

## بررسی استقلال شرط ارجاع به داوری در قراردادها تجاری

حسن علی پور، مریم صادقی  
hassanalipour38@yahoo.com  
Juristic8@yahoo.com

### چکیده

یکی از صور قرارداد داوری شرط داوری (Arbitration Clause) است که در قرارداد اصلی بروز میکند. لذا به نظر می‌رسد از سویی با توجه به قاعده صلاحیت بر صلاحیت و از سوی دیگر مشکلات و نیازهای تجاری، شایسته است که اصل استقلال شرط داوری مورد پذیرش قرارگیرد. در نتیجه پذیرش استقلال شرط داوری، رسیدگی به بطلان قرار داد اصلی نیز در صلاحیت داور قرار دارد و تصمیم داور به بطلان قرارداد اصلی به منزله بی اعتباری شرط داوری نیست. شایان توجه است که صرف وجود قاعده صلاحیت بر صلاحیت جهت رسیدگی داور به بطلان قرارداد اصلی، کفایت نمیکند. زیرا داور در صورت نبود اصل استقلال شرط داوری و با وجود صرف قاعده صلاحیت بر صلاحیت تنها میتواند بر صلاحیت خود رسیدگی نماید. با این تفاسیر، پس از مطالعه تطبیقی نظام های حقوقی و پذیرش اصل استقلال شرط داوری از سوی آن‌ها باید گفت، پذیرش اصل استقلال شرط داوری در نظام حقوقی ایران ضروری است.

**واژگان کلیدی:** قرارداد داوری، شرط داوری، استقلال، قاعده صلاحیت بر صلاحیت.

### مقدمه

همان طور که می دانیم، موافقت نامه داوری (Arbitration Agreement) به دو صورت یافت میشود: موافقت نامه داوری مستقل از قرارداد اصلی (Agreement to Arbitrate) که بعد از بروز اختلاف بین طرفین پا به میان میگذارد، وجود فیزیکی مستقل از قرار داد اصلی دارد. لذا این استقلال فیزیکی که منشاء ظهور آن پیدایش موافقت نامه داوری بعد از بروز اختلاف است، سبب شده است که این دیدگاه که رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی هم در صلاحیت داور قرار دارد، تقریباً مورد وفاق همگان قرار گیرد. قراردادها داوری بین ایران و ایالات متحده امریکا از این قبیل قراردادهای داوری مستقل هستند. اما صورت دیگری از قرارداد داوری که به شکل شرط داوری (Arbitration Clause) در قرارداد اصلی بروز میکند، سبب بروز اختلاف و دیدگاههای مختلف در مورد محدوده صلاحیت داور شده است که آیا رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی هم در صلاحیت داور قرار دارد یا خیر؟ چرا که از سویی می توان اینگونه استنتاج کرد که، طبق قاعده وابستگی شرط از قرارداد اصلی رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی از صلاحیت داور خارج است. از طرفی می توان اینگونه استدلال کرد که به رغم ختم قرارداد اصلی شرط مزبور به حیات خود ادامه میدهد، و به عبارت دیگر وجود مستقل اعتباری از قرارداد اصلی تجاری دارد. لذا شایسته است ضمن پژوهشی علمی نظریه استقلال شرط داوری مورد کنکاش قرارگیرد، تا بدین وسیله مشخص شود، که آیا رسیدگی به بطلان قرار داد اصلی که از ادعاهای شایع نسبت به قرارداد است، جزء صلاحیت داور است یا خیر؟ تا بدین وسیله از ادعای بطلان قرارداد برای اثر انداختن اقدام طرف مقابل جهت رجوع به داور و همچنین بطلان رای داوری که تصمیم به بطلان قرارداد اصلی گرفته است، جلوگیری به عمل آید. در این پژوهش سعی شده است، ضمن بررسی دیدگاه های مختلف به سوالات ذیل پاسخ داده شود:

۱- ادله موافقین و مخالفین نظریه استقلال داوری چیست؟

۲- رابطه قاعده صلاحیت بر صلاحیت و اصل استقلال شرط داوری چیست؟

۳- در صورت نبود اصلی تحت عنوان استقلال شرط داوری، آیا قاعده صلاحیت بر صلاحیت اکتفا میکند؟

#### ۴- آثار استقلال شرط داوری چیست؟

باتوجه به سوالات مزبور در این پژوهش با روش توصیفی سعی خواهد شد، در مبحث نخست ذیل عنوان استقلال شرط داوری ادله موافقان و مخالفان استقلال شرط داوری مورد بررسی قرار گیرد. سپس در مبحث دوم با فرض پذیرش این اصل آثار استقلال شرط داوری بررسی شود. در مبحث سوم مقایسه‌ای بین قلمرو قاعده صلاحیت بر صلاحیت و اصل مزبور به عمل آید. مآلاً در مبحث چهارم اصل مزبور در نظام‌های حقوقی مختلف مورد بررسی قرار گیرد.

#### ۱- استقلال شرط داوری

از آن جایی که بحث‌هایی گسترده در مورد استقلال شرط داوری مطرح شده است، لذا در این فصل در دو مبحث جداگانه نظریات مخالفین استقلال شرط داوری و در مقابل نظریات موافقان را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### ۱-۲- مخالفان نظریه استقلال

به نظر مخالفین استقلال شرط داوری که بیشتر بر تحلیل‌های منطقی استوار است، فرع تابع اصل است. آنها در استدلال خود به قاعده تابعیت فرع از اصل که تحت عنوان "accessorium sequitur principale" است، استناد میکنند. آنها معتقد هستند در اینجا طبق اصل تبعیت شرط از عقد فسخ یا بطلان قرار داد اصلی به طور خودکار موجب بطلان شرط داوری به معنای اعم خواهد شد. ایشان بدون استثناء معتقدند، اگر ثابت شود عقد اصلی از آغاز باطل بوده است، شرط هم بی اثر میشود هرچند تمامی شرایط صحت معامله را داشته باشد. لذا در این دیدگاه داور را واجد صلاحیت برای اتخاذ تصمیم در مورد اعتبار و بطلان قرارداد اصلی نمیدانند و معتقدند که اعتبار شرط داوری بعد از رسیدگی دادگاه به اعتبار قرارداد اصلی معلوم خواهد شد (مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، آثار استقلال شرط داوری، ۱۳۸۸: ص ۱۴).

این دیدگاه یک نظریه سنتی افراطانه است که شرط داوری را صرفاً بخشی از قرار داد اصلی می‌داند و در انگلستان تحت عنوان "نظریه قرار داد واحد" مورد پذیرش قرار گرفته است. لذا طبق این دیدگاه فساد عقد به شرط داوری هم سرایت میکند. قانون مدنی ایران نیز فساد عقد را عاملی ساری برای فساد شرط میداند. طرفداران نظریه قرارداد واحد معتقد هستند که ماهیت شرط داوری اقتضا دارد که در موارد عدم امکان اجرای قرار داد اصلی این شرط خاتمه نیابد. زیرا شرط داوری را در قیاس با شرط عدم مسؤولیت، از جمله تعهدات اولیه نمیدانند. به همین جهت توجیه نظریه استقلال شرط داوری توسط طرفداران این دیدگاه را بر مبنای قاعده بقای شرط داوری با وجود عدم امکان اجرای قرارداد اصلی را صحیح نمیدانند (جنیدی، ۱۳۷۶: ص ۱۵۵). مخالفان استقلال شرط داوری در پاسخ به طرفداران استقلال شرط داوری بر مبنای قصد ضمنی طرفین، بیان میکنند که در صورت بطلان قرارداد اصلی اعتبار بخشیدن به قصد ضمنی طرفین وجهی ندارد. به همین دلیل برخی از موافقان استقلال شرط داوری در برابر ایرادات مخالفین عاجز شدند و در توجیه قاعده استقلال شرط داوری به قاعده تخیل حقوقی استناد کردند، و به دلیل فواید عملی این اصل را مورد پذیرش قرار دادند (اسکینی، ۱۳۸۳: ص ۱۶).

#### ۲-۲- موافقین نظریه استقلال

حامیان استقلال شرط داوری که بیشتر به مشکلات و نیازهای تجاری امروز توجه میکنند، (ایلخانی‌زاده، ۱۳۸۶: ص ۵۴) موضوع و حکم شرط داوری را قراردادی مستقل و جداگانه می‌دانند. آنها صرف درج شرط داوری را مانند سایر شروط ضمن عقد نمی‌دانند، چراکه آنها معتقدند، شرط داوری رابطه‌ای با قرارداد اصلی ندارد، علی‌رغم شروط مربوط به اوصاف مورد معامله که وابستگی کامل به قرارداد اصلی دارند. آنها معتقدند، طبق قاعده کلی اگر ثابت شود عقد اصلی از ابتدا باطل بوده است، شرط هم به طور خودکار باطل و بی اثر میشود. اما در مورد شرط داوری مانند سایر شروط ضمن عقد نیست، لذا داور صلاحیت رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی را نیز دارد.

همین جدایی‌پذیری که تحت عنوان "Severability" است، شباهتی با نظریه انحلال عقد به عقود متعدد دارد. یعنی طرفداران نظریه استقلال قاعده بقای شروط داوری در مورد عدم امکان اجرای قرارداد اصلی را عاملی در جهت توجیه نظریه استقلال شرط داوری میدانند

(امیرمعزی، ۱۳۸۷:ص ۲۷۲). زیرا اثر اصلی این نظریه این است که، در موارد عدم امکان اجرای قرارداد اصلی، شرط داوری مندرج در آن به حیات خود ادامه می‌دهد (brunet, 2006: 42) این نظریه که از قواعد موجود در حقوق انگلستان است، سال‌ها پیش مورد وفاق همگان قرار گرفته و توسعه یافته است، به همین جهت در مورد آن اختلاف نظر وجود ندارد. طرفداران نظریه استقلال از همین حربه استفاده کرده و در توجیه دیدگاه خود به این قاعده استناد می‌نمایند. زیرا طبق این قاعده، موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی مجزاست و می‌تواند جدا از قرارداد اصلی قابل اعمال باشد (ROVINE, 2007: 139) آنها در توجیه نظریه خود خاطر نشان میشوند، در صورت عدم پذیرش نظریه استقلال، ارجاع به داوری را در صورت ادعای بطلان و فسخ قرارداد که از دعاوی شایع نیز هست غیر ممکن ساخته‌ایم؛ در صورتی که هدف و فلسفه تشکیل داوری رسیدگی به دعاوی قرارداد اصلی، از جمله ادعای بطلان قرارداد اصلی است.

بنیان این نظریه در جهت توجیه نظریه خود عدم پذیرش استقلال شرط داوری را موجب تزلزل بنیان نهاد داوری میدانند. آنها معتقد هستند شرط داوری در قرارداد اصلی بدین معناست که، قرارداد داوری مبنای تشکیل داوری است؛ لذا اگر بنا بر این باشد که داور صلاحیت رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی را نداشته باشد، در واقع فایده‌ای برای شرط مذکور نبوده، این در حالی است که از طرفین نمیتوان انتظار داشت که کار بیهوده و لغو انجام دهند. آنها معتقدند که اگر شرط داوری که در قراردادی گنجانده شده به مجرد بطلان قرارداد اصلی به بطلان گراید دیگر چه مرجعی برای حل اختلافها باقی میماند. چرا طرفین قرارداد دستشان از مرجعی که مورد توافق طرفین است، کوتاه میماند (خلیلیان، ۱۳۸۲:ص ۳۰).

حقوقدانان کامن لا نیز اصل استقلال شرط داوری را با توجیه قصد ضمنی طرفین مورد پذیرش قرار میدهند. آنها معتقدند که، قصد ضمنی طرفین این است که، تمامی اختلافات آنها از جمله رسیدگی به اعتبار قرارداد اصلی در صلاحیت داور باشد (اسکینی، پیشین، صفحه ۱۵). برخی از نظریه پردازان فرانسوی پذیرش اصل استقلال شرط داوری را نتیجه‌ی احترام به اراده و اوافق طرفین میدانند. آنها با بیان اینکه شرط داوری شرطی "Impulsive" و ترغیب کننده است، اینگونه استدلال میکنند که، طرفین با شرط داوری تمامی اختلافات خود از جمله رسیدگی بر بطلان قرارداد اصلیرا در صلاحیت داور قرار می‌دهند. برخی دیگر نیز استقلال شرط داوری را امری مبنی بر منطقی انسانی میدانند. آنها متذکر میشوند اگر از طرفین قبل از ایجاد اختلاف پرسیده شود که آیا منظور از تمامی اختلافات، اختلافات راجع به اصل قرارداد هم هست؟ مسلماً پاسخ مثبت خواهند داد. آنها معتقدند که ارجاع به عرف نیز ما را بدین نتیجه می‌رساند. همچنین پذیرش این اصل منطبق با اصل حسن نیت، عقل و منطقی و عدالت خواهد بود. توجیه دیگر پذیرش استقلال شرط داوری این است که اگر قائل به عدم پذیرش این اصل باشیم، با تجویز ادعای بطلان قرارداد اصلی راهی برای سوء استفاده طرفین به وجود خواهیم آورد (صلح چی، ۱۳۸۹، ۲۵۳). آنسلی یکی از طرفداران پذیرش استقلال شرط داوری بیان میدارد که، تضمین امنیت تجارت بین الملل استقلال شرط داوری را ایجاب کرده است. ایشان عدم پذیرش استقلال شرط داوری را موجب بروز اتفاقات و مشکلات دادرسی بین المللی قضایی میدانند (عابدی، ۱۳۸۵، ۱۱۱).

## ۲-۳- آثار استقلال شرط داوری

همانطور که گفتیم مبنای اختلاف نظریه پردازان استقلال و عدم استقلال شرط داوری در این است که، موافقان شرط را موافقت نامه‌ای مستقل میدانند و داور را صالح برای رسیدگی در مورد بطلان یا فسخ قرارداد اصلی میدانند. در مقابل مخالفین نظریه استقلال رسیدگی به ادعای بطلان قرارداد اصلی به معنای اعم را از صلاحیت داور خارج میدانند. پرواضح است پذیرش نظریه هر یک از این دیدگاهها ثمره‌ای دارد، ثمره عملی بحث مورد نظر این است که در صورت پذیرش هر کدام از این نظریه‌ها به نوعی میتوان مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات راجع به اصل قرارداد را تعیین کرد. در صورت پذیرش نظریه استقلال داوری چنانچه یکی از طرفین ادعایی نسبت به بطلان قرارداد اصلی داشته باشد ادعای خود را نزد هیئت داوری مطرح مینماید، تا هیئت مزبور به نوعی نسبت به صلاحیت خود رسیدگی کند. چراکه طبق این دیدگاه رسیدگی به اختلافات راجع به اصل قرارداد در صلاحیت داور است. اما چنانچه قائل به نظریه عدم استقلال شرط داوری باشیم، تابعیت شرط از قرارداد اصلی سبب می‌شود که، ادعای بی اعتباری قرارداد اصلی چون عاملی ساری به شرط نیز سرایت کند و لذا هیئت داوری قابل تشکیل نباشد تا بتواند به ادعای مزبور رسیدگی کند.

در نتیجه پذیرش عدم استقلال شرط داوری است که عده‌ای مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات نسبت به اصل قرارداد را محاکم دولتی میدانند. لذا رسیدگی به این موارد را از صلاحیت داور خارج میدانند. به نظر میرسد، قانونگذار ما نیز در ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی چنین موضعی را اتخاذ کرده است. اما در قانون داوری تجاری بین المللی موضع دیگری را اتخاذ کرده و رسیدگی به بطلان قرار داد اصلی را در صلاحیت داور قرار داده است. و همچنین تصریح کرده است که تصمیم داور به بطلان قرارداد اصلی به منزله بی اعتباری شرط داوری نیست. لذا میتوان گفت از آثار دیگر استقلال شرط داوری این است که، در صورت تصمیم داور به بطلان قرارداد اصلی شرط داوری اعتبار دارد. به عبارت دیگر رای داور معتبر است. ثمره دیگری که از بحث استقلال شرط داوری میتوان استنتاج کرد این است که، امروزه قراردادهایی تحت عنوان قرارداد نمونه پیش بینی شده است که مرجع حل اختلاف در آنها داوری مشخص شده است، حال چنانچه در قراردادهای بعدی میان طرفین به شرایط عمومی قرارداد نمونه ارجاع شود؛ ایا طرفین در قرارداد اخیر هم ملزم هستند که اختلافات خود را به داوری ارجاع کنند؟

در پاسخ باید گفت، چنانچه قائل به نظریه افراطی استقلال شرط داوری باشیم خطر مخالفت با شرط داوری به وسیله ارجاع وجود دارد، چراکه شرط داوری به عنوان یک قرارداد مستقل و جداگانه انگاشته میشود.

در مقابل چنانچه قائل به عدم استقلال شرط داوری باشیم، و شرط را جدای از قرارداد اصلی ندانیم، ارجاع به شرایط عمومی قرارداد نمونه که یکی از بندهای آن حل اختلاف توسط داوری و به بیان دیگر شرط داوری است، طرفین را ملزم میکند که در قرارداد فعلی نیز جهت حل اختلاف به هیئت داوری مراجعه کنند (اوپتی، ۱۳۷۲، ۲۷۳).

### قلمرو قاعده استقلال شرط داوری و قیاس آن با قاعده ی صلاحیت نسبت به صلاحیت

مقدمتاً جهت ورود به بحث قلمرو استقلال شرط داوری لازم است مطالبی در مورد صلاحیت داور ذکر شود. پرواضح است که داوری زاییده اراده طرفین است. ولذا داور پس از قبول قرارداد داوری صالح جهت رسیدگی به حل اختلاف بین طرفین میشود و لذا از جهت اقتدار و اختیارش متفاوت از اقتدار قاضی دادگاه است. اما از جهت ماهیت و وظیفه به نظر میرسد قابل قیاس با قاضی دادگاه باشد. داورها از رسیدگی به موضوعی که در حیطه صلاحیت آنها نیست ممنوع هستند، لذا آنها قبل از رسیدگی باید موافقت نامه داوری را تفسیر نمایند؛ تا از صدور رای در مواردی که خارج از صلاحیت آنهاست جلوگیری شود. همین ارادی بودن ماهیت داوری سبب ایجاد قاعده ای تحت عنوان قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت "Competence de la competence" شده است. این قاعده گام منطقی بعدی است، که به دنبال قاعده "Separability" پا به میان میگذارد؛ و بدین معنی است که داور میتواند راجع به صلاحیت خود اظهار نظر نماید (Arthur W. Rovine. Ibid.p140). که بنا بر نظر عده ای قاعده "اختیار نسبت به صلاحیت بیشتر میتواند منعکس کننده مفهوم واقعی آن باشد (عابدی، پیشین، صفحه ۱۱۰). یعنی در نتیجه اراده طرفین داورها صالح ذاتی برای رسیدگی به تمام اختلافات فی ما بین آنها میشوند. این قاعده مورد قبول سیستم حقوقی تمام کشورها نشده است، برای مثال در سیستم حقوقی چین داور نمیتواند نسبت به صلاحیت خود اتخاذ تصمیم بنماید- (Margaret.L.Moses.2008.p88). با این وجود عملکرد متفاوت این نظریه در کشورها بررسی این نظریه را ضرورت میدهد.

طبق این قاعده داوران در موارد ادعای عدم صلاحیت اعم از ادعای بطلان موافقت نامه داوری، ادعای بطلان یا فسخ قرارداد اصلی و جرح داور میتوانند نسبت به صلاحیت خود اتخاذ تصمیم نمایند. اما اختیار داوران نسبت به تصمیم گیری در مورد صلاحیت آنها تلازمی با عدم اعتراض به تصمیم آنها ندارد. در کنار قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت، قاعده استقلال شرط داوری وجود دارد؛ که در مباحث پیش معنای آن را بررسی کردیم. همانطور که گفتیم پذیرش استقلال شرط داوری موجب خواهد شد که داور را صالح برای رسیدگی در مورد دعاوی بطلان و یا فسخ قرارداد اصلی بدانیم؛ و به نوعی او را صالح برای رسیدگی نسبت به صلاحیت خود بدانیم. پس میتوان گفت تئوری استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت را دنبال دارد. اما نمیتوان قلمرو این دو قاعده را مشابه هم دانست، و یا وجود یکی از این دو قاعده ما را از دیگری بی نیاز کند. اگر قاعده استقلال شرط داوری نبود، داور در پرتو قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت تنها میتواند نسبت به ایراد عدم صلاحیت رسیدگی کند و با فرض عدم وجود قاعده استقلال شرط داوری رای به عدم صلاحیت خود دهد. چراکه در صورت عدم وجود قاعده استقلال شرط داوری شرط از قرارداد اصلی جدا نبوده ولذا ادعای بی اعتباری نسبت به قرارداد اصلی به اعتبار شرط داوری و صلاحیت داور نیز

سرایت میکنند. باتوجه به مقدمه اخیر قلمرو این دو قاعده بررسی میشود: در قیاس قلمرو قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت با قاعده استقلال شرط داوری باید گفت، در مواردی که یکی از طرفین مدعی عدم صلاحیت داور میشود بدون آنکه اعتبار موافقت نامه داوری را زیر سوال ببرد. در واقع در این ایرادات یکی از طرفین مدعی است که موضوع متنازع فیه داخل در قلمرو صلاحیت داور نیست و از صلاحیت وی خارج است. در مورد اینکه در این موارد داور صلاحیت رسیدگی به صلاحیت خود را دارد یا خیر کمتر اختلاف شده است، واکثر قوانین و اسناد بین المللی برای داور چنین اختیاری را قائل میشوند. برای مثال چنانچه یکی از طرفین مدعی شود که رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی از صلاحیت داور خارج است، طبق قاعده استقلال شرط داوری داور صلاحیت رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی را دارد که در نهایت منجر به اعمال قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت خواهد شد.

فرض دوم مواردی است که یکی از طرفین مدعی عدم اعتبار موافقت نامه داوری است. پرواضح است که در این موارد قاعده استقلال شرط داوری به کار نخواهد آمد. این ایرادات کلی "Total Challenge" که نسبت به اعتبار موافقت نامه داوری است از قبیل ایراداتی است که رسیدگی به آن در پرتو قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت در صلاحیت هیئت داوری است که هیئت داوری به ایرادات مزبور رسیدگی خواهد کرد (امیرمعزی، پیشین، صفحه ۲۸۳). پس در نهایت اینگونه باید بیان کرد که: قلمرو قاعده استقلال شرط داوری در جایست که، یکی از طرفین مدعی خروج موضوعی امری از صلاحیت داور است. که این قاعده با فرض استقلال اعتباری نه فیزیکی شرط داوری رسیدگی به اختلافات رجه با اصل قرارداد را در صلاحیت داور میداند. و در نتیجه قاعده صلاحیت بر صلاحیت را دنبای دارد. اما قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت گسترده تر است و تمام ایرادات راجع به اصل موافقت نامه داوری و غیر آن را در برمیگیرد.

#### استقلال شرط داوری در نظام های حقوقی مختلف

در این مبحث استقلال شرط داوری را در نظام های حقوقی مختلف بررسی میکنیم. ابتدا در گفتار اول بررسی مختصری نسبت به موضع اتخاذی قانونگذار ایران در داوری داخلی و بین المللی مینماییم. و سپس حقوقی در گفتار دوم این قاعده را در حقوق خارجی بررسی میکنیم. و در نهایت در گفتار سوم نگاهی به رویه های بین المللی می اندازیم.

#### ۴-۱- نظام حقوقی ایران

به طور کلی در نظام حقوقی ایران در عرصه حقوق مدنی با عنایت به ماده ۲۴۶ قانون مدنی، شرط در قرارداد فاقد موجودیت مستقل است. اگرچه در همین عرصه نیز گاهی باوجود بطلان قرارداد اصلی شرط ضمنی آن معتبر است (سیفی، ۱۳۷۷، صفحه ۵۲). اما قانون گذار ایران در قانون آیین دادرسی مدنی در مورد داوری های داخلی موضع متفاوتی نسبت به داوری های بین المللی اتخاذ کرده است. قبل از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید در سال ۷۹ قانونگذار ایران در ماده ۶۳۶ موضع خود را نسبت به قاعده مزبور مشخص کرده بود، بعد از تصویب قانون فوق الذکر در ماده ۴۶۱ بر روی عقیده خود پابرجا ماند و به نحوی بار دیگر ماده ۶۳۶ را تکرار کرد. از آنجا که قانونگذار مواد ۶۳۶ و ۴۶۱ را بلافاصله بعد از مواد مرتبط با تعیین داوران آورده است، بین نویسندگان در مورد موضع قانونگذار ایران اختلاف نظر رخ داد، چراکه عده ای از آنها مفاد مواد فوق الذکر را صرفاً عدم صلاحیت داور نسبت به صلاحیت خود میدانند. و عدم استقلال شرط داوری را در دید قانونگذار نتیجه نمیگیرند. اما در مقابل برخی از اساتید رسیدگی دادگاه به اختلافات راجع به اصل معامله را به معنای عدم استقلال شرط داوری در دید قانونگذار میدانند، و در مواد مزبور وابستگی شرط به قرارداد اصلی را محرز میدانند (اسکینی، پیشین، صفحه ۱۹). در بین کسانی که عدم استقلال شرط داوری را محرز میدانند نیز اختلافاتی شده است، چنانکه عده ای معتقد هستند گستره عدم استقلال شرط داوری تنها در مواردی است که یکی از طرفین از تعیین داور امتناع می ورزد، و ادعای بطلان اصل معامله را دارد، و لذا در مواردی که داور خود به ادعای بطلان رسیدگی میکند و رای به بطلان صادر میدهد سرایت نمیکند. در مقابل عده ای از نویسندگان چون دکتر اسکینی فرقی میان این دو فرض قائل میشوند. یعنی در صورت قبول صلاحیت طرفین چنانچه قرارداد اصلی باطل شود شرط باطل و علی القاعده رای باطل است. اما نظر گروه اول موجه تر به نظر میرسد.

نظام حقوقی ایران در مورد داوری های تجاری بین المللی در ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی به اقتباس از قانون نمونه آنسیترال به اختلافات به وجود آمده در مورد استقلال و یا عدم استقلال شرط داوری پایان داده ، و موضع استقلال شرط داوری را اتخاذ کرده است. یعنی داور صلاحیت رسیدگی به اختلافات راجع به اصل معامله را دارد و حتی در صورت رای به بطلان معامله اصلی نیز شرط داوری به دلیل استقلال صحیح و متقابلا رای هم از اعتبار برخوردار است.

#### ۴-۲-۲- حقوق خارجی

در این گفتار موضع چند کشور که از اهمیت بیشتری برخوردار هستند را در مورد استقلال شرط داوری بررسی می نماییم.

##### ۴-۲-۱- فرانسه

از آن جهت که رویه قضایی کشور فرانسه برای اولین بار اصل استقلال شرط داوری را به رسمیت شناخت مطالعه ی رویه آن حائز اهمیت است. رایی که دیوان تمیز فرانسه تحت عنوان "Gosset" در سال ۱۹۶۳ صادر کرده است، کاملا موید قبول استقلال شرط داوری است. چراکه دیوان در رای مزبور موافقتنامه داوری که به صورت شرط داوری است، را دارای استقلال حقوقی کامل میداند ( خزاعی، ۱۳۸۶، صفحه ۹۷) البته در رویه قضایی فرانسه قبل از رای مزبور در دو پرونده "Dambriecourt و Mardele" اصل استقلال شرط داوری مورد پذیرش قرار گرفته بود. اما رای "Gosset" از آنجهت که بر رویه قضایی فرانسه تاثیر ژرفی نهاد مورد اقبال قرار گرفته است. تا آنجا که از تاثیر این پرونده بر رویه قضایی تحت عنوان "تاثیر پذیری زنجیره ای یا میکنند". قبل از سال ۱۹۸۱ فرانسه به مانند ایران استقلال شرط داوری را در داوریهایی داخلی نپذیرفته بود، وبالعکس در داوری بین المللی مورد پذیرش قرار داده بود ( محبی، ۱۳۸۷، صفحه ۵). اما در حال حاضر با اصلاح قانون آیین داری مدنی فرانسه استقلال شرط داوری صریحا در ماده ۱۴۷۳ مورد قبول قرار گرفته است ( اسکینی، پیشین، صفحه ۹).

##### ۴-۲-۲- آمریکا و انگلستان

در حقوق کامن لا مانند حقوق سایر کشورها در مورد استقلال شرط داوری اختلاف نظر وجود دارد. اما حاصل رویه قضایی این کشور، پذیرش استقلال شرط داوریست. یکی از پرونده های که بیانگر عدم پذیرش اصل استقلال شرط داوری توسط دادگاه های انگلستان است، پرونده *Sojuzneftexport v. Jordan Oil Company; j.o.c* است. چراکه دادگاه های انگلستان غالبا نظر به پذیرش استقلال شرط داوری داشتند. از جمله اولین آرا در انگلستان در مورد پذیرش استقلال شرط داوری، پرونده *heyman .v Darvins* است. در پرونده انگلیسی دیگر نیز شرط داوری و قرار داد اصلی دو قرارداد مجزا فرض شده اند. و شرط داوری تحت عنوان "Collateral" موافقت نامه مستقل فرض میشود. نکته قابل توجه این است که، در انگلستان عده ای از نظریه پردازان قائل به تفکیک شده اند. از نظر آنان آنگاه که یکی از طرفین مدعی عدم وجود قرارداد است استقلال شرط داوری کارایی ندارد. اما چنانچه یکی از طرفین مدعی بطلان قرار داد اصلی باشد طبق قاعده استقلال شرط داوری داور صالح به رسیدگی میباشد ( محبی، پیشین، صفحه ۶). لازم به ذکر است که، قضات ایالت متحده آمریکا اظهار نظر کرده اند که، اصل استقلال شرط داوری پذیرفته نمیشود مگر با اینکه طرفین آن را صراحتا شرط کرده باشند. از طرف دیگر در ایالت متحده در رای "پرایما پینت" استقلال شرط داوری پذیرفته شده است و جز مواردی که طرفین ترتیب دیگری اتخاذ کرده باشند شرط داوری را قابل جدا شدن از قرار داد اصلی میدانند. در هند دیوان عالی کلکته هم قواعد این رای را پذیرفته است. قواعد داوری آمریکا نیز در بند ۲ ماده ۱۵ به دیوان داوری اختیار داده است که، در مورد وجود یا اعتبار قراردادی که شرط داوری جز آن است اظهار نظر کند. چراکه شرط داوری را موافقتنامه ای مستقل می شمارد.

##### ۴-۲-۳- سایر کشورها

در سوئیس بند ۳ ماده ۱۷۸ حقوق بین المللی سوئیس استقلال شرط داوری را پذیرفته است. قانون بلژیک به تقلید از بند ۲ ماده ۱۶۹۷ مقررات متحد الشكل که در استراسبورگ به تصویب رسیده است، استقلال شرط داوری را پذیرفته است. ماده ۱۰۵۳ قانون داوری هلند نیز بیان

میدارد: "قرارداد داوری به عنوان یک قرارداد مستقل تلقی و فرض میشود. هیئت داوری اختیار دارد، در مورد اعتبار قرارداد اصلی که قرارداد داوری بخشی از آن است، یا با آن ارتباط دارد رسیدگی و اتخاذ تصمیم نماید" (میرزایی، ۱۳۸۸، ص ۸۰۸) در قوانین داوری سوئد هیچ مقررهای در مورد استقلال و یا عدم استقلال شرط داوری وجود ندارد اما نظریه استقلال شرط داوری با دو رای دیوان عالی این کشور پذیرفته شده است. در قوانین برخی از کشورها چون چین همانطور که قبلاً هم گفته شد به طور کلی صلاحیت داور برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خودش پذیرفته نشده است (Margaret.L.Moses libid.p88). در الجزایر هم استقلال شرط داوری در بند ۴ ماده ۴۵۸ قانون داوری بین المللی پذیرفته شده است.

#### ۴-۲-۴- قواعد و رویه بین المللی

ابتدا در بند اول موضع چند کنوانسیون و سازمان را در مورد اصل مزبور بررسی می نماییم، و سپس در بند دوم به بررسی آن در رویه بین المللی می پردازیم.

#### ۴-۲-۴-۱- موضع کنوانسیون ها و سازمان ها

به موجب بند ۴ ماده ۶ قواعد داوری ICC شرط داوری وجودی مستقل از قرارداد اصلی دارد. ماده مزبور مقرر میدارد: "جز در مواردی که طرفین به گونه دیگر توافق کرده باشند، صرف این ادعا که قرارداد اصلی باطل، یا بی اعتبار بوده یا اساساً وجود ندارد، باعث توقف صلاحیت داوری نخواهد شد...."

پس در قواعد اتاق بازرگانی بین المللی استقلال شرط داوری پذیرفته شده است مگر برخلاف آن توافق شده باشد. قواعد داوری آنسترال نیز در بند ۲ ماده ۲۱ استقلال شرط داوری را پذیرفته است. قانون نمونه آنسترال که در واقع مرجع قانون داوری تجاری بین المللی ایران است، هم در ماده ۱۶ این اصل را پذیرفته است. ماده ۴۱ کنوانسیون ایکسید نیز نیز رسیدگی به اختلافات راجع به اصل قرارداد را در صلاحیت هیئت داوری میداند، و استقلال شرط داوری را پذیرفته است. این ماده بیان میدارد دیوان قاضی خودش در ارتباط با موضوع صلاحیت می باشد. کنوانسیون اروپایی راجع به داوری بین المللی نیز به نحو ضمنی نظریه مزبور را پذیرفته است. قانون متحدالشکل داوری اروپایی (۱۹۶۶) در بند ۱ و ۲ ماده ۱۸ استقلال شرط داوری را پذیرفته است. تفسیر وان دن برگ نیز از کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داوری خارجی این است که، این کنوانسیون نسبت به اصل مزبور بی تفاوت عمل کرده است.

#### ۴-۲-۴-۲- رویه بین المللی

در مورد رویه تجاری بین المللی باید گفت، آرای و وجود دارد که با تفکیک رژیم حاکم بر قرار داد اصلی و رژیم حقوقی بر شرط استقلال شرط داوری را پذیرفته اند (جنیدی، پیشین، صفحه ۱۴۷). آرای مهم صریحی نیز در این زمینه صادر شده است. از جمله رای دیوان تمیز فرانسه در سال ۱۹۶۳ و رای "پرایما پینت" از جمله آرای مهم در این زمینه هستند در نتیجه بعضی از این آرا به نحو ضمنی و بعضی صراحتاً استقلال شرط داوری را پذیرفته اند. در رویه های داوری معمولاً دیوان داوری ایرادات عدم صلاحیت را در پرتو دو قاعده Kompetenz\_Kompetenz و استقلال شرط داوری نپذیرفته اند و وارد ماهیت رسیدگی شده اند. از جمله آرای صادره میتوان به موارد ذیل اشاره کرد:

1. Dalmia Dairy Industries Ltd. (India) v. National Bank of Pakistan, Preliminary Award, December 18, 1967, ICC proceedings No.125, Yearbook Commercial Arbitration 1980, VOL. v, at 171.
2. Veb K. (RDA) v. Enterprise W (RFA), Award of the Arbitral Tribunal at the Chamber of Foreign Trade of RDA, Clunet 1980, at 1696.
3. ICC Case No.4381, Award made in 1986, Clunet 1986, at 1202.

## نتیجه گیری

به نظر میرسد مشکلات و نیازهای تجاری امروز اقتضا میکند که، اصل استقلال شرط داوری مورد پذیرش قرارگیرد. و ادله موافقان موجه تر به نظر آید چراکه رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی از دعاوی شایع میان طرفین است. ولذا وجود دوقاعده صلاحیت بر صلاحیت و استقلال شرط داوری ضروری است. بررسی سیستم حقوق داخلی کشورها و بررسی رویه های داوری بین المللی نیز حاکی از این است که استدلالات موافقان استقلال شرط داوری موثر افتاده، و این اصل مورد پذیرش قرار گرفته است. پذیرش استقلال این شرط داوری این نتیجه را به دنبال دارد که، رسیدگی به بطلان قرارداد اصلی را در صلاحیت داور قرار دارد و تصمیم داور به بطلان قرارداد اصلی به منزله بی اعتباری شرط داوری نیست. باتوجه به پژوهش مورد نظر باید گفت که، اصل استقلال شرط داوری اصلی ضروری در کنار قاعده صلاحیت بر صلاحیت است. و صرف وجود قاعده صلاحیت بر صلاحیت کفایت نمیکند. داور در صورت نبود اصل استقلال و صرف وجود قاعده صلاحیت بر صلاحیت تنها میتواند بر صلاحیت خود رسیدگی نماید. و در صورت تصمیم به بطلان قرارداد اصلی شرط داوری و بالتبع رای باطل است. در هر حال به نظر میرسد، پذیرش اصل استقلال شرط داوری ضروریست. مطالعه تطبیقی نظام های حقوقی هم ما را به این نتیجه میرساند که، این ضرورت توسط آنها احساس شده است، و این اصل را مورد پذیرش قرار داده اند.





## منابع

۱. اسکینی ربیعا، مبانی نظری اصل استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد ۸۳
۲. امیر معزی احمد، دعاوی بین المللی در دعاوی بازرگانی، تهران، موسسه انتشارات دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۷
۳. اوپتی برونو، شرط داوری به وسیله ارجاع، با ترجمه اسماعیل بنی صدر، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۱۶ و ۱۷، سال ۱۳۷۱ و ۱۳۷۲
۴. ایلخانی نگار، تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین المللی ایران، مجله حقوق کانون وکلا، شماره ۱۹۹ و ۱۹۸، پاییز و زمستان ۸۶
۵. جنیدی لعیا، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین المللی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، بهار ۱۳۷۶
۶. خزاعی حسین، حقوق تجارت بین الملل داوری، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، بهار ۱۳۸۶
۷. خلیلیان سیدخلیل، دعاوی حقوقی ایران و آمریکا در دیوان لاهه، تهران، انتشارات سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۲
۸. سیفی سیدجمال، قانون داوری تجاری بین المللی همسو با قانون نمونه آنسیترال، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۲۳، پاییز و زمستان ۷۷
۹. عابدی محمدتقی، صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری "تحلیلی بر یک رای صادره در مورد صلاحیت" مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۵، سال ۸۵
۱۰. مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، آثار استقلال شرط داوری، مجله اقتصاد، شماره ۳۰، تیر ۸۸
۱۱. محبی محسن، استقلال شرط داوری، مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران
۱۲. میرزایی علیرضا، قواعد داوری از منظر حقوق تطبیقی، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، چاپ اول، ۱۳۸۸
13. Margaret L. Moses. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. New York, Cambridge University. First published. 2008
14. Edvard brunet. Richard E. Speidel Jean R. Sternlight Stephen J. Ware. Arbitration Law in America. New York, Cambridge University, First published. 2006
15. Arthur W. Rovine. Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. the Fordham papers. 2007