

A Comparative Study of the Possibility of Selecting Serving Judges as Arbitrators in International Commercial Disputes

Mehrab Darabpour

Department of International trade law,
Faculty of law, Shahid beheshti
universtiy, Tehran. Iran
Email: info@drdarabpour.ir

**Seyed Mohammad
Mahdi Mousavi
Abdol Abadi**

Department of International trade law,
Faculty of law, Shahid beheshti
university, Tehran, Iran
Email: mousavi.sbulaw@gmail.com

Received: 2024-01-20

Accepted: 2024-05-06

Abstract

Some laws have prohibited the selection or appointment of serving judges as arbitrators. This limits the scope of the will of the parties and may be caused by the rules governing the seat of arbitration or the law governing the contract. As an example, we can point to the prohibition of the appointment of serving judges as arbitrators by the parties, mentioned in Article 470 of the Civil Procedure Act. Of course, in international commercial arbitrations, due to the unique nature of the International Commercial Arbitration Act and according to Clause (1) of Article 36 of the aforementioned Act, the content of this Act is not applied in domestic arbitration regulations. However, some bylaws issued by the honorable Chief Justice of the Judiciary and special laws have imposed prohibitions regarding the freedom of judges to adjudicate arbitration cases. In many legal systems, not only the appointment of judges as arbitrators is not prohibited, but on the contractor their appointment in some countries, such as China, is mandatory.



Journal of Research and
Development in Comparative
Law

Iranian Law and Legal
Research Institute

Vol. 7 | No. 22 | Spring 2024
(Original Article)

www.jcl.illrc.ac.ir

DOI:
10.22034/LAW.2024.2020878.1
287

Examining the arbitration laws in different countries and analyzing the relevant regulations, this article seeks, through a comparative study, to resolve any doubt pertaining to the permissibility of appointing judges as arbitrators in international commercial disputes. Also, by examining the possibility of their maintaining independence and neutrality, it shall be demonstrated that this prohibition lacks a substantial logical and legal basis. The findings of this study revealed that if there is any doubt regarding the independence or impartiality of an arbitrator chosen by the parties, in accordance with the rules governing arbitration, whether domestic or international, as well as the circumstances surrounding the case, the grounds for challenging the arbitrator will be provided. There are no explicit criteria for lack of independence or impartiality of an arbitrator, and in this regard, attention should be paid to the circumstances of each case and not rely on personal criteria. For example, simply the filing of a disciplinary complaint by one of the parties against the arbitrator cannot lead to his disqualification. Given that the court addresses various stages such as the appointment of an arbitrator, identification, enforcement, and annulment of the arbitral award and, in other words, the arbitration process at these sensitive stages is dependent on the court, the selection of a judge as an arbitrator may create grounds for his conflict of interest. In this regard, if the arbitrator directly deals with his own issued award, the matter falls under paragraph (v) of Article 91 of the Civil Procedure Law and the court's judgment must be rejected due to the existence of personal interest. In other cases where the arbitrator does not have a legal intervention in the case as a judge and directly, whether as a high-ranking or submitting official, so no conflict of interest is presumed, since judges are independent and mere professional unity cannot lead to a conflict of interest.

Keywords: *international commercial arbitration, arbitration, serving judges, international commercial deputes*

مطالعه تطبیقی امکان انتخاب قضاات شاغل به عنوان داور در دعاوی تجاری بین‌المللی

مهراب داراب پور

استاد تمام دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
info@drdarabpour.ir

سیدمحمد مهدی
موسوی عبدل آبادی

گروه حقوق تجارت بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید
بهشتی، تهران، ایران
mousavi.sbulaw@gmail.com

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۳۰



فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق
تطبیقی
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۷ | شماره ۲۲ | بهار ۱۴۰۳
(مقاله پژوهشی)
www.jcd.illrc.ac.ir

DOI:
10.22034/LAW.2024.2020878.1
287

چکیده

برخی از قوانین، انتخاب یا انتصاب قضاات شاغل را به عنوان داور ممنوع کرده‌اند. این امر محدود کننده حاکمیت اراده طرفین بوده و ممکن است ناشی از قوانین مقرر داور و یا قانون حاکم بر قرارداد باشد. به عنوان نمونه، می‌توان به ممنوعیت انتصاب قضاات شاغل به عنوان داور از سوی طرفین، موضوع ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی، اشاره نمود. البته در داورهای تجاری بین‌المللی به علت خاص بودن قانون داور تجاری بین‌المللی و به موجب تصریح بند (۱) ماده ۳۶ قانون مذکور، مفاد این قانون از شمول مقررات داور داخلی خارج است. هرچند برخی از بخشنامه‌های ریاست محترم قوه قضائیه و قوانین خاص ممنوعیت‌هایی را در خصوص داور قضاات ایجاد نموده است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی، نه تنها انتصاب قضاات به عنوان داور ممنوع نیست، بلکه انتصاب آنها در برخی از کشورها، نظیر چین، الزامی می‌باشد.

این مقاله با بررسی قوانین داورى در کشورهای مختلف و تحلیل مقررات مرتبط با آن، در صدر دفع شبهه عدم امکان انتصاب قضات به عنوان داور در دعاوى تجارى بین المللى، به صورت تطبیقى است. همچنین با بررسی امکان حفظ استقلال و بی طرفی آنان نشان داده شده است که این ممنوعیت چندان وجاهت منطقی و حقوقی ندارد.

کلیدواژه‌ها: داورى تجارى بین المللى، داورى، قضات شاغل، دعاوى تجارى بین المللى

مقدمه

بروز اختلاف در تفسیر و اجرای قراردادهای امری اجتناب ناپذیر می‌باشد. در رابطه با وقوع اختلاف میان طرفین، تفاوتی در نوع قرارداد از حیث داخلی یا خارجی بودن، مغایه‌ای یا مسامحه‌ای بودن و سایر تقسیم‌بندی‌های موجود وجود ندارد. ذات یک رابطه حقوقی، بستری جهت حدوث اختلاف است. امکان وقوع این اختلافات در روابط حقوقی که دارای یک عنصر بین‌المللی می‌باشد، بیشتر است. عناصری نظیر تابعیت و یا اقامتگاه متفاوت، محل اجرای واقع در کشور دیگر و یا قانون حاکم خارجی را می‌توان از مواردی دانست که موجب انصاف یک قرارداد به صفت بین‌المللی می‌گردند. به عنوان مثال، ماده یک کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱ قراردادهای بیعی را که محل تجارت طرفین در دو کشور متفاوت باشد مشمول کنوانسیون می‌داند. به بیان دیگر از منظر کنوانسیون، بین‌المللی تلقی شدن بیع (به‌عنوان یک قرارداد تجاری بین‌المللی)، مستلزم وجود دو محل تجاری در کشورهای مختلف می‌باشد. بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی، به بیان مصادیقی از فعالیت‌هایی که مشمول داوری تجاری بین‌المللی می‌گردند، پرداخته است. این بند چنین مقرر می‌دارد: ((داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق العمل‌کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.)) با تدقیق در این ماده در می‌یابیم که فعالیت‌های تجاری که منتهی به کسب سود از جانب طرفین می‌گردد و در حداقل دو کشور خارجی صورت می‌پذیرد، دعاوی تجاری بین‌المللی محسوب می‌گردند.

1. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)

هرچند امروزه کنترل ریسک‌های قراردادی و همچنین اتخاذ روش‌های مختلف می‌تواند باعث کاهش اختلافات قراردادی گردد اما بروز اختلاف همچنان غیر قابل اجتناب و حل و فصل اختلافات از اهمیت بسزایی برخوردار است. یکی از طرق رایج در حل و فصل اختلافات، خصوصاً در دعاوی تجاری بین‌المللی، رجوع به داوری می‌باشد. سرعت در رسیدگی، هزینه رسیدگی کمتر نسبت به محاکم، تعیین قواعد رسیدگی انعطاف‌پذیر، اختیار درج اصول تجاری به عنوان بخشی از قواعد حاکم و محرمانگی از ویژگی‌های داوری می‌باشد. (Noussia, 2010, p.15) یکی دیگر از این ویژگی‌ها که حایز اهمیت بسیاری می‌باشد، اختیار طرفین در تعیین مقام رسیدگی کننده به اختلاف می‌باشد. طرفین مختار هستند که شخص یا اشخاص مرضی الطرفین را که در جهت حل اختلاف خود از لحاظ تجربه، تخصص و یا اعتماد مناسب می‌دانند به عنوان داور برگزینند. هرچند که این امر خود استثنائاتی دارد که در ادامه به تفصیل تشریح می‌گردد. این اعطای اختیار به طرفین محاسنی دارد. انتخاب افراد متخصص در حوزه اختلاف و یا افرادی که مورد اعتماد طرفین هستند می‌تواند باعث رسیدگی سریعتر و تخصصی و یا حل و فصل اختلاف به روش کدخدامنشانه گردد.

اصول حاکمیت اراده و آزادی قراردادی به عنوان ارکان اساسی قراردادهای داخلی و خارجی محسوب می‌گردند و این اصول در عرصه تجارت بین‌المللی از اهمیت بسزایی برخوردار می‌باشد. به موجب اصل آزادی قراردادی، اشخاص در انعقاد هر نوع عقدی بدون استعمال صیغه خاص و تشریفات ویژه آزاد بوده و این قرارداد میان آنها دارای اثر می‌باشد. این اصل با موانعی مواجه می‌باشد که عبارتند از نظم عمومی، اخلاق حسنه و قوانین امری که این اراده را محدود می‌نماید. (مختاری چهاربیری و فرحزادی، ۱۳۹۹ : ۱۶۹) یکی از شئون اصول مزبور انعقاد موافقتنامه داوری می‌باشد. داوری بین‌المللی متکی به اصل آزادی قراردادی در ارجاع حل و فصل اختلافات به افراد خاص می‌باشد

(شیروی، ۱۳۹۶: ۱۵۸). به دیگر سخن، طرفین اختلاف در تعیین داور رسیدگی کننده به موضوع آزاد می‌باشند و اصلاً همین امر موجب تمایز اساسی داوری از رسیدگی قضایی و یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد داوری می‌باشد. اما این آزادی گاهی به واسطه قوانین داخلی یا بین‌المللی محدود می‌گردد. مواردی نظیر محدودیت‌های سنی، تابعیتی، شغلی، الزامات راجع به حداقل مدرک تحصیلی، اجتناب از مکانیزم‌های یک طرفه تعیین داور از این نوع محدودیت‌ها می‌باشد. (Bazil, 2015, p. 125) به عنوان نمونه داوران حاضر در مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید)^۱ می‌بایست واجد خصایص والای اخلاقی بوده و در زمینه‌های حقوق، تجارت، صنعت و مالیه تخصص داشته باشند (زمانی و حسینی، ۱۳۹۷: ۴۰۵). همچنین در نظام حقوقی عربستان سعودی، داور منتخب می‌بایست یا تبعه عربستان و یا اینکه مسلمان باشد. هر چند که این محدودیت‌های تابعیتی و یا مذهبی امروزه کمتر به چشم می‌خورد. (Born, 2016, p.184)

امروزه رویکرد اکثر نظام‌های حقوقی و یا اسناد لازم‌الاجرای بین‌المللی مبتنی بر آزادی طرفین در انتخاب داوران می‌باشد. به عنوان نمونه کنوانسیون اروپایی راجع به داوری تجاری بین‌المللی^۲ که در سال ۱۹۶۱ در ژنو به تصویب رسید نیز در ماده ۴ خود آزادی طرفین را در تعیین داور و فرایند رسیدگی به رسمیت می‌شناسد.

یکی از ویژگی‌هایی که طرفین در انتخاب داور مدنظر قرار می‌دهند، تخصص و سابقه حرفه‌ای داور می‌باشد. قضات شاغلی که در حوزه اختلاف موجود میان طرفین تخصص دارند، می‌توانند گزینه مناسبی برای انتصاب به داوری باشند. تلاقی تجربه قضات در رسیدگی‌های متعدد ترافعی، صدور احکام مختلف در موضوعات متنوع و آیین رسیدگی

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

2. European Convention on International Commercial Arbitration Geneva, 21 April 1961

منعطف در داوری، می‌تواند ترکیبی مطلوب جهت حل اختلاف، ایجاد نماید. با توجه به اینکه امر قضاوت در کشورهای جهان از جمله امور حاکمیتی و حایز اهمیت است و لذا حساسیت‌های دولت در گزینش قضاات، خود می‌تواند موجب شود تا طرفین با خاطری آسوده در خصوص مفاسد و چالش‌های پیش روی داوران نسبت به انتصاب قضاات به عنوان داور اقدام نمایند.

اما علی‌رغم این موضوع، یکی از محدودیت‌هایی که در قانون آیین دادرسی مدنی ایران در خصوص انتخاب داور با آن مواجه می‌باشیم، ممنوعیت مصرح در ماده ۴۷۰ آن قانون مشعر بر ممنوعیت انتصاب قضاات شاغل به عنوان داور است. پرسشی که در این خصوص مطرح می‌گردد آن است که آیا این ممنوعیت در دعاوی تجاری بین‌المللی نیز با وجود قانونی خاص در این خصوص، مجری می‌باشد یا خیر؟

یکی از شروطی که در اکثر قوانین، اسناد بین‌المللی و مقررات سازمان‌های بین‌المللی در خصوص داوران ذکر شده است، استقلال و بی‌طرفی داوران می‌باشد و عدم رعایت این شرط موجب جرح داوران خواهد شد. همان‌طور که ماده ۱۲ قانون تجاری بین‌المللی نیز بروز تردید موجه در استقلال و یا بی‌طرفی داوران را موجب جرح آنها می‌داند (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۶۳). در خصوص استقلال و بی‌طرفی داوران تعریفها و ملاک‌هایی مطرح شده است که در ادامه تفصیلاً به تشریح آنان خواهیم پرداخت. سوال دیگری که مطرح می‌گردد آن است که آیا این استقلال و بی‌طرفی ممکن است به واسطه مناسبات شغلی داور- در موضوع حاضر قاضی منتخب از سوی طرفین - خدشه دار گردد؟ همچنین آیا داوری را می‌توان نوعی شغل نامید و محدودیت‌های قانونی و حرفه‌ای موجود در خصوص منع اشتغال قضاات به شغل دیگر را در خصوص آن جاری دانست؟ سوال دیگر آن است که آیا انتخاب قضاات شاغل به عنوان داور، نمی‌تواند باعث ایجاد تعارض منافع گردد؟ در این پژوهش بر آنیم تا به این موضوع یعنی انتخاب قضاات

شاغل به عنوان داور در دعاوی تجاری بین‌المللی در نظام حقوقی ایران و سایر نظام‌ها و همچنین استقلال و بی‌طرفی داور به علت مسایل شغلی به صورت تطبیقی پاسخ دهیم.

۱. وضعیت نظام حقوقی ایران

طرفین اختلاف در ارجاع اختلاف خود به داوری، در صورتی که اختلاف وفق مقررات قابل ارجاع به داوری باشد، مختار هستند. طبق قوانین و مقررات، اهم مسایلی که موجب محدودیت ارجاع امر به داوری از سوی طرفین می‌گردد، موضوعات راجع به اهلیت طرفین اختلاف، مخدوش بودن اراده و یا به طور کلی نبود شروط اساسی صحت معامله در رابطه با اشخاص حقیقی و همچنین موضوعات مربوط به اشخاص حقوقی نظیر فقدان اذن ارجاع دعاوی به داوری، می‌باشد. (زمانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۴۶) این امر به صراحت در ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز ذکر گردیده است. همان‌طور که پیش از این اشاره گردید، طرفین در انتخاب داور آزاد بوده و داوری نیز به عنوان یکی از حقوق مختص افراد حقیقی محسوب می‌شود. اما گاهی دایره شمول این آزادی به واسطه قوانین محدود می‌گردد. اکثر این ممنوعیت‌ها راجع به مکانیسم یک طرفه انتخاب داور از سوی احدی از طرفین، وجود شبهه در استقلال و بی‌طرفی داور، نبود الزامات اساسی و مقدماتی نظیر اهلیت و یا محدودیت‌های راجع به تابعیت داوران می‌باشد (Bazil, 2015, p.3). در اکثر قوانین و مقررات الزامی در خصوص حقوقی بودن داور یافت نمی‌شود.^۱ اما غالباً تمایل طرفین انتخاب فردی است که اطلاعات حقوقی دارد، زیرا در اثنای رسیدگی مسایلی نظیر استماع شهادت شهود، ارجاع امر به

۱. برای نمونه مخالف رجوع کنید به ماده ۱۳ قانون داوری چین

کارشناس و یا جلب ثالث حادث می‌گردد که اداره این امور مستلزم برخورداری از دانش حقوقی می‌باشد (Mosses, 2018, p.118). به عنوان نمونه، دادگاه در پرونده ایتالیایی Sacher v. Robotto که رای داوری از سوی یک حقوقدان نگارش یافته بود اما به واسطه اشخاصی که حقوقدان، وکیل و یا فاقد تحصیلات و آگاهی حقوق بودند صادر نشده بود، به رسمیت نشناخت. این رای زمینه این نظریه را فراهم آورد که در ترکیب دیوان داوری حداقل می‌بایست یک حقوقدان حاضر باشد (Onyema, 2010, p.66). به هر چند که طبق عقیده برخی از فقها، داور می‌بایست واجد تمامی صفات یک قاضی، یعنی اسلام، عقل بلوغ، عدالت و اجتهاد باشد (جنیدی، ۱۳۸۶: ۱۳۲). در قانون آیین دادرسی مدنی به جز شرط راجع به عقل، از شروط دیگر سخن به میان نیامده است و اساساً امروزه در هیچ یک از نظامهای حقوقی اسلام چنین شرایطی برای داور مطرح نشده است.

داوری در نظام حقوقی ایران به طور کلی مشمول مقررات داوری مندرج در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ می‌باشد. اما داورهای راجع به دعاوی تجاری بین‌المللی مشمول قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ است که مقررات آن تفاوت‌هایی با قانون آیین دادرسی مدنی دارد که در ادامه به تفصیل بیان می‌گردد. در قانون آیین دادرسی مدنی محرومیت‌های بیشتری نسبت به قانون داوری تجاری بین‌المللی اراده طرفین را در انتخاب داور تحت تاثیر قرار داده است.

۱-۱. قانون آیین دادرسی مدنی

قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) که در سال ۱۳۷۹ به تصویب رسیده است در باب هفتم و در ذیل مواد ۴۵۴ الی ۵۰۱ به ذکر مقررات راجع به داوری پرداخته است. در میان این مقررات، مواد ۴۵۶، ۴۶۶ و ۴۷۰ محدودیت‌هایی را

نسبت به اراده طرفین در خصوص انتخاب داور تحمیل نموده است. برخی از این محرومیت‌ها مطلق بوده و شخص ممنوع از داوری ولو با تراضی طرفین نیز قابل انتصاب به مقام داوری نمی‌باشد. دسته دیگر از این محرومیت، نسبی بوده است و انتصاب آنان به عنوان داور صرفاً با تراضی طرفین امکان پذیر می‌باشد که در ادامه به تفصیل تشریح می‌گردند.

۱-۱-۱. ممنوعیت‌های مطلق

قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۴۶۶، دو دسته از افراد مزبور را احصا نموده است. طبق این ماده محجورین و اشخاصی که به موجب رای دادگاه و یا در نتیجه رای^۱ از داوری محروم شده باشند را ولو با تراضی طرفین نمی‌توان به عنوان داور انتخاب نمود. همان‌طور که اشاره گردید، داوری از جمله حقوق اشخاص حقیقی بوده است و استیفای این حق، منوط به اهلیت می‌باشد. بدیهی است اشخاص فاقد اهلیت (صغار، مجانین و سفها) توانایی حل و فصل اختلاف را نداشته و از طرفی نیز تعیین آنها به عنوان داور از سوی طرفین اختلاف امری بعید می‌باشد. در همین راستا با امعان نظر به ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی که فوت یا حجر احدی از طرفین دعوا را موجب زوال داوری می‌داند، این چنین مستفاد می‌گردد که حدوث حجر اساساً مانع از ارجاع و یا ادامه داوری می‌باشد. به عبارت دیگر، حجر بدوی طرفین، مانع از ارجاع امر به داوری از سوی محجور طرف اختلاف است و در صورتی که این حجر در روند رسیدگی ایجاد گردد، داوری را نیز تحت الشعاع قرار می‌دهد. حال با نظر به اینکه داور به عنوان بازیگر اصلی رسیدگی و مقام تصمیم گیرنده اختلاف محسوب می‌شود و در روند رسیدگی

۱. گاهی اوقات به مناسبت ارتکاب جرم دادگاه افراد را به محرومیت از حقوق اجتماعی محکوم می‌نماید، نظیر بند (د) ماده ۲۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

نقش پررنگ‌تری از طرفین دارد، و از طرفی چنانچه حجر طرفین موجب زوال داوری می‌شود، به طریق اولی طبق ماده یادشده حجر داور در اثنای رسیدگی و یا انتصاب داور محجور، مورد پذیرش قانون‌گذار نمی‌باشد.

در خصوص دسته دوم نیز هرچند ممکن است شخص ممنوع فردی متخصص در حوزه اختلاف و یا وکیل باشد، اما به علت آنکه اهلیت داوری از وی به موجب رای دادگاه و در راستای قوانین کیفری، ساقط گردیده است لذا امکان انتصاب وی به عنوان داور وجود ندارد.

همچنین ماده ۴۷۰ قانون اخیرالذکر نیز دسته دیگری از افراد ممنوع را احصا می‌کند. این ماده چنین مقرر می‌دارد: ((کلیه قضات و کارمندان اداری شاغل در محاکم قضایی نمی‌توانند داوری نمایند هرچند با تراضی طرفین باشد.)) سوالی که در خصوص دایره شمول این ماده مطرح می‌گردد این است که کدام دسته از قضات مشمول این ماده می‌باشند؟ با توجه به اطلاق واژه قضات، به نظر می‌رسد منظور از آن قضات محاکم و دادسرا می‌باشد و تفاوتی در این خصوص وجود نداشته باشد و همچنین با توجه به صفت شاغل که در ادامه واژه کارمندان قید گردیده است، این‌گونه متبادر می‌شود که این صفت قابل انتساب به واژه قضات نیز می‌باشد و مراد قانون‌گذار ممنوعیت قضات شاغل به عنوان داور است و این مقرر مشمول قضات بازنشسته نمی‌گردد.

۲-۱-۱. ممنوعیت‌های نسبی

این دسته از افراد ممنوع از داوری در ذیل ماده ۴۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی احصا گردیده‌اند. ماده مذکور شامل هشت گروه از افراد می‌باشد که انتصاب آنان به عنوان

داور، ولو از سوی دادگاه، صرفاً با تراضی طرفین امکان پذیر می‌باشد. ۱ وضع این ماده از باب تحدید اختیار و اراده طرفین نبوده است و صرفاً در راستای اعمال نظارت و احتیاط بیشتر جهت حفظ حقوق طرفین صورت گرفته است.

۲-۱. قانون داوری تجاری بین‌المللی

قانون داوری تجاری بین‌المللی به عنوان یک قانون خاص در تاریخ ۲۶ شهریور ماه سال ۱۳۷۶ از سوی مجلس شورای اسلامی تصویب گردیده است. بند ۱ ماده ۲ این قانون حوزه اعمال آن را تشریح نموده است که بنا بر دایره شمول آن اخص از مقررات باب داوری قانون آیین دادرسی مدنی می‌باشد.^۲

بند ۱ ماده ۳۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، به صراحت مقررات این قانون را از مقررات قانون آیین دادرسی مدنی مستثنی می‌داند. این ماده چنین اشعار می‌دارد: ((داوری اختلاف تجاری بین‌المللی موضوع این قانون از شمول قواعد داوری مندرج در

-
۱. ماده ۴۶۹- دادگاه نمی‌تواند اشخاص زیر را به سمت داور معین نماید مگر با تراضی طرفین:
 - ۱- کسانی که سن آنان کمتر از بیست و پنج سال تمام باشد.
 - ۲- کسانی که در دعوا ذی‌نفع باشند.
 - ۳- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا قرابت سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم داشته باشند.
 - ۴- کسانی که قیم یا کفیل یا وکیل یا مباشر امور یکی از اصحاب دعوا می‌باشند یا یکی از اصحاب دعوا مباشر امور آنان باشد.
 - ۵- کسانی که خود یا همسرانشان وارث یکی از اصحاب دعوا باشند.
 - ۶- کسانی که با یکی از اصحاب دعوا یا با اشخاصی که قرابت نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم با یکی از اصحاب دعوا دارند، در گذشته یا حال دادرسی کیفری داشته باشند.
 - ۷- کسانی که خود یا همسرانشان و یا یکی از اقربای سببی یا نسبی تا درجه دوم از طبقه سوم او با یکی از اصحاب دعوا یا زوجه و یا یکی از اقربای نسبی یا سببی تا درجه دوم از طبقه سوم او دادرسی مدنی دارند.
 ۲. «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاریهای فنی، نمایندگی، حق‌العمل‌کاری، پیمانکاری و فعالیتهای مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.»

قانون آیین دادرسی مدنی و سایر قوانین و مقررات مستثنی است.)) به موجب این ماده، مقررات راجع به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی و یا سایر قوانین و مقررات، نسبت به قانون داوری تجاری بین‌المللی قابل اعمال نبوده و به نوعی قواعد داوری تجاری بین‌المللی به علت خاص و مقدم بودن نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، آن را تخصیص زده است. بنابراین برخی از مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نظیر ممنوعیت انتصاب قضات شاغل به عنوان داور که منع قانونی و منطقی دیگری در رابطه با آن وجود ندارد، در حوزه دعاوی تجاری بین‌المللی قابل اعمال نمی‌باشد. اما ممنوعیت انتصاب محجورین به عنوان داور حسب شرحی که سابقاً ارائه گردید همچنان پا برجا می‌باشد و این تخصیص نسبت به آن موثر نمی‌باشد.

قانون داوری تجاری بین‌المللی، بر خلاف قانون مدنی، فهرستی از افراد ممنوع از انتصاب به داوری را ارائه نمی‌دهد. رویکرد قانون مزبور، اعطای آزادی به طرفین جهت تعیین داور می‌باشد. اما آنچه که مسلم است، لزوم دارا بودن اهلیت عام یعنی رشد، بلوغ و عقل برای داور مرضی الطرفین یا انتصابی می‌باشد. قانون یادشده صرفاً یک ممنوعیت را برای داوران منصوب وضع نموده است و ممنوعیت مندرج در ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی، یعنی منع انتخاب قضات به عنوان داور در این قانون به چشم نمی‌خورد.

طبق بند ۴ ماده ۱۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مقام ناصب یا همان دادگاه صالح موضوع ماده ۶ قانون، علاوه بر آنکه مکلف است کلیه شرایطی را که طرفین در خصوص داور در موافقتنامه یا شرط داوری مدنظر داشته‌اند را ملحوظ نماید، مکلف است سرداور را نیز از اتباع کشور ثالثی که طرفین متبوع آن نمی‌باشند، منصوب نماید. با توجه به اینکه یکی از عناصر ایجاد وصف بین‌المللی در دعاوی تجاری، تفاوت در تابعیت طرفین می‌باشد، لذا داوری که دارای تابعیت واحد با احدی از طرفین می‌باشد، ممکن است به

علت برانگیختگی حس میهن پرستی داور، وی تحت الشعاع قرار گیرد و از مسیر اعتدال خارج گردد. تفاوتی که این بند با بند ۱ ماده ۱۱ دارد، نهی مقام ناصب از تعیین سرداور ایرانی است. طبق بند اول، اگر طرف خارجی قبل از حدوث اختلاف داوری را به داوری ایرانی ارجاع دهد، صحیح می باشد. اما حسب بند چهارم ماده مورد بحث، مقام ناصب نمی تواند سرداور ایرانی انتخاب نماید و سرداور می بایست دارای تابعیت متفاوتی از طرفین دعوا باشد. به عبارت دیگر، به جز این ممنوعیت، منع دیگری در خصوص داور انتصابی یا انتخابی مطرح نشده است.

۳-۱. منع اشتغال قضات از اشتغال به شغل دیگر

باتوجه به اهمیت قضاوت در شرع مقدس اسلام و حساسیت های این شغل که تمرکز کافی را برای انجام امور محوله می طلبد، محدودیت های قانونی در خصوص منع اشتغال قضات به شغل های دیگر وجود دارد. در اصل صد و چهل و یکم قانون اساسی آمده است: «رئیس جمهور، معاونان رئیس جمهور، وزیران و کارمندان دولت نمی توانند بیش از یک شغل دولتی داشته باشند و داشتن هر نوع شغل دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت یا مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی و وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی و نیز ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیئت مدیره انواع مختلف شرکتهای خصوصی، جز شرکتهای تعاونی ادارات و مؤسسات برای آنان ممنوع است. سمتهای آموزشی در دانشگاه ها و مؤسسات تحقیقاتی از این حکم مستثنی است.» به موجب این اصل، کارمندان دولت، از جمله قضات، از اشتغال به سایر مشاغل دولتی یا خصوصی منع گردیده اند.

سوالی که در این خصوص مطرح می گردد آن است که منظور از شغل چیست؟ به موجب تبصره ۲ ماده واحده ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، شغل عبارت است

از: «وظایف مستمر مربوط به پست ثابت سازمانی، یا شغل و یا پستی که به طور تمام وقت انجام می‌شود.» با توجه به این تعریف، مداومت و استمرار و تمام وقت بودن، ویژگی‌های اصلی یک شغل می‌باشد. در تبصره ۴ ماده واحده یادشده آمده است: «تصدی هر نوع شغل دولتی دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن متعلق به دولت و یا مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی، وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیئت مدیره انواع شرکت‌های خصوصی جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات برای کارکنان دولت ممنوع است.» طبق این ماده، اشتغال در مؤسسات یا شرکت‌های دولتی و یا عضویت و مدیریت در شرکت‌های خصوصی و یا اشتغال به عنوان مشاور حقوقی در شرکت‌های خصوصی برای شاغلین ممنوع است. در اصل مزبور و ماده واحده یادشده، سخنی از اشتغال به داوری به میان نیامده است.

در مقررات داخلی قوه قضائیه، خصوصاً بخشنامه‌های اصداری روسای قوه قضائیه نیز ممنوعیت‌هایی راجع به اشتغال قضات شاغل به سایر مشاغل مطرح شده است. به عنوان نمونه بخشنامه مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۸ و بخشنامه مورخ ۱۳۷۹۲/۵/۸ رئیس

۱. به قرار اطلاع، تعدادی از قضات شاغل، به امر قضا اکتفا نکرده‌اند و مشاغل دیگری را برای خود برگزیده‌اند و تأثیر منفی این اشتغالات نه تنها بر امور قضایی مشهود شده، بلکه اسباب آسیب‌پذیری آنان و بدبینی جامعه را به دستگاه قضا فراهم کرده است. به منظور رفع مشکلات ناشی از چند پیشگی و اقدامات مغایر با شؤن قضا به دارندگان پایه‌های قضایی تأکید می‌گردد مادام که در استخدام قوه قضائیه‌اند، از پذیرش و اشتغال به مشاغل دیگر اعم از رسمی و آزاد و از جمله سردفتری اسناد رسمی، ازدواج و طلاق و همچنین مشاورت در دستگاه‌های دولتی و غیر دولتی و... ممنوع‌اند و جز انجام وظایف قضایی محول، نباید به حرفه دیگری هرچند با واسطه یا با شرکت دیگری بپردازند. به کمیسیون نقل و انتقالات ابلاغ گردیده است تکلیف قضات دارنده شغل یا مشاغل دیگر را در اسرع وقت روشن و نتیجه را به این‌جانب گزارش نماید. دادسرای انتظامی قضات، مسؤول نظارت و اجرای دقیق این بخشنامه است.

Available at < <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/131096> >

۲. نظر به اهمیت امر قضا که به طور معمول بیشترین وقت قاضی را مصروف خود می‌سازد و اینکه اشتغال به امور دیگر، موجب انصراف ذهن قضات از وظایف اصلی و مآلاً تأخیر و اطاله رسیدگی در پرونده‌های جزایی و حقوقی را در

محترم وقت قوه قضائیه را می‌توان از این قبیل مقررات دانست. در بخشنامه مورخ ۱۳۷۹/۵/۸ علت این ممنوعیت چنین ذکر شده است: «اینکه اشتغال به امور دیگر، موجب انصراف ذهن قضات از وظایف اصلی و در نتیجه تأخیر و اطاله رسیدگی در پرونده‌های جزایی و حقوقی را در پی خواهد داشت و براساس مقررات نیز پرداختن به کارهای دیگر با حیثیت و شوون شغلی منافات داشته...». یکی از این علل، ایجاد اطاله دادرسی در پرونده‌های ارجاعی به قاضی می‌باشد و علت دیگر نیز مغایرت با حیثیت و شوون شغلی قضا است. در خصوص مغایرت با حیثیت شغلی ابتدا باید به ماهیت داوری توجه نمود، صرف نظر از جواز داوری در شرع و حسب عقیده برخی از فقها، تقدم زمانی آن بر قضا و تلقی آن به عنوان پایه قضاوت، باید توجه داشت که داوری اساساً نوعی قضاوت خصوصی بوده و از آنجایی که اقامه عدل و قسط، امری واجب می‌باشد، مطلقاً موجب استخفاف شان قضا و قاضی نمی‌گردد. از آنجایی که علت مراجعه به قاضی تحکیم یا همان داوری از سوی متخاصمین، حل و فصل اختلافات و برقراری صلح میان خود می‌باشد، لذا این امر مطلوب و نیکو است و با توجه به عموم آیه شریفه «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ»^۱ و صیغه امر به کار رفته در آیه شریفه، می‌توان این موضوع را استنباط نمود. (الموسوی السبزواری، ۱۳۸۸، ج ۲۷: ۱۲) همچنین

پی خواهد داشت و براساس مقررات نیز پرداختن به کارهای دیگر با حیثیت و شوون شغلی منافات داشته، مسؤلیت مذکور در تبصره ۵ ماده واحد قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل را در پی خواهد داشت. لزوماً خاطر نشان می‌گردد، قاضی نباید به شغل دیگری (جز موارد مستثنی شده در اصل ۱۴۱ قانون اساسی) اشتغال ورزد و این ممنوعیت دو شغلی، شامل مؤسسات و سازمان‌های تابعه وزارت‌خانه‌ها و ادارات دولتی نظیر سازمان تعزیرات حکومتی خواهد بود؛ لذا اشتغال قضات در سازمان‌های مذکور که از واحدهای دولتی و اجرایی است مواجه با منع قانونی می‌باشد و قضات محترم با توجه به اصل مرقوم و قانون مورد اشاره از پذیرش و ادامه خدمت در آن سازمان ممنوع هستند و در صورتی که پیش از این ابلاغی صادر شده باشد باید ملغی گردد و در هر حال مدلول قوانین با مراقبت رؤسای کل دادگستری‌ها و سازمان قضایی نیروهای مسلح اجرا شود.

Available at < <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/131598> >

۱. سوره مبارکه حجرات، آیه ۱۰

می‌توان به عموم برخی از آیات که مشعر بر لزوم تحکم به عدل و طبق حکم خداوند می‌باشد، و دسته‌ای از فقها از آن مشروعیت قضاوت تحکیمی یا داوری را نیز استنباط می‌نمایند، نیز استناد نمود.^۱ بنابراین، از منظر نگارنده تلقی نمودن داوری، در موضوع بحث حاضر یعنی داوری تجاری بین‌المللی، به عنوان یک امر خلاف شان قضایی دیدگاهی صحیح به نظر نمی‌رسد.

در رابطه با ایجاد اطاله دادرسی نیز باید به این موضوع اشاره نمود که اختلافات ارجاعی به داوری نیز همانند پرونده‌های مطروحه در دادگستری است و فرایند رسیدگی نیز تفاوتی با یکدیگر ندارد و غالباً متکی بر تبادل لوایح و بررسی اسناد و مستندات است و رسیدگی در خارج از وقت اداری منافاتی با وظایف محوله در امر قضا ندارد و نمی‌توان به قطع یقین اظهار نمود که موجب اطاله دادرسی می‌گردد.

اما در خصوص اینکه آیا اشتغال به داوری، می‌تواند از مصادیق شغل تلقی گردد، می‌بایست قائل به تفکیک میان داوری‌های سازمانی و یا داوری‌های موردی آشد. در داوری موردی طرفین نسبت به تاسیس یک دیوان داوری ویژه برای رسیدگی به اختلاف خود اقدام می‌نمایند و دیوان مزبور پس از اتمام رسیدگی و صدور رای از بین می‌رود و به عبارت دیگر این دیوان داوری صرفاً برای رسیدگی به اختلاف یا اختلافات مورد نظر تشکیل و پس از انجام وظیفه محوله منحل می‌شود. (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۸) با توجه به تعریف ارائه شده و با خاطرنشان کردن این موضوع که در داوری موردی، شرط استمرار و مداومت وجود ندارد و امری اتفاقی است و اصلاً ممکن است به ندرت، نظیر یک مرتبه

۱. به عنوان مثال آیات ۴۴، ۴۵ و ۴۷ سوره مبارکه مائده و آیه ۵۸ سوره شریفه نساء. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به «حکیمیان، علی محمد، هوشمند فیروزآبادی، حسین، چگینی، مهدی، (۱۳۹۹)، «امکان‌سنجی مشروعیت قضاوت تحکیمی در حکومت اسلامی در زمان غیبت»، فصلنامه علمی - پژوهشی حکومت اسلامی

2. Ad Hoc

در سال صورت پذیرد، نمی‌توان انتخاب قاضی شاغل را در یک دعوی تجاری بین‌المللی به عنوان داور، مشمول منع قانونی مذکور در اصل ۱۴۱ قانون اساسی و ماده واحد ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، دانست. زیرا این عمل اساساً شغل تلقی نمی‌گردد و وصف استمرار آن شدیداً مخدوش می‌باشد.

در داوری سازمانی، طرفین با کمک‌ها، مساعدت‌ها و خدمات یک سازمان داوری استفاده می‌کنند و به این ترتیب اختلاف خود را از طریق داوری حل و فصل می‌نمایند. (شیروی، ۱۳۹۶: ۲۰) با توجه به اینکه داور ممکن است به عنوان یکی از اعضای موسسه یا سازمان داوری تلقی شود و از آنجایی که این سازمان، نهادی خصوصی تلقی می‌گردد، لذا می‌تواند مشمول تبصره ۲ ماده واحد ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل شود. مضافاً اینکه، اشتغال در سازمان داوری زمینه را برای انتصاب بیشتر به عنوان داور فراهم می‌سازد و به بیان دیگر، اوصاف استمرار و مداومت به اشتغال در آن مشهودتر می‌باشد.

۴-۱. مقررات حرفه‌ای و انتظامی موجود در نظام حقوقی ایران

در خصوص قضات، علی‌رغم ممنوعیت قانونی مذکور در ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی، ممنوعیت‌های حرفه‌ای دیگری که مصدر آن بخشنامه‌های روسای قوه قضائیه است نیز وجود دارد. با بررسی قواعد و مقررات حرفه‌ای مخصوص قضات، با تعدادی بخشنامه‌های صادره از سوی رئیس محترم قوه قضائیه وقت، مرحوم آیت‌الله شاهرودی، مواجه می‌گردیم که در راستای ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی صادر و ابلاغ گردیده است. به عنوان نمونه بخشنامه شماره ۱/۷۹/۱۶۵۷۵ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۵ چنین مقرر می‌دارد: «دادگاه‌های صادرکننده قرار ارجاع امر به داوری، بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی، با لحاظ منع صریح ماده ۴۷۰ قانون مزبور، از ارجاع حکمیت و

داوری به اشخاص مذکور در ماده ۴۷۰، حتی در مواردی هم که داوری تابع شرایط مقرر در قانون مذکور نباشد، خودداری ورزند و در هر مورد صلاحیت و شرایط داور، طبق مقررات مربوط به آن احراز و از دخالت دادن کارمندان اداری، در این مورد، احتراز کنند.» همچنین بخشنامه ۹۸۸۵/۸۲/۱ مورخ ۱۳۸۲/۶/۱۵ رئیس محترم قوه قضائیه نیز در خصوص انتخاب قضات و کارکنان دادگستری به عنوان داور، کارشناس (خبیره) و یا سرپرست اموال ایتام و تصفیه امور ورشکستگان، مقرر می‌دارد: «... به منظور مراعات شئون قضایی و اداری کارکنان و حفظ بی‌طرفی آنان نسبت به پرونده‌های مطروح و مصون ماندن از شوائب و مشکلات ناشی از این قبیل مداخلات، به مخض وصول و ابلاغ این بخشنامه به واحدهای تابع، رویه مزبور متروک و بر اجرای مدلول بخشنامه، نظارت و تاکید گردد.»

نظریه مشورتی ۷/۵۶۱۲ مورخ ۱۳۸۴/۸/۱۰ نیز در خصوص ممنوعیت داوری قضات این چنین اشعار می‌دارد: «باتوجه به نص و صریح ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی کلیه قضات حتی با تراضی طرفین اعم از این که موضوع اختلاف در دادگاه مطرح شده باشد یا نشده باشد و اعم از اینکه قاضی در دادگاه شاغل باشد یا ادارات قوه قضائیه مانند ادارات کل امور حقوقی و اسناد و امور مترجمین قوه قضائیه و... از داوری ممنوع می‌باشند». اما نظر به این که قید «شاغل در محاکم قضایی» بعد از اصطلاح «کارمندان اداری» در ماده ۴۷۰ تصریح شده به نظر می‌رسد داوری کارمندان اداری غیرشاغل در دادگستری بلا مانع می‌باشد.»

بخشنامه‌ها و نظریه ارائه شده، اصولاً متکی بر دو موضوع اصلی می‌باشند. موضوع اصلی تحت تاثیر قرار گرفتن شأن قضات و دستگاه قضایی و دیگری حفظ بی‌طرفی قضات. در خصوص موضوع شأن قضات در گفتار قبلی توضیحاتی ارائه گردید. اما راجع به موضوع بی‌طرفی باید توجه داشت که بی‌طرفی هنگامی مطرح می‌شود که مقام

قضایی در مسند قضا میان خصمین در حال قضاوت است و از حالت تساوی خارج گردد. حال در فرضی که قاضی، در چارچوبی خارج از دادگستری و پرونده‌های ارجاعی، به داوری بپردازد، اساساً بی‌طرفی‌ای وجود نداشته که تحت الشعاع قرار گیرد. همچنین در بخشنامه‌های یادشده، صرفاً به ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی و داوری تابع آن قانون اشاره شده است که تحقیقا، دغدغه‌های مطروحه با توجه به کثرت پرونده‌های موجود در دایره شمول این قانون و به تبع آن کثرت طرفین اختلاف که غالباً عموم جامعه را شامل می‌گردد، صحیح می‌باشد. اما در خصوص داوری‌های تجاری بین‌المللی، صرف نظر از عدم شمول مقررات آن قانون نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی، با نظر به اینکه تعداد این دعاوی بسیار محدودتر است و در نتیجه تعداد کمتری از افراد جامعه درگیر آن هستند تبعاً داوری قضات در سطح جامعه منتشر نمی‌گردد، لذا به نظر می‌رسد نگرانی‌های موجود، اهمیت چندانی نسبت به داوری‌های داخلی نداشته باشد.

۲. نظام‌های حقوقی دیگر

۲-۱. قانون داوری امارات متحده عربی

قانون داوری امارات متحده عربی در سال ۲۰۱۸ به موجب قانون فدرال شماره ۶ تصویب و مورخ ۱۵ ژوئن همان سال منتشر و لازم‌الاجرا گردید. به موجب ماده ۲ این قانون، مقررات وضع شده نسبت به داوری‌های داخلی در امارات و داوری‌های تجاری بین‌المللی که مرتبط با امارات متحده عربی باشند حاکم خواهد بود. شرایط این ارتباط در ماده ۳ قانون بیان گردیده است. در ادامه، ماده ۱۰ شروط و الزامات داوران را مطرح نموده است. طبق این ماده، داور می‌بایست شخصی حقیقی که دارای عقل و بلوغ و

رشد است، باشد. افرادی که به موجب حکم دادگاه و یا به واسطه ورشکستگی از داوری محروم شده اند نمی توانند از سوی طرفین به عنوان داور منصوب گردند. این ممنوعیت نظیر ممنوعیت‌های مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیست. طبق بند ۳ این ماده، تابعیت و یا جنسیت خاصی است که مانع از انتصاب به داوری نیست حسب بند مذکور، تعیین داوری با تابعیت مشابه با احدی از طرفین منع قانونی ندارد و این امر حسب قسمت اخیر این بند، به تراضی طرفین منوط گردیده است. بنابراین مقررات داوری تجاری بین‌المللی حاکم در امارات متحده عربی، تابعیت یکسان داور با یکی از طرفین و اشتغال وی به قضاوت، مانع از انتصاب این افراد به داوری نمی باشد.

۲-۲. قانون داوری چین

جمهوری خلق چین، به عنوان یکی از کشورهای موثر و فعال در حوزه تجارت جهانی محسوب می شود. طبق گزارش اتحادیه اروپا، در سال ۲۰۲۲ میلادی حجم واردات کشورهای عضو اتحادیه اروپا از چین ۶۲۶ میلیارد یورو بوده است.^۱ قاعدتاً این حجم از مراودات مالی اختلافات حقوقی متعددی را به همراه دارد. علی‌رغم گسترش فعالیت تجاری بین‌المللی چین، قانون داوری این کشور مصوب ۱۹۹۴ می باشد و تا زمان نگارش این نوشتار اصلاح نگردیده است. طبق این قانون، رسیدگی اختلاف از طریق داوری پس از توافق طرفین، به موجب ماده ۱۱، می بایست در کمیسیون‌های داوری مطرح شود. حسب ماده ۱۲ قانون، کمیسیون داوری متشکل از یک رئیس، دو یا چهار نائب رئیس یا معاون و ۷ الی ۱۱ عضو می باشد. تمامی اعضای کمیسیون می بایست به مسایل حقوقی، تجاری و اقتصادی آشنا باشند. طبق بند ۳ ماده ۱۳، یکی از شروط

1. Available at < https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=China-EU_-_international_trade_in_goods_statistics >, Last visit 3,18,2023

چهارگانه‌ای که اعضای کمیسیون باید دارا باشند، داشتن حداقل ۸ سال سابقه قضاوت می‌باشد. بر خلاف مقررات سایر کشورها در حوزه داور، قانون کشور چین مقرر الزام آوری را جهت انتصاب قضات به عنوان داور وضع کرده است. به عبارت دیگر، مقامات دولتی مسئول جهت تشکیل کمیسیون داوری، مکلف به انتخاب حداقل یک قاضی با حداقل سابقه مزبور، به عنوان عضو کمیسیون داوری می‌باشند. به طور خلاصه به علت سخت‌گیری‌های قانون داوری چین و تشکیل و ترکیب کمیسیون‌های داوری با نظارت مقامات دولتی، آزادی طرفین در انتخاب داور محدود بوده و از طرفی نیز طبق قانون داوری این کشور بر خلاف سایر کشورها، انتخاب قضات به عنوان داور نه تنها ممنوع نیست بلکه الزامی نیز می‌باشد.

۲-۳. حقوق فرانسه

داوری در نظام حقوقی فرانسه تابع مقررات آیین دادرسی مدنی^۱ می‌باشد. قواعد راجع به داوری در ذیل کتاب چهارم و مواد ۱۴۴۲ الی ۱۵۲۷ قانون مذکور مطرح شده است. مقررات داوری بین‌المللی نیز در همین قانون و در مواد ۱۵۰۴ الی ۱۵۲۷ بیان گردیده است. به موجب ماده ۱۴۵۰ صرفاً اشخاص حقیقی که اهلیت استیفای کامل را دارند می‌توانند به عنوان داور تعیین شوند. منظور از اهلیت استیفا نیز که سابقاً بدان اشاره گردید، عقل و بلوغ و رشد می‌باشد. با تدقیق در مجموع مواد یادشده، هیچ‌گونه ممنوعیتی در خصوص انتصاب قضات شاغل به عنوان داور مرضی الطرفین یافت نمی‌شود.

1. Code de procédure civile

۲-۴. قانون داوری انگلستان ۱۹۹۶

قانون داوری انگلستان، مبتنی بر آزادی طرفین در انتخاب داور و فرایند رسیدگی می‌باشد. این موضوع به صراحت در ماده ۱۵ قانون یادشده ذکر شده است. (Carbonneau, 1998, p.139) بند ۱ ماده ۱۵ قانون داوری انگلستان در باب آیین انتخاب داوران، این چنین مقرر می‌دارد: ((طرفین در اعمال هرگونه توافق در خصوص آیین انتخاب داوران، از جمله انتخاب سرداور، آزاد می‌باشند)).^۱ این ماده یک آزادی کلی در خصوص تعیین داوران و چگونگی تعیین آنها به طرفین اعطا کرده است. به موجب این بند، طرفین در رابطه با تعیین داوران آزادی کامل داشته و محدودیت‌های مطلق و یا نسبی که در قوانین ایران در خصوص تعیین داوران موجود است و مورد تفحص محققین نوشتار حاضر قرار گرفته است، به چشم نمی‌خورد.

تفاوت آشکاری که قانون داوری انگلستان با قانون آیین دادرسی مدنی ایران دارد، به رسمیت شناختن قضاات به عنوان داور است. ماده ۹۳ قانون مورد بحث با عنوان انتخاب قضاات به عنوان داور، به تبیین مقررات و شرایط انتخاب قضاات به عنوان داور از سوی طرفین اختلاف پرداخته است. بند ۱ ماده ۹۳، قضاات دادگاه‌های بدوی^۲ را مخیر نموده است در صورتی که شرایط موجود از منظر وی مناسب باشد، ایجاب طرفین اختلاف مبنی بر انتصاب وی به عنوان داور تنها و یا سرداور را قبول نماید. رویکرد قانون داوری انگلستان در خصوص انتخاب قضاات به عنوان داور، رویکردی بینابینی است. میان ممنوعیت و آزادی انتصاب قضاات شاغل به عنوان داور. طبق این قانون، انتصاب قضاات

1. The parties are free to agree on the procedure for appointing the arbitrator or arbitrators, including the procedure for appointing any chairman or umpire”

2. High court

به‌عنوان داور ممنوع نیست، اما طرفین صرفاً مجاز به انتخاب قضات محاکم بدوی می‌باشند.

۲-۵. قانون داوری آلمان

قانون داوری کشور آلمان در یکم ژانویه سال ۱۹۹۸ میلادی تصویب گردیده است.^۱ این قانون که متأثر از قانون نمونه داوری آنسیترال می‌باشد، با در نظر گرفتن جایگاه این کشور در عرصه تجارت بین‌الملل و مقتضیات اواخر دهه ۹۰ میلادی تنظیم شده است. در مقررات این قانون ممنوعیت خاصی در خصوص انتصاب داوران ملاحظه نمی‌گردد. طبق بند ۱ قسمت ۱۰۳۵ این قانون طرفین در توافق نسبت به فرایند تعیین داور یا داوران آزاد می‌باشند و هیچ محدودیتی در این رابطه وضع نشده است. صرفاً به موجب بند ۵ این ماده، در صورت عدم تعیین داور از سوی طرفین و یا به هر علت دیگری که دادگاه به عنوان مقام ناصب محسوب می‌گردد، انتصاب داور در داوری یک نفره و یا سرداوری که دارای تابعیت مشابهی بایکی از طرفین اختلاف باشد، منع گردیده است. نکته قابل توجه آن است که این ممنوعیت مطلق و با تراضی طرفین نیز امکان توافق بر خلاف آن وجود ندارد. هرچند که به موجب بند ۱، طرفین در موافقتنامه داوری می‌توانند چنین داوری منصوب نمایند. به طور خلاصه در مقررات این کشور نیز منعی در خصوص انتخاب قضات شاغل از سوی طرفین به عنوان داور یافت نمی‌شود.

1. Available at < https://www.trans-lex.org/600550/_/german-code-of-civil-procedure/#head_15 >

۳. اسناد بین‌المللی

۳-۱. قانون نمونه داوری آنسیترال^۱

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد^۲ یا به اختصار آنسیترال یکی از نهادهای وابسته سازمان ملل متحد می‌باشد که یکی از اهداف آن، یکسان سازی^۳ و هماهنگ سازی^۴ قوانین و مقررات راجع به حقوق تجارت بین‌الملل در کشورهای مختلف است. یکی از ابزارهایی که آنسیترال جهت نیل به این اهداف از آن بهره می‌جوید، تصویب قوانین نمونه^۵ می‌باشد. این قوانین نمونه در قالب یک قانون کامل و به صورت پیشنهادی به کشورهای عضو و غیرعضو سازمان ملل متحد ارائه می‌گردند. یکی از این قوانین نمونه، قانون نمونه آنسیترال در خصوص داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد که در سال ۱۹۸۵ میلادی تصویب و در سال ۲۰۰۶ نیز اصلاح گردید. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در سال ۱۳۷۶ با تاسی از این قانون به تصویب رسید. ماده ۱۱ قانون نمونه، طرفین اختلاف را در تعیین داوران و فرایند انتخاب آنان آزاد می‌داند. طبق بند ۲ ماده طرفین در انتخاب هر فرد یا افرادی به سمت داور آزاد بوده و هیچ‌گونه منعی در این خصوص وجود ندارد و لذا انتخاب قضاات شاغل نیز حسب این ماده با ممنوعیتی مواجه نمی‌باشد. طبق یادداشت توضیحی آنسیترال در خصوص این ماده، آزادی طرفین مستلزم رعایت اصول اساسی عدالت و انصاف در خصوص داور می‌باشد.^۶

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

2. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

3. Unification

4. Harmonization

5. Model law

6. Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, as amended in 2006, ¶23, available at www.uncitral.org.

۲-۳. مقررات داوری LCIA

دیوان داوری بین‌المللی لندن^۱ به عنوان یکی از مراکز مهم و پیشگام در حل و فصل اختلافات محسوب می‌گردد که در سال ۱۸۹۲ میلادی در لندن تاسیس گردید. عبارت دیوان مستعمل در این سازمان معنای متفاوتی از دادگاه یا محاکم که در ادبیات حقوقی مرسوم است دارد. دیوان به عنوان راس این سازمان محسوب می‌شود که وظیفه نظارت بر حسن اجرای مقررات داوری سازمان، انتخاب داوران و رسیدگی به جرح داوران را بر عهده دارد. (Moses, 2017, p.11) این سازمان قواعد و مقررات متعددی را در خصوص داوری، میانجی‌گری و سازش وضع نموده است. طرفین اختلاف می‌توانند این مقررات را در خصوص نحوه رسیدگی و فرایند داوری خود اعمال نمایند. آخرین مقررات داوری این نهاد در سال ۲۰۲۰ میلادی تصویب و منتشر گردید. این مقررات متضمن قواعد مختلفی از جمله شروع فرایند رسیدگی، تشکیل دیوان داوری و ترکیب آن، جرح داوران، نحوه رسیدگی و صدور رای می‌باشد. با تدقیق در مجموع مواد این قواعد، منع خاصی در خصوص انتخاب داور یا داوران یافت نمی‌گردد. آزادی طرفین در انتخاب داور در این مقررات محترم شمرده شده است. در ماده ۵/۹ این قواعد، هنگامی که دادگاه اقدام به انتصاب داور می‌نماید، دادگاه علاوه بر مطمح نظر قرار دادن شروط مورد توافق طرفین در خصوص داور، می‌بایست نوع اختلاف، مبلغ خواسته، حوزه تخصصی دعوای مطروحه را نیز مورد توجه قرار دهد و از داور مناسب در این خصوص استفاده نماید. این مقرر خود بیانگر حایز اهمیت بودن تخصص داور در رسیدگی است و نشانگر آن است که لزوم رسیدگی تخصصی به اختلاف، مقدم بر سایر ملاحظات است که در قوانین داخلی ایران موجود است. لذا از این ماده چنین مستفاد می‌گردد دادگاه می‌تواند قضاتی را که در حوزه اختلاف متخصص می‌باشند به عنوان داور و یا سرداور منصوب نماید.

1. London Court of International Arbitration (LCIA)

۳-۳. قواعد داوری مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور^۱

مرکز داوری بین‌المللی سنگاپور در سال ۱۹۹۱ به عنوان یک سازمان بین‌المللی و مستقل در کشور سنگاپور تاسیس گردید. این سازمان علاوه بر آنکه محلی برای حل و فصل دعاوی تجاری بین‌المللی می‌باشد، سند قواعد و مقررات داوری را نیز تحت عنوان SIAC Rules به تصویب رسانده است. این سند شامل مجموعه قواعدی است که از هنگام تشکیل دیوان داوری تا صدور رای بر فرایند داوری حاکم می‌باشد. آخرین نسخه این قواعد در سال ۲۰۱۷ تصویب و لازم الاجرا گردید.

ماده ۱۳ این قواعد بیانگر ویژگی‌های داوران می‌باشد. بند ۱ ماده ۱۳۳ صرفاً به بیان استقلال و بی‌طرفی داور و شرط دوام آن در طول رسیدگی اشاره می‌کند و ملاک دیگری را برای داوران تعیین نمی‌کند. همچنین بند ۲ این ماده نیز رئیس دادگاه، داوری را ملزم به رعایت کلیه شروط و ملاکهای مدنظر طرفین در خصوص تعیین داور می‌نماید. در مجموع مواد این مقررات، هیچ‌گونه ممنوعیت مطلق و یا نسبی در خصوص اشتغال داور به قضاوت مطرح نگردیده است و این امر بیانگر آزادی طرفین در انتخاب افراد مختلف به عنوان داور می‌باشد.

۳-۴. قواعد داوری آنسیترال

این قواعد ماهیتی متفاوت از قانون نمونه داوری آنسیترال دارند. قواعد داوری آنسیترال^۲ مجموعه مقرراتی است که طرفین اختلاف با درج یا ارجاع آن در قرارداد، آیین رسیدگی داوری را مضموم آن می‌نمایند. این مقررات در داوری‌های موردی^۳ قابل

1. Singapore International Arbitration Centre (SIAC)

2. UNCITRAL Arbitration Rules

3. Ad hoc

ارجاع و بهره برداری می‌باشد. نخستین نسخه این قواعد در سال ۱۹۷۶ میلادی از سوی آنسیترا ل تصویب و در سال ۲۰۱۰ میلادی نیز اصلاحاتی نسبت به آن اعمال گردیده است. مواد ۶ الی ۱۰ این مقررات به تشکیل دیوان داوری و انتخاب داوران پرداخته است. مجموع این سه ماده بیانگر آزادی طرفین در انتخاب داور و تقدم اراده طرفین بر موارد دیگر می‌باشد. (Croft et al, 2013, p.109) این موضوع موید عدم ورود این قواعد به بحث ویژگی‌های داوران و همچنین ارائه محدودیت نسبت به اراده طرفین می‌باشد.

۴. بی‌طرفی و استقلال قضا در داوری

در اغلب متون راجع به داوری تجاری بین‌الملل، سخن از بی‌طرفی و استقلال داور به میان می‌آید. مهمترین مبنای جرح داوران، فقدان استقلال یا بی‌طرفی است. تقریباً در کلیه قوانین راجع به داوری این موضوع پیش‌بینی شده است که داور می‌بایست مستقل و بی‌طرف باشد. (مافی و فلاح، ۱۳۹۲: ۱). داوری مبتنی بر اعتماد طرفین به داور و یکدیگر می‌باشد. از آنجایی که یکی از علل اصلی اعتبار رسیدگی قضایی، استقلال قضا می‌باشد، داور نیز می‌بایست علاوه بر صلاحیت‌های تخصصی و اخلاقی لازم، از استقلال و بی‌طرفی نیز بهره‌مند باشد. (Manzanares, 2007, p.3) قوانین راجع به داوری تعریفی از این دو مفهوم ارائه نمی‌دهند و صرفاً به ذکر آنها بسنده می‌نمایند. آنچه که واضح است، توقع رسیدگی عادلانه و منصفانه از سوی طرفین می‌باشد و لازمه رسیدگی، استقلال و بی‌طرفی داور است (شافع و حقیقیان، ۱۴۰۰: ۲). استقلال به تعبیر برخی از نویسندگان به معنای فقدان روابط تجاری، اقتصادی، شخصی، حرفه‌ای و خانوادگی میان داور با یکی از طرفین تعریف شده است و به تعبیری دیگر استقلال یک مفهوم عینی است و به روابط شخصی، اجتماعی و مالی میان داور و

یا یکی از طرفین دعوا و یا وکلای آنها مربوط می‌شود و هر مقدار این روابط نزدیک‌تر باشد موجب استقلال کمتر داور می‌شود (واحد و معبودی نیشابوری، ۱۳۹۴: ۵). در تعریفی دیگر، استقلال داور را به عنوان شخص ثالث بودن وی تعبیر می‌نمایند. با این معنا که داور نباید از لحاظ طبیعی یا حقوقی متحد نباشد. (عادل و توکلی، ۱۳۹۲: ۲۰۱). بی‌طرفی نیز بنا بر تعبیری عبارت است از جانبداری یا تمایل داور نسبت به یکی از طرفین یا موضوع. (Steenkamp, 2007, p.76) طبق تعریفی دیگر بی‌طرفی آن است که مرجع رسیدگی نباید به طرف یکی از طرفین دعوا نظر خاص داشته باشد و خواهان موقعیت برتر یکی و موقعیت بدتر دیگری نباشد، بلکه باید در رسیدگی و استماع اظهارات طرفین و بررسی ادله آنها کمترین فرق و تبعیض بین آنها قایل نشود و یک طرف را به دلایلی که با تصمیم منطقی در مورد شایستگی پرونده ارتباط ندارد، بر طرف دیگر ترجیح ندهد. (مافی و همکاران، ۱۳۹۹: ۵۱) بنا بر تعاریف ارائه شده مشخص می‌گردد بی‌طرفی و استقلال دو مفهوم متفاوت بوده و نبایستی با یکدیگر خلط گردند. اما ملاک تشخیص این دو ویژگی چیست؟ در این خصوص مصادیقی از سوی نویسندگان ذکر شده است. به عنوان نمونه، مواردی نظیر رابطه کاری داور با یکی از طرفین، عملکرد داور در رسیدگی به اختلاف (تبعیض آمیز)، قصور در وظایف و سلوک داور، فساد داور و افشای شور از مصادیق عدم استقلال و بی‌طرفی تلقی شده است (پیران، ۱۳۹۳: ۳۹۶). به نظر می‌رسد استقلال و بی‌طرفی داور باید در هر پرونده به نحو جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. هرچند می‌توان مصادیقی را از موارد ناقض استقلال و بی‌طرفی ارائه داد، اما آنچه که ما را در تشخیص یاری می‌نماید، اوضاع و احوال حاکم در پرونده است. به نظر می‌رسد اعمال معیار نوعی، برای تشخیص استقلال مناسب‌ترین معیار است زیرا، وابستگی داور امری عینی است و از بررسی اوضاع و احوال حاکم بر روابط داور با طرفین دعوا، سازمان دآوری، دیگر داوران و

اشخاص ثالث قابل کشف است (شمس و بطحائی، ۱۳۹۶ : ۵۸). بنا بر مطالب مطروحه، استقلال و بی‌طرفی داور یکی از شروط اساسی هر داور می‌باشد که می‌بایست از سوی طرفین و یا مقام ناصب مطمح نظر قرار گیرد. اما سوالی که مطرح می‌شود آن است که علاوه بر حالات مرسوم در خصوص نقض استقلال و بی‌طرفی داور، چه مواردی موجب نقض استقلال و بی‌طرفی داور در خصوص قضات می‌شود؟ در این خصوص دو حالت اصلی پدیدار می‌گردد که در ادامه به بررسی آنها می‌پردازیم.

۵-۱. طرح شکایت انتظامی یکی از طرفین از قاضی

در صورتی که یکی از طرفین سابقاً در خصوص پرونده‌ای که قاضی منتخب جهت داوری، دادرسی یا تحقیق آن را برعهده داشته است اقدام به طرح شکایت انتظامی علیه وی نزد دادسرای انتظامی قضات نموده باشد، آیا این موضوع ناقض استقلال یا بی‌طرفی داور است؟ بنا بر تعاریف ارائه شده، این موضوع نمی‌تواند موجب نقض استقلال گردد زیرا طرح شکایت انتظامی باعث ایجاد علقه میان داور و طرفین نمی‌گردد. اما در خصوص بی‌طرفی مسئله اندکی متفاوت‌تر می‌باشد. هرچند به موجب تبصره ماده ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ شکایت انتظامی از موارد رد دادرسی محسوب نمی‌گردد، اما موضوع بی‌طرفی گسترده و عام‌تر از جهات رد دادرسی می‌باشد. مختصات ویژه نهاد داوری مانع از اعمال معیارهای جرح قضات دادگاه‌های دولتی بر داوران است زیرا، معیارهای جرح قاضی مقرر در قوانین آیین دادرسی مدنی جامع و مانع نیست. جامع نیست از این رو، که می‌توان مصادیقی از عوامل مؤثر در زوال بی‌طرفی را یافت که از نظر برخی قانون‌گذاران مغفول مانده است (شمس و بطحائی، ۱۳۹۶ : ۴۶). اما در خصوص اینکه آیا صرف شکایت انتظامی،

می‌تواند موجب بی‌طرفی داور را فراهم آورد، به نظر پاسخ منفی باشد. زیرا قانون‌گذار این موضوع، یعنی عدم رسیدگی قاضی به دعوا یا شکایت را به صرف شکایت انتظامی، در خصوص قضات محاکم، که حساسیت قانونی و قضایی بیشتری در رابطه با رسیدگی‌های آنها وجود دارد، موجب رد دادرسی ندانسته است. بنابراین در خصوص داوری که مبتنی بر توافق طرفین است و غالباً اراده آنها در تعیین داور دخیل است، به نظر می‌رسد این موضوع در ظاهر موجب مخدوش شدن بی‌طرفی داور نمی‌گردد مگر اینکه اوضاع و احوال داور و شخص مدعی بی‌طرفی داور، خلاف آن را ثابت نماید.

۲-۵. صدور رای علیه یکی از طرفین از سوی قاضی

پرسش بعدی که مطرح می‌شود آن است که اگر قاضی (داور انتخابی) در یک پرونده حقوقی یا کیفری رای علیه یکی از طرفین صادر نموده باشد، در مقام داور، از بی‌طرفی خارج می‌گردد یا خیر؟ از آنجایی که وظیفه قاضی رسیدگی عادلانه در محور قانون می‌باشد و دادگستری محل تظلم خواهی افراد است، صدور حکم عادلانه له و علیه هر یک از اطراف، لازمه این امر می‌باشد. نظر به اینکه قاضی در چارچوب قوانین و مقررات به رسیدگی می‌پردازد و استدلال وی از قوانین و توفیق طرف مقابل در اثبات ادعای خود موجب صدور حکم علیه طرف دیگر می‌گردد لذا به نظر می‌رسد این امر نمی‌تواند قاضی را از بی‌طرفی خارج نماید. به بیان دیگر اگر جایگاه محکوم علیه و محکوم له تغییر پیدا کند نیز همچنان رای سابق صادر می‌گردد و اساساً صدور رای علیه یکی از اصحاب پرونده قائم به شخص نبوده است و قائم به جایگاه و محصور در ادله است. به همین علت به نظر می‌رسد این موضوع داور را از بی‌طرفی خارج نمی‌نماید.

۵-۳. تعارض منافع میان قضاوت و داوری

در نظم حقوقی کنونی، چه در عرصه بین‌المللی و چه در عرصه داخلی، داوری به طور کلی از قضاوت و محاکم دادگستری جدا نبوده و در موارد بسیاری، جریان داوری، متکی به محاکم دادگستری است. به عنوان نمونه نصب داور در صورت استنکاف یکی از طرفین یا عدم تراضی طرفین جهت نصب داور، تامین خواسته و در نهایت، مهم‌ترین رکن داوری یعنی شناسایی و اجرای رای داوری، نیازمند مراجعه به محاکم می‌باشد.^۱ شناسایی، مقدمه اجرای رای داوری است و مراد از آن، احتساب رای داوری از سوی دادگاه به عنوان یک سند صحیح و عاری از عیب می‌باشد و نتیجه آن تصدیق رای داوری است و شناسایی نوعی رسیدگی است که منتهی به صدور تصمیم قضایی می‌شود. (نیکبخت فینی، ۱۳۹۱: ۷) حال با توجه به اینکه انتخاب قاضی شاغل به عنوان داور و از طرفی مداخله محاکم در فرایند داوری، شبیه اعمال نفوذ و یا تعارض منافع را به میان آورد، در ادامه به تحلیل این شبیه خواهیم پرداخت. تعارض منافع قاضی از آنجا نشئت می‌گیرد که به واسطه برخی روابط، خطر معقولی برای تمایل به سمت یکی از طرفین دعوا وجود دارد؛ از این رو دو اصل استقلال و بی‌طرفی قاضی از اصول راهبردی دادرسی‌اند که نتیجه رعایت آنها، صدور رأی به دور از جانبداری است. (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۹: ۲۳). مطابق ماده ۱ «قانون شماره ۱۱۱۲-۹۱۷ مورخ ۱۱ اکتبر ۱۱۱۲ در مورد شفافیت زندگی عمومی» فرانسه، تعارض منافع به موقعیتی اطلاق می‌شود که موجب تداخل یک نفع عمومی با نفع خصوصی یا نفع عمومی دیگر شده و سبب شود اجرای مستقل، بی‌طرف و عینی یک مأموریت تحت تأثیر ناروا قرار گیرد یا به نظر برسد که تحت تأثیر قرار گرفته است. طبق تعاریف ارائه شده، تعارض منافع را

۱. رجوع کنید به مواد ۶، ۹، ۱۱، ۱۳، ۱۶، ۲۳، ۳۵ قانون داوری تجاری بین‌المللی

می‌توان حالتی تبیین نمود که در آن، قاضی به واسطه روابط خارج از موقعیت شغلی خود، در امر قضا، با وضعیتی مواجهه شود که میان منافع شخصی خود و منفعت عمومی، یعنی لزوم رعایت عدالت در منصب قضا، دچار تردید گردد. حال باید بررسی نمود که چگونه انتصاب قاضی شاغل به عنوان داور، می‌تواند وضعیت تعارض منافع را ایجاد نماید؟

همان‌طور که در صدر این گفتار اشاره شد، یکی از مصادیق مداخله دادگاه در فرایند داوری، هنگام شناسایی و اجرای رای داوری است. در صورتی که درخواست شناسایی رای داوری به محکمه ارجاع گردد و قاضی رسیدگی کننده، همان داور صادر کننده رای داوری باشد، طبعاً این رسیدگی از عدالت به دور می‌باشد، زیرا یک فرد نمی‌تواند در خصوص اقدام خود، در منصب دیگری اتخاذ تصمیم نماید. در این خصوص، صرف نظر از مغایرت این رسیدگی با عدالت، می‌توان نفع شخصی داور در موضوع را نیز مدنظر قرار داد. زیرا شناسایی رای داور و به تبع آن اجرای این رای، علاوه بر منافع مادی، منفعت معنوی نیز در پی خواهد داشت و لذا مستند به بند (و) ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی، صدور قرار رد دادرس شایسته به نظر می‌رسد. حالت دیگری که می‌توان متصور شد، مربوط به زمانی است که یکی از طرفین درخواست ابطال رای داوری را از دادگاه نماید و شخص داور قاضی رسیدگی کننده پرونده باشد که در این خصوص نیز می‌توان به موارد اشاره شده استناد نمود.

در نتیجه، هرگونه اظهار نظر ماهوی از سوی داور، در خصوص موضوع داوری به عنوان قاضی، مطلقاً پذیرفته نبوده و ممکن است در عمل نیز واقع نگردد لذا شبهه تعارض منافع، با این وصف وارد نمی‌باشد. اما با توجه به سلسله مراتب اداری و قضایی موجود میان قضات، نظیر محاکم عالی و تالی و همچنین سلسله مراتب موجود در دادسرا میان دادستان، بازپرس و دادیار، شاید بتوان این تعارض منافع و تحت تاثیر قرار گرفتن روند

رسیدگی را از سوی قضات متصور دانست. هرچند با توجه به استقلال قضات و لزوم تبعیت از سلسله مراتب در چارچوب موارد قانونی، این تاثیرپذیری یا اعمال نفوذ کم‌رنگ می‌باشد، هرچند غیرممکن نیست. در صورت بروز ایجاد شبهه تعارض منافع مستقیم نیز می‌توان به راهکار قانونی مقرر در بند (و) ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی، یعنی وجود نفع شخصی قاضی در رسیدگی و متعاقب آن لزوم صدور قرار رد دادرسی، تمسک جست.

نتیجه‌گیری

داوری از ویژگی‌های مثبتی برخوردار می‌باشد که این ویژگی‌ها باعث اقبال بیشتر طرفین، خصوصاً در دعاوی تجاری بین‌المللی، به داوری در مقایسه با رجوع به محاکم قضایی گردیده است. یکی از این ویژگی‌ها که نشئت گرفته از اصل حاکمیت اراده در قراردادهای می‌باشد، آزادی طرفین در تعیین مقام رسیدگی کننده به اختلاف در داوری است. در این نوع از رسیدگی، طرفین در تعیین داور آزاد بوده و می‌توانند هر شخص مناسبی را به عنوان داور برگزینند. این آزادی گاهی به واسطه قوانین داخلی (قانون حاکم و یا قانون مقر داوری) و یا مقررات سازمان‌های داوری محدود می‌گردد. این محدودیت‌ها در نظام حقوقی ایران بیشتر و شدیدتر می‌باشد. در داوری داخلی، قانون آیین دادرسی مدنی، ممنوعیت‌هایی را در خصوص انتصاب داوران پیش‌بینی کرده است. یکی از این محدودیت‌ها، محدودیت مصرح در ماده ۴۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر ممنوعیت انتصاب قضات شاغل به عنوان داور می‌باشد.

داوری تجاری بین‌المللی در ایران تابع قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ می‌باشد. مجموع ۳۶ ماده این قانون، محدودیتی راجع به انتخاب داور از سوی طرفین جز در موردی خاص، مقرر ننموده است. محدودیت مزبور راجع به التزام طرف ایرانی به

انتخاب دآوری با تابعیت مشابه با طرف اختلاف قبل از وقوع اختلاف می‌باشد. به جز مورد یادشده، هیچ منع دیگری در این قانون یافت نمی‌گردد و آزادی به طرفین در انتخاب داور اعطا گردیده است. همچنین بند ۱ ماده ۳۶ این قانون یک حکم تخصیصی صادره نموده است که به موجب آن مقررات سایر قوانین نسبت به این قانون مجری نخواهد بود. از این بند عدم ممنوعیت انتخاب قضاات شاغل به عنوان داور در دعاوی تجاری مستفاد می‌گردد. از طرفی نیز قانون دآوری تجاری بین‌المللی یک قانون خاص است و قانون خاص مقدم، بر قانون عام موخر است که همان قانون آیین دادرسی مدنی باشد.

در سایر نظام‌های حقوقی که در این نوشتار بررسی گردید، هیچ‌گونه منعی در خصوص انتخاب قضاات شاغل به عنوان داور در دعاوی تجاری بین‌المللی ملاحظه نگردید و به نظر می‌رسد رویه اغلب کشورها نیز به همین صورت باشد. صرف نظر از حکومت اصول حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، یکی از علل این عدم ممنوعیت تاثیر پذیری قوانین راجع به دآوری تجاری بین‌المللی کشورها از قانون نمونه آنسیترال می‌باشد که به موجب آن چنین منعی مطرح نشده است و از طرفی نیز طرفین را در انتخاب داور و فرایند آن آزاد گذاشته است. همچنین مقررات دآوری سازمان‌های دآوری نیز مبتنی بر همین آزادی بوده و محدودیتی را در خصوص انتخاب قضاات به عنوان داور به طرفین تحمیل نمی‌نماید.

بنابراین در صورتی که طرفین یک اختلاف تجاری بین‌المللی، دآوری اختلاف را به یک قاضی شاغل واگذار نمایند، وفق مقررات داخلی و بین‌المللی این انتخاب صحیح و فاقد منع و اشکال قانونی است و از این باب نمی‌توان ادعای بطلان رای دآوری را نمود. هر چند در خصوص قضاات مقرراتی نظیر اصل ۱۴۱ قانون اساسی و ماده واحد منع تصدی بیش از یک شغل و بخشنامه‌های صادره از سوی ریاست محترم وقت قوه قضائیه،

متضمن منع قضات از اشتغال به شغل دیگر، خصوصاً داوری می‌باشد، باید توجه داشت که داوری در صورتی که از نوع موردی بوده و قاضی، عضو سازمان داوری نباشد، اساساً این اقدام به علت فقدان وصف استمرار، شغل تلقی نشده و مشمول ممنوعیت‌های مذکور نمی‌گردد. از طرفی نیز در بخشنامه‌های یادشده صرفاً به داوری‌های مشمول قانون آیین دادرسی مدنی اشاره شده است و در خصوص داوری تجاری بین‌المللی ساکت است. چنانچه در استقلال و یا بی‌طرفی قاضی منتخب از سوی طرفین، تردیدی وجود داشته باشد، طبق مقررات حاکم بر داوری، خواه مقررات داخلی و یا بین‌المللی، و همچنین اوضاع و احوال حاکم بر پرونده، زمینه جرح وی فراهم می‌گردد. در خصوص عدم استقلال و یا عدم بی‌طرفی داور ملاک‌های مدونی وجود ندارد و در این خصوص می‌بایست به اوضاع و احوال هر پرونده توجه داشت و از ملاک‌های شخصی یاری جست. به‌عنوان مثال صرف شکایت انتظامی یکی از طرفین از قاضی، نمی‌تواند موجبات جرح وی را فراهم آورد.

باتوجه به اینکه دادگاه در مراحل مختلفی نظیر انتصاب داور، شناسایی، اجرا و یا بطلان رای داوری اقدام به رسیدگی نموده و به عبارت دیگر فرایند داوری در این مراحل حساس وابسته به دادگاه می‌باشد، لذا ممکن است انتخاب قاضی داور موجبات تعارض منافع وی را فراهم آورد. در این خصوص اگر داور به نحو مستقیم در خصوص رای صادره خویش اقدام به رسیدگی نماید، موضوع مشمول بند (و) ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی بوده و می‌بایست قرار رد دادرسی از ناحیه وی به علت وجود نفع شخصی در موضوع صادر گردد. در سایر موارد که داور به عنوان قاضی و مستقیماً در پرونده دخالتی قانونی ندارد، خواه به عنوان مقام عالی یا تالی، لذا تعارض منفعتی متصور نمی‌باشد، زیرا قضاوت مستقل بوده و صرف وحدت‌شغلی نمی‌تواند موجب بروز تعارض منافع گردد.

منابع و مأخذ

فارسی

- الموسوی السبزواری، عبدالاعلی (۱۳۸۸). مهذب الاحکام فی بیان حلال والحرام. تفصیل المنشور: قم، دار التفسیر
- پیران، حسین (۱۳۹۳). مسایل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- جنیدی، لعیا (۱۳۸۰). قانون داوری تجاری بین المللی از دریچه حقوق اسلامی. نشریه پژوهشنامه متین، ۱۰، ۱۲۷-۱۳۸.
- شافع، میرشهبیز و حقیقیان، مهدی (۱۴۰۰). بررسی مفهوم رابطه خصوصی با داور و تأثیر آن در اعتبار رأی داوری تجاری بین المللی. مجله علمی حقوق خصوصی، ۱۸(۲).
- رستمی، امین؛ زمانی، مسعود و توسلی نائینی، منوچهر (۱۳۹۷). تعیین داوران و حدود اختیارات آنان در داوری تجاری بین المللی. تحقیقات حقوقی بین المللی، ۱۱(۴۰).
- زمانی، سید قاسم و حسینی، به آذین (۱۳۹۷). اصول حقوق بین الملل سرمایه گذاری. تهران: انتشارات شهر دانش، چاپ چهارم.
- سیاه بیدی کرمانشاهی، سعید (۱۴۰۰). بررسی تعارض منافع مقامات قضایی. مجله دانش حقوق عمومی، ۱۰(۲)، ۱۹-۴۵.
- شمس، عبدالله، بطحائی، سید فرهاد (۱۳۹۶). معیار تشخیص استقلال و بی طرفی داور. دو فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۰(۷۷)، ۳۹-۶۵.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۶). داوری تجاری بین المللی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
- عادل، مرتضی و توکلی، محمد مهدی (۱۳۹۲). استقلال و بی طرفی داور در داوری داخلی و داوری تجاری بین المللی. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۶(۶۴)، ۱۹۱-۲۱۶.
- مافی، همایون؛ قوامی، بهزاد و محمدی، سام (۱۴۰۱). استقلال و بی طرفی داور در داوری های بین المللی با تکیه بر آرای قضایی. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۵(۹۷).

مافی، همایون و فلاح، مهدی (۱۳۹۲). تعارض منافع در داوری بین‌المللی با تأکید بر اصول راهنمای کانون بین‌المللی وکلا، مجله سازمان‌های بین‌المللی، ۱(۲).

مختاری چهاربری، علی و فرحزادی، علی‌اکبر (۱۳۹۹). تعیین قلمرو اصل آزادی قراردادی در پرتو تئوری حق و حکم. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۲(۲۱): ۱۶۷-۱۹۰.

نیکبخت فیینی، حمیدرضا (۱۳۹۱). شناسایی و اجرای آرای داوری‌ها در ایران، چاپ اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.

واحد، شقایق و معبودی نیشابوری، رضا (۱۳۹۴). استقلال و بی‌طرفی داور؛ ترادف یا تمایز؟ (مطالعه تطبیقی در داوری تجاری بین‌المللی). مطالعات حقوق تطبیقی، ۶(۱): ۳۹۳-۴۱۲.

References

- Adel, M., & Tavakoli, M.M. (2012). Independence and impartiality of the arbitrator in domestic arbitration and international commercial arbitration. *Legal Research Quarterly*, 16(64), 191-216. (In Persian)
- Al-Mousavi-Al-Sabzwari, A.A. (2008). *Mahzab al-Ahkam in stating what is permissible and what is forbidden*. Publication details: Qom, Dar al-Tafseer (in Persian)
- Bazil, O. (2015). *Key criteria in appointment of arbitrators in international arbitration*, "Juridical Tribune (Tribuna Juridica)". Bucharest Academy of Economic Studies, Law Department, vol. 5(2)
- Born G. (2016). *International arbitration: law and practice (Second)*, Wolters Kluwer: Kluwer Law International.
- Carbonneau, T.E. (1998). *A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act*, 22 Tul. Mar. L.J.
- Croft, C., Kee, C., & Waincymer, J. (2013). *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Junadi, L. (2008). International commercial arbitration law from the perspective of Islamic law. *Matin Research Journal*, 10, 127-138. (In Persian)
- Mafi, H. & Falah, M. (2012) Conflict of interest in international arbitration with an emphasis on the guiding principles of the International Association of Lawyers. *Journal of International Organizations*, 1(2). (In Persian)

- Mafi, H., Qavami, B., & Mohammadi, S. (2022). Independence and impartiality of the arbitrator in international arbitration relying on judicial opinions. *Legal Research Quarterly*, 25(97). (In Persian)
- Manzanares Bastida, B. (2007). The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration from a Theoretical and Practical Perspective, *Revis@ e-mercatoria*, Vol. 6, No. 1
- Mokhtari Chaharbari, A., & Farahzadi, A. A. (2020). Determining the Scope of the Principle of Contractual Freedom in the Light of the Theory of Rule and Right. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 12(21), 167-190. (In Persian)
- Moses, M. (2017). *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration: Third Edition* (3rd ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Nikbakht Fini, Hamidreza (2019). *Identification and implementation of arbitration awards in Iran*. first edition, Tehran: Business Studies and Research Institute. (In Persian)
- Noussia K. (2010), *Confidentiality in international commercial arbitration: a comparative analysis of the position under english us german and french law*, Springer, New York
- Onyema, E. (2010). *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, routledge publication. New York
- Piran, H. (2013). *Legal issues of international investment*. Tehran: Ganj Danesh Publications, second edition. (In Persian)
- Rostami, A., Zamani, M. & Tosali Naini, M. (2017). Determining arbitrators and the limits of their authority in international commercial arbitration. *International Legal Research*, 11(40). (In Persian)
- Shafi, M., & Haghigian, M. (2021). Investigating the concept of private relationship with the arbitrator and its effect on the validity of the international commercial arbitration award. *Scientific Journal of Private Law*, 18(2). (In Persian)
- Shams, A., & Bathai, S.F. (2016). The criteria for determining the independence and impartiality of the referee. *Journal of Legal Research*, 20(77), 39-65. (In Persian)
- Shiravi, A.H. (2016). *International Commercial Arbitration*. 7th edition, Tehran, Semit Publications. (In Persian)

Siah Bedi Kermanshahi, S. (2021). Investigating the conflict of interests of judicial authorities. *Journal of Public Law Knowledge*, 10(2), 19-45. (In Persian)

Steenkamp, T, (2007). *Independence And Impartiality of Arbitrators*, Legum at the North-West. University (Potchefstroom Campus)

Vahed, S., & Maboudi Neishabouri, R. (2015). The 'Independence' and 'Impartiality' of Arbitrator; Synonymy or Distinction? (A Comparative Study in International Commercial Arbitration). *Comparative Law Review*, 6(1), 393-412. doi: 10.22059/jcl.2015.54418 (in Persian)

Zamani, S.Q. & Hasibi, (2017). *Principles of international investment law*. Tehran: Shahr Danesh Publications, 4th edition. (in Persian)