دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی(دانش وتوسعه سابق) دوره جدید، سال بیست و سوم، شمارۀ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۵

موانع اقتصادی حق دادخواهی در مرجع داوری

عبدالله خدابخشی[۱]
استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۹/۷/ ۱۳۹۵

چکیده

داوری، به عنوان جایگزین مراجع قضایی، زمانی موفق به حل و فصل عادلانه اختلاف می‌شود که موانع استماع دعوا را برطرف و رفتار برابر با طرفین را تضمین نماید. در هنگام استماع دعوا در دادگاه، مساعدت‌های قضایی در قالب‌هایی نظیر پذیرش دعوای اعسار، به کمک افراد ناتوان می‌آید تا موانع اقتصادی، سبب نقض حقوق اولیه و بنیادینی مانند حق دادخواهی و دفاع از دعوا نشود. چنین مساعدتی، در داوری خالی از اشکال نیست؛ زیرا داوران با دریافت هزینه که گاه قابل توجه می‌باشد، حاضر به رسیدگی می‌شوند و نهادهای داوری نیز مقررات سخت گیرانه‌ای در این خصوص دارند. وضعیت یکی از طرفین اختلاف که برای دفاع، ناگزیر به اقامه دعوای تقابل است، در صورتی که توانایی پرداخت هزینه داوری را نداشته باشد، روشن نیست. داور بدون هزینه اقدام نمی‌کند و اگر به دعوای او نیز رسیدگی نشود، رأی داوری ممکن است به دلیل نقض حقوق بنیادینی مانند حق دادخواهی، باطل گردد. این مسأله که در داوری داخلی و بین المللی قابل طرح است، موجد آرایی در مراجع داوری و دادگاه‌های ملی شده است. در برخی از کشورها با استناد به اصل رعایت حق دفاع و رفتار برابر با طرفین، تلاش می‌شود که راهی برای خوانده دعوا و استماع دعوای تقابل فراهم آید. از این رو، وقتی خوانده دعوا ورشکسته است یا حکمی از دادگاه در مورد ناتوانی مالی خود دارد، مرجع داوری را ملزم به قبول دعوای تقابل خوانده می‌دانند، بدون اینکه او را به دادن هزینه داوری ملزم کنند. در صورتی که مرجع داوری براساس قواعد خود و بدون دریافت هزینه قادر به داوری نباشد یا از قبول دعوای تقابل امتناع نماید، رأی داوری توسط مراجع قضایی در این کشورها، باطل اعلام خواهد شد. این اقدام که مبتنی بر پاره‌ای از اصول اروپایی حقوق بشر و نیز

---

۱ -Dr_khodabakhshi@ferdowsi.um.ac.ir

قواعد داخلی برخی کشورهاست، رفته رفته رو به توسعه است. براین اساس، حق دادخواهی و تحقق عدالت ایجاب می‌کند که ناتوانی مالی، سبب از بین رفتن حق دفاع نشود زیرا همان طور که دادگاه‌ها برای افراد ناتوان مساعت های قضایی را مقرر کرده‌اند در مراجع داوری نیز داوران باید با توزیع هزینه‌ها، دعوای افراد ناتوان را استماع یا از صدور رأی خودداری کنند و خواهان را به اقامه دعوا در دادگاه، به جای داوری، ارشاد نمایند. عده‌ای از نویسندگان نیز پیش بینی بیمه هزینه‌های داوری را مطرح کرده‌اند که در حاضر حاضر، چندان زمینه‌ای برای اجرا ندارد. در تحلیلی دیگر از این بحث، برخی معتقدند که مفهوم غیرقابل اجرا بودن قرارداد داوری می‌تواند شامل ناتوانی مالی یکی از طرفین نیز باشد که قادر به طرح دعوای خود در مرجع داوری نیست. این مفهوم که در بسیاری از مقررات و قوانین داوری اعم از ملی یا بین المللی مذکور است، به این معناست که هرجا امکان مراجعه به داوری وجود نداشته باشد، قرارداد غیرقابل اجراست. در فرضی که خوانده با اقامه دعوای تقابل، قادر به تأمین هزینه داوری نیست، عملاً قرارداد داوری قابل اجرا نیست و بنابراین دادگاه می‌تواند رأی داور را که بدون توجه به دفاع شخص ناتوان صادر شده است، باطل اعلام کند. در حقوق ایران نیز این مسأله می‌تواند از رویکردهای مشابه برخوردار شود؛ زیرا اصل جانشینی داوری به جای مراجع قضایی، از جمله به این معناست که در صورت طرح دعوا در مرجع داوری، حقوق دفاعی و رفتار برابر با طرفین کاملاً رعایت شود؛ بنابراین اگر خوانده دعوا دفاعی مبتنی بر تهاتر یا سقوط دین مطرح نماید که رسیدگی به آن براساس مقررات داوری (در داوری نهادی) یا اظهار داور مستلزم هزینه است، باید قرارداد داوری را غیرقابل اجرا دانست یا داور را ملزم به رسیدگی بدون دریافت هزینه کرد و یا رأیی را که بدون دفاع صادر می‌شود، در دادگاه باطل اعلام کرد که به نظر می‌رسد غیرقابل اجرا بودن، منطقی است. از منظر فقهی نیز هزینه دادرسی نباید منتهی به غیرقابل استماع بودن دعاوی و نقض قسط و عدل شود و روشن است رأیی که بدون توجه به دعوای تقابل خوانده صادر می‌شود، قادر به تأمین عدالت نخواهد بود. در فرض ناتوانی خوانده از پرداخت هزینه داوری دعوای تقابل، خواهان می‌تواند تعهد پرداخت را عهده دار شود و در غیر این صورت می‌توان با ارائه رأی قطعی از دادگاه در خصوص اعسار یا ورشکستگی خوانده یا اقامه دعوای اعلام اعسار، قرارداد داوری را غیر قابل اجرا تلقی کرد. در این مورد، داور باید ختم فرایند داوری را اعلام دارد و به منظور تأمین اصولی مانند رفتار برابر، لزوم دسترسی به عدالت و رعایت حق دفاع، خواهان را به مراجعه به دادگاه ارشاد نماید. در این مقاله، مسأله مذکور با توجه به رویه قضایی اروپایی و راهکار آن در حقوق ایران، بررسی و از تحلیلی دفاع می‌شود که به موجب آن، دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوا را خواهد داشت. این تحلیل مبتنی بر مقدماتی است که هرچند مقررات داوری به آن تصریح ندارند اما لازمه رعایت اصول کلی حقوقی مانند حق دفاع می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: حق دادخواهی، رفتار برابر، مرجع داوری، هزینه داوری، حق دفاع، دعوای تقابل.
طبقه بندی JEL: D24, J52, K00

۱. مقدمه

حل اختلاف از مجاری قانونی اعم از قضایی یا داوری، امری ضروری و از موارد نظم عمومی است.[۱] توافق به عدم امکان اقامه دعوا در مراجع مذکور، حتی در نظام‌هایی که مرور زمان را به رسمیت شناخته‌اند و بعد از انقضای مهلت معین، دعوا را استماع نمی‌کنند، صحیح نیست و نباید گفت که این توافق، به مثابه مرور زمان، استماع دعوا را ممنوع می‌کند، ولی حق را باقی می‌گذارد! درحقیقت باید راهی برای حل اختلاف افراد وجود داشته باشد تا از جمله، مانع از دادگستری خصوصی و تقاص شد.[۲] به همین ترتیب باید موانع عملی را مرتفع و مراجعه به مراجع قانونی را ممکن نمود. برحسب قواعد عمومی قراردادها، تعهد باید در توان فرد باشد و الا باطل خواهد بود. در مورد هزینه‌های لازم برای مراجعه به مراجع قضایی، شخص ناتوان با طرح دعوای اعسار یا ورشکستگی، از امکان مراجعه رایگان (با تعلیق تعهد پرداخت هزینه) برخوردار می‌شود؛ اما این وضع در مورد داوری قابل تصور نیست زیرا فردی که قادر به پرداخت هزینه‌های مقرر نباشد، از مراجعه به مراجع قضایی نیز، به جهت توافق نامه داوری محروم است. اثبات ورشکستگی یا اعسار، راه کاری است که برخی پیشنهاد داده‌اند تا برآن اساس، انتفای داوری اعلام و صلاحیت دادگاه مستقر شود. بدین سان، این سؤال اصلی مطرح است که برای افراد ناتوان چه باید کرد؟ دعوای تقابل که بی گمان نوعی دفاع محسوب می‌شود (kavimi, partow, 2012, 197) و در عین حال، نیازمند هزینه لازم است، چگونه اقامه شود؟ از یک سو، راه داوری بدلیل لزوم پرداخت یا تعیین

۱- توصیف برخی از فقها نسبت به «قضا» به این صورت است: «ما کان مقویا لجلب المصلحة و دفع المفسدة و هو القضاء و الدعاوی، و البیّنات، و ذلک لأن الاجتماع من ضروریات المکلفین، و هو مظنة النزاع، فلا بد من حاسم لذلک و هو الشریعة؛ و لا بد لها من سائس و هو الإمام و نوابه، و السیاسة بالقضاء و ما یتعلق به» (Heli sivari, 1982, 63; Ameli, 1979, 38) ترجمه در لسان حقوقی: «قضاوت و دادرسی، دعاوی و استماع آن و نیز دلایل اثبات برای جلب مصالح و دفع مفاسد ضروری است زیرا انسان مدنی بالطبع است و باید در اجتماع زندگی نماید. نتیجه این امر، تحقق اختلاف است که راهی جز قطع ماده نزاع، برای آن وجود ندارد و شخص صالحی باید متولی این کار شود».

۲- اصل سی و چهارم قانون اساسی: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچکس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد». البته توافق به اینکه دعوا باید در مهلت معین (معقول که منافاتی با حق دادخواهی نداشته باشد)، اقامه گردد، صحیح است (Khodabakhshi,2013,192).

تکلیف هزینه لازم، مسدود است و از سوی دیگر، دادگستری نیز دعوا را به جهت موافقت نامه داوری، استماع نمی‌کند! بنابراین برای خروج از این بن بست که برخلاف نظم عمومی است، چه باید کرد؟

از آنجا که ادبیات داوری و استقبال از آن، به واقع، تنها در سال‌های اخیر در ایران توسعه یافته و همه مشکلات عملی آن نیز در مراجع قضایی مطرح نگردیده، بهتر است ابتدا این مسأله را در حقوق تطبیقی بویژه حقوق اروپایی که هم دکترین و هم رویه قضایی به آن پرداخته‌اند، مورد بررسی قرار دهیم و در ادامه به تعیین راهکاری مطلوب در حقوق خود، بپردازیم.

این مسأله، با یک رویکرد و همسان، در هر دو حوزه داوری داخلی و بین المللی، مطرح شده و به دلیل فقدان مقرره قانونی در این حوزه‌ها، به طور عمده، نظرات نویسندگان و برخی آرایی داوری و قضایی به تحلیل مسأله کمک می‌کند. حقوق ایران نیز همین وضع را دارد؛ از این رو، باید با اعمال قواعد عمومی، وضعیت داوری‌های مذکور را در این خصوص مورد بررسی قرار داد. فقدان چارچوب منطقی برای این مسأله، آثار و توالی نامطلوبی به دنبال دارد که محرومیت از حق دادخواهی، یکی از آن موارد است. همچنین داور در موقعیت مبهمی به سر خواهد برد، زیرا از یک سو نگران صلاحیت خود است و از سوی دیگر، نقض اصول دادرسی مانند حق دفاع، رأی او را در معرض بطلان قرار می‌دهد. این وضع در مورد دادگاه‌های داخلی، موقع کنترل قضایی رأی داور نیز متصور است و بدرستی معلوم نیست عدم پرداخت هزینه داوری و عدم استماع دعوا، مصداق بی توجهی به اصول دادرسی است یا به تشریفات آن مربوط می‌شود. با توجه به این آثار، اهمیت مسأله به خوبی معلوم است و از این رو، نوشته حاضر به تبیین آن می‌پردازد.

۲. حقوق برخی از کشورهای اروپایی

برخلاف دادگاه‌ها که در آن، ناتوانی مالی یکی از طرفین به جهت وجود مساعدت‌های قضایی، مانع از حق دادخواهی و استماع دعوا نیست، در داوری که هزینه‌ها را باید طرفین پرداخت نمایند، ناتوانی مالی، مانع بزرگی برای دسترسی به داور است، زیرا داوری، قضاوت خصوصی است و هر طرف باید هزینه‌های آن را پرداخت نمایند (Cohen,2012,159). با این حال، در رأی ۱۷ نوامبر ۲۰۱۱ دادگاه استیناف پاریس آمده است که: «مراجع داوری از قاعده لزوم رعایت حق

دادخواهی مستثنی نیستند». در رأی دادگاه می‌خوانیم: «براساس حق دادخواهی، هیچ شخصی را نباید از استماع مناسب دعوای او نزد قاضی محروم کرد. هر گونه محدودیت در مورد این حق باید متناسب با الزامات اداری صحیح در زمینه عدالت باشد. مراجع داوری نیز از شمول این امر مستثنی نیستند». در این دعوا، یکی از طرفین داوری براساس ماده ۶ کنواسیون اروپایی حقوق بشر و برمبنای حق دادخواهی، به دادگاه مراجعه می‌کند و ابطال رأی داور را درخواست می‌کند. موضوع پیش روی دادگاه این بود که آیا باید رأی دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) را به این دلیل باطل کرد که مرجع مذکور با نپذیرفت دعوای تقابل از سوی طرف ناتوان، به استناد عدم پرداخت هزینه داوری، حق آن طرف را در دسترسی به عدالت، تضییع کرده است؟ اختلاف مربوط به دو شرکت ایتالیایی و اسپانیایی بود که در سال ۲۰۰۱ توافقی در خصوص حق اختراع منعقد می‌کنند و در سال ۲۰۰۷ منتهی به اختلاف می‌شود. در این سال، دادگاه بارسلونا، بدون اینکه از موضوع داوری بحثی به میان آورد، رأی به ورشکستگی شرکت اسپانیایی می‌دهد و در سال ۲۰۰۹ عملیات تصفیه را آغاز می‌کند. مرجع داوری در سپتامبر ۲۰۰۸ صلاحیت خود را در رسیدگی به اختلاف اعلام می‌کند زیرا مقررات حقوق ورشکستگی اسپانیا را که بموجب آن، ورشکستگی سبب می‌شود توافق داوری غیرقابل اجرا شود، در داوری بین المللی قابل اعمال نمی‌داند. به هر صورت، با حدوث اختلاف، یکی از طرفین براساس قواعد دیوان داوری اتاق بازرگان بین المللی، به داوری رجوع و طرف مقابل نیز دعوای تقابل اقامه می‌کند. خواهان دعوای تقابل، با اخطار پرداخت هزینه داوری، اقدامی بعمل نمی‌آورد و مرجع داوری براساس قواعد مقرر، دعوای اصلی را استماع و دعوای متقابل را غیرقابل استماع می‌داند. با اعتراض به این تصمیم، برمبنای ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و محرومیت از حق دادخواهی، دادگاه استیناف پاریس رأی را باطل اعلام کرد.

در این دعوا، دادگاه رأی داور را به دلیل عدم رعایت حق دادخواهی به استناد بندهای ۴ (عدم رعایت اصول دادرسی) و ۵ (مخالفت با نظم عمومی بین المللی) ماده ۱۵۲۰ قانون آ.د.م. فرانسه باطل اعلام نمود.[1] از نظر دادگاه، هیچ کس نباید از اینکه دعوای او توسط قاضی استماع گردد،

۱- «اصل تقابل رعایت نشده باشد»؛ «رأی مخالف نظم عمومی بین المللی باشد».

محروم شود و هر محرومیت نامتناسب در این خصوص، صحیح نیست. با اعمال این اصل در دعوای حاضر، بنظر دادگاه رد دعوای تقابل، اقدامی مفرط و غیرمتناسب محسوب می‌شود زیرا شرکت خواهان در حالت تصفیه دیون است و قادر به پرداخت هزینه نیست. بنظر دادگاه، اینکه براساس قواعد داروی مذکور، شرکت در حال تصفیه می‌تواند متعاقباً دعوای تقابل را در مرجع داوری اقامه نماید و این دعوا، بدلیل عدم پرداخت هزینه داوری، قابل استماع نباشد، عملاً سبب تعارض شده و به زیان شرکت تمام می‌شود. دادگاه همچنین بر اصل رفتار برابر با طرفین تأکید نمود. به باور دادگاه، اینکه خوانده تنها به دعوای خواهان پاسخ دهد و قادر به طرح ادعای تقابل که کاملاً مربوط به دعوای اصلی است، نباشد، اصل رفتار برابر با طرفین را نقض می‌کند. بدیهی است با استماع دعوای تقابل، ممکن است ذمه خوانده از بدهی‌های متقابل آزاد شود. حال اگر چنین دعوایی استماع نشود، تنها مطالبات خوانده مورد لحوق رأی قرار می‌گیرد و مطالبات مدعی تقابل، باقی می‌ماند! همچنین دادگاه با تأکید بر ماهیت قضایی داوری به جای ماهیت قراردادی آن، از حقوق بنیادین یکی از طرفین دعوا در حالت ناتوانی مالی او حمایت می‌کند زیرا این حق از لوازم رسیدگی قضایی است (Fontmichel, 2012,142). البته رأی دادگاه براساس ماهیت قراردادی داوری واجد ایراد بود زیرا توافق طرفین نسبت به اینکه قواعد داوری (icc) اعمال شود، در حکم شروط قراردادی است و دادگاه حق ندارد با ورود به شروط مذکور، آن را مورد بازبینی قرار دهد. در مقام اجتناب از این ایراد و آشفتگی بین ماهیت قضایی و قراردادی داوری، دادگاه، قواعد داوری مذکور را در مورد لزوم پرداخت هزینه داوری، باطل اعلام نکرد بلکه تنها از اعمال آن امتناع نمود، زیرا قواعد مذکور، عملاً منتهی به محدودیتی نامتناسب برای حق دادخواهی می‌شد. درواقع دادگاه از مرجع داوری می‌خواهد که به منظور رعایت اصول دادرسی منصفانه و تضمین رفتار برابر با طرفین، به قواعد مربوط به هزینه داوری، بی توجه باشد (Jarrosson, 1999,611). لازم به ذکر است سابقاً در دعوایی دیگر، دیوان کشور فرانسه اعلام نموده بود که ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تعهداتی را متوجه دولت‌ها می‌کند و دادگاه‌های دولتی نباید برآن اساس، داوری را غیرقابل اعمال بدانند (Cour de cassation, Cass. civ. 1e ch., Feb. 20, 2001, Cubic Defense Systems v. ICC, Bull. civ. 2001, I, n° 39.). داوران با مشاهده رویه دادگاه‌ها، برای اطمینان از اجرای آرا، درصدد اعمال ماده ۶ کنوانسیون هستند زیرا می‌دانند دادگاه‌های فرانسه با ضمانت اجرای بطلان یا غیرقابل اجرابودن، رأیی داوری را که ناقض ماده

مذکور باشد، رد خواهند کرد. رویه قضایی با دعوای ۱۷ نوامبر ۲۰۱۱، فشار مضاعفی را در مورد حق دادخواهی، متوجه داوران نمود تا به منظور اطمینان از تأیید آرای خود در فرانسه، به رعایت حق مذکور پایبند باشند. لازم به ذکر است بموجب قانون داوری فرانسه (ماده ۱۵۲۲)[1] و نیز قانون داوری سوییس، اعتراض به رأی، با توافق طرفین اختلاف، قابل اسقاط است. در چنین وضعی، داوران نیز چندان نیازی به موشکافی و وسواس در مورد رعایت یا عدم رعایت ماده ۶ کنواسیون ندارند، با این حال، اینکه اسقاط حق مذکور، دقیقاً منطبق با ماده ۶ کنوانسیون باشد، مورد تردید قرار گرفته و ممکن است برآن اساس، دعوای ابطال اقامه شود (Krausz, 2011,156-839).

حق دادخواهی تنها در مورد ابطال آرای داوری نیست بلکه رویه قضایی در مورد اجرای آرای داوری خارجی نیز حساس است. دادگاه‌های فرانسه، حق دادخواهی را از موارد نظم عمومی بین المللی تلقی می‌کنند. نتیجه این رویکرد، امتناع از اجرای آرای داوری با استناد به عدم رعایت حق دادخواهی است. چنین وضعی را در کشور پرتغال نیز می‌بینیم؛ جایی که دادگاه عالی پرتغال بموجب رأی ۹ نوامبر ۲۰۰۳ از این رویکرد دفاع می‌کند. جریان به این نحو است که در قرارداد بین المللی، شرط داوری با محل داوری کشور هلند درج می‌گردد. خوانده با اقامه دعوای تقابل، در مقابل پرداخت هزینه داوری اظهار ناتوانی می‌کند اما این دعوا رد شده و رأی به سود مدعی هلندی صادر می‌گردد و او، اجرای رأی داوری را در پرتغال درخواست می‌کند. محکوم علیه (مدعی دعوای تقابل) دفاع می‌کند که رأی برخلاف نظم عمومی است و درخواست اجرای آن باید رد شود. دادگاه دستور اجرا می‌دهد و اعلام می‌کند: «وقتی طرف داوری با شرکت هلندی توافق کرده است که به داوری در هلند مراجعه نمایند، پرداخت هزینه‌های مقرر را نیز متعهد شده است و باید تعهدات را اجرا نماید و حال آنکه چنین اقدامی انجام نداده است. طرفین توافق کرده‌اند از سیطره دادگاه‌های دولتی خارج شده و مانع از دخالت آنها در قرارداد شوند. آن‌ها موقع انعقاد داوری، احتمال چنین وضعی (ناتوانی مالی) را می‌دهند. اینکه یک طرف به جهت عدم پرداخت هزینه داوری، قادر به دادخواهی نباشد، بحث دیگری است؛ زیرا دسترسی به داوری با همه شرایط آن، همچنان وجود دارد. در این مورد، بدهکار باید مدلل نماید که بدون تقصیر

---

۱ - «طرفین می‌توانند با توافق خاص، در هر لحظه صریحاً از شکایت بطلان صرف نظر کنند...».

خاص، قادر به ایفای تعهد نیست، درحالی که چنین ادعایی طرح نشده است». با این حال، دادگاه عالی پرتغال، به جهت مغایرت رأی با نظم عمومی از اجرای رأی سرباز زد، زیرا داور نمی‌تواند از استماع دعوای تقابل با ادعای عدم تأدیه هزینه داوری، به جهت نقض حق دادخواهی، امتناع نماید.

حق دادخواهی[1] در بحث صلاحیت مراجع داوری نیز مؤثر است. در این خصوص آرای متفاوتی صادر شده است. برای مثال در دعوای شرکت ملی نفت ایران علیه دولت اسرائیل، دادگاه براساس حق دادخواهی معتقد به بقای داوری بود زیرا قصد طرفین، قبول داوری است و بر مبنای حق مذکور نیز می‌توان مانع از نقض احتمالی عدالت در مرجع داوری شد (Cass.civ. 1e ch., Feb. 1, 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 53). در مورد دیگر، خواهان در مرجع داوری دعوایی را علیه سازمان یونسکو، آغاز می‌نماید. این سازمان پاسخی نمی‌دهد و لذا خواهان برای تعیین داور از جانب یونسکو، به دادگاه فرانسه مراجعه می‌کند. یونسکو به مصونیت قضایی استناد نمود ولی دادگاه همچنان بر قرارداد داوری تأکید می‌نماید. بناچار یونسکو، همزمان با اعتراض به تصمیم دادگاه، داور خود را معرفی می‌کند. دادگاه پژوهش پاریس، با این استدلال که استناد به مصونیت قضایی سبب محرومیت خواهان از مراجعه به داوری می‌شود و این نتیجه، برخلاف نظم عمومی و حق دادخواهی موضوع ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است، با درخواست یونسکو موافقت نمی‌کند (Cour d'appel Paris, June 19, 1998, UNESCO v. Boulois, REV. ARB).

از تصمیم دادگاه برمی آید که دیوان داوری (ICC) باید مقرره مربوط به هزینه داوری را در دعوای تقابل کنار می‌نهاد، از حق دادخواهی کمک می‌گرفت و دعوا را استماع می‌کرد تا هم رفتار برابر را رعایت کرده باشد و هم ناقض حق مذکور نباشد. درحقیقت تصمیم دادگاه باید جامع بین دو رویکرد باشد: ۱- رعایت مقررات داوری (ICC) که به جهت لزوم تأدیه هزینه داوری و نتیجتاً عدم استماع دعوای تقابل، منتهی به نفی حق دادخواهی می‌شود؛ ۲- غیرقابل اجرا بودن قرارداد داوری که سبب اعاده صلاحیت دادگاه‌های دولتی است. به عقیده برخی، در این دعوا، تصمیم دادگاه رضایت بخش نبود زیرا اولاً داوری ماهیت خصوصی دارد که هزینه‌های آن باید

۱- بموجب رأی ۳ آوریل ۲۰۰۸ دادگاه اروپایی حقوق بشر، اوکراین با امتناع از اجرای رأی داوری، ماده ۶ کنوانسیون اروپایی را نقض کرده است.

توسط طرفین تأدیه گردد. نتیجه رأی دادگاه این است که مراجع داوری، نهادهای بشردوستانه و داوران، کارگرانی در خدمت طرفین دعوا هستند! ثانیاً ابطال رأی داوری، خوشایند نیست؛ همچنانکه در این مورد، داوری بیش از دو سال در جریان بود و در نهایت توسط دادگاه، باطل اعلام و هزینه‌های بسیاری مترتب شد. علاوه اینکه محکوم له داوری نیز همانند محکوم علیه، عدالتی را بدست نیاورد! این آثار ایجاب می‌کند که باید در موضوع ناتوانی مالی یکی از طرفین داوری، تحقیق بیشتری نمود.

برخی پیشنهاد می‌کنند که مراجع داوری باید صندوقی را برای کمک به طرفین ناتوان ایجاد کنند. این امر مانع از مراجعه به دادگاه‌های دولتی می‌شود اما هزینه داوری را افزایش می‌دهد و برای داوری‌های موردی نیز راهکاری ندارد. پیشنهاد دیگر، زوال داوری و مراجعه به دادگاه است. برای مثال در فرانسه دو وضعیت را می‌توان متمایز دانست: وقتی که قاضی فرانسوی صلاحیت استماع دعوا را قبول ندارد و وقتی که به آن معتقد است:

در حالت اول، محل داوری در فرانسه و طرفین خارجی هستند نظیر دعوای موضوع رأی ۱۷ نوامبر ۲۰۱۱؛ در این مورد، طرف ناتوان می‌تواند به قاضی دولتی مراجعه و ثابت نماید که برخی از مقررات توافق نامه داوری یا قواعد قابل اعمال، بدلیل برخورد با نظم عمومی قابل اجرا نیستند. پیشنهاد سوم برای پرداخت هزینه داوری این است که به مرجع داوری اجازه داده شود دعوای تقابل را استماع و هزینه را در مرحله اجرا وصول نمایند، اما ایراد این است که هزینه‌های اداری مربوط به زمان داوری، مانند کارشناسی را باید در همان زمان وصول کرد و نیز وصول هزینه نهایی در زمان اجرا دشوار می‌باشد؛ بنابراین باید گفت هیچ راهکار درست و منطقی وجود ندارد؛ هرچند بحث از بیمه هزینه داوری نیز در میان است تا مراکز داوری در این خصوص اقدام نمایند و البته می‌توانند حق بیمه را از مراجعین خود دریافت دارند یا صندوقی را در این خصوص تشکیل دهند. اگر هیچ یک از این امور ممکن نشد، باید گفت که شخص (خوانده دعوای تقابل) می‌تواند دعوا را در مراجع دولتی اقامه نماید. با این حال، موقعیت شخص ناتوان متفاوت است زیرا او باید برخلاف موافقت نامه داوری، صلاحیت مرجع دولتی را مدلل نماید و برای مثال در فرانسه باید

بموجب ماده ۱۴۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی[1] نشان دهد موافقت نامه داوری غیر قابل اجراست.

در حالت دوم قاضی فرانسوی صلاحیت خود را برای ورود به ماهیت دعوا اعلام می‌کند؛ در این مورد، محل داوری، فرانسه و طرفین آن یا حداقل خوانده دعوا، نیز فرانسوی است. در اینجا، می‌توان دعوا را در دادگاه اقامه کرد. اگر دعوا توسط شخص ناتوان اقامه شود، بار اثبات ناتوانی و عدم امکان داوری با اوست و اگر دعوا را طرف توانمند (خواهان اولیه) اقامه نماید و طرف ناتوان، متوسل به ایراد داوری شود، ایرادکننده باید نشان دهد که مقدمات مراجعه به داوری وجود دارد و قادر به ایفای هزینه داوری است. البته دادگاه باید تحقیق نماید و بویژه مراقب سوءنیت شخص باشد تا مبادا این موضوع را دستاویزی برای سوءاستفاده قرار دهد و مثلاً به دنبال اطاله رسیدگی باشد (Imran, 2012, 162).

راهکاری که بموجب آن، دادگاه، خود را صالح به رسیدگی به دعوا در حالت ناتوانی مالی طرفین می‌داند، توسط دادگاه فدرال آلمان مورد حمایت قرار گفته ولی دادگاه استیناف انگلستان آن را رد کرده است. در سال ۲۰۰۰ دادگاه فدرال آلمان با نقض آرای تالی، اعلام می‌کند: در جایی که طرفین توان تأمین هزینه داوری را ندارند، موافت نامه داوری غیرقابل اجراست (Mistelis, 2006, 347). برخی از دادگاه‌های آلمان معتقدند که همانند دیگر قراردادهای طولانی مدت، با وجود دلایل موجه، می‌توان به داوری پایان داد. این موارد استثنایی در جایی است که یکی از اطراف داوری به صورت معقول نمی‌تواند این انتظار را داشته باشد که داوری، حمایت‌های قانونی را به نحو مؤثری تأمین خواهد نمود. البته اصولاً این علل باید بعد از توافق به داوری باشند، با این حال در مواردی خاص، علل سابق بر توافق داوری را نیز پذیرفته‌اند. این دادگاه‌ها نه تنها ناتوانی بعد از قرارداد داوری را سبب منتفی دانستن آن می‌دانند بلکه در برخی شرایط، ناتوانی سابق بر قرارداد را نیز قبول کرده‌اند. در عین حال دادگاه عالی فدرال در جایی که طرف مقابل، تمام هزینه‌های داوری را به عهده می‌گیرد و پیش پرداخت می‌دهد، داوری را باقی می‌داند.

۱- «هنگامی که اختلاف موضوع موافقت نامه داوری در مرجع قضایی دولتی مطرح می‌شود، این مرجع، عدم صلاحیت خود را اعلام می‌کند مگر آن که یا هنوز به مرجع داوری مراجعه نشده باشد و یا موافقت نامه داوری صراحتاً باطل یا غیرقابل اجرا باشد...».

دادگاه‌های آلمان حتی بدلیل تأخیر طرف مقابل برای حضور در فرایند داوری، رأی به منتفی شدن داوری داده‌اند. از نظر آنها، با احراز تغییر بنیادین اوضاع و احوال قرارداد نیز توجیهی برای بقای داوری نیست. این رویکرد در هلند نیز دیده شده و برخی دادگاه‌ها رأی به پایان دادن قرارداد داوری، به جهت فقدان منابع مالی یک طرف دعوا داده‌اند.

در مقابل دادگاه استیناف انگلستان این رویه را نپذیرفته است. در رأی دادگاه می‌خوانیم: «فرض کنیم خواهان قادر به ایفای هزینه داوری نیست که البته چنین دلیلی ارائه نشده و موضوع ثابت نیست! به هر حال، بنظر من قرارداد وقتی غیرقابل اجراست که برحسب شرایط، ادامه آن ممکن نباشد حتی اگر هر دو طرف آماده اجرا باشند. تصور می‌کنم که ناتوانی مالی نمی‌تواند از این موارد باشد. به باور من، خواهان نمی‌تواند ناتوانی خود را دستاویزی برای اجتناب از ایفای تعهدات قراردادی بداند و از موافقت نامه داوری خارج گردد». (Haendler & Natermann GmbH v. Mr. Janos Paczy, Court of Appeal, Dec. 3, 1980)

برخی از نویسندگان داوری معتقدند که دیدگاه اخیر در انگلستان، بسیار محدوداست و باید بین مواردی که ناتوانی مالی قابل پیش بینی بوده یا ناشی از حوادث غیرقابل پیش بینی است، تمایز نهاد. در سوئیس پایان دادن به داوری در جایی است که خوانده از تودیع سهم حق الزحمه داوری خویش، خودداری نماید. مبنای این عقیده، ماهیت قضایی داوری است (Poudret and Besson, 2007, 324- 325). برخلاف دادگاه فدرال آلمان که اختیار پایان دادن به قرارداد داوری را حتی برای طرفی که در ابتدا با طرح دعوا در دادگاه مخالف بوده، تأیید کرده است (D. M. Lew, Mistelis, Kröll, 2003, 345)، دادگاه‌های انگلستان دیدگاه دیگری دارند. بموجب این دیدگاه، ناتوانی مالی تنها در صورتی قرارداد داوری را غیرقابل اجرا می‌کند که در نتیجه نقض همان قرارداد مورد اختلاف (موضوع داوری) باشد (D. M. Lew,. Mistelis,p.345). با این حال در یکی از دعاوی (Teleserve system,. Inc .v. MCI telecomm Corp., 230 A.D. 2d 585, 659, 1997)، حق الزحمه غیرمتناسب داوری به عنوان یکی از علل غیرقابل اجرا بودن قرارداد داوری، مورد تأیید قرار گرفت (Amazu, 2001, 101).

البته شرایط رأی دادگاه استیناف انگلیس در حال حاضر، تغییر کرده است زیرا براساس قانون

حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸[۱] وضعیت دیگری حاکم است. براساس بند ۱ ماده ۳ این قانون، مراجع اصلی و فرعی قضایی باید در هر حال آماده اجرای حقوق مصرح در کنوانسیون جهانی حقوق بشر باشند. به این معنا که دادگاه‌ها باید حق دادخواهی، مصرح در کنوانسیون را با بخش ۹ قانون داوری ۱۹۹۶ تطبیق دهند. در این مقرره (ماده ۹ قانون داوری) آمده است که با اقامه دعوا در دادگاه و ایراد داوری، دادگاه باید رسیدگی را متوقف نماید مگر اینکه تشخیص دهد موافقت نامه داوری باطل یا غیرقابل اجراست. در نتیجه این مقرره، دادگاه‌ها باید تصمیم دادگاه استیناف را در مورد عدم پذیرش ادعای ناتوانی مالی خواهان، مجدداً بازبینی و مفهوم عبارت (incapable of being performed) را تفسیر تازه‌ای نمایند و به ناتوانی مالی نیز تسری دهند (Benson,op.cit,839). به هر حال در این مسأله دشوار، بنظر می‌رسد حق دادخواهی بر توافق به داوری مقدم است؛ همچنان که دادگاه تجاری پاریس بر این اساس رأی داده و قرارداد داوری را غیرقابل اجرا دانسته است (Tribunal de commerce Paris, May 17, 2011,). به باور برخی، برای حفظ قاعده «التزام به عقود»[۲] و جمع آن با ناتوانی یکی از طرفین، باید بر این بود که اگر ناتوانی مالی سبب به خطر افتادن عدالت و حق دادخواهی شود، می‌توان دعوا را در دادگاه رسیدگی نمود و البته باید در همه حال متوجه فریب شخصی که مدعی ناتوانی مالی است، بود (Kühner, 2014,816).

۳. حقوق ایران

۳-۱. قلمرو الزام ناشی از موافقت نامه داوری

موافقت نامه داوری، اختیار مراجعه مستقیم به دادگاه را پس از ایراد طرف مقابل، نفی می‌کند. این موافقت نامه، نه بعنوان تعهد به عدم اعمال حق بلکه معادل سقوط حق است و به جهت نفع مستقیم طرف مقابل، تنها با عدم مخالفت او اعم از سکوت یا موافقت صریح و ضمنی، می‌توان حق مذکور را مجدداً بدست آورد. التزام به عقود، داوری را نیز در برمی گیرد و از این جهت،

۱- Human Rights Act 1998.

۲- Pacta sunt servanda.

تفاوت اصولی با سایر عقود ندارد. با این حال، اجرای قواعد عمومی قراردادها در داوری تنها در پرتو اهداف آن، عملی است. برای مثال، به جهت احترام به حق دادخواهی، قائم مقامی در داوری مطرح نمی‌شود و منتقل الیه یا ورثه یا موصی له، به شرط داوری پایبند نیستند (Khodabakhshi,2012,208)؛ به عبارت دیگر هر شخصی باید رأساً در این مورد تصمیم گیری نماید. همچنین با اینکه توافق داوری، عقد لازمی است؛ حجر یکی از طرفین به آن خاتمه می‌دهد که بنظر می‌رسد ورشکستگی نیز همین اثر را دارد. ناتوانی داور، عدم قبول مسئولیت، استعفای داور اعم از موجه یا غیرآن، توافق طرفین، مخالفت با قانون و عوامل قهری نیز از جمله اسباب زوال داوری هستند. از آنجا که داوری بدون موافقت داور، به مرحله اجرا درنمی آید، ناتوانی در تأمین شرایط داور مانند هزینه داوری، منتهی به عدم قبول داور می‌شود و بنابراین منطقی است که داوری خاتمه یابد. با این حال به منظور پرهیز از سوءاستفاده یک طرف، صرف عدم پرداخت هزینه داوری، سبب زوال آن نیست و ناتوانی باید در حکم قوه قاهره باشد. در قواعد عمومی قراردادها، ناتوانی مالی یک طرف، می‌تواند فسخ قرارداد را به دنبال داشته باشد اما در داوری در حکم قوه قهری است زیرا تأمین مالی مذکور نه به طرف مقابل، بلکه به قاضی خصوصی یعنی داور برمی گردد. اگر او به داوری مجانی یا با هزینه متأخر رضایت دهد، مانعی نیست و در غیر این صورت، دسترسی به طرق حل اختلاف مطلقاً مسدود شده و تنها راهکار، پایان داوری خواهد بود.

۳-۲. اعاده صلاحیت دادگاه با اثبات اعسار

براستی چه راهکاری برای شخصی که با اقامه دعوای تقابل در مرجع داوری، قادر به تأمین هزینه داوری نیست وجود دارد؟ همچنین شخصی که ابتدائا دعوای خود را با وجود موافقت نامه داوری، در دادگاه اقامه می‌کند و در مقابل ایراد طرف مقابل، ناتوانی مالی خود و لزوم استفاده از مساعدت‌های قضایی را مستند خود قرار می‌دهد، چه وضعی خواهد داشت؟ تصمیم دادگاه چیست؟

پاسخ روشنی برای این سؤالات در حقوق ایران وجود ندارند و مانند بسیاری از مسائل داوری، باید با استفاده از قواعد عمومی و تحلیل مستندات قانونی، راه حل قابل قبولی را برگزید. به نظر

می‌رسد با اثبات ناتوانی (اعسار) از پرداخت هزینه داوری، داوری منتفی و مراجعه به مرجع قضایی متعیّن می‌گردد؛ زیرا اولاً مساعدت‌های قضایی در مورد داوری وجود ندارد،[1] ثانیاً باید راهی برای استماع دعوا وجود داشته باشد. اگر طرف دیگر درصدد بقای داوری است، در مقابل دعوای اعسار، می‌تواند متعهد به ایفای هزینه‌های داوری گردد و با از بین بردن نفع در دعوای اعسار، مانع از انتفای داوری شود زیرا وقتی دادگاه حکم به اعسار از هزینه داوری صادر کند، از یک سو داور برخلاف دادگستری تکلیفی به پذیرش مسئولیت مجانی ندارد و از سوی دیگر، با محرز شدن ناتوانی مالی، زمینه داوری و مقدمه واجب آن از بین می‌رود و از آنجا که باید راهی برای استماع دعاوی وجود داشته باشد و مسدود کردن آن خلاف نظم عمومی است، دادگستری تنها مرجع خواهد بود. ثالثاً در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین المللی (۱۳۷۶) با عنوان «موافقتنامه داوری و دعوای مطروحه نزد دادگاه» آمده است: «دادگاهی که دعوای موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است، باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقت نامه داوری باطل و ملغی الاثر یا غیر قابل اجرا می‌باشد...». «بطلان»، «ملغی الاثر بودن» و «غیرقابل اجرا بودن» موافقت نامه داوری، منطقاً نباید در یک معنا تفسیر شوند و قسم اخیر (غیرقابل اجرا بودن) قابلیت تفسیر و تطبیق با مسأله مورد نظر ما را دارد زیرا در صورت عدم تأمین هزینه، داوری جریان نمی‌یابد و عملاً بلااجرا می‌ماند.

در تأیید این نتیجه، ممکن است از قواعد قراردادها نیز کمک گرفت زیرا ضمانت اجرای

۱- بسیاری از کشورها، مساعدت‌های قضایی (legal aid) را در حوزه داوری نپذیرفته‌اند. برای مثال دادگاه فدرال سویس معتقد است که دولت تعهدی ندارد مقدمات استماع دعوا نزد مرجع داوری را فراهم آورد زیرا وقتی طرفین داوری را قبول کرده‌اند، به معنای توافق به حذف مساعدت‌های قضایی بوده است. مسأله دیگر، وضعیتی است که طرفین اختلاف، در شرایط مالی و قراردادی متعادل نباشند؛ نظیر قراردادهای مصرف کنندگان، قرارداد کار، مراقبت‌های پزشکی و نیز قراردادی ورزشی که در آن، اجباراً شرط داوری پیش بینی می‌شود. در این موارد که داوری اجباری است و یک طرف قادر به تأمین هزینه‌های داوری نیست، چه باید کرد؟ در سوئیس مساعدت‌هایی برای داوری‌هایی داخلی مقرر شده است، اما در بسیاری از نظام‌های حقوقی که از این قبیل مساعدت‌ها وجود ندارد، دادگاه‌ها باید با وسواس بیشتری به این شروط توجه کنند به نحوی که مانع از حق دادخواهی نشود.

تعهدات مالی، اگر به سود طرف مستقیم قرارداد باشد، بعد از ناامیدی از الزام به آن، فسخ قرارداد خواهد بود و در صورتی که ذینفع، شخص ثالث باشد (مانند تعهد به سود ثالث) نیز مشروط له (طرف قرارداد)، حق فسخ قرارداد را دارد مگر اینکه ذینفع (شخص ثالث) از حق خود عدول نماید. داور نیز چنین نقشی دارد. او می‌تواند داوری را انجام دهد و حق الزحمه را بعد از آن وصول نماید یا برای تودیع هزینه، مهلت دهد و نیز می‌تواند تبرعاً اقدام کند یا اساساً از داوری منصرف گردد یا داوری را منوط به تودیع هزینه کند و در هر حال، طرف قرارداد (اختلاف) در موضوع هزینه داوری نفعی ندارد تا بتواند فسخ قرارداد را بخواهد بلکه همه چیز در اختیار داور است؛ به عبارت دیگر، با پرداخت هزینه، داوری آغاز می‌شود و در فقدان آن، بلااجرا خوهد بود که نتیجه آن، صلاحیت مراجع دولتی است.

رابعاً همان طور که بیان شد، نظم عمومی ایجاب می‌کند که راهی برای حل اختلاف باقی باشد و تمام راه‌ها مسدود نگردد. اگر یکی از اصحاب اختلاف، به واقع معسر باشد، نه از جهت عدم ایفای تعهدات قراردادی؛ که بدلیل ناتوانی در تعهدات قانونی، امکان حضور در مرجع داوری را ندارد و تنها راه جایگزین، مراجعه به دادگستری است. اصل سی و چهارم قانون اساسی که از حق مراجعه به دادگستری یاد می‌کند، درواقع به لزوم دادخواهی و مرجع آن اشاره دارد. امکان مراجعه به نهادهای حق اختلاف، امری مسلم و بی بدیل است و هر توافقی که مستقیماً یا به جهت فقدان تدارک مقدمات قانونی، اختلاف را باقی نگهدارد، بی گمان باطل خواهد بود. توافق به داوری، الزامی بیش از این ندارد که دادگستری اصولاً مرجع حل اختلاف نباشد؛ این اصل با اسباب و علل متعددی کنار می‌رود و باعث صلاحیت مجدد دادگاه می‌گردد: توافق طرفین، تصویب قانون مؤخر و انتفای داوری، عدم تشکیل مرجع داوری، رد مسئولیت توسط داور و نیز اعسار از پرداخت حق الزحمه داور از این موارد است. همچنین در صورتی که یکی از طرفین اختلاف ورشکسته شود، دعوای او را می‌توان بدون هزینه دادرسی، در دادگاه استماع کرد تا دیگر طلبکاران از اموال موجود (از جمله وجهی که می‌بایست به عنوان هزینه دادرسی تودیع گردد)، بهره مند شوند و اگر قرار باشد همین هزینه به داور پرداخت گردد، برخلاف هدف مقنن مبنی بر اولویت طلبکاران است. بدین سان باید داوری را منتفی و به دادگستری مراجعه کرد تا این هزینه تحمیل نشود. بین ورشکستگی و اعسار از این حیث، تفاوت ذاتی وجود ندارد و اگر ورشکستگی یک طرف، داوری را منتفی کند، اعسار او نیز همین وضع را خواهد داشت.

۳ -۳. مسئولیت داور

با قبول تحلیل فوق، باید گفت که داور در مواجهه با دعوای تقابل[1] (با شرایط کامل یعنی ارتباط عمیق با ادعای اولیه) و طرح ادعای ناتوانی مالی، اولاً صلاحیت خود را برای رسیدگی به موضوع اعم از رد یا قبول دعوا، حفظ خواهد کرد و صرف ادعای ناتوانی، این صلاحیت را از بین نمی‌برد، ثانیاً در صورتی که بموجب اسناد متقن مانند احکام قضایی، ناتوانی مالی محرز باشد، داور یا باید به دعوای تقابل رسیدگی نماید بدون اینکه آن را منوط به تأدیه هزینه کند و یا در صورت عدم قبول، به جهت اینکه تکلیفی به رسیدگی تبرعی ندارد، اعلام عدم صلاحیت نماید و از رسیدگی به هر دو دعوا، اجتناب نماید، در غیر این صورت، رأی او در معرض ابطال خواهد بود، ثالثاً اگر دلایل محرز وجود نداشته باشد، داور خود حق ارزیابی چنین امری را دارد و می‌تواند مستدلاً ضمن رد ادعای ناتوانی مالی، رسیدگی را ادامه دهد. بدیهی است در صورتی که خلاف ارزیابی او ثابت گردد و مدعی تقابل، در دادگاه نشان دهد که درواقع، معسر بوده، رأی داور قابل ابطال خواهد بود.

٤. فقه اسلامی و هزینه داوری

برای آگاهی از جایگاه هزینه داوری در فقه، بهتر است ابتدا فروعی را که در باب هزینه اقامه دعوا، مطرح شده است از خاطر گذراند:

۱- هزینه حضور طرف دعوا در محضر قاضی با کسی است که دعوا را اقامه نموده است (Ameli,1992, 423; najafi,1983, 135)؛

۱- اساساً طرح دعوای تقابل می‌تواند یکی از معایب داوری باشد؛ زیرا علاوه بر بحث هزینه، «تجمیع اختلافات در رسیدگی واحد به دادرسان این امکان را می‌بخشد که با درنظر داشتن کل دعاوی مرتبط، تصویر روشن‌تری از موضوع داشته و حکم صحیح‌تری صادر کنند. تجمیع کلیه اختلافات مرتبط زیر چتر داوری واحد امکان پذیر است اما مستلزم موافقت کلیه اطراف اختلاف خواهد بود و چنانچه این موافقت حاصل نشود، داورها نمی‌توانند به موضوع به صورت تجمیعی رسدگی کنند؛ بنابراین چنانچه دعاوی طاری بروز کند و اطراف دعوا با داوری آن موافقت نکنند، ضرورتاً دعاوی مزبور باید جداگانه از طریق رسیدگی قضایی یا به نحو دیگری حل و فصل گردد که این امر می‌تواند به تعارض یا ناهماهنگی بین آرای صادره منجر شود»(Shiravi, 2012, 54).

۲- اگر بیت‌المال، اوراقی که حکم را در آن مکتوب کنند، نداشته باشد، قاضی از کسی که قرار است برای او حقی را ثبت و ضبط کنند، می‌خواهد کاغذی برای این کار تهیه نماید ولی او را اجبار نمی‌کند (tousi,2008, 161)؛

۳- اگر محکوم‌له درخواست کند که حکم را مکتوب کنند، قاضی می‌تواند هزینه لازم را از او اخذ کند (tabrizi, 1994, 110)؛

۴- در حین دادرسی نیز می‌توان هزینه مواد مورد استفاده و اوراق را اخذ کرد (mousavi Khomeini, 2000, 416; ardebili, 1982, 93)؛

۵- بعید نیست که کمک به افراد برای اقامه دعوا، در زمینه تحصیل معاش، کاغذ و جوهر، کتاب و هر آنچه که سبب نزدیک کردن قاضی به مطلوب خود می‌شود، واجب باشد (مقدس اردبیلی، همان) (ardebili, Ibid)؛

۶- شاهد نمی‌تواند در قبال ادای شهادت یا تحمل شهادت، اجرتی دریافت نماید و اگر نیازمند باشد باید از بیت‌المال داده شود (tousi, 2008, 86).

پاره‌ای از این فروع، منطبق با قواعد «مساعدت قضایی» و به منظور کمک به اقامه دعوا در دادگاه است و چندان مناسب باب «تحکیم» یا داوری نیست زیرا در فقه، ماهیت مذکور، به صورت حرفه‌ای مورد استفاده نبوده است و با مراجعه به قاضی نیز، ایراد صلاحیت مرجع داوری! مطرح نمی‌شد. در عین حال، براساس نگرش مقدس اردبیلی که وجوب مساعدت قضایی را بعید نمی‌داند و نیز با توجه به پاره‌ای از قواعد کلی مانند نفی حرج، متقاضی داوری را باید مورد حمایت قرار داد تا در صورت ناتوانی، راه جایگزین داشته باشد. این راه، در درجه اول، قبول هزینه توسط دیگران یا توسط طرف مقابل دعواست و در صورت عدم تقبّل، صلاحیت مراجع قضایی برای رسیدگی به دعوا خواهد بود. رویکردی که تمایل به آن در داوری‌های داخلی و بین المللی در پرتو قواعد عامی مانند حق دادخواهی، کاملاً مشهود است.

در تأیید این رویکرد می‌توان به اهمیت دعاوی طاری مانند دعوای تقابل در فقه نیز اشاره داشت زیرا هرچند گفته شده است که اگر مدعی‌علیه، با قطع دعوای مدعی، در مقابل او اقامه دعوا کند، تا زمانی که به دعوای مدعی رسیدگی نشود، دعوای مدعی‌علیه استماع نخواهد شد (shahid sani, 1992, 433) و هرچند در روایت آمده است که اگر دو طرف علیه یکدیگر اقامه دعوا کنند، دعوای کسی که زودتر اقامه شده باید استماع گردد» (fegh al- reza, 1985, 260) اما اگر قاضی

احتمال دهد که بین دو دعوا ارتباط است و استماع دعوای دوم، سبب روشن شدن برخی از خصوصیات دعوای اول می‌شود، به دعاوی باید به صورت توأمان رسیدگی کند (Tabrizi, 1994, 124). حال با این مقدمه و نیز با توجه به تأکیدات مربوط به لزوم رسیدگی به دعاوی و اینکه قضا به معنای فصل خصومت، یکی از وظایف مهم امام (ع) است و حکومت نیز باید شرایطی را برای استماع دعوا فراهم آورد، با تعذر پرداخت هزینه داوری، می‌توان قائل به لزوم رسیدگی به دعوا در مراجع عام بود.

۵. نتیجه

داوری به عنوان جایگزین دادگاهای دولتی، علاوه بر ماهیت قراردادی، خدمتی عمومی همراه با ماهیت قضایی است. تأمین عدالت را در هیچ شرایطی نمی‌توان در این مرجع نیز نادیده گرفت. از آنجا که برخلاف مراجع قضایی، در داوری باید هزینه‌های مربوط، اعم از اداری و حق الزحمه داوران تأدیه گردد؛ طرفی که قادر به تدارک آن نیست، هم در شروع دعوا و هم در دفاع از آن در قالب تقابل، دچار عسرت می‌شود و با مسدود شدن دعوا یا دفاع، عدالت به مخاطره می افتد. بنظر می‌رسد رویه قضایی و دکترین خارجی، با تحولاتی که حقوق بنیادین و مفاهیم حقوق بشر داشته است، به این سمت گرایش دارند که اولاً مرجع داوری نمی‌تواند به دعوای تقابل، تنها به جهت نداشتن تمکن مالی، بی توجه باشد و لزوم بررسی آن را لازمه رفتار برابر با طرفین می‌دانند، ثانیاً کنترل قضایی خود را نسبت رأی داور که بدون توجه به این امر صادر می‌شود، با استناد به محدود کردن بدون توجیه حق دادخواهی، اعمال می کنند و اجازه نمی‌دهند تنها براساس قرارداد عمل شود، ثالثاً در بحث اجرای آرای داوری خارجی نیز، هم با استناد به کنوانسیون نیویورک و هم براساس کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و نیز مقررات داخلی خود، سخت گیری لازم را به عمل می‌آورند و از اجرای رأی داور امتناع می‌نمایند، رابعاً از صلاحیت مراجع دولتی برای استماع دعوای شخص ناتوان، دفاع کرده و راهکار رسیدن به عدالت را در این می‌دانند که با اعمال مساعدت‌هایی قضایی و معافیت از هزینه‌های دولتی، دعوا را خود بررسی نمایند.

به باور ما، این رویکرد در حقوق ایران نیز منطقی است و با اصول حقوق داوری سازگاری دارد زیرا علاوه بر دلایل مذکور، همان طور که گذشت، توافق به داوری در هیچ حالتی، به معنای

مسدود کردن راه حل اختلاف نیست. این راه، اصولاً به مرجع داوری ختم می‌گردد اما با تغییر شرایط و ارکان داوری اعم از موضوع، داور و نیز طرفین، به نحوی که عملاً مراجعه به داور ناممکن شود، صلاحیت مرجع قضایی اعاده می‌گردد. بنظر می‌رسد مدعی ابتدا باید همزمان با اقامه دعوای اصلی، دعوای اعسار از هزینه داوری و دادرسی را نیز مطرح نماید، چرا که در حالت اصلی نیز مکلف به اقامه دعوای اعسار از هزینه دادرسی می‌باشد. با اثبات این اعسار، دادگاه صلاحیت ورود در ماهیت موضوع را خواهد داشت مگر اینکه طرف مقابل، با تودیع هزینه داوری، نفع مدعی را منتفی نماید. بنظر می‌رسد طرح دعوایی با عنوان «اعلام غیرقابل اجرا شدن توافق داوری» ضروری نباشد زیرا اگر چنین تحلیلی پذیرفته شود، غیرقابل اجرا بودن داوری، از تبعات حکم اعسار خواهد بود با این حال، در صورت طرح نیز استماع آن منعی ندارد.

References

[1] Ameli (shahid aval), mohamad. (1979). al-ghavaed va al-favaed. v.1. mofid publication. first edition.

[2] Ameli, (shahid sani), zeynodin. (1992). masalek al-efham ela tanghihe sharaye al-islam.v.13. Islamic maaref publication. first edition.

[3] Amazu A. Asouzu. (2001). International Commercial Arbitration and African States,. Cambridge University Press.

[4] Ardebili (moghadas), ahmad. (1982). majma al-fayede va al-borhan fi sharhe ershad al-azhan. islamic publication. v. 12. first edition.

[5] Charles Jarrosson. (1999). Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitre, 601 REV. ARB.

[6] Cohen Daniel. (2012). Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage? 159 Paris Journal of International Arbitration.

[7] fegh al- reza. (1985). moasese al al-beyt publication. first edition.

[8] Imran Benson. (2012). In search of justice. 162 national law journal.

[9] Jean-François Poudret, Sébastien Besson. (2007). Comparative Law of International Arbitration. Sweet & Maxwell.

[10] Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll. (2003). Comparative International Commercial Arbitration. Wolters Kluwer Law & Business.

[11] Loukas A. Mistelis. (2006). Pervasive Problems in International Arbitration. Kluwer Law International.
[12] Heli sivari, meghdad. (1982). nazd al-ghavaed al-feghhiye ala mazhab al-emamiye. marashi publication. first edition.
[13] Karimi, abas, partow, hamid reza. (2012). domestic arbitration law. dadgostar publication. first edition (in persion).
[14] Khodabakhshi, abdollah. (2012). Arbitration law and related cases in jurisprudence. sahami publication. first edition (in persion).
[15] Khodabakhshi, abdollah. (2013). cases law: foundamental analysis. sahami publication. first edition (in persion).
[16] Kühner detlev. (2014). The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Examples of France and Germany. Journal of International Arbitration. Volume 31 Issue 6.
[17] Maximin de Fontmichel. (2012). La force obligatoire du règlement d'arbitrage à l'épreuve des principes fondamentaux du procès. 142 PETITES AFFICHES.
[18] Mousavi khomeyni, seyed rooh allah. (2000). tahrir al-vasile, dar al-elm publication. First edition.
[19] Najafi, mohamad hasan. (1983). jawahir al-kalam fi sharh sharaye al-islam. v.40, toras al arabi publication, seventh edition.
[20] Nora Krausz. (2011). Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR. Article 6, 28 J. INT'L ARB.
[21] Shiravi, abdolhasein. (2012). international trade arbitration, samt publication, first edition (in persion).
[22] Tabrizi, javad. (1994). asas al-ghaza va al-shahadat, moalef publication. first edition.
[23] Tousi, abou jafar mohamad. (2008). al-mabsout fe fegh al-emamiye. v.8, mortazaviye publication, thirst edition.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی