

ماهیت حقوقی و استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی از منظر رویه قضایی

مهدی زارع*

استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان

محسن سلیمی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۲۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۲/۳)

چکیده

ارجاع اختلاف به داوری به دو شکل قرارداد مستقل و شرط داوری صورت می‌گیرد. شرط داوری زمانی در قرارداد درج می‌شود که هنوز اختلافی به وجود نیامده و طرفین اختلافات آتی و احتمالی خویش را به داوری ارجاع می‌دهند. اغلب شرط داوری یک شرط ضمن عقد تلقی می‌شود. اما اینکه آیا اساساً شرط داوری این قابلیت را دارد که موضوع شرط ضمن عقد واقع شود و اگر چنین قابلیت دارد آیا از قواعد شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی تبعیت می‌کند یا اینکه ماهیتی ویژه دارد، موضوع مورد مطالعه این مقاله است که با تدقیق در رویه قضایی تحلیل می‌شود. اهمیت موضوع این مقاله از این نظر است که بسته به ماهیت حقوقی شرط داوری، آثار حقوقی متفاوتی بر آن بار خواهد شد. در این زمینه با تحلیل مفهوم شرط داوری، دیدگاه‌های موجود در این زمینه و به‌ویژه با تحلیل قاعده استقلال شرط داوری می‌توان بر این نظر بود که با اینکه شرط داوری می‌تواند مظروف هر یک از شروط فعل و نتیجه قرار گیرد، با وجود این، از آنجا که شرط داوری اثر مستقیمی بر نفی صلاحیت دادگاه دارد و می‌تواند موضوع تعهدی مستقل قرار گیرد، ماهیت حقوقی ویژه‌ای دارد که آن را از قواعد سنتی حقوق مدنی دور می‌کند.

واژگان کلیدی

اختلاف، تعهد داور، شرط فعل.

۱. مقدمه

حل و فصل اختلافات تجاری امروزه یکی از مباحث مهم حوزه حقوق تجارت بین‌المللی است. داورى به‌عنوان مهم‌ترین شیوه جایگزین حل اختلافات تجاری نقشی بی‌بدیل در توسعه حقوق تجارت بین‌المللی دارد. مبنای صلاحیت داور توافق طرفین بر ارجاع اختلاف به داورى است. این توافق ممکن است به شکل یک قرارداد مستقل و با موضوع ارجاع اختلافات به داورى واقع شود یا ممکن است طرفین یک قرارداد خاص، در قالب شرطی ضمن عقدی دیگر اختلافاتی را که ممکن است در آینده در زمینه همان قرارداد پیش آید، به داورى ارجاع دهند. امروزه ارجاع اختلاف به داورى از طریق درج شرط داورى در قراردادها شیوه معمول‌تری نسبت به قرارداد داورى است و حتی می‌توان گفت در حال حاضر شرط داورى از بخش‌های جدایی‌ناپذیر قراردادهای تجاری بین‌المللی است. هدف نخست این مقاله شناخت ماهیت حقوقی شرط داورى است. در واقع این تحقیق با تحلیل قالب‌های حقوقی که می‌توانند شرط داورى را در خود جای دهند، در پی شناخت مناسب‌ترین ظرف حقوقی است تا شرط داورى بتواند در آن قرار گیرد. در این زمینه قاعده مهم استقلال شرط داورى نیز به‌عنوان دیدگاهی که ماهیت حقوقی شرط داورى را به‌عنوان قراردادی مستقل و مجزا معرفی می‌کند، تحلیل و نقد شده است. در وهله دوم پژوهش حاضر در پی شناسایی موضع رویه دادگاه‌های کشورمان از حیث تعیین ماهیت حقوقی شرط داورى و استقلال آن از قرارداد اصلی نیز خواهد بود. بنابر آنچه ذکر شد، قلمرو موضوعی این مقاله ارجاع اختلاف به داورى از طریق اندراج شرط داورى در یک قرارداد است و بررسی قرارداد مستقل داورى از موضوع بحث این تحقیق خارج است. شناخت ماهیت حقوقی شرط داورى از این نظر اهمیت دارد که بسته به ماهیت شرط داورى آثار حقوقی که ممکن است بر آن مترتب شود، متفاوت است. برای مثال چنانچه شرط داورى را تابع احکام شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی بدانیم، دارای آثار حقوقی متفاوت از فرضی است که آن را خارج از موضوع قواعد در زمینه شروط ضمن عقد بدانیم. علاوه بر این از آنجا که در داورى‌های موضوع قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ قاعده استقلال شرط داورى به‌صراحت پذیرفته نشده، تحلیل منشأ قاعده یادشده و پیوند آن با ماهیت حقوقی شرط داورى مسیر پذیرش این قاعده مهم را در داورى‌های داخلی ما هموارتر خواهد ساخت. تا آنجا که نگارنده اطلاع دارد تاکنون نویسندگان حقوقی موضوع ماهیت حقوقی شرط داورى را به‌طور خاص مطالعه و بررسی نکرده‌اند. برخی از آنها در پرتو مطالعه قاعده استقلال شرط داورى اشاره‌ای بسیار مختصر و نارسا به ماهیت حقوقی شرط داورى نیز داشته‌اند (امیرمعزی، ۱۳۸۸؛ جعفریان، ۱۳۷۳: ۱۳۳). به هر تقدیر شناسایی ماهیت حقوقی شرط داورى و تحلیل و نقد قاعده استقلال شرط داورى به‌عنوان یکی از مبانی

تشخیص ماهیت حقوقی شرط داوری موضوعاتی است که در این مقاله با استفاده از روش کتابخانه‌ای مطالعه و بررسی شده است.

۲. مفهوم شرط داوری

شرط داوری عبارت یا بندی از قرارداد (اصلی) است که به موجب آن طرفین متقابلاً متعهد و ملتزم می‌شوند اختلافات آتی در زمینه آن قرارداد را به داوری ارجاع دهند. سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود آن است که رابطه شرط داوری با شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی چیست؟ آیا ماهیت حقوقی شروط ضمن عقد با شرط داوری قابل انطباق است؟ قانون مدنی ما «شرط» را تعریف نکرده است. در فقه نیز فقها مباحث شروط را به صورت پراکنده در ضمن مباحث در خصوص عقود مطرح کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۵۱). بی‌شک «شرط» در زمره اعمال حقوقی است، چراکه با اراده انشایی واقع شده و آثار آن نیز متناسب با خواست آن اراده است. منتها از این نظر که وقوع شرط محصول توافق دو اراده است، آن را نمی‌توان ایقاع دانست و از این نظر که ماهیتی مرتبط با عقد دارد، با عقد که مقصود اصلی انشای طرفین است، تفاوت دارد. به همین دلیل شرط در کنار تبعیت از احکام عمومی اعمال حقوقی به‌عنوان یک عمل حقوقی وابسته دارای احکام ویژه‌ای است (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۲۱). بنابراین شرط و از جمله شرط داوری در کنار عقد اصلی دارای قصد و رضای مخصوص به خود است. به‌عبارت دیگر، شرط ضمن عقد رنگی از استقلال احکام و آثار را دارد، ولی در عین حال قرار گرفتن آن در ظرف یک عقد، آن را واجد آثار حقوقی متعددی می‌کند (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۱۷). در نتیجه می‌توان پذیرفت که در کنار عقد و ایقاع، «شرط» نیز قسم سومی از اعمال حقوقی است که وقوع آن نیازمند قصد انشا و رضایی ویژه و مخصوص به خود است. در فرض فقدان تعریف جامعی از یک ماهیت حقوقی در قانون و شرع باید به عرف پناه برد. در عرف آنچه از عنوان «شرط» متبادر می‌شود، الزام و التزام است (شیخ انصاری، ۱۳۹۲: ۱۱۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۶۵). چنین الزام و التزامی در صورتی محقق می‌شود که ضمن عقد دیگری آمده باشد. التزاماتی که ضمن یک عقد می‌آیند، به دو شکل قابل تصورند: نخست آنکه این التزام یک التزام وابسته و تبعی باشد که فقط در صورتی واجد اثر حقوقی می‌شود که به‌صورت تبعی ضمن یک عقد بیاید و در صورت انتزاع آن از عقد اصلی، اثر حقوقی خاصی بر آن مترتب نخواهد شد؛ مانند شرط اجل ضمن قرارداد بیع. این دسته از شروط را شروط «وابسته» نام نهاده‌اند (ره‌پیک، همان). شکل دوم آن است که التزامی که ضمن عقد آمده، به‌تنهایی و حتی در صورت انتزاع از عقد اصلی، باز هم بتواند موضوع تعهدی مستقل قرار گیرد؛ مانند شرط وکالت ضمن عقد بیع. در واقع در این نوع شرط یک عمل حقوقی مستقل ضمن یک عقد شرط می‌شود. ظاهراً آنچه در تدوین احکام

در خصوص شروط ضمن عقد در قانون مدنی مدنظر بوده است، قسم نخست یعنی شروط وابسته به عقد است و شروط مستقل (قسم دوم) مورد نظر نویسندگان قانون مدنی ما نبوده است^۱ (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۴۰)، اگرچه قواعد مربوط به شروط مستقل و وابسته در اغلب موارد با یکدیگر همپوشانی دارند. شرط داوری از قسم دوم است. به عبارت دیگر شرط داوری از جمله التزاماتی است که می‌تواند به‌طور مستقل هم مورد توافق قرار گیرد و الزام‌آور باشد. علاوه بر این همان‌گونه که گفته شد، به موجب شرط داوری طرفین «متقابلاً» در برابر یکدیگر متعهد می‌شوند که اختلافات خود را به داوری ارجاع دهند. این امر بدین معناست که هر دو طرف هم مشروطه و هم مشروط‌علیه تلقی خواهند شد. درحالی‌که قواعد و تعاریفی که قانون مدنی در مواد ۲۳۴ به بعد از شروط سه‌گانه ضمن عقد و به‌ویژه شرط فعل ارائه داده است، ناظر به شروطی است که یک طرف در برابر دیگری تعهدی را به‌عهده می‌گیرد. اگرچه برخی استادان ابراز داشته‌اند که در شرط ممکن است هر یک از طرفین هم متعهد و هم متعهدله باشند (شهبیدی، ۱۳۹۱: ۱۹)، منتها این ویژگی اغلب خاص عقود و به‌ویژه عقود معوض است تا شروط ضمن عقد. بنابراین از این نظر نیز شرط داوری با شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی تفاوت دارد. از سوی دیگر، در قانون مدنی تخلف از شرط موجب الزام مشروط‌علیه به ادای شرط یا امکان فسخ عقد اصلی است، حال آنکه تخلف از شرط داوری و عدم مراجعه به داوری به‌هیچ‌وجه موجب تزلزل عقد اصلی نمی‌شود.

اگرچه داوری این قابلیت را دارد که در قالب شرط ضمن عقد مطرح شود، از حیث واژه‌شناسی، اصطلاح «Arbitration Clause» در حقوق بیگانه، که در حقوق ما معادل «شرط داوری» مرسوم شده است، دقیقاً معادل «شرط ضمن عقد» در حقوق ما نیست. در واقع واژه «Clause» در یک مفهوم به معنای بخش، قید، یا بندی مجزا از یک سند حقوقی (همانند قرارداد) است (Garner, 2004: 267). حال آنکه در قانون مدنی ما تبعیت از عقد و فرعی بودن داخل در ذات و ماهیت عنوان «شرط» است. علاوه بر این، آنچه در حقوق بیگانه معادل شرط (ضمن عقد) در حقوق ما قرار می‌گیرد، واژه «Condition» است^۲ (op.cit. : 312). بنابراین ترجمه عبارت «Arbitration clause» به شرط داوری خالی از مسامحه نیست. به همین سبب برخی محققان از به‌کار بردن عنوان «شرط داوری» امتناع ورزیده و اصطلاح یادشده را به «قید داوری» ترجمه کرده‌اند (اشمیتوف، ۱۳۸۱: ۹۹۰). آنچه شرط داوری را بیش از این از سایر شروط ضمن عقد

۱. اگرچه ماده ۶۷۹ قانون مدنی از امکان درج شرط وکالت ضمن عقد لازم سخن به میان آورده است، به‌نظر می‌رسد در مواد راجع به قواعد عمومی شروط ضمن عقد (مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶) صرفاً شروط وابسته مورد توجه نویسندگان قانون مدنی ما بوده است.

۲. در این مفهوم اصطلاح «Condition of performance» معادل «شرط فعل» و اصطلاح «Condition of collateral events» معادل «شرط نتیجه» قرار می‌گیرد.

مجزا می‌کند اثری است که این شرط بر صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری دارد. توافق طرفین بر ارجاع اختلاف به داوری موجب ایجاد صلاحیت «ذاتی» برای داور است. در واقع با توافق بر داوری طرفین حق طرح دعوا در دادگاه را از دست خواهند داد (Greenberg et al., 2011:21) و سلب صلاحیت از مرجع قضایی به معنای نفی صلاحیت ذاتی آن مرجع است.^۱ پرسشی که در این خصوص مطرح می‌شود، آن است که آیا اراده طرفین این توانایی را دارد که بر صلاحیت ذاتی مراجع قضایی اثر گذارد؟ برخلاف آنچه برخی ابراز داشته‌اند (خزاعی، ۱۳۹۱:۲۶۵). اغلب قواعد در زمینه صلاحیت ذاتی از قواعد آمره تلقی می‌شود و توافق برخلاف آن را غیرمؤثر می‌دانند. اما این امر تا جایی قابل اعمال است که خود قانونگذار خلاف آن را مقرر نکرده باشد. در واقع قانونگذار با پیش‌بینی داوری به‌عنوان یک شیوه حل اختلاف و اعتبار بخشیدن به توافق بر ارجاع اختلاف به داوری در ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ و بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ و سلب صلاحیت از دادگاه در فرض وجود یک موافقت‌نامه داوری معتبر (ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی)، امکان عدول از صلاحیت ذاتی مرجع قضایی را مقرر کرده است. بنابراین صرف‌نظر از اینکه صلاحیت مرجع قضایی را در زمره قواعد امری یا تخییری بدانیم، می‌توان قائل به این بود که هم قاضی و هم داور صلاحیت و اقتدار خویش را از منبعی واحد که همان «قانون» است، اخذ می‌کنند (اسکینی، ۱۳۳۸: ۱۴۸). آنچه داوری و دادگاه را از یکدیگر مجزا می‌سازد، آن است که صلاحیت مراجع قضایی عام و مطابق اصل است، درحالی‌که صلاحیت داور، خاص و محدود به دعوا یا دعاوی‌ای است که طرفین با توافق آنها را به داوری ارجاع داده‌اند.^۲ به همین سبب برخی داوری را یک شیوه قانونی قراردادی دانسته‌اند (داراب‌پور، ۱۳۹۳: ۱۸۳) در برابر شیوه قضایی که شیوه‌ای صرفاً قانونی است. از سوی دیگر، سلب حق مراجعه به دادگستری در خصوص یک یا چند دعاوی معین سلب کلی حق نیست و مجاز است (مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ ق.م). حل اختلاف در خارج از دادگاه حقی است در کنار سایر حقوق ناشی از قانون اساسی و بخشی از حقوق شهروندی را تشکیل می‌دهد (خزاعی، ۱۳۹۱:۲۶۸). به‌عنوان نتیجه باید پذیرفت اثر مهم و خاص شرط داوری که موجب تمایز این شرط از سایر شروط ضمن عقد می‌شود، ایجاد

۱. مقصود از صلاحیت ذاتی در این فرض، بیش از آنکه قرار گرفتن آن در برابر صلاحیت محلی باشد، قرار گرفتن دعوا در صلاحیت انحصاری داور و سلب صلاحیت مطلق از مراجع قضایی است.

۲. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۱۱ به تاریخ ۱۳۹۳/۴/۱۶ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در این خصوص آمده است: «... به نظر این دادگاه با توجه به اصل صلاحیت عام محاکم، در امور داوری که به‌عنوان استثنایی بر اصل مذکور می‌باشد تفسیر محدود باید صورت پذیرد...».

صلاحیت ذاتی برای مرجع داوری و سلب صلاحیت از مرجع قضایی است.^۱ در رویه قضایی نیز این امر تحت عنوان اسقاط حق مراجعه به دادگستری شناسایی شده است. شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی کرمانشاه در دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۸۳۱۰۴۰۰۱۹۳ به تاریخ ۱۳۸۹/۴/۲۴ در این خصوص مقرر داشته است: «... متعاملین ضمن معامله ملتزم می‌شوند در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند. مبنای این التزام در ماده ۴۵۵ ق.آ.د.ع.ا. در امور مدنی مقرر است... اثر مستقیم و منفی آن التزام چنان است که دعوی احتمالی یا موجود در دادگستری را از صلاحیت محاکم خارج می‌نماید. در ماده ۴۵۴ همان قانون این مقصود و اثر به صورت تضمینی و در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی... و ماده ۲/۲ قانون الحاق دولت ج.ا.ا. به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی... مصوب ۱۳۸۰/۱۰/۲۱ به دلالت مطابقی... ثابت به نظر می‌رسد... دادگاه هرچند دادخواهی را حق مسلم و بنیادین هر یک از اشخاص می‌داند اما به مناط قطعی شقوق ماده ۱۰۷ ق.آ.د.ع.ا. در امور مدنی، قرارداد طرفین را چه پیش از طرح دعوا و چه پس از آن در اسقاط حق دادخواهی با انتخاب شیوه جایگزین حل اختلافات برابر با مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی صحیح و معتبر می‌داند...» (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۱۸۲). بیهوده نیست که برخی شرط داوری را از شمول قواعد در خصوص شروط ضمن عقد مقرر در مواد ۲۳۴ به بعد قانون مدنی خارج دانسته‌اند (نیک‌بخت، ۱۳۷۵: ۲۷۲).

۳. شرط داوری - تعهد به فعل ثالث

برخی شرط داوری را شرطی می‌دانند که تعهد به انجام قضاوت را بر عهده شخص ثالثی قرار می‌دهد که نام آن داور است (امیرمعزی، ۱۳۸۸: ۱۲۶). به نظر می‌رسد مقصود ایشان تعهد طرفین به فعل ثالث است. در حقوق ما تعهد به فعل ثالث که برخی از آن به شرط به زیان ثالث تعبیر کرده‌اند^۲ (امامی، ۱۳۹۱: ۳۱۲)، ذیل عنوان شرط فعل در ماده ۲۳۴ ق.م. بررسی می‌شود و در تعریف

۱. با تحلیل ارائه شده شیوه تنظیم ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ قابل انتقاد است و باید به نحوی اصلاح شود که صرف وجود موافقت‌نامه داوری موجب ارجاع اختلاف به داوری شده، حتی اگر طرفین ایرادی را مطرح نکنند. این امر در ماده ۱۱ «پیش‌نویس لایحه جدید داوری» مورد توجه قرار گرفته و به صرف احراز وجود موافقت‌نامه داوری، دادگاه مکلف به صدور قرار عدم استماع دعوا شده است.

۲. برخی استادان اگرچه از عنوان «تعهد به زیان ثالث» سخن گفته‌اند، به نظر می‌رسد مقصودشان با تعهد به فعل ثالث متفاوت است. ایشان تعهد به زیان ثالث را ناظر به موارد استثنایی می‌دانند که به حکم «قانونگذار» آثار قراردادی خاص به اشخاص ثالث تحمیل می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۰۳). این در حالی است که موارد یادشده در زمره استثنائات اصل نسبی بودن قراردادها تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۱۴). در واقع منظور از تعهد به فعل ثالث یا تعهد به زیان ثالث التزامی است که به «اراده طرفین قرارداد» بر عهده ثالث قرار می‌گیرد. تعهدی که در نتیجه تجاوز از اصل نسبی بودن بر اشخاص ثالث تحمیل می‌شود، در اثر حکم قانون است نه اجرای قرارداد. در نتیجه امکان رد چنین تعهدی برای اشخاص ثالث وجود نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۸).

آن گفته شده است «تعهدی است که به موجب آن یک شخص در مقابل طرف دیگر تعهد می‌کند که شخصی ثالث تعهد او را تنفیذ کند» (کنعانی، ۱۳۸۸: ۳۰۱)، مانند آنکه قییم ضمن قولنامه راجع به مال غیرمنقول صغیر متعهد شود که تنفیذ صغیر را بعد از بلوغ و رشد تحصیل کند. برخلاف آنچه برخی استادان ابراز داشته‌اند (امامی، ۱۳۹۱: ۳۱۲)، تعهدی که متعهد به فعل ثالث می‌پذیرد، در صورتی در معنای ویژه خود تحقق می‌یابد که موضوع آن یک تعهد به نتیجه باشد. تعهدی را که متعهد با موضوع تلاش و کوشش خود برای تحصیل رضای ثالث می‌پذیرد، در واقع تعهد به فعل خویش است نه ثالث (کاتوزیان، ۱۳۹۱: الف: ۱۵۹). تعهد به فعل ثالث دو وجه متفاوت دارد: ۱. در رابطه طرفین قرارداد اصلی که تعهدی است نافذ و معتبر؛ ۲. از جهت قرار گرفتن التزام و تعهد بر عهده ثالث که فضولی و غیرنافذ تلقی شده و منوط به رضایت ثالث است. در واقع در تعهد به فعل ثالث تعهد از لحظه رضایت ثالث بر عهده او قرار می‌گیرد نه از لحظه عقد. اگر شرط داوری را تعهد به فعل داور بدانیم، از آنجا که شرط یادشده شرطی است که هم علیه هر دو طرف و هم به نفع هر دو آنهاست، بدین معنی خواهد بود که طرفین متعهد می‌شوند در صورت بروز اختلاف رضایت داور را به انجام داوری تحصیل کنند. در مقام تحلیل این دیدگاه می‌توان گفت اگرچه در شرط داوری، داور ثالث تلقی می‌شود و انجام داوری زمانی به عهده او قرار می‌گیرد که داوری را قبول کند، اما شرط داوری را نمی‌توان با نهاد تعهد به فعل ثالث کاملاً منطبق دانست، زیرا نخست آنکه موضوع شرط داوری که همان التزام طرفین به ارجاع اختلاف به داوری است، با موضوع نهاد تعهد به فعل ثالث که تعهد به کسب رضایت ثالث است، کاملاً متفاوت است. البته در شرط داوری هم رضایت داور شرط استقرار تعهد به انجام داوری بر عهده اوست، ولی این امر موضوع اصلی شرط داوری یعنی شرط ارجاع اختلاف به داوری نیست، بلکه از لوازم آن است. در تعهد به فعل ثالث آنچه بر عهده مشروط علیه قرار می‌گیرد، تعهد به کسب رضایت ثالث است، درحالی‌که در شرط داوری آنچه بر عهده طرفین قرار می‌گیرد، التزام به مراجعه به داور به منظور حل اختلاف و عدم مراجعه به دادگاه است. دوم آنکه در تعهد به فعل ثالث، چنانچه ثالث تعهد را نپذیرد، این امر بدین معناست که متعهد به التزام خویش وفا نکرده است و صرف عدم تحقق نتیجه معهود تقصیر تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: الف: ۱۶۰)، درحالی‌که در شرط داوری صرف عدم پذیرش داوری توسط داور، تقصیری را متوجه طرفین قرارداد نمی‌کند و نمی‌توان گفت متعهد به التزام خویش وفا نکرده است. سوم آنکه در تعهد به فعل ثالث هر گاه ثالث تعهد را قبول کند ولی مفاد آن را به مرحله اجرا نگذارد، متعهد می‌تواند به طرفیت متعهد و ثالث اقامه دعوا کرده و اجرای تعهد را بخواهد که در این صورت هر دو آنها متضامناً مسئول خسارت متعهدله هستند

(امامی، ۱۳۹۱: ۳۱۳). این در حالی است که صرف عدم انجام وظیفه توسط داور موجب مسئولیت طرفین نیست.

۴. 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: ۱۳۳؛ رئیسی و ساعدی، ۱۳۹۲: 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 امری است که به نفس اشتراط و به صورت خودبه‌خود قابلیت تحقق داشته باشند. به همین سبب این شرط ناظر بر امور اعتباری است نه مادی (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب: ۱۳۹). بی‌شک ارجاع اختلاف به داوری از امور اعتباری و حقوقی است. امری که تحقق آن در خارج شرط می‌شود، ممکن است خود عمل حقوقی (مانند یک عقد خاص)، یا اثر و نتیجه یک عمل حقوقی باشد.^۱ در فرض نخست آنچه شرط می‌شود، خود عقد یعنی سبب است و نه اثر و نتیجه آن. در واقع در این فرض دو عقد اصلی و تبعی که هر کدام دارای ماهیت مستقلی‌اند، به صورت همزمان منعقد می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب: ۱۳۸). در چنین فرضی چنانچه خود عقد داوری (و نه اثر و نتیجه آن) ضمن قرارداد دیگری شرط شود، آنچه واقع می‌شود سبب ارجاع اختلاف به داوری است. بنابراین در فرضی که هنوز اختلافی حادث نشده است، همان‌گونه که ذکر شد، موضوع چنین شرطی تعهد به ارجاع اختلاف به داوری است نه اینکه اختلاف به صورت خودبه‌خود به داوری ارجاع شود. به دیگر سخن، به نفس اشتراط یک تعهد فرعی بر عهده طرفین قرار می‌گیرد که ماهیتاً تعهد به انجام فعلی در آینده است. فرض دوم آن است که نتیجه و اثر یک عمل حقوقی یعنی مسبب آن ضمن یک قرارداد شرط شود. مانند آنکه در قرارداد قید شود: «کلیه اختلافات مربوط به این قرارداد به داوری ارجاع می‌شود». در چنین فرضی در واقع نتیجه و اثر عقد داوری ضمن قرارداد دیگر شرط می‌شود. در این حالت که غالب شروط داوری مندرج در

۱. برخی استادان در تعریف شرط نتیجه صرفاً فرضی را بیان کرده‌اند که نتیجه یک عمل حقوقی ضمن عقد دیگر شرط می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۱۸؛ صفایی، ۱۳۹۳: ۱۹۳). برخی دیگر درج یک عقد مستقل به صورت شرط در عقد دیگر را موضوعاً خارج از تقسیم شروط به فعل، صفت و نتیجه دانسته و تعریف شرط نتیجه را بر آن قابل انطباق نمی‌دانند و شرط نتیجه را منحصرماً ناظر به فرضی می‌دانند که نتیجه و اثر یک عمل حقوقی ضمن عقد شرط شود (زه‌پیک، ۱۳۹۵: ۹۰). با در نظر گرفتن عنوان «نتیجه» در عبارت «شرط نتیجه» به نظر می‌رسد انحصار شرط نتیجه به اندراج نتیجه و اثر یک عمل حقوقی ضمن عقدی دیگر خالی از قوت نباشد به‌ویژه آنکه پیشینه شرط نتیجه در فقه و اغلب مثال‌هایی که فقها در خصوص شرط نتیجه ذکر نموده‌اند، ناظر به نتیجه یک عمل حقوقی است نه خود عمل (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۱۹ به بعد).

قراردادهای تجاری بین‌المللی از این نوع هستند^۱، خواست طرفین آن است که اختلافاتی که ممکن است در آینده حادث شود، مستقیماً به داوری ارجاع شود و از دادگاه ملی سلب صلاحیت شود. سؤالی که در خصوص این فرض مطرح می‌شود آن است که با در نظر گرفتن این امر که هنگام اندراج شرط داوری هنوز اختلافی به وجود نیامده است، آیا باز هم می‌توان گفت با شرط نتیجه و به نفس اشتراط اختلافات به داوری ارجاع می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا موجود بودن اختلاف در فرضی که شرط داوری را یک شرط نتیجه بدانیم، شرط امکان ارجاع اختلاف به داوری است؟ در مقام پاسخ باید قائل به این بود که، زمانی که اختلاف هنوز به وجود نیامده است، با درج داوری به شکل شرط نتیجه، اختلاف پس از ایجاد شدن مستقیماً به داوری ارجاع می‌شود.^۲ به دیگر سخن، تحقق چنین شرطی معلق بر وقوع اختلاف است؛ به‌ویژه آنکه از ماده ۲۳۶ ق.م. که شرط نتیجه را در صورتی قابل تحقق می‌داند که موقوف به سبب خاصی نباشد، لزوم منجز بودن شرط نتیجه و بطلان آن استنباط نمی‌شود (شهبیدی، ۱۳۹۴: ۷۷). با وجود این در حقوق کنونی اراده توانایی ارجاع اختلاف به داوری، حتی پیش از وقوع آن را دارد و سختگیری در این خصوص روا نیست (ماده ۱۰ ق.م.).

شایان ذکر است که شرط نتیجه را با «تعهد به نتیجه» نباید اشتباه گرفت. تعهد به نتیجه تعهد به کسب نتیجه معین در آینده است که در مقابل تعهد به وسیله یا تعهد به حفاظت قرار می‌گیرد که ناظر بر تلاش و کوشش در جهت کسب نتیجه معین است. در واقع هم تعهد به نتیجه و هم تعهد به وسیله ناظر بر انجام عملی در آینده‌اند، حال آنکه شرط نتیجه به نفس اشتراط حاصل خواهد شد و نیازمند انجام عملی در آینده نیست. بنابراین تعهد به نتیجه از اقسام شرط فعل تلقی خواهد شد. اغلب شرط داوری اگر ناظر بر تعهد بر ارجاع اختلاف در آینده باشد، چنین شرطی تعهد به کسب نتیجه معین است.

۱. برای مثال شرط نمونه داوری مرکز داوری اتاق ایران مقرر می‌دارد: «کلیه اختلافات و دعاوی ناشی از این قرارداد و یا ارجاع به آن از جمله انعقاد، اعتبار، فسخ، نقض، تفسیر یا اجرای آن به مرکز داوری اتاق ایران ارجاع می‌گردد...» همچنین شرط نمونه داوری دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر می‌دارد:

«All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce...»

۲. چنین تعبیری در حقوق ما بی‌سابقه نیست. نمونه بارز آنجایی است که یک عقد عینی همانند هبه یا بیع صرف به صورت شرط نتیجه ضمن یک عقد دیگر درج می‌شود که در این فرض پس از قبض مال عقد تبعی واقع می‌شود نه از لحظه انعقاد عقد اصلی (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی: حاشیه ذیل ماده ۲۳۴؛ ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۹۴).

۵. شرط داوری - شرط فعل

قانون مدنی شرط فعل را این‌گونه تعریف کرده 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: ب: 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 در زمینه قرارداد اصلی حادث شود، آن را از طریق داوری حل و فصل کنند. 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 کرد. بنابراین از این نظر هم این شرط نوعی تعهد به خودداری از انجام عملی است که به شرط فعل نزدیک می‌شود. علاوه بر این ماده ۴۵۶ و تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ از «التزام» به ارجاع اختلاف به داوری سخن به میان آورده‌اند. از حیث ضمانت اجرا نیز، تخلف از شرط فعل موجب اجبار ممتنع بر وفای به شرط خواهد شد (ماده ۲۳۷ ق. م). در داوری نیز چنانچه یکی از طرفین با وجود شرط داوری، از آن امتناع ورزد و دعوی خود را نزد دادگاه ببرد، با ایراد طرف مقابل دادگاه دعوا را به داوری ارجاع می‌دهد (ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶)^۱. بنابراین ضمانت اجرای تخلف از شرط داوری ارجاع اجباری اختلاف به داوری است. نکته شایان ذکر این است که شرط داوری از جمله معدود شروطی است که هم علیه هر دو طرف قرارداد و هم له هر دو آنهاست. به دیگر سخن، هر یک از طرفین شرط داوری از جهتی مشروطه و از جهتی دیگر مشروط‌علیه هستند. اگرچه قانون مدنی در تعریف شرط فعل از عبارت «بر یکی از متعاملین» استفاده کرده است، تعبیر قانون یادشده ناظر به

۱. اگرچه در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنین مقرره‌ای وجود ندارد، با در نظر گرفتن ملاک ماده ۸۷ قانون یادشده 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 وابسته‌اند تفاوتی وجود ندارد، در داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی نیز به قیاس اولویت باید از راه‌حل مقرر در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی تبعیت کرد (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۱۸۶؛ شمس، ۱۳۸۲: ۱۸). رویه دادگاه‌ها نیز در داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی اغلب با استفاده از ملاک ماده ۸۷ همان قانون قاطعانه راه‌حل مذکور را پذیرفته است. در نقطه مقابل نیز دادگاه‌ها عدم ایراد خواننده تا پایان اولین جلسه دادرسی را به منزله عدول یا اقاله شرط داوری می‌دانند. در یک پرونده شعبه ۶۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۰۱۹۵ به تاریخ ۱۳۹۳/۱/۲۹ رأی شعبه ۱۸۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران را که با وجود عدم ایراد خواننده مبنی بر درج شرط داوری در قرارداد مشارکت موضوع دعوا، قرار عدم استماع صادر و دعوا را به داوری ارجاع داده بود نقض کرده و ابراز داشته است: «... نظر به اینکه اولاً توافق طرفین در ارتباط با رجوع به داور از قواعد تکمیلی بوده و آنان می‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند. نظر به اینکه تجدیدنظر خواننده با اقامه دعوا به طرفیت تجدیدنظر خواه به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی ملک موضوع دعوا، از شرط داوری عدول کرده است... بنابراین تراضی طرفین برای عدول از شرط داوری تحقق پیدا کرده است و دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوا را دارد...» (بانک داده آرا پژوهشگاه قوه قضائیه).

موارد غالب است و هیچ منعی ندارد که شرط به سود یا علیه یکی از طرفین یا هر دو آنها باشد (شهبیدی، ۱۳۹۴: ۶۵).

از آنچه بیان شد روشن می‌شود که شرط داوری با شرط فعل قابل انطباق است و همانند شرط فعل، شرط داوری نیز می‌تواند حاوی یک التزام و تعهد باشد. از آنجا که شرط فعل به دو قسم شرط فعل حقوقی و شرط فعل مادی تقسیم می‌شود، پرسشی که مطرح می‌شود آن است که شرط داوری یک شرط فعل حقوقی است یا مادی؟ شرط فعل مادی عبارت است 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 اراده اشخاص واقع می‌شود. علاوه بر این اقامه دعوا نیز یک امر انشایی و ایقاع است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۷۰). بنابراین به نظر می‌رسد اگر اراده طرفین داوری را به شکل شرط فعل در قرارداد بگنجانند، چنین شرطی یک شرط فعل حقوقی است.

از نظر رویه قضایی اگرچه دادگاه‌های ما وضعیت شرط داوری را از حیث ماهیت حقوقی آن مشخص نکرده‌اند، منتها بدین سبب که اغلب آرای قضایی شرط داوری را یک التزام و تعهد دانسته‌اند، به نظر می‌رسد رویه قضایی دادگاه‌ها شرط داوری را با شرط فعل منطبق می‌داند، چراکه اساساً شرط نتیجه حاوی هیچ تعهد و التزامی نیست (لنگرودی، ۱۳۹۱: حاشیه دوم ذیل ماده ۲۳۴ ق.م). برای نمونه در دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۸۳۱۰۴۰۰۱۹۳ به تاریخ ۱۳۸۹/۴/۲۲ صادره از شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی کرمانشاه آمده است: «... موافقت‌نامه داوری گاه به صورت قراردادی مستقل و زمانی همانند دعوی حاضر به صورت شرط داوری و با اندراج آن در ضمن قرارداد اصلی شکل می‌گیرد، در صورت اخیر متعاملین ضمن معامله ملتزم می‌شوند در صورت بروز اختلاف بین آنان به داوری مراجعه کنند...» (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۱۸۲). چنین برداشتی از شرط داوری دقیقاً منطبق بر شرط فعل است که از حیث فنی نیز نوعی تعهد به انجام فعل مثبت است. علاوه بر این از نظر ضمانت اجرا نیز در فرضی که با وجود شرط داوری در یک قرارداد یکی از طرفین اختلاف را نزد دادگاه برد، رویه قاطع دادگاه‌ها بر این استوار است که چنانچه خوانده تا پایان اولین جلسه دادرسی ایراد کند، دادگاه با صدور قرار عدم استماع دعوا، خواهان را ملزم به مراجعه به داور می‌کند که این امر را می‌توان معادل ضمانت اجرای شرط فعل یعنی همان التزام متعهد به انجام تعهد دانست. برای نمونه شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۳۴۳ و ۳۴۴ به تاریخ ۱۳۸۳/۳/۱۰ اظهار نظر کرده است: «... دادنامه تجدیدنظر خواسته... صادره از شعبه اول دادگاه حقوقی اسلامشهر... مخالف قانون...»

می‌باشد... زیرا... خواهان‌ها و خواننده ردیف اول با امضای اساسنامه شرکت توافق نموده که اختلافات حاصله بین شرکا و شرکت از طریق حکمیت و داوری حل و فصل شود لذا در ما نحن فیه طرفین ابتدا باید از طریق رجوع به داور و حکم مرضی الطرفین رفع اختلاف نمایند و مادامی که چنین رجوعی صورت نگرفته طرح دعوا در مراجع قضایی و جاهتی ندارد لذا دادگاه... ضمن نقض دادنامه فوق‌الاشعار مطابق ماده دوم از قانون مرقوم [آیین دادرسی مدنی] قرار عدم استماع دعوا صادر و اعلام می‌دارد...» (زندی، ۱۳۸۸: ۴۵ و ۴۶).

۶. شرط داوری - قرارداد مستقل (استقلال شرط داوری)

این دیدگاه بیشتر بر مبنای توجیه قاعده استقلال شرط داوری شکل گرفته است. مطابق این نظر شرط داوری اگرچه ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید، ولی باید با آن همانند یک قرارداد مستقل و مجزا برخورد کرد تا اعتبار یا عدم اعتبار قرارداد اصلی تأثیری در صحت شرط داوری نداشته باشد.^۱ اینان معتقدند شرط داوری از شمول قواعد در زمینه شروط ضمن عقد مقرر در مواد ۲۳۴ به بعد قانون مدنی خارج است و یک تعهد فرعی و تبعی تلقی نمی‌شود. شرط داوری که ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید، دارای یک قصد و رضای مخصوص به خود است و همانند قراردادی مستقل، به حکم ماده ۱۰ ق. م نافذ و معتبر است (نیک‌بخت، ۱۳۷۵: ۲۷۲). 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 جست‌وجو کرد. چنین شرطی اگرچه ضمن یک قرارداد دیگر می‌آید، ولی مستقل از آن است و اعتبار خود را از اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ ق. م می‌گیرد. استقلال شرط داوری به‌طور کلی از دو نظر توجیه شده است:

الف) آزادی اراده طرفین

برخی معتقدند چنانچه در قراردادی شرط داوری گنجانده شود، قصد طرفین بر این است که اختلافات در زمینه اعتبار قرارداد هم به داوری ارجاع شود (صلح‌چی، ۱۳۸۹: ۲۵۳). بنابراین زمانی که یک قرارداد حاوی شرط داوری است، در واقع طرفین دو قرارداد مجزا منعقد می‌کنند (Rogers & Launders, 1994: 80). به موجب این دیدگاه مبنای استقلال شرط داوری آزادی اراده طرفین بوده و این خواست خود آنهاست که حتی اگر راجع به اعتبار قرارداد اصلی هم اختلافی پیش آید، داور به این اختلاف رسیدگی کند (Leboulanger به نقل از اسکینی، ۱۳۸۳: ۴). در

۱. در حقوق قراردادهای تجاری بین‌المللی مفهوم جدایی‌پذیری (Separability) در خصوص برخی شروط قراردادی دیگر همانند شروط راجع به قانون حاکم و شروط راجع به تعیین کارشناس نیز اعمال می‌شود (Born, 2014: 16).

حقیقت جدایی‌پذیری شرط داوری پیش از آنکه محصول قواعد حقوقی باشد، نتیجه قصد و اراده طرفین آن است (Born, 2014: 2). اگر معیار تفسیر قرارداد را خواست طرفین و اراده آنها بدانیم، در اغلب قراردادها خواست طرفین، حقیقتاً انعقاد دو قرارداد مجزا نیست. چگونه می‌توان بر اراده دو بازرگان که حتی مفهوم استقلال شرط داوری از خاطر آنها نگذشته است، انعقاد دو قرارداد مستقل را بار کرد؟

ب) مصالح عملی و رویه‌های داوری بین‌المللی

برخی در راستای توجیه استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی به مصالح عملی در حوزه تجارت بین‌المللی اشاره کرده‌اند. اینان ضمن پذیرش این امر که توجیه استقلال شرط داوری با منطق فنی و حقوقی صرف دشوار است، ابراز داشته‌اند که این نظریه منطبق با رویه‌های داوری بین‌المللی، کنوانسیون‌های بین‌المللی، مقررات داخلی داوری و مورد تأیید علمای حقوق است، ولی توجیه واقعی این قاعده یک توجیه عملی است نه نظری (شوئیل به نقل از صفایی، ۱۳۷۷: ۱۷). بی‌شک امروزه استقلال شرط داوری در رویه‌های داوری و قوانین ملی امری است پذیرفته‌شده و قابل انکار نیست. اما این امر ما را از توجیه فنی و حقوقی قاعده یادشده بی‌نیاز نمی‌کند، چراکه توجیه قاعده یادشده بر مقبولیت آن می‌افزاید. برای مثال در نظام حقوقی ما قاعده استقلال شرط داوری فقط در قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ به صراحت پذیرفته شده^۱ و صرفاً در داوری‌های موضوع همان قانون یعنی داوری‌های تجاری بین‌المللی قابل اعمال است. اما در خصوص داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی به سبب نبود مقرر صریحی در این زمینه، اعمال این قاعده محل تردید و گفت‌وگوهای فراوانی است.^۲ توجیه فنی و حقوقی قاعده یادشده می‌تواند مسیر پذیرش این قاعده عمومی داوری را در نظام حقوقی ما در خصوص داوری‌های داخلی هموارتر سازد.

به نظر می‌رسد توجیه قاعده یادشده با استناد به عرف تجاری ممکن باشد. نقش عرف به عنوان یک منبع تکمیل‌کننده قرارداد تا بدانجاست که حتی اگر متعاملان جاهل به آن باشند، باز هم بر آنها تحمیل خواهد شد (مواد ۲۲۰ و ۳۵۶ ق. م) (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب: ۴۷). بنابراین در فرضی که در یک قرارداد تجاری بین‌المللی شرط داوری درج شده باشد، چنین شرطی صرف نظر از قانون حاکم بر داوری، به حکم عرف حاکم بر چنین قراردادهایی از نظر صحت و

۱. بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی در این خصوص مقرر می‌دارد: «داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین درباره وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کند. شرط داوری که به صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت‌نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود، تصمیم «داور» در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود».

۲. برای مطالعه مباحث صورت گرفته در این خصوص ر.ک: جعفریان، ۱۳۷۳: ۱۳۳؛ اسکینی، ۱۳۸۳: ۱۸.

اعتبار و همچنین از حیث قانون حاکم، مستقل از قرارداد اصلی بوده و بطلان قرارداد اصلی تأثیری بر صحت شرط داوری نخواهد داشت، اگرچه طرفین جاهل به چنین عرفی باشند. نظریه جدایی‌پذیری (استقلال) را با توجه به شناسایی گسترده آن می‌توان یکی از قواعد فراملی واقعی در حوزه داوری تجاری بین‌المللی دانست، حتی اگر در کنوانسیون‌های مختلف بین‌المللی به صراحت از آن سخنی به میان نیامده باشد (Barger, 1994: 398). علاوه بر این همان‌گونه که گفته شد، شرط داوری در زمره شروط مستقل است، بدین معنا که شرط داوری برای الزام‌آور شدن نیازی به وابستگی به عقدی دیگر ندارد و خود به تنهایی می‌تواند منشأ التزام و تعهد شود. در واقع عقدی که در آن شرط مستقل درج شده است، عقدی است مرکب از دو قرارداد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب: ۱۱۴) که هر کدام از این دو عمل حقوقی دارای هویتی مستقل‌اند (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۴۰). به دلیل مستقل بودن هر یک از این دو عمل حقوقی در فرض ادعای انحلال یا بطلان باید اسباب عدم اعتبار هر یک را جداگانه بررسی کرد. به عبارت دیگر، در چنین فرضی انحلال یا بطلان عقد اصلی ملازمه با عدم اعتبار شرط مستقل مندرج در آن ندارد و اگر دلیلی بر انحلال یا بطلان عقد تبعی نباشد، این عمل حقوقی حتی در صورت بطلان عقد اصلی به حیات خود ادامه خواهد داد^۱ (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۱۱۶؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳۶۴). در رویه قضایی نیز نشانه‌هایی از پذیرش استقلال برای برخی شروط به چشم می‌خورد. در یک پرونده در ماده ۸-۵ قرارداد بیع، شرط وجه التزام درج شده بود. خواهان به سبب مستحق‌الغیر بودن مبیع با خواسته ابطال بیع و مطالبه وجه التزام اقامه دعوا کرد. دادگاه نخستین ضمن اصدار حکم بر ابطال بیع با این استدلال که با ابطال عقد، شرط نیز باطل می‌گردد، خواسته خواهان مبنی بر مطالبه وجه التزام مقرر در قرارداد را رد کرد. با اعتراض خواهان به این بخش از حکم دادگاه نخستین، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان تهران در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۵۷۸ به تاریخ ۹۳/۱۲/۳ ابراز داشت: «... ابطال بیع موضوع قرارداد ... موجب ابطال بقیه بندهای قرارداد مذکور نمی‌گردد بلکه قرارداد مذکور اعم از بیع مندرج در قرارداد است و با ابطال بیع آثار ناشی از ابطال آن از جمله بند ۸-۵ به قوت و اعتبار خود باقی است...» (بانک داده آرای

۱. اگرچه ماده ۲۴۶ قانون مدنی در صورت اقاله یا فسخ معامله حکم به بطلان (که البته تعبیر بطلان قابل انتقاد است) شرط داده است، اما باید دانست که حکم این ماده ناظر به شروطی است که به تنهایی التزامی مستقل تلقی نمی‌شوند و به تعبیر دیگر شروط وابسته تلقی می‌شوند نه مستقل.

۲. مثال بارزی که در این خصوص مطرح شده جایی است که طرفین به موجب شرط صریح برای بطلان عقد ضمانت اجرایی مقرر کرده باشند، که در صورت کشف بطلان عقد هم، به نظر می‌رسد چنین شرطی لازم‌الاجراست. این‌گونه شروط را می‌توان قراردادهای مستقل تلقی کرد، چراکه اراده طرفین بر آن قرار گرفته که حتی در صورت بطلان عقد هم بدان ملتزم باشند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۶۵).

پژوهشگاه قوه قضائیه^۱). شروط مستقل در واقع واجد دو حیثیت‌اند: حیثیت شرط بودن و حیثیت یک عمل حقوقی مستقل. در فرض عدم اعتبار عقد اصلی نهایتاً حیثیت شرط بودن آنها زایل می‌شود و حیثیت دوم به قوت خود باقی خواهد ماند. برای مثال چنانچه وکالتی ضمن عقد بیع شرط شده باشد، در صورت عدم اعتبار بیع، وکالت صرفاً لزوم خود را از دست خواهد داد و به صورت جایز حیات خود را ادامه خواهد داد (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۱۱۵). البته این امر در فرضی است که علت بطلان مربوط به ارکان عمومی عقود مانند قصد و رضا نباشد.^۲ شرط داوری نیز از همین قبیل شروط است و علاوه بر اینکه شرط تلقی می‌شود، خود نیز ماهیتی مستقل دارد که عدم اعتبار عقد اصلی تأثیری در حیات مستقل آن نداشته و حتی اگر عقد اصلی باطل باشد، این شرط به زندگی حقوقی خود ادامه خواهد داد. بنابراین داور می‌تواند به ادعای عدم اعتبار قرارداد اصلی نیز رسیدگی کند. می‌توان پذیرفت در فرضی که شرط حاوی یک عمل حقوقی مستقل از جمله قرارداد داوری است، رابطه شرط و عقد اتصال صرف است نه وابستگی. پس انحلال عقد اصلی صرفاً اتصال را قطع می‌کند و تأثیری در اعتبار شرط نخواهد داشت. علاوه بر این فقه ما نیز با استقلال شرط از عقد چندان هم بیگانه نیست. نظریه «ظرفیت» در فقه در خصوص ماهیت ارتباط عقد با شرط می‌تواند مبنای جدیدی برای توجیه قاعده استقلال شرط داوری باشد. به موجب این دیدگاه «شرط» قرارداد مستقلی است که عقد صرفاً ظرفی برای آن است و به این سبب شرط نامیده می‌شود که ضمن عقد دیگری می‌آید. شرط نه عقد را مقید می‌کند و نه آن را معلق می‌سازد، بلکه خود التزامی مستقل است که ضمن التزامی دیگر آمده است^۳ (خمینی، ۱۳۶۳: ۲۲). بر مبنای این دیدگاه شرط داوری مستقل از قرارداد اصلی است، حیات آن وابسته نبوده و خود التزامی مستقل و مجزاست. بنابراین عدم اعتبار قرارداد اصلی تأثیری در صحت شرط داوری نخواهد داشت. در داوری‌های داخلی موضوع قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه‌های کشور ما هنوز تکلیف استقلال یا عدم استقلال شرط داوری را با قاطعیت تعیین نکرده‌اند و هرچند اغلب نظر به عدم استقلال شرط داوری داده‌اند متنها آرای مستحکمی نیز در پذیرش جدایی شرط داوری از قرارداد اصلی قابل مشاهده است. برای نمونه در رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۹۵ به تاریخ ۹۱/۱۰/۲۰ صادره از شعبه ۱۵

۱. به نشانی: www.judgments.ijri.ir

۲. چنانچه علت بطلان فقدان یکی از شرایط اساسی صحت معاملات باشد، به دلیل انعقاد همزمان قرارداد اصلی و شرط داوری و اتصال آن دو به یکدیگر، فرض بر این است که هر دو عمل حقوقی فاقد این شرط اساسی است، در نتیجه هر دو باطل‌اند. لرد هافمن یکی از قضات مجلس اعیان انگلستان در پرونده *Fiona Trust and Holding Corporation v. Privalov* (2007) در این خصوص این‌گونه نظر داده است: نداشتن مجوز نمایندگی هم قرارداد اصلی و هم موافقت‌نامه داوری را باطل می‌کند (Andrews, 2016:40).

۳. برای مشاهده دیدگاه‌های فقهی در زمینه ارتباط عقد و شرط ر.ک: فرحزادی، ۱۳۸۵.

دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است: «... با اعلام فسخ [قرارداد] شرط داوری نیز منحل می‌شود...» (بانک داده آرا پژوهشگاه قوه قضائیه). همچنین شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در یک دعوا این‌گونه نظر داده است: «... با فسخ قرارداد و انحلال آن اصل معامله و قرارداد از بین رفته و بدیهی است که شرط داوری پیش‌بینی شده در آن نیز مانند بقیه تعهدات و شروط ضمن آن منتهی می‌شود ماده ۴۶۱ از قانون آیین دادرسی مدنی مشعر بر همین امر است که استقلال شرط داوری در نظام حقوقی ما مورد پذیرش قرار نگرفته است...» (همان). در مقابل در راستای پذیرش استقلال شرط داوری در دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۷۵۱۱۰۲۰۰۷۷۲ به تاریخ ۱۳۹۰/۷/۳ صادره از شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی مشهد ابراز شده است: «... ادعای بطلان قرارداد موجب بی‌اعتباری شرط داوری نخواهد شد. پذیرش چنین ادعایی موجب می‌گردد تا توافق طرفین قرارداد بر حل اختلاف در مرجع غیر دادگستری بی‌اثر گردد و بنابراین ادعای وکیل خواهان دایر بر بطلان قرارداد و سرایت قرارداد بر شروط آن قابل پذیرش نیست... هرچند ماده ۴۶۱ ق.آ.د.م در باب هفتم مربوط به داوری مقرر نموده است... اما با توجه با سیاق و نحوه نگارش این ماده و همچنین نگاه به مواد قبل و بعد از آن، استنباط می‌شود که فرض این ماده قانونی ناظر به مواردی است که دعوی هم‌چون دعوی بطلان رأی داوری یا تعیین داور نزد دادگاه مطرح شده باشد و قید «ابتدا» نیز مؤید این برداشت است و دکترین حقوقی نیز چنین استنباطی از ماده ۴۶۱ پیش‌گفته ارائه نموده است. بنا به مراتب، دادگاه دعوی مطروحه را به جهت درج شرط داوری قابل پذیرش ندانسته... قرار عدم استماع دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید» (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۲۹۶).

استقلال شرط داوری در بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ این‌گونه مورد تصریح قرار گرفته است: «تصمیم «داور» در خصوص بطلان و ملغی‌الاثربودن قرارداد فی‌نفسه به‌منزله عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد نخواهد بود». اگرچه مقرر مزبور محدود به «تصمیم داور» شده است، به‌نظر می‌رسد چنانچه دادگاه به اعتبار قرارداد رسیدگی کند و آن را باطل یا ملغی‌الاثربداند، حکم مقرر در این ماده قابل اعمال باشد. صلاحیت دادگاه برای رسیدگی به ادعای عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری نیز از استثنای مقرر در ماده ۸ همان قانون قابل استنباط است.^۱ علاوه بر این بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ما حاوی

۱. از این حیث ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی در این قسمت که مقرر می‌دارد: «... مگر اینکه [دادگاه] احراز کند که موافقت‌نامه داوری باطل و ملغی‌الاثرب یا غیر قابل اجرا می‌باشد» با قاعده استقلال شرط داوری مقرر در بند ۱ ماده ۱۶ همان قانون در تعارض است. بدین توضیح که به موجب قاعده استقلال شرط داوری چنانچه یکی از طرفین مدعی عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری باشد، رسیدگی به چنین ادعایی در صلاحیت داور است. حال آنکه ماده ۸ قانون نامبرده رسیدگی به این ادعا را در صلاحیت دادگاه نیز قرار داده است. برخی ماده ۸ را مخصص بند ۱ ماده ۱۶ دانسته‌اند. بدین مفهوم که اصل کلی بر استقلال شرط داوری و صلاحیت داور برای رسیدگی به ادعای عدم اعتبار شرط داوری، مندرج در بند ۱ ماده ۱۶ است مگر

یک اشتباه در ترجمه نیز است. بدین توضیح که در متن بند ۱ ماده ۱۶ قانون ما واژه «فی نفسه» در برابر اصطلاح «*Ipso jure*» در قانون نمونه آنسیترال قرار گرفته است. این در حالی است که ترجمه صحیح عبارت یادشده «قانوناً» یا «از لحاظ قانونی» است. از سوی دیگر، مجرای قاعده یادشده جایی است که در وقوع «ظاهری»^۱ قرارداد داوری تردید نباشد (اسکینی، ۱۳۸۳: ۲۶). در واقع تلفیق قواعد صلاحیت در صلاحیت^۲ و استقلال شرط داوری این اختیار را به مرجع داوری می‌دهد تا ابتدا در خصوص اینکه آیا شرط داوری معتبر است یا خیر اظهارنظر کند^۳ (Andrews, 2016: 40).

در حال حاضر شرط داوری را نمی‌توان یک قرارداد نامعین موضوع ماده ۱۰ ق. م دانست. بدین توضیح که براساس یک تقسیم‌بندی سنتی در حقوق ما عقود به عقود معین و نامعین تقسیم می‌شوند. عقود معین عقود هستند که نام، شرایط و احکام آنها در قانون تعیین شده است و عقود نامعین عقود هستند که نام، شرایط و احکام آنها در قانون ذکر نشده و اعتبار خود را از ماده ۱۰ ق. م می‌گیرند. همان‌گونه که برخی نویسندگان گفته‌اند (صادقی و گودرزی، ۱۳۸۷: ۱۷۷؛ شعاریان، ۱۳۸۸: ۳۹۵). دامنه عقود معین را نباید به عقود مصرح در قانون مدنی محدود کرد و باید قائل به این بود که هر گاه قانونی (در معنای اعم) عقدی را نام ببرد و شرایط و آثار آن را تعیین کند، آن عقد به دایره عقود معین افزوده خواهد شد. از آنجا 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 زمره عقود معین تلقی می‌شود. در نتیجه نمی‌توان آن را یک قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ ق. م دانست. به عبارت دیگر «ضابطه تشخیص ماهیت عقد معین از غیرمعین مجموعه آثاری است که قانون به ذات عقد معین نسبت داده است. بنابراین ماهیت یک عقد غیرمعین نمی‌تواند

آنکه ادعای بطلان یا ملغی‌الآثر بودن نزد دادگاه مطرح شود که در این صورت اصل استقلال نفی شده و دادگاه صالح به رسیدگی است (انصاری معین، ۱۳۸۷: ۲۳۶).

1. prima facie

۲. قاعده صلاحیت در صلاحیت (Kompetenz-Kompetenz) 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 ادعاست.
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 (مجیبی، ۱۳۷۸: ۸۱). قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی مصوب ۲۰۱۷ تشخیص وجود ظاهری موافقت‌نامه داوری را در صلاحیت «دیوان» قرار داده است. ماده ۶(۴) قواعد داوری نامبرده در این خصوص مقرر می‌دارد:

"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..."

دارای آثار ذاتی عقود معین شود» (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۸۸). برخی خاص بودن قرارداد داور را تا بدانجا دانسته‌اند که حتی آن را با قواعد لزوم و جواز قانون مدنی نیز قابل تحلیل نمی‌دانند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۰۷). در حقوق ما قرارداد داور در وهله اول اعتبار خود را از مقررات داور قانون آیین دادرسی مدنی و قانون داور تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ می‌گیرد.

۷. نتیجه‌گیری

در پاسخ به این پرسش که ماهیت حقوقی شرط داور چیست، در نگاه اول می‌توان گفت شرط داور این قابلیت را دارد که به صورت شرط ضمن عقد دیگر درآید. طرفین به موجب شرط داور یا متعهد می‌شوند اختلافات آتی خود را به داور ارجاع دهند یا مقرر می‌کنند اختلافات به محض وقوع مستقیماً به داور ارجاع شوند. شرط داور به طور کلی دو اثر مستقیم دارد: نخست آنکه دعوا را به داور ارجاع می‌دهد و دوم آنکه موجب سلب صلاحیت از مرجع قضایی می‌شود. این دو اثر مهم، خاص داور است و همان‌گونه که قرارداد مستقل داور خود دارای ماهیت حقوقی ویژه با احکام و شرایط خاص است، به نظر می‌رسد شرط داور را هم باید دارای ماهیتی مستقل دانست. تعهدی که از شرط داور حاصل می‌شود، متوجه خود طرفین است و اساساً موضوع آن کسب رضایت داور ثالث نیست. بسته به خواست طرفین ارجاع اختلاف به داور ممکن است به صرف اندراج شرط، خودبه‌خود و همزمان با انعقاد قرارداد اصلی صورت گیرد یا اینکه هر یک از طرفین به موجب شرط داور در مقابل دیگری ملتزم شود در صورت بروز اختلاف به داور مراجعه کند. اگرچه شرط داور بر مبنای آزادی اراده می‌تواند مطروف هر یک از شروط ضمن عقد (فعل و نتیجه) قرار گیرد و حتی شرط راجع به ثالث تلقی شود، ولی موضوع خاص شرط داور و اثری که این شرط بر صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری دارد و اینکه این شرط حاوی التزام مستقل و مجزایی از قرارداد اصلی است، آن را از شروط ضمن عقد موضوع قانون مدنی متمایز می‌کند. از منظر رویه قضایی نیز اگرچه دادگاه‌ها به صراحت تکلیف ماهیت حقوقی شرط داور را تعیین نکرده‌اند، منتها به نظر می‌رسد از آنجا که اغلب آرای قضایی شرط داور را یک التزام دانسته‌اند، به دلالت تضمینی قائل به شرط فعل بودن شرط داور باشند. به علاوه، با اینکه شرط داور همانند سایر شروطی که حاوی التزامی مستقل‌اند، به قرارداد اصلی متصل است، اما صرف این اتصال نمی‌تواند دلیلی بر وابستگی مطلق شرط داور به قرارداد اصلی باشد. در نتیجه شرط داور ماهیتاً مستقل از قرارداد اصلی است و برای اثبات عدم اعتبار آن باید به دنبال علتی ویژه و مربوط به خود شرط داور بود و صرف اثبات بطلان یا عدم اعتبار قرارداد اصلی، حیات شرط داور را به مخاطره نمی‌اندازد. در رویه قضایی نیز در داورهای

موضوع قانون آیین دادرسی مدنی هنوز تصمیم قاطعی در خصوص استقلال یا عدم استقلال شرط داوری اتخاذ نشده است و در کنار آرایه‌ای که حکم به عدم استقلال شرط مذکور داده‌اند، آرایه‌ای وجود دارد که قائل وابستگی شرط داوری به قرارداد اصلی‌اند.

منابع

الف) فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳). «مبانی نظری اصل استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، نامه مفید، ش ۴۳.
۲. _____ (۱۳۶۸). «تعارض قوانین در داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۱۱.
۳. اشمیتوف، کلاو ام (۱۳۹۱). حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، ج ۲، تهران: سمت.
۴. امامی، حسن (۱۳۹۳). حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامیه.
۵. امیرمعزی، احمد (۱۳۸۸). داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، تهران: دادگستر.
۶. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۹۲). مکاسب، توضیح و تعلیق آیت‌الله پایانی، مترجم: محمد مسعود عباسی، قم: انتشارات دارالعلم.
۷. انصاری معین، پرویز (۱۳۸۷). حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: سمت.
۸. ایزانلو، محسن (۱۳۸۶). «تعهد به فعل ثالث»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال ۳۷، ش ۱.
۹. جعفریان، منصور، (۱۳۷۳). «تأملاتی بر لایحه داوری تجاری بین‌المللی»، مجله مجلس و راهبرد، ش ۱۳.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱). مجموعه محشی قانون مدنی، علمی، تطبیقی، تاریخی، ج چهارم، تهران: گنج دانش.
۱۱. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۵). حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ج چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. خزاعی، حسین (۱۳۹۱). مقدمه علم حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی، تهران: جنگل.
۱۳. خمینی موسوی، سید روح‌الله (۱۳۶۳). کتاب البیع، ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۴. داراب‌پور، مهرباب (۱۳۹۳). قواعد عمومی حقوق تجارت و معاملات بازرگانی، تهران: جنگل.
۱۵. ره‌بیک، حسن (۱۳۹۵). حقوق مدنی پیشرفته، مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، تهران: خرسندی.
۱۶. ریسی، مریم؛ ساعدی، بهزاد (۱۳۹۲). «استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، تحقیقات حقوقی آزاد، سال ششم، ش ۱۹.
۱۷. زندی، محمدرضا (۱۳۸۸). رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران، داوری، تهران: جنگل.
۱۸. شعاریان، ابراهیم (۱۳۸۸). انتقال قرارداد، تبریز: فروزش.
۱۹. شهیدی، مهدی (۱۳۹۴). حقوق مدنی، ج ۱، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۰. _____ (۱۳۹۱). حقوق مدنی، ج ۳، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۱. _____ (۱۳۹۴). حقوق مدنی، ج ۴، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۲). «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۳۷.
۲۳. شیروی، عبدالحمین (۱۳۹۳ الف). حقوق نفت و گاز، تهران: میزان.
۲۴. _____ (۱۳۹۳ ب). داوری تجاری بین‌المللی، تهران: سمت.
۲۵. صادقی، محسن؛ گودرزی، حبیب (۱۳۸۷). «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۲.
۲۶. صفایی، حسین (۱۳۷۷). «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۰.
۲۷. _____ (۱۳۹۳). قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: میزان.

۲۸. صلح چی، محمدعلی (۱۳۸۹). «استقلال شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، ش ۳۱.
۲۹. فرحزادی، علی‌اکبر (۱۳۸۵). «رابطه شرط ضمن عقد و قرارداد»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۳۸ و ۳۹.
۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱ الف). قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۱. _____ (۱۳۹۱ ب). قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۲. _____ (۱۳۸۴). حقوق مدنی، ایقاع، تهران: میزان.
۳۳. _____ (۱۳۸۶). اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۴. _____ (۱۳۸۸). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
۳۵. کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱). حقوق داوری داخلی، تهران: دادگستر.
۳۶. کنعانی، محمدطاهر (۱۳۸۸). «تعهد به فعل ثالث»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۳.
۳۷. محبی، محسن (۱۳۷۸). «نظام داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی»، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۴.
۳۸. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۹. نیک‌بخت، حمیدرضا (۱۳۷۳). «استقلال شرط داوری»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲-۱۹.

ب) خارجی

40. Andrews, Neil, (2016). *Arbitration and Contract Law*, Common Law perspective, Switzerland: Springer.
41. Barger, Klaus Peter, (1993). *International Economic Arbitration*, Boston: Kluwer.
42. Born, Gary B, (2014). *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Chapter 3, London: Wolters Kluwer.
43. Garner, Bryan A, (2004). *Black's Law Dictionary*, USA: Thomson West.
44. Greenberg, Simon and Kee, Christopher and Weeramantry, J. Romesh, (2011). *International Commercial Arbitration, An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
45. Roger Qc, Andrew and Lauenders, Rachel, (1994). *Separability-the Indestructible Arbitration*.