



مبانی نظری استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی

نویسنده: اسکینی، ربیعا

میان رشته ای :: نامه مفید :: مرداد و شهریور 1383 - شماره 43 (علمی-پژوهشی)

از 4 تا 30

آدرس ثابت : <http://www.noormags.com/view/fa/articlepage/6622>

دانلود شده توسط : شاپور فرهنگ

تاریخ دانلود : 1392/12/11 21:29:38

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

www.noormags.com



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی

تاریخ دریافت: ۸۳/۴/۱۷

تاریخ تأیید: ۸۳/۶/۱۲

دکتر ربیعا اسکینی^۱

چکیده

قرارداد داوری را باید از قراردادهای فرعی و تبعی تلقی کنیم که همواره به مناسبت یک قرارداد اصلی (بیع، حمل و نقل کالا، بیمه و غیره) منعقد می‌شود.

این خصیصه فرعی بودن قرارداد داوری، موجب طرح این سؤال شده است که اگر قرارداد اصلی باطل باشد یا فسخ شود، بطلان و فسخ آن چه تأثیری در قرارداد داوری دارد؟ اگر بطلان یا فسخ قرارداد اصلی را مؤثر در حیات قرارداد داوری بدانیم، با این دور باطل مواجه می‌شویم که بطلان قرارداد اصلی موجب بطلان قرارداد داوری است و داوری که براساس قرارداد داوری باطل به بطلان قرارداد اصلی رأی صادر می‌کند، رأی باطل و بی اثری صادر کرده است.

به خاطر رفع چنین اشکالی، در اغلب کشورهای دنیا این نظر پذیرفته شده است که قرارداد داوری از قرارداد اصلی مستقل است و در نتیجه بطلان قرارداد اصلی موجب بطلان قرارداد داوری نیست.

این راه حل را قانون‌گذار ایران در قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ پیش بینی کرده لیکن در قانون آیین دادرسی مدنی آن را نپذیرفته است. موضوع این مقاله مطالعه اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی و تبیین مبانی نظری پذیرش این اصل در حقوق تطبیقی و سپس بررسی و نقد راه حل دوگانه‌ای است که حقوق ایران در خصوص این اصل در پیش گرفته است.

واژگان کلیدی: داوری تجاری بین المللی، شرط داوری، موافقت‌نامه، داوری، استقلال شرط داوری، قرارداد

تبعی، معامله (قرارداد) اصلی

امروزه بسیاری از اختلاف‌های ناشی از روابط تجاری بین المللی از طریق مراجعه به داوری حل و فصل می‌شود. دلایل عمده استقبال فعالان تجاری بین المللی از رجوع به این طریق حل و فصل اختلاف‌های عبارت است از: کم هزینه بودن، پنهان ماندن رسیدگی به امر متنازع فیه از دید عموم و در نتیجه حفظ اسرار بازرگانی طرفین، عدم وجود تشریفات دست و پاگیر دادرسی و به خصوص عدم اعتماد هریک از طرفین به بی طرفی دادگاهی که به کشور متبوع طرف دیگر تعلق دارد. در واقع، به خاطر دور زدن چنین معضلاتی، طرفین یک قرارداد تجاری بین المللی توافق می‌کنند اختلاف خود را از طریق داوری، که قضاوتی خصوصی و در سراسر جهان مورد قبول است، حل و فصل کنند.

اما، توافق به داوری همه مشکلات را حل نمی‌کند. بسیار دیده شده است که با وجود رضایت طرفین به داوری، یکی از آنها، هنگام بروز اختلاف، در جهت حل قضیه از طریق داوری اهتمام نمی‌کند و حتی برای از اثر انداختن اقدام طرف مقابل در رجوع به داوری، مدعی عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری می‌شود.

یکی از طرق شایع انکار اعتبار موافقت‌نامه داوری، ادعای بی اعتباری قرارداد اصلی و یا ادعای فسخ و خاتمه قرارداد اصلی است: مدعی بی اعتباری توافق داوری استدلال می‌کند که چون قرارداد اصلی باطل است، شرط داوری مربوط به آن نیز باطل است یا چون قرارداد اصلی فسخ شده است، قرارداد داوری نیز باید فسخ شده تلقی شود و در نتیجه داور صلاحیت رسیدگی به اختلاف را ندارد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان بطلان و فسخ قرارداد اصلی را به موافقت‌نامه داوری تسری داد یا موافقت‌نامه داوری خود حیات مستقل دارد و شرط ضمن عقد تلقی نمی‌شود که محو قرارداد اصلی موجب محو آن شود؟

فایده طرح این سوال روشن است: اگر بطلان قرارداد اصلی را موجب بطلان موافقت‌نامه داوری نیز بدانیم، داور صلاحیت ندارد، جز در فرضی که معلوم شود قرارداد اصلی صحیح منعقد شده است، داوری کند. این راه حل به خصوص در فرضی

ایجاد اشکال می‌کند که داور در بررسی ماهیت قرارداد اصلی، حکم به بطلان آن صادر می‌کند. در چنین فرضی بطلان قرارداد اصلی موافقت‌نامه داوری را نیز باطل می‌کند و چون داور نمی‌توانسته براساس موافقت‌نامه داوری باطل رأی در ماهیت بدهد، لذا حکم او به بطلان قرارداد اصلی، به سبب دور، باطل خواهد بود.

قانون‌گذار ایران در پاسخ به سؤال یاد شده، راه حلی دوگانه دارد: در حالی که قانون داوری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶، اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی را پذیرفته (ماده ۱۶)، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، با استمرار راه حل سنتی قانون سابق، بر عدم استقلال این دو از یکدیگر تأکید می‌کند (ماده ۴۶۱).

این راه حل دوگانه البته قابل انتقاد است و باید کنار گذاشته شود. اما، کدام راه حل بر دیگری ترجیح دارد؟ مطالعه سیستم‌های حقوقی کشورهای بیگانه نشان می‌دهد که در این کشورها، راه حل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی به نحو وسیعی پذیرفته شده است و راه حل پیش گرفته شده در قانون آیین دادرسی مدنی ایران، طرفدار چندانی ندارد. تبیین و توجیه راه حل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی موضوع این مقاله است که با مطالعه سیستم‌های حقوقی بیگانه آن را آغاز می‌کنیم. پس از بررسی این سیستم‌ها خواهیم دید که دوگانگی راه حل قضیه در حقوق ایران دقیقاً در چیست و چه راه حل واحدی را باید دنبال نمود. پس، برای انجام این مهم لازم است ابتدا اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی را در حقوق بیگانه و سپس در حقوق ایران بررسی و تحلیل کنیم.

بخش اول: اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق بیگانه

بدیهی است که مطالعه همه سیستم‌های حقوقی جهان در رابطه با بحث یاد شده در حجم یک مقاله نمی‌گنجد. بنابراین، بررسی خود را به حقوق چند کشور اثرگذار در این خصوص محدود می‌کنیم. اثرگذارترین سیستم حقوقی، البته حقوق فرانسه است که ما در گفتار اول به آن می‌پردازیم. مطالعه حقوق کشورهای انگلستان و آمریکا، از آن جهت که تأثیرگذار در سیستم‌های حقوقی منشعب از حقوق انگلوساکسن هستند،

موضوع گفتار دوم این بخش خواهد بود.

گفتار اول: حقوق فرانسه

بی شک رویه قضایی، دکترین و قانون گذاری فرانسه در تحول حقوق حاکم بر داوری تجاری بین المللی در سطح جهان تأثیر فراوان داشته است. (V. Horsmans, 1999: no 30, p.498 شناسایی اصل استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی یکی از جنبه های داوری بین المللی است که اولین بار توسط رویه قضایی فرانسه مورد تأیید قرار گرفت. در یک رأی بسیار معروف در پرونده ای موسوم به Gosset، دیوان کشور فرانسه در سال ۱۹۶۳ اصلی را بیان می کند که بعدها به طور مرتب، رویه قضایی این کشور آن را مورد تأیید قرار می دهد: «در ارتباط با داوری بین المللی، موافقت نامه داوری، چه از عمل حقوقی مربوطه جدا باشد و چه جزئی از آن را تشکیل دهد، همواره، جز در موارد استثنایی، استقلال کامل حقوقی دارد و در نتیجه، عدم اعتبار احتمالی عمل حقوقی مورد بحث به آن خدشه وارد نمی کند». (Note Motulsky Cass. Civ. 7mai 1963, Rev. Crit d.i.p. 1963. 615/ note Robert, D. 1963. 545) Gosset، که از یک شرکت ایتالیایی مقدار زیادی حبوبات گرفته، ولی برای وارد کردن آن ها تمام مجوزهای گمرکی اعطاء نشده بود، مدعی بود که رأی داوری صادره در ایتالیا، که او را به پرداخت خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد محکوم کرده، بی اعتبار است و به این خاطر اجرائیه صادره براساس آن نیز باطل است. استدلال شرکت Gosset نیز این بود که براساس ماده ۱۰۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، بطلان قرارداد اصلی موافقت نامه داوری راجع به آن و نیز داوری مبتنی بر آن را باطل می کند. البته قبل از صدور رأی Gosset، اصل استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در داوری بین المللی، توسط رویه قضایی فرانسه، در پرونده Mardele و نیز در پرونده Dambricourt (Cass civ., 19, 1933, I, P. 41) اعلام شده بود^۱ لیکن رأی Gosset را می توان نقطه مهم آغاز

۱- این آرا در زمانی صادر شده بود که قانون ۱۹۲۵ که شرط داوری را در زمینه های تجاری معتبر تلقی کرد هنوز لازم الاجرا نشده بود. در این آرا عمده مسأله این بود که آیا شرط داوری موجود در قرارداد صحیح است یا خیر.

تصمیمات متعددی تلقی کرد که رویه قضایی فرانسه بعداً، در پرونده‌های متعدد دیگر به رسمیت شناخت تا آن‌جا که بعضی مؤلفین از تأثیر قابل ملاحظه رأی Gosset بر آرای قضایی بعدی، با عنوان «تأثیرپذیری زنجیره‌ای» (Effect d'entraînement) یاد کرده‌اند. (de Boissessom, 1990: no 576, p.486) یکی از این آرا، رأی است موسوم به Impex که در آن دیوان کشور فرانسه، به صراحت اعلام می‌کند که شرط داوری گنجانده شده در یک قرارداد دارای خصیصه بین‌المللی، به داوران این اختیار را می‌دهد که درخصوص موضوعاتی که به قضاوت آن‌ها واگذار می‌شود، حتی در حیطه مقررات نظم عمومی، اظهار نظر کنند. (Alexandre, Rev.crit., Dip,1972: p.124) در یک رأی نسبتاً جدید نیز دادگاه استیناف پاریس از اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی با حدت و شدت دفاع کرده و می‌گوید مأموریت داوران «که پاسخی به (ضرورت) اصل استقلال موافقت‌نامه داوری است، دادگاه داوری را مکلف می‌کند با حفظ حق طرفین داوری به اعتراض به رأی داور در محاکم (براساس مواد ۱۰۵۲ و ۱۰۵۴ قانون جدید آیین دادرسی مدنی) صلاحیت کامل خود را درخصوص تمام جنبه‌های امر متنازع فیه اعمال کند»؛ (Paris, 1^{er} Ch sect.A,4 mai 1988: Rev.a rb.1988: p.657,note Fouchard) یعنی اختیار داور به رسیدگی مبتنی بر قرارداد داوری است و به قرارداد اصلی ارتباطی ندارد.

مؤلفین فرانسوی درخصوص مبنای اصل مورد بحث، به اظهار نظر پرداخته‌اند. این اظهارنظرها، البته، به زمانی باز می‌گردد که قانون اجرایی ۱۹۸۱ فرانسه که اصلاحاتی در قانون آیین دادرسی مدنی این کشور به وجود آورده است، هنوز اصل مورد نظر را صراحتاً تأیید نکرده بود.

بعضی از مؤلفین، شناخت اصل استقلال توسط رویه قضایی را ناشی از احترام به اراده و توافق طرفین موافقت‌نامه داوری تلقی کرده و معتقدند نمی‌توان انکار کرد که، شرط داوری، شرطی «ترغیب‌کننده» (Impulsive) و «کارساز» (determinante) است که

دیوان کشور بیان می‌کند که شرط داوری منعکس در قراردادی که جنبه بین‌المللی دارد، صحیح است. اصل استقلال شرط از قرارداد اصلی به طور جانبی در این آرا پذیرفته شده است.

بدون آن هیچ مؤسسه (شخص حقیقی یا حقوقی) حاضر به انجام معامله نیست» (Leboulonger 1985: no 439). این گفته به این معناست که اگر طرفین یک قرارداد اصلی خواسته‌اند این قرارداد را منعقد کنند، به این شرط ترغیب به انعقاد آن شده‌اند که در صورت بروز اختلاف میان آن‌ها، حتی در مورد بطلان قرارداد اصلی، داور بتواند اظهار نظر کند. پس صلاحیت داور به داوری در مورد اعتبار قرارداد اصلی، ناشی از خواست خود متعاملین است. این نظر را در رأی موسوم به لوزینجر (Losinger) نیز مشاهده می‌کنیم. در این پرونده، دولت یوگسلاوی، در مقابل شرکت سوئیسی «لوزینجر» مدعی بود که چون شرط داوری جزئی از قرارداد اصلی است، با ابطال قرارداد اصلی، کان لم یکن تلقی می‌شود. رئیس دادگاه فدرال سوئیس که سمت سرداور (umpire) را بر عهده داشت در این مورد چنین اظهار نظر کرد: «... مبنای لغو قرارداد (اصلی) هر چه باشد، نظر اولیه طرفین چنین بوده است که اختلاف‌های راجع به این گونه مسائل، یعنی موجه بودن یا نبودن الغای قرارداد، از طریق مراجعه به داوری فیصله یابد» (برای توضیح بیشتر درخصوص جهات دیگر این پرونده که در اکتبر ۱۹۳۵ صادر شده است ر.ک: موحد، ۱۳۷۴: ج ۱، شماره ۱۳۹).

پروفسور رنه داوید را نیز می‌توان از طرفداران این نظریه تلقی کرد، اما تفاوت نظر او در این است که برخلاف نظرات بالا، خواست طرفین به قبول داوری را مغروض نمی‌داند بلکه معتقد است که در هر مورد باید این خواست بررسی شود. به نظر او: «درست است که خواست طرفین می‌تواند به شرط داوری استقلال اعطا کند، لیکن این نکته که آیا آن‌ها استقلال شرط را می‌خواسته‌اند باید در هر قضیه، بررسی و ارزیابی شود». (David (R.), 1982: no 214) این نظر استاد در راستای نظر کلی او به آزادی اراده طرفین داوری در شناخت استقلال یا عدم استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی است (Iliad, no 210).

بعضی مؤلفین، مبنای اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی را، یک قاعده مادی بین المللی تلقی می‌کنند که از طرف بسیاری ملت‌ها پذیرفته شده و جوابگوی نیازهای تجارت بین المللی است. (Goldman, (B.), cite par Boissesson, op.cit., no.577) به عبارت دیگر، قاعده مورد بحث به طور مستقیم و بدون نیاز به مراجعه به

قواعد حل تعارض، برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری قابل اعمال است؛ به این معنا که قاعده یاد شده در حوزه حقوق بازرگانی قرار می‌گیرد که به Lex mercatoria معروف است. این عقیده با کمی تفاوت مورد تأیید برخی نویسندگان دیگر قرار گرفته است با این توضیح که گروه اخیر، قاعده مادی‌ای را که استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی به آن استوار است، فاقد وصف جهانی می‌دانند و می‌گویند بهتر است گفته شود این قاعده یک «قاعده مادی بین‌المللی حقوق فرانسه» است که قاضی فرانسوی بدون نیاز به مراجعه به قواعد حل تعارض و مستقل از این قواعد اعمال می‌کند؛ یعنی این قاعده خاص نظم حقوقی فرانسه و به قول استاد «فرانسیسکاکیس» خاص حقوق بین‌الملل دولتی است. (M. Franceskakis, 1974: p.67) همین معنا را قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، در ماده ۱۴۷۳ پیش‌بینی کرده است. به موجب قسمت اول این ماده: «صرف نظر از قانون قابل اعمال، ادعای بطلان قرارداد اصلی، مجوز عدم اجرای موافقت‌نامه داوری بین‌المللی نیست ...». ^۱ مفهوم این ماده این است که برای اثر بخشیدن به توافق داوری، نیازی نیست به قواعد حل تعارض فلان کشور، که در شرایط معمول بر قراردادها به طور کلی و بر قرارداد داوری به طور خاص حاکم است، مراجعه و بررسی شود که آیا با توجه به فلان قانون، توافق‌نامه داوری معتبر است یا خیر. قرارداد داوری، از دید قانون فرانسه، در روابط بین‌المللی معتبر است و اعتبار آن به اعتبار قرارداد اصلی بستگی ندارد. قانون‌گذاری فرانسه، در ارتباط با موضوع مورد بحث دیگر به قدری شفاف است که نیازی به بحث بیشتر درخصوص آن باقی نمی‌ماند.

گفتار دوم: حقوق انگلستان و آمریکا

الف- رویه قضایی

در حقوق کشورهای «کامن لا» نیز اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی، حاصل کار رویه قضایی این کشور است، اما در پذیرش آن اتفاق نظر وجود ندارد. در این مبحث لازم است ابتدا آرای قضایی مطرح و سپس به دیدگاه‌های

1_ II ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage international, quelle que soit la loi applicable, au motif que la convention principale serait nulle,..."

نویسندگان پرداخته شود.

در پاره ای از آرای قضایی به نفی اصل استقلال نظر داده شده نظیر حکمی که در پرونده معروف «*Sojuzneftexport v. Jordan Oil Company*: j.o.c» توسط دادگاه «برمودا» صادر شده است. در این پرونده یک شرکت روسی صدور نفت (Sojuz)، نزد کمیسیون داوری تجارت خارجی مسکو، از یک شرکت اسرائیلی وارد کننده نفت (J.O.C) به عدم اجرای قرارداد فیما بین شکایت کرده بود. دادگاه داوری چنین تصمیم گرفت که با وجود عدم اعتبار قرارداد اصلی، شرکت JOC باید مبلغ دویست میلیون دلار بابت استرداد آنچه دارای بلاجهت شده است، به شرکت روسی پرداخت کند. دادگاه برمودایی از جمله به این دلیل از اجرای رأی خودداری می کند که این مرجع «قانع نیست که تئوری تجزیه پذیری یا استقلال با هر نام و عنوانی که به آن داده می شود در مورد این قرارداد می تواند قابل اعمال باشد...» (See Craig, and Paulsson: 1990).

اما رأی مزبور که بعداً در دادگاه استیناف «برمودا» شکسته شد، رأی نادری است و دادگاه های انگلستان، عمدتاً در جهت استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی تصمیم گیری کرده اند.^۱ اولین پرونده را می توان، پرونده *heyman v. Darvins* دانست که رأی راجع به آن در سال ۱۹۴۲ صادر گردید. (*Heyman v. Darwins ltd. 1942. A.C. 356, 374*) در این پرونده یکی از طرفین مدعی بود که چون طرف مقابل قرارداد اصلی را به کلی نقض کرده است، قرارداد فسخ شده، تلقی می شود و در نتیجه شرط داوری نیز فسخ شده محسوب می شود. دادگاه رسیدگی کننده این استدلال را مردود اعلام می کند و می گوید: ادعای یکی از طرفین به این که چون طرف دیگر قرارداد را کاملاً نقض کرده، او تعهدی به آن (و از جمله شرط داوری) ندارد، مردود است، زیرا نقض قرارداد «قرارداد را منتفی نمی کند، هر چند می تواند موجب معافیت طرف زیان دیده از اجرای

۱_ دادگاه استیناف برمودا بعداً، استدلال دادگاه بدوی را رد کرد و چنین نظر داد که بطلان اولیه (*ab initio*) قرارداد اصلی موجودیت موافقت نامه داوری را متزلزل نمی کند و روابط طرفین بر اساس قاعده داراشدن بلاجهت، بنا توجه به شرط داوری، نزد دادگاه داوری قابل ارزیابی است. (برای مطالعه توضیحات بیشتر راجع به رأی دادگاه

استیناف ر.ک: *Redfern and Smith, 1991: p.279*)

تعهداتش در مقابل نقض کننده قرارداد باشد. و قرارداد معدوم نمی‌شود هرچند انجام تمام آنچه طرفین در مقابل یکدیگر تعهد کرده‌اند متوقف شود. بلکه قرارداد برای ارزیابی ادعاهای مبتنی بر نقص به حیات خود ادامه می‌دهد، و شرط داوری برای تعیین نحوه حل و فصل اختلاف فی‌مابین آن‌ها باقی می‌ماند. اهداف قرارداد از میان رفته‌اند، لیکن شرط داوری، از جمله اهداف قرارداد نیست». جان کلام رأی در این عبارت اخیر است. آیا شرط داوری هدف قرارداد است یا شرط برای حل و فصل اختلاف‌های ناشی از قرارداد تعبیه شده است؟ بدیهی است که طرفین قرارداد اصلی را برای رفتن به داوری منعقد نکرده‌اند، بلکه به عکس، قرارداد داوری را برای حل و فصل اختلاف‌های ناشی از قرارداد اصلی منعقد کرده‌اند. به عبارت روشن‌تر، شرط داوری را نباید جزئی از قرارداد دانست که اگر به نحوی به آن خدشه‌ای وارد شد، شرط نیز مخدوش شود بلکه شرط داوری توافقی جدا از پیکره قرارداد اصلی است.

این جدایی شرط داوری از قرارداد اصلی، در رأی دیگری موسوم به Bremer Vulkan که علیه South India Shipping Corp.Ltd در سال ۱۹۸۱ صادر شده (Bremer Vulkan, 1981: A.C. 909,989) به روشنی بیان شده است. در این رأی به صراحت از قرارداد اصلی و موافقت‌نامه داوری به عنوان «دو قرارداد مجزا» یاد شده که اولی متضمن تعهدات تجاری طرفین و دومی که قراردادی است جنبی (Collateral) متضمن تعهد طرفین به حل و فصل اختلاف‌های ناشی از تعهدات تجاری از طریق داوری است. قرارداد اصلی ممکن است هرگز اجرایی نشود، لیکن اگر اجرایی شود، مبنای انتصاب یک دادگاه داوری خواهد بود که حقوق و تعهدات طرفین ناشی از قرارداد اصلی را معین خواهد کرد. دادگاه رسیدگی کننده از این جدایی چنین نتیجه می‌گیرد که: « قرارداد ساخت کشتی (قرارداد اصلی)، جدای از شرط داوری، دیگر لازم الاجرا نیست، زیرا زمان اجرای تعهدات اولیه طرفین تحت قرارداد، سپری شده است (اما) شرط داوری تا زمانی که اختلاف‌های میان طرفین در خصوص وجود یا وسعت دیگر تعهدات طرفین منعکس در دیگر شروط قرارداد ساخت حل و فصل می‌شود، لازم الاجرا باقی خواهد ماند.»

همان طور که ملاحظه می‌شود در دو رأی بالا، صحبت از نقض قرارداد توسط یکی از طرفین است، که به زعم مراجع قضایی مربوط، موجب از بین رفتن شرط داوری نیست، اما، اگر ادعا شود که اصولاً قرارداد اصلی باطل بوده است، چطور؟ در این گونه موارد هم رویه قضایی پذیرفته است که شرط داوری باقی می‌ماند. در پرونده‌ای نزد دادگاه عالی برمودا^۱ ادعا شده بود که چون قرارداد اصلی به سبب تدلیس (misrepresentation) باطل است، شرط داوری منعکس در آن هم باطل است. دادگاه عالی چنین تصمیم گرفت که درخواست خوانده به ارجاع امر متنازع فیه به داوری موجه است و لذا، «دادگاه طرفین را ترغیب می‌کند که به توافقنامه داوری احترام بگذارند»^۲. البته این قاعده استثنایی نیز وجود دارد و آن فرضی است که در آن کل توافق میان طرفین (هم قرارداد اصلی و هم شرط داوری) باطل باشد. در فرض اخیر شرط داوری به این سبب نادیده گرفته می‌شود که طرفین در اثر بخشیدن به آن فاقد اراده بوده‌اند و بنا بر این «داور نمی‌تواند بر اساس توافقی رأی صادر کند که به سبب بطلان به او صلاحیت رسیدگی اعطا نمی‌کند»^۳ بر عکس در امریکا، اصل استقلال شرط داوری در قرارداد اصلی حتی در فرض اعلام بطلان قرارداد اصلی در اثر تقلب در قضیه معروف به Prima Paint توسط دادگاه عالی پذیرفته شده است. در این قضیه یکی از طرفین، موقع انعقاد قرارداد وضعیت مالی خود را پنهان و یک هفته پس از انعقاد قرارداد اعلام ورشکستگی کرده بود. با وجود ادعای طرف دیگر به این که تقلب طرف مقابل رضای او را معیوب کرده است، دادگاه چنین تصمیم گرفت که دادگاه داوری صلاحیت رسیدگی به قضیه را دارد. به نظر دادگاه به جز در صورت قصد مخالف طرفین، شروط داوری از نظر قانون فدرال، از قراردادهای مربوطه «قابل تجزیه‌اند» ... در صورتی که ادعای تقلب به خود شرط داوری برنگردد، باید فرض کرد که ادعای

1_ Supreme court of Bermuda, Belverdere Insurance Co.v. C.S.C. Assurance Ltd., decision of 23 March 1982, cited by Craig, Park, and Paulsson, op.cit, p.69, note 21, in fine.

2_ L.j.Bingham of the English Court of Appeal in: Ashville Investment v. Elmer Contractors, 37 BLR 55 (1987)

3_ Prima Paint Corp.v.Flood and Conclin Mfg.Co.,388u.s.395 (1967)

مخدوش بودن قرارداد (اصلی) به سبب تقلب مانع اعتبار شرط داوری نخواهد بود. با وجود این، تئوری منعکس در رأی اخیر، در مواردی استثنایی پذیرفته نشده است؛ مانند موردی که قرارداد متضمن تعهد به پرداخت بهره سنگین و غیرقانونی (Usurious contracts) بوده یا مواردی که توافق به نحوی ممنوعیت های قانونی آمره را نادیده گرفته است، لیکن از موارد استثنایی هر روز کاسته می شود و اصل استقلال، اعتبار کامل خود را حفظ می کند (Craig and Paulsson, 1990: p.70).

ب_ نظرات مؤلفین

در راستای آرای قضایی، اکثر حقوق دانان حوزه «کامن لا» معتقدند که راه حل مناسب این است که داور بتواند با استناد به خود شرط داوری، صلاحیت خود به رسیدگی را اعلام کند، صرف نظر از این که قرارداد اصلی چه سرنوشتی دارد (Coillierand Lowe, 2000: p.213)؛ هر چند در توجیه این نظر اختلاف عقیده وجود دارد و بعضی اصل استقلال را با «قصد ضمنی» (Presumed intent) طرفین توجیه می کنند. به نظر یکی از نویسندگان «طرفین با توافق به داوری معمولاً قصد می کنند که هرگونه اختلافی که به طریق دیگری قابل حل و فصل نیست، از جمله اختلاف راجع به اعتبار قرارداد را از طریق داوری حل کنند» (Schwebel, 1987: ch.3). به این نظر چنین ایراد شده است که این نظر وقتی موجه است که قرارداد اصلی معتبر باشد، ولی اگر، به سبب عدم قصد، اعتبار قرارداد اصلی مخدوش باشد، تمسک به قصد ضمنی برای حل اختلاف در داوری مجاز نخواهد بود؛ چگونه می توان فرض کرد که کسی که در انعقاد قرارداد اصلی قصد نداشته، در انعقاد قرارداد داوری قاصد بوده است؟ این ادعا نیز که در این جا ما با دو قرارداد جداگانه رو به رو هستیم که طرفین منعقد کرده اند و با از میان رفتن یکی (قرارداد اصلی) دیگری زنده می ماند، توجیه کننده اصل استقلال نیست بلکه طریق ساده ای برای بیان آرزویی است که میل داریم به آن برسیم (Ibid). به علاوه، این که طرفین قصد داشته اند هرگونه اختلافی را از طریق داوری حل و فصل کنند، از مصادیق اصل کلی حاکم بر تفسیر قراردادها است که به موجب آن قرارداد باید به گونه ای تفسیر شود که طرفین خواسته اند. حتی اگر معلوم شود که در حقیقت طرفین

قصد نداشته‌اند که هرگونه اختلافی از طریق داوری حل شود باز هم قرارداد طرفین باید به گونه‌ای تفسیر شود که قصد طرفین در جهت خواست داوری استنتاج شود؛ چیزی که منطقی نخواهد بود. (Collier and Lowe, 2000: 213 and footnote 105) از این رو برخی از نویسندگان تنها توجیه قاعده استقلال را در فایده عملی آن دانسته و می‌گویند: «در دکترین استقلال، به عامل تخیل حقوقی جای وسیعی داده شده است. بسیار مشکل است توضیح دهیم چگونه دادگاه داوری که صلاحیتش از سندی ناشی می‌شود که بنا بر ادعا غیر معتبر است، می‌تواند خود تنها قاضی صلاحیت خویش باشد... در واقع، اگر دادگاه‌ها تئوری استقلال را به عنوان یک اصل بدیهی پذیرفته‌اند، به خاطر آن است که بدون آن روند داوری مختل و داوری بی اثر می‌شود و خلاصه علمای حقوق برخلاف منطق در پی یافتن دلایل دیگری برای توجیه مسأله هستند» (Wetter, 1983).

در مجموع، با وجود اختلاف‌های جزئی در طرز برخورد رویه قضایی و نویسندگان آنگلو ساکسن با اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی، مطالعه مواضع منعکس در این گفتار نشان می‌دهد که اصل مزبور در کشورهای جزء این گروه نیز، به وفور پذیرفته شده است.

بخش دوم: اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق ایران

تا پیش از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۱۸ هیچ بحثی در خصوص این که آیا از حیث صحت و بطلان ارتباطی میان توافق‌نامه داوری و قرارداد اصلی وجود دارد یا خیر، مطرح نشده است. این امر شاید به خاطر آن بوده است که تا این تاریخ، چه در قانون اصول محاکمات مصوب ۱۲۹۰/۸/۱۴ و چه در قانون حکمیت، توافق‌نامه داوری در صورتی مصداق پیدا می‌کرده است که اختلاف و منازعه قبلاً ایجاد شده باشد و طرفین برای حل اختلاف ایجاد شده می‌توانستند به داوری توافق کنند (ر.ک: ماده ۷۵۷ قانون اصول محاکمات و ماده ۱ و ۱۳ قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۶/۱۲/۲۹)، و طبیعی است که وقتی طرفین بر سر حل اختلاف خود در مورد قرارداد اصلی به توافق جداگانه‌ای می‌رسند، دیگر وصل کردن موافقت‌نامه داوری _ که اتفاقاً برای تعیین

تکلیف اختلاف ناشی از قرارداد اصلی منعقد می شده است _ به قرارداد اصلی معنا نداشته است.

برای اولین بار در قانون آیین دادرسی مدنی، مسأله داوری مطرح و این نکته نیز پذیرفته می شود که طرفین یک قرارداد می توانند، نه تنها بعد از منازعه بلکه قبل از آن نیز، به داوری توافق کنند و این توافق را می توانند در درون قرارداد اصلی، به صورت شرطی از شروط قرارداد و یا به طور مجزا به عمل آورند. حال سؤال این است که آیا در حقوق ایران موافقت نامه داوری از قراردادی که به منظور رفع اختلاف های ناشی از آن منعقد می شود، مستقل است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال باید بین موردی که اختلاف به داوری داخلی برمی گردد و موردی که بحث بر سر داوری بین المللی است، تفکیک قائل شویم چه، در این دو نوع داوری راه حل های یکسان وجود ندارد.

گفتار اول: راه حل قضیه در داوری داخلی

در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ ماده ۶۳۵ مقرر کرده است: «در مورد ماده ۶۳۳، هرگاه طرفین داور یا داورهای خود را در ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف یک طرف داور خود را معین ننماید، طرف دیگر می تواند داور خود را معین کرده به وسیله اظهارنامه رسمی او را به طرف مقابل معرفی و درخواست نماید که داور خود را معین و معرفی کند. در این صورت طرف مکلف است که در ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ اظهارنامه و با رعایت مدت مسافت، داور خود را معین و اعلام کند و هرگاه تا انقضای مدت مذکور اقدام ننمود دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به موضوع اختلاف را دارد به درخواست طرفی که داور خود را معین کرده است داور طرف دیگر را معین خواهد نمود» و بلافاصله ماده ۶۳۶ همین قانون مقرر می کند: «در مورد ماده قبل هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه، قبلاً به آن رسیدگی کرده پس از احراز معامله و قرارداد داور (طرف) ممتنع را معین می نماید. ولی مادام که داور معین از طرف دادگاه به داور طرف ابلاغ نشده است، طرف ممتنع می تواند داور خود را معین و معرفی کند.»

جان کلام در این عبارت ماده اخیر است که: «دادگاه پس از احراز معامله و قرارداد، داور ممتنع را معین می‌نماید». مفهوم این عبارت که وابستگی شرط داوری و معامله را بیان می‌کند چیست و وسعت برد آن تا کجا است؟ پاسخ به این دو سؤال موضوع بحث ما در این گفتار است که به ترتیب به آنها می‌پردازیم.

الف - مفهوم وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی در قانون آیین دادرسی مدنی

آنچه مسلم است این است که باید این فکر کنار گذاشته شود که عبارت «احراز معامله» در ماده ۶۳۶ به این مفهوم بوده است که دادگاهی که انتخاب داور به او واگذار شده است کاری ندارد، جز این که وجود «ظاهری» (Prima facie) معامله را - مثلاً با ملاحظه ورقه قرارداد یا اسناد راجع به آن - تشخیص دهد. در واقع، سوابق مسأله، در فرانسه و در کشورهای دیگر، آن‌طور که دیدیم، نشان می‌دهد که بحث در تشخیص صحت یا بطلان معامله و در نتیجه، لازمه آن بررسی ماهوی ادعاهای طرفین در این باره است. مفهوم عبارت مورد اشاره این است که دادگاه باید، در صورت اختلاف طرفین در خصوص اعتبار معامله که به قرارداد اصلی تعبیر می‌شود، اول رسیدگی کند آیا قرارداد مزبور معتبر است یا خیر و بعد به بررسی صحت و بطلان خود قرارداد داوری بپردازد. اگر هر دوی این قراردادها درست باشد، آن وقت قاضی می‌تواند و باید در اجرای قرارداد داوری، داور طرف ممتنع را انتخاب و معرفی نماید.

سؤال مهمی که در این ارتباط مطرح می‌شود این است که آیا از دید قانون‌گذار، قانون آیین دادرسی مدنی، شرط داوری را باید شرط ضمن عقد تلقی کرد و گفت توافقی تبعی است که در صورت بطلان توافق اصلی بلااثر است یا از قرارداد اصلی جدا است؟ نگاهی به دیدگاه‌های بعضی نویسندگان حقوقی ایران در این خصوص آموزنده است. البته این بحث‌ها در ارتباط با ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مطرح شده است لیکن، در مورد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز قابل طرح‌اند زیرا، این قانون، در ماده ۴۶۱ خود، با قدری تفاوت در عبارت همان مفهوم ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را تکرار می‌کند: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار

نظر می‌نماید». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این ماده نیز بحث بر سر این است که طرفین نسبت به اصل معامله (یعنی صحت و بطلان آن) اختلاف دارند و دادگاه باید ابتدا به این اختلاف رسیدگی و در ماهیت امر اظهار نظر کند. از آن‌جا که این ماده بلافاصله پس از مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون جدید آمده است که به تعیین و نصب داور توسط دادگاه قضایی اشاره دارد، می‌توان گفت بی‌تردید، مانند گذشته، ماده ۴۶۱ در خود بحث استقلال یا عدم استقلال شرط داوری از معامله اصلی را جای داده است.

اما، نویسندگان در این ارتباط چه نظر داده‌اند؟ یکی از نویسندگان گفته است موضوع ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی به صلاحیت داور برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود برمی‌گردد و به بحث استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی مربوط نیست. به عبارت دیگر «مفاد ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً ناظر بر این است که هرگاه به صلاحیت داور (اعم از داور منفرد یا مرجع داوری) اعتراض شود، آن داور نمی‌تواند به صلاحیت خود رسیدگی کند و ماده مذکور به هیچ وجه ناظر به استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی نیست». (جعفریان، ۱۳۷۳: ص ۱۳۳) این نظر قابل تبعیت نیست. در واقع، درست است که ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و نیز ماده ۴۶۱ فعلی به نوعی به صلاحیت داور مبنی بر تشخیص صلاحیت خود مربوط می‌شود (یعنی اگر معلوم شود که قرارداد داوری باطل است، معلوم می‌شود که داور صلاحیت رسیدگی ندارد و باید دادگاه قضایی صالح به اختلاف رسیدگی کند)، لیکن مواد مزبور، در پی بیان وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی نیز هستند، زیرا، اگر دادگاه، پس از رسیدگی تشخیص دهد که قرارداد اصلی معتبر نیست، به قرارداد داوری نیز نباید توجه کند و در نتیجه نباید به انتخاب داور مبادرت کند، تا مثلاً داور به آثار ناشی از بطلان قرارداد اصلی رسیدگی کند. مبنای عدم توجه به داوری نیز این است که قرارداد داوری، به سبب بطلان قرارداد اصلی باطل است، اما اگر صحت معامله احراز شد، رسیدگی به اختلاف ناشی از چنین معامله‌ای باید به داوری واگذار شود، مگر آن‌که خود قرارداد داوری باطل باشد که در این صورت، به آثار ناشی از اعلام صحت قرارداد اصلی نیز به درخواست طرفین یا یکی از آنها دادگاه، باید رسیدگی

کند. بر این اساس این عقیده قابل ایراد نیست که: «شرط ارجاع به داوری، که در ضمن قرارداد اصلی آمده باشد، شرطی است تبعی و رعایت آن در صورتی لازم است که عقد نافذ و معتبر باشد. در نتیجه اختلاف در مورد درستی عقد را نمی‌توان به چنین داوری‌ای ارجاع کرد» (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج ۳، ص ۱۳۹) زیرا همان‌طور که بعضی نویسندگان گفته‌اند، روح و مفهوم قانون حاکم بر رابطه قرارداد اصلی و شرط داوری، تبعیت شرط از عقد را مقرر می‌کند (جنیدی، ۱۳۷۸: ص ۷۱) و آنچه باقی می‌ماند این است که مشخص شود حدود این تبعیت تا کجاست.

ب - وسعت تبعیت شرط داوری از قرارداد اصلی

سؤال قابل طرح این است که آیا مفاد ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی - که اکنون در ماده ۴۶۱ متبلور شده است - تنها ناظر به ماده ۶۳۵ - و اکنون ماده ۴۶۰ - است یا بطلان قرارداد داوری در فرضی نیز قابل طرح است که یکی از طرفین نزد داور رسیدگی کننده، و نه نزد دادگاه قضایی، بطلان قرارداد داوری را به سبب بطلان معامله اصلی مطرح می‌کند؟

به نظر دکتر صفایی، «ماده مزبور (ماده ۶۳۶) متضمن یک قاعده عام نیست، بلکه ناظر به ماده ۶۳۵ است و این ماده مربوط به موردی است که طرفین، داور یا داورهای خود را در ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف، یک طرف داور خود را معین ننماید و برای تعیین داور به جای طرف مستنکف به دادگاه رجوع شود؛ در این صورت هرگاه اختلافی راجع به معامله اصلی یا قرارداد داوری باشد، منطقی است که دادگاه پس از احراز صحت «معامله و قرارداد» اقدام به تعیین داور به جای طرف ممتنع نماید. لیکن هرگاه طرفین داوران خود را برگزیده باشند یا بعد از تعیین داور به وسیله مرجع قضایی و تشکیل دادگاه داوری اختلاف راجع به صحت معامله یا قرارداد مطرح شود، قاعده مذکور لازم الاجرا نخواهد بود» (صفایی، ۱۳۷۷: ص ۱۸)

این عقیده که در تأیید نظر بعضی نویسندگان حقوقی (جنیدی، ۱۳۷۸: صص ۷۱ و ۷۲) ابراز شده است، قابل ایراد به نظر می‌رسد. در واقع، اگر این تفکیک پذیرفته شود این ایراد

بروز می‌کند که یک شرط داوری برحسب این که طرفین آن در مورد اصل معامله اختلاف داشته باشند و اختلاف را به داور ارجاع کنند یا به قاضی، سرنوشت متفاوتی داشته باشد؛ یعنی اگر اختلاف نزد داور مطرح شود، شرط صحیح است و داور می‌تواند حتی به بطلان معامله اصلی حکم کند، در حالی که اگر شرط داوری نزد دادگاه دادگستری مطرح شود، دادگاه شرط را به سبب بطلان معامله اصلی باطل اعلام می‌کند. نتیجه قبول این نظر این است که در فرض اول، حتی اگر بطلان معامله اصلی محرز شود، شرط داوری باقی بماند و در فرض دوم بطلان معامله اصلی موجب بطلان شرط داوری شود. به عبارت دیگر، شرط داوری باطل است اما نه در زمان انعقاد عقد اصلی، بلکه در زمانی بعد از آن و بر حسب این که تصادفاً ارزیابی آن به یک داور واگذار شود یا به یک قاضی، صحیح باقی می‌ماند یا باطل می‌شود.

حال سؤال این است که چرا نمی‌توان گفت که مبنای ماده ۶۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (و ماده ۴۶۱ فعلی) چیزی جز این نیست که شرط داوری، سنتاً، شرطی ضمن عقد اصلی تلقی شده و می‌شود (درخصوص ویژگی شرط ضمن عقد ر.ک: صفایی، ۱۳۸۲: ص ۱۸۵) و مواد مزبور کاری جز تأکید بر این قاعده سنتی نکرده‌اند؟ اگر وجود این سابقه ذهنی را قبول داشته باشیم، باید قبول کنیم که آن چه مبنای بطلان شرط داوری به سبب بطلان معامله اصلی در فرض ارجاع امر به دادگاه دادگستری است، می‌تواند مجوز بطلان قرارداد داوری در فرضی هم باشد که اختلاف راجع به معامله به داور ارجاع شده و طرفین در اصل رسیدگی توسط داور اختلاف ندارند. این است که به نظر ما در حقوق راجع به داوری داخلی ایران، شرط داوری را باید شرطی ضمن عقد تلقی کرد و هر جا که به بطلان قرارداد اصلی نظر داده شود باید به بطلان توافق داوری نیز نظر داده شود. البته، این راه حل بی ایراد هم نیست. در واقع، اگر داوری که به صحت و بطلان قرارداد اصلی رسیدگی می‌کند، رأی به بطلان این قرارداد صادر کند، قضاوتش براساس قرارداد داوری انجام گرفته است که باطل بوده است و در نتیجه رأی او به بطلان معامله اصلی، به سبب عدم صلاحیت خود او در قضاوت _ براساس قرارداد داوری باطل _ باطل خواهد بود. شاید این وجه قضیه بوده است که نویسندگان یاد شده

را ترغیب نموده است در جهت تعدیل راه حل بطلان قرارداد داوری، به محدود بودن حوزه عمل ماده ۶۳۶ مذکور قائل شوند، ولی حقیقتاً نمی‌توان گفت که بین فرضی که یکی از طرفین از انتخاب داور خودداری می‌کند و فرضی که نمی‌کند، صرفاً به سبب خودداری کردن، باید فرقی قائل شد. فرضی که اختلاف راجع به معامله اصلی نزد داور مطرح می‌شود با فرضی که همین اختلاف به قضاوت دادگاه دادگستری واگذار می‌شود، در واقع هیچ تفاوتی ندارند.

گفتار دوم: راه حل قضیه در داوری بین المللی

ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی، مقرر می‌کند: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و هم‌چنین درباره وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی‌الآثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.» از آن جا که این ماده، به داوری بین المللی اختصاص دارد، قبل از تبیین مفهوم آن لازم است، از این نوع داوری تعریفی ارائه دهیم.

الف - مفهوم داوری تجاری بین المللی

به موجب بند یک از ماده ۲ قانون داوری تجاری بین المللی که به قلمرو اجرای قانون اشاره می‌کند: «داوری اختلاف‌های در روابط تجاری بین المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه، مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.» از امور مختلفی که در ماده احصا شده و جنبه حصری هم ندارند چنین بر می‌آید که «روابط تجاری» مد نظر قانون-گذار الزاماً معاملاتی نیست که در ماده ۲ قانون تجارت آمده است. آنچه مهم است این است که رابطه جنبه بین المللی داشته باشد. اما چه رابطه‌ای وصف بین المللی دارد؟ بند «ب» از ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی به این سؤال پاسخ می‌دهد: «داوری بین المللی عبارت است از این که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه

داوری، به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد». قسمت اخیر ماده روشن است. نظر قانون‌گذار این است که داشتن تابعیت خارجی ملاک نیست، بلکه، شخص نباید تابعیت ایرانی داشته باشد. پس اگر کسی مطابق قوانین ایران هم تابعیت ایرانی داشته باشد و هم تابعیت خارجی یعنی دارای تابعیت مضاعف باشد، باز هم داوری برای او بین المللی تلقی نمی‌شود، زیرا مطابق ماده ۹۸۹ قانون مدنی ایران اشخاصی که به تابعیت کشور دیگری در آمده‌اند، باز هم تابع ایران تلقی می‌شوند.

به هر حال، برای آن که داوری بین المللی تلقی شود، ملاک این است که یکی از طرفین، حین انعقاد قرارداد داوری _ و نه قرارداد اصلی _ که ممکن است تاریخ‌های متفاوت داشته باشند، تابعیت ایرانی نداشته باشد؛ راه حلی که در قوانین دیگر کشورها به ندرت مشابه آن را سراغ داریم. در واقع:

اولاً: راه حل قانون ایران با بند ۳ ماده ۱ قانون نمونه آنستیرال، که مقررات قانون داوری تجاری بین المللی از آن اقتباس شده است، تطبیق نمی‌کند، چه در این قانون نمونه ملاک‌های دیگری برای بین المللی قلمدادشدن داوری پیش بینی شده است. برحسب این قانون، ملاک‌های بین المللی بودن داوری عبارت‌اند از: اختلاف محل تجارت طرفین، تعیین محلی غیر از محل تجارت طرفین به عنوان مقر داوری، اجرای قسمت عمده تعهدات طرفین در خارج از محل تجارت آن‌ها و موافقت طرفین در مورد ارتباط موضوع داوری با بیش از یک کشور.

ثانیاً: راه حل قانون ایران با اغلب سیستم‌های حقوقی بیگانه تطبیق نمی‌کند:

در واقع، از میان سیستم‌های حقوقی مهم راجع به داوری بین المللی، انگلستان شاید تنها کشوری باشد که داوری را در فرضی که یکی از طرفین تابعیت کشوری خارجی را دارد، داوری داخلی نمی‌داند (بند ۷ از ماده ۳ قانون داوری ۱۹۷۹) (ر.ک: اشمیتوف، ۱۳۷۸: ج ۲، ص ۱۰۰۹ و Craig, 1990: p.476). آمریکا، به موجب قانون، کنوانسیون نیویورک مصوب ۱۹۵۸ را راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی پذیرفته است، و آن را در روابط بین اتباع آمریکایی اجرا نمی‌کند، نظیر موضعی که انگلستان دارد. با وجود این، مقررات کنوانسیون، حتی میان آمریکاییان، در فرضی که قرارداد آن‌ها متضمن

حقوق مالکیت بیگانه است و باید در خارج اجرا شود، و یا یک ارتباط معقول با یک کشور خارجی دارد، قابل اعمال می‌باشند. به بیان دیگر، در روابطی که متضمن یک عنصر خارجی است، تابعیت آمریکایی نمی‌تواند در اجرای رأی داوری خارجی بین المللی براساس مقررات کنوانسیون نیویورک مانع تلقی شود. کشورهای دیگر نظیر فرانسه و سوئیس و سوئد، به طور روشن تابعیت را در حق رجوع طرفین در مراجعه به داوری بین المللی، مؤثر نمی‌دانند. ماده ۱۴۷۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه داوری بین المللی را داوری ای می‌داند که «متضمن منافع تجارت بین الملل» است؛ تعریفی که در آن بیشتر ملاحظات اقتصادی مدنظر است تا ملاحظات حقوقی. به عبارت دیگر، آن-چه در وصف بین المللی داوری مهم است وجود «عناصر تجارت بین الملل» است (Fouchard Ph, 1970: pp.71-74). در حقوق سوئیس به وضعیت طرفین در تعیین خصیصه بین المللی داوری توجه شده، لیکن این وضعیت تنها به محل استقرار طرفین مربوط می‌شود: داوری وقتی بین المللی است که یکی از طرفین مقیم و یا ساکن دائمی کشور سوئیس نباشد. (Lalive, 4 Arb.Int.2 (1988)) ماده یک از قانون راجع به موافقت‌نامه و آرای داوری خارجی سوئد مصوب ۱۹۲۹ (با اصلاحات بعدی)، در ماده ۱ خود متضمن رویکردی نظیر قانون سوئیس است. به موجب این ماده که البته تنها داوری خارجی را مطرح می‌کند و از آن در داوری بین المللی سخنی به میان نیامده است: «توافقنامه داوری «خارجی» است اگر متضمن این قید باشد که داوری در خارج از سوئد انجام خواهد شد. هرگاه موافقت‌نامه داوری مشخص نکرده باشد که داوری باید در سوئد یا خارج انجام شود، داوری در صورتی خارجی است که طرفین در خارج از سوئد سکونت داشته باشند.» در این ماده نیز ملاک خارجی بودن داوری نه تابعیت طرفین بلکه «محل استقرار» آن‌ها است.

از مجموع مقررات بالا - اعم از مقررات آنسیترال و مقررات داخلی - چنین استنباط می‌شود که در شناخت وصف بین المللی یا خارجی داوری، به ملاک «محل اقامت» طرفین بیشتر توجه شده است؛ چیزی که در قانون داوری تجاری بین المللی ایران مورد توجه نیست. راه حل قانون ایران از این جهت ایراد دارد که حتی اگر دو

ایرانی - که در حال حاضر تعدادشان هم کم نیست - در سطحی واقعاً بین المللی با یکدیگر روابط تجاری داشته باشند نمی‌توانند توافق کنند در فرض رجوع به داوری، قانون ۱۳۷۶ بر داوری آن‌ها حکومت کند، بلکه تنها مقررات داوری منعکس در قانون آیین دادرسی مدنی بر داوری آن‌ها حاکم خواهد بود. در شرایطی که میل اشخاص خارجی به رجوع به قانون داوری بین المللی ما چندان فراوان نیست، مورد استفاده شایع قانون داوری تجاری ما می‌توانست در رابطه با ایرانیانی مصداق داشته باشد که در ایران مقیم نیستند ولی با تجار ایرانی مقیم ایران معاملات مستمر بازرگانی دارند. راه حل فعلی قانون ۱۳۷۶ به این ترتیب حوزه اجرای قانون را بسیار محدود کرده است و به نظر ما باید کنار گذاشته شود (هم چنین در انتقاد از راه حل قانون ایران، ر.ک: صفایی، ۱۳۸۲: ص ۸).

ب- تبیین ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی

بخش اول ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی به این عبارت که «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند»، از بحث ما خارج است زیرا مسأله‌ای است که به شرایط شکلی رسیدگی مربوط می‌شود. اما استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی، امری ماهوی است که در بخش دوم ماده ۱۶ آمده است. به موجب این بخش: «شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود.»

در ارتباط با این ماده چند توضیح لازم به نظر می‌رسد:

اولاً: بدیهی است وقتی شرط داوری‌ای که به صورت جزئی از یک قرارداد است، موافقت‌نامه مستقل از قرارداد اصلی تلقی شده به طریق اولی موافقت‌نامه‌ای که بعد از بروز اختلاف و به صورت جداگانه بین طرفین برای رجوع اختلاف‌های آن‌ها به داوری تنظیم می‌شود، مستقل از قرارداد اصلی تلقی خواهد شد. بنابراین، با وجود آن‌که ماده به استقلال «شرط داوری» اشاره دارد، تردید نیست که استقلال «موافقت‌نامه داوری» مد نظر قانون‌گذار بوده است؛ خواه این موافقت‌نامه به صورت «شرط» تنظیم شده باشد

(compromissoire clause) یا به صورت قرارداد جداگانه. (Compromis)

ثانیاً: قسمت اخیر ماده ۱۶ تنها از تأثیر «بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد (اصلی)» در شرط داوری صحبت می‌کند لیکن بدیهی است که به طریق اولی، فسخ قرارداد اصلی نیز تأثیری بر لازم الاجرا بودن شرط داوری ندارد.

به هر حال، رسیدگی به بطلان یا صحت موافقت‌نامه داوری با خود داور است. کافی است یکی از طرفین، توافق‌نامه‌ای را نزد داور مطرح کند که علی‌الظاهر (prima facie) از رضایت طرفین به مراجعه به داوری حکایت داشته باشد: داور می‌تواند داوری را شروع کند. هرگاه، پس از رسیدگی، از دید او داوری صحیح باشد، به رسیدگی ادامه خواهد داد و در ماهیت نیز اظهار نظر خواهد کرد. نتیجه این اختیار داور این است که دادگاه دادگستری که برای حل اختلاف در خصوص ماهیت دعوی به او رجوع می‌شود باید با آگاهی از شرط داوری، از رسیدگی خودداری کند. سؤالی که مطرح می‌شود این است که دادگاه دادگستری، با وجود شرط داوری، رأساً می‌تواند از رسیدگی به دعوا خودداری کند یا یکی از طرفین الزاماً باید ایراد کند؟ در فرانسه مدت‌ها بر سر این مسأله، بین دادگاه‌ها، اختلاف وجود داشت (Motulsky, civ.21,20 juin 1957, j.c.p.1958, II.10773). در جهت ختم این اختلاف، بند ۳ از ماده ۱۴۵۸ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر کرد که در این مورد «دادگاه (دادگستری) نمی‌تواند رأساً تصمیم به عدم صلاحیت خود بگیرد».

قانون آیین دادرسی مدنی ایران، در این خصوص قاعده صریحی ندارد، لیکن از آنجا که این امر از مصادیق تشخیص صلاحیت دادگاه است باید دید چگونه باید با آن برخورد نمود؟ مسلم است که اگر دادگاه به وجود شرط داوری آگاهی نداشته باشد و هیچ‌یک از طرفین به وجود شرط داوری اشاره نکنند، قاضی رسیدگی کرده و حکم خواهد داد. از طرف دیگر، هرگاه یکی از طرفین به وجود شرط اشاره و ایراد عدم صلاحیت کند، دادگاه باید به رسیدگی خود خاتمه دهد مگر آن‌که طرف مقابل بطلان شرط داوری را مطرح کرده و دادگاه دلایل او را بپذیرد. مسأله بیشتر زمانی مطرح می‌شود که، هیچ‌یک از طرفین دعوا به صلاحیت دادگاه ایراد نکرده و شرط داوری را

مطرح نمی‌کنند، ولی دادگاه خود متوجه وجود شرط داوری می‌شود. در این صورت آیا دادگاه می‌تواند قرار عدم صلاحیت به صلاحیت داور صادر کند؟

نگاهی به مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نشان می‌دهد که قواعد راجع به صلاحیت، جنبه آمره دارند و بنابراین در هر مورد که به صلاحیت دادگاه مربوط می‌شود، دادگاه می‌تواند رأساً تصمیم‌گیری کند و اگر امر را در صلاحیت خود ندید، پرونده را، پس از صدور قرار عدم صلاحیت به مرجع صالح ارسال می‌نماید (ر.ک: ماده ۲۷ قانون آیین داری مدنی). اما، این مقررات در فرضی قابل اعمال‌اند که اختلاف بر سر صلاحیت دادگاه‌های دولتی باشد؛ در فرضی که اختلاف بر سر صلاحیت دادگاه دادگستری (مرجع دولتی) و دادگاه داوری (مرجع خصوصی) است، این قواعد لازم‌الاتباع نیستند. در واقع، صلاحیت داور تنها مبتنی بر اراده طرفین است، بنابراین هم آنها می‌توانند به این امر موافقت کنند و هم می‌توانند، در صورت توافق، به طور صریح یا ضمنی، آنرا فسخ کنند. شاید بتوان گفت که در فرضی که یکی از طرفین با وجود شرط داوری قبلی اختلاف را به دادگاه دادگستری کشانده و طرف دیگر به این امر اعتراض نمی‌کند، طرفین در حقیقت به طور ضمنی توافق قبلی خود به داوری را به هم زده‌اند و بنا بر این براساس اراده فعلی آنها، دادگاه داوری دیگر صلاحیت رسیدگی به حل اختلاف فیما بین را ندارد و دادگاه دادگستری باید به این اختلاف رسیدگی کند؛ به ویژه در فرضی که طرف مقابل، به نحو فعال در دادگاه حاضر شده و به ادعای خواهان پاسخ می‌دهد. بنابراین، به نظر ما، دادگاه‌های دادگستری نمی‌توانند، با ملاحظه شرط داوری بین طرفین، رأساً از رسیدگی خودداری و قرار عدم صلاحیت یا رد دعوا صادر نمایند.

نتیجه‌گیری

مطالعه تطبیقی اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی نشان می‌دهد که اصل مورد بحث در حد وسیعی در سیستم‌های حقوقی داخلی کشورها پذیرفته شده و علاوه بر این، در داوری‌های بین‌المللی، توسط داوران به نام، در پرونده‌های مهم مورد تأکید

قرار گرفته است (در ارتباط با پرونده‌های مهم نفتی ر.ک: موحد، ۱۳۷۴: ج ۱، ص ۱۷۹ به بعد).

ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، در راستای همین فکر، اصل مزبور را قبول کرده است، ولی در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (ماده ۴۶۱) با وجود آن که بعد از قانون داوری تجاری بین‌المللی به تصویب رسیده، این اصل نادیده گرفته شده است.

بررسی رویه‌های قضایی کشورهای مختلف و دیدگاه‌های علمای حقوق نشان می‌دهد که جهات مختلفی می‌تواند رد نظر وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی را توجیه کند. در واقع اراده مفروض طرفین به استقلال دو قرارداد، و وجود قاعده مادی بین‌المللی بر پذیرش این اصل، هر یک می‌تواند توجیه منطقی قبول نظریه استقلال باشد. ولی به نظر ما بیش از هر چیز، فایده عملی اصل استقلال است که موجب پذیرش آن در جهان شده است.

در واقع، تا زمانی که طرفین یک قرارداد مشکل در اجرای آن ندارند، توجهی به استقلال یا عدم استقلال شرط داوری ندارند و حتی ممکن است تصور واقعی شان این باشد که شرط داوری جزئی از قرارداد اصلی است. لیکن، به محض آن که طرفین با یکدیگر اختلاف پیدا کردند، یکی از آن‌ها به هر بهانه‌ای می‌تواند برای تحت فشار قراردادن دیگری از هر وسیله‌ای استفاده کند. این وسیله می‌تواند طرح بحث بطلان شرط داوری باشد تا طرف مقابل در چنبره قواعد دست و پاگیر دادرسی دولتی گرفتار شود. به چنین اشخاصی نباید اجازه اقدامی این چنین داد. نمونه بارز چنین رفتاری می‌تواند در قراردادهایی بروز کند که یک طرف آن دولت است؛ مثلاً در قراردادهای سرمایه‌گذاری، قبول «نظریه استقلال»، حل و فصل اختلاف‌های راجع به سرمایه‌گذاری خارجی را در جوی مناسب میسر می‌کند و دولت‌های سرمایه‌پذیر نمی‌توانند به بهانه بطلان قرارداد اصلی یا فسخ یک طرفه آن (مثلاً به جهت لغو قانونی یک امتیاز)، رجوع به حل اختلاف‌های با سرمایه‌گذار خارجی از طریق داوری را با بن بست مواجه کنند.

اگر توجه داشته باشیم که در مواردی تفکیک داوری بین‌المللی از داوری داخلی

نیز مشکل است، به خطرناک بودن راه حل قانون‌گذار ایران در پذیرش اصل استقلال در داوری بین‌المللی و رد آن در داوری داخلی به خوبی پی می‌بریم. ضمن این‌که معلوم نیست که داوری بین‌المللی – برفرض آن‌که از داوری داخلی کاملاً قابل تفکیک باشد – چه خصیصه‌ای دارد که در خصوص آن اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی قابل پذیرش است و در داوری داخلی غیرقابل پذیرش. البته این اقدام قانون‌گذار در ایران در تدوین قواعد خاص برای داوری بین‌المللی – در کنار قواعد حاکم بر داوری داخلی – امری است مطلوب، لیکن، در ارتباط با اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی، هیچ توجیهی وجود ندارد و قانون‌گذار در ایران باید در جهت پذیرش این اصل، موضع دوگانه‌ای را که اتخاذ کرده است کنار بگذارد.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

منابع

- ۱_ اشمیتوف، کلاویوم، **حقوق تجارت بین الملل**، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و دیگران، تهران، سمت، ۱۳۷۸، ج ۲.
- ۲_ جعفریان، منصور، **تأملاتی بر لایحه داوری تجارتي بین المللی** ۱، مجلس و پژوهش، شماره سیزدهم.
- ۳_ جنیدی، لعیا، **قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین المللی**، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- ۴_ _____، **نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۷۶/۶/۲۶**، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- ۵_ سیفی، سیدجمال، **«قانون دادرسی تجاری بین المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری انستیرال»**، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۲۳، سال ۱۳۷۷.
- ۶_ صفایی، سیدحسین، **«سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین المللی»**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۰، تابستان ۱۳۷۷.
- ۷_ _____، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- ۸_ کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، ج ۳.
- ۹_ موحد، محمدعلی، **درس‌هایی از داوری‌های نفتی**، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین المللی، چاپ اول، ۱۳۷۴، ج ۱.

- 1_ Alexandre, **note sous Cass.civ.18 mai 1971,D.1972.**
- 2_ Collier and Lowe, **The Settlement of Disputes in International Law, Institutions and procedures**, Oxford University Press,2000.
- 3_ Craig, Park and Poulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, Second Ed. ICC publication,S.A. Paris, 1990.
- 4_ David (R.), **L arbitrage dans le commerce international**, Economica, Paris, 1982,no 214.
- 5_ de Boisseson, **Le droit francais de l arbitrage interne et international**, Ed.joly, Paris 1990.
- 6_ Fouchard, "**Quand un arbitrage esti-il international?**",Rev. de l'arbitrage, 1970.
- 7_ Franceskakis,"**Le principe jurisprudentiel de l' automomie de l accord compromissoire**" Rev. de l'arbitrage, 1974 p.67.
- 8_ Goldman,(B.), "**Regles de conflit, regles d application immediates et regles materielles dans l arbitrage commercial international**," cite par Boisseson, op.cit.,no.577.
- 9_ Horsmans,"**La loi belge du 19 mai 1988 sur l arbitrage**",Rev. de l'arbitrage 1999.
- 10_ Leboulanger, **les contrats entre Etats et entreprises etrangeres**, Economica, Paris, 1985.
- 11_ Motulsky, **note sous Cass**, civ.7 mai 1963, Rev.crit.d.i.p.1963,615.
- 12_ _____, **note sous Cass**, Civ.2e,20 juin 1957, J.C.P. 1958.II.10773.
- 13_ Redfern, Hunter and Smith, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Second Ed, London, Sweet and Maxwell, 1991.
- 14_ Rene David, **L arbitrage dans le commerce international**, Economica, Paris, 1982.
- 15_ Robert, **note sous Cass.civ.7 mai 1963,D. 1963, 545.**
- 16_ Schwebel,"**The Severability of Arbitration Agreement in International Arbitration**", The Salient Problems, Cambridge 1987.
- 17_ Wetter,"**Salient Features of Swedish Arbitration Clauses**", 1983, Yearbook of Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce.