

**The effects of non-subordination of the arbitration clause
from the basic contract and its effects**

Seyyedeh Fatemeh Hosseini¹

Marzieh Afzali Mehr²

Behnam Habibi Dargah³

Hossein Jalali⁴

Received: 5 February 2025

Reception: 2 June 2025

Abstract

Arbitration regulations in Iran contain important and unique principles and rules. One of the important principles in arbitration is the non-subordination of the arbitration clause from the basic contract. Based on this principle, if the original contract is dissolved for any reason or considered invalid, under any circumstances, the arbitration clause or arbitration agreement remains. The doctrine of the principle of independence is a condition both in jurisprudence and in law, it has legitimacy and has effects and results, some of which are not clearly and completely mentioned in the regulations. What results and effects and achievements of this principle in law are realized for the parties, the main issue is whether all the results of this principle have been crystallized in the provisions of the Iranian Civil Procedure Law and the International Commercial Arbitration Law or not. ? The results and effects of the non-subordination of the arbitration clause to the basic contract include the survival of the arbitration agreement due to the dissolution of the original contract and the annulment of the original contract, as well as the difference or lack of compatibility between the law governing the original contract and the law governing the arbitration agreement, as well as the relative jurisdiction To the authority that the negative aspect of this recent rule and the arbitration agreement caused the partial and temporary denial of the jurisdiction of the courts and caused the legal formality of the arbitration court.

Key words: arbitration, non-citizenship of the arbitration clause, basic contract

¹Department of Private Law , Ka.C., Islamic Azad University, Karaj , Iran
Fateme.hosseini2369@iau.ac.ir

²Department of Private Law , Ka.C., Islamic Azad University, Karaj , Iran
M.afzalimehr@kia.ac.ir

³Department of Private Law , Ka.C., Islamic Azad University, Karaj , Iran
Behnam.habibi@kia.ac.ir

⁴Department of Private Law , CT.C., Islamic Azad University, Tehran , Iran
hossein.jalali@iau.ac.ir

<http://doi.org/10.30510/pscci.2025.504760.1246>

آثار عدم تابعیت شرط داوری از عقد پایه و جلوه های آن

سیده فاطمه حسینی^۱ ID

تاریخ دریافت: ۱۷/ ۱۱/ ۱۴۰۳

مرضیه افضلی مهر^۲ ID

تاریخ پذیرش: ۱۲/ ۰۳/ ۱۴۰۴

بهنام حبیبی درگاه^۳ ID

حسین جلالی^۴ ID

چکیده

مقررات داوری در ایران حاوی اصول و قواعد مهم و منحصر به فرد است یکی از اصول مهم در داوری عدم تابعیت شرط داوری از عقد پایه می باشد. براساس این اصل اگر عقد اصلی به سببی از اسباب منحل گردیده و یا باطل تلقی گردد تحت هر شرایطی شرط داوری و یا موافقت نامه داوری باقی می ماند. دکترین اصل استقلال شرط هم در فقه و هم در حقوق بوده مشروعیت داشته و دارای آثار و نتایجی است که برخی از آنها به صورت شفاف و کامل در مقررات ذکر نشده است. اینکه چه نتایج و آثار و دستاوردی از این اصل در حقوق برای طرفین محقق می شود، موضوع اصلی این است که آیا همه نتایج حاصل از این اصل در مقررات قانون آیین دادرسی مدنی ایران و قانون داوری تجاری بین المللی به طور یکسان متبلور شده است یا خیر؟ نتایج و آثار عدم تابعیت شرط داوری از عقد پایه عبارتند از بقای موافقت نامه داوری در اثر انحلال عقد اصلی و بطلان عقد اصلی و همچنین متفاوت بودن و یا عدم تلازم بین قانون حاکم بر قرارداد اصلی و قانون حاکم بر موافقت نامه داوری و همچنین صلاحیت نسبت به صلاحیت که جنبه منفی این قاعده اخیر و موافقت نامه داوری موجب نفی صلاحیت محاکم به طور نسبی و موقت گردیده و موجب رسمیت قانونی محکمه داوری می گردد.

واژگان کلیدی: داوری، عدم تابعیت شرط داوری، عقد پایه

^۱گروه حقوق خصوصی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

^۲گروه حقوق خصوصی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

^۳گروه حقوق خصوصی، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

^۴گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

در قوانین داوری اعم از ملی (قانون آیین دادرسی مدنی) و بین‌المللی (قانون داوری تجاری بین‌المللی) اصول و قواعدی بسیار مهم هستند که برخی از اصول و قواعد از جمله اصل استقلال شرط داوری از عقد اصلی منحصر به فرد و دارای آثار خاصی است. در مقررات داوری که موجب تمایز داوری از دادرسی دادگاههاست هنوز به اندازه کافی زوایای آنها و همچنین نتایج حاصل از آنها مورد کنکاش و بررسی دقیق قرار نگرفته است. به طور مثال انعطاف پذیری مبنای حقوقی حکم داوری که براساس توافق طرفین می‌تواند مبتنی بر قانون و یا مبتنی بر کدخدانمشی بوده باشد این در حالی است که هیچ دادگاه دولتی نمی‌تواند حکم خود را براساس کدخدانمشی انشاء کند. پذیرش اصل استقلال شرط داوری که به طور منجز و شفاف در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران ذکر شده نیز چنین است. هرچند این موضوع در داوری ملی مبهم بوده و مقررات در مورد آن شفاف نیست ولی اصل مذکور دارای نتایج منحصر به فردی است که تا کنون همه نتایج آن مورد بررسی قرار نگرفته است. در مورد اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی مقالات و یا پایان‌نامه به نگارش در آمده ولی در مورد نتایج و آثار حاصل از آن به دقت مورد بررسی و تحلیل قرار نگرفته است. طرفین یک اختلاف می‌توانند اختلاف خود را چه قبل از بروز اختلاف و چه بعد از بروز اختلاف به داوری ارجاع دهند؛ بنابراین باید داوری را نهادی تلقی نمود که طرفین یک اختلاف با رضایت کامل یکدیگر اختلاف خود را به داور ارجاع داده اند. با این حال این رضایت ممکن است در مواردی با مخالفت و ادعای متفاوتی مواجه شود. به عنوان مثال یکی از طرفین که موضع خود در مرجع داوری را در ضعف می‌بیند ممکن است تلاش نماید تا با حربه های گوناگون از صدور رأی داوری جلوگیری نماید. یکی از طرق شایع جهت نیل به این هدف ادعای عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری است. برای آنکه مرجع داوری بتواند به اختلاف طرفین رسیدگی نماید باید توافقی میان طرفین برای ارجاع امر به داوری صورت گرفته باشد. گاه طرفین به صورت قرارداد مستقلی ارجاع اختلافات فعلی یا آتی خود را به داوری ارجاع می‌دهند. با این حال این توافق می‌تواند به صورت شرط ضمن عقد صورت گیرد؛ مانند آنکه طرفین ضمن عقد بیعی اختلافات فعلی یا آتی خود را به داوری ارجاع دهند. در زمان شروع به رسیدگی مرجع داوری و نزدیک شدن به زمان صدور رأی ممکن است طرفی که سعی در اطاله روند رسیدگی داوری دارد،

ادعای عدم اعتبار قرارداد اصلی که شرط داوری ضمن آن شده را نماید تا بدین ترتیب مرجع داوری نیز اعتبار نداشته باشد. به عبارت دیگر بر اساس دیدگاه غالب، حیات شرط به عنوان فرع وابسته به حیات اصل یعنی عقد می باشد. پس ادعای عدم اعتبار قرارداد اصلی بر شرط داوری اثرگذار خواهد بود و حسب مورد مانع تشکیل و یا عدم صدور رأی، یا بی اعتباری آن خواهد شد. موضوع مهمی که در این خصوص مطرح می شود این است که آیا شرط داوری را باید در زمره سایر شروط آورد و انحلال عقد اصلی را بر آن تأثیرگذار دانست یا شرط داوری را باید قسم خاصی از شروط دانست که انحلال عقد اصلی بر آن تأثیری نخواهد گذاشت؟ هم چنین هنگام بحث از اصل مذکور همواره از اصل و قاعده ای دگر تحت عنوان صلاحیت نسبت به صلاحیت نام برده می شود که ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر دارند و باید مشخص گردد آیا این دو اصل و قاعده به یک معنی می باشند یا غیر این است و در این صورت حوزه کارکرد و مداخله هریک از این دو اصل کجاست .

۱- مفهوم و ماهیت عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه

شرط داوری عبارت یا شرطی از قرارداد (اصلی) است که طرفین متعهد به یکدیگر هستند. اختلافات آتی در زمینه آن قرارداد به داوری ارجاع دهند. قانون مدنی ما «شرط» را تعریف نکرده است. در فقه، فقها از شرایط بحث می کنند علاوه بر بحث در مورد عقود، صورت پراکنده ای را مطرح کرده اند «بی شک» از اعمال حقوقی است، زیرا با اراده مؤلف صورت می گیرد و آثار آن نیز متناسب با آن است. اراده اراده نظر به اینکه وقوع شرط محصول توافق دو اراده است نمی توان آن را توافق تلقی کرد و به این معنا که ماهیت مربوط به عقد دارد با عقد متفاوت است. هدف اصلی ترکیب احزاب در نتیجه می توان پذیرفت که علاوه بر عقد و اقع، «شرط» نیز از نوع سوم اعمال حقوقی است که وقوع آن مستلزم قصد و رضایت خاص و خاص است. در صورت نبود تعریف جامع از ماهیت حقوقی در قانون و شرع، باید به عرف پناه برد. در عرف به آنچه "شرط" گفته می شود الزام آور می شود، الزام است. چنین تعهدی در صورتی انجام می شود که در قرارداد دیگری گنجانده شود. تعهدات همراه با عقد را به دو صورت می توان تصور کرد: اولاً این تعهد یک تعهد وابسته و تبعی است که تنها در صورتی که به صورت ثانوی در

^۱ (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۵۱)

عقد گنجانده شود از نظر حقوقی نافذ می شود و در صورت انتزاع از اصل اصلی. قرارداد، اثر حقوقی خاصی بر آن نخواهد بود. مانند مدت عقد بیع. این شرایط را شرایط «وابسته» می نامند. صورت دوم آن است که تعهد مندرج در عقد به تنهایی و حتی اگر از عقد اصلی انتزاع شده باشد، باز هم می تواند موضوع تعهد مستقل باشد؛ مانند شرط وکالت در عقد بیع. در واقع در این نوع شرط، عمل حقوقی مستقل در عقد شرط می شود. ظاهراً آنچه در تدوین مقررات راجع به شروط ضمن عقد در قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است، منظور از جزء اول شرایط مربوط به عقد بوده و شرط مستقل (قسمت دوم) مورد نظر نبوده است. اگرچه قواعد مربوط به بندهای مستقل و وابسته در بیشتر موارد با یکدیگر همپوشانی دارند. شرط داوری از قسمت دوم است. به عبارت دیگر، شرط داوری یکی از تعهداتی است که مستقلاً قابل توافق و الزام آور است. علاوه بر این، همانطور که گفته شد، بر اساس بند داوری، طرفین «متقابل» متعهد می شوند که اختلافات خود را به داوری ارجاع دهند. بدین معنی که هر دو طرف هم مشروط موافق و هم مشروط علیه در نظر گرفته خواهند شد. در حالی که قواعد و تعاریفی که قانون مدنی در مواد ۲۳۴ به بعد از شروط سه گانه عقد و به ویژه شرط فعل ارائه کرده است، ناظر به شرایطی است که یکی از طرفین نسبت به دیگری تعهد می کند. اگرچه برخی از اساتید بیان کرده اند که در یک شرط ممکن است هر یک از طرفین هم متعهد و هم متعهد باشند، اما این ویژگی غالباً مخصوص عقود به ویژه عقود معاوضه است تا شرایط مندرج در عقد. بنابراین از این نظر شرط داوری با شروط قراردادی قانون مدنی متفاوت است. از سوی دیگر، در قانون مدنی، تخلف از شرط موجب التزام مشروط در مقابل شرط تحقق شرط یا امکان فسخ قرارداد اصلی است، در حالی که نقض شرط داوری و عدم مراجعه به داوری موجب می شود. به هیچ وجه باعث تضعیف قرارداد اصلی نشود.

۲- آثار عدم تابعیت شرط داوری از عقد پایه و جلوه های آن

همانطور که می دانیم، اگر بطلان قرارداد اصلی را، موجب بطلان موافقتنامه داوری در نظر بگیریم، باعث عدم صلاحیت و اختیار داوری خواهد شد به جزء در فرضی که مشخص شود، قرارداد اولیه به صورت درست انعقاد نشده است

اما در صورت پذیرش نظریه استقلال شرط داوری، بطلان قرارداد اصلی، تأثیری در نفوذ و اعتبار شرط داوری ندارد. ضمناً باید توجه داشت که بین باطل بودن یا نبودن عقد تفاوت آشکاری وجود دارد می توان چنین فرض کرد که هیچ قراردادی از ابتدا منعقد نشده و حتی وجود نداشته است. اعلام بطلان رأی داور، به معنی بطلان شرط رجوع به داوری، و حل اختلاف در دادگاه صلاحیت دار، است. ولی ممکن است طرفین، توافق کنند که، در صورت ابطال رأی، شرط رجوع به داوری، اعتبار خود را حفظ و حل اختلاف با توافق طرفین، به دیوان دیگری ارجاع داده شود. در این صورت دادگاه، مجدداً ارجاع به داوری می دهد لذا در این قسمت، به بررسی آثار درونی و بیرونی عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه و جلوه های آن خواهیم پرداخت.

۲-۱- آثار درونی عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه و جلوه های آن

به تعبیر حقوقدانان، شرط در حقوق مدنی ایران، در سایه قرارداد، به زندگی خویش ادامه داده و همچون سیاره ای است که، از خورشید پیروی می کند و در شمار توابع آن است و با سایر سیاره ها و خورشید، همگام می شود.^۲

با توجه به اینکه قواعد مربوط به شرط در مواد ۲۳۳ تا ۲۴۶ ق.م ذکر شده است، اما با دقت در این مواد معلوم می گردد که شرط داوری از نوع شرط های مندرج در قرارداد نیست؛ زیرا در آیین دادرسی مدنی نیز همانطور که لحاظ شده است شرط داوری تابع قوانین خاص خود است و شرط مندرج در عقد معمولاً ناظر به شرایطی است که مربوط به خود معامله است و یکی از ارکان موضوع معامله را تشکیل می دهد، مانند؛ شرایط مربوط به تحویل یا مشخصات کالا یا پرداخت که در مقایسه با موضوع اصلی قرارداد جنبه تکمیلی یا توضیحی دارد. در قانون مدنی شرط عقد از نظر فقه امامیه به صورت صفت، فعل یا شرط نتیجه مطرح شده است. و موضوع و مجرای هر سه موضوع عقد و معامله است. شروط قرارداد قاعداً ناظر به موضوع قرارداد و مرتبط با موضوع معامله است، در حالی که شرط داوری مربوط به معامله اصلی نیست و نباید با مفاد قرارداد اشتباه

^۲ (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۲۴)

شود. معامله). اما ممکن است شرط داوری از شرط دعوا یا نتیجه محسوب شود. و برخی معتقدند که شرط حکمیت به شرط فعل نزدیکتر است، زیرا در شرط فعل، فعل یا عدم فعل در حال به هر یک بستگی دارد^۳ هر آنچه حقیقت و نمایان است. اگر منازعه ای میان طرفین صورت نگرفته باشد موضوعیت داشتن شرط داوری موضوع بی فایده و بیهوده خواهد بود اگرچه هیچ زمانی مراجعتی به داور نشود ارجاع امر به داوری، به صورت شرط ضمن معامله، و تابع انشای جداگانه است. حتی می توان پذیرفت، چنانچه، در قرارداد اصلی درج نشود که، تعهد خاصی جزء شروط ضمن عقد است (البته تشخیص تعهد اصلی قرارداد و شروط ضمن عقد آن، حسب مورد فرق می کند). و متعالمین، قرارداد خود را، به صراحت، یا ضمناً، تحت شمول ماده 14 ق.م. بدانند، داوری، به عنوان مجموعه ای که، تمامی اجزای آن، تعهدآور است، محسوب شده و نمی توان، شرط مربوط به حل اختلاف توسط داور را، به عنوان، شرط ضمن عقد به حساب آورد. و این مورد نیز مانند سایر موارد عقد جزء مواد اصلی قرارداد محسوب می شود ولی در صورتی که طرفین روش حل اختلاف را در یکی از بندهای خاص قرارداد لحاظ کنند؛ یا آن را به عنوان شرط عقد صریحاً بیان شود، شرط عقد محسوب خواهد شد. بی توجهی به سرنوشت قرارداد اصلی اولین و مهمترین نتیجه اصل استقلال قرارداد داوری است.

۲-۲- اثر عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه در قبال سیستم قضایی

طبق اصل استقلال شرط داوری، قانون حاکم بر شرط داوری لزوماً با قانون حاکم بر قرارداد اصلی یکسان نیست. بنابراین می توان گفت که طرفین تنها در صورتی قانون حاکم بر قابلیت رجوع به داوری را تعیین کرده اند که قانون حاکم بر شرط داوری را به طور صریح و روشن انتخاب کرده باشند، در غیر این صورت قانون حاکم بر قرارداد اصلی به معنای تعیین قانون حاکم بر آن نیست. توانایی مراجعه به داوری^۴ در چارچوب داوری بین المللی، اصل استقلال شرط داوری منجر به این می شود که این شرط تابع قانون متفاوتی با قانون حاکم بر قرارداد اصلی باشد. این نتیجه منطقی اصل مذکور است که مورد قبول عموم است. در

^۳ (امامی، ۱۳۸۷: ۲۱۴)

^۴ (جنیدی، ۱۳۷۸: ۵۵)

واقع، با توجه به گرایش های مدرن حقوق بین الملل خصوصی، چنین جدایی مشروع است. در همین راستا ماده ۳. ۱. تعهدنامه مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰م در خصوص قانون اجرای تعهدات مربوط به قراردادهای تصریح می کند: «قانونی که طرفین انتخاب کرده اند بر قرارداد حاکم است. حاکم بر شرط داوری باید آن را تصریح کنند در این صورت این سوال مطرح می شود که در صورت عدم انتخاب صریح طرفین چه قانونی باید در مورد قرارداد داوری اعمال شود؟ بسیاری از نویسندگان از این نظریه دفاع می کنند که اگر طرفین ساکت باشند. در این مورد فرض بر این است که آنها قصد داشته اند شرط داوری را در همان قانون حاکم بر قرارداد اصلی قرار دهند، در واقع در اکثر موارد علائم موافقتنامه داوری و موافقتنامه اصلی یکی است. موافقتنامه داوری مشخص نشده است، سپس قانون محل صدور رأی بر موافقتنامه داوری حاکم خواهد بود، حاکمیت قانون محل صدور رأی را می توان از ماده ۵ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ استنباط کرد. در این ماده آمده است: «در صورتی که قرار داوری باطل باشد، تشخیص و اجرای رأی داوری قابل امتناع است. صحت یا عدم اعتبار قرارداد داوری باید بر اساس قانون حاکم بر بند یا موافقتنامه داوری جستجو و تصمیم گیری شود. این قانون اغلب همان قانونی است که بر قرارداد اصلی حاکم است. در صورتی که در قرارداد یا موافقتنامه نشانه ای مبنی بر انتخاب قانون حاکم وجود نداشته باشد، در این مورد، نظر غالب قاعده قانون محل داوری است که قانون کشور محل صدور رأی داوری است.»^۵

۲-۳- اثر عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه در قبال طرفین شرط

در قانون آئین دادرسی مدنی ایران در مورد اصل استقلال شرط داوری، باید گفت که را یکی از شرایط نتیجه شرط داوری می دانند، زیرا در تحقق امر خارجی شرط نتیجه، است. شرط است و در شرط داوری دعوا به داور ارجاع می شود که امر خارجی است. در قرارداد گنجانده شده است. در خصوص وضعیت اصل آزادی قراردادهای قبل از تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی (قراردادهای خصوصی در صورتی که صریحاً مخالف قانون نباشد برای منعقدین صحیح است) بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود داشت. (برخی از فقها در این باره می گویند: در شریعت امامیه بنا بر نظر مشهور،

^۵ (امیر معزی، ۱۳۹۱: ۲۶۵).

نیت اولیه لازم الاجرا نیست و هر گاه کسی بخواهد تعهد کند باید در قالب یکی از عقود قطعی باشد. یا آن را به عنوان شرط در قرارداد قرار دهد. این است که در شریعت امامیه به شروط ضمن عقد توجه خاصی شده است.^۶ علیرغم وجود نظر مخالف در مورد شرط و قرارداد در قانون مدنی ایران و مخالفت نویسندگان قانون مدنی در مورد شرط داوری در حقوق ایران، قانونگذار با توجه به روند بین المللی در خصوص استقلال شرط داوری، صریحاً آن را پذیرفت آن را در موضوع داوری های تجاری بین المللی وارد حقوق ایران کرد.^۷ که در ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی تصریح شده است. در مورد ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین المللی ایران، ذکر چند نکته ضروری است: اولاً بدیهی است که وقتی شرط داوری جزئی از یک قرارداد است، توافق از طریق اولین قراردادی که مستقلاً بین طرفین پس از بروز اختلاف برای ارجاع اختلاف آنها به داوری منعقد می شود، مستقل از قرارداد اصلی تلقی می شود. مستقل از عقد اصلی تلقی خواهد شد، لذا علیرغم اینکه ماده مذکور به استقلال شرط داوری اشاره دارد، تردیدی نیست که استقلال موافقتنامه داوری مورد نظر قانونگذار بوده است که آیا این توافق به عنوان یک شرط تنظیم شده است. شرط یا فرم قرارداد جداگانه ثانیاً در قسمت اخیر ماده ۱۶ قانون داوری تجاری ایران فقط از تأثیر بطلان و فسخ قرارداد اصلی بر شرط داوری صحبت شده است، اما بدیهی است که فسخ قرارداد اصلی به طریق اول تأثیری ندارد. اعتبار شرط داوری اما اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد داوری بر عهده داور است. کافی است یکی از طرفین توافقی را به داور تسلیم کند که حاکی از رضایت طرفین برای مراجعه به داوری باشد.^۸

۲-۴- آثار بیرونی عدم تبعیت شرط از عقد پایه

آثار بیرونی عدم تبعیت شرط از عقد پایه که شامل موارد ذیل می باشد :

مبحث اول آثار حقوقی

^۶ (امامی، ۱۳۹۶: ۲۶۷)

^۷ (امیر معزی، ۱۳۹۱: ۲۷۳)

^۸ (اسکینی، ۱۳۹۲: ۴۳)

بحث از امکان استقلال شرط از عقد یا دست کم بیان مصادیق آن از سوی فقیهان و حقوقدانان ایران کمتر مطرح شده است و باید آن را از مباحث نسبتاً جدید دانست؛ هرچند بحث از تبعیت شرط از عقد در فقه بحث جدیدی نیست پیشینه طرح این موضوع در حقوق ایران به ماده 246 ق.م بر می گردد که به طور کلی به عدم استقلال شرط از عقد و لزوم تبعیت آن از عقد تصریح کرده و نیز ماده 636 قانون آئین دادرسی مدنی مصوب 1318 ش که در خصوص عدم استقلال شرط داوری صراحت داشته است به نظر می رسد سخن نگفتن از «استقلال شرط از عقد» در قانون مدنی ایران به این دلیل است که شروط ضمن عقد اغلب از نوع شروط وابسته هستند و به همین دلیل معروف شده که شرط تابع عقد است ماده 246 ق.م. ایران مقرر داشته است که با اقاله عقد شروط ضمن آن نیز باطل می شود. و سایر فقیهان نیز آن را مطرح نموده اند برخی از فقیهان معاصر از آن به قاعده الشروط تابعه للعقود تعبیر کرده اند در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ بهم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می شود و اگر این امر سبب شده است که در حقوق موضوعه ایران به هنگام بحث از این موضوع به ذکر این نکته اکتفا گردد که «هرگاه عقد اصلی به جهتی از جهات باطل باشد، شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود»^۹ صرف نظر از وجود یا عدم وجود قاعده تبعیت شرط از عقد که به بررسی آن پرداخته در این نکته تردیدی وجود ندارد که حکم ماده 246 ق.م. عام نبوده، شامل تمام مصادیق شروط ضمن عقد نمی شود زیرا گذشته از نظریه مطرح شده از سوی برخی نویسندگان حقوقی دائر بر اینکه احکام و آثار شروط ضمن عقد از جمله ماده یاد شده بر اساس شروط وابسته به عقد و عدم توجه نویسندگان قانون مدنی به شروط مستقل تنظیم شده است^{۱۰} چنان که بعضی از استادان به درستی گفته اند حکم این ماده قاعده ای تکمیلی است و توافق طرفین هرچند، ضمنی، می تواند خلاف آن را مقرر نماید. همچنین در مواردی که کارکرد و فلسفه وجودی، شرط بقای آن را ایجاب نماید مانند شرطی که ناظر به مرحله انحلال عقد یا کشف بطلان آن است باید قائل به استقلال شرط از عقد گردید. اما نخستین بار ماده 16 قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب 1376 بود که شرط داوری را در قراردادهای مشمول آن قانون مستقل از عقد اعلام کرد.

^۹ (امامی، ۱۳۸۷: ۳۲۵)

^{۱۰} (ره پیک، ۱۳۹۳: ۴۰)

داوری، ضمن آنکه قانونا دارای تمامی آثار الزام آور رسیدگی های قضایی دولتی است، دارای مزایای فراوانی نسبت به آنهاست که باعث شده است این نهاد مترقی، در میان کسانی که از اطلاعات لازم در مورد آن برخوردارند، به ویژه تجار و صنعتگران و ارائه کنندگان خدمات، از استقبال فراوان برخوردار شود به گونه ای که کمتر فعال اقتصادی می توان یافت که با وجود آگاهی نسبت به نهاد داوری و مزایای آن و شناخت داوران شایسته از جهت علمی و اخلاقی، رغبتی به مراجعه به مراجع قضایی داشته باشد. پیشرفت اقتصادی کشور مستلزم تحول در سازوکارهای حل اختلاف در کشور از طریق توسعه روشهای جایگزین دادگاه مانند داوری و میانجیگری است تا فعالان اقتصادی در صورت بروز اختلاف در جریان اقدامات تجاری خود، دغدغه هایی از قبیل اطلاع دادرسی و رسیدگیهای غیرتخصصی توسط دادگاه را نداشته باشند.^{۱۱}

الف: مشارکت حداکثری طرفین

در زمان بروز اختلاف بین طرفین یک قرارداد برای حل اختلاف بوجود آمده دو روش وجود دارد یا مراجعه به دادگاه یا حل و فصل اختلاف از طریق داوری. امروزه با وجود روند طولانی و هزینهبر ارجاع اختلاف به دادگاه، روش داوری روزبه روز بیشتر مورد قبول عموم واقع میشود. مزایای داوری چون روند کوتاه تر رسیدگی، هزینه کمتر دادرسی و استفاده از اشخاص دارای صلاحیت در خصوص موضوع مورد اختلاف به عنوان داور، باعث محبوبیت این روش در پرونده های تجاری چه در سطح داخلی و چه در سطح بین المللی شده است. هرچند در باب هفتم قانون آیین دادرسی مدنی تعریفی از داوری ارائه نشده است اما در قانون داوری تجاری بین المللی، داوری را رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی میداند. در قانون ایران در خصوص داوری از ماده 454 تا 501 فصل هفتم به این موضوع پرداخته است. داوری علی القاعده مبتنی بر توافق و مشارکت حداکثری طرفین است. در اکثر موارد طرفین قرارداد، داور را تعیین نمیکند، زیرا در زمان انعقاد قرارداد، نمیتوانند در مورد یک داور به توافق برسند. بنابراین به نوشتن عبارت « داور مرضی الطرفین » اکتفا می کنند. کلمه «مرضی الطرفین» که در قراردادهای حال حاضر بسیار

^{۱۱} (مجبی، ۱۳۸۸: ۶۱)

به چشم میخورد، اگرچه در نگاه اول کلمه ای دارای بار مثبت و نشان دهنده توافق طرفین در انتخاب داور است اما ماهیت مبهم و پیچیده خود را در زمان بروز اختلاف بین طرفین قرارداد نشان می دهد. کلمه مرضی الطرفین به معنای شخصی است که با رضایت دو طرف دعوا انتخاب شده است. اما آیدر زمان بروز اختلاف، طرفین اعتماد و روابط حسنه ی قبل را خواهند داشت که با توافق یکدیگر داوری را انتخاب کنند؟ در جواب باید گفت، بعد از بروز اختلاف طرفین به ندرت اعتماد و روابط خوب گذشته را خواهند داشت و شاید بتوان گفت، چالش اصلی انتخاب داور مرضی الطرفین در زمان بروز اختلاف رخ خواهد داد، زمانی که طرفین دیگر سر سازگاری با یکدیگر نداشته و سعی در رسیدن به بهترین نتیجه به نفع خود در اختلاف بوجود آمده هستند و دیگر اعتمادی بین طرفین وجود ندارد. در این حالت در اکثر مواقع طرفین در انتخاب داور مرضی الطرفین دچار مشکل خواهند شد.^{۱۲} زیرا نمی توانند در مورد یک داور به توافق برسند. در صورت عدم حصول توافق در خصوص انتخاب داور مرضی الطرفین، طرفین به اشتباه در ابتدای کار به دادگاه مراجعه کرده و از دادگاه تقاضای نصب داور را دارند. در این وضعیت، بیشتر دادگاهها خود را صالح به انتخاب داور نمی دانند و قرار عدم صلاحیت را صادر می کنند، حتی در فرض انتخاب داور از جانب دادگاه، در مراجع بالاتر رای داوری نقض خواهد شد؛ که این موضوع باعث طولانی شدن روند دادرسی و گاه تحمل ضرر و زیانهای هنگفتی به طرفین دعوا خواهد شد. در قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص وضعیتی که طرفین در خصوص داور واحدی به توافق نمی رسند، تمهیداتی را پیشبینی کرده است. که مطابق با ماده 460 قانون آیین دادرسی مدنی، عمل می گردد. در صورت عدم توافق در خصوص داور تعیینی، خواهان داوری (ذینفع) میتواند برای تعیین داور به دادگاه رجوع کند که در این حالت، به دلیل نداشتن ویژگی و یا تخصص مورد درخواست طرفین در داور انتخابی دادگاه، طرفین دعوا دچار مشکلات عدیده ای در خصوص موضوع اختلاف خود خواهند شد که در نوع خود جای بحث دارد. پس بهتر است در قراردادهای تجاری از عبات مرضی الطرفین استفاده نشود زیرا با توجه به مطالب فوق للذکر می تولند باعث طولانی شدن روند رسیدگی و ضررهای مالی به طرفین دعوا شود.^{۱۳}

^{۱۲} (یوسف زاده، ۱۳۹۳: ۸۸)

^{۱۳} (یوسف زاده، ۱۳۹۳: ۹۰)

ب: حداکثر سازی رفاه قضایی

یکی از معضلات نظام قضایی کشورمان این است که دادگستری و رجوع به دادگاه، سازوکار اصلی حل و فصل اختلافات است. این در حالی است که شاهد افزایش اختلافات و دعاوی در جوامع در حال توسعه از جمله ایران هستیم و در نتیجه، افزایش تعداد دادگاه ها اولین راهکاری است که توسط مسئولین این حوزه مطرح می شود. ارائه این راهکارها در حالی در کشورمان مطرح می شود که در اکثر کشورهای توسعه یافته به جای توسعه دادگاهها، با استفاده از ظرفیت های مردمی و بدنه کارشناسی موجود در جامعه از هجوم سیل دعاوی و اختلافات به دادگاه ها جلوگیری کرده اند و در نتیجه، موفق شده اند با صرف هزینه کمتر معضلاتی همچون اطلاع دادرسی ها را حل کنند. به صورت کلی، یکی از سیاست های مطرح به منظور کاهش بار دادگاه ها، «سیاست پیشگیری قضایی» است. بدین معنا که رسیدگی به موضوعات و حل و فصل اختلافاتی که وجه کارشناسی بیشتری دارد و بررسی آنها مستلزم داشتن دانش تخصصی است، عمدتاً از روش های غیرقضایی و مسیرهای موازی دادگاه صورت گیرد.

مبحث سوم آثار بین المللی

در این بند به آثار بین المللی عدم تبعیت شرط از عقد پایه در دو قسمت می پردازیم .

الف : ایجاد پایگاه حل اختلاف غیردولتی

رسیدگی به داوری و اختلافات، معمولاً توسط دادگاهها انجام میشود. این موضوع میتواند از سوی اشخاصی که طرفین اختلاف در مورد آنها و رأی شان، تراضی نموده اند، نیز به عمل می آید. به این نوع دادرسی خصوصی، داوری گویند. داوری راه و شیوه های مبتنی بر تراضی طرفین اختلاف است که این رضایت، در قرارداد داوری ابراز می شود. توافقنامه داوری ممکن است شامل شرط داوری نیز باشد، بنابراین دامنه کلی تری نسبت به قرارداد دارد. شرط داوری زمانی است که بین طرفین اختلافی وجود نداشته باشد حتی ممکن است هرگز هم اختلافی پدید نیاید. طرفین در شرط داوری، برای ارجاع اختلاف احتمالی به داوری، در ضمن قرارداد دیگر، توافق می کنند. اگر بعد از بروز اختلاف، طرفین، توافق مستقلی مبنی بر حل و فصل اختلافات نزد داور نمایند، توافق را قرارداد

داوری گویند. قرارداد داوری، اعم از شرط یا قرارداد، از قراردادهای لازم می‌باشد و از سوی طرفین لازم الوفا است ولی با این وجود، با فوت و حجر طرفین این قرارداد داوری زایل می‌شود. تجارت بین‌المللی، سابقه‌ی طولانی دارد و ملتها از دیرباز برای برآوردن نیازها و دستیابی به کالا و خدمات، به مبادله خارجی پرداخته‌اند. تنظیم مقررات مختلف تجاری در سطح ملی، قراردادهای بین‌المللی را در معرض مقررات مختلف و متعارض قرار می‌دهد. طرفین در قراردادهای تجاری بین‌المللی، همه‌جزییات روابط خود را در قرارداد پیش‌بینی می‌نمایند.^{۱۴} ولی باز هم جلوگیری از بروز اختلافات تجاری ممکن نیست، راهکارهایی خاص برای رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی وجود دارد. هیچکدام از طرفین حاضر نیستند، که حاکمیت محاکم کشور مقابل را بپذیرند، پس به سمت داوری تجاری متمایل می‌شوند. موضوع داوری تجاری، رسیدگی به اختلافات اشخاص در موضوعات تجاری است. ارجاع موضوع به داوری و همچنین رسیدگی داوران به دعاوی مربوط به روابط تجاری بین‌المللی طرفین اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل و غیره طبق مقررات بین‌المللی انجام می‌شود. قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌داند که طبق قوانین ایران یکی از طرفین در زمان انعقاد قرارداد داوری تابعیت ایران را ندارد.. کلیه اشخاص دارای اهلیت و صلاحیت اقامه دعوا، اختیار مراجعه به داوری برای حلوفصل اختلافات فعلی یا احتمالی آینده خود را دارد. در قانون داوری تجاری بین‌المللی، رفع اختلافات بین طرفین، در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی و حقوقی مرضی الطرفین یا انتصابی را داوری تعریف نموده است. یکی از آثار داوری بین‌المللی این است، که دادگاههای داخلی دولتها باید از رسیدگی به اختلاف موضوع موافقتنامه داوری خودداری نمایند. دخالت دادگاه، صرفاً می‌تواند مربوط به محل داوری، تابعیت طرفین، اقامتگاه آنها و قانون حاکم بر داوری باشد. در جریان رسیدگی، هر دو طرف دعوا از حق دفاع برخوردارند و به طور مساوی با آنها رفتار می‌شود. ابلاغ و اطلاع بایستی نسبت به طرفین به موقع صورت گیرد و داور یا داوران میبایست کاملاً بی طرف باشند که از جمله تضمینات هر دادرسی منصفانه ای می‌باشد. قانون حاکم بر قرارداد داوری علی‌الاصول تابع قانون منتخب طرفین می‌باشد و قانون حاکم بر آیین داوری در دیدگاه سنتی قانون مقرر داوری بود، ولی طبق دیدگاه جدید، قانون منتخب طرفین بر آیین داوری نیز حاکم می‌باشد.

^{۱۴} (مرتضوی، ۱۳۹۲: ۱۲۴)

در حقوق داخلی ایران، اصل بر عدم تشریفات و رضایی بودن عقود از جمله قرارداد داوری است، درحالیکه قانون داوری تجاری بین المللی به لزوم کتبی بودن قرارداد داوری اشاره دارد. داوری، شیوه ای پرتطرفدار برای حلوفصل اختلافات به شمار میرود و چون اساس قرارداد داوری با ماهیت دعاوی تجاری بین المللی بیشتر هماهنگ است، در اختلافات بین المللی در مقایسه با دعاوی داخلی، بیشتر مورد توجه می باشد. یکی از مزایای داوری تجاری، محرمانه ماندن مسائل طرفین است، چرا که رسیدگی در داوری برخلاف دادگاه غیرعلنی است و امکان ورود شخص خارجی به جریان رسیدگی داوری وجود ندارد، مگر اینکه طرفین به صراحت بر حضور او توافق کرده باشند^{۱۵}. از دیگر مزایای آن میتوان به حلوفصل سریع اختلافات و کمهزینه بودن قطعیت و الزام آور بودن رأی داوری صادره و امکان شناسایی و اجرای نسبتاً ساده آرا داوری و سرعت و کارایی داوری، تخصصی بودن و تشریفات نبودن آن و بیاعتمادی طرفین نسبت به دادگاههای ملی، اشاره کرد. این دلایل موجب میشود که حل و فصل اختلافات بین تاجران در عرصه بین المللی از طریق مقررات داوری تجاری بین المللی صورت میگیرد. رأیی که از سوی داور صادر می شود قطعی و یک مرحله ای است و از طریق محاکم دادگستری به مرحله اجرا درمی آید. رأی داور، قابل اعتراض و قابل ابطال است ولی معمولاً قابلیت تجدیدنظرخواهی را ندارد مگر در موارد استثنایی در بین برخی سازمانهای بین المللی از قبیل داوری ایکسید. ماده 53 کنوانسیون 1965 واشنگتن به امکان تجدیدنظرخواهی رأی داور اشاره شده است. در قوانین داوری اتاق بازرگانی بین المللی، مقررات داوری نامه مقرر شده است. نامه داوری یک موافقتنامه داوری نیست، بلکه سندی است که در مراحل اولیه داوری تنظیم شده است و به امضای طرفین و هیئت داوری می رسد و در آن اختلاف موردنظر روشن شده و محدوده صلاحیت هیئت داوری مشخص گردیده و طرفین میتوانند هر موردی که در ارتباط با موضوعات مورد اختلاف آنهاست، در این داوری نامه درج نمایند.

ب: توسعه سرمایه گذاری بین المللی

امروزه یکی از موضوعات اقتصادی مهمی که در رشد و توسعه اقتصادی کشورهای بخصوص کشورهای در حال توسعه نقش قابل توجهی دارد سرمایه گذاری بین المللی است. از این رو این کشورها برای جذب هرچه بیشتر سرمایه گذاری خارجی با یکدیگر به رقابت می

^{۱۵} (مرتضوی، 1392: 125)

پردازند. اما نکته قابل توجه این است که سرمایه گذاران خارجی در انتخاب محل مناسب برای فعالیت خود، به دنبال مکانی می گردند که امن و قابل اطمینان باشد در نتیجه اگر در دولت میزبان زمینه های اقتصادی مناسب وجود داشته باشد، اما قانون صریحی در حمایت از سرمایه گذاران بخصوص جهت تأمین امنیت سرمایه و اموال آنها وجود نداشته باشد، امکان جذب سرمایه گذاری خارجی به شدت کاهش می یابد^{۱۶} یکی از موانع مهم بر سر راه سرمایه گذاری خارجی عدم امنیت در دولت میزبان است؛ این عدم امنیت ناشی از خطراتی مثل جنگ، آشوب و تغییر رژیم حاکم است که سرمایه گذاران را تهدید می کند. از اینرو تدوین مقرراتی در رابطه با حمایت از سرمایه گذاران خارجی در سطح ملی و بین المللی می تواند باعث کاهش احساس خطر از سوی سرمایه گذاران و ایجاد اطمینان و اعتماد در میان آنها باشد حمایت از سرمایه گذاری خارجی امروزه یکی از مسائل مهم حقوق بین الملل سرمایه گذاری است که می تواند در رفع موانع سرمایه گذاری و جذب هرچه بیشتر سرمایه، به کشورها و سرمایه گذاران کمک شایانی نماید. کشورها به منظور حمایت از سرمایه گذار خارجی، از دهه 1960 مجموعه ای گسترده از معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری را به وجود آوردند بر این اساس، می توان گفت که دولت میزبان به طور مطلق مسئول جلوگیری از وقوع چنین تعرضات و خساراتی نخواهد بود اما این دولت باید در جهت حمایت از سرمایه گذاری خارجی اقدامات لازم را در حد معقول انجام دهد و تعهد دولت میزبان تحت این استاندارد نوعی تعهد به وسیله است و نه تعهد به نتیجه. امروزه سرمایه گذاری تأثیر بسزایی بر کشورهای جهان دارد. هر کشوری تمام تلاش خود را برای جذب سرمایه ها از سراسر جهان به کار می گیرد. با این وجود همچنان مانع بزرگی به نام عدم اعتماد وجود دارد چراکه سرمایه گذاران تنها به دنبال سود هنگفت هستند. در راستای دستیابی به این توافق دوجانبه، بانک جهانی ترمیم و توسعه به همراه کمیسیون اقتصادی سازمان ملل متحد، مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری ای کسید را بنیان نهادند که این سازمان باعث کاهش چشمگیر میزان اختلافات گشت. سرمایه گذاران خارجی به سادگی میتوانند از خدمات و تسهیلات ای کسید، مانند تضمینات همه جانبه و بیمه کامل بهره مند

^{۱۶} (طاهری، ۱۳۸۸: ۹۱)

شوند^{۱۷} هر یک از طرفین میتوانند با رجوع به مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری ای کسید نسبت به حل و فصل اختلافات فی مابین از طریق مصالحه یا داوری اقدام کنند که این داوری ها از مزایای بسیاری برخوردارند مانند: انعطاف پذیری، حفظ اسرار، سرعت عمل، عدم اتلاف زمان، پول و انرژی و غیره. روشهای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی ویژگیهای خاص خود را دارد. در اغلب قراردادهای سرمایه گذاری خارجی دولت و نهادهای دولتی از یک طرف و شخص خصوصی در طرف دیگر قرار دارند. دولتها به دلیل برخورداری از مصونیت قضایی و اجرایی مساله حل و فصل اختلافات را پیچیده تر می نمایند و به همین دلیل حل و فصل چنین اختلافاتی نیازمند سازوکارهای متناسب با آن است. داوری نیز از این قاعده مستثنا نمی باشد و کاربرد آن در قضایای ناشی سرمایه گذاری خارجی دارای همان ویژگیهای موصوف است. برخی از کشورها سیستم قانونی واحد را برای قانون داوری خود انتخاب می نمایند در اینگونه سیستم ها مجموعه مقررات یک قانون واحد هم بر داوری های داخلی و هم بر داوری های بین المللی حاکم می گردند. سرمایه گذاری خارجی نقش بسیار حیاتی و مهمی در توسعه اقتصادی ایفا می کند به طوری که جذب سرمایه گذاری خارجی به یکی از محورهای اصلی سیاستگذاری اقتصادی کشورها به خصوص کشورهای در حال توسعه تبدیل شده است؛ بنابراین برای جذب سرمایه گذاری خارجی در هر کشوری باید تضمینهای مستحکمی جهت حمایت از سرمایه گذاری فراهم شود چرا که سرمایه گذاران به دنبال محلی برای فعالیت خود هستند که بتوانند در آنجا هم سود بالایی کسب نمایند و هم از محیطی امن، باثبات و قابل اطمینان برخوردار باشند.

۳- جلوه های عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه

جلوه های عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه قسمت های ذیل مورد بررسی قرار می گیرد:

۳-۱- جلوه های عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایه در مقررات

ماهوی

مراعات نمودن یک سری نکات و شرایط ضروری در حین تنظیم قرارداد داوری یا گنجاندن شرط داوری در قرارداد، بایستی معلوم و مشخص

^{۱۷} (طاهری، ۱۳۸۸: ۹۳)

باشد. یکی از این شرایط، اصول و قواعدی است که مبنای رسیدگی و صدور رای داوری است. بنابراین در موافقتنامه داوری باید قوانین حاکم و همچنین رویه داوری پیش بینی و گنجانده شود. در داوری های بین المللی اراده و اختیار طرفین در ارجاع موضوعات مورد اختلاف (حال یا آینده) اساس و مبنای کار بوده و نقش اساسی دارد. از این منظر، اصل حاکمیت اراده در تعیین حقوق حاکم بر طبیعت و نیز قوانین و مقررات لازم الاجرا رعایت می شود. بنابراین اگر طرفین قانون حاکم بر ماهوی را تعیین کرده باشند، داور باید در تعیین قواعد و مقررات لازم الاجرا از آن تبعیت کند و اصولاً نمی تواند از آن عدول کند. محتوا با احزاب متفاوت است. در متن موافقتنامه ارجاع به داوری، دولت ها قوانین تکلیفی داور یا داوران را درج کرده و حدود اختیارات آنها را مشخص می کنند.^{۱۸} در تنظیم مقررات برای داوران، دستوراتی برخلاف اصول و قواعد حقوق بین الملل صادر نمی کنند. طرفین می توانند به داوران اجازه دهند که اختلافات خود را بر اساس اصول کلی انصاف یا انصاف یا هر قاعده دیگر^{۱۹} بر اساس قواعد مختلف دیوان دائمی داوری حل و فصل کنند، هر زمان که دولت های طرفین اختلاف مندرج در متن موافقتنامه در داوری، مقررات صریحی برای داوران وجود ندارد، فرض بر این است که داوران باید رأی خود را بر اساس اصول حقوق بین الملل عمومی صادر کنند. به هر حال در امر داوری اصل بر این است که قانونگذار اصلی که داوران در صدور رای باید از آن تبعیت کنند، دولت های طرف دعوا هستند مشروط بر اینکه قانون مغایر با اصول و قواعد باشد. قوانین و مقررات بین المللی مجبور نباشید کنوانسیون های لاهه ۱۸۹۹ و ۱۹۰۷ بر حل و فصل اختلافات «بر اساس احترام به حقوق» تأکید دارند. اصطلاح "قانون ماهوی حاکم بر قرارداد" یا "قانون حاکم بر ماهیت دعوی" در تمایز از قوانین رسمی حاکم بر قراردادها استفاده می شود. در داوری های بین المللی علاوه بر موضوع تعیین قانون ماهوی حاکم بر اختلاف، موضوعات مهم دیگری مانند تعیین قانون حاکم بر توافق داوری، شرایط داور یا داوران، قانون حاکم بر رویه ها و رسیدگی های داوری نیز حائز اهمیت است. مسائل در کنار این موضوعات، موضوع دیگری که با وجود اهمیت کمتر مورد توجه قرار گرفته است، موضوع تعیین «قانون اساسی» یا «نظام حقوقی پایه» یا قانونی است که توافق طرفین در انتخاب قانون حاکم از آن اثر الزام آور می گیرد. منظور از حقوق ماهوی حاکم در داوری بین

^{۱۸} (شیروی، ۱۳۹۱: ۱۳۱)

^{۱۹} (صفایی، ۱۳۹۲: ۱۳۹)

المللی این است: «نظام حقوقی حاکم بر ایجاد قرارداد، صحت قرارداد، تفسیر قرارداد، آثار و الزامات قرارداد و بالاخره مسئولیت های ناشی از آن. عدم اجرای قرارداد» در حالی که به عنوان یک قاعده، قانون محل انعقاد قرارداد حاکم بر موافقتنامه داوری و قانون محل داوری بر رویه ها و رویه ها حاکم است، اما تعیین قانون حاکم بر ماهیت ادعا در داوری بین المللی کار آسانی نیست. دشوارترین بخش تعیین قانون حاکم، موضوع حقوق ماهوی قابل اجرا در داوری های بین المللی است.^{۲۰} اما از نظر تئوریک پذیرفته شده است که داور ابتدا باید به اراده طرفین قرارداد توجه کند و سپس در صورتی که طرفین در هنگام تنظیم قرارداد یا موافقتنامه داوری قانون مورد نظر خود را تعیین نکرده باشند. از بین اصول و قواعد حقوقی، قانون مناسب را انتخاب کنید. بنابراین، قانون ماهوی حاکم بر قرارداد منشأ اختلاف یا توسط طرفین یا توسط مرجع داوری تعیین می شود. در داوری مزایای زیادی وجود دارد که یکی از آنها تأمین عدالت است، اما طرفین قرارداد همیشه به دنبال ارائه عدالت بهتر نیستند، بلکه به دنبال عدالت هستند انواع دیگری از عدالت وجود دارد که در رسیدگی قضایی نمی توان از آنها انتظار داشت. رجوع به داوری در واقع عاری از مقررات قانونی و دولتی است، زیرا شرایط داوری و محدودیت های ارجاع به داوری در معاهدات و قراردادهای بین المللی تعهد و توافقی است که طرفین قرارداد ملزم به رعایت آن هستند. برای صحت درج محدودیت های داوری در معاهدات و موافقتنامه های بین المللی و تنظیم شرایط داوری، رعایت شرایطی که اعتبار قراردادهای و قراردادهای آن بستگی دارد، ضروری است که عمده این شرایط عبارتند از: قصد و رضایت و ابراز اراده، صلاحیت طرفین، داوری اختلاف. و قطعیت موضوع شرط داوری... برای انعقاد قرارداد طرفین باید بالغ و عاقل باشند. قرارداد داوری نیز مشمول این قاعده کلی است. همچنین صلاحیت امضاکنندگان و اشخاص مجاز برای امضای معاهدات و موافقت نامه های عمومی بین المللی و همچنین قراردادهای و موافقت نامه های تجاری بین المللی از دیگر موارد مورد علاقه است. در صورتی که یکی از طرفین قرارداد حین ایجاد شرط رجوع به داوری فاقد صلاحیت باشد یا یکی از طرفین قرارداد داوری فاقد صلاحیت باشد، هر یک از طرفین می توانند به دادگاه مراجعه و تقاضای ابطال موافقتنامه داوری نمایند. مطابق ماده ۵

^{۲۰} (مهوحد، ۱۳۹۳: ۷۰)

کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک در مورد به رسمیت شناختن و اجرای آرای داوری خارجی^{۲۱}.

۲-۳- جلوه های عدم تبعیت شرط داوری از عقد پایله در مقررات شکلی

قرارداد داوری باید شامل توافق طرفین برای ارجاع همه یا برخی اختلافات مربوط به یک یا چند رابطه حقوقی خاص چه به صورت شرط در قرارداد و چه به صورت قرارداد مستقل، باشد. این میزان توافق شرط لازم برای هر داوری است و با وجود آن، داوری می‌تولند مستقل از توافقات بعدی طرفین ادامه یابد. در مفاد قرارداد داوری، طرفین می‌توانند در مورد جزئیات بیشتری از داوری توافق کنند، اما این جزئیات ضروری نیست.^{۲۲} هنگامی که جزئیات بیشتر مورد توافق قرار نگیرد، مفاد تکمیلی قانون حاکم بر داوری، توافق طرفین را تکمیل می‌کند و بنابراین ادامه روند داوری امکان پذیر می‌شود. به عنوان مثال، اگر طرفین تعداد داوران را مشخص نکرده باشند و قانون حاکم بر فرآیند داوری، حقوق ایران باشد، طبق قانون داوری تجاری بین المللی، تعداد داوران سه نفر خواهد بود. همچنین در صورتی که طرفین در مورد نحوه داوری به توافق نرسیده باشند، رسیدگی بر اساس تشریفات و تشریفات مندرج در قانون داوری تجاری بین المللی انجام خواهد شد. اینکه تا چه حد باید جزئیات مذکور در مفاد موافقتنامه داوری قید شود به نوع قرارداد و اهمیت آن بستگی دارد. همچنین بستگی به این دارد که داوری به صورت موردی انجام شود یا سازمانی. در صورتی که طرفین بخواهند داوری به صورت موردی انجام شود باید جزئیات بیشتری در مورد داوری و نحوه رسیدگی و شرایط آن در قرارداد ارائه دهند. در قرارداد داوری مربوط به دعاوی بین ایران و ایالات متحده آمریکا، مقررات داوری آنسیترال مبنا قرار گرفت و با اصلاحات با توضیحات لازم، بند به بند طبق آن آیین نامه^{۲۳} در بند^{۲۴} موافقت شد. (و) ماده یک قانون داوری تجاری بین المللی تصریح کرده است: «در مواردی که این قانون ناظر به توافق موجود بین طرفین یا توافقی باشد که بعداً منعقد خواهد شد، مضمون مقررات داوری مندرج در آن موافقتنامه خواهد بود.»^{۲۵} در بسیاری از قراردادهای سرمایه گذاری

^{۲۱} (نیکبخت، ۱۳۸۸: ۱۰۲)

^{۲۲} (شیروی، ۱۳۹۱: ۹۵)

^{۲۳} (شیروی، ۱۰۰: ۱۳۹۱)

^{۲۴} (۱۰۰: ۱۳۹۱)

سنگین که با دولت ها منعقد می شود، شرط داوری در قرارداد گنجانده شده است، اما جزئیات داوری به یک قرارداد داوری جداگانه ارجاع می شود که توسط طرفین تهیه و تنظیم و به قرارداد اصلی پیوست می شود. این موافقتنامه داوری معمولاً از مفاد داوری آنسیترال الگوبرداری می شود و بر اساس شرایط قرارداد تنظیم می شود. هنگامی که موافقتنامه داوری به قوانین داوری آنسیترال، قوانین داوری اتاق بازرگانی بین المللی یا قوانین هر سازمان داوری دیگر اشاره می کند، قوانین فوق از طریق ارجاع در قرارداد گنجانده شده و به عنوان شرایط داوری در قرارداد نوشته می شود و بنابراین قدرت قراردادی تشخیص می دهد که این مقررات مانند سایر شروط قراردادی تا حدی که با مقررات الزامی مغایرت نداشته باشد بین طرفین معتبر و لازم الاجرا است.^{۲۵} در این گونه موارد، طرفین به ذکر نکات اساسی در قرارداد داوری نیز خواهند پرداخت. مانند: تعداد داوران، مقر داوری، زبان داوری و در صورت داوری، مرجع تعیین کننده می تواند در صورت امتناع یا عدم توافق طرفین، داور ممتنع یا مشترک را انتخاب کند. جزئیات بیشتر در مورد داوری معمولاً به مقررات ارجاع داده می شود. پس از تعیین موضوع داوری، محدودیت دیگری که باید مورد توافق قرار گیرد این است که حکم داوری مورد بحث، داوری موردی است یا ارجاع به داوری نهادی. خواهد بود. زیرا در داوری موردی باید جزئیات بیشتری از داوری و رویه را پیش بینی و درج کنند و یا از مقررات از پیش تعیین شده مانند « آنسیترال مقررات » استفاده کنند. اما در داوری سازمانی جزئیات مربوط به داوری و نحوه رسیدگی در آیین نامه سازمان ارجاعی مانند اتاق بازرگانی بین المللی تدوین می شود. محدودیت های مربوط به توافقات طرفین در رابطه با نحوه تعیین داوران و تعداد داوران، آیین دادرسی و قانون حاکم بر داوری و ... لحاظ شود. مثلاً در رابطه با تعیین داور یا داوران، شرایطی که باید رعایت و رعایت شود، در قرارداد داوری درج شود. در این رابطه لازم به توضیح است که قانون داوری تجاری بین المللی علیرغم اختیاراتی که در خصوص تعیین داور و نحوه رسیدگی به طرفین داده است، محدودیت هایی را نیز در نظر گرفته است که در تعیین مفاد قانون داوری باید رعایت شود. موافقتنامه داوری به عنوان مثال: طبق بند اول ماده ۱۱ قانون فوق الذکر، «در صورتی که یکی از طرفین قرارداد ایرانی باشد و طرفین بخواهند دعاوی آتی را به داوری ارجاع دهند، طرف ایرانی حق انتخاب داور را ندارد. یا داورانی که تابعیت آنها با

^{۲۵} (شیروی، ۱۳۹۱: ۱۰۳)

تابعیت طرف یا منطقه اطراف یکسان باشد.» به هر حال طبق بند اول ماده ۱۱ قانون نمونه آنسیترال مقرر می‌دارد: «هیچ شخصی را نمی‌توان به دلیل تابعیت از داوری مستثنی کرد، مگر اینکه طرفین توافق کنند». نسبت به آیین دادرسی و قانون حاکم، داوران بر اساس قواعد حقوقی که طرفین بر اساس ماهیت اختلاف انتخاب کرده و در موافقتنامه داوری قید شده تصمیم می‌گیرند و در صورتی که چنین شرایطی در موافقتنامه داوری قید نشده باشد، داوران تصمیم می‌گیرند. بر اساس قواعد حل تعارض قانون مقتضی را اعمال خواهد کرد. تعیین محل داوری شرط دیگری است که در قرارداد داوری قید شده است. درج چنین شرطی از آن جهت حائز اهمیت است که محل صدور رای را مشخص می‌کند. در صورتی که طرفین محل خاصی را برای داوری تعیین نکرده اند و یا نمی‌توانند در این مورد توافق کنند، محل داوری توسط داوران و با توجه به شرایط و سهولت دسترسی تعیین می‌شود. همچنین تعیین زبان داوری برای رسیدگی و مبادله لوایح از دیگر شرایطی است که در قرارداد داوری قید شده است. در صورت عدم توافق طرفین یا درج نشدن زبان یا زبان‌های مورد استفاده در قرارداد داوری، تعیین این موضوع توسط داور یا داوران^{۲۶} از جمله شرایط مهم دیگری است که باید رعایت شود. در موافقتنامه داوری گنجانده شده است. لازم به ذکر است اتخاذ تصمیم و تعیین مرجع صالح و صلاحیت داوران. داوران برای اینکه صلاحیت خود را پیدا کنند باید شرط داوری را تفسیر کنند تا مطمئن شوند که از اختیارات خود فراتر نمی‌روند و به موضوعات غیر مرتبط نمی‌پردازند. موافقتنامه داوری یا شرط داوری در قراردادهای بین‌المللی به داوران این اختیار را می‌دهد که هم به مسائل قضایی و هم مسائل ماهوی رسیدگی و تصمیم‌گیری کنند. حدود تصمیم‌گیری داوری به تفسیر شرط داوری محدود می‌شود. بر این اساس می‌توان گفت: روش تصمیم‌گیری توسط قضات و صدور حکم است. قضات معمولاً بر اساس اکثریت تصمیم می‌گیرند. در صورتی که طرفین از این طریق ناراضی باشند یا بخواهند داوری را وتو کنند، باید با درج چنین شرطی در قرارداد داوری موافقت کنند. عدم درج چنین شرطی در قرارداد داوری به منزله پذیرش تصمیم بر اساس نظر اکثریت خواهد بود.

^{۲۶} (ماده ۲۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶)

در خصوص تأثیر انحلال قرارداد اصلی بر شرط داوری، به نظر باید شرط داوری را باید مستقل از قرارداد اصلی دانست معتقد به این امر بود که سرایت نمی کند بطلان قرارداد اصلی به شرط داوری، لیکن داور صلاحیت رسیدگی به دعوی بطلان را دارد، هر چند منشأ صلاحیت، شرط اصلی قرارداد و داوری باشد. زیرا با توجه به (بند 1) ماده 16 قانون داوری تجاری بین المللی که تصریح در پذیرش اصل استقلال شرط داوری و صلاحیت در صلاحیت در دعاوی تجاری بین المللی داشته و این که ادامه ماده 636 قانون آیین دادرسی مدنی سابق که مورد استناد بوده در ماده 461 تکرار نشده است. از سوی دیگر لزوم تبعیت شرط از عقد نیز مسلم نیست زیرا شرط یک تعهد مستقل است که از لحاظ مکانی ضمن یک تعهد دیگر درج شده لذا دارای شرایط و آثار متفاوت می باشد به علاوه اینکه در برخی موارد در واقع این عقد است که از شرط تبعیت می کند مانند بطلان عقد با شرط مجهول لذا می توان به این نتیجه رسید که شرط داوری کاملاً از عقد اصلی مستقل باشد و به اعتبار همین امر داور صلاحیت دارد نسبت به صلاحیت یا عدم صلاحیت خود نیز تصمیم گیری نماید. یکی از نتایج اولیه اصل استقلال یعنی عدم تاثیر گذاری انحلال و بطلان قرارداد اصلی نسبت به موافقت نامه داوری است. برای بررسی این بحث هرکدام از دو موضوع انحلال و بطلان به صورت جداگانه بحث شده است انحلال در جایی است که عقد به صورت صحیح تا زمان خاصی ادامه داشته در حالی که بطلان در مواردی است که اصلاً عقد از ابتداء منعقد نشده است. بنابراین تاثیر گذاری هریک از آنها بر شرط به طور کلی و موافقت نامه داوری به طور اخص مورد بررسی قرار گرفت انحلال عقد در واقع پس از وقوع عقد صحیح به سببی از اسباب حاصل شده و موجب از بین رفتن عقد نسبت به آینده می گردد بدون اینکه نسبت به گذشته عقد تاثیر داشته باشد. اقاله و فسخ عقد به موجب خیار شرط فاسخ و انفساخ (انحلال قهری) از اسباب انحلال می باشند. در حالت عادی براساس قاعده تبعیت شرط از عقد اصلی و براساس ماده 246 ق.م. همه شروط تابع عقد بوده چنانچه عقد اصلی به سببی منحل گردد شرط نیز از بین می رود اما در برخی موارد به ویژه در جایی شرط داوری هست ممکن بر اساس توافق ضمنی و براساس قرائن و اوضاع و احوال این قاعده اعمال نگردد. ماده 246 ق.م نیز مربوط به جریان قاعده تبعیت در غالب موارد است و در جایی است شرط بدون عقد معنی پیدا نمی کند درحالیکه در این مساله موضوع شرط و اهداف

مندرج در آن با موضوع و اهداف عقد اصلی متفاوت می باشد . بنابراین اگر عقد اصلی منحل شود شرط داوری منحل نمی گردد. یکی دیگر از مهمترین نتایج پذیرش اصل استقلال شرط داوری از عقد اصلی این است که برای موافقت نامه داوری نه تنها باید سرنوشتی غیر از سرنوشت قرارداد اصلی رقم زد بلکه باید برای آن قانونی جداگانه تعیین نمود. به این ترتیب ممکن است به موجب قانون حاکم بر قرارداد اصلی ، حکم بر بطلان آن شده باشد که با پیش فرض اصل استقلال شرط داوری از عقد اصلی ، عقد داوری یا موافقت نامه داوری که بر اساس قانون حاکم بر آن که غیر از قانون حاکم بر عقد اصلی است باطل نشود . در مورد قانون حاکم بر قرارداد اصلی در درجه اول براساس اصل حاکمیت اراده و در صورت سکوت طرفین محل انعقاد عقد براساس ماده 168ق.م.و همچنین ماده 5ق.م. ملاک و معیار خواهد بود.

منابع

- ۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۷، جلد ۲.
- ۲- اسکینی، ربیعا، مبانی نظری استقلال موافقت نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، دوره ۱۱ شماره ۱۳۸۳، ۴۳.
- ۳- امیر معزی، احمد، داوری بازرگانی بین المللی، چاپ اول، نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
- ۴- ایرانشاهی، علیرضا، «نقض و توسعه قلمرو قرارداد داوری»، مجله حقوقی، ۱۳۹۲.
- ۵- جنیدی، لعیاء، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین المللی، چاپ اول، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، تهران، ۱۳۷۸.
- ۶- ره پیک، حسن، حقوق مدنی پیشرفته مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، چاپ اول، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
- ۷- شیخ محمدی، مرضیه، استقلال شرط داوری مبانی، آثار و شرایط در حقوق ایران و انگلیس، چاپ اول، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۷۷.
- ۸- شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت)، چ سوم، تهران، ۱۳۹۱.
- ۹- صلح جی، محمدعلی، (۱۳۸۹)، استقلال شرط داوری در قراردادهای بین المللی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳۱.
- ۱۰- صفایی، سیدحسین و همکاران، حقوق بین الملل و داوری های بین المللی، میزان، تهران، ۱۳۸۳.
- ۱۱- کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو، حقوق داوری داخلی، چاپ ۳، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۳.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳ (آثار قرارداد)، چاپ هشتم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- ۱۳- مرتضوی، عبدالحمید، آیین رسیدگی داوری تجاری بین المللی ایران، چاپ اول، انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
- ۱۴- محبی، محسن، استقلال شرط داوری، ماهنامه اتاق ایران، تهران، ۱۳۸۸.
- ۱۵- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۰.

۱۶-نورین، پرویز، حقوق مدنی، چاپ دهم، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۹.

۱۷-نیکبخت، حمیدرضا، شیوه های تعیین قانون حاکم بر قرارداد، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۲، ۱۳۸۸.

۱۸-یوسف زاده، مرتضی، آیین داوری، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.

۱۹-محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۰.
استناد:

حسینی، فاطمه، افضل‌لی مهر، مرضیه، حبیبی درگاه، بهنام، جلالی، حسین. آثار عدم تابعیت شرط داوری از عقد پایه و جلوه های آن. فصلنامه تحولات سیاسی اجتماعی معاصر ایران ۱۴۰۴،

<http://doi.org/10.30510/pscci.2025.504760.1246>

20- Blacks law Dictionary By Henry Compel black West publishing.1983.p:55

21-Honnold, John, 1999, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nation Convention, 3rd ed, Kluwer Law International

22-Jelena, Vilus, Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer, Ch. 7, Oceana Publications,1986.

23-Collierand lowe, the settlement of disputes in International law in stitutions and procedures, oxford university, press, 2000.

24-Foucharad, gaillard, goldmann, International commercial arbitration, Kluwer low, London, 1999.

25-Gillard, Emmanuel,& savage John. fouchard Gillard, *goldman on jnternational commercial arbitrational. kluwer law international,1999.*

26-Lew.j.d.m and ali . comparative international commercaial arbitration . *klawer law international,2003.*

27-Rene, David. Arbitrational Trade, Deventer, the Ne therlands, Kluwer law and Taxation Publishers,1983.