

## چالش‌های انطباق شرایط صحت قراردادهای در شرط و قرارداد داوری

مجید عزیزبانی \*

دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران،  
ایران

### چکیده

در قانون آیین دادرسی مدنی از موافقت‌نامه داوری تعریفی ارائه نشده است، لیکن بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی آن را تعریف کرده است. موافقت‌نامه داوری، قرارداد و توافقی فی‌مابین طرفین است که طی آن شیوه حل و فصل اختلافات آتی یا موجود به داوری اشخاص ثالث غیر از محاکم دادگستری واگذار می‌گردد. شرط ضمن عقد از این جهت که مورد قصد و توافق طرفین قرار می‌گیرد و دو طرف با اراده انشایی نسبت به تشکیل آن اقدام می‌کنند در قلمرو لفظ معامله مندرج در صدر ماده ۱۹۰ قانون مدنی قرار می‌گیرد. شرط داوری به‌عنوان شرط مستقل، علی‌رغم ظاهر ضمن عقد بودن، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبار است و از حیث استقلال، یک عمل حقوقی مستقل محسوب می‌شود. البته قواعد عمومی قراردادهای و شرایط صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در واقع شرایط صحت اعمال حقوقی است و قواعد عمومی قراردادهای، قواعد اعمال حقوقی است که در مورد عقود، به‌طور خاص تدوین شده است. تمامی شرایط صحت قراردادهای در داوری اعم از شرط مستقل یا شرط وابسته یا موافقت‌نامه داوری قابل تسری است. اختلال و خدشه در شرایط صحت شرط و موافقت‌نامه داوری منجر به بطلان جریان داوری می‌شود.

واژگان کلیدی: اهلیت، شرط داوری، شرایط صحت، موضوع داوری

---

\* Email: majidaziziyani@gmail.com

## مقدمه

در قانون آیین دادرسی مدنی از موافقت‌نامه داوری تعریفی ارائه نشده است، لیکن بند ج ماده یک قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «موافقت‌نامه داوری، توافقی است بین طرفین که به موجب آن تمامی یا بعضی از اختلافاتی که در مورد یک یا چند رابطه حقوقی معین اعم از قراردادی یا غیرقراردادی به وجود آمده یا ممکن است پیش آید به داوری ارجاع شود. موافقت‌نامه داوری ممکن است به صورت شرط داوری در قرارداد و یا به صورت قرارداد جداگانه باشد.» البته این تعریف قانونی از بند ۱ ماده ۷ قانون نمونه داوری آنسیترال اخذ شده است. مبنا و محور اصلی داوری، موافقت‌نامه داوری یا قرارداد داوری است. داوران به موجب قرارداد یا شرط داوری، اختیار حل و فصل اختلاف را تحصیل می‌کنند.

موافقت‌نامه داوری، قرارداد و توافقی فی مابین طرفین است که طی آن شیوه حل و فصل اختلافات آتی یا موجود به داوری اشخاص ثالث غیر از محاکم دادگستری واگذار و موضوع آن یعنی توافق طرفین مشتمل بر ارجاع اختلاف به داوری باید مشخص باشد که در مبحث جداگانه‌ای، کلیه شرایط صحت قرارداد موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

نکته قابل توجه در مورد شرط داوری قبل از ورود به بحث اصلی این است که شرط ضمن عقد از این جهت که مورد قصد و توافق طرفین قرار می‌گیرد و دوطرف با اراده انشایی نسبت به تشکیل آن اقدام می‌کنند در قلمرو لفظ معامله مندرج در صدر ماده ۱۹۰ یادشده قرار می‌گیرد. شرط داوری، دارای هویتی مستقل از قرارداد اصلی از حیث اراده و انعقاد است. البته قواعد عمومی قراردادها و شرایط صحت معاملات در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، در واقع شرایط صحت اعمال حقوقی است و قواعد عمومی قراردادها، قواعد اعمال حقوقی است که در مورد عقود، به طور خاص تدوین شده است. بنابراین اصل بر جریان آن‌ها در مورد سایر اعمال حقوقی است مگر آنچه به سبب قانون یا تحلیل حقوقی از این قواعد خارج می‌شود. (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۵۱ و ۶۵) لذا شروط یکی از اقسام اعمال حقوقی بوده و شرایط چهارگانه ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مورد اعمال حقوقی از جمله عقد و حتی ایقاع و شروط جاری است. به طور کلی شرایط صحت معاملات علاوه بر قرارداد داوری، در شرط داوری به عنوان یک ماهیت مستقل از قرارداد اصلی قابل بررسی است. واضح است در شروط مستقل، شرایط صحت معاملات جریان دارد، زیرا شرط داوری به عنوان شرط مستقل، به رغم ظاهر، ضمن عقد بودن، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبار است و از حیث استقلال، یک عمل حقوقی مستقل مانند سایر عقود محسوب می‌شود و حتی اگر قائل به دیدگاه مستقل بودن ماهیت شرط داوری از قرارداد اصلی نباشیم (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳: ۸۸) و شرایط صحت معاملات را مختص عقود و شروط مستقل بدانیم، باید گفت که اولاً

شرط وابسته، بدون شک یک عمل حقوقی و دارای شرایط صحت است و مانند هر عمل حقوقی دیگر، ماهیت و آثار شرط، پس از احراز شرایط صحت به وجود می‌آید. ثانیاً وابسته بودن شرط به قرارداد اصلی، نافی جریان شرایط صحت در شروط وابسته نخواهد بود و اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند. ثالثاً شرط نیز مانند عقود و سایر اعمال حقوقی باید دارای شرایطی همچون وجود قصد و رضا و اهلیت باشد و احکام اسقاط و انحلال عقود در شروط نیز قابل بررسی است. شرایط صحت توافق به داوری که در ذیل تفصیلاً به آن پرداخته شده است هم در قرارداد داوری و هم در شرط داوری (اعم از اینکه شرط مستقل یا شرط وابسته باشد) قابل جریان است.

### ۱. قصد و رضا

اگر طرفین موافقت‌نامه داوری هنگام قرارداد و یا ارجاع امر به داوری، قاصد نباشند و به شوخی یا در هنگام خواب یا مستی، الفاظی را بر زبان جاری سازند، این قرارداد به واسطه فقدان قصد باطل است. قرارداد صوری که در آن دو طرف قصد نتیجه عقد را ندارند باطل است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۹۵) رکن اساسی صحت قرارداد داوری این است که متعاقدین، قصد و رضای ارجاع اختلاف خود به داوری را داشته باشند.

### ۱-۱. لزوم احراز قصد و رضا و تطابق ایجاب و قبول در داوری

قصد و رضای طرفین، منبع اصلی تعهدات و موجد موافقت‌نامه داوری در عالم اعتبار و ایجاد است. در اینجا تنها به بیان این موضوع اکتفا می‌نماییم که قصد، انشای باطنی سازنده موافقت‌نامه یعنی اعتبار نفسانی طرفین و بناء آنان بر تحقق آنچه قصد کرده‌اند، است. ولی نفوذ این قصد، مشروط است که به گونه‌ای اعلام شود یعنی طرفین آنچه را قصد کرده‌اند به نحوی برای یکدیگر ابراز دارند. قصد و رضا در موافقت‌نامه داوری مانند سایر قراردادهای از طریق ایجاب و قبول و طرق ابراز اراده کشف شده و قانون مدنی علاوه بر لفظ، اشارات و اعمال را نیز از موارد ابراز اراده دانسته است (مواد ۱۹۲، ۱۹۳ و ۱۹۴ قانون مدنی). ولی در داوری‌های داخلی، خارجی و نظام حقوقی مختلف در این موضوع، اختلاف‌های فراوانی وجود دارد.

موافقت‌نامه‌های داوری چون در زمره قراردادهای خصوصی هستند، در شمول قواعد حقوق مدنی محسوب می‌شوند و تحت حاکمیت مقررات مزبور قرار می‌گیرند. به هر روی موافقت‌نامه داوری چه به شکل شرط داوری و چه به صورت قرارداد داوری، می‌بایست واجد شرایط اساسی یا ماهوی صحت معامله باشد. شرایط اختصاصی قرارداد داوری، عبارتند از مشخص کردن موضوع قرارداد، داور و زمان انعقاد قرارداد داوری. انعقاد قرارداد داوری فرع بر وجود منازعه و اختلاف است به طوری که موضوع آن باید در قرارداد داوری روشن و مشخص شود. (مافی، ۱۳۹۷: ۹۶-۹۵)

در پرونده‌ای که در دیوان داوری بازرگانی بین‌المللی مطرح گردید، دعوا فی‌مابین یک سازمان دولتی ایران و یک شرکت خارجی در پاریس بر اساس قواعد اتاق بازرگانی بین‌المللی رسیدگی شد. قرارداد استنادی خواهان در این پرونده مشتمل بر دو تلکس بود که بین خواننده ایرانی و خواهان خارجی مبادله شد. خواننده در تلکس خود موارد زیر را پیشنهاد می‌نماید: «نهایتاً برای حل اختلافات ناشی از قرارداد پیشنهاد می‌نمایم که داوری بر طبق مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس انجام شود...» این متن توسط مدیرعامل سازمان دولتی، امضا و سپس ارسال می‌گردد. خواهان در تلکس خود، پاسخی به شرح ذیل، داده است: «با تشکر از تلکس شما همواره خواستار حل‌وفصل دوستانه بوده‌ایم شاید شما بتوانید تاریخ مناسبی را برای مذاکره پیشنهاد دهید... صمیمانه امیدواریم که با جلسه پیشنهادی موافقت نمایید. اگر علی‌رغم امیدواری، اساسی برای قبول پیشنهاد ما نیفتاد، آنگاه ما با پیشنهاد شما داور بر داوری بر طبق اختیارات اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس به‌عنوان پیشنهاد علی‌البدل موافق می‌باشیم...» مذاکرات بین طرفین به نتیجه نرسید و خواهان درخواست داوری را بر اساس دو تلکس مبادله شده در دبیرخانه اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس ثبت می‌نماید. سازمان دولتی نیز طی تلکسی وصول درخواست داوری را تأیید و شروطی از جمله حکومت قانون ایران بر ماهیت را پیشنهاد می‌نماید و سپس به وجود اصل موافقت‌نامه داوری اعتراض می‌نماید. (امیر معزی، ۱۳۹۳: ۱۱۹-۱۱۸)

هیئت داوری بر اساس تلکس‌های مبادله‌شده وجود ایجاب و قبول و تشکیل موافقت‌نامه داوری را احراز و به اختلاف رسیدگی می‌نماید. لیکن به نظر می‌رسد که تلکس خواننده، مفید ایجاب برای انعقاد موافقت‌نامه داوری نبوده است چراکه ایجاب باید کامل باشد و دربردارنده ارکان اساسی قرارداد باشد در حالی که در تلکس طرف ایرانی، حدود دقیق موضوع قابل ارجاع و بسیاری از مواردی که در یک موافقت‌نامه داوری بدان‌ها اشاره می‌گردد مفقود است.

## ۲-۱. طرق احراز قصد و رضا در داوری (کتبی یا شفاهی بودن):

احراز قصد و اراده در قرارداد کتبی داوری کاملاً مشخص بوده و محل مناقشه نمی‌باشد. یکی از بحث‌های چالشی و قابل بحث این است که چنانچه شرط داوری یا قرارداد داوری به طریقی غیر از کتبی بودن محرز شود در این حالت وضعیت صحت این قرارداد به چه نحو خواهد بود؟ در غالب اسناد بین‌المللی، در مورد کتبی بودن موافقت‌نامه داوری سخن به میان آمده است. در بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و بند ۳ ماده ۷ قانون نمونه آنسیترال صراحتاً کتبی بودن موافقت‌نامه قید شده است. سؤال اینجاست که اگر شرط کتبی بودن لحاظ نگردد، موافقت‌نامه داوری باطل است یا غیرنافذ و یا صحیح؟ در داوری داخلی، نظر به اینکه بر اساس مقررات قانون آیین دادرسی مدنی

به تشریفات بودن موافقت‌نامه داوری از جمله کتبی بودن آن تصریحی نشده و در این حالت طبق عموماً قانون مدنی خصوصاً مواد ۱۹۲ و ۱۹۳ آن قانون که انشای عقود و معاملات را به وسیله اعمالی از جمله قبض و اقباض، لفظ و اشاره کافی دانسته و سخت‌گیری در این خصوص ننموده است، عمل خواهد شد. هرچند در بند یک ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی به تراضی کتبی طرفین برای از بین رفتن داوری تصریح شده است و این تصریح به کتبی بودن برای از بین رفتن داوری را تعمیم به لزوم کتبی بودن موافقت‌نامه داوری می‌دانند، ولی باید پاسخ داد که مقرر فوق‌الذکر صرفاً در مقام از بین رفتن داوری است و دلالتی بر لزوم کتبی بودن اصل موافقت‌نامه داوری ندارد. مضافاً به اینکه ماده ۴۸۱ یاد شده مربوط به جریان داوری است که با فوت یا حجر یا تراضی کتبی طرفین، جریان داوری از بین می‌رود و در واقع در مواردی است که جریان داوری شروع شده و سپس مصادیق دو بند ماده یاد شده حادث گردد و لذا این ماده اساساً از مبحث کتبی بودن موافقت‌نامه داوری خروج موضوعی دارد. حتی در صورتی که شرط کتبی بودن از مفاد مقررات این قانون در داوری محرز شود، به نظر نمی‌رسد شرط کتبی بودن از شرایط صحت موافقت‌نامه داوری بوده و خلاف آن موجب باطل شدن موافقت‌نامه شود، زیرا طبق عموماً عقود، اصل بر رضایی بودن عقود است و تشریفات بودن خلاف اصل است. البته تشریفات هم انواعی دارد. برخی از تشریفات مربوط به صحت و تحقق عمل است (مانند قبض در وقف)، برخی دیگر جنبه اثباتی دارد (مانند لزوم ثبت انتقال اموال غیر منقول) و برخی دیگر جنبه تضمین دارد (مانند لزوم مکتوب بودن قرارداد اجاره و امضای دو شاهد برای استفاده از امتیازات و تضمین‌های قانونی بر اساس قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶). به نظر می‌رسد در داوری نیز تشریفات کتبی بودن خارج از شقوق بند اول (تشریفات مربوط به صحت) بوده و به تشریفات اثباتی نزدیک‌تر است.

در داوری تجاری بین‌المللی قسمتی از ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران آمده است: «موافقت‌نامه داوری ممکن است توسط یکی از طرفین طی مبادله درخواست یا دفاعیه ادعا شود، و طرف دیگر عملاً آن را قبول کند.» که این قسمت ماده خصوصاً ذکر الفاظ «دفاعیه» و «عملاً» به نظر نگارنده ناظر به قرارداد داوری غیرکتبی هم می‌باشد و ادعای برخی به وجود نص پیرامون لزوم کتبی بودن قرارداد داوری تجاری بین‌المللی با صراحت اخیر ماده در تنافی بوده و مقنن به نظر می‌رسد صور مختلف را پذیرفته، هرچند مبنای قانون داوری تجاری بین‌المللی از قانون نمونه داوری آنسیترال اقتباس شده ولی با وجود صور مختلف ماده امکان اجتهاد خلاف نص ماده صحیح به نظر نمی‌رسد.

## ۲. اهلیت

### ۲-۱. لزوم احراز اهلیت و قانون حاکم بر آن در داوری

ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند، می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.» مشابه این حکم در بند ۲ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز آمده است. همچنین به موجب بند الف ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، مرجع صالحی که تقاضای شناسایی و اجرای حکم از آن شده می‌تواند بنا به درخواست طرفی که علیه وی به حکم استناد شده در صورتی که دلایلی ارائه کند که یکی از طرف‌های موافقت‌نامه داوری به موجب قانون حاکم بر وی از عدم اهلیت برخوردار بوده است، از شناسایی و اجرای رأی خودداری کند. بنابراین هر شخصی که اهلیت اقامه دعوا دارد، می‌تواند دعوی خود را به داوری ببرد.

با توجه به اینکه اهلیت از احوال شخصیه و مربوط به نظم عمومی می‌باشد، قانون‌گذاران آن را تابع قانون دولت متبوع شخص دانسته‌اند. همان‌طور که ذکر شد در کنوانسیون نیویورک به قانون حاکم بر اهلیت اشاره کرده که در همین خصوص ماده ۹۶۲ قانون مدنی همین نظر را مورد قبول قرار داده است. تنها استثنا در این خصوص در جایی است که یکی از متعاقدین بر اساس قانون دولت متبوع خود فاقد اهلیت باشد، ولی بر اساس قانون ایران واجد اهلیت شمرده شود که در این صورت دارای اهلیت محسوب می‌گردد. (یوسف‌زاده، ۱۳۹۳: ۵۱) کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط به داوری و رویه‌های داوری تجاری بین‌المللی از لحاظ قانون حاکم بر اهلیت با حقوق بین‌الملل خصوصی کاملاً هم‌سو هستند. در همین زمینه قانون داوری تجاری بین‌المللی در بند ۱ ماده ۳۳ به این امر تأکید کرده است.

در واقع اشخاصی می‌توانند دعوا را به داوری ارجاع دهند که بالغ، عاقل و رشید باشند و حق تصرف در اموال و حقوق خود را دارا باشند. لذا در مقابل این دسته که مورد حمایت قانون‌گذار نیز قرار گرفته‌اند، اشخاص محجور و ورشکسته می‌باشند. توجه به بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی نیز این امر را روشن می‌سازد که صغیر، غیررشید، مجنون و ورشکسته اهلیت قانونی برای اقامه دعوی را برابر قانون ندارند. مهم‌ترین اثر وارد بر این تفکیک، تشخیص قانون حاکم بر هر یک از داوری‌پذیری شخصی و موضوعی است (مافی، ۱۳۹۷: ۴۹).

### ۲-۲. زمان شرط اهلیت: انعقاد موافقت‌نامه داوری یا جریان داوری

بحث مهم قابل ذکر در این بخش این است که آیا شرط اهلیت در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری یا مرحله جریان داوری و یا هر دو ضروری است؟ در این باب ممکن است به جهت عدم تصریح

مقنن درخصوص شرط لزوم اهلیت قانونی در ارجاع موضوع به داوری مندرج در ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی و بند ۲ ماده ۲ قانون تجاری بین‌المللی به کفایت وجود اهلیت قانونی در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری نظر دهند. از سویی بر اساس قسمت الف بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی که به موجب آن، رأی داوری در صورت فقدان اهلیت یکی از طرفین، قابل ابطال شناخته شده است، این نظریه تقویت شود که شرط اهلیت هم در مرحله انعقاد موافقت‌نامه داوری و هم در مرحله اجرا و انجام داوری لازم و ضروری است.

برخی نظر داده‌اند که اهمیت مسئله هنگامی معلوم می‌شود که موافقت‌نامه داوری موضوع نقل و انتقال یا جانشینی قرار گرفته باشد، بدین معنا که ممکن است منتقل‌الیه یا قائم‌مقام بعدی، اهلیت لازم را داشته باشند، لیکن انتقال‌دهنده یا اصیل، در تاریخ انعقاد موافقت‌نامه داوری، فاقد اهلیت بوده باشد. از سوی دیگر، مشکل است بتوان پذیرفت که ایشان بتوانند برای قطعی و لازم‌الاجرا بودن رأی داوری به عدم اهلیت کلی یکی از طرفین داوری در زمان داوری استناد جویند (سیفی، ۱۳۷۷: ۹۳).

به نظر می‌رسد با توجه به مفهوم ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی و بند ۲ ماده ۲ قانون تجاری بین‌المللی و مبانی و قواعد عمومی قراردادها در حقوق ایران، شرط اهلیت در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری لازم و ضروری است و در این باره اختلافی بین حقوق‌دانان ملاحظه نمی‌شود، اما در مورد اهلیت در زمان جریان داوری نظر به اینکه جریان داوری اهمیت بیشتری از مرحله انعقاد داشته و سرنوشت شرط داوری در این مرحله به عرصه ظهور می‌رسد و خصوصاً مقنن در بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی حجر یکی از طرفین را از موارد زوال داوری دانسته و عدم اهلیت یکی از طرفین دعوی، نتیجه حجر بوده و اتفاقاً سیاق ماده فوق در مورد زوال داوری شامل مرحله جریان داوری بوده نه زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری، زیرا در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری هنوز به نحو کامل، جریان داوری شروع نشده که به مرحله زوال داوری اشاره کند و در مرحله انعقاد موافقت‌نامه، عبارت ماده ۴۵۴ قانون یاد شده کفایت می‌کند. در مورد بند الف ماده ۵ کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای رأی داوری باید گفت که مرجع اجراکننده رأی داوری، چنانچه دلایل و مدارکی دال بر عدم اهلیت بر اساس قانون حاکم تقدیم وی شود، از اجرای رأی جلوگیری کند و مفهوم آن به این معنا نیست که در مرحله اجرای رأی داوری، اهلیت طرف لازم باشد بلکه مدارک لازمه، ناظر به مرحله انعقاد موافقت‌نامه و جریان داوری بوده و ارتباطی به مرحله اجرا ندارد، زیرا مؤثر در مقام نیست.

### ۲-۳. داوری‌پذیری توسط نمایندگان محجور

درخصوص اینکه اشخاص محجور نمی‌توانند به داوری توافق کنند تردیدی نیست. اما آیا نمایندگان این اشخاص می‌توانند به داوری توافق نمایند؟ در این رابطه، گروهی (شیروی، ۱۳۹۶:

۱۳۴) بر این اعتقاد هستند که با توجه به سابقه این ماده، نمایندگان نیز نمی‌توانند ارجاع به داوری نمایند. استدلال آنان بر این است که در زمان وضع این ماده که ماده ۶۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق بود، دادرسی‌های مدنی راجع به این اشخاص می‌بایست در حضور دادستان یا نماینده او انجام می‌شد تا از حقوق آن‌ها در برابر طرف دعوی محافظت کند. در ماده ۱۳۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق این چنین آمده بود: «مواردی که دادستان باید در دادرسی‌های مدنی و بازرگانی در دادگاه‌های شهرستان و استان مداخله کند، موارد ابلاغ گویند و موارد نامبرده از این قرار است... دعوی راجع به محجورین و غایب مفقودالثر.» بنابراین حضور دادستان در نزد داور که یک قاضی خصوصی است، معنا پیدا نمی‌کند. لذا قانون‌گذار توافق به داوری در مورد حقوق این اشخاص را که به معنی محرومیت از دفاع دادستان بوده است را ممنوع و باطل اعلام کرده است.

اما باید توجه داشت از آنجا که امور مربوط به محجورین با نمایندگان آن‌ها (اعم از نماینده قضایی یا قانونی) خواهد بود، به نظر می‌رسد چنانچه نماینده در راستای مصلحت محجور، اقدامی از جمله توافق به داوری نماید، دلیلی بر منع او بر ارجاع به داوری وجود ندارد و ممکن است سؤال دیگری مطرح گردد مبنی بر اینکه اگر چنانچه شخص دعوا را به داوری ارجاع دهد اما در حین داوری، محجور گردد چه اتفاقی خواهد افتاد، آیا باید داوری را منحل دانست و ادامه رسیدگی با دادگاه باشد یا می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۱۰۵ قانون آیین دادرسی مدنی، داوری را با طرفیت نمایندگان محجورین ادامه داد؟

ممکن است عده‌ای با توجه به بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی که یکی از موارد زوال داوری را حجر یکی از طرفین اعلام می‌کند، در چنین مواردی قائل به انحلال داوری بوده و رسیدگی به موضوع را در صلاحیت دادگاه بدانند. در مقابل، برخی ممکن است بر این عقیده باشند که عدم دعوت از نماینده محجور و منحل دانستن داوری و هدایت اشخاص به محاکم دادگستری، در جایی که داوری، سال‌ها به طول انجامیده، منجر به اطاله رسیدگی می‌شود که این امر مخالف حقوق طرفین است و از طرفی نماینده محجور که اختیار انجام بسیاری از امور مربوط به مولی علیه را دارد، دلیلی بر منع او در این زمینه وجود ندارد (کریمی و پرتو، ۱۳۹۲: ۱۴۵) به نظر می‌رسد؛ در این باره بین دو مرحله حدوث حجر قبل از انعقاد قرارداد داوری و حدوث حجر در جریان داوری قائل به تفکیک شد. در مرحله حجر بعد از انعقاد قرارداد داوری، با وجود بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر زوال داوری با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوی، استدلال مخالف مبنی بر ادامه جریان داوری توسط نماینده محجور با وحدت ملاک از ماده ۱۰۵ قانون یاد شده پیرامون توقیف دادرسی تا معرفی ورثه، تاب تحمل با صراحت ماده را نداشته و همان طور که در بالا ذکر شد عبارت بند ۲ ماده ۴۸۱ قانون یاد شده صرفاً در مرحله جریان داوری بوده و مرحله انعقاد قرارداد داوری از این حیث خروج موضوعی دارد. اما در

باب حدود حجر ابتدایی قبل از انعقاد موافقت‌نامه داوری، به نظر می‌رسد دلیل متقنی مبنی بر منع انعقاد موافقت‌نامه داوری توسط نماینده محجور، وجود نداشته و بر طبق عموماً و قواعد عام نمایندگی، نمایندگان آن‌ها می‌توانند به داوری توافق کنند. البته حق انعقاد قرارداد داوری توسط نمایندگان محجورین، ناظر به مواردی است که مداخله و حضور دادستان ضروری نباشد.

#### ۴-۲. داوری در اشخاص ورشکسته

غالب مسائل ذکر شده ناظر به حجر، مواردی است که شخص محجور دارای ضعف قوای جسمی و روحی بوده و فلسفه وجود و نصب نماینده برای حمایت از خود شخص محجور است. اما در کنار این دسته محجورین، اشخاصی نیز وجود دارند که حجر آن‌ها ناشی از ضعف قوای جسمی، روحی و دماغی نیست بلکه به علت پاره‌ای از مسائل از جمله حفظ حقوق طلبکاران، آن‌ها نیز از انجام پاره‌ای از اعمال ممنوع می‌باشند که از جمله آنان ورشکسته می‌باشد و یکی از مواردی که در بند ۳ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی، به عنوان شخص فاقد اهلیت به آن اشاره شده است، ورشکسته می‌باشد. در مورد ورشکسته موضوع کمی متفاوت خواهد بود. تاجر ورشکسته از تصرف در اموال و دارایی خود ممنوع می‌باشد و علت چنین ممنوعیتی نیز جلوگیری از ورود ضرر به طلبکاران تاجر می‌باشد.

به موجب ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع دعوای ورشکستگی به داوری ممنوع می‌باشد، لیکن آیا این منع صرفاً شامل اصل دعوای ورشکستگی است و یا اینکه مشمول کلیه دعوای و اختلافات راجع به ورشکستگی نیز می‌باشد؟ می‌توان استدلال نمود از آنجایی که ماده مزبور تنها دعوای ورشکستگی را غیر قابل ارجاع به داوری دانسته و در ادامه ماده در خصوص اصل نکاح و طلاق از کلمه «راجع به» استفاده نموده است، به نظر می‌رسد که مقنن می‌توانست در خصوص دعوای ورشکستگی نیز از عبارت «راجع به» استفاده می‌نمود و با توجه به وضع دقیق قوانین توسط قانون‌گذار و اصل عالم بودن مقنن به عبارات و استفاده نمودن از اصطلاح «راجع به»، در خصوص اصل دعوای ورشکستگی می‌توان نتیجه گرفت در دعوای که در کنار ورشکستگی از جمله میزان طلب یک طلبکار، ممکن است ایجاد گردد، می‌توان به داوری ارجاع نمود.

همچنین در خصوص اینکه آیا مدیر تصفیه امور ورشکسته که به نوعی نماینده او محسوب می‌شود، وظیفه تصفیه امور تاجر ورشکسته را عهده‌دار است، می‌تواند در راستای انجام وظایف قانونی که نسبت به تاجر ورشکسته انجام می‌دهد، از روش داوری استفاده نموده، دعوای یا اختلافات واقعی یا احتمالی مربوط را به داوری ارجاع دهد یا خیر؟

آن دسته که قائل به این نظر بودند که نماینده محجورین، نمی‌توانند دعوی را به داوری ارجاع دهند، در مورد ورشکسته، بر این نظر هستند که حجر تاجر جنبه حمایتی نداشته و حضور دادستان

در هیچ زمان و مقطعی در دعاوی مدنی، له و علیه او ضروری نبوده است، بنابراین مدیر تصفیه می‌تواند به داوری توافق کند (اسکینی، ۱۳۹۰: ۳۶).

از جمله دلایل این گروه ماده ۴۵۸ قانون تجارت است که مقرر می‌دارد: «نسبت به تمام دعاوی که هیئت طلبکارها در آن ذی‌نفع می‌باشند مدیر تصفیه با اجازه عضو ناظر می‌تواند دعوی را به صلح خاتمه دهد. اگر چه دعاوی مزبور راجع به اموال غیر منقول باشد و در این مورد تاجر ورشکسته باید احضار شده باشد.» که اگر اصطلاح «صلح دعوی» را در معنای وسیع آن تفسیر کنیم، می‌توان آن را به معنی موافقت با داوری نیز دانست. (اسکینی، ۱۳۹۰: ۳۶) به نظر می‌رسد وقتی مقنن اختیار صلح دعوی را که ممکن است وضعیت سنگینی بر ورشکسته متحمل کند، را به مدیر تصفیه تفویض نموده است، بنا بر قاعده اولویت، امکان ارجاع به داوری توسط مدیر تصفیه با اجازه عضو ناظر با منعی روبه‌رو نیست.

### ۳. موضوع داوری

قرارداد داوری مثل هر قراردادی، موضوعی دارد که می‌تواند علت وجودی قرارداد باشد. طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، موضوع معین، رکن سوم تشکیل دهنده عقد را تشکیل می‌دهد که مورد معامله نام دارد. موضوع قرارداد، رکن اساسی آن و یکی از شرایط ماهوی قرارداد است. موضوع موافقت‌نامه داوری همان طور که از نام آن پیداست داوری یعنی دادن اختیار قضاوت و فصل خصومت به مرجع غیردادگستری می‌باشد. موضوع قرارداد داوری در صورت انتقال قرارداد اصلی، تحت بحث استقلال شرط داوری است. قواعد یکسانی در خصوص مسئله انتقال قرارداد داوری در داوری تجاری بین‌المللی وجود ندارد. به علل عدیده‌ای از جمله تسهیل معاملات تجاری بین‌المللی، تضمین قابلیت پیش‌بینی و یکسان‌سازی شیوه‌های حل اختلافات بین‌المللی، یکسان‌سازی قواعد در این زمینه ضروری به نظر می‌رسد (M.Hosking, James, 2004: 500). هدف از وضع مقررات یادشده این است که ثالث (انتقال‌گیرنده یا وارث) بتواند به شرط داوری مندرج در قرارداد استناد نموده و از آن بهره‌مند شود (Clare Ambrose, 2001: 415, 431).

### ۳-۱. احتمالی بودن موضوع داوری

در باب قرارداد داوری مبحث قابل بحث این است که بر اساس ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی در قرارداد اصلی یا به‌طور جداگانه، قبل یا بعد از بروز اختلاف، تراضی به داوری صورت می‌گیرد و اینکه طرفین قبل از بروز اختلاف و عدم معین بودن موضوعات اختلافی، تراضی به داوری نمایند، این مسئله و شبهه در ذهن می‌آید که موضوع در قرارداد داوری معین نبوده و لذا باطل است. اما این شبهه به راحتی قابل رفع است، زیرا قرارداد داوری اعم از اینکه به صورت شرط ضمن قرارداد پایه و اصلی باشد یا مستقل؛ یک قرارداد فرعی یا تابع است به این معنی که بدون وجود یک رابطه

اصلی در واقع بلا موضوع می‌شود. داوری در جریان یک رابطه حقوقی شکل می‌گیرد و تابعی از آن است. اول یک رابطه اصلی اعم از قراردادی یا قهری مانند یک قرارداد بیع بین‌المللی به وجود می‌آید، سپس یک تراضی برای حل و فصل اختلافات حادث یا احتمالی ناشی از رابطه اول با داوری صورت می‌گیرد. رابطه اول جدا از داوری است، ولی اختلاف ناشی از آن موضوع تراضی دوم است. پس در عین حال که موضوع تراضی دوم داوری است ولی این موضوع به جهت اینکه فرعی از موضوع اصلی است به تنهایی کامل نیست و در صورتی کامل می‌شود که اختلاف ناشی از رابطه اول نیز بدان ملحق شود. بنابراین وقتی دو نفر تراضی به داوری می‌کنند این داوری بدون تعیین اینکه در مورد چه موضوعی خواهد بود، یک تراضی بدون موضوع و بی‌اعتبار است و هنگامی کامل می‌شود که مشخص گردد داوری در مورد چه اختلافی خواهد بود.

رابطه حقوقی اعم از قراردادی یا غیرقراردادی است و طرفین می‌توانند تمام یا بعضی از اختلافات آتی یا موجود را به داوری ارجاع دهند. در صورتی که بعضی از اختلافات صرفاً به داوری ارجاع داده شود لازم و ضروری است که آن بعضی کاملاً مشخص شود. اطلاق رابطه حقوقی به قراردادی یا غیرقراردادی در بند ج ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی تصریح شده است. پس احتمالی بودن اختلافات نمی‌تواند به صحت و اعتبار موافقت‌نامه داوری لطمه‌ای وارد کند و معین بودن رابطه حقوقی کفایت نموده، اگر چه مفاد ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی ظهور در داوری بروز یافته دارد ولی این شبهه و اختلاف با وجود ماده ۴۵۵ قانون اخیر و ذکر عبارت «در صورت بروز اختلاف» قابل رفع است. قراردادهای خصوصی بین‌المللی عموماً تجاری هستند و به همین علت موضوع داوری‌های بین‌المللی نیز عموماً تجاری است. بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ضمن تصریح به تجاری بودن، منظور خود را از تجاری تمثیلاً بیان کرده است. در این بند مقرر گردیده: «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق العمل کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.» در حالی که در داوری‌های داخلی هر موضوعی ممکن است مورد اختلاف باشد و مبتنی بر حق شخصی قابل مصالحه باشد، قابل ارجاع به داوری است. از آنجا که هم در قوانین داخلی ما و هم در قانون نمونه آنسیترال در تعیین وصف تجاری یک رابطه حقوقی و به تبع، داوری ناظر به آن بر خود عمل (قرارداد یا تعهد) تکیه شده است نه بر عامل آن می‌توان گفت در قانون ایران غلبه با مکتب موضوعی است و نه شخصی. به عبارت دیگر جهت اعمال مقررات داوری تجاری بین‌المللی، بر تحقق عملیات یا معاملات خاص تأکید شده است نه بر تاجر بودن عامل آن (جنیدی، ۱۳۷۸: ۴۱).

### ۲-۳. معلوم و معین بودن موضوع داوری در رویه قضایی

در اهمیت موضوع داوری و رأی دادگاه مبنی بر ابطال آن رأی به دلیل معلوم نبودن موضوع دقیق داوری می‌توان به رأی از شعبه ۲۱۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه تجدیدنظر آن پرونده اشاره نمود. در رأی شعبه ۲۱۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران به تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۳ موضوع دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۳۸ آمده است که: «در خصوص دعوی خواهان (ش) (سهامی خاص) با وکالت (الف.ف) به طرفیت خواندگان ۱. (م) ۲. (ف.م) به خواسته صدور حکم به ابطال رأی داوری دادگاه، نظر به مستندات مورد ارائه و قرارداد مورخ ۹۰/۹/۸۲ تبصره ۳ ماده ۲ ملاحظه می‌شود آقای (غ.ذ) به‌عنوان داور مرضی الطرفین انتخاب و نامبرده در خصوص اختلاف فی‌مابین حکمیت نموده است. علی‌هذا دلیلی از سوی خواهان دال بر اعلام بطلان نظریه داوری ارائه نگردیده و لذا ادعای خواهان را وارد ندانسته، مستنداً به ماده ۱۲۵۷ از قانون مدنی حکم به بی‌حقی و بطلان خواسته خواهان صادر و اعلام می‌نماید...»

همچنین در دادنامه تجدیدنظر از همان پرونده آمده است: «در خصوص تجدیدنظرخواهی (ش) به طرفیت ۱. (م) ۲. آقای (ف.م) نسبت به دادنامه شماره ۲۱۶ مورخ ۹۱/۴/۸۷ دادگاه با عنایت به محتویات پرونده و لوائح تقدیمی نظر به اینکه به طبق تبصره ۳ ماده ۲ قرارداد شرط داوری مورخ ۹۰/۹/۸۲ داور تعیین شده، لیکن موضوع داوری مشخص نگردیده از آن‌جا که موضوع داوری از ارکان داور بوده و با مشخص شدن آن حدود صلاحیت داور تعریف نشده که داوری بر اساس آن حق اظهارنظر داشته باشد و اعتبار داور بر اساس موضوع داوری قابلیت تعریف را دارد؛ بنابراین دادگاه شرط داوری سابق الذکر را به لحاظ عدم تعیین موضوع داوری که از ارکان و اساس داوری بوده مستند به مواد ۴۵۸ و بند ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی واجد اعتبار تشخیص نداده با نقض دادنامه معترض عنه مستند به ماده ۳۵۸ قانون سابق الذکر حکم بر ابطال رأی داوری صادر و اعلام می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است.»

همچنین موضوع داوری باید به گونه‌ای باشد که رافع اشتباه باشد. ماده ۴۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی علاوه بر معین بودن موضوع داوری، معین بودن مدت داوری و نیز مشخصات طرفین و داور یا داوران را با قید عبارت «باید» الزامی دانسته است با توجه به اینکه ممکن است طرفین با یکدیگر معاملات گوناگون داشته باشند و یا اینکه در یک معامله نیز دارای قسمت‌های مختلف و مجزا شده باشد. لذا ذکر اینکه قرارداد داوری یا ارجاع به داوری در خصوص کدام معامله و یا اینکه در خصوص کدام قسمت از معامله مورد اختلاف می‌باشد، ضروری است. چنانچه دو نفر دعاوی مختلفی را

علیه یکدیگر طرح نمایند و قرارداد داوری نیز در این خصوص داشته باشند، لیکن موضوع داوری و اینکه داوری در خصوص کدام یک از اختلافات مشخص نباشد، آن قرارداد فاقد اثر و باطل است. لذا در موافقت‌نامه داوری که بعد از بروز اختلاف تنظیم می‌شود ذکر موضوعات مورد اختلاف و اشاره به قرارداد اصلی ضروری است، ولی در موافقت‌نامه داوری قبل از بروز اختلاف، ضروری نیست به موضوعات مورد اختلاف اشاره شود و همین که ذکر شود تمام اختلافات ناشی از این قرارداد توسط داوری حل و فصل می‌شود کافی است. البته باید اذعان نمود که در بعضی موارد، همان گونه که ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر داشته علم اجمالی به مورد معامله کفایت می‌کند. در قرارداد داوری امکان ارجاع منازعات آتی افراد به داوری وجود دارد و بدیهی است که وجود علم قطعی، در همه جوانب و ظرایف امری که هنوز به وجود نیامده است، امکان‌پذیر نیست. لذا قراردادهای داوری که متضمن ارجاع این گونه اختلافات به داوری باشد در زمره قراردادهایی است که علم اجمالی نسبت به موضوع آن کافی برای صحت عقد است لیکن منشأ اختلافات آتی باید مشخص باشد.

داور در صورتی که طرفین صریحاً یا ضمناً اختیار صدور رأی بر فسخ قرارداد اصلی را از وی سلب نکرده باشند، مجاز به این امر بوده و عده‌ای از محاکم با این استدلال که داور اختیار خود را از موضوع و موافقت‌نامه داوری اخذ می‌نماید، نمی‌تواند نسبت به اصل قرارداد داوری رأی بر فسخ آن دهد ولی نگارنده طی دادنامه‌ای مفصل بر نظر مذکور مهر باطل زده و اعتقاد خلاف آن را بیان داشته است.<sup>۱</sup>

۱. دادنامه شماره ۹۶۰۸۳۴ - ۱۳۹۷/۰۴/۲۷: «در خصوص دادخواست خانم ف به طرفیت آقای م ب به خواسته ابطال رأی داوری، دادگاه از توجه به محتویات پرونده، ملاحظه دادخواست تقدیمی، استماع اظهارات وکیل خواهان و خواننده در جلسه دادرسی، ... در موضوع تحت نظر پرونده حاضر و مقررات قانونی ممنوعیتی برای عدم رسیدگی داور به صدور فسخ یا بطلان یا ابطال قرارداد پیش بینی نشده و طرفین قرارداد نیز به صورت مطلق داور منتخب را برای حل مشکلات و اختلافات ناشی از قرارداد تعیین کرده و ممکن است ایراد شود که با وجود ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی پیرامون اصل قرارداد داوری، داور امکان فسخ آن را نداشته که باید گفت مفاد ماده فوق الذکر در مواردی است که اصل معامله یا قرارداد راجع به داوری بین طرفین اختلاف باشد که در پرونده تحت نظر قرارداد مذکور از هرگونه خدشه و تعرض در اصالت آن مصون مانده است و محل جریان ماده فوق الذکر از بحث این پرونده خروج موضوعی دارد، و... بنا به مراتب فوق الذکر این محکمه خواسته خواهان را قابل اجابت ندانسته و مغایرتی با مواد فوق الذکر خصوصاً ماده ۴۸۹ قانون یاد شده احراز ننموده و مستنداً به مواد ۱۹۷، ۴۵۴، ۴۵۷، ۴۶۱، ۴۷۷، ۴۸۱، ۴۸۹، ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر رد دعوی خواهان صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره حضوری و... مجید عزیزیانی - قاضی شعبه اول حقوقی دادگاه عمومی بخش رودبار قصران (فشم)»

#### ۴. مشروعیت جهت داوری

##### ۴-۱. لزوم مشروعیت جهت هم در قرارداد اصلی هم در موافقت‌نامه داوری

موافقت‌نامه داوری مانند هر قرارداد دیگری، دارای جهت است. یکی از موارد صحت هر قراردادی، مشروع بودن جهت قرارداد می‌باشد. انگیزه و جهت، یک امر شخصی و درونی است و تا زمانی که ابزار نشود، نمی‌توان به آن پی برد. در واقع کشف حقایق درونی هر شخصی بسیار دشوار است. قانون‌گذار در قانون مدنی در ماده ۲۱۷ مقرر می‌دارد: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است». مراد از تصریح در این ماده توافق طرفین بر جهت قرارداد است نه مصرح نمودن لفظ ظاهری نامشروع بودن جهت. نامشروع بودن یک عمل یعنی اینکه عمل خلاف قانون و شرع است. چنانچه شخصی به موجب قراردادی خانه‌ای از دیگری جهت تأسیس مرکز فساد خریداری نماید و در چنین قراردادی شرط شود، در صورت حدوث اختلاف، به داوری رجوع شود، در چنین صورتی اساساً قرارداد اصلی باطل خواهد بود؛ چراکه موضوع قابلیت ارجاع به داوری را ندارد، زیرا دعوی به دلیل نامشروع بودن در زمره دعاوی مغایر با اخلاق حسنه است و چنین دعاوی اساساً قابلیت استماع را ندارد و لذا ارجاع به داوری آن نیز ممکن نیست.

عده‌ای معتقدند که ذکر جهت در توافق داوری ممکن نیست، زیرا توافق به داوری تابع رابطه اصلی است و جهت در همان رابطه اصلی حقوقی باید مورد توجه قرار گیرد نه در توافق به داوری. داوری فقط می‌تواند موضوع داشته باشد. در این نوع قرارداد، جهت با موضوع یکسان است و نمی‌توان برای آن موضوع و جهتی جداگانه تصور نمود. (یوسف زاده، ۱۳۹۳: ۵۳) البته این نظر قابل‌خنده به نظر می‌رسد، بدین نحو که علی‌رغم اینکه قرارداد داوری یک قرارداد تبعی بوده و برای حل و فصل اختلافات قراردادی اصلی، منعقد شده است ولی موافقت‌نامه داوری در عین تبعی بودن از یک جهت، به مثابه سایر قراردادها دارای ارکان تشکیل‌دهنده و صحت معامله بوده و به بیان دیگر هیچ قراردادی وجود ندارد که جهت نداشته باشد و صدر ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان داشته برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است و موافقت‌نامه داوری نیز تحت شمول ماده ۱۹۰ است، اگر قراردادی جهت مشروع نداشته باشد مفهوم مخالف آن این است که جهت آن قرارداد نامشروع بوده و قرارداد داوری در این فرض به جهت اختلال در یکی از ارکان شرایط صحت معامله مستنداً به بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی باطل بوده و قابلیت استناد ندارد.

#### ۲-۴. مقایسه و تطبیق ماده ۷۶۵ قانون مدنی در داوری

اما موضوع حائز اهمیت و مرتبط با بحث حاضر و کمتر بحث شده در باب ماده ۷۶۵ قانون مدنی و تسری آن به داوری است. هم در عقد صلح و هم در موافقت‌نامه داوری، هدف پایان دادن منازعه و حل و فصل نمودن اختلافات است. نکته قابل بحث این است که آیا قلمرو حکم ماده ۷۶۵ قانون مدنی پیرامون صلح مبتنی یا ناشی از معامله باطل در قرارداد داوری قابل جریان است یا خیر؟ بر اساس ماده اخیر «صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح ناشی از بطلان معامله صحیح است». مفاد ماده آن است که اگر افراد به تصور صحت یک معامله، صلحی انجام دهند و بعد کشف شود معامله باطل بوده است صلح مبتنی بر یک معامله باطل، باطل است ولی صلح ناشی از بطلان معامله، صحیح است، چون یک دعوی ممکن است ناشی از یک معامله باطل باشد. (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۱۵۳-۱۵۲) مثلاً هر گاه یکی از دو طرف مدعی مغبون شدن در معامله گردد و بخواهد آن را فسخ کند و طرف دیگر برای جلوگیری از اعمال فسخ با این شخص صلح کند و سپس معلوم شود که معامله اولی باطل بوده، معلوم می‌گردد که عقد صلح مزبور نیز باطل است. زیرا منشأ عقد صلح، معامله‌ای باطل بوده است و طبق جمله دوم ماده مثلاً طرف قرارداد مدعی بطلان معامله باشد و طرف دیگر ادعای وی را انکار کند، طرفین می‌توانند نسبت به این ادعا، اختلاف خود را به صلح خاتمه دهند. (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۳۱)

به نظر می‌رسد حکم این ماده در مورد موافقت‌نامه داوری قابلیت اجرا دارد، به این صورت که اگر طرفین با تصور صحت و مشروعیت قرارداد اصلی، مبادرت به انعقاد موافقت‌نامه داوری نمایند و کلیه اختلافات ناشی از قرارداد موصوف را به داوری ارجاع دهند و سپس مشخص شود قرارداد اصلی که منشأ داوری بوده به یکی از جهات قانونی باطل بوده و یا جهت آن نامشروع بوده است، قرارداد داوری یا شرط داوری نیز باطل است. زیرا مبنای این داوری، قراردادی باطل است. به بیان مقتن در ماده ۷۶۵ قانون مدنی در داوری می‌توانیم نتیجه بگیریم، داوری مبتنی بر معامله باطل بوده و در نهایت محکوم به بطلان است. اما اگر طرفین با اطلاع از وجود بطلان قرارداد اصلی، در جهت حل و فصل نمودن اختلافات ناشی از آن قرارداد باطل، موضوع را به داوری ارجاع دهند، علی‌رغم اینکه قرارداد اصلی باطل بوده و داوری آن مواجه با مشکلی نبوده و بر اساس مفهوم ذیل ماده ۷۶۵ قانون اخیرالذکر، داوری ناشی از معامله باطل صحیح است. البته در باب جهت نامشروع، اگر توافق و تراضی طرفین در قرارداد اصلی بر یک جهت نامشروع باشد و قرارداد داوری نیز دارای همان جهت قرارداد اصلی است، زیرا همان طور که گفتیم موافقت‌نامه داوری علی‌رغم ظاهر مستقل، از جهت اینکه از یک رابطه حقوقی اعم از قراردادی یا غیرقراردادی نشئت گرفته، تبعی محسوب می‌شود و

جهت قرارداد داوری به‌عنوان یک قرارداد تابع، از جهت قرارداد اصلی تبعیت نموده و دارای جهت مستقل نبوده و تمامی احکام جهت قرارداد و نامشروع نبودن آن در مواد ۱۹۰ و ۲۱۷ قانون مدنی در مورد موافقت‌نامه داوری هم قابل اجراست و چنانچه به هر دلیلی جهت قرارداد اصلی، نامشروع باشد علاوه بر بطلان قرارداد اصلی، به جهت اختلال در بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون اخیرالذکر، قرارداد داوری نیز باطل می‌شود. نکته قابل ذکر این است که مراد از نامشروع بودن جهت، هر موضوعی که مخالف قوانین امری موضوعه باشد و صرفاً احکام شرعی موجود در فقه امامیه، مراد مقنن نبوده بلکه معنای عام آن مدنظر است.

### نتیجه

شرط داوری از این جهت که مورد قصد و توافق طرفین قرار می‌گیرد و دو طرف با اراده انشایی نسبت به تشکیل آن اقدام می‌کنند در قلمرو لفظ معامله مندرج در صدر ماده ۱۹۰ یادشده قرار می‌گیرد. شرط داوری به‌عنوان شرط مستقل، علی‌رغم ظاهر ضمن عقد بودن، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبار است و از حیث استقلال، یک عمل حقوقی مستقل مانند سایر عقود محسوب می‌شود. لذا شرایط صحت قراردادها در شرط داوری هم قابل تسری است. در باب احراز قصد و رضا در داوری داخلی، بر اساس مقررات قانون آیین دادرسی مدنی به تشریفات بودن موافقت‌نامه داوری از جمله کتبی بودن آن تصریحی نشده و در این حالت طبق عموماً قانون مدنی خصوصاً مواد ۱۹۲ و ۱۹۳ آن قانون که انشای عقود و معاملات را به وسیله اعمالی از جمله قبض و اقباض، لفظ و اشاره کافی دانسته و سختگیری در این خصوص ننموده است، عمل خواهد شد. در ماده ۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ذکر الفاظ «دفاعیه» و «عملاً» به نظر نگارنده ناظر به قرارداد داوری غیرکتبی هم می‌باشد و ادعای برخی به وجود نص پیرامون لزوم کتبی بودن قرارداد داوری تجاری بین‌المللی با صراحت اخیر ماده در تنافی است. شرط اهلیت هم زمان در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری هم در مرحله جریان داوری ضروری است. چنانچه نماینده در راستای مصلحت محجور، توافق به داوری نماید، دلیلی بر منع او بر ارجاع به داوری وجود ندارد. همچنین وقتی مقنن اختیار صلح دعوی را که ممکن است وضعیت سنگینی بر ورشکسته متحمل کند، را به مدیر تصفیه تفویض نموده است، بنا بر قاعده اولویت، امکان ارجاع به داوری توسط مدیر تصفیه با اجازه عضو ناظر با منعی روبه‌رو نیست. در موافقت‌نامه داوری که بعد از بروز اختلاف تنظیم می‌شود، ذکر موضوعات مورد اختلاف و اشاره به قرارداد اصلی ضروری است ولی در موافقت‌نامه داوری قبل از بروز اختلاف، ضروری نیست به موضوعات مورد اختلاف اشاره شود و همین که ذکر شود تمام اختلافات ناشی از این قرارداد توسط داوری حل و فصل می‌شود، کافی است. نامشروع نبودن جهت هم در قرارداد اصلی و هم در

موافقت‌نامه داوری ضروری است و صرف نامشروع نبودن جهت در قرارداد اصلی کفایت نمی‌کند. زیرا شرط و موافقت‌نامه داوری نیز به این دلیل که مورد توافق و تراضی قرار می‌گیرد، احکام شرایط صحت معاملات در آن قابل جریان است.

## منابع

## فارسی

- امیرمعزی، احمد (۱۳۹۳)، داوری بین‌المللی در دعاوی بازرگانی، چاپ چهارم، تهران: نشر دادگستر.
- پاشابنیاد، موسی (۱۳۹۳)، کلیات داوری، چاپ اول، تهران: نشر بینه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، چاپ نوزدهم، تهران: گنج دانش.
- جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، نقد و بررسی قانون داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- رهپیک، حسن (۱۳۹۵)، حقوق مدنی پیشرفته (مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد)، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
- رهپیک، حسن (۱۳۸۷)، حقوق مدنی؛ عقود معین ۱، چاپ اول، تهران: خرسندی.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، چاپ سیزدهم، تهران: نشر مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۶)، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱، چاپ سیزدهم، تهران: انتشارات سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سیزدهم، تهران: نشر میزان.
- کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو (۱۳۹۷)، حقوق داوری داخلی، چاپ پنجم، تهران: نشر دادگستر.
- مافی، همایون (۱۳۹۷)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۸)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات پایدار.
- یوسف زاده، مرتضی (۱۳۹۳)، آیین داوری، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- سیفی، سیدجمال (۱۳۸۰)، «تحولات، مسائل و دورنماهای داوری بین‌المللی ایران»، نشریه کانون وکلا، شماره ۱۷۲، بهار.
- صفایی، حسین (۱۳۷۷)، «سخنی چند درباره نوآوری‌ها و نارسایی‌های قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۰، دانشگاه تهران.
- طباطبایی نژاد، سیدمحمد (۱۳۹۴)، «داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱.
- کریمی، عباس و محمدرضا دشتی (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی قرارداد داوری رضایی یا تشریفاتی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱.

## انگلیسی

- Hosking, James. (2004). "Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent". *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. Vol. 4. Iss. 3.
- Clare Ambrose. (2001). "When Can a Third Party Enforce an Arbitration Clause". *the Journal of Business Law*. Sweet & Maxwell. September.