



Transfer of Real Rights and Its Impact on Arbitration Agreements (With a Jurisprudential and Comparative Study)

Rahim Pilvar¹ | Mohammad Pirehadi Tavandeshti²

1. Associate Professor, Department of Private Law, Farabi College, University of Tehran, Qom, Iran (Corresponding Author): Rahimpilvar@ut.ac.ir

2. PhD student in private law, University of Tehran, email: mohammad.pirhadi@ut.ac.ir

Article Info

Article type:

Scientific Article

Received:

2024/08/10

Received in revised form:

2024/09/26

Accepted:

2024/09/30

Keywords:

Arbitration, Legal Succession, Condition within the Contract, Transfer of Ownership, Real Rights.

Abstract

One of the issues concerning arbitration in civil law arises in proprietary contracts that include an arbitration clause. When the contract is transferred to a third party, a question emerges: does the arbitration clause automatically transfer as well? This research, using a descriptive-analytical method and based on jurisprudential and comparative legal studies, seeks to address this legal challenge. The response to this issue depends on clarifying several key points. First, the nature of the arbitration institution must be understood. Second, a precise understanding of the concept of legal succession and its differences in Islamic jurisprudence and Western law is necessary. Third, the implications of legal succession in proprietary contracts should be considered. Lastly, the independence of the arbitration clause plays a crucial role in determining the outcome of the issue. Based on these considerations, this research concludes the following: the transferee, as a result of the voluntary transfer of the contract, assumes the position of the previous owner concerning the specific property and is deemed the new owner. If arbitration is included as a condition within the proprietary contract, legal succession naturally follows, and this succession does not invalidate or alter the arbitration clause. However, the Civil Procedure Code, in cases of general legal succession, has introduced legislation contrary to standard rules, which should be rectified in the future. In contrast, if arbitration is not stipulated as a condition within the contract but is included as a separate agreement or independent arbitration agreement formed after a dispute has arisen, legal succession does not occur in such cases, which are referred to as independent arbitration agreements.

How To Cite

Pilvar, rahim; pirehadi tavandeshti, mohammad (2024). Transfer of Real Rights and Its Impact on Arbitration Agreements (With a Jurisprudential and Comparative Study). *Journal of Judgment*, 117(1), 1-19. <http://doi.org/10.22034/judg.2024.2038104.1317>

DOI

[10.22034/judg.2024.2038104.1317](https://doi.org/10.22034/judg.2024.2038104.1317)

Publisher

Publications of the Judiciary of Tehran Province



نقل حقوق عینی و اثر آن بر توافقنامه داورى (همراه با مطالعه فقهی و تطبیقی)

رحیم پیلوار^۱ محمد پیرهادی تواندشتی^۲

۱. دانشیار، گروه حقوق خصوصی دانشکده فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول)، رایانامه: Rahimpilvar@ut.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، رایانامه: mohammad.pirhadi@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: علمی	از جمله مسائلی که درباره داورى در حقوق مدنى متصور است، مسئله قراردادهای تملیکی است که در آن شرط داورى گنجانده می شود، ولی به دلیل نقل و انتقال قرارداد به دیگری، این پرسش پیش می آید که آیا شرط داورى هم قهراً منتقل می شود؟ این پژوهش با هدف مطالعه این چالش حقوقی به روش تحلیلی - توصیفی و با استفاده از مطالعات فقهی و حقوق تطبیقی، تبیین کرده که پاسخ به این چالش فرع بر تبیین چند مسئله اصلی است. اول اینکه باید به ماهیت نهاد داورى توجه داشت. دوم اینکه باید شناخت دقیقی از مفهوم قائم مقامی و تفاوت آن در فقه و حقوق غرب داشت. سوم اینکه باید به لوازم قائم مقامی در عقود تملیکی توجه کرد و آخر اینکه استقلال شرط داورى در احکام مسئله مؤثر خواهد بود. با توجه به بررسی این نکات، پژوهش حاضر به نتایج زیر رسیده است: منتقل الیه در نتیجه انتقال ارادى قرارداد، جایگزین موقعیت مالک قبلی نسبت به عین معین شده و مالک فعلی تلقی می شود. اگر در قرارداد انتقال حق عینی داورى به صورت شرط ضمن عقد باشد، قائم مقامی به تبع صورت می پذیرد و قائم مقامی باعث ابطال یا تغییری در شرط داورى نخواهد شد. قانون آیین دادرسی مدنی در قائم مقامی عام دست به تقنینی خلاف قواعد زده که باید در آینده اصلاح شود؛ لکن اگر داورى به صورت شرط ضمن عقد نباشد بلکه در قالب یک قرارداد یا موافقت نامه مستقل باشد که بعد از حصول نزاع منعقد شده، در این قسم از داورى که تحت عنوان موافقت نامه مستقل داورى از آن سخن گفته می شود، قائم مقامی رخ نخواهد داد.
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۲۰	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۷/۰۵	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۹	
کلیدواژه: داورى، قائم مقامی، شرط ضمن عقد، نقل و انتقال مالکیت، حق عینی.	
استناد	پیلوار، رحیم؛ پیرهادی تواندشتی، محمد (۱۴۰۳). نقل حقوق عینی و اثر آن بر توافقنامه داورى (همراه با مطالعه فقهی و تطبیقی)، فصلنامه قضاوت، ۱۱۷(۱)، ۱-۱۹. http://doi.org/10.22034/judg.2024.2038104.1317
DOI	10.22034/judg.2024.2038104.1317
ناشر	انتشارات دادگستری کل استان تهران



مقدمه

امروزه داوری بیش از پیش بر نفوذ خود در نظام حل و فصل اختلافات افزوده است. اگر در گذشته داوری شرطی رایج بین تجار بود، امروزه در بسیاری از حوزه های حقوق خصوصی، تبدیل به شیوه اصلی در حل و فصل اختلافات شده و این امر توسط حاکمیت هم تشویق و ترویج می شود. از جمله در معاملات تملیکی، علی رغم اینکه این گونه معاملات علی القاعده دارای اثر فوری هستند و منجر به نقل مالکیت می شوند - چه در اموال منقول و چه در اموال غیر منقول - با این حال می توان رواج شرط داوری را ملاحظه کرد.

یکی از مسائلی که در خصوص داوری در این گونه قراردادها کمتر به آن پرداخته شده و مورد بررسی این مقاله است، موردی است که مالکیت مورد معامله از خریدار به دیگری به صورت ارادی منتقل می شود. به عنوان مثال، شخص «الف» خانه خود را به شخص «ب» می فروشد و در قرارداد پیش بینی می کنند که در صورت بروز اختلاف، حل و فصل اختلافات از طریق داوری بنگاه معاملات املاک صورت پذیرد. لکن مدتی بعد، خریدار همان قرارداد را عیناً به فرد دیگری - یعنی «ج» - واگذار می کند. حال اگر اختلافی ایجاد شود، آیا خریدار جدید متعهد به مفاد شرط داوری هست؟ تحلیل و پاسخ به این مسائل در گرو تسلط بر مباحث داوری از یک سو و مسائل حقوق مالکیت و قائم مقامی از دیگر سو است. در این حوزه برخی کتب معتبر داوری به بحث پرداخته اند، ولی در ادبیات حقوقی ما بررسی مبنایی این مسئله در نقل و انتقالات حقوق عینی - که مصداق بارز آنها بیع است - به صورت مستقل سابقه ندارد.

برای تبیین بهتر بحث، پس از بررسی اجمالی مفاهیم پایه در این حوزه به میزان ضروری، به تحلیل مسئله خواهیم پرداخت و بر اساس اینکه داوری به صورت شرط ضمن عقد باشد یا قرارداد مستقل، موضوع را به تفکیک بررسی می کنیم.

۱. تبیین مفاهیم

۱-۱. داوری

قانون آیین دادرسی مدنی داوری را تعریف نکرده، ولی قانون داوری تجاری بین المللی در تعریف داوری چنین گفته است: «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعیین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی الطرفین و یا انتصابی». صرف نظر از ایرادات این تعریف یا سایر تعاریف بیان شده (ر.ک: شیروی، ۱۳۹۱، صص ۸-۱۰)، آنچه برای بحث ما اهمیت دارد ماهیت داوری است. در حقوق خصوصی نهادی داوری تلقی می شود که مبتنی بر ارکان زیر باشد:

اول اینکه داوری اختیاری و مبتنی بر رضایت است؛ یعنی طرفین باید آزادانه داور خود را تعیین کنند (Moses, 2017, p.2). البته بعضاً مقنن افراد را مجبور می‌کند اختلاف خود را از طریق داوری حل و فصل کنند (داوری اجباری) نظیر آنچه در ماده ۲۰ قانون پیش فروش ساختمان مقرر شده است؛ با این حال چون هنوز طرفین در انتخاب داور آزادند، موضوع از ذیل عنوان داوری خارج نمی‌شود. ولی در مواردی که از ابتدا مقنن مرجعی برای رسیدگی تحت عنوان داوری تعیین می‌کند و اختلاف باید از طریق آن و افراد غیر منصوب طرفین حل و فصل شود - نظیر اختلافات بورسی در حقوق ما (ماده ۳۶ قانون بازار اوراق بهادار) - امر مصداق داوری مدنظر حقوق خصوصی نیست. دوم اینکه داوری روش خصوصی حل و فصل اختلاف است؛ یعنی طرفین به موجب قرارداد داور یا داوران و صلاحیت آنها را تعیین می‌کنند و داوری صلاحیت خود را از توافق طرفین دریافت می‌کند (Born, 2014, p.229 and seq). قابل ذکر است که داوری یا به صورت شرط ضمن عقد درج می‌شود یا به صورت قرارداد مستقل منعقد می‌گردد. اگر داوری به صورت شرط ضمن عقد درج شود، در حقوق مدنی و مطابق با ظاهر آیین دادرسی مدنی تابع عقد است و سرنوشت عقد در شرط مؤثر است. مثلاً اگر قرارداد باطل باشد یا فسخ شود، شرط هم از بین می‌رود. البته هم‌اکنون نظر مخالف که قائل به «استقلال شرط داوری» در حقوق داخلی هم هست، در حال توسعه است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۹، ص ۱۰۵) که این گرایش هم‌راستا با مفاد قانون داوری تجاری بین‌المللی (ماده ۱۶) است (جنیدی، ۱۳۷۸، ص ۶۸ به بعد) و البته باید توجه داشت که از لحاظ منطق قانونگذاری هم تفاوت در حکم یک مسئله در دو قانون، آن هم با فاصله سه سال، موجه نیست! و گرایش جدید قابل تأیید است.^۲

سوم اینکه داور همچون قاضی قضاوت می‌کند و حق را از ناحق تمییز می‌دهد و مبادرت به صدور رأی نهایی و الزام‌آور می‌کند (Moses, 2017, p.2). اختیاری که بسیار مهم است و چون داوری -

۱. برخی گفته‌اند که ماده ۴۶۱ ق.آ.م. در واقع معطوف به دو ماده قبلی درباره نحوه انتخاب داور است و نافی استقلال شرط داوری نیست. در قانون آیین دادرسی مدنی سابق (مصوب ۱۳۱۸) محتوای همین ماده تحت ماده شماره ۶۳۶ وجود داشت و با این عبارت شروع می‌شد: «در مورد ماده قبل هرگاه...» و تردیدی باقی نمی‌گذاشت که حکم ماده ۶۳۶ ناظر به ماده ۶۳۵ بود. سیاق بیان قانونگذار در مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ به خوبی نشان می‌دهد که وی در مقام بیان حکم و تعیین تکلیف در مواردی است که طرفین از معرفی داور امتناع می‌ورزند یا نمی‌توانند در انتخاب داور به توافق برسند. سپس در ماده ۴۶۱ حکم یک موضوع فرعی را نیز بیان کرده است که اگر در این قبیل موارد، در اساس معامله یا قرارداد بین طرفین اختلاف شود، اساساً نوبت به تعیین داور و تشکیل مرجع داوری نمی‌رسد و لذا ابتدا باید دادگاه تکلیف قرارداد یا معامله اصلی را معلوم کند و سپس به تعیین داور بپردازد. حکم ماده ۴۶۱ یک حکم کلی نیست، بلکه باید در پرتو دو ماده قبلی تفسیر شود (ر.ک: ره‌پیک و عزیزبانی، ۱۳۹۷، ص ۱۴۸؛ صفایی، ۱۳۷۷، ص ۱۶).

۲. باید توجه داشت که در داوری بین‌المللی قانون حاکم بر قرارداد داوری و شرط ضمن عقد یکی است (برای توضیحات بیشتر ر.ک: نیک‌بخت، ۱۳۹۳، ص ۳۴۲ به بعد).

برخلاف رسیدگی قضایی - قاعداً یک مرحله‌ای است، اهمیت بیشتری هم دارد (بحث قابلیت ابطال رأی داوری امری مستقل از رسیدگی دومرحله‌ای است). بنابراین رجوع به داوری و عدول از حق رجوع به دادگستری کم خطری نیست و باید در استنباط حقوقی لحاظ شود (جالب آنکه داور در زبان پارسی از ریشه «داد» است و از جمله معانی آن داوری، قانون و آفرینش است (منصوری، ۱۳۸۴، ص ۱۱۲)؛ گویی داور و قاضی با تصمیم خود وضعیتی جدید در عالم حقوق می‌آفرینند یا تثبیت می‌کنند).

۱-۲. قائم‌مقامی

قائم‌مقامی نهادی سهل و ممتنع در حقوق ایران است. از یک طرف در مواد مختلفی از قوانین به کار رفته - چه در معنی لغوی چه در معنی اصطلاحی - و از دیگر سو، چون نهاد قائم‌مقامی در حقوق فرانسه، مطابق با قائم‌مقامی در فقه نیست (کاظمی و عسگر مکی، ۱۳۹۹، ص ۲۱۲). ابهاماتی هم در حقوق ما وارد شده. برای همین نیاز به مطالعه مفصل تری هست.

در هر حال تبیین و تحلیل ماهیت حقوقی قائم‌مقامی در نظام حقوق مدنی ایران نیازمند بررسی آن در چهار حیطة است که عبارتند از ۱- حقوق فرانسه ۲- قوانین موجود ایران ۳- نظرات حقوقدانان ۴- فقه امامیه.

۱-۲-۱. قائم‌مقامی در حقوق فرانسه

در فرانسه این نهاد ریشه در حقوق روم دارد و حقوقدانان فرانسوی بیان می‌دارند که این نهاد را مدیون رومی‌ها هستند (کاظمی، ۱۴۰۰، ص ۵۲۵). در حقوق کنونی اجمالاً نویسندگان فرانسوی قائم‌مقامی را چنین تعریف کرده‌اند: «قائم‌مقامی در مفهوم کلی آن عبارت است از جانشینی یک شیء به جای شیء دیگر یا شخصی به جای شخص دیگر در یک رابطه حقوقی بدون تغییر در اصل رابطه» (داوید و ژوفره اسپینوزی، ۱۳۸۹، ص ۵۵).

در حقوق فرانسه قائم‌مقامی را به قائم‌مقامی عام و خاص و همچنین قائم‌مقامی عینی و شخصی تقسیم می‌کنند. قائم‌مقامی عام آن است که فرد در تمامی حقوق و تعهدات جایگزین فرد دیگر می‌شود، ولی در قائم‌مقامی خاص این اتفاق فقط در خصوص یک رابطه مشخص می‌افتد. در تقسیم‌بندی دیگری قائم‌مقامی را به عینی و شخصی تقسیم می‌کنند. قائم‌مقامی عینی به معنای جانشین شدن یک مال به جای مال دیگر نسبت به وضعیت حقوقی است که مال اول در دارایی فرد داشته است (Terré et simler, 2018, p45).^۱ اما در قائم‌مقامی شخصی، یک شخص نسبت به

1. Il en résulte aussi que les différents biens composant l'universalité peuvent changer sans mettre en cause l'existence de celle-ci, les biens qui entrent dans un patrimoine remplaçant ceux qui en sortent. C'est ce que l'on appelle la "subrogation réelle."

شخص دیگر در یک رابطه حقوقی جایگزین می‌شود (کاظمی، ۱۴۰۰، ص ۵۲۷). نویسندگان کنونی فرانسه معتقدند که با حصول شرایط قائم‌مقامی، قهراً احکام آن حاکم بر وضعیت جدید خواهد بود و نیاز به تصریح قانونی نیست (Terré et simler, 2018, p.397).

۱-۲-۲. قائم‌مقامی در قوانین و دکترین ایران

قائم‌مقامی در قوانین موجود تعریف نشده، بلکه قانونگذار صرفاً به نام بردن از آن در موضوعات مختلف اکتفا کرده است. چند مورد از این مواد قانونی را به‌عنوان شاهد مثال بیان می‌داریم.

۱- ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها

لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۲- ماده ۲۳۱ قانون مدنی: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم‌مقام قانونی آنها

مؤثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶».

۳- ماده ۲۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب: «در موارد مذکور در این قانون اشخاص

زیر حق درخواست تجدید نظر را دارند:

۱- در مورد احکام حقوقی:

هریک از طرفین دعوا یا نماینده قانونی یا قائم‌مقام آنان مانند وراث، وصی و انتقال‌گیرنده که از رأی دادگاه متضرر می‌شود...».

در ادامه سعی داریم تعاریف و نظرات حقوقدانان برجسته را در مورد قائم‌مقامی بیان کنیم.

تفصیل نظرات ایشان به شرح زیر است:

دکتر کاتوزیان در شرح و تبیین ماهیت قائم‌مقام این‌گونه بیان می‌دارند: «اصطلاح قائم‌مقام در هیچ‌یک از قوانین تعریف نشده است. در لغت به معنی جانشین و نایب هر دو آمده است. در قوانین نیز هر دو معنی دیده می‌شود چنانکه در ماده ۳۹۵ قانون تجارت قائم‌مقام تجارتمی اعم از اقسام نمایندگی است و در ماده ۴۱۸ همان قانون، هنگامی که گفته می‌شود مدیرتصفیه قائم‌مقام قانونی ورشکسته بوده و حق دارد بجای او از اختیارات و حقوق مزبوره استفاده کند، نوعی ولایت را به ذهن می‌آورد و معنی جانشینی نیز در آن مورد نظر است (ماده ۳۶ قانون منسوخ اعسار مصوب ۱۳۱۳). ولی در موارد ۲۱۹ و ۲۳۱ ق.م مفهوم نمایندگی راهن دارد و معنای ویژه‌ای را می‌رساند که با «جانشینی» نزدیک به نظر می‌رسد. قائم‌مقام نه یکی از دو طرف عقد است نه نماینده آنان؛ بیگانه‌ای است که به دلیل انتقال حقی از سوی یکی از دو طرف به او، جانشین طرف اصلی می‌شود و عهده‌دار اجرای مفاد عقد است. پس در تعریف قائم‌مقام به معنای ویژه خود می‌توان گفت: کسی

است که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود در تراضی شرکت نداشته، ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به او، جانشین طرف قرارداد و عهده‌دار و بهره‌مند از اجرای آن شده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۰، صص ۲۷۹-۲۷۸). ایشان در ادامه تصریح می‌نمایند که قائم‌مقام یا خاص (ناشی از انتقال یک مال خاص) است یا عام (ناشی از انتقال تمام عناصر دارایی).

دکتر عبدالله شمس در مورد مفهوم قائم‌مقام و نیاز به تمایز آن از مفهوم نمایندگی این‌گونه بیان می‌دارند: «قائم‌مقام شخصی است که به جانشینی دیگری، دارای حقوق و تکالیف او می‌گردد (مانند وارث که قائم‌مقام مورث است). با توجه به نص صریح ماده ۴۱۸ ق.ت، مدیر تصفیه تاجر ورشکسته در کلیه اختیارات و حقوق مالی تاجر که استفاده از آن مؤثر در تأدیه دیون او باشد، قائم‌مقام او به شمار می‌رود. بنابراین باید اصیل را از قائم‌مقام و هریک را از نماینده قانونی به مفهوم اعم متمایز دانست. این مفاهیم و تمایز آنها در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ جزئاً مورد توجه قرار گرفته است. مصداق بارز آن ماده ۳۰۳ است که در آن «... خوانده یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی وی ...» پیش‌بینی شده است» (شمس، ۱۳۹۴، ص ۲۸۹).

ایشان مفهوم قائم‌مقامی را ورای آنچه در قانون مدنی آمده تبیین نموده‌اند، به این دلیل که اقامه به تعهدات دیگری با عنوان قائم‌مقامی، متفاوت از آن قائم‌مقامی ای است که در قانون مدنی در مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ به آن پرداخته شده؛ چون قائم‌مقامی از نوع اول مستقل نیست و در نتیجه نیابت از دیگری است، در حالی که قائم‌مقامی از نوع دوم یک جانشینی مستقل و تام است و مورد نظر مقاله حاضر هم هست. به عبارت دیگر، در موردی مانند ورشکستگی، مدیر تصفیه به واسطه ارتباط با شخصی مثل تاجر ورشکسته به تصرف در اعمال و اموال می‌پردازد نه آنکه مدیر تصفیه مالک حقوق و اموال تاجر ورشکسته باشد و بتواند در آنها تصرف کند. به همین دلیل تصرف مدیر تصفیه یک تصرف محدود است که احتیاج به حکم قضایی و مرتبط کردن او با غیر دارد، زیرا این جانشینی و مرتبط شدن با تاجر ورشکسته، در نتیجه یک حکم قضایی ایجاد شده که طبیعتاً تابع آن است، اما مالک جدید در خرید و فروش یا وراثت، به واسطه ارتباط با دیگری تصرف نمی‌کند، بلکه به واسطه انتقال حقوق به او به تصرف می‌پردازد و تا زمانی که آن مال یا حق موجود باشد، قائم‌مقام در حقوق و اموال مورد نظر، آن هم بدون محدودیت، به تصرف می‌پردازد. بالعکس، در مورد قبلی مدت و میزان تصرف مدیر تابع وجود ارتباط با تاجر ورشکسته و استمرار آن است. در نتیجه این جانشینی یک جانشینی غیرمستقل و محدود است که با عنوان قائم‌مقامی حقوق مدنی تطابق ندارد، چراکه قائم‌مقامی اخیر یک جانشینی نامحدود و مستقل است نه ارتباط با غیر.

دکتر جعفری لنگرودی در مورد تعریف ماهیت قائم‌مقام دو موضع متفاوت دارد. ایشان در یک کتاب خود قائل شده‌اند که ارائه تعریف جامع و مانع از قائم‌مقام ممکن نیست و در کتاب دیگر

خود تعریف نسبتاً جامعی از ماهیت قائم مقام در امور مدنی ذکر کرده‌اند. تفصیل هر دو نظر به شرح زیر است:

الف) «قائم مقام (مدنی) کسی است که به جایگزینی از دیگری دارای حقوق و تکالیف گردد، خواه آن دیگری زنده باشد یا مرده (مانند مشتری که قائم مقام بایع در مبيع است و وارث که قائم مقام مورث است). قائم مقام گاه برای اجرای هدف آن دیگری عمل می‌کند (ماده ۳۹۵-۴۰۱ ق.ت) و گاه برای اجرای هدف خود، مانند وارث. قانون ایران دقت در تفاوت قائم مقام و نماینده به کار نبرده است. دو تفاوت عمده وجود دارد:

- ۱- حقوق و تکالیف قائم مقام بیش از نماینده است.
- ۲- نماینده فقط نسبت به زندگان استعمال می‌شود، پس وارث نماینده مورث نیست (رک. نماینده)» (لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۸۲۶).

ب) «به این عنوان (قائم مقامی) از زوایای دید گوناگون نگریسته‌اند: ۱- در قائم مقامی کسی نسبت به کس دیگر ۲- در قائم مقامی چیزهای دیگر غیر از اشخاص. به همین رو انتزاع قدر مشترک بین همه نمونه‌های قائم مقامی یا دشوار است یا سودمند نیست. انسب ذکر اهم نمونه‌های آن است. آنها را در شش بخش ذیل بررسی می‌کنم:

بخش اول - قائم مقامی در موارث

بخش دوم - قائم مقامی در شفعه

بخش سوم - قائم مقامی در حواله

بخش چهارم - قائم مقامی ارش و رد معیب

بخش پنجم - قائم مقامی منافع و اعیان در اجاره

بخش ششم - قائم مقامی تجاری» (لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۷).

دکتر کاظمی در مقاله «نظریه قائم مقامی ورثه در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران» ضمن ریشه‌یابی قائم مقامی در فرانسه و فقه اسلامی، نتیجه گرفته‌اند که قائم مقامی در فقه و حقوق فرانسه از دو خاستگاه مستقل برمی‌خیزند، ولی بسیاری از آثارشان مشابه هم است (کاظمی، ۱۴۰۰، ص ۵۲۶ به بعد). برای جمع‌بندی نظرها، به نظر می‌رسد معانی و تعاریفی که از وضعیت قائم مقامی ارائه شده، تعاریف متمایز و جدای از آن چیزی نیست که در تعریف لغوی آن توسط لغویون ارائه شده است. وضعیت قائم مقامی بر اساس آنچه در جمع‌بندی تبیین ماهیت حقوقی آن بدان رسیدیم، آن است که یا یک فرد در اثر انتقال حقوق یا اموالی - چه به صورت انتقال ارادی و چه به صورت انتقال قهری - جانشین دیگری شود و مالک یا متعهدله (البته همراه با تعهدات مقتضی) فعلی آنها تلقی شود یا اینکه مالی جایگزین مال دیگری در رابطه حقوقی گردد.

۱-۲-۳. قائم مقامی در فقه

آن چیزی که تا حدودی شبیه به قائم مقامی است و در فقه به تفصیل از آن سخن گفته‌اند نیابت یک فرد از دیگری آن هم در عباداتی مثل حج و نماز و در شرایط محدود می‌باشد (طوسی، ص ۳۲۲). البته همان‌طور که بیان شد، این شباهت یک شباهت بسیار محدود و در اعمال عبادی است و با آنچه حقوقدانان تبیین کرده‌اند و قانون مدنی به آن پرداخته، فاصله دارد، چراکه قائم مقامی حقوق مدنی - همان‌گونه که تبیین شد - در عقود، تعهدات و ارث است و نیابت فقهی عبادات فقط با یک قسم آن که در تعهدات می‌باشد، تا حدودی شباهت دارد. به‌عنوان مثال، شیخ یوسف بحرانی در جواز انجام طهارت توسط دیگری چنین بیانی دارد: آشکار است که بنای این ضابطه در بسیاری از این موارد تقرب جستن است و الا هیچ نصی بر این ضابطه و دلیلی از روایات بر آن وجود ندارد. اما در مورد عبادات، وجود تقرب در آنها بدین دلیل است که هدف از آنها اطاعت، خضوع و خشوع در برابر خداوند متعال است. تهذیب نفس و تذلیل آن مباشرت در عمل را لازم دارد و انجام عبادات بنفسه، تا اهداف مذکور بر آن مترتب شود. با چنین لازمه‌ای نایب گرفتن در شستن اعضای بدن همراه با عجز از طهارت با آب یا خاک منافات ندارد. قطعاً چنین عملی وکالت نامیده نمی‌شود. به همین دلیل است که نیابت کسی که وکالت دادن به آن صحیح نیست، در چنین عملی جایز است^۱ (بحرانی، صص ۳۶-۳۷). اگر بخواهیم ماهیت قائم مقامی را در فقه و حقوق تبیین کنیم، باید بدانیم که عنوان مالک در فقه به چه فردی اطلاق می‌شود، زیرا به نظر در فقه، قائم مقامی تغییر مالکیت است.

۱-۳. مالکیت و نقل و انتقال آن

در فقه نهاد مالکیت در مقابل حق به‌کار می‌رود. البته در این خصوص اندیشه‌های بسیار زیادی مطرح شده و اختلافات جدی هم وجود دارد که پرداختن به آنها خارج از حوصله این مقاله است (ر.ک کاظمی و پیلوار، ۱۴۰۳). با این حال اجمالاً گفته شده است که «حق توانایی خاصی است که گاهی به عین، گاهی به عقد و گاهی به شخص تعلق می‌گیرد؛ مانند حق التحجیر، حق الخيار و

۱. أقول: لا یخفی ان الظاهر أن بناء هذا الضابط إنما هو علی التقرب فی جمله من هذه المعدودات، و الا فإنه لا نص علی هذا الضابط، و لا دلیل علیه من الأخبار. أما العبادات فالتقرب فیها أنه لما كان المقصود منها الانقياد و الخضوع و الخشوع لله سبحانه، و تهذیب النفس الأماره و تذليلها كان مستلزماً للمباشرة، و فعل المكلف بنفسه لیترتب علیه الأغراض المذكوره، و لا ینافی ذلك الاستنباه فی غسل أعضاء الطهاره مع العجز فی الطهاره المائیه، أو الترابیه فإنه لا یسمى وکاله، و لذلك تجوز الاستنباه فیہ، لمن لا یصح توكيله كالمجنون و الصغیر و النیه فی ذلك من المكلف إذ لا عجز فیها إلا مع زوال التکلیف بالکلیه، و أما تطهیر الثوب و البدن من النجاسه فلیس فی حد ذاته من العبادات، لیمتنع التوکیل فیہ، و ان ألحق بها من حیث استحباب النیه، و لهذا یحکم فیہ بالطهاره بحصول الغسل کیف اتفق و ان كان لا من قصد و لا نیه بالکلیه.

حق القصاص. در این صورت اگرچه موضوع حق در موارد مختلف یکی از این سه امر است، ولی متعلق حق در تمام موارد یک چیز است و آن عملی است که به یکی از این سه چیز تعلق می‌گیرد؛ یعنی کسی که حق تحجیر دارد، می‌تواند زمین تحجیر شده را احیا کند و مالک گردد، ذوالخیار حق دارد عقد خیاری را فسخ کند و بالاخره ولی دم می‌تواند جانی را قصاص کند. ولی ملک سلطه‌ای است که حقیقتاً به خود عین یا عمل یا منفعت تعلق می‌گیرد؛ مثلاً مشتری مالک خود عین است، مستأجر مالک خود منفعت و مستعیر مالک انتفاع است» (گرجی، ۱۳۷۵، ص ۳۱۲).

در حقوق مدنی مسائل با زبان حق به معنای نوین بیان شده. قانون مدنی و رویه قضایی با اقتباس از حقوق فرانسه، مالکیت را یک حق عینی در مقابل حقوق دینی یا تعهدات انگاشته و در ماده ۳۰ قانون مدنی آن را با امتیازاتش چنین تعریف کرده: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». در ماده ۲۹ نیز به نحو غیر حصری حقوق عینی را برشمرده است.^۱ به هر حال در حقوق ما - همچون حقوق فرانسه - اگر موضوع مالکیت عین معین باشد، مصداق حق عینی خواهد بود و آثار و احکام حقوق عینی بر آن بار می‌شود. در همین راستا دکتر کاتوزیان در خصوص مالکیت بیان می‌دارند که کامل‌ترین نوع حق عینی مالکیت است که به موجب آن، مالک حق همه‌گونه انتفاع و تصرف را در ملک خود پیدا می‌کند. حق انتفاع و ارتفاق از اجزا و شاخه‌های حق مالکیت است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۱۴).

اکنون پرسش این است که بر اساس نظام حقوق ایران، اسباب تملک چه چیزهایی هستند که در نتیجه آنها، قائم‌مقامی می‌تواند مصداق پیدا کند؟ ماده ۱۴۰ قانون مدنی اسباب تملک را چهار مورد بیان داشته که البته حصری نیست: «تملک حاصل می‌شود:

۱- به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه

۲- به وسیله عقود و تعهدات

۳- به وسیله اخذ به شفعه

۴- به ارث».

آنچه موضوع این مطالعه است بند دوم - یعنی عقود و تعهدات - است به شرطی که حاصل آنها نقل عین معین و نتیجتاً حق عینی باشد.

برای جمع‌بندی باید گفت که بر اساس فقه و حقوق ایران مالک کسی است که توانایی تصرف در مال مشخص را دارد و می‌تواند دیگران را از تصرف در آن منع کند و منتقل‌الیه در نتیجه انتقال ارادی حقوق یا اموال، جایگزین «موقعیت» مالک قبلی می‌گردد و مالک فعلی تلقی می‌شود.

۱. در واقع قانون مدنی ایران دو بخش دارد: اموال و اشخاص. (رک کاظمی، محمود (۱۳۹۸)، «قانون مدنی یا فقه فارسی؛ جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۹، دوره ۸، صص ۲۷۶-۲۴۹)

آنچه بیش از هر چیزی مهم است آن است که قائم‌مقامی مورد نظر در این پژوهش قائم‌مقامی در حقوق عینی است (مالکیت مهم‌ترین مصداق حقوق عینی است و مسائل آن راجع به سایر حقوق عینی قابل انطباق است) و این موضوع که آیا قائم‌مقامی در تعهدات هم امکان‌پذیر است یا خیر، با توجه به دیدگاه‌های موجود در فقه امامیه نسبت به شخصی بودن تعهدات موضوع مفصل و جداگانه دیگری است که نمی‌توان در این پژوهش در کنار پرداختن به موضوع اصلی، به آن پرداخت، چراکه بر اساس برخی نظرات، قائم‌مقامی از نوع دوم اصلاً متصور نیست، همان‌طور که در بحث مزارعه و مضاربه عده‌ای نظر داده‌اند که انتقال تعهدات از طرف عامل و زارع غیرممکن است و انتقال تعهدات صرف موجب فسخ عقد می‌شود.

به‌عنوان مثال، مرحوم آیت‌الله گلپایگانی در جواز انتقال عقد مزارعه از مزارع به عامل جدید، بیان داشته‌اند: «مزارع می‌تواند غیر خود را در عقد مزارعه در ازای بخشی از سهم خودش شریک کند همان‌گونه که می‌تواند مزارعه را به دیگری مزارعه دهد و مزارع دوم مزارع از عامل اول محسوب شود نه از مالک مثل مستأجر از مستأجر. اما اگر اراده کند مزارعه را به دیگری انتقال دهد به‌گونه‌ای که مزارع دوم بدون هیچ واسطه‌ای عامل از طرف مالک محسوب شود، چنین عملی صحیح نیست مگر به فسخ عقد اول و انعقاد مزارعه جدید». باهمین دیدگاه سید کاظم یزدی (صاحب عروه) انتقال مضاربه به عامل دوم را به نحوی که عامل دوم همان عامل از طرف مالک باشد، منتفی می‌داند بدین بیان: «در موردی که عامل مأذون در انتقال مضاربه به غیر است یا عامل دوم را عامل از طرف مالک قرار می‌دهد یا آن را شریک خود در عمل و سود قرار می‌دهد یا او را عامل خود قرار می‌دهد، حالت اول مانعی ندارد و مضاربه خود او منفسخ می‌شود بنابراین نظر قوی‌تر»^{۱۲} (گلپایگانی، ۱۳۷۱، ص ۵۴؛ حکیم، ۱۳۷۴، صص ۳۲۴-۳۲۳).

۲. حدوث قائم‌مقامی و وضعیت شرط داوری

اکنون که مبانی بحث تبیین شد، به پرسش اصلی مقاله باز می‌گردیم. اگر قائم‌مقامی اتفاق افتد، سرنوشت داوری چه می‌شود؟ برای ارائه پاسخ بهتر، قائم‌مقامی به موجب شرط ضمن عقد را از قائم‌مقامی به موجب قرارداد مستقل داوری جدا می‌کنیم.

۱. یصح للمزارع أن يشارك غيره في مزارعته بجعل حصه من حصته له، كما یصح أن یزارع غيره بنحو یكون المزارع الثانی متقیاً من المزارع الأول لا من المالك، نظیر المستأجر من المستأجر. أما إذا أراد نقل المزارعه بحیث یكون الثانی مزارعاً للمالك بلا واسطه فلا یصح إلا بفسخ المزارعه الأولى و إنشاء مزارعه جدیده.
 ۲. إذا أذن فی مضاربه الغیر فإما أن یكون بجعل العامل الثانی عاملاً للمالك، أو بجعله شریكاً معه فی العمل و الحصة، و إما بجعله عاملاً لنفسه. أما الأول فلا مانع منه و تنفسخ مضاربه نفسه علی الأقوی.

۲-۱. قائم‌مقامی در وضعیت شرط ضمن عقد بودن داوری

۲-۱-۱. عدم تأثیر نقل مالکیت بر شرط

به نظر می‌رسد که از منظر فقه و حقوق ایران، قائم‌مقامی در مالکیت باعث تغییر در حقوق نمی‌شود. بنابراین خریدار جدید در فرض انتقال قرارداد، قائم‌مقام خریدار قبلی است و شرط داوری قرارداد هم در رابطه با مالک اولیه نسبت به او الزام‌آور است. در ادامه چند مصداق از این قاعده کلی را بیان می‌کنیم.

۱- در حق شفعه، انتقال مال مورد شفعه یا ایجاد تصرفات مادی در آن توسط خریدار باعث ابطال حق شفعه شریک نمی‌شود، بلکه خریدار دوم که قائم‌مقام نیز هست، مال مورد شفعه را همان‌گونه که موجود است، مالک می‌شود، یعنی به همراه حق شفعه موجود؛ و اگر شریک حق خود را اعمال کند، عین قهراً به شریک منتقل خواهد شد و خریدار حقی ندارد حتی اگر متعاقباً آن را منتقل کرده باشد. چنین نظری مورد تصریح علامه حلی (و دیگر فقها) با این بیان است: «تصرف خریدار در مبیع (حصه مشاع) قبل از اخذ به شفعه توسط شریک صحیح است. پس اگر خریدار بفروشد آن را، شریک مخیر است در اخذ کردن شفعه با بیع اول و ثمن آن یا اخذ کردن با بیع دوم. بنابراین بیع اول منفسخ نمی‌شود و به همین منوال است اگر خریدار دوم آن را به فرد سوم بفروشد. اگر شریک با بیع اول اخذ شفعه کند، دو بیع دیگر منفسخ می‌شود و اگر با بیع دوم اخذ شفعه کند، فقط سوم منفسخ می‌شود و اگر با بیع سوم اخذ شفعه کند، عقد بیع منفسخ نمی‌شود»^۱ (حلی، ص ۵۷۵؛ عراقی، صص ۳۹۴ و ۳۹۵). در قانون مدنی مواد ۸۰۸ و ۸۱۶ گویای این امر است.

۲- در عقد اجاره، فروش مال مورد اجاره توسط موجر (مالک) باعث ابطال عقد اجاره و مالکیت مستأجر بر منفعت مورد اجاره نمی‌شود و خریدار که قائم‌مقام نیز هست، مال مورد معامله را منهای منافع مدت اجاره مالک می‌شود. از استدلال جناب ابن زهره چنین برمی‌آید که زوال حقوق موجود در قراردادهای بین طرفین به هر نحو که باشد، بدون دلیل خاص و به صرف تغییر در مالکیت خلاف قاعده اصاله‌اللزوم یا آیه اوفا بالعقود است (بدینسان حل و فصل اختلافات از طریق داوری نوعی حق موجود برای طرفین قرارداد است که نباید با صرف تغییر مالکیت ساقط شود). صریح نظر ایشان بدین شرح است: «عقد اجاره به واسطه بیع منفسخ نمی‌شود و اگر خریدار عالم به اجاره باشد، به اجتناب از

۱. تصرف مشتری فی المبیع قبل الأخذ بالشفعة صحیح، فان باعه تخیّر الشفیع بین فسخ البیع و أخذه بالبیع الأوّل بضمنه، و بین إمضائه و الأخذ من الثانی، فلا ینفسخ الأوّل، و کذا لو باعه الثانی علی ثالث، إن أخذ من الأوّل انفسخ الآخران، و إن أخذ من الثانی، انفسخ الثالث خاصّه، و إن أخذ من الثالث لم ینفسخ شیء.

تصرف در مال تا انقضای عقد اجاره مکلف است و اگر از عقد اجاره بی‌خبر باشد، می‌تواند به واسطه خیار عیب بیع را فسخ کند به دلیل اجماعی که به آن اشاره شد. همچنین آیه «اوفوا بالعقود» دلالت می‌کند بر این مطلب که اجاره به واسطه مواردی که بیان کردیم، منفسخ نمی‌شود، چراکه اجاره عقد است، بنابراین وفای به آن واجب است. همچنین صحت عقد ثابت شد و قائل شدن به این نظر که موردی از این موارد (مثل تغییر مالکیت) آن را باطل می‌کند، نیاز به دلیل دارد^۱ (حلبی، ص ۲۸۸؛ عاملی، ۱۴۳۴ق، ص ۱۰). ماده ۴۹۸ قانون مدنی این امر را منعکس کرده است.

۳- در عقود سکنی، رقبی و عمری با انتقال عین مورد حق به دیگری، حق انتفاع حاصله به قوت خود باقی می‌ماند و مالک جدید عین که قائم‌مقام نیز هست، ملک را به همراه حق موجود مالک می‌شود. این موضوع مورد تصریح فقها و روایات است، همان‌گونه که محقق کرکی ضمن قول به عدم بطلان عقد سکنی در حالت فروش مال مورد سکنی، روایت مستند آن را نیز بیان کرده. مضمون این نظر و روایت مستند آن بدین شرح است: «همانا سکنی به واسطه بیع باطل نمی‌شود، چراکه همان‌گونه که قبل تر بیان داشتیم، عقدی لازم است، بنابراین مانند اجاره است و به دلیل روایت حسین بن النعیم از امام کاظم علیه‌السلام [که] گفت: سؤال کردم از امام در مورد مردی که خانه‌اش [را] برای شخصی به مدت حیات او یا به مدت حیات او و عقبه‌اش سکنی قرار داده؛ آیا آن خانه برای او و عقبه‌اش است همان‌گونه که شرط شده؟ فرمود بله. عرض کردم پس اگر نیاز پیدا کند، می‌تواند آن را بفروشد؟ فرمود بله. عرض کردم آیا فروش خانه سکنی را منقضی می‌کند؟ فرمود بیع سکنی را منقضی نمی‌کند» (کرکی، ص ۱۲۴؛ همچنین فیض کاشانی، ص ۶۳۵؛ حسینی عاملی، ص ۱۳۹). ماده ۵۳ قانون مدنی این امر را منعکس کرده است.

از مطالب بالا چنین برمی‌آید که قرارداد حاوی انتقال عین معین باعث می‌شود که منتقل‌الیه عیناً جانشین شود و مفاد قرارداد قبلی و از جمله شرط داوری او را ملتزم می‌کند و نمی‌تواند از آن شرط - در صورت استناد ذی‌حق - خود را بری بداند.

قابل توجه است که در حوزه داوری‌های تجاری بین‌المللی امروزه گرایش بر این است که با استفاده از نهادهای حقوقی مختلف نظیر نمایندگی، استاپل منصفانه، رضایت ضمنی گروه شرکت‌ها و خرق

۱. و لا تنفسخ الإجاره بالبیع، و علی المشتري إن كان عالماً بالإجاره الإمساك عن التصرف، حتی تنقضی مدتها، و إن لم یکن عالماً بذلك، جاز له الخيار فی الرد بالعیب، بدلیل الإجماع المشار إلیه، و یدل أيضاً علی أن الإجاره لا تنفسخ بشیء مما ذکرناه قوله تعالی أوفوا بالعقود، و هذا عقد فوجب الوفاء به، و أيضاً فقد ثبت صحة العقد، و القول بان شیئا من ذلك یبطله یفتقر إلی دلیل.

حجاب شرکت‌ها، در مواردی که حتی ثالث در معنای دقیق قائم‌مقام هم نباشد ولی به نوعی پیوند مستحکمی با شخص طرف قرارداد داور دارد، او را هم مکلف به داوری بدانند (Moses, p.37 and seq). به گفته یکی از حقوق‌دانان، «در صورتی که شخص ثالثی حقوق و تعهدات یکی از طرفین اصلی را تحت قاعده جانشینی (قائم مقامی) به عهده بگیرد، ملزم به شرط حل اختلاف (داوری) است، چه صریحاً رضایت خود را به شرط مذکور اعلام کند، چه از شروط قرارداد اصلی بهره‌مند شده باشد یا با قرارداد اصلی یا با یکی از طرفین اصلی رابطه نزدیک داشته باشد» (Tang, 2014, p.132). در تأیید این دیدگاه بیان شده است که توافقات داوری قراردادهای شخصی نیستند بلکه جزئی از ارزش اقتصادی ماهیت حق واگذار شده را تشکیل می‌دهند و به گفته دادگاه استیناف نیویورک، در صورتی که هریک از طرفین قرارداد بتواند با انتقال قرارداد از داوری بگریزد، دیگر داوری ارزشی نخواهد داشت و هریک از طرفین می‌تواند با واگذاری قرارداد (حق)، موافقت‌نامه داوری را دور بزند (Lew and others, 2003, p.147).

۲-۱-۲. بیان چند ایراد و پاسخ آنها

برخی بیان داشته‌اند که «یکی از اصول حاکم بر عقود، اصل نسبی بودن قراردادها است. معنای این اصل آن است که هر قراردادی تنها نسبت به طرفین آن مؤثر است و نسبت به دیگران تأثیری ندارد، زیرا قرارداد یک رابطه خصوصی بین کسانی است که با خواست و اراده خود، حقوق و تکالیفی را ایجاد می‌کنند. روشن است که این حقوق و تکالیف، مستقیماً آنها را تحت تأثیر قرار می‌دهد و نه کسانی که دخالتی در ایجاد قرارداد ندارند. بنابراین امکان گسترش قلمروی حکومت شرط داوری نسبت به اشخاصی که ظاهراً موافقت خود را نسبت به شرط داوری ابراز نداشته‌اند، با ابهام روبه‌رو است» (ره‌پیک و عزیزبانی، ۱۳۹۷، ص ۱۳۷). در این خصوص باید گفت که در قائم‌مقامی هیچ ابهامی به نظر نمی‌رسد، چون قائم‌مقام جانشین «وضعیت حقوقی» فرد می‌شود و به بیان دیگر، ثالث به معنای معمول حقوقی محسوب نمی‌گردد تا ایراد اصل نسبی بودن مطرح شود.

همچنین شبهه‌ای مطرح می‌شود دایر بر اینکه اگر ما شرط داوری را مستقل بدانیم، آنگاه این انتقال شرط محل تأمل خواهد بود، زیرا مستقل از قرارداد است (مافی، ۱۳۹۷، صص ۱۰۸-۱۰۷). در پاسخ باید گفت که چه شرط داوری مستقل باشد چه نباشد، در هر حال منشأ ایجاد شرط، انتقال قرارداد مربوطه است و اگر انتقال نبود، نه قرارداد بود نه شرط داوری. پس در هر حال با انتقال حق، کلیه شروط و الزامات به قائم‌مقام منتقل می‌شود. البته استثنائاتی بر این امر قابل تصور است، آن هم موردی که علاوه بر اینکه استقلال شرط را بپذیریم، داور هم فرد مشخصی باشد که شخصیتش

در انعقاد داوری مؤثر باشد که در این صورت شرط داوری منتقل نخواهد شد و اگر هم قابل انتقال بدانیم، منتقل الیه حق فسخ خواهد داشت، چون شخصیت فرد تعیینی در انعقاد شرط مؤثر بوده است. همچنین در برخی موارد مرجع داوری موانعی برای رسیدگی دارد؛ مثلاً در صلاحیت خاص معاهده ایکسید، فقط دعاوی بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان قابل رسیدگی است. حال اگر در اثر قائم‌مقامی این تغایر از بین برود، دیگر مرکز داوری ایکسید صلاحیت معاهده‌ای نخواهد داشت (خدابخشی، ۱۴۰۱، ص ۳۰).

قابل ذکر است که در قائم‌مقامی، قانون آیین دادرسی مدنی مقررهای خلاف قاعده دارد. ماده ۴۸۱ چنین مقرر می‌دارد: «داوری در موارد زیر از بین می‌رود: ... ۲- با فوت یا حجر یکی از طرفین دعوا».

متأسفانه این اقدام نابجای مقنن باعث تردیدها و ابهاماتی در حقوق ما شده است. با این حال همان‌طور که برخی استادان گفته‌اند، این ماده خلاف قاعده است و باید در اصلاحات بعدی حذف شود (کریمی و پرتو، ۱۳۹۹، ص ۱۰۴)، زیرا داوری نه عقدی جایز است که مطابق ماده ۹۵۴ قانون مدنی این حکم جاری شود، نه عقدی نیابتی است که نیاز به امتداد اذن منوب‌عنه داشته باشد! بر همین اساس هم هست که طرف قرارداد به تنهایی بعد از تعیین داورها، حتی حق عزل انفرادی داور منصوب خود را هم ندارد و داور بعد از تعیین، باید مستقل و بی‌طرف باشد. بر همین اساس هم قانون داوری تجاری بین‌المللی چنین امری را پیش‌بینی نکرده و طبق قاعده عمل کرده است. ایراد دیگر اینکه برخی گفته‌اند: «توافق داوری ضمن عقد، هر چند شرط داوری نامیده می‌شود، اما اوصاف و آثار شرط ضمن عقد (موضوع مواد ۲۳۲ به بعد قانون مدنی) را ندارد و تابع احکام ویژه خود در مواد ۴۵۴ به بعد قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ می‌باشد و از نظر ماهیت حقوقی، اگرچه متصل به عقد است، لیکن مستقل از عقد و به‌عنوان یک توافق مستقل محسوب می‌شود. لذا شرط داوری به‌عنوان شرط ضمن عقد یا تعهد تبعی در نظر گرفته نمی‌شود تا به تبعیت از اصل، انتقال آن مسلم باشد. از این جهت، انتقال شرط داوری مستقل از انتقال شرط ضمن عقد می‌باشد» (ره‌پیک و عزیزبانی، ۱۳۹۷، صص ۱۴۶ و ۱۵۱).

در پاسخ باید گفت که استقلال شرط داوری به این معنا نیست که شرط داوری با اینکه شرط است، ماهیتاً جدای از قرارداد اصلی است و شرط ضمن عقد تنها شروط مرتبط با موضوع عقد باشد مثل تسلیم کالا یا ثمن در بیع، بلکه شرط ضمن عقد تمام شروط گنجانده شده در ضمن یک قرارداد است که محتوای آن چیزی مرتبط یا جدای از موضوع عقد اصلی است؛ مثل تعهد به نفع شخص ثالث ضمن یک قرارداد بیع که همه حقوق‌دانان آن را شرط ضمن عقد می‌دانند. در واقع منظور از استقلال شرط داوری این است که در موردی که ادعای بطلان قرارداد پایه مطرح است،

داور می‌تواند به این ادعا رسیدگی کند و بقای شرط داوری متأثر از بطلان قرارداد پایه نمی‌شود؛ به همین دلیل عده‌ای به جای استقلال شرط داوری، از تفکیک شرط داوری صحبت کردند.^۱ در پایان این قسمت باید تأکید کرد که همان‌طور که گفته شد، قائم‌مقامی متوجه طرفین قرارداد می‌شود و این طرفین قراردادند که در اثر نقل و انتقال ممکن است تغییر پیدا کنند نه داور. به بیان بهتر، در قائم‌مقامی تغییری در مورد داور صورت نمی‌پذیرد، بلکه داور مشخص شده یا مشخص می‌شود و به داوری در مورد نزاع طرفین می‌پردازد که البته ممکن است در اثر قائم‌مقامی تغییر یابند.

۲-۲. امکان‌سنجی قائم‌مقامی در قرارداد مستقل داوری

اگر داوری به صورت شرط ضمن عقد نباشد بلکه در قالب یک قرارداد یا موافقت‌نامه مستقل باشد که بعد از حصول نزاع منعقد شده، در این قسم از داوری که تحت عنوان موافقت‌نامه مستقل داوری از آن سخن گفته می‌شود، قائم‌مقامی رخ نخواهد داد. در واقع طرفین آن را بدون وابستگی به عقد منعقد می‌کنند و بدینسان این امر تابع احکام مورد بررسی مقاله حاضر نیست.

نتیجه

بر اساس تحقیقی که انجام شد، اگر در قرارداد انتقال حق عینی (مهم‌ترین حق عینی حق مالکیت است)، داوری شرط ضمن عقد باشد، قائم‌مقامی به تبع صورت می‌پذیرد و قائم‌مقامی باعث ابطال یا تغییری در شرط داوری نخواهد شد، چراکه بنابر مستندات و موارد مشابهی که در حقوق ذکر شد، قائم‌مقامی در این حالت باعث تغییری در وضعیت حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد نمی‌شود و فقط فرد جدید در همان وضعیت ناقل قرار می‌گیرد. در حقوق تطبیقی هم وضع به همین‌گونه است. در حقوق ایران، قانون آیین دادرسی مدنی در قائم‌مقامی عام دست به یک مورد تقنین خلاف قواعد زده (بند دوم ماده ۴۸۱ ق.آ.د.م) که باید در آینده اصلاح شود. اگر داوری به صورت موافقت‌نامه مستقل باشد، گرچه راجع به قرارداد نقل و انتقال حق عینی باشد، احکامش مشمول قائم‌مقامی نیست و محلی برای سخن گفتن از وضعیت حقوقی داوری بعد از قائم‌مقامی باقی نمی‌ماند، زیرا فرد جدید در همان وضعیت طرف قرارداد مستقل داوری قرار نمی‌گیرد.

۱. کاکانود، محمد، ۱۳۸۹، رأی شماره ۳۶/د/۸۸/۱۵/۲۳۰. از میان آرای داوری مرکز اتاق بازرگانی ایران، شماره ۲.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ هجدهم، تهران، کتابفروشی اسلامییه.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، حقوق اموال، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۳. _____ (۱۳۸۶)، الفارق (دائرةالمعارف عمومی حقوق)، جلد ۴، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۴. _____ (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۴، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۵. _____ (۱۳۹۸)، حقوق مدنی: رهن و صلح، چاپ پنجم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۶. جنیدی، لعیا (۱۳۷۸)، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۷. خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۱)، حقوق دعاوی ۶؛ بایسته‌های داوری تطبیقی، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۸. داوید، رنه؛ ژوفره اسپینوزی، کامی (۱۳۸۹)، درآمدی بر دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه سید حسین صفایی، تهران، انتشارات میزان.
۹. ره‌پیک، سیامک و عزیزبانی، مجید (۱۳۹۷)، «امکان‌سنجی انتقال شرط و موافقت‌نامه داوری»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۸۲.
۱۰. سنگلجی، محمد (بی‌تا)، دلائل‌السداد در قواعد فقه و اجتهاد، تهران، مطبوعه مجلس.
۱۱. شمس، عبدالله (۱۳۹۴)، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)، جلد ۱، چاپ سی و چهارم، تهران، انتشارات دراک.
۱۲. شیروی، عبدالحسین (۱۴۰۱)، داوری تجاری بین‌المللی، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات سمت.
۱۳. صفایی، سید حسین (۱۳۷۷)، «سخنی چند درباره نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره پیاپی ۱۰۵۰.
۱۴. _____ (۱۳۹۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۱، چاپ شانزدهم، تهران، نشر میزان.
۱۵. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲)، آیات‌الاحکام، تهران، دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۷. _____ (۱۳۸۹)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و هفتم، تهران، نشر میزان.
۱۸. _____ (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، چاپ نهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۹. _____ (۱۳۹۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، چاپ پنجاه و دوم، تهران، نشر میزان.
۲۰. کاظمی محمود (۱۳۹۸)، «قانون مدنی یا فقه فارسی؛ جستاری در منابع و ساختار قانون مدنی ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۹، دوره ۸.
۲۱. _____ (۱۴۰۰)، «نظریه قائم‌مقامی ورثه در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۲۹، دوره ۸.
۲۲. کاظمی محمود؛ پیلوار، رحیم (۱۳۹۷)، «تبارشناسی مال؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۴۷.
۲۳. _____ (۱۴۰۳)، «حق عینی و دینی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و غرب»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی.
۲۴. کاظمی، محمود، جمشید عسگر رمکی (۱۳۹۹)، «مفهوم و مبانی قائم‌مقامی ورثه: مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق تطبیقی، جلد ۱۶، شماره ۲.
۲۵. کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۹)، حقوق داوری داخلی، چاپ هفتم، تهران، انتشارات دادگستر.

۲۶. لیو، جولیان دی ام؛ لوکاس ای؛ میستلیس و استفان؛ ام کرول (۱۳۹۱)، داوری تجاری بین المللی تطبیقی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، انتشارات دانشگاه مفید.
۲۷. مافی، همایون (۱۳۹۷)، شرحی بر قانون داوری تجاری بین المللی، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه علوم قضایی.
۲۸. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴)، قواعد فقه، بخش مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۹. موزز، مارگارت (۱۳۹۸)، اصول و رویه های داوری تجاری بین المللی، مترجم: مجتبی اصغریان، تهران، انتشارات خرسندی.
۳۰. نیک بخت، حمیدرضا (۱۳۹۳)، داوری تجاری بین المللی (آیین داوری)، چاپ سوم، مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.
۳۱. عربی (ب)
۳۲. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۷ق)، حاشیه مکاسب، جلد ۱، چاپ دوم، قم، ذوی القربی.
۳۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۴ق)، رسائل فقهیه، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۳۴. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳)، حدائق الناظره فی احکام عتره الطاهره، جلد ۲۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۵. حکیم، محسن (۱۳۷۴)، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۲، قم، دارالتفسیر.
۳۶. حسینی عاملی، محمدجواد (بی تا)، مفتاح الکرامه، جلد ۹، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۳۷. حلبی، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق)، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، جلد ۱، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
۳۸. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیه، جلد ۴، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
۳۹. خوانساری، موسی (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب، جلد ۱، تهران، مکتبه المحمديه.
۴۰. خمینی، روح الله (۱۳۹۲)، کتاب البیع، جلدهای ۱ و ۲، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه تنظیم و النشر الآثار الامام الخمينی.
۴۱. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۴۰ق)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، جلد ۲، مقرر: محمد علی توحیدی، چاپ سوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۲. طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۱، چاپ سوم، تهران، مکتبه المرتضویه.
۴۳. عاملی، زین الدین (۱۳۸۰)، حاشیه شرائع الاسلام، قم، بوستان کتاب.
۴۴. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام، جلد ۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۴۵. _____ (۱۴۳۴ق)، الروضه البهیة، جلد ۳، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۴۶. عراقی، ضیاء الدین (۱۴۱۴ق)، شرح تبصره المتعلمین، جلد ۵، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۷. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۳۹۵)، مفاتیح الشرائع، جلد ۲، تهران، مدرسه عالی شهید مطهری.
۴۸. کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد، جلد ۹، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت.
۴۹. گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۷۱)، هدایه العباد، جلد ۲، قم، دارالقرآن الکریم.
۵۰. نجفی، محمدحسن (بی تا)، جواهر الکلام، جلد ۲۵، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۵۱. یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۰ق)، حاشیه مکاسب، جلد ۱، چاپ چهارم، قم، انتشارات اسماعیلیان.

ج) منابع لاتین

52. Borne, Gary B., (2020). International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer; 3rd edition.
53. Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, Stefan Michael Kröll, Stefan Kröll, (2003). Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague.
54. Lévy, Jean-Philippe et Castaldo, André, (2010). Histoire du droit civil, Dalloz.
55. Malaurie Philippe, Laurent Aynès, Maxime Julienne, (2021). Droit des biens (9e édition), LGDJ.
56. Moses, M. L. (2017). The principles and practice of international commercial arbitration. Cambridge University Press.
57. Schultz, (2020). Thomas and Federico Ortino, Assistant Editor: Jason Mitchenson, Oxford Handbook of International Arbitration, Oxford.
58. Tang, Zheng Sophia, (2016). Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law, Routledge.
59. Terré, F., & Simler, P. (1992). Droit civil: les biens. (No Title).