارائه داد. علت این است که موضوع بی‌طرفی، همان‌گونه که ذکر شد، مربوط به یک وضعیت ذهنی است که مثلاً ناشی از اظهار نظری در خلال یک مقاله علمی است و موجب ایجاد تردید در خصوص بی‌طرفی او نسبت به موضوع اختلاف می‌گردد. تعصبات ملی یا بدگویی او از یک ملت خاص می‌تواند دلالت بر فقدان بی‌طرفی او نماید، برای مثال اظهار این نظر از سوی داور اهل نروژ که «مردم کشور پرتغال دروغگو هستند» (Gusy, et al., 2004, p.76). بیان چنین دیدگاهی از سوی یک داور نشان‌دهنده جهت‌گیری پیشاپیش او نسبت به طرفین اختلاف است. تعریف خاصی از مفهوم بی‌طرفی در منابع مختلف ارائه نشده است، اما با تعریف مفهوم مخالف آن یعنی طرفداری می‌توان به تصویری از این مفهوم دست یافت. در «قواعد اخلاقی انجمن بین‌المللی کانون‌های وکلای» طرفداری به این شکل تعریف شده است: «طرفداری در جایی ظاهر می‌گردد که داور نظر لطفی نسبت به یکی از طرفین داشته یا نسبت به موضوع اختلاف پیش‌داوری داشته باشد.»

از میان رفتن وصف بی‌طرفی ممکن است معلول رفتار خود داور باشد؛ مانند اینکه در خلال رسیدگی اظهاراتی نماید یا دست به اقداماتی زند که نشان‌دهنده طرفداری او نسبت به یکی از طرف‌های اختلاف باشد. به عنوان مثال می‌توان به اظهارات سیاسی و جهت‌گیرانه مانگارد در محکومیت ایران از یک سو (کاکاوند، ۱۳۸۶، ص ۹۵) و رفتار دو داور ایرانی اشاره کرد که در دیوان داوری ایران- امریکا صورت گرفت (Brower, et al., 1988, p. 169).

استقلال و بی‌طرفی، دو تعهد ضروری و بدیهی هستند که داوران بدان‌ها ملزم هستند و این امر که داوران باید در سراسر فرایند داوری مستقل و بی‌طرف باشند، اصلی بنیادین و با مقبولیت

جهانی است (Julian, et al 2003, p.256). استقلال و بی‌طرفی، لازمه عادلانه بودن هر نوع رسیدگی، اعم از قضایی و غیرقضایی است و عادلانه بودن یک رسیدگی و عادل بودن رسیدگی‌کنندگان باید به صورتی واضح و آشکار دیده شود. «دیده شدن» عدالت تعبیری است که نزدیک به ۸۰ سال پیش لرد هیوارت^۲ در پرونده «آر علیه ساسکس»^۳ به آن اشاره نموده است: «این موضوع دارای اهمیت اساسی است که عدالت نه تنها باید اجرا گردد، بلکه اجرا شدن آن باید آشکارا و بدون هیچ شک و تردیدی دیده شود» (King, et al., 2005).

همین که داور، ترجیحی نسبت به یکی از طرف‌ها قائل شود یا به نفع یکی و به ضرر دیگری رفتاری حاکی از جانبداری نشان دهد، بی‌طرفی او مورد تردید قرار می‌گیرد. تردید در بی‌طرفی داور ممکن است ناشی از روابط حرفه‌ای، تجاری یا شخصی وی باشد؛ به نحوی که این تصور را ایجاد کند که داور فاقد وصف بی‌طرفی است و در فرض فقدان چنان روابطی، ظهور جانبداری ممکن است معلول رفتار خود داور باشد؛ مانند اینکه در خلال رسیدگی اظهاراتی نماید یا دست به اقداماتی زند که نشان‌دهنده جانبداری او نسبت به یکی از طرف‌های اختلاف باشد. بنابراین در صورتی که در یک رسیدگی داوری، رفتار داوران یا سوابق آنان، تردیدی در استقلال و بی‌طرفی آنان ایجاد نماید، در واقع عادلانه بودن آن رسیدگی با تردید مواجه شده است.

در دیوان‌های داوری سه‌نفره، هر یک از طرفین اختلاف یا مشاور آنها، کسی را به عنوان داور نصب می‌کند که زمینه‌های مشترک ملی، فرهنگی یا حقوقی با طرف ناصب داشته باشد یا در موضوع مورد اختلاف یا تفسیر مقررات قانون ماهوی حاکم بر داوری، واجد نظریه‌های علمی باشد که منتهی به تقویت موضع طرف ناصب گردد. هدف از این حسابگری‌ها و بررسی‌ها آن است که هر طرف، خواهان به دست آوردن بیشترین منافع از رأی صادره از دیوان است. داور نیز از این امر مطلع است و به خوبی می‌داند که رفتار و اظهار نظرهای او در خلال رسیدگی و رأیی که در نهایت صادر می‌کند، باید برآورنده انتظارات طرف ناصب باشد (Smit, 2000, p.429)؛ چرا که در

2. Lord Hewart CJ

3. R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233.

غیر این صورت احتمال نصب مجدد او در اختلافات دیگر از سوی طرف ناصب بسیار پایین خواهد آمد.

از سوی دیگر داوران نیز ناگزیر از رعایت ملاحظات حرفه‌ای هستند که تصمیم نهایی آنان و رأی صادره را متأثر می‌سازد. هرچند داوران در مقام قضاوت میان اصحاب دعوا، واجد شأن قضا هستند، اما توسعه تجارت بین‌الملل از یک سو و افزایش روزافزون ارجاع اختلافات به داوری از سوی دیگر موجب شده است که داوری تجاری بین‌المللی به تدریج تبدیل به یک حرفه مستقل گردد. در نتیجه محیط داوری تجاری بین‌المللی نیز در حال تبدیل شدن به یک بازار رقابتی (البته در معنای اقتصادی آن، به مفهوم محلی برای عرضه و تقاضا برای خدمات داوران) است (Rogers, 2005). بدین ترتیب داور، به عنوان شخصی که در مقام فروش خدمات خود است، تلاش می‌کند تا آن چنان تأثیر مثبتی از خود به جا گذارد که در اختلافات آتی نیز طرف ناصب اقدام به نصب مجدد وی نماید و نیز موجب افزایش شهرت و اعتبار حرفه‌ای وی شود.

در عمل همه اینها مفهومی جز تلاش داور برای تأمین حداکثر منافع برای طرف ناصب و جلب نظر دیوان جهت اصدار رأی بر حقانیت او نمی‌تواند داشته باشد. البته از طرف دیگر می‌توان اظهار داشت که اشتهار داور در بازار داوری به جانبداری، سبب لطمه به شهرت وی خواهد شد؛ به نحوی که امکان دارد در آینده، دیگر به عنوان داور مشترک، گزینه منتخب مشتریان در این بازار قرار نگیرد. به عبارت دیگر در صورتی که داور خود را ملتزم به اصول اخلاقی نداند، ممکن است رأی خود را به سود یکی از طرفین اختلاف صادر نماید، با این نیت که در سایر پرونده‌ها و اختلافات، طرف ناصب با اشخاص دیگر، به عنوان داور از سوی او منصوب گردد و از این رهگذر علاوه بر افزایش درآمد ناشی از تعدد پرونده‌ها، سوابق حرفه‌ای خود را نیز تقویت نماید. این امر عموماً در جایی بروز می‌کند که یکی از طرف‌های اختلاف در زمره شرکت‌های چندملیتی بزرگی باشد که دارای اختلافات متعدد با طرف‌های مختلف است و ممکن است مایل به استفاده از خدمات داور در سایر پرونده‌های خود نیز باشد و در مقابل، طرف دیگر یک شرکت کوچک یا شخص حقیقی باشد و با پایان یافتن اختلاف جاری، ارتباط او با داور مورد نظر خاتمه خواهد یافت (Iossa, 2007, pp.3-7).

۱-۲. پيشينه تاريخى داوران جانبدار

نهاد حقوقى داور جانبدار در نظام حقوقى ايالات متحده داراى سابقه‌اى تاريخى است. در اوایل قرن نوزدهم در ايالات متحده امريكا، داورى به دو طريق اعمال مى‌شد: داورى واقعى^۴ و حكمت^۵.

روال رسيدگى در قسم اول (داورى واقعى) چنين بود كه پس از بروز اختلاف، هر يك از طرفين اقدام به انتخاب يك داور مى‌نمود و داور سوم نيز توسط داوران منتخب يا دادگاه نصب مى‌شد. دادگاهها مقررات خاصى را بر اين هيئت‌هاى سه‌نفره داورى اعمال مى‌كردند، از جمله اينكه رأى هر سه عضو ديوان سه‌نفره بايد يكسان مى‌بود، مگر اينكه طرف‌هاى اختلاف به صورت كتبه توافقي مى‌كردند كه امكان تصميم‌گيرى اكثريت نيز وجود دارد. از سوى ديگر، هر يك از طرف‌هاى اختلاف مى‌توانست در هر زمان و در هر مرحله از رسيدگى به موافقت‌نامه داورى رجوع نموده و اختلاف خود را به دادگاه ارجاع نمايد. با توجه به محدوديت‌هاى كه در بالا ذكر شد، اين نوع از داورى چندان مورد استفاده قرار نمى‌گرفت. از نظر دادگاه‌هاى امريكا در داورى واقعى داوران اعم از منصوب طرفين يا سرداور، واجد صلاحيتى «شبه‌قضائى»^۶ در امر حل اختلاف بودند و به همين دليل مكلف به رعايت همان استانداردهاى بي‌طرفى بودند كه بر قضاات اعمال مى‌شد. قسم ديگر از داورى كه تحت عنوان «حكمت» شناخته مى‌شد، مورد اقبال بيشتري قرار داشت. در اين نوع داورى هر يك از طرفين اختلاف يك داور انتخاب مى‌كردند و اين دو داور كه معمولاً از ميان حقوق‌دانان يا تجار برگزيده مى‌شدند، پس از استماع دلايل طرفين و بدون رعايت تشريفات دادرسي، اقدام به حل اختلاف مى‌كردند. در صورتى كه داوران در اصدار رأى با اختلاف نظر روبه‌رو مى‌شدند، اقدام به انتخاب شخصى به عنوان سرداور مى‌كردند كه بايد به صورت غيرجانبدار عمل نموده و پس از استماع گزارش داوران منصوب طرفين و بررسى دلايل طرفين،

4. Actual Arbitration

5. Umpirage

6. Quasi-Judicial

رأی خود را صادر می‌نمود. این شیوه غیررسمی حل اختلاف در مقایسه با «داوری واقعی» مورد قبول و تأیید بیشتری از سوی دادگاه‌ها قرار داشت.

در سازوکار «حکمیت»، از دو داور که در ابتدا نصب می‌شدند، انتظار نمی‌رفت که مستقل باشند و از نظر دادگاه‌ها امکان اینکه چنین داورانی حامی^۷ طرف ناصب خود باشند، شناسایی شده بود. همچنین اگر به جهت اختلاف نظر میان داوران منصوب طرفین، حضور سرداور لازم می‌آمد، با توجه به اینکه در سیستم حکمیت، هر یک از داوران تلاش می‌کرد تا سرداور را نسبت به حقانیت طرف ناصب خود متقاعد نماید، دادگاه‌ها نیز جانبداری هر داور از منافع طرف ناصب خود را مورد شناسایی قرار داده بودند.

با نزدیک شدن به دهه‌های پایانی قرن نوزدهم و با شکل‌گیری رویه‌های داورانی در اختلافات مربوط به صنایع، اتحادیه‌های بازرگانی، صنعت بیمه و صنعت راه و ساختمان، بهره‌گیری از دیوان‌های داورانی سه‌نفره در ایالات متحده رشد چشمگیری کرد. ویژگی عمده کلیه داورانی مذکور این بود که در آنها داوران می‌توانستند نسبت به طرف‌های اختلاف مستقل نباشند و این عدم استقلال از سوی دادگاه‌ها نیز مورد تأیید قرار می‌گرفت.

با پذیرش عدم استقلال داوران از سوی دادگاه‌ها، در داورانی‌های مربوط به اتحادیه‌های بازرگانی و داورانی‌های راجع به صنایع، راه برای پذیرش جواز عدم بی‌طرفی داوران و جهت‌گیری ذهنی^۸ آنان به سمت یکی از طرفین نیز هموار گردید. استدلال دادگاه‌ها این بود که طرفین در قرارداد فیما بین یا صریحاً پیش‌بینی کرده‌اند که خواهان نصب داورانی جانبدار هستند یا اینکه رضایت خود را به صورت ضمنی ابراز کرده‌اند. بدین‌سان در هیئت‌های «داوری واقعی»، که هر سه داور قانوناً ملزم به بی‌طرفی و استقلال بودند، دادگاه‌ها فقدان بی‌طرفی و استقلال داوران را در جایی که توافقی صریح یا ضمنی میان طرفین وجود می‌داشت یا اینکه یک طرف از حق اعتراض خود صرف نظر می‌کرد، شناسایی و تأیید کرده بودند.

7. Partisan

8. Bias

بنابراین در تمام اشکال داوری که در آن زمان معمول بود، دادگاه‌های ایالات متحده استفاده از داوران غیر مستقل و غیر بی‌طرف را مورد شناسایی و تأیید قرار می‌دادند؛ به این دلیل که طرفین داوری خواهان چنین چیزی بودند و دادگاه‌ها نیز چنین توافقی را صحیح می‌دانستند.

۲. تدوین منشور اخلاقی برای داوران

مرجع اصلی تدوین منشورهای اخلاقی برای عموم حرفه‌های حقوقی «اتحادیه کانون‌های وکلای امریکا»^۱ است و دادگاه هر حوزه قضایی، وکلا را ملزم به اجرا و پایبندی به آن می‌کند (Rotunda, 2006, pp. 1337-1338). اتحادیه کانون‌های وکلای امریکا در سال ۱۹۶۹ منشوری را تحت عنوان «منشور نمونه مسئولیت حرفه‌ای» برای اصحاب حرف حقوقی تدوین کرد و در سال ۱۹۷۴ نیز دانشکده‌های حقوق را ملزم نمود که درس «اصول اخلاقی حقوقی» را در زمره دروس اصلی رشته حقوق بگنجانند. این منشور در بیشتر ایالت‌های امریکا مورد تصویب قرار گرفته و هر ایالت به فراخور مقتضیات و شرایط خود اقدام به جرح و تعدیل آن نمود و به همین دلیل، منشور قواعد اخلاقی از هر ایالت به ایالت دیگر متفاوت است (Goldstein Bolocan, 2002, p. 7).

۲-۱. منشور اخلاقی برای داوران

با تأسیس انجمن داوری امریکا در سال ۱۹۲۶، استفاده از هیئت‌های سه‌نفره داوری در قالب یک سازمان مستقل آغاز شد. این هیئت‌های داوری عموماً متشکل از تجار داوطلبی بود که به عنوان یک وظیفه شهروندی به ارائه خدمات داوری می‌پرداختند و آنچنان وظیفه‌شناس و بی‌طرف عمل می‌کردند که معمولاً طرف‌های اختلاف نیازی به استفاده از وکیل پیدا نمی‌کردند. شرایط و الزاماتی که مقررات انجمن امریکایی داوری برای داوران تعیین نموده بود، مشابه الزاماتی بود که در دادگاه‌ها بر قضات اعمال می‌شد. طبق مقررات این انجمن هیچ‌یک از طرف‌های اختلاف نمی‌توانست شخصی را که هرگونه رابطه شخصی یا مالی با هر یک از طرف‌های اختلاف دارد یا منفعتی از نتایج حاصل از رأی داوری می‌برد، به عنوان داور معرفی نماید.

از جمله مهم‌ترین مقرراتی که توسط انجمن امریکایی داوری به تصویب رسیده «منشور اخلاقی انجمن داوری امریکا / انجمن کانون‌های وکلای امریکا برای داوران در اختلافات تجاری»^{۱۰} است که نخستین بار در ۱۹۷۷ به طور رسمی منتشر شد و در سال ۲۰۰۴ به طور جامع مورد بازبینی قرار گرفت. هرچند این منشور فقط در داوری‌های داخلی ایالات متحده قابلیت اعمال دارد، اما به لحاظ توجه و آگاهی نسبت به سنت قدیمی «داوران جانبدار»، که یکی از مناقشه‌انگیزترین مفاهیم مرتبط با تعهدات داوران در نظام داوری ایالات متحده است، واجد اهمیت ویژه‌ای است. اگرچه این منشور و سنت مزبور فقط در داوری‌های داخلی ایالات متحده قابلیت اعمال دارد، اما ویژگی‌های خاص این سنت، موجب عطف توجه حقوق دانان و فعالان داوری تجاری بین‌المللی به این منشور و بروز بحث‌ها و مناقشات فراوان در خصوص ضرورت تعمیم و استفاده از آن در داوری‌های تجاری بین‌المللی شده است.

۲-۲. ویژگی منشورهای اخلاقی ایالات متحده

مهم‌ترین منبع تعهدات اخلاقی برای داوران و وکلای در ایالات متحده، منشور اخلاقی^{۱۱} است که از سوی کانون وکلای هر ایالت مورد تصویب قرار می‌گیرد و توسط دادگاه ایالتی، تنفیذ و لازم‌الاجرا می‌شود. منشورهایی که در ایالات متحده تدوین می‌گردند، از لحاظ شکلی همچون مقررات قانون بوده و دارای لحن رسمی‌تری نسبت به اسناد مشابه اروپایی خود هستند و مقررات آنها بیش از آنکه شبیه دستورالعمل‌های رفتاری باشند، همچون مقررات قانون هستند. در نقطه مقابل، منشورهایی که در نظام‌های موضوعه تدوین گشته‌اند، متضمن اصولی کلی هستند و در آنها کمتر می‌توان اثری از مقررات دقیق و تفصیلی پیدا کرد. در نظام حقوقی امریکا رویه قضایی مشروحی در خصوص تفسیر منشورهای اخلاقی وجود دارد (Goldstein Bolocan, 2002, p. 9). این امر علاوه بر اینکه ناشی از ویژگی‌های ذاتی نظام کامن‌لا است، ریشه در این امر دارد که در نظام حقوقی ایالات متحده، اقامه دعوی مربوط به نقض تعهدات حرفه‌ای و اخلاقی بسیار رایج است.

10. AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes

11. Code of Ethics

ماهیت چنین دعاوی به گونه‌ای است که دادگاه‌ها ناگزیر از تفسیر قواعد مندرج در منشورهای اخلاقی هستند، و همین امر موجب می‌شود که مجموعه بزرگی از شرح و تفسیر و رویه قضایی در خصوص قواعد مزبور ایجاد گردد.

در نظام‌های حقوق نوشته، اقامه دعاوی مشابه و ایجاد رویه قضایی در این دسته از دعاوی بسیار به ندرت اتفاق می‌افتد. علت آن است که رویکرد متفاوت دو نظام حقوقی به منشورهای اخلاقی به گونه‌ای است که در ایالات متحده منشورهای مذکور به مثابه قانون و در اروپا به عنوان استانداردها و دستورالعمل‌های رفتاری شناخته می‌شوند.

۲-۳. منشور اخلاقی انجمن داوری امریکا / انجمن کانون‌های وکلای امریکا

این منشور توسط یک کمیته مشترک، متشکل از کمیته ویژه پنج نفره تدوین منشور ضوابط اخلاقی داوران تجاری انجمن کانون‌های وکلای امریکا و پنج نماینده که توسط انجمن داوری امریکا برگزیده شده بودند، تدوین گردید. ریاست کمیته ویژه انجمن کانون‌های وکلای امریکا بر عهده هاوارد م. هولزمن و ریاست گروه نمایندگان انجمن داوری امریکا با جورج ای. بوشنل بود. رهبری مذاکرات و تحقیقات را نیز قاضی هولزمن بر عهده داشت و هزینه‌های طرح نیز به طور مساوی توسط انجمن داوری امریکا و انجمن کانون‌های وکلای امریکا تأمین گردید.

۲-۴. محتوای منشور ۱۹۷۷

این منشور مفصل‌ترین منشور اخلاقی است که تاکنون در جامعه داوری تدوین و به مورد اجرا گذاشته شده است. هر چند این منشور توانست به شکل مؤثری معیاری برای نحوه رفتار داوران و تعهدات اخلاقی آنان در اختیار داوران، دادگاه‌ها و طرف‌های اختلاف قرار دهد و دادگاه‌های بسیاری در ایالات متحده، اعم از فدرال و ایالتی در آرای خود به مقررات آن استناد کردند، با این حال فاقد قدرت و نفوذ قانون است و این مسئله در برخی از آرای دادگاه‌های ایالات متحده مورد اشاره یا تأکید قرار گرفته است (Jarvis, 1995, p.5).

منشور ۱۹۷۷ رهنمودهای اخلاقی را برای تمامی داوران تبیین می‌کند و تأکید دارد که داوران، در نظر اجتماع و در عین حال، طرف‌هایی که اختلافشان را به داوران مورد نظر ارجاع

کرده‌اند، کارگزاران عدالت می‌باشند. منشور در هفت بخش اصلی که کائن^(۱) نامیده می‌شوند، به تبیین مشکلات احتمالی پرداخته است، از جمله جانبداری، عدم استقلال، نقض رازداری. ویژگی خاصی که در مورد مقررات داوری کشور ایالات متحده و بالاخص این منشور اخلاقی وجود دارد و آن را سزاوار بررسی دقیق‌تر می‌کند، بحث داوران جانبدار است. در هر داوری که بنا به توافق طرف‌های اختلاف، یک هیئت سه‌نفره (یا بیشتر) از داوران به اختلاف رسیدگی خواهند نمود، هر یک از طرف‌ها یک داور را نصب می‌نماید و دو داور مذکور یا دادگاه صالح اقدام به نصب داور سوم می‌نمایند. در نظام داوری ایالات متحده طرف‌های اختلاف می‌توانند توافق نمایند که داوران منصوب هر طرف به صورت جانبدارانه عمل نماید؛ به این معنی که چنین داوری مکلف به رعایت استانداردهای بی‌طرفی و استقلال نمی‌باشد. البته در داوری‌های بین‌المللی داوران باید در هر صورت بی‌طرف و مستقل باشند و این امر در ماده ۷ قواعد داوری بین‌المللی انجمن داوری امریکا تصریح شده است. بنابراین «داوری جانبدارانه» مفهومی است که در نظام داوری داخلی ایالات متحده مورد شناسایی قرار گرفته و عموماً از سوی حقوق‌دانان نظام‌های دیگر مورد استقبال قرار نگرفته و توصیفات جالبی نیز در نقد نهاد «داور جانبدار» به عمل آمده است که به آنها اشاره خواهیم کرد.^(۲)

نسخه اصلی منشور اخلاقی انجمن داوران امریکا در سال ۱۹۷۷ منتشر گردیده و متشکل از مقدمه و ۷ قاعده اصلی به این قرار است: رسیدگی داوری؛ افشا؛ ارتباط با طرف‌ها؛ انصاف و کوشش؛ صدور رأی؛ رازداری؛ و داوران منصوب طرف‌ها.

مقدمه منشور با تقسیم‌بندی داوری به سازمانی و موردی ادامه می‌یابد و بر این مسئله تأکید می‌شود که هدف منشور این است که بر «کلیه اقسام رسیدگی‌های مذکور اعمال شود که در آنها اختلاف یا ادعا جهت تصمیم‌گیری به یک یا چند داور ارجاع شده است و این داوران یا براساس توافق طرفین یا مقررات داوری قابل اعمال یا قانون خاصی انتخاب شده‌اند... داوران، همچون قضات، اختیار تصمیم‌گیری در پرونده‌ها را دارند. با این حال بر خلاف قضات تمام‌وقت، داوران پیش از یا پس از در خلال ارائه خدمت به عنوان داور، دارای مشاغل دیگری نیز می‌باشند. اغلب طرفین، داوران را به شکلی هدفمند از اصحاب تجارت یا صنعت خود انتخاب

می‌کنند تا از دانش خاص آنها در زمینه مورد نظر استفاده کنند. منشور حاضر چنین تفاوت‌های بنیادی را که میان قضاوت و داوران وجود دارد، در نظر می‌گیرد.

۲-۵. بازنگری منشور ۱۹۷۷

با توجه به اینکه در سال‌های پس از تدوین منشور اخلاقی انجمن داوری آمریکا، اقبال به داوری افزایش چشمگیری یافته بود، کمیته‌های اتحادیه کانون‌های وکلای آمریکا و نمایندگان انجمن داوری آمریکا به بررسی این مسئله پرداختند که با توجه به اصلاحات اعمال شده در قوانین داوری، توسعه روزافزون معاملات تجاری در سطح بین‌المللی و تغییر انتظارات و نگرش عمومی به داوری، دست به اصلاحاتی در منشور ضوابط اخلاقی ۱۹۷۷ بزنند. مطالعات فراوانی در این زمینه انجام گرفت و در راه اصلاح منشور ۱۹۷۷ از مساعدت بنیادها و سازمان‌های مختلف استفاده شد و در نهایت در اول مارس ۲۰۰۴ منشور بازنگری شده ضوابط اخلاقی برای داوران تجاری بین‌المللی لازم‌الاجرا گردید.

در اصلاحاتی که در سال ۲۰۰۴ بر روی این منشور انجام گرفت، تعداد قانون‌ها به ۱۰ مورد افزایش یافت و تغییراتی نیز در محتوای قانون‌ها اعمال گردید. از لحاظ سبک نگارش و صورت ظاهری تغییر چندانی در منشور بازنگری شده دیده نمی‌شود و از آن تحت عنوان «بازنگری ۲۰۰۴» یاد می‌شود تا ارتباط میان این سند با نسخه ۱۹۷۷ و تداوم آن مورد تأکید باشد؛ گو اینکه بخش عمده‌ای از متن ۱۹۷۷ دست نخورده باقی مانده است، از سوی دیگر نویسندگان نسخه بازنگری شده قصد داشتند که دستاوردهای حاصل از منشور ۱۹۷۷ و آرایه‌ای که تحت تأثیر آن سند صادر شده‌اند، پاس دارند (Meyerson, et al., 2004). تمایز بنیادی که میان دو منشور دیده می‌شود تکلیف غیرجانبدار بودن^{۱۲} است که بر تمامی داوران اعم از داوران منصوب طرفین، داوران ثالث و داوران منفرد اعمال می‌گردد.

برخلاف منشور ۱۹۷۷ که در آن، اصل بر «جانبدار بودن» داوران است، در منشور ۲۰۰۴ غیرجانبدار بودن داوران اصل بوده و این امر پس از مقدمه منشور و به عنوان بخشی از ملاحظات

مقدماتی و تحت عنوان «فرض غیرجانبداربودن» آورده شده و یک بار دیگر در قاعده شماره ۹- الف مورد تأکید قرار گرفته است. در منشور ۱۹۷۷ تصریح شده بود که داوران منصوب طرفین «جانبدار تلقی خواهند شد مگر اینکه طرفین اختلاف داوران را مطلع نمایند که هر سه داور متعهد به غیرجانبداربودن هستند یا اینکه قرارداد، قواعد داوری قابل اعمال یا هر قانون حاکم دیگر، مستلزم این باشد که هر سه داور غیرجانبدار باشند».

بنابراین، کنار گذاشتن بی طرفی و جانبداری از منافع مقام ناصب ریشه در اراده اصحاب دعوا به عنوان پیش فرض پذیرفته شده در این منشور دارد. از این رو، بازگشت بحث به این سؤال بنیادین است که آیا می توان با اراده اصحاب اختلاف نهاد جدیدی را بر ساخت که در آن بی طرفی کامل نباشد؟ به دیگر سخن، آیا لزوم رعایت بی طرفی قاعده امری تمام نهادهای حل و فصل اختلاف، به هر شکل که می خواهد باشد، است؟ این خود به سؤال بنیادی تری در حقوق خصوصی باز می گردد که ضابطه قاعده امری از قاعده‌ی تکمیلی چیست و چگونه می توان این دو را از هم باز شناخت؟

لازم به تأکید است که در منشور ۱۹۷۷ چنین فرض شده بود که در یک دیوان داوری سه نفره داوران منصوب طرفین غیرجانبدار نخواهند بود و این بدان معنا بود که از آنها انتظار می رفت که برای طرفی که آنها را انتخاب کرده به مثابه یک وکیل عمل کنند و در صورتی که در موافقت نامه داوری یا قانون حاکم یا قواعد داوری به طور صریح خلاف آن ذکر نمی شد، پیش فرض اصلی این بود که داوران اختصاصی منصوب از جانب هر یک از طرفین، جانبدار تلقی خواهند شد.

۳. داوری جانبدارانه در حقوق ایالات متحده

منشورهای اخلاقی که مورد بررسی قرار گرفت، از جمله داوری جانبدارانه را مورد توجه قرار داده اند. در این گفتار، به بررسی جنبه های مختلف این نوع از داوری و تقابل آن با داوری غیرجانبدار خواهیم پرداخت.

۳-۱. فرض غیرجانبدار بودن در منشور اخلاقی

فرض غیرجانبدار بودن پس از مقدمه و به مثابه یک فصل از منشور ۲۰۰۴ تدوین شده است و بدین ترتیب تدوین کنندگان منشور خواسته‌اند که میزان اهمیت وصف غیرجانبدار بودن داوران را نشان دهند. از سوی دیگر تدوین کنندگان منشور ۲۰۰۴ قصد داشتند تا با اختصاص فصلی جداگانه به بحث غیرجانبدار بودن، تمایزی را که میان این مفهوم و مفهوم بی‌طرفی وجود دارد، نشان داده و بر آن تأکید نمایند؛ هر چند در عمل نشان دادن این تمایز دشوار است:

«این منشور کلیه داوران منصوب طرفین، غیرجانبدار یا جانبدار، را ملزم می‌کند که پیش از انتخاب شدن هر واقعی‌تی را که ممکن است بی‌طرفی، غیرجانبدار بودن یا استقلال آنها را تحت تأثیر قرار دهد، افشا نمایند. همچنین این منشور داوران منصوب طرفین را ملزم می‌کند که در اولین زمانی که عملاً مقدور باشد، مطمئن شوند و افشا کنند که آیا طرفین خواهان جانبدار بودن داوران در ارائه خدمات داوری هستند یا خیر. در صورتی که هرگونه تردید یا ابهامی [در این خصوص] وجود داشته باشد، داوران منتخب باید به عنوان غیرجانبدار انجام وظیفه کنند؛ مگر اینکه و تا زمانی که چنان تردید یا ابهامی بر مبنای قاعده شماره ۹ این منشور برطرف گردد» (مقدمه منشور اخلاقی ۲۰۰۴).

در منشور ۲۰۰۴ داوران مکلف شده‌اند تا در اولین زمان ممکن بررسی و معلوم کنند که آیا در رسیدگی داوری به عنوان داور غیرجانبدار عمل خواهند کرد یا جانبدار. همچنین آنان مکلف شده‌اند که پس از اینکه از وضعیت خود در این خصوص مطمئن شوند، آن را افشا کنند و به اطلاع سایر داوران و اطراف داوری برسانند. در صورتی که در این مورد ابهامی وجود داشته باشد و داوران منصوب طرفین نتوانند با قطعیت در این مورد به نتیجه برسند، باید تا زمانی که تکلیف معلوم گشته و ابهام زایل گردد، غیرجانبدار بودن پیش گیرند.

داور باید هرگونه منفعت مالی یا شخصی مستقیم یا غیر مستقیم را که در نتیجه داوری برای او حاصل می‌شود، افشا نماید. همچنین باید هرگونه رابطه فعلی یا سابق با طرفین یا نمایندگان آنها و یا هر حقیقت دیگری که ممکن است عرفاً احتمال مخدوش شدن بی‌طرفی او را ایجاد نماید، فاش کند.

موضوع افشای روابط از جانب داور دارای پیچیدگی بیشتری نسبت به افشای منافع است. در منشور ۱۹۷۷ داوران مکلف شده بودند که هرگونه رابطه مالی، تجاری، حرفه‌ای، خانوادگی یا اجتماعی که نمودی از جانبداری یا پیش‌داوری را ایجاد می‌کند، افشا نمایند. در بازنگری سال ۲۰۰۴ این عبارت بدین شکل تغییر یافته است: «اشخاصی که پیشنهاد داوری به آنان شده است، پیش از قبول داوری باید موارد زیر را افشا کنند:

...هرگونه رابطه شناخته‌شده شخصی، مالی یا حرفه‌ای که بی‌طرفی او را متأثر می‌کند و یا از دیدگاه هر یک از اطراف دعوا، او را فاقد وصف استقلال نشان می‌دهد.».

چنین روابطی ممکن است در بردارنده روابط شخصی داور باشد، مانند روابطی که داور به صورت شخصی با هر یک از طرف‌های اختلاف یا وکیل او یا با شهود دارد. همچنین امکان دارد مشتمل بر روابط اعضای خانواده داور، مستخدمین یا شرکای او باشد.

داوران جانبدار نیز متعهد به افشا تمام مواردی هستند که در قاعده شماره ۲ آمده است. به این معنا که هر داوری باید روابط و منافع سابق و فعلی‌اش را برای طرف یا طرف‌های دیگر داوری و سایر داوران افشا نماید. در منشور ۱۹۷۷ افشایی که از جانب داوران جانبدار به عمل می‌آید، باید کفایت لازم را برای توصیف ماهیت کلی و حدود هر نفع و رابطه‌ای داشته باشد؛ اما لازم نیست که به اندازه اطلاعاتی که توسط داوران غیرجانبدار افشا می‌شود، جزئی و به تفصیل باشد.

۲-۳. داور جانبدار و مسئله تابعیت

با عنایت به کلیه مواردی که ذکر شد و با مقایسه منشور ضوابط اخلاقی برای داوران (سال ۱۹۷۷) و نسخه بازنگری شده سال ۲۰۰۴، ملاحظه می‌شود که در متن اصلاح‌شده منشور، عنوان خاص «داوران قاعده شماره ۱۰» به داورانی که ملتزم به اصلی‌ترین تعهدات داوران، استقلال و بی‌طرفی نیستند، اطلاق شده است. به نظر می‌رسد رویکرد منشور سال‌های ۱۹۷۷ و ۲۰۰۴ در خصوص غیرجانبدار بودن داوران نشان‌دهنده تردیدی است که در نظام حقوقی ایالات متحده در این خصوص وجود دارد.

ردفرن و هانتر در خصوص اختلاف ميان مفاهيم «بى طرفى»، «استقلال» و «غيرجانبدار بودن» از قول يك «صاحب نظر برجسته» نقل مى کنند كه اگر تفسير مضيق از اين مفاهيم به عمل آيد، نتيجه اين مى شود كه اين مفاهيم مترادف بوده و با يكديگر همپوشانى دارند. رويكردى كه مفاهيم سه گانه فوق را مترادف مى داند، از سوى برخى ديگر از نويسندگان نيز مورد تأييد قرار گرفته است و در مورد غيرجانبدار بودن نيز به معنای اوليه و شناخته شده آن، يعنى غيرجانبدار بودن از نقطه نظر تابعيت داوران اشاره کرده اند (Sarcevic, 1989, p.44). به ديگر سخن، اين صاحب نظران معتقدند كه غيرجانبدار بودن بيشتر به بى طرفى از منظر مليت اشاره دارد. كما اينكه در داوري هايى كه طرفين تابعيت هاي مختلفى دارند، خواستار اين هستند كه داور سوم يا داور منفرد داراي تابعيتى متفاوت با تابعيت هر يك از طرفين اختلاف باشد (Redfen & Redfen, 2003, pp.212-213). اما از سوى ديگر برخى ديگر از نويسندگان بى طرفى و استقلال را مبنا و بنياد فرض غيرجانبدار بودن دانسته اند و ارتباطى ميان بحث مليت و غيرجانبدار بودن نيافته اند (Tuchman, 2003).

اگر چه به نظر نمى رسد كه در نظام حقوقى ايالات متحده چنين مفهومی از غيرجانبدار بودن داور مد نظر باشد، اما به هر حال چنين رويكردى در مقررات شناخته شده داوري، مورد توجه بوده است. به عنوان مثال در قانون نمونه آنسيترال مقرر شده است كه هيچكس نبايد به واسطه مليت خود از انتخاب شدن به سمت داوري محروم گردد، مگر اينكه طرفين به نحو ديگرى توافق کرده باشند (بند يك ماده ۱۱ قانون نمونه داوري تجارى بين المللى آنسيترال ۱۹۸۵). مقررات اتاق بازرگاني بين المللى نيز مقرر کرده است كه داور منفرد يا رئيس هيئت داوري بايد تابعيت كشورى غير از كشور متبوع طرف هاي اختلاف را داشته باشد. با وجود اين، در اوضاع و احوال مقتضى و به شرط اينكه هيچ يك از طرف ها ظرف مهلت مقرر اعتراضى نكنند، ديوان مى تواند داور منفرد يا رئيس هيئت داوري را از اتباع كشور متبوع هر يك از طرف ها برگزيند (بند ۵ ماده ۹ قواعد داوري اتاق بازرگاني بين المللى). در مقررات ديوان داوري لندن نيز مقرر شده است كه در انتخاب داوران، ديوان بايد حتى المقدور شرايط قرارداد، ماهيت و

اوضاع و احوال اختلاف، موقعیت جغرافیایی، ملیت و زبان طرفین را مورد توجه قرار دهد (بند ۳ ماده ۵ قواعد داوری دیوان داوری لندن ۱۹۹۷).

۳-۳. تعهدات داوران جانبدار

آنچه در قاعده شماره ۱۰ آمده، شرح تعهدات داوران جانبدار است. خلاصه مطلب اینکه داوران جانبدار ملتزم به کلیه تعهدات اخلاقی داوران، به غیر از مواردی که به صراحت استثنا شده است، می‌باشند. در چنین داوریهایی، هنگامی که طرفین بر داوری یک دیوان داوری سه‌نفره توافق نموده‌اند، هر یک از طرفین اختلاف از داور منتخب خود انتظار دارد که از منافع او حمایت کند و جانب او را داشته باشد.

در منشور بازنگری شده ۲۰۰۴ پس از مقدمه، با فصلی تحت عنوان «ملاحظات در خصوص غیرجانبدار بودن» مواجه می‌شویم که متضمن نظرات تدوین‌کنندگان منشور در مورد غیرجانبدار بودن داوران است. طرفین در یک داوری داخلی در ایالات متحده ممکن است ترجیح دهند که داوران منصوب آنان جانبدارانه و تابع ملاحظات اخلاقی ویژه‌ای باشند. این ملاحظات اخلاقی در قاعده شماره ۱۰ منشور ذکر شده‌اند. با وجود این، تدوین‌کنندگان منشور ۲۰۰۴ در مقدمه منشور اشاره می‌کنند که برای کلیه داوران (از جمله داوران منصوب طرفین) مرجح است که غیرجانبدار باشند؛ به این معنی که مستقل و بی‌طرف بوده و معیارهای اخلاقی منشور را مراعات کنند. در نقطه مقابل بر این امر نیز تأکید می‌کنند که در داوریهایی که طرفین، ماهیت اختلاف یا اجرای رأی داوری جنبه بین‌المللی داشته باشد، ضرورت دارد که داوران غیرجانبدار باشند. همچنین این منشور داوران منصوب طرفین را ملزم می‌کند که در اولین زمانی که عملاً مقدور باشد، اطمینان حاصل نمایند و افشا کنند که آیا طرفین خواهان جانبدار بودن داوران در انجام وظایف داوری هستند یا خیر. همان‌طور که در متن منشور ۲۰۰۴ نیز آمده، فرض غیرجانبدار بودن ممکن است به واسطه موافقت‌نامه طرفین، قواعد داوری یا قانون قابل اعمال، دستخوش تغییراتی شده و تبدیل به فرض جانبدارانه بودن گردد. به عبارت دیگر امکان دارد که طرفین یک داوری داخلی در ایالات متحده ترجیح دهند که داوران غیرجانبدار نبوده و هر یک از داوران

منصوب طرفین در فرایند رسیدگی از طرفی که او را به عنوان داور برگزیده است، جانبداری نماید. مجوز چنین ترجیحی در بندهای (الف) و (ب) قاعده شماره ۹ منشور ۲۰۰۴ آمده است: (الف)... در دیوان‌های داوری سه‌نفره که این منشور در آن مجری می‌باشد، اصل این است که هر سه داور غیرجانبدار بوده و هر سه ملتزم به رعایت همان معیارهایی هستند که داور سوم باید مراعات نماید.

(ب) صرف نظر از فرض مذکور، برخی از انواع داوری‌های سه‌جانبه وجود دارند که در آنها همه اطراف داوری انتظار دارند که دو داوری که توسط طرفین انتخاب شده‌اند، بتواند جانبدار طرفی باشد که او را برگزیده است. چنین داورانی که در این منشور از آنها تحت عنوان «داوران قاعده شماره ۱۰» نام برده می‌شود، ملزم به معیارهای «بی‌طرفی و استقلال» که در مورد سایر داوران اعمال می‌شود، نخواهند بود.

در بند آخر از «ملاحظات در خصوص غیرجانبدار بودن» بحث بی‌طرفی و استقلال داوران مطرح شده است که مهم‌ترین تعهدات اخلاقی داوران می‌باشند و بدین ترتیب تدوین‌کنندگان منشور خواسته‌اند بر این نکته تأکید کنند که تعهد به غیرجانبدار بودن متضمن تعهد به بی‌طرفی و استقلال نیز می‌باشد. این امر در قانون (ب) ۱ به‌صراحت ذکر گردیده و مقرر شده است که یک شخص فقط در صورتی می‌تواند مسئولیت داوری را بپذیرد که کاملاً مطمئن باشد می‌تواند مستقل از طرفین، شهود احتمالی یا سایر داوران خدمات خود را ارائه و بی‌طرفی خود را نیز حفظ نماید.

البته مفهوم جانبداربودن صرفاً در مورد داوران منصوب طرف‌های اختلاف مصداق دارد؛ به این دلیل که طرف‌ها ترجیح می‌دهند کسی را به عنوان داور نصب کنند که نسبت به موضوع اختلاف یا طرف ناصب نزدیکی بیشتری داشته باشد. در خصوص سرداور و داور منفرد فقط بحث بی‌طرفی و استقلال مطرح می‌شود و او علاوه بر اینکه باید واقعاً مستقل و بی‌طرف باشد، باید مستقل و بی‌طرف نیز به نظر آید (Redfen & Hunter, 2003, p.201).

با وجود اینکه از لحاظ نظری تمایز واضحی میان داور غیرجانبدار و جانبدار دیده می‌شود، اما در عمل تفکیک آنها با دشواری روبه‌رو می‌شود. بسیاری از داورانی که به عنوان داور

غیرجانبدار از سوی یک طرف برگزیده شده‌اند، تحت تأثیر پیش‌زمینه‌های مشترک فرهنگی و سنت‌های حقوقی، منافع طرف ناصب را در رسیدگی و تصمیم‌گیری، بیشتر در نظر می‌گیرند. اصل این است و معمولاً نیز چنین است که داوران غیرجانبدار اجازه نمی‌دهند مشترکاتی که با طرف ناصب دارند، رأی آنان را متأثر نماید. لذا در تبیین مفهوم غیرجانبدار بودن گفته شده است که «غیرجانبدار بودن داور این است که او فاصله روشنی را با فرهنگ حقوقی، مذهبی و سیاسی خود حفظ کند، خود را محدود به سنت‌های جامعه خود نکند و دریچه ذهن خود را به سوی شیوه‌های تازه تفکر بگشاید» (Fouchard, et al., 1999, p.570).

در نقطه مقابل، بسیاری از داوران جانبدار اجازه نمی‌دهند این واقعیت که از سوی یکی از طرفین به چنین مقامی نصب شده‌اند، آنان را مجبور نماید که به سود او رأی صادر کنند. اگر استدلال طرف مقابل دال بر محق بودن او باشد، چنین داورانی اجازه نمی‌دهند که وصف جانبدار بودن، تصمیم‌گیری آنان را متأثر نماید؛ هر چند در خلال رسیدگی، منافع طرف ناصب را مورد توجه خاص قرار داده باشد (Redfen & Hunter, 2003, p.202).

از لحاظ تاریخی، تا پیش از تدوین منشور ۲۰۰۴ در ایالات متحده کاملاً پذیرفته شده بود که طرفین از داوران انتظار داشته باشند که در رسیدگی و اصدار رأی از طرفی که او را برگزیده است، جانبداری نماید؛ مگر اینکه طرفین به داوران اطلاع دهند که خواهان غیرجانبدار بودن آنها هستند یا اینکه در قرارداد، قانون حاکم یا قواعد داوری حاکم بر داوری، داوران را ملزم به غیرجانبدار بودن کرده باشند.

در بازنگری منشور، داور جانبدار در عین حال که ممکن است نسبت به طرفی که او را نصب کرده، پیش‌داوری داشته باشد؛ مکلف است که با حسن نیت، درستکاری و انصاف رفتار نماید. در داوری‌هایی که در آنها داوران منصوب طرفین به نصب داور سوم اقدام می‌کنند، داور جانبدار می‌تواند با طرف ناصب خود درباره اشخاصی که برای این مقام در نظر دارد، مشورت نماید. علاوه بر این داور جانبدار می‌تواند با طرف ناصب خود درباره باقی جوانب پرونده به تبادل نظر بپردازد؛ مشروط بر اینکه قبلاً داوران و طرف یا طرف‌های دیگر را از قصد خود مطلع نمایند (Redfen & Hunter, 2003, p.202).

تفسیر و اعمال منشورهای اخلاقی یا توصیه‌نامه‌ها منحصر به سازمان داوری تدوین‌کننده آن نیست و حداقل از لحاظ نظری، این منشورها ممکن است از سوی دادگاه‌هایی که به دعاوی همچون جرح داور یا تجدیدنظر در رأی داوری می‌پردازند نیز مورد تفسیر و اعمال قرار گیرند. یکی از نویسندگان اشاره می‌کند که تاکنون در ایالات متحده، اشاره و استناد به این منشورها توسط دادگاه‌های ملی نسبتاً محدود بوده است و برخی دادگاه‌ها در این کشور، حتی در مواردی که طرفین صریحاً آنها را اتخاذ کرده‌اند، با استدلال‌های تردیدآلودی، منکر ارتباط منشورهای اخلاقی با رسیدگی‌های قضایی شده‌اند. همان‌گونه که قبلاً نیز اشاره شد، ممکن است دادگاه‌ها این منشورها یا توصیه‌نامه‌ها را به عنوان عرف‌های تجاری تلقی کنند و به استناد آن اقدام به تأیید جرح داور یا نقض رأی داوری نمایند (Rogers, 2005, pp.5-7).

۳-۴. نقد راهبرد داوری جانبدارانه

شاید همان‌گونه که برخی از نویسندگان (Meyerson, et al., 2004) اشاره کرده‌اند، مقررات قاعده شماره ۱۰ راه حلی است برای آشتی دادن دو نقطه نظر متضاد در میان حقوق‌دانان امریکایی، که در خصوص بحث غیرجانبدار بودن وجود دارد. در یک سو این دیدگاه قوی وجود داشت که با وجود رویکرد حاکم بر داوری بین‌المللی (که مبتنی بر بی‌طرفی و استقلال حداکثری داوران، اعم از داوران اختصاصی و داور سوم می‌باشد)، تأیید داوران جانبدار در منشور ۱۹۷۷ منجر به جدا شدن داوری داخلی ایالات متحده از جریان اصلی داوری بین‌المللی می‌گردد. معتقدین این دیدگاه چنین استدلال می‌کردند که یک منشور اخلاقی تنها در صورتی می‌تواند به اعتباری بین‌المللی دست یابد، که داوران را ملزم به غیرجانبدار بودن نماید.

دیدگاه مقابل متعلق به کسانی است که بهره‌گیری از داوران منتخب جانبدار را رویه‌ای مورد قبول و معتبر در بسیاری از اقسام داوری‌های داخلی در امریکا دانسته‌اند و استدلال می‌کنند که دادگاه‌های امریکا این اختیار طرفین را شناسایی نموده و آن را رویه‌ای منطبق با استانداردهای قانون فدرال داوری ارزیابی کرده‌اند و نیز گفته شده است که بنا بر اصل قراردادی بودن داوری،

اگر طرفین به صراحت در موافقت‌نامه داوری بر جانبدار بودن داوران توافق نموده‌اند، دادگاه‌ها نمی‌توانند داوران را به سطح بالاتری از بی‌طرفی الزام نمایند (McLean, 2009).

بعضی از نویسندگان در نقد دیدگاه اخیر معتقدند طرفداران این دیدگاه در میان استدلال‌های خود به این نکته نیز اشاره داشته‌اند که یک منشور اخلاقی باید داورانی را که به ارائه خدمات در کلیه اشکال شناخته‌شده و قانونی داوری تجاری می‌پردازند، در برگیرد و رهنمودهایی برای آنها مقرر نماید. به عبارت دیگر طرفداران دیدگاه اول در عین حال که خواهان داشتن منشوری قابل اعمال بر داوران، در کلیه زمینه‌های داوری تجاری هستند، توجهی به این امر ندارند که یکی از عمده‌ترین این زمینه‌ها، داوری تجاری بین‌المللی است. همچنین در نقد دیدگاه مذکور، این نویسندگان اشاره می‌کنند که بسیاری را عقیده بر این است که رویه‌ای که حضور داوران جانبدار در فرایند داوری را اجازه می‌دهد، می‌تواند اثرات مخربی بر رسیدگی‌های داوری داشته باشد (Meyerson, et al., 2004). هر چند بحث داوران جانبدار در ایالات متحده دارای سابقه‌ای تاریخی است، اما در اروپا هیچ‌گاه طرفداران جدی نداشته و چه بسا با مخالفت نیز روبه‌رو بوده است (Fouchard, et al, 1999, p.179).

یکی از نویسندگان امریکایی که زمانی سمت ریاست بخش حقوق بین‌الملل انجمن کانون‌های وکلای امریکا را بر عهده داشته است، در مقاله‌ای که در سال ۲۰۰۰ (پیش از بازنگری سال ۲۰۰۴) با عنوان «داوران امریکایی منصوب طرفین - نه سه میمون پرهیزگار»^(۳) منتشر نمود، به صراحت نتیجه‌گیری می‌کند که «نهاد داور جانبدار، نهادی شرم‌آور است». همچنین اشاره می‌کند که تلقی حقوق‌دانان بین‌المللی (غیر امریکایی) از مفهوم «داور جانبدار» چنین است:

«مفهوم کوتاه‌فکرانه و از کارافتاده امریکایی که در مرادفات جهانی‌شده دنیای امروز فاقد هرگونه اعتبار است» (Fouchard, et al., 1999, p.179; Branson, 2004, p.4).

۴. بررسی بی‌طرفی داوران در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده

هرچند مراجعه به داوری چندنفره، هزینه‌های داوری را افزایش می‌دهد، اما در پرونده‌هایی که دارای ارزش مالی زیادی می‌باشند یا به دلایل دیگر (مانند ارتباط با نظم و منافع عمومی

کشورها) داراى اهميت مى باشند، استفاده از اين نوع از داورى ترجيح دارد. در چنين مواردى، تعداد داوران به صورت فرد انتخاب مى شود. براى مثال، هريك از طرفين اختلاف، داورى انتخاب مى کنند و دو داور منتخب، داور سومى (سرداور) را بر مى گزينند.

۴-۱. نحوه انتخاب داوران در ديوان داورى دعاوى ايران - ايالات متحده

در جريان داورى تجارى بين المللى، هريك از طرفين به طور معمول داور يا داوران منتخب خود را از ميان اتباع کشور خويش انتخاب مى کند. حسن اين امر آن است که چنين اشخاصى، به نظام حقوقى، عرف و رسوم طرفى که آن داور يا داوران را انتخاب کرده، تسلط دارند. اين امر، از جمله از بروز سوء تفاهم (فهم غلط قواعد حقوقى يا موضوعات مطرح در پرونده) جلوگیری کرده و تشخيص واقع بينانه را با در نظر گرفتن شرايط و اوضاع و احوالى که در آن زمينه اختلاف (براى مثال، قرارداد اصلى) و يا خود اختلاف به وجود آمده، فراهم مى سازند. امرى که داور نا آشنا به نظام حقوقى و عرفى کشور خاص، از تشخيص آن عاجز يا درک صحيح وى مستلزم صرف وقت و هزينه گزاف مى باشد.

با اين حال، وابسته بودن داور يا داوران منتخب به شخص يا دولتى که آنها را انتخاب کرده است، مى تواند مباحثى را به لحاظ نظرى و مشکلاتى را در عمل ايجاد کند. به عنوان يک قاعده عمومى بايد توجه داشت که «داورى يک شيوه توافقى براى حل و فصل اختلافات است. از اين رو، هرگاه داور منتخب در دعاوى ارجاعى نفعى داشته يا با طرفى که او را انتخاب کرده، رابطه اى داشته باشد و طرف ديگر از اين موضوع آگاه باشد، اين وضعيت فى نفسه داور را فاقد صلاحيت رسيدگى نمى سازد» (Cross & Brown Company, 1957).

در رويه داورى بين المللى، نوعى اجماع در مورد اينکه داوران بايد - صرف نظر از مرجع و نحوه انتخاب آنها - بي طرفانه عمل کنند، شکل گرفته است (Strauss, 1974, p.714). قواعد داورى مختلف - که برخى از آنها بررسى شد - نيز در الزام داوران به بي طرفى و استقلال، تمايزى ميان داوران از حيث مرجع انتخاب قائل نشده اند.

دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده، یک سازوکار داوری بین‌المللی با کارایی چندوجهی می‌باشد که علاوه بر اختلافات تجاری بین‌المللی، دعاوی عمومی بین‌المللی و اختلافات میان دولت‌های ایران و امریکا نیز در آن مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. این دیوان، به موجب اعلامیه‌های ۱۹۸۱ الجزایر برای رسیدگی به دعاوی اتباع ایالات متحده علیه ایران، اتباع ایران علیه ایالات متحده و دو دولت علیه همدیگر تأسیس گردید. رسیدگی این دیوان، به موجب ماده ۲ اعلامیه حل‌وفصل اختلافات دو کشور، جز در مواردی که به نحو دیگری توافق شده باشد یا دیوان به نحو دیگری تصمیم بگیرد، مشمول قواعد داوری آنسیترال (۱۹۷۶) می‌باشد.

ماده ۷ قواعد داوری آنسیترال تصریح دارد که در صورتی که تعداد داوران سه نفر باشد، هرکدام از طرفین داوری و داوران منتخب، داور سوم را که سرداور خواهد بود، انتخاب خواهند کرد. مطابق با ماده ۱۰ قواعد داوری آنسیترال، هر داوری را می‌توان در صورت وجود قراینی حاکی از تردید در بی‌طرفی یا استقلال وی مورد جرح قرار داد. همچنین هر یک از طرفین می‌تواند داور منتخب خود را به دلیلی که بعد از انتخاب وی از آن آگاه شده باشد، مورد جرح قرار دهد.

ماده ۹ قواعد داوری آنسیترال با افزودن این جمله در قواعد داوری دیوان ایران- امریکا ابقا شده است که «هرگاه هر یک از اعضای دیوان داوری مطلع شود که پرونده خاصی که در دیوان داوری مطرح است، متضمن شرایط و اوضاع و احوالی است که احتمال دارد در مورد بی‌طرفی یا استقلال وی نسبت به آن پرونده شک و تردید موجهی ایجاد کند، عضو مزبور این شرایط و اوضاع و احوال را برای رئیس دیوان داوری، و در صورت موافقت وی، برای طرف‌های داوری پرونده فاش خواهد کرد و لدی‌الاقضاء در مورد این پرونده از خود سلب صلاحیت خواهد نمود».

به هر حال، با وجود تغییراتی که متناسب با ماهیت و صلاحیت‌های دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده در قواعد داوری آنسیترال داده شده، این اصل به خوبی از قواعد داوری دیوان مذکور و رویه آن برمی‌آید که حداقل به لحاظ نظری، بی‌طرفی و استقلال داوران از اصول بنیادین حاکم بر این دیوان محسوب می‌شود. به نحوی که همانند قواعد داوری آنسیترال، دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده میان داوران منتخب طرفین و داوران غیرمنتخب ایشان از

حیث بی طرفی و استقلال یا تکلیف اعلام (افشای) شرایط و اوضاع و احوال مشکوک به جانبداری قایل به تفکیک نشده‌اند.

۴-۲. عوامل مؤثر در بی طرفی و استقلال داوران دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده

در عمل، بی طرفی و استقلال داوران دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده تحت تأثیر عوامل متعددی قرار دارد. این عوامل به ترتیب بررسی می‌شود.

۴-۲-۱. میزان کنترل دولت‌ها بر داوران منتخب خود

اینکه تا چه حد هر یک از دو دولت ایران و ایالات متحده، در انتخاب داوران خویش یا عزل و جایگزینی آنها نقش دارند و به طور عینی، این موضوع که آیا هریک از دو دولت، به دلیل مشارکت داور منتخب در رأیی که علیه همان دولت یا تبعه آن صادر می‌شود، داور منتخب خویش را تحت فشار قرار می‌دهد یا اختیار عزل وی را دارد یا خیر، از جمله معیارهای سنجش میزان کنترل دولت‌ها بر داوران منتخب خود محسوب می‌شود.

ادعا شده است (Mosk, 1988, pp.267-268) که داوران امریکایی در موقعیتی هستند که دولت ایالات متحده، هیچ نوع قدرت یا کنترلی بر آنها ندارد؛ به نحوی که ایالات متحده هرگز برای عزل داوران منتخب این کشور که در پرونده‌های مختلفی،^(۴) علیه کشور انتخاب‌کننده خود رأی داده‌اند، تلاش نکرده است. این وضعیت، از جمله از این حقیقت ناشی می‌شود که قاضی هولزمن^{۱۳} به عنوان رئیس سابق کمیته انجمن داوری امریکا و اتحادیه کانون‌های وکلای امریکا برای تدوین منشور اخلاقی و نماینده ایالات متحده در تدوین قواعد داوری آنسیترال، از جمله داوران امریکا در دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده بوده است.

در مورد داوران ایرانی ادعا شده (Mosk, 1988, p.268) که آنها به یک حکومت انقلابی تعلق دارند. به همین دلیل، به سختی می‌توانند علیه حکومت متبوع خود رأی دهند. هرچند در آن دسته از دعاوی که اشخاص غیردولتی ایرانی طرف دعوا می‌باشند، این کنترل و وابستگی به

13. Judge Howard M. Holtzmann.

دولت کمتر است. برخلاف داوران امریکایی که یکبار در پرونده‌ای به ارزش ۵۰۰ میلیون دلار، علیه ایالات متحده رأی دادند،^(۵) داوران ایرانی به‌ندرت علیه کشور ایران رأی داده‌اند. در این موارد نادر هم اغلب مبلغ خواسته پایین بوده است.^(۶) با توجه به اینکه به موجب بند (۱) ماده ۳۱ قواعد دیوان داوری دعوی ایران- ایالات متحده، تصمیم داوران دیوان با اکثریت اخذ می‌شود، موافقت یا مخالفت هریک از داوران منتخب کشورها با دعوا یا دفاع دولت یا شهروند کشور انتخاب‌کننده خود، از جهت رسیدن به تصمیم مشترک حائز اهمیت می‌باشد.

۴-۲-۲. مقررات محدودکننده داوری

ماده ۶۳۳ قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی ایران که مفاد آن در بند (۱) ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی و ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) تکرار شده است، به‌ظاهر محدودیتی را به طرف ایرانی رجوع‌کننده به داوری تحمیل می‌کند که تنها می‌تواند به علاقه‌مقنن ایرانی به جانبداری از طرف ایرانی در داوری‌های تجاری بین‌المللی تفسیر شود. هرچند، در یک تفسیر ایرانی که از ماده ۶۳۳ ق.آ.د.م به عمل آمده، علت وضع آن، ایجاد تعادل در قرارداد بین‌المللی عنوان و اعلام شده است که قرارداد تجاری بین‌المللی، برای طرف ایرانی نباید به یک قرارداد الحاقی بدل شود و شروط از پیش تعیین‌شده به طرف ایرانی تحمیل گردد. در واقع، مفروض این است که طرف ایرانی در موقعیت ضعیف‌تری قرار دارد (Abdoh, 1979, p.219).

بررسی ماده ۴۵۶ ق.آ.د.م (مصوب ۷۹) نشان می‌دهد که این ماده، همانند سلفش (ماده ۶۳۳) چیزی - جز مشکل و سوء تفاهم - به حقوق ملی نمی‌افزاید. به موجب این ماده، «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است، طرف ایرانی نمی‌تواند به‌نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیئتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد، در قسمتی که مخالفت دارد، باطل و بلااثر خواهد بود».

چنین ماده‌ای که در صورت حکومت قانون خارجی بر قرارداد، فاقد هرگونه اعتباری خواهد بود، تنها در صورتی که ارجاع به داوری، پیش از بروز اختلاف و به داور دارای تابعیت طرف قرارداد شده باشد و اجرای رأی از دادگاه ایرانی درخواست شود، می‌تواند به عنوان یک مانع، پدیدار شود.

چنانچه در مورد بند (۱) ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی کشورمان گفته شده است، «این ماده نگاه بدبینانه‌ای را تداعی می‌کند که از حدود ۷۰ سال پیش به موجب ماده ۶۴۴ قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ وارد حقوق ما شده و از آنجا به قانون داوری تجاری بین‌المللی سرایت کرده است... دلیل این ممنوعیت واقعاً مشخص نیست و به راحتی نمی‌توان دلایل آن را توجیه کرد... در تجارت بین‌الملل، نباید مقررات تبعیض‌آمیز مقرر کرد» (شیروی، ۱۳۹۱، صص ۱۶۳-۱۶۲).

۴-۳. نقد تحلیل امریکایی و بررسی قوانین موضوعه کشورمان از حیث بی‌طرفی داوران

در نقد تحلیل امریکایی که از وضعیت بی‌طرفی در دیوان داوری دعوای ایران- ایالات متحده مطرح گردید، باید نکاتی را اظهار داشت:

اول اینکه همانند ایالات متحده، ایران نیز بر اجرای قواعد داوری آنسیترال، به عنوان اصول حاکم بر داوری اختلافات میان طرفین توافق کرده است. در این قواعد و قواعد دیوان مذکور، بی‌طرفی و استقلال داوران از جمله اصول پذیرفته‌شده طرفین اعلام شده است. تا به امروز، دلیلی مبنی بر اینکه داوران ایرانی از اصول مذکور تعدی کرده باشند، ملاحظه نمی‌شود. از این‌رو، نمی‌توان صرف تصورات شخصی یا احتمالات آماری را قرینه‌ای بر تخلف داوران ایرانی دانست.

دوم اینکه ماده ۴۵۶ ق.آ.د.م (مصوب ۷۹)، واقعاً ماده‌ای اضافی می‌باشد که علاوه بر نداشتن هیچ اثر مثبتی، حداقل انعکاس منفی آن، دادن بهانه‌ای به نظریه پردازان خارجی برای نقد کلی مقررات ایران در باب رجوع به داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد. با توجه به اینکه امروزه با وجود حقوق دانان و بازرگانان متخصص و حرفه‌ای در کشورمان، مسئله‌ای به نام قدرت چانه‌زنی پایین‌تر طرف ایرانی- حداقل از لحاظ تجاری و حقوقی و البته نه از لحاظ سیاسی- مطرح نمی‌شود،

بنابراین حذف ماده مذکور از ق.آ.د.م و قانون داوری تجاری بین‌المللی پیشنهاد می‌شود. بدیهی است هرگاه طرف ایرانی به دلیل مسایلی مانند تحریم اقتصادی در موقعیت ضعیف‌تری قرار داشته باشد، نمی‌توان این ضعف را با موادی چون بند (۱) ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی یا ماده ۴۵۶ ق.آ.د.م که در عمل اجرا نمی‌شوند، جبران کرد.

سوم اینکه انتظار غیرجانبدار بودن مطلق از داورانی که صرف‌نظر از دانش حقوقی، به لحاظ فرهنگی، اجتماعی و عاطفی به کشور معین تعلق دارند، انتظاری بی‌مورد و دست‌نیافتنی است. در این مسیر، تنها می‌توان از داوران انتظار داشت که جانب حق را گرفته و در تصمیم‌گیری‌های مشترک، از درگیر ساختن روحیات شخصی اجتناب کنند. بدیهی است که حمایت از منافع ایرانی و طرف ایرانی در دعاوی بین‌المللی، بیش از اینکه از طریق توسل به احساسات ممکن باشد، مستلزم دانش حقوقی، اخلاق حرفه‌ای و مجاب ساختن طرف مقابل به پذیرش موضوعی است که دلایل و قرائن قانع‌کننده‌ای برای اثبات آن وجود دارد.

صرف‌نظر از بحث بی‌طرفی در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، قانون آیین دادرسی مدنی کشورمان، از حیث مقررات راجع به بی‌طرفی داوران دارای ابهام اساسی می‌باشد. به موجب ماده ۴۶۹ ق.آ.د.م، اصحاب دعوا می‌توانند با توافق، شخص یا اشخاصی را به عنوان داور انتخاب کنند که در دعوا ذینفع بوده یا دارای رابطه مثبت (خویشاوندی) یا منفی (دادرسی در جریان) با یکی از اصحاب دعوا باشند. با این وصف، پرسشی که مطرح می‌شود آن است که چه راهکاری برای تضمین بی‌طرفی چنین داوری وجود دارد؟ هرگاه طرفی که مدعی جانبداری غیر منطقی داور غیر مستقل از طرف دیگر دعوا می‌باشد، درصدد ابطال رأی برآید، به استناد کدام بند از ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م می‌تواند رأی داور را ابطال کند؟

در چنین مواردی، ربط دادن موضوع به بند (۱) ماده ۴۶۹ مبنی بر مخالفت رأی داور «با قوانین موجد حق» دشوار است و تفسیر موسع از این بند محسوب می‌شود. این در حالی است که در مواد مختلف از قانون داوری تجاری بین‌المللی (مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۲۶) از جمله بند (۴) ماده ۱۱، ماده ۱۲ و بندهای (و) و (ز) از ماده ۱-۳۳، بر استقلال و بی‌طرفی داور، امکان جرح وی و امکان ابطال رأی داور به دلیل تخلفی از این اصول تصریح شده است.

هر چند قلمروی اجرایی قانون داوری تجاری بین‌المللی، به تصریح بند (۱) ماده ۲ آن، «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی» می‌باشد و نمی‌توان به طور مستقیم، از مقررات آن برای تکمیل خلأهای قانون آیین دادرسی مدنی در باب داوری بهره گرفت؛ اما وجود مواد فوق در قانون داوری تجاری بین‌المللی برای صیانت از بی‌طرفی و استقلال داوران و حقوق اصحاب دعوا مبین آن است که باید ضمن اصلاح ماده ۴۶۹ و ۴۸۹ ق.آ.د.م، اثر نقض اصول بنیادین داوری (از جمله بی‌طرفی)، در اعتبار رأی داوری مد نظر قرار گیرد.

فرجام

در بادی امر رویکرد متخذه در منشور اخلاقی ۱۹۷۷ و بازنگری ۲۰۰۴ رویکردی عجیب و توجیه‌ناپذیر به نظر می‌رسد. رویکردی که صرفاً در نظام حقوقی ایالات متحده شناسایی شده است و مشابه آن در سایر نظام‌های حقوقی و مقررات سازمان‌های بین‌المللی دیده نمی‌شود. هرچند با تعمق بیشتر در موضوع، این سؤال تردیدبرانگیز رخ می‌نماید که آیا چنین رویکردی به بحث داور و داوری، واقع‌بینانه‌تر از رویکردی نیست که از داوران انتظار دارد که در هر شرایطی بی‌طرف باشند؟

برخی از صاحب‌نظران حوزه داوری در ایالات متحده، با انتقاد از این نهاد حقوقی، تأکید می‌کنند که انجام وظیفه به عنوان داور منصوب یک طرف و پذیرش این تعهد که با توجه به منافع طرف ناصب اقدام به اصدار رأی نمایند، منجر به خیانت به حرفه شریف قضا می‌شود (Branson, 2004, p. 4). به علاوه اخیراً مقالات متعددی در مجلات حقوقی توسط نویسندگان مختلف در مورد ضرورت حذف مجوز نصب داوران جانبدار نوشته شده است. مؤید رویکرد جدید این است که در بازنگری منشور اخلاقی داوران در سال ۲۰۰۴، رویکرد اصلی نسبت به این داوران تغییر کرده و دیگر داوران منصوب مکلف به جانبدار بودن نیستند، مگر با توافق طرفین. چنین موضع‌گیری‌هایی از سوی حقوق‌دانانی که به اعلاهی درجه درگیر حرفه داوری هستند، منتهی به اصلاحات و تغییراتی شد که در متن مقاله به برخی از آنها در قالب منشور ضوابط اخلاقی انجمن داوری امریکا اشاره گردید.

در نقد بی طرفانه رویکرد محدود کردن داوری جانبدار می توان پرسش های متعددی را طرح کرد؛ از جمله اینکه چه مبناهایی برای بستن دست بازارها برای نهادسازی (خلق نهادهای نو) وجود دارد؟ آیا نهاد داوری مورد بحث در حقوق امریکا یک نهاد نو در کنار نهاد شناخته شده داوری نمی تواند باشد؟ نهادی مرکب از وکالت و داوری؟ آیا نمی توان در کنار نهاد شناخته شده داوری، این نهاد جدید را نیز برای آنان که مناسب مصالح خویش می بینند، طراحی کرد؟ مگر نه اینکه در نظام لیبرالیسم، معتمدترین مرجع برای تشخیص مصالح و مفاسد هر شخص، خود شخص است؟ آیا این نهاد متفاوت داوری آثار سرریز منفی نسبت به دیگران که هیچ منفعتی در دعوا ندارند، در پی خواهد داشت که مجوز تاختن به این نهاد باشد؟

داوری که در جایگاه قضاوت میان طرفین اختلاف قرار می گیرد، باید دارای چنان شخصیت والایی باشد که در مقام احقاق حق و قضاوت میان طرفین اختلاف، از اشتراکات مورد نظر چشم پوشی نماید و بیش و پیش از هر کس و هر چیز، جانب عدالت و انصاف را نگاه دارد.

به نظر می رسد برای کشوری همچون کشور ما که از یک سو خواهان گسترش روابط تجاری با کشورهای دیگر و توسعه شیوه های حل اختلافات تجاری است و از سوی دیگر دارای پیشینه تاریخی طولانی در خصوص استفاده از شیوه داوری است، به آسانی نمی توان در مورد رد یا قبول چنین سنتی قضاوت نمود. در نتیجه، این امر باید در تدوین مقررات مربوط به داوری، مورد توجه خاص قانون گذاران قرار گیرد. باید این حق در قالب قانون برای داور منصوب یکی از طرفین مورد شناسایی قرار گیرد تا او بتواند در محدوده ای که قانون تعیین می کند، مراوداتی با طرف ناصب خود داشته و از موضع او حمایت به عمل آورد. قانون گذار باید مرز ظریف «حمایت» و «جانبداری» را مورد توجه قرار دهد و ضمانت اجرایی برای داوری که از حدود حمایت خارج و تبدیل به داور جانبدار و حافظ منافع یکی از طرفین شده، تعیین نماید.

پانوشته ها:

(۱) در متن منشور از واژه CANON استفاده شده است. در فرهنگ آکسفورد این کلمه به معنای قانون کلیسا و اصل و قاعده ای که مبنای قضاوت می باشد، آمده است.

(۲) به عنوان دیدگاه مخالف، باید توجه داشت که به نظر می‌رسد این نوع شیوه حل و فصل اختلاف ترکیبی از وکالت از طرف مقام ناصف و سعی در ایجاد و شکل‌گیری رأی داوری است. با توجه به علم و اراده طرفین از همان ابتدا به انجام این شیوه حل و فصل اختلاف و رعایت استقلال و اراده فردی متداعیین به عنوان اساسی‌ترین هنجار اخلاقی، چرا باید قائل به غیر اخلاقی بودن این شیوه حل و فصل اختلاف به عنوان یک نهاد علی‌حده و نه لزوماً داوری محض بود؟ آیا تأسیس «وکالت با اختیار صلح» در قانون آیین دادرسی مدنی ایران نهادی مشابه این نهاد امریکایی نیست؟ وکیل مکلف است غبطه و مصلحت موکل خویش را رعایت کند.

(۳) منظور از سه میمون پرهیزگار، میمون‌هایی هستند که در فرهنگ ژاپنی نماد پرهیزگاری و اجتناب از زشتکاری هستند. هر یک از این میمون‌ها راوی پیامی اخلاقی هستند: ۱. پلیدی را نبین. ۲. پلیدی را نشنو. ۳. پلیدی را بر زبان میار. (4) *Morris v. Iran*, 2 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* 241 (1983); *Stone and Webster v. National Petrochemical Co.*, 1 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* 274 (1982); *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defence*, 6 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* 272 (1984); *Iran v. United States*, 5 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* 131 (1984); Cited in: Mosk, 1988, p. 267.

(5) *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, 14 *Iranian Assets Litigation Reporter* 240 (May 8, 1987).

(۶) برای مثال بنگرید به: *Schering Corp. v. Iran*, 5 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* 361 (1985).

منابع فارسی

۱. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱)، *داوری تجاری بین‌المللی*، انتشارات سمت، چاپ اول، تهران.
۲. قانون (قدیم) آیین دادرسی مدنی، مصوب ۲۵ شهریور ۱۳۱۸ مجلس شورای ملی.
۳. *قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)*، مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱.
۴. *قانون داوری تجاری بین‌المللی*، مصوب ۱۳۷۶/۰۶/۲۶.
۵. کاکاوند، محمد (۱۳۸۶)، *جرح داوران دیوان داوری دعاوی ایران- امریکا*، تهران، انتشارات شهر دانش، چاپ اول.
۶. مرکز داوری اتاق ایران، (ترجمه فارسی) *قواعد داوری دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده*، [بی‌تا].

منابع لاتین

7. Abdoh, Jalal (1979), *National Report Iran*, Yearbook Commercial Arbitration, Vol. IV.
8. Branson, David J (2004), The American-Party Appointed Arbitrators – Not The Three Monkeys, (2004) *University of Dayton Law Review*, Vol. 30.
9. Brower, C.N., Davis, M.D (1988), The Iran-United States Claims Tribunal After Seven Years: A Retrospective View from Inside, *Arbitration Journal*, Vol. 43, No. 4.
10. Cross & Brown Company, 4 A.D.2d 501, 167 N.Y.S.2d 573 (1st Dep't 1957).

11. Fouchard Philip (1999), *Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International.
12. Goldstein Bolocan (2002), Maya (Editor), *Professional Legal Ethics: A Comparative Perspective*, ABA. Central European and Eurasian Law Initiative.
13. Gould Marketing (1984), *Inc. v. Ministry of Defence*, 6 Iran-United States Claims Tribunal Reports 272.
14. Gusy, F. Martin, Hosking, M. James, Schwarz, T. Franz (2011), *A Guide to the ICDR International Arbitration Rules*, Oxford University Press.
15. International Chamber of Commerce (ICC), *ICC Rules of Arbitration*, In force as from 1 January 1998.
16. Iossa, Elisabetta (June 2007), *Reputational Concerns in Arbitration: Decision Bias and Information Acquisition*, University of Rome Tor Vergata ; University of Bristol - Leverhulme Centre for Market and Public Organisation (CMPO).
17. *Iran v. United States*, 5 Iran-United States Claims Tribunal Reports 131 (1984).
18. *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, 14 Iranian Assets Litigation Reporter 240 (May 8, 1987).
19. Jarvis M. Robert (1995), *Arbitration Ethics, Arbitration Dispute Resolution in Florida*, The Florida Bar, 2d ed.
20. King Ronnie, Giaretta Ben, Independence, Impartiality and challenging the Appointment of an Arbitrator (2005), *International Comparative Legal Guide Series* (ICLG) to International Arbitration.
21. Lew Julian D. M, Mistelis Loukas A., Kröll Stefan (2003), *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International.
22. *London Court of International Arbitration Rules*, Effective 1 January 1998
23. McLean, David J. & Wilson, Sean-Patrick (2009), "Is Three a Crowd? Neutrality, Partiality and Partisanship in the Context of Tripartite Arbitrations", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 9: Issue. 1, Article 5.

24. Meyerson, Bruce & Townsend, John M (Feb-April 2004), Revised Code of Ethics for Commercial Arbitrators Explained, *Dispute Resolution Journal*.
25. *Morris v. Iran*, 2 Iran-United States Claims Tribunal Reports 241 (1983).
26. Mosk, Richard M (1988), The Role of Party Appointed Arbitrators in International Arbitration The Experience of the Iran United States Claims Tribunal, *Journal of Transnational Law*, Vol. 1.
27. *R v. Sussex Justices*, Ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233).
28. Redfen Alan; Hunter Martin (2003), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, Sweet. & Maxwell.
29. Rogers, Catherine A. (2005), "The Vocation of International Arbitrators", *American University International Law Review*, Vol. 20.
30. Rotunda Ronald D (Summer. 2006), "Judicial Ethics, the Appearance of Impropriety, and the Proposed New ABA Judicial Code", *Hofstra Law Review*, Vol. 34, No. 4.
31. Sarcevic, Peter (1989), (Ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Springer, First edition.
32. *Schering Corp. v. Iran*, 5 Iran-United States Claims Tribunal Reports 361 (1985).
33. Smit, Hans (2000), Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, by Pieter Sanders, *American Review of International Arbitration*, Vol. 2, 2000.
34. *Stone and Webster v. National Petrochemical Co.*, 1 Iran-United States Claims Tribunal Reports 274 (1982).
35. Strauss, Donald B (1974), "The Growing Consensus on International Commercial Arbitration", *American Journal of International Law*, Vol. 68.
36. Trakman, Leon (2007), "The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered", *International Arbitration Law Review*, Vol. 10.
37. Tuchman, Eric P, *AAA/ABA Revised Code of Ethics Provides Important Guidance on Arbitrators' Conduct (2004)*, American Arbitration Association.
38. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985*, With Amendments as adopted in 2006.