



دکتر حمید رضا نیکبخت

استقلال شرط داوری



مقدمه

در سالهای اخیر مستقل بودن شرط داوری از قراردادی که در آن درج می‌گردد موضوع بحثها و مذاکرات فراوان بوده است. بحث این است که آیا شرط داوری باید از سرنوشت قراردادی که بدان تعلق دارد پیروی کند یا اینکه می‌تواند وجود مستقلی داشته باشد. داوری ممکن است بصورت قرارداد علیحده باشد، بدین صورت که طرفین به موجب یک قرارداد ملزم شوند که در صورت بروز اختلاف در خصوص معامله بین آنها، حل اختلاف از طریق داوری به عمل آید. یا ممکن است توافق طرفین یک معامله به ارجاع اختلاف بین آنها به داوری در ضمن همان معامله به عمل آید. چنین توافقی را که در ضمن معامله درج می‌گردد شرط ارجاع اختلاف به داوری گویند (منبع در این مقاله این شرط به عنوان «شرط داوری» ذکر خواهد شد). بنابراین ارجاع اختلاف به داوری ممکن است بموجب قرارداد علیحده داوری باشد یا بصورت شرط داوری که در قرارداد (معامله) اصلی درج می‌شود. قانون آیین دادرسی مدنی ما به موجب حکم صریح مواد ۶۳۲ و ۶۳۳ ارجاع امر به داوری را به تراضی طرفین و به موجب قرارداد علیحده و یا بصورت توافق (شرط) ضمن معامله پذیرفته است.

در اینجا بحث در خصوص قرارداد داوری نیست که بصورت عقدی مستقل منعقد می‌گردد و در سیستم حقوقی ایران تابع شرایط عمومی قراردادها بوده و با داشتن شرایط اساسی صحت معامله (ماده ۱۹۱ قانون مدنی) و همچنین به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی عقدی معتبر خواهد بود. بحث ما مربوط به شرط داوری است که در قرارداد اصلی درج می‌گردد و سؤال این است که آیا چنین شرطی که ضمن معامله اصلی گنجانده شده است وجودی مستقل از آن معامله دارد یا اینکه مانند سایر شرایط ضمن عقد، شرط داوری تعهدی تبعی بوده و معنأ جزء مورد تعهد اصلی شده و با آن عقد واحدی را تشکیل می‌دهد.

فایده بحث

فایده بحث این است که چنانچه شرط داوری مستقل از عقد اصلی محسوب شود، از لحاظ وجود، اعتبار و نفوذ تابع عقد اصلی نخواهد بود. لذا چنانچه یک طرف ادعای بطلان قرارداد را بنماید، و حتی در مواردی با ادعای عدم تشکیل یا نفوذ قرارداد، شرط داوری به قوت خود باقی بوده و به عنوان توافقی مستقل به داور اعطای صلاحیت رسیدگی به اعتبار قرارداد اصلی و یا حتی وجود و نفوذ آن خواهد نمود. در حالی که، اگر شرط داوری از شرایط ضمن عقد محسوب گردد، تعهدی فرعی یا تبعی بوده که ضمن قرارداد و تعهد مستقل اصلی دیگری درج شده و چنین تعهد تبعی (شرط) از لحاظ قصد انشاء تابع عقد اصلی بوده و نمی‌تواند مستقل از آن باشد و در نتیجه وجود، نفوذ و اعتبار خود را از عقد اصلی کسب خواهد نمود. از نتایج تبعی بودن شرط نسبت به عقد اصلی این است که اولاً شرط ضمن عقد از جهت تحقق یا وجود، نفوذ و اعتبار تابع عقد اصلی است و چنانچه قرارداد اصلی به جهتی از جهات باطل باشد شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود اگر چه به خودی خود تمامی شرایط عقد (قرارداد) را داشته باشد. همچنین اگر قرارداد اصلی مورد تنفیذ قرار گیرد این نفوذ به شرط نیز سرایت و شرط را نافذ می‌گرداند. ثانیاً بقاء و انحلال شرط نیز

تابع عقد اصلی است، یعنی چنانچه عقد اصلی به سببی فسخ یا اقاله گردد یا مدت آن منقضی شود، شرطی که ضمن آن شده است بخودی خود منحل می گردد (ماده ۲۲۶ قانون مدنی).

وقتی دعوایی به داوری ارجاع می شود، خواننده ممکن است ادعا کند که قرارداد اصلی (معامله ای) که شرط داوری در آن درج گردیده است کلاً تشکیل نشده یا تحقق نیافته است (به علت اشکال در ایجاب یا قبول)، یا فسخ شده (به علت یکی از خیارات)، یا قرارداد باطل است (به عللی مثل فقدان قصد و رضا یا اهلیت یکی از طرفین یا غیرقانونی بودن یا خلاف نظم عمومی بودن) یا قرارداد نافذ نیست (به علتی مثل فقدان اختیار نماینده در ملتزم نمودن اصیل به قرارداد مورد نظر)، و بدین ترتیب ایراد عدم صلاحیت دیوان داوری را مطرح نماید. و یا اینکه یکی از طرفین ممکن است بدون در نظر گرفتن شرط داوری مندرج در قرارداد، به استناد موارد مذکور، دعوی خود را بدو در دادگاه اقامه کند و خواننده از دادگاه درخواست ارجاع دعوی به داوری به اعتبار وجود شرط داوری در قرارداد را بنماید.

در اینجا این سؤال بررسی و پاسخ داده خواهد شد که آیا چنین ادعایی نسبت به قرارداد اصلی می تواند بر شرط داوری مندرج در آن تأثیر نموده و آن را بی اثر نماید و باعث رسیدگی دعوی در دادگاه شود، یا اینکه علیرغم این ادعا، شرط داوری دارای اعتبار بوده و به قوت خود باقی خواهد ماند، و بر اساس آن دیوان داوری تشکیل و به اختلاف طرفین از جمله عدم تشکیل قرارداد، بی اعتباری یا عدم نفوذ آن رسیدگی خواهد نمود.

این سؤال قرینه سؤال دیگری است که چنانچه یکی از طرفین دعوی ادعا نماید که دعوی خارج از صلاحیت داوری است آیا دیوان داوری صلاحیت دارد که در خصوص صلاحیت خود تصمیم بگیرد (Compétence de la Compétence)، یا اینکه دادگاه باید در این خصوص تصمیم بگیرد. باید در نظر داشت که گرچه این دو سؤال با هم ارتباط

نزدیک پیدا می‌کنند اما سؤال اول در ارتباط با رابطه دیوان داوری و دادگاه است به این صورت که آیا در دادگاه باید به ادعای عدم وجود یا بی‌اعتباری یا خاتمه یافتن قرارداد اصلی و شرط داوری مندرج در آن رسیدگی کند یا دیوان داوری، و چنانچه این موضوع در صلاحیت دادگاه باشد در چه مرحله‌ای باید از دادگاه خواسته شود که در خصوص اعتبار شرط داوری نظر دهد. در حالی که سؤال دوم، مربوط به تفسیر قرارداد طرفین یا شرط داوری می‌باشد که آیا طرفین با توافق بر داوری این قصد را هم داشته‌اند که دیوان داوری (صلاحیت داشته باشد تا) موضوع تشکیل یا اعتبار قرارداد را بررسی و اتخاذ تصمیم نماید.

در پاسخ به سؤال مورد بحث ممکن است گفته شود که دلیلی ندارد که شرط داوری از بقیه قرارداد (اصلی) پیروی نکند. مدافعان عدم استقلال شرط داوری به این قاعده استناد می‌کنند که فرع (موضوع فرعی) از اصل خود پیروی می‌کند (*accessorium sequitur principal*) لذا معتقدند که بطلان قرارداد خود بخود شرط داوری مندرج در قرارداد را هم در برمی‌گیرد. از طرف دیگر حامیان استقلال شرط داوری معتقدند که این شرط وجود مستقل دارد و بطور خودبخود تحت تأثیر بطلان احتمالی قراردادی که بدان تعلق دارد قرار نمی‌گیرد.

ما پاسخ سؤال فوق را ابتدا در چند سیستم حقوقی و قواعد داوری بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌دهیم، و سپس کنکاشی در سیستم حقوقی خودمان خواهیم داشت و در پایان هم به جمع‌بندی و نتیجه کلی بحث خواهیم پرداخت.

بخش اول

بررسی سیستم حقوقی چند کشور و قواعد داوری بین‌المللی

الف. سیستم حقوقی چند کشور

۱. سیستم حقوقی هلند

ماده ۱۰۵۳ قانون ۱۹۸۶ داوری هلند عنوان «استقلال (جدایی پذیری) شرط داوری» دارد. این ماده مقرر می‌دارد «توافق داوری به عنوان یک توافق جداگانه (مستقل) در نظر گرفته و حکم صادر خواهد شد. دیوان داوری اختیار خواهد داشت در خصوص اعتبار قرارداد اصلی که توافق داوری بخشی از آن را تشکیل می‌دهد یا توافق داوری بدان ارتباط دارد، اتخاذ تصمیم نماید».

در توضیح این ماده دو حقوقدان برجسته هلندی (پیتر ساندرز و واندن برگ) معتقدند که عدم اعتبار قرارداد اصلی در اصل تأثیری بر اعتبار شرط داوری مندرج در آن ندارد و لذا مسائل مربوط به اعتبار قرارداد اصلی مسایل مربوط به صلاحیت دیوان داوری نخواهند بود مگر اینکه ادعای عدم وجود قرارداد اصلی بشود

[P. Sanders, A.J. Van den Berg: "Netherlands Arbitration Act 1986." Kluwer publishers, 1987]

از این ماده قانون داوری هلند و توضیح آن مشخص می‌گردد که در سیستم حقوقی هلند شرط داوری توافقی مستقل محسوب می‌گردد اما چنانچه ادعا شود که قرارداد اصلی کلاً وجود نداشته یا بوجود نیامده است، چنین ادعایی بر شرط داوری تأثیر گذاشته و صلاحیتی بر دیوان داوری اعطاء نخواهد نمود.

۲. سیستم حقوقی آلمان

در سیستم حقوقی آلمان شرط داوری شرط ضمن عقد محسوب می شود اما اثر آن بستگی به قصد و نیت طرفین دارد. لذا در این سیستم حقوقی قرارداد مورد تفسیر قرار می گیرد و چنانچه مشخص گردد که داور اختیار بررسی و اتخاذ تصمیم در خصوص صحت قرارداد اصلی را دارد، طبق این قصد آنها عامل خواهد شد و در صورت تردید، فرض می شود که داور چنین اختیاری دارد.

۳. سیستم حقوقی فرانسه

در فرانسه تفکیک قایل می شوند بین داوریهای داخلی (قراردادهای داخلی) و داوریهای بین المللی، در مورد اول علی القاعده شرط داوری را قابل جدا شدن از قرارداد اصلی نمی دانند اما در مورد اخیر استقلال شرط داوری پذیرفته شده است و امکان بی اعتباری قرارداد تأثیری بر شرط داوری مندرج در آن قرارداد نخواهد داشت.

[Cass. civ. Gosset, May 7, 1963, Dolloz 1963, 545, obs. Cited by Rene David: Arbitration in International Trade, Kluwer publishers, 1985, p. 193- 41].

۴. سیستم حقوقی بلژیک

در بلژیک به موجب ماده ۱۶۹۷ کد قضایی (Judiciary Code) بلژیک اصل استقلال شرط داوری به صراحت پذیرفته شده است. این ماده مقرر می دارد: «تصمیمی مبنی بر اینکه قرارداد بی اعتبار است، قانوناً بی اثر بودن توافق داوری مندرج در آن را در پی نخواهد داشت».

۵. سیستم حقوقی انگلستان

در قوانین داوری در حال اجرای انگلستان (قوانین داوری سالهای ۱۹۵۰ و ۱۹۷۹) چیزی در خصوص استقلال شرط داوری مشاهده نمی شود. اما در حقوق عرفی و رویه قضایی انگلستان این موضوع با عناوین اصل جدایی پذیری (Separability) یا جدا شدنی (Severability) شرط داوری، مورد بحث و بررسیهای فراوان قرار گرفته است. در پرونده [Dalmia Dairy Industries Ltd, V. National Bank of Pakistan, [1978] 2 Lloyd's Rep. 223]

لرد میگو می گوید: «در حقوق انگلستان هیچ داوری نمی تواند، هرچند هم که عبارات شرط داوری که طرفین یا طرفین ادعایی در قراردادشان درج نموده اند موسع باشد، صلاحیت تصمیم گیری نسبت به دعوی مربوط به وجود ابتدایی یا اعتبار قرارداد ادعایی که شرط داوری در آن درج شده، (یا دعوی مربوط به) وجود ابتدایی یا اعتبار خود شرط داوری، را داشته باشد».

به هر صورت در پرونده [Hayman V. Darwins, [1942] 1 All ER. 334] در سال ۱۹۴۲، مستقل بودن شرط داوری از بقیه قرارداد در حقوق انگلستان تا آنجا پذیرفته شد که چنانچه قرارداد اصلی به لحاظ نقض اساسی قرارداد (Fundamental Breach) یا نقض یک شرط عمده (Breach of Condition) یا انتفای عقیم شدن قرارداد (Frustration) منحل گردد، شرط داوری مندرج در آن به قوت خود باقی بوده و داوران صلاحیت تصمیم گیری در خصوص اینکه آیا قرارداد بدینگونه منحل شده است یا نه را دارند. در عین حال در همین پرونده مجلس لردها (دیوان عالی) نظر داد که دادگاه می تواند در صورتی که ادعای کلاهبرداری (غبن) نسبت به قرارداد اصلی شده باشد حتی در حین رسیدگی داوری، دخالت کرده و داوری را متوقف نماید.

حقوقدانان انگلیسی در ارتباط با استقلال شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی، قایل به تفکیک هستند. آنها معتقدند که چنانچه اختلاف

نسبت به عدم وجود ابتدایی قرارداد اصلی باشد، عدم وجود ابتدایی قرارداد باید معمولاً عدم وجود شرط داوری را که ادعا می شود قسمتی از آن قرارداد است در پی داشته باشد. بنابراین اختلاف نسبت به موضوعاتی مانند ایجاب و قبول یا اشتباه یا اختیار نماینده بر متلزم نمودن اصیل خود، بر شرط داوری مندرج در قرارداد تأثیر گذاشته و مانع تشکیل و رسیدگی داوری خواهد بود، زیرا چنانچه فرضاً طرفین بر روی قرارداد اصلی به توافق نرسیده باشند قطعاً بر شرط داوری مندرج در آن هم به توافق نرسیده اند، [Steyn (J), Yearbook, Commercial Arbitration, V III (1983), 3, II]

اما از طرف دیگر آنها معتقدند چنانچه دعوا یا اختلاف نسبت به باطل یا بی اعتبار بودن قرارداد اصلی به لحاظ غیرقانونی بودن یا خلاف نظم عمومی بودن باشد، منطقیاً نباید شرط داوری مندرج در این چنین قراردادی باطل یا بی اعتبار باشد، زیرا شرط بخودی خود غیرقانونی یا خلاف نظم عمومی نخواهد بود. به هر حال گرچه حقوقدانان انگلیسی بر این نظر هستند که اصل استقلال (جدایی پذیری) شرط داوری در حال تکامل تدریجی است، باید بخاطر داشت که در سیستم حقوقی انگلستان هماهنگونه که فوقاً در پرونده *Dalmia* مطرح گردید، داوران از اینکه در خصوص غیرقانونی بودن یا بی اعتباری قراردادی اتخاذ تصمیم کنند همیشه ممنوع هستند (به عنوان نمونه ببینید

Jaffey: "Arbitration of International Commercial Contracts...., In Current Issues in International Business Law", Edited by Perrott and Pogany, Avebury, 1988).

قابل ذکر است که در رویه قضایی انگلستان به وضوح استقلال شرط داوری از لحاظ قانون حاکم پذیرفته شده است. در پرونده *James Miller and Partners Ltd. v. Whitworth Street Estate Ltd.* [(1970) 2 W.L.R.728] پذیرفته شد که قانون حاکم بر قرارداد اصلی قانون انگلستان و قانون حاکم بر شرط داوری مندرج در آن قرارداد قانون

اسکاتلند باشد. همچنین در پرونده

[Cie d'armement maritime S.A.V.Cietunisienne de navigation, S.A. [(1970) 3 W.L.R. 389]

قراردادی که قانون حاکم بر آن قانون فرانسه بود پذیرفته شد/ که شرط داوری آن تحت حاکمیت قانون انگلستان باشد.

البته باید در نظر داشت که در سیستم حقوقی انگلستان و اخیراً در سیستم حقوقی غالب کشورهای اروپایی، براساس عهدنامه مربوط به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی ۱۹۸۰ (عهدنامه ۱۹۸۰ رم) نه تنها قانون حاکم بر شرط داوری بلکه قانون حاکم بر شروط مختلف قرارداد را می توان جدا از قانون حاکم بر قرارداد (یا سایر شروط قرارداد) انتخاب نمود (نظریه تقسیم قرارداد به چند تعهد و هر تعهد تحت حاکمیت قانون خاص).

در سیستم حقوقی آمریکا نیز به عنوان عضوی از نظام حقوق عرفی، آرای از دادگاه فدرال آمریکا وجود دارد که این موضوع را تأیید می کنند که در موضوعاتی که در محدوده قانون فدرال می باشد (مثل دعاوی بین المللی)، قاعده این است که شرط داوری جدا از قرارداد اصلی در نظر گرفته شود، و این قاعده رعایت می شود مگر اینکه طرفین قصدی غیر از این داشته باشند. لذا دیوان عالی فدرال آمریکا بر این نظر است که باید از شرط داوری تفسیر به عمل آید و چنانچه عبارات شرط آنقدر واضح باشد که طرفین قصد جدا بودن شرط داوری از اصل قرارداد را نداشته باشند آن شرط از اصل قرارداد جدا نخواهد شد، (به عنوان نمونه پرونده Prima Paint v. Flayd & Cocklin, 388 U.S. 395 (1967) دیده می شود)

ب. چند قواعد و رای داوری بین‌المللی

۱. قواعد آی.سی.سی

اصل استقلال شرط داوری در بند ۲ ماده ۸ قواعد آی.سی.سی پذیرفته شده است. این بند مقرر می‌دارد: «ماده (۴) ۸. مگر آنکه غیر از این مقرر شود، داور به دلیل هرگونه ادعایی (مبنی بر این) که قرارداد باطل و بی‌اثر است یا قرارداد وجود ندارد متوقف از صلاحیت نخواهد شد، مشروط بر آنکه وی نظر بر اعتبار توافق داوری داشته باشد؛ صلاحیت او برای تعیین حقوق طرفین و قضاوت (دادرسی) در خصوص ادعا و درخواستها ادامه خواهد داشت، حتی اگر چه ممکن باشد که خود قرارداد وجود نداشته باشد (ایجاد نشده باشد) یا باطل و بی‌اثر باشد.

۲. قواعد آنسیترال

بند ۲ ماده ۲۱ قواعد آنسیترال استقلال شرط داوری را پیش‌بینی کرده و مقرر می‌دارد: «دیوان داوری اختیار خواهد داشت نسبت به وجود یا اعتبار قراردادی که شرط داوری بخشی از آن را تشکیل می‌دهد تصمیم بگیرد. از لحاظ ماده ۲۱، شرط داوری که بخشی از قرارداد را تشکیل می‌دهد و داوری را بر اساس این قواعد (آنسیترال) مقرر می‌دارد، به عنوان یک توافق مستقل از سایر شرایط قرارداد محسوب خواهد شد. تصمیم دیوان داوری مبنی بر اینکه قرارداد باطل و بی‌اثر است، قانوناً بی‌اعتباری شرط داوری را در پی نخواهد داشت.

به همین صورت ماده ۷ عهدنامه ۱۹۶۱ ژنو، ماده ۴۱ عهدنامه ۱۹۶۵ واشینگتن و ماده ۱۶ قانون نمونه ۱۹۸۵ (سازمان) ملل متحد به وضوح استقلال شرط داوری را مقرر می‌نمایند.

۳. تصمیمات داوری بین‌المللی

آرای داوری بین‌المللی فراوانی وجود دارد که نظر بر استقلال شرط داوری دارند. بعنوان نمونه پرونده‌های زیر به بحث و بررسی استقلال شرط داوری پرداخته و آن را قویاً پذیرفته‌اند.

1. Dalmia Dairy Industries Ltd. (India) V. National Bank of Pakistan, first preliminary award, December 18, 1967, ICC proceedings No. 1512, Yearbook Commercial Arbitration 1980, vol. v, at 171.
2. Veb K. (RDA) v. Entrepise W (RFA), Award of the Arbitral Tribunal at the Chamber of Foreign Trade of RDA, Clunet 1980, at 1696.
3. ICC Case No. 4381, Award made in 1986, Clunet 1986, at 1202.

بخش دوم

سیستم حقوقی ایران

در سیستم حقوقی ایران داوری یک عقد محسوب می‌شود که بطور کلی تابع شرایط عمومی قراردادها و مواد ۲۱۹ به بعد قانون مدنی می‌باشد. بنابراین قصد و رضای طرفین از ارکان این عقد است. ماده ۶۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مقرر می‌دارد که طرفین می‌توانند منازعه یا اختلاف خود را «به تراضی» به داوری ارجاع نمایند. پس در قانون ما فرض است که داوری تراضی اختصاصی طرفین معامله را دارا است، و به تجویز صریح ماده ۶۳۳ ق.آ.د.م. این تراضی می‌تواند در ضمن معامله اصلی درج شده و یا بصورت قرارداد علیحده‌ای تنظیم گردد و طرفین به موجب آن ملتزم شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنها، رفع آن از طریق داوری به عمل آید.

در سیستم حقوقی ما قواعد مربوط به داوری در قانون آیین دادرسی

مدنی، مواد ۶۳۲ تا ۶۸۰ ذکر شده‌اند و در بین این قواعد، در خصوص صلاحیت دیوان داوری در رسیدگی به صلاحیت خود و همچنین در خصوص استقلال شرط داوری چیزی به وضوح مشاهده نمی‌شود. لذا برای بررسی و پاسخ به این سؤال که در سیستم حقوقی ایران وضعیت شرط داوری چیست، آیا این شرط مستقل از قرارداد اصلی یا قسمتی از آن (شرط ضمن عقد اصلی) محسوب می‌شود، از روح و مفاد قواعد داوری موجود و قواعد مربوط به شروط ضمن عقد در قانون مدنی استفاده می‌کنیم.

با بررسی قواعد مربوط به شرط (شروط ضمن عقد) در قانون مدنی ایران که در مواد ۲۳۳ تا ۲۴۶ بیان گردیده‌اند، بنظر می‌رسد شرط داوری را نتوان از نوع شرط مشمول آن قواعد محسوب نمود به لحاظ اینکه اولاً شرط داوری تابع قواعد خاص خود (مواد ۶۳۱-۶۸۰ ق.آ.د.م.) می‌باشد ثانیاً ارجاع امر به داوری بصورت توافق (شرط) ضمن معامله به حکم صریح قانون (آ.د.م.) تجویز گردیده است. یعنی اینکه شرط داوری از شروطی نیست که تعهدی تبعی باشد و جزء مورد عقد اصلی شود، بلکه قصد انشاء جداگانه در آن موجود است. بنابراین شرط داوری چیزی جدا از شروط ضمن عقد و قواعد عمومی آن محسوب می‌شود. در واقع شرط داوری مانند همان قرارداد داوری علیحده یک عقد (تعهد) مستقل و دارای عنصر قصد و رضای مخصوص به خود می‌باشد که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و بین طرفین به موجب ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم‌الاتباع است. به نظر نمی‌رسد که ضرورتی داشته باشد که در اینجا بحث شود که، حتی در خصوص شرائط ضمن عقد در حقوق مدنی، مواردی را می‌توان یافت که انحلال عقد اصلی لزوماً انحلال شرط را در پی ندارد و امکان بقاء شرط (تعهد تبعی) وجود دارد. به عنوان نمونه می‌توان ماده ۷۳۳ قانون مدنی در خصوص عقد حواله را مثال زد [برای توضیح بیشتر رجوع شود به لنگرودی، دکتر محمدجعفر، دایرة المعارف حقوق مدنی، تجارت، ج ۱، ص ۹۵۴].

اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌باشد این است که با فرض استقلال

شرط داوری در سیستم حقوقی ایران، آیا در صورت ادعای عدم تشکیل یا بی اعتباری قرارداد اصلی داور یا داوران اختیار تصمیم گیری در خصوص تشکیل یا اعتبار قرارداد اصلی را دارا می باشند یا اینکه در صورت چنین ادعایی دادگاه باید بدان رسیدگی و اظهار نظر نماید؟ همانگونه که در بالا بحث شد، بنظر می رسد سیستم حقوقی ما اصل استقلال شرط داوری را پذیرفته است. بنابراین براساس این شرط، دیوان داوری باید تشکیل شده به اختلاف طرفین رسیدگی نماید و هرگونه ادعایی مبنی بر عدم وجود یا نفوذ یا بی اعتباری قرارداد اصلی تأثیری بر شرط داوری مندرج در آن نخواهد داشت و علی القاعده دیوان داوری اختیار رسیدگی به هرگونه اختلافی بین طرفین در خصوص قرارداد اصلی را خواهد داشت مگر اینکه تراضی طرفین به داوری یا قصد آنها به گونه ای باشد که چنین اختیاری را به دیوان داوری ندهد. مع هذا بر این قاعده کلی، قواعد داوری ما استثنایی را وارد می کنند که به موجب آن به دادگاه اجازه داده می شود تا به اختلاف طرفین در خصوص اصل معامله رسیدگی کرده و معامله را احراز نماید و پس از احراز معامله دیوان داوری تشکیل شود. بدین شرح که ماده ۶۳۶ ق.آ.د.م. مقرر می دارد که چنانچه شرط داوری بصورت کلی (ماده ۶۳۳) در قرارداد درج شده باشد و طرفین داور یا داورهای خود را ضمن معامله یا قرارداد معین نکرده باشند (ماده ۶۳۵ ق.آ.د.) و در هنگام بروز اختلاف بین طرفین یکی از آنها داور خود را معین ننماید یا کلاً مشکل در انتخاب داور، باشد (موارد ماده ۶۳۷ ق.آ.د.م.) و علت عدم تعیین یا مشکل در انتخاب داور اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری باشد، دادگاه قبلاً به این اختلاف رسیدگی کرده و معامله و قرارداد را احراز خواهند نمود. آنچه از این مواد نتیجه می شود این است که:

اولاً: دادگاه، هنگامی در خصوص اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد داوری رسیدگی خواهد نمود که در قرارداد شرط داوری بصورت کلی درج شده باشد یعنی طرفین داور یا داورهای خود را در ضمن

معامله یا قرارداد معین نکرده باشند، (در واقع در چنین صورتی با امتناع یکی از طرفین از معرفی داور خود امکان تشکیل داوری (دیوان داوری) وجود ندارد).

ثانیاً: از ظاهر ماده و با بیان «پس از احراز معامله» چنین مستفاد می‌شود که نظر قانونگذار بر مواردی بوده است که اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد در خصوص تشکیل و وجود ابتدایی آن بوده است و لذا موارد ادعای بطلان یا بی اعتباری قرارداد را شامل نمی‌شود.

بنابراین چنانچه طرفین در ضمن معامله یا قرارداد داوری، داور یا داورهای خود را تعیین نموده باشند یا در تعیین آنها مشکلی برای طرفین نباشد (مثل مواردی که مقام ناصب مشخص شده و وی قادر است که داور را تعیین نماید)، و با این وجود در خصوص اصل معامله یا قرارداد هم بین طرفین اختلاف وجود داشته باشد، داوری یا داوران منتخب دیوان داوری را تشکیل داده و اختیار رسیدگی به اختلاف نسبت به اصل معامله یا قرارداد را خواهند داشت. در چنین مواردی بطور کلی ماده ۶۳۶ ق.آ.د.م. قابل اعمال نخواهد بود زیرا این ماده ناظر به موارد مواد ۶۳۵ و ۶۳۷ بوده و تنها در موارد مذکور در این دو ماده است که دادگاه و نه دیوان داوری، به اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد رسیدگی خواهد نمود.

نتیجه

امروزه تمایل فراوانی در اکثر کشورها از سیستمهای مختلف حقوقی (کامن لا، رومی-ژرمنی، سوسیالیستی...) و همچنین در سطح سازمانهای داوری بین المللی دیده می‌شود که شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی که شرط در آن درج شده است در نظر بگیرند. طریقی که این کشورها و سازمانها برای عمل به این تمایل انتخاب کرده اند متفاوت می‌باشد، به گونه‌ای که بعضی از کشورها قواعد صریحی در خصوص جدایی پذیری شرط داوری وضع نموده اند و بعضی به ظاهر و عبارات شرط داوری توجه خاص دارند و قصد و نیت طرفین را در آنها جستجو می‌کنند و همچنین

شرایط و اوضاع و احوال انعقاد قرارداد، مثل روابط تجاری قبلی و یا عرف حرفه (تجارت) را برای تفسیر قرارداد بکار می‌گیرند که دلالت بر تمایل برجدا نمودن شرط داوری از قرارداد اصلی دارد. البته مسلم است که جدایی پذیری شرط داوری در داوری‌های بین‌المللی بیشتر می‌تواند مورد نظر سیستم‌های حقوقی باشد تا در داوری‌های داخلی.

تقریباً تمامی سازمانهای داوری بین‌المللی اصل استقلال شرط داوری را در قواعد داوری خود پذیرفته‌اند به گونه‌ای که هرگاه قراردادی به داوری این سازمانها ارجاع نماید، تردیدی باقی نخواهد ماند که شرط داوری مندرج در قرارداد اصلی طرفین، شرطی مستقل از قرارداد محسوب گردیده و اختلاف در خصوص وجود یا نفوذ یا اعتبار قرارداد اصلی تأثیری بر اعتبار شرط داوری نخواهد داشت و دیوان داوری تشکیل و حتی به اختلاف طرفین نسبت به اصل قرارداد نیز رسیدگی خواهد نمود.

آنچه بیشتر قابل توجه است این است که کشورهای مختلف به نسبت اهمیتی که برای حل و فصل اختلافات به طریقه داوری قایل هستند سعی بر استقلال بخشیدن به شرط داوری دارند، یعنی در واقع سعی در کاستن از نقش دادگاه در امور داوری یا در دعاوی که می‌تواند از طریق داوری حل و فصل شوند دارند، و البته این سعی و تلاش روبه گسترش است.