


Journal of
Comparative Law Review
(JCL)

DOI: 10.22059/JCL.2022.339402.634316

**A Comparative Survey on the International and
Domestic Approaches towards Arbitration with Non-
Responding Defendant**

Majid Ghamami¹ 

1. Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: mghamami@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
<p>Paper Research: Research Article</p> <hr/> <p>Received: 2022/03/04</p> <p>Accepted: 2022/08/22</p> <hr/> <p>Keywords: <i>default arbitration, enforcement of default award, general principles of proceeding, non-responding defendant, review of default award.</i></p>	<p>Arbitration is a contractual arrangement of dispute settlement. The core of arbitration as a mechanism is 'agreement' of the disputing parties. As opined by some scholars, the backbone of any procedure for dispute settlement, including arbitration, is cooperation of opposing parties. The state courts are empowered to enforce the parties' cooperation through conduct of default process in case of respondent non-participation. However, once arbitration is concerned, parties' cooperation is more important because the tribunal conduct the arbitration based on the powers conferred thereto by the parties. If one of the parties, specifically for the purpose of this article 'the respondent', decides to not participate in arbitration due to any reason, which is not ultimately considered as justified excuse, the arbitral tribunal would face with two important conflicting questions. 1) How to respect the respondent's right of due process. 2) How and to what extent the respondent's arbitrary decision not to participate affects the claimant's contractual right of access to justice. Both courts of recognition and enforcement and annulment review of a default arbitral award encounter with a number of requirements in their course of proceeding as well.</p>
<p>How To Cite</p>	<p>Ghamami, Majid (2022). A Comparative Survey on the International and Domestic Approaches towards Arbitration with Non-Responding Defendant. <i>Comparative Law Review</i>, 13 (2), 675-694.</p>
<p>Publisher</p>	<p>University of Tehran Press. </p>

مطالعات حقوق تطبیقی

سال ۱۳، شماره ۲، شماره پیاپی ۲۶

پاییز و زمستان ۱۴۰۱، ۶۷۵-۶۹۴

DOI: 10.22059/JCL.2022.339402.634316

مطالعه تطبیقی رویکردهای ملی و بین‌المللی به داوری در غیاب خوانده

مجید غمامی^۱۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: mghamami@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۳</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۳۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: اجرای رأی غیابی، تجدیدنظر از رأی غیابی، خوانده غایب، داوری غیابی، قواعد عمومی رسیدگی.</p>	<p>داوری روشی تراضی‌محور برای فصل خصومت و جایگزین مناسبی برای دادرسی دولتی بر مدار توافق و مراعات است. از درون داوری می‌توان پنجره‌ای نوین به قواعد امری دادرسی گشود، اما در داوری نیز گاه منافع متضاد اطراف دعوا مسیر رسیدگی را سخت و ناهموار می‌کند. برخی صاحب‌نظران اعتقاد دارند در دادرسی روابط متقابل اصحاب دعوا و دادرس بر همکاری میان آنان بنا می‌شود. اگر این نظریه را بپذیریم، ضرورت این همکاری در داوری دوچندان است. پرسش این جستار آن است که اگر خوانده دعوا که پیش‌تر بر اصل داوری توافق کرده است، در جریان داوری همکاری نکند و خود را نشان ندهد، تکلیف چیست؟ از یک سو در داوری قدرت داور مستند به قدرت عمومی نیست و جوهر تراضی اقتضا دارد که داور با استناد به اذنی که از طرفین دعوا دارد با نظارت آنان دعوا را فیصله دهد، و از سوی مقابل، توقف داوری به علت غیبت خودخواسته خوانده نباید موجب نادیده گرفتن حق دادخواهی خواهان گردد. جمع بین این دو، ضرورت داوری در غیاب خوانده را تبدیل به موضوعی جالب توجه کرده است و آنچه در ادامه می‌آید تلاشی برای صورت‌بندی اوصاف آیینی داوری در غیبت خوانده و الزامات داوران در رسیدگی و صدور رأی و الزامات دادگاه مجری رأی داور و دادگاه رسیدگی‌کننده به درخواست ابطال رأی است.</p>
<p>استناد</p> <p>غمامی، مجید (۱۴۰۱). مطالعه تطبیقی رویکردهای ملی و بین‌المللی به داوری در غیاب خوانده. <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i>، ۱۳ (۲)، ۶۷۵-۶۹۴.</p>	
<p>ناشر</p> <p>مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.</p>	

مقدمه

داوری سازوکاری جایگزین دادرسی دولتی است که ورود در آن نیاز به توافق اطراف دعوا دارد. بن‌مایه داوری تراضی است؛ خواه این تراضی پیش از بروز دعوا باشد یا پس از آن. هنگامی که طرفین یک قرارداد در پیمان خود شرط می‌کنند که اختلافات آینده را به داوری بسپارند، در موقعیت تفاهم و صلح‌اند؛ داوری را به‌منزله راه‌حلی مناسب با قرارداد خود برای حل اختلاف می‌یابند و امید بسیار دارند که قرارداد آنان به فرجام نیکو پایان پذیرد. اما در جریان اجرای قرارداد به‌ویژه در قراردادهای مستمر وقایع پیش‌بینی نشده در کمین است؛ یک طرف ادامه قرارداد را به نفع خود نمی‌بیند و طرف دیگر در معرض ورشکستگی قرار می‌گیرد، چنان‌که قواعد امری خارج از قلمرو انتظار و کنترل طرفین مانند تحریم‌های بین‌المللی مانع اجرای قرارداد می‌شود و رخدادهایی دیگر از این دست که متعاقبین را در وضعی قرار می‌دهد که نه راه پس دارند و نه راه پیش؛ یکی مایل به فسخ و بازگشت به نقطه عزیمت است و دیگری مانند در وضع موجود را بر عقب‌گرد ترجیح می‌دهد، زیرا فسخ و بازگشت به زیان اوست. طرفین به تفاهمی متعادل بر خاتمه قرارداد نمی‌رسند و هریک دیگری را مقصر یا مسبب وضع پیش‌آمده می‌انگارد؛ حتی اگر در باطن او را شایسته شماتت نداند. در این وضع یک طرف مستحق درخواست اجرای اجباری یا فسخ است، ولی حکم به اجرای قرارداد یا فسخ آن برای طرف دیگر سخت دشوار است و دفاع مناسبی هم در برابر ادعای هم‌پیمان خود ندارد. اگر برون‌رفت از این وضع دشوار به دادگاه سپرده شود، مشکلی در رسیدگی و صدور رأی پدیدار نمی‌شود، زیرا نه مراجعه به دادگاه صالح محتاج توافق است و نه رسیدگی به دعوا در دادگاه موکول به همکاری اصحاب دعواست. در نهایت، چاره در رسیدگی غیابی است. اما اگر در چنین وضعی دعوا به داوری رود، کار سخت می‌شود. طرح دعوا نزد داور بر مبنای توافق قبلی است و ایرادی در صلاحیت بروز نمی‌کند. در انتخاب داور یا هیئت داوران نیز قواعد داوری سازمانی و قواعد داوری موردی هر دو به تناسب راه‌حلی برای انفعال و عدم همکاری یکی از اصحاب داوری پیش‌بینی کرده‌اند. لیکن پس از شروع فرایند داوری، داور برای اداره مناسب داوری و رسیدگی و کشف واقعیت نیازمند همکاری طرفین است. هرگاه خوانده دعوا به دلایلی که نمونه‌هایی از آن ذکر شد، علاقه‌ای به ورود در داوری و همکاری با داور نداشته باشد و نفع او در عقیم ماندن داوری و تأخیر در رسیدگی باشد، چاره چیست؟ آیا باید داور رسیدگی را در غیاب خوانده ادامه دهد و به هر نتیجه‌ای رسید، رأی دهد یا آنکه داوری را بدون نتیجه پایان یافته اعلام کند؟

رسیدگی داور در غیاب خوانده در نگاه نخست با جوهر داوری که تراضی است ناسازگار به نظر می‌رسد. شاید به همین دلیل است که قواعد داوری‌های سازمانی و نیز قواعد داوری‌های موردی چگونگی رسیدگی غیابی در داوری و صدور رأی غیابی را مسکوت نهاده و به این مقدار بسنده کرده است که هرگاه یکی از طرفین از مشارکت در داوری از ابتدا یا در هر مرحله پس از آغاز آن

طرفه رود، داوری ادامه خواهد یافت^۱ و استمرار رسیدگی به دعوا به حضور طرفین یا خواننده منوط نشده است. در حقوق ایران قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ در بند ۲ ماده ۲۴ مقرر نموده است: «در صورتی که خواننده بدون عذر موجه در تقدیم دفاعیه قصور کند «داور» رسیدگی را ادامه خواهد داد، بدون اینکه کوتاهی مزبور فی‌نفسه به معنای قبول ادعای خواهان توسط خواننده تلقی شود». بند «ب» ماده ۴۴ قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران نیز در این زمینه مقرر داشته است: «در صورتی که خواننده از دادن لایحه دفاعیه قصور نماید، همچنین در صورتی که خواهان از دادن لایحه جوابیه به دعوی تقابل خواننده خودداری کند، بدون اینکه این قصورها فی‌نفسه به معنای قبول ادعای خواهان یا دعوی متقابل خواننده تلقی شود «داور» بر اساس مدارک موجود در پرونده رسیدگی و تصمیم مقتضی اتخاذ خواهد کرد».

خواهیم دید که ادامه یافتن رسیدگی شرایطی دارد: ادعای خواهان متکی بر سبب قابل قبولی باشد، خواننده عذر موجهی برای غیبت در داوری نداشته باشد و در تمامی مراحل رسیدگی داوری، قواعد ابلاغ صحیح به خواننده رعایت گردد. پس داور مختار و مجاز است که رسیدگی را در غیاب خواننده ادامه دهد و پس از خاتمه آن رأی صادر کند و این رأی نیز بر حسب قاعده قابل اجرا خواهد بود. بند آخر ماده ۲۵ قانون نمونه آنسترال در این زمینه چنین پیشنهاد می‌دهد: «... هر گاه یکی از طرفین بدون عذر موجه در جلسات استماع شرکت نکند یا مدارک و مستندات خود را به دیوان داوری ارائه ندهد، دیوان داوری بر مبنای مستنداتی که در اختیار دارد، رأی خواهد داد... مگر آن که طرفین به نحو دیگری توافق کرده باشند». برخی از نویسندگان نیز اختیار داور به ادامه رسیدگی در غیاب یکی از اصحاب دعوا را در زمره نتایج ذاتی توافق بر داوری می‌دانند و آن را در چارچوب اصل حاکمیت اراده و لزوم وفای به عهد معنا می‌کنند (G. Born, [a] 2014, 3027, [b] 2012, 357).

مبنای این نتیجه لزوم رعایت حسن نیت اصحاب دعوا در مشارکت در اجرای تعهدی است که خود پذیرفته‌اند (شرط داوری) و داوری نیز با اینکه سازوکاری تراضی‌محور است، ولی همان کارویژه دادرسی را دارد: «فصل خصومت». منتها داور در این کار با دو مصلحت ناسازگار روبروست؛ از یک طرف باید حق خواننده به بهره‌مندی از دادرسی مطلوب و عادلانه را تأمین و تضمین کند و از سوی دیگر حق قراردادی خواهان به مراجعه به داور برای احقاق حق را محترم شمارد. رعایت این دو مصلحت به صورت هم‌زمان اقتضائاتی دارد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

داور یا داوران و خواهان دعوا در رویارویی با خواننده ممتنع از همکاری با سه مسئله روبرو

۱. برای نمونه، ر.ک. بند ۸ ماده ۶ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC Arbitration Rule)، ماده ۸-۱۵ مقررات دیوان داوری بین‌المللی لندن (LCIA)، ماده ۲۰-۹ مقررات داوری مرکز داوری سنگاپور (SIAC)، ماده ۳۰ مقررات داوری آنسترال، ماده ۳۵-۲ مقررات داوری مرکز داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی استکلهم (SCC).

می‌شوند: اول آنکه مقررات داوری و نیز قانون مقر داوری در چنین وضعی چه حکمی دارند و چگونه رسیدگی مطلوب داوری را تضمین می‌نمایند. دوم آنکه باید نسبت به این امر تفتن داشته باشند که نتیجه عدم مشارکت و حضور خوانده در داوری به معنای پذیرفتن خودبه‌خود و محتوم ادعاهای خواهان نیست و او همچنان مکلف به آوردن دلایل مناسب برای اثبات ادعای خود است. سوم آنکه خواهان باید محدودیت خود را در آوردن دلیل درک کند و دلیلی در میان آورد که با وضعیت غیبت خوانده در داوری تناسب بیشتری دارد. سرانجام داوران در هنگام صدور رأی باید به مقتضای غیبت یکی از اطراف دعا احتیاط‌های آیینی و ماهوی مناسب با این موقعیت را مرعی دارند.

الف) جریان رسیدگی تا صدور رأی

الف-۱) آغاز داوری در غیاب خوانده

مقررات گوناگون داوری، خواه داوری سازمانی یا داوری موردی، رویکرد واحدی به این موضوع ندارند. آنچه از دیدگاه مقررات داوری برای شروع فرایند داوری اهمیت دارد، انتخاب صحیح داور یا داوران و اطمینان از وصول هزینه‌های داوری است. مقررات داوری برای هر دو موضوع راه‌حل‌هایی برای عدم مشارکت یکی از طرفین دارند. در انتخاب داور یا داوران بسته به اینکه داوری سازمانی باشد یا موردی، مقام مسئول در سازمان داوری یا دادگاه پشتیبان داوری دخالت می‌کند. درباره تأمین هزینه‌ها نیز به خواهان اجازه داده می‌شود که سهم خوانده ممتنع را بپردازد تا داوری آغاز گردد. پس از آغاز داوری نیز نخستین موضوع درخور ملاحظه و احتیاط، اطمینان از ابلاغ صحیح مواعد و دستورهای داوری است. ابلاغ این اوراق باید به هر دو طرف انجام پذیرد و ابلاغ یک‌طرفه^۱ به خواهان کافی نیست. در داوری برخلاف دادرسی، طرفین قبل از شروع دعا بر داوری توافق کرده‌اند. این توافق یا به صورت شرط در قرارداد اصلی تشکیل‌دهنده رابطه حقوقی طرفین است یا خود قراردادی جداگانه با موضوع داوری است. به هر روی در این قراردادهای پیش از داوری، مشخصات و نشانی خوانده برای ابلاغ وجود دارد و داور باید تمامی جریان داوری را به همین نشانی برای خوانده ارسال کند. مؤسسه داوران مجاز^۲ لندن در سال ۲۰۱۵ دستورالعمل ویژه‌ای برای

1. *ex parte* notification

۲. Institute of Chartered Arbitrators انجمنی غیرانتفاعی در لندن است که با هدف ترویج شیوه‌های حل و فصل جایگزین حل و فصل دعاوی تشکیل شده است و با شرایطی به اشخاص واجد صلاحیت برای داوری پروانه داوری صادر می‌کند. این انجمن در سال ۱۹۱۵ تأسیس شده است و در سال ۱۹۷۱ اجازه سلطنتی صدور پروانه داوری دریافت کرده است. این انجمن اکنون در بیش از ۱۰۰ کشور شعبه دارد و در زمره مراجع معتبری است که عضویت در آن به عنوان داور مجاز امتیازی بزرگ برای متخصصان داوری حرفه‌ای به‌شمار می‌آید. ر.ک. <https://www.ciarb.org/>

داوری‌های جریان‌یافته در غیاب طرفین دعوا^۱ تدوین کرده است که در ماده اول آن در مقام تبیین شرایط داوری در غیاب خواننده توصیه می‌کند که داوران باید از اینکه دعوی خواهان از لحاظ حقوقی و با در نظر گرفتن قانون حاکم و عرف‌های بازرگانی ادعایی قابل رسیدگی و استماع است، اطمینان حاصل کنند و پس از آغاز داوری نیز ابلاغ واقعی تمامی مراحل داوری اعم از دستورهای داوری، مستندات خواهان، لوائح دفاعی خواهان در مقام تشریح ادعاهای خود، شهادت‌نامه‌های گواهان، گزارش‌های کارشناسی و نظیر آن به خواننده باید به‌گونه‌ای مؤثر انجام پذیرد و سابقه تمامی این ابلاغ‌ها باید در پرونده داوری مضبوط باشد. داوری در غیاب خواننده فقط در صورتی که او بدون عذر موجه از مشارکت در داوری خودداری می‌کند، مجاز است.^۲

الف-۲) رعایت اصول دادرسی

در فرایند داوری، دیوان داوری باید همواره به‌گونه‌ای عمل کند که گویی خواننده در دعوا حضور دارد و مراقب پیشرفت داوری است و آماده است تا هر موقع لازم دید، وارد میدان شود. پس باید تمامی تشریفات مربوط به تبادل مستندات و مدارک، ابلاغ اوراق داوری، ابلاغ مواعد، دعوت به حضور در جلسه استماع و نظایر آن نسبت به خواننده غایب به‌دقت رعایت گردد. در این قبیل موارد، دیوان داوری باید بی‌آنکه ایرادی به صلاحیت مطرح شده باشد، ابتدا به صلاحیت خود بپردازد و پس از احراز صلاحیت رسیدگی به موضوعات مطرح‌شده، جریان داوری را ادامه دهد.^۳ داوری نیز مانند دادرسی تابع اصول دادرسی است. مراعات اصول دادرسی در داوری چندان اهمیت دارد که ماده ۱۴۶۴ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه درباره آن چنین مقرر داشته است: «گر طرفین به نحو دیگری توافق نکرده باشند، دیوان داوری آیینی را که بر اساس آن به دعوا رسیدگی خواهد کرد برمی‌گزیند بی‌آنکه مقید به پیروی از آیین دادرسی دادگاه‌های دولتی باشند. با وجود این، اصول اداره‌کننده دادرسی اعلام‌شده در مواد ۱ تا ۱۰، بند نخست ماده ۱۱، بندهای دوم و سوم ماده ۱۲، مواد ۱۳ تا ۲۱، ۲۳ و ۱-۲۳ این قانون در داوری لازم‌الاتباع خواهد بود. طرفین دعوا و داوران باید با سرعت و صداقت داوری را پیش برند. فرایند داوری در چارچوب تکالیف قانونی به صورت محرمانه خواهد بود، مگر آنکه طرفین به‌گونه‌ای دیگر توافق کرده باشند».

مواد ۱ تا ۱۰ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه به تبیین وظایف و اختیارات متقابل اصحاب دعوا و دادرس در آغاز کردن دعوا و اداره آن اختصاص دارد و مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۳ نیز به ترتیب به اداره دلیل و توصیف سبب دعوا و اختیار سازش و مشارکت طرفین دعوا در تبیین قاعده حقوقی

1. CI Arb Guidelines on Party Non-Participation, available at:
<https://ciarb.org/media/4204/guideline-9-party-non-participation-2015.pdf>
 2. *Ibid.*, art. 1(1)
 3. *Ibid.*, art. 1(2)

حاکم بر دعوا پرداخته است. مواد ۱۴ تا ۱۶ حاوی اصل اصیل و رکن رکین دادرسی یعنی اصل تقابل^۱ است. مواد بعدی نیز به امر دفاع، مذاکرات شفاهی طرفین دعوا، سازش و احترام به دادگاه اختصاص دارد. در ادامه خواهیم دید که در کد آیین دادرسی مدنی فرانسه ابطال رأی داور فقط در صورت مراعات نکردن اصل تقابل است.

شاید بتوان گفت که مهم‌ترین اصول دادرسی در داوری، اصل تقابل و اصل تسلط اصحاب دعوا بر قلمرو موضوعی آن^۲ است که پیروی از آن موجب اطمینان از آگاهی و اعطای فرصت کافی به اطراف دعوا و تبیین روابط متقابل طرفین دعوا و داور است.^۳ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک درباره شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی که ایران به موجب قانون مصوب ۱۳۸۰ به آن پیوسته است در تأکید بر این مهم مقرر می‌دارد: «مرجع صالحی که تقاضای شناسایی و اجرای حکم از آن شده می‌تواند بنابه درخواست طرفی که علیه وی به حکم استناد شده و تنها در صورتی که طرف یادشده دلایل زیر را برای آن تهیه کند، از شناسایی و اجرای حکم امتناع ورزد... ب - اخطار صحیح به طرفی که علیه وی به حکم استناد شده در مورد انتصاب داور یا جریان رسیدگی داوری داده نشده یا قادر نبوده است به‌گونه‌ی دیگری مورد خود را مطرح کند». بر این بنیاد، رعایت اصل تقابل که متضمن اعطای فرصت ادعا و دفاع است در داوری، همچون دادرسی، واجب شمرده شده است^۴ و اگر دادگاه محل اجرا تشخیص دهد که محکوم‌علیه رأی داوری فرصت دفاع نداشته است، از شناسایی و اجرای رأی خودداری خواهد کرد^۵.

در داوری‌های بازرگانی مرسوم است که نخستین اقدام پس از تشکیل دیوان داوری توافق بر سر قرارنامه^۶ داوری است. قرارنامه سندی مهم برای تضمین داوری مؤثر و با سرعت مناسب

1. Contradiction

2. Principe dispositif

۳. برای مطالعه بیشتر درباره اصول اداره‌کننده دادرسی در داوری، نک:

Loquin E. (2015). *L'arbitrage du commerce international*., juill, Joly éditions

۴. در حقوق انگلستان قانون داوری سال ۱۹۹۶ در بند ۱ ماده ۳۳ خود دیوان داوری را مکلف به رفتار عادلانه و بی‌طرفانه با اطراف داوری می‌داند و در نتیجه تصریح می‌کند که دیوان باید به اطراف دعوا فرصت کافی و متناسب برای عرضه مطالب و مستندات خود را بدهد. ماده ۶۸ همان قانون رأی دیوان داوری را در صورت تخطی از این تکلیف به دلیل serious irregularity قابل نقض می‌داند. برای مطالعه قانون، نک:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

۵. برای نمونه، در این زمینه رأی دیوان عالی آفریقای جنوبی در دعوی «Rebah Construction CC v. Renkie Bulding Construction CC 2008» قابل توجه است و مورد استناد واقع می‌شود. در این رأی

دیوان عالی رأی داوری را به دلیل بی‌توجهی به حقوق دفاعی خواننده ابطال کرد. دیوان داوری به دلیل آنکه خواننده ظرف ۶ روز از تاریخ ابلاغ دادخواست خواهان، لایحه دفاعی خود را ثبت نکرده بود، رأی غیابی صادر نمود. رأی در نشانی زیر در دسترس است: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPHC/2008/34.pdf>

6. Terms of Reference

است. این سند حاکی از توافقی است که بین اصحاب دعوا و دیوان داوری صورت می‌پذیرد و در آن بر سر مسائل مهمی تفاهم می‌شود. مواردی همچون، موضوع دعوا و سرفصل‌های اصلی ادعا و دفاع، اختیار دیوان داوری در اداره قضایی دلایل، تعیین قواعد آیینی حاکم بر داوری با اصلاحات مورد توافق، برنامه زمانی ارائه مستندات T دلایل و چگونگی دسترسی به آنها و مدت داوری و نحوه تمدید آن در صورت لزوم. این مسائل با اصل دوم از اصول دادرسی پیوند می‌خورد: اصل تسلط اصحاب دعوا بر قلمرو موضوعی آن. البته پایبندی به این اصل با اختیار داوران در توصیف سبب دعوا و تفسیر جهات موضوعی که مؤثر در تشخیص حکم است، منافاتی ندارد. پس دیوان داوری خود در این باره که آیا جنبه‌های موضوعی ادعای خواهان سبب مشروعی برای طرح دعواست یا نه رأساً تصمیم می‌گیرد. همچنین است قضاوت درباره این موضوع که آیا خواننده عذر موجهی برای غیبت دارد یا خیر^۱.

در هنگام تنظیم قرارنامه رسم است که داوران با اطراف دعوا مشورت می‌کنند و تفاهم بر مسائل اصلی با تراضی اصحاب دعواست. اما هنگامی که خواننده غایب است، دیوان داوری باید در تنظیم قرارنامه دقتی مضاعف به خرج دهد. به تعبیر واضح‌تر باید به قدر متعارف جانب خواننده غایب را بگیرد که حق او به برخورداری از دادرسی مطلوب^۲ لطمه‌ای نبیند. این اندازه از جانب‌داری مذموم نیست، بلکه واجب است تا اطمینانی متعارف از مراعات حقوق دفاعی خواننده حاصل آید. پس دیوان داوری بایستی مراقبت کافی مبذول دارد که در مسیر مطلوب خواهان شادان از غیبت خواننده گام برندارد. اما افراط در این مهم نیز نامقبول است، زیرا غیبت در داوری انتخاب خواننده بوده است و خواهان هم نباید در استفاده خود از حق برخورداری از احقاق حق به عسرت افتد (Betancourt, 2019: 35).

الف-۳) اداره دلیل

اداره قضایی دلایل در شرایط متعارف که داوری با حضور طرفین پیش می‌رود، بر مبنای قاعده تحمل بار اثبات است. هر که مدعی امری است باید آن را اثبات کند و طرف دیگر فرصت کلتجار و ادعای متقابل در مقام دفاع دارد و به این ترتیب، دیوان داوری جریان دعوا را با نظارت و دخالت لازم در فرایند جابه‌جایی بار اثبات بین طرفین مدیریت می‌کند^۳. اما آنگاه که خواننده حاضر نیست، این مهم دشوار می‌گردد. داوری مانند دادرسی دادگاه نیست که در غیاب اماره‌ای، ولو

1. *Indian Oil Corporation Ltd. V. Projects India Ltd. & Anor WP (C)*, Delhi High Court, India, 9 July 2004, available at: <https://indiankanoon.org/doc/1944087/>

2. Due Process Right

۳. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. لعیا، جنیدی و دیگران (۱۳۹۷). *استانداردسازی منعطف در اداره دلایل در داوری تجاری بین‌المللی*. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۲۲(۲).

نا نوشته، به نفع اظهارات و دلایل خواهان جریان داشته باشد و ادعاها و دلایل او از گزند «تعرض خوانده» مصون بماند (Craig, Park, Paulsson, 2001: 153; Born, 2020: 2440).

در چنین مواقعی دیوان داوری باید به نحو مضاعف از قانع کننده بودن دلایل خواهان اطمینان حاصل کند و در برابر هر ادعایی خواهان را ملزم بداند تا مبانی موضوعی و حکمی ادعای خود را با استحکام کافی مدلل سازد. دیوان داوری در این راه باید هرگونه احتمال مخالفی که از دلایل خواهان قابل استنباط است از نظر دور ندارد. مطابقت دلیل با ادعا، هم در دلایل اثبات موضوع و هم در دلایل اثبات حکم ضرورت دارد و در غیاب خوانده این ضرورت دوچندان است. البته نویسندگان حقوقی اذعان می کنند که داوران در این زمینه نباید کار را به جایی برسانند که به مثابه وکیل خوانده غایب عمل کنند (Salomon & Loibl, 2020: 15-16)، لیکن مرز معینی هم برای بسط ید داوران تعیین نکرده اند (محبی و جعفری، ۱۳۹۴: ۲۰-۱۸). شاید بتوان گفت که در غیاب خوانده داوران باید حد منطقی اقتناع پذیری خود را اندکی تنگ تر کنند و در برابر ادعاهای خواهان ظن متعارف را از دلیل تحصیل نمایند، نه از غیبت ناموجه خوانده.

البته تجویز ساده است، ولی عمل به آن مشکل خواهد بود. داوران در مقام برخورد با دلایل خواهان با موقعیت های دشواری روبرو می شوند و تردیدهایی ذهن آنان را می خلد: تا چه حد باید در جزئیات موضوع و حکم دقت به خرج دهند تا به وسواس یا جانب داری نگرایند؟ آیا امکان مطالبه دلایل بیشتر را دارند؟ آیا مجازند تا ایرادات یا دفاع های محتمل خوانده غایب را مطرح کنند؟ این نگرانی ها درباره دلایل مکتوب کمتر است، ولی آنجا که سخن از استماع گواهان به میان می آید، تا چه اندازه مختارند که گواه را، خواه شاهد وقایع^۲ باشد یا شاهدهی که نظر کارشناسی^۳ می دهد، به چالش کشند. آزمودن گواهان^۴ در داوری های بین المللی که شهود و کارشناسان هریک از اصحاب دعوا منتخب خود اوست، امری رایج است و به رمزگشایی و زدودن ابهامات کمک شایانی می کند. داوران ناظر پرسش های مستقیم^۵ و متقابل^۶ طرفین از شهود هستند و خود نیز می توانند در حدی که با استقلال و بی طرفی آنان منافات نیابد، گواهان را بیازمایند تا از نحوه پاسخ دادن شهود به پرسش های وکلای اصحاب دعوا که در صدد یافتن تعارض های احتمالی یا تردیدهای حاکی از عدم قطع و یقین نزد شهودند، و سوالات احتمالی داوران که برای رفع ابهام است، به درستی گواهی و مطابقت آن با ادعا پی ببرند. اکنون در غیاب خوانده که آزمودن گواهان

1. Also in: UNCITRAL Rules 2010, Article 30; Civil Procedure Rules 1998 (UK), Part 12; German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung or zpo), §§ 251a, 330–347.

2. Factual Witness/ Witness of Facts

3. Expert Witness

4. Witness Examination

5. Direct Examination

6. Cross Examination

خواهان برعهده اوست، آیا داوران می‌توانند نقش خواننده را ایفا کنند؟ آیا مجازند که در آزمون گواهان خواهان به دام‌گذاری‌های جدلی مرسوم نزد وکلای اصحاب دعوا متمسک شوند؟ پاسخ دشوار است. برخی اعتقاد دارند که استفاده از ادله شفاهی در داوری بدون حضور خواننده باید محدود باشد و نمی‌توان در این قسم داوری تا اندازه‌ای که در داوری‌های متعارف که با حضور هردو طرف برگزار می‌شود، به دلایل شفاهی اعتماد کرد (Salomon & Loibl, 2020). اگر منظور از این محدودیت آن است که دیوان داوری در هنگام مشورت با خواهان^۱ درباره دلایل قابل ارائه در داوری به غیبت خواننده توجه کند، و خواهان را هم توجه دهد و تا سرحد امکان خواهان را به ارائه دلایل مکتوب قابل دسترسی تشویق کند، امری مقبول است، ولی نمی‌توان به‌طور نوعی گفت که در داوری‌های بدون حضور خواننده استفاده از شهادت محدود است و خواهان نباید به گواهی تکیه کند. زیرا غیبت در داوری انتخاب خواننده است و او نمی‌تواند با انتخاب یک‌جانبه، حق خواهان را محدود سازد.

ب) تمهیدات آیینی در صدور و اجرای رأی

ب-۱) از ختم رسیدگی تا انشای رأی

پس از خاتمه رسیدگی و آماده شدن پرونده برای صدور رأی داور یا دیوان داوری باید نظر قاطع خود را در چارچوب رأی داوری تنظیم کند تا به اطراف دعوا ابلاغ شود. رأی نهایی داوری چنان که در دستورالعمل نحوه تنظیم رأی مؤسسه داوران مجاز لندن تجویز شده است، باید دارای توالی منطقی، مستدل و مستند به دلایل موضوعی و حکمی، بدون ابهام، آسان‌یاب و متضمن دستورات قابل اجرا و معتبر باشد.^۲ قواعد داوری در داوری‌های سازمانی، مانند قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی و نیز قواعد داوری آنسیترال که به داوری‌های موردی اختصاص دارد، درباره ساختار رأی داوری و الزامات آن سخن چندانی ندارند و به همین بسنده کرده‌اند که رأی باید مستدل باشد مگر طرفین دعوا به صدور رأی بدون لزوم ذکر دلایل توجیهی آن توافق کرده باشند. اما در قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران، ماده ۵۰ به ساختار رأی داوری پرداخته و نحوه صورت‌بندی رأی را به شرح زیر مقرر کرده است: «الف) رأی داوری باید کتبی باشد و به امضای

۱. به‌موجب ماده ۲ قواعد ارائه و مدیریت دلیل در داوری‌های بازرگانی بین‌المللی تهیه‌شده از سوی کانون بین‌المللی وکلای دادگستری (نسخه ۲۰۲۱) IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration، دیوان داوری در ابتدای رسیدگی، طرفین دعوا را به توافق بر سازوکاری مؤثر، اقتصادی و منصفانه برای ارائه دلایل دعوت می‌کند و آنان را در رسیدن به این توافق یاری می‌نماید.

2. CIARB Guideline on Drafting Arbitral Award, art. 1 General, available at: <https://www.ciarb.org/media/4206/guideline-10-drafting-arbitral-awards-part-i-general-2016.pdf>

«داور» برسد. در موردی که «داور» بیش از یک نفر باشد، امضای اکثریت داوران کافی خواهد بود، مشروط بر اینکه علت عدم امضای اعضای دیگر هیأت داورى در برگ رأی ذکر شود. نظر مخالف یا جداگانه هر داور، به رأی ضمیمه می‌شود، مگر طرفین طور دیگر توافق کنند. (ب) رأی داورى مشتمل است بر «مقدمه»، «خلاصه جریان رسیدگی»، «متن رأی داور» و «بخش اجرایی رأی». ۱- «مقدمه» رأی شامل شماره پرونده، شماره و تاریخ رأی، و محل رسیدگی، مشخصات و نشانی طرفین، نام داور و خواسته دعوی خواهد بود. ۲- «خلاصه جریان رسیدگی» مشتمل است بر خلاصه‌ای از اظهارات طرفین و مذاکرات جلسه یا جلسات استماع و نیز اقداماتی که به منظور احراز واقعیات و بررسی دلایل صورت گرفته است. ۳- «متن رأی» مشتمل است بر ذکر موضوع دعوی یا دعاوی و خواسته و نیز کلیه دلایلی که رأی بر آن‌ها مبتنی است مگر اینکه طرفین توافق کرده باشند که دلایل رأی ذکر نشود یا رأی سازشی طبق ماده ۵۰ باشد یا بر اساس اختیار «داور» برای طرف‌های صلح و سازش صادر شده باشد. ۴- بخش اجرایی رأی، مشتمل است بر تشخیص منجز «داور» نسبت به خواسته و دفاعیات طرفین و نیز نسبت به تکالیف و اقداماتی که طرف‌های ذی‌ربط دعوی باید مطابق بخش اجرایی رأی به عمل آورند. ۵- رأی داورى، باید حاوی تاریخ و محل داورى طبق ماده ۱۶ این آیین داورى باشد.

باری در تنظیم رأی داورى رعایت شرایط پیش‌گفته به حکم عقل لازم است و تفاوتی نمی‌کند که رأی غیابی باشد یا حضوری. اما در رأی غیابی افزون بر مراعات نکته‌های بالا، پاره‌ای الزامات دیگر هم توصیه شده است: نخست آنکه پیش از صدور رأی، داوران به طرفین و به‌ویژه به خوانده غایب که ممکن است ناظری خاموش بر فرایند داورى باشد، اعلام نمایند که بر اساس مستندات موجود در پرونده و تحقیقاتی که انجام داده‌اند و بررسی ادله ارائه‌شده از سوی خواهان آماده‌انشای رأی هستند و خوانده برای آخرین بار فرصت دارد تا اگر دفاعی دارد و مایل به شرکت در داورى است، ظرف مهلت معقولى مدافعات و مستندات خود را به داوران ارائه دهد. عمل به این الزام البته با درنظر گرفتن مقدمات داوران در چارچوب مهلت داورى است و اگر مهلت داورى رو به پایان گذارده و امکان تمدید آن وجود نداشته باشد، عمل به این توصیه شدنی نیست، ولی داوران در فرضی می‌توانند از آن صرف‌نظر کنند که اطمینان داشته باشند در طول فرایند رسیدگی همواره خوانده را از پیشرفت داورى و وقایع مهم نظیر لوائح و دلایل خواهان و جلسات استماع آگاه کرده‌اند. دوم آنکه داوران باید در رأی خود تصریح کنند که خوانده در جریان داورى به‌طور کامل یا در بخشی از آن، بدون عذر موجه غیبت داشته و به رغم غیبت او، تمامی وقایع دعوا به صورت مرتب و بر اساس قواعد حاکم بر داورى به او ابلاغ شده است و هیچ‌گاه بدون اطلاع قبلی خوانده با خواهان گفتگویی خواه به صورت شفاهی یا مکتوب انجام نپذیرفته

است.^۱ این دو الزام از جنس مراعات اولی است و استحباب آن در این است که داوران به دادگاهی که به اعتراض به رأی رسیدگی می‌کند یا دادگاهی که دستور شناسایی و اجرای رأی را می‌دهد، اطمینان دهند که خواننده از حق دفاع کامل برخوردار بوده و فرصت کافی برای ارائه مدافعات خود را یافته است.

اگرچه دیدگاه آرمانی در حقوق تجارت بین‌الملل و در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در تلاش است که داوری‌های بین‌المللی را نظامی مستقل از دادرسی‌های دولتی در حل و فصل اختلافات بازرگانی و سرمایه‌گذاری جلوه دهد، اما واقعیت آن است که دادگاه‌های ملی مایلند که سایه تفوق آنها بر سر داوری باقی بماند. این تفوق در دو مرحله نمایان می‌شود: در شناسایی و اجرای رأی و در شنیدن دعوی ابطال یا اعتراض به رأی داوری. معیارهای اعمال حاکمیت قضایی در پایش رأی داور البته متفاوت است ولی کم و بیش بر سر این روش وفاقی پدید آمده است که رسیدگی نظارتی دادگاه گونه‌ای از «رسیدگی‌های فرجامی» باشد (Feldman, 2021: 85). بر این بنیاد در داوری «رسیدگی دومرحله‌ای به ماهیت دعوا» نداریم. پس هرگاه داوران در غیاب خواننده و بدون شنیدن مدافعات او رأی دهند، رأی ایشان مانند حکم دادگاه در فرض مشابه، «غیابی» نامیده نمی‌شود. در این جستار اگر گاه ناگزیر وصف غیابی به رأی داوری نسبت داده شده است از سر تنگنای زبان یا استعاره برای نزدیک ساختن مفهوم به فاهمه مخاطب بوده است. باری غیابی بودن حکم دادگاه وصفی است که آثاری معین دارد: حکم غیابی فقط به دلیل غیبت خواننده در جریان فرایند رسیدگی ماهوی دادگاه، قابل واخواهی است و در اثر واخواهی خواننده، دادگاه دوباره به دعوا از ابتدا و با ملاحظه مدافعات و مستندات خواننده که محکوم واقع شده است، رسیدگی می‌کند. حکم غیابی در مهلت واخواهی قابل اجرا نیست، اما صدور رأی داوران چه با حضور خواننده باشد و چه بی حضور او، همان «رأی داوری» است و غیبت خواننده مجوزی برای تجدید داوری نخواهد بود و نهادی آیینی با عنوان واخواهی یا اعتراض به رأی داور نداریم (مصدق، ۱۳۹۶: ۳۱۶). به تعبیر دیگر، تفکیک آرای داوری به رأی حضوری و غیابی بی‌معناست، زیرا اثر معینی ندارد. رأی داور برخلاف رأی دادگاه در ماهیت از قاعده رسیدگی دودرجه‌ای پیروی نمی‌کند و همین اختلاف، نظام آیینی حاکم بر داوری را از طراحی سازوکار شکایت عادی از رأی بی‌نیاز کرده است. در قواعد حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) نیز که سازوکاری برای اعاده داوری و طرح درخواست ابطال رأی داوری در مواد ۵۰ و ۵۱ پیش‌بینی شده است، «غیبت خواننده» دلیلی برای درخواست اعاده یا ابطال داوری نیست. بر این پایه، داوران در هنگام انشای رأی نیازی به توصیف آن ندارند، ولی باید اقتضائات غیبت خواننده را به شرحی که گذشت، رعایت کنند.

1. CIArb Guideline on Drafting Arbitral Award, art.2, commentary note (v). p. 11.

ب-۲) نظارت قضایی در شناسایی و اجرای رأی

در داوریه‌های بین‌المللی طرف برنده داوریه انتظار دارد که طرف بازنده به رأی گردن گذارد و به اجرا تن دهد. این انتظار در دهه‌های اخیر با رشد فرهنگ داوریه در داوریه‌های سازمانی و نیز داوریه‌های مهم موردی نظیر داوریه ایران- ایالات متحده آمریکا تقویت شده است. با وجود این، برنده همواره باید منتظر اعتراض به رأی از جانب بازنده باشد. در اعتراض به رأی داوریه که آن را هم درخواست ابطال^۱ می‌نامند، بازنده هم‌زمان با تقاضای کنار نهادن^۲ رأی داوریه، در تلاش است که رأی را از خاصیت بیندازد. چنان‌که پیش‌تر گفته شد در داوریه رسیدگی دو درجه‌ای نیست و مقتضای تراضی طرفین آن است که اختلاف در یک بار رسیدگی داوریه فیصله یابد. اما رویکرد حقوقی هم در سطح بین‌المللی و هم در سطح ملی اطلاق این اثر تراضی را به شرایطی مقید کرده است.

در داوریه‌های بین‌المللی قطعیت و نهایی بودن رأی داوریه مطلوبی آرمانی است، ولی در دو بزنگاه این آرمان مطلوب به چنگ نظارت نظام‌های ملی می‌افتد: در جایی که محکوم‌علیه به اجرای داوطلبانه تن نمی‌دهد و محکوم‌له ناگزیر است شناسایی و اجرای اجباری رأی را از دادگاه ملی محل اجرا درخواست کند، و دیگر بار هنگامی که محکوم‌علیه از موضع انفعال خارج می‌شود و فعالانه در پی ابطال رأی در دادگاه مقر داوریه می‌رود.

کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در شناسایی و اجرای آرای داوریه خارجی به کشورهای عضو اجازه داده است که در موارد متعددی از شناسایی و اجرای رأی داوریه امتناع ورزند.^۳ ماده ۵ این کنوانسیون که پیش‌تر اشارتی کوتاه به آن رفت، مجال مهمی برای دادگاه مرجع شناسایی و اجرا فراهم آورده است تا از اجرای رأی ممانعت ورزد. متن رسمی این ماده از کنوانسیون که دولت ایران در سال ۱۳۸۰ به آن پیوسته است به شرح آتی است: «۱. مرجع صالحی که تقاضای شناسایی و اجرای حکم از آن شده می‌تواند بنا به درخواست طرفی که علیه وی به حکم استناد شده و تنها در صورتی که طرف یادشده دلایل زیر را برای آن تهیه کند، از شناسایی و اجرای حکم امتناع ورزد: الف- طرفهای موافقتنامه موضوع ماده (۲) به موجب قانون حاکم در مورد آنها در مواردی از عدم اهلیت برخوردار بوده یا موافقتنامه مزبور به موجب قانونی که طرفها مشمول آن شده‌اند معتبر نباشد یا به موجب قانون کشور محل صدور حکم فاقد هرگونه قرینه‌ای در آنجا باشد؛ یا ب- اخطار صحیح به طرفی که علیه وی به حکم استناد شده در مورد انتصاب داور یا جریان رسیدگی داوریه داده نشده یا قادر نبوده است به گونه دیگری مورد خود را مطرح کند؛ یا

1. Annulment

2. Setting-aside

۳. برای مطالعه بیشتر، ر.ک. لعیا، جنیدی (۱۳۹۷). اجرای آراء داوریه بازرگانی خارجی. چاپ چهارم. تهران: شهردانش.

ب- حکم در خصوص اختلافی است که شرایط ارجاع به داوری در مورد آن منظور نگردیده یا شامل آن نمی‌گردد، یا متضمن تصمیم در مورد مسائلی فراتر از حیطه شمول ارجاع به داوری است، مشروط بر آنکه چنانچه تصمیمات در مورد مسائل ارجاع‌شده به داوری قابل تفکیک از مسائلی باشد که بدین گونه ارجاع نشده، آن بخش از حکم که متضمن تصمیماتی در مورد مسائل ارجاع‌شده به داوری است، قابل شناسائی و اجراء باشد؛ یا ت- ترکیب مرجع داوری یا تشریفات داوری طبق توافق طرفها نبوده یا در صورت فقدان چنین توافقی، طبق قانون کشوری که داوری در آن انجام‌شده نباشد؛ یا ث- حکم هنوز برای طرفها لازم‌الرعايه نشده یا توسط مرجع صالح یا به موجب قانون کشوری که حکم در آن صادر شده نقض شده یا به حالت تعلیق درآمده باشد ۲. در صورتی ممکن است از شناسائی و اجرای حکم داوری نیز امتناع به عمل آید که مرجع صالح کشوری که شناسائی و اجرای حکم از آن درخواست شده احراز کند که: الف- موضوع اختلاف به موجب قانون آن کشور از طریق داوری قابل حل و فصل نمی‌باشد؛ یا ب- شناسائی یا اجرای حکم با نظم عمومی آن کشور مغایرت دارد».

به‌طور خلاصه موانعی را که به امتناع دادگاه ملی از شناسایی و اجرای رأی داوری منتهی می‌شود، می‌توان در دو دسته صورت‌بندی کرد: دسته نخست موانعی است که به نقص در شرایط اساسی صحت قرارداد داوری یا در تشکیل هیئت داوری باز می‌گردد و دسته دوم آن که رأی به واسطه ایرادات آیینی یا بی‌توجهی داوران به اصول دادرسی مطلوب نادیده گرفته شود. البته در کنار این عوامل برخورد اجرای رأی با نظم عمومی محل اجرا مانع همیشگی مربوط به بستر جغرافیایی اجرای رأی است.

ب-۳) درخواست ابطال یا کنار نهادن رأی

گاه دیگر مداخله دادگاه‌های ملی و تصمیم قضایی کنار نهادن رأی در داوری‌های بین‌المللی یا حتی داوری‌های داخلی معلول اعتراض محکوم‌علیه به آن است. دلایل و جهاتی که رأی داوری بر مبنای آن باطل می‌گردد یا کنار نهاده می‌شود، در کنوانسیون نیویورک مسکوت گذارده شده است. لیکن در کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن درباره داوری‌های سرمایه‌گذاری در ایکسید، ماده ۵۲ پنج جهت را برای ابطال رأی برشمرده است: دیوان داوری به نحو صحیح تشکیل نشده باشد؛ داوران از حدود اختیار خود تجاوز کرده باشند؛ یکی از اعضای دیوان داوری رشوه دریافت کرده باشد؛ از اصول بنیادین دادرسی تخطی شده باشد؛ و دلایل و قواعدی که مبنای رأی بوده است در آن تبیین نشده باشد.

اما در نظام‌های ملی دلایل ابطال رأی داوری در دادگاه معین شده است. گرچه در نظام‌های گوناگون حقوقی و در قوانین داخلی داوری دلایل و جهات ابطال رأی با یکدیگر تفاوت دارد، ولی

در تمامی آنها پیروی از ایده مندرج در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک قابل ردیابی است. علت این مشابهت ابتکاری است که کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) در سال ۱۹۸۵ به‌خرج داد و قانونی الگو برای داوری طراحی و ارائه کرد تا کشورهای علاقه‌مند به توسعه حقوق داوری از آن پیروی کنند و قوانین داخلی خود را همانند آن وضع نمایند. آنسیترال قانون نمونه خود را در سال ۲۰۰۶ بازنگری و روزآمد کرد تا با آخرین تحولات در حقوق داوری هماهنگ و همگام باشد. قانون نمونه آنسیترال به‌طور گسترده مورد اقبال واقع شده است و تاکنون بیش از ۸۵ کشور از آن الگو گرفته‌اند. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ نیز با الهام از همین نمونه تدوین شده است.^۱ برخی از کشورهایی که به کانون داوری‌های تجاری بین‌المللی بدل شده‌اند، مانند سنگاپور و هنگ‌کنگ، نیز این قانون نمونه را تصویب کرده‌اند تا به قانون مقر داوری^۲ در دعاوی مطرح‌شده در مراکز داوری بدل شود^۳ و در نتیجه زمینه‌های اعتراض به رأی داوری به نقطه‌ای از هم‌گرایی میل کند.

در ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال (نسخه ۲۰۰۶) دلایل ابطال رأی داور از این قرار است: فقدان اهلیت یکی از طرفین قرارداد داوری؛ محروم ماندن یکی از طرفین داوری از حق آگاهی یافتن از فرایند انتخاب داور، جریان داوری و برخورداری از مجال ارائه مواضع خود در داوری^۴؛ اشمال رأی بر مسائلی خارج از قلمرو موضوعی موافقت‌نامه داوری؛ مطابق نبودن فرایند انتخاب داوران با توافق طرفین یا مفاد قانون؛ داوری‌پذیر نبودن موضوع رأی؛ و سرانجام مخالفت با نظم عمومی. قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران نیز کمابیش از همین الگو پیروی کرده^۵ و البته در تدوین قانون یادشده تسامحی غیرقابل اغماض رخ داده است. در ماده ۳۳ قانون که قابل قیاس با ماده ۳۴ قانون نمونه است، جهات ابطال رأی داور در دادگاه معرفی شده است و آنچه ذهن حقوق‌دان آگاه را می‌آزارد آن است که در میان این جهات به‌جای آنکه از تعبیر علمی «محروم ماندن یکی از طرفین داوری از حق آگاهی یافتن از فرایند انتخاب داور، جریان داوری و برخورداری از مجال ارائه مواضع خود در داوری» سخن رود، در بند «ج» ماده ۳۳ چنین مقرر شده است: «مقررات این قانون در خصوص ابلاغ اخطاریه‌های تعیین داور یا درخواست داوری رعایت نشده باشد». به این ترتیب، با این اقتباس ناقص که شاید از غفلت از معنای درست متن

1. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

2. *lex arbitri*

3. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

4. Paragraph (ii) of Section (a) of Clause (1) of article 2: the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case.

۵. برای مطالعه بیشتر در این باره، رک. لعیا، جنیدی (۱۳۷۸). *نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶*. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

متناظر در قانون نمونه ناشی شده باشد، نظارت بر فرایند داوری و صدور رأی در غیاب خواننده از محدوده اختیار دادگاه خارج می‌ماند. ممکن است در پاسخ تردید شود که شاید قانون‌گذار در هنگام تصویب قانون سال ۱۳۷۶ از نسخه ۱۹۸۵ قانون نمونه الهام گرفته و در آن نسخه این جهت در زمره جهات ابطال رأی نبوده است. اما این تردید را باید از ذهن زدود، زیرا متن قانون نمونه در نسخه ۱۹۸۵ در این باره بدون تغییر در نسخه ۲۰۰۶ تکرار شده است. حقیقت آن است که نویسندگان قانون سال ۱۳۷۶ از درک درست عبارت (...or was otherwise unable to present his case;...) عاجز بوده‌اند.

البته جای تعجب ندارد زیرا این عبارت کوتاه متکی بر ادبیاتی غنی درباره اصول دادرسی است. هنگامی که به یکی از طرفین دعوا فرصت کافی و متعارف برای مشارکت در دادرسی و بیان دلایل، ادعاها و مستندات خود داده نمی‌شود، اصل مهمی از اصول دادرسی یا زیربنای اصول دادرسی که «اصل تقابل» است، زیرپا نهاده می‌شود.

در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ نیز که مقررات عام داوری موردی را در نظام حقوقی ایران صورت‌بندی کرده است، در میان جهات ابطال رأی داور نمی‌توان ردی از نقض حق مشارکت در داوری یافت. در ماده ۴۸۹ این قانون که اقتباسی نه چندان مبتکرانه از ماده ۶۶۵ قانون سال ۱۳۱۸ است، این مهم تدارک نشده و همان نقیصه از قانون پیشین منتقل شده است. اما حقوق‌دانان ایرانی با آویختن از ریسمان یک عبارت طلایی در صدر ماده ۴۸۹ تلاش کرده‌اند التزام داور را به رعایت اصول دادرسی مستند به عموم و اطلاق حکم قانون کنند: «رأی داور مخالف قوانین موجد حق باشد» (آذربایجانی و سماواتی‌پور، ۱۳۹۳: ۳۴۶). پیشینه تاریخی این عبارت و اینکه از کجا به آیین دادرسی راه یافته، بر ما پوشیده است.^۱ شاید نگاهی به حقوق فرانسه در این باره پندآموز باشد: اول آنکه ماده ۱۵۰۳ کد آیین دادرسی اصلاحی ۲۰۱۱ تصریح دارد که از رأی داور نمی‌توان واخواهی و فرجام‌خواهی کرد (محسنی، ۱۳۹۴، ج ۲: ۳۳۳). دیگر آنکه ماده ۱۴۹۲ کد یادشده درباره جهات ابطال رأی داور در کنار مواردی چون صلاحیت و چگونگی تشکیل دیوان داوری، به دو مورد بسیار مهم دیگر هم اشاره کرده است: «ابطال رأی داور را نمی‌توان خواست مگر آن‌که: ... ۴- اصل تقابل در داوری مراعات نشده باشد، ۵- رأی داور مخالف نظم عمومی باشد...». در مقام مقایسه این ماده با ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی

۱. قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶/۱۲/۲۹ در ماده ۸ مقرر می‌داشت: «حکّمها در رسیدگی و حکم تابع مقررات قانون اصول محاکمات حقوقی نیستند ولی باید مخالفت با قوانین و شرائط قرارداد حکمیت نمایند». در بند ۱ ماده ۲۶ قانون حکمیت مصوب ۲۰ بهمن ۱۳۱۳ نیز پیش‌بینی شده بود که «در صورتی که رأی {حکّم} مخالف قانون باشد» ابطال می‌شود. اصطلاح قوانین موجد حق برای نخستین بار در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ در مواد ۶۵۸ و ۶۶۵ ظاهر شد.

باید انصاف داد که این دو مورد مهم از جهات ابطال در قانون ایران از قلم افتاده است: رعایت اصل تقابل در درجه‌ای از اهمیت است که هیچ‌گونه دادرسی و حق‌گزاری بدون آن اعتبار حقوقی ندارد و احترام به نظم عمومی نیز ضامن اجرای رأی است (Cadiet, Normand, Mekki, 2020: 173. Landel, 2021: 7). دیگر آنکه رأی داور مخالف نظم عمومی باشد. در نظر حقوق‌دانان فرانسوی این دو مورد از جهات ابطال رأی از قلمرو حاکمیت اراده بیرون است و نمی‌توان برخلاف آن تراضی کرد (Racin, 2005: 305; Van Dai, 2019: 141-164).

باری هدف از بیان مقدمه ملال‌آور بالا عطف توجه به این دقیقه بود که در حقوق ایران اعتراض به رأی داور به قصد ابطال آن در دادگاه، در مواردی که رأی داور در غیبت خوانده صادر شده است، مشمول قواعد کلی حاکم بر جهات بطلان رأی است و غفلت داور از مراعات حق خوانده نسبت به برخورداری از فرصت مناسب دفاع و ارائه مستندات خود، به‌صراحت در شمار جهات ابطال و کنار گذاشتن رأی داور اعلام نشده است. بر این بنیاد، اگر داور در غیاب خوانده او را محکوم کند، دادگاه باید در مقام رسیدگی به درخواست ابطال، علاوه بر موارد مندرج در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی به این پرسش‌ها نیز بپردازد که آیا داور در رسیدگی رعایت اصل تقابل را نموده است؟ آیا خوانده به نحو مؤثری از جریان داور آگاه شده و فرصت دفاع و عرضه مستندات و دلایل خود را یافته است؟ این تکلیف مبنای صریح قانونی ندارد، ولی استادان آیین دادرسی در آثار خود بر این امر تأکید کرده‌اند که داور در رسیدگی به دعوا مانند دادرسی ملزم به رعایت اصول دادرسی است (شمس، ۱۳۸۴: ۹۷۸). همچنان که گفته‌اند، موارد شکایت از رأی داور منحصر به موارد مندرج در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیست و محکوم‌علیه رأی داور می‌تواند به اعتبار نقض اصول دادرسی ابطال رأی داور را درخواست کند (شمس، ۱۳۸۴: ۱۰۱۱). اما رویه قضایی تمایل دارد که درخواست ابطال رأی داور را محدود به موارد برشمرده در ماده ۴۸۹ بداند و در هر مورد حکم به ابطال رأی را به یکی از بندهای این ماده مستند گرداند. از این رو، برخی از نویسندگان کوشیده‌اند تکلیف رعایت اصول دادرسی را به‌منزله یک اصل کلی حقوقی از لوازم عقلی اجرای قوانین موجد حق معرفی کنند و زیرپا نهادن آن را در داور مصداق بند یک ماده ۴۸۹ به‌شمار آورند (آذربایجانی و سماواتی‌پور، ۳۴۵).

نگارنده مقاله برای تقویت این نظر و به‌مثابه پیشنهادی برای رویه قضایی برای تأمین نظارت دادگاه بر رعایت اصول دادرسی در داور در عین وفاداری به متن قانون، استدلالی به شرح زیر صورت‌بندی می‌کند: بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی در بیان موارد نقض فرجامی مقرر می‌دارد که هرگاه دادگاه تالی در رسیدگی اصول دادرسی و حقوق اصحاب دعوا را رعایت نکرده

۱. برای دیدن نمونه آرای شعب تخصصی رسیدگی به دعاوی ابطال رأی داور در دادگاه‌های عمومی حقوقی تهران به پیوند زیر مراجعه کنید:
<http://arbitration.ir/Pages/Details/489>

باشد و این امر چندان اهمیت داشته باشد که رأی را از اعتبار بیندازد، دیوان کشور رأی دادگاه تالی را نقض خواهد کرد. گرچه این حکم خود خالی از ابهام نیست و به‌ویژه قید انتهای آن با لزوم رعایت اصول دادرسی تناسبی ندارد، زیرا نمی‌توان برای رعایت اصول دادرسی درجات اهمیت تعیین کرد^۱، لیکن همین مقدار هم غنیمت است، زیرا تردیدی وجود ندارد که حکم بند ۳ ماده ۳۷۱ در عداد قواعد امری است. اگر بپذیریم که این حکم امری است، نتیجه آن خواهد بود که در داورهای قانونی که داور باید بر اساس قانون و همچون دادگاه حکم را بر موضوع تطبیق دهد و رأی صادر کند، رعایت آن بر داور فریضه است و این تکلیف در ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح شده است. در این ماده داور مکلف به رعایت قوانین موجد حق است و این تصریح حکایت از آن دارد که تکلیف مراعات قواعد امری مربوط به حقوق اصحاب دعوی قاعده داور است و داور به حکم ماده ۴۷۷ همان قانون به آن پایبند است. اگر داور این واجب قانونی را با همان قیدی که بند ۳ ماده ۳۷۱ دارد، رعایت نکند، رأی او به تعبیر بند ۱ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی برخلاف قوانین موجد حق خواهد بود، زیرا ماده ۳۷۱ ضمانت اجرای نقض حقوق آیینی اصحاب دعوا به برخورداری از دادرسی مطلوب را بیان کرده است.

نتیجه

۱. در داور همواره ممکن است که خواننده دعوا به تشخیص خود و عامدانه از مشارکت در رسیدگی خودداری کند به این امید که اختیار داور مانند دادرسی نیست و غیبت او داور را معطل می‌گذارد. قواعد بین‌المللی داور و قوانین نمونه برای حفظ اعتبار داور و احترام به حاکمیت اراده و لزوم قراردادی داور را مجاز داشته‌اند که در مقام رویارویی با چنین موقعیتی رسیدگی را ادامه دهد و دادخواهی خواهان را موقوف به پاسخگویی خواننده نکند. اما داور با دادرسی قضایی تفاوت دارد و داور به پشتوانه قدرت عمومی تمییز حق نمی‌کند؛ اختیار او عاریتی و محصول اذنی است که طرفین موافقت‌نامه داور به او داده‌اند. پس اعمال اختیار ادامه داور در غیاب خواننده آداب ویژه‌ای دارد که داور باید به آن اهتمام جدی ورزد.

۲. در آغاز فرایند داور و انتخاب داوران، مقام ناصب داور اختصاصی خواننده باید دقت کند که فرصت کافی برای انتخاب داور به خواننده داده شده است. پس از تشکیل دیوان داور نیز داوران باید به‌گونه‌ای عمل کنند که گویی خواننده در جریان داور حضور نامرئی دارد و بر

۱. مفاد بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی یادگاری غبارگرفته از بند ۳ ماده ۵۶۶ قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۹ ذیقعدة ۱۳۲۹ است که یکی از موارد نقض تمییزی را چنین اعلام می‌کرد: «اگر به ادعایی برخلاف اصول محاکمه رسیدگی شده و عدم رعایت اصول مذکوره به درجه‌ای اهمیت دارد که حکم را از اعتبار حکم قانونی می‌اندازد»

تمامی جزئیات نظارت می‌کند. ترتیبات ابلاغ و دعوت به جلسات استماع باید با وسواسی تام انجام پذیرد. در تنظیم قرارنامه داوری نیز دیوان داوری باید اندکی از مقام مشاور طرفین فراتر رفته، قرارنامه را با ملاحظه امکان حضور بعدی خوانده و ادعاها و دفاع‌های احتمالی او تدوین نماید و مفاد آن را یکسره به انتخاب خواهان نسپارد. ایراد صلاحیت در هنگام غیبت خوانده مفروض است؛ داوران باید مبانی صلاحیت خود نسبت به موضوع داوری را احراز و اعلام نمایند. در غیاب خوانده هیچ اماره‌ای به نفع ادعای خواهان جریان نمی‌یابد و خواهان باید دعاوی خود را با آوردن دلایل کافی اثبات کند. حتی ممکن است غیبت خوانده قلمرو آزادی خواهان در تمسک به اقسام دلایل را تنگ سازد، ولی داوران باید توجه کنند که هیچ محدودیتی بر خواهان به صرف غیبت خوانده در داوری در این زمینه به ناروا تحمیل نشود. اداره دلیل در غیبت خوانده کمی سختگیرانه‌تر جریان می‌یابد و استاندارد اقناع داوران اندکی بالاتر می‌رود. باید اذعان کرد که موقعیت دشواری است و هیچ داوری علاقه ندارد که در آن گرفتار آید.

۳. رأی داوری در هیچ فرضی وصف «غیابی» نخواهد داشت و خوانده نمی‌تواند فقط به این جهت که در داوری حضور نداشته و رأی در غیاب او صادر شده است، رسیدگی دوباره را به داوران و خواهان تحمیل کند. لیکن نظارت قضایی دادگاه محل شناسایی و اجرای رأی و نیز دادگاه مقر داوری بر رأی داوری که در غیبت خوانده صادر شده است، باید علاوه بر جهات و موارد متعارف بی‌اعتباری داوری، با وسواس و موشکافی بیشتر معطوف به رعایت اصول دادرسی در داوری گردد و دادگاه بایستی قانع شود که در تمامی مراحل رسیدگی داوری، خوانده فرصت و مجال کافی برای آگاهی از فرایند داوری و حضور و مشارکت در آن و عرضه مدافعات خود را داشته است.

۴. در نظام حقوقی ایران، نه الزامات رسیدگی داوران در غیاب خوانده در قانون به تفصیل بیان شده، و نه رعایت اصول دادرسی در داوری به تصریح بر داوران الزام شده است. جهات ابطال رأی داوری نیز لزوم رعایت اصول دادرسی را در داوری به نحو مناسب تضمین نکرده است. ناگزیر باید با استفاده از قواعد تفسیر حقوقی نتیجه‌ای مناسب برای رویه قضایی تمهید کرد که در نظارت بر مراعات اصول دادرسی در داوری، به حکم قانون استناد کنند نه به اجتهاد شخصی.

تکلیف داور به «پیروی از قوانین موجد حق» را می‌توان خصیصه ذاتی داوری قانونی دانست و نتیجه گرفت که داور باید به قواعد حقوقی پدیدآورنده حق و تکلیف در نظام حقوقی پایبند باشد. حقوق و تکالیفی که اشخاص در نتیجه قواعد حقوقی پیدا می‌کنند در دو گروه بزرگ قرار می‌گیرد: حقوق ماهوی و حقوق آیینی. شاید اصلی‌ترین حق آیینی، حق دادخواهی و برخورداری از دادرسی مطلوب باشد که وصف قانونی آن رعایت اصول دادرسی در فصل خصومت است. بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی دیوان کشور را در مقام پایش فرجامی آرای محاکم تالی مکلف کرده است که اگر رأی دادگاه تالی حکایت از بی‌اعتنایی به اصول دادرسی و حقوق

اصحاب دعوا داشت، آن را نقض کند. بی‌گمان این ضمانت اجرای رعایت اصول دادرسی است و به تعبیر بهتر، ضمانت اجرای احترام به حقوق آیینی اطراف دعواست. این ضمانت اجرا حقی برای آنان به وجود آورده که ناشی از اجرای قاعده‌ی مهم است؛ قاعده‌ای که ریشه‌ی آن را می‌توان در قانون اساسی یافت: «*دخوای حق مسلم هر فرد است*» (اصل ۳۴). پس رعایت اصول دادرسی مطلوب، عبارت اخرای رعایت قواعد موجد حقوق آیینی است؛ قواعدی که نقض آن می‌تواند به ابطال رأی داور بینجامد. در میان اصول دادرسی، مقام اصلی از آن اصل تقابل است که رعایت آن احترام به حقوق دفاعی خوانده‌ی غایب در داوری را تضمین می‌کند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. آذربایجانی، علیرضا و سماواتی‌پور، محمدرضا (۱۳۹۳). تبیین جایگاه اصول و تشریفات دادرسی در داوری. حقوق خصوصی. ۱۱(۲). پاییز و زمستان.
۲. جنیدی، لعیبا (۱۳۹۷). *اجرای آراء داوری بازرگانی خارجی*. چاپ چهارم. تهران: شهردانش.
۳. جنیدی، لعیبا؛ شهبازی‌نیا، مرتضی؛ زمانی، سارا (۱۳۹۷). استانداردسازی منعطف در اداره‌ی دلایل در داوری تجاری بین‌المللی. پژوهش‌های حقوق تطبیقی. ۲۲(۲).
۴. جنیدی، لعیبا (۱۳۷۸). نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۵. عبدالله شمس (۱۳۸۴). *آیین دادرسی مدنی*. جلد سوم. تهران: دراک.
۶. محبی، محسن و جعفری ندوشن، شهاب (۱۳۹۴). نظام‌های تفتیشی و اتهامی در داوری‌های تجاری بین‌المللی. *مجله حقوقی حقوقی بین‌المللی*. ش ۵۲، بهار و تابستان.
۷. محسنی، حسن (۱۳۹۴). *آیین دادرسی مدنی فرانسه*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. مصدق‌السلطنه، محمد (۱۳۹۶). دستور در محاکم حقوقی. به کوشش و تصحیح حسن محسنی. بازنشر، تهران: شرکت سهامی انتشار.

ب) خارجی

1. Azarbajehani, Alireza & Samavatipour, Mohammadreza. (1393/ 2014). A contribution to the Role of the Principles and Formalities of Judicial Proceeding in Arbitration (in Persian). *Private Law*. 11(2), Fall & Winter
2. CIArb Guidelines on Party Non-Participation, available at: <https://ciarb.org/media/4204/guideline-9-party-non-participation-2015.pdf>
3. CIArb Guidline on Drafting Arbitral Award, art. 1 General, available at: <https://www.ciarb.org/media/4206/guideline-10-drafting-arbitral-awards-part-i-general-2016.pdf>
4. Claudia T. Salomon, Florian Loibl (2020), *How to Respond to Respondent's Non-*

- Participation in International Arbitration, A Practical Analysis for Claimants and Tribunals*, American Review of International Arbitration. Vol. 30, No. 4
5. Do Van Dai (2019). Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales, *Revue internationale de droit économique*/2 (t. XXXIII), DOI: 10.3917/ride.332.0141. Available at : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-2-page-141.htm>
 6. Eric Loquin (2015). *L'arbitrage du commerce international*. Paris: Joly éditions.
 7. Gary B. Born (2012). *International arbitration: Law and Practice*, Kluwer.
 8. Gary B. Born (2020). *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer.
 9. Gary B. Born (2014). *International Commercial Arbitration*. Vol. 3. 2d ed. Kluwer Law International,
 10. James Landel (2014). *Le non-respect du principe de contradiction: encore un arrêt sanctionné*. Éd. Législatives. Dalloz. 18 juin 2021.
 11. Jean Baptist Racine (2005). Réflexions sur les voies de recours en droit de l'arbitrage. Propos introductifs, *Revue de l'arbitrage*. No. 2.
 12. Joneidi Laya, Shahbazinia Morteza, Zamani Sara (2018). Flexible Standardization Of Administration Of Proof In International Commercial Arbitration. *Comparative Law Researches (Modares Human Sciences)*. summer. Vol. 22, No. 2 (100); Page(s) 31- 56.
 13. Joneidi, Laya (1378 / 1999). *A Critical and Comparative study of the Law of International Commercial Arbitration* (in Persian). University of Tehran Pub.
 14. Joneidi, Laya. (1397 / 2018). *The Enforcement of Foreign Commercial Arbitral Awards* (in Persian). Shahr-e-Danesh Pub.
 15. Julio César Betancourt (2019). What Are the Arbitral Tribunal's Powers in Default Proceedings? *Journal of International Arbitration*. Issue 4, Available at: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/36.4/JOIA2019024>
 17. Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson (2001). *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oxford University Press. 3rd ed.
 18. Loic Cadiet et Jacque Normand et Soraya Amrani Mekki (2020). *Theorie Generale du Proces*, puf.
 19. Mark B Feldman (2021). The Annulment Proceeding and The Finality of ICSID Arbitral Awards. *ICSID Review, Foreign Investment Law*. Aug., Available at: <https://academic.oup.com/icsidreview/article/2/1/85/652565> by guest on 10 August 2021
 20. Mohebi Mohsen, Jafari Nadoushan Shahab (2015). A Survey on Adversarial and Inquisitorial Models in International Commercial Arbitration. *International Law Review*. Spring & Summer.
 21. Mohsseni, Hassan (1394 / 2015). *French Code of Civil Procedure* (In Persian and French). Sherkat Sahami Enteshar Pub. Tehran.
 22. Mosadegh-Alsaltaneh, Mohammad (1396 / 2017). *Procedural Order in Civil Courts* (In Persian). Sherkat Sahami Enteshar Pub. Tehran.
 23. Shams, Abdullah (1384 / 2005). *Civil Procedure* (in Persian). Vol. 3. Tehran: Darak Pub.