

تکمیلی بودن استقلال شرط داوری؛ لزوم احراز اراده طرفین در تعیین ماهیت شرط داوری

مجید عزیزبانی*

تاریخ دریافت: ۹۷/۱۰/۱۲

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۶/۰۱

چکیده

تعیین ماهیت داوری از جوانب گوناگون مفید فایده است. تعریف داوری با رعایت چهار ویژگی: الزام‌آور بودن، حل و فصل اختلاف توسط شخص ثالث، حقوقی بودن و قراردادی بودن بدین عبارت ارجح است: «داوری عبارت است از حل و فصل حقوقی و لازم‌الاجرای اختلاف و منازعه موجود یا آتی طرفین قرارداد، توسط شخص یا اشخاص ثالث انتخابی طرفین یا انتصابی دادگاه یا ثالث است». در خصوص ماهیت شرط داوری چندین نظریه شرط مستقل، شرط نتیجه و شرط فعل و شخصی بودن مطرح است، ولی باید گفت که اول بحث دایر مدار احراز اراده طرفین شرط داوری است. اگر از مفاد شرط داوری چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی استنباط گردد که اراده و قصد طرفین بر این است که با انتفای قرارداد اصلی، شرط داوری نیز از بین برود، در این صورت، در تبعی بودن و عدم استقلال شرط داوری شکی نیست. تصریح مقنن به استقلال شرط داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی مندرج در بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی از قوانین تکمیلی، نه امری است. در داوری‌های داخلی به دلیل نبود صراحت قانونی و در صورت عدم کشف اراده طرفین از مفاد قرارداد پیرامون استقلال یا وابسته بودن شرط داوری و در حالت اطلاق، چنین نتیجه می‌گیریم که شرط داوری به این صورت نوعی شرط مستقل است که ماهیت این شرط بدین نحو است که طرفین در خصوص شیوه، نحوه و مرجع حل اختلاف قرارداد، توافق می‌کنند.

کلیدواژگان:

تکمیلی بودن، شرط داوری، داوری، قرارداد.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی

مقدمه

در بند (الف) ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، داوری تعریف شده است. صرف‌نظر از اینکه در این تعریف از واژه سنگین «متداعیین» استفاده شده و جمله با فعل به پایان نرسیده است، تعریف مزبور اولاً به جنبه قضایی رسیدگی در داوری توجه نکرده است و به این دلیل شامل سایر روش‌های حل اختلاف از قبیل سازش و میانجیگری نیز می‌شود؛ در حالی که میانجیگری بدون صدور رأی به اختلاف پایان می‌دهد. ثانیاً تعریف مزبور به لازم‌الاجرا بودن رأی داوری نیز اشاره‌ای نمی‌کند.^۱ به هر حال، هر تعریفی از داوری مثل سایر تعریف‌ها از نظر جامع و مانع بودن قابل انتقاد خواهد بود؛ شاید به این دلیل که در اکثر قوانین ملی، از جمله قانون آیین دادرسی مدنی ایران مصوب ۱۳۷۹، داوری تعریف نشده و در باب هفتم این قانون که به طور خاص به داوری اختصاص یافته است، در اولین ماده این باب (ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م) به قابلیت ارجاع منازعه و اختلاف از سوی اشخاص دارای اهلیت اقامه دعوا به داوری یک یا چند نفر بسنده کرده و تعریفی از داوری ارائه ننموده است. ماهیت شرط داوری، چه در داوری داخلی و چه در داوری تجاری بین‌المللی، به وضوح نه توسط مقنن و نه توسط حقوق‌دانان مورد تصریح قرار نگرفته است. تعیین ماهیت داوری از جوانب گوناگون مفید فایده است. فایده اساسی آن در این است که در صورت انتفای قرارداد اصلی، آیا شرط داوری ضمن آن نیز منتفی می‌شود یا خیر؟ در صورتی که قائل به مستقل بودن شرط داوری باشیم، با انتفای قرارداد اصلی، شرط داوری منتفی نمی‌شود. در صورتی که شرط داوری را یک شرط وابسته تلقی کنیم، با انتفای قرارداد اصلی، شرط داوری از بین می‌رود. لذا تعیین ماهیت صحیح شرط داوری تا این اندازه پراهمیت است.

۱. تعریف و مفهوم داوری و موافقت‌نامه داوری

۱.۱. تعریف داوری

داوری به عنوان یک مرجع قضایی غیر دولتی از سوی حقوق‌دان‌های متعدد، تعریف شده است که این میزان اختلاف در تعریف داوری، خود نشان از ماهیت خاص این نهاد حل و فصل

۱. شیروی، عبدالحسین، *داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات سمت، چاپ هفتم، ۱۳۹۶، صص ۹ و ۱۰.

اختلاف دارد. برای پی بردن به ماهیت داوری ابتدا می‌بایست تعریف جامع و کاملی از داوری ارائه شود و سپس با لحاظ این تعریف صحیح، ماهیت آن مشخص شود. برخی از دکتین، داوری را به اختصار به «فصل خصومت توسط غیرقاضی و بدون رعایت تشریفات رسیدگی دعاوی» تعریف کرده‌اند.^۱

برخی دیگر در ذیل بحث تمییز صلح از قراردادهای مشابه چنین تعریف نموده‌اند: «قراردادی است که به موجب آن، طرفین رفع نزاع کنونی یا احتمالی آینده را در معامله‌ای خاص به اشخاص مورد اعتماد خود می‌سپارند و متعهد به اجرای حکم آنان می‌شوند و از رجوع به دادگاه‌های رسمی صرف نظر می‌کنند».^۲

در صورتی که تعریف داوری فاقد چهار ویژگی ذیل باشد، ممکن است با سایر نهادهای جایگزین حل و فصل مدخلیت مفهومی و مصداقی پیدا کند و در نهایت در احراز صحیح ماهیت داوری با اشکال روبه روبرو شویم:

۱. الزام‌آور بودن رأی داوری: به این صورت که داور با صدور رأی، اختلاف و منازعه را در مورد موضوع اختلاف به صورت نهایی و قطعی پایان دهد و این رأی داور، قاطع و لازم‌الاجراست که اگر چنین نباشد، با سایر شیوه‌های حل و فصل اختلاف، از جمله کدخدانمنشی که فاقد ضمانت اجراست، تفاوتی ندارد و رأی داور برابر مفاد مواد ۴۸۸ و ۴۹۵ قانون آیین دادرسی مدنی به مانند احکام دادگاه‌ها در صورتی که مطابق مقررات داوری صادر شده باشد، به مرحله اجرا درخواهد آمد.

۲. شخص یا اشخاص ثالث غیر از دادگاه نسبت به حل و فصل اختلاف اقدام نماید. شخص یا اشخاص ثالث به عنوان داور ممکن است توسط طرفین قرارداد، مشخصاً انتخاب شوند (ذیل ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م) یا اینکه طرفین در اصل ارجاع اختلاف به داوری توافق کنند، ولی شخص یا اشخاص داور را انتخاب نکرده باشند و در انتخاب آن به توافق نرسند که در این صورت، دادگاه بر حسب اختیار طرفین، نه راساً، داور انتخاب می‌کند (ذیل ماده ۴۵۹ ق.آ.د.م) و یا اینکه طرفین قرارداد، انتخاب داور را به شخص ثالثی محول کرده باشند (تبصره ماده ۴۵۵

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷، ص ۱۲۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: عقود معین، مشارکتهای، صلح*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۳۱۶.

ق.آ.د.م). مورد اخیر، یعنی اختیار انتخاب داور به ثالث، مورد توجه اکثر دکترین حقوقی در تعریف داوری قرار نگرفته است؛ در حالی که تعریف از لحاظ منطقی باید جامع افراد و مانع اغیار باشد.

۳. حقوقی بودن حل و فصل اختلاف، ویژگی اساسی و مهم داوری مدرن است که داوران برابر این شرط دارای تکالیفی اند. در غیر این صورت، همانند بند اول با سایر نهادهای مشابه داوری همپوشانی غیر قابل اغماضی خواهند یافت. به این صورت که داور یا داوران علی‌رغم اینکه تابع مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نیستند، ولی داور یا داوران باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند (م ۴۷۷ ق.آ.د.م).

۴. قراردادی بودن داوری: داور به عنوان شخص ثالث که اختلاف و منازعه را حل و فصل می‌کند، اختیار مداخله خود را از موافقت‌نامه داوری به دست می‌آورد. به عبارتی، طرفین قرارداد با اختیار، ضمن قرارداد اصلی یا جداگانه، شیوه حل و فصل اختلاف از طریق داوری را تعیین می‌کنند و بدون وجود موافقت‌نامه داوری، امکان مداخله داور و داوری میسر نخواهد بود. به عبارتی، داوری حتماً مسبوق به توافق است.

با این چهار ویژگی اساسی بیان شده، مشخص می‌شود تعریفی که واجد و متضمن این اوصاف باشد، مورد پسند و مقبول است. پس می‌توانیم بر مبنای اوصاف یادشده داوری را چنین تعریف کنیم:

«داوری عبارت است از حل و فصل حقوقی و لازم‌الاجرای اختلاف و منازعه موجود یا آتی طرفین قراردادی یا غیرقراردادی، توسط شخص یا اشخاص ثالث انتخابی طرفین یا انتصابی دادگاه یا ثالث است.»

۱.۲. تعریف موافقت‌نامه داوری

در قانون آیین دادرسی مدنی از موافقت‌نامه داوری تعریفی ارائه نشده است، لیکن بند «ج» ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی موافقت‌نامه داوری را تعریف کرده است. البته این تعریف قانونی از بند ۱ ماده ۷ قانون نمونه داوری آنسیترال اخذ شده است.

مبنا و محور اصلی داوری، موافقت‌نامه داوری یا قرارداد داوری است. داوران به موجب قرارداد یا شرط داوری، اختیار حل و فصل اختلاف را تحصیل می‌کنند. ماده ۱۴۴۲ قانون آیین دادرسی

مدنی فرانسه، شرط داوری را توافقی می‌داند که بر اساس آن طرفین متعهد می‌شوند تا اختلافات ناشی از آن قرارداد، از طریق داوری حل و فصل گردد. هرگاه پس از بروز اختلاف، طرفین توافق مستقلی مبنی بر حل و فصل اختلاف نزد داور نمایند، توافق را «قرارداد داوری» می‌نامند. در حقوق فرانسه، این قراردادی است که پس از وقوع اختلاف منعقد گردیده و موضوع اختلاف در آن مشخص است.^۱ البته به نظر می‌رسد این نوع تفکیک بین شرط و قرارداد داوری چندان مورد توجه قانون گذار نبوده است؛ زیرا طرفین می‌توانند با انعقاد قرارداد جداگانه قبل از بروز اختلاف نیز بر داوری تراضی نمایند. همچنان که این امر از ظاهر بند (ج) ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی و بند (خ) ماده یک آیین‌نامه شیوه‌ارائه خدمات مرکز داوری اتاق ایران قابل استنباط است.^۲

موافقت‌نامه داوری، قرارداد و توافقی فی‌مابین طرفین است که طی آن شیوه حل و فصل اختلافات آتی یا موجود به داوری اشخاص ثالث غیر از محاکم دادگستری واگذار و موضوع آن یعنی توافق طرفین مشتمل بر ارجاع اختلاف به داوری باید مشخص باشد. موافقت‌نامه داوری در صورت داشتن شرایط صحت، مانند سایر قراردادها از اصل لزوم مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی تبعیت می‌کند. براساس اصل لزوم قراردادها، طرفین به اجرای قرارداد و توافقتشان ملزم‌اند و این اصل به عنوان معروف‌ترین قاعده حقوق قراردادهای بین‌المللی محسوب می‌شود.^۳

وجود «ظاهری» موافقت‌نامه یا شرط داوری زمانی اهمیت پیدا می‌کند که یکی از طرفین وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داوری را انکار کند. در فرضی که خواهان نزد داور یا دیوان داوری اقامه دعوا می‌نماید و خوانده نیز صلاحیت داور را می‌پذیرد، این امر به منزله وجود و یا انعقاد موافقت‌نامه داوری تلقی می‌شود.^۴

در مقام تفکیک بین شرط و قرارداد داوری می‌توان بیان داشت، چنانچه توافق طرفین برای ارجاع اختلافات احتمالی به داوری در ضمن قرارداد دیگر درج گردد، آن را «شرط داوری» می‌نامند. شرط داوری غالباً زمانی استفاده می‌شود که هنوز اختلاف بروز نکرده و حتی ممکن

۱. به نقل از کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو، *حقوق داوری داخلی*، ص ۱۰۵.

۲. همان، ص ۱۰۱.

3. Bedard, Julie, Nelson, Timothy, G, Kalanlirsky, Amanda Raymond, "Arbitration in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process", *The Paris Journal of International Arbitration*, Vol. 3, 2010, p744.

۴. محبی، محسن، *نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی*، مجله حقوقی نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۸، شماره ۲۴، ص ۶۸.

است هیچ گاه بروز ننماید. شرط داوری در قالب و شکل شروط ضمن عقد به عنوان یک از شروط اصلی قرارداد محسوب می‌شود. البته در ادامه به صورت دقیق به بررسی مفهوم و ماهیت شرط و قرارداد داوری پرداخته خواهد شد.

۲. ماهیت حقوقی شرط داوری

موافقت‌نامه داوری، اعم از شرط یا قرارداد، توافقی است که مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد گردیده و مانند هر قرارداد دیگر بین طرفین لازم‌الوفاست.^۱ به اعتقاد برخی، «هر چند به نظر می‌رسد که فلسفه رجوع به داوری، کتبی بودن قرارداد داوری را اقتضا دارد و می‌تواند از بروز مشکلات زیادی از جمله اختلاف در اصل وجود قرارداد داوری و شرایط و حدود آن جلوگیری کند، با وجود این، تا زمانی که این تشریفات مورد تصریح قانون‌گذار قرار نگیرد، نمی‌توان به طور حتم توافق رجوع به داوری را قراردادی تشریفاتی دانست و اصلاح قانون آیین دادرسی مدنی برای تشریفاتی قلمداد نمودن قرارداد داوری ضروری است».^۲ راجع به ماهیت داوری، نظرات متفاوتی ابراز شده است، اما در خصوص ماهیت قراردادی آن، تردیدی وجود ندارد و اکثر نویسندگان، داوری را قرارداد تلقی کرده‌اند.^۳ در این میان، برخی از مؤلفین، توافق بر داوری را قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی نموده و آن را مشمول مواد ۱۸۵ و ۲۱۹ قانون مدنی دانسته‌اند.^۴

همچنین اظهار نظر شده است که شرط داوری، نمی‌تواند به عنوان شرط ضمن عقد مشمول مواد ۲۳۳ به بعد قانون مدنی قرار گیرد؛ زیرا شرط داوری تابع قواعد خاص خود در قانون آیین دادرسی مدنی است و ارجاع امر به داوری به صورت توافق (شرط) ضمن معامله به حکم صریح قانون آیین دادرسی مدنی تجویز گردیده است و شرط داوری از شروطی نیست که تعهدی تبعی باشد و جزء مورد عقد اصلی شود و همانند قرارداد دادرسی علی حده، یک عقد مستقل و دارای

۱. کریمی، عباس و محمد رضا دشتی، *مطالعه تطبیقی قرارداد داوری رضایی یا تشریفاتی*، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، ۱۳۹۲، شماره ۱، ص ۱۰۲.

۲. همان، ص ۱۱۳.

۳. مدنی، سید جلال الدین، *آیین دادرسی مدنی*، جلد ۱، تهران: انتشارات پایدار، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۶۷۶.

۴. متین دفتری، احمد، *آیین دادرسی مدنی و بازرگانی*، جلد ۱، تهران: نشر مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۸۸.

عنصر قصد و رضای مخصوص به خود و به موجب ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی لازم الاتباع است.^۱ با وجود این، در برخی از نوشته‌های حقوقی قرارداد داوری منضم به قرارداد، شرط ضمن عقد تلقی شده است.^۲

۲.۱. شرط مستقل

این دیدگاه بیشتر بر مبنای توجیه قاعده استقلال شرط داوری شکل گرفته است. مطابق این نظر، شرط داوری اگر چه ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید، 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.^۳ 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 ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ و معتبر است.^۴ همچنین عده‌ای دیگر در این باب مرقوم نموده‌اند: «شرط داوری از شروطی نیست که تعهدی فرعی و تبعی باشد، بلکه قصد انشای جداگانه در آن موجود است که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و فی‌مابین طرفین بر اساس ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم‌الاجراست. به این ترتیب، به مقتضای قاعده العقود تابعه للقصود، چنانچه یک طرف به آسانی بتواند با ادعای اینکه قرارداد به علت عدم وجود یکی از شرایط اساسی صحت معامله باطل است، از قرارداد داوری طفره برود، تأثیر شرط داوری به خطر خواهد افتاد».^۱ بنابراین 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 ضمن یک

۱. نیکبخت، حمیدرضا، **استقلال شرط داوری**، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۶، شماره‌های ۱۹-۲۰، ص ۲۷۲.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، پیشین، ص ۲۸۴.

3. Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, London: Wolters Kluwer, 2nd edition, Chapter 3, 2014, p. 45.

۴. نیکبخت، حمیدرضا، پیشین، ص ۲۷۲.

۱. مافی، همایون، **تشریح بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران**، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، چاپ دوم، ۱۳۹۷، ص ۲۰۴.

قرارداد دیگر می‌آید، ولی مستقل از آن است و اعتبار خود را از اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ ق. م می‌گیرد. بنابراین، زمانی که یک قرارداد حاوی شرط داوری است، در واقع طرفین، دو قرارداد مجزا منعقد می‌نمایند. از سویی ممکن است شرط به طور کلی به صورت شرط وابسته یا شرط با ماهیت مستقل در ضمن عقد قرار گیرد. منظور از شرط وابسته، شرطی است که در صورت انتزاع از عقد، شرط ابتدایی تلقی می‌شود؛ مانند تعهد یک‌طرفه. اما گاهی یک عمل مستقل مانند عقد وکالت به صورت شرط ضمن عقد، منعقد می‌شود که چنین شروطی صرف نظر از عقد اصلی، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبارند.^۱ نکته قابل توجه آن است که مسائل و شروط ضمن عقد در قانون مدنی براساس شروط وابسته تنظیم شده و شروط مستقل مورد توجه نویسندگان قانون مدنی نبوده است. از سویی، شروط فعل، صفت و نتیجه در عقد اصلی، امری فرعی و وابسته تلقی می‌شوند که علم اجمالی در آنها کفایت می‌کند و فلسفه تدوین باب شروط ضمن عقد پیشنهاد راه‌حلی برای معتبر نمودن و الزامی کردن شروط خارج از عقد (شروط ابتدایی) بوده است. برخی از احکام باب شروط تنها در شروط وابسته اعمال می‌گردد.^۲ به نظر می‌رسد توافق طرفین بر داوری که ضمن معامله صورت می‌گیرد، نمی‌تواند از شروط ضمن عقد مذکور در قانون مدنی تلقی شود و ماهیت ویژه خود را دارد و در تسری آن به قائم مقام عقد، نمی‌توان به قاعده تبعیت شرط از عقد استناد نمود. استقلال شرط داوری به عنوان یک توافق مستقل از عقد اصلی مورد تأیید بسیاری از کشورها قرار گرفته است.^۳

۱. رهیچک، حسن، *حقوق مدنی پیشرفته (مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد)*، تهران: انتشارات خرسندی،

چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۴۰.

۲. همان، صص ۴۰-۴۱.

۳. ماده ۱۰۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان و ماده ۱۰۵۳ قانون داوری هلند، استقلال شرط داوری را به رسمیت شناخته است. در قوانین داوری انگلستان مصوب ۱۹۵۰ و ۱۹۷۹، حکمی راجع به استقلال شرط داوری وجود ندارد، اما در رویه قضایی این کشور، این موضوع تحت عنوان دکترین استقلال (separability doctrine) مورد تأیید واقع شده و در حقوق امریکا نیز از همین قاعده تبعیت شده و در دعوای معروف (1967) Prima Paint مورد توجه قرار گرفته است (صفایی، سید حسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، نشر میزان، چاپ دوم، ص ۳۸۴).

۲.۲. شرط نتیجه

برخی با این توجیه که شرط ارجاع اختلاف به داوری در واقع شرط تحقق امری در خارج است (ماده ۲۳۴ق.م)، شرط داوری را از مصادیق شرط نتیجه یا غایت دانسته‌اند.^۱ شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه، موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود.^۲ بنابراین، شرط نتیجه ناظر به اموری است که به نفس اشتراط و به صورت خود به خود قابلیت تحقق داشته باشند. به همین دلیل این شرط ناظر به امور اعتباری است نه مادی. شرط نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود و نیاز به امر دیگری ندارد. در صورت اعتقاد به شرط نتیجه بودن شرط داوری، باید گفت که به صرف درج شرط داوری در قرارداد جریان داوری شروع شده تلقی می‌شود. در حالی که 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، ممکن است اساساً اختلافی وجود نداشته باشد 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 به‌طور کلی احراز شود و ارجاع اختلاف به داوری مستلزم فراهم نمودن مقدماتی از جمله تعیین داور، قبول داوری توسط او، ارائه درخواست و تقاضای رسیدگی و... است. 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.^۳

۲.۳. شرط فعل

یکی دیگر از صور تعیینی شرط داوری مطابق مقررات شروط در قانون مدنی، اعتقاد به شرط فعل بودن شرط داوری است؛ زیرا 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

۱. ریسی، مریم و بهزاد ساعدی، **استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی**، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، ۱۳۹۲، شماره ۱۹، ص ۱۴.

۲. ماده ۲۳۶ قانون مدنی.

۳. شیروی، عبدالحسین، **حقوق نفت و گاز**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۶۴۲.

شود.^۱ شرط فعل همواره نوعی تعهد و التزام است. 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، آن را از طریق داوری حل و فصل نمایند. از این نظر، شرط داوری تعهد به انجام عملی است که با شرط فعل همسو می‌نماید. از سوی دیگر، شرط داوری را نیز می‌توان تعهد بر عدم مراجعه به دادگاه تلقی نمود. بنابراین، از این نظر هم، این شرط نوعی تعهد به خودداری از انجام عملی است که به شرط فعل منفی نزدیک می‌شود. علاوه بر این، ماده ۴۵۶ و تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ از لفظ «التزام» برای ارجاع اختلاف به داوری سخن به میان آورده که این امر مطابق با موضوع شرط فعل یعنی التزام و تعهد است. از حیث ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل نیز مفاد ماده ۲۳۷ قانون مدنی برای اجبار ممتنع قابل استناد خواهد بود. در داوری، شکل امتناع از انجام تعهد بدین نحو جلوه پیدا می‌کند که متعهد به جای مراجعه به داور برای حل اختلاف، به دادگاه رجوع می‌نماید. در صورت پذیرش شرط داوری به عنوان شرط فعل، منطقاً باید قواعد و مقررات شروط وابسته که شرط فعل یکی از مصادیق آن تلقی می‌شود، رعایت گردد. یکی از قواعد مربوط به شروط وابسته، حکم ماده ۲۴۶ قانون مدنی^۲ است که در صورت اقاله یا فسخ قرارداد، شرط ضمن آن می‌بایست باطل شود. در رویه قضایی هم آرای در این خصوص صادر شده است. برخی از محاکم زوال قرارداد اصلی حاوی شرط داوری را موجب زوال شرط داوری به دلیل بلاموضوع بودن داوری دانسته و نظر داده‌اند، در صورت فسخ قرارداد مشتمل بر شرط داوری، شرط داوری نیز منتفی است و داوران نمی‌توانند در مورد صحت و سقم دعوی فسخ قرارداد مذکور رسیدگی و اتخاذ تصمیم نمایند که به نظر می‌رسد به شرح همین بحث، این نظر قابل خدشه است.^۳

۱. ماده ۲۳۴ ق. م.

۲. در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است، باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است، عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد.

۳. تاریخ: ۲۳/۰۲/۱۳۹۲ - شماره: ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۱۸۱.

رای بدوی: ماحصل دعوی خواهان آقای ع.ب. با وکالت آقای... به طرفیت دایر بر ابطال رأی داوری ۹۰/۱۰/۲۰... دادگاه با توجه به محتویات پرونده در قراردادی که در آن مقرر شده در موقع اختلاف به داوری رجوع شود، تاکنون در هیچ یک از مراجع ذی صلاحیت قضایی فسخ و یا ابطال نشده و تا زمانی که قرارداد فسخ یا باطل نگردد، ←

درحالی که در داوری، پذیرش این نظر با این اطلاق صحیح به نظر نمی‌رسد. در برخی موارد ممکن است که با از بین رفتن قرارداد اصلی، رجوع اختلاف به مرجع داوری به دلیل ماهیت خاص آن شرط و به دلیل اراده طرفین صورت گیرد.

۲.۴. شخصی بودن شرط داوری

یکی دیگر از نظریات مربوط به ماهیت شرط داوری، شخصی بودن چنین شرطی است. شخصی بودن به این مفهوم است که شرط داوری به شخصیت طرفین شرط داوری وابسته است و به اعتبار شخصیت طرفین قرارداد، شرط داوری پیش‌بینی شده است. ممکن است پیش‌بینی شرط داوری هم منوط به شخصیت طرفین قرارداد و یا منوط به شخصیت داور باشد.

برخی در تفسیر ماهیت شخص بودن شرط داوری به مفاد ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی که همان ماده ۶۵۶ ق.آ.د.م. سابق است (فوت یکی از طرفین قرارداد سبب زوال داوری است)، استناد می‌کنند. بنابراین، اگر داوری ضمن عقد لازم یا حتی قرارداد موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی مورد توافق قرار گیرد، با فوت یکی از طرفین معامله، هر چند عقد به اعتبار خود در حق وراثت باقی می‌ماند، شرط داوری ضمیمه آن زایل می‌گردد و این بدان معناست که انتقال قهری عقد لازم، سبب انتقال شرط داوری مندرج در آن نمی‌شود. در توجیه این حکم، استدلال نموده‌اند

→ می‌توان در موقع اختلاف به داوری رجوع کرد و داور نیز مطابق مقررات موظف به داوری و صدور رأی می‌باشد و در صورتی که قرارداد فسخ شود، داور نیز نمی‌تواند در صورت بروز اختلاف داور خارج از چهار چوب قانونی عمل کرده و رأی صادر کند، لذا دادگاه با پذیرش دعوی مطروحه حکم بر ابطال رأی داوری صادر و اعلام می‌کند. رای دادگاه تجدید نظر: در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای م.س. به طرفیت. نسبت به دادنامه شماره ۶۹۳ مورخه ۹۱/۸/۲۴ که مطابق آن دعوی تجدیدنظر خوانده به خواسته ابطال رأی داور مورد اجابت واقع گردیده، دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و لوایح تقدیمی و توجهاً به رأی اصلاحی ۸۵۹ مورخ ۹۱/۱۰/۱۸ و قرارداد مشارکت ۸۸/۷/۲۰ و مبایعه نامه ۸۹/۴/۸ و بخش مبایعه نامه مذکور موضوع رأی داور از آنجا که موضوع مورد درخواست از هیأت داوری جهت اظهار نظر به شرح اظهارنامه ۸۵۰۷ مورخ ۹۰/۱۱/۱۵ در خصوص اعلام فسخ مبایعه نامه ۲۴۹ که مورد اجابت هیأت داوری قرار گرفته است، خارج از صلاحیت هیأت داوری بوده، به لحاظ اینکه حیطة صلاحیت داور مراجعت به اختلافات مربوط به موضوع قرارداد واجد اعتبار بوده و در فرض فسخ بطلان قرارداد بین طرفین دیگر جایگاهی برای اظهار نظر داور وجود ندارد و دعوی فسخ هم خارج از موضوع توافق داوری است، بنابراین با عنایت به مراتب مذکور مستنداً به بندهای ۲ و ۳ ماده ۴۸۹ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با رد تجدیدنظرخواهی رأی معترض عنه را ابرام می‌نماید.

که قرارداد داوری به اصحاب معامله مربوط است و به اعتبار شخص طرف قرارداد منعقد می‌گردد^۱ و مانند تعهدات مالی قابل انتقال به وراثت نیست و قائم به شخص است.

اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۶۰۳۱/۷ مورخ ۱۳۷۵/۹/۲۴ اظهار داشته است: «ارجاع امر به داوری موکول 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 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 ق.آ.د.م رفتار گردد و 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». این نظریه در حالت اطلاق مورد انتقاد است. در رویه قضایی برخی آرا وجود دارد که شرط داوری را شخصی تلقی کرده، با فوت طرفین، قرارداد داوری از بین می‌رود.^۲

صرف نظر از صحت و سقم استدلال مذکور، به نظر می‌رسد اگر بر فرض به استدلال فوق استناد کنیم، باید میان موردی که شخص داور توسط متعاملین تعیین می‌شود و موردی که طرفین بدون تعیین و مشخص کردن داور، شرط داوری را پیش‌بینی می‌کنند، قائل به تفریق شد. اصولاً هنگامی که طرفین بدون تعیین داور مشخصی، توافق نمایند که اختلافات آتی آنان از طریق داوری حل و فصل شود، نمی‌توان ادعا نمود که چنین توافقی قائم به شخص است؛ زیرا هنوز داور تعیین نشده است تا شخصیت او مدنظر طرفین معامله قرار گیرد، شخصیت خود

۱. مدنی، سید جلال الدین، پیشین، ص ۶۷۸.

۲. رأی دادگاه تجدید نظر: در خصوص تجدیدنظرخواهی آقایان و خانم‌ها. همگی با نام خانوادگی ر.م. به طرفیت آقایان و خانم‌ها. نسبت به دادنامه شماره ۹۲۱ مورخ ۹۱/۹/۱ شعبه ۱۶ دادگاه حقوقی تهران که مطابق آن دعوای ابطال رأی داوری به لحاظ خلاف قواعد موجد حق بودن غیر وارد تشخیص و منتهی به صدور حکم بطلان دعوی تقدیمی گردیده، دادگاه قطع نظر از مراتب مذکور نظر به این که رأی داوری در سال ۱۳۹۱ صادر گردیده، لیکن آقای ر.ر. مورث تجدیدنظرخواندگان در مورخ ۸۶/۱۱/۲۶ به شرح گواهی حصر وراثت ۶۹۰ مورخ ۱۳۸۷/۸/۵ فوت نموده و احد دیگر از طرفین قرارداد به نام ح.ر.م. در مورخ ۸۰/۱۰/۲ به شرح گواهی حصر وراثت فوت نموده است؛ فلذا با عنایت به فوت احد از طرفین قرارداد، شرط داوری ۱۳۷۲/۱۲/۱۵ و زایل شدن امر داوری به لحاظ مؤخر بودن رأی داوری نسبت به تاریخ فوت، موجبی جهت اظهارنظر داوری نبوده، بنابراین مستند به بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی به لحاظ بی اعتباری شرط داوری موضوع ماده ۶ قرارداد اصلی مستند بند ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه معترض عنه و اجابت دعوای اصلی حکم به ابطال رأی داوری صادر و اعلام می‌گردد. رأی دادگاه قطعی است. رئیس و مستشار شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

متعاملین نیز تأثیری در این خصوص ندارد، بلکه آنان به دلیل سهولت رسیدگی و استفاده از مزایای نهاد داوری، چنین توافقی را در قرارداد خود پیش‌بینی کرده‌اند و شخصی بودن قرارداد داوری در چنین مواردی به نحو قاطع قابل پذیرش نیست. اما اگر در توجیه عدم تسری شرط داوری به قائم مقام عام (وراث طرف عقد) به استقلال شرط داوری استناد شود، می‌توان قاعده مذکور در ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی را موجه دانست. البته به نظر می‌رسد استناد به ماده ۴۸۱ فوق‌الذکر برای شخصی بودن داوری موجه به نظر نرسد؛ زیرا مراد مقنن در صدر ماده یادشده «در موارد زیر داوری از بین می‌رود»، مربوط به جریان داوری است و ارتباطی به زایل شدن شرط داوری ندارد و بین جریان داوری با شرط داوری تفاوت است.

۳. تکمیلی بودن ماهیت شرط داوری

یکی از ثمرات احراز استقلال شرط داوری، بحث قانون حاکم است که خود بحث مستقل علی‌حده‌ای محسوب می‌شود و ارتباط مستقیمی با بحث حاضر ندارد. با توجه به استقلال شرط داوری، قانون حاکم بر شرط داوری، لزوماً قانون حاکم بر قرارداد اصلی نیست و ممکن است متفاوت باشد و این اقتضای استقلال شرط داوری است.^۱

۳.۱. رفع تعارض استقلال شرط داوری با ظاهر مستندات قانونی در داوری داخلی

مقررات مربوط به داوری داخلی در باب هفتم از قانون آیین دادرسی مدنی ایران (مصوب ۱۳۷۹)، طی مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ ذکر شده است. اما مسئله صلاحیت مرجع داوری در رسیدگی به صلاحیت خود و مسئله استقلال شرط داوری صریحاً در این مواد ذکر نشده است و چنانچه خواهیم گفت، عده‌ای از حقوق‌دانان با اشاره به ماده ۴۶۱ قانون مذکور سعی کرده‌اند حکم کلی استخراج نمایند و شرط داوری را مستقل نمی‌دانند.

قواعد مربوط به شرط ضمن عقد در مواد ۲۳۳ تا ۲۴۶ قانون مدنی بیان گردیده است. با دقت در این مواد از قانون مدنی معلوم می‌شود که شرط داوری از نوع شرط ضمن عقد نیست؛ زیرا اولاً، شرط داوری تابع قواعد خاص خود (مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ قانون آ.د.م.) است. ثانیاً، منظور از شرط ضمن عقد معمولاً شروطی است که ناظر به خود معامله است و یکی از ارکان موضوع

۱. جنیدی، لعیا، *قانون حاکم بر داوری های تجاری بین المللی*، تهران: دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۵۵.

معامله را تشکیل می‌دهد، مانند شرایط مربوط به تسلیم یا اوصاف کالا یا پرداخت که نسبت به موضوع اصلی قرارداد جنبه تکمیل‌کننده یا توضیح‌دهنده دارند. در قانون مدنی، شرط ضمن عقد به تبعیت از فقه امامیه، به صورت شرط صفت، فعل یا نتیجه مورد بحث قرار گرفته است و موضوع و مجرای هر سه، همانا موضوع قرارداد و معامله است. گرچه ممکن است شرط داور به عنوان شرط فعل یا نتیجه تلقی شود، واقعاً مطلب این است، مادام که اختلافی بین طرفین ایجاد نشود، شرط داور موضوعیت پیدا نمی‌کند و چه بسا هیچ‌گاه به داور مراجع نشود. این، برخلاف قطعیت شرط در معامله و برخلاف مقتضای عرفی و عقلی از اشتراط شرط (فعل یا نتیجه) در قرارداد است. ثالثاً، ارجاع امر به داور به صورت شرط ضمن معامله که در ماده ۴۵۵ قانون آ.د.م. تجویز گردیده است، از نوع شرط معاملاتی نیست، بلکه موضوعاً جداگانه و تابع قصد انشای جداگانه است. در واقع شرط داور مانند موافقت‌نامه داور، یک قرارداد مستقل است و دارای موضوع مستقل و نیز قصد و رضای مخصوص به خود است که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و به موجب ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم‌الاتباع است.^۱

حتی در صورتی که گفته شود شرط داور در حکم شرط ضمن عقد است، باز هم به معنای تبعیت کامل آن از سرنوشت قرارداد اصلی نیست؛ زیرا در خصوص شرایط ضمن عقد در حقوق مدنی، مواردی را می‌توان یافت که انحلال عقد اصلی لزوماً انحلال شرط را در پی ندارد. مثلاً گاه یک عمل مستقل، مانند عقد وکالت یا ابرای دین، به صورت شرط ضمن عقد، منعقد می‌شود. چنین شروطی صرف‌نظر از عقد اصلی، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبارند^۲ و در قرارداد داور نیز شرط داور دارای چنین هویتی بوده و از استقلال نسبتاً معقولی نسبت به عقد اصلی برخوردار است.

عده‌ای با اشاره به ماده ۴۶۱ قانون آئین دادرسی مدنی معتقدند که در داورهای داخلی، در صورت ادعای بی‌اعتباری معامله اصلی، موضوع از حوزه داور خارج می‌شود؛ زیرا دادگاه باید به اختلاف طرفین در خصوص اصل معامله رسیدگی و تحقق معامله را احراز نماید و پس از احراز صحت و اعتبار معامله، مرجع داور تشکیل می‌شود؛ بنابراین شرط داور مستقل از قرارداد

۱. نیکبخت، حمیدرضا، *استقلال شرط داور*، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۱۹-۲۰، ص ۳۷۴.

۲. ره پیک، حسن، *حقوق مدنی پیشرفته مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد*، پیشین، ص ۴۰.

نیست.^۱ ماده ۴۶۱ آ.د.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید.» به نظر می‌رسد این ماده در واقع معطوف به دو ماده قبلی درباره نحوه انتخاب داور است؛ کما اینکه در قانون آئین دادرسی مدنی سابق (۱۳۱۸) همین ماده تحت شماره ۶۳۶ وجود داشت و با این عبارت شروع می‌شد: «در مورد ماده قبل هرگاه...» و تردیدی باقی نمی‌گذاشت که حکم ماده ۶۳۶ ناظر به ماده ۶۳۵ بود. اما طرفداران عدم استقلال شرط داوری آن را به عنوان یک ماده مستقل که حکم مستقلی را بیان می‌کند، دانسته‌اند. به نظر می‌رسد، سیاق بیان در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ به خوبی نشان می‌دهد که در این دو ماده قانون‌گذار در مقام بیان حکم و تعیین تکلیف در مواردی است که طرفین از معرفی داور امتناع می‌ورزند یا نمی‌توانند در انتخاب داور به توافق برسند. سپس در ماده ۴۶۱ حکم یک موضوع فرعی را نیز بیان کرده که اگر در این قبیل موارد، در اساس معامله یا قرارداد بین طرفین اختلاف باشد، اساساً نوبت به تعیین داور و تشکیل مرجع داوری نمی‌رسد و لذا ابتدا باید دادگاه تکلیف قرارداد یا معامله اصلی را معلوم کند و سپس به تعیین داور بپردازد. حکم ماده ۴۶۱ یک حکم کلی نیست، بلکه باید در پرتو دو ماده قبلی، تفسیر شود.^۲ زیرا در صورتی که طرفین داور خود را قبلاً معرفی کرده یا داور به طریق دیگری انتخاب شده باشد (مثلاً توسط مقام ناصب)، مرجع داوری به درستی تشکیل و آماده کار شده است و دیگر نیازی به مداخله دادگاه برای حل اختلاف راجع به اصل معامله نیست. بنابراین، حکم مذکور در ماده ۴۶۱ ناظر به مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ بوده و تنها در موارد مذکور در این دو ماده است که دادگاه و نه مرجع داوری، به اختلاف طرفین نسبت به اصل معامله یا قرارداد رسیدگی خواهد نمود. سابقه قانون‌گذاری در مواد ۶۳۵ و ۶۳۶ قانون آ.د.م. سابق نیز مؤید همین استنباط است.^۳

از سویی دیگر، ظاهر ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م. که در دو مورد داوری را زایل شده محسوب کرده و آن دو مورد یکی توافق کتبی طرفین دعوا و دیگری فوت یا حجر یکی از طرفین دعواست،

۱. جعفریان، منصور، تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی ۱، مجلس و پژوهش، شماره ۱۳، ص ۱۳۳.

۲. صفایی، سیدحسین، سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۷۷، شماره ۴۰، ص ۳۴.

۳. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، نامه مفید، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، شماره ۴۳.

نمی‌تواند دلالتی بر عدم استقلال شرط داوری داشته باشد. زیرا احراز فوت یا حجر برای زایل شدن داوری دلالت بر جریان داوری دارد، نه قرارداد داوری. خصوصاً مقنن در بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی، حجر یکی از طرفین را از موارد زوال داوری دانسته و عدم اهلیت یک از طرفین دعوا، نتیجه حجر و اتفاقاً سیاق ماده فوق در مورد زوال داوری شامل مرحله جریان داوری بوده، نه زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری؛ زیرا در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری هنوز به نحو کامل، جریان داوری شروع نشده که به مرحله زوال داوری اشاره کند و در مرحله انعقاد موافقت‌نامه، عبارت ماده ۴۵۴ قانون یاد شده کفایت می‌کند.

۳.۲. تطبیق نظریه تکمیلی بودن استقلال شرط داوری با مبانی و مستندات قانونی

در وهله اول بحث دایر مدار احراز اراده طرفین شرط داوری است. اگر از مفاد شرط داوری، چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی، استنباط گردد که اراده و قصد طرفین بر این است که با انتفای قرارداد اصلی، شرط داوری نیز از بین برود، در این صورت در تبعی بودن و عدم استقلال شرط داوری شکی نیست و در این حالت عمومات رابطه شرط و عقد مندرج در ماده ۲۴۶ قانون مدنی و خصوصاً بند ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر بطلان رأی داوری به دلیل بی اعتبار بودن قرارداد رجوع به داوری، قابلیت اعتنا و توجه دارد و به اعتقاد نگارنده، تصریح مقنن به استقلال شرط داوری در داوری های تجاری بین المللی مندرج در بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی از قوانین تکمیلی، نه امری بوده که ویژگی بارز قواعد تکمیلی، امکان توافق طرفین خلاف آن مقرر است و در صورت نبود توافق خلاف آن، قانون تکمیلی قابل اجراست و چنانچه بین قانون تکمیلی (بند ۱ ماده ۱۶) و اراده صریح یا ضمنی طرفین، تعارض پیش آید، حکومت با اراده طرفین است. در مانحن فیه در داوری تجاری بین المللی، در صورتی که طرفین در استقلال یا عدم استقلال شرط داوری، توافقی نداشته باشند و از مفاد قرارداد نتوان آن را استنباط نمود، حکم بند ۱ ماده ۱۶ قانون یاد شده لازم الاجرا خواهد بود. بحث بین دکترین حقوقی در وابسته یا مستقل بودن شرط داوری زمانی مؤثر و مفید فایده خواهد بود که چه در داوری داخلی و چه در داوری تجاری بین المللی، اراده طرفین در خصوص مستقل یا وابسته بودن شرط داوری، از مفاد و سیاق قرارداد استنباط نگردد که در این صورت در داوری های تجاری بین المللی به دلیل نبود توافق خلاف ماده ۱۶ قانون یاد شده، استقلال شرط داوری بنا بر بند ۱ آن ماده محرز و مسلم است. در داوری های داخلی به دلیل نبود صراحت قانونی و در صورت عدم کشف اراده طرفین از مفاد قرارداد پیرامون استقلال یا وابسته بودن شرط داوری و در حالت اطلاق، چنین نتیجه می گیریم که شرط داوری به این صورت نوعی شرط مستقل و ماهیت این شرط بدین نحو است که طرفین در خصوص شیوه، نحوه و مرجع حل اختلاف قرارداد، توافق می کنند. به عبارتی، در تأیید نظر دکترین معتقد به مستقل بودن شرط داوری^۱ باید گفت که در صورت انتزاع شرط داوری از عقد، شرط داوری به عنوان شرط ابتدایی

۱. نیکبخت، حمیدرضا، پیشین، ص ۲۷۳.

تلقی نمی‌شود، بلکه این شرط داوری، مستقل از سایر شروط قرارداد و در زمان حدوث اختلاف و پس از پایان انعقاد ظهور پیدا می‌کند و به نظر می‌رسد مستقل بودن شرط داوری از قرارداد اصلی به این دلیل است که طرفین پس از توافقات حاصله و انعقاد قرارداد اصلی با رعایت کلیه شرایط صحت معاملات، خصوصاً ماده ۱۹۰ قانون مدنی در یک اراده انشایی علی‌حده در باب چگونگی حل و فصل اختلافات آتی، توافق می‌کنند و ماهیت و مندرجات این شرط ارتباطی با مورد معامله در قرارداد اصلی ندارد، بلکه صرفاً به لحاظ ظاهری و در قالب شرط مستقل، ضمن عقد اصلی قرار گرفته، ولی ماهیت آن مستقل و صرفاً ظاهر آن، ضمنی منعقد گردیده است. اساساً در نظام های داوری جهان مبنای پذیرش قاعده استقلال شرط داوری، اراده طرفین است؛ چرا که فرض بر این است که طرفین یک قرارداد با درج شرط داوری خواسته کلیه اختلافات آتی آنان حتی اختلاف راجع به اصل قرارداد، اعتبار یا بی‌اعتباری آن نیز به داوری ارجاع شود. بنابراین، زمانی که یک قرارداد حاوی شرط داوری است، در واقع طرفین دو قرارداد مجزا منعقد می‌کنند.^۱

درواقع، شرط داوری خود یک توافق ناظر به شیوه حل و فصل اختلافات است که در درون قرارداد دیگری (قرارداد اصلی) جاسازی شده است. به عبارتی دیگر، دلیل پذیرش ایده تکمیلی بودن استقلال شرط داوری در این مقاله این است که این امر از روح حاکم بر توافقات طرفین کاملاً مشخص است و هر امری که مورد تراضی و توافق طرفین قرار گیرد، امری تکمیلی و نه امری محسوب می‌شود و قصد طرفین بر این بوده است که حتی راجع به اصل قرارداد، اعتبار یا عدم اعتبار آن و سایر موضوعات دیگر توسط داور حل و فصل شود. قصد و اراده طرفین برای احراز مستقل بودن شرط داوری هم از طریق اراده صریح و هم از طریق اراده ضمنی طرفین احراز می‌شود و تفاوتی بین اراده صریح و ضمنی در این خصوص وجود ندارد.

1. Greenberg, Simon and Kee, Christopher and Weeramantry, J. Romesh, *International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011, p.78.

نتیجه گیری

راجع به ماهیت داوری، نظریات متفاوتی ابراز شده است، اما در خصوص ماهیت قراردادی آن، تردیدی وجود ندارد. درباره ماهیت شرط داوری چندین نظریه شرط مستقل، شرط نتیجه و شرط فعل و شخصی بودن مطرح است. نظریه مشهور در بین غالب حقوق دانان، مستقل بودن شرط داوری است و دلیل آن نیز تصریح به مستقل بودن شرط داوری در داوری تجاری بین‌المللی است. ولی باید گفت تصریح مقنن به استقلال شرط داوری در داوری‌های تجاری بین‌المللی مندرج در بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی از قوانین تکمیلی، نه امری است. اگر از مفاد شرط داوری چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی استنباط گردد که اراده و قصد طرفین بر این است که با انتفای قرارداد اصلی، شرط داوری نیز از بین برود، در این صورت در تبعی بودن و عدم استقلال شرط داوری شکی نیست و مفاد بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مبنی بر استقلال شرط داوری جاری نمی‌شود. در داوری‌های داخلی به دلیل نبود صراحت قانونی و در صورت عدم کشف اراده طرفین از مفاد قرارداد پیرامون استقلال یا وابسته بودن شرط داوری و در حالت اطلاق، چنین نتیجه می‌گیریم که شرط داوری به این صورت نوعی شرط مستقل می‌باشد که ماهیت این شرط بدین نحو است که طرفین در خصوص شیوه، نحوه و مرجع حل اختلاف قرارداد، توافق می‌کنند. مبنای پذیرش قاعده استقلال شرط داوری، اراده طرفین است؛ چرا که فرض بر این است که طرفین یک قرارداد با درج شرط داوری خواسته، کلیه اختلافات آتی آنان، حتی اختلاف راجع به اصل قرارداد، اعتبار یا بی‌اعتباری آن نیز به داوری ارجاع شود. انتخاب موضوع تکمیلی بودن استقلال شرط داوری در این مقاله این است که این امر از روح حاکم بر توافقات طرفین کاملاً مشخص است و هر امری که مورد تراضی و توافق طرفین قرار گیرد، امری تکمیلی نه امری محسوب می‌شود و قصد طرفین بر این بوده است که حتی راجع به اصل قرارداد، اعتبار یا عدم اعتبار آن و سایر موضوعات دیگر توسط داور حل و فصل شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امیر معزی، احمد، *داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی*، تهران: نشر دادگستر، چاپ چهارم، ۱۳۹۳.
۲. پاشا بنیاد، موسی، *کلیات داوری*، تهران: نشر بینه، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۷.
۴. جنیدی، لعیا، *قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۵. جنیدی، لعیا، *نقد و بررسی قانون داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۶. ره پیک، حسن، *حقوق مدنی پیشرفته (مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد)*، تهران: انتشارات خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۷. ره پیک، حسن، *حقوق مدنی؛ عقود معین ۱*، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۸. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)*، تهران: نشر مجد، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۰.
۹. شیروی، عبدالحسین، *حقوق نفت و گاز*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۱۰. شیروی، عبدالحسین، *داوری تجاری بین‌المللی*، تهران: انتشارات سمت، چاپ هفتم، ۱۳۹۶.
۱۱. صفائی، سیدحسین، *حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی*، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۵.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: عقود معین، مشارکت‌ها، صلح*، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، تهران: انتشارات سهامی انتشار، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۵.

۱۴. کاتوزیان، ناصر، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: نشر میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵.
۱۵. کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو، **حقوق داوری داخلی**، تهران: نشر دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۹۷.
۱۶. مافی، همایون، **تشریح بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران**، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، چاپ دوم، ۱۳۹۷.
۱۷. مدنی، جلال‌الدین، **آیین دادرسی مدنی**، جلد ۱، تهران: انتشارات پایدار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۱۸. متین‌دفتری، احمد، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، جلد ۱، تهران: نشر مجد، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۱۹. یوسف زاده، مرتضی، **آیین داوری**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۹۳.
- مقاله**
۲۰. اسکینی، ربیعا، **مبانی نظری اصل استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی**، نامه مفید، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، شماره ۴۳.
۲۱. رئیس‌ی، مریم و بهزاد ساعدی، **استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی**، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، ۱۳۹۲، شماره ۱۹.
۲۲. سیفی، سید جمال، **تحولات، مسائل و دورنماهای داوری بین‌المللی ایران**، نشریه کانون وکلا، بهار ۱۳۸۰، شماره ۱۷۲.
۲۳. صفایی، حسین، **سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، شماره ۴۰.
۲۴. طباطبایی نژاد، سید محمد، **داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت**، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶ بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱.

۲۵. کریمی، عباس و محمدرضا دشتی، **مطالعه تطبیقی قرارداد داوری رضایی یا تشریفاتی**، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، ۱۳۹۲، شماره ۱.
۲۶. محبی، محسن، **نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی**، مجله حقوقی نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۸، شماره ۲۴.
۲۷. نیکبخت، حمیدرضا، **استقلال شرط داوری**، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال ۱۳۷۶، شماره‌های ۱۹-۲۰.

(ب) منابع انگلیسی

Books

28. Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, London: Wolters Kluwer, 2nd edition, Chapter 3, 2014.
29. Clare Ambrose, *When Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause*, J.B.L (the Journal of Business Law), Sweet & Maxwell, September 2001.
30. Greenberg, Simon and Kee, Christopher and Weeramantry, J. Romesh, *International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011.

Articles

31. Bedard, Julie, Nelson, Timothy, G, Kalanlirsky, Amanda Raymond, "Arbitration in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process", *The Paris Journal of International Arbitration*, Vol. 3, 2010.
32. Hosking, James, "Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 4, Iss. 3, 2004.