



ماهیت حقوقی شرط داوری

محسن سلیمی^۱
بابک خسروی نیا^۲
مهدی زارع^۳

تاریخ دریافت مقاله: ۹۵/۱۰/۱۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۶/۰۲/۲۷

چکیده

ارجاع اختلاف به داوری مستلزم توافق طرفین است. چنین توافقی غالباً در ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید. از یک سو این توافق از حیث ماهوی یک شرط ضمن عقد تلقی می‌شود. از سوی دیگر به موجب قاعده‌ی استقلال شرط داوری چنین توافقی مستقل از قرارداد اصلی است. اینکه ماهیت حقوقی این توافق چیست، آیا مستقل بودن شرط داوری از قرارداد اصلی در ماهیت حقوقی آن نیز موثر است و اینکه اگر شرط داوری را یک شرط ضمن عقد بدانیم، چنین شرطی داخل در کدامیک از تقسیم‌بندی‌های شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی قرار می‌گیرد، سؤالاتی است که این مقاله در پی پاسخ‌دهی است. در این راستا با تحلیل قاعده‌ی استقلال شرط داوری و شروط ضمن عقد، می‌توان بر این عقیده بود که شرط داوری با شرط فعل نزدیکی بیشتری دارد.

کلید واژه‌ها

داوری، شرط فعل، ماهیت حقوقی، قرارداد، شرط

^۱ دانشجوی دکترای حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز، گروه حقوق، شیراز، ایران. (نویسنده مسوول):
Email: mohsensalimi68@gmail.com

^۲ استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان لارستان، ایران.
Email: b_khosrave@yahoo.com

^۳ استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان لارستان، ایران.
Email: mehdizare57@yahoo.com

مقدمه

مبنای صلاحیت داور در داوری توافق طرفین اختلاف است. این توافق به دو شکل ممکن است حاصل شود: نخست آنکه طرفین یک اختلاف با انعقاد قراردادی با موضوع ارجاع اختلاف به داوری، داور را واجد صلاحیت نمایند. دوم آنکه طرفین یک قرارداد خاص در قالب شرطی ضمن عقد خویش اختلافاتی که ممکن است در آینده راجع به همان قرارداد پدیدار شود را به داوری ارجاع دهند. بنابراین شرط داوری ناظر به اختلافاتی است که هنوز بوجود نیامده و طرفین اختلافات آتی و احتمالی خویش را از طریق آن به داوری ارجاع می‌نمایند. چنین شرطی همانند شروطی نظیر شرط قانون حاکم، یکی از شروط معمول قراردادهای تجاری، بویژه در حوزه ی تجارت بین‌المللی است. اگر چه علی‌الاصول شرط داوری نیز همانند سایر شروط ضمن عقد تابع عقد اصلی است منتها به موجب قاعده پذیرفته شده ی «استقلال شرط داوری» این شرط دارای ویژگیهای خاصی است که باید از قرارداد اصلی مستقل تلقی شده تا اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد اصلی تاثیری در صحت آن نداشته باشد. به واقع قاعده یاد در تقابل با قواعد شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی است. این نوشتار در پی آن است که مشخص نماید آیا مستقل بودن شرط داوری ماهیت حقوقی آنرا نیز، از حیث شرط بودن یا نبودن تحت تاثیر قرار می‌دهد یا خیر. علاوه بر این، با این پیش فرض که شرط داوری یک شرط ضمن عقد است، چنین شرطی با کدامیک از شروط ضمن عقد مصرح در ماده ۲۳۴ قانون مدنی همسویی بیشتری دارد. شناخت ماهیت حقوقی شرط داوری از این جهت حایز اهمیت است که بسته به ماهیت شرط داوری، آثار حقوقی ای که ممکن است بر آن مترتب شود متفاوت است. بر این مبنا از جهت موضوعی قلمرو این مقاله محدود به شرط داوری است و بنابراین ارجاع اختلاف به داوری از طریق انعقاد قرارداد مستقل، از دایره ی شمول موضوع این نوشتار خارج است. بعلاوه در میان شروط ضمن عقد نیز، شرط صفت که ناظر به کمیت یا کیفیت مورد معامله است از جهت موضوعی خارج از قلمرو مورد مطالعه ی این مقاله می‌باشد. تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد تاکنون نویسندگان حقوقی موضوع ماهیت حقوقی شرط داوری را به طور خاص مورد مطالعه و تحقیق قرار نداده‌اند. برخی از آنها در پرتو مطالعه ی قاعده ی استقلال شرط داوری اشاره‌ای بسیار مختصر و نارسا به ماهیت حقوقی شرط داوری نیز داشته‌اند (جعفریان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۳).

بهر جهت تشخیص ماهیت حقوقی شرط داوری هدف اصلی این مقاله است که در این راستا با تحلیل قاعده ی استقلال شرط داوری و شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی با استفاده از

روش کتابخانه‌ای و بهره‌گیری از منابع داخلی و خارجی در پی دست یازیدن به این هدف خواهد بود.

۱. مفهوم 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 قراردادهای 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 قراردادهای 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.

عموماً به تعهدی فرعی که ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید و موضوع آن ارجاع اختلافات آتی به داوری است عنوان «شرط داوری» اطلاق می‌شود. اما آیا اساساً داوری این قابلیت را دارد که تحت عنوان یک «شرط» ضمن یک عقد دیگر قرار گیرد؟ شرط ضمن عقد در اصطلاح حقوقی توافقی است که اثر آن ایجاد تعهد است و به حسب طبیعت خاص خود در زمره‌ی توابع عقد دیگری قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴). همانگونه که گفته شد اثر شرط داوری نیز ایجاد تعهد و التزام به ارجاع اختلاف به داوری است. بنابراین چنین تعهدی را می‌توان در قالب شرط ضمن عقد آورد. در نتیجه ارجاع یک اختلاف به داوری در قالب شرط ضمن عقد امکانپذیر بوده و چنین شرطی علی‌الاصول تابع عقد اصلی است.

۲. شرط داوری - شرط مستقل:

این دیدگاه بیشتر بر مبنای توجیه قاعده‌ی استقلال شرط داوری شکل گرفته است. مطابق این نظر شرط داوری اگر چه ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید ولی باید با آن همانند یک قرارداد مستقل و مجزا برخورد کرد تا اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد اصلی تاثیری در صحت شرط داوری نداشته باشد. اینان معتقدند شرط داوری از شمول قواعد راجع به 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 قراردادی مستقل، به حکم ماده‌ی ۱۰ ق.م نافذ و معتبر است (نیک بخت، ۱۳۷۵، ص ۲۷۲). بنا بر این دیدگاه 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 جستجو کرد. چنین شرطی اگر چه ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید ولی مستقل از آن بوده و اعتبار خود را از اصل آزادی قراردادی و ماده‌ی ۱۰ ق. م می‌گیرد. بنابراین زمانی که یک قرارداد حاوی شرط داوری است در واقع طرفین دو قرارداد مجزا منعقد می‌نمایند (Rogers and Launder, 1994, p.80). بدین جهت اگر در قراردادی شرط داوری گنجانده شود قصد طرفین بر این است که اختلافات راجع به اعتبار قرارداد هم به داوری ارجاع شود (صلح چی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳). اگر چه غالباً مبنای این قاعده را آزادی اراده طرفین می‌دانند منتها به نظر می‌رسد توجیه قاعده‌ی یاد شده با استناد به عرف تجاری ممکن باشد. نقش عرف بعنوان یک منبع تکمیل‌کننده‌ی قرارداد تا بدانجاست که حتا اگر متعاملین جاهل به آن باشند، باز هم بر آنها تحمیل خواهد شد (مواد ۲۲۰ و ۳۵۶ ق. م) (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۴۷). بنابراین در فرضی که در یک قرارداد تجاری بین‌المللی شرط داوری درج شده باشد، چنین شرطی صرفنظر از قانون حاکم بر داوری، به حکم عرف حاکم بر چنین قراردادهایی از جهت صحت و اعتبار و همچنین از حیث قانون حاکم، مستقل از قرارداد اصلی بوده و بطلان قرارداد اصلی تاثیری بر صحت شرط داوری نخواهد داشت، اگرچه طرفین جاهل به چنین عرفی باشند. نظریه‌ی جدایی‌پذیری (استقلال) را با توجه به شناسایی گسترده آن می‌توان یکی از قواعد فراملی واقعی در حوزه‌ی داوری تجاری بین‌المللی دانست، حتا اگر در کنوانسیون‌های مختلف بین‌المللی به صراحت از آن سخنی به میان نیامده باشد (Barger, 1994, p.398). دقت در نوشته‌های حقوقی و مقررات داوری در سطح جهان این امر را نمایان می‌سازد که استقلال شرط داوری، استقلال کامل و مطلق نیست و نمی‌توان شرط داوری را به استناد قاعده‌ی استقلال شرط داوری کاملاً مجزا و مستقل از قرارداد اصلی دانست. شرط داوری از همه‌ی آثار یک قرارداد مستقل بهرمنند نخواهد بود و تبعیت آن از قرارداد اصلی به کلی نفی نمی‌شود. در واقع قلمرو استقلال شرط داوری محدود به دو امر است: الف) از جهت صحت و اعتبار ب) از حیث قانون حاکم، و در خصوص سایر جهات شرط داوری

به قرارداد اصلی وابستگی دارد.^۱ از سوی دیگر مجرای قاعده‌ی یاد شده جایی است که در وقوع «ظاهری» (*prima facie*) قرارداد داوری تردید نباشد (اسکینی، ۱۳۸۳، ص ۲۶) در واقع تلفیق قواعد صلاحیت در صلاحیت^۲ (*Kompetenz-Kompetenz*) و استقلال شرط داوری این اختیار را به مرجع داوری می دهد تا ابتدا در خصوص اینکه آیا شرط داوری معتبر است یا خیر اظهار نظر نماید^۳ (Andrews, 2016, p.40).

اگرچه شرط داوری از جهت صحت و اعتبار تابع قرارداد اصلی نیست، ولی از جهت ماهیت حقوقی نمی توان آنرا یک قرارداد مجزا و مستقل تلقی نمود، زیرا نخست آنکه اگر بنا بود شرط داوری یک قرارداد کاملا مستقل و مجزا باشد چرا شیوه ی ارجاع به داوری همواره به دو شکل قرارداد مستقل و شرط داوری تقسیم می شود. دوم آنکه ویژگی تبعیت از عقد اصلی و فرعی بودن داخل در ماهیت عنوان «شرط» است، به دیگر سخن تعهدی شرط تلقی می شود که تابع عقدی دیگر باشد. سوم آنکه در حال حاضر شرط داوری را نمی توان یک قرارداد مستقل و موضوع ماده ی ۱۰ ق. م دانست. بدین توضیح که بر طبق یک تقسیم بندی سنتی در حقوق ما، عقود تقسیم می شوند به عقود معین و نامعین. عقود معین عقودی هستند که نام، شرایط و احکام آنها در قانون تعیین شده است و عقود نامعین عقودی هستند که نام، شرایط و احکام آنها در قانون ذکر نشده و اعتبار خود را از ماده ی ۱۰ ق. م می گیرند. همانگونه که برخی از نویسندگان ابراز داشته اند (صادقی و گودرزی، ۱۳۸۷، ص ۱۷۷) (شعاریان، ۱۳۸۸، ص ۳۹۵) دامنه‌ی عقود معین را نباید به عقود مصرح در قانون مدنی محدود کرد و باید قایل به این بود

^۱ لرد هافمن یکی از قضات مجلس اعیان انگلستان در پرونده‌ی Fiona Trust and Holding Corporation v. Privalov (2007) در این خصوص اینگونه نظر داده است: نداشتن مجوز نمایندگی هم قرارداد اصلی و هم موافقتنامه ی داوری را باطل می کند (Andrews, 2016, p.40).

^۲ قاعده ی صلاحیت در صلاحیت یکی از قواعد حاکم بر داوری راجع به صلاحیت داور است که به موجب آن چنانچه ایراد عدم اعتبار ناظر به خود شرط یا قرارداد داوری باشد، داور صالح به رسیدگی به این ادعا می باشد.
^۳ وجود «ظاهری» موافقتنامه یا شرط داوری زمانی اهمیت پیدا می کند که یکی از طرفین وجود یا اعتبار موافقتنامه داوری را انکار نماید. در فرضی که خواهان نزد داور یا دیوان داوری اقامه ی دعوا می نماید و خوانده نیز صلاحیت داور را می پذیرد این امر به منزله ی وجود و یا انعقاد موافقتنامه داوری تلقی می شود (مجبی، ۱۳۷۸، ص ۸۱) قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی مصوب ۲۰۱۰ تشخیص وجود ظاهری موافقتنامه داوری را در صلاحیت «دیوان» قرار داده است. ماده ۶(۴) قواعد داوری نامبرده در این خصوص مقرر می دارد:

"In all cases referred to the Court under article 6(3), the Court shall decide whether and to what extent proceed if and to the extent that the Court is *prima facie* satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist...".

که هر گاه قانونی (در معنای اعم) عقدی را نام ببرد و شرایط و آثار آنرا تعیین نماید آن عقد به دایره‌ی عقود معین افزوده خواهد شد. از آنجایی که داوری در حقوق ما یک عقد شناخته شده است و نام، شرایط و آثار آن در قوانینی مانند قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ ذکر شده است، بنابراین عقد داوری در زمره‌ی عقود معین تلقی می‌شود. در نتیجه نمی‌توان آنرا یک قرارداد خصوصی موضوع ماده‌ی ۱۰ ق. م دانست. عبارت دیگر «ضابطه‌ی تشخیص ماهیت عقد معین از غیرمعین مجموعه‌آثاری است که قانون به ذات عقد معین نسبت داده است. بنابراین ماهیت یک عقد غیرمعین نمی‌تواند دارای آثار ذاتی عقود معین شود» (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۱۸۸) برخی خاص بودن قرارداد داوری را تا بدانجا دانسته‌اند که حتا آنرا با قواعد لزوم و جواز قانون مدنی هم قابل تحلیل نمی‌دانند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱، ص ۱۰۷) در حقوق ما قرارداد داوری در وهله‌ی اول اعتبار خود را از مقررات داوری قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ می‌گیرد. از سوی دیگر شروط ضمن عقد نیز در یک تقسیم بندی کلی به دو گروه تقسیم می‌شوند: دسته‌ای که خودشان به تنهایی می‌توانند التزامی مستقل بوده و بدون اندراج آنها در ضمن یک عقد، دیگر خود نیز یک عقد معین مستقل هستند و طرفین بنا بر ملاحظاتی آنرا تابع یک عقد دیگر قرار می‌دهند. همانند شرط اعطای وکالت ضمن عقد بیع که عقد وکالت خود عقدی مستقل است و گروه دوم شروطی که خود به تنهایی التزامی مستقل تلقی نمی‌شوند و در صورتی که ضمن یک عقد دیگر بیابند الزام آور خواهند بود. مانند تعیین زمان انجام تعهد در ضمن عقد بیع (کاتوزیان، ۱۳۹۱ ب، ص ۱۱۴). در این تقسیم شرط داوری در زمره‌ی گروه اول قرار می‌گیرد. طرفین بدین جهت که ارتباط میان قرارداد داوری و قرارداد اصلی حفظ شود، آنرا بعنوان یک التزام فرعی و تبعی ضمن قرارداد اصلی قرار می‌دهند. بنابراین هیچ منعی ندارد که عقد داوری که در حال حاضر یک عقد معین است به صورت شرط تابع یک قرارداد دیگر درآید و از حیث ماهیت حقوقی نباید آنرا یک شرط مستقل و موضوع ماده‌ی ۱۰ ق. م دانست.

۳. شرط داوری_ شرط نتیجه:

برخی با این توجیه که شرط ارجاع اختلاف به داوری در واقع شرط تحقق امری در خارج است (ماده ۲۳۴ ق. م) شرط داوری را از مصادیق شرط نتیجه یا غایت دانسته‌اند (جعفریان، ۱۳۷۳، ص ۱۳۳) (رئسی و ساعدی، ۱۳۹۲، ص ۱۴) «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه، موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود». بنابراین شرط

نتیجه ناظر به اموری است که به نفس اشتراط و به صورت خود به خود قابلیت تحقق داشته باشند. به همین جهت این شرط ناظر به امور اعتباری است نه مادی (کاتوزیان، ۱۳۹۱ ب، ص ۱۳۹). در حالیکه همانگونه که در تعریف شرط داوری گفته شد، شرط داوری در واقع تعهدی است بر ارجاع اختلافات آتی به داوری. بنابراین در هنگام اندراج این شرط اساساً اختلافی وجود ندارد که به نفس اشتراط به داوری ارجاع شود. از سوی دیگر صرف وجود شرط داوری به تنهایی برای صلاحیت دیوان داوری کافی نیست و حتماً باید این شرط به همراه تقاضای ارجاع به داوری باشد تا صلاحیت دیوان بطور کلی احراز شود (رئیزی و ساعدی، همان، ص ۳) و ارجاع اختلاف به داوری مستلزم فراهم نمودن مقدماتی از جمله تعیین داور، قبول داوری توسط او، ارائه درخواست و تقاضای رسیدگی و... می باشد. بنابراین ارجاع یک اختلاف به داوری اساساً امری نیست که بتوان گفت خود به خود قابلیت تحقق دارد و گنجاندن شرط داوری در قرارداد به معنای ارجاع اختلاف فعلی به داوری نیست چرا که هنوز اختلافی به وجود نیامده است (شیروی، ۱۳۹۳ الف، ص ۶۴۲).

از جهت ضمانت اجرا نیز شرط داوری با شرط نتیجه سنخیت ندارد. در واقع در شرط نتیجه، یا نتیجه‌ی مورد شرط محقق می شود و یا محقق نمی شود. عدم تحقق شرط نتیجه به واقع بدین معنی نیست که متعهد به اختیار از انجام تعهد امتناع کرده بلکه باید گفت شرط به نفس اشتراط محقق نشده است. بنابراین در خصوص شرط نتیجه سخن گفتن از ضمانت اجرای امتناع متعهد منتفی است چرا که اساساً شرط نتیجه حاوی هیچ تعهد و التزامی نبوده و مشمول حدیث «المومنون عند شروطهم» نمی باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۲۰). اما نگاهی به مقررات داوری در حقوق ما بیانگر این امر نمایان می کند که امتناع از ارجاع اختلاف به داوری قابل تحقق است و قوانین داوری برای آن ضمانت اجرا مقرر نموده اند. بعنوان نمونه ماده ۸ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶ مقرر می نماید: «دادگاهی که دعوای موضوع موافقتنامه‌ی داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوای طرفین را به داوری احاله نماید...». به موجب این ماده چنانچه یکی از طرفین از تعهد خود به ارجاع اختلاف به داوری امتناع نموده و دعوای دادگاه مطرح نماید به درخواست طرف دیگر تا پایان اولین جلسه‌ی دادرسی دعوای دادگاه خواهد شد. بنابراین در فرضی که یک موافقتنامه‌ی داوری وجود دارد (اعم از شرط یا قرارداد مستقل) طرح دعوای دادگاه به منزله‌ی امتناع از انجام تعهد است که ضمانت اجرای آن ارجاع اختلاف به داوری توسط دادگاه است. از سوی دیگر اگر شرط داوری شرط نتیجه تلقی می شد از آنجایی

که باید خود به خود و به نفس اشتراط محقق شود چنانچه دادگاه راسا از وجود شرط داوری آگاهی می‌یافت و یا اینکه طرف دیگر دعوا در هر زمانی از جریان دادرسی (و نه تا پایان جلسه اول) وجود موافقتنامه را اثبات می‌نمود دادگاه می‌بایست دعوا را به داوری ارجاع می‌داد. علاوه بر این شرط نتیجه تعهدی ایجاد نمی‌کند در حالی که شرط داوری حاوی تعهد مراجعه به داور است. به دیگر سخن، شرط نتیجه یکه تعهد تبعی و فرعی تلقی نمی‌شود بلکه به معنی قید است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۷) و از آن تعهد و التزامی حاصل نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۶۵) و آنچه موضوع نظریه ی شرط ضمن عقد قرار می‌گیرد التزامی است که ضمیمه‌ی تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴). بنابراین التزام به ارجاع اختلافات آتی به داوری نمی‌تواند موضوع شرط نتیجه به معنای اصطلاحی خود قرار گیرد.

۴. شرط داوری - شرط فعل:

قانون مدنی شرط فعل را اینگونه تعریف نموده است: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخصی خارجی شرط شود» (ماده ۲۳۴ ق. م) شرط فعل همواره نوعی تعهد و التزام است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۴۲). بنابراین آنچه موضوع شرط فعل قرار می‌گیرد تعهد بر انجام یا خودداری از انجام عملی اعم از حقوقی یا مادی است. در شرط داوری نیز طرفین متعهد می‌شوند چنانچه در آینده اختلافی راجع به قرارداد اصلی حادث شود آنرا از طریق داوری حل و فصل نمایند. از این جهت شرط داوری تعهد به انجام عملی است که با شرط فعل همسو می‌نماید. از سوی دیگر شرط داوری را نیز می‌توان تعهد بر عدم مراجعه‌ی به دادگاه تلقی نمود. بنابراین از این جهت هم این شرط نوعی تعهد به خودداری از انجام عملی است که به شرط فعل نزدیک می‌شود. علاوه بر این ماده‌ی ۴۵۶ و تبصره‌ی ماده‌ی ۴۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ از «التزام» به ارجاع اختلاف به داوری سخن به میان آورده‌اند که این امر مطابق با موضوع شرط فعل یعنی التزام و تعهد است. از حیث ضمانت اجرا نیز تخلف از شرط فعل موجب اجبار ممتنع بر وفای به شرط خواهد بود (ماده ۲۳۷ ق. م). در داوری شکل امتناع از انجام تعهد بدین نحو نمود پیدا می‌کند که متعهد بجای مراجعه به داور جهت حل اختلاف، به دادگاه رجوع نماید. منتها وضعیت شرط داوری از این حیث ویژه است که برخلاف شروط فعل معمول در قراردادها شرط داوری شرط فعلی نیست که صرفا به نفع یکی از طرفین و بر علیه دیگری باشد بلکه به

موجب شرط داوری طرفین متقابلا در برابر یکدیگر متعهد می‌شوند اختلافات آتی را به داوری ارجاع دهند. به دیگر سخن شرط داوری از جمله‌ی معدود شروطی است که در آن واحد هم به نفع هر دو طرف و هم بر علیه آنهاست. طبیعتا در چنین فرضی یکی از طرفین به تنهایی نمی‌تواند از اجرای شرط داوری صرفنظر کرده و دعوا را نزد دادگاه برد، چرا که این امر مستلزم دخالت در حق دیگری است. در نتیجه باید پذیرفت اسقاط شرط داوری مستلزم رضایت هر دو طرف است. قانونگذار ما این امر را در ماده‌ی ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ اینگونه ابراز داشته است: «دادگاهی که دعوی موضوع موافقتنامه داوری نزد آن اقامه شده است باید در صورت درخواست یکی از طرفین تا پایان اولین جلسه دادگاه، دعوی طرفین را به داوری احاله نماید...»^۱. به موجب این ماده قانونگذار اقامه‌ی دعوا در دادگاه را به منزله‌ی رضایت بر کنار گذاشتن توافق داوری از سوی خواهان و عدم اعتراض خوانده را نیز به منزله‌ی پذیرش عملی آن قلمداد نموده است. اما چنانچه خوانده نسبت به اقامه‌ی دعوا در دادگاه اعتراض نماید این امر بیانگر آن است که خواهان از شرط داوری تخلف نموده و به تعهد خویش وفا نکرده است. بنابراین همانند هر شرط فعل دیگری دادگاه متعهد را به اجرای تعهد ملزم می‌نماید که در فرض ما الزام به انجام تعهد، همانگونه که در ماده‌ی ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی آمده است، در قالب ارجاع اجباری اختلاف به داوری نمود پیدا می‌کند. بنابراین ضمانت اجرای تخلف از شرط داوری ارجاع اجباری اختلاف به داوری یعنی همان اجبار به وفای به عهد است. باری، پرسشی که در این میان به ذهن می‌رسد آن است که آیا شرط فعل می‌تواند همزمان هم به نفع هر دو طرف و بر علیه هر دوی آنها باشد؟ در پاسخ باید گفت، اگر چه قانون مدنی در تعریف شرط فعل از عبارت «بر یکی از متعاملین...» استفاده کرده است ولی تعبیر قانون یاد شده ناظر به موارد غالب است و هیچ منعی ندارد که شرط به سود یا علیه یکی از طرفین یا هر دوی آنها باشد (شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۶۵).

از آنچه بیان شد روشن می‌شود که شرط داوری با شرط فعل انطباق بیشتری دارد و همانند شرط فعل، شرط داوری نیز حاوی یک التزام و تعهد است. با پذیرش اینکه شرط داوری

^۱. اگرچه در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنین مقرره‌ای وجود ندارد ولی با در نظر گرفتن ملاک ماده ۸۷ قانون یاد شده و اینکه میان داوری موضوع قانون داوری تجاری بین‌المللی و داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی از این جهت که هر دو به یک نظام ملی وابسته هستند تفاوتی وجود ندارد، در داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی نیز به قیاس اولویت باید از راه حل مقرر در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی تبعیت کرد. رک: (خدا بخشی، ۱۳۹۵، ص ۱۸۶) و (شمس، ۱۳۸۲، ص ۱۸).

یک شرط فعل است، حال باید دید، شرط داوری یک شرط فعل مادی است یا یک شرط فعل حقوقی. شرط فعل مادی عبارتست از تعهد بر انجام یک عمل مادی مانند حمل کالایی از مکانی به مکان دیگر. شرط فعل حقوقی تعهد بر انجام یک عمل حقوقی است مانند آنکه در عقد بیع شرط شود مشتری مبیع را به فروشنده اجاره دهد. در مقام پاسخ به پرسش مطرح شده می‌توان گفت، داوری و ارجاع اختلاف به داوری یک عمل حقوقی و اعتباری است که با اراده‌ی اشخاص واقع می‌شود. علاوه بر این اقامه‌ی دعوا نیز یک امر انشایی و ایقاع است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۷۰). بنابراین به نظر می‌رسد شرط داوری را باید یک شرط فعل حقوقی دانست.

۵. نتیجه‌گیری:

در پاسخ به این پرسش که ماهیت حقوقی شرط داوری چیست، در نگاه اول می‌توان گفت شرط داوری یکی از شروط ضمن عقد است. موضوع شرط داوری در واقع یک التزام و تعهد است. طرفین به موجب شرط داوری متعهد می‌شوند اختلافات آتی خود را به داوری ارجاع دهند. هر یک از طرفین به موجب شرط داوری در مقابل دیگری ملتزم می‌شود در صورت بروز اختلاف به داور مراجعه نماید. اگر چه شرط داوری به موجب عرف و قواعد حاکم بر داوریه‌های تجاری بین‌المللی مستقل از قرارداد اصلی تلقی می‌شود، اما این امر همه‌ی جلوه‌های وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی را نفی نکرده و تاثیری در ماهیت حقوقی آن نخواهد داشت. از آنجایی که اثر شرط داوری ایجاد تعهد است و اثر ایجاد تعهد نیز امکان الزام متعهد به انجام مورد تعهد، شرط داوری نمی‌تواند از اموری تلقی شود که به صورت خود به خود و به نفس اشتراط محقق شود. آنچه از تحلیل شرط داوری و موضوع آن، به ذهن متبادر می‌شود این است که شرط داوری را باید از مصادیق شرط فعل حقوقی دانست. چراکه هم شرط داوری و هم شرط فعل منشا ایجاد تعهد هستند.

منابع و ماخذ:

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳)، *مبانی نظری اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی*، نامه مفید، شماره ۴۳، ۵-۳۰.
۲. امامی، حسن (۱۳۹۳)، *حقوق مدنی*، ج اول، تهران، انتشارات اسلامیه.
۳. امیرمعزی، احمد (۱۳۸۸)، *داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی*، تهران، نشر دادگستر.
۴. جعفریان، منصور (۱۳۷۳)، *تاملاتی بر لایحه داوری تجاری بین المللی «۱»*، مجله مجلس و راهبرد، شماره ۱۳، ۱۳-۱۴۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱)، *مجموعه محشی قانون مدنی*، تهران، گنج دانش.
۶. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۵)، *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۷. ریسی، مریم و ساعدی، بهزاد (۱۳۹۲)، *استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی*، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، شماره ۱۹، ۱-۲۴.
۸. شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸)، *انتقال قرارداد*، تبریز، انتشارات فروزش.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۹۴)، *حقوق مدنی*، ج اول، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۰. _____ (۱۳۹۱)، *حقوق مدنی*، ج سوم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۱. _____ (۱۳۹۴)، *حقوق مدنی*، ج چهارم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۱۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۲)، *موافقتنامه داوری و صلاحیت دادگاه*، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ۹-۴۴.
۱۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳ الف)، *حقوق نفت و گاز*، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۱۴. _____ (۱۳۹۳ ب)، *داوری تجاری بین المللی*، تهران، انتشارات سمت.
۱۵. صادقی، محسن و گودرزی، حبیب (۱۳۸۷)، *بررسی قراردادهای بین المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران*، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲، ۱۷۳-۱۸۹.
۱۶. صفایی، حسین (۱۳۷۷)، *سخنی چند درباره ی نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین المللی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۰، ۳-۴۰.
۱۷. صلح چی، محمد علی (۱۳۸۹)، *استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین المللی*، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۱، ۲۴۹-۲۸۹.

۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ الف)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۹. _____ (۱۳۹۱ ب)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۰. _____ (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، ایقاع، تهران، نشر میزان.
۲۱. _____ (۱۳۸۶)، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۲. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱)، حقوق داوری داخلی، تهران، نشر دادگستر.
۲۳. محبی، محسن (۱۳۷۸)، نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۴، ۳۱-۱۱۹.
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۵. نیک بخت، حمید رضا (۱۳۷۳)، استقلال شرط داوری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲-۱۹، ۲۶۰-۲۷۵.
26. Andrews, Neil (2016), *Arbitration and Contract Law, Common Law perspective*, Switzerland, Springer.
27. Barger, Klaus Peter (1993), *International Economic Arbitration*, Boston, Kluwer.
28. Roger Qc, Andrew and Launders, Rachel (1994), *Separability-the Indestructible Arbitration Clause*, *Arbitration International*, Vol. 10, No.1.