

لا اله الا الله
محمد رسول الله



دانشگاه علامه طباطبائی

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق تجارت بین الملل

عنوان پایان نامه:

جرح داور (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، مالزی و قواعد داوری آنسیترال)

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر محسن محبی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر حمیدرضا علومی یزدی

نگارش:

افسانه آقامیری

شهریور ۱۳۹۱

اهداء:

تقدیم به

مادر و پدر عزیز و فداکارم

به پاس زحمات بی دریغ و محبت‌های بی پایانشان....

تقدیر و تشکر:

سگرشایان نشار ایزدستان که توفیق را رفیق راهم ساخت تا این پایان نامه را به پایان رسانم.

با نهایت سپاس و قدردانی از:

جناب آقای دکتر محسن محبی، استاد محترم راهما که این پایان نامه را با راهنمایی های ارزنده خود بارور ساختند و در تمامی مراحل نگارش با سه صدر را هکشتایم بودند؛

جناب آقای دکتر حمید رضا سلومی یزدی، استاد محترم مشاور که با مهربانی فراوان و حمایتهای همه جانبه خود در مسیر نگارش پایان نامه بنده را صمیمانه یاری نمودند؛

جناب آقای دکتر محمد تقی عابدی، استاد محترم داور که قبول زحمت نموده و داوری و ارزیابی پایان نامه را پذیرفتند.

و با تشکر ویژه از:

جناب آقای دکتر مرتضی شهبازی نیابات کجک های بی دینشان؛

تامی اساتیدی که جای اندیشه، به من اندیشه شن آموختند و

مادر و پدر عزیزم و خواهران مهربانم که در راه زندگی، همواره یاریم نمودند.

چکیده:

داوری به عنوان طریقه ای غیر قضایی برای حلّ و فصل اختلافات، از نظر تاریخی سابقه ای بس طولانی دارد. آنچه سبب افزایش اهمّیت داوری شده است، کاربرد آن در حوزه روابط تجاری بین المللی است که موجب شده داوری به عنوان یکی از منابع مهمّ حقوق تجارت بین الملل تلقی شود.

در داوری ها از جمله داوری های تجاری بین المللی، طرفین داوری می خواهند داورانی حلّ و فصل اختلافات آنها را بر عهده داشته باشند که دارای اوصاف عمومی (مانند استقلال و بی طرفی) و اوصاف خاصّ مورد نظر و توافق خودشان باشند. ممکن است در خصوص وجود اوصاف عمومی یا خاص در داور، تردید موجّه به وجود آید. لذا طرفین باید بتوانند نسبت به صلاحیت و شایستگی آن داور اعتراض نمایند. برای این منظور غالب قواعد و قوانین داوری، روش و تشریفات را به منظور «جرح» یا «اعتراض به صلاحیت داور» ارائه می دهند.

اصولاً پیش بینی جرح در داوری، برای اطمینان از برگزاری یک داوری عادلانه و منصفانه می باشد که این امر باعث پذیرش بهتر و آسان تر رأی داوری حتّی توسط طرفی که رأی علیه وی صادر شده است می گردد. با وجود این، جرح داور باعث تأخیر در رسیدگی و نهایتاً طولانی شدن داوری می شود. از این رو بسیاری از موارد جرح، به عنوان تاکتیک برای به تأخیر انداختن داوری یا به دست آوردن مزیت هایی در تشریفات داوری توسط جرح کننده است. لذا این روش می تواند ابزاری برای سوء استفاده طرفهای فاقد حسن نیت و ایجاد خلل و تأخیرهای ناروا در روند داوری باشد.

نظر به اینکه جرح، از یک سو روشی جهت تضمین صحتّ فرآیند داوری است ولی در عین حال می تواند به عنوان ابزاری جهت کارشکنی یا به تأخیر انداختن داوری به کار گرفته شود، باید در قوانین و مقرّرات داوری تدابیری در جهت مسدود نمودن باب سوء استفاده از این حق اندیشیده شود که غایت تحقیق حاضر شناسایی همین تدابیر می باشد.

«فهرست مطالب»

مقدمه.....	۱
۱- بیان مسئله.....	۱
۲- سؤالات تحقیق.....	۷
الف: سؤالات اصلی.....	۷
ب: سؤالات فرعی.....	۸
۳- فرضیه ها.....	۸
۴- تحدید موضوع.....	۹
الف: نظام داوری ایران.....	۱۰
ب: نظام داوری مالزی.....	۱۴
ج: قواعد داوری آنسیترال.....	۱۷
۵- هدف تحقیق.....	۲۰
۶- سوابق تحقیق.....	۲۲
۷- روش شناسی.....	۲۳
الف: نوع روش تحقیق.....	۲۳
ب: روش گردآوری اطلاعات و داده ها.....	۲۳
۸- مشکلات و تنگناهای تحقیق.....	۲۳
۹- سازماندهی تحقیق (پلان کار).....	۲۴

بخش نخست: موجبات جرح..... ۲۵

گفتار اول: اوضاع و احوال موجد شک و تردید موجه در مورد استقلال و بی طرفی داور..... ۲۷

بند اول: مفهوم استقلال و بی طرفی..... ۳۲

الف: تعریف استقلال..... ۳۲

ب: معیار سنجش استقلال..... ۳۴

ج: تعریف بی طرفی..... ۳۵

د: معیار سنجش بی طرفی..... ۳۷

بند دوم: رابطه استقلال و بی طرفی..... ۳۸

بند سوم: موارد عدم استقلال و بی طرفی..... ۴۱

الف: رابطه خویشاوندی نزدیک..... ۴۳

ب: نفع مالی عمده در اختلاف طرفین یا ذیحق شدن (موقّیّت) یکی از طرفین..... ۴۴

۱- رابطه استخدامی..... ۴۴

۲- مالکیت سهام عمده..... ۴۵

۳- رابطه تجاری..... ۴۶

۴- رابطه حرفه ای..... ۴۹

ج: عدم رعایت قواعد امری قانون یا قواعد داورى..... ۵۰

- ۱- تابعیت..... ۵۱
- ۲- عدم رعایت اصل رفتار مساوی با طرفین و سلب حق دفاع..... ۵۶
- ۳- عدم افشای موارد مشکوک..... ۶۰
- د: اتخاذ نظریه در خصوص امر خاص مورد دعوا به طور عمومی..... ۶۹
- بند چهارم: دامنه استقلال و بی طرفی داور..... ۷۱
- بند پنجم: درجه استقلال و بی طرفی داور..... ۷۳
- گفتار دوم: فقدان اوصاف مورد توافق طرفین..... ۷۶
- گفتار سوم: قصور یا عدم امکان انجام وظیفه..... ۷۹
- بخش دوم: آیین جرح..... ۸۸**
- گفتار اول: طرفین جرح..... ۹۱
- بند اول: جرح کننده..... ۹۲
- بند دوم: جرح شونده..... ۹۳
- گفتار دوم: مهلت جرح..... ۹۵
- گفتار سوم: شکل درخواست جرح..... ۹۹
- گفتار چهارم: بار اثبات جرح..... ۱۰۱
- گفتار پنجم: ابلاغ درخواست جرح..... ۱۰۸

- گفتار ششم: مرجع صالح برای رسیدگی به جرح..... ۱۱۱
- بند اول: دیوان داوری..... ۱۱۱
- بند دوم: دادگاه..... ۱۱۵
- بند سوم: مقام ناصب..... ۱۲۰
- بند چهارم: نهاد داوری..... ۱۲۲
- گفتار هفتم: واکنش در برابر جرح..... ۱۲۵
- بند اول: واکنش داور..... ۱۲۵
- الف: کناره گیری از سمت داوری (استعفا)..... ۱۲۶
- ب: موافقت با جرح..... ۱۲۷
- ج: مخالفت با جرح..... ۱۲۸
- بند دوم: واکنش طرف یا طرف های دیگر داوری..... ۱۲۸
- الف: موافقت با جرح..... ۱۲۹
- ب: مخالفت با جرح..... ۱۳۱
- بخش سوم: آثار جرح..... ۱۳۲
- گفتار اول: آثار طرح جرح..... ۱۳۳
- گفتار دوم: آثار جرح موقوق..... ۱۳۵

بند اوّل: نسبت به داور..... ۱۳۶

الف: خاتمہ مأموریت داور..... ۱۳۶

ب: جانشینی داور..... ۱۳۸

بند دوّم: نسبت به روند رسیدگی..... ۱۴۲

بند سوّم: نسبت به رأی داور..... ۱۴۵

گفتار سوّم: آثار جرح ناموق..... ۱۴۸

نتیجہ..... ۱۵۰

فہرست منابع و مآخذ..... ۱۵۴

«فهرست اختصارات»

ق.د.ت.ب.ا.....قانون داوری تجاری بین المللی ایران

ق. ۶۴۶ م.....قانون ۶۴۶ مالزی

ق.آ.د.م.د.ا.ا.....قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق ایران

ق.ن.د.آنسیترال.....قانون نمونه داوری آنسیترال

KLRC..... Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration

مقدمه:

۱- بیان مسئله:

روابط تجاری، یکی از طرق معمول ارتباط در عرصه بین المللی می باشد. این روابط از دیرباز وجود داشته، لذا از قدمتی دیرینه برخوردار می باشد. امروزه با پیشرفت جوامع و تکنولوژی، بیش از پیش شاهد گسترش روز افزون روابط تجاری بین المللی می باشیم.

در این نوع روابط تجاری، هر چند طرفین سعی می نمایند جزئیات روابط خود را در قرارداد پیش بینی نمایند، باز هم جلوگیری از بروز دعاوی تجاری غیر ممکن است و در مواردی اختلاف رخ می دهد. بروز اختلاف در روابط تجاری، از موانع گسترش این روابط محسوب می شود. بنابراین اختلافات تجاری باید به شیوه ای مناسب حل و فصل شوند.

به طور کلی شیوه های حل و فصل اختلافات (به ویژه در سطح بین المللی) را می توان به ۲ گروه اصلی تقسیم کرد: یکی، رسیدگی قضایی در محاکم که بنا به ماهیت خود علی الاصول «شیوه ترافعی» است، دیگری «شیوه های دوستانه» که مبتنی بر تراضی طرفین دعوی است. گروه دوم خود مشتمل است بر: داوری^۱، سازش^۲، مراجعه به کارشناس^۳، میانجیگری^۴ و واقعیت یابی^۵ که وجه مشترک همه آنها،

-
1. Arbitration.
 2. Conciliation.
 3. Expertise.
 4. Mediation.
 5. Fact- Finding.

همانطور که اشاره شد، توافق قبلی طرفین است.^۱

استفاده از روش های قضایی و مراجعه به دادگاه های کشور یکی از طرفین یا محاکم کشور ثالث، برای حلّ و فصل اختلافات تجاری بین المللی، شیوه ای نامناسب است که امروزه کمتر مورد استفاده قرار می گیرد. زیرا در مقایسه با دعاوی تجاری داخلی اختلافات تجاری بین المللی چالش ها و دشواری های خاصّ خود را دارند.^۲ از قبیل تابعیت مختلف طرفین اختلاف و تنوع فرهنگی آنها، عدم تمایل طرفین در مراجعه به مراجع قضایی کشور طرف مقابل یا حتی کشور ثالث به علّت نا آشنایی و گاه بی اعتمادی به نظام حقوقی و قضایی آن کشور، بیم از بی مهری احتمالی مراجع رسیدگی دولتی در کشور بیگانه، پرهزینه و طولانی بودن رسیدگی قضایی، احتمال افشای اسرار تجاری، عدم تخصص قضات داخلی. افزون بر این گاه طرفین از مفهوم حلّ اختلاف به صورت عادلانه نیز انتظارات و برداشت های گوناگونی دارند و ملاحظات دیگر.^۳

نظر به جمیع مراتب فوق در می یابیم همان گونه که شرایط خاصّ حاکم بر حقوق تجارت بین الملل ایجاب می نماید که حقوق حاکم بر این رشته از حقوق تجاری داخلی متمایز گردد، رسیدگی به اختلافات تجاری بین المللی نیز نیازمند راهکارهایی خاص است.^۴

در عصر کنونی توجه بازرگانان به شیوه های دوستانه حلّ و فصل اختلافات، معطوف شده و از میان سایر روش ها، بیشترین توجه به داوری نشان داده شده است. در عمل اسلوب داوری بیشتر در

۱. محسن، محبتی، «نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۴، ۱۳۷۸، ص. ۳۹.

۲. اکبر، احمدی، «کار دیوان بین المللی داوری: حلّ و فصل اختلافات تجاری بین المللی»، نامه اتاق بازرگانی، نشریه اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، شماره ۱۲، ۱۳۷۶، ص. ۷۹.

۳. محسن، محبتی، پیشین، ص. ۳۸.

۴. علی، انصاری و حجت، مبین، «قواعد فراملی در داوری تجاری بین المللی و جایگاه آن در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹، ص. ۳۸.

دعاوی تجاری مورد استفاده قرار می گیرد، به طوری که می توان گفت قاضی طبیعی در دعاوی تجاری، همان داوری است.^۱ زیرا جوهر اصلی شیوه های دوستانه عبارت است از: تراضی و توافق اصحاب دعوی که برای حل اختلافات به شخص ثالث رجوع کنند و همین تراضی است که باعث می شود فضای سنگین نزاع و بگو و مگو در دادگاه، به جو دوستانه تبدیل شود و اصحاب دعوی از آزادی عمل فراوانی در نحوه حل و فصل دعاوی خود برخوردار باشند.^۲

در اینصورت اختلاف طرفین به گونه ای حل و فصل می شود که ادامه روابط تجاری طرفین ممکن گردد و فضای دوستانه و حرفه ای حاکم بر روابط آنها محفوظ بماند و نگسلد.^۳ چراکه فضای داوری، فضای مخاصمه و منازعه نیست و از این رو منافاتی با ادامه روابط و معاملات تجاری آینده طرفین دعوی ندارد.^۴

اسلوب داوری در عرصه بازرگانی بین المللی، مطمئن ترین و شایع ترین شیوه حل اختلافات تجاری به شمار می رود. در ضمن جالب است بدانید که مراجعه به داوری، شیوه منحصر به فرد و بی بدیل حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی است. زیرا هیچ مرجع یا دادگاه بین المللی با صلاحیت عام وجود ندارد تا داوری، جانشین آن گردد.^۵ بنابراین امروزه اسلوب داوری، غالباً تنها مکانیزم قابل قبول و مناسب برای حل و فصل دعاوی و اختلافات تجاری بین المللی به شمار می رود و روز به روز بیشتر مورد

۱. محسن، محبتی، «امتیازات داوری از حیث اجرای رأی داوری»، **داوری نامه-۱**، (تهران: انتشارات مرکز داوری اتاق ایران، چاپ اول، آبان ۱۳۸۸)، ص. ۱۶۵.

۲. محسن، محبتی، «نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی»، پیشین، ص. ۴۰.

۳. هادی، ندیمی، «پیشگفتار از رئیس دانشگاه شهید بهشتی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۸-۲۷، پاییز- زمستان ۱۳۷۸، ص. هشت.

۴. محسن، محبتی، «امتیازات داوری از حیث اجرای رأی داوری»، پیشین، ص. ۱۶۸.

۵. محمد، کاکاوند، **گزیده آرای داوری مرکز داوری اتاق ایران**، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوق شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۸۹)، ص. ۲۱.

استقبال قرار می گیرد.^۱

زیرا به نظر می رسد این روش حلّ و فصل اختلافات تجاری بین المللی، با ضرورت های تجارت بین الملل از جمله سرعت، دقت و بالاخص اعتماد متقابل متناسب می باشد. لذا گسترش هرچه بیشتر شیوه داوری، می تواند از ابزارهای مهمّ اعتمادسازی در حوزه تجارت بین المللی و نهایتاً تسهیل مراودات بازرگانی محسوب گردد.

اهمّیت روز افزون اسلوب داوری در دعاوی تجاری بین المللی، مرهون کارآیی و امتیازاتی است که نسبت به رسیدگی قضایی در دادگاه دارد. ویژگیهایی از قبیل سرعت رسیدگی، ارزان بودن، محرمانه بودن جریان داوری، متخصص بودن داوران و بی طرفی آنها، لازم الاجرا بودن رأی داوری (جز در موارد استثنایی)، آزادی اراده طرف ها در اداره جریان داوری^۲ از جمله امتیازات داوری در مقایسه با رسیدگی قضایی در محاکم دادگستری است.^۳

در داوری طرفین می توانند افراد مورد نظر و اعتماد خود را با توجّه به تخصص آنها به عنوان داور انتخاب نمایند، لذا آسودگی خیال بیشتری خواهند داشت که دعویشان توسط افراد مورد اعتماد،

۱. حمیدرضا، نیکبخت، «کارگاه آموزشی داوری تجاری بین المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۰-۲۹، بهار- تابستان ۱۳۷۹، ص. ۲۵۱.

۲. برای اطلاعات بیشتر می توانید ر.ک.: محمد، کاکاوند، «آزادی اراده طرف ها در داوری تجاری بین المللی»، ماهنامه اتاق بازرگانی، شماره ۳۲، شهریور ۱۳۸۸، صص. ۴-۵.

۳. محمد، کاکاوند، گزیده آرای مرکز داوری اتاق ایران، پیشین، ص. ۲۱؛ قواعد و آیین داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، (تهران: مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، شهریور ۱۳۸۷)، ص. ۶؛

برای مطالعه بیشتر در مورد مزایا و امتیازات داوری ر.ک.: محسن، محبتی، «نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی»، پیشین، صص. ۴۷-۴۱؛ محسن، محبتی، «امتیازات داوری از حیث اجرای رأی داوری»، پیشین، صص. ۱۶۸-۱۶۵؛ مرتضی، شهبازی نیا، حلّ و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی (مطالعه تطبیقی)، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، چاپ اول، تیر ماه ۱۳۸۶)، صص. ۴۹-۴۴؛ بابک، شکوری، «بررسی علل رجحان داوری برای حلّ اختلافات تجاری بین المللی»، پیام قانون، شماره ۳۴، تابستان ۱۳۸۷، صص. ۹۱-۱۰۴.

متخصص، با سرعت کافی در رسیدگی، با بی طرفی بیشتر، با رعایت محرمانه بودن اختلافات و حفظ اسرار تجاریشان و بالاخره با هزینه کمتری حل و فصل می شود.^۱ حال چنانچه اعتماد طرفین به داوران، به موجب هر امری، مخدوش شود، طرفین باید بتوانند به طرح جرح^۲ نسبت به آن داور و سلب صلاحیت از وی اقدام نمایند.

ضرورت وجود حق جرح در رسیدگیهای داوری، با توجه به هدف داوری مشخص می شود. زیرا بنا به مطالب پیش گفته، هدف داوری تأمین رسیدگی بی طرفانه، عادلانه، سریع، کم هزینه و غیر علنی است. جهت نیل به این مهم، داور باید مستقل^۳ و بی طرف^۴ باشد. بنابراین در صورت وجود شک و تردید موجه در خصوص استقلال یا بی طرفی داور، باید امکان جرح داور وجود داشته باشد. لذا از تمهیداتی که برای تأمین بی طرفی داوران در نظر گرفته شده است، امکان جرح داوران است.^۵

بنابراین حق جرح، مکانیزمی جهت تضمین بی طرفی و استقلال داور و به تبع آن، تأمین هدف داوری (رسیدگی عادلانه و بی طرفانه) می باشد. علاوه بر این موارد، وجود حق جرح، اجرای حکم داوری را نیز تسهیل می نماید. زیرا توسل به جرح، نهایتاً منجر به صدور رأی از سوی داوران مورد اعتماد طرفین می گردد. لذا اطمینان از صحت و سلامت روند داوری منجر به پذیرش بهتر رأی داوری می گردد. از این رو رأی با سهولت بیشتری به اجرا در می آید. ولی اگر رأی توسط داوری صادر شود که به هر دلیل در خصوص اعتماد به وی شک و تردید وجود داشته باشد، اجرای رأی دشوار به نظر می رسد و حتی ممکن است جهت درخواست ابطال چنین رأیی به دادگاه رجوع شود. لذا از این حیث، ضرورت دیگر وجود حق جرح، می تواند کم کردن مداخله دادگاه باشد.

۱. محسن، محبی، «نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی»، پیشین، صص. ۴۲ - ۴۱.

2. Challenge/ Disqualification.

3. Independent

4. Impartial.

۵. لعیا، جنیدی، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین المللی، (تهران، نشر دادگستر، بهار ۱۳۷۶)، ص. ۱۳۶.

با توجه به مطالب فوق، ضرورت وجود حق جرح داور و اهمیت آن احراز گردید. لیکن اعمال این حق، موجب تأخیر در رسیدگی و صدور رأی داور می گردد. لذا حق جرح ممکن است به عنوان تاکتیک برای به تأخیر انداختن و طولانی شدن داور، توسط جرح کننده به کار گرفته شود. بنابراین این روش می تواند ابزاری باشد برای سوء استفاده طرف های فاقد حسن نیت و ایجاد خلل و تأخیرهای ناروا در روند داور.^۱

به طور کلی اشخاص ممکن است از حقوقی که به آنها اعطا شده سوء استفاده کنند و حق را در مسیر واقعی آن اعمال نکنند. پس حق جرح نیز ممکن است، مانند هر حق دیگری مورد سوء استفاده قرار گیرد.

اساس نظریه سوء استفاده از حق از این امر ناشی شده که باید در اعمال حق، نظارت و کنترلی وجود داشته باشد تا به حقوق و آزادی های دیگران تجاوز نشود. زیرا مطلق دیدن حق باعث می گردد که صاحبان حق با بهره گیری از امتیازی که قانون به آنها داده، حق خود را به زیان دیگران به کار برند و حتی ممکن است که اقدام ایشان سبب شود که به اهداف و غایات مورد توجه مقنن تجاوز شود. بنابراین تقریباً در کلیه ملل متمدن دنیا ضرورت محدود کردن اعمال حق پذیرفته شده است و مفهوم نظریه سوء استفاده از حق مورد قبول قرار گرفته است.^۲

در نظام های حقوقی مختلف، معیارهای متفاوتی برای تشخیص سوءاستفاده از حق، مورد توجه

۱. حمیدرضا، نیکبخت، «جرح و خاتمه مأموریت داوران»، مجله تحقیقات حقوقی، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، ص. ۷۰.

۲. حمید، بهرامی احمدی، سوء استفاده از حق: مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام های حقوقی، (تهران: انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۷)، ص. ۸۷.

قرار گرفته است.^۱ به نظر می‌رسد از میان معیارهای ارائه شده، معیار غایت اجتماعی حقوق را می‌توان به عنوان معیار سوء استفاده از حق جرح پذیرفت. منظور از این معیار، این است که هر حقی باید با توجه به غایتی که برای آن در نظر گرفته شده اعمال شود. از این رو در صورت انحراف از غایت مذکور، سوء استفاده تحقق می‌یابد. ارتباط سوء استفاده از حق جرح با معیار غایت اجتماعی بدین طریق است که غایت حق جرح، تأمین یک رسیدگی بی طرفانه، عادلانه و سریع است. لذا اگر اعمال حق جرح به منظور تأمین آن غایت نباشد، سوء استفاده از حق جرح محقق می‌شود.

نظر به توضیحات بالا روشن می‌شود که وجود حق جرح از یک سو، جهت تضمین بی طرفی و استقلال داور و به دنبال آن تأمین هدف داوری و نهایتاً اطمینان از صحت و سلامت جریان داوری، ضروری می‌باشد؛ اما از سوی دیگر، حق جرح ممکن است مورد سوء استفاده قرار گیرد. لذا در قوانین و قواعد داوری باید مکانیزم‌هایی تعبیه گردد تا حتی المقدور باب سوء استفاده از این حق مسدود گردد. بنابراین شرایط اعمال حق جرح باید به گونه‌ای مقرر گردد که هم امکان اعمال حق مزبور در موارد لزوم وجود داشته باشد و هم از سوء استفاده از این حق ممانعت به عمل آید و آسیب به جریان داوری، به حداقل ممکن کاهش یابد. اینک دو سؤال اصلی به ذهن متبادر می‌گردد که در ذیل بدانها می‌پردازیم.

۲- سؤالات تحقیق:

الف: سؤالات اصلی

- ۱- چه راههایی برای ممانعت از سوء استفاده از حق جرح (در قوانین و مقررات مورد بررسی در تحقیق حاضر) پیش بینی و ارائه شده است؟

۱. جهت کسب اطلاعات بیشتر در خصوص معیار سوء استفاده از حق در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف می‌توانید ر.ک.: همان صص. ۲۴۱-۸۹.

۲- در کدام یک از نظام های مورد مطالعه در تحقیق پیش رو، از فرآیند داوری در مقابل پیامدهای نامطلوب جرح، حمایت مؤثرتری به عمل آمده است؟

ب: سؤالات فرعی

جهت پاسخ به سؤال اصلی فوق، ابتدا باید به سؤال های فرعی فراوانی پاسخ داد. از قبیل:

۳- وجوه اشتراک و افتراق نظام های فوق الذکر از حیث موجبات جرح کدامند؟

۴- ساز و کار رسیدگی به جرح در این نظام ها چگونه است؟

۵- چه آثاری بر جرح داور، مترتب خواهد شد؟

۳- فرضیه ها:

۱- در نظر گرفتن ضرب الاجل در طرح جرح، برای جلوگیری از سوء استفاده از این حق می باشد.

۲- به نظر می رسد در قواعد داوری آنسیترال، از فرآیند داوری در مقابل پیامدهای نامطلوب جرح، حمایت مؤثرتری به عمل آمده است.

۳- در حقوق ایران، جرح در داوری های موردی در دادگاه طرح می شود و همین امر موجب طولانی شدن رسیدگی و اختلال در فرآیند داوری خواهد شد. بنابراین طرح جرح در دادگاه، می تواند به عنوان تاکتیک تأخیر در برگزاری داوری باشد. در حقوق مالزی با تحولات قانون گذاری که در سالهای اخیر صورت گرفته است، دادگاهها هیچ اختیاری در خصوص رسیدگی به جرح ندارند. بنابراین تأخیر در جریان داوری به حداقل می رسد. قواعد داوری آنسیترال نیز جهت جلوگیری از مداخله محاکم داخلی در داوری، مکانیزمی را برای تعیین یک مرجع منصوب کننده که مسئول تصمیم گیری در خصوص جرح داور است، ایجاد کرده است که همین امر سبب سرعت در رسیدگی خواهد شد.

۴- هر سه نظام از حیث عدم استقلال و بی طرفی مشترک هستند. دلایل عدم استقلال و بی طرفی باید به قدری قوی و جدی باشد که شائبه تاکتیک تأخیر انداختن در روند داوری در آن ایجاد نگردد. در حقوق ایران و مالزی علاوه بر دو دلیل فوق، چنانچه داور دارای اوصاف مورد توافق طرفین نباشد نیز قابل جرح می باشد.

۵- به نظر می رسد برکناری داور مجروح، تعلیق جریان رسیدگی و تعویض داور از آثار مترتب بر جرح می باشند.

۴- تحدید موضوع:

در تحقیق حاضر، موضوع «جرح داور» از ابعاد گوناگون مورد بررسی واقع می شود. البته از باب تأکید لازم به ذکر است که جرح داور، در داوری تجاری بین المللی مدنظر می باشد. از آنجا که موضوع پایان نامه باید با رشته تحصیلی دانشجو (حقوق تجارت بین الملل) ارتباط مستقیم داشته باشد، بررسی «جرح داور در داوری تجاری بین المللی» را مفروض داشتیم و جهت رعایت اختصار عنوان، از ذکر عبارت «در داوری تجاری بین المللی» اجتناب نمودیم. بنابراین جرح داور در داوری داخلی (ملّی) مورد مطالعه قرار نمی گیرد.

در تحقیق حاضر به لحاظ وسعت دامنه موضوع، پرهیز از انجام تحقیق تکراری و هدفدار بودن تحقیق، از میان سیستم های داوری موجود، توجه خود را به بررسی نظام حقوقی ایران، مالزی (که در زمینه حلّ و فصل اختلافات تجاری در زمره کشورهای پیشرو در ترویج داوری در منطقه آسیا و اقیانوسیه به شمار می رود)^۱ و قواعد داوری آنسیترال (که امروزه بسیار پذیرفته و مجری است) محدود و متمرکز می نماییم. حال شایسته است قبل از ورود به موضوع این نوشتار درباره نظام داوری ایران، مالزی

۱. مرتضی، شهبازی نیا، پیشین، ص. ۱۸۰.