

## فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2021S4D16SH5M71 ISSN-P: 2538-3701

### بررسی شرط داوری از دیدگاه فقهی حقوقی و آثار عدم تبعیت آن از عقد پایه در حقوق ایران و حقوق بین الملل

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

کیمیالسادات وهاب زاده موسوی<sup>۱</sup>

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، وکیل پایه یک و عضو رسمی کانون وکلای دادگستری

دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان

دانشیار دانشکده الهیات شهید مطهری دانشگاه فردوسی مشهد. (استاد راهنما)

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد. (استاد مشاور)

حامد صبوری

کارشناس فقه و مبانی حقوق اسلامی و کارشناس ارشد حقوق جزا، وکیل پایه یک و عضو کانون وکلای دادگستری

۱۷۳



#### چکیده

پیوستگی عقد و شرط به دلیل ذات و طبیعت شرط است به دیگر سخن طبیعت شرط ممکن است به نحوی باشد که تحقق آن به صورت مستقل از عقد متصور نباشد. از سوی دیگر این احتمال نیز قابل بررسی است که بتوان برای شرط اعتباری مستقل قائل شد. به عبارت دیگر می توان شرطی را تصور نمود که بقاء آن وابسته به بقاء عقد اصلی نباشد. از جمله این شروط شرط داوری است و دقت در مواد ۲۳۳ تا ۲۶۴ قانون مدنی روشن می سازد شرط داوری از نوع شرط ضمن عقد نیست زیرا اولاً شرط داوری تابع قواعد خاص خود است؛ ثانیاً منظور از شرط

<sup>۱</sup> نویسنده مسئول

ضمن عقد معمولاً شرطی است که ناظر به خود معامله است و یکی از ارکان موضوع معامله را تشکیل می‌دهد. ثالثاً ارجاع امر به داوری به صورت شرط ضمن معامله که در ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی تجویز گردیده است از نوع شرط معاملاتی نیست، بلکه موضوعاً جدا و تابع قصد انشاء جداگانه است. در واقع شرط داوری، یک قرارداد مستقل و دارای موضوع مستقل است و نیز قصد و رضای مخصوص به خود را دارد که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و به موجب ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم‌الاتباع است. حتی با این فرض که شرط داوری در حکم شرط ضمن عقد است، باز هم به معنای تبعیت کامل آن از سرنوشت قرارداد اصلی نیست. به علاوه ضمانت اجرای تخلف از شرط، اغلب استقرار حق فسخ برای مشروط له است و این طور نیست که سرنوشت شرط و عقد همواره به یکدیگر پیوسته باشد بلکه تجزیه پذیری شرط از عقد امکان پذیر است.

## مقدمه

از آنجا که قانون مدنی حاکم بر جامعه ما برگرفته از فقه شیعی است اهمیت این مسئله در بحث‌ها و استدلال‌ها و کتب نگاشته شده فقها و حقوقدانان به نحو شایسته‌ای ملموس است؛ چراکه در روابط افراد غالب قراردادها در راستای اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها با شرط یا شرایطی همراه هستند که خواه به صورت مستقیم در عقد ذکر شده باشند و خواه در قراردادی جداگانه آثاری چند بر عقد بار می‌کنند. البته نباید چنین پنداشت که اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، بیانگر آزادی مطلق و بی‌قید و شرط است بلکه افراد تا آنجا می‌توانند از این اصل بهره‌مند گردند که با شرع، قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرتی نباشد و از سوی دیگر به ارکان اساسی عقد خللی وارد نسازد؛ لذا بررسی ارتباط عقد و شرط از جمله مسائلی است که بی‌گمان تأثیر بسزایی بر روابط افراد یک جامعه (صرف نظر از هر نوع قانون، آیین و روش زندگانی) دارد. حقوقدانان نفوذ شرط را تابع عقد اصلی دانسته و بطلان و انحلال عقد اصلی را سبب بطلان و زوال شرط می‌دانند؛ اما آیا در تأثیر و تأثر عقد و شرط، میزان وابستگی شرط به عقد نمی‌تواند در آن دخیل باشد؟ با توجه به اصل حاکمیت اراده، آیا اراده خلاق طرفین عقد نمی‌تواند شرطی را درون عقد قرار دهد که با بطلان یا فسخ عقد و به‌طور کلی با انحلال عقد به هر دلیل، شرط همچنان به حیات حقوقی خویش ادامه دهد؟ هدف از اندراج شرط در ضمن عقد اصلی چیست؟ و این عمل چه فایده‌ای در بردارد؟ اصولاً اشتراط امری که قابلیت التزام مستقل را دارد، در ضمن عقد دیگری به معنای اشتراط آن، بدون لحاظ مفاد عقد و آثار و احکام آن است و طرفین برای این شروط، حسابی جدای از عقد اصلی باز می‌کنند؛ بنابراین می‌توان گفت چنانچه شرط مندرج در ضمن عقد ارتباط و وابستگی کامل با عقد نداشته باشد در صورت انحلال عقد اصلی می‌تواند به حیات حقوقی خودش ادامه دهد و بطلان یا انفساخ معامله اصلی در آن اثری ندارد. چنانچه چنین صراحتی را نپذیریم، قدر متیقن این است که با توجه به اصل حاکمیت اراده و با لحاظ ماده ۲۶۴ قانون مدنی که یک قاعده تکمیلی است، طرفین می‌توانند برخلاف ماده فوق تراضی نمایند یعنی در عقدی ضمن گنجاندن شرطی توافق کنند که چنانچه عقد اصلی به هر دلیلی منحل شود شرط همچنان به



اعتبار خود باقی و لازم الرعایه باشد. همان گونه که به نظر می‌رسد بحث استقلال شرط از عقد از جمله مباحثی است که جای تأمل بسیار دارد. از این رو با تفحص در مواردی که می‌توانند مستقل از عقد به حیات حقوقی خویش ادامه دهند شرط داوری در مباحث پیش رو مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### بخش اول: مفهوم داوری و انواع آن

در ارتباط با داوری قبل از هر چیز باید دانست، داوری دارای ریشه‌هایی عمیق در تاریخ بشریت است. حل نمودن اختلافات واقع شده یا احتمالی به صورت شرط ضمن قرارداد طرفینی یا با تصمیم‌گیری شخص سوم که مورد اعتماد طرفین باشد پیش از وضع قوانین و تشکیل نظام‌های دادگستری و نیز تنظیم اصول و قواعد حقوقی در جوامع انسانی کاربرد بسیار داشته است. مکاتب فقهی شامل شیعه و چهار فرقه اهل سنت، شرط داوری را در حقوق خود پذیرفته‌اند و به این نهاد جایگاه مهمی در سیستم حقوقی خویش بخشیده‌اند. شرط داوری در اسلام، نه تنها در حقوق داخلی، بلکه در حقوق بین‌المللی مورد پذیرش واقع شده است. جواز و نفوذ داوری که در حقوق اسلامی تحت عنوان قاضی تحکیم مطرح می‌شود، در درجه اول مستند به آیه شریفه [ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا... ] (نساء، آیه ۳۵) است. مفاد این آیه مؤید جواز و نفوذ داوری در اختلافات خانوادگی است که با الغا خصوصیت می‌توان آن را به اختلافات مشابه تسری داد. بدین ترتیب دست کم اصل حکمیت مورد تایید حقوق اسلامی است. علاوه بر آیه فوق، آیات دیگری نیز در قرآن مجید یافت می‌شود که به نحوی دلالت بر امر به داوری یا سازش دارند؛ بنابراین اصلی‌ترین منابع داوری در حقوق اسلام همانا نص قرآن کریم و سنت است. آیات فراوانی از قرآن کریم؛ مانند آیات شریفه ۳۵ و ۵۸ و ۵۹ و ۶۵ و ۶۸ سوره مبارکه نساء و آیه شریفه ۹۵ سوره مبارکه مائده، آیات شریفه ۹ و ۱۰ سوره مبارکه حجرات، این امر را دستور فرموده‌اند و سنت پیامبر عظیم‌الشأن اسلام و ائمه اطهار سلام‌الله علیهم اجمعین نیز شیوه عملی آن را بیان فرموده است. احکام داوری مخالف قرآن کریم،

لازم‌الاجرا در حقوق اسلامی نیست. از طرفی، روایات متعددی در تجویز و تنفیذ داوری وجود دارد. توافق بر داوری ممکن است به صورت قراردادی علی‌حده باشد و طرفین به‌موجب یک قرارداد جدای از قرارداد مربوط به معامله اصلی ملزم شوند که در صورت بروز اختلاف در خصوص معامله به داوری مراجعه کنند این قرارداد جداگانه را اصطلاحاً موافقت‌نامه داوری می‌گویند. همچنین ممکن است چنین توافقی ضمن قرارداد معامله اصلی آورده شود. چنین توافقی را که ضمن قرارداد مربوط به معامله درج می‌گردد شرط ارجاع اختلاف به داور یا شرط داوری می‌گویند. روش اول اغلب برای ارجاع اختلاف موجود به داوری به کار می‌رود و روش دوم برای ارجاع اختلافات احتمالی در آینده استفاده می‌شود. قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ به‌موجب ماده ۴۵۵ ارجاع امر به داوری به هر دو روش یعنی موافقت‌نامه علی‌حده و یا به صورت شرط ضمن معامله را پذیرفته است. قرارداد داوری که به صورت موافقت‌نامه مستقل منعقد می‌گردد، در سیستم حقوقی ایران تابع شرایط عمومی قراردادها بوده و با دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله به‌موجب ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است؛ اما بحث این پژوهش در ارتباط با شرط داوری است که در قرارداد اصلی درج می‌گردد. پرسشی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا شرط مراجعه به داوری در یک قرارداد، مستقل از عقد اصلی است، یعنی یک تعهد مستقل است یا اینکه مانند سایر شروط ضمن عقد، شرط داوری تعهدی تبعی بوده و از شروط ضمن عقد است؟ فایده این بحث در این است که چنانچه شرط داوری مستقل از عقد اصلی باشد از نظر اعتبار و وجود آن تابع عقد اصلی نبوده و متأثر از آن نخواهد بود؛ بنابراین ادعای عدم اعتبار، بطلان یا فسخ قرارداد اصلی تأثیری در شرط ارجاع اختلاف به داوری نخواهد داشت و به‌عنوان توافقی مستقل معتبر است. لذا چنانچه شرط داوری معتبر باشد صلاحیت داور غیرقابل‌خدشه است و می‌تواند اعتراض نسبت به قرارداد اصلی را بررسی نماید. درحالی‌که اگر شرط داوری از شروط ضمن عقد محسوب گردد، یک تعهد فرعی یا تبعی است که از لحاظ قصد انشاء و صحت و اعتبار تابع قرارداد اصلی است. نظر به اینکه این‌گونه ادعاها



به‌طور عملی در قراردادهای مطرح می‌گردند لازم است برای ورود به بحث ابتدا رابطه بین شرط داوری و قرارداد اصلی بررسی، سپس نتیجه بحث ارائه گردد.

### بند اول: رابطه شرط داوری و قرارداد پایه

موضوع اساسی این است که چه رابطه‌ای بین شرط ارجاع اختلاف به داوری و قرارداد اصلی وجود دارد. به عبارت دیگر اگر در قراردادی شرط اجباری ارجاع اختلافات به داوری وجود داشته باشد، شرط داوری باید از سرنوشت قراردادی که بدان تعلق دارد پیروی کند یا اینکه می‌تواند وجود مستقلی داشته باشد؟ اگر قراردادی وجود داشته باشد و در آن برای حل اختلافات فی‌مابین، شرط داوری معین شده باشد برای حل اختلاف بر اساس این شرط و توافق باید به داوری مراجعه کرد اما اگر قرارداد باطل باشد یا خلاف نظم عمومی باشد و در نتیجه به هر دلیلی قابل اجرا نباشد آیا تعهد به انجام داوری از بین خواهد رفت یا خیر؟ اگر قراردادی فی‌مابین وجود نداشت شرط و تعهد به داوری نیز وجود نمی‌داشت و یا اگر قرارداد فی‌مابین به‌طور صحیح منعقد نشود شرط تعهد داوری نیز صحیح به نظر نخواهد رسید همچنین اگر قرارداد فی‌مابین باطل یا اختتام یا فسخ شود احتمالاً می‌توان تفسیر نمود که شرط و تعهد داوری نیز باطل یا اختتام یافته است. حال اگر در این حالات مختلف یک تعهد اولیه در ارتباط با مراجعه به داوری بر اساس توافق منعقد هرگز الزامی نشود مراجعه به داوری نمی‌تواند الزامی و قانونی باشد. در واقع از یک توافق باطل چیزی حاصل نخواهد شد. از نقطه نظر منطقی، مطالب فوق قابل قبول است اما در داوری مدرن، نظریه استقلال شرط داوری، از جهت اصل ضرورت و توجه به کاربردی بودن آن غلبه یافته است؛ زیرا بر اساس ماهیت و پیشرفت تدریجی و طرز عمل داوری تمایل به سمت این نظریه است. در واقع این یک اصل ذاتی در داوری یا رسیدگی قضایی است که در دیوان داوری قاضی مربوطه صالح به تشخیص صلاحیت خود است. این بدین معنا است که دیوان دارای صلاحیت در تعیین صلاحیت است. بند ۶ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری مؤید این موضوع است. اصل صلاحیت در تعیین صلاحیت از ضروریات ذاتی هر مرجع قضایی است. این اصل به‌طور مکرر در مراجع قضایی و داوری مورد استفاده قرار گرفته است. نظر به اینکه قبول اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت به‌طور ضمنی به معنی قبول اصل استقلال شرط داوری نیز است لذا هرگونه تصمیمی

راجع به قرارداد اعم از این که راجع به صلاحیت آن مرجع و یا راجع به موضوعات دیگر از جمله اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد باشد با آن مرجع است. سؤال دیگری که ممکن است مطرح شود این است که آیا مفاد ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی تنها ناظر به ماده ۴۶۰ آن قانون است یا بطلان قرارداد داوری در فرضی نیز قابل طرح است که یکی از طرفین نزد داور رسیدگی کننده و نه نزد دادگاه قضایی بطلان قرارداد داوری را به سبب بطلان معامله اصلی مطرح می کند؟ شاید گفته شود ماده مزبور (۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی) متضمن یک قاعده عام نیست بلکه ناظر به ماده ۴۶۰ همان قانون است و این ماده مربوط به موردی است که طرفین، داور یا داورهای خود را در ضمن معامله معین نکرده باشند و یا در موقع بروز اختلاف، یک طرف، داور خود را معین ننماید و برای تعیین داور بجای طرف مستکف به دادگاه رجوع شود؛ در این صورت هرگاه اختلافی راجع به معامله اصلی یا قرارداد داوری باشد، منطقی است که دادگاه پس از احراز صحت معامله و قرارداد اقدام به تعیین داور بجای طرف ممتنع نماید. لیکن هرگاه طرفین داوران خود را برگزیده باشند یا بعد از تعیین داور به وسیله مرجع قضایی و تشکیل دادگاه داوری اختلاف راجع به صحت معامله یا قرارداد مطرح شود قاعده مذکور لازم الاجرا نخواهد بود. این عقیده که در تأیید نظر برخی نویسندگان حقوقی ابراز شده است قابل ایراد به نظر می رسد. در واقع اگر این تفکیک پذیرفته شود ایراد بروز می کند که یک شرط داوری برحسب اینکه طرفین آن در مورد اصل معامله اختلاف داشته باشند و اختلاف را به داور ارجاع کنند یا به قاضی، سرنوشت متفاوتی خواهد داشت؛ یعنی اگر اختلاف نزد داور مطرح شود شرط صحیح است و داور می تواند حتی به بطلان معامله اصلی حکم کند در حالی که اگر شرط داوری نزد دادگاه مطرح شود، دادگاه شرط را به سبب بطلان معامله اصلی باطل اعلام می نماید. (اسکینی، ۱۳۸۳، ص ۲۱) نتیجه قبول این نظر این است که در فرض اول، حتی اگر بطلان معامله اصلی محرز شود، شرط داوری باقی می ماند و در فرض دوم بطلان معامله اصلی موجب بطلان شرط داوری خواهد شد. به عبارت دیگر، شرط داوری باطل است اما نه در زمان انعقاد عقد اصلی، بلکه در زمانی بعد از آن و برحسب اینکه تصادفاً ارزیابی آن به یک داور واگذار شود یا به یک قاضی، صحیح باقی می ماند یا باطل می شود. حال سؤال این است که چرا نمی توان گفت که مبنای ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی چیزی جز این



نیست که شرط داوری، سنتاً شرطی ضمن عقد اصلی تلقی شده و می‌شود و مواد مزبور کاری جز تأکید بر این قاعده سنتی نکرده‌اند؟ اگر وجود این سابقه ذهنی را قبول داشته باشیم، باید قبول کنیم که آنچه مبنای بطلان شرط داوری به سبب بطلان معامله اصلی در فرض ارجاع امر به دادگاه دادگستری است، می‌تواند مجوز بطلان قرارداد داوری در فرضی هم باشد که اختلاف راجع به معامله به داور ارجاع شده و طرفین در اصل رسیدگی توسط داور اختلاف ندارند. این است که به نظر ما در حقوق راجع به داوری داخلی ایران، شرط داوری را باید شرطی ضمن عقد تلقی کرد و هر جا که به بطلان قرارداد اصلی نظر داده شود باید به بطلان توافق داوری نیز نظر داده شود. البته این راه حل بی‌اشکال هم نیست. در واقع اگر داوری که به صحت و بطلان قرارداد اصلی رسیدگی می‌کند، رأی به بطلان این قرارداد صادر کند، قضاوتش بر اساس قرارداد داوری انجام گرفته است که باطل بوده است و در نتیجه رأی او به بطلان معامله اصلی، به سبب عدم صلاحیت خود او در قضاوت بر اساس قرارداد داوری باطل، باطل خواهد بود. شاید این وجه قضیه بوده است که نویسندگان یادشده را ترغیب نموده است در جهت تعدیل راه حل بطلان قرارداد داوری، به محدود بودن حوزه عمل ماده ۴۶۱ مذکور قائل شوند، ولی حقیقتاً نمی‌توان گفت که بین فرضی که یکی از طرفین از انتخاب داور خودداری می‌کند و فرضی که نمی‌کند، صرفاً به سبب خودداری نمودن باید فرقی قائل شد. فرضی که اختلاف راجع به معامله اصلی نزد داور مطرح می‌شود با فرضی که همین اختلاف به قضاوت دادگاه دادگستری واگذار می‌شود در واقع هیچ تفاوتی ندارند. (اسکینی، ۱۳۸۳، ص ۲۱)

### بخش دوم: داوری در حقوق ایران

در حقوق ایران توافق به داوری اعم از اینکه به صورت شرط ضمن معامله اصلی درج گشته باشد یا به صورت موافقت‌نامه جداگانه آمده باشد، قرارداد محسوب می‌شود و تابع شرایط عمومی قراردادها، مندرج در ماده ۱۹۰ و نیز مواد ۲۱۹ به بعد قانون مدنی است. ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مقرر می‌دارد که طرفین می‌توانند منازعه یا اختلاف خود را به تراضی به داوری ارجاع نمایند. به تجویز ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی این تراضی می‌تواند



ضمن معامله اصلی باشد و یا به صورت قرارداد علی حده 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 مورد داوری تجاری بین الملل هم حکم مشابهی در ماده ۱ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ آمده است و به موجب آن مقرر گردیده است که موافقت نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد؛ اما در خصوص ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی آنچه مسلم است این است که باید این تصور را فراموش کرد که عبارت « اظهار نظر در خصوص اصل معامله » در ماده ۴۶۱ به این مفهوم بوده است که دادگاهی که انتخاب داور به او واگذار شده است کاری ندارد، جز اینکه وجود ظاهری معامله را برای مثال با ملاحظه برگه قرارداد یا اسناد راجع به آن تشخیص دهد. در واقع بحث درباره تشخیص صحت یا بطلان معامله است و در نتیجه، لازمه آن بررسی ماهوی ادعاهای طرفین در این باره است. مفهوم عبارت مورد اشاره این است که دادگاه باید در صورتی که اختلاف طرفین در خصوص اعتبار معامله که به قرارداد اصلی تعبیر می شود، اول رسیدگی کند که آیا قرارداد مزبور معتبر است یا خیر و بعد به بررسی صحت و بطلان خود قرارداد داوری بپردازد. اگر هر دوی این قراردادها صحیح باشد، آن هنگام قاضی می تواند و باید در اجرای قرارداد داوری، داور طرف ممتنع را انتخاب و معرفی نماید. سؤال مهمی که در این ارتباط مطرح می شود این است که آیا از دید قانون گذار قانون آیین دادرسی مدنی، شرط داوری را باید شرط ضمن عقد تلقی کرد و گفت توافقی تبعی است که در صورت بطلان توافق اصلی بلا اثر است یا از قرارداد اصلی جدا است؟ نگاهی به دیدگاه های بعضی نویسندگان حقوقی ایران در این خصوص آموزنده است. البته این بحث ها در ارتباط با ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مطرح شده است لیکن، در مورد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز قابل طرح اند؛ زیرا این قانون در ماده ۴۶۱ خود، با قدری تفاوت در عبارت همان مفهوم ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را تکرار می کند: [هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می نماید.] همان طور که ملاحظه می شود، در این ماده نیز بحث بر سر این است که طرفین نسبت به اصل



معامله (یعنی صحت و بطلان آن) اختلاف دارند و دادگاه باید ابتدا به این اختلاف رسیدگی و در ماهیت امر اظهارنظر کند. از آنجا که ماده‌ای با این محتوا بلافاصله پس از مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون جدید آمده است که به تعیین و نصب داور توسط دادگاه قضایی اشاره دارد، می‌توان گفت بی‌تردید مانند گذشته ماده ۴۶۱ در خود بحث استقلال یا عدم استقلال شرط داوری از معامله اصلی را جای داده است. (اسکینی، ۱۳۸۳، ص ۱۹) تا قبل از تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی در ایران، داوری بین‌المللی در حقوق ایران مشمول مقررات قانون آیین دادرسی بود ولی با تصویب قانون مذکور که با اقتباس از قانون نمونه داوری آنسیترال (۱۹۸۵) تهیه و تصویب شده، احکام آن دو از یکدیگر تفکیک گردیده است. امروزه روند اصلی در قوانین داوری اکثر کشورها و همچنین در مقررات و قواعد داوری سازمان‌های داوری بین‌المللی، آن است که شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی در نظر گیرند. بعضی از کشورها مقررات صریحی در خصوص استقلال شرط داوری وضع نموده‌اند و بعضی با تفسیر عبارات شرط داوری، قصد و نیت طرفین را در آن‌ها جست‌وجو می‌کنند و شرایط و اوضاع و احوال انعقاد قرارداد و روابط تجاری قبلی طرفین و یا عرف ذی‌ربط را برای تفسیر قرارداد و دلالت بر قصد طرفین به جدا نمودن شرط داوری از قرارداد اصلی ملاک می‌دانند.

### بخش سوم: استقلال شرط داوری از دیدگاه فقهی

به لحاظ فقهی در نگاه اول قاعده تبعیت شرط از عقد با اصل استقلال شرط داوری در تعارض بوده و مانع پذیرش آن است؛ اما آشکار است که عدم پذیرش این اصل به‌ویژه در داوری‌های بین‌المللی نهاد داوری را از اساس متزلزل می‌سازد؛ لذا جهت توجیه این اصل از دیدگاه فقهی ذکر مطالب ذیل خالی از فایده نیست:

شکی نیست که عقد به موجب اراده متعاقدين انشاء می‌گردد. طرفین نیز غالباً حقوق و تعهدات ناشی از شرط را همراه حقوق و تعهدات ناشی از عقد خواستارند و این نوع از اراده خود موجب پیدایش قاعده تبعیت شرط از عقد گردیده است؛ اما نکته‌ای که باید بدان توجه نمود این است که این، وضعیت اغلب قراردادها است؛ لذا چنانچه در موردی اثبات گردد



طرفین خود را به شرط حتی پس از بطلان قرارداد اصلی ملزم دانسته‌اند این اراده باید محترم شمرده شود. از جمله دلایلی که می‌توان برای اثبات این ادعا مورد استفاده قرارداد توجه دادن اصل استقلال شرط داوری به قاعده "العقود تابعه للقصود" می‌باشد. قاعده مذکور بر این معنا دلالت دارد که عقد واقع شده فی مابین متعاملین نفیاً و اثباتاً تابع قصد آنهاست؛ لذا هر آنچه طرفین قصد کرده‌اند بر آن مترتب می‌شود. به عبارت دیگر مطابق بیان جناب بجنوردی در القواعد الفقہیہ عنوانین معاملات و معاوضات جز با قصد و اراده واقع نمی‌گردند؛ بنابراین تحقق عنوانین عقود تابع قصد آنهاست. (بجنوردی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۳۶) اما در اینکه مقصود اصلی از تبعیت در قاعده تبعیت عقد از قصد چیست جناب مکارم شیرازی در کتاب خود القواعد الفقہیہ این گونه پاسخ می‌دهند: خواه مقصود از تبعیت این باشد که عقد بدون قصد اصلاً تحقق نمی‌یابد یا اینکه عقد به موجب و قابل و عوض و معوض نیازمند است و یا در حالت سوم (که ظاهراً مراد از قاعده همین حالت سوم است) تحقق عقد از حیث نوع، کم، کیف و شرایط تابع قصد می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۳۶۹)، همگی این احتمالات زیر چتر این قاعده قرار می‌گیرند؛ لذا شرطی چون شرط داوری را نیز باید تابع قصد طرفین پنداشت؛ بنابراین چنانچه متعاملین هنگام بنا نهادن شرط داوری ضمن قرارداد بر این عقیده و قصد باشند که داور دارای این صلاحیت باشد که حتی در خصوص بطلان قرارداد اصلی نیز اظهار نظر نماید، صرف نظر از قاعده کلی تبعیت شرط از عقد نمی‌توان این اراده و قصد طرفین را نادیده انگاشت؛ لذا مطابق با قاعده تبعیت عقد از قصد در مورد شرط داوری می‌توان قائل به استقلال آن از قرارداد پایه گشت.

### بند اول: دلایل طرفداران نظریه تبعیت داوری از عقد اصلی

برخی بر این اعتقادند که موضوع ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق به صلاحیت داور برای اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود برمی‌گردد و به بحث استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی مربوط نیست. به عبارت دیگر مفاد ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی صرفاً ناظر بر این است که هرگاه به صلاحیت داور (اعم از داور منفرد یا مرجع داوری)



اعتراض شود، آن داور نمی‌تواند به صلاحیت خود رسیدگی کند و ماده مذکور به هیچ‌وجه ناظر به استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی نیست. این نظر قابل تبعیت نیست. در واقع صحیح است که ماده ۶۳۶ قانون آئین دادرسی مدنی سابق و نیز ماده ۴۶۱ فعلی به نوعی به صلاحیت داور مبنی بر تشخیص صلاحیت خود مربوط می‌شود (یعنی اگر معلوم شود که قرارداد داوری باطل است، معلوم می‌شود که داور صلاحیت رسیدگی ندارد و باید دادگاه قضایی صالح به اختلاف رسیدگی کند)، لیکن مواد مزبور در پی بیان وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی نیز هستند؛ زیرا اگر دادگاه پس از رسیدگی تشخیص دهد که قرارداد اصلی معتبر نیست، به قرارداد داوری نیز نباید توجه کند و در نتیجه نباید به انتخاب داور مبادرت ورزد تا مثلاً داور به آثار ناشی از بطلان قرارداد اصلی رسیدگی کند. مبنای عدم توجه به داوری نیز این است که قرارداد داوری، به سبب بطلان قرارداد اصلی باطل است؛ اما اگر صحت معامله احراز شد رسیدگی به اختلاف ناشی از چنین معامله‌ای باید به داوری واگذار شود، مگر آنکه خود قرارداد داوری باطل باشد که در این صورت، به آثار ناشی از اعلام صحت قرارداد اصلی نیز به درخواست طرفین یا یکی از آنها دادگاه باید رسیدگی نماید. بر این اساس، این عقیده قابل ایراد نیست که: «شرط ارجاع به داوری که در 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 داوری‌ای ارجاع کرد» زیرا همان‌طور که بعضی نویسندگان گفته‌اند، روح و مفهوم قانون حاکم بر رابطه قرارداد اصلی و شرط داوری تبعیت شرط از عقد را مقرر می‌کند و آنچه باقی می‌ماند این است که مشخص شود حدود این تبعیت تا کجاست. (اسکینی، ۱۳۸۳، ۲۰) نتایج تبعی دانستن شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی را می‌توان این‌گونه تبیین نمود: اولاً از جهت تحقق یا وجود، نفوذ و اعتبار شرط داوری تابع عقد اصلی است. چنانچه قرارداد اصلی به جهتی از جهات باطل باشد، شرط داوری نیز باطل خواهد بود، اگرچه به خودی‌خود تمامی شرایط صحت عقد را دارا باشد. همچنین اگر قرارداد اصلی تنفیذ شود این نفوذ به شرط نیز سرایت و شرط را نافذ می‌گرداند. ثانیاً بقا و انحلال شرط داوری

نیز تابع عقد اصلی است؛ یعنی چنانچه عقد اصلی به سببی از اسباب، فسخ یا اقاله گردد یا مدت آن منقضی شود، شرط داوری ضمن آن نیز به خودی خود منحل می‌گردد.

### بند دوم: دلایل طرفداران تفکیک پذیری شرط داوری

الف) وقتی طرفین توافق می‌کنند که هر نوع اختلافی ناشی یا در ارتباط با قرارداد از طریق داوری مورد رسیدگی قرار گیرد معقول و منطقی است که این توافق شامل اختلافات راجع به اعتبار قرارداد و یا اختتام آن و یا هر مورد دیگری نیز باشد. چنانچه در هنگام تنظیم یک قرارداد از طرفین آن پرسیده شود که هرگونه اختلاف ناشی از این قرارداد یا در ارتباط با آن به داوری باید ارجاع شود شامل اختلافات راجع به اعتبار خود قرارداد نیز می‌شود یا خیر به طور منطقی پاسخ طرفین مثبت خواهد بود به علاوه تأکید می‌نمایند که هر نوع اختلافی باید در نزد داوران مرضی‌الطرفین رسیدگی شود؛ بنابراین قصد و نیت طرفین باید دارای اعتبار و اثر باشد. در تمام رژیم‌های حقوقی، اعم از داخلی و حقوق بین‌الملل، قصد و نیت از مهم‌ترین اصول تفسیر قرارداد است. همچنین وقتی که به نظر عرف ارجاع اختلاف شامل اعتبار قرارداد نیز است باید آن را مورد احترام قرار داد. این امر حتی منطبق با اصل حسن نیت، عقل و منطق، عدالت واقعی و اعتماد یا انتظار مشروع است. اصل کلی حسن نیت بدون توجه به نوع و مفاد قراردادها به طور یکسان بر آنها حکومت می‌کند به این معنی که حسن نیت در قراردادهای ذاتاً رقابتی و متضمن رفتار فرصت طلبانه بر طرفین قرارداد تحمیل می‌شود. حتی برخی حسن نیت را در بعضی موارد بسیار قدرتمندتر و مؤثرتر از ابزارهای دیگر برای رسیدن به انصاف و عدالت قراردادی دانسته‌اند. اصل حسن نیت جزئی از حقوق موضوعه است و در مقام اصل کلی بر همه مقررات و توافقات سیطره دارد. ماهیت حقوقی و الزامی بودن اصل حسن نیت توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد نیز در اعلامیه مربوط به اصول حقوق بین‌الملل درباره روابط دوستانه و همکاری میان ملت‌ها و بند ۲ از ماده ۲ منشور ملل متحد مصوب ۵ تیرماه ۱۳۲۴ توسعه یافته است. در توضیح این اصل باید گفت: حسن نیت الزام معنوی به رعایت مقررات حقوقی و وفای به عهد و پیمان است. غرض از حسن نیت در تفسیر یک توافق نامه آن است که



مراجع قضایی یا داوری به نحوی آن را تفسیر کنند که طرف‌های مربوطه را به اجرای آن ترغیب نمایند.

ب) اگر یکی از طرفین مدعی شود که قرارداد از ابتدا باطل بوده یا بعداً فاقد اعتبار گردیده و شرط داوری فاقد اثر است و امکان مراجعه به داوری وجود ندارد، این امر همیشه و در هر مرحله‌ای از رسیدگی مجوزی خواهد بود که ادعا شود قرارداد باطل است و از این طریق امکان سوءاستفاده فراهم خواهد شد. قانون باید موارد سوءاستفاده را به حداقل برساند و سعی نماید که امکان اجرای قرارداد را به حداکثر افزایش دهد. تفسیر واقعی یک قرارداد باید همه جنبه‌های موافقت‌نامه را از کلمات بکار رفته تا مقاصد طرف‌ها و اهداف مربوطه، مورد توجه قرار دهد و به نحوی عمل شود که توافق منعقدۀ معتبر و قابل اجرا باشد. اگر امکان چنین ادعایی وجود داشته باشد و مدعی بتواند این ادعا را در محاکم داخلی مطرح نماید و سپس محاکم مربوطه در خصوص قبول یا عدم قبول آن اتخاذ تصمیم نمایند، این امر با فلسفه، هدف، سرعت و سادگی در رسیدگی به اختلافات فی‌مابین، از طریق داوری و محرمانه بودن آن مغایر و همچنین هزینه و زحمت مراجعه به محاکم را نیز به دنبال خواهد داشت. در واقع در اینجا دادگاه وارد رسیدگی به مسائلی می‌شود که طرفین به‌درستی خواستار آن در قرارداد نبوده‌اند. طرفین یک قرارداد که در آن شرط ارجاع اختلافات به داوری قید شده و بر آن توافق می‌نمایند، در مورد چند موضوع توافق و رضایت دارند: توافق اول که در ابتدا انجام می‌شود، مربوط به امور مشخصی است که باید انجام شود و توافق دوم که مستقل از توافق اولیه است و در ارتباط با داوری در خصوص اختلافات فی‌مابین در ارتباط با قرارداد اصلی است حتی اگر ادعا شود که باید مرجعی صالح تصمیم‌گیری نماید که قرارداد اصلی باطل و کان لم یکن است، توافق رجوع به داوری قابل تفکیک و مستقل از قرارداد اصلی است و باقی و معتبر خواهد بود تا به‌تمامی این مسائل رسیدگی نماید. به‌رحال باید توجه نمود که توافق به ارجاع اختلافات به داوری از بدنه اصلی توافق اولیه جدا شده و به‌صورت یک توافق مستقل ظاهر می‌شود. به‌عبارت‌دیگر در این موارد طرفین دو توافق‌نامه با یکدیگر منعقد می‌نمایند. برخی حقوقدانان عقیده دارند که توافق به داوری باید به‌صورت موازی با قرارداد اصلی مورد توجه

قرار گیرد. در اکثر کشورها نیز دادگاه‌ها در خصوص استنباط و تصمیم داوران دخالتی نمی‌نمایند و در مورد اعتبار قراردادی که صلاحیت داوری از آن گرفته شده است تصمیمی اتخاذ نمی‌کنند.

ج) بی‌ارتباط نخواهد بود اگر اشاره شود که در دیوان‌های داوری بین‌المللی، دولتی که به تصمیم اتخاذی معترض باشد فقط در صورت توافق می‌تواند اعتراض خود را فرضاً به دیوان بین‌المللی دادگستری ارجاع دهد؛ مانند داوری پادشاه اسپانیا در سال ۱۹۶۰ که بعد از صدور حکم طرفین توافق نمودند اعتبار حکم صادره در دیوان بین‌المللی دادگستری رسیدگی گردد. این امر نشان می‌دهد که دادگاه‌های داخلی نیز صلاحیت رسیدگی به اعتبار تصمیم دیوان داوری را ندارند و رسیدگی در مراجع بین‌المللی نیز به توافق طرفین نیاز دارد. در واقع این امر ناشی از جوهر و ذات داوری است که سعی می‌کند احکام قطعی و الزامی را با استقلال و صلاحیت کامل خود صادر نماید. توجه به این نکته نیز ضروری است که تفاوت بارزی میان ادعای اینکه قرارداد باطل است و یا اینکه اصلاً قرارداد از ابتدا منعقد نشده و یا حتی وجود نداشته است می‌توان قائل شد. البته اثبات ادعای عدم وجود قرارداد دشوار است خصوصاً اگر یکی از طرفین در هر مرحله‌ای اقدامی انجام داده باشد که نشان می‌دهد این عمل ناشی از وجود قرارداد بین طرفین است یا به عبارت دیگر قرارداد بین طرفین اجرا شده است.

د) استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در بند ۳ ماده ۶ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی آمده است که بر اساس آن صرف این ادعا که قرارداد اصلی باطل و بی‌اعتبار است یا قراردادی وجود نداشته، صلاحیت مرجع داوری را متوقف نمی‌کند مشروط بر اینکه مرجع داوری اعتبار موافقت‌نامه داوری را احراز نماید. در این زمینه آرا متعددی وجود دارد که دیوان داوری با استناد به مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی اعلام داشته است که نمی‌توان موافقت‌نامه داوری را به دلیل بطلان قرارداد اصلی بی‌اعتبار دانست؛ بنابراین اصل استقلال شرط داوری بخصوص بر اساس نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، مدت‌ها است که به رسمیت شناخته شده است.



## بخش چهارم: آثار استقلال شرط داوری

در مورد آثار عملی استقلال شرط داوری، دو فرض را می‌توان تصور کرد:

نخست آنکه در مواردی که داوری مبتنی بر شرط ضمن قرارداد یا معامله اصلی است، خواننده ممکن است به این دلیل که قرارداد اصلی تشکیل نشده یا تحقق نیافته است (به علت اشکال در ایجاب یا قبول)، یا فسخ شده (به علت یکی از اختیارات)، یا قرارداد باطل است (به عللی مانند فقدان قصد یا اهلیت یکی از طرفین یا غیرقانونی بودن و مخالفت قرارداد بانظم عمومی) یا قرارداد نافذ نیست (به عللی مانند فصولی بودن یا فقدان اختیار نماینده در ملتزم نمودن اصیل به قرارداد موردنظر یا فقد اختیارات مدیر شرکت)، به صلاحیت مرجع داوری ایراد کند. اگر گفته شود شرط داوری تابع قرارداد اصلی است ادعای بی‌اعتباری قرارداد اصلی به شرط داوری هم سرایت می‌کند و آن را از اعتبار ساقط می‌نماید؛ و در نتیجه مرجع داوری قابل تشکیل نیست تا بتواند به این ادعاها رسیدگی نماید؛ اما سؤال این است: آیا مرجع داوری می‌تواند علی‌رغم چنین ادعاهایی تشکیل گردد و به ایراد عدم صلاحیت رسیدگی کند؟

فرض دوم آنکه ممکن است یکی از طرفین با ادعای بی‌اعتباری شرط داوری مندرج در قرارداد، دعوی خود را بدو در دادگاه اقامه نماید. در این صورت علی‌القاعده خواننده از دادگاه درخواست می‌کند که با توجه به وجود شرط داوری در قرارداد، قرار عدم صلاحیت صادر نماید و دعوا را به داوری ارجاع کند. در اینجا هم سؤال این است که آیا دادگاه مکلف است قرار عدم صلاحیت صادر نماید یا می‌تواند وارد رسیدگی شود؟ به عبارت دیگر آیا ادعای بی‌اعتباری یا بطلان قرارداد اصلی نسبت به شرط داوری تسری دارد و آن را بی‌اثر می‌نماید یا خیر؟ و آیا دادگاه می‌تواند به موضوع رسیدگی کند یا اینکه علی‌رغم ادعای بی‌اعتباری قرارداد اصلی، شرط داوری به قوت خود باقی خواهد ماند و خود مرجع داوری باید به اختلافات طرفین از جمله درباره عدم تشکیل قرارداد یا بی‌اعتباری یا عدم نفوذ آن رسیدگی کند؟



این دو سؤال در واقع قرینه یکدیگرند زیرا محور و جوهر هر دو سؤال این است که آیا شرط داوری ضمن قرارداد، از قرارداد اصلی مستقل است یا نه؛ اما در تحلیل دقیق تر می توان بین این دو پرسش تفکیک قائل شد و گفت: سؤال اول ناظر به رابطه مرجع داوری و دادگاه از حیث صلاحیت است به این معنی که آیا رسیدگی به ادعای عدم انعقاد قرارداد اصلی یا بی اعتباری یا خاتمه یافتن قرارداد و شرط داوری مندرج در آن با دادگاه است یا مرجع داوری؟ در حالی که سؤال دوم مربوط به تفسیر قرارداد اصلی یا شرط داوری است که نتیجه آن ناظر به امر صلاحیت است. به عبارت دیگر در سؤال دوم موضوع این است که آیا طرفین با توافق بر داوری، به طور ضمنی این قصد را هم داشته اند که مرجع داوری صلاحیت داشته باشد به ادعای عدم تشکیل یا عدم اعتبار قرارداد نیز رسیدگی کند و اتخاذ تصمیم نماید یا خیر؟

در مورد استقلال شرط داوری، عده ای از نویسندگان گفته اند شرط ابتدایی معتبر نیست و شرط داوری هم مانند سایر شروط ضمن عقد، تابع قرارداد اصلی است و مستقلاً وجود ندارد و دلیلی ندارد که شرط داوری از قرارداد اصلی پیروی نکند. مدافعان عدم استقلال شرط داوری به این قاعده استناد می کنند که فرع (موضوع فرعی) از اصل خود پیروی می کند و معتقدند که ادعای بطلان قرارداد خود به خود شرط داوری مندرج در قرارداد را هم در بر می گیرد. به عقیده ایشان مادام که تکلیف اعتبار یا بطلان قرارداد معلوم نشده و شرط داوری در معرض ادعای بی اعتباری قرار گرفته، سرنوشت آن نامعلوم است و این موضوع باید در دادگاه رسیدگی شود. در نتیجه مرجع مرکز داوری اتاق ایران، صلاحیت رسیدگی به صلاحیت خود را که اساس شرط داوری است ندارد. افزون بر این داوری استثنای بر اصل صلاحیت محاکم دادگستری است و در صورت تردید اصل جاری می شود. در این رابطه باید گفت اداره حقوقی قوه قضاییه نیز طی یک نظر مشورتی از نظریه عدم استقلال شرط داوری دفاع می کند. نظریه مورد اشاره به شرح ذیل است:

نظریه شماره ۷/۷۲۱ - ۱۳۸۴/۲/۱۰ (سایت دادگستری کل استان اصفهان، ۱۳۹۳)



سؤال: آیا شرط داوری در قراردادی که اصل آن فسخ یا اقاله شده است، می‌تواند مستند ارجاع امر به داوری از جانب دادگاه باشد؟

پاسخ: ارجاع امر به داوری موقوف به احراز وجود اختلاف و تراضی طرفین به داوری است، علی‌هذا اگر معامله‌ای به سبب فسخ یا اقاله منحل گردد و در نتیجه اصل معامله و یا قرارداد از بین برود بدیهی است که شرط داوری پیش‌بینی شده در آن نیز مانند بقیه تعهدات و شروط از بین رفته است مگر اینکه طرفین در مورد همین موضوع یعنی از بین رفتن اصل قرارداد یا معامله اختلاف داشته باشند می‌بایست وفق ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی رفتار گردد. صرف درج شرط داوری در قراردادی که اصل آن فسخ یا اقاله شده و از بین رفته است تکلیفی برای دادگاه جهت ارجاع امر به داوری نمی‌باشد. در برابر این نظر، حامیان استقلال شرط داوری معتقدند که این شرط از قرارداد اصلی مستقل است و تحت تأثیر بی‌اعتباری یا بطلان احتمالی آن قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر شرط داوری موضوعاً و حکماً یک قرارداد مستقل است؛ زیرا موضوع قصد قرارداد جداگانه طرفین است و صرف اینکه در قرارداد اصلی درج شده، به معنای شرط ضمن عقد نیست. به علاوه شروط ضمن عقد معمولاً ناظر به خود موضوع قرارداد است و نیز با موضوع معامله سنخیت دارد (مانند شروط مربوط به اوصاف مبیع یا نحوه تسلیم یا نحوه پرداخت و امثالهم) در صورتی که شرط داوری سنخیتی با معامله اصلی ندارد و نباید آن را با شروط ضمن معامله اشتباه کرد. فلسفه و هدف از شرط داوری آن است که اختلافات طرفین در مورد قرارداد اصلی به داوری ارجاع شود و یکی از این اختلافات، همین اختلاف درباره اعتبار یا بی‌اعتباری قرارداد اصلی است و اگر آن را از داوری استثنا کنیم، برخلاف قصد طرفین عمل کرده‌ایم.

### بند اول: استقلال در داوری بین‌المللی

در روابط تجاری بین‌المللی به شرط داوری اعتباری مستقل بخشیده شده و از آن به‌عنوان نهادی کارآمد جهت حل اختلافات بین‌المللی یاد می‌کنند زیرا هنگامی که در شرط داوری قید می‌شود کلیه اختلافات به داوری ارجاع می‌شود، اعتبار و قابلیت اجرای خود شرط داوری

به جای خود محفوظ می ماند در غیر این صورت مقصود اصلی طرفین از شرط داوری بلا اجرا خواهد ماند. در تأیید این نظر از میان اسناد بین المللی داوری می توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- اصل استقلال شرط داوری و صلاحیت مرجع داوری برای تصمیم گیری درباره صلاحیت خود حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی، در بند ۴ ماده ۶ قواعد داوری ICC (سایت اتاق بازرگانی بین المللی ۱۳۹۳) پذیرفته شده است. به موجب این ماده: جز در مواردی که طرفین به گونه ای دیگر 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 بر اینکه مرجع داوری اعتبار موافقت نامه 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 احياناً وجود نداشته یا باطل بوده باشد، معتبر و مستقر خواهد بود.

۲- در بند ۲ از ماده ۲۱ قواعد آنسیترال آمده: دیوان داوری اختیار خواهد داشت که نسبت به وجود یا اعتبار قراردادی که قید داوری بخشی از آن است تصمیم بگیرد. در ادامه این بند نیز آمده: تصمیم دیوان داوری مبنی بر کأن لم یکن بودن قرارداد قانوناً مستلزم بی اعتباری قید داوری نیست. (سایت مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، ۱۳۹۲)

۳- قانون متحدالشکل شورای اروپا راجع به داوری مورخ ۱۹۶۶ در بند ۲ از ماده ۱۸ مقرر می دارد: حکم به عدم اعتبار یک قرارداد قانوناً مستلزم بطلان موافقت نامه داوری مندرج در آن نیست. (سایت کنوانسیون های شورای اروپا)

۴- در بند سوم قطعنامه آمستردام مورخ ۱۹۵۷ رژیم حقوقی قرارداد و شرط داوری از رژیم حقوقی قابل اعمال نسبت به ماهیت دعوا منفک شناخته شده است. (سایت انیستیتو حقوق بین الملل، ۱۳۹۳)

۵- ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ نیز مقرر می دارد: شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت نامه ای مستقل تلقی می شود. تصمیم داور در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی نفسه به منزله عدم



اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود. (سایت مرکز داوری اتاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران، ۱۳۹۲)

پذیرش هر یک از مجموعه قواعد یا مقررات مورد اشاره نشانگر اراده ضمنی قانون گذاران در قبول اصل استقلال شرط داوری است؛ لذا می توان گفت اگرچه که قاعده استقلال شرط داوری می تواند مخالفانی نیز داشته باشد و یا به صورت محدود پذیرفته شده باشد مانند نظام های حقوقی ایالات متحده و انگلستان (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۱۵۳) اما غالب نظام های حقوقی این قاعده را پذیرفته اند یا حداقل قانون یا رویه قضائی تثبیت شده ای مبنی بر رد استقلال شرط داوری هنگامی که در قراردادهای باطل درج گشته باشد ندارند.

### نتیجه گیری

همان گونه که بیان گردید در خصوص رابطه عقد و شرط، شرط هایی وجود دارند که دارای ویژگی استقلال و ادامه حیات حقوقی خارج از عقد می باشند. از جمله این شروط، شرط داوری است و مطالعه تطبیقی اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی نشان می دهد که اصل مورد بحث در حد وسیعی در نظام های حقوقی داخلی کشورها پذیرفته شده و علاوه بر این در داوری های بین المللی، توسط داوران به نام در پرونده های مهم مورد تأکید قرار گرفته است. همچنین بررسی رویه های قضایی کشورهای مختلف و دیدگاه های علمای حقوق نشان می دهد که جهات مختلفی می تواند رد نظر وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی را توجیه کند. در واقع اراده مفروض طرفین به استقلال دو قرارداد و وجود قاعده مادی بین المللی بر پذیرش این اصل هر یک می تواند توجیه منطقی قبول نظریه استقلال باشد ولی به نظر می رسد بیش از هر چیز فایده عملی اصل استقلال است که موجب پذیرش آن در جهان شده است. مؤسسه ها و سازمان های داوری بین المللی نیز اصل استقلال شرط داوری را در قواعد داوری خود پذیرفته اند، به گونه ای که اختلاف در خصوص وجود یا نفوذ یا اعتبار قرارداد اصلی، تأثیری بر اعتبار شرط داوری نخواهد داشت و مرجع داوری، تشکیل و به اختلاف طرفین نسبت به اصل قرارداد نیز رسیدگی خواهد نمود. این همان قاعده ای است که از آن به عنوان "صلاحیت به

صلاحیت " یا " صلاحیت در احراز صلاحیت " یاد می‌شود. همان‌طور که ملاحظه می‌شود، داوری تجاری بین‌المللی هیچ خصوصیت یا ویژگی منحصر به فردی ندارد که استقلال شرط داوری را مخصوص این نوع داوری بدانیم و در داوری‌های داخلی بی‌اعتبار تلقی کنیم. اگر استقلال شرط داوری در حقوق ایران با مانع اساسی مواجه بود یا از نظر حقوقی اشکال مبنایی داشت، در داوری تجاری بین‌المللی هم می‌بایست، با مانع یا اشکال مواجه می‌شد و قانون‌گذار از پذیرفتن آن خودداری می‌ورزید؛ لذا می‌توان از این نظریه که در حقوق ایران در داوری‌های داخلی نیز شرط داوری از معامله اصلی مستقل است و مرجع داوری می‌تواند به ادعای مربوط به اصل معامله نیز رسیدگی کند دفاع نمود. این نظر در راستای تقویت و گسترش نهاد داوری است که با استقبال عموم به‌ویژه در دعاوی تجاری مواجه گردیده است.



## منابع و مأخذ

- القرآن الکریم.

- اجتهادی، عباس [و دیگران]، گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۴.

- احمدی و استانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، تهران، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی و اقتصادی، ۱۳۴۱.

- اسکینی، ربیعا، «مبانی نظری اصل استقلال موافقتنامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، نشریه نامه مفید، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، شماره ۴۳؛ قم.

- اشمیتوف، کلایومک میلان، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی [و دیگران]، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۷۸.

- اصفهانی، محمدحسین، بحوث فی الفقه، قم، موسسه النشر اسلامی، ۱۳۶۷.

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۰.

- انصاری، مرتضی بن محمدامین المکاسب، قم، احسن الحدیث، ۱۳۷۹.

- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، قم، بی‌نا، ۱۳۶۴.

- بهرامی احمدی، حمید، کلیات عقود و قراردادها، تهران، میزان، ۱۳۸۱.

- پناهنده، سید بهرام، «شرط ضمنی در قانون مدنی ایران»، ماهنامه دادرسی، فروردین و اردیبهشت ۹۰، شماره ۸۵، تهران.

- جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوریه‌های تجاری بین‌المللی، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۶.

- حائری، علی، شرح قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.

- حسینی حائری، کاظم، القضاء فی الفقه الاسلامی: درسه استدلالیه تناول اهم مباحث القضاء فی الفقه الاسلامی مقارنا فی جمله منها للفقه الوضعی، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ق = ۱۳۷۳.



- حسینی نیک، عباس، قانون مدنی با آخرین اصلاحات بانضمام قانون مسئولیت مدنی تصحیح و مقابله بر اساس کتاب قانون مدنی در نظم کنونی دکتر ناصر کاتوزیان، تهران، مجد، ۱۳۹۱.
- خمینی، روح‌الله، استفتائات، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۲.
- خوئی، محمدتقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، قم، موسسه المنار، ۱۳۷۳.
- ذوالمجدین، زین العابدین، فقه و تجارت، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۲۶.
- روحانی، محمدصادق، المسائل المستحدثة، قم، شفق، ۱۳۵۲.
- ره‌پیک، حسن، حقوق مدنی حقوق، تهران، خرسندی، ۱۳۸۵.
- سبحانی، جعفر، دراسات موجزه فی الخيارات و الشروط، قم، جامعه المصطفی صلی الله علیه و آله و سلم العالمیه، ۱۳۷۸.
- سنگلجی، محمد، ضوابط و قواعد و معاملات، تهران، ۱۳۴۷.
- سیمایی صراف، حسین، شرط ضمنی، پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و قانون خارجی، قم، بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، ۱۳۸۰.
- شهید اول، محمدبن مکی، القواعد والفوائد فی الفقه والاصول والعریه، نجف، جعیه منتدی النشر، ۱۳۵۹.
- شهبازی، محمدحسین، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، تهران، محمد حسین شهبازی، ۱۳۸۴.

