

فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال هشتم، شماره ۲۰، تابستان ۱۴۰۱، ص ۱۱۶ - ۱۳۵

قاعده استقلال شرط داوری در فقه و حقوق ایران^۱

سارا فرزین خانقاه^۲

چکیده

دقت در مواد ۲۳۳ تا ۲۶۴ قانون مدنی روشن می‌سازد شرط داوری از نوع شرط ضمن عقد نیست زیرا اولاً شرط داوری تابع قواعد خاص خود است؛ ثانیاً منظور از شرط ضمن عقد معمولاً شرطی است که ناظر به خود معامله است و یکی از ارکان موضوع معامله را تشکیل می‌دهد. ثالثاً ارجاع امر به داوری به صورت شرط ضمن معامله که در ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی تجویز گردیده است از نوع شرط معاملاتی نیست، بلکه موضوعاً جدا و تابع قصد انشاء جداگانه است. در واقع شرط داوری، یک قرارداد مستقل و دارای موضوع مستقل است و نیز قصد و رضای مخصوص به خود را دارد که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر و به موجب ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم الاتباع است. حتی با این فرض که شرط داوری در حکم شرط ضمن عقد است، باز هم به معنای تبعیت کامل آن از سرنوشت قرارداد اصلی نیست. به علاوه ضمانت اجرای تخلف از شرط، اغلب استقرار حق فسخ برای مشروط له است و این طور نیست که سرنوشت شرط و عقد همواره به یکدیگر پیوسته باشد بلکه تجزیه پذیری شرط از عقد امکان پذیر است.

کلمات کلیدی: شرط ضمن عقد، شرط ابتدائی، قرارداد، قانون مدنی، فقه

^۱ - تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۵/۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۸

^۲ - کارشناس ارشد حقوق عمومی عضو سامانه جامع داوری ایران

مقدمه

در این مقاله، ابتدا به بیان مفهوم اصل استقلال شرط داوری و ارتباط آن باقاعده صلاحیت نسبت به صلاحیتی پردازیم تا این دو اصل و قاعده از یکدیگر متمایز شوند. در ادامه نظرات موافقان و مخالفان استقلال شرط داوری و دلایل هر گروه را بیان می‌نماییم و سپس به بررسی موضع قانون مدنی و فقه امامیه در این خصوص خواهیم پرداخت.

مفهوم اصل استقلال شرط داوری

یک قرارداد همواره ممکن است به جهات متعدد در معرض زوال قرار گیرد. بر اساس دیدگاه غالب حیات شرط وابسته به عقد است و چنانچه عقد زایل شود شرط ضمن آن نیز منحل خواهد شد. باین حال هرگاه صحبت از شرط داوری به میان می‌آید بحث استقلال شرط مذکور مطرح می‌شود. منظور از استقلال شرط داوری آن است که شرط داوری تبعیتی از عقد اصلی نخواهد داشت (Zekos, 2008, p400) و با انحلال عقد، شرط داوری منحل نخواهد شد و بدین ترتیب بهاراده طرفین در راستای اینکه مرجع مزبور به اختلاف آنان رسیدگی نماید احترام گذاشته خواهد شد. بدین ترتیب با پذیرش این نظریه دو توافق منعقد خواهد شد. توافق در خصوص قرارداد اصلی و توافق در ارجاع به داوری. گفتنی است تسری وضعیت عقد اصلی در خصوص شرط داوری مطرح می‌شود و نه قرارداد اصلی که از حیث ظاهری و شیوه انشاء جدا از قرارداد اصلی است (خدابخشی ۱۳۹۳، ۲۹۲؛ و شیخ محمدی، ۱۳۹۲: ۵۸ و علیزاده، ۱۳۸۰: ۲۰). باین حال باید دانست زوال عقد اصلی نیز بعضاً بر قرارداد مستقل داوری تأثیرگذار است.

چنانکه می‌تواند قرارداد موضوع داوری را بدون موضوع باقی گذارد و مسلم است که قرارداد بدون موضوع فاقد اعتبار است. مثل آنکه طرفین در قرارداد مستقلاوری اختلافات مربوط به محل تسلیم مبیع را به داوری ارجاع دهند و سپس معلوم گردد که قرارداد باطل بوده در این فرض نیز از آنجاکه تسلیم مبیع با بطلان بیع موضوعیت ندارد و تکلیف طرفین نیز ناظر به بازگرداندن عوضینمی باشد، قرارداد داوری بدون موضوع بوده و باطل می‌باشد. لکن بطلان قرارداد مستقل داوری در این فرض از حیث بدون موضوع بودن است و نه از این حیث که وابسته به عقد اصلی باشد. پس میتوان بحث استقلال یا وابستگی به عقد اصلی را منحصر به شرط داوری نمود.

باید دانست پذیرش استقلال شرط داوری دارای آثار متعدد دیگری نیز می‌باشد از جمله اینکه در تعیین قانون حاکم بر قراردادها نیز شرط مزبور ماهیت جداگانه از عقد اصلی دارد و ممکن است با قانون حاکم بر قرارداد متفاوت باشد یا اینکه بطلان شرط مذکور به هیچ وجه قابل تسری به عقد نخواهد بود و بر آن تأثیر نخواهد گذاشت (Smith, 2004, 20)

هم چنین باید توجه نمود در مواردی بطلان قرارداد اصلی بر شرط داوری ضمن آن نیز مسلماً تأثیرگذار خواهد بود .

به عنوان مثال چنانچه ثابت شود یکی از طرفین در هنگام انعقاد معامله ای که شرط داوری ضمن آن شده مجنون بوده، مسلماً شرط داوری چنین معامله ای نیز که هم زمان با انشاء معامله انشاء شده باطل خواهد بود. بااین حال بطلان شرط‌اخیر نه به واسطه تبعیت از عقد، بلکه به واسطه این است که انشاء شرط در زمان جنون فرد صورت گرفته است؛ بنابراین بحث استقلال شرط را می توان محدود به موردی نمود که مشترک میان شرط و عقد نباشد؛ مانند آنکه عقد به جهت معلوم نبودن مبیع باطل باشد .

رابطه اصل استقلال شرط داوری و قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت

در هنگام بحث در خصوص استقلال شرط داوری مرسوم است که همیشه از موضوع و اصلی دیگر تحت عنوان صلاحیت نسبت به صلاحیت یا اختیار صلاحیت نسبت به صلاحیت (عابدی ۱۳۸۵، ص: ۱۱۰) بحث می کنند. منظور از اصل مذکور این است که آیا داوری صلاحیت رسیدگی به صلاحیت خویش را دارا می باشد؟ در واقع ایراد می شود که داوری که صلاحیت خویش را از موافقت نامه داوری کسب می نماید نمی تواند و نباید به صحت و اعتبار موافقت نامه داوری رسیدگی نماید چراکه در این صورت دور حاصل خواهد شد. این ایراد بیشتر زمانی به مرحله بروز می رسد که مرجع داوری به ادعای بیاعتباری موافقتنامه داوری رسیدگی نموده و رأی به بیاعتباری موافقتنامه داوری دهد. در این فرض رأی داوری در عین بی صلاحیتی وی صادر شده چراکه به رأی خود داور موافقت نامه داوری بی اعتبار بوده پس رأی وی به عدم اعتبار موافقت نامه داوری در عین بی صلاحیتی وی صادر شده و بدین ترتیب با دوری باطل مواجه خواهیم شد. در عین حال اصل مزبور می پذیرد که داور بتواند به صلاحیت خویش رسیدگی نماید و در عین حال به عدم اعتبار موافقت نامه داوری رأی دهد .

گفتنی است هرگاه صحبت از اصل مذکور می شود عده ای اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت را از آثار اصل استقلال شرط داوری می دانند یا آن دو را باهم خلط می نمایند. این در حالی است که این دو اصل اگرچه ارتباط تنگاتنگی بایکدیگر دارند ولی یکی نیستند (Rosen, 1993, 609)

«آرون بروش» از صاحب نظران مطرح در امر داوری که در جلسات بررسی قانون نمونه داوری آنسیترال در کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد حضور داشته در خصوص توجه حاضران به تفکیک اصل استقلال شرط داوری با قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت عنوان داشته: «جمع بندی من از جلسات این است که حاضران در جلسه، تفکیک و تمایز روشنی بین دو اصطلاح مزبور قائل نبودند» (به نقل از: جعفریان، ۱۳۷۳: ۱۲۴). در حقوق داخلی نیز بعضاً گفته شده که اصل

صلاحیت نسبت به صلاحیت از آثار و نتایج پذیرش اصل استقلال شرط داوری می باشد (عابدی، ۱۳۸۵: ۱۱۰). در همین راستا گفته شده: «...در حال حاضر رویه پذیرفته شده در داوری تجاری، قائل شدن استقلال برای شرط داوری نسبت به قرارداد اصلی است. نتیجه این استقلال این است که اگر قرارداد اصلی باطل باشد، این بطلان به شرط داوری سرایت نمی کند. لذا می توان در قالب داوری حتی به موضوع بطلان شرط داوری رسیدگی کرد...» (دارایی، ۱۳۸۵: ۳۳۵).

از گفته فوق به خوبی نمایان است که نویسنده محترم هیچ تفکیکی میان اصل و قاعده مزبور قائل نبوده و معلوم نیست که چگونه بر این نظر بوده که با پذیرش استقلال شرط داوری داور می تواند به خود شرط داوری رسیدگی نماید و حتی رأی به بطلان شرط دهد. در واقع همان طور که گفته شده پذیرش استقلال شرط داوری این اثر را دارد که در صورت اعلام بطلان قرارداد اصلی شرط داوری و بدین ترتیب رأی داوری در خصوص ملغی الاثر بودن قرارداد اصلی مصون از ادعای بی اعتباری خواهد بود و همان طور که گفته شد در زمانی که ایراد متوجه خود توافق به داوری باشد پذیرش استقلال شرط داوری نمی تواند کارکردی در این زمینه داشته باشد. خوشبختانه تفکیک میان این دو اصل مورد توجه بسیاری از اندیشمندان حقوقی گرفته و به درستی قائل به تفکیک میان این دو اصل شده اند (smith, 2004, 93)

چنانکه گفته شده: «مسئله صلاحیت در صلاحیت... از مسئله استقلال شرط رجوع به داوری که در بعضی از موارد با آن اشتباه گرفته می شود نیز متفاوت است. در اینجا مسئله ماهوی اعتبار قرارداد داوری و نوع اختلافاتی که بر آن ها شرط رجوع به داوری قابل اعمال است، مطرح نیست. مسئله ای که مطرح است یک مسئله آیین دادرسی است و آن عبارت از این است که آیا داوران می توانند در مورد سؤالات ماهوی مربوط به صلاحیت خود آن ها اتخاذ تصمیم نمایند. مسلماً در این مورد مانند موارد مربوط به تشکیل دادگاه داوری اظهار نظر و رسیدگی خواهند کرد...» (خزاعی، ۱۳۹۲: ۲۹۰). در همین راستا گفته شده: «نظریه یا قاعده استقلال شرط داوری... دلالت بر آن دارد که شرط مزبور یک قرارداد جداگانه است، به همین جهت اعتبار و عدم اعتبار قرارداد اصلی مربوط به آن نبوده و در صورت عدم اعتبار قرارداد اصلی، چنانچه شرط داوری معتبر باشد، صلاحیت داور محفوظ است، بنابراین او می تواند ادعای عدم اعتبار قرارداد اصلی را بررسی کند. ولی این قاعده توجیه نمی کند که چرا در مواردی که ادعای عدم اعتبار دقیقاً ناظر به خود شرط داوری است، باز داوران جهت رسیدگی به این ادعا صالح اند. به نظر می رسد که توجیه این امر، منطقی فقط با قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت ممکن باشد» (جنیدی، ۱۳۷۸: ۶۸).

تنها حوزه کارکرد و مداخله این دو اصل را می توان درجایی دانست که اصل استقلال شرط داوری پذیرفته شود و طرف مقابل ادعایی را صرفاً نسبت به قرارداد اصلی (و نه شرط داوری ضمن آن) مطرح سازد و این ایراد مختص به خود قرارداد اصلی باشد (مانند آنکه یکی از طرفین ادعای مجهول بودن مبیع را نماید). در چنین فرضی چنانچه داوری رأی به عدم اعتبار قرارداد اصلی دهد شرط داوری ضمن آن که داوری صلاحیت خویش را از آن کسب می نماید از رأی داوری مبنی بر بی اعتباری قرارداد اصلی مصون خواهد ماند و بدین ترتیب با آن دور باطل که رأی داوری در عینبی صلاحیتی وی صادر شده مواجه نخواهیم شد. باین حال قاعده مذکور پیوندی با اصل استقلال شرط داوری ندارد.

نظرات موافقان و مخالفان اصل استقلال شرط داوری

در توجیه اصل مذکور موافقان استقلال شرط داوری دلایل متعددی را ابراز می نمایند من جمله اینکه، توافق طرفین درخصوص ارجاع به داوری اصولاً جدا و مستقل از توافق آنها در ارجاع اختلاف به داوری می باشد چراکه مربوط به امورشکلی رسیدگی است و از امور ماهوی و حقوق طرفین نمی باشد. در همین راستا گفته شده: «زمانی که طرفین یکتوافقنامه شرط داوری را در ضمن یک توافق دیگر درج می نمایند، نه یک قرارداد بلکه دو توافق نامه منعقد می نمایند» (Smith, ۲۰۰۲: ۳). درواقع شرط داوری یک قرارداد خصوصی نیست بلکه یک قرارداد مربوط به آییندادرسی مدنی است، لذا در صورتی که ضمن یک قرارداد حقوق خصوصی درج شود، شرط مزبور یک قرارداد جداست که ارزش جداگانه دارد (شیخ محمدی، ۱۳۹۲: ۶۰). بر این اساس هنگامی که طرفین در ضمن یک قرارداد شرط داوری رامی گنجانند، شرط داوری تا جایی که مربوط به روند رسیدگی و ناظر به امور شکلی است به عنوان قراردادی علی حده محسوب خواهد شد که جدا و مستقل از قرارداد اصلی است و از وجود یا نقص قرارداد اصلی تأثیری نمی پذیرد (smith, 2004, 3)

عده ای دیگر استقلال شرط داوری را مطابق با قصد صریح یا ضمنی طرفین می دانند که بر اساس آن طرفین می خواهند تمامی اختلافات میان آن دو، حتی اختلافات مربوط به صحت قرارداد اصلی نیز توسط مرجع داوری حل و فصل شود پس صلاحیت داور به داوری ناشی از قصد طرفین بر این امر است (شیروی، ۱۳۹۱: ۹۴). همسو با این نظر، عده ای معتقدند که شرط داوری یک شرط ترغیبکننده میباشد. بدین معنی که طرفین باوجود چنین شرط به انعقاد قرارداد ترغیب شدهاند تا در صورت بروز اختلاف میان آنها حتی در فرضی که قرارداد اصلی باطل باشد داور بتواند اظهارنظر کند (شیخ محمدی، ۱۳۹۲: ۵۹). این نظر در رأی معروف به لوزینجر نیز به چشم می خورد. توضیح آنکه، در دوم مارس ۱۹۲۹ قراردادی بین شرکت لوزینجر و دولت مستقل بخش پوزارواچ برای احداث خط راه آهن منعقد گردید. این قرارداد که به تصویب وزارت دارایی یوگسلاوی بود، رسیده بود متضمن چنین شرط داوری بود:

«هرگونه اختلاف نظر یا اختلاف که ممکن است بین طرف های متعاقد در رابطه با اجرا یا، تفسیر شروط و قیود این قرارداد باشد و طرفین متعاقد نتوانند به یک حل و فصل دوستانه دست یابند، از طریق داوری اجباری حل و فصل خواهد شد» در سی ام جولای ۱۹۳۴ حکومت سلطنتی یوگسلاوی با تدوین یک قانون، قرارداد منعقد با لوزینجر را باطل اعلام کرد. مطابق با ماده ۲۴ آن قانون «دعاوی علیه کشور تنها نزد محاکم عادی این کشور قابل طرح است.»

دولت یوگسلاوی در مقابل شرکت سوئیسی لوزینجر به این امر استناد نمود که چون قرارداد اصلی باطل است و شرط داوری جزئی از قرارداد است پس به تبع بطلان قرارداد شرط داوری نیز کان لم یکن تلقی می شود. متعاقباً دادگاه فدرالسوئیس که سمت سر داور را بر عهده داشت عنوان نمود که: «مبنای لغو قرارداد (اصلی) هرچه باشد، نظر اولیه طرفینچنین بوده است که اختلاف های راجع به این گونه مسائل، یعنی موجه بودن یا نبودن الغای قرارداد، از طریق مراجعه به داوری فیصله یابد» (به نقل از اسکینی، ۱۳۸۳: ۱۰) بااین حال عده ای نیز، اگرچه مبنای استقلال شرط داوری را اراده طرفین می دانند ولی معتقدند که این اراده باید احراز گردد؛ به عبارت دیگر در مورد هر قرارداد باید بررسی شود که آیاطرفین استقلال شرط مذکور را اراده کرده اند یا که نه (همان).

هم چنین در توجیه دیگر ممکن است گفته شود چنانچه شرط داوری را تابع عقد بدانیم داور صلاحیت رسیدگی بهصحت قرارداد اصلی را ندارد. چراکه اگر استقلال شرط مزبور رد شود و داور رأی به بطلان قرارداد اصلی دهد با اینایراد روبرو خواهد شد که اختیار خود او ناشی از عمل حقوقی باطلی بوده پس رأی صادرشده در عین بی صلاحیتی وی صادرشده است و بدین ترتیب دور که توسط حقوق دانان خارجی تحت عنوان پارادوکس مطرح می شود حاصل خواهدشد. درعین حال باید دانست توجیه اخیر با دلایلی که گفته شد موجه نمی باشد. موضوع مزبور تحت عنوان اصل دیگری تحت عنوان صلاحیت نسبت به صلاحیت مطرح خواهد گشت که جدا از استقلال شرط داوری است. از دلایل دیگر در این زمینه این است که اگر بنا باشد با فسخ قرارداد اصلی شرط داوری هم از بین برود دیگر فایده ای برای درج این شرط در قرارداد متصور نخواهد بود و بیهوده و لغو خواهد بود. شرط مذکور برای حل و فصل اختلافات در آناوضاع واحوال پیش بینی شده و برای تسویه اختلافات آینده زنده بماند تا از زیان دیده در برابر پیمان شکن حمایت نماید .

هم چنین با قبول استقلال شرط مذکور از سوءاستفاده های احتمالی طرف مقابل جلوگیری خواهد شد؛ به عبارت دیگر چنانچه نظر به تبعیت شرط داوری از عقد داده شود این امکان همیشه برای طرف مقابل وجود دارد تا طرح ادعاهای واهی در خصوص اینکه قرارداد از ابتدا باطل بوده یا بعداً منحل شده موجب ایجاد وقفه در داوری شود و این امر باهدف داوری که سرعت در رسیدگی می باشد

در تعارض است و همچنین هزینه و زحمت رجوع به محاکم را در بر خواهد داشت (صلح چی، ۱۳۸۹: ۲۵۴). اگر این امر پذیرفته شود که یکی از طرفین می تواند در هر مرحله و زمانی با رجوع به محاکم اقدام به طرح چنین ادعاهایی نماید و سپس محاکم مکلف به بررسی ادعای مطروحه باشند، این امر با فلسفه داوری که سرعت و محرمانگی است در تعارض است در حالی که طرفین به وضوح خواستار چنین مداخله ای از سوی ندادگاه بوده اند .

عده ای نیز مبنای استقلال شرط داوری را رویه مادی بین المللی می دانند که توسط بسیاری از کشورها پذیرفته شده و جوابگوی نیازهای تجاری بین الملل است. این اصل در حوزه حقوق بازرگانی تحت عنوان عرف های تجاری شناخته می شود. عده ای نیز تنها توجیه استقلال شرط داوری را فایده عملی می دانند که بر آن مترتب است. مطابق با این نظریه طرفین با توافق داوری معمولاً قصد می کنند که هرگونه اختلافی که به طریق دیگری قابل حل و فصل نیست، از جمله اختلافات راجع به اعتبار قرارداد را از طریق داور حل و فصل نمایند. بر این نظر نیز ایراد وارد شده است که این حرف زمانی میتواند صحیح تلقی شود که قرارداد اصلی صحیح باشد. اگر به جهت مخدوش بودن قصد قرارداد اصلی باطل باشد تمسک به قصد ضمنی طرفین برای اثبات استقلال شرط نیز بالطبع باطل خواهد بود. همچنین: «این ادعا که نیزما در اینجا با دو قرارداد جداگانه روبرو هستیم که طرفین منعقد کرده اند و با از میان رفتن یکی (قرارداد اصلی) دیگری زنده می ماند توجیه کننده اصل استقلال نیست بلکه طریق ساده ای برای بیان آرزویی است که میل داریم به آن برسیم» (اسکینی، ۱۳۸۳: ۱۵). در واقع مطابق با تئوری اخیر، اگر استقلال شرط داوری پذیرفته می شود این تنها به خاطر جلوگیری از مشکلات عملی است که روند داخلی را مختل خواهد نمود .

در طرف مقابل مخالفان استقلال شرط داوری بر این عقیده اند که بر اساس اصول کلی شرط تابع عقد و جزئی از آن است و با زوال اصل، فرع نیز منحل خواهد شد. بدین ترتیب با اعلام بی اعتباری قرارداد اصلی شرط داوری ضمن آن نیز منحل خواهد شد (Schwebel, 1987, 11) مطابق با این نظر، مشروعیت شرط داوری ناشی از قرارداد اصلی است پس با بطلان عقد اصلی شرط داوری ضمن آن از بین خواهد رفت (شیروی، ۱۳۹۱: ۹۴). در واقع مطابق با نظر اخیر شروطی که مربوط به حل و فصل اختلافات در یک قرارداد از شروط ماهوی قراردادی که شرط داوری ضمن آن شده متفاوت نبوده و مختلف نمی باشند (Smith, 2004, 9) گفته شده: «اگر توافق در خصوص تعهد به ارجاع اختلاف ناشی از یک قرارداد به داوری در قرارداد وجود داشته باشد ولی آن قرارداد غیر معتبر باشد یا دیگر نفوذ حقوقی نداشته باشد، تعهد به داوری که ضمن قرارداد آمده از بین خواهد رفت و اگر قراردادی هرگز به وجود نیامده پس شرط داوری از اول وجود نداشته و اگر قرارداد از ابتدا نامعتبر بوده شرط داوری ضمن آن

نیز نامعتبر بوده» (همان). پس همان طور که شروط ماهوی با انحلال قرارداد از بین می روند شرط داوری نیز با بطلان قرارداد یا انحلال بعدی قرارداد اصلی نیز از بین خواهد رفت. هم چنین اینکه گفته شود طرفین دو قرارداد منعقد نموده اند یکی قرارداد داوری و دیگری قرارداد اصلی منطقی نمی باشد چراکه طرفین به وضوح هم چنین قصدی نداشته اند. پس دادگاه باید به صحت قرارداد اصلیرسیدگی نماید. بعلاوه رسیدگی داوری استثنایی بر رسیدگی محاکم است و در صورت شک باید به اصل اولیه رجوع شود که صلاحیت مراجع قضایی است .

نظریه استقلال شرط از عقد

بر اساس این نظر، اگرچه حیات شروط علی الاصول وابسته به عقد اصلی می باشد و در این مورد هماهنگ با نظریات مبتنی بر تبعیت عقد است، ولی شروط در مواردی وجود اعتباری جدا از عقد اصلی دارند و حیات خود را وام دار عقد اصلی نمی باشند. می توان نفوذ نظریه اخیر را در موارد متعدد و پراکنده کتب فقهی و حقوقی مشاهده نمود که به برخی از آنها اشاره مینماییم. به عنوان مثال دکتر محقق داماد در ایراد به نظریه مشهور فقیهان که شروط ضمن عقد فاسد رابه دلیل انحلال شرط که جنبه تبعی دارد لازم الوفاء نمی دانند عنوان می دارند: «...نمی توان نظر مشهور را به صورت کلی و مطلق پذیرفت و در این خصوص باید برای عقود فاسد قائل به تفصیل شد» (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۳۶۴) ایشان در ادامه دلایل فساد عقد را به دو قسمت تقسیم می نمایند. دلایلی که مشترک میان شرط و عقد می باشند و دلایلی که اختصاص به عقد دارند. در خصوص دلایل نوع اول که مشترک میان شرط و عقد است باشد، شرط نیز به تبع بطلان عقد باطل خواهد بود، مانند آنکه بعد از عقد معلوم شود که یکی از طرفین فاقد اهلیت بوده یا فاقد قصد انشاء بوده است. درعین حال در مواردی که فساد عقد به دلیلی است که انحصار در خود عقد دارد و نه شرط (مثل مستحق للغیردرآمدن مبیع،) قائل به تفصیل شده میان شروط شده اند و عنوان می دارند شروطی که طبیعتاً در بستر عقد معنا پیدامی کنند و به تعبیری شروطی که مربوط به شئون عقد می باشند اعم از آنکه شرط صفت، فعل یا نتیجه باشند، با فساد عقد منحل خواهند شد (همان: ۳۶۴). نظیر اینکه در عقد شرط شود که مبیع بیمه شود یا از طریق دریا حمل گردد یا مالک مساحت معین داشته باشد یا دستگاه گرمایشی ساختمان خارجی باشد .

درعین حال شروطی وجود دارند که میتوانند موضوع تعهد مستقل قرار گیرند مانند فروش منزلی که ضمن آن شرط شود خریدار که خیاط مهمی است لباس امسال عید فروشنده را بدوزد. در این مثال هیچ شک و تردیدی وجود ندارد.

که طرفین می توانند انجام عمل توسط خریدار را باتوجه به اصل آزادی قراردادی و به رسمیت شناخته شدن قراردادهای خصوص مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی به صورت قراردادی مستقل انشاء نمایند (برخلاف نظر مشهور فقهی که شرط ابتدایی را بطل می دانست)؛ اما در مثال اخیر ایشان عنوان می دارند: «پاسخی که به نظر می رسد این است که اگر شرط ابتدایی را باطل بدانیم بدین معنا که فقط شرطی را لازم الوفاء بدانیم که در ضمن عقدی باشد، بیتردید بافساد عقد شرط فاسد خواهد بود؛ اما اگر شروط ابتدایی را تحت عنوان شروط مستقل صحیح بدانیم میتوان گفت که شرط استقلال دارد، مگر آنکه قرینه ای بر وابستگی وجود داشته باشد و در مثال بالا چون بی تردید شرط در محاسبه ارزش عوضین مؤثر بوده، قرینه بر وابستگی وجود دارد. ولی در مواردی که قرینه ای بر وابستگی نیست و یا بالعکس قرینه بر عدم وابستگی وجود دارد، شرط را می توان لازم الوفاء دانست» (همان: ۳۶۴-۳۶۵)

ایشان در ادامه عنوان می دارند: «فرض روشن مسئله استقلال وقتی است که طرفین به طور صریح شرط را برای فرضفساد عقد منظور کرده باشند، یعنی در ضمن عقد، ضمانت اجرایی برای فرض فساد عقد به صورت اشتراط منظور کرده باشند. به نظر چنین شرطی لازم الاجرا است... برای مثال... در ضمن عقد بیع زمینی مثلاً در مازندران خریدار نسبت به وضعیت سند زمین تردید و دغدغه خاطر دارد، دغدغه ای که برای رفع آن مدت زیادی لازم است و در فرض کشفبطلان، قیمت روز زمین تفاوت فاحشی خواهد داشت. مشتری نگران است که اگر زمین مال غیر درآید دادگاه پرداخت اصل ثمن المسمی کند و از این رهگذر خسارت زیادی بر وی وارد گردد. لذا در ضمن عقد شرط می کند که در فرض مستحق للغير درآمدن مورد معامله فروشنده ملزم است که به قیمت روز قیمت زمین را به خریدار بپردازد. پس از مدتی معلوم می شود که مبیع مستحق للغير است. به نظر می رسد بنا به توضیحات فوق دادگاه باید به موجب شرط برای تعیین قیمت روز تعیین کارشناس کند و مشتری را ملزم به پرداخت آن سازد؛ زیرا چنین تعهدی عرفاً مستقل تلقیمی شود و وابستگی غیرقابل انفصال با عقد ندارد؛ به عبارت دیگر، این گونه شروط را می توان قراردادهای مستقل تلقی کرد، زیرا اراده طرفین بر آن تعلق گرفته و با توجه به فرض بطلان عقد به آن ملتزم شده اند» (همان: ۳۶۵).

سید محمد کاظم یزدی نیز صراحتاً در پاسخ سؤالی در این زمینه چنین فتوا داده اند: «سؤال ۲۷۸: در ضمن عقد لازم شرط می کند که هرگاه مبیع مستحق للغير درآید (مبیعی که در عقد سابق به او منتقل کرده) الی پنجاه سال پنجاه تومان مثلاً مشغول ذمه باشد از برای مشتری و مجانا به او بدهد. آیا ظهور استحقاق غیر در مبیع در مدت مزبوره، مشروط علیه مشغول ذمه می شود یا خیر؟ و اگر فوت شود مشروط علیه، از ترکه او حق دارد که مشروط له بردارد؟

جواب: بلی، ظاهر صحت شرط مذکور است و عند خروجه مستحق للغير ذمه مشروط علیه مشغول می شود و با فوت اوباید از ترکه او اخراج شود مثل سایر دیون. بلی، مشروط له بدون اذن ورثه نمیتواند بردارد مگر آنکه مماطله کنند یا جاهل باشند که در این صورت می تواند از باب تقاص بردارد، لکن احوط استیذان از حاکم شرع است» (به نقل از همان: ۳۶۶).

مرحوم محمدتقی بهجت در همین راستا عنوان داشته اند: «اگر شرط کرد در ضمن مضاربه، بر عامل، مضاربه در مال دیگر مالک را با اخذ بذاعتی از مالک با قرض دادن یا خدمت نمودن برای مالک، یا به عکس، پس اگر واقعاً و لبا تابع عقد مضاربه باشد، در صحت و جواز تبعیت دارد و به فسخ مضاربه، منفسخ می شود از زمان فسخ و اگر عمل نموده و ربح ظاهر شده، مستحق حصه می شود تا آن زمان؛ و شرط مالکیت مالی به نحو شرط نتیجه، در صورت استقلال واقعی (بنابر صحت آن) محلی برای سقوط به فسخ عقد مضاربه در آن نیست و اگر مستقل واقعی بود و درواقع ابتدایی بوداگرچه در ضمن عقد مضاربه واقع شده باشد، پس در سقوط، به رجوع در مضاربه و فسخ آن تبعیت ندارد و لزوم آن بنا بر صحت شرط ابتدایی مطلق، یا در ضمن عقد دیگری که ثبوتاً تبعیت داشته باشد نه در سقوط بیوجه نیست» (بهجت، بی تا: ۱۹).

از این سخن می توان دریافت که شرط می تواند ضمن عقد و مستقل از آن باشد .

عده ای از حقوقدانان نیز به دیده تردید به وجود شروط مستقل مینگرند. مرحوم دکتر شهیدی در بیان وابستگی شرطبه عقد عنوان میدارند که: «شرط ماهیت اعتباری مستقل ندارد، بلکه ماهیتی وابسته به عقد دارد. به همین جهت، وضعیت حقوقی آن اساساً وابسته به عقد مشروط است... در صورتی که عقد مشروط یکی از شرایط صحت خود را دارانباشد، عقد باطل است و شرط نیز به تبع آن باطل خواهد بود؛ زیرا شرط متکی به وجود عقد است و ممکن نیست اصل وجود حقوقی نداشته باشد، ولی فرع آن دارای هستی حقوقی باشد. همچنین هرگاه عقد مشروط غیر نافذ باشد (مثلاً معامله فضولی) شرط ضمن آن نیز نمی تواند ماهیت حقوقی نافذی داشته باشد» (شهیدی، ۱۳۹۳: ۲۳).

ایشان هم چنین در مقام وابستگی شرط در ادامه حیات حقوقی خود عنوان می دارند: «اما هم چنان که در مرحله پیدایش، شرط وابسته به عقد است و نمی توان برای شرط وجود حقوقی مستقل از عقد تصور کرد، در ادامه حیاتحقوقی نیز این وابستگی وجود دارد یعنی، اگر عقد مشروط به جهتی در اثنا منحل گردد، شرط ضمن آن نیز منحل می شود؛ مثلاً اگر زمینی فروخته شود، به شرط اینکه خریدار برای فروشنده ساختمانی مطابق نقشه معین بسازد و سپس معامله مزبور با حق فسخ یکی از دو طرف یا به وسیله اقاله منفسخ شود، شرط مندرج در آن نیز از بین خواهدرفت و خریدار از قد تعهد احداث ساختمان برای فروشنده آزاد خواهد شد» (همان: ۹۱). باین حال ایده شرط مستقلاز نظر ایشان دور نمانده و درجایی دیگر در پاسخ به سؤال زیر این چنین اظهار نظر کرده اند :

«سؤال: ...ضمن فروش یک قطعه باغ، بر بایع شرط می شود که اگر مبیع متعلق به غیر درآید و معلوم شود بایع مأذون در فروش آن نبوده است و مالک معامله را رد کند، بایع علاوه بر رد ثمن، یک میلیون ریال به خریدار بدهد... پس از عقد، شخص ثالثی ضامن بایع نسبت به یک میلیون ریال مذکور می شود. به نظر شما، در صورت کشف تعلق مبیع به غیر وعدم اذن مالک و رد معامله به وسیله او... آیا خریدار استحقاق مطالبه مبلغ یک میلیون ریال را از بایع یا ضامن دارد یا خیر؟ پاسخ: با توجه به اینکه در صورت کشف تعلق مبیع به غیر و عدم اذن مالک نسبت به تشکیل این عقد و رد معامله به وسیله مالک در حقیقت، بیع مذکور محکوم به بطلان خواهد بود، زیرا همان طور که میدانیم مطابق قانون، رد معامله فضولی مو جب بطلان عقد خواهد بود، در نتیجه، شرط مندرج ضمن چنین عقدی نیز شرط مندرج ضمن یک عقد باطل محسوب خواهد شد که مانند عقد باطل مشروط، فاقد اعتبار تلقی می شود؛ بنابراین: ...التزام بایع به پرداخت مبلغ یک میلیون ریال علاوه بر رد ثمن باید قاعدتاً منتفی باشد که در نتیجه آن، دین مربوط به یک میلیون ریال تبعاً برعهده ضامن نیز قرار نخواهد گرفت. پس خریدار نمی تواند پس از کشف بی اعتباری معامله مبلغ یک میلیون ریال را نه از بایع و نه از ضامن او مطالبه کند. مگر اینکه شرط مزبور را حمل بر تعهد مستقل کنیم و معتقد شویم که التزام به پرداخت یک میلیون ریال در صورت کشف فساد معامله، یک نوع التزام مستقل غیر وابسته به بیع است که اعتبار خود را در اثر انشاء مستقل به دست میاورد، نه اینکه اعتبار خود را از معامله مذکور کسب کرده باشد. اگر این وضعیت را بپذیریم، روشن می شود که حتی پیش از کشف فساد بیع، ذمه فروشنده نسبت به پرداخت یک میلیون ریال مذکور در واقع در برابر خریدار اشتغال پیدا کرده، با ثبوت این مذکور بر عهده فروشنده، ضامن شدن دیگری نسبت به این دین نیز باید صحیح دانسته شود که در این فرض خریدار می تواند به ضامن برای مطالبه یک میلیون ریال مراجعه کند» (همان: ۱۸۰-۱۷۹). از گفته فوق به خوبی نمایان است که ایشان نظر به امکان وجود شروط مستقل داشته اند یا حداقل این فرض را رد ننموده اند.

مرحوم دکتر کاتوزیان نیز در بیان تبعیت شرط از عقد عنوان می دارند: «در صورتی که پیمانی به چهره شرط درآید، بقاء و انحلال آن تابع عقد اصلی می شود. پس اگر عقد به سببی فسخ یا اقاله شود یا مدت آن پایان یابد تعهد ناشی از شرط نیز از بین می رود، مگر در مواردی که انحلال شرط نیازمند اسباب و تشریفات خاص باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۲۶).

هم چنین از نتایج دیگر تابعیت شرط این است که اگر ثابت شود عقد اصلی از آغاز باطل بوده است، شرط هم بی اثر می شود، هر چند که به خودی خود تمام شرایط صحت معامله را نیز دارا باشد (همان: ۱۲۷-۱۲۸). بالاین حال ایشان درجایی دیگر و در پاسخ به این سؤال که: «آیا قصد مشترک می تواند شرطی را که در عقد جایز آورده است خارج از مفاد عقد نیز الزام آور کند» (همان: ۱۲۹)، چنین پاسخ

داده اند: «...ظاهر از شرط کردن ضمن عقد جایز این است که مفاد شرط تابع عقد باشد و با انحلال آن از بین برود. این ظاهر، بهعنوان اماره قضایی ناشی از طبیعت عقد، همیشه دربرابر مدعی لزوم شرط قابل استناد است و ادعای بقای شرط امری است که باید اثبات شود. پس سؤال اصلی این است که اگر در عقد جایز بیاید که در صورت فسخ عقد نیز مفاد شرط باید اجراء شود یا از قرائن بتوان وجود چنین التزامی را به طور ضمنی استنباط کرد، آیا وفای به شرط لازم است؟ احراز این خواست مشترک نشان می دهد که شرط درواقع تعهدی مستقل یا ابتدایی است که علاقه و ارتباط لازم را با عقد ندارد. پس اعتبار آن تابع بحث ((شروط ابتدایی)) است...» (همان: ۱۳۰).

ایشان هم چنین در کتابی دیگر و تحت عنوان این مبحث که آیا طرفین می توانند در باب تشدید یا تخفیف ضماندرک شروطی را در قرارداد بگنجانند، به صورت مختصر به این امر اشاره می نمایند که: «ممکن است گفته شود، بیعمالی که به فروشنده تعلق ندارد فاسد است و به همین جهت شرطی هم که ضمن عقد فاسدی گنجانیده شود اثر ندارد؛ بنابراین، در صورتی که مبیع مال دیگری درآید، معلوم می شود که عقد از ابتدا باطل بوده است و شرایطی که به عنوان عقد تبعی در آن آمده نافذ نیست و هیچ تغییری در الزام فروشنده به پس دادن ثمن و جبران خسارت خریدار نمی دهد. ولی باید این نکته را در نظر داشت که دلیل سرایت بطلان عقد اصلی به شرط این است که به طور معمول دو طرف می خواهند شرط را تابع عقد و از فروع آن شمارند. در این فرض که خریدار و فروشنده مایل اند برای حالتی که مبیع باطل می شود روابط خود را تنظیم کنند و از بار مسئولیت یکدیگر بکاهند یا بر آن بیفزایند، توافق آنان تابع عقد قرار نمی گیرد و هرچند که به صورت شرط نیز در عقد بیاید، خود قراردادی است که با آثار ویژه ای که دارد باید بررسی شود. پس به این بهانه که مفاد شرط ناظر به موردی است که بطلان عقد به اثبات رسیده، نباید از بررسی آثار این گونه شروط غافل ماند» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۲۹).

عده ای دیگر از حقوق دانان با صراحت بیشتری شروط مستقل را به رسمیت شناخته اند که اینک به صراحت شروط رابه دو قسم مستقل و وابسته تقسیم می نمایند (ره پیک، ۱۳۹۳: ۴۰). درواقع: «ممکن است شرط به صورت وابسته و یا با ماهیت مستقل، در ضمن عقد قرار گیرد. مقصود از شرط وابسته، شرطی است که در صورت انتزاع از عقد، شرط ابتدایی تلقی می شود، مانند یک تعهد یک طرفه. چنین شرطی خارج از عقد و بی اعتبار است و تنها در صورتی که ضمن عقد، انشاء شود معتبر و الزام آور است؛ اما گاه یک عمل مستقل، مانند وکالت یا ابرای دین، به صورت شرط ضمن عقد، منعقد می شود. چنین شروطی صرف نظر از عقد اصلی، دارای هویتی مستقل و دارای اعتبار می باشند. نکته قابل توجه آن است که احکام و مسائل شروط ضمن عقد در قانون مدنی بر اساس شروط وابسته تنظیم شده است و شروط

مستقل، مورد توجه نویسندگان قانون مدنی نبوده اند اگرچه بسیاری از احکام شروط در این نوع از شرط نیز جریان دارد. دیلاستنباط فوق آن است که اولاً فلسفه تدوین باب شروط ضمن عقد، پیشنهاد راه حلی برای معتبر نمودن و الزامی کردن شروط خارج از عقد (شروط ابتدایی) بوده است. ثانیاً برخی از احکام باب شروط، به عنوان یک قاعده کلی، تنها در شروط وابسته جریان دارد. به طور مثال، عدم بطلان شرط مجهول (مفهوم ماده ۲۳۲) به شروط وابسته که امری فرعی، غیرمستقل و تسامحی تلقی می شوند اختصاص دارد. در حالی که شروط مستقل، مانند یک عقد از نظر شرط معلوم بودن، احکام خاص خود را دارند و نمی توان به طور کلی کفایت علم اجمالی را در مورد آن ها پذیرفت. به طور مثال اگر اجاره ای در ضمن یک عقد بیع منعقد شود، به دلیل مغابنی بودن اجاره، این شرط باید معلوم التفصیل باشد. در مقابل، شروط فعلی، صفت و نتیجه در عقد اصلی، امری فرعی وابسته تلقی می شوند که علم اجمالی در آن ها کفایت می کند» (همان: ۴۱-۴۰)

به نظر می رسد نظریه اخیر مقرون به واقع باشد. در واقع شروط اگرچه ماهیتی تبعی و فرعی دارند، اما این امر مانع از آن نخواهد شد که اراده طرفین نتواند شرط را به عنوان موجودی مستقل در نظر بگیرد. کاربرد شروط ضمن عقد در گذشته برای فرار از دیدگاهی بوده که نظر به عدم لزوم شروط ابتدایی داشته است؛ اما اکنون که اراده اشخاص می تواند شروط ابتدایی را به عنوان قراردادی خصوصی منعقد نماید، چرا این اراده نتواند وجودی مستقل برای شرط قرار دهد. آنچه به نظر می رسد این است که از لحاظ نظری می توان برای شروط حیاتی مستقل از عقد اصلی در نظر گرفت. با این حال مطالعه قانونی مدنی به عنوان قانون مادر در این راه لازم به نظر میرسد تا مشخص گردد که این نظریه مخالفتی با قانون دارد یا میتواند در نظام حقوقی کنونی مورد پذیرش قرار گیرد.

نتیجه گیری

به عنوان نتیجه گیری موضع قانون مدنی و فقه امامیه را در این موضوع مورد توجه قرار می دهیم.

موضع قانون مدنی: قانون مدنی حکم صریحی در باب تبعیت شروط ضمن عقد از عقد اصلی در حیات ندارد. با این حال ماده ۶۴۲ قانون مدنی اصلی را انشاء می نماید که از ملاک آن تبعی بودن شروط برمیآید. به موجب ماده اخیر: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که ضمن آن شده است باطل میشود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می تواند عوض او را از مشروط له بگیرد» در این ماده تنها به دو حالتی که عقد منحل می شود اشاره شده و به حالت بطلان عقد و انفساخ اشاره نشده است. با این حال همان طور که گفته شده از ملاک ماده به خوبی وصف تبعی بودن شروط قابل استنباط است (صفایی ۱۳۸۹،: ۲۰۰ و قاسم زاده و

همکاران ۱۳۹۳، ص: ۱۰۰) و می توان انحلال عقد در اثر انفساخ و بطلان عقد را بر آن افزود. جدا از این سؤال که چرا قانون مدنی شرط ضمن عقدی را که بعداً منحل می شود باطل قلمداد می کند درحالی که شرط تا زمان انحلال عقد پابرجا بوده و نفوذ حقوقی داشته، این سؤال به میان می آید که آیا قانون مدنی به صورت مطلق دیدگاه استقلال شرط را رد نموده و همیشه حیات شرط را وابسته به عقد اصلی می داند؟

دکتر حسن ره پیک در این خصوص، فسخ، اقاله و انفساخ را از بطلان عقد تفکیک می نمایند و عنوان می دارند: «به نظرمی رسد... لازم است بین حالتی که شرط قبل از انحلال عقد، اجرا شده و حالتی که هنوز شرط اجرانشده است، تفاوت قائل شویم. در صورتی که شرط، اجرا شده باشد، اجرای شرط، صحیح است و با اجرا، شرط ساقط می شود؛ بنابراین، با انحلال عقد، انتفاء و بطلان شرط بی معناست، زیرا شرط به عنوان یک عمل حقوقی، با شرایط قانونی منعقد و در زمان حیات شرط خود اجرا شده است... اما اگر شرط ضمن عقد، هنوز اجرانشده و عقد منحل می شود، باید بین شروط وابسته و مستقل تفکیک شود. چنانچه شرط از جمله شروط وابسته باشد... با انحلال عقد شرط نیز از زمان انحلال عقد منتفی می شود. ماده ۶۴۲ در این حالت، اعتبار شرط را به بطلان تعبیر کرده است که به نظر می رسد تعبیر دقیقی برای این نوع شرط نباشد، چراکه شرط ضمن عقد تا قبل از انحلال عقد، صحیح و دارای آثار بوده است و آثار انحلال عقد به گذشته سرایت نمی کند، لذا شرط نیز از زمان انحلال عقد، بی اثر خواهد شد... اما اگر شرط اجرانشده، از نوع شروط مستقل باشد، مانند عقد وکالت، انحلال عقد تأثیری بر صحت شرط ندارد، زیرا شرط از نظر شرایط صحت و اعتبار، استقلال دارد و با فسخ و انفساخ عقد اصلی از بین نمی رود» (ره پیک، ۱۳۹۳: ۱۱۵). در واقع دلیل این امر از دید ایشان این است که احکام قانون مدنی همان طور که گفته شد، با توجه به شروط وابسته تنظیم شده اند که دلالت تبعیت ماده ۲۴۶ قانون مدنی نیز به همین منوال می باشد (همان: ۴۱) و شروط مستقل هم چنان به حیات خود ادامه خواهند داد چراکه این شروط «... علاوه بر حیثیت شرط بودن، حیثیت دیگری (ماهیت عمل حقوقی خاص) نیز دارند.»

ایشان هم چنین در باب بطلان عقد مذکور عنوان میدارند: «... ظاهراً در این حالت تفاوتی بین اجرای شرط و عدم اجرای آن وجود ندارد، زیرا با بطلان ابتدایی عقد، انشای ضمنی آن نیز از بین می رود. به نظر می رسد، در حالت بطلان عقد، بتوان بین شروط وابسته و مستقل تفکیک نمود. در مورد شرط وابسته، باید شرط را به تبع بطلان عقد، باطل بدانیم، زیرا شرط، هویت مستقلی ندارد و با باطل شدن عقد، وجهی برای بقای شرط وابسته وجود ندارد؛ اما در خصوص شروط مستقل، به راحتی نمی توان به بطلان، حکم نمود. در این مورد با توجه به استقلال شرایط صحت و اعتبار شرط باید علت بطلان عقد بررسی شود. چنانچه علت بطلان عقد اصلی، در شرط مستقل نیز وجود داشته باشد، شرط نیز باطل است، در غیر این صورت، حکم به بطلان شرط، از این جهت صحیح نیست. به طور مثال، ممکن است

درضمن عقد بیع، عقد وکالتی شرط شده باشد. اگر دلیل بطلان عقد، جنون یکی از طرفین بیع باشد، وکالت نیز...باطلمیگردد؛ اما اگر عقد بیع به دلیل غرری بودن، باطل شود، دلیلی بر بطلان وکالت وجود ندارد مگر آنکه وکالت به جهت دیگری وابسته به عقد اصلی باشد، مانند آنکه موضوع وکالت، مبیع انتقالیافته بوده که با بطلان عقد، وکالت فاقد موضوع می گردد...البته، درهرحال، در مواردی که شرط مستقل باطل نمی شود، آثار شرط بودن را از دست می دهد و تنها به حیث استقلال خود دارای آثاری خواهد بود»(همان: ۱۱۵-۱۱۷).

دکتر محقق داماد در راستای نظر خویش بر وجود شروط مستقل عنوان داشته اند: «...به نظر می رسد ماده فوق (ماده ۲۴۶ قانون مدنی) را باید حمل بفرضی کرد که شرط در بستر عقد معنا داشته باشد و یا تصریح نشده باشد که مورد درخواستی از سوی مشروط له عمل به شرط در فرض انحلال است، وگرنه چنانچه در ضمن قراردادی انجام عملیبرفرض انحلال مترتب باشد، نمی توان شرط را باطل دانست، مثل آنکه شرط شده باشد در فرض انحلال هزینه های انجام شده پرداخت شود که این گونه شروط را نمی توان باطل دانست»(محقق داماد، ۱۳۹۳: ۳۷۲).

مرحوم دکتر امامی نیز در باب توضیح ماده ۶۴۲ شروط را بر سه قسم، صفت، فعل و نتیجه تقسیم می نمایند. ایشانابتدا در بیان وابستگی شرط صفت عنوان می دارند که: «صفت خواه کمی باشد و خواه کیفی، وجود استقلالی نداردوجودش عرضی و قائم به مورد معامله است. بنابراین در صورتی که در حین اقاله یا فسخ باقی باشد به تبع مورد معامله به مالک قبل از عقد رد می شود و در صورتی که زائل شده باشد هرگاه زوال آن عیب یا تلف بعض شناخته شود عوض آنداده خواهد شد»(امامی، ۱۳۴۰: ۲۹۵). ایشان سپس به بررسی شرط نتیجه می پردازند و می فرمایند: «شرط نتیجه هرگاه حاصل شده باشد، به وسیله اقاله و فسخ معامله، آن نتیجه نیز فک خواهد شد، زیرا معامله اصلی معامله مقیدی است که فسخ و اقاله آن سرایت به معامله فرعی که شرط باشد می نماید، مگر آنکه بر هم زدن نتیجه حاصل از شرط، احتیاج به تشریفات و شرایط خاصه داشته باشد که در زمان فسخ و اقاله موجود نباشد،

مثلاً هرگاه در ضمن فروشگاهانه شرط شود که اتومبیل بایع نیز متعلق به مشتری باشد و پس از معامله خانه، طرفین آن را اقاله نمایند چون بر هم زدن شرط که انتقال اتومبیل است تشریفات و شرایط مخصوصی ندارد و لذا به وسیله اقاله یا فسخ معامله خانه، اتومبیل نیز به مالک قبل از عقد برمی گردد، بالعکس هرگاه در فروش خانه زن بمردی شرط شود که زن زوجه دائمه مرد باشد، به نفس معامله خانه، زوجیت بین آن دو حاصل می شود (بنا بر آنکه صیغه مخصوصی لازم نباشد) ولی اقاله معامله خانه یا فسخ آن موجب انحلال نکاح نخواهد گردید، زیرا انحلال نکاح دائم به وسیله طلاق ممکن می باشد که دارای شرایط و تشریفات

مخصوصی است، بنابراین در مورد مزبور باید پس از اقاله یا فسخ معامله خانۀ، زوجه طلاق داده شود (مستنبط از ماده ۶۴۲ ق.م) (همان: ۲۹۵-۲۹۶).

در وهله آخر در مقام بررسی شرط فعل نیز عنوان می‌دارند: «طبق ماده ۲۴۶» قانون مدنی: «در صورتیکه معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد.» در شرط فعل دو صورت فرض می‌شود:

الف- ملتزم شرط را انجام نداده است- در اثر انحلال معامله اصلی، شرط نیز منحل می‌شود و تعهد به انجام آن ساقط می‌گردد.

ب- ملتزم شرط را انجام داده است- در صورتی که در اثر اقاله یا فسخ معامله اصلی منحل شود... در صورتی که مورد شرط عمل قضائی (حقوقی) باشد، هرگاه آن عمل، جنبه تبعی معامله اصلی دارد مانند آنکه مورد شرط، تعهد مدیون بدادنضامن یا رهن برای ثمن یا در مبیع بوده و رهن و یا ضامن داده شده است، به نفس اقاله و فسخ معامله اصلی، ضمان یارهن منحل می‌شود، زیرا وجود آن دو تابع وجود تعهد اصلی است و تعهد اصلی که ساقط گردید رهن یا ضمانبه خودی خود ساقط می‌شود. در صورتی که آن عمل جنبه تبعی معامله اصلی را ندارد بلکه عمل مستقلی است مانند بیع، اجاره یا هبه به انحلال معامله اصلی شرط منحل نمی‌شود و محتاج به عمل قضائی دیگری است، زیرا مورد شرط مستقلاً به وجود آمده است، اگرچه مانعی ندارد گفته شود هرگاه عودت شرط به وضعیت قبل از انجام احتیاج به تشریفات و شرایط خاصی ندارد، به اقاله یا فسخ معامله اصلی، شرط منحل می‌گردد مانند بیع و اجاره و هرگاه محتاجه تشریفات و یا شرایط مخصوصی باشد برهم زدن آن، عمل قضائی جدیدی را محتاج است مانند آنکه شرط فعل، نکاح یا طلاق بوده و پس از عقد آن شرط انجام شده است. در این صورت نمی‌توان نکاح را برهم زد مگر به وسیله طلاق و همچنین آثار طلاق را نمی‌توان زائل نمود مگر به وسیله رجوع در صورتی که طلاق رجعی و عده مقتضی نشده باشد و به وسیله نکاح جدید، در صورتی که عده منقضی و یا طلاق بائن بوده است. مورد شرط مانند مورد معامله اصلی است، در صورتی که مورد آن موجود نباشد مثل و یا قیمت آن داده خواهد شد.» (همان: ۲۹۷-۲۹۶).

از مجموع نظرات فوق به خوبی برمیآید که حقوق دانان نیز نظر به وجود شروط مستقل داشته اند و بر این دیدگاه نبوده اند که انحلال عقد همیشه با توجه به ماده ۲۴۶ قانون مدنی لزوماً موجب انحلال شرط خواهد شد. در قانون مدنی نیز مواردی به چشم می‌خورد که بعضاً قانون گذار شرط را مستقل از عقد می‌داند. از آن جمله می‌توان به شرط دادن ضامن یا رهن موضوع ماده ۹۷۳ قانون مدنی

اشاره نمود توضیح آنکه هریک از بایع و مشتری ممکن است به خاطر آن چیزی که در ضمن عقد به دیگری منتقل می کنند بر هر یک از آن ها شرط شود که ضامنی دهند یا مالی از اموال خود را در رهن طرف گذارند تا در صورتی که هریک از عوضین مستحق للغير درآمد و مالک بیع را اجازه ننمود، مالی جهت استیفای طلب موجود باشد و طرف مقابل بتواند به شخص ضامن یا مال مرهونه برای استیفای طلب خود رجوع نماید .

در چنین حالتی تبعیت شرط از عقد معنا نخواهد داشت ؛ به عبارت دیگر در این فرض رجوع به ضامن یا استیفاء طلب از مال مرهونه زمانی مصداق پیدا می نماید که مبیع یا ثمن معین مستحق للغير درآمد و مالک بیع را اجازه ننماید در. چنین فرضی بی گمان بیع باطل خواهد بود. حال چنانچه نظر به تبعیت شرط از عقد بنا بر دیدگاه غالب و ملاک ماده ۲۴۶ قانون مدنی داده شود شرط مذکور نیز به تبع بطلان عقد باطل خواهد بود! حال که این تفسیر نقض قرض مقنن خواهد بود. چراکه مقنن هیچ گاه شرطی را اعتبار قانونی نخواهد بخشید که نفوذ حقوقی نداشته باشد .

ممکن است در پاسخ گفته شود که شرط مذکور در ماده ۳۷۹ قانون مدنی از نوع شرط فعل است (دادن ضامن یا رهن)؛ بنابراین چنانچه متعهد وفای به شرط فعل نموده باشد و مالی را به رهن طرف مقابل دهد (و در واقع عقد رهنی با طرف دیگر منعقد نماید) یا ضامنی معرفی نماید (و در واقع شخصی ثالث با طرف دیگر قرارداد عقد ضمان منعقد نماید)، به تعهد خود عمل نموده و عقد ضمان مزبور یا عقد رهن مذکور عقدی جداگانه بوده و با اعلام بطلان عقد و به تبع آن شرط دادن ضامن یا رهن هیچ خللی به این عقد نخواهد رسید. در پاسخ نیز باید گفت، پذیرش ایراد اخیر به این معنا خواهد بود که با انجام شرط تعهد صورت پذیرفته و چنانچه شرط هنوز انجام نشده باشد و مستحق للغير درآمدن عوض مشخص گردد و مالک اجازه نکند دیگر الزام متعهد به شرط امکان پذیر نخواهد بود و شرط مذکور دیگر نفوذ حقوقی نخواهد داشت. این در حالی است که شاید در اغلب موارد اجبار مشروط علیه به دادن ضامن یا رهن زمانی مصداق پیدامی نماید که مستحق للغير درآمدن مشخص شده و مالک بیع را اجازه نکند. در چنین حالتی است که زیان دیده تازه بهمشروط علیه رجوع می نماید تا به عهد خویش وفا نماید و مالی را معرفی نماید یا ضامنی ارائه کند. پذیرش نظر تبعیت در خصوص شرط دادن ضامن یا رهن به این معنی خواهد بود که چنین شرطی همواره بی فایده خواهد بود . چراکه تازمانی که مستحق للغير درآمدن عوض مزبور مشخص نشده که رجوع به ضامن یا مال مورد رهن موردی نخواهد داشت و با مستحق للغير درآمدن مبیع یا ثمن و عدم اجازه مالک بیع باطل خواهد بود و این بطلان از زمان انعقاد عقد مذکور خواهد بود. پس بدین ترتیب شرطی در ضمن عقد گنجانده شده که هیچگاه نفوذ حقوقی نداشته و به تبع عقد همواره باطل بوده و چنانچه اثری بر شرط مذکور بار شود (مانند اجبار به وفای دادن ضامن یا رهن یا فسخ عقد) این

اعمال نیز به تبع عدم اجازه مالک و بطلان عقد، باطل خواهند بود. حال که با این تفسیر چنین شرطی همواره لغو خواهد بود و به شکل توصیه اخلاقی در باب معرفی ضامن یا رهن دادن در خواهد آمد. مسلم است که چنین فرضی هیچ گاه مدنظر مقنن نبوده و از نظر مقنن چنین شرطی مسلم است که بتواند جدای از حیات عقد، به حیات خویش ادامه دهد .

موضع فقه امامیه

به لحاظ فقهی در نگاه اول قاعده تبعیت شرط از عقد با اصل استقلال شرط داوری در تعارض بوده و مانع پذیرش آن است؛ اما آشکار است که عدم پذیرش این اصل به ویژه در داوری های بین المللی نهاد داوری را از اساس متزلزل می سازد؛ لذا جهت توجیه این اصل از دیدگاه فقهی ذکر مطالب ذیل خالی از فایده نیست :

شکی نیست که عقد به موجب اراده متعاقدين انشاء می گردد. طرفین نیز غالباً حقوق و تعهدات ناشی از شرط را همراه حقوق و تعهدات ناشی از عقد خواستارند و این نوع از اراده خود موجب پیدایش قاعده تبعیت شرط از عقد گردیده است؛ اما نکته ای که باید بدان توجه نمود این است که این، وضعیت اغلب قراردادها است؛ لذا چنانچه در موردی اثبات گردد

طرفین خود را به شرط حتی پس از بطلان قرارداد اصلی ملزم دانسته اند این اراده باید محترم شمرده شود. از جمله دلایلی که می توان برای اثبات این ادعا مورد استفاده قرارداد توجه دادن اصل استقلال شرط داوری به قاعده "العقود تابعه للقصود" می باشد. قاعده مذکور بر این معنا دلالت دارد که عقد واقع شده فی مابین متعاملین نفیاً و اثباتاً تابع قصد آن هاست؛ لذا هر آنچه طرفین قصد کرده اند بر آن مترتب می شود. به عبارت دیگر مطابق بیان جناب بجنوردی در القواعد الفقهیه عناوین معاملات و معاوضات جز با قصد و اراده واقع نمی گردند؛ بنابراین تحقق عناوین عقود تابع قصد آن هاست. (بجنوردی، ۴۶۳۱، ج ۳، ص ۱۳۶) اما در اینکه مقصود اصلی از تبعیت در قاعده تبعیت عقد از قصد چیست جناب مکارم شیرازی در کتاب خود القواعد الفقهیه اینگونه پاسخ می دهند: خواه مقصود از تبعیت این باشد که عقد بدون قصد اصلاً تحقق نمی یابد یا اینکه عقد به موجب و قابل و عوض و معوض نیازمند است و یا در حالت سوم (که ظاهراً مراد از قاعده همین حالت سوم است) تحقق عقد از حیث نوع، کم، کیف و شرایط تابع قصد می باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۳۶۹)، همگی این احتمالات زیر چتر این قاعده قرار می گیرند؛ لذا شرطی چون شرط داوری را نیز باید تابع قصد طرفین پنداشت؛ بنابراین چنانچه متعاملین هنگام بنا نهادن شرط داوری ضمن قرارداد بر این عقیده و قصد باشند که داور دارای این صلاحیت باشد که حتی در خصوص بطلان قرارداد اصلی نیز اظهار نظر نماید، صرف نظر از قاعده کلی تبعیت شرط از عقد نمی توان این اراده و قصد

طرفین را نادیده انگاشت؛ لذا مطابق باقاعده تبعیت عقد از قصد در مورد شرط داوری می توان قائل به استقلال آن از قرارداد پایه گشت .

منابع و ماخذ

۱. اسکینی، ربیعا، مبانی نظری اصل استقلال موافقتنامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی، نشریه نامه مفید، مرداد و شهریور ۱۳۸۳، شماره ۴۳؛ قم.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیه، تهران، ۱۳۴۰
۳. جعفریان، منصوره، تاملی بر لایحه داوری تجاری بین المللی (بخش ۵)، مجله مجلس و راهبرد، شماره ۱۷، ۱۳۷۳.
۴. جنیدی، لعیا، قانون داوری تجاری بین المللی از دریه حقوق اسلامی، پژوهشنامه متین، شماره ۱۰، ۱۳۷۸.
۵. دارایی، محمدهادی، مقدمه ای بر داوری تجاری ملی و بین المللی، مجله راهبرد، شماره ۴۱، ۱۳۸۵.
۶. ره پیک، حسن، حقوق مدنی، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳.
۷. شیروی، عبدالحسین، تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین المللی ایران، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ۳، ۱۳۹۱.
۸. صلح چی، محمدعلی، استقلال شرط داوری در قراردادهای بین المللی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳۱، ۱۳۸۹.
۹. عابدی، محمد تقی، صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری (تحلیلی بر یک رای صادره در مساله صلاحیت)، مجله حقوق بین الملل، شماره ۳۵، ۱۳۸۵.
۱۰. علیزاده، عبدالرضا، مقایسه قانون داوری تجاری بین المللی ایران و برخی قوانین دیگر، مجله پژوهش های مدیریت راهبردی، شماره ۲۳ و ۲۴، ۱۳۸۰.
۱۱. Zekos, Georgios I, International commercial and marine arbitration, Routledge, ۲۰۰۸.
۱۲. Smit, Robert H, Separability and competence-competence in international arbitration: ex nihilo nihil fit? Or can something indeed come from nothing, Am. Rev. Int'l Arb. ۱۳, ۲۰۰۴.

۱۳. Rosen, Janet A, Arbitration under Private International Law: The doctrines of separability and competence de la competence, Fordham Int'l LJ ۱۷, ۱۹۹۳.
۱۴. Schwebel, Stephen M. International arbitration: three salient problems. Grotius, ۱۹۸۷.