

استقلال شرط داوری

(مبانی، آثار و شرایط)

(در حقوق ایران و انگلیس)

تألیف

مرضیه سجّادی

وکیل پایه یک دادگستری

با دیباچه

دکتر محسن محبی

دبیرکل اتاق داوری ایران

(انتشارات جماران)

سرشناسه	: شیخ محمدی، مرضیه، ۱۳۵۸-
عنوان و نام پدیدآور	: استقلال شرط داوری (مبانی، آثار و شرایط)/
مشخصات نشر	: تألیف: مرضیه شیخ محمدی؛ با دیباچه: محسن محبی.
مشخصات ظاهری	: تهران: جاودانه، جنگل، ۱۳۹۱
شابک	: ۲۳۲ ص.
وضعیت فهرست نویسی	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۵۸-۲۳۸-۷
موضوع	: فیا
موضوع	: داوری و جزا - ایران
موضوع	: داوری تجاری - ایران
موضوع	: داوری و جزای بین المللی
موضوع	: قضاوت - قوانین و مقررات - ایران
شناسخ افزوده	: محبی، محسن، مقدمه نویس
رده بندی کنگره	: ۱۲۱۱ ش ۹ / الف ۱۸۲۹ KMH
رده بندی دیویی	: ۳۴۷/۵۵۰۹
شماره کتابشناسی ملی	: ۳۰۸۶۰۸۶



عنوان کتاب: استقلال شرط داوری (مبانی، آثار و شرایط)

تألیف: مرضیه شیخ محمدی

ناشر: انتشارات جاودانه، جنگل

ناظر فنی: امین لشکری

نوبت و سال چاپ: اول، ۱۳۹۲

قطع و تیراژ: رقعی، ۱۰۰۰ نسخه

قیمت: ۷۰۰۰۰ ریال

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۵۸-۲۳۸-۷

تلفن: ۰۶۶۴۸۲۸۳۰-۹-۶۶۴۸۶۱۱۵-۲۱ [http:// www.junglepub.org](http://www.junglepub.org)
 email:// Info@junglepub.org ۰۳۱۱-۳۲۰۵۰۶۷-۳۲۰۳۸۰۰-۹

«حق چاپ برای ناشر محفوظ است»

۱- نهاد داوری روز به روز رونق بیشتری می گیرد و لایه های گوناگون حقوقی آن یک به یک باز می شود و مسایل جدیدی پیش می آورد که محتاج پاسخ و راه حل است. بخش مهمی از این پاسخ و راه حل ها بر عهده رویه قضایی است که از ابهام و اجمال قوانین گره بگشاید و آراء متهاافت را رصد کند تا در ایجاد وحدت رویه بکوشد و مشکلات را از سر راه بردارد. بخش دیگری نیز بر عهده صاحب نظران و نویسندگان حقوقی است که در ایجاد و گسترش دکترین داوری و غنای مبانی نظری آن تحقیق نمایند و با مطالعات تطبیقی، دستاوردهای حقوق و رویه داوری بین المللی را به نهاد داوری در حقوق داخلی پیوند زنند.

یکی از پرسش هایی که به دنبال رونق داوری به ویژه داوری تجاری بین المللی در حقوق ایران مطرح شده، مسأله استقلال قرارداد داوری یا شرط داوری از قرارداد پایه یا معامله اصلی است.

۲- مراجعه به داوری مستلزم تراضی طرفین است. این تراضی از نظر حقوقی یک قرارداد است که ممکن است به شیوه های مختلف منعقد شود. اما دو شیوه متداول تر عبارت است از: اول، انعقاد موافقتنامه داوری به صورت مستقل از قرارداد یا معامله اصلی (قرارداد پایه) که به موجب آن طرفین تراضی می کنند اختلافات فیما بین را به داوری ارجاع دهند (موافقتنامه

داوری مستقل). دوم، تراضی به داوری به صورت شرط ضمن قرارداد اصلی که مطابق آن نیز متعاملین توافق می‌کنند که اختلافات و ادعاهای ناشی از قرارداد را از طریق داوری حل و فصل نمایند (شرط داوری ضمن قرارداد). روش اول (موافقتنامه داوری) معمولاً برای ارجاع اختلاف موجود به داوری به کار می‌رود و روش دوم (شرط داوری) برای ارجاع اختلافات احتمالی در آینده استفاده می‌شود. هر دو روش در حقوق ایران به رسمیت شناخته شده و معتبر است.

مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی طرفین می‌توانند منازعه یا اختلاف خود را با تراضی به داوری ارجاع نمایند و به موجب ماده ۴۵۵ قانون مذکور نیز متعاملین می‌توانند ضمن معامله ملتزم شوند یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی کنند که در صورت بروز اختلاف بین آنان، به داوری مراجعه کنند. در داوری‌های بین‌المللی نیز مطابق ماده ۷ و ماده ۱ (ج) قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ قرارداد داوری ممکن است به صورت شرط داوری ضمن قرارداد یا بصورت موافقتنامه جداگانه باشد.

۳- به طور کلی قرارداد داوری اعم از اینکه بصورت موافقتنامه مستقل یا شرط داوری ضمن قرارداد منعقد گردد، در حقوق ایران تابع شرایط عمومی قراردادها است و با داشتن شرایط اساسی صحت معامله (ماده ۱۹۱ قانون مدنی)، به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، و ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است. اما پرسشی که مطرح شده این است که آیا قرارداد داوری وابسته و تابع قرارداد اصلی است یا مستقل است؟ پاسخ به این پرسش آثار حقوقی مهمی دارد. اگر قرارداد داوری را - اعم از اینکه بصورت مستقل منعقد شده باشد یا به صورت شرط ضمن عقد - وابسته و تابع قرارداد اصلی بدانیم در اینصورت قرارداد داوری، از حیث اعتبار و نفوذ هم تابع قرارداد اصلی یا پایه است و به اصطلاح تابع احکام شروط ضمن عقد،

است. در نتیجه صحت و اعتبار و نفوذ آن وابسته به صحت و اعتبار و نفوذ قرارداد اصلی است و همین که معلوم شد قرارداد اصلی به هر دلیل معتبر نیست یا فسخ شده یا باطل بوده، این بی اعتباری و فسخ و بطلان به قرارداد داوری - اعم از موافقتنامه مستقل یا شرط ضمن معامله - هم سرایت می کند و آن را از صحت و اعتبار ساقط می کند و داور هم صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد. ماده ۲۴۶ قانون مدنی می گوید: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ یا هم بخورد، شرطی که ضمن آن شده است باطل می شود...» (ادا سقط الأصل، سقط الفرع). اما اگر قرارداد داوری را مستقل از قرارداد پایه بدانیم، ادعای بطلان قرارداد یا ادعای عدم تشکیل یا نفوذ قرارداد اصلی از جانب هر یک از طرفین تأثیری در قرارداد داوری ندارد و به عنوان یک قرارداد یا تعهد مستقل، معتبر و لازم الاجرا است؛ و در نتیجه داور منتخب، هم صلاحیت رسیدگی به ادعای مربوط به اعتبار قرارداد اصلی، یا وجود و نفوذ آن را خواهد داشت و هم صلاحیت رسیدگی به سایر اختلافات ناشی از اجرا یا تفسیر قرارداد را.

۴- ایراد به اعتبار و صحت قرارداد داوری در دو حالت ممکن است رخ دهد. فرض اول، یکی از طرفین دادخواست بدهد و داوری را شروع کند و خوانده ایراد کند قرارداد اصلی به یکی از دلایل مانند فقدان قصد و رضا، یا فسخ بعدی یا مخالفت قرارداد با الزامات قانونی یا نظم عمومی یا مثلاً به علت فقدان اختیار مدیر شرکت، اساساً به درستی منعقد نشده یا نافذ نبوده و به هر حال معتبر نیست و در نتیجه، قرارداد داوری یا شرط داوری ضمن چنین قراردادی هم معتبر نیست. اثر عملی چنین ایراد و ادعایی در جریان داوری، عبارت است از ایراد عدم صلاحیت داور به علت عدم تراضی در داوری. در این فرض، در واقع خوانده می گوید شرط داوری تابع قرارداد اصلی است و ادعای بی اعتباری قرارداد اصلی، به شرط داوری هم سرایت می کند و

آن را از اعتبار ساقط می‌کند و در نتیجه مرجع داوری قابل تشکیل نیست و صلاحیت ندارد تا بتواند به این ادعاها رسیدگی نماید.

۵- فرض دوم اینکه ممکن است یکی از طرفین به عنوان خواهان، دعوای خود را ابتدائاً در دادگاه طرح کند و مدعی شود که به علت بی‌اعتباری قرارداد اصلی، شرط داوری هم بی‌اعتبار است و الزام‌آور نیست و از این رو مستقیماً به دادگاه مراجعه و دعوای خود را در دادگاه کرده است. در این صورت اگر خواننده ایرادی نکند و به ادعای خواهان تمکین کند، در واقع موافقت خود را با ادعای بی‌اعتباری قرارداد داوری اعلام کرده و در نتیجه قرارداد داوری - حتی اگر در عالم واقع وجود داشته - اقاله می‌شود. اما ممکن است خواننده اعتراض کند - که معمولاً اعتراض می‌کند - و از دادگاه درخواست نماید که با توجه به شرط داوری مندرج در قرارداد، قرار عدم صلاحیت یا عدم استماع دعوای صادر نماید، و دعوای را به داوری ارجاع کند.

۶- در فرض اول، مرجع داوری است که باید درباره صلاحیت خود تصمیم بگیرد و در فرض تصمیم دادگاه است که باید درباره استقلال شرط داوری و به تبع آن درباره صلاحیت اظهار نظر نماید. اما نکته مهم در هر دو فرض آن است که آیا مرجع داوری «خود صلاحیتی» یا «صلاحیت در صلاحیت» دارد یا نه؟ به هر حال، برحسب اینکه این سؤال در یک داوری داخلی مطرح شود یا داوری بین‌المللی، و نیز برحسب اینکه استقلال شرط داوری را بپذیریم یا نه، پاسخ به این سؤال فرق می‌کند.

۷- در مورد استقلال قرارداد داوری، عده‌ای گفته‌اند که قرارداد داوری - ولو بصورت مستقل از قرارداد یا معامله اصلی منعقد و تنظیم شده باشد - مانند سایر شروط ضمن عقد، تابع قرارداد اصلی است، خصوصاً که شرط ابتدایی (موافقتنامه داوری خارج از قرارداد اصلی) معتبر نیست و مستقلاً وجود ندارد. (البته با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی، شروط ابتدایی نیز می‌تواند بصورت قرارداد خصوصی

منعقد شود). به عقیده ایشان مادام که تکلیف اعتبار یا بی اعتباری قرارداد پایه معلوم نشده، سرنوشت قرارداد داوری، نیز نامعلوم است و این موضوع باید ابتدا در دادگاه رسیدگی و تعیین تکلیف شود. زیرا در چنین حالتی مرجع داوری اساساً قابل تشکیل نیست تا صلاحیت رسیدگی به ایراد بی اعتباری شرط داوری - یعنی قرارداد منشأ صلاحیت خود- را داشته باشد. افزون بر این، اصل بر صلاحیت محاکم دادگستری است و داوری استثنایی بر این اصل است و در صورت تردید همواره اصل جاری می شود.

۸- در برابر این نظر، عده ای از استقلال شرط داوری در قرارداد اصلی دفاع کرده اند و با توجه به دلایلی که خواهیم گفت، عقیده دارند که شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی است و لذا داور صلاحیت دارد به ایراد صلاحیت نیز رسیدگی کند.

۹- چنانکه اشاره کردیم در حقوق ایران توافق به داوری اعم از اینکه به صورت شرط ضمن معامله اصلی باشد یا موافقتنامه جداگانه، قرارداد محسوب می شود و تابع شرایط عمومی قراردادها، مندرج در ماده ۱۹۰ و مواد ۲۱۹ به بعد قانون مدنی است. در داوری تجاری بین المللی هم حکم مشابهی در ماده ۱ (ج) قانون داوری تجاری بین المللی ۱۳۷۶، آمده است و به موجب آن مقرر شده که موافقتنامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد. بنابراین برای پاسخ به سؤال مورد بحث، که آیا قرارداد داوری مستقل از معامله اصلی است یا نه، باید بین داوری داخلی و داوری بین المللی تفکیک قائل شویم.

۱۰- مقررات مربوط به داوری داخلی، در باب هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی ایران (۱۳۷۹)، طی مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ آمده است. اما مسأله استقلال شرط داوری و مسأله صلاحیت مرجع داوری در رسیدگی به صلاحیت خود صریحاً در این مواد ذکر نشده است. عده ای از حقوقدانان با

اشاره به ماده ۴۶۱ قانون مذکور گفته‌اند قرارداد داوری، از حیث اعتبار و بطلان تابع قرارداد اصلی است و مستقل نیست. زیرا این ماده مقرر می‌کند در صورتی که بین طرفین درباره اصل معامله یا قرارداد داوری اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌کند، بنابراین در مواردی که در مورد اصل معامله یا قرارداد داوری ایراد شود، در واقع این ایراد به شرط داوری هم تسری می‌کند و به همین دلیل قانونگذار در ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی گفته است در این قبیل موارد دادگاه - و نه مرجع داوری - باید ابتدا در این خصوص رسیدگی و تعیین تکلیف کند. به علاوه، هر تفسیری غیر از این به معنای سلب صلاحیت از دادگاه و در رسیدگی به ادعای بی‌اعتباری قرارداد اصلی یا قرارداد داوری است که موجه و مجاز نیست.

۱۱- اما به نظر می‌رسد این تفسیر در برابر نظر مخالف (استقلال قرارداد داوری از معامله اصلی) تاب مقاومت ندارد و شرط داوری از نوع شرط ضمن عقد موضوع مواد ۲۳۳ تا ۲۴۶ قانون مدنی نیست؛ زیرا اولاً، شرط داوری موضوعاً و حکماً ناظر به موضوع مستقل و خاصی است و احکام و قواعد خاص خود را دارد (مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی). ثانیاً، منظور از شرط ضمن عقد معمولاً شروطی است که ناظر به خود معامله است و یکی از ارکان موضوع معامله را تشکیل می‌دهد، و نسبت به موضوع اصلی قرارداد جنبه تکمیل‌کننده یا توضیح‌دهنده دارند مانند شرایط مربوط به تسلیم یا اوصاف کالا یا پرداخت. ثالثاً، در قانون مدنی شرط ضمن عقد به تبعیت از فقه امامیه، به صورت شرط صفت، فعل یا نتیجه مورد بحث قرار گرفته است و موضوع و مجرای هر سه، همانا موضوع اصلی قرارداد و معامله است. گرچه ممکن است شرط داوری به عنوان شرط فعل یا نتیجه تلقی شود، اما واقع مطلب این است که مادام که اختلافی بین طرفین ایجاد نشده،

شرط داوری اساساً موضوعیت و موقعیت اجرا پیدا نمی‌کند و چه‌بسا هیچ‌گاه به داوری مراجعه نشود و این، برخلاف قطعیت شرط در معامله و برخلاف مقتضای عرفی و عقلی از اشتراط شرط (فعل یا نتیجه) در قرارداد است. رابعاً، ارجاع امر به داوری بصورت شرط ضمن معامله که در ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی تجویز گردیده، از نوع "شرط ضمن معاملات" نیست، بلکه موضوع آن تراضی در رجوع به داوری برای حل و فصل اختلافات است که احکام آن نیز علاوه بر احکام عمومی قراردادهای، در قانون آیین دادرسی مدنی آمده است و بخش دیگری مؤثر و لازم‌الاجرا نباشد. به علاوه ضمانت‌اجرای تخلف از شرط، اغلب استقرار حق فسخ برای مشروط‌اله است و سرنوشت شرط و عقد همیشه به هم پیوسته نیست.

۱۲- علاوه بر پاسخ‌های بالا، یکی دو نکته دیگر هم در دفاع از استقلال شرط داوری می‌توان بیان کرد. نکته اول اینکه حتی در صورتی که گفته شود قرارداد داوری در حکم شرط ضمن عقد است، باز هم به معنای تبعیت کامل آن از سرنوشت قرارداد اصلی نیست. زیرا در تحلیل دقیق‌تر می‌توان گفت طرفین هنگام انعقاد قرارداد و تراضی به داوری، در واقع دو اراده یا دو قصد کرده‌اند و صرف اینکه این دو قصد به طور مکانیکی هم‌زمان منعقد و اعلام شده، باعث وابستگی آنها به یکدیگر نمی‌شود. یکی اراده ناظر به انجام معامله اصلی و دوم اراده ناظر به قرارداد داوری و دلیلی ندارد که عيوب یا فساد هر یک از این اراده را به دیگری تسری داد. در حقوق ایران، انحلال و تجزیه اراده در معاملات و قراردادهای به اراده ناظر به شرط ضمن عقد و اراده معطوف به خود عقد، سابقه دارد. بهترین نمونه تجویز انحلال اراده، در مطلق خيار فسخ در عیب یا اخذ ارش و یا خيار تبعض صفقه است. در این قبیل موارد، قانونگذار اجازه داده که اراده‌ای که بصورت یکجا اعلام شده و ناظر به

موضوع واحد (موضوع معامله) بوده، منحل شود و بخشی از آن مؤثر تلقی شود. خلاصه تجزیه پذیری شرط از خود عقد، در حقوق ایران امکان پذیر است. با این تحلیل، هیچ اشکالی ندارد که اراده ناظر به انعقاد عقد همراه با شرط داوری رانیز به دو جزء تقسیم کنیم: یک جزء اراده، ناظر به موضوع اصلی و جزء دیگر ناظر بر داوری.

۱۳- نکته دوم اینکه استقلال قرارداد داوری، با قصد و نیت واقعی طرفین مبنی بر مراجعه به داوری نزدیک تر است. زیرا هدف از ارجاع به داوری حل و فصل کلیه اختلافات منجمله اختلاف طرفین درباره بی اعتباری یا عدم نفوذ یا بطلان قرارداد اصلی است و دلیلی وجود ندارد که این نوع اختلافات (بی اعتباری قرارداد اصلی) از حوزه شرط داوری خارج گردد. هر تفسیر دیگری، راه را بر طرف پیمان شکن که به داوری فراخوانده شده و خواننده دعوی قرار گرفته، هموار می کند که با طرح ادعای بی اعتباری یا بطلان قرارداد اصلی، از داوری بگریزد و کار را به تأخیر و ماطاله افکند.

۱۴- در پاسخ کسانی که با اشاره به ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی می گویند در داوری های داخلی، در صورت ادعای بی اعتباری قرارداد داوری یا معامله اصلی، شرط داوری هم از اعتبار می افتد زیرا دادگاه و نه مرجع داوری است که باید ابتدا رسیدگی کند و صحت و اعتبار معامله، شرط داوری هم قابل اجرا می شود، می توان گفت با مراجعه به سابقه قانونگذاری معلوم می شود ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی در واقع معطوف به دو ماده فنی درباره نحوه انتخاب داور است، کما اینکه در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (۱۳۱۸) همین ماده تحت شماره ۶۳۶ وجود داشت و با این عبارت شروع می شد «در مورد ماده قبل هرگاه...». این نحوه بیان قانونگذار، تردیدی باقی نمی گذاشت که حکم ماده ۶۳۶ (۴۶۱ فعلی) ناظر به ماده ۶۳۵ بوده است. به عقیده ما، سیاق بیان در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی جدید هم به خوبی

نشان می‌دهد که قانونگذار در این دو ماده در مقام تعیین تکلیف در مواردی است که طرفین از معرفی داور امتناع می‌ورزند یا نمی‌توانند در انتخاب داور به توافق برسند و سپس در ماده ۴۶۱ حکم همین موضوع فرعی را بیان کرده و می‌گوید در این قبیل موارد که هنوز داور یا داوران به دلایلی که در همان مواد ۴۵۱ و ۴۶۰ آمده، مشخص نیستند، دادگاه باید ابتدا تکلیف قرارداد یا معامله اصلی را معلوم کند و سپس حسب مورد، به تعیین داور بپردازد. بنابراین حکم ماده ۴۶۱ یک حکم کلی و مطلق نیست، بلکه باید در پرتو دو ماده قبلی، تفسیر شود. به عبارت دیگر، در صورتی که طرفین داور خود را قبلاً معرفی کرده یا داور به طریق دیگری انتخاب شده باشد (مثلاً توسط مقام ناصب)، مرجع داوری بدستی تشکیل شده و آماده کار شده است و دیگر نیازی به مداخله دادگاه برای حل اختلاف راجع به قرارداد داوری یا اصل معامله نیست. چنانکه اشاره شد، سابقه قانونگذاری در مواد ۶۳۵ و ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق (و حتی ماده ۴ قانون حکمیت مصوب ۱۳۰۷) نیز مؤید همین تفسیر و استنباط است.

۱۵- و اما در داوری‌های تجاری بین‌المللی مسأله استقلال شرط داوری به صراحت در حقوق ایران پذیرفته شده و باب بحث و تردید بسته است. ماده ۱۶ (۱) قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ مقرر نموده «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که بصورت جزئی از یک قرارداد باشد، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه‌ای مستقل تلقی می‌شود...».

چنانکه پیدا است ماده ۱۶ (۱) قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران این قاعده را صریحاً پذیرفته و وارد نظام حقوق ایران کرده است. گرچه قانون مذکور ناظر بر داوری‌های بین‌المللی است اما نشان دهنده این واقعیت است

که استقلال قرارداد داوری از قرارداد اصلی، با مبانی و اصول حقوق ایران مابینتی ندارد و بنابراین در داوری‌های داخلی هم می‌توان به کمک اصول کلی حقوقی مانند تجزیه‌پذیری اراده، و خصوصاً با تأکید بر قصد واقعی طرفین از رجوع به داوری، استقلال قرارداد داوری را از قرارداد پایه یا معامله اصلی توجیه نمود و پذیرفت. به عبارت دیگر، داوری تجاری بین‌المللی از این حیث، هیچ خصوصیت یا ویژگی منحصر به فردی ندارد که استقلال شرط داوری را در داوری بین‌المللی مجاز بدانیم و در داوری‌های داخلی بی‌اعتبار تلقی کنیم. اگر استقلال شرط داوری در حقوق ایران با مانع اساسی مواجه بود یا از نظر حقوقی اشکال مبانی داشت، در داوری تجاری بین‌المللی هم می‌بایست با مانع یا اشکال مواجه می‌شد و قانونگذار از پذیرفتن آن خودداری می‌کرد. بنابراین با الغاء خصوصیت از حکم مقرر در ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌توان و باید راه را برای تفسیر و توسعه حقوق داوری ایران باز کرد. می‌ماند این سؤال که ماده ۴۶۱ را چگونه تفسیر کنیم؟ در پاسخ می‌توان به همان استدلالی توسل جست که پنیس از این توضیح دادیم و گفتیم ماده ۴۶۱ مخصوص مواردی است که داور یا داوران تعیین نشدند یا قابل تعیین نیستند و در نتیجه مرجع داوری به دلایلی که در مواد قبلی آمده، قابل تشکیل نیست تا بتواند به مسأله اعتبار بی‌اعتباری قرارداد اصلی و شرط داوری آن رسیدگی کند و ناگزیر باید به دادگاه مراجعه نمود.

۱۶- نکته آخر اینکه آیا طرفین می‌توانند با تراضی در قرارداد شرط کنند که موافقتنامه داوری یک قرارداد مستقل است و در هر حال - ولو در صورت بی‌اعتباری قرارداد اصلی - باز هم معتبر و لازم‌الاجرا است؟ مثلاً در بند الف ماده ۱۹ قواعد داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران نیز همین مضمون قید شده است و طرفین با مراجعه به داوری مرکز مذکور، در واقع اجرای قواعد داوری آن را بعنوان یک قرارداد، می‌پذیرند و ملتزم بر آن

می‌باشند. پاسخ به این سؤال در داوری‌های بین‌المللی دشوار نیست زیرا به موجب بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران تصریح شده که شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد، از نظر آن قانون موافقتنامه مستقل تلقی می‌شود و داور صلاحیت دارد به ایرادات مربوط به بی‌اعتباری یا حتی عدم وجود موافقتنامه داوری رسیدگی کند (صلاحیت در صلاحیت). اما در داوری‌های داخلی، باید تأمل کرد. زیرا ممکن است گفته شود که این تراضی به منزله سلب صلاحیت از دادگاه (موضوع ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی) است. اما به نظر ما با توجه به اینکه قانونگذار تراضی به داوری را که به منزله سلب صلاحیت از محاکم دادگستری است، به طور مطلق پذیرفته است، می‌توان گفت حکم ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی که یکی از فروع داوری است، امری نیست و تراضی برخلاف آن معتبر است.

۱۷- استقلال شرط داوری هم در رویه داوری بین‌المللی و هم در نظام‌های حقوقی مختلف مورد تأیید قرار گرفته است. از مهم‌ترین نظام‌های حقوقی که آن را پذیرفته و گسترش داده، نظام حقوقی انگلستان است. دستاوردهای حقوق انگلستان در مورد استقلال شرط داوری باعث تحول در حقوق و رویه داوری بین‌المللی شده است. علت آن است که اصولاً داوری بین‌المللی، بیش از هر نظام حقوق دیگری، از نظام حقوقی انگلوساکسون (کامن‌لا) تأثیر پذیرفته است و هنوز هم می‌توان بن‌مایه‌ها و سایه روشن‌های نظام کامن‌لا را در رژیم داوری بین‌المللی مشاهده نمود (مانند انعطاف در رسیدگی - افشاء مدارک یا دیسکاوری، استماع و باز استماع شهود یا کارشناس - نحوه تشکیل و اداره جلسه استماع - معیارهای جرح داور و...). بنابراین مطالعه مسأله استقلال شرط داوری در حقوق انگلستان می‌تواند به درک بهتر موضوع کمک کند.

۱۸- این کتاب مدیون زحمات خانم مرضیه شیخ‌محمدی است که با پشتکار و انگیزه قوی به تحقیق و مطالعه درباره استقلال شرط داوری در حقوق ایران با نگاه تطبیقی به حقوق انگلستان پرداختند و رساله کارشناسی‌ارشد خود در دانشگاه آزاد واحد دماوند را به همین موضوع اختصاص دارد و با موفقیت دفاع کردند. در این کتاب مهمترین جنبه‌های مسأله استقلال شرط داوری مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، و حاوی نکات با ارزشی است. جا دارد از زحمات و تلاش‌های ایشان سپاسگزاری نمائیم و برای ایشان آرزوی سلامت و توفیق بیشتر در امور علمی و پژوهشی می‌کنیم.

دکتر محسن محبی

داوری در کنار رسیدگی قضایی، به عنوان یک روش حل و فصل اختلاف مستقل و نهادی جایگزین دادگاه‌های دولتی، با سابقه دیرین در صدد باز کردن جایگاه ویژه و مخصوص به خود در مقررات و آیین‌های رسیدگی داخلی و بین‌المللی است. ویژگی بارز این روش حل اختلاف، حاکمیت اراده و آزادی طرفین بر نحوه رسیدگی آن می‌باشد بدین ترتیب که طرفین می‌توانند خود قانون و اصول حاکم بر نحوه رسیدگی را معین کنند و به موجب قواعد اصلی، در صورت فقدان توافق‌نامه‌ای بین طرفین، داوران اختیار دارند در مورد نحوه سازماندهی داوری و آیین مورد استفاده خود تصمیم بگیرند. داوری با همین ویژگی آزادی طرفین است که مطلوب‌ترین شیوه حل و فصل اختلاف تبدیل شده است.

طرف‌های داوری، معمولاً به دنبال تصمیم‌گیرنده مستقل و جدای از دادگاه‌ها و مؤسسات دولتی در پی روش جایگزین، به روشی از رسیدگی روی می‌آورند که توافق و تراضی، مبنای اصلی آن را شکل می‌دهد و این توافق در حل اختلاف به طرق داوری، یکی از روش‌های جایگزین است که ممکن است به صورت قرارداد جداگانه‌ای بین طرفین تنظیم شود و یا توافق بر آن، ضمن قرارداد دیگری درج شود که به آن شرط ارجاع امر به داوری گفته می‌شود؛ بدین صورت که طرفین قرارداد، ضمن عقد اصلی خویش، داوری را برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد اصلی معین کرده‌اند.

معمولاً وقتی طرفین معاهده‌ای یا قراردادی با هم منعقد می‌کنند، پیش از بروز هر گونه مشکل، مشخص می‌کنند در صورت وجود اختلاف و عدم توافق، به داوری رجوع شود و یا اینکه بعد از انعقاد قرارداد و پس از به وجود آمدن اختلافات، رجوع به داوری را به عنوان راه حل مناسب برای آن برمی‌گزینند.

توافق در داوری، به دو شکل منعقد می‌شود؛ یکی به صورت موافقتنامه داوری مستقل از قرارداد اصلی که اصطلاحاً آن را Submission Agreement یا Agreement to arbitrate می‌نامند. این قرارداد وجود فیزیکی مستقل از سند تجاری دارد. اما در رابطه با قرارداد تجاری، طرفین بنا دارند اختلافات ناشی از معامله را به وسیله این قرارداد حل و فصل نمایند.

شکل دیگر قرارداد داوری، به صورت شرطی است در داخل ساختار قرارداد اصلی و بیشتر مورد عمل است که آن را شرط داوری یا Arbitration Clause می‌نامند و از حیث ظاهر، وجود مستقل از قرارداد تجاری ندارد. سؤال این است که آیا بطلان یا ختم قرارداد تجاری، با توجه به خصوصیت فرعی شرط داوری، تأثیری در صحت یا بطلان شرط مذکور دارد؟ یا علیرغم ختم قرارداد تجاری به هر دلیل شرط مذکور به حیات خود ادامه می‌دهد و به اعتبار دیگر وجود مستقل از قرارداد تجاری دارد؟ مسأله اصل استقلال شرط داوری از قرارداد تجاری، بحث‌های فراوانی را به خود اختصاص داده است.

از نتایج تبعی بودن شرط داوری این است که در صورت صحیح بودن قرارداد اصلی، شرط داوری نیز معتبر خواهد بود و در صورت انحلال عقد اصلی، شرط داوری نیز خود به خود منحل می‌شود؛ اما اگر قایل به اصل استقلال شرط داوری باشیم، در صورتی که قرارداد اصلی به هر دلیلی نافذ و صحیح نباشد، به شرط ضمن آن سرایت نخواهد کرد. لذا دو دسته نظریه در

این مورد وجود دارد؛ دسته‌ای از حقوقدانان که معتقد به اصل استقلال شرط داوری از عقد اصلی می‌باشند و در مقابل دسته‌ای دیگر که از مخالفین اصل استقلال شرط داوری بوده و وجود آن را تکذیب می‌کنند. گاهی همین وجود شرط داوری، طرف را به این فکر می‌اندازد که ادعای واهی را جهت فرار از این شرط مطرح کند.

یکی از اختلافاتی که ممکن است در اینگونه عقود پیش آید آن است که چنانچه یکی از طرفین مدعی بی‌اعتباری توافق اصلی شود، در این صورت آیا می‌توان با استدلال وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی، ادعای بطلان داوری را نیز مطرح کرد یا نه؟

جدای از رویه قضایی و دعاوی مربوط در این زمینه، قواعد داوری تجاری بین‌المللی، قانون مدنی، آیین دادرسی مدنی ایران، قواعد داوری آی سی سی و مقررات داوری آنسیترال جای بحث و بررسی دارد. در کنار حقوق ایران نیز، حقوق انگلیس به صورت تطبیقی مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.

به عنوان مثال ماده‌ای که در ارتباط با موضوع بحث در قانون آیین دادرسی مدنی قابل بررسی است، ماده ۴۶۱ می‌باشد، در کنار آیین دادرسی مدنی، قانونی که مبنای بحث ما خواهد بود و به‌طور مفصل بدان خواهیم پرداخت، قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد که مبحث اصلی آن در این خصوص مواد ۸ و ۱۶ است. آنچه جدای از اصل استقلال شرط داوری قابل تعمق خواهد بود، صلاحیت داور در رسیدگی به داشتن یا نداشتن صلاحیت در موضوع متنازع‌فیه است که در قسمت اخیر ماده به آن اشاره شده است.

در نگاه اول، با توجه به راه‌حل دو گانه ایران در برخورد با این قضیه، این سؤال مطرح می‌شود که کدام راه‌حل ترجیح دارد و چطور می‌توان این دوگانگی بین قانون داوری تجاری بین‌المللی و آیین دادرسی مدنی را توجیه کرد؟ در مقابل می‌خواهیم این بحث را نیز مطرح کنیم که شاید این فقط

تصور ما در اولین نگاه به قوانین است و سکوت قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص، معنای انکار را نخواهد داشت.

در صورتی که ادعای بی اعتباری قرارداد اصلی وجود داشته باشد، محدودیت و محدوده صلاحیت مرجع داوری، با وجود این ادعا چیست؟ این همان مطلبی است که با عنوان صلاحیت در صلاحیت جای سؤال داشته و باید بررسی شود که آیا این صلاحیت را می شود برای مرجع داوری هم به رسمیت شناخت یا نه؟ در واقع با تفسیر قرارداد اصلی و شرط داوری، مشخص خواهد شد که طرفین با توافق بر داوری، به طور ضمنی و چه بسا صریح، مرجع صالح برای تشخیص صلاحیت را مشخص کرده اند یا نه؟

منظور از اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت داور این است که چنانچه بنا به هر دلیلی، صلاحیت داور مورد تردید قرار گیرد، چه مرجعی صلاحیت رسیدگی به صلاحیت داور را دارد؟ آیا خود داور می تواند در مورد صلاحیت خود اظهار نظر کند یا آنکه تعیین آن به عهده دادگاه یا مرجع ثالثی است؟

نظر به اینکه قبول اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، به طور ضمنی به معنی قبول اصل استقلال شرط داوری می باشد؛ لذا هر گونه تصمیمی راجع به قرارداد؛ اعم از این که راجع به صلاحیت آن مرجع و یا راجع به موضوعات دیگر، از جمله اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد باشد، با آن مرجع است.

آنچه در مورد خود شرط داوری نیز جای تأمل و بررسی خواهد داشت، شناخت آثار قاعده استقلال شرط داوری است که در شخص نسبت به پیامدهای این نظریه، بایستی این موضوع مورد مذاقه قرار گیرد که در صورت بطلان قرارداد اصلی و یا حتی زوال خود شرط داوری چه به سر توافقی خصوصی در حل اختلافات خواهد آمد؟

دو فرض در خصوص آثار اصل استقلال شرط داوری متصور است؛ اولاً- ایراد به صلاحیت داوری به دلیل محقق نشدن قرارداد اصلی یا فسخ

شدن، یا باطل بودن آن به واسطه مخالف بودن با نظم عمومی و... ثانیاً- ممکن است یکی از طرف‌ها با ادعای بی‌اعتباری شرط دآوری مندرج در قرارداد، دعوای خود را ابتدا در دادگاه اقامه کند.

از سوی دیگر، شرایطی برای درج چنین شروطی در قرارداد لازم است، با توجه به اینکه چنین شروطی در قرارداد اصلی و پیش از بروز هر اختلافی شکل می‌گیرد و نسبت به اختلافات آتی، ایجاد می‌شود، مجهول بودن اختلافات آینده بر روی این شروط چه تأثیری خواهد داشت و تا چه حد این ابهام به شرط دآوری سرایت خواهد کرد، جای سؤال دارد. چارچوب کتاب را در سه بخش شکل خواهیم داد که:

در بخش اول، کلیاتی در مورد تعریف، تاریخچه، مفهوم، و ماهیت دآوری را شرح و با ارائه موضوع اصلی خوش یعنی اصل استقلال شرط دآوری، آن را بیان و در فصل دوم این بخش، روش‌های انعقاد موافقتنامه، ماهیت این شرط و ارتباط شرط با قرارداد اصلی را مطرح خواهیم نمود.

در بخش دوم، نظرات موافقان و مخالفان در اصل استقلال شرط دآوری که با بررسی قوانین ایران در مورد دآوری، اعم از آیین دادرسی مدنی و قانون دآوری تجاری بین‌المللی و مطالعه تطبیقی آن با حقوق انگلیس، شرط دآوری را در مقررات مذکور مورد مذاقه قرار داده و نگاهی نیز به مقررات بین‌المللی در این زمینه؛ از جمله قواعد آنسیترال و مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی آی سی سی خواهیم داشت.

در بخش سوم نیز بعد از پذیرش و توجیهات مربوط به اصل استقلال شرط دآوری، آثار و شرایط این اصل مقبول را بسط داده و اصولی دیگر را همچون، دخالت به کمترین حد ممکن دادگاه و قاعده خود صلاحیتی را مطرح می‌نماییم.

در خاتمه بر خود فرض می‌دانم از رهنمودهای علمی استاد گرانقدر جناب آقای دکتر محسن محبی دبیرکل محترم اتاق داوری ایران که با درج متن دیباچه در این کتاب آن را مزین نمودند، قدردانی نمایم و از مساعدت و همکاری اساتید گرامی جناب آقای دکتر مهدی منتظر و سرکار خانم دکتر مریم افشاری و کلیه همکاران و دوستان که در توفیق این امر مرا یاری نمودند تشکر نمایم. امید است مجموعه حاضر به عنوان منبع علمی مناسبی مورد استفاده دانش پژوهان و علاقمندان قرار گیرد.

مرضیه بنجمحمدی