

Journal Iranian Political Sociology

Vol. 4, No. 2, Summer 2021

Legal nature and independence of the arbitration clause of the main contract in judicial procedure

Abstract

Referral to arbitration requires the consent of both parties. This compromise is legally a contract that can be concluded in different ways. But two more common methods are: First, concluding an arbitration agreement independently of the contract or the main transaction (basic contract) whereby the parties agree to refer the dispute between them to arbitration (independent arbitration agreement). Second, conciliation to arbitration as a condition of the main contract, according to which the parties agree to resolve disputes and claims arising from the contract through arbitration (condition of arbitration in the contract) and in either of these two methods; Arbitration contracts should be considered as subsidiary contracts that are always concluded on the occasion of a main contract (sale, transportation of goods, insurance, etc.). This sub-feature of the arbitration contract has led to the question that if the original contract is void or terminated, what effect does its annulment and termination have on the arbitration contract? If we consider the annulment or termination of the original contract as effective in the life of the arbitration contract, we are faced with the vicious cycle that the annulment of the original contract causes the annulment of the arbitration contract and the arbitrator who votes for the annulment of the original contract based on the invalid contract And issued ineffective. In order to eliminate such problems, in most countries of the world, it is accepted that the arbitration contract is independent of the original contract, and as a result, the annulment of the original contract does not invalidate the arbitration contract. This solution has been foreseen by the Iranian legislature in the International Commercial Arbitration Law approved in 1997, but it has not been accepted in the Code of Civil Procedure, and due to the different interpretations and ambiguities that have been created due to this; In this research, in a descriptive-analytical method, we will try to examine the legal nature and independence of the arbitration clause from the main contract in judicial procedure.

Keywords: Arbitration condition, Independence, Main contract, Jurisdiction over Jurisdiction, Dissolution of the contract

ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در رویه قضایی

موسی کریمی اهندانی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۰

علیرضا رجب زاده اصطهباناتی (نویسنده مسئول)^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۶/۲

طیب افشارنیا^۳

چکیده

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 می کنند که اختلافات و ادعاهای ناشی از قرارداد را از طریق داوری حل و فصل نمایند (شرط داوری ضمن قرارداد) و در هریک از این دو روش؛ قرارداد داوری را باید قراردادهای فرعی و تبعی تلقی کنیم که همواره به مناسبت یک قرارداد اصلی (بیع، حمل و نقل کالا، بیمه و غیره) منعقد می شود. این خصیصه فرعی بودن قرارداد داوری، موجب طرح این سوال شده است که اگر قرارداد اصلی باطل باشد یا فسخ شود، بطلان و فسخ آن چه تاثیری در قرارداد داوری دارد؟ اگر بطلان یا فسخ قرارداد اصلی را موثر در حیات قرارداد داوری بدانیم، با این دور باطل مواجه می شویم که بطلان قرارداد اصلی موجب بطلان قرارداد داوری است و داوری که بر اساس قرارداد داوری باطل به بطلان قرارداد اصلی رای صادر می کند، رای باطل و بی اثری صادر کرده است. به خاطر رفع چنین اشکالی، در اغلب کشورهای دنیا این نظر پذیرفته شده است که قرارداد داوری از قرارداد اصلی مستقل است و در نتیجه بطلان قرارداد اصلی موجب بطلان قرارداد داوری نیست. این راه حل را قانون گذار ایران در قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ پیش بینی کرده لیکن در قانون آیین دادرسی مدنی آن را نپذیرفته است و با توجه به تفسیرهای متفاوت و ابهاماتی که بدین سبب ایجاد شده است؛ در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی سعی در بررسی ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در رویه قضایی خواهیم داشت.

کلمات کلیدی: شرط داوری، استقلال، قرارداد اصلی، صلاحیت بر صلاحیت، انحلال قرارداد

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، امارات، ایران

^۲ استاد یار مدعو گروه حقوق، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، امارات، ایران

^۳ استادیار گروه حقوق، واحد تهران غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

توافق در داوری به دوشکل 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 اصلی استقلال شرط داوری از قرارداد تجاری، بحث‌های فراوانی را به خود اختصاص داده است.

باید گفت، 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؟ باید گفت سوالات عمده‌ای در این میان قابل طرح است؛ در صورتی که ادعای بی‌اعتباری 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 سوال داشته و باید بررسی گردد که آیا صلاحیت را می‌شود برای مرجع داوری هم به رسمیت شناخت یا خیر؟ 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 کرده‌اند یا خیر؟

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 می‌تواند 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 می‌باشد؛ لذا هرگونه تصمیمی راجع به قرارداد؛ اعم از اینکه راجع به صلاحیت آن مرجع 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 عمل و بررسی خواهد داشت، شناخت آثار قاعده استقلال شرط داوری است که در تفحص 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 بر سر توافق خصوصی در حل اختلاف خواهد آمد؟

دو فرض در خصوص آثار 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 داوری مندرج در قرارداد، دعوای خود را ابتدا در دادگاه اقامه کند.

از سوی دیگر، شرایط 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 اختلاف آتی، ایجاد می‌شود، مجهول بودن اختلافات آینده بر روی این شروط چه تاثیری خواهد داشت و تا چه حد این ابهام به شرط داوری سرایت خواهد کرد جای سوال دارد. در این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی سعی در بررسی ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در رویه قضایی خواهیم داشت.

۲- ادبیات پژوهش

ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در رویه قضایی

مفهوم داوری و مزایای آن

داوری در لغت به معنی انصاف دادن، قضا و قضاوت، حکومت، محاکمه کردن و میانجی کردن، آمده است^۱ و داور به معنی انصاف دهنده، قاضی، حکم اختصاصی، حکم مشترک و کسی که میان مردم حکم و فصل دعوی کند نیز آمده است^۲. در فرهنگ فارسی عمید نیز داور به معنی حاکم، قاضی، کسی که میان نیک و بد حکم کند و کسی که برای قطع و فصل مرافعه دو یا چند تن انتخاب شود، آمده است^۳.

^۱ معین، محمد (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، جلد اول، چاپ هشتم، موسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ص ۱۴۹۳

^۲ عمید، حسن (۱۳۶۱)، فرهنگ عمید، تهران: انتشارات ابن سینا، ص ۱۳۹۳

^۳ همان، ص ۱۰۹۵

از نظر اصطلاحی در قوانین موضوعه، تعریفی از داوری با حکمیت ارائه نشده است، اما حقوقدانان در تالیفات خود، تعاریف مشابهی از داوری ابراز داشته اند که ذیلاً به چند نمونه اشاره می شود.

یکی از نویسندگان آیین دادرسی مدنی در تعریف داوری چنین گفته است:

«صرف نظر کردن افراد از مداخله مراجع رسمی در قطع و فصل دعاوی مربوط به حقوق خاص خودشان و تسلیم شدن آنها به حکومت خصوصی اشخاص که از نظر معلومات و اطلاعات فنی با شهرت به درستکاری و امانت مورد اعتماد مخصوص آنها هستند»^۴

شرط داوری

شرط داوری عبارت یا بندی از قرارداد (اصلی) است که به موجب آن طرفین متقابلاً متعهد و ملزم می شوند اختلافات آتی در زمینه آن قرارداد را به داوری ارجاع دهند.^۵

شرط داوری، از حیث موضوع (هدف)، دارای تفاوت اساسی با قرارداد اصلی است؛ در توضیح باید گفت، در قرارداد اصلی بحث راجع به اجرا، نقض، فسخ، بطلان و نظایر آن صحبت شده و به هنگام بروز اختلاف در مقام بیان ماهیت ادعاها است، ولی شرط داوری، با ماهیت شکلی داشتن، در مقام تأسیس هیأتی برای رسیدگی به اختلافات، در صدد ایجاد مرجع رسیدگی، ترکیب و ساختار آن است که در حوزه مقررات شکلی از آن بحث می شود؛ لذا اهداف آنان متفاوت است.

با این توضیح که، هدف قرارداد اصلی می تواند در زمینه خرید، فروش، انتقال فناوری، امتیازات، خدمات و اموری از این قبیل باشد، ولی هدف شرط داوری تأسیس مرجع صالح برای رسیدگی به اختلافات ناشی از داد و ستد، در قرارداد اصلی است و بنا دارد، از حیث جوهره و ذات خویش، مشابه اعمال حاکمیت قضایی، عدالت را اجرا کرده و قانون حاکم در حوزه محدوده خویش باشد و قابل مقایسه با داد و ستد، تعهدها و امثال آن نیست. تفاوت ساختار و ماهیت شرط داوری با قرارداد اصلی سبب می شود که به لحاظ وجود، بقاء یا انتفاء، تابع قرارداد اصلی نباشد.

ارتباط شرط ضمن عقد و قرارداد اصلی

با توجه به مطالعاتی که از سوی برخی از اندیشمندان در خصوص ارتباط بین عقد و شرط صورت گرفته است، این نتیجه حاصل شده که، هر یک از فقها و اندیشمندان حقوق، در مورد نحوه این رابطه، دارای ذهنیا خاصی بوده اند و به فراخور این تلقی، احکام شرط ضمن عقد را تبیین نموده اند.

^۴ متین دفتری، احمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: انتشارات مجد، ص ۷۶
^۵ زارع، مهدی؛ سلیمی، محسن (۱۳۹۷)، ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی از منظر رویه‌ی قضایی، فصلنامه-ی مطالعات حقوق خصوصی، دوره‌ی ۴۸، ش. ۳، ص ۴۵۴

با لحاظ این امر نحوه اتصال و پیوند بین دو نهاد حقوقی عقد و شرط ضمن عقد، موضوعی است که، تحلیل آن، به استخراج بسیاری از احکام و قواعد حاکم بر شرط ضمن عقد، منجر شده و نیز توجه کننده بسیاری از قواعد موجود بوده و علاوه بر آن راه گشای بسیاری از مسائل و غوامض لاینحل خواهد بود.

طبق بررسی، آثار پراکنده‌ای که از سوی برخی از حقوقدانان صورت گرفته در ما نحن فیه، نشان می‌دهد که برخی از فقها شرط را قید عقد می‌دانند به عبارت دیگر، به موجب این نظریه، رابطه شرط و عقد، مانند قید و مقید است، به نوعی که انتفای قید، باعث انتفای مقید می‌شود.

۳-پیشینه پژوهش

راستبد و رستمی (۱۳۹۷)، در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و امریکا»^۶، بیان کرده‌اند؛ 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. این پژوهش در زمینه‌ی مطالعه‌ی استقلال شرط داوری می‌تواند راهگشای ما باشد با این حال در این پژوهش به استقلال شرط داوری از منظر رویه‌ی قضایی پرداخته نشده و از این جهت دارای تفاوت با پژوهش حال حاضر می‌باشد.

رئیزی و ساعدی (۱۳۹۲)، در مقاله‌ای تحت عنوان «استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی»^۷ بیان کرده‌اند داوری یکی از مهم ترین روش‌های حل و فصل اختلافات بین المللی است. این روش، آسانتر، ارزانتر و سریعتر از دیگر روشهای حل اختلاف می‌باشد. قرارداد می‌تواند حاوی شرط ارجاع اختلافات به داوری باشد. شرط داوری از قراردادی که متضمن آن است مستقل است. در نتیجه، بحث بر سر اعتبار قرارداد حاوی شرط داوری لزوماً بر شرط داوری یا سلب صلاحیت از دیوان داوری برای استماع اختلاف طرفین درباره قرارداد مورد اختلاف موثر نیست. دکترین استقلال شرط داوری، با اراده‌ی صریح یا ضمنی طرفین بیان می‌شود که توافق می‌کنند اختلافات بین خود، از جمله اختلافات درباره‌ی اعتبار قراردادی که حاوی شرط داوری

^۶ راستبد، مازیار، رستمی، عبدالله (۱۳۹۷)، «بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و امریکا»، *مجله‌ی حقوق تطبیقی*، دوره‌ی ۹، شماره‌ی ۲

^۷ رئیزی، مریم، ساعدی، بهزار (۱۳۹۲)، «استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی»، *فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، تطبیقی ایران و بین‌الملل*، دوره‌ی ۶، ش. ۱۹.

است را به داوری ارجاع کنند. این پژوهش در زمینه‌ی مطالعه‌ی استقلال شرط داوری می‌تواند راهگشای ما باشد با این حال در این پژوهش نیز به استقلال شرط داوری از منظر رویه‌ی قضایی پرداخته نشده و از این جهت دارای تفاوت با پژوهش حال حاضر می‌باشد.

رانا اسلام^۱ (۲۰۱۸)، در این پژوهش به اهمیت استقلال شرط داوری پرداخته شده و بیان شده است که در داوری تجاری بین-المللی امروزه استقلال شرط داوری بسیار حائز اهمیت است و این استقلال سبب می‌گردد که حتی پس از خاتمه قرارداد طرفین برای حل و فصل اختلافات با استناد به این بند اقدام کنند. این پژوهش در زمینه‌ی مطالعه استقلال شرط داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی می‌تواند راهگشای ما باشد.

۴- روش پژوهش

پژوهش حاضر در زمره پژوهش‌های نظری قرار می‌گیرد و به شیوه روش کتابخانه‌ای و با استفاده از فیش برداری انجام شده است. در این زمینه سعی شده که از مبانی نظری و تئوری‌های موجود اصول و ضوابط حاکم در حوزه داوری استفاده گردد و همچنین از منابع قضایی نظیر آراء دادگاه‌های داخلی و بین‌المللی بهره گرفته شود و اطلاعات و داده‌های جمع‌آوری شده در این پژوهش به صورت استدلال عقلانی و استنباطی مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرند.

ابزار گردآوری اطلاعات در این پژوهش فیش برداری است، به واسطه آنکه روش شناسی تحقیق از نوع روش کتابخانه‌ای بوده و با استفاده از فیش برداری، اطلاعات مورد نیاز از منابع مورد استفاده در این روش، جمع‌آوری شده است و نوع فیش برداری در این پژوهش ماهیت برداشت از مطلب را دارد. اطلاعاتی که با استفاده از ابزار گردآوری داده‌ها به دست می‌آید، با تجزیه و تحلیل تفسیر شده و محقق با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی و با استنباط ارتباط بین دو متغیر و یا رابطه علت و معلولی، آنها را مورد بررسی قرار می‌دهد.

۵- فرضیه‌های پژوهش

به نظر می‌رسد ماهیتاً شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی است و در رویه‌ی قضایی موضوع قانون آیین دادرسی مدنی هنوز تصمیم قاطعی در خصوص استقلال یا عدم استقلال شرط داوری اتخاذ نشده است.

۵-۱- فرضیه فرعی

حکم ماده‌ی ۴۶۱ قانون مدنی فرض 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 نیز منحل خواهد شد.

۶- یافته‌های پژوهش

^۱ Rumana Islam

پس از بررسی نظریات در خصوص استقلال شرط داوری در فصول پیش و همچنین توجه به، اثر انحلال شرط داوری بر قرارداد اصلی از حیث تبعیت، یا عدم تبعیت شرط از قرارداد اصلی، در فصل حاضر، به بررسی آثار انحلال قرارداد اصلی بر شرط داوری، توجه خواهیم نمود. به دیگر بیان، در این فصل، در پی بررسی این موضوع هستیم، که در صورت انحلال قرارداد اصلی (زوال قرارداد اصلی)، شرط داوری چه سرنوشتی را پیدا خواهد کرد، لذا در راستای تحقق این مهم، در مبحث اول به یکی از مهمترین آثار یعنی استقلال شرط داوری توجه نموده و موضع اسناد و کنوانسیون ها و رویه داوری تجاری بین المللی را، در خصوص آن، مورد توجه قرار می دهیم و بعد از آن، به بررسی نظام های حقوقی در خصوص پذیرش این قاعده خواهیم پرداخت و در مبحث دوم نیز به یکی دیگر از آثار یعنی، قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت توجه می نمایم. و در ادامه نیز به بررسی و توجیه استقلال شرط داوری، در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

مبحث اول: موضع اسناد، کنوانسیون ها و رویه داوری تجاری بین المللی

در مبحث حاضر، در گفتار اول، موضع اسناد و کنوانسیون های بین المللی رادر خصوص قاعده استقلال شرط داوری مورد بررسی قرار داده و در گفتار دوم نیز، به بررسی قاعده فوق در رویه های بین المللی خواهیم پرداخت

گفتار اول: موضع اسناد و کنوانسیونها در خصوص استقلال شرط داوری

از میان اسناد بین المللی داوری، قانون متحدالشکل شورای اروپا راجع به داوری (۱۹۶۶)، در بند یک از ماده ی ۱۸ و صراحتاً در بند دو ماده مذکور، اصل استقلال شرط داوری را پذیرفته و مقرر می دارد: حکم به عدم اعتبار یک قرارداد، قانوناً مستلزم بطلان موافقتنامه داوری مندرج در آن نیست.

اصل استقلال شرط داوری و صلاحیت مرجع داوری برای تصمیم گیری در باره صلاحیت، حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی، در بند ۴ ماده ۶ قواعد داوری آی. سی. سی پذیرفته شده، به موجب این ماده: «جز در مواردی که، طرفین به گونه دیگری، توافق کرده باشند، صرف این ادعا که قرارداد اصلی، باطل یا بی اعتبار بوده یا اساساً وجود ندارد، باعث توقف صلاحیت مرجع داوری نمی شود، مشروط به این که، مرجع داوری، اعتبار موافقتنامه داوری را، احراز نماید. صلاحیت مرجع داوری، برای تصمیم گیری، درباره حقوق طرفین و نیز رسیدگی به ادعاها و ایرادات آنها، حتی در صورتی که قرارداد اصلی احیاناً وجود نداشته باشد یا باطل بوده باشد، معتبر و مستقر خواهد بود».

گفتار دوم: رویه داوری تجاری بین المللی در خصوص قاعده استقلال شرط داوری

در مورد رویه داوری تجاری بین المللی، راجع به استقلال شرط داوری، غیر از آراء مهمی که با حکم به تفکیک رژیم حقوقی حاکم بر شرط، به طور ضمنی، این قاعده را پذیرفته اند، آرای صریحی نیز وجود دارد. این آرا عمدتاً مربوط به دعاوی مطروحه نزد مؤسسات بین المللی داوری مانند اتاق بازرگانی بین المللی است. که در آنها خوانندگان ایراد عدم صلاحیت داوران را مطرح ساخته اند. معمولاً دادگاه های داوری با اعمال تفاسیری از تئوری های صلاحیت نسبت به صلاحیت و استقلال شرط داوری، این ایرادات را نپذیرفته اند و نسبت به ماهیت منازعه حکم داده اند. شوئبل بحث جامعی از دعاوی بین المللی را که از نظریه استقلال

شرط داوری حمایت کرده‌اند، ارائه داده است. بررسی این دعاوی نشان می‌دهد که نظریه استقلال شرط داوری نسبت به توافقات قابل ابطال، به خوبی در رویه داوری های تجاری بین المللی تثبیت شده است، ولی تعداد بسیار کمی از دعاوی مسئله استقلال شرط داوری را در یک قرار داد باطل مورد بررسی قرار می‌دهند. خوب است بدانیم که این نظریه، (استقلال شرط داوری)، توسط داور منفرد در دعوای الف اکتین، که طی آن شرکت ملی نفت ایران در سال ۱۹۶۶ توافقنامه‌ای مبنی بر کشف و تولید نفت با شرکت تولیدی فرانسوی (الف) منعقد نمود، مطرح شد.

در این توافقنامه یک شرط داوری موسع وجود داشت. که متعاقباً بعد از مدت کوتاهی از انجام کار، دو چاه نفت کشف و بهره برداری تجاری در سال ۱۹۷۸ شروع می‌شود و اختلافی در خصوص تعهدات قراردادی ایران در ارتباط با پرداخت سرمایه گذاری اولیه انجام شده توسط شرکت بروز می‌نماید. در سال ۱۹۸۰، شورای انقلاب، مصوبه‌ای را تصویب می‌نماید که بر اساس آن، قراردادهای منعقد شده توسط شرکت ملی نفت ایران، مغایر با قانون ملی شدن صنعت نفت بوده و باطل و بی اثر است. شرکت ملی نفت ایران، در ۱۱ آگوست ۱۹۸۰ به شرکت فرانسوی (الف) اعلام کرد که قرارداد فی ما بین کأن لن یکن می‌باشد. شرکت (الف)، بر اساس توافقنامه از ریاست دادگاه عالی دانمارک، تقاضای تعیین داور واحد می‌کند. دادگاه، پرفسور برنارد گومارد را، به عنوان داور تعیین کرد. ایران، به این امر و صلاحیت وی اعتراض نمود. چرا که ایران مدعی بود که شرکت ملی نفت ایران باید، بر اساس قوانین ایران عمل نماید و بر اساس قانون ایران، این شرکت نمی‌تواند تعهدی در مورد داوری در خصوص قراردادی که باطل اعلام شده است، داشته باشد. لذا امکان شرکت در داوری وجود ندارد. این موضوع، بر این امر دلالت دارد که استقلال شرط داوری در مواردی که اساساً وجود یک قرارداد معتبر مورد تردید است، تأیید نمی‌شود: «در مواردی که اوضاع و احوال به وضوح دلالت دارد بر اینکه هرگز قرارداد معتبری بین طرفین موجود نبوده است، ممکن هست، همیشه یک شرط داوری، مؤثر و کارآمد نباشد»^۹.

برخی از نظام‌های حقوقی، قاعده‌ی استقلال شرط داوری را اعم از اینکه شرط مزبور در قراردادهای قابل ابطال درج شده باشد یا در قراردادهای باطل پذیرفته‌اند. یا دست کم قانون یا رویه قضائی تثبیت شده‌ای مبتنی بر رد استقلال شرط داوری هنگامی که در قراردادهای باطل درج شده وجود ندارد. در حالی که برخی دیگر از نظام‌های حقوقی این تئوری را به طور محدود پذیرفته‌اند.

گفتار سوم: صلاحیت محاکم قضایی و داوران در دعاوی بین المللی

با توجه به اینکه در قانون داوری تجاری بین المللی ایران بر خلاف سایر اسناد بین المللی تنها عنصری که به داوری وصف بین المللی می‌دهد فقط تابعیت است بنابراین سوالی که در دعاوی بین المللی مطرح می‌شود این است که آیا قاضی محاکم قضایی صلاحیت رسیدگی را دارد یا خیر و پرونده باید به داوری ارجاع گردد. البته قبل از هر چیز این سوال مطرح می‌گردد که آیا اصلاً دادگاهی که این پرونده در آنجا مطرح شده اصلاً صالح به رسیدگی هست یا خیر؟

^۹ Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Co , ibid , p. ۱۰۲.

باید گفت؛ در پرونده هایی که دارای عنصر بین المللی نیستند و داخلی محسوب می شوند.

صلاحیت داخلی مطرح می شود^{۱۰} و در مورد پرونده هایی که دارای عنصر بین المللی است صلاحیت بین المللی^{۱۱} مطرح می شود. در مورد اخیر قاضی محاکم قضایی قبل از هر چیز باید مسئله تعارض دادگاه های بین المللی و سپس به مسئله تعارض قوانین بپردازد. بنابراین ابتدا باید مسئله صلاحیت محاکم قضایی حل شود سپس مسئله تعارض قوانین مطرح می گردد چون دادگاه باید قبل از تعیین قانون حاکم بر دعوا نسبت به صلاحیت و یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر نموده باشد^{۱۲}. البته صلاحیت دادگاه یک کشور الزاما همراه با صلاحیت قانون آن کشور نیست ولی در هر صورت در برخی از موارد تعارض دادگاهها در تعارض قوانین تاثیر گذار است زیرا حل مساله تعارض دادگاهها مقدم بر حل مسئله تعارض قوانین است و قاضی باید قبل از تصمیم گرفتن در مورد قانون لازم الاجرا نسبت به صلاحیت و یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر کند که به آن صلاحیت قضایی^{۱۳} گفته می شود. با این حال اگر بین طرفین دعوا، راجع به صلاحیت محاکم قضایی توافق خاصی شده باشد تراضی در مورد صلاحیت^{۱۴} تا جایی که مخالف قواعد آمره و نظم عمومی نباشد اشکالی ندارد. ماده ۹۷۵ قانون مدنی در این مورد مقرر می دارد:

محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دارکردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخلف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجراء گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولا مجاز باشد.

نفوذ آزادی اراده در قراردادهای بین المللی باعث شده که شرط دادگاه صالح مانند شرط قانون حاکم همراه با این شرط یا به تنهایی در این قراردادها مرسوم گردد. با توجه به اینکه برای تعیین صلاحیت بین المللی در دعاوی بین المللی از حیث اینکه از قواعد صلاحیت محلی موجود در حقوق داخلی استفاده می شود^{۱۵}. به طوری که اگر عوامل ارتباط در ایران وجود داشته باشد دادگاه ایران صالح به رسیدگی است و از این حیث نوع صلاحیت بین المللی دادگاه های ایران صلاحیت محلی است نه ذاتی^{۱۶}. بنابراین با شبیه سازی صلاحیت محلی دادگاه های مندرج در آیین دادرسی مدنی در حقوق داخلی و امکان عدول از صلاحیت محلی با توافق طرفین اکنون می توان گفت اگر دادگاه کشوری صالح به رسیدگی است طرفین می توانند دادگاه کشور دیگری را برای حل و فصل دعوی خود انتخاب نمایند. علاوه بر این در اینگونه موارد طرفین به جای مراجعه به دادگاه صالح و یا حتی

^{۱۰} Territorial Jurisdiction

^{۱۱} Extraterritorial Jurisdiction

الماسی، نجاد علی (۱۳۸۳)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، ص ۸

^{۱۲} competence judiciaire

^{۱۴} Consent jurisdiction

^{۱۵} مافی، همایون (۱۳۹۵)، شرحی بر قانون داورى تجارى بین المللی ایران، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ص ۵۵

^{۱۶} ارفع نیا، بهشید (۱۳۹۰)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: انتشارات بهتاب، ص ۱۸۷

دادگاه مورد توافق، برای حل و فصل اختلاف خود از شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف^{۱۷} و یا داوری استفاده نموده و بهره برداری نمایند. در این هنگام است که تقابل بین دادگاه صالح و دیوان داوری آشکار می شود

تقابل صلاحیت دادگاه‌ها با هیئت های داوری با وضع قانون داوری تجاری بین المللی ایران در سال ۱۳۷۶ تا حد زیادی شفاف شده است. به این ترتیب اگر یکی از طرفین با وجود موافقت نامه داوری موضوع رادر دادگاه صالح و یا دادگاه مورد تراضی خود مطرح نمایند در اینصورت فقط تا پایان جلسه اول فرصت طرح ایراد وجود دارد. بر اساس ماده ۸ قانون داوری تجاری بین المللی ایران: «دادگاهی که دعوی موضوع موافقت نامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوی طرفین را به داوری احاله نماید، مگر اینکه احراز کند که موافقت نامه داوری باطل و ملغی الاثر یا غیر قابل اجرا می باشد طرح دعوا در دادگاه مانع شروع و یا ادامه جریان رسیدگی داوری و صدور رأی داوری نخواهد بود».

گفتار چهارم: صلاحیت داوران در دعاوی داخلی

در مقررات داخلی از جمله آیین دادرسی مدنی برای داوران نیز شرایط و اوصافی در نظر گرفته شده که اگر این شرایط را از دست دهند ذینفع می تواند وی را مورد جرح قرار داده و از این حیث نسبت به صلاحیت آنها ایراد نمایند. شرایطی را در قانون آیین دادرسی مدنی ذکر به ایجابی نبوده بلکه به صورت سلبی ذکر کرده است به طوری که اگر فرد مورد نظر مشمول آن باشد از انتخاب خودداری شود. در مواد ۶۶۶ و ۶۶۹ و ۴۷۰ موانع داوری شمرده شده است. برخی از اشخاص هستند که از نظر قانون گذار نسبت به انتخاب آنها ممنوعیت عام می باشد به طوری که از آن به عدم اهلیت مطلق نیز نام برده شده است. عدم اهلیت مطلق متوجه کسانی است که به هیچ روی نمی توان آنان را حتی با توافق طرفین دعوا به داوری برگزید. مانند اشخاصی که محجور هستند. اما ممنوعیت نسبی آنجایی است که شخص تنها در موارد مشخصی نتواند به داوری اشتغال یابد بی آنکه از داوری به طور مطلق ممنوع باشد^{۱۸}.

گفتار پنجم: ایراد به صلاحیت موقت دادگاه^{۱۹} با وجود موافقت نامه صحیح

اما ایراد عدم صلاحیت دادگاه (به طور موقتی) به علت وجود موافقت نامه ای که باطل نگردیده در داوری ملی یا داخلی حداقل تا پایان جلسه اول با توجه به روح ماده ۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی حتما باید توسط دادگاه پذیرفته شده باشد و قرار عدم استماع صادر گردد^{۲۰}. اما در خصوص چنین ایرادی بعد از جلسه اول بین حقوقدانان اختلاف است. همان طور که دیدیم طبق ماده ۸ قانون داوری تجاری بین المللی تکلیف روشن است چونکه اگر تا پایان جلسه اول در دادگاه ایراد مذکور مطرح نشود به منزله

^{۱۷} Alternative Dispute Resolution ("ADR")

^{۱۸} شمس (۱۳۹۷)، پیشین، ص ۵۱۹

^{۱۹} علت انتخاب این عنوان به علت احتمال رجوع و بازگشت طرفین به دادگاه دولتی است این عنوان به علت عدم استحقاق به رسیدگی به طور موقت است.

^{۲۰} منظور از اولین جلسه دادرسی طبق رای هیات عمومی دیوان عالی کشور آنچنان جلسه ای است که موجبات قانونی طرح و استماع دعوی طرفین فراهم باشد. در صورتی به جهتی از جهات جلسه مزبور تجدید شود جلسه یا جلسات بعدی جلسه اول محسوب نمی گردد (رای شماره ۳۰۳۱ مورخ ۱۳/۱۰/۱۳۳۹)

انصراف از حق تلقی می‌گردد ولی در داوری ملی در قانون آیین دادرسی مدنی چنین نص صریحی نیست. با این حال برخی از اساتید معتقدند در فرضی که یکی از طرفین با وجود شرط داوری قبلی اختلاف را به دادگاه دادگستری کشانده و طرف دیگر به این امر اعتراض نمی‌کند طرفین در حقیقت به طور ضمنی توافق قبلی خود به داوری را به هم زده‌اند و دادگاه‌های دادگستری نمی‌توانند با ملاحظه شرط داوری بین طرفین راسا از رسیدگی خودداری و قرارعدم صلاحیت یا رد دعوا صادر نمایند^{۲۱}. در این جهت استدلال شده که اثر عدم ایراد در جلسه اول دادرسی می‌تواند مانع یکی از طرفین به استناد به قرارداد داوری در مراحل رسیدگی بعدی دادگاه شود و درواقع در صورت رجوع یکی از طرفین (خواهان) به دادگاه تنها طرف دیگر (خواننده) است که به اعتبار اشتراک در داوری می‌تواند ایراد خود را مطرح کند. با سکوت خواننده این امر به منزله اسقاط متقابل حق داوری از سوی وی خواهد بود. در مورد شرط داوری هم خواهان و هم خواننده به طور یکسان حق دارند در صورتی که خواهان در مورد شرط داوری سکوت نماید دیگر حقی بر بقای آن ندارد و بنابراین اگر از طرف خواننده ایرادی به طرف و اقامه مستقیم دعوا نشود به طریق اولی باید این تفاهم را به منزله اسقاط حق داوری تلقی کرد^{۲۲}. اما این استدلالها فقط در مورد قانون داوری تجاری بین المللی ایران قابل قبول است ولی این مسئله در آیین دادرسی مدنی قابل تامل است. برای بررسی عملی و برای اینکه به حقیقت نزدیک تر شویم قبل از هر چیز لازم است گفته شود که ایرادهایی که در زمره قواعد آمره هستند اگر حتی در جلسه اول مطرح نشود دادگاه مکلف به پذیرش آن است.

گفتار ششم: جایگاه تئوری استقلال شرط داوری در حقوق ایران

گفته شد، تئوری استقلال شرط داوری، در رویه عملی داوریه‌ها، تقریباً بطور کامل پذیرفته شده است و اکثریت نظام‌های حقوقی نیز این تئوری را به طور کامل یا محدود پذیرفته‌اند. به طوری که امروزه می‌توان از تئوری استقلال شرط داوری به عنوان یک قاعده^{۲۳} یاد کرد. با وجود این توجیه قاعده‌ی یا تئوری مزبور در حقوق ایران با توجه به قاعده‌ی تبعیت شرط از عقد مشکل می‌نماید. دکتر کاتوزیان رابطه عقد و شرط را، به رابطه اصل و فرع تشبیه نموده و معتقد است این امر موجب می‌شود پیمانی که در قالب شرط بیان شده است نسبت به پیمان اصلی (عقد) تبعی گردد و بقاء و انحلال آن تابع عقد اصلی شود^{۲۴}. ایشان سپس درباره شروط داوری می‌نویسد:

«اگر ثابت شود عقد اصلی از آغاز باطل بوده است، شرط هم بی اثر می‌شود. هر چند که به خودی خود، تمام شرایط صحت معامله را، نیز دارا باشد. این نتیجه، در مورد شرط ارجاع به داوری، به ویژه در موضوع‌های بین المللی، مورد تردید، قرار گرفته است. و بعضی آن را شرط مستقل به شمار آورده و نتیجه گرفته‌اند که داور حق رسیدگی به اختلاف درباره‌ی صحت و اعتبار عقد

^{۲۱} اسکینی، ربیعا(۱۳۸۳)، مبانی نظری استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، دوره ۱۰، ش. ۴۳، ص ۲۶

^{۲۲} مافی، همایون(۱۳۹۵)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌الملل ایران، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ص ۱۲۲

^{۲۳} جنیدی(۱۳۷۸)، پیشین، ص ۱۷۳: ایشان در کتاب خود از این تئوری، تحت عنوان يك قاعده فراملي یاد می‌کنند.

^{۲۴} کاتوزیان(۱۳۹۴)، پیشین، ص ۱۳۹

را نیز دارد. ولی این راه حل در حقوق ما پذیرفته نشده است. ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م مقرر داشته که «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدائاً به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید».^{۲۵}

پس می‌توان بیان نمود که «شرط ارجاع به داوری، اگر ضمن قرارداد اصلی آمده باشد شرطی است تبعی و رعایت آن در صورتی لازم است که عقد نافذ و معتبر باشد. در نتیجه، اختلاف در مورد درستی عقد را نمی‌توان به چنین داوری ارجاع کرد».^{۲۶}

بدین ترتیب به عقیده‌ی محققان، قاعده‌ی تبعیت شرط از عقد با استقلال شرط داوری در تعارض بوده و مانع از پذیرش آن می‌باشد. روشن است که عدم پذیرش این قاعده به ویژه در داوری‌های بین‌المللی بنیان نهاد داوری را متزلزل می‌سازد. فلسفه گرایش رویه داوری‌ها و نظام‌های حقوقی ملی به پذیرش قاعده مزبور نیز همین امر است. از سوی دیگر می‌دانیم مراجع داوری بین‌المللی با اتکاء قاعده‌ی استقلال شرط داوری، علی‌رغم عدم اعتبار قرارداد اصلی، قائل به صلاحیت خود شده و اقدام به صدور رأی می‌نمایند. تکلیف آراء مزبور چنانچه تقاضای اجرای آنها در ایران بشود، چه خواهد بود؟ آیا تئوری استقلال شرط داوری در حقوق ایران غیر قابل توجیه است؟

از مجموع گفته‌های مطرح شده می‌توان به این شکل نتیجه‌گیری نمود که حکم ماده ۴۶۱ فرض 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. باین حال بر اساس آنچه پیش‌تر در باب این امر که در حقوق مدنی طرفین می‌توانند برخلاف این امر شرط نمایند و شرط را جدای از عقد قرار دهند گفته شد، باید گفت که شرط داوری نیز تابع همین قاعده می‌باشد. پس 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. باین حال معلوم نیست که چرا قانون‌گذار پس‌ازاینکه استقلال شرط داوری را در قانون داوری تجاری بین‌المللی را به رسمیت شناخته، در ق.آ.د.م به این امر اشاره‌های ننموده.

خوشبختانه در طرح جامع داوری که متن کامل آن منتشر شده است، استقلال شرط داوری شناسایی شده است. در این طرح در ماده ۱۲ به صراحت به استقلال شرط داوری اشاره شده است. مطابق ماده ۱۲ این طرح: «شرط داوری ضمن قرارداد از حیث اعتبار و نفوذ مستقل از قرارداد اصلی است. انتقال موقعیت قراردادی، بطلان، بی‌اعتباری، انحلال یا غیرقابل اجرا شدن قرارداد اصلی فی نفسه خللی به آن وارد نمی‌کند. تصمیم داور در مورد بطلان، بی‌اعتباری، انحلال یا غیرقابل اجرا شدن قرارداد اصلی، به خودی خود به منزله بی‌اعتباری شرط داوری مندرج در قرارداد نیست». بدین ترتیب دیگر جای هیچ گونه شک و تردیدی در استقلال شرط داوری نخواهد بود. این امر می‌تواند گام مؤثری در یکسان‌سازی قوانین در حوزه داوری با قوانین سایر کشورها و

^{۲۵} ماده ۶۳۶ ق.آ.د.م سابق (مصوب ۱۳۱۸) مقرر می‌دارد که «اختلاف نسبت به اصل معامله در دادگاه و پیش از انتخاب داور رسیدگی می‌شود».

^{۲۶} کاتوزیان (۱۳۹۴)، پیشین، صص ۱۴۱-۱۴۰

مقررات بین‌المللی تلقی شود. بدین ترتیب اگر بتوان در نظام حقوقی فعلی ایران استقلال شرط داوری را با توجیهاتی پذیرفت، با لازمالاجرا شدن قانون مزبور استقلال شرط داوری مسلم خواهد بود.

۷- نتیجه گیری

مطالعه اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی نشان می‌دهد که اصل مورد بحث در حد وسیعی در سیستم های حقوقی داخلی کشورها پذیرفته شده و علاوه بر این، در داوری های بین‌المللی، توسط داوران به نام، در پرونده های مهم مورد تأکید قرار گرفته است.

ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، در راستای همین فکر، اصل مزبور را قبول کرده است، ولی در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (ماده ۶۱) با وجود آن که بعد از قانون داوری تجاری بین‌المللی به تصویب رسیده، این اصل نادیده گرفته شده است.

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

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

اگر توجه داشته باشیم که در مواردی تفکیک داوری بین‌المللی از داوری داخلی نیز مشکل است، به خطرناک بودن راه حل قانون گذار ایران در پذیرش اصل استقلال در داوری بین‌المللی و رد آن در داوری داخلی به خوبی پی می‌بریم. ضمن این که معلوم نیست که داوری بین‌المللی - برفرض آن که از داوری داخلی کاملاً قابل تفکیک باشد - چه خصیصه ای دارد که در خصوص آن اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی قابل پذیرش است و در داوری داخلی غیر قابل پذیرش. البته این اقدام قانونگذار در ایران در تدوین قواعد خاص برای داوری بین‌المللی - در کنار قواعد حاکم بر داوری داخلی - امری است مطلوب، لیکن، در

ارتباط با اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی، هیچ توجیهی وجود ندارد و قانون گذار در ایران باید در جهت پذیرش این اصل، موضع دوگانه ای را که اتخاذ کرده است کنار بگذارد.

۷-۱-پیشنهادهات

هرچند قانون گذار ما در قانون داوری تجاری بین المللی ایران اصل استقلال شرط داوری از عقد اصلی را پذیرفته است ولی در برخی از موارد از جمله در بحث قانون حاکم بر موافقت نامه داوری که یکی از آثار مهم این اصل است به صورت شفاف ذکر نکرده بلکه به گونه‌ای موضوع را مطرح کرده که موجب تفسیرهای متفاوت می‌گردد. بنابراین بهتر است قانون داوری تجاری بین المللی در جهت آشکار نمودن این اصل و آثار و نتایج آن برخی از مقررات را مورد اصلاح قرارداد. علاوه بر این جهت رفع هر گونه ابهام و در جهت یکسان سازی مقررات داوری داخلی و ملی با مقررات داوری تجاری بین المللی ایران مقررات آیین دادرسی مدنی نیز اصلاح گردد. به طور مثال قانون گذار در هنگام نگارش ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی به طور ضمنی به یکی از مهمترین نتایج اصل استقلال بی توجیهی کرده و همین امر موجب اختلاف در بین حقوقدانان و قضات گردیده است لذا جهت یکسان سازی و ایجاد رویه قضایی واحد این دسته از مقررات باید اصلاح و یا با وضع مقررات جدید آن را شفاف سازی نمود.

۸-منابع

الف- کتاب

- ارفع نیا، بهشید (۱۳۹۰)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: انتشارات بهتاب
- اسدی نژاد، محمد (۱۳۷۸)، داوری تجاری بین المللی ایران و آنستیرال، انتشارات دانشگاه گیلان
- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۱)، مباحثی از حقوق تجارت بین الملل، تهران: نشر دانش آموز
- آیتی، ابراهیم (۱۳۶۳)، تاریخ پیامبر اسلام، انتشارات دانشگاه تهران
- الماسی، نجادعلی (۱۳۸۳)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان
- پیران، حسین (۱۳۸۹)، مسائل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی، تهران: انتشارات گنج دانش
- حیبی، محمود (۱۳۸۹)، تفسیر قراردادهای تجاری بین المللی، تهران: نشر میزان
- خدا بخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران: شرکت سهامی انتشار
- خزاعی، حسین (۱۳۹۱)، مقدمه‌ی علم حقوق تجارت داخلی و بین المللی، تهران: انتشارات جنگل
- خزاعی، حسین (۱۳۹۲)، داوری و حل و فصل اختلافات بین المللی، تهران: انتشارات مجد
- داراب پور، مهرباب (۱۳۹۳)، قواعد عمومی حقوق تجارت و معاملات بازرگانی، تهران: انتشارات جنگل

شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات مجد

شیخ محمدی، مرضیه (۱۳۹۲)، استقلال شرط داوری (مبانی، آثار و شرایط) (در حقوق ایران و انگلیس)، تهران: انتشارات جنگل

فتواتی، جلیل و دیگران (۱۳۷۹)، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قرارداد و ایقاع، تهران: انتشارات گنج دانش

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، اعمال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار

ب- مقاله

اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳)، مبانی نظری اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، فصلنامه‌ی مفید، ش. ۴۳

افتخارجهرمی، گودرز (۱۳۷۸)، تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران و دستاورد آن در حوزه‌ی داوری بین‌المللی، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، ش. ۲۷ و ۲۸

اوپتی، برونو (۱۳۷۱)، شرط داوری به وسیله ارجاع، ترجمه بنی صدر، اسماعیل، مجله حقوق، شماره ۱۶ و ۱۷

باقری، محمود (۱۳۸۷)، قابلیت داوری اختلافات ناشی از حقوق اقتصادی: ناکامی قراردادی در رجوع به داوری در دعاوی حقوق رقابت و حقوق بازار بورس، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۸

پاول اسمیت، وینسنت (۱۳۷۳)، کشمکش زدایی با داوری در حقوق اسلام و کامن لا، ترجمه: محمدحسین ساکت، مجله حقوقی، شماره ۲۳

تی، گینگز، آرتور (۱۳۶۸)، داوری تجاری و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس، مجله حقوقی بین‌الملل، شماره دهم

جعفریان، منصور (۱۳۷۳)، تاملاتی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی، مجلس و پژوهش، نشریه مرکز پژوهشی مجلس شورای اسلامی، سال دوم، ش. ۱۳

جعفریان، منصور (۱۳۷۴)، قانون ماهوی حاکم بر لایحه داوری، نشریه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، مجلس و پژوهش، ش. ۱۵، سال سوم

خزاعی، حسین (۱۳۸۶)، رأی داور در حقوق داخلی و تجارت بین‌الملل، فصلنامه حقوق، دوره ۳۷، شماره ۳

راستبند، مازیار، رستمی، عبدالله (۱۳۹۷)، «بررسی اصل استقلال شرط داوری در حقوق ایران و امریکا»، مجله‌ی حقوق تطبیقی، دوره‌ی ۹، شماره‌ی ۲

رئیس‌ی، مریم، ساعدی، بهزار (۱۳۹۲)، «استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، تطبیقی ایران و بین‌الملل، دوره‌ی ۶، ش. ۱۹

زارع، مهدی، سلیمی، محسن (۱۳۹۷)، «ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی از منظر رویه قضایی»، فصلنامه‌ی مطالعات حقوق خصوصی، دوره‌ی ۴۸، ش ۳

سیفی، سیدجمال (۱۳۷۷)، قانون داوری تجارت بین‌الملل ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال، مجله حقوقی، ش. ۲۳

شمس، عبداله (۱۳۸۲)، موافقتنامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله‌ی تحقیقات حقوقی، ش. ۳۷

صفایی، سیدحسین (۱۳۷۷)، سخنی چند درباره‌ی نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش. ۴۰

ج- پایان نامه

امام، فرهاد (۱۳۷۱)، نحوه عملکرد شرکت های فراملی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران

بابایی مهر، علیرضا (۱۳۸۱)، نحوه‌ی رسیدگی داور و اعتراض به رأی داور، پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد دانشگاه تهران

دو- انگلیسی

Andrews, Neil, (2016). Arbitration and Contract Law, Common Law perspective, Switzerland: Springer

Collier, John. & Lowe, Vaughan (1999), The Settlement of Disputes in International Law, Oxford University

Gaillard, Emmanuel; Banifatemi, Yas (2018), Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration - IAI Series No. 8

Greenberg, Simon and Kee, Christopher and Weeramantry, J. Romesh, (2011). International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective, Cambridge: Cambridge University Press

Jennifer D. Wiegele (2013), Arbitration Clauses in Employment Contracts, Vancouver, BC, for the Continuing Legal Education Society of British Columbia

Lalive, P. A (1967)., " Problemes relatifs á L'arbitrage International commercial " 137 Recueil des cours, V. I. 100

Pinto Couri, Ana Carolina (2004), "Standards of Imparity, Independence and Neutrality for Arbitrations in International Commercial Arbitration, University of Taranto

Rumana Islam (2018), Autonomy of the Arbitration Clause and Invalid Contracts: All is Fair in Arbitration?, Jahangirnagar University Journal of Law, Vol. V

Smit, Robert H (2002), Separability and competence-competence in international arbitration: ex nihilo nihil fit? Or can something indeed come from nothing, Am. Rev. Int'l Arb. 13