

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۹، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۷

صفحات ۵۴۵ تا ۵۷۰

قانون حاکم بر داوری پذیری دعاوی

محمدعلی بهمنی*

استادیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

حُسنی شیخ‌عطار

کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

(Email: hosna.attar@gmail.com)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۱۸، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۱۵)

چکیده

عدم داوری‌پذیری موضوع دعوی یکی از چالش‌هایی است که ممکن است جریان داوری را از آغاز تا پایان و حتی در مقطع اجرای رأی تحت تأثیر قرار دهد. با توجه به اینکه طرح این ایراد در مقاطع مختلف داوری و نزد مراجع گوناگونی صورت می‌گیرد، پرسش اساسی این است که سنجش قابلیت داوری بر اساس چه قانونی باید باشد؟ تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری در درجه اول بستگی به این دارد که موضوع داوری‌پذیری از سوی دیوان داوری رسیدگی شود یا از سوی دادگاه ملی. در مقام رسیدگی موازی به ماهیت دعوی، دادگاه ملی در جریان رسیدگی به درخواست ابطال رأی داوری یا رسیدگی به درخواست اجرای رأی داوری، ممکن است به بحث داوری‌پذیری ورود کند. درحالی که نظریات گوناگونی در خصوص قانون حاکم بر داوری‌پذیری مطرح شده است، بسیاری از صاحب‌نظران اعمال قانون مقرّ داوری را برای دیوان داوری، و مقرّ دادگاه را برای دادگاه رسیدگی‌کننده در این باره ارجحیت بخشیده‌اند. هدف از این مقاله، ضمن بررسی دوباره تئوری‌های گوناگون ناظر به تعیین قانون حاکم بر قابلیت داوری، نشان دادن ایرادات اعمال بی‌قید و شرط قانون مقرّ (اعم از مقرّ داوری و مقرّ دادگاه) بر موضوع داوری‌پذیری است. توجه به فلسفه وجودی داوری‌پذیری که پاسداری از صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ملی در خصوص برخی امور مهم است، نشان می‌دهد که اعمال قانون مقرّ فقط در جایی موجه خواهد بود که بین دعوی مطروحه و دادگاه‌های مقرّ رابطه‌ای صلاحیتی وجود داشته باشد.

واژگان کلیدی

تعارض قوانین، داوری‌پذیری، قانون حاکم، قانون مقرّ دادگاه، قانون مقرّ داوری.

مقدمه

داوری‌پذیری یا قابلیت ارجاع دعاوی به داور^۱ مفهومی است که روشن‌کننده محدودۀ دعاوی است که ارجاع آن‌ها به داور به‌عنوان شیوۀ خصوصی حل و فصل اختلافات مجاز است. با توجه به مواضع متفاوت نظام‌های حقوقی در خصوص تعیین محدودۀ دعاوی قابل ارجاع به داور، تعیین قانون حاکم بر داورپذیری موضوع اختلاف دارای اهمیت فراوانی است. با وجود این، تعیین قانون حاکم بر داورپذیری مورد اختلاف بسیاری از صاحب‌نظران بوده است (Böckstiegel, 1987, p.184).

مسئله داورپذیری ممکن است در مراحل مختلف رسیدگی مطرح شود. طرح ایراد عدم داورپذیری دعوی ممکن است به‌طور مستقیم نزد دیوان داور صورت پذیرد. اگر دیوان داور چنین ایرادی را وارد تشخیص دهد، با صدور قرار یا رأی از رسیدگی جلوگیری خواهد کرد؛ در غیر این صورت، دیوان داور ممکن است با صدور رأی جداگانه و یا تنها با ادامه رسیدگی، صلاحیت خود را به رسمیت بشناسد. همچنین مسئله عدم داورپذیری ممکن است در مقطع پیش از صدور رأی به‌عنوان یکی از موجبات عدم قابلیت اجرای موافقت‌نامه داور مطرح شود. در این مورد چنانچه دادگاه موضوع دعوی را داورپذیر نداند، موافقت‌نامه داور را بی‌اثر اعلام خواهد کرد. عدم قابلیت داور، در عین حال می‌تواند به‌عنوان مبنای بطلان رأی داور در دادگاه دولتی مطرح شود. در نهایت ایراد عدم داورپذیری ممکن است در مرحله شناسایی و اجرای رأی از سوی محکوم‌علیه طرح شود و یا رأساً مورد توجه دادگاه قرار گیرد. در هرکدام از این مقاطع، پرسش آغازین مطرح‌شده این است که تعیین داورپذیری بر مبنای چه قانونی باید باشد؟ فرض کنیم که شرکت تبعۀ کشور «الف» و شرکت تبعۀ کشور «ب» اقدام به انعقاد قرارداد ليسانس در مورد پروانۀ اختراع ثبت‌شده در کشور «الف» می‌کنند. قانون حاکم بر قرارداد ليسانس، قانون کشور «ج» است و طرفین توافق می‌کنند که اختلافات آن‌ها به داور در کشور «د» ارجاع شود. در جریان اجرای قرارداد ليسانس، اختلافی در خصوص اعتبار پروانۀ اختراع موضوع قرارداد ليسانس پیش می‌آید. با توجه به گستردگی شرط داور که هرگونه دعوی مرتبط با قرارداد ليسانس را دربر می‌گیرد، دعوی به داور ارجاع می‌شود. درحالی که قوانین کشورهای «الف»، «ب» و «ج»، دعاوی ناظر به اعتبار پروانۀ اختراع را داورپذیر نمی‌دانند، قانون داور کشور «د» به‌عنوان مقرّ داور، بر داورپذیری دعاوی مربوط به اعتبار کلیۀ حقوق مالکیت فکری صحّه می‌گذارد. در این فرض، چنانچه ایراد عدم داورپذیری در هریک از مقاطع جریان داور مطرح شود، مهم‌ترین پرسش پیش روی داوران

1. Arbitrabilty/ Arbitrabilité.

یا قضات این خواهد بود که چه قانون یا قوانینی را برای تعیین داوری‌پذیری باید اعمال کرد؟ آیا در هرکدام از این مقاطع قانون متفاوتی اعمال می‌شود؟ چنانچه پاسخ این پرسش‌ها روشن نباشد، تعدد و تکثر قوانینی که بر موضوع داوری‌پذیری اعمال می‌شوند، داوری را به مکانیزمی پیش‌بینی‌ناپذیر و غیرمؤثر برای حل و فصل اختلافات تبدیل می‌کند. از این رو ضروری است که تعارض قوانین در این حوزه مورد بررسی قرار گیرد و تلاش شود تا ملاکی دقیق ارائه گردد که درعین هماهنگی با اصول نظری حقوق بین‌الملل خصوصی، هدف غایی حل و فصل مؤثر دعاوی را نیز فراهم نماید. در این مقاله، تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری ابتدا نزد دیوان داوری و سپس نزد دادگاه دولتی بررسی خواهد شد.

تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری در دیوان داوری

بر اساس قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت^۱، دیوان داوری در آغاز رسیدگی، مسئله داوری‌پذیری را خواه با درخواست هریک از طرفین یا رأساً بررسی خواهد کرد. تفاوت معیارهای داوری‌پذیری در قوانین ملی موجب اهمیت یافتن قانون حاکم بر داوری‌پذیری می‌شود. بیشتر قوانین ملی در خصوص تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری ساکت هستند (Mistelis, 2009, p.10). آنچه قوانین ملی به آن می‌پردازد، تعیین ملاک‌ها یا مصادیق دعاوی داوری‌پذیر یا غیرداوری‌پذیر است. لیکن دکترین در تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری به منابع گوناگونی اشاره کرده است (Blessing, 1996, p.192; Böckstiegel, 1987, p.184)؛ قانون حاکم بر قرارداد داوری، قانون کشور مقرّ داوری، قانون محل اجرای احتمالی رأی داوری، قواعد انتظامی کشور ثالث و عرف‌های بین‌المللی، از این جمله‌اند. در این قسمت، ابتدا قوانین ملی قابل اعمال بر داوری‌پذیری و سپس عرف‌های تجاری و اصول نظم عمومی فراملی قابل اعمال بر داوری‌پذیری بررسی می‌شوند. درنهایت، تأثیر قوانین کشورهای ثالث در تعیین داوری‌پذیری مطالعه خواهد شد.

۱. قوانین ملی مرتبط با داوری‌پذیری

از آنجا که بسیاری از صاحب‌نظران داوری‌پذیری را از شرایط اعتبار قرارداد داوری می‌دانند (Böckstiegel, 1987, p.18; Hanotiau, 1996, p.391; Poudret and Besson, 2007, p.281-) (282)، اعمال قانون حاکم بر قرارداد داوری بر داوری‌پذیری را نیز موجه می‌شمرند. این دیدگاه

1. competence-competence.

در برخی آرای داوری به صراحت پذیرفته شده^۱، باین همه، چنین دیدگاهی مورد مناقشه قرار گرفته و تفکیک میان عدم داوری پذیری و بی اعتباری موافقت نامه داوری ضروری دانسته شده است (Born, 2014, p.948-949; Brekoulakis, 2009(a), p.37-44). با توجه به اینکه در بیشتر قوانین و مقررات مربوط به داوری، عدم اعتبار موافقت نامه داوری و داوری پذیری تحت عناوین جداگانه ای بررسی شده است^۲، به نظر می رسد که نباید عدم داوری پذیری را نوعی بی اعتباری قرارداد داوری دانست. موافقت نامه داوری، قراردادی خاصی است که دارای هر دو ماهیت قراردادی و صلاحیتی است و این در حالی است که از نظر شرایط اعتبار، یک موافقت نامه داوری خصوصیتی نسبت به سایر قراردادها ندارد و تحت حاکمیت اصول کلی حقوق قراردادها است. در مقابل، قابلیت داوری یک دعوی ناظر است به امکان مؤثر بودن قرارداد داوری در مورد دسته ای خاص از دعاوی. به عبارت دیگر، داوری پذیری، پیش شرط وجود صلاحیت برای دیوان داوری در رسیدگی به یک دعوی است. چنین امری دارای ارتباط مستقیم با ماهیت صلاحیتی قرارداد داوری است. بنابراین، نبود داوری پذیری به خودی خود موجب بی اعتباری موافقت نامه داوری نمی شود و تنها یک قرارداد معتبر را جزئی یا کلی غیر قابل اجرا می کند.

اعمال قانون حاکم بر قرارداد داوری بر مسئله داوری پذیری با دشواری دیگری نیز مواجه است. با وجود مقبولیت گسترده قاعده استقلال شرط داوری، معمولاً طرفین به تعیین قانونی مستقل برای حکومت بر شرط داوری نمی پردازند و این در حالی است که بسیاری از موافقت نامه های مستقل داوری در برگیرنده قانون حاکم هستند. در نبود چنین انتخابی، دیوان داوری باید نسبت به تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری اقدام نماید. در این راستا، توجه به بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ م می تواند راهگشا باشد. این مقرر، قانون کشور مقر داوری را در صورت نبود انتخاب قانون حاکم بر قرارداد داوری، معیار سنجش اعتبار قرارداد داوری شمرده است. همچنین تسری قانون ماهوی حاکم بر قرارداد اصلی بر موافقت نامه داوری، راه حل دیگری است که در فرض نبود انتخاب طرفین برای تعیین قانون حاکم بر قرارداد داوری پیشنهاد شده است (Halket, 2009, p.204). باین حال، این راه حل تا حد زیادی استقلال قرارداد داوری از قرارداد اصلی و ماهیت متمایز آن از قرارداد های دیگر را نادیده می گیرد (Kirry, 1996, p.380).

۱. برای نمونه، ر.ک.

ICC Arbitral Award, Case 6106, 1988, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 5, No. 2, 1994, p.47.

۲. برای نمونه، ر.ک. ماده (الف) (۱) ۵ کنوانسیون نیویورک درباره اعتبار موافقت نامه داوری و ماده (الف) (۲) ۵ در مورد داوری پذیری، قانون فدرال حقوق بین الملل خصوصی سوئیس (ماده ۱۷۸ در خصوص اعتبار موافقت نامه داوری و ماده ۱۷۷ در مورد داوری پذیری).

یکی از راه‌حل‌های پیشنهادی در فرض نبود انتخاب قانون حاکم بر قرارداد داوری، این است که داوران با توجه به خصوصیات هر پرونده، اراده مفروض طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد داوری را بیابند. در این فرایند که نوعی کشف اراده طرفین است، تلاش داوران برای احترام به قصد طرفین مبنی بر ارجاع اختلاف خود به داوری، اصلی و ضروری شمرده شده است (Hanotiau, 2003, p.66)؛ به این معنا که باید به اراده طرفین، انتخاب قانونی را منتسب کرد که شرط داوری را معتبر تلقی کند (Arcangeli, 1999, p.293).

با وجود این، وابسته نمودن مطلق داوری‌پذیری به اراده طرفین، مورد انتقاد برخی از صاحب‌نظران قرار گرفته است: «داوری‌پذیری، ارتباط نزدیکی با نظم عمومی دارد. رجوع به قانون منتخب برای تعیین این امر، ارجحیت بخشیدن اراده طرفین بر قانون ناظر به نظم عمومی است» (Racine, 2000, p.153). بر این اساس، به نظر می‌رسد که دیوان داوری در تعیین داوری‌پذیری، قوانین یا معیارهای دیگری را نیز حسب مورد در نظر می‌گیرد.

بسیاری از صاحب‌نظران، اعمال قانون کشور مقرّ داوری^۱ را نسبت به قانون حاکم بر قرارداد داوری برای تعیین داوری‌پذیری برتری بخشیده‌اند (Poudret and Besson, 2007 p. 284). مطابق این نظر، داوری‌پذیری محدودیتی بر آزادی اراده طرفین است. این آزادی اراده، تنها در محدوده قوانین امری قانون کشور مقرّ داوری معنا می‌یابد. بنابراین، طرفین با انتخاب قانون دیگری نمی‌توانند از معیارهای داوری‌پذیری کشور مقرّ داوری فرار کنند (Poudret and Besson, 2007 p.285). به علاوه، اشاره صریح کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸م به قانون مقرّ در تعیین داوری‌پذیری، بر اهمیت این قانون می‌افزاید. همچنین اعمال این قانون در سنجش داوری‌پذیری از سوی داوران، احتمال مواجه شدن با ابطال رأی در دادگاه‌های ملی کشور مقرّ داوری را کم‌رنگ می‌کند. درعین حال، با توجه به اینکه در برخی موارد، قانون کشور مقرّ داوری دربرگیرنده مقرراتی ماهوی در خصوص داوری‌پذیری است، اعمال قانون مقرّ موجه‌تر به نظر می‌رسد. نمونه بارز چنین موردی، بند ۱ ماده ۱۷۷ قانون بین‌المللی خصوصی سوئیس است که بر داوری‌های بین‌المللی که مقرّ آن در سوئیس باشد، اعمال می‌شود.^۲

باین حال باید توجه داشت که کشور مقرّ داوری معمولاً به‌طور تصادفی و یا صرفاً به‌عنوان کشوری بی‌طرف انتخاب می‌شود. طبیعی است که قانون این کشور اغلب دارای چنان ارتباطی با طرفین یا موضوع دعوی یک داوری بین‌المللی نیست که قابلیت ارجاع دعوی به داوری را تحت تأثیر قرار دهد (Jacquet, 2007, p.767). افزون بر این، گرایش‌هایی که در برخی از

1. Lex loci arbitri

۲. بند ۱ ماده ۱۷۷ قانون فدرال حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس، ماهیت مالی حقوق موضوع دعوی را ملاک داوری‌پذیری قرار داده است.

کشورها چون ایالات متحده آمریکا و فرانسه در خصوص اجرای آرای ابطال شده دیده می‌شود، اهمیت قانون کشور مقرّ داوری در تعیین داوری‌پذیری دعاوی را کم‌رنگ می‌کند (Arcangeli, 1999, p.29). شاید به همین دلیل باشد که برخی پیشنهاد کرده‌اند که تنها در زمانی که دعوی مطروحه ارتباط سرزمینی با مقرّ داوری دارد، قانون این کشور در تعیین داوری‌پذیری مورد توجه قرار گیرد (Brekoulakis, 2009 (b), p.111-112)؛ درواقع، نفس انتخاب یک کشور به‌عنوان مقرّ داوری، به معنای این نیست که دادگاه‌های آن کشور لزوماً صلاحیت رسیدگی به اصل دعوای مربوطه را دارند. به عبارت دیگر تا زمانی که تعارض بالقوه‌ای میان صلاحیت دادگاه‌های ملی کشور مقرّ داوری و دیوان داوری وجود نداشته باشد و در نتیجه احتمال ابطال رأی داوری در دادگاه‌های ملی کشور مقرّ داوری جدی نباشد، اعمال قانون این کشور در سنجش داوری‌پذیری، محلی از اعراب نخواهد داشت؛ بنابراین، داوران هنگام رویارویی با مسئله داوری‌پذیری یک دعوا باید به دو پرسش پاسخ دهند:

الف) آیا قانون مقرّ داوری حاوی مقرراتی در خصوص عدم داوری‌پذیری دعوی و وجود صلاحیت انحصاری برای محاکم ملی در رسیدگی به دعوی مطروحه نزد دیوان است؟
 ب) آیا محاکم ملی مقرّ داوری صلاحیت رسیدگی به دعوی مطروحه را دارند؟
 بر این اساس، تنها در فرضی که پاسخ به هر دو پرسش مثبت باشد، قوانین مقرّ داوری در خصوص غیرقابل دعوی بودن داوری یک دعوی قابلیت منطقی اجرایی خواهند داشت. شایان ذکر است که قانون محل احتمالی اجرای رأی داوری نیز ممکن است در تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری مورد توجه قرار گیرد. برخی از صاحب‌نظران (Gaillard and Savage, 1999, p.357; Racine, 2000, p.159)، با توجه به تکلیف داور به تلاش در صدور رأی قابل اجرا^۱، توجه دیوان داوری به قانون محل احتمالی اجرای رأی را ضروری دانسته‌اند. در همین راستا، در یک داوری تحت نظارت اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیوان داوری بیان کرد که قانون محل اجرای رأی داوری نیز باید برای بررسی قابلیت داوری مورد مطالعه قرار گیرد.^۲
 در نقد چنین دیدگاهی بیان شده که اجرای رأی داوری در درجه اول از جمله مسئولیت‌های طرفین است. تکلیف داور در این زمینه فراتر از دادن هشدار به طرفین در خصوص اجرای رأی در کشوری خاص نیست (Hanotiau, 1996, p.398). درواقع، خطر عدم اجرای رأی از اهمیت اراده طرفین که موجد صلاحیت دیوان داوری است، پیشی نمی‌گیرد (Chiariny-Daudet,)

۱. این تکلیف در برخی مقررات به رسمیت شناخته شده است؛ برای نمونه ر.ک. ماده ۳۵ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی.

2. ICC Arbitral Award, Case 6106, 1988, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 5, No. 2, 1994. p.47.

273, p.2006). در همین زمینه، دادگاه فدرال سوئیس در پرونده‌ای^۱ اعلام کرد: «صرف وجود قوانین آمره‌ای که موجب عدم اجرای رأی در کشور محل احتمالی اجرای رأی داوری می‌شود، به‌عنوان مانع داوری‌پذیری تلقی نمی‌شوند». دادگاه فدرال سوئیس در همین رأی اعلام داشت که تنها مقرراتی که از منظر نظم عمومی بین‌المللی قابل توجه هستند، مانع داوری‌پذیری تلقی می‌شوند. همچنین، اعمال قانون محل اجرا بر داوری‌پذیری، در فرضی که محل اجرای رأی داوری در کشورهای مختلف باشد، با موانع عملی قابل توجهی روبرو است.

۲. عرف‌های تجاری و اصول نظم عمومی فراملی

در مقابل تأکید گروهی از حقوق‌دانان بر اعمال یک قانون ملی بر داوری‌پذیری، بعضی داوران موافقت‌نامه داوری را مطابق عرف متناسب با نیازهای تجارت بین‌الملل بررسی کرده‌اند (Hanotiau, 2003, p.65). به‌نظر می‌رسد چنین عرف‌هایی در سطح داوری تجاری بین‌المللی در خصوص محدوده کلی داوری‌پذیری، قابل شناسایی باشند: مواردی مثل اینکه نفس وجود عنصر نظم عمومی در قوانین قابل اعمال بر دعوی، مانع داوری‌پذیری یک دعوی نیست یا در مواقعی که طرفین دعوا اختیار کامل راجع به حق مورد اختلاف خود داشته باشند، قابلیت ارجاع به داوری نیز وجود دارد (Racine, 2000, p.163-164).

اعمال اصول نظم عمومی فراملی در تعیین داوری‌پذیری، از دیگر راه‌های احتمالی یافتن قانون حاکم بر داوری‌پذیری است. این راه‌حل، مبتنی بر این دیدگاه داوری غیرمحل^۲ و تأکید بر این نکته است که دیوان داوری نهادی مستقل از نظام قضایی ملی است (Mistelis, 2009, p.13). بر این اساس، تعیین مسئله داوری‌پذیری وابسته به قانون ملی خاصی شمرده نمی‌شود. در تعریف اصول نظم عمومی فراملی گفته شده است که این اصول ارزش‌های بنیادین حقوقی هستند که در سطح جهانی دارای ارزش مطلق بین‌المللی‌اند (Kirry, 1996, p.385). دیوان عالی کشور فرانسه در رأی معروف «دالیکو»^۳، اعمال این اصول بر داوری‌پذیری را به رسمیت شناخته، باین‌حال، دیدگاه داوری غیرمحل^۲ جز در نظام حقوقی فرانسه با استقبال مواجه نشده است. باید گفت امروزه با مقبولیتی که داوری به‌دست آورده است و با درنظر گرفتن دکتترین و رویه قضایی و داوری درباره مفهوم داوری‌پذیری، می‌توان مواردی را که دولت‌ها نسبت به ارجاع آن‌ها به داوری حساس‌اند، شناسایی کرد و مفهومی فراملی از قابلیت داوری ارائه داد. اما هرگونه افراط

1. Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA and Oto Melara SpA V. M. et Le Tribunal Arbitral, Tribunal Fédéral, 23 June 1992, Revue de l'Arbitrage, 1993, N.4, p.691.

2. Delocalized Arbitration/ Arbitrage Délocalisé

3. Dalico c. Khoms et El Mergeb, Cour de Cassation, 20 Decembre 1993, Revue de l'Arbitrage, 1994, p.116.

در اعمال این مفهوم فراملی، موجب صدور آرای می‌شود که احتمال مواجهه آن‌ها با ابطال یا عدم اجرا بالاست؛ چنین امری قطعاً با مأموریت داور همخوانی ندارد (Jacquet, 2007, p.767). باید توجه داشت که با وجود اجماع بین‌المللی در خصوص عدم داوری‌پذیری دعاوی مربوط به حقوق خانواده و یا حقوق کیفری، مواضع نظام‌های حقوقی در مورد قابلیت داوری برخی از دعاوی، همچون دعاوی حقوق مالکیت فکری یا حقوق رقابت، پراکنده و ناهمگون است؛ چنین امری تحقق اجماع فراملی بر مفهوم داوری‌پذیری را با دشواری‌های جدی روبرو می‌کند. بنابراین تا زمانی که نظام‌های حقوقی به مفهومی همسان از داوری‌پذیری دست نیافته‌اند، به‌نظر می‌رسد که توجه داوران به قوانین داوری‌پذیری مقرر داوری، بهترین راه‌حل باشد. البته همان‌طور که بیان شد، تنها در صورتی که تعارض بالقوه‌ای بین صلاحیت دادگاه‌های ملی کشور مقرر داوری و دیوان داوری وجود داشته باشد، توجه به این قانون دارای توجیه است. در برخی موارد نیز داوران ناگزیر از اعمال قواعد انتظامی کشوری غیر از مقرر داوری - که دارای ارتباط نزدیک‌تری با دعوی است - خواهند بود که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۳. تأثیر قواعد انتظامی کشور ثالث بر داوری‌پذیری

پیش‌تر دیدیم که اعمال قانون محل احتمالی اجرای رأی داوری بر داوری‌پذیری با موانع نظری و عملی زیادی روبرو است. باین‌حال قانون کشور محل اجرای رأی داوری ممکن است به‌عنوان قواعد انتظامی کشور ثالثی که دارای ارتباط با داوری است، مورد توجه داوران قرار گیرد. این قواعد که با نظم عمومی پیوندی وثیق دارند، با عناوینی چون قواعد اجباری بین‌المللی^۱ یا قوانین انتظامی^۲ یا قوانینی که باید فوراً اجرا شوند^۳ مورد اشاره قرار می‌گیرند. چنین قواعدی، قوانینی هستند که رعایت آن‌ها برای حفظ سازمان سیاسی، اقتصادی و اجتماعی هر نظام حقوقی لازم است (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۲۴۵). این قواعد، صرف نظر از داخلی یا بین‌المللی بودن دعوی، در صورت وجود یک عامل ارتباط قوی و نزدیک بین دعوی و کشوری که قواعد آمره آن باید اعمال شود، مورد توجه قرار می‌گیرند (طباطبائی‌نژاد، ۱۳۹۴، ص ۲۹۵). در این موارد، داوران معمولاً بررسی می‌کنند که آیا قاعده انتظامی کشور ثالث با در نظر گرفتن هر مورد خاص و با عنایت به هدف و قلمرو قاعده آمره و پیوندی که بین موضوع دعوا و کشور موجد این قاعده وجود دارد، محلی برای اعمال دارد یا نه (Hanotiau, 2003, p.73-75). در این خصوص توجه به این نکته ضروری است که ماهیت دکتترین داوری‌پذیری، از جنس استثنایایی چون نظم عمومی در بحث

1. Internationally Mandatory Rules

2. Lois de police

3. Laws of Immediate Application/ Lois d'application immediate

تعارض قوانین است. بنابراین در اعمال داوری‌پذیری، شایسته است که به اصول سنتی تعارض قوانین در مورد اعمال نظم عمومی مراجعه شود. طبق این اصول، چنانچه نظم عمومی کشوری غیر از مقر، دارای ارتباط نزدیک‌تری با دعوی باشد، نظم عمومی کشور ثالث می‌تواند مورد توجه قرار گیرد (Born, 2014, p.606). چنین اصلی می‌تواند در مورد داوری‌پذیری هم اعمال شود. بر این اساس در خصوص داوری می‌توان گفت که چنانچه موضوع دعوی دارای ارتباط صلاحیتی پررنگی با نظام حقوقی دیگری غیر از مقر داوری باشد و در صورتی که قوانین آن نظام حقوقی دعوی را در صلاحیت انحصاری محاکم ملی قرار دهند، توجه داوران به قانون کشور ثالث در تعیین داوری‌پذیری موجه است (Brekoulakis, 2011, p.129).

اکنون باید دید که قواعد انتظامی کشور ثالث که دارای ارتباط با دعوی هستند، در عمل چگونه می‌توانند بر داوری‌پذیری مؤثر باشند. در این باره، بررسی قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی حقوق مالکیت فکری به‌عنوان یک نمونه، خالی از فایده نخواهد بود؛ چراکه این دعاوی یکی از مثال‌های بارز مواردی هستند که قواعد انتظامی کشور ثالث دارای ارتباط نزدیک‌تری با دعوی است.

دعاوی حقوق مالکیت فکری از جمله دعاوی‌ای هستند که بسیاری از نظام‌های حقوقی ارجاع آن‌ها به داوری را با محدودیت‌هایی همراه ساخته‌اند. با توجه به مواضع ناهمگون نظام‌های حقوقی دنیا در مورد داوری‌پذیری این دعاوی^۱، پرسش اساسی مطرح‌شده درباره داوری دعاوی حقوق مالکیت فکری، این است که چه قانونی بر داوری‌پذیری این دعاوی حاکم است. اصولاً دعاوی حقوق مالکیت فکری به دو گروه، دعاوی با منشأ قراردادی و غیرقراردادی تقسیم می‌شوند. در خصوص تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی حقوق مالکیت فکری با ماهیت قراردادی محض، باید گفت که خصوصیتی نسبت به سایر دعاوی قراردادهای تجاری وجود ندارد و اصولاً داوری‌پذیری این دعاوی محل تردید نیست. بنابراین در این دعاوی، تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری مانند سایر دعاوی قراردادی تجاری صورت خواهد گرفت. اما چنانچه در جریان یک داوری، دعاوی حقوق مالکیت فکری که ماهیت غیرقراردادی دارند، به نحو طاری در جریان یک دعوی قراردادی مطرح شوند و در صورتی که شرط داوری دارای گستردگی لازم برای تسری به این دعاوی باشد، داوری‌پذیری این دعاوی ذاتاً غیرقراردادی (مانند دعوی اعتبار، نقض و مالکیت حقوق فکری)، محل مناقشه خواهد بود و طبعاً تعیین قانون حاکم بر قابلیت داوری این دعاوی نیز اهمیتی دوچندان می‌یابد.

برخی نویسندگان (Fouchard, 1977, p.65; Racine, 2000, p.161) تأکید کرده‌اند که قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی غیرقراردادی حقوق مالکیت فکری، همان قانون حاکم بر

۱. بررسی تطبیقی مواضع نظام‌های حقوقی گوناگون در خصوص داوری‌پذیری حقوق مالکیت فکری نیازمند ثبت، موضوع مقاله دیگری است که در نوبت چاپ است.

حقوق مالکیت فکری مربوطه است. بر این اساس، بیان شده است که اگر کشور مقرّ داورى همان کشور محل حمایت از حقوق مالکیت فکری موضوع دعوی نباشد، دیوان داورى به قانون کشور محل حمایت از این حقوق نیز توجه خواهد کرد. بنابراین، مطابق این نظر اگر پروانه اختراع در کشورى ثبت شده باشد که دعاوى اعتبار حقوق ثبت شده را داورى پذیر نمی‌داند، قانون حاکم بر داورى پذیرى، قانون کشور محل ثبت پروانه اختراع خواهد بود؛ حتی اگر قانون کشور مقرّ داورى بر داورى پذیرى دعاوى اعتبار پروانه اختراع صحّه بگذارد. در توجیه این نظر بیان شده که بی‌توجهی داوران به این قانون به‌عنوان قانون محل احتمالی اجرای رأی، از موجبات بی‌اثر شدن آرای داورى و در نتیجه غیرموجه است (Vicente, 2009, p.436).

اما چنین توجیهی مورد انتقاد برخی دیگر از حقوق دانان (Cook and García, 2010, p.56-57) واقع شده است؛ چراکه همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، اصولاً داوران در تعیین داورى پذیرى به اعمال قوانین نظم عمومی کشور محل احتمالی اجرای رأی داورى ملزم نیستند. با وجود این، همین حقوق دانان نیز اذعان دارند که این عدم الزام به معنای منع دیوان داورى از اعمال این قانون نیست؛ به این معنا که با در نظر گرفتن تعهد اخلاقی داور به صدور رأی قابل اجرا، دیوان داورى ممکن است اعمال قوانین نظم عمومی کشور محل اجرای رأی را مورد توجه قرار دهد (Cook and García, 2010, p.57).

با دقت بیشتر به موضوع روشن می‌شود که توجه به قانون کشور موجد حقوق مالکیت فکری برای تعیین قانون حاکم بر داورى پذیرى، تنها مکانیزم پیشگیری از عدم اجرای احتمالی رأی نیست، بلکه در این موارد، قانون کشور محل حمایت از حقوق مالکیت فکری^۱ به دلیل ارتباط بسیار نزدیک با اصل دعوی و نه صرفاً تضمین صدور رأی قابل اجرا مورد توجه قرار می‌گیرد. در این موارد، قانون حاکم بر اصل حقوق مالکیت فکری به‌عنوان قواعد انتظامی - که با توجه به داشتن ارتباط تنگاتنگ با موضوع دعوی اعمالشان ضروری است - در نظر گرفته می‌شود. شاخصه اصلی حقوق مالکیت فکری، سرزمینی بودن آنها است؛ به این معنا که وجود و محدوده حمایت از این حقوق مطابق قانونی خاص در یک قلمرو جغرافیایی مشخص تعیین می‌شود. همین اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری بیانگر ارتباط غیرقابل انکار دعاوى ناظر به حقوق مالکیت فکری با قانون کشورى است که در آن به رسمیت شناخته می‌شوند. به عبارت دیگر، اعتبار این حقوق فقط بر اساس قانون کشور محل حمایت سنجیده خواهد شد، چراکه تنها قانون چنین کشورى است که به دارنده حقوق مالکیت فکری حقى انحصارى در محدوده جغرافیای معین اعطا می‌کند (Gottschalk, 2007, p.187). بنابراین طبیعی است که قانونی که منحصرأ ایجاد، حمایت و انتقال این حقوق را عهده‌دار است، در بررسی داورى پذیرى نیز مورد توجه قرار گیرد. بر همین

1. Lex Loci Protectionis.

اساس، متخصصان حقوق مالکیت فکری اعتقاد دارند که برای یافتن قانون حاکم بر داوری‌پذیری هر یک از دعاوی اعتبار، مالکیت یا نقض حقوق مالکیت فکری باید به قانونی رجوع کرد که بر اصل این حقوق حاکم است (Chiariy-Daudet, 2006, p.282-291).

این رویکرد به‌طور ضمنی در یکی از آرای داوری آی.سی.سی.^۱ نیز دیده می‌شود. در این دعوی که مربوط به قرارداد ليسانس ناظر به یک پروانه اختراع ثبت‌شده در آلمان بود، دیوان داوری در بررسی داوری‌پذیری ادعای نقض حقوق پروانه اختراع به قانون آلمان رجوع نمود. البته باید توجه داشت که در این پرونده، طرفین به‌صراحت مشخص کرده بودند که قانون حاکم بر ادعاهای قراردادی، قانون ژاپن و قانون حاکم بر دعاوی مرتبط با پروانه اختراع، قانون آلمان خواهد بود. اما هیچ چیز مانع از آن نیست که در فرض عدم تأکید صریح طرفین، در این خصوص نیز قانونی که به صورت عادی حمایت از حقوق فکری مورد دعوی را به‌عهده دارد، نسبت به تعیین داوری‌پذیری دعاوی که مستقیماً با این حقوق در ارتباط است، تعیین‌کننده باشد.

بنابراین با وجود ارتباط تنگاتنگ حقوق مالکیت فکری با حقوق رقابت و سیاست‌های اقتصادی و اجتماعی هر نظام حقوقی، می‌توان گفت که در تعیین داوری‌پذیری دعاوی حقوق مالکیت فکری، توجه به قوانین موجد حق فکری محل اختلاف به‌عنوان قواعد انتظامی کشور ثالث کاملاً موجه است. چراکه همان‌طور که پیش‌تر دیدیم، در صورتی که دیوان داوری پیوند کافی بین دعوی و کشور موجد قاعده انتظامی را احراز کند، اعمال این قواعد در تعیین داوری‌پذیری موجه خواهد بود. در مورد دعاوی حقوق مالکیت فکری، خصلت سرزمینی این حقوق به خوبی بیانگر پیوند لازم بین دعوی و کشور محل حمایت از این حقوق است. در تقویت این دیدگاه گفته شده است که تعیین داوری‌پذیری دیوان داوری باید با در نظر گرفتن این موضوع باشد که آیا دیوان داوری می‌تواند رأی صادر کند که نتیجه دعوی را به‌گونه‌ای موفقیت‌آمیز مشخص کرده، آن را حل و فصل نماید (Brekoulakis, 2009(b), p.113). بر این اساس، اگر برای مثال دعوی ارجاع‌شده به داوری مربوط به مالکیت پروانه اختراع ثبت‌شده نزد کشوری است که داوری دعاوی مربوط به پروانه اختراع را به رسمیت نمی‌شناسد، دیوان داوری- صرف نظر از اینکه مقر داوری ممکن است هیچ‌گونه محدودیتی برای داوری دعاوی حقوق مالکیت فکری قائل نباشد- باید به این موضوع توجه کند که تنها دادگاه ملی صالح مطابق قوانین کشور اعطاکننده پروانه اختراع توانایی حل و فصل موفقیت‌آمیز چنین دعوایی را دارد و در نتیجه این دعوی را نباید داوری‌پذیر بداند.

توجه داوران به قانون حاکم بر حقوق مالکیت فکری در تعیین داوری‌پذیری ادعاهای

1. ICC Interim Award, Case 6097, 1989, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 4, No.2, 1993, p.76.

غیرقراردادی از جنبه دیگری نیز قابل تأکید است. این شیوه راه سوءاستفاده و تقلب نسبت به قانون را در خصوص دعاوی ای که متضمن نوعی ارتباط با منافع عمومی هستند، سد می‌کند. به علاوه، تأکید بر توجه داوران به قوانین مالکیت فکری کشور محل حمایت این حقوق در تعیین داوری‌پذیری، به دولت‌ها این اطمینان را می‌دهد که نهاد داوری در صدد نقض صلاحیت‌های حاکمیتی مراجع عمومی نبوده و در تعیین حدود اختیار داور نسبت به رسیدگی به این دعاوی نیز قانونی که حمایت از این حقوق انحصاری را برعهده دارد، مورد توجه است. آنچه در بررسی قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی حقوق مالکیت فکری گفته شد، قابل تسری بودن به سایر دعاوی ای است که داوری‌پذیری آن‌ها محل مناقشه است. بنابراین، توجه به قانونی غیر از مقرّ داوری برای تعیین داوری‌پذیری فقط جایی موجه خواهد بود که ارتباط نزدیک‌تری بین قانون خارجی و موضوع دعوی وجود داشته باشد.

تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری در دادگاه ملی

به‌طور کلی دادگاه ملی در سه مرحله مختلف اجرای موافقت‌نامه داوری، ابطال رأی داوری، شناسایی و اجرا، با مسئله داوری‌پذیری مواجه می‌شود. مرحله اول که مقطع پیش از صدور رأی داوری است، معمولاً هنگامی پیش می‌آید که یکی از طرفین، علی‌رغم وجود قرارداد داوری، اقدام به طرح دعوی در یک دادگاه ملی می‌کند. همچنین ممکن است یکی از طرفین مستقیماً از دادگاه رسیدگی به اعتبار یا قابل اجرا بودن قرارداد داوری را درخواست نماید. در این موارد ممکن است دادگاه برای تصمیم به اجرای موافقت‌نامه داوری، به بررسی مسئله داوری‌پذیری بپردازد. بحث ابطال آرای داوری نیز هنگامی مطرح می‌شود که محکوم‌علیه رأی داوری، این رأی را در دادگاه مقرّ داوری به چالش بکشد. از آنجا که یکی از موارد ابطال آرای داوری، عدم قابلیت ارجاع به داوری است، بحث داوری‌پذیری در این مقطع اهمیت می‌یابد. همچنین، محکوم‌علیه رأی داوری ممکن است عدم داوری‌پذیری را به‌عنوان مانع شناسایی و اجرای رأی داوری قلمداد کرده، به این ترتیب، دادگاه صالح به اجرای رأی داوری ناگزیر از ورود به مسئله داوری‌پذیری خواهد بود.

۱. تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری در مقطع پیش از صدور رأی

در مرحله پیش از صدور رأی داوری، مسئله داوری‌پذیری ممکن است در دادگاه ملی طرح شود. این دادگاه ممکن است دادگاه مقرّ داوری، محل اجرای قرارداد اصلی یا دادگاه متبوع خوانده رسیدگی داوری باشد. رسیدگی به داوری‌پذیری موضوع اختلاف ممکن است به‌عنوان

دعوی اصلی یا در جریان طرح دعوی یکی از طرفین در دادگاه، علی‌رغم وجود موافقت‌نامه داوری و اعتراض طرف دیگر مبنی بر وجود آن، طرح گردد.

پیش از ورود به بحث، بیان یک نکته ضروری است. اصل شناخته‌شده صلاحیت نسبت به صلاحیت دارای دو اثر است: اثر منفی و اثر مثبت. اثر مثبت که تقریباً در همه قوانین داوری به رسمیت شناخته شده است؛ به این معنا که دیوان داوری حق تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت خود را دارد (Poudret and Besson, 2007, p.387). در مقابل، اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، به داوران این امتیاز را می‌دهد که برای تعیین صلاحیت، مرجع اولیه (نه مرجع انحصاری) مرجع داوری باشد (Gaillard and Banifatemi, 2008, p.257, 259). به این ترتیب که در وهله اول (تا پیش از صدور رأی داوری)، نوعی اولویت برای دیوان داوری در تصمیم‌گیری نسبت به صلاحیت وجود دارد و آن در مواردی است که موضوع صلاحیت به‌طور موازی در جریان رسیدگی قضایی و همین‌طور در جریان رسیدگی داوری مورد ایراد قرار گرفته باشد. بر این اساس، تنها در فرضی که دیوان داوری تشکیل نشده باشد، دادگاه وارد بررسی اعتبار موافقت‌نامه داوری می‌شود که این بررسی هم محدود به بررسی ظاهری^۱ خواهد بود. چنین ترتیبی در ماده ۱۴۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه^۲ و در رویه قضایی سوئیس^۳ پیش‌بینی شده است. دلیل پیش‌بینی این اولویت، جلوگیری از استفاده از تاکتیک‌های تأخیری از سوی هریک از اطراف دعوی است.

شایان ذکر است که حتی قوانینی که اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت را مورد تصریح قرار نداده‌اند، بررسی اعتبار یا اثربخشی موافقت‌نامه داوری از سوی محاکم را به بررسی ظاهری و اولیه محدود کرده‌اند^۴. با اینکه در مقطع پیش از تشکیل دیوان داوری قاعدتاً ورود دادگاه ملی به بحث داوری‌پذیری بر اساس بررسی ظاهری قابلیت اجرایی موافقت‌نامه داوری خواهد بود، این بررسی نیز باید بر اساس قانون مشخصی صورت بگیرد. بنابراین، لازم است که این موضوع از منظر تعارض قوانین مطالعه شود.

1. prima facie

2. Art. 1448.

1. When a dispute subject to an arbitration agreement is brought before a court, such court shall decline jurisdiction, except if an arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable.

2. A court may not decline jurisdiction on its own motion.

3. Swiss Fed. Trib., 29 April 1996, Fondation M. v. Banque X., ATF 122 m 139, 1996(3) ASA Bull. 527; see also the note by C.U. Mayer at 1996(3) ASA Bull. 531.

در این رأی، شناسایی اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت در حقوق سوئیس منحصر به مواردی شده است که مقر داوری در سوئیس قرار دارد.

۴. برای نمونه، ر.ک. به بند ۱ ماده ۸ قانون نمونه آنسیترال.

ابتدا باید دید موضع اسناد بین‌المللی راجع به داوری در خصوص قانون حاکم بر داوری‌پذیری در این مقطع چیست؟ در کنوانسیون نیویورک راه‌حل صریحی در این باره مشخص نشده است. مطابق بند ۳ ماده ۲ این کنوانسیون، محاکم کشورهای عضو هنگام رسیدگی به اختلافاتی که طرفین در مورد آنها اقدام به انعقاد موافقت‌نامه داوری کرده‌اند، باید به درخواست هریک از طرفین، موضوع را به داوری ارجاع دهند. این تکلیف با استثناهایی روبرو است: عدم قابلیت اجرا یا بی‌اعتباری موافقت‌نامه داوری. این کنوانسیون در مورد اینکه تصمیم دادگاه ملی بر مبنای چه قانونی خواهد بود، سکوت اختیار کرده است. ماده ۵ کنوانسیون، قانون حاکم بر داوری‌پذیری نزد دادگاه محل اجرای رأی را قانون مقرر دادگاه می‌داند. ممکن است با اتخاذ ملاک از این ماده، قانون محل احتمالی اجرای رأی بر فرض تعیین داوری‌پذیری در مرحله پیش از صدور رأی نیز حاکم دانسته شود. این مسئله در ایالات متحده آمریکا در جریان پرونده‌ای^۱ مورد بحث قرار گرفته است. در این پرونده، خواهان علی‌رغم وجود قرارداد داوری، اقدام به اقامه دعوی نزد یکی از دادگاه‌های نیویورک نمود. وی با اتخاذ ملاک از ماده ۵ کنوانسیون نیویورک اعلام کرد که بررسی داوری‌پذیری بر اساس ماده ۲ این کنوانسیون نیز مطابق قانون محل احتمالی اجرای رأی خواهد بود. دادگاه این استدلال را نپذیرفت و اعلام داشت که عدم درج قانون حاکم در ماده ۲ این کنوانسیون به هیچ‌وجه به معنای تسری قانون محل اجرای رأی بر این فرض نیست؛ چراکه در جریان تهیه پیش‌نویس این کنوانسیون، پیشنهاد نماینده کشور آلمان مبنی بر بررسی اعتبار موافقت‌نامه داوری بر اساس قانون محل احتمالی اجرای رأی رد شد (Hanotiau, 1996, p.400).

در همین باره، دادگاه تجدیدنظر بروکسل در رأی مورخ ۴ اکتبر ۱۹۸۵ اعلام کرد که حل و فصل مسئله داوری‌پذیری در مقطع رسیدگی به اعتبار موافقت‌نامه داوری در مقایسه با مقطع شناسایی و اجرای رأی، با به‌کارگیری معیارهای متفاوتی همراه خواهد بود: در مرحله شناسایی و اجرای رأی، قانون مقرر دادگاه بر تعیین داوری‌پذیری حاکم است؛ در حالی که در مقطع پیش از صدور رأی، رسیدگی به داوری‌پذیری بر مبنای قانون منتخب طرفین صورت می‌گیرد. مزیت رجوع به قانون منتخب طرفین در تعیین داوری‌پذیری، هماهنگ‌سازی دیدگاه‌های دیوان داوری و دادگاه‌های ملی در رسیدگی به داوری‌پذیری به‌عنوان شرط اعتبار موافقت‌نامه داوری است (Hanotiau, 2003, p.86). با این حال، دیدگاه دادگاه تجدیدنظر بروکسل در این خصوص متهم به آزادی بیش از حد شده و نیز با استقبال رویه قضایی سایر کشورها نیز روبرو نشده است

1. Meadows Indemnity Company Limited v. Baccala & Shoop Insurance Services, Inc., et al., 760 F. Supp. 1036, United States District Court for the Eastern District of New York, 29 March 1991, LEXIS 4144.

2. Company M v. M SA, Cour d'appel de Brussels, 4 October 1985, Yearbook XIV (1989) p.618-620.

در کشور بلژیک با اینکه برخی از دادگاه‌ها به چنین تفسیری گرایش دارند، این تفسیر متفقاً مورد پذیرش قرار نگرفته است (Poudret and Besson, 2007, p.287).

در مقابل دیدگاه پیش‌گفته، بسیاری از نویسندگان بر تفکیک کنوانسیون نیویورک بین قانون حاکم بر اعتبار موافقت‌نامه داوری و قانون حاکم بر داوری‌پذیری تأکید کرده‌اند: اعتبار موافقت‌نامه داوری مطابق قانون منتخب طرفین و در غیاب آن، قانون کشور مقرّ داوری (Lex loci arbitri) سنجیده می‌شود، درحالی که در تعیین داوری‌پذیری، هر دادگاه به قانون مقرّ دادگاه (Lex fori) خود مراجعه می‌کند (Mistelis, 2009, p.12-13; Hanotiau, 2003, p.78). این نظریه در عمل نیز مورد پذیرش بیشتر دادگاه‌های ملی قرار گرفته است (Born, 2014, p.602-603)؛ برای نمونه، دیوان عالی کشور ایتالیا این دیدگاه را در آرای خود به رسمیت شناخته است.^۱ رأی معروف «لابینال»^۲ در فرانسه نیز این نظر را اعمال کرده است. همچنین دیوان عالی کشور آمریکا در دعاوی معروف «میتسوبیشی»^۳، بدون طرح موضوع قانون حاکم، به قانون مقرّ دادگاه ارجاع داده است. در این قضیه، داوری باید در ژاپن و مطابق قانون سوئیس برگزار می‌شد، اما یکی از طرفین علی‌رغم وجود شرط داوری، در دادگاه ایالات متحده آمریکا اقامه دعا کرد و دادگاه نیز مطابق قانون ایالات متحده دعا را به داوری ارجاع داد.

یکی از استدلال‌های چنین دیدگاهی، استناد به ماده ۵ کنوانسیون نیویورک است؛ به این معنا که چون دادگاه محل اجرای رأی در بررسی داوری‌پذیری بر اساس قانون خود تصمیم می‌گیرد، دادگاه ملی هم که در مرحله پیش از صدور رأی با مسئله داوری‌پذیری روبرو می‌شود، باید به قانون داخلی خود رجوع کند (Hanotiau, 2003, p.84).

در مقابل، گفته شده است که اعمال قانون مقر دادگاه ممکن است تعارض منفی صلاحیت‌ها را به دنبال داشته باشد؛ به این معنا که دادگاه رسیدگی‌کننده به ادعای عدم قابلیت داوری، ممکن است به این نتیجه برسد که دعاوی داوری‌پذیر است و صلاحیت خود را رد کند، اما خواهان از قابلیت داوری دعا مطابق قانون مقرّ داوری اطمینان پیدا نکند (Poudret and Besson, 2007, p.288).

منتقدان دیدگاه اعمال قانون مقرّ دادگاه اعتقاد دارند که هرگاه علی‌رغم وجود شرط داوری،

۱. برای نمونه، ر.ک.

Compagnia Generale Costruzioni COGECO SpA v. Piersanti, Corte di Cassazione, 27 April 1979, no. 2429, Yearbook VI (1981), p.229-230.

2. Société Labinal c. Sociétés Mors et Westland Aerospace, Cour d'appel de Paris, 19 mai 1993, Revue de l'Arbitrage, 1993, p.645.

3. Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985), available at: <supreme.justia.com/us/473/614/case.html> last visited December 31, 2010.

یکی از طرفین در دادگاه اقامه دعوا کند، دادگاه باید قابلیت داوری دعوا را مطابق قانون مقرّ داوری تعیین نماید (Poudret and Besson, 2007, p.288). مطابق این نظر، در مرحله پیش از صدور رأی، هرگاه دادگاه ملی در صدد سنجش داوری‌پذیری یک دعوی باشد، ملاک‌های قانون مقرّ داوری و اراده طرفین را تاجایی که قانون مقرّ داوری به اراده طرفین اجازه ابراز دهد، در نظر می‌گیرد. اما به نظر نمی‌رسد که این راه حل هم چندان منطقی باشد، چراکه حتی در این راه حل نیز نکته بسیار ظریفی در تشخیص قانون حاکم بر داوری‌پذیری مغفول مانده است؛ قوانین ملی راجع به داوری‌پذیری، در واقع قواعد حل تعارض صلاحیت بین دادگاه‌های داخلی کشورها و دیوان‌های داوری هستند. هدف غایی قواعد ناظر به داوری‌پذیری در هر کشور حفظ صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ملی همان کشور در خصوص دسته مشخصی از دعاوی است (Arfazadeh, 2001, p.77; Brekoulakis, 2011, p.122). بنابراین، توسل به استثنای عدم داوری‌پذیری بر اساس قانون مقرّ دادگاه رسیدگی‌کننده، تنها در صورتی معنا خواهد داشت که نوعی ارتباط سرزمینی بین اختلاف و کشور مقرّ دادگاه وجود داشته باشد؛ به این ترتیب که تنها در مواردی که تعارض صلاحیت بین دادگاه‌های کشور محل رسیدگی قضایی و صلاحیت دیوان داوری وجود دارد، اعمال قانون مقرّ دادگاه رسیدگی‌کننده، محلی از اعراب خواهد داشت (Brekoulakis, 2009 (b), p.104).

حال پرسش مطرح شده این است که اگر مقرّ دادگاه دارای ارتباط سرزمینی با دعوی نباشد، چه قانونی باید بر داوری‌پذیری حاکم باشد؟ آیا لازم است دادگاه‌های ملی در زمان ارزیابی داوری‌پذیری، به قواعد و قوانین کشور ثالث توجه کنند؟ در گفتار پیشین دیدیم که توجه داوران به این امر در مواردی که قواعد انتظامی کشور ثالث دارای ارتباطی نزدیک‌تر با دعوی باشد، لازم و ضروری به نظر می‌رسد.

در ابتدا توجه به این نکته ضروری است که در کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، قانون کشور ثالث غیر از مقرّ دادگاه در تعیین داوری‌پذیری نقشی ندارد. به علاوه، عدم داوری‌پذیری به‌عنوان مفهومی که بیان‌کننده تقسیم صلاحیت بین دادگاه‌های ملی و داوری است، یک موضوع شکلی است. بر اساس یک قاعده پذیرفته شده حقوق بین‌الملل خصوصی، مسائل شکلی تابع قانون مقر خواهند بود و درجایی که تعارض صلاحیتی بین دادگاه‌های مقر و دیوان داوری وجود نداشته باشد، این موضوع شکلی عملاً سالبه به انتفاع موضوع می‌شود و دادگاه‌ها تکلیفی به حفاظت از صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ملی سایر نظام‌های حقوقی ندارند (Brekoulakis, 2011, p.126-127). همچنین، به‌درستی بیان شده است که اعمال قوانین خارجی ناظر به عدم داوری‌پذیری در مقطع پیش از صدور رأی، بیشتر جنبه فرضی دارد (Arfazadeh, 2001, p.83)؛ چراکه در این مقطع، دادگاه ملی اگر خود را

صالح به رسیدگی به اصل دعوی نداند، از رسیدگی خودداری خواهد کرد و علی‌الاصول باید تصمیم‌گیری در مورد عدم داوری‌پذیری بر مبنای قوانین دیگری غیر از مقر خود را به مراجع دیگر، یعنی دادگاه رسیدگی‌کننده به ابطال یا اجرای رأی، بسپارد (Born, 2014, p.609-610). به‌علاوه، چنانچه پیش‌تر اشاره شد، بررسی اعتبار و قابلیت اجرای موافقت‌نامه داوری در مقطع پیش از صدور رأی، یک بررسی اولیه و ظاهری خواهد بود. این محدوده مضیق بررسی عملاً احتمال ارجاع دادگاه ملی به قانون خارجی را کم‌رنگ می‌کند. در عمل در صورتی که دادگاه ملی بر اساس قانون مقر دادگاه، خود را نسبت به اصل دعوی صالح نداند، از رسیدگی ماهوی به دعوی خودداری می‌کند. تنها در شرایط نادری که یکی از اطراف دعوی بتواند قاطعانه ثابت کند که به دلیل عدم داوری‌پذیری دعوی در مقر داوری، موافقت‌نامه داوری عملاً قابلیت اجرایی ندارد (ماده ۲(۳) کنوانسیون نیویورک)، بررسی قانون مقر داوری از سوی دادگاه ملی خارج از مقر داوری موجه خواهد بود. در صورت هرگونه تردید، دادگاه باید قرار عدم استماع صادر کند و طرفین را به داوری در مقر خارجی ارجاع دهد (Arfazadeh, 2001, p.84).

چنانچه پیش‌تر اشاره شد، گرایش‌هایی نیز میان برخی از حقوق‌دانان وجود دارد مبنی بر اینکه قانون حاکم بر داوری‌پذیری، یک قانون ملی خاص نیست. برابر این نظر، سنجش داوری‌پذیری بر مبنای اصول پذیرفته‌شده بین‌المللی است (Hanotiau, 1996, p.402). البته به نظر می‌رسد هنوز تا رسیدن به مرحله‌ای که دادگاه‌های ملی از اعمال قوانین داخلی به نفع اصول بین‌المللی صرف نظر کنند، فاصله وجود دارد. باین‌حال ردپایی از این نظریه در دکترین و حتی گاه رویه قضایی دیده می‌شود. برای مثال، در ایالات متحده آمریکا دادگاه فدرال مستقر در نیویورک در جریان رسیدگی به یک پرونده^۱ اعلام نمود:

«مراجعه به قانون ملی یک کشور، حتی کشور محل احتمالی اجرای رأی، تعیین‌کننده داوری‌پذیری در معنای بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک نیست. تعیین داوری‌پذیری دعاوی باید در سطحی بین‌المللی و با ارجاع به قوانین کشورهای عضو کنوانسیون نیویورک، صورت گیرد.» همچنین این دادگاه اعلام کرد که دادگاه‌های ملی تنها در صورتی حق امتناع از ارجاع اختلاف به داوری را دارند که:

موافقت‌نامه داوری مشمول مواردی از بی‌اعتباری که در سطح بین‌المللی پذیرفته شده است، مانند اکراه، اشتباه، تقلب و... باشد.

اصول اساسی و بنیادین کشور مقر نقض شود.

درواقع این گرایش بر هدف غایی کنوانسیون نیویورک که تشویق شناسایی و اجرای موافقت

1. Meadows Indemnity Company Limited v. Baccala & Shoop Insurance Services, Inc., et al., 760 F. Supp. 1036, United States District Court for the Eastern District of New York, 29 March 1991, LEXIS 4144.

نامه‌های داوری تجاری و ترجیح مکانیزم داوری است تأکید می‌کند (Hanotiau, 1996, p.402). بر این مبنای دولت‌های عضو نباید با دیدی محدود، ماهیت الزام‌آور قرارداد داوری را تحت تأثیر قرار دهند. چنین رویکردی مستلزم وارد آوردن حداقل استثنایها بر اصل داوری‌پذیری دعاوی است. با وجود این، به نظر می‌رسد که صحنه داوری بین‌المللی هنوز آماده اعمال اصول فراملی بر داوری‌پذیری نیست، چنان‌که این موضع در اسناد بین‌المللی ناظر به داوری نیز دیده نمی‌شود. به علاوه، هنوز ملاک‌هایی که نظام‌های حقوقی مختلف برای عدم داوری‌پذیری ارائه می‌دهند کاملاً همگون نیست. بنابراین با توجه به اینکه فلسفه وجودی عدم داوری‌پذیری صیانت از صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ملی در موارد استثنایی است، بهترین راه‌حل این است که تعیین عدم داوری‌پذیری بر مبنای قانون کشوری که بین صلاحیت دادگاه‌های ملی‌اش و دیوان داوری تعارض وجود دارد، صورت پذیرد. به این معنا که تنها در صورتی که موضوع محل دعوی دارای ارتباط سرزمینی با مقر دادگاه باشد و بین صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ملی مقر دادگاه و صلاحیت دیوان داوری تعارض وجود داشته باشد، دادگاه ملی می‌تواند بر عدم داوری‌پذیری بر مبنای قانون مقر دادگاه حکم دهد؛ در غیر این صورت، دلیل موجهی وجود ندارد که دادگاه ملی به قواعد عدم داوری‌پذیری مقر دادگاه توجه کند. بنابراین، اگر برای مثال، داوری‌پذیری دعاوی نقض حقوق مالکیت فکری در کشور «الف» پذیرفته شده باشد، هنگامی که دعوایی ناظر به نقض حق فکری ایجاد شده تحت قوانین کشور «الف» به داوری ارجاع می‌شود، دادگاه‌های کشور «ب» که رسیدگی به اعتبار موافقت‌نامه داوری از آن‌ها درخواست شده است، نمی‌توانند قواعد کشور «ب» را در زمینه عدم داوری‌پذیری دعاوی حقوق مالکیت فکری اعمال کنند. نکته قابل توجه این است که در داوری‌های بین‌المللی، بررسی داوری‌پذیری بر مبنای هر قانونی که صورت پذیرد، دو اصل مهم باید همواره مورد توجه باشد (Hanotiau, 2003, p.88): اصل ترجیح داوری^۱. بر مبنای این اصل، هرگونه تردید بر اعتبار قرارداد داوری یا عدم داوری‌پذیری باید به نفع اعتبار یا قابلیت اجرایی قرارداد داوری تفسیر شود. اصل تمایز عدم داوری‌پذیری در دعاوی داخلی و بین‌المللی. این اصل لزوماً به معنای داوری‌پذیر نبودن آن‌ها در دعاوی بین‌المللی نیست؛ چنانچه حوزه نظم عمومی در داوری‌های داخلی و بین‌المللی نیز متفاوت است.

۲. تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری در جریان ابطال رأی داوری

ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال در مورد داوری تجاری بین‌المللی، عدم قابلیت ارجاع به داوری را از موارد ابطال رأی از سوی دادگاه مقر داوری می‌شمرد. طبیعی است که در این مقطع نیز

1. principle of favor arbitrandum

بحث تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری مورد توجه قرار می‌گیرد. این ماده که انعکاسی از بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک است، قانون مقرّ را حاکم بر داوری‌پذیری می‌داند. چنانچه دیوان داوری داوری‌پذیری را با اعمال یک قانون خارجی محرز تشخیص داده باشد، تکلیف دادگاه ملی مقرّ داوری در رسیدگی به درخواست ابطال رأی داوری چیست؟ باید گفت که ماهیت مسئله رسیدگی شده از سوی دیوان داوری، قابل رسیدگی دوباره در دادگاه ملی نیست. اما هیچ چیز مانع از آن نیست که دادگاه ملی مطابق قوانین کشور مقرّ دادگاه، دعوی را غیرقابل ارجاع به داوری تشخیص دهد (Hanotiau, 2003, p.89). حال باید دید که در این زمینه دادگاه ملی به قوانین ماهوی مقرّ مراجعه می‌کند یا به قواعد حل تعارض؟ به‌طور کلی، ناکارآمدی‌های قواعد حل تعارض در تعیین معیار قانون حاکم بر داوری‌پذیری، موجب گرایش به رجوع مستقیم به قوانین ماهوی شده است (Kirry, 1996, p.381). در حقوق فرانسه و سوئیس به‌صراحت پذیرفته شده است که قوانین ماهوی حقوق بین‌الملل خصوصی در این باره اعمال شوند؛ به این معنا که دیگر نیازی به اعمال قواعد حل تعارض برای تشخیص قانون حاکم وجود ندارد و با توسل به معیاری ماهوی، داوری‌پذیری تبیین می‌گردد. البته شایان ذکر است که ماده ۳۵۴ قانون آیین دادرسی مدنی سوئیس^۱ که حاکم بر داوری‌های داخلی است، به معیار قابلیت واگذاری حقوق اشاره دارد. صاحب‌نظران این معیار را یک قاعده حل تعارض دانسته‌اند که حسب مورد، قاضی را به اعمال قانون خارجی برای تعیین قابلیت واگذاری حقوق ملزم می‌کند (Racine, 2000, p.172). در مقابل، ماده ۱۷۷ قانون حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس^۲، معیار ماهیت مالی حقوق را که ازجمله قواعد ماهوی حقوق بین‌الملل خصوصی است، پذیرفته است. تفاوت این دو معیار در این است که ملاک ماهیت مالی حقوق، ملاکی ماهوی و به‌طور مستقیم قابل اعمال است، درحالی که سنجش قابلیت واگذاری حقوق، مستلزم رجوع به قانون حاکم است. دادگاه فدرال سوئیس در رأیی معروف^۳، برگزیدن معیار حقوق مالی را برای مقابله با مشکلات ناشی از اعمال قواعد حل تعارض کارساز دانسته است. در حقوق فرانسه نیز بیان شده است که قوانین خارجی در تعیین داوری‌پذیری در دادگاه نقشی نخواهند داشت (Racine, 2000, p.173)؛ بنابراین، تنها قانون فرانسه است که در تعیین قابلیت واگذاری حقوق مورد توجه قرار می‌گیرد. دیوان عالی کشور فرانسه در رأی «دالیکو»

1. Code de Procédure Civile suisse: < https://www.swissarbitration.org/sa/download/cpc_part_3_french.pdf>last visited December 21, 2015.

۲. این قانون زمانی اعمال می‌شود که: ۱. مقرّ داوری در کشور سوئیس باشد. ۲. اقامتگاه یا محل سکونت دائمی حداقل یکی از طرفین، خارج از کشور سوئیس باشد.

3. Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA V. M. et Le Tribunal Arbitral, *op* Tribunal Fédéral, 23 June 1992, *Revue de l'Arbitrage*, 1993, N.4, p.691

بیان کرد: «وجود و اعتبار قرارداد داوری مطابق قوانین امره فرانسه و نظم عمومی بین‌المللی، با در نظر گرفتن قصد مشترک طرفین و بدون رجوع به قوانین ملی سایر کشورها، سنجیده می‌شود». مطابق نظر غالب، در این رأی قوانین امره فرانسه و نظم عمومی بین‌المللی در یک معنا به کار رفته است (Kirry, 1996, p.385)؛ بنابراین، فقط اصولی که تشکیل‌دهنده نظم عمومی بین‌المللی باشد، بر داوری‌پذیری حاکم خواهد بود.

در عین حال، همانند مراحل پیشین، در این مقطع نیز باید توجه داشت که قانون مقر تا جایی بر داوری‌پذیری حاکم خواهد بود که موضوع دعوی با صلاحیت دادگاه‌های ملی کشور مقر داوری دارای ارتباط باشد (Brekoulakis, 2009 (b), p.108-109). فرض کنیم که در جریان رأی داوری صادره در کشور «الف»، داور به بی‌اعتباری پروانه اختراع ثبت‌شده در کشور «ب» رأی داده است. در حالی که کشور «ب» داوری‌پذیری انواع دعاوی ناظر به بی‌اعتباری حقوق پروانه اختراع را به رسمیت می‌شناسد، کشور «الف» کلیه دعاوی غیرقراردادی ناظر به پروانه اختراع را در صلاحیت محاکم ملی قرار می‌دهد. آیا در چنین موردی ابطال رأی داوری با توجه به قواعد عدم داوری‌پذیری حقوق پروانه اختراع در کشور «الف» منطقی خواهد بود؟ پاسخ منفی است. در واقع در فرضی که ارتباط صلاحیتی بین کشور مقر داوری و موضوع دعوی وجود ندارد، منافع کشور مقر داوری در معرض تهدید قرار نمی‌گیرد و بنابراین، استناد به عدم داوری‌پذیری بر مبنای قانون مقر دادگاه برای ابطال رأی، محلی از اعراب نخواهد داشت. درباره اینکه آیا امکان درخواست ابطال رأی بر مبنای قواعد خارجی ناظر به عدم داوری‌پذیری دعوی وجود دارد نیز گفته شده است که علی‌القاعده دادگاه‌های ملی تکلیفی به صیانت از صلاحیت انحصاری محاکم ملی سایر کشورها ندارند (Brekoulakis, 2011, p.127; Cordero-Moss, 2014, p.263-265).

باین حال، به نظر برخی از حقوق‌دانان، به سبب ارتباط تنگاتنگ داوری‌پذیری با نظم عمومی، در نظر گرفتن قانون خارجی ناظر به داوری‌پذیری همچون سایر مواردی که قضات در مواجهه با تعارض قوانین ممکن است نظم عمومی خارجی را در نظر بگیرند، موجه است (Born, 2014, p.605; Racine, 2000, p.174). چنانچه پیش‌تر اشاره شد، بر اساس اصول سنتی تعارض قوانین، دادگاه ملی در جایی که دعوی با نظم عمومی یا قواعد انتظامی خارجی دارای ارتباط نزدیک‌تر باشد، چنین قواعد خارجی را در نظر خواهد گرفت. باین حال، باید توجه داشت که دادگاه در این خصوص، تکلیفی به اعمال قواعد عدم داوری‌پذیری خارجی ندارد (Born, 2014, p.606-607)؛ به‌ویژه ممکن است دادگاه اعتقاد داشته باشد که سیاست‌های ناظر به ترجیح داوری در کشور مقر دادگاه نسبت به اعمال قواعد عدم داوری‌پذیری خارجی ارجحیت دارند. در حقوق سوئیس در این خصوص پیشنهاد شده است که چنانچه قوانین خارجی عدم داوری‌پذیری دربرگیرنده مفاهیمی از نظم عمومی و منافع عمومی باشند که در کشور مقر

دادگاه مورد پذیرش قرار گرفته است یا دارای مشابهت با آن‌ها باشد، این قواعد مورد توجه قرار می‌گیرند (Racine, 2000, p.175-178). بنابراین چنانچه برای مثال، دادگاه سوئیس نسبت به داوری‌پذیری دعاوی اعتبار پروانه اختراع خارجی اظهار نظر نماید، قاعدتاً قانون خارجی ناظر به عدم داوری‌پذیری این ادعا را در نظر نخواهد آورد؛ چراکه از منظر این نظام حقوقی که لیبرال‌ترین دیدگاه را در مورد داوری‌پذیری دعاوی حقوق مالکیت فکری دارد، نظم عمومی با پذیرش داوری این دعاوی خدشه‌دار نمی‌شود. بر اساس این دیدگاه، جز در موارد اندکی که صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ملی کشور خارجی بر مبنای مفهومی از نظم عمومی باشد که مشابه نظم عمومی مورد قبول نظام حقوقی سوئیس است، قوانین خارجی ناظر به عدم داوری‌پذیری از سوی دادگاه‌های سوئیس به اجرا گذاشته نمی‌شوند.

بدیهی است که در هر صورت، چنانچه خود رأی داوری با اصول اساسی کشور مقرر دادگاه در تعارض باشد، ابطال رأی داوری با توسل به ایراد نقض نظم عمومی موجه است (Cordero-Moss, 2014, p.264). در چنین حالتی، تنها نقض مفاهیم بنیادین اخلاق و عدالت کشور مقرر داوری باید به‌عنوان مبنایی برای ابطال در نظر گرفته شود (Hanotiau, 2003, p.90).

۳. تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری در مرحله شناسایی و اجرای رأی داوری

کنوانسیون نیویورک در بند ۲ ماده ۵ به‌طور صریح به قانون دادگاهی که از آن درخواست شناسایی و اجرا شده است (دادگاه مقصد) اشاره می‌کند. با توجه به لحن صریح ماده، اعمال قانون کشور محل شناسایی و اجرای رأی، تنها راه‌حل تعیین داوری‌پذیری در این مقطع به‌نظر می‌رسد. اما آیا اعمال قانون کشور محل شناسایی و اجرای رأی بر داوری‌پذیری، همیشه موجه است؟ در این مقطع نیز همانند مقاطع پیشین، توجه به فلسفه وجودی ایراد عدم داوری‌پذیری ضروری است؛ درحالی که بحث عدم داوری‌پذیری امری صلاحیتی بوده که به حل تعارض صلاحیت بین دادگاه‌های ملی و دیوان داوری می‌پردازد، اعمال قوانین ناظر به عدم داوری‌پذیری کشور محل اجرای رأی فقط در صورتی موجه خواهد بود که تعارض صلاحیتی بین این دادگاه‌ها و دیوان داوری وجود داشته باشد. اگر موضوع دعوی در هر حال، تحت صلاحیت دادگاه‌های محل اجرای رأی قرار نمی‌گیرد، منافع کشور محل اجرا در خطر قرار نگرفته و از این‌رو، ایراد عدم داوری‌پذیری بر مبنای قوانین این کشور قابل دفاع نیست (Born, 2014, p.600; Brekoulakis, 2009 (b), p.109-110). در پاسخ به این پرسش که آیا دادگاه محل اجرای رأی باید قوانین خارجی ناظر به داوری‌پذیری را در نظر بگیرد، گفته شده است که جز در موارد استثنایی که در نظر نگرفتن این قوانین خارجی به نقض نظم عمومی کشور محل اجرای رأی منجر می‌شود، دادگاه محل اجرای رأی چنین تکلیفی ندارد (Born, 2014, p.608-609).

محدود نمودن اعمال قانون کشور محل اجرای رأی بر ایراد عدم داوری‌پذیری در هماهنگی کامل با دیدگاهی در داوری بین‌المللی است که بین مفهوم داوری‌پذیری در دعاوی بین‌المللی و داخلی تفکیک قائل می‌شود (Gaillard and Savage (eds.), 1999, p.995). در واقع، موضوعی که در یک داوری داخلی غیرقابل ارجاع به داوری است، ممکن است در یک داوری بین‌المللی، داوری‌پذیر دانسته شود. به این معنا که وقتی دعوی دارای ارتباط سرزمینی با کشور محل اجرای رأی نباشد و رسیدگی داوری، صلاحیت انحصاری مراجع قضایی یا غیرقضایی آن کشور را نقض نکند، نمی‌توان از ایراد داوری‌پذیری دعوی در مرحله شناسایی و اجرای رأی سخن گفت. بر این اساس، لازم نیست دادگاه ملی به منظور تصمیم‌گیری نسبت به قابلیت داوری در وهله اول به مفهوم کلی داوری‌پذیری در قوانین کشور محل اجرا رجوع کند، بلکه تنها در صورت ارتباط سرزمینی دعوی با صلاحیت انحصاری مراجع خاص کشور محل اجرای رأی می‌توان به ایراد عدم قابلیت ارجاع به داوری پرداخت.

نتیجه

در تعیین داشتن یا نداشتن قابلیت داوری، داور یا قاضی ناگزیر از مراجعه به یک قانون یا مجموعه‌ای از قوانین خواهد بود. اما بیشتر قوانین ملی در خصوص تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری، ساکت هستند. آنچه قوانین ملی به آن می‌پردازد، تعیین ملاک‌ها یا مصادیق دعاوی داوری‌پذیر یا غیرداوری‌پذیر است. در واقع، از آنجا که مسئله داوری‌پذیری ممکن است در مراحل مختلف داوری مطرح گردد، تعیین قانون حاکم بر این موضوع در هر مقطع و در هر مرجع مقتضیات خاص خود را دارد.

بر اساس قاعده صلاحیت نسبت به صلاحیت، دیوان داوری در آغاز رسیدگی، مسئله داوری‌پذیری را خواه با درخواست هریک از طرفین یا رأساً بررسی خواهد نمود. قانون حاکم بر قرارداد داوری، قانون کشور مقرّ داوری، قانون محل اجرای احتمالی رأی داوری، قواعد انتظامی کشور ثالث و عرف‌های بین‌المللی، از جمله قوانینی هستند که در تعیین داوری‌پذیری مورد اشاره رویه داوری و قضایی و دکترین قرار گرفته‌اند. به نظر می‌رسد که دقیق‌ترین دیدگاه این است که قانون کشور مقرّ داوری را بر داوری‌پذیری حاکم بدانیم. اما باید توجه داشت که شرط منطقی اعمال قانون مقرّ داوری این است دعوی مطروحه ارتباط سرزمینی با مقرّ داوری داشته باشد. به عبارت دیگر تا زمانی که تعارض بالقوه‌ای بین صلاحیت دادگاه‌های ملی کشور مقرّ داوری و دیوان داوری وجود نداشته باشد و در نتیجه احتمال ابطال رأی داوری در دادگاه‌های ملی کشور مقرّ داوری جدی نباشد، اعمال قانون این کشور در سنجش داوری‌پذیری، محلی از اعراب نخواهد داشت. همچنین، قوانین عدم داوری‌پذیری کشور ثالثی که دارای ارتباط

نزدیک‌تری با موضوع دعوی است نیز ممکن است حسب مورد در تعیین داوری‌پذیری مورد توجه داوران قرار گیرد.

در تعیین قانون حاکم بر داوری‌پذیری در دادگاه ملی در مرحله پیش از صدور رأی داوری، بسیاری از دادگاه‌های ملی به اعمال قانون مقرّ خود گرایش دارند. در مقابل، برخی اعتقاد دارند که دادگاه در تعیین داوری‌پذیری باید به قانون کشور مقرّ داوری مراجعه کند. نکته مهم این است که مطابق ماده ۲ کنوانسیون نیویورک، دادگاه‌های ملی در هنگام مواجهه با دعوی که در خصوص آن موافقت‌نامه داوری وجود دارد، به امتناع از رسیدگی و ارجاع طرفین به داوری مکلف‌اند. استثنای محدودی برای این تکلیف بیان شده که یکی از آن‌ها عدم قابلیت داوری موضوع دعوی است. با توجه به اینکه قوانین ملی راجع به داوری‌پذیری، در واقع قواعد حل تعارض صلاحیت بین دادگاه‌های داخلی کشورها و دیوان‌های داوری است، و از آنجا که مسئله صلاحیت از امور شکلی شمرده می‌شود، اعمال قوانین مقرّ دادگاه بر موضوع داوری‌پذیری موجه‌تر از اعمال قانون مقرّ داوری است. باین حال، اعمال این قانون نیز تنها در صورتی موجه است که دادگاه‌های کشور مقرّ دادگاه در وهله اول صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را به دلیل ارتباط سرزمینی با موضوع دعوی داشته باشند؛ در غیر این صورت، دلیلی برای اعمال قوانین ناظر به عدم داوری‌پذیری کشور مقرّ دادگاه وجود نخواهد داشت.

از آنجا که در مرحله ابطال رأی داوری، قانون مقرّ داوری و قانون مقرّ دادگاه با یکدیگر هم‌پوشانی دارند، یافتن قانون حاکم بر داوری‌پذیری در این مقطع با پیچیدگی‌های کمتری مواجه است. اما در اعمال قانون مقرّ نیز باید توجه داشت این قانون تا جایی بر داوری‌پذیری حاکم خواهد بود که موضوع دعوی با صلاحیت دادگاه‌های ملی کشور مقرّ داوری دارای ارتباط باشد.

در مرحله شناسایی و اجرای آرای داوری نیز طبیعی است که قانون کشور محل اجرای رأی در تعیین قابلیت داوری مورد توجه خواهد بود. اما شرط منطقی اعمال این قانون، وجود ارتباط صلاحیتی بین دعوی و کشور محل اجرای رأی است.

در نهایت همواره باید توجه داشت که بحث داوری‌پذیری از امور مربوط به صلاحیت دیوان داوری است و در هر حال، مراجع رسیدگی‌کننده به ایراد عدم داوری‌پذیری باید توجه داشته باشند که اعمال قانون مقرّ (اعم از مقرّ داوری یا مقرّ دادگاه) تنها تا جایی موجه است که بحث صلاحیت انحصاری محاکم ملی مقرّ در میان باشد. در فرض نبود چنین صلاحیتی برای محاکم ملی مقرّ داوری یا مقرّ دادگاه، منطقی است که بر مبنای قوانین ناظر به عدم قابلیت داوری در کشور مقرّ، داوری‌پذیری دعوی رد نشود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. جنیدی، لعیبا (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر.
۲. طباطبائی‌نژاد، سید محمد (۱۳۹۴)، «داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، ش ۱، ص ۳۰۰-۲۷۷.

ب) خارجی

3. Arcangeli V. (1992), Les notions d'arbitrabilité, d'ordre Public et de Public Policy Comme Moyens de Contrôle de l'arbitrage Commercial International au Canada, Thèse De doctorat, Université de Montréal.
4. Arfazadeh H. (2001), "Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited", *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, p.73-87.
5. Blessing, M. (1996), "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International*, Vol. 12, No. 2, p.191-222.
6. Böckstiegel K.H. (1987), "Public Policy and Arbitrability", *ICCA Congress Series*, No. 3, 177- 204.
7. Born, G. (2014), *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International.
 - (a) Brekoulakis S. (2009), "On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern", in Mistelis, L. and Brekoulakis S (eds), *Arbitrability-International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, p.19-45.
 - (b) Brekoulakis S (2009), "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori" in Mistelis L. and Brekoulakis, S. (eds), *Arbitrability-International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 00. 99-119.
8. Chiariny-Daudet A. (2006), *Le Règlement Judiciaire et Arbitral des Contentieux Internationaux Sur Brevets d'invention*, Groupe Lexis Nexis.
9. Cook T and García A. (2010), *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer Law International.
10. Cordero-Moss G. (2014), *International Commercial Contracts: Applicable Sources and Enforceability*, Cambridge University Press.
11. Fouchard Ph. (1977), 'les conflits de lois en matière d'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle', *revue de l'arbitrage*.
12. Gaillard E. and Banifatemi Y. (2008), "Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators" in Gaillard E and Pietro DD (eds), *Enforcement of Arbitration Agreement and International*

- Arbitral Awards, the New York Convention in Practice, Cameron May.
13. Gaillard E. and Savage J.(eds.), (1999), Fouchard Gaillard Goldman on international Commercial Arbitration, Kluwer Law International.
 14. Gottschalk E. (2007), "The Law Applicable to Intellectual Property Rights: Is the *Lex Loci Protectionis* a Pertinent Choice-of-Law Approach?" in Gottschalk E. et al (eds.), Conflict of Laws in a Globalized World, Cambridge University Press.
 15. Halket T. (2009), "Choice of Law in International Intellectual Property Arbitrations: A Three-Dimensional Chess Game?" in Rovin A. (eds.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, Martinus Nijhoff Publishers.
 16. Hanotiau B. (2003), L'Arbitrabilité', in Recueil des Cours, Académie de Droit International de la Haye(2002), Tome 296, Martinus Nijhoff Publishers.
 17. Hanotiau B. (1996), "What Law Governs the Issue of Arbitrability?", Arbitration International, Vol.12, No. 4, p.391-404..
 18. Jacquet J., Delebecque, Ph.et Corneloup, S. (2007), Droit du Commerce International, Dalloz, 1^e éd.
 19. Kirry A.(1996), "Arbitrability: Current Trends in Europe", Arbitration International, Vol. 12, No. 4, p.373-390.
 20. Mistelis L.(2009), "Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", in Mistelis L. and Brekoulakis S.(eds), Arbitrability- International and Comparative Perspectives, Kluwer Law International.
 21. Poudret J .and Besson, S.(2007), Comparative Law of International Arbitration, Sweet & Maxwell, 2nd ed.
 22. Racine J.(2000), L'arbitrage Commercial International et l'Ordre Public, LGDJ.
 23. Vicente D. (2009), La propriété intellectuelle en droit international privé, Recueil des Cours 2008, Vol. 335, Martinus Nijhoff Publishers.

ج) رویه قضایی و داوری

24. Dalico c. Khoms et El Mergeb, Cour de Cassation, 20 Decembre 1993, Revue de l'Arbitrage, 1994
25. Compagnia Generale Costruzioni COGECO SpA v. Piersanti, Corte di Cassazione, 27 April 1979, no. 2429, Yearbook VI (1981) p.229-230
26. Company M v. M SA, Cour d'appel de Brussels, 4 October 1985, Yearbook XIV, 1989, p.618-620
27. Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA and Oto Melara SpA V. M. et Le Tribunal Arbitral, Tribunal Fédéral, 23 June 1992, Revue de l'Arbitrage, 1993, N.4, p.691
28. ICC Arbitral Award, Case 6106, 1988, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 5, No. 2, 1994
29. ICC Interim Award, Case 6097, 1989, ICC International Court of Arbitration

- Bulletin, Vol. 4, No.2, 1993
30. Meadows Indemnity Company Limited v. Baccala & Shoop Insurance Services, Inc., et al., 760 F. Supp. 1036, United States District Court for the Eastern District of New York, 29 March 1991, LEXIS 4144.
 31. Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985): <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html> > last visited February 6, 2015.
 32. Société Labinal c. Sociétés Mors et Westland Aerospace, Cour d'appel de Paris, 19 mai 1993, Revue de l'Arbitrage, 1993
 33. Swiss Fed. Trib., 29 April 1996, Fondation M. v. Banque X., ATF 122 m 139,1996(3) ASA Bull. 527; see also the note by C.U. Mayer at 1996(3) ASA Bull. 531.