

## مقاله پژوهشی

### ابعاد حقوقی اثر ادعای فسخ قرارداد بر اعتبار شرط داوری تجاری بین‌المللی مهدی اصغری مقدم<sup>۱</sup> مصطفی ماندگار<sup>۲</sup> مصطفی السان<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۱

**چکیده:** هدف از پژوهش حاضر بررسی ابعاد حقوقی اثر ادعای فسخ قرارداد بر اعتبار شرط داوری تجاری بین‌المللی می‌باشد. روش تحقیق توصیفی تحلیلی می‌باشد و به بررسی ابهامات موجود در شروط داوری و اثر ادعای فسخ قرارداد بر شرط داوری می‌پردازد. و در صدد پاسخ به این سؤال هست که اگر اصل قرارداد باطل یا اقاله شد تکلیف شرط داوری چه می‌شود؟ یافته‌ها نشان می‌دهد، اگر معامله ای به سبب فسخ یا اقاله منحل گردد در نتیجه اصل معامله یا قرارداد از بین برود، شرط داوری پیش‌بینی شده در آن نیز مانند بقیه تعهدات و شروط از بین می‌رود مگر اینکه طرفین در مورد همین موضوع یعنی از بین رفتن اصل قرارداد یا معامله و به اعتبار فسخ ایراد نماید اختلاف داشته باشند که می‌بایست وفق ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی رفتار گردد.

**واژگان اصلی:** شرط ارجاع به داوری، داوری تجاری بین‌المللی، فسخ قرارداد، تعهدات ناشی از شرط داوری، نظام بین‌الملل.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد یزد، دانشگاه آزاد اسلامی،

یزد، ایران. mehdi.asgharimoghaddam@yahoo.com

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز،

ایران (نویسنده مسئول). Drmandegar@gmail.com

<sup>۳</sup> دانشیار گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

mostafaalsan@yahoo.com

### مقدمه

شرط داوری را نمی توان يك قرارداد نامعین موضوع ماده ۱۰ ق. م دانست. براساس يك تقسیم بندي سنتي در حقوق ما عقود به عقود معین و نامعین تقسیم می شوند. عقود معین عقودي هستند که نام، شرایط و احکام آنها در قانون تعیین شده است و عقود نامعین عقودي هستند که نام، شرایط و احکام آنها در قانون ذکر نشده و اعتبار خود را از ماده ۱۰ ق. م می گیرند. همان گونه که برخی نویسندگان گفته اند دامنه عقود معین را نباید به عقود مصرح در قانون مدني محدود کرد و باید قائل به این بود که هر گاه قانوني (در معنای اعم) عقدي را نام ببرد و شرایط و آثار آن را تعیین کند، آن عقد به دایرة عقود معین افزوده خواهد شد. از آنجا که داوری در حقوق ما يك عقد شناخته شده است و نام، شرایط و آثار آن در قوانیني مانند قانون آیین دادرسي مدني و قانون داوري تجاري بين المللي مصوب ۱۳۷۶ ذکر شده است، بنابراین عقد داوري در زمره عقود معین تلقي می شود. در نتیجه نمی توان آن را يك قرارداد خصوصي موضوع ماده ۱۰ ق. م دانست. ضابطه تشخیص ماهیت عقد معین از غیرمعین مجموعه آثاري است که قانون به ذات عقد معین نسبت داده است. بنابراین ماهیت يك عقد غیرمعین نمی تواند داراي آثار ذاتي عقود معین شود. برخی خاص بودن قرارداد داوری را بدانجا دانسته اند که حتي آن را با قواعد لزوم و جواز قانون مدني نیز قابل تحلیل نمی دانند. در حقوق ما قرارداد داوري در وهله اول اعتبار خود را از مقررات داوري قانون آیین دادرسي مدني و قانون داوري تجاري بين المللي مصوب ۱۳۷۶ می گیرد. (افتخار جهرمی، ۱۳۸۷: ۴۴)

### بیان مساله

در اغلب موارد داوری به صورت یک شرط در ضمن قرارداد دیگری مطرح می گردد و کمتر موردی را

شاهدیم که داوری به صورت قرارداد اصلی، منعقد شود. شرط داوری به دو شکل ممکن است مطرح شود: اول؛ شرط داوری که در ضمن قرارداد اصلی مطرح می شود. دوم؛ شرط داوری به موجب قرارداد جداگانه ای که خودیك قرارداد داوری نام می گیرد، مطرح می شود. (مصلحی عراقی، ۱۳۸۵: ۸۸) در صورت اول طرفین در خصوص موضوع اصلی قرارداد کاری تنظیم می کنند، که یکی از قسمتهای آن به بحث داوری اختصاص می یابد. به بیان دیگر، یکی از شروط آن حق مراجعه به دیوان داوری است. اما صرف وجود شرط داوری تنها کافی نیست و حتماً باید همراه با تقاضای ارجاع به داوری باشد تا، صلاحیت دیوان به طور کامل محقق گردد. هم چنین برای تعیین محدوده صلاحیت دیوان حتماً باید به شرط و قرارداد اصلی توجه شود. همچنین به اعتقاد برخی حقوقدانان قلمرو شرط داوری ممکن است با توافق طرفین جرح و تعدیل هم گردد. این شرط، به اختلافاتی مربوط می شود که از اجرای تفسیر قرارداد اصلی در آینده پیش خواهد آمد. قبل از بروز اختلاف طرفین بر طبق مفاد این شرط متعهد می شوند که تمام یا بخشی از اختلافاتی که در آینده پدید می آیند، را از طریق داوری حل کنند. اگر قرارداد اصلی به هر دلیل باطل فسخ شود، این شرط به صورت مستقل از قرارداد اصلی و معتبر باقی می ماند. در حقوق داخلی ایران، این نظر قابل تبعیت نیست. در واقع، درست است که ماده ۶۳۶ قانون آ.د.م. سابق و نیز ماده ۴۶۱ فعلی به نوعی به صلاحیت داور مبنی بر تشخیص صلاحیت خود مربوط می شود، 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 نماید، تا داور به آثار ناشی از بطلان قرارداد اصلی رسیدگی کند. مبناي عدم توجه به داوری این است که قرارداد داوری به سبب بطلان قرارداد اصلی باطل است، اما اگر صحت معامله احراز شد، رسیدگی به اختلاف ناشی از چنین معامله باید به داوری واگذار شود. بر این اساس، این عقیده قابل ایراد نیست که «شرط ارجاع به داوری، که 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. هنگامی که طرفین در قرارداد اصلی، شرط داوری را درج می‌کنند در این حالت شرط داوری بخشی از قرارداد اصلی را تشکیل داده و مانند سایر شروط قرارداد رعایت آن الزامی خواهد بود. این امر به خصوص از جهت فقهی حائز اهمیت است که بسیاری از فقها معتقدند که چنین توافق‌هایی تنها در صورتی که ضمن عقد لازم درج شده باشند، الزام آور بوده و چنانچه به صورت مجزا مورد موافقت قرار گیرد، به عنوان شرط ابتدایی تلقی شده و لازم الاجرا نخواهد بود. در این رابطه این اشکال مطرح گردیده که آیا شرط داوری دارای حیاتی مستقل است یا اینکه به قرارداد اصلی وابسته بوده و بطلان قرارداد به شرط نیز تسری پیدا می‌کند. در این راستا ماده ۴۶۱ قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ مقرر میدارد: هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید. بنابراین در قانون آیین دادرسی مدنی صحت و بطلان شرط داوری تابع قرارداد اصلی میباشد. به همین علت است که در ماده ۴۶۱ قانون آئین دادرسی مدنی به داوران اجازه نداده اند که در مورد صحت و فساد قرارداد اصلی اظهار نظر کنند و این امر را به نظر دادگاه موکول کردند که ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر نماید و در صورت صحت، داوران دخالت نمایند. اما در عین حال بند ۱ ماده ۱۶ ق.د.ت.ب ۱۳۷۶ مقرر میدارد: «داور» می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقتنامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقتنامه ای مستقل تلقی میشود. تصمیم «داور» در خصوص بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد فی‌النفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود. (زندى، ۱۳۸۹: ۴۷)

این پژوهش در صد پاسخ به این سؤال است که داور باید به صورت مطلق از شیوه و ابزار تفسیر قراردادها استفاده نماید یا شیوه و ابزار تفسیر قوانین؟ و این که اگر اصل قرارداد باطل یا فسخ یا اقاله یا

زایل شد تکلیف شرط داوری چه می شود؟  
پیشینه تحقیق

رشیدی، امید (۱۴۰۰) در مقاله‌ی تحت عنوان تفسیر شرط داوری بیان داشته است که در یک تقسیم‌بندی کلی و بر اساس نقش و تأثیر اراده در انعقاد قرارداد داوری و ارجاع دعاوی به نهاد داوری، به داوری اختیاری و داوری اجباری تقسیم شده است. شرط داوری اگر به صورت اختیاری و ناشی از تراضی و آزادی اراده منعقد گردد، دارای ماهیتی قراردادی است و در صورتی که مفاد این شرط مستلزم تفسیر باشد، داور باید از طریق شیوه تفسیر قراردادها، درصدد کشف قصد مشترک طرفین و رفع ابهام برآید؛ اما اگر در مواردی قائل به غیرارادی و اجباری بودن داوری باشیم، داور باید درصدد کشف و احراز اراده قانون‌گذار برآید و بحث از کشف قصد مشترک طرفین منتفی است و باید شیوه تفسیر قوانین مورداستفاده قرار گیرد.

#### ۱- مفهوم شناسی

در ذیل نگارنده به منظور درک دقیق و همه جانبه موضوع تحقیق، به تبیین و بررسی مفاهیم اصلی و اساسی موضوع می پردازد.

#### ۱-۱- مفهوم قرارداد

قرارداد یا عقد طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی عبارت است از اینکه: یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن ها قرار گیرد. بر اثر عقد میان دو طرف، یک رابطه جدید حقوقی برقرار می شود و طرفین با توجه به موضوع قرارداد نسبت به یکدیگر باید تعهداتی را انجام دهند. در زبان غیرتخصصی عقد و قرارداد به یک معنی است، لکن در علم حقوق منظور از اصطلاح عقد، عقود معین (آن دسته از عقدهایی که در قانون مدنی شرایط و چگونگی آن ها ذکر شده است مثل عقد بیع، عقد اجاره، عقد رهن، عقد وکالت، عقد مضاربه و غیره) استعمال می شود و حال آنکه کلمه قرارداد، بر تمامی عقود (خواه معین باشد یا نباشد) اطلاق می شود. (امامی، ۱۳۷۴: ۱۲۰)

#### ۱-۲- مفهوم داوری و شرط داوری

در تعریف داوری میتوان گفت به فرآیندی اطلاق میشود که در آن اختلاف میان طرفین در خارج از دادگاه بوسیله شخص ثالث بیطرف و منتخب طرفین حل میشود.

پرسشی که در پیوند با موضوع بحث مطرح میشود این است که موضوع شرط داوری چیست؟ آیا موضوع شرط داوری با تعریف خود داوری یکسان است؟ از لحاظ مفهومی شرط داوری در قراردادها در واقع یک تعهد و التزام است. التزام به این که چنانچه در آینده راجع به اصل قرارداد اختلافی پدید آید طرفین متعهد می‌شوند آنرا از طریق داوری حل و فصل نمایند. بنابراین بطور خلاصه موضوع بند داوری در قراردادها عبارتست از تعهد به ارجاع اختلافات آتی به داوری و خودداری از مراجعه به دادگاه جهت حل اختلاف. در نتیجه تعریف شرط داوری با تعریف خود داوری یکسان نیست. شرط داوری عبارت یا بندی از قرارداد (اصلی) است که به موجب آن طرفین متقابلاً متعهد و ملتزم می‌شوند اختلافات آتی در زمینه آن قرارداد را به داوری ارجاع دهند. ( داراب پور، ۱۳۹۳: ۳۶)

## ۲- ماهیت حقوقی شرط داوری در قرارداد

### ۲-۱- شرط داوری تعهد به فعل ثالث

در حقوق ما تعهد به فعل ثالث که برخی از آن به شرط به زیان ثالث تعبیر آن گفته شده است، ذیل عنوان شرط فعل در ماده ۲۳۴ ق. م بررسی می‌شود و در تعریف تعهدی است که به موجب آن يك شخص در مقابل طرف دیگر تعهد، مانند آنکه قیم ضمن قولنامه می‌کند که شخصی ثالث تعهد او را تنفیذ کند. راجع به مال غیرمنقول صغیر متعهد شود که تنفیذ صغیر را بعد از بلوغ و رشد تحصیل کند. (زارع؛ سلیمی، ۱۳۹۷: ۲۶) تعهدی که متعهد به فعل ثالث برخلاف آنچه برخی استادان ابراز داشته اند می‌پذیرد، در صورتی در معنای ویژه خود تحقق می‌یابد که موضوع آن يك تعهد به نتیجه باشد. تعهدی را که متعهد با موضوع تلاش و کوشش خود برای تحصیل رضای ثالث می‌پذیرد، در واقع تعهد به فعل خویش است نه ثالث. تعهد به فعل ثالث دو وجهه متفاوت دارد: در رابطه طرفین قرارداد اصلی که تعهدی است نافذ و معتبر؛ از جهت قرار گرفتن التزام و تعهد بر عهده ثالث که فضولی و غیرنافذ تلقی شده و منوط به رضایت ثالث است. در واقع در تعهد به فعل ثالث تعهد از لحظه رضایت ثالث بر عهده او قرار می‌گیرد نه از لحظه عقد. (ایزانلو، ۱۳۸۶: ۶۶) اگر شرط داوری را تعهد به فعل داور بدانیم، از آنجا که شرط یادشده شرطی است که هم علیه هر دو طرف و هم به نفع

هر دو آنهاست، بدین معنی خواهد بود که طرفین متعهد می شوند در صورت بروز اختلاف رضایت داور را به انجام داورى تحصیل کنند. در مقام تحلیل این دیدگاه می توان گفت اگرچه در شرط داورى، داور ثالث تلقی می شود و انجام داورى زمانی به عهده او قرار می گیرد که داورى را قبول کند، اما شرط داورى را نمی توان با نهاد تعهد به فعل ثالث کاملاً منطبق دانست، زیرا نخست آنکه موضوع شرط داورى که همان التزام طرفین به ارجاع اختلاف به داورى است، با موضوع نهاد تعهد به فعل ثالث که تعهد به کسب رضایت ثالث است، کاملاً متفاوت است. البته در شرط داورى هم رضایت داور شرط استقرار تعهد به انجام داورى بر عهده اوست، ولی این امر موضوع اصلی شرط داورى یعنی شرط ارجاع اختلاف به داورى نیست، بلکه از لوازم آن است. در تعهد به فعل ثالث آنچه بر عهده مشروط علیه قرار می گیرد، تعهد به کسب رضایت ثالث است، درحالی که در شرط داورى آنچه بر عهده طرفین قرار می گیرد، التزام به مراجعه به داور به منظور حل اختلاف و عدم مراجعه به دادگاه است. (زارع؛ سلیمی، ۱۳۹۷: ۳۱) دوم آنکه در تعهد به فعل ثالث، چنانچه ثالث تعهد را نپذیرد، این امر بدین معناست که متعهد به التزام خویش وفا نکرده است و صرف عدم تحقق نتیجه معهود تقصیر تلقی می شود، درحالی که در شرط داورى صرف عدم پذیرش داورى توسط داور، تقصیری را متوجه طرفین قرارداد نمی کند و نمی توان گفت متعهد به التزام خویش وفا نکرده است. سوم آنکه در تعهد به فعل ثالث هر گاه ثالث تعهد را قبول کند ولی مفاد آن را به مرحله اجرا نگذارد، متعهدله می تواند به طرفیت متعهد و ثالث اقامه دعوا کرده و اجرای تعهد را بخواهد که در این صورت هر دو آنها متضامناً مسئول خسارت متعهدله هستند. این در حالی است که صرف عدم انجام وظیفه توسط داور موجب مسئولیت طرفین نیست. (دشتی، ۱۳۹۲: ۶۶)

## ۲-۲- استقلال شرط داورى

اگر قرارداد یا شرط داورى که منشا اعتبار داورى و صلاحیت داور به شمار می رود از قرارداد اصلی فی مابین طرفین، مستقل و جدا به شمار رود، بطلان یا اقاله یا فسخ یا زوال و هر وضعیت دیگری که برای آن حادث شود در اصل اعتبار داورى و صلاحیت داور برای

رسیدگی به اختلافات ناشی یا مربوط به آن وضعیت، تاثیرگذار نخواهد بود. این دیدگاه بیشتر بر مبنای توجیه قاعده استقلال شرط داوری شکل گرفته است. مطابق این نظر شرط داوری اگرچه ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید، ولی باید با آن همانند یک قرارداد مستقل و مجزا برخورد کرد تا اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد اصلی تأثیری در صحت شرط داوری نداشته باشد. اینان معتقدند شرط داوری از شمول قواعد در زمینه شروط ضمن عقد مقرر در مواد ۲۳۴ به بعد قانون مدنی خارج است و یک تعهد فرعی و تبعی تلقی نمی‌شود. شرط داوری که ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید، دارای یک قصد و رضای مخصوص به خود است و همانند شرط داوری در یک قرارداد، مجزا از رژیم حقوقی حاکم بر شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی است و قواعد حاکم بر آن را باید در مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ جست‌وجو کرد. بنابراین دیدگاه قراردادی مستقل، به حکم ماده ۱۰ ق.م. نافذ و معتبر است چنین شرطی اگرچه ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید، ولی مستقل از آن است و اعتبار خود را از اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ ق.م. می‌گیرد. استقلال شرط داوری به طور کلی از دو نظر توجیه شده است. (رحمانی منشادی، ۱۳۹۴: ۲۲)

### ۲-۲-۱- آزادی اراده طرفین

زمانی که یک قرارداد حاوی شرط داوری است، در واقع طرفین دو قرارداد مجزا منعقد می‌کنند به موجب این دیدگاه مبنای استقلال شرط داوری آزادی اراده طرفین بوده و این خواست خود آنهاست که حتی اگر راجع به اعتبار قرارداد اصلی هم به نقل از در اختلافی پیش آید، داور به این اختلاف رسیدگی کند حقیقت جدایی‌پذیری شرط داوری پیش از آنکه محصول قواعد حقوقی باشد، نتیجه قصد و اگر معیار تفسیر قرارداد را خواست طرفین و اراده آنها اراده طرفین آن است بدانیم، در اغلب قراردادها خواست طرفین، حقیقتاً انعقاد دو قرارداد مجزا نیست. (زارع؛ سلیمی، ۱۳۹۷: ۳۳)

### ۲-۲-۲- استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی از منظر مصالح عملی

برخی در راستای توجیه استقلال شرط داوری از قرارداد



اصلي به مصالح عملي در حوزه تجارت بين المللي اشاره کرده اند. اينان ضمن پذيرش اين امر که توجيه استقلال شرط داوري با منطق فني و حقوقي صرف دشوار است، اين نظريه منطبق با رويه هاي داوري بين المللي، کنوانسيون هاي بين المللي، مقررات داخلي داوري و مورد تأييد علماي حقوق است، ولي توجيه واقعي اين قاعده يك توجيه عملي است نه نظري. بي شک امروزه استقلال شرط داوري در رويه هاي داوري و قوانين ملي امري است پذيرفته شده و قابل انکار نيست. اما اين امر ما را از توجيه فني و حقوقي قاعده يادشده بي نياز نمي کند، چرا که توجيه قاعده يادشده بر مقبوليت آن مي افزايد. براي مثال در نظام حقوقي ما قاعده استقلال شرط داوري فقط در ق.د.ت.ب مصوب ۱۳۷۶ به صراحت پذيرفته شده و صرفاً در داوري هاي موضوع همان قانون يعني داوري هاي تجاري بين المللي قابل اعمال است. اما در خصوص داوري هاي موضوع قانون آيين دادرسي مدني به سبب نبود مقررۀ صريحي در اين زمينه، اعمال اين قاعده محل ترديد و گفت و گوي فراواني است. توجيه فني و حقوقي قاعده يادشده مي تواند مسير پذيرش اين قاعده عمومي داوري را در نظام حقوقي ما در خصوص داوري هاي داخلي هموارتر سازد. (رئيسي، ۱۳۹۲: ۱۶۵)

نظريۀ جدائي پذيري (استقلال) را با توجه به شناسايي گسترده آن مي توان يکي از قواعد فراملي واقعي در حوزه داوري تجاري بين المللي دانست، حتي اگر در کنوانسيون هاي مختلف علاوه بر اين بين المللي به صراحت از آن سخني به ميان نيامده باشد. همان گونه که گفته شد، شرط داوري در زمرۀ شروط مستقل است، بدین معنا که شرط داوري براي الزام آور شدن نيازي به وابستگي به عقدي ديگر ندارد و خود به تنهائي مي تواند منشأ التزام و تعهد شود. در واقع عقدي که در آن شرط مستقل درج شده است، عقدي است مرکب از دو قرارداد که هر کدام از اين دو عمل حقوقي داراي هويتي مستقل اند. به دليل مستقل بودن هر يك از اين دو عمل حقوقي در فرض ادعاي انحلال يا بطلان بايد اسباب عدم اعتبار هر يك را جداگانه بررسی کرد. به عبارت ديگر، در چنين فرضي انحلال يا بطلان عقد اصلي ملازمه با عدم اعتبار شرط مستقل مندرج در آن ندارد و اگر دليلي بر انحلال يا بطلان عقد تبعي نباشد، اين

عمل حقوقی حتی در صورت بطلان عقد اصلی به حیات خود ادامه خواهد داد. در رویه قضایی نیز نشانه‌هایی از پذیرش استقلال برای برخی شروط به چشم می‌خورد. (جنیدی، ۱۳۷۶: ۱۰۲) شروط مستقل در واقع واجد دو حیثیت اند: حیثیت شرط بودن و حیثیت یک عمل حقوقی مستقل. در فرض عدم اعتبار عقد اصلی نهایتاً حیثیت شرط بودن آنها زایل می‌شود و حیثیت دوم به قوت خود باقی خواهد ماند. برای مثال چنانچه وکالتی ضمن عقد بیع شرط شده باشد، در صورت عدم اعتبار بیع، وکالت صرفاً لزوم خود را از دست خواهد داد و به صورت جایز حیات خود را ادامه خواهد داد. البته این امر در فرضی است که علت بطلان مربوط به ارکان عمومی عقود مانند قصد و رضا نباشد. شرط داوری نیز از همین قبیل شروط است و علاوه بر اینکه شرط تلقی می‌شود، خود نیز ماهیتی مستقل دارد که عدم اعتبار عقد اصلی تأثیری در حیات مستقل آن نداشته و حتی اگر عقد اصلی باطل باشد، این شرط به زندگی حقوقی خود ادامه خواهد داد. به موجب این دیدگاه صرفاً طرفی برای آن است و به این سبب شرط نامیده می‌شود که ضمن عقد دیگری می‌آید. شرط نه عقد را مقید می‌کند و نه آن را معلق می‌سازد، بلکه خود التزامی مستقل است که بر مبنای این دیدگاه شرط داوری مستقل از قرارداد: التزامی دیگر آمده است اصلی است، حیات آن وابسته نبوده و خود التزامی مستقل و مجزاست. بنابراین عدم اعتبار قرارداد اصلی تأثیری در صحت شرط داوری نخواهد داشت. در داوریهایی داخلی موضوع قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه‌های کشور ما هنوز تکلیف استقلال یا عدم استقلال شرط داوری را با قاطعیت تعیین نکرده‌اند و هرچند اغلب نظر به عدم استقلال شرط داوری داده‌اند منتها آرای مستحکمی نیز در پذیرش جدایی شرط داوری از قرارداد اصلی قابل مشاهده است. (زندئ، ۱۳۸۸: ۱۰۳)

## ۲-۳- شرط داوری و حیات مستقل از عقد اصلی

از نظر عملی بسیار مهم است که شرط داوری حیاتی مستقل داشته باشد و بتواند علی‌رغم بطلان غیر قابل اجرا شدن و حتی خاتمه قرارداد اصلی به علت ابهام آن به حیات خود ادامه دهد. زیرا موافقت‌نامه داوری یا شرط داوری مبنای داوری را تشکیل می‌دهد و بدون آن نمی‌توان داوری معتبر داشت. بیشتر درخواست‌های

داوری پس از پایان قرارداد اصلی می باشد بنابراین پذیرفته نمی باشد که گفته شود شرط داوری نیز هم زمان پایان یافته است زیرا دقیقاً در زمان مطالبات متقابل طرفین است که فصل آنها لازم می شود. قرارداد اصلی برای تعیین تعهدات طرفین و مطالباتی است که از عدم اجرای آنها ناشی می شود، شرط داوری برای تعیین شیوه حل و فصل مطالبات است. حتی اگر قرارداد اصلی به سبب قوه قاهره بطلان و ... در اهداف خود با شکست مواجه شود شرط داوری به حیات خود ادامه می دهد زیرا که از اهداف قرارداد نبوده است. (محبی، ۱۳۸۰: ۳۳) استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در قانون داوری تجاری بین المللی پذیرفته شده است به موجب بند (۱) ماده قانون داوری تجارت بین الملل داور می تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود یا اعتبار موافقت نامه داوری اتخاذ تصمیم نماید. شرط داوری بصورت جزیی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای قانون بعنوان موافقت نامه 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. عده ای از نویسندگان گفته اند 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... 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 داوری صلاحیت رسیدگی به صلاحیت خود را که اساس آن شرط داوری است ندارد، افزون بر این، داوری استثنای بر اصل صلاحیت محاکم دادگستری است و در صورت تردید، اصل جاری می شود. در برابر این نظر، حامیان استقلال شرط داوری معتقدند که این شرط از قرارداد اصلی مستقل است و تحت تأثیر بی اعتباری یا بطلان احتمالی آن قرار نمی گیرد. 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، شرط ضمن عقد معمولاً ناظر به خود موضوع قرارداد است و موضوع معامله سنخیت

دارد (مانند شروط مربوط به اوصاف مبیع یا نحوه تسلیم یا نحوه تسلیم یا نحوه پرداخت و امثال آنها) در صورتی که شرط داوری سنخیتی با معامله اصلی ندارد و نباید آن را با شروط ضمن معامله اشتباه کرد. فلسفه و هدف شرط داوری آن است که اختلافات طرفین در مورد قرارداد اصلی به داوری ارجاع شود و یکی از این اختلافات، همین اختلافات درباره اعتبار یا بی اعتباری قرارداد اصلی است و اگر آن را از داوری استثناء کنیم، بر خلاف قصد طرفین عمل کرده ایم. که البته بنظر با عنایت به استقلال نهاد داوری و تصویب قوانین مستقل در این خصوص و ازطرفی فارغ از آگاهی طرفین از وجود چنین نهادی در زمان عقد قرارداد اصلی و گنجاندن شرط داوری در آن، که در عمل و مطابق عرف تجاری و معاملی، کلیه اختلافات خویش در باب قرارداد را که علی القاعده با عنایت به اصول حقوقی بر هر نوع اختلاف ناشیه از آن قرارداد اعم از بطلان و فسخ و... و از سویی چه اختلافات موجود حین عقد یا پس از آن اطلاق می‌گردد شبهه ای در صحت نظریه طرفداران و حامیان استقلال شرط داوری باقی نمانده، مضاف باینکه نهاد داوری به عنوان مرجع رسیدگی کننده به اختلافات در کنار مرجع قضایی دقیقا" در چارچوب قانون عمل نموده، ملزم و موظف به اجرا و اعمال قانون بوده، لذا نه تنها هدف نهایی که همانا اجرای عدالت و رعایت اصول قانونی و قراردادی است، تحصیل گردیده، مرجع قضایی نیز وفق آنچه در ادامه و به خصوص بخش سوم می‌آید، نقش نظارتی و البته در صورت لزوم وظیفه حمایتی خود را نسبت به اجرای قانون و رسیدگی به اعتراض طرف معترض اعمال نموده، قانون و رویه سایر کشورها از جمله؛ فرانسه، بلژیک، هلند، انگلستان و آمریکا این نظریه را پذیرفته از هر حیث استدلال طرفداران استقلال شرط داوری ارجح و مورد پذیرش است. (داراب پور، ۱۳۹۳: ۶۵) به طور سنتی در حقوق مدنی، شرط ضمن عقد بخشی از قرارداد است و اگر قرارداد باطل شود، شرط نیز باطل می‌شود. اما در ۵۰ سال اخیر تئوری ای با عنوان «استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی» ظهور کرده است. این تئوری بیانگر این است که بطلان قرارداد اصلی نباید تاثیری روی شرط داوری بگذارد. دیوان عالی فرانسه از سال ۱۹۶۳ استقلال شرط داوری را در

داوری بین المللی می پذیرد و حدود شش سال بعد در دادگاه تجدید نظر پاریس اصل استقلال شرط داوری داخلی نیز پذیرفته شده است. در نهایت این رویه قضایی در سال ۲۰۱۱ وارد قوانین قضایی شده است. در ایران نیز در قانون داوری بین المللی استقلال شرط داوری مورد پذیرش است و در ماده ۱۶ قانون داوری مصوب ۷۶ این مساله به عنوان يك قاعده پذیرفته شده است اما استقلال شرط داوری در داوری داخلی با اندکی تردید مواجه شده و عامل این تردید را ماده ۴۶۱ آیین دادرسی مدنی می داند. (شیروی، ۱۳۹۳: ۱۳۲)

#### ۲-۴- توافقی و قرارداد داوری

قرارداد داوری به صورت قرارداد یا به صورت شرط ضمن عقد مانع می شود. که: چنانچه فیما بین طرفین قرارداد مشکلی به وجود بیاید و اختلاف ایجاد شود. مانع از آن می شود که دادگاه در ماهیت دعوا وارد رسیدگی شود. به محض اینکه دادگاه مشاهده کند در متن قرارداد منعقد شرط ارجاع امر به داوری درج شده است مبادرت به صدور قرار رد دعوا می نماید. و طرفین دعوا ملزم می باشند که اختلاف ایجاد شده از طریق ارجاع امر به داوری حل و فصل شود. (شمس، ۱۳۸۴: ۲۴۵)

در صورتی که طرفین قرارداد در قرارداد مستقلی یا ضمن عقد ارجاع امر به داوری را شرط کنند، ارجاع امر به داوری برای طرفین قرارداد و قائم مقام قانونی آنها لازم الاتباع می باشد. ماده ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی مؤید ادعاست. اگرچه با فوت هر یک از طرفین قرارداد، قرارداد داوری منتفی می شود.

#### ۳- عدم تاثیر قرارداد اصلی بر شرط داوری

بی تفاوتی نسبت به سرنوشت قرارداد اصلی اولین و مهم ترین نتیجه اصل استقلال قرارداد داوری است. این بی تفاوتی مصونیت شرط داوری را در برابر تعداد زیادی از نواقص و ایراداتی که ممکن است قرارداد اصلی را تحت تاثیر قرار دهند، ممکن می سازد.

#### ۳-۱- مصونیت شرط داوری در برابر بطلان شرط

قراردادی که شامل شرط داوری است بین دو طرف قرارداد به امضا رسیده است. سپس بر فرض، اگر یکی از طرفین به ابطال قرارداد اصلی توسل جوید. آیا این ابطال که موضوع مرافعه است، با واکنشی طبیعی و در اثر نتیجه ای اجباری، بطلان شرط داوری را در پی دارد؟ پاسخ باید منفی باشد. در اصل، شرط داوری به

هنگام ابطال، به دلایلی مانند فقدان قصد یا عدم اهلیت یکی از طرفین قرارداد یا غیرقانونی بودن قرارداد اصلی، فسخ به دلیل اعمال یکی از خیارها، عدم انعقاد به علت اشکال در ایجاب یا قبول در قرارداد اصلی، باقی میماند. فایده اصلی قاعده استقلال شرط داوری این موضوع است. (سیفی، ۱۳۷۷: ۲۳)

**۳-۲- اعتبار شرط داوری هنگام اختلاف راجع به عدم وجود قرارداد اصلی**

سوالی که در این باره مطرح می‌باشد این است که اگر فرضاً حتی وجود قرارداد اصلی مورد بحث و اختلاف قرار گیرد، آیا شرط داوری همچنان باید تاثیرگذار باشد؟ پیش از همه، باید میان عدم وجود قرارداد اصلی و باطل بودن آن تمایز قایل شد. مسلماً در هر دو حالت، بیاعتباری قرارداد، مطرح است. ولی این بیاعتباری، در دو حالت آشکار می‌شود: زمانی که قرارداد هیچگاه تنظیم نشده باشد و زمانی که قرارداد تنظیم شده ولی باطل بوده است. درباره اعتبار شرط داوری در زمانی که بحث عدم وجود قرارداد مطرح باشد، بدین معنی که ایجاب و قبول با هم تلاقی نداشته باشند، اختلاف نظر وجود دارد. برخی میگویند اگر، نتوان ایجاب و قبول طرفین قرارداد را احراز کرد، قرارداد منعقد نشده و به دلیل عدم وجود توافق، شرط داوری که در قرارداد گنجانده شده چیزی بیش از دیگر شروط نیست. برخی دیگر ادعا می‌کنند که حتی اگر یکی از طرفین مدعی عدم وجود قرارداد باشد به وسیله اصل استقلال قرارداد داوری میتوان بدون رجوع به محاکم قضایی، اختلاف را حل و فصل نمود (صدرزاده افشار، ۱۳۸۶: ۱۵۲)

به نظر میرسد با وجود دیدگاه‌های متفاوت درباره اعتبار شرط داوری هنگام اختلاف در وجود و یا بطلان قرارداد اصلی، معتبر دانستن آن ارجحیت داشته و قدرت استقلال شرط داوری به حدی است که میتواند اختلافات به وجود آمده در این زمینه را نیز، با ارجاع به داوری حل و فصل نموده و اعتباری یا بی اعتباری قرارداد اصلی را مشخص نماید.

اگر اعتبار داوری و صلاحیت داور ناشی از همان قرارداد یا شرطی باشد که نسبت به آن ادعای بطلان یا اقاله یا فسخ یا زوال شده است و طرفین به داور صلاحیت رسیدگی و داوری در این مورد مشخص را نداده

باشند بایستی قائل به اعمال ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی دادگاه عمومی انقلاب در امور مدنی شویم. بدیهی است در این مورد، طرفین ابتدا باید از طریق دادگاه در مورد اعتبار قرارداد اصلی، تعیین تکلیف کنند و در صورتی که بنا به حکم قطعی دادگاه، قرارداد اصلی فیما بین طرفین، دارای اعتبار و قابلیت اجرا شناخته شد شرط داوری ضمن آن نیز قابل اعمال و اجرا خواهد بود.

### ۳-۳- امکان تفاوت در قوانین حاکم بر شرط داوری و قرارداد اصلی

با توجه به اصل استقلال شرط داوری، قانون حاکم بر شرط داوری لزوماً همان قانون حاکم بر قرارداد اصلی نیست. لذا، تنها در صورتی میتوان گفت طرفین قانون حاکم بر قابلیت ارجاع به داوری را تعیین کرده‌اند که مشخصاً و صریحاً قانون حاکم بر شرط داوری را برگزیده باشند و گرنه نفس قانون حاکم بر قرارداد اصلی، به معنی تعیین قانون حاکم بر قابلیت ارجاع نیست.

در زمینه داوری بین المللی، اصل استقلال شرط داوری منجر میشود که این شرط مشمول قانونی متفاوت با قانون حاکم بر قرارداد اصلی باشد. این نتیجه منطقی اصل نامبرده است، که عموماً پذیرفته شده است. به واقع چنین تفکیکی بنابر گرایشات مدرن حقوق بین الملل خصوصی، مشروعیت دارد. در این خصوص ماده ۳،۱ از تعهد نامه رم به تاریخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰ درباره ی قانون اجرایی تعهدات مربوط به قراردادها، تصریح قانون انتخاب شده از سوی طرفین بر قرارداد حاکم است. اگر طرفین قصد میکنند که دارند قانون دیگری غیر از قرارداد اصلی بر شرط داوری حاکم باشد باید آن را تصریح نمایند. (مهاجری، ۱۳۸۷: ۱۱۴)

مساله صحت یا بطلان قرارداد داوری را بایستی بر طبق قانون حاکم بر شرط داوری یا موافقت نامه، جستجو کرد و بر طبق آن تصمیم گرفت. این قانون غالباً همان قانونی است که بر قرارداد اصلی حاکم میباشد. در این سطح، تصریح این نکته ضرورت دارد که این ها تنها فرض است و قانونی قطعی محسوب نمیشود، آنچنان که الزاماً بین قانون حاکم بر قرارداد اصلی و قانون حاکم بر قرارداد داوری هم سانی وجود ندارد. (تاپ من، ۱۳۶۹: ۲۰۵)

داوری این معنا را می‌رساند که ممکن است اما لازم نیست که قانون حاکم بر شرط داوری متفاوت با قانون حاکم بر قرارداد اصلی باشد. (شمس، ۱۳۸۲: ۱۶)

#### ۴- اصل استقلال شرط داوری در ق.آ.د.م و قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران

در مورد اصل استقلال شرط داوری در قانون آیین دادرسی مدنی ایران باید گفت، حقوق دانان شرط داوری را از شروط نتیجه‌میدانند، زیرا در شرط نتیجه تحقق امری در خارج شرط میشود و در شرط داوری نیز ارجاع اختلاف به داور که به منزله امری خارج از قرارداد است درج میگردد. در میان حقوق دانان در مورد وضعیت اصل آزادی قراردادهای تا پیش از تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی (قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است)، اختلاف نظر وجود داشت. برخی حقوق دانان در این مورد بیان می‌دارند: در حقوق امامیه بنا بر نظر مشهور قصد بدوی الزام آور نیست و هر گاه کسی بخواهد تعهدی بنماید باید آن را به صورتی که از عقود معینه در آورد یا به صورت شرط ضمن عقد قرار دهد. این است که در حقوق امامیه شروط ضمن عقد مورد توجه مخصوص قرار گرفته است. عده‌ای دیگر ضمن تایید بیان فوق اضافه میکنند اغلب فقهای قدیم، عقود صحیح را منحصر به عقود شناخته شده در فقه می‌دانند و چنانچه معامله‌ای که در شرع ناشناخته بود منعقد میگردید، به بطلان آن حکم میکردند حقوق دانان با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی که انحصار صحیح بودن قراردادهای را از قالب عقود معین خارج کردند. (امیر معزی، ۱۳۸۷: ۱۵۶)

ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: صلاحیت و عدم صلاحیت خود و هم‌چنین درباره وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد است، از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌های مستقل تلقی می‌شود. تصمیم داور در خصوص بطلان یا ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در ارتباط با ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران ذکر «قرارداد نخواهد بود چند نکته لازم است. (امیر معزی، ۱۳۸۷: ۱۶۴)



اولاً، بدیهی است وقتی شرط داوری ای که به صورت جزئی از یک قرارداد است، موافقت نامه مستقل از قرارداد اصلی تلقی شده به طریق اولی توافق هایی که بعد از بروز اختلاف و به صورت مستقل جداگانه بین طرفین برای رجوع اختلافهای آن ها به داوری تنظیم میشود، مستقل از قرارداد اصلی تلقی خواهد شد، بنابراین، با وجود آن که ماده به استقلال شرط داوری اشاره دارد، تردید نیست که استقلال موافقت نامه داوری مدنظر قانون گذار بوده است، خواه این موافقت نامه به صورت شرط تنظیم شده باشد، یا به صورت قرارداد جداگانه. ثانیاً، قسمت اخیر ماده ۱۶ قانون داوری تجاری ایران تنها از تاثیر بطلان و ملغی الاثر بودن قرارداد اصلی در شرط داوری صحبت میکند، لیکن بدیهی است که به طریق اولی فسخ قرارداد اصلی نیز تاثیری بر لازم الاجرا بودن شرط داوری ندارد. به هر حال، رسیدگی به بطلان یا صحت موافقت نامه داوری با خود داور است. کافی است یکی از طرفین توافق نامه ای را نزد داور مطرح کند که از رضایت طرفین به مراجعه به داوری حکایت داشته باشد. (صلح چي، ۱۳۸۹: ۲۱)

#### ۴-۱- اصل استقلال شرط داوری در آراء قضایی و داوری بین المللی

مساله استقلال و تجزیه پذیری شرط داوری از سایر مواد قرارداد، در داوریهای بین المللی سابقه طولانی دارد. مشکلی که چنین بحثی را پیش آورده است در درجه اول مربوط می شود به قراردادهایی که یک طرف آن دولت باشد، چه دولت به سهولت می تواند قانون خود را تغییر دهد و راه احقاق حقی را که در قرارداد پیش بینی شده است مسدود سازد. چنین اختلافی در دعوای مربوط به شرکت سویسی و دولت یوگسلاوی پیش آمد، و اگرچه طرفین پیش از صدور رای نهایی صلح کردند، لیکن رای نهایی در مساله مورد نظر پیش از مصالحه صادر شده بود. مساله از این قرار بود که در این دعوا، طرف یوگسلاوی به صلاحیت داور اعتراض داشت و مدعی بود که اولاً، شرط داوری که جزئی از قرارداد به شمار میآید به علت بطلان قرارداد کان لم یکن تلقی میشود و ثانیاً، قانون آن کشور در تاریخ ۱۹ اکتبر ۱۹۳۴ مقرر داشته بود که دعوای که يك طرف آن دولت است، حتماً باید در دادگاه یوگسلاوی اقامه شود و لذا طرف یوگسلاوی مدعی بود که

دعوا قابل ارجاع به داوری نیست. (رئیزی؛ ساعدی، ۱۳۹۲: ۱۹) رییس دادگاه فدرال سوئیس که سمت سر داور ۲ را داشت، در برابر اعتراض دوم اتخاذ تصمیم را به دیوان بین‌المللی دادگستری محول ساخت، اما در رای مقدماتی (مورخ اکتبر ۱۹۳۵) راجع به ادعای کان لم یکن بودن شرط داوری به علت ابطال قرارداد چنین گفت: ۳ خوانده میگوید؛ قرارداد ملغی شده و الغای قرارداد متضمن الغای شرط داوری مندرج در قرارداد میباشد، و لذا طرح دعوی در داوری امکانپذیر نیست. لیکن این استدلال صحیح به نظر نمیرسد، زیرا اگر چنین باشد، هر قراردادی را میتوان لغو کرد و با تصویب مقررات یک جانبه از ارجاع دعوی به داوری مانع شد. این مساله که آیا لغو قرارداد درست بوده و یوگسلاوی میتواند از اجرای آن سر باز زند یا نه، خود موضوع اختلاف است و با تفسیر قرارداد ارتباط دارد. مبنای لغو قرارداد هر چه باشد، نظر اولیه طرفین چنین بوده است که اختلاف راجع به این گونه مسایل، یعنی موجه بودن یا موجه نبودن الغای قرارداد، از طریق مراجعه به داوری فیصله یابد. (افتخار جهرمی، ۱۳۸۷: ۴۳)

توافق داوری، اغلب در قرارداد اصلی قرار میگیرد. در نتیجه با وجود دکترین تفکیک بین قرارداد اصلی و شرط داوری، عدم وجود یا بی اعتباری قرارداد اصلی میتواند به عنوان استدلالی برای نشان دادن این که شرط داوری وجود نداشته یا بی اعتبار است، مورد استفاده قرار گیرد. در پرتوی این موضوع، در جایی که دیوان داوری درگیر در جزئیات حکم داوری ای با ادعای عدم وجود قرارداد محتوی شرط داوری است، دادگاه مقرر مینماید که نباید وجود شرط داوری در مرحله رسیدگی های مربوط به کنار گذاردن (شرط داوری) مورد باز بینی قرار گیرد. در پرتوی این دکترین دادگاه ها تایید نموده‌اند که بی اعتباری قرارداد اصلی، علی‌الاصول بر اعتبار شرط داوری تاثیر نمیگذارند. در عمل، فقدان توافق داوری معتبر اغلب جایی مورد استناد قرار میگیرد که داوری متکی به موافقت نامه های داوری آسیب پذیر است، یعنی توافق هایی که فاقد قطعیت یا شفافیت لازم بوده یا تعارضی با دیگر شروط حل کننده اختلافات در قرارداد، وجود دارد. وقتی قرارداد محتوی شرطی برای به رسمیت

شناختن صلاحیت دادگاهی، در کنار مرجع داوری است، دادگاه در اغلب موارد، تشخیص داده است که شروط متعارض حوزه‌های متفاوت کاربردی دارند. به طور کلی، شرط انتخاب مرجع رسیدگی در این موارد مربوط به مواردی است که از شمول شرط داوری خارج است یا زمانی اعمال می‌گردد که طرفین به شرط داوری استناد نمی‌نمایند. مساله‌ی پر اهمیت دیگر، حقوق حاکم بر موافقت نامه‌ی داوری است. در تعدادی از این پرونده‌ها این موضوع بررسی شده است. جایی که قرارداد اصلی، محتوی شرط انتخاب قانون حاکم بر قرارداد است، حاکمیت قانون انتخابی بدون هیچ بحثی به موافقت نامه‌ی داوری توسعه می‌یابد. البته در مواردی که شرط داوری نیز در همان قراردادی باشد که شرط انتخاب قانون در آن قرار دارد، این تأکید از این لحاظ صورت می‌گیرد که امکان وجود موافقت نامه مستقل از قرارداد اصلی نیز وجود دارد. (قاسم زاده، ۱۳۹۷: ۲۲).

### نتیجه گیری

بطور کلی قواعد و مقررات داوری به طور صریح و ضمنی به استقلال و بی طرفی داور اشاره دارند و داور منصوب شده باید مستقل و بی طرف باشد و این استقلال و بی طرفی را در طول جریان داوری نیز حفظ نماید و هرگونه اوضاع و احوالی که این دو ویژگی را در معرض تردید قرار می دهد باید توسط داور برملا گردد و چنانچه داور از افشای آن خودداری نماید موجبات جرح خود را فراهم می کند. امروزه روند اصلی در قوانین داوری اکثر کشورها و همچنین در مقررات و قواعد داوری سازمانهای داوری بین المللی، آن است که شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی، در نظر بگیرند. بعضی از کشورها مقررات صریحی درخصوص استقلال شرط داوری وضع نموده اند و بعضی با تفسیر عبارات شرط داوری، قصد و نیت طرفین را در آنها جستجو می کنند 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 می دانند. مؤسسات و سازمانهای داوری بین المللی نیز اصل استقلال شرط

داوری را در قواعد داوری خود پذیرفته اند، به گونه ای که اختلاف درخصوص 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 بر صلاحیت» یا «صلاحیت در احراز صلاحیت» یاد می شود. ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ این قاعده را صریحاً پذیرفته و وارد نظام حقوق ایران کرده است. گرچه قانون مذکور ناظر بر داوریه‌های بین المللی است اما نشان دهنده نیت قانونگذار است و با الغاء خصوصیت از حکم مقرر در ماده مذکور میتوان و باید از آن برای تفسیر و توسعه حقوق داوری ایران استفاده کرد. به عبارت دیگر، داوری تجاری بین المللی هیچ خصوصیت یا ویژگی منحصر بفردی ندارد که استقلال شرط داوری را مخصوص این نوع داوری بدانیم و در داوری های داخلی بی اعتبار تلقی کنیم. اگر استقلال شرط داوری در حقوق ایران با مانع اساسی مواجه بود یا از نظر حقوقی اشکال مبنایی داشت، در داوری تجاری بین المللی هم می بایست با مانع یا اشکال مواجه می شد و قانونگذار از پذیرفتن آن خودداری می کرد. با توجه به مبانی نظری که اشاره کردیم و نیز تفسیری که از ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی بدست دادیم و نیز با توجه به مفاد ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی ایران، میتوان از این نظریه که در حقوق ایران در داوریه‌های 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 بویژه در دعاوی تجاری مواجه گردیده است. نظام حقوقی ایران استدلال استقلال شرط داوری را می‌پذیرد در حقوق ایران و اصول موجود، شرط از اصل تبعیت می‌کند، بنابراین اگر قرارداد باطل شود، شروط نیز باطل است و این در حالی است که این امر در مورد امر داوری مورد قبول نیست. روند اصلی در قوانین داوری اکثر کشورها و همچنین در مقررات و قواعد داوری سازمان های داوری بین المللی، آن است که شرط داوری را مستقل از قرارداد اصلی، در نظر بگیرند. بعضی از

کشورها مقررات صریحی درخصوص استقلال شرط داوری وضع نموده اند و بعضی با تفسیر عبارات شرط داوری، قصد و نیت طرفین را در آنها جستجو می کنند و شرایط 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 می دانند.

عامل ضمنی دیگر در زمینه اصل استقلال شرط داوری نظریه جدایی و تفکیک بین جنبه های شکلی قرارداد و مسائل ماهوی آن است، به موجب نظریه که مقبولیت عامی نیز پیدا کرده است، صحت و بطلان قرارداد اصلی تاثیری در شرط داوری مندرج در آن ندارد. به واسطه همین استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی ممکن است قانون حاکم بر آنها نیز متفاوت باشد. نظریه استقلال شرط داوری به دو شکل قابل تعبیر است. از یک طرف می توان گفت نتیجه استقلال شرط داوری اینست که به واگذار شونده قرارداد، منتقل نگردد و از سوی دیگر می توان چنین برداشت کرد که هدف این نظریه حفظ اعتبار شرط داوری حتی در صورت بطلان قرارداد اصلی است. مبنای برداشت اول از نظریه استقلال شرط داوری چیست؟ از بررسی آراء متعددی چنین فهمیده می شود که شرط داوری یک توافق شکلی مستقلی است که از سایر بخشهای قرارداد جدا است و در نتیجه با واگذاری قرارداد، این بخش مستقل منتقل نمی گردد. در نتیجه همین استقلال، ممکن است قانون حاکم بر داوری، با قانون حاکم بر قرارداد داوری متفاوت باشد. از دیگر آثار استقلال، این است که شرط داوری، خود یک قرارداد کامل محسوب می گردد و تنها یک حق نیست، بلکه تکلیف و تعهد نیز هست و با واگذاری قرارداد اصلی، این تعهد به شخص جدید منتقل نمی گردد، مگر با رضایت تمام اطراف قرارداد. زیرا در انتقال تعهد رضایت متعهد له نیز شرط است.

با توجه به موارد معنونه فوق الذکر نتیجه گیری می گردد که براساس نظریه شماره ۶۰۳۱/۷-۲۴/۹/۱۳۷۵ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه، ارجاع امر به داوری موکول به احراز وجود اختلاف و تراضی طرفین به داوری می باشد. علیهذا اگر معامله ای به سبب فسخ یا اقاله منحل گردد و در نتیجه اصل معامله 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 که می‌بایست وفق ماده ۶۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی رفتار گردد. و صرف درج شرط داوری در قرارداد که اصل آن فسخ یا اقاله شده و از بین رفته است تکلیفی برای دادگاه جهت ارجاع امر به داوری نمی‌باشد.

## فهرست منابع و مآخذ

منابع فارسی

افتخار جهرمی، گودرز، (۱۳۸۷)، **تحولات نهاد داوری در قوانین موضوعه ایران و دستاورد آن در حوزه داوری بین‌المللی**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷ و ۲۸.

امیر معزی، احمد، (۱۳۸۷)، **داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی**، چاپ اول، انتشارات دادگستر.

امامی، سید حسن، (۱۳۷۴)، **حقوق مدنی**، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامیة.

ایزانلو، محسن، (۱۳۸۶)، «**تعهد به فعل ثالث**»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره بیستم.

جنیدی، لعیاء، (۱۳۷۶)، **نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی**، چاپ اول، نشر دادگستر.

داراب پور، مهراپ، (۱۳۹۳)، **قواعد عمومی حقوق تجارت و معاملات بازرگانی**، تهران، انتشارات جنگل.

دشتی، محمد رضا؛ کریمی، عباس، (۱۳۹۲)، **مطالعه تطبیقی قرارداد داوری**، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱.

رحمانی منشادی، مهدی، (۱۳۹۴)، **آثار فسخ قرارداد، نخستین کنگره بین‌المللی حقوق ایران**، تهران، مرکز همایشهای توسعه ایران.

رئیزی، مریم؛ ساعدی، بهزاد، (۱۳۹۲)، **استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی**، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، دوره ۶، شماره ۱۹.

زارع، مهدی؛ سلیمی، محسن، (۱۳۹۷)، **ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی از منظر رویه قضایی**، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، شماره سوم.

زندى، محمدرضا، (۱۳۸۹)، **داوری**، چاپ دوم، انتشارات جنگل.

سیفی، سیدجمال، (۱۳۷۷)، «**قانون دادرسی تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری انستیرال**»، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۲۳.

شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۳)، **داوری تجاری بین‌المللی**، تهران، انتشارات سمت.

شمس، عبدالله، (۱۳۸۲)، **موافقتنامه داوری و صلاحیت دادگاه**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷.

صدرزاده افشار، سید محسن، (۱۳۸۲)، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، چاپ هفتم انتشارت جهاد دانشگاهی تهران.

صلح‌چی، محمد علی، (۱۳۸۹)، **استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی**، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۱.

قاسم زاده، سید مرتضی؛ جویباری، محمد باقر، (۱۳۹۷)، **اثر بطلان عقد بر شرط مستقل**، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره بیست و دوم.

محبی، محسن، (۱۳۸۰)، **نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی**، چاپ اول، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی.

مصلحی، جلال، (۱۳۸۴)، **حدود مداخله دادگاه‌های ملی در روند داوری**، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۶ و ۱۵.

مصلحی عراقی، حسینعلی و صادقی، محسن، (۱۳۸۵)، **بررسی جریان رسیدگی در شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف**، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۱.

مهاجری، علی، (۱۳۸۰)، **شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب**، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات کتابخانه گنج دانش.

مهاجری، علی، (۱۳۸۷)، **مبسوط در آیین دادرسی مدنی**، جلد ۴، چاپ اول، انتشارات فکر سازان.