

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۹، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۷

صفحات ۶۱۹ تا ۶۳۸

بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و امریکا

مازیار راستبد

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه گیلان

(Email: maziar_rastbod@yahoo.com)

عباداله رستمی*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه گیلان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۲۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۱۳)

چکیده

بر اساس دیدگاه غالب و سنتی موجود، شروط تابع عقد هستند و وجود تبعی و فرعی دارند و به همین دلیل با انحلال عقد، شرط نیز از بین خواهد رفت. تراضی طرفین اختلاف به انتخاب داوری نیز می‌تواند به دو شکل نمود خارجی پیدا کند. در یک فرض، طرفین می‌توانند به صورت قراردادی جداگانه اختلاف خود را به مرجع داوری ارجاع دهند و در فرض دیگر، طرفین می‌توانند به موجب شرط ضمن عقد اختلافات فعلی یا آتی خود را به داوری ارجاع دهند. در صورت اخیر طرفی از اختلاف که قصد به تأخیر انداختن و ایراد به صلاحیت مرجع داوری را دارد، ممکن است بی‌اعتباری شرط داوری را ادعا نماید تا به این ترتیب مرجع داوری تشکیل نشود. یکی از راه‌های شایع در این امر می‌تواند این باشد که ادعا کند عقد اصلی که شرط داوری ضمن آن آمده، باطل یا منحل شده است و به این ترتیب مدعی شود که شرط داوری چنین قراردادی به تبع عدم اعتبار قرارداد اصلی نامعتبر است. برای جلوگیری از این امر، در حقوق بسیاری از کشورها اصل استقلال شرط داوری پذیرفته شده و کارکرد اصلی آن این است که بطلان عقد اصلی را بر شرط داوری ضمن عقد بی‌اثر می‌سازد.

واژگان کلیدی

استقلال شرط داوری، شروط مستقل صلاحیت نسبت به صلاحیت، موافقت‌نامه داوری.

مقدمه

طرفین یک اختلاف می‌توانند اختلاف خود را چه پیش از بروز اختلاف و چه پس از آن به داوری ارجاع دهند. ارجاع امر به داوری می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد صورت گیرد. در عین حال، طرفی که موقعیت خود را در رسیدگی در موضع ضعف می‌بیند، ممکن است با توجه به نظریه سنتی وابستگی شرط به عقد در تشکیل و ادامه حیات، برای اطالۀ روند رسیدگی داوری و ایراد به تشکیل آن، ادعا نماید که قرارداد اصلی که شرط داوری ضمن آن درج شده به جهتی از جهات قانونی بی‌اعتبار است تا به این ترتیب مرجع داوری نیز نتواند تشکیل شود.

موضوع مهمی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا شرط داوری را باید در زمره سایر شروط آورد و انحلال عقد اصلی را بر آن تأثیرگذار دانست یا شرط داوری را باید قسم خاصی از شروط دانست که انحلال عقد اصلی بر آن تأثیری نخواهد گذاشت؟ گفتنی است در بیشتر پژوهش‌های صورت گرفته در این حوزه به مبانی حقوق قراردادهای و شروط توجه کافی نشده است. در این پژوهش قصد آن است تا علاوه بر بررسی موضوع در حقوق امریکا، این امر از موضع حقوق داخلی و حقوق قراردادهای نیز بررسی شود تا خلأ موجود در این زمینه برطرف گردد.

اصل استقلال شرط داوری

بر اساس دیدگاه غالب، حیات شرط وابسته به عقد است و چنانچه عقد زایل شود، شرط ضمن آن نیز منحل خواهد شد. با این حال، هرگاه صحبت از شرط داوری به میان می‌آید بحث استقلال شرط داوری مطرح می‌شود. منظور از استقلال شرط داوری (Separability of arbitration clause) آن است که شرط داوری از عقد اصلی پیروی نخواهد کرد و با انحلال عقد، شرط داوری منحل نخواهد شد و به این ترتیب به اراده طرفین در راستای اینکه مرجع یادشده به اختلاف آنان رسیدگی نماید، احترام گذاشته خواهد شد (Zekos, 2008, p.400). به این ترتیب با پذیرش این نظریه دو توافق منعقد خواهد شد؛ توافق در خصوص قرارداد اصلی و توافق در ارجاع به داوری. با این حال باید دانست اثر این تفکیک‌پذیری صرفاً منحصر به عدم تبعیت شرط داوری از قرارداد اصلی در انحلال یا بقا نیست، بلکه قانون حاکم بر شرط داوری نیز می‌تواند متفاوت از قانون حاکم بر قرارداد اصلی باشد (Sklenyete, 2003, p.39). در توجیه اصل پیش گفته موافقان استقلال شرط داوری دلایل متعددی را ابراز می‌کنند، از جمله اینکه گفته شده است: «زمانی که طرفین یک توافقنامه شرط داوری را ضمن یک توافق دیگر درج می‌کنند، نه یک قرارداد بلکه دو توافقنامه منعقد می‌نمایند» (Smit, 2002, p.3). در مقابل، مخالفان استقلال شرط داوری بر این عقیده‌اند که بر اساس اصول کلی، شرط تابع عقد و جزئی

از آن است و با زوال اصل، فرع نیز منحل خواهد شد. به این ترتیب با اعلام بی‌اعتباری قرارداد اصلی، شرط داوری ضمن آن نیز منحل می‌شود (Schwebel, 1987, p.11).

رابطه اصل استقلال شرط داوری و قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت

در هنگام بحث در خصوص استقلال شرط داوری مرسوم است که همیشه از موضوع و اصلی دیگر با عنوان صلاحیت نسبت به صلاحیت (competence-to-competence) یا اختیار صلاحیت نسبت به صلاحیت (عابدی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۰) بحث می‌شود. منظور از اصل یادشده این است که آیا داور صلاحیت رسیدگی به صلاحیت خویش را دارد؟ در واقع ایراد می‌شود که داوری که صلاحیت خویش را از موافقت‌نامه داوری کسب می‌نماید، نمی‌تواند و نباید بتواند به صحت و اعتبار موافقت‌نامه داوری رسیدگی نماید؛ چراکه در این صورت دور حاصل خواهد شد. این ایراد بیشتر زمانی بروز می‌کند که مرجع داوری به ادعای بی‌اعتباری موافقت‌نامه داوری رسیدگی نموده، رأی به بی‌اعتباری موافقت‌نامه داوری دهد. در این فرض، رأی داور در عین بی‌صلاحیتی وی صادر می‌شود، چراکه به رأی خود داور موافقت‌نامه داوری بی‌اعتبار بوده، به این ترتیب با دوری باطل مواجه خواهیم شد.

گفتنی است هرگاه صحبت از اصل پیش‌گفته می‌شود، عده‌ای اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت را از آثار اصل استقلال شرط داوری می‌دانند یا آن دو را با هم خلط می‌کنند. این در حالی است که این دو اصل اگرچه ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر دارند، ولی یکی نیستند (Rosen, 1993, p.609). در حقوق داخلی نیز گاه گفته شده که اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت از آثار و نتایج پذیرش اصل استقلال شرط داوری است (عابدی، ۱۳۸۵، ص ۱۱۰؛ دارایی، ۱۳۸۵، ص ۳۳۵).

با این حال، نظریه یادشده قابلیت پیروی ندارد. در واقع تنها حوزه کارکرد و مداخله این دو اصل را می‌توان در جایی دانست که اصل استقلال شرط داوری پذیرفته شود و طرف مقابل ادعایی را صرفاً نسبت به قرارداد اصلی (و نه شرط داوری ضمن آن) مطرح سازد و این ایراد مختص خود قرارداد اصلی باشد (مانند مجهول بودن مبیع). در چنین فرضی چنانچه داوری رأی به عدم اعتبار قرارداد اصلی دهد، شرط داوری ضمن آن از رأی داوری مبنی بر بی‌اعتباری قرارداد اصلی مصون خواهد ماند و به این ترتیب با آن دور باطل که رأی داوری در عین بی‌صلاحیتی وی صادر شده است، مواجه نخواهیم شد. با این همه، قاعده یادشده پیوندی با اصل استقلال شرط داوری ندارد. فرض کنید یکی از طرفین، ادعای بی‌اعتباری خویش را دقیقاً متوجه خود شرط داوری ضمن قرارداد (و نه قرارداد اصلی) نماید. در حالت اخیر پذیرش استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی تأثیری در امر مطروحه ندارد، بلکه رأی داور مستقیماً متوجه خود شرط

داوری خواهد بود و چنانچه داور رأی به عدم اعتبار شرط داوری ضمن قرارداد بدون در نظر گرفتن اصل قرارداد دهد، باز با آن دور باطل که رأی داور در عین بی‌صلاحیتی وی صادر شده است، روبرو خواهیم شد. در اینجاست که قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت وارد می‌شود و به داور اجازه می‌دهد که مشخصاً در خصوص صلاحیت خود نیز اظهار نظر نماید.

استقلال شرط داوری در حقوق امریکا

حقوق داوری در ایالات متحده را می‌توان متشکل از قوانین ایالتی و قانون فدرال دانست. قوانین ایالتی قوانینی هستند که از سوی هر ایالت به‌طور جداگانه وضع می‌شوند. الگوی قوانین داوری ایالتی بر اساس قانون نمونه‌ای با عنوان قانون داوری متحدالشکل (Uniform Arbitration Act) تنظیم شد که در سال ۱۹۵۵ م تدوین و در سال ۱۹۵۶ م اصلاح گردید. عمده مقررات درج‌شده در این قانون از سوی ۲۶ ایالت و نیز ناحیه کلمبیا تدوین شده است. قانون ملی همان قانون «فدرال» است که از جانب کنگره ملی وضع می‌شود و ناظر به موضوعاتی در محدوده صلاحیت فدرال است. در حوزه قانون فدرال می‌توان به قانون داوری فدرال (Federal Arbitration Act) که قانون داوری ایالات متحده نیز نامیده می‌شود، اشاره کرد که در سال ۱۹۲۵ م و به دنبال جنگ جهانی اول به تصویب رسید. در واقع تصویب قانون داوری فدرال در پی تشکیل جامعه ملل در سال ۱۹۱۸ م و اتاق بازرگانی بین‌المللی در سال ۱۹۱۹ م و معاهده جنوا در سال ۱۹۲۳ م بود که هدف اصلی آن‌ها جلوگیری از به‌وجود آمدن جنگی دیگر در جهان بود. گفته شده است که از اهداف اصلی در تدوین قانون داوری فدرال، پذیرش دو نظریه‌ای بود که در حقوق انگلستان پذیرفته شد؛ یکی قابلیت رجوع از شرط داوری و دیگری خارج بودن موافقت‌نامه داوری از صلاحیت دادگاه‌های دادگستری.

قانون داوری فدرال از زمان تصویب خود بارها تجدیدنظر و اصلاح شد که آخرین آن در سال ۱۹۷۰ م و به‌منظور اجرای الحاق ایالات متحده به کنوانسیون راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی (کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ م) صورت پذیرفت. قانون داوری فدرال اصولاً بر داوری که مربوط به معاملات دریایی یا بین‌المللی است یا طرف‌های اختلاف در ایالات متفاوت حاکم است و در مابقی پرونده‌ها قانون ایالتی که داوری در آنجا صورت می‌گیرد حاکمیت دارد. با این حال در هر پرونده طرفین می‌توانند بر انتخاب قانون دیگر تراضی نمایند. اگرچه قوانین بیشتر ایالت‌ها در بعضی مقررات با قوانین سایر ایالات و قانون داوری فدرال متفاوت است، ولی در بسیاری از اصول، از جمله اصل استقلال شرط داوری و صلاحیت بر صلاحیت، مقررات نسبتاً مشابهی در قوانین وجود دارد. دیوان عالی کشور امریکا در پرونده‌های متعددی دیدگاهی را اتخاذ نمود که بر اساس آن،

قانون داوری فدرال افزون بر دادگاه‌های فدرال در دادگاه‌های ایالتی نیز حاکم خواهد بود. دلیل آن می‌تواند این باشد که قانون داوری فدرال حوزه اجرایی خود را به دادگاه‌های فدرال محدود نکرده و در هیچ جای قانون از محدود بودن قلمرو اجرایی آن سخن به میان نیاورده است. در غیر این صورت طرفی که در نظر دارد به شرط داوری استناد کند باید صلاحیت دادگاه فدرال را برای رسیدگی به پرونده اثبات نماید که به نوبه خود موجب اطالۀ دادرسی و تضییع حقوق وی می‌شود. درحقیقت یکی از مشکلات قانون‌گذاری در امریکا و تعیین قانون حاکم بر پرونده، وجود قوانین ایالتی است، به این ترتیب، یک ایالت می‌تواند قانون متفاوتی با قانون داوری فدرال داشته باشد و در بعضی اصول و مبانی با قانون داوری فدرال مغایر باشد؛ چنان‌که دیوان عالی کشور امریکا در سال ۱۹۹۵م رأی دیوان عالی ایالت آلاباما را که از تنفیذ شرط داوری ضمن قرارداد خودداری نموده بود، نقض کرد. درحقیقت دیوان عالی آلاباما از اجرای شرط داوری ضمن قرارداد با این استدلال که چنین شرطی بر مبنای قانون این ایالت قابل فسخ بوده خودداری کرده و در پی طرح پرونده در دیوان عالی کشور امریکا، دیوان رأی را نقض نموده است (Samuel, 2006, p.483).

دیدگاهی که از سوی قضات کشور امریکا در پرونده‌های متعددی اتخاذ شده است و مورخان نیز آن را تأیید کرده‌اند، حکایت از آن دارد که رجوع به سابقه قانون‌گذاری نشانگر آن است که کنگره قانون داوری فدرال را با این تفکر که صرفاً برای روند دادرسی در دادگاه‌های فدرال کاربرد خواهد داشت، وضع کرده است. درحقیقت تمام نظریاتی که در زمان وضع قانون داوری فدرال و در زمان تصویب آن ابراز شده بود حکایت از آن داشت که حوزه اجرایی این قانون قرار بود صرفاً در دادگاه‌های فدرال باشد و بر همین اساس در پرونده اخیر و پرونده‌های دیگری قضات دیوان عالی این کشور به واسطه نبود قصد قانون‌گذار برای گسترش محدوده اجرایی این قانون، از توسعه قانون داوری فدرال به دادگاه‌های ایالتی خودداری نمودند. باین‌حال برای گسترش حوزه اجرایی قانون پیش‌گفته به دادگاه‌های فدرال به ماده ۳ این قانون استناد شده است که اجازه می‌دهد در صورت نقض شرط داوری (و درواقع اقامه دعوی با وجود شرط داوری) نسبت به توقف دادرسی در تمام دادگاه‌های ایالات متحده اقدام شود و با توجه به لفظ «...تمام دادگاه‌های ایالات متحده...» استنباط می‌شود که حوزه اجرایی این قانون می‌تواند دادگاه‌های بخش را نیز دربر گیرد (Ibid, p.481).

برابر نظر یکی از قضات دیوان عالی کشور امریکا در پرونده «بوکای» (Buckeye)، قانون داوری هم در دادگاه‌های فدرال حکم‌فرما است و هم در دادگاه‌های بخش. درحقیقت از زمان طرح پرونده «southland» عمده تصمیمات دیوان عالی کشور امریکا در این خصوص بر این امر تعلق گرفت که قانون داوری فدرال بر قانون داخلی ایالات مقدم و حاکم است. با این تفسیر

محدودیت‌های موضوعی ارجاع اختلافات به داوری، اجرای خاص توافق ارجاع به داوری و حق صدور رأی خسارت تنبیهی از سوی داوران از بین می‌رود. پس، تنها راه برای ایراد گرفتن نسبت به اعتبار توافق به داوری و ارجاع امر به داوری، بر اساس ماده ۲ قانون داوری فدرال، جهاتی است که در قانون پیش‌بینی شده یا برابر با فسخ سایر قراردادها است. به این ترتیب با توجه به نبود قواعد مربوط به حقوق قراردادها که در سطح فدرال وضع شده باشد، دادگاه‌ها می‌بایست به قانون داخلی ایالات در خصوص قوانین مرتبط با مباحث قراردادی رجوع نمایند تا مشخص شود که توافق داوری قابل فسخ است یا خیر. بنابراین حتی با حاکم بودن قانون داوری فدرال در دادگاه‌های ایالتی، ما با تناقض روبرو خواهیم بود. در خصوص استقلال شرط داوری باید به قواعد مربوط به قانون داوری فدرال رجوع نماییم که آیا انحلال قرارداد اصلی بر شرط داوری ضمن آن اثرگذار است یا نه؟ اما در خصوص اعتبار خود شرط داوری که آیا صحیح منعقد شده است یا نه، با توجه به نبود قانون فدرال در این حوزه، باید به قوانین داخلی ایالات مراجعه شود. همچنین قانون داوری فدرال بارها در مواردی اصلاح و بازبینی شد. باین حال، کنگره هیچ اصلاحی در خصوص مقرره‌ای که نشان دهد قانون داوری فدرال صرفاً در دادگاه‌های فدرال حکم‌فرما خواهد بود صورت نداد و این امر می‌تواند به‌نوبه خود نشان‌دهنده این باشد که قانون فدرال بر تمامی دادگاه‌های ایالات متحده حاکم است.

اصل استقلال شرط داوری به صورت صریح در قانون داوری فدرال بیان نشده، بلکه این اصل را می‌توان نتیجه تصمیم دیوان عالی این کشور دانست. باین حال در توجیه استقلال شرط داوری عمدتاً به مواد ۲ و ۴ آن قانون استناد شده است. ماده ۲ قانون داوری فدرال در مقام بیان اعتبار به لزوم و لازم‌الاجرا بودن توافق به داوری اذعان دارد: «شرط مکتوب در هر قرارداد دریایی یا قرارداد متضمن معامله تجاری، مبنی بر ارجاع حل و فصل اختلافات ناشی از آن قرارداد یا معامله یا خودداری از اجرای کامل یا جزئی آن‌ها... به داوری، به‌جز مواردی که در قانون وجود دارد... معتبر، غیرقابل فسخ و لازم‌الاجرا است»^۱. نظر به اینکه در ماده ۲ قانون داوری فدرال به عدم اعتبار قرارداد اصلی به‌عنوان یکی از موارد عدم اعتبار شرط داوری اشاره‌ای نشده، این‌گونه برداشت شده که قانون داوری فدرال نیز از زمان تصویب خود به مفهوم استقلال شرط داوری نظر داشته و آن را پذیرفته است (Carter, 2010, p.16). ماده ۴ آن قانون نیز بیان می‌دارد: «هریک از طرفین قرارداد که به‌واسطه عدم ایفای تعهد، قصور یا خودداری طرف دیگر قرارداد در ارجاع امر به داوری بر اساس توافق مکتوب زیان ببیند می‌تواند دادخواست خود را به

1. A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof... shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

هریک از دادگاه‌های بخش ایالات متحده تقدیم نماید... برای صدور قرار ارجاع امر به داوری بر اساس شیوه‌ای که در قرارداد پیش‌بینی شده... دادگاه باید اظهارات طرفین را استماع نموده، در صورتی که قانع شود توافق به داوری... خود موضوع اختلاف نیست، قرار ارجاع طرفین به داوری را مطابق با شرایط موافقت‌نامه صادر نماید... لکن اگر توافق به داوری، قصور، اهمال یا خودداری از اجرای توافق، خود موضوع اختلاف باشد، دادگاه باید به صورت اختصاری به این امر رسیدگی کند»^۱.

بر اساس مقررۀ اخیر، دادگاه می‌باید به این امر توجه کند که آیا اختلاف طرفین ناظر به خود موافقت‌نامه داوری است یا نه؟ دادگاه صرفاً در صورتی دادرسی را متوقف کرده، به صحت قرارداد رسیدگی می‌نماید که موضوع اختلاف بر سر توافق به داوری باشد؛ بنابراین در صورتی که اختلاف طرفین در خصوص قراردادی باشد که شرط داوری ضمن آن آمده است، دادگاه باید رسیدگی را ادامه دهد و این امر خود نشانگر مستقل بودن شرط داوری از قرارداد اصلی است. چنانچه دادگاه احراز نماید که صرفاً خود شرط داوری صحیح است (بدون نیاز به رسیدگی به صحت قرارداد اصلی که شرط داوری ضمن آن درج شده است) باید قرار ارجاع طرفین به داوری را صادر نماید (Robert, 2002, p.5 ; brunet, 2006, p.92).

دیوان عالی امریکا در سال ۱۹۶۷م برای اولین بار استقلال شرط داوری را در دعوای «شرکت پریمپینت^۲ علیه شرکت ساخت کانلین» پذیرفت. پریمپینت در واقع شرکتی در مرلند بود که با شرکت کانلین در نیوجرسی قراردادی منعقد کرده بود که به موجب آن، شرکت اخیر لیستی از مشتریان خود را در اختیار شرکت پریمپینت قرار داد و به مدت ۶ سال متعهد گردید که حق فروش محصولات به مشتریان خود را نخواهد داشت.

البته ضمن قرارداد، شرط داوری گنجانده شده بود که به موجب آن تمامی اختلافات حاصله از قرارداد باید به داوری ارجاع شود. باین حال در زمان سررسید، شرکت پریمپینت از پرداخت حق مشاورۀ شرکت مقابل خودداری نمود. استدلال شرکت پریمپینت این بود که طرف مقابل در خصوص وضعیت مالی خود مرتکب تدلیس شده و بر اساس اظهارات متقابلانه، خود را مستطیع و قادر به انجام تعهدات قراردادی معرفی کرده است؛ درحالی که این شرکت معسر بوده و قصد داشته است که مدت کوتاهی پس از انعقاد قرارداد درخواست صدور حکم

1. A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court...for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement...The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration...is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement...If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof.

2. Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395(1967).

ورشکستگی نماید. در واقع شرکت پریماپینت در مقام دفاع بیان داشت که قرارداد میان دو شرکت که ضمن آن شرط داوری قید شده، بر پایهٔ تدلیس منعقد گردیده، در غیر این صورت هیچ قراردادی با طرف مقابل منعقد نمی‌کرده است. در پی عدم پرداخت حق مشاوره از سوی شرکت پریماپینت، شرکت کانلین درخواست رسیدگی داور را مطابق با شرط داوری منعقدشده میان طرفین مطرح نمود. در این زمان شرکت پریماپینت به خواستهٔ فسخ قرارداد به واسطهٔ تدلیس و قرار منع رسیدگی داوری، در دادگاه فدرال اقامهٔ دعوی نمود. مدافعات شرکت پریماپینت بر این مبنا استوار بوده که تدلیس موجب بی‌اعتباری قراردادی شده که شرط داوری ضمن آن آمده است و به این ترتیب شرط یادشده نیز بی‌اثر می‌شود.

با این حال، دادگاه عالی فدرال مدافعات پریماپینت را بی‌اساس تشخیص داد و به بخش اخیر مادهٔ ۴ قانون داوری فدرال استناد کرد که مداخلهٔ دادگاه را به مسائل مربوط به مرحلهٔ ایجاد و اجرای توافق‌نامهٔ داوری محدود نمود. در واقع شرکت یادشده هیچ ادعایی را با عنوان تدلیس در خصوص خود شرط داوری مطرح نکرد و ادعای خویش را صرفاً متوجهٔ اصل قرارداد نمود. بر همین اساس دادگاه طرفین را برای حل و فصل اختلافات به داوری رهنمون ساخت و بیان داشت: «...دادگاه فدرال ملزم است در صورتی که اقناع حاصل نماید، ایجاد توافق به داوری یا تخلف از اجرای توافق یادشده، خود موضوع اختلاف نباشد قرار ارجاع امر به داوری را صادر نماید. بر این اساس اگر ادعای تدلیس نسبت به خود شرط داوری باشد که مربوط به ایجاد توافق به داوری است، دادگاه باید به این امر رسیدگی نماید و حکم صادر کند، اما قانون اجازه نمی‌دهد که دادگاه ادعاهای مرتبط با تدلیس را که در قرارداد اصلی شرط داوری ضمن آن آمده است در نظر بگیرد و رسیدگی نماید» (Samuel, 2006, p.483).

دیوان عالی این کشور نیز سپس مقرر نمود: «جز در موردی که طرفین تراضی نمایند، شروط داوری به‌عنوان موضوع مشمول قانون داوری فدرال قابل تفکیک از قراردادی هستند که در ضمن آن درج شده‌اند و جایی که هیچ ادعایی در این خصوص مطرح نشده که تدلیس در خود شرط داوری صورت گرفته باشد، شرط داوری بسیط (شرط داوری که تمامی اختلافات ناشی از آن قرارداد به داوری ارجاع می‌شود) ادعای تدلیس در خود قرارداد اصلی را دربر می‌گیرد (و به عبارتی بنا بر مدلول شرط، داوران باید به این ادعا رسیدگی نمایند)». با این حال، دیوان عالی این کشور به‌هیچ‌وجه اشارهٔ مستقیم و صریحی به اصل یادشده نکرده و از آن نام نبرده است (Robert, 2002, p.4).

از نکات قابل توجه در دعوای معروف به «پریماپینت» این بود که آیا دیوان نظر به این داشته است که استقلال شرط داوری را به موردی محدود نماید که قراردادی منعقد شده و سپس به دلیلی مانند فسخ از بین رفته است یا استقلال شرط داوری را می‌توان در قراردادهایی که از ابتدا

باطل بوده‌اند، پذیرفت؟ در واقع این تردید از آنجا ناشی می‌شود که دیوان عالی در خصوص پرونده‌ای حکم صادر نموده که باطل نبوده، بلکه قراردادی صحیح بوده و این قرارداد از زمانی که طرف زبان‌دیده قرارداد به واسطهٔ تدلیس حق فسخ خود را اعمال نماید، از بین رفته است.

در عین حال، نزدیک به ۴۰ سال بعد دیوان عالی این کشور دامنهٔ استقلال شرط یادشده را از قراردادهای قابل ابطال (Voidable Contracts) که تا پیش از ابطال صحیح بوده‌اند و درست منعقد شده‌اند به قراردادهای باطل (Void contracts) گسترش داد. در پروندهٔ معروف به «کاردگنا» (Cardegna)^۱، دادگاه عالی ایالت فلوریدا در خصوص این موضوع که آیا رسیدگی به ادعای غیرقانونی بودن قراردادی که شرط داوری ضمن آن آمده است، وظیفهٔ مرجع داوری یا دادگاه می‌باشد، مقرر نمود: «شرط داوری مندرج در قراردادی که به موجب قانون فلوریدا باطل است، هنگامی که دادخواستی در دادگاه فلوریدا به این منظور که چنین قراردادی خود از ابتدا غیرقانونی و باطل بوده است، نمی‌تواند جداگانه به اجرا گذاشته شود» (Gaitis, 2010, p.74).

با این حال، در جهت عکس، دیوان عالی این کشور در حالی که در قضیهٔ «پریمپینت» به واسطهٔ تفسیر مضیق محدودهٔ مداخلهٔ دادگاه، خود را صالح به رسیدگی ندانست و دعوی را به داوری ارجاع داد، در قضیهٔ اخیر دیوان این کشور با استناد به اطلاق واژهٔ قرارداد در مادهٔ ۲ آن قانون، شرط داوری ضمن قرارداد باطل را معتبر و لازم‌الاجرا دانست (graves, 2011, p.5). دیوان عالی این کشور در قضیهٔ اخیر بیان داشت: «کلمهٔ قرارداد در قانون داوری فدرال نباید تفسیر مضیق شود. این کلمه ۴ بار در مادهٔ ۲ قانون فدرال آمده است. آخرین بار این کلمه در بند آخر مادهٔ ۲ قانون به کار برده شده که بر اساس جهات موجود در قانون یا جهاتی که برای فسخ هر قراردادی وجود دارد اجازهٔ ایراد به شرط داوری را داده است. هیچ شکی نیست که کلمهٔ قرارداد که در آخر بند استفاده شده است باید شامل قراردادهایی که متعاقباً بطلان آن اثبات می‌شود نیز بشود؛ چرا که در غیر این صورت، جهات فسخ (شرط داوری) به مواردی محدود می‌شود که قرارداد قابل ابطال باشد که به صورت غیرموجهی به این معنی است که توافق داوری می‌تواند به هنگام قابل ابطال بودن (قرارداد) مورد اعتراض قرار بگیرد، ولی نه به هنگام باطل بودن (قرارداد). از آنجا که آخرین استفاده از کلمهٔ قرارداد در عبارت مادهٔ قانونی به صورت مشهود شامل قرارداد مفروض می‌باشد، ما کلمهٔ قرارداد را که پیش‌تر در همان جمله به کار برده شده است به معنای مضیق‌تر تفسیر نمی‌کنیم... این برداشت از کلمهٔ قرارداد در قوانین دیگر ایالات متحده نیز تأیید شده است که اشاره به صرف قرارداد دارد؛ صرف نظر از قانونی یا غیرقانونی بودن و بی‌اعتباری آن. برای مثال، قانون معروف به شرمین... عنوان می‌دارد... هر قرارداد... تحت محدودیت تجاری... به موجب این قانون غیرقانونی اعلام می‌شود» (Samuel, 2006, p.485).

1. *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440 (2006)

در کنوانسیون نیویورک که امریکا و ایران نیز به آن ملحق شده‌اند، استقلال شرط داوری به صورت ضمنی در بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون پذیرفته شده است. بر اساس آن «هرگاه دعوی در محاکم هریک از کشورهای متعاقد مطرح باشد که طرفین درباره موضوع اصلی آن دعوی موافقت‌نامه داوری به مفهوم مقرر در این ماده داشته باشند، دادگاه به تقاضای یکی از طرفین، دعوی را به داوری احاله خواهد نمود، مگر در مواردی که بنا بر تشخیص محکمه، موافقت‌نامه داوری باطل، بی‌اثر یا فاقد شرایط لازم برای اجرا باشد»^۱.

به این ترتیب، دادگاه مستقر در هریک از کشورهای متعاقد صرفاً زمانی می‌تواند از ارجاع امر به داوری خودداری نماید و در واقع داوری را معتبر نداند که موافقت‌نامه داوری باطل، بی‌اثر یا فاقد شرایط باشد. همان‌گونه که پیداست در این ماده به قرارداد اصلی که شرط داوری ممکن است در ضمن آن درج شود هیچ اشاره‌ای نشده و به دادگاه هم این اجازه داده نشده است تا در صورتی که قرارداد اصلی باطل باشد از ارجاع امر به داوری خودداری نماید که این امر خود نشانگر این است که در کنوانسیون یادشده اصل استقلال شرط داوری به صورت ضمنی پذیرفته شده است (Robert, 2002, p.5).

استقلال شرط داوری در حقوق ایران

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی به صراحت آورده است: «... شرط داوری که به صورت جزئی از قرارداد است، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود و تصمیم داوری در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد، فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

در حقوق داخلی ایران نیز مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آیین دادرسی مدنی با عنوان باب هفتم کتاب قانون آیین دادرسی مدنی به داوری اختصاص یافته است. حکم ماده ۴۶۱ قانون یادشده به گونه‌ای انشا شده است که از آن رد استقلال شرط داوری استنباط می‌شود. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید». نص پیش‌گفته به این معناست که داور نمی‌تواند در صورتی که به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری ایراد وارد شده باشد به اظهار نظر در خصوص صلاحیت خویش بپردازد. عده‌ای از حقوق‌دانان با توجه به نص یادشده بر این

1. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

نظرند که با توجه به ماده، استقلال شرط داوری در حقوق داخلی ایران رد شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۲۸).

باین حال، عده‌ای دیگر معتقدند که موضوع ماده صرفاً به این معنی است که داوری در صورت ایراد نسبت به قرارداد اصلی یا قرارداد داوری حق رسیدگی ندارد و در واقع ماده ۶۳۶ «۴۶۱ فعلی» صرفاً قاعده «صلاحیت نسبت به صلاحیت» را رد می‌کند (جعفریان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۳). در پاسخ باید گفت، چنانچه شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی باشد، ایراد نسبت به معامله اصلی که شرط داوری ضمن آن آمده است نباید به شرط داوری ضمن آن تسری پیدا کند و به این ترتیب رسیدگی به اصل معامله در صلاحیت دادگاه قرار داده نمی‌شود، بلکه مرجع داوری همچنان نسبت به ایراد وارده در خصوص اصل معامله رسیدگی می‌نماید؛ چراکه شرط داوری از قرارداد اصلی منفک و مستقل بوده، در صورت صدور رأی به بی‌اعتباری قرارداد اصلی، شرط داوری ضمن عقد از آن مصون خواهد ماند. در مقابل، قانون‌گذار مرجع داوری را مجاز به رسیدگی به صحت قرارداد اصلی ندانسته و این اختلاف را در صلاحیت دادگاه قرار داده است. (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۷۱). در مقام انطباق حقوق امریکا و قانون داوری فدرال این کشور با مقررات قانون آیین دادرسی مدنی، باید گفت ماده ۴ قانون داوری فدرال به لحاظ محدود نمودن صلاحیت رسیدگی دادگاه به خود توافق به داوری (و نه قرارداد اصلی که شرط داوری ضمن آن آمده است)، در مقابل ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران قرار دارد که محدوده رسیدگی و دخالت دادگاه را علاوه بر قرارداد راجع به داوری، به معامله اصلی (که شرط داوری ضمن آن درج شده) نیز گسترش داده است. در مورد اول، قانون‌گذار فدرال با توجه به استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی خویش، دادگاه را در رسیدگی به قرارداد اصلی که شرط داوری ضمن آن آمده، مجاز ندانسته است و در مورد دوم، قانون‌گذار آیین دادرسی مدنی ایران (برخلاف قانون داوری تجاری بین‌المللی که مقدم در تصویب است)، دادگاه را مکلف نموده در صورت ایراد به معامله اصلی که شرط داوری ضمن آن درج شده است، به صحت قرارداد اصلی رسیدگی نماید و این امر را از صلاحیت مرجع داوری به واسطه عدم استقلال و حصول دور خارج نموده است.

۱. موضع قانون مدنی در خصوص اثر انحلال عقد بر شرط

قانون مدنی حکم صریحی در باب تبعیت شروط ضمن عقد از عقد اصلی ندارد. باین حال، ماده ۲۴۶ قانون مدنی اصلی را انشا می‌کند که از ملاک آن وصف تبعی بودن شروط قابل استنباط است. به موجب ماده پیش‌گفته: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که ضمن آن شده باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است

عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد». در این ماده تنها به دو حالتی که عقد منحل می‌شود اشاره شده و به حالت بطلان عقد و انفساخ توجهی نشده است. با این‌همه، همان‌طور که گفته شد، از ملاک ماده به‌خوبی وصف تبعی بودن شروط قابل استنباط است (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۲۰۰؛ قاسم‌زاده و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۱۰۰) و می‌توان انحلال عقد در اثر انفساخ و بطلان عقد را بر آن افزود. با توجه به ماده یادشده این پرسش به‌میان می‌آید که آیا قانون مدنی به صورت مطلق دیدگاه استقلال شرط را رد کرده است و همیشه حیات شرط را وابسته به عقد اصلی می‌داند؟

حسن ره‌پیک در این خصوص عنوان می‌دارد: «... باید بین شروط وابسته و مستقل تفکیک شود. چنانچه شرط از جمله شروط وابسته باشد... با انحلال عقد شرط نیز از زمان انحلال عقد منتفی می‌شود... اما اگر شرط اجرا نشده، از نوع شروط مستقل باشد... انحلال عقد تأثیری بر صحت شرط ندارد، زیرا شرط از نظر شرایط صحت و اعتبار، استقلال دارد و با فسخ و انفساخ عقد اصلی از بین نمی‌رود» (ره‌پیک، ۱۳۹۳، ص ۱۱۵).

مهدی شهیدی نیز اگرچه شرط را در مرحله تشکیل و بقا نیازمند عقد می‌داند (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۲۳ و ۹۱)، با این‌حال، ایده شرط مستقل از نظر او دور نمانده و در جایی دیگر در پاسخ به پرسش زیر این‌چنین اظهار نظر کرده است:

«سؤال: ...ضمن فروش یک قطعه باغ، بر بایع شرط می‌شود که اگر مبیع متعلق به غیر درآید و معلوم شود بایع مأذون در فروش آن نبوده است و مالک معامله را رد کند، بایع علاوه بر رد ثمن، یک میلیون ریال به خریدار بدهد... پس از عقد، شخص ثالثی ضامن بایع نسبت به یک میلیون ریال مذکور می‌شود. به نظر شما، در صورت کشف تعلق مبیع به غیر و عدم إذن مالک و رد معامله به‌وسیله او... آیا خریدار استحقاق مطالبه مبلغ یک میلیون ریال را از بایع یا ضامن دارد یا خیر؟ پاسخ: با توجه به اینکه در صورت کشف تعلق مبیع به غیر و عدم إذن مالک نسبت به تشکیل این عقد و رد معامله به‌وسیله مالک در حقیقت، بیع مذکور محکوم‌به بطلان خواهد بود، ... در نتیجه، شرط مندرج ضمن چنین عقدی نیز شرط مندرج ضمن یک عقد باطل محسوب خواهد شد... مگر اینکه شرط مزبور را حمل بر تعهد مستقل کنیم و معتقد شویم که التزام به پرداخت یک میلیون ریال در صورت کشف فساد معامله، یک نوع التزام مستقل غیروابسته به بیع است که اعتبار خود را در اثر انشاء مستقل به دست می‌آورد، نه اینکه اعتبار خود را از معامله مذکور کسب کرده باشد...» (همان، ص ۱۸۰-۱۷۹).

ناصر کاتوزیان نیز اگرچه حیات شرط را در هر دو مرحله تشکیل و ادامه حیات وام‌دار عقد اصلی می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۱۲۸-۱۲۶)، در جایی دیگر به این پرسش که «آیا قصد مشترک می‌تواند شرطی را که در عقد جایز آورده است خارج از مفاد عقد نیز الزام‌آور کند»

(همان، ص ۱۲۹)، چنین پاسخ داد: «... ظاهر از شرط کردن ضمن عقد جایز این است که مفاد شرط تابع عقد باشد و با انحلال آن از بین برود. این ظاهر، به عنوان اماره قضایی ناشی از طبیعت عقد، همیشه در برابر مدعی لزوم شرط قابل استناد است و ادعای بقای شرط امری است که باید اثبات شود. پس سؤال اصلی این است که اگر در عقد جایز بیاید که در صورت فسخ عقد نیز مفاد شرط باید اجرا شود یا از قرائن بتوان وجود چنین التزامی را به طور ضمنی استنباط کرد، آیا وفای به شرط لازم است؟ احراز این خواست مشترک نشان می‌دهد که شرط در واقع تعهدی مستقل یا ابتدایی است که علاقه و ارتباط لازم را با عقد ندارد. پس اعتبار آن تابع بحث «شروط ابتدایی» است...» (همان، ص ۱۳۰).

وی همچنین در کتابی دیگر و در مبحثی با این عنوان که «آیا طرفین می‌توانند در باب تشدید یا تخفیف ضمان درک شروطی را در قرارداد بگنجانند»، به صورت مختصر به این امر اشاره کرده است: «... باید این نکته را در نظر داشت که دلیل سرایت بطلان عقد اصلی به شرط این است که به طور معمول دو طرف می‌خواهند شرط را تابع عقد و از فروع آن شمارند. در این فرض که خریدار و فروشنده مایل اند برای حالتی که بیع باطل می‌شود روابط خود را تنظیم کنند و از بار مسئولیت یکدیگر بکاهند یا بر آن بیفزایند، توافق آنان تابع عقد قرار نمی‌گیرد و هر چند که به صورت شرط نیز در عقد بیاید، خود قراردادی است که با آثار ویژه‌ای که دارد باید بررسی شود. پس به این بهانه که مفاد شرط ناظر به موردی است که بطلان عقد به اثبات رسیده، نباید از بررسی آثار این گونه شروط غافل ماند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۲۹).

مصطفی محقق داماد در این خصوص بیان داشته است: «...به نظر می‌رسد ماده فوق (ماده ۲۴۶ قانون مدنی) را باید حمل بر فرضی کرد که شرط در بستر عقد معنا داشته باشد و یا تصریح نشده باشد که مورد درخواستی از سوی مشروطه عمل به شرط در فرض انحلال است، وگرنه چنانچه در ضمن قراردادی انجام عملی بر فرض انحلال مترتب باشد، نمی‌توان شرط را باطل دانست، مثل آنکه شرط شده باشد در فرض انحلال، هزینه‌های انجام شده پرداخت شود که این گونه شروط را نمی‌توان باطل دانست» (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص ۳۷۲).

در قانون مدنی نیز مواردی به چشم می‌خورد که گاه قانون‌گذار شرط را مستقل از عقد می‌داند؛ از آن جمله می‌توان به شرط دادن ضامن یا رهن موضوع ماده ۳۷۹ قانون مدنی اشاره کرد. توضیح آنکه هریک از بایع و مشتری ممکن است به دلیل آن چیزی که در ضمن عقد به دیگری منتقل می‌کنند بر هریک از آن‌ها شرط شود که ضامنی دهد یا مالی از اموال خود را در رهن طرف گذارد تا در صورتی که هریک از عوضین مستحق‌الغیر درآمد و مالک بیع را اجازه نکرد، مالی برای استیفای طلب موجود باشد یا طرف مقابل بتواند به شخص ضامن برای استیفای طلب خود رجوع نماید. در چنین حالتی تبعیت شرط از عقد معنا نخواهد داشت؛

به عبارت دیگر در این فرض رجوع به ضامن یا استیفای طلب از مال مرهونه زمانی مصداق پیدا می‌کند که مبیع یا ثمن معین مستحق‌الغیر درآید و مالک بیع را اجازه ننماید. در چنین فرضی بی‌گمان بیع باطل خواهد بود. حال چنانچه بنا بر دیدگاه غالب و ملاک ماده ۲۴۶ قانون مدنی نظر به تبعیت شرط از عقد داده شود، شرط یادشده نیز به تبع بطلان عقد، باطل خواهد بود؛ درحالی که این تفسیر نقض غرض قانون‌گذار است، چراکه قانون‌گذار هیچ‌گاه شرطی را اعتبار قانونی نخواهد بخشید که نفوذ حقوقی نداشته باشد. با توجه به مراتب معنونه می‌توان دریافت که چنانچه ماهیت شرط به‌گونه‌ای باشد که عملکرد و درواقع فلسفه وجودی شرط را برای پس از انحلال عقد توجیه نماید، شرط یادشده می‌تواند نفوذ حقوقی و حیاتی جدا از عقد اصلی داشته باشد و درواقع «مستقل» از آن باشد.

۲. توجیه تئوری استقلال شرط داوری در حقوق داخلی ایران

در توجیه ماده ۴۶۱ و در راستای قدم برداشتن در پذیرش استقلال شرط داوری نظریات گوناگونی داده شده است که می‌توان به شرح زیر آن‌ها را دسته‌بندی کرد:

الف) حکم ماده ۴۶۱ کلی نیست و مربوط به مواد پیشین آن است. درواقع با رجوع به سابقه قانون‌گذاری معلوم می‌شود که ماده ۴۶۱ فعلی با تغییراتی جایگزین ماده ۶۳۶ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی شده که ناظر بر ماده ۶۳۵ قانون قدیم بوده است. ماده ۶۳۵ قانون سابق آیین دادرسی مدنی مقرر می‌داشت: «...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 می‌تواند 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 انقضاء مدت مذکور اقدام ننمود، دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به موضوع اختلاف را دارد، به درخواست طرفی که داوری خود را معین کرده است، داور طرف دیگر را معین خواهد نمود». در ماده ۶۳۶ در پی ماده یادشده آمده است: «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 معامله و قرارداد داور ممتنع را معین می‌نماید ولی مادام که داوری معین از طرف دادگاه به داور ابلاغ نشده است طرف ممتنع می‌تواند داور خود را معین و معرفی کند». گفتنی است ترتیب مواد ۶۳۵ و ۶۳۶ خود نیز از مواد ۲ و ۴ قانون حکمیت گرفته شده است. به این ترتیب، حکم ماده ۶۳۶ و البته ۴ حکمیت، حکم عام و کلی نبوده، صرفاً ناظر به مواد قبلی است (افتخار چهرمی، ۱۳۷۸، ص ۳۶). به این ترتیب در قوانین قدیم هرگاه طرفین داوران خود را

برمی‌گزینند یا پس از تعیین داور به‌وسیله مرجع قضایی و تشکیل دادگاه داوری اختلاف راجع به صحت معامله یا قرارداد مطرح می‌شود، قاعده فوق لازم‌الاجرا نبود (صفایی، ۱۳۷۷، ص ۱۸). بر همین اساس بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که مفاد ماده ۴۶۱ قانون فعلی آیین دادرسی مدنی همانند قانون سابق ناظر به مواد پیشین یعنی ۴۵۹ و ۴۶۰ است که طرفین نخواهند یا نتوانند بر تعیین داور واحد به توافق برسند یا در صورتی که داور یک طرف فوت شود یا استعفا دهد و طرف دیگر نخواهد جانشین او را معین سازد (صلح‌چی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۴).

با این حال نظریه یادشده قابلیت پیروی ندارد. در واقع ماده ۴۶۱ قانون فعلی محدود به مواد قبلی نیست و به صورت مطلق نگاشته شده است و متن مواد قبلی یعنی مواد ۶۳۶ قانون قدیم و ۴ قانون حکمیت را ندارد که به مورد خاصی اختصاص داده شده باشد. به‌علاوه پذیرش این نظر به این معنا خواهد بود که حسب اینکه طرفین اختلاف خود را در خصوص قرارداد اصلی که شرط داوری ضمن آن آمده است به داوری ارجاع دهند یا نه، این حکم تغییر پیدا خواهد کرد. چنانچه اختلافی میان طرفین در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ ایجاد شود و طرفین اختلاف را نزد قاضی ببرند با حالتی که اختلاف به دلیل دیگری صورت پذیرد یا حتی در همان موارد اختلافی در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ اختلافی حاصل شود، ولی به دادگاه برده نشود، حکمی متفاوت خواهد داشت (اسکینی، ۱۳۸۳، ص ۲۱-۲۰). ناگفته پیداست که پذیرش نظر پیش‌گفته و تفکیک استقلال و عدم استقلال شرط یادشده در این دو حالت هیچ پشتوانه علمی نخواهد داشت.

ب) در توجیه دیگر می‌توان گفت حکم ماده، ناظر به موردی است که یکی از طرفین به‌کلی منکر انعقاد قراردادی با طرف مقابل باشد؛ به عبارت دیگر، یکی از طرفین مدعی آن است که اصلاً با طرف مقابل قراردادی منعقد نکرده است تا شرط داوری ضمن قرارداد با وی منعقد شده باشد. چنان‌که عده‌ای از حقوق‌دانان انگلیسی معتقدند: «درجایی که اختلاف نسبت به فقدان ابتدایی قرارداد اصلی باشد، این ادعا معمولاً متضمن ادعای فقدان شرط داوری نیز است زیرا اساساً اراده‌ای محقق نشده تا بتوان شرط داوری را محقق دانست؛ بنابراین چنانچه اختلاف راجع به عدم انعقاد قرارداد به عللی مانند فقدان ایجاب و قبول یا اشتباه یا عدم اختیار نماینده بر ملزم نمودن اصیل باشد، بر شرط داوری مندرج در قرارداد تأثیر گذاشته و مانع تشکیل مرجع داوری و صلاحیت داوری در رسیدگی خواهد بود...» (شیخ‌محمدی، ۱۳۹۲، ص ۹۶). با این حال، همان‌طور که عده‌ای از حقوق‌دانان بیان نموده‌اند، به نظر می‌رسد «اختلاف در قرارداد» شامل اختلاف در وجود یا نبود قرارداد داوری یا اختلاف در صحت یا بطلان قرارداد داوری باشد (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۷۳).

ج) اگرچه ملاک ماده استقلال شرط داوری را رد می‌کند، ولی قاعده یادشده یک قاعده آمرانه نیست، بلکه امکان تراضی برخلاف آن وجود دارد. در چنین فرضی شرط یادشده جدا از

حیات عقد اصلی می‌تواند به حیات خویش ادامه دهد (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص ۳۶۷). در واقع درجایی که عرف مسلم یا تصریح طرفین شرط را جدای از عقد بداند و برای آن ماهیتی مستقل قائل شود نمی‌توان به ماده ۴۶۱ استناد کرد و حکم ماده را جاری ساخت (بخشی، ۱۳۹۳، ص ۲۹۵). عده‌ای به تخییری بودن حکم قسمت اخیر ماده نظر داده‌اند و معتقدند چنانچه طرفین توافق نمایند که شرط داوری مستقل از قرارداد باشد، این توافق معتبر خواهد بود (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۷۴). باین‌حال عده‌ای برخلاف نظر یادشده معتقدند که حکم قسمت اخیر ماده که از آن تبعیت شرط داوری استنباط می‌شود «... امره محسوب می‌گردد زیرا خود قانون‌گذار اصل را برخلاف نظر طرفین عقد قرار داده است» (کریمی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۰).

در مقام رد یا پذیرش اصل یادشده می‌توان به اصول منعکس شده در مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی استناد نمود. در حقوق مدنی اصل حاکمیت اراده که گاه اصل آزادی قراردادی را از نتایج آن (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۴) و بخش اساسی اصل حاکمیت اراده می‌دانند (صفایی، ۱۳۸۹، ص ۴۷)، در ماده ۱۰ این قانون پذیرفته شده است. برابر ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». باید دانست محدودیت‌های دیگر این اصل در ماده ۹۷۵ آن قانون پیش‌بینی شده است که قرارداد طرفین نباید مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد.

اصل حاکمیت اراده نتایجی دارد که از آن جمله این است: «اصولاً افراد می‌توانند به میل خود شرایط ضمن عقد و محتوای قرارداد را تعیین کنند». این بخش از اصل حاکمیت اراده موسوم به اصل آزادی قراردادی است. یکی از آثار اصل آزادی قراردادی آن است که اراده متعاقدين باید محترم شمرده شود و به آنچه متعاقدين خواسته‌اند (چه به صورت صریح و چه ضمنی) توجه شود.

باین‌حال باید دانست مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی، صحت این توافقات را مقید به رعایت قوانین، اخلاق حسنه و نظم عمومی کرده است. ناگفته پیداست که قصد طرفین در مستقل شناختن شرط داوری ارتباطی با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد. آنچه باقی می‌ماند این است که محدودیت دیگر اصل آزادی قراردادی، یعنی مخالفت با قانون، ممکن است در مقابل اراده طرفین در مستقل قرار دادن شرط داوری از عقد اصلی مانعی ایجاد کند. باید دانست منظور ماده ۱۰ قانون مدنی از مخالفت با قانون، قوانینی است که امکان تراضی طرفین برخلاف آن وجود ندارد و به عبارتی قانون امره محسوب می‌شود. در خصوص معیار بازشناسی قوانین تکمیلی از تفسیری نیز باید دانست معیار دقیقی در این خصوص وجود ندارد. باین‌همه، حقوق‌دانان بیان داشته‌اند: «غالب مقرراتی که شرایط اساسی صحت معاملات را بیان می‌کند امری است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۸). درعین حال، قواعد مرتبط با احوال شخصی، نظیر نکاح،

جزء قواعد آمره محسوب می‌شوند و تراضی طرفین برخلاف آن امکان‌پذیر نیست؛ مانند تکلیف دادن نفقه که طرفین با موافقت یکدیگر نمی‌توانند بر دوش زوجه قرار دهند. باید توجه داشت در هنگام تردید در امری یا تکمیلی بودن یک قانون نیز باید اصل را بر تکمیلی بودن آن نهاد. درواقع مطابق با ماده ۲۳۳ قانون مدنی: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود». به‌طور خلاصه باید دانست ریشه ماده ۲۲۳ قانون مدنی را با عنوان «اصاله الصحه» باید در فقه جستجو کرد که بر اساس آن مدعی فساد عقد باید برای این امر دلیل بیاورد. ممکن است استدلال شود با توجه به این ماده، اصل صحت شامل قرارداد و معامله می‌گردد و ارتباطی با شرط ضمن عقد ندارد. با این حال باید دانست شرط جزئی از عقد است و خصوصیتی در عقد وجود ندارد که گفته شود اصل صحت در شروط ضمن عقد حکم‌فرما نخواهد بود؛ بنابراین اصل صحت شامل شروط ضمن عقد نیز می‌شود (عرفانی، ۱۳۸۳، ص ۳۱).

یکی از نتایج اعمال اصل صحت این خواهد بود که اگر زمانی در امری یا تکمیلی بودن قانونی تردید کنیم، باید اصل را بر تکمیلی بودن قانون قرار دهیم تا در این صورت نفوذ قرارداد با هدف از وضع قانون تعارض نداشته باشد. به این قاعده در اصطلاح «اباحه قراردادی» گفته می‌شود که شامل شروط ضمن عقد نیز می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۴۰۱-۴۰۰). از مجموع دلایل ابرازی و ایرادهای وارده به آن‌ها می‌توان به این شکل نتیجه‌گیری کرد که حکم ماده ۴۶۱ فرضی قانونی است؛ یعنی از دید قانون‌گذار فرض می‌شود که شرط داوری اصولاً تابع عقد اصلی است و چنانچه عقد اصلی به هر دلیلی منحل شود، شرط داوری ضمن آن نیز منحل خواهد شد. با این حال چنانچه در قرارداد تصریح شود که شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی است یا اینکه قصد ضمنی طرفین بر این امر تعلق گیرد و این امر به اثبات برسد، در چنین حالتی انحلال عقد اصلی بر شرط داوری ضمن آن تأثیرگذار نخواهد بود.

نتیجه

برای نتیجه‌گیری مباحث پیش‌گفته می‌توان بیان داشت، اصل استقلال شرط داوری با قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت متفاوت است. قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت اختیار رسیدگی به صلاحیت خویش را به داوران می‌دهد و ارتباطی با تأثیر انحلال عقد اصلی بر شرط داوری ندارد و موضوعی ناظر به روند دادرسی و آیین دادرسی است. حال که اصل استقلال شرط داوری تحت تأثیر مبانی حقوق قراردادهای، شروط و رابطه این دو می‌باشد، در خصوص اثر انحلال قرارداد داوری بر شرط داوری نیز باید دانست که در حقوق امریکا شرط داوری بر اثر انحلال قرارداد اصلی از بین نخواهد رفت و پابرجا می‌ماند. در حقوق ایران نیز در داوریه‌های بین‌المللی وضع

همین است و انحلال عقد اصلی موجب تزلزل شرط داوری ضمن آن نخواهد شد. با این حال در داوری‌های داخلی مشمول قانون آیین دادرسی مدنی و به‌خصوص ماده ۴۶۱ آن قانون موضوع فرق می‌کند. در این دسته از داوری‌ها اصولاً شرط داوری تابع عقد قرار می‌گیرد. این قاعده در ماده ۲۴۶ قانون مدنی نیز تبلور یافته که وجودی تبعی برای شرط قائل است و به این ترتیب، ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی مطابق با ملاک ماده ۲۴۶ قانون مدنی خواهد بود. با این حال چنانچه طرفین به این امر تصریح نمایند که شرط داوری مستقل از عقد اصلی است یا اینکه از توافق طرفین این‌گونه برآید که به‌صورت ضمنی بر این امر نظر داشته‌اند، شرط داوری مستقل از عقد اصلی خواهد بود. با این همه، پیشنهاد می‌شود در راستای انطباق هرچه بیشتر مقررات داوری ایران با قواعد و اصول مسلم پذیرفته‌شده بین‌المللی، قانون‌گذار با تصویب هرچه سریع‌تر لایحه جامع داوری که استقلال شرط داوری به‌صراحت در آن پیش‌بینی شده باشد، جای هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای در به‌رسمیت شناختن اصل یادشده باقی نگذارد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳)، «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، مجله نامه مفید، ش ۴۳، ص ۳۰-۴.
۲. افتخار جهرمی، گودرز (۱۳۷۸)، «تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران و دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۸، ص ۴۴-۱۳.
۳. جعفریان، منصور (۱۳۷۳)، «تأملی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی (بخش ۲)»، مجله مجلس و راهبرد، ش ۱۴، ص ۱۲۶-۹۹.
۴. جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ج ۱، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۵. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. دارابی، محمدهادی (۱۳۸۵)، «مقدمه‌ای بر داوری تجاری ملی و بین‌المللی»، مجله راهبرد، ش ۴۱، ص ۳۵۰-۳۱۷.
۷. ره‌پیک، حسن (۱۳۹۳)، حقوق مدنی پیشرفته (مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد)، ج ۱، تهران: انتشارات خرسندی.
۸. شهیدی، مهدی (۱۳۹۳)، حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، ج ۴، چ ۴، تهران: مجمع علمی

و فرهنگی مجد.

۹. شیخ محمدی، مرضیه (۱۳۹۲)، استقلال شرط داوری (مبانی، آثار و شرایط) در حقوق ایران و انگلیس، چ ۱، تهران: انتشارات جاودانه جنگل.
۱۰. صفایی، سید حسین (۱۳۷۷)، «سخنی چند درباره نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین‌المللی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۴۰، ص ۳-۴۰.
۱۱. ----- (۱۳۸۹)، قواعد عمومی قراردادها، چ ۱۱، تهران: نشر میزان.
۱۲. صلح‌چی، محمدعلی (۱۳۸۹)، «استقلال شرط داوری در قراردادهای بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۳۱، ص ۲۸۲-۲۴۹.
۱۳. عابدی، محمدتقی (۱۳۸۵)، «صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری (تحلیلی بر یک رأی صادره در مسأله صلاحیت)»، مجله حقوق بین‌الملل، ش ۳۵، ص ۸۹-۱۴۶.
۱۴. عرفانی، توفیق (۱۳۸۳)، «اصالة الصّحة یا اصل صحت قراردادهای در حقوق ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۵۲، ص ۸۹-۱۴۶.
۱۵. قاسمزاده، سید مرتضی و همکاران (۱۳۹۳)، تفسیر قانون مدنی (اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی)، چ ۶، تهران: سمت
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد)، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار
۱۷. ----- (۱۳۸۷)، اعمال حقوقی، چ ۱۳، تهران: شرکت سهامی انتشار
۱۸. ----- (۱۳۸۸)، عقود معین (معاملات معوض - عقود تملیکی)، چ ۱۰، تهران: شرکت سهامی انتشار
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چ ۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
۲۰. یوسفزاده، مرتضی (۱۳۹۳)، آیین داوری، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار

(ب) خارجی

21. Brunet, Edward J (2006), Arbitration law in America: a critical assessment. New York, Cambridge University Press
22. Carter, James H., and John Fellas (2010), International Commercial Arbitration in New York, New York, Oxford University Press
23. Gaitis, James (2006), college of commercial arbitrators guide to best practices in commercial arbitration, third edition, New York, Jurisnet
24. Graves, Jack M., and Yelena Davydan (2011), Competence-Competence and Separability-American Style, Chapter 8 in International Arbitration and

- International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution
25. Rosen, Janet A (1993), Arbitration under Private International Law: The doctrines of Separability and competence de la competence, Fordham Int'l LJ 17
 26. Samuel, Adam (2006), Separability and the US Supreme Court Decision in Buckeye v Cardegna, Arbitration International 22.3
 27. Schwebel, Stephen M (1987), International arbitration: three salient problems. Grotius, Cambridge University Press
 28. Sklenyete, Aiste (2003), International Arbitration: the doctrine of separability and Competence-competence Principle
 29. Smit, Robert H (2002), Separability and Competence-Competence in International Arbitration: Ex Nihilo Nihil Fit? Or Can Something Indeed Come from Nothing?
 30. Zekos, Georgios I (2008), International commercial and marine arbitration, Routledge- Cavendish