**دكتر ربيعا اسكيني[1]**

**چکيده**

**قرارداد داوري را بايد از قراردادهاي فرعي و تبعي تلقي کنيم که همواره به مناسبت يک قرارداد اصلي (بيع, حمل و نقل کالا، بيمه و غيره) منعقد مي­شود.**

**اين خصيصة فرعي بودن قرارداد داوري, موجب طرح اين سؤال شده است که اگر قرارداد اصلي باطل باشد يا فسخ شود، بطلان و فسخ آن چه تأثيري در قرارداد داوري دارد؟ اگر بطلان يا فسخ قرارداد اصلي را مؤثر در حيات قرارداد داوري بدانيم، با اين دور باطل مواجه مي­شويم که بطلان قرارداد اصلي موجب بطلان قرارداد داوري است و داوري که براساس قرارداد داوري باطل به بطلان قرارداد اصلي رأي صادر مي­­كند, رأي باطل و بي اثري صادر کرده است.**

**به خاطر رفع چنين اشکالي، در اغلب کشورهاي دنيا اين نظر پذيرفته شده است که قرارداد داوري از قرارداد اصلي مستقل است و در نتيجه بطلان قرارداد اصلي موجب بطلان قرارداد داوري نيست.**

**اين راه حل را قانون­گذار ايران در قانون داوري تجاري بين المللي مصوب 1376 پيش بيني کرده ليکن در قانون آيين دادرسي مدني آن­ را نپذيرفته است.**

**موضوع اين مقاله مطالعه اصل استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي و تبيين مباني نظري پذيرش اين اصل در حقوق تطبيقي و سپس بررسي و نقد راه حل دوگانه­اي است که حقوق ايران در خصوص اين اصل در پيش گرفته است.**

**واژگان کليدي: داوري تجاري بين المللي, شرط داوري, موافقت­نامه, داوري, استقلال شرط داوري, قرارداد تبعي, معامله (قرارداد ) اصلي**

**مقدمه**

**امروزه بسياري از اختلاف­هاي ناشي از روابط تجاري بين المللي از طريق مراجعه به داوري حل و فصل مي­شود. دلايل عمدة استقبال فعالان تجاري بين المللي از رجوع به اين طريق حل و فصل اختلاف­هاي عبارت است از: كم هزينه بودن، پنهان ماندن رسيدگي به امر متنازع فيه از ديد عموم و در نتيجه حفظ اسرار بازرگاني طرفين، عدم وجود تشريفات دست و پاگير دادرسي و به خصوص عدم اعتماد هريک از طرفين به بي طرفي دادگاهي که به کشور متبوع طرف ديگر تعلق دارد. در واقع، به خاطر دور زدن چنين معضلاتي، طرفين يک قرارداد تجاري بين المللي توافق مي­کنند اختلاف خود را از طريق داوري، که قضاوتي خصوصي و در سراسر جهان مورد قبول است، حل و فصل کنند.**

**اما، توافق به داوري همه مشکلات را حل نمي­کند. بسيار ديده شده است که با وجود رضايت طرفين به داوري، يکي از آن­ها، هنگام بروز اختلاف، در جهت حل قضيه از طريق داوري اهتمام نمي­کند و حتي براي از اثر انداختن اقدام طرف مقابل در رجوع به داوري، مدعي عدم اعتبار موافقت­نامه داوري مي­شود.**

**يکي از طرق شايع انکار اعتبار موافقت­نامه داوري, ادعاي بي اعتباري قرارداد اصلي و يا ادعاي فسخ و خاتمه قرارداد اصلي است: مدعي بي اعتباري توافق داوري استدلال مي­کند که چون قرارداد اصلي باطل است، شرط داوري مربوط به آن نيز باطل است يا چون قرارداد اصلي فسخ شده است، قرارداد داوري نيز بايد فسخ شده تلقي شود و در نتيجه داور صلاحيت رسيدگي به اختلاف را ندارد. سؤالي که مطرح مي­شود اين است که آيا مي­توان بطلان و فسخ قرارداد اصلي را به موافقت­نامه داوري تسري داد يا موافقت­نامه داوري خود حيات مستقل دارد و شرط ضمن عقد تلقي نمي­شود که محو قرارداد اصلي موجب محو آن شود؟**

**فايده طرح اين سوال روشن است: اگر بطلان قرارداد اصلي را موجب بطلان موافقت­نامه داوري نيز بدانيم، داور صلاحيت ندارد، جز در فرضي که معلوم شود قرارداد اصلي صحيح منعقد شده است، داوري کند. اين راه حل به خصوص در فرضي ايجاد اشکال مي­کند که داور در بررسي ماهيت قرارداد اصلي، حکم به بطلان آن صادر مي­کند. در چنين فرضي بطلان قرارداد اصلي موافقت­نامه داوري را نيز باطل مي­کند و چون داور نمي­توانسته براساس موافقت­نامه داوري باطل رأي در ماهيت بدهد، لذا حکم او به بطلان قرارداد اصلي، به سبب دور, باطل خواهد بود.**

**قانون­گذار ايران در پاسخ به سؤال ياد شده، راه حلي دوگانه دارد: در حالي­که قانون داوري بين المللي مصوب 1376، اصل استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي را پذيرفته (ماده 16)، قانون آيين دادرسي مدني مصوب 1379، با استمرار راه حل سنتي قانون سابق، بر عدم استقلال اين دو از يکديگر تأکيد مي­کند (ماده 461).**

**اين راه حل دوگانه البته قابل انتقاد است و بايد کنار گذاشته شود. اما، کدام راه حل بر ديگري ترجيح دارد؟ مطالعه سيستم­هاي حقوقي کشورهاي بيگانه نشان مي­دهد که در اين کشورها، راه حل استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي به نحو وسيعي پذيرفته شده است و راه حل پيش گرفته شده در قانون آيين دادرسي مدني ايران، طرفدار چنداني ندارد. تبيين و توجيه راه حل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي موضوع اين­مقاله است که بامطالعه سيستم­هاي حقوقي بيگانه آن ­را آغاز مي­کنيم. پس از بررسي اين سيستم­ها خواهيم ديد که دوگانگي راه حل قضيه در حقوق ايران دقيقاً در چيست و چه راه حل واحدي را بايد دنبال نمود. پس، براي انجام اين مهم لازم است ابتدا اصل استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي را در حقوق بيگانه و سپس در حقوق ايران بررسي و تحليل کنيم.**

**بخش اول: اصل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي در حقوق بيگانه**

**بديهي است که مطالعه همه سيستم­هاي حقوقي جهان در رابطه با بحث ياد شده در حجم يک مقاله نمي­گنجد. بنابراين، بررسي خود را به حقوق چند کشور اثرگذار در اين خصوص محدود مي­کنيم. اثرگذارترين سيستم حقوقي، البته حقوق فرانسه است که ما در گفتار اول به آن مي­پردازيم. مطالعه حقوق کشورهاي انگلستان و امريکا، از آن جهت که تأثيرگذار در سيستم­هاي حقوقي منشعب از حقوق انگلوساکسن هستند، موضوع گفتار دوم اين بخش خواهد بود.**

**گفتار اول: حقوق فرانسه**

**بي شک رويه قضايي، دکترين و قانون­گذاري فرانسه در تحول حقوق حاکم بر داوري تجاري بين المللي در سطح جهان تأثير فراوان داشته است.( V. Horsmans, 1999: no 30, p.498) شناسايي اصل استقلال موافقت­­نامه داوري از قرارداد اصلي يکي از جنبه هاي داوري بين المللي است که اولين بار توسط رويه قضايي فرانسه مورد تأييد قرارگرفت. در يک رأي بسيار معروف در پرونده­اي موسوم به Gosset ، ديوان کشور فرانسه در سال 1963 اصلي را بيان مي­کند که بعدها به طور مرتب، رويه قضايي اين کشور آن را مورد تأييد قرار مي­دهد: «در ارتباط با داوري بين المللي، موافقت­نامه داوري، چه از عمل حقوقي مربوطه جدا باشد و چه جزئي از آن را تشکيل دهد، همواره، جز در موارد استثنايي، استقلال کامل حقوقي دارد و در نتيجه، عدم اعتبار احتمالي عمل حقوقي مورد بحث به آن خدشه وارد نمي­کند».(Note Motulsky Cass. Civ. 7mai 1963, Rev. Crit d.i.p. 1963. 615/ note Robert, D. 1963. 545) در اين پرونده، شرکت Gosset، که از يک شرکت ايتاليايي مقدار زيادي حبوبات گرفته, ولي براي واردکردن آن­ها تمام مجوزهاي گمرکي اعطاء نشده بود، مدعي بود که رأي داوري صادره در ايتاليا، که او را به پرداخت خسارت ناشي از عدم اجراي قرارداد محكوم کرده، بي اعتبار است و به اين خاطر اجرائيه صادره براساس آن نيز باطل است. استدلال شرکت Gosset نيز اين بود که براساس ماده 1028 قانون آيين دادرسي مدني فرانسه، بطلان قرارداد اصلي موافقت­نامه داوري راجع به آن و نيز داوري مبتني بر آن را باطل مي­کند. البته قبل از صدور رأي Gosset ، اصل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي در داوري بين المللي، توسط رويه قضايي فرانسه، در پرونده Mardele و نيز در پرونده Dambricourt (fevrier 1930: Rev.crit.Dip,1931,p.517,Cass. Civ.27 janvier 1931:500 1933,I,P.41 Cass civ.,19,) اعلام شده بود[2] ليکن رأي Gosset را مي­توان نقطه مهم آغاز تصميمات متعددي تلقي کرد که رويه قضايي فرانسه بعداً، در پرونده­هاي متعدد ديگر به رسميت شناخت تا آن­جا که بعضي مؤلفين از تأثير قابل ملاحظه رأي Gosset بر آراي قضايي بعدي، با عنوان «تأثيرپذيري زنجيره­اي» (Effect d, entrainement) يادکرده­اند. (de Boissesom, 1990: no 576, p.486) يکي از اين آرا, رأيي است موسوم به Impex که در آن ديوان کشور فرانسه، به صراحت اعلام مي­کند که شرط داوري گنجانده شده در يک قرارداد داراي خصيصه بين المللي، به داوران اين اختيار را مي­دهد که درخصوص موضوعاتي که به قضاوت آن­ها واگذار مي­شود، حتي در حيطه مقررات نظم عمومي، اظهار نظر کنند. (Alexandre, Rev.crit., Dip,1972: p.124) در يک رأي نسبتاً جديد نيز دادگاه استيناف پاريس از اصل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي با حدت و شدت دفاع کرده و مي­گويد مأموريت داوران «که پاسخي به (ضرورت) اصل استقلال موافقت­نامه داوري است، دادگاه داوري را مکلف مي­کند با حفظ حق طرفين داوري به اعتراض به رأي داور در محاکم (براساس مواد 1052 و 1054 قانون جديد آيين دادرسي مدني) صلاحيت کامل خود را درخصوص تمام جنبه­هاي امر متنازع فيه اعمال کند»؛ (Paris, ler Ch sect.A,4 mai 1988: Rev.a rb.1988: p.657,note Fouchard) يعني اختيار داور به رسيدگي مبتني بر قرارداد داوري است و به قرارداد اصلي ارتباطي ندارد.**

**مؤلفين فرانسوي درخصوص مبناي اصل مورد بحث، به اظهار نظر پرداخته­اند. اين اظهارنظرها، البته، به زماني باز مي­گردد که قانون اجرايي 1981 فرانسه که اصلاحاتي در قانون آيين دادرسي مدني اين کشور به وجود آورده است، هنوز اصل مورد نظر را صراحتاً تأييد نكرده بود.**

**بعضي از مؤلفين, شناخت اصل استقلال توسط رويه قضايي را ناشي از احترام به اراده و توافق طرفين موافقت­نامه داوري تلقي کرده و معتقدند نمي­توان انکار کرد که، شرط داوري, شرطي «ترغيب کننده» (Impulsive) و «کارساز» (determinante) است که بدون آن هيچ مؤسسه (شخص حقيقي يا حقوقي) حاضر به انجام معامله نيست» (Leboulonger 1985: no 439). اين گفته به اين معناست که اگر طرفين يک قرارداد اصلي خواسته­اند اين قرارداد را منعقد کنند, به اين شرط ترغيب به انعقاد آن شده­اند که در صورت بروز اختلاف ميان آن­ها، حتي در مورد بطلان قرارداد اصلي، داور بتواند اظهار نظر کند. پس صلاحيت داور به داوري در مورد اعتبار قرارداد اصلي, ناشي از خواست خود متعاملين است. اين نظر را در رأي موسوم به لوزينجر (Losinger) نيز مشاهده مي­کنيم. در اين پرونده، دولت يوگسلاوي، در مقابل شرکت سوئيسي «لوزينجر» مدعي بود که چون شرط داوري جزئي از قرارداد اصلي است، با ابطال قرارداد اصلي, کان لم يکن تلقي مي­شود. رئيس دادگاه فدرال سوئيس که سمت سرداور (umpire) را بر عهده داشت در اين مورد چنين اظهار نظر کرد: « ... مبناي لغو قرارداد (اصلي) هرچه باشد، نظر اوليه طرفين چنين بوده است که اختلاف­هاي راجع به اين­گونه مسائل، يعني موجه بودن يا نبودن الغاي قرارداد، از طريق مراجعه به داوري فيصله يابد» (براي توضيح بيشتر درخصوص جهات ديگر اين پرونده که در اکتبر 1935 صادرشده است ر.ک: موحد، 1374: ج1، شماره 139).**

**پروفسور رنه داويد را نيز مي­توان از طرفداران اين نظريه تلقي کرد، اما تفاوت نظر او در اين است که برخلاف نظرات بالا، خواست طرفين به قبول داوري را مغروض نمي­داند بلکه معتقد است که در هر مورد بايد اين خواست بررسي شود. به نظر او: «درست است که خواست طرفين مي­تواند به شرط داوري استقلال اعطا کند، ليکن اين نکته که آيا آن­ها استقلال شرط را مي­خواسته­اند بايد در هر قضيه, بررسي و ارزيابي شود». (David (R.), 1982: no 214) اين نظر استاد در راستاي نظر کلي او به آزادي اراده طرفين داوري در شناخت استقلال يا عدم استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي است**

**.(Iliad, no 210)**

**بعضي مؤلفين، مبناي اصل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي را، يک قاعدة مادي بين المللي تلقي مي­کنند که از طرف بسياري ملت­ها پذيرفته شده و جوابگوي نيازهاي تجارت بين المللي است.(Goldman, (B.), cite par Boisseson, op.cit., no.577) به عبارت ديگر, قاعده مورد بحث به طور مستقيم و بدون نياز به مراجعه به قواعد حل تعارض, براي تعيين قانون حاکم بر قرارداد داوري قابل اعمال است؛ به اين معنا که قاعده ياد شده در حوزه حقوق بازرگاني قرار مي­گيرد که به Lex mercatoria معروف است. اين عقيده با کمي تفاوت مورد تأييد برخي نويسندگان ديگر قرارگرفته است با اين توضيح که گروه اخير، قاعده مادي­اي را که استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي به آن استوار است, فاقد وصف جهاني مي­دانند و مي­گويند بهتر است گفته شود اين قاعده يک « قاعده مادي بين المللي حقوق فرانسه» است که قاضي فرانسوي بدون نياز به مراجعه به قواعد حل تعارض و مستقل از اين قواعد اعمال مي­کند؛ يعني اين قاعده خاص نظم حقوقي فرانسه و به قول استاد «فرانسيسکاکيس» خاص حقوق بين الملل دولتي است.( M. Franceskakis, 1974: p.67) همين معنا را قانون آيين دادرسي مدني فرانسه، در ماده 1473 پيش بيني کرده است. به موجب قسمت اول اين ماده: «صرف نظر از قانون قابل اعمال، ادعاي بطلان قرارداد اصلي, مجوز عدم اجراي موافقت­نامه داوري بين المللي نيست ... ».[3] مفهوم اين ماده اين است که براي اثر بخشيدن به توافق داوري، نيازي نيست به قواعد حل تعارض فلان کشور، که در شرايط معمول بر قراردادها به طور کلي و بر قرارداد داوري به طور خاص حاکم است، مراجعه و بررسي شود که آيا با توجه به فلان قانون, توافقنامه داوري معتبر است يا خير. قرارداد داوري، از ديد قانون فرانسه، در روابط بين المللي معتبر است و اعتبار آن به اعتبار قرارداد اصلي بستگي ندارد. قانون­گذاري فرانسه، در ارتباط با موضوع مورد بحث ديگر به قدري شفاف است که نيازي به بحث بيشتر درخصوص آن باقي نمي­ماند.**

**گفتار دوم: حقوق انگلستان و آمريکا**

**الف\_ رويه قضايي**

**در حقوق کشورهاي «کامن لا» نيز اصل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي، حاصل کار رويه قضايي اين کشور است، اما در پذيرش آن اتفاق نظر وجود ندارد. در اين مبحث لازم است ابتدا آراي قضايي مطرح و سپس به ديدگاه­هاي نويسندگان پرداخته شود.**

**در پاره اي از آراي قضايي به نفي اصل استقلال نظر داده شده نظير حکمي که در پرونده معروف «Sojuzneftexport v.Jordan Oil Company :j.o.c» توسط دادگاه «برمودا» صادرشده است. در اين پرونده يک شرکت روسي صدور نفت (Sojuz)، نزد کميسيون داوري تجارت خارجي مسکو، از يک شرکت اسرائيلي وارد كننده نفت (J.O.C) به عدم اجراي قرارداد فيمابين شکايت کرده بود. دادگاه داوري چنين تصميم گرفت که با وجود عدم اعتبار قرارداد اصلي، شرکت JOC بايد مبلغ دويست ميليون دلار بابت استرداد آن­چه داراي بلاجهت شده است، به شرکت روسي پرداخت کند. دادگاه برمودايي از جمله به اين دليل از اجراي رأي خودداري مي­کند که اين مرجع «قانع نيست که تئوري تجزيه پذيري يا استقلال با هر نام و عنواني که به آن داده مي­شود در مورد اين قرارداد مي­تواند قابل اعمال باشد...» ( See Craig, and Paulsson: 1990).**

**اما رأي مزبور که بعداً در دادگاه استيناف «برمودا» شکسته شد، رأي نادري است و دادگاه­هاي انگلستان، عمدتاً در جهت استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي تصميم گيري کرده­اند[4]. اولين پرونده را مي­توان, پروندة heyman v. Darvins دانست که رأي راجع به آن در سال 1942 صادرگرديد. ( Heyman v. Darwins ltd.1942.A.C.356,374) در اين پرونده يکي از طرفين مدعي بود که چون طرف مقابل قرارداد اصلي را به کلي نقض کرده است، قرارداد فسخ شده, تلقي مي­شود و در نتيجه شرط داوري نيز فسخ شده محسوب مي­شود. دادگاه رسيدگي کننده اين استدلال را مردود اعلام مي کند و مي­گويد: ادعاي يکي از طرفين به اين­که چون طرف ديگر قرارداد را کاملاً نقض کرده, او تعهدي به آن (و از جمله شرط داوري) ندارد, مردود است، زيرا نقض قرارداد « قرارداد را منتفي نمي­کند، هرچند مي­تواند موجب معافيت طرف زيان ديده از اجراي تعهداتش در مقابل نقض کننده قرارداد باشد. و قرارداد معدوم نمي­شود هرچند انجام تمام آن­چه طرفين در مقابل يکديگر تعهد کرده­اند متوقف ­شود. بلكه قرارداد براي ارزيابي ادعاهاي مبتني بر نقص به حيات خود ادامه مي­دهد، و شرط داوري براي تعيين نحوه حل و فصل اختلاف فيمابين آن­ها باقي مي­ماند. اهداف قرارداد از ميان رفته اند، ليکن شرط داوري، از جمله اهداف قرارداد نيست». جان کلام رأي در اين عبارت اخير است. آيا شرط داوري هدف قرارداد است يا شرط براي حل و فصل اختلاف­هاي ناشي از قرارداد تعبيه شده است؟ بديهي است که طرفين قرارداد اصلي را براي رفتن به داوري منعقد نکرده­اند، بلکه به عکس، قرارداد داوري را براي حل و فصل اختلاف­هاي ناشي از قرارداد اصلي منعقد کرده­اند. به عبارت روشن­تر، شرط داوري را نبايد جزئي از قرارداد دانست که اگر به نحوي به آن خدشه­اي وارد شد، شرط نيز مخدوش شود بلکه شرط داوري توافقي جدا از پيکرة قرارداد اصلي است.**

**اين جدايي شرط داوري از قرارداد اصلي،در رأي ديگري موسوم به Bremer Vulkan كه عليه South India Shipping Corp.Ltd. در سال 1981 صادر شده (Bremer Vulkan, 1981: A.C. 909,989) به روشني بيان شده است. در اين رأي به صراحت از قرارداد اصلي و موافقت­نامه داوري به عنوان «دو قرارداد مجزا» ياد شده که اولي متضمن تعهدات تجاري طرفين و دومي که قراردادي است جنبي (Collateral) متضمن تعهد طرفين به حل و فصل اختلاف­هاي ناشي از تعهدات تجاري از طريق داوري است. قرارداد اصلي ممکن است هرگز اجرايي نشود، ليکن اگر اجرايي شود، مبناي انتصاب يک دادگاه داوري خواهد بود که حقوق و تعهدات طرفين ناشي از قرارداد اصلي را معين خواهدکرد. دادگاه رسيدگي کننده از اين جدايي چنين نتيجه مي­گيرد که: « قرارداد ساخت کشتي (قرارداد اصلي)، جداي از شرط داوري، ديگر لازم الاجرا نيست، زيرا زمان اجراي تعهدات اوليه طرفين تحت قرارداد, سپري شده است (اما) شرط داوري تا زماني که اختلاف­هاي ميان طرفين درخصوص وجود يا وسعت ديگر تعهدات طرفين منعکس در ديگر شروط قرارداد ساخت حل و فصل مي­شود، لازم الاجرا باقي خواهد ماند.»**

**همان­ طور که ملاحظه مي­شود در دو رأي بالا، صحبت از نقض قرارداد توسط يکي از طرفين است، که به زعم مراجع قضايي مربوط، موجب از بين رفتن شرط داوري نيست، اما، اگر ادعا شود که اصولا قرارداد اصلي باطل بوده است، چطور؟ در اين­ گونه موارد هم رويه قضايي پذيرفته است که شرط داوري باقي مي­ماند. در پرونده­اي نزد دادگاه عالي برمودا[5] ادعا شده بود که چون قرارداد اصلي به سبب تدليس (misrepresentation) باطل است، شرط داوري منعکس در آن هم باطل است. دادگاه عالي چنين تصميم گرفت که درخواست خوانده به ارجاع امر متنازع فيه به داوري موجه است و لذا، «دادگاه طرفين را ترغيب مي­کند که به توافقنامه داوري احترام بگذارند»[6]. البته اين قاعده استثنايي نيز وجود دارد و آن فرضي است که در آن کل توافق ميان طرفين (هم قرارداد اصلي و هم شرط داوري) باطل باشد. در فرض اخير شرط داوري به اين سبب ناديده گرفته مي­شود که طرفين در اثر بخشيدن به آن فاقد اراده بوده­اند و بنا بر اين «داور نمي­تواند بر اساس توافقي رأي صادر کند که به سبب بطلان به او صلاحيت رسيدگي اعطا نمي­کند»[7] بر عکس در امريکا، اصل استقلال شرط داوري در قرارداد اصلي حتي در فرض اعلام بطلان قرارداد اصلي در اثر تقلب در قضية معروف به Prima Paint توسط دادگاه عالي پذيرفته شده است. در اين قضيه يکي از طرفين، موقع انعقاد قرارداد وضعيت مالي خود را پنهان و يک هفته پس از انعقاد قرارداد اعلام ورشکستگي کرده بود. با وجود ادعاي طرف ديگر به اين که تقلب طرف مقابل رضاي او را معيوب کرده است، دادگاه چنين تصميم گرفت که دادگاه داوري صلاحيت رسيدگي به قضيه را دارد. به نظر دادگاه به جز در صورت قصد مخالف طرفين، شروط داوري از نظر قانون فدرال، از قراردادهاي مربوطه «قابل تجزيه­اند» ... درصورتي که ادعاي تقلب به خود شرط داوري برنگردد، بايد فرض کرد که ادعاي مخدوش بودن قرارداد (اصلي) به سبب تقلب مانع اعتبار شرط داوري نخواهدبود.**

**با وجود اين, تئوري منعکس در رأي اخير، در مواردي استثنايي پذيرفته نشده است؛ مانند موردي که قرارداد متضمن تعهد به پرداخت بهرة سنگين و غيرقانوني (Usurious contracts) بوده يا مواردي که توافق به نحوي ممنوعيت هاي قانوني آمره را ناديده گرفته است، ليکن از موارد استثنايي هر روز کاسته مي­شود و اصل استقلال, اعتبار کامل خود را حفظ مي­کند ( Craig and Paulsson, 1990: p.70).**

**ب\_ نظرات مؤلفين**

**در راستاي آراي قضايي، اکثر حقوق­دانان حوزه «کامن لا» معتقدند كه راه حل مناسب اين است که داور بتواند با استناد به خود شرط داوري، صلاحيت خود به رسيدگي را اعلام کند، صرف نظر از اين که قرارداد اصلي چه سرنوشتي دارد (Coillierand Lowe, 2000: p.213)؛ هر چند در توجيه اين نظر اختلاف عقيده وجود دارد و بعضي اصل استقلال را با «قصد ضمني» (Presumed intent) طرفين توجيه مي­کنند. به نظر يکي از نويسندگان «طرفين با توافق به داوري معمولاً قصد مي­کنند که هرگونه اختلافي که به طريق ديگري قابل حل و فصل نيست، از جمله اختلاف راجع به اعتبار قرارداد را از طريق داوري حل کنند» ( Schwebel, 1987: ch.3). به اين نظر چنين ايراد شده است که اين نظر وقتي موجه است که قرارداد اصلي معتبر باشد، ولي اگر، به سبب عدم قصد، اعتبار قرارداد اصلي مخدوش باشد، تمسک به قصد ضمني براي حل اختلاف در داوري مجاز نخواهد بود؛ چگونه مي­توان فرض کرد که کسي که در انعقاد قرارداد اصلي قصد نداشته، در انعقاد قرارداد داوري قاصد بوده است؟ اين ادعا نيز که در اين­جا ما با دو قرارداد جداگانه رو به رو هستيم که طرفين منعقد کرده­اند و با از ميان رفتن يکي (قرارداد اصلي) ديگري زنده مي ماند, توجيه کننده اصل استقلال نيست بلکه طريق ساده­اي براي بيان آرزويي است که ميل داريم به آن برسيم (Ibid). به علاوه، اين­که طرفين قصد داشته­اند هرگونه اختلافي را از طريق داوري حل و فصل کنند، از مصاديق اصل کلي حاکم بر تفسير قراردادها است که به موجب آن قرارداد بايد به گونه­اي تفسير شود که طرفين خواسته­اند. حتي اگر معلوم شود که در حقيقت طرفين قصد نداشته­اند که هرگونه اختلافي از طريق داوري حل شود باز هم قرارداد طرفين بايد به گونه­اي تفسير شود که قصد طرفين در جهت خواست داوري استنتاج شود؛ چيزي که منطقي نخواهد بود.( Collier and Lowe, 2000: 213 and footnote 105) از اين رو برخي از نويسندگان تنها توجيه قاعده استقلال را در فايدة عملي آن دانسته و مي­گويند: «در دکترين استقلال, به عامل تخيل حقوقي جاي وسيعي داده شده است. بسيار مشکل است توضيح دهيم چگونه دادگاه داوري که صلاحيتش از سندي ناشي مي­شود که بنا بر ادعا غير معتبر است، مي­تواند خود تنها قاضي صلاحيت خويش باشد... در واقع، اگر دادگاه­ها تئوري استقلال را به عنوان يک اصل بديهي پذيرفته­اند، به خاطر آن است که بدون آن روند داوري مختل و داوري بي اثر مي­شود و خلاصه علماي حقوق برخلاف منطق در پي يافتن دلايل ديگري براي توجيه مسأله هستند» (Wetter, 1983).**

**در مجموع، با وجود اختلاف­هاي جزئي در طرز برخورد رويه قضايي و نويسندگان آنگلوساکسن با اصل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي، مطالعه مواضع منعکس در اين گفتار نشان مي­دهد که اصل مزبور در کشورهاي جزء اين گروه نيز, به وفور پذيرفته شده است.**

**بخش دوم: اصل استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي در حقوق ايران**

**تا پيش از تصويب قانون آيين دادرسي مدني در سال 1318 هيچ بحثي در خصوص اين­که آيا از حيث صحت و بطلان ارتباطي ميان توافقنامه داوري و قرارداد اصلي وجود دارد يا خير, مطرح نشده است. اين امر شايد به خاطر آن بوده است که تا اين تاريخ، چه در قانون اصول محاکمات مصوب 14/8/1290 و چه در قانون حکميت، توافقنامه داوري در صورتي مصداق پيدا مي­کرده است که اختلاف و منازعه قبلاً ايجاد شده باشد و طرفين براي حل اختلاف ايجاد شده مي­توانستند به داوري توافق کنند(ر.ک: ماده 757 قانون اصول محاکمات و ماده 1 و 13 قانون حکميت مصوب 29/12/1306)، و طبيعي است که وقتي طرفين بر سر حل اختلاف خود در مورد قرارداد اصلي به توافق جداگانه­اي مي­رسند، ديگر وصل کردن موافقت­نامه داوري \_ که اتفاقا براي تعيين تکليف اختلاف ناشي از قرارداد اصلي منعقد مي شده است \_ به قرارداد اصلي معنا نداشته است.**

**براي اولين بار در قانون آيين دادرسي مدني، مسأله داوري مطرح و اين نکته نيز پذيرفته مي­شود که طرفين يک قرارداد مي­توانند، نه تنها بعد از منازعه بلکه قبل از آن نيز، به داوري توافق کنند و اين توافق را مي­توانند در درون قرارداد اصلي، به صورت شرطي از شروط قرارداد و يا به طور مجزا به عمل آورند. حال سؤال اين است که آيا در حقوق ايران موافقت­نامه داوري از قراردادي که به منظور رفع اختلاف­هاي ناشي از آن منعقد مي­شود, مستقل است يا خير؟ براي پاسخ به اين سؤال بايد بين موردي که اختلاف به داوري داخلي برمي­گردد و موردي که بحث بر سر داوري بين المللي است, تفکيک قائل شويم چه، در اين دو نوع داوري راه حل­هاي يکسان وجود ندارد.**

**گفتاراول: راه حل قضيه در داوري داخلي**

**در قانون آيين دادرسي مدني مصوب 1318 ماده 635 مقررکرده است: «در مورد ماده 633، هرگاه طرفين داور يا داورهاي خود را در ضمن معامله يا قرارداد معين نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف يک طرف داور خود را معين ننمايد، طرف ديگر مي­تواند داور خود را معين کرده به وسيله اظهارنامه رسمي او را به طرف مقابل معرفي و درخواست نمايد که داور خود را معين و معرفي کند. در اين صورت طرف مکلف است که در ظرف ده روز از تاريخ ابلاغ اظهارنامه و با رعايت مدت مسافت, داور خود را معين و اعلام کند و هرگاه تا انقضاي مدت مذکور اقدام ننمود دادگاهي که صلاحيت رسيدگي به موضوع اختلاف را دارد به درخواست طرفي که داور خود را معين کرده است داور طرف ديگر را معين خواهد نمود» و بلافاصله ماده 636 همين قانون مقرر مي­کند: «در مورد ماده قبل هرگاه نسبت به اصل معامله يا قرارداد راجع به داوري بين طرفين اختلافي باشد، دادگاه، قبلاً به آن رسيدگي کرده پس از احراز معامله و قرارداد داور (طرف) ممتنع را معين مي­نمايد. ولي مادام که داور معين از طرف دادگاه به داور طرف ابلاغ نشده است، طرف ممتنع مي­تواند داور خود را معين و معرفي کند.»**

**جان کلام در اين عبارت ماده اخير است که: «دادگاه پس از احراز معامله و قرارداد, داور ممتنع را معين مي­نمايد». مفهوم اين عبارت که وابستگي شرط داوري و معامله را بيان مي­کند چيست و وسعت برد آن تا کجا است؟ پاسخ به اين دو سؤال موضوع بحث ما در اين گفتار است که به ترتيب به آنها مي­پردازيم.**

**الف \_ مفهوم وابستگي شرط داوري به قرارداد اصلي در قانون آيين دادرسي مدني**

**آن­چه مسلم است اين است که بايد اين فکر کنار گذاشته شود که عبارت «احراز معامله» در ماده 636 به اين مفهوم بوده است که دادگاهي که انتخاب داور به او واگذار شده است کاري ندارد, جز اين­که وجود «ظاهري» (Prima facie) معامله را \_ مثلا با ملاحظه ورقه قرارداد يا اسناد راجع به آن \_ تشخيص دهد. درواقع، سوابق مسأله، در فرانسه و در کشورهاي ديگر، آن­طور که ديديم، نشان مي­دهد که بحث در تشخيص صحت يا بطلان معامله و در نتيجه, لازمه آن بررسي ماهوي ادعاهاي طرفين در اين باره است. مفهوم عبارت مورد اشاره اين است که دادگاه بايد، درصورت اختلاف طرفين درخصوص اعتبار معامله که به قرارداد اصلي تعبير مي شود، اول رسيدگي کند آيا قرارداد مزبور معتبر است يا خير و بعد به بررسي صحت و بطلان خود قرارداد داوري بپردازد. اگر هر دوي اين قراردادها درست باشد، آن­ وقت قاضي مي­تواند و بايد در اجراي قرارداد داوري، داور طرف ممتنع را انتخاب و معرفي نمايد.**

**سؤال مهمي که در اين ارتباط مطرح مي­شود اين است که آيا از ديد قانون­گذار, قانون آيين دادرسي مدني, شرط داوري را بايد شرط ضمن عقد تلقي کرد و گفت توافقي تبعي است که در صورت بطلان توافق اصلي بلااثر است يا از قرارداد اصلي جدا است؟ نگاهي به ديدگاه­هاي بعضي نويسندگان حقوقي ايران در اين خصوص آموزنده است. البته اين بحث­ها در ارتباط با ماده 636 قانون آيين دادرسي مدني مصوب 1318 مطرح شده است ليکن، در مورد قانون آيين دادرسي مدني مصوب 1379 نيز قابل طرح­اند زيرا، اين قانون، در ماده 461 خود، با قدري تفاوت در عبارت همان مفهوم ماده 636 قانون آيين دادرسي مدني سابق را تكرار مي­کند: «هرگاه نسبت به اصل معامله يا قرارداد راجع به داوري بين طرفين اختلافي باشد، دادگاه ابتدا به آن رسيدگي و اظهار نظر مي­نمايد». همان­طور که ملاحظه مي­شود، در اين ماده نيز بحث بر سر اين است که طرفين نسبت به اصل معامله (يعني صحت و بطلان آن) اختلاف دارند و دادگاه بايد ابتدا به اين اختلاف رسيدگي و در ماهيت امر اظهار نظر کند. از آن­جا كه اين ماده بلافاصله پس از مواد 459 و 460 قانون جديد آمده است که به تعيين و نصب داور توسط دادگاه قضايي اشاره دارد، مي­توان گفت بي­ترديد، مانند گذشته، ماده 461 درخود بحث استقلال يا عدم استقلال شرط داوري از معامله اصلي را جاي داده است.**

**اما، نويسندگان در اين ارتباط چه نظر داده اند؟ يکي از نويسندگان گفته است موضوع ماده 636 قانون آيين دادرسي مدني به صلاحيت داور براي اتخاذ تصميم در مورد صلاحيت خود برمي­گردد و به بحث استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي مربوط نيست. به عبارت ديگر «مفاد ماده 636 قانون آيين دادرسي مدني صرفاً ناظر بر اين است که هرگاه به صلاحيت داور (اعم از داور منفرد يا مرجع داوري) اعتراض شود، آن داور نمي­تواند به صلاحيت خود رسيدگي کند و ماده مذکور به هيچ وجه ناظر به استقلال موافقت­نامه داوري از قرارداد اصلي نيست». (جعفريان، 1373: ص 133) اين نظر قابل تبعيت نيست. درواقع، درست است که ماده 636 قانون آئين دادرسي مدني سابق و نيز ماده 461 فعلي به نوعي به صلاحيت داور مبني بر تشخيص صلاحيت خود مربوط مي­شود (يعني اگر معلوم شود که قرارداد داوري باطل است، معلوم مي­شود که داور صلاحيت رسيدگي ندارد و بايد دادگاه قضايي صالح به اختلاف رسيدگي کند)، ليکن مواد مزبور، در پي بيان وابستگي شرط داوري به قرارداد اصلي نيز هستند، زيرا، اگر دادگاه، پس از رسيدگي تشخيص دهد که قرارداد اصلي معتبر نيست، به قرارداد داوري نيز نبايد توجه کند و در نتيجه نبايد به انتخاب داور مبادرت کند، تا مثلاً داور به آثار ناشي از بطلان قرارداد اصلي رسيدگي کند. مبناي عدم توجه به داوري نيز اين است که قرارداد داوري، به سبب بطلان قرارداد اصلي باطل است، اما اگر صحت معامله احراز شد، رسيدگي به اختلاف ناشي از چنين معامله­اي بايد به داوري واگذار شود، مگرآن­که خود قرارداد داوري باطل باشد که در اين صورت، به آثار ناشي از اعلام صحت قرارداد اصلي نيز به درخواست طرفين يا يکي از آنها دادگاه, بايد رسيدگي کند. بر اين اساس اين عقيده قابل ايراد نيست که: «شرط ارجاع به داوري، که در ضمن قرارداد اصلي آمده باشد، شرطي است تبعي و رعايت آن در صورتي لازم است که عقد نافذ و معتبر باشد. درنتيجه اختلاف در مورد درستي عقد را نمي­توان به چنين داوري­اي ارجاع کرد»,(کاتوزيان، 1368: ج3, ص 139) زيرا همان­طور که بعضي نويسندگان گفته­اند، روح و مفهوم قانون حاکم بر رابطه قرارداد اصلي و شرط داوري, تبعيت شرط از عقد را مقرر مي­کند(جنيدي، 1378: ص 71) وآن­چه باقي مي­ماند اين است که مشخص شود حدود اين تبعيت تا کجاست.**

**ب \_ وسعت تبعيت شرط داوري از قرارداد اصلي**

**سؤال قابل طرح اين است که آيا مفاد ماده 636 قانون آيين دادرسي مدني \_ که اکنون در ماده 461 متبلور شده است \_ تنها ناظر به ماده 635 \_ و اکنون ماده 460 \_ است يا بطلان قرارداد داوري در فرضي نيز قابل طرح است که يکي از طرفين نزد داور رسيدگي کننده, و نه نزد دادگاه قضايي, بطلان قرارداد داوري را به سبب بطلان معامله اصلي مطرح مي­کند؟**

**به نظر دکتر صفايي، « ماده مزبور (ماده 636) متضمن يک قاعده عام نيست، بلکه ناظر به ماده 635 است و اين ماده مربوط به موردي است که طرفين, داور يا داورهاي خود را در ضمن معامله يا قرارداد معين نکرده باشند و در موقع بروز اختلاف, يک طرف داور خود را معين ننمايد و براي تعيين داور به جاي طرف مستنکف به دادگاه رجوع شود؛ در اين صورت هرگاه اختلافي راجع به معامله اصلي يا قرارداد داوري باشد، منطقي است که دادگاه پس از احراز صحت «معامله و قرارداد» اقدام به تعيين داور به جاي طرف ممتنع نمايد. ليکن هرگاه طرفين داوران خود را برگزيده باشند يا بعد از تعيين داور به وسيله مرجع قضايي و تشکيل دادگاه داوري اختلاف راجع به صحت معامله يا قرارداد مطرح شود، قاعده مذکور لازم الاجرا نخواهد بود» (صفايي، 1377: ص 18)**

**اين عقيده که در تأييد نظر بعضي نويسندگان حقوقي(جنيدي، 1378: صص 71و 72) ابراز شده است, قابل ايراد به نظر مي­رسد. در واقع، اگر اين تفکيک پذيرفته شود اين ايراد بروز مي­کند که يک شرط داوري برحسب اين­که طرفين آن در مورد اصل معامله اختلاف داشته باشند و اختلاف را به داور ارجاع کنند يا به قاضي، سرنوشت متفاوتي داشته باشد؛ يعني اگر اختلاف نزد داور مطرح شود، شرط صحيح است و داور مي­تواند حتي به بطلان معامله اصلي حکم کند، در حالي­که اگر شرط داوري نزد دادگاه دادگستري مطرح شود، دادگاه شرط را به سبب بطلان معامله اصلي باطل اعلام مي­کند. نتيجة قبول اين نظر اين است که در فرض اول، حتي اگر بطلان معامله اصلي محرز شود، شرط داوري باقي بماند و در فرض دوم بطلان معامله اصلي موجب بطلان شرط داوري شود. به عبارت ديگر، شرط داوري باطل است اما نه در زمان انعقاد عقد اصلي, بلکه در زماني بعد از آن و بر حسب اين­که تصادفاً ارزيابي آن به يک داور واگذار شود يا به يک قاضي، صحيح باقي مي­ماند يا باطل مي­شود.**

**حال سؤال اين است که چرا نمي­توان گفت که مبناي ماده 635 قانون آيين دادرسي مدني سابق (و ماده 461 فعلي) چيزي جز اين نيست که شرط داوري، سنتاً، شرطي ضمن عقد اصلي تلقي شده و مي شود (درخصوص ويژگي شرط ضمن عقد ر.ک: صفايي، 1382: ص 185) و مواد مزبور کاري جز تأکيد براين قاعده سنتي نکرده­اند؟ اگر وجود اين سابقه ذهني را قبول داشته باشيم، بايد قبول کنيم که آن­چه مبناي بطلان شرط داوري به سبب بطلان معامله اصلي در فرض ارجاع امر به دادگاه دادگستري است، مي­تواند مجوز بطلان قرارداد داوري در فرضي هم باشد که اختلاف راجع به معامله به داور ارجاع شده و طرفين در اصل رسيدگي توسط داور اختلاف ندارند. اين است که به نظر ما در حقوق راجع به داوري داخلي ايران، شرط داوري را بايد شرطي ضمن عقد تلقي کرد و هرجا که به بطلان قرارداد اصلي نظر داده شود بايد به بطلان توافق داوري نيزنظر داده شود. البته، اين راه حل بي ايراد هم نيست. در واقع، اگر داوري که به صحت و بطلان قرارداد اصلي رسيدگي مي­کند، رأي به بطلان اين قرارداد صادرکند، قضاوتش براساس قرارداد داوري انجام گرفته است که باطل بوده است و درنتيجه رأي او به بطلان معامله اصلي، به سبب عدم صلاحيت خود او در قضاوت \_ براساس قرارداد داوري باطل \_ باطل خواهد بود. شايد اين وجه قضيه بوده است که نويسندگان ياد شده را ترغيب نموده است در جهت تعديل راه حل بطلان قرارداد داوري, به محدود بودن حوزه عمل ماده 636 مذکور قائل شوند، ولي حقيقتاً نمي­توان گفت که بين فرضي که يکي از طرفين از انتخاب داور خودداري مي­کند و فرضي که نمي­کند، صرفاً به سبب خودداري کردن، بايد فرقي قائل شد. فرضي که اختلاف راجع به معامله اصلي نزد داور مطرح مي­شود بافرضي­که همين اختلاف به قضاوت دادگاه دادگستري واگذار مي­شود، در واقع هيچ تفاوتي ندارند.**

**گفتار دوم: راه حل قضيه در داوري بين المللي**

**ماده 16 قانون داوري تجاري بين المللي، مقرر مي­کند: « داور مي­تواند در مورد صلاحيت خود و هم­چنين درباره وجود يا اعتبار موافقت­نامه داوري اتخاذ تصميم کند. شرط داوري که به صورت جزئي از يک قرارداد باشد از نظر اجراي اين قانون به عنوان موافقت­نامه­اي مستقل تلقي مي­شود. تصميم داور در خصوص بطلان و ملغي­الاثر بودن قرارداد في نفسه به منزله عدم اعتبارشرط داوري مندرج در قرارداد نخواهد بود.» از آن جا که اين ماده، به داوري بين المللي اختصاص دارد، قبل از تبيين مفهوم آن لازم است، از اين نوع داوري تعريفي ارائه دهيم.**

**الف \_ مفهوم داوري تجاري بين المللي**

**به موجب بند يک از ماده 2 قانون داوري تجاري بين المللي که به قلمرو اجراي قانون اشاره مي کند: «داوري اختلاف­هاي در روابط تجاري بين المللي اعم از خريد و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بيمه، امور مالي، خدمات مشاوره­اي، سرمايه گذاري، همکاري­هاي فني، نمايندگي، حق العمل­ کاري، پيمانکاري و فعاليت­هاي مشابه, مطابق مقررات اين قانون صورت خواهد پذيرفت». از امور مختلفي که در ماده احصا شده و جنبه حصري هم ندارند چنين بر مي­آيد که «روابط تجاري» مد نظر قانون­گذار الزاماً معاملاتي نيست که در ماده 2 قانون تجارت آمده است. آن­چه مهم است اين است که رابطه جنبه بين المللي داشته باشد. اما چه رابطه­اي وصف بين المللي دارد؟**

**بند «ب» از ماده 1 قانون داوري تجاري بين المللي به اين سؤال پاسخ مي­دهد: «داوري بين المللي عبارت است از اين­که يکي از طرفين در زمان انعقاد موافقت­نامه داوري، به موجب قوانين ايران تبعه ايران نباشد». قسمت اخير ماده روشن است. نظر قانون­گذار اين است که داشتن تابعيت خارجي ملاک نيست، بلکه، شخص نبايد تابعيت ايراني داشته باشد. پس اگر کسي مطابق قوانين ايران هم تابعيت ايراني داشته باشد و هم تابعيت خارجي يعني داراي تابعيت مضاعف باشد، باز هم داوري براي او بين المللي تلقي نمي شود، زيرا مطابق ماده 989 قانون مدني ايران اشخاصي که به تابعيت کشور ديگري در آمده­اند، باز هم تابع ايران تلقي مي­شوند.**

**به هرحال، براي آن­که داوري بين المللي تلقي شود، ملاک اين است که يکي از طرفين، حين انعقاد قرارداد داوري \_ و نه قرارداد اصلي \_ که ممکن است تاريخ هاي متفاوت داشته باشند، تابعيت ايراني نداشته باشد؛ راه حلي که در قوانين ديگر کشورها به ندرت مشابه آن­را سراغ داريم. درواقع:**

**اولاً: راه حل قانون ايران با بند 3 ماده 1 قانون نمونه آنستيرال، که مقررات قانون داوري تجاري بين المللي از آن اقتباس شده است، تطبيق نمي­کند، چه در اين قانون نمونه ملاک­هاي ديگري براي بين المللي قلمدادشدن داوري پيش بيني شده است. برحسب اين قانون, ملاک­هاي بين المللي بودن داوري عبارت­اند از: اختلاف محل تجارت طرفين، تعيين محلي غير از محل تجارت طرفين به عنوان مقر داوري، اجراي قسمت عمده تعهدات طرفين در خارج از محل تجارت آن­ها و موافقت طرفين در مورد ارتباط موضوع داوري با بيش از يک کشور.**

**ثانياً: راه حل قانون ايران با اغلب سيستم­هاي حقوقي بيگانه تطبيق نمي­کند:**

**در واقع، از ميان سيستم­هاي حقوقي مهم راجع به داوري بين المللي، انگلستان شايد تنها کشوري باشد که داوري را در فرضي که يکي از طرفين تابعيت کشوري خارجي را دارد، داوري داخلي نمي­داند (بند 7 از ماده 3 قانون داوري 1979) ( ر.ک: اشميتوف، 1378: ج 2, ص 1009 و Craig , 1990: p.476). امريکا، به موجب قانون، کنوانسيون نيويورک مصوب 1958 را راجع به شناسايي و اجراي آراي داوري خارجي پذيرفته است، و آن­را در روابط بين اتباع آمريکايي اجرا نمي­کند، نظير موضعي كه انگلستان دارد. با وجود اين, مقررات کنوانسيون، حتي ميان آمريکاييان، در فرضي که قرارداد آن­ها متضمن حقوق مالکيت بيگانه است و بايد در خارج اجرا شود، و يا يک ارتباط معقول با يک کشور خارجي دارد، قابل اعمال مي­باشند. به بيان ديگر, در روابطي که متضمن يک عنصر خارجي است، تابعيت آمريکايي نمي­تواند در اجراي رأي داوري خارجي بين المللي براساس مقررات کنوانسيون نيويورک مانع تلقي شود. کشورهاي ديگر نظير فرانسه و سوئيس و سوئد، به طور روشن تابعيت را در حق رجوع طرفين در مراجعه به داوري بين المللي, مؤثر نمي­دانند. ماده 1472 قانون آيين دادرسي مدني فرانسه داوري­ بين المللي را داوري­اي مي­داند که «متضمن منافع تجارت بين الملل» است؛ تعريفي که در آن بيشتر ملاحظات اقتصادي مدنظر است تا ملاحظات حقوقي. به عبارت ديگر, آن­چه در وصف بين المللي داوري مهم است وجود «عناصر تجارت بين الملل» است(Fouchard Ph, 1970: pp.71-74). درحقوق سوئيس به وضعيت طرفين در تعيين خصيصة بين المللي داوري توجه شده, ليکن اين وضعيت تنها به محل استقرار طرفين مربوط مي­شود: داوري وقتي بين المللي است که يکي از طرفين مقيم و يا ساکن دائمي کشور سوئيس نباشد.( Lalive, 4 Arb.Int.2 (1988)) ماده يک از قانون راجع به موافقت­نامه و آراي داوري خارجي سوئد مصوب 1929 (با اصلاحات بعدي)، در ماده 1 خود متضمن رويکردي نظير قانون سوئيس است. به موجب اين ماده که البته تنها داوري خارجي را مطرح مي­کند و از آن در داوري بين المللي سخني به ميان نيامده است: «توافقنامه داوري «خارجي» است اگر متضمن اين قيد باشد که داوري در خارج از سوئد انجام خواهد شد. هرگاه موافقت­نامه داوري مشخص نکرده باشد که داوري بايد در سوئد يا خارج انجام شود، داوري در صورتي خارجي است که طرفين در خارج از سوئد سکونت داشته باشند.» در اين ماده نيز ملاک خارجي بودن داوري نه تابعيت طرفين بلکه «محل استقرار» آن­ها است.**

**از مجموع مقررات بالا \_ اعم از مقررات آنسيترال و مقررات داخلي \_ چنين استنباط مي­شود که در شناخت وصف بين المللي يا خارجي داوري, به ملاک «محل اقامت» طرفين بيشتر توجه شده است؛ چيزي که در قانون داوري تجاري بين المللي ايران مورد توجه نيست. راه حل قانون ايران از اين جهت ايراد دارد که حتي اگر دو ايراني \_ که درحال حاضر تعدادشان هم کم نيست \_ در سطحي واقعاً بين المللي با يکديگر روابط تجاري داشته باشند نمي­توانند توافق کنند در فرض رجوع به داوري، قانون 1376 بر داوري آن­ها حکومت کند, بلكه تنها مقررات داوري منعکس در قانون آيين دادرسي مدني بر داوري آن­ها حاکم خواهد بود. در شرايطي که ميل اشخاص خارجي به رجوع به قانون داوري بين المللي ما چندان فراوان نيست، مورد استفاده شايع قانون داوري تجاري ما مي­توانست در رابطه با ايرانياني مصداق داشته باشد که در ايران مقيم نيستند ولي با تجار ايراني مقيم ايران معاملات مستمر بازرگاني دارند. راه حل فعلي قانون 1376 به اين ترتيب حوزه اجراي قانون را بسيار محدود کرده است و به نظر ما بايد کنار گذاشته شود (هم چنين در انتقاد از راه حل قانون ايران، ر.ک: صفايي، 1382: ص 8).**

**ب \_تبيين ماده 16 قانون داوري تجاري بين المللي**

**بخش اول ماده 16 قانون داوري تجاري بين المللي به اين عبارت که «داور مي­تواند در مورد صلاحيت خود و همچنين درباره وجود و يا اعتبار موافقت­نامه داوري اتخاذ تصميم کند»، از بحث ما خارج است زيرا مسأله­اي است که به شرايط شکلي رسيدگي مربوط مي­شود. اما استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي، امري ماهوي است كه در بخش دوم ماده 16 آمده است. به موجب اين بخش: « شرط داوري که به صورت جزئي از يک قرارداد باشد از نظر اجراي اين قانون به عنوان موافقت­نامه­اي مستقل تلقي مي­شود. تصميم داور درخصوص بطلان و ملغي الاثر بودن قرارداد في نفسه به منزلة عدم اعتبار شرط داوري مندرج در قرارداد نخواهد بود.»**

**در ارتباط با اين ماده چند توضيح لازم به نظر مي­رسد:**

**اولاً: بديهي است وقتي شرط داوري­اي که به صورت جزئي از يک قرارداد است, موافقت­نامه مستقل از قرارداد اصلي تلقي شده به طريق اولي توافقنامه­اي که بعد از بروز اختلاف و به صورت جداگانه بين طرفين براي رجوع اختلاف­هاي آن­ها به داوري تنظيم مي­شود، مستقل از قرارداد اصلي تلقي خواهد شد. بنابراين، با وجود آن­که ماده به استقلال «شرط داوري» اشاره دارد, ترديد نيست که استقلال «موافقت­نامه داوري» مد نظر قانون­گذار بوده است؛ خواه اين موافقت­نامه به صورت «شرط» تنظيم شده باشد (clause compromissoire) يا به صورت قرارداد جداگانه.( Compromis)**

**ثانياً: قسمت اخير ماده 16 تنها از تأثير «بطلان و ملغي الاثر بودن قرارداد (اصلي)» در شرط داوري صحبت مي­کند ليکن بديهي است که به طريق اولي، فسخ قرارداد اصلي نيز تأثيري بر لازم الاجرا بودن شرط داوري ندارد.**

**به هرحال، رسيدگي به بطلان يا صحت موافقت­نامه داوري با خود داور است. کافي است يکي از طرفين, توافق­نامه­اي را نزد داور مطرح کند که علي­الظاهر (prima facie) از رضايت طرفين به مراجعه به داوري حكايت داشته باشد: داور مي­تواند داوري را شروع کند. هرگاه، پس از رسيدگي، از ديد او داوري صحيح باشد، به رسيدگي ادامه خواهد داد و در ماهيت نيز اظهار نظر خواهد کرد. نتيجه اين اختيار داور اين است که دادگاه دادگستري که براي حل اختلاف در خصوص ماهيت دعوي به او رجوع مي­شود بايد با آگاهي از شرط داوري، از رسيدگي خودداري کند. سؤالي که مطرح مي­شود اين است که دادگاه دادگستري، با وجود شرط داوري، رأساً مي­تواند از رسيدگي به دعوا خودداري کند يا يکي از طرفين الزاما بايد ايراد کند؟ در فرانسه مدت­ها بر سر اين مسأله، بين دادگاه­ها، اختلاف وجود داشت (Motulsky, civ.2l,20 juin 1957,j.c.p.1958,II.10773). در جهت ختم اين اختلاف، بند 3 از ماده 1458 قانون جديد آيين دادرسي مدني فرانسه مقرر کرد که در اين مورد «دادگاه (دادگستري) نمي­تواند رأساً تصميم به عدم صلاحيت خود بگيرد».**

**قانون آيين دادرسي مدني ايران، در اين خصوص قاعده صريحي ندارد، ليکن از آن­جا که اين امر از مصاديق تشخيص صلاحيت دادگاه است بايد ديد چگونه بايد با آن برخورد نمود؟ مسلم است که اگر دادگاه به وجود شرط داوري آگاهي نداشته باشد و هيچ­يک از طرفين به وجود شرط داوري اشاره نکنند، قاضي رسيدگي کرده و حکم خواهد داد. از طرف ديگر، هرگاه يکي از طرفين به وجود شرط اشاره و ايراد عدم صلاحيت کند، دادگاه بايد به رسيدگي خود خاتمه دهد مگرآن­که طرف مقابل بطلان شرط داوري را مطرح كرده و دادگاه دلايل او را بپذيرد. مسأله بيشتر زماني مطرح مي­شود که، هيچ­يک از طرفين دعوا به صلاحيت دادگاه ايراد نكرده و شرط داوري را مطرح نمي­کنند، ولي دادگاه خود متوجه وجود شرط داوري مي­شود. در اين صورت آيا دادگاه مي­تواند قرار عدم صلاحيت به صلاحيت داور صادر کند؟**

**نگاهي به مقررات قانون آيين دادرسي مدني نشان مي­دهد که قواعد راجع به صلاحيت, جنبه آمره دارند و بنابراين در هر مورد که به صلاحيت دادگاه مربوط مي­شود، دادگاه مي­تواند رأساً تصميم­گيري کند و اگر امر را در صلاحيت خود نديد، پرونده را، پس از صدور قرار عدم صلاحيت به مرجع صالح ارسال مي­نمايد (ر.ک: ماده 27 قانون آيين دارسي مدني). اما، اين مقررات در فرضي قابل اعمال­اند که اختلاف بر سر صلاحيت دادگاه­هاي دولتي باشد؛ در فرضي که اختلاف بر سر صلاحيت دادگاه دادگستري (مرجع دولتي) و دادگاه داوري (مرجع خصوصي) است، اين قواعد لازم الاتباع نيستند. در واقع، صلاحيت داور تنها مبتني بر ارادة طرفين است، بنابراين هم آنها مي­توانند به اين امر موافقت کنند و هم مي­توانند، در صورت توافق، به طور صريح يا ضمني، آن­را فسخ کنند. شايد بتوان گفت که در فرضي که يکي از طرفين با وجود شرط داوري قبلي اختلاف را به دادگاه دادگستري کشانده و طرف ديگر به اين امر اعتراض نمي­کند، طرفين در حقيقت به طور ضمني توافق قبلي خود به داوري را به هم زده­اند و بنا بر اين براساس ارادة فعلي آن­ها، دادگاه داوري ديگر صلاحيت رسيدگي به حل اختلاف فيمابين را ندارد و دادگاه دادگستري بايد به اين اختلاف رسيدگي کند؛ به ويژه در فرضي که طرف مقابل، به نحو فعال در دادگاه حاضر شده و به ادعاي خواهان پاسخ مي­دهد. بنابراين، به نظر ما، دادگاه­هاي دادگستري نمي­توانند، با ملاحظه شرط داوري بين طرفين، رأساً از رسيدگي خودداري و قرار عدم صلاحيت يا رد دعوا صادر نمايند.**

**نتيجه گيري**

**مطالعة تطبيقي اصل استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي نشان مي­دهد که اصل مورد بحث در حد وسيعي در سيستم­هاي حقوقي داخلي کشورها پذيرفته شده و علاوه بر اين، در داوري هاي بين المللي، توسط داوران به نام، در پرونده­هاي مهم مورد تأکيد قرار گرفته است (در ارتباط با پرونده­هاي مهم نفتي ر.ک: موحد، 1374: ج1, ص 179 به بعد).**

**ماده 16 قانون داوري تجاري بين المللي ايران، در راستاي همين فکر، اصل مزبور را قبول كرده است, ولي در قانون آيين دادرسي مدني مصوب 1379 (ماده 461) با وجود آن­که بعد از قانون داوري تجاري بين المللي به تصويب رسيده، اين اصل ناديده گرفته شده است.**

**بررسي رويه­هاي قضايي کشورهاي مختلف و ديدگاه­هاي علماي حقوق نشان مي­دهد که جهات مختلفي مي­تواند رد نظر وابستگي شرط داوري به قرارداد اصلي را توجيه کند. در واقع ارادة مفروض طرفين به استقلال دو قرارداد، و وجود قاعدة مادي بين المللي بر پذيرش اين اصل، هريک مي­تواند توجيه منطقي قبول نظريه استقلال باشد. ولي به نظر ما بيش از هر چيز, فايده عملي اصل استقلال است که موجب پذيرش آن­ در جهان شده است.**

**در واقع، تا زماني که طرفين يک قرارداد مشکل در اجراي آن ندارند، توجهي به استقلال يا عدم استقلال شرط داوري ندارند و حتي ممکن است تصور واقعي شان اين باشد که شرط داوري جزئي از قرارداد اصلي است. ليکن، به محض آن­که طرفين با يکديگر اختلاف پيدا کردند، يکي از آن­ها به هر بهانه­اي مي­تواند براي تحت فشار قراردادن ديگري از هر وسيله­اي استفاده کند. اين وسيله مي­تواند طرح بحث بطلان شرط داوري باشد تا طرف مقابل در چنبرة قواعد دست و پاگير دادرسي دولتي گرفتار شود. به چنين اشخاصي نبايد اجازه اقدامي اين چنين داد. نمونة بارز چنين رفتاري مي­تواند در قراردادهايي بروز کند که يک طرف آن دولت است؛ مثلاً در قراردادهاي سرمايه گذاري, قبول «نظريه استقلال», حل و فصل اختلاف­هاي راجع به سرمايه گذاري خارجي را در جوي مناسب ميسر مي­کند و دولت­هاي سرمايه­پذير نمي­توانند به بهانه بطلان قرارداد اصلي يا فسخ يک طرفه آن (مثلا به جهت لغو قانوني يک امتياز)، رجوع به حل اختلاف­هاي با سرمايه گذار خارجي از طريق داوري را با بن بست مواجه کنند.**

**اگر توجه داشته باشيم که در مواردي تفکيک داوري بين المللي از داوري داخلي نيز مشکل است، به خطرناک بودن راه حل قانون­گذار ايران در پذيرش اصل استقلال در داوري بين المللي و رد آن در داوري داخلي به خوبي پي مي­بريم. ضمن اين­که معلوم نيست که داوري بين المللي \_ برفرض آن­که از داوري داخلي کاملاً قابل تفکيک باشد \_ چه خصيصه­اي دارد که در خصوص آن اصل استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي قابل پذيرش است و در داوري داخلي غيرقابل پذيرش. البته اين اقدام قانون­گذار در ايران در تدوين قواعد خاص براي داوري بين المللي \_ در کنار قواعد حاکم بر داوري داخلي \_ امري است مطلوب، ليکن، در ارتباط با اصل استقلال شرط داوري از قرارداد اصلي، هيچ توجيهي وجود ندارد و قانون­گذار در ايران بايد در جهت پذيرش اين اصل، موضع دوگانه­اي را که اتخاذ کرده است کنار بگذارد.**

**منابع**

**1\_ اشميتوف، کلايوام، حقوق تجارت بين الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقي­و ديگران، تهران، سمت،1378, ج2.**

**2\_ جعفريان، منصور، «تأملاتي بر لايحه داوري تجارتي بين المللي 1»، مجلس و پژوهش، شماره سيزدهم.**

**3\_ جنيدي، لعيا، قانون حاکم در داوري­هاي تجاري بين الملي، تهران, نشر دادگستر، چاپ اول، 1376.**

**4\_ \_\_\_\_\_\_\_، نقد و بررسي تطبيقي قانون داوري تجاري بين المللي مصوب 26/6/76، تهران, انتشارات دانشکده حقوق و علوم سياسي دانشگاه تهران، چاپ اول، 1378.**

**5\_ سيفي، سيدجمال، «قانون دادرسي تجاري بين المللي ايران همسو با قانون نمونه داوري انستيرال», مجله حقوقي دفتر خدمات، شماره 23، سال 1377.**

**6\_ صفايي، سيدحسين، «سخني چند دربارة نوآوري­ها و نارسايي­هاي قانون داوري تجاري بين المللي»، مجله دانشکده حقوق و علوم سياسي دانشگاه تهران، شماره 40، تابستان 1377.**

**7\_ \_\_\_\_\_\_\_، قواعد عمومي قراردادها، تهران, نشر ميزان، چاپ اول، 1382.**

**8\_ کاتوزيان، ناصر، قواعد عمومي قراردادها، انتشارات بهنشر، 1368, ج3.**

**9\_ موحد، محمدعلي، درس هايي از داوري­هاي نفتي، انتشارات دفتر خدمات حقوقي بين المللي، چاپ اول، 1374, ج1.**

**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.**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**1\_ دانشيار پژوهشي، عضو هيأت علمي سازمان انرژي اتمي ايران**

**2\_ اين آرا در زماني صادر شده بود که قانون 1925 که شرط داوري را در زمينه هاي تجاري معتبر تلقي کرد هنوز لازم الاجرا نشده بود. در اين آرا عمده مسأله اين بود که آيا شرط داوري موجود در قرارداد صحيح است يا خير. ديوان کشور بيان مي­کند که شرط داوري منعکس در قراردادي که جنبه بين المللي دارد، صحيح است. اصل استقلال شرط از قرارداد اصلي به طور جانبي در اين آرا پذيرفته شده است.**

**3\_ II ne peut etre fait obstacle a la convention d arbitrage international, quelle que soit la loi applicable, au notif que la convention principale serait nulle,…"**

**4\_ دادگاه استيناف برمودا بعداً، استدلال دادگاه بدوي را رد کرد و چنين نظر داد که بطلان اوليه (ab initio) قرارداد اصلي موجوديت موافقت­نامه داوري را متزلزل نمي­کند و روابط طرفين بر اساس قاعده داراشدن بلاجهت، با توجه به شرط داوري، نزد دادگاه داوري قابل ارزيابي است. (براي مطالعه توضيحات بيشتر راجع به رأي دادگاه استيناف ر.ک: Redferm and Smith, 1991: p.279)**

**5 \_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.**

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

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