



داوری ناپذیری موضوعی در کنوانسیون نیویورک و حقوق ایران

عبدالمجید نوروزی پورزاع^۱
محمد بهمنی^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۳/۰۷/۰۸ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۰۸/۰۶

چکیده

داوری تجاری به عنوان یکی از روش‌های مؤثر و کارآمد حل اختلافات تجاری، در سطح بین‌الملل جایگاه ویژه‌ای یافته است. کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ به عنوان مهمترین سند بین‌المللی در حوزه داوری، با هدف تسهیل شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، به توسعه و گسترش داوری کمک شایانی کرده است. با این حال، قابلیت ارجاع همه اختلافات به داوری همواره با محدودیت‌هایی مواجه بوده است. یکی از این محدودیت‌ها، مفهوم "داوری ناپذیری موضوعی" است که به معنای ممنوعیت یا محدودیت قانونی برای ارجاع برخی موضوعات خاص به داوری است. مفهوم داوری ناپذیری موضوعی در حقوق ایران و حقوق بین‌الملل خصوصی، علی‌رغم اهمیت آن، همچنان با ابهامات و چالش‌هایی همراه است. تفاوت در تفسیر مفاهیمی مانند نظم عمومی و سیاست عمومی در حقوق مختلف، تنوع در فهرست موضوعات داوری ناپذیر در قوانین داخلی کشورها و همچنین تعارض بین اصل آزادی قرارداد و محدودیت‌های قانونی بر داوری، از جمله این چالش‌ها هستند. کنوانسیون نیویورک با وجود تأکید بر اصل آزادی قرارداد و تشویق به توسعه داوری، محدودیت‌هایی را برای شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی پیش‌بینی کرده است. یکی از این محدودیت‌ها، مغایرت رای داوری با نظم عمومی کشور محل درخواست اجرا است. این امر نشان می‌دهد که حتی در سطح بین‌المللی نیز محدودیت‌هایی برای داوری وجود دارد. برای توسعه پایدار و مؤثر داوری در ایران، نیاز به شفاف‌سازی و تحدید حدود داوری ناپذیری موضوعی است. همچنین، هماهنگ‌سازی قوانین و مقررات داخلی با کنوانسیون نیویورک و رویه قضایی سایر کشورها، می‌تواند به ایجاد یک نظام حقوقی پایدار و قابل پیش‌بینی در زمینه داوری کمک کند.

^۱ دانشجوی دکتری پژوهشی حقوق خصوصی واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران
^۲ عضو هیئت علمی و استادیار واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول):
drmhobahmani@gmail.com

کلید واژه‌ها

داوری ناپذیری، کنوانسیون نیویورک، قانون حاکم، شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی.

مقدمه

ضرورت دارد که توافقات طرفین یک قرارداد داوری و همچنین خود داوری تحت نظارت و کنترل باشد تا مغایرتی با اهداف جامعه در تأمین منافع عمومی پیدا نکند.^۱ یکی از اقداماتی که دولت‌ها در این راستا انجام می‌دهند، ایجاد محدودیت‌هایی برای داوری موضوعات خاص و انحصاری کردن رسیدگی به این اختلافات در دادگاه‌های خود است. این محدودیت‌ها تقریباً در تمامی کشورها وجود دارد و استناد به آنها هم در دادگاه‌ها و هم در دیوان‌های داوری بسیار شایع است.

به عنوان مثال بر اساس گزارش تطبیقی و تحقیقی صورت گرفته در انجمن وکلای آمریکا در سال ۲۰۱۶ و ICC در سال ۲۰۱۸ موارد ذیل از دسته موضوعاتی هستند که در کشورهای مورد مطالعه غیرقابل ارجاع به داوری بوده و در نتیجه موجب عدم شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی در کشور مورد پژوهش خواهد شد:^۲

- موضوعات مرتبط با حقوق اداری و دولتی (اتریش، کلمبیا، فنلاند، مصر، چین، پاراگوئه)؛
- موضوعات ضد تراست (اتریش، بلژیک، کلمبیا، فرانسه، ایتالیا، ژاپن، اسلواکی)؛
- ورشکستگی (اتریش، بلژیک، مصر، فرانسه، ایتالیا، لبنان، مونتنگرو، پرتغال، رومانی، روسیه، صربستان، اسلواکی، امارات متحده عربی، انگلستان، اوکراین)؛
- حمل و نقل کالا توسط دریا / حمل و نقل (استرالیا، ویتنام)؛
- حقوق مدنی و اهلیت قانونی (آرژانتین، مکزیک)؛
- قراردادهای نمایندگی تجاری (بلژیک، کلمبیا، ایتالیا، لبنان، پاراگوئه، امارات متحده عربی)؛
- قراردادهای توزیع (بلژیک، پاراگوئه)؛
- حل و فصل اختلافات حاصله از حقوق مصرف‌کنندگان (آرژانتین، اتریش، بلژیک، کانادا، فرانسه، یونان، ژاپن، پاراگوئه، هلند، اسلواکی)؛
- اختلافات درون شرکتی و سهامداران (کلمبیا، ایتالیا، ژاپن، مونتنگرو، رومانی، روسیه، اوکراین)؛

^۱ باقری، محمود؛ قابلیت داوری اختلافات ناشی از حقوق اقتصادی: ناکامی قراردادی در رجوع به داوری در دعاوی حقوق رقابت و حقوق بازار بورس؛ مجله تحقیقات حقوقی؛ دوره ۱۱، شماره ۱۴۰، بهار ۱۳۸۷، ص ۱۳۶.

^۲ Hollander, Pascal; Report on the concept of 'Arbitrability' under the New York Convention; IBA SUBCOMMITTEE ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS; September 2016 & ICC 2018.

- قانون کار / اشتغال و استخدام (آرژانتین، اتریش، بلژیک، انگلستان، مصر، فرانسه، روسیه، اسلواکی، آلمان، یونان، ایتالیا، ژاپن، لبنان، هلند، پرتغال، امارات متحده عربی، اروگوئه)؛
- اختلافات حاصله از موضوعات آسیب‌های زیست‌محیطی (روسیه)؛
- حقوق خانواده و وضعیت افراد (آرژانتین، اتریش، چین، کلمبیا، مصر، انگلستان، فنلاند، فرانسه، آلمان، یونان، ایتالیا، ژاپن، لبنان، مکزیک، پاراگوئه، هلند، روسیه، سوئد، امارات متحده عربی، ویتنام)؛
- مقررات بازار مالی (ایتالیا، ژاپن)؛
- املاک و مستغلات / حقوق مالکیت (مصر، مونتنگرو، روسیه، صربستان، اسلواکی، اوکراین)؛
- اجاره املاک مسکونی (اتریش، آلمان)؛
- بیمه (استرالیا و بلژیک)؛
- حقوق مالکیت فکری (اتریش، بلژیک، آلمان، فرانسه، ایتالیا، ژاپن، مونتنگرو، روسیه، صربستان، اسلواکی، سوئد، پرتغال، اوکراین)؛
- اختلافات خصوصی‌سازی (روسیه، صربستان)؛
- قراردادهای متحدالشکل و استاندارد (آرژانتین)؛
- مالیات (فرانسه).

همچنین در حقوق ایران نیز در قوانین مختلف، از جمله؛ ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی (دعوی ورشکستگی و دعوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب)، ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری (دعوی کیفری)، ماده ۲۲۴ قانون مالیات‌های مستقیم (اختلافات مالیاتی)، ماده ۱۵۷ قانون کار (اختلافات فردی میان کارگر و کارفرما)، دعوی راجع به مالکیت فکری، حقوق رقابت، دعوی مربوط به اوراق بهادار (حل و فصل اختلاف بر مبنای داوری اجباری صرفاً در هیئت حل اختلاف بورس صورت خواهد گرفت) به موضوعات غیرقابل داوری اشاره شده است و در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی را در امور داخلی منوط به تصویب هیئت وزیران و در امور خارجی و داخلی مهم (موارد مهم را قانون تعیین می‌کند) منوط به تصویب مجلس شورای اسلامی کرده است.

بر اساس منابع موجود تاکنون سه تقسیم‌بندی از اصطلاح داوری پذیرفته شده است که یکی از پرطرفدارترین این تقسیم‌بندی‌ها، به داوری شخصی و داوری موضوعی برمی‌گردد. بدین معنی که در داوری شخصی طرفین داوری دارای صفات و ویژگی لازم برای این امر (دارا بودن مسائلی چون اهلیت یا اعتبار قرارداد داوری) باشند. و داوری موضوعی یعنی پایه و اساس موضوع قرارداد داوری با مسائلی همچون نظم عمومی در تناقض نباشد. همچنین "داوری پذیرفته شده از دیدگاه موضوعی به معنای حدود

صلاحیت داوری یا ماهیت موضوع ارجاع شده به داوری^۱ دانسته شده است. داوری پذیری، مفهومی چند جانبه و چند منظوره است که دارای پویایی بین‌المللی است. این مفهوم، بیانگر دعوی است که ممکن است خارج از محدوده ارجاع به داوری بوده و تحت صلاحیت انحصاری محاکم ملی باشند.

مبحث اول: عدم داوری پذیری در کنوانسیون

برخی منشأ داوری پذیری را نظم عمومی دانسته^۲ و آن را زیرمجموعه نظم عمومی به شمار می‌آورند.^۳ به عبارت دیگر بیشتر محدودیت‌های مرتبط با داوری پذیری در قوانین داخلی کشورها اختصاص به موضوعاتی دارد که یک خصیصه نفع عمومی را بر دوش کشیده و یا اینکه مربوط به گروهی خاص است که نیاز به حمایت بیشتری دارند. لذا هنگامی که کشوری یک موضوع اختلافی را غیرقابل ارجاع به داوری اعلام می‌کند، طبیعتاً بر اساس ملاحظات و در نظر گرفتن نظم عمومی است و به همین دلیل نظم عمومی در داوری پذیری واجد نقش اساسی می‌باشد.

کنوانسیون در ۲ ماده به موضوع داوری پذیری پرداخته است: الف) در بند ۱ ماده ۲ و ب) بند ۲ ماده ۵. بند ۱ ماده ۲ در بیان شرایط موافقت‌نامه داوری بیان می‌دارد که دولت‌های عضو تعهد می‌نمایند که یک موافقت‌نامه‌ی کتبی داوری که طرفین بر اساس آن توافق نموده‌اند تمام یا بخشی از اختلافات آتی یا موجود خود در خصوص یک رابطه‌ی حقوقی معین قراردادی یا غیر قراردادی در مورد یک موضوع داوری پذیر را به سازوکار داوری ارجاع دهند، شناسایی نمایند. همچنین بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون اشعار می‌دارد که دادگاه‌های کشورهای عضو در مواجهه با دعوی که طرفین قبلاً موافقت‌نامه‌ای با موضوع ماده حاضر برای ارجاع آن به داوری منعقد نموده‌اند، باید به درخواست هر کدام از طرفین آن‌ها را به داوری ارجاع دهند، مگر آنکه برای دادگاه محرز شود که موافقت‌نامه‌ی مذکور باطل و بلااثر بوده، غیر لازم‌الاجرا و یا غیرقابل اجراست.^۴ همان‌گونه که از متن برداشت می‌شود این بند کنوانسیون که به اعتبار معاهده داوری می‌پردازد، داوری پذیری را به عنوان یکی از شرایط اعتبار موافقت‌نامه مورد پذیرش قرار داده است اما صحبتی از اینکه بر اساس چه قانونی غیرقابل اجرا بودن موافقت‌نامه داوری مورد ارزیابی و سنجش قرار خواهد گرفت، به میان نیاورده است.

^۱ جنیدی، لعیا و غیاثوند قزوینی، نسترن؛ داوری پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی؛ دو فصلنامه علمی پژوهشی حقوق تطبیقی دانشگاه مفید؛ دوره ۵، شماره ۱۰۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، ص ۲۶.

^۲ به نقل از ایرانشاهی، علی رضا؛ بررسی معیار "نظم عمومی" در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بی‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و هشتم، شماره ۴۴، ۱۳۹۰، ص ۷۶ و جنیدی، لعیا؛ قانون حاکم در داوَرهای تجاری بین‌المللی؛ نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، ص ۹۴.

^۳ Van Den Berg & Albert Jan; New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement; ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 18, No.2, 2007, p.18 & Redfern, Alan & Hunter Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, sweet & Maxwell, 2004, p. 80.

مبحث دوم: داوری ناپذیر بودن دعوی و طرح ایراد

بی‌تردید، اختلافات موضوع قرارداد داوری باید مطابق قانون قابل‌اعمال، قابل ارجاع به داوری باشد. در غیر این صورت، قرارداد داوری به دلیل فقدان یکی از شرایط صحت، بی‌اعتبار و صلاحیت داوران منتفی و رأی صادره غیرقابل اجرا خواهد بود. در مورد قانون قابل‌اعمال نسبت به مسئله قابلیت ارجاع دعوی به داوری دیدگاه موجود در رژیم حل تعارض نظام‌های حقوقی مختلف متفاوت و عقاید نویسندگان مشتت است. با این وصف، به نظر می‌رسد که در حال حاضر مشهورترین عقیده که از استقبال بیشتری برخوردار شده، عقیده‌ای است که قانون حاکم بر قابل داوری بودن دعوی را قانون قابل‌اعمال نسبت به قرارداد داوری می‌داند، نه قانون قابل‌اعمال نسبت به قرارداد اصلی یا نسبت به خود اختلاف.

در صورت پذیرش این نظر، قانون قابل‌اعمال نسبت به مسئله قابلیت ارجاع، در درجه اول قانون منتخب طرفین قرارداد داوری است. این امر در بند دو از ماده شش کنوانسیون اروپایی پذیرفته شده و با مفاد قسمت «الف» از بند یک ماده پنج کنوانسیون نیویورک منطبق است. در سکوت طرفین، داوران نیز قانون مناسب جهت تعیین قابلیت ارجاع موضوع به داوری را با توجه به قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری تعیین می‌کنند. گر چه از لحاظ نظری، اعتقاد بر این است که داوران در اعمال یک نظام حقوقی ملی یا یک حقوق غیر ملی مانند حقوق فراملی بازرگانی (عرف تجار) نسبت به قرارداد داوری مختارند و در عمل نیز در برخی دعاوی جهت تعیین قانون قابل‌اعمال نسبت به موافقت‌نامه داوری یا قانون مناسب برای تعیین تکلیف مسئله قابلیت ارجاع دعوی به داوری به عرف‌های تجاری بین‌المللی مراجعه کرده‌اند، ولی ملاحظات عملی مقتضی آن است که داوران در مقام تعیین قانون قابل‌اعمال بر موافقت‌نامه، به ویژه، اگر به هدف تعیین تکلیف مسئله قابلیت ارجاع دعوی به داوری باشد، به قوانین ملی که احتمالاً قابلیت اجرا دارند و به نوعی به موضوع مرتبط و بر آن مؤثرند مانند قانون مقر داوری و قانون محل اجرای رأی توجه کنند.

حتی داور نباید خود را صرفاً به یافتن قانونی محدود کند که به نظر او از لحاظ فنی و تکنیکی و نیز بر اساس قصد طرفین و قواعد داوری و قواعد حل تعارض، قانون قابل‌اعمال است. و رای این تعهد حقوقی نسبت به قانونی که بدین ترتیب یافته می‌شود، داور دست کم اخلاقاً متعهد است رأیی را به طرفین بدهد که انتظار می‌رود هم در رسیدگی‌های مربوط به درخواست ابطال رأی (در کشور مبدأ) و هم در رسیدگی‌های اجرایی بتواند تأیید شود. به همین جهت برخی نویسندگان در اینکه بتوان برای تعیین قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری صرفاً به حقوق فراملی بازرگانی اتکا کرد، تردید و تأمل کرده‌اند.

ملاحظات عملی فوق با دقت در مقررات کنوانسیون نیویورک که به صورت رژیم حقوقی مشترک اکثریت کشورهای جهان درآمده است، تأیید می‌شود. زیرا، قسمت «الف» از بند یک ماده پنج، قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری را (که مطابق نظر مشهورتر، همین قانون، بر مسئله قابلیت ارجاع امر به داوری نیز حاکم است)، در سکوت طرفین قانون محل صدور رأی (قانون مقر داوری) اعلام کرده است.

پس داوران نمی‌توانند به نام آزادی خود در تعیین قانون قابل‌اعمال بر قرارداد داوری، قواعد نظم عمومی مقر داوری در مورد شرایط اعتبار قرارداد داوری از جمله مسئله قابلیت ارجاع امر به داوری را نادیده بگیرند و بدین ترتیب رأی صادره را در معرض خطر ابطال در کشور مبدأ قرار دهند. همچنان که داوران، طرفین قرارداد داوری نباید از قواعد امری مربوط به قابلیت ارجاع، در کشوری که به احتمال قوی اجرای رأی در آنجا باید خواسته شود، غافل بمانند، زیرا مطابق قسمت «ب» از بند دو ماده پنج کنوانسیون نیویورک و نیز مقررات غالب نظام‌های حقوقی ملی، عدم قابلیت ارجاع اختلاف به داوری از نظر نظام حقوقی مقر دادگاه محل درخواست اجراء، از مبانی رد اجرای رأی داوری است. این امر که در نهایت به مسئله نقض قواعد نظم عمومی مقر دادگاه محل درخواست اجرا بازمی‌گردد.

طرح ایراد عدم داوری پذیری دعوی ممکن است به طور مستقیم نزد دیوان داوری صورت پذیرد یا ممکن است در مقطع پیش از صدور رأی به عنوان یکی از موجبات عدم قابلیت اجرای موافقت‌نامه داوری مطرح شود. عدم قابلیت داوری، درعین حال می‌تواند به عنوان مبنای بطلان رأی داوری در دادگاه دولتی مطرح شود.^۱

قاعده پایه و اصلی تعیین قانون حاکم آزادی اراده طرفین است. اما باید توجه داشت که آزادی اراده به تمامی جنبه‌های یک موافقت‌نامه داوری جریان ندارد و ممکن است برخی جنبه‌های یک قرارداد مستلزم نظر موافق قوانین دیگری غیر از قانون انتخابی طرفین به ویژه قوانین آمره خارجی نیز باشند.^۲ به عبارت دیگر «ممکن است در یک موافقت‌نامه داوری تجاری بین‌المللی قوانین مختلفی نسبت به اهلیت طرفین، اختیار طرفین، شکل موافقت‌نامه داوری، اعتبار موافقت‌نامه داوری و نهایتاً داوری پذیری اختلاف موضوع موافقت‌نامه داوری حاکم باشد».^۳

مبحث سوم: بررسی موضوعات داوری ناپذیر

همان‌گونه که در سطور فوق اشاره شد موضوعات بسیاری در کشورهای مختلف با امان نظر به نظم عمومی آن‌ها می‌تواند داوری ناپذیر محسوب گردد. مطابق کتب، مقالات و گزارش‌هایی که به زیور طبع آراسته شده‌اند؛ سه دسته اصلی از این موضوعات که در بسیاری از کشورها غیرقابل داوری شناخته می‌شوند عبارتند از: دعاوی مربوط به اعمال حقوق رقابت، دعاوی مربوط به حقوق مالکیت فکری و دعاوی مربوط به اوراق بهادار. در ادامه ما نیز به پیروی از این اجماع نظر، سه موضوع فوق‌الذکر را از

^۱ بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار، حسنی؛ قانون حاکم بر داوری پذیرد دعوی؛ مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۵۴۶.

^۲ جنیدی، لعیا؛ پیشین، ۱۳۷۶، ص ۵۴.

^۳ Arfazadeh, homayoon; Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited; Arbitration International, Volume 17, Issue 1, 1 March 2001, P. 74.

لحاظ تغییرات مربوط به قابلیت داوری مورد بررسی قرار می‌دهیم. و در نهایت به دلیل اهمیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در داوری‌های اموال عمومی و دولتی ایران در دعایی که یک طرف آن خارجی باشد و محدودیت‌های مقرر شده در آن مورد کنکاش بیشتر قرار خواهد گرفت.

بند اول: دعاوی حقوق رقابت

به طور کلی حقوق رقابت در پی افزایش کارایی، بهره‌وری و در نهایت ایجاد رفاه برای مصرف‌کننده است و برای دستیابی به این اهداف رویکردهای ضد رقابتی را منع می‌کند. به بیان دیگر این مقررات ماهیتاً با نظم عمومی و منافع عامه مرتبط هستند و بر همین اساس نهادی خاص مسئول تعقیب و پیگیری موارد نقض حقوق رقابت می‌باشد و در انجام وظایف خود از جمله حل و فصل اختلافات به وجود آمده بین اشخاص خصوصی، به قطع یقین حفظ منافع عمومی را مدنظر خواهد داشت و بر همین اساس وضع محدودیت‌هایی برای جلوگیری از احتمال نادیده گرفته شدن منافع عمومی در حل و فصل اختلاف‌ها از جمله داوری و اجرای دقیق و کامل مقررات امری بدیهی خواهد بود.

نگرانی دولت‌ها از تجویز داوری در رسیدگی دعاوی رقابتی این است که به جای آنکه داوری به عنوان روشی منعطف صرفاً برای حل و فصل دعاوی تجاری به کار برده شود، به منظور تحمیل سیاست‌هایی به کار برده شود که بازار را تحت تأثیر قرار داده و مقررات رقابتی را از غایت خود دور کند. همچنین داوری به عنوان روشی محرمانه، ممکن است از دید دولت‌ها وسیله‌ای مناسب جهت تبنی به منظور فرار از مقررات رقابتی تلقی شود. از سوی دیگر اعمال مقررات حقوق رقابت نیازمند تحلیل‌های پیچیده اقتصادی و دقت زیاد است و شاید دولت‌ها از این نظر به داوران اطمینان کافی نداشته باشند. و اینکه در دعاوی رقابتی منافع عمومی و خصوصی به یکدیگر گره می‌خورند و داوران از آنجا که صلاحیت خود را از طرفین گرفته‌اند، ممکن است توجه اصلی خود را منعطف به منافع طرفین دعوا کنند. با توجه به دلیل ذکر شده و در نتیجه همین ملاحظات است که دولت‌ها به داوری در رسیدگی به دعاوی رقابتی با سوء ذهن نگاه کرده و آن را تا حد امکان نمی‌پذیرند.^۱

به عقیده برخی "پذیرش داوری در حقوق رقابت به مفهوم خاتمه ابهام‌های ناشی از رفع تعارض میان منافع عمومی و خصوصی نخواهد بود، بلکه توسعه نهاد داوری به عنوان روش جایگزین حل و فصل اختلاف در تجارت بین‌الملل اهمیت پرسش‌های مربوط به اعمال، اجراء، شناسایی و تفسیر مقررات امره ع انتظامی را هم در رسیدگی داوری و هم در رسیدگی دادگاه‌های مرتبط با داوری که درخواست

^۱ وصالی محمود، منصور؛ داوری در حقوق رقابت؛ پایان نامه دفاع شده در دانشگاه شهید بهشتی به راهنمایی دکتر پرویز ساورانی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۹.

شناسایی یا ابطال رأی داور از آن شده است، افزایش داده است^۱. و بر همین مبنا موافقان ارجاع دعوی حقوق رقابت به داوری بر این عقیده هستند که در صورت الزام داور به اعمال و توجه به قواعد آمره و صدور رأی قابل اجرا در سایه مفهوم نظم عمومی می‌توان این مانع را برطرف نمود^۲. به بیان دیگر دیوان‌های داوری وظیفه اعمال قوانین رقابتی را صرف‌نظر از قانونی که توسط طرفین انتخاب شده بر عهده دارند و داوران نیز در انجام این وظیفه باید به قلمرو اعمال خاص قوانین رقابتی توجه کنند. حسن ختام این مبحث اینکه داوری پذیری در دعوی حقوق رقابت هم اکنون در اکثر نظام‌های مختلف حقوقی پذیرفته شده است. در این خصوص دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا به ویژه در دعوی میتسوبیشی پیشگام بوده‌اند و در اغلب کشورهای عضو اتحادیه اروپا داوری پذیری دعوی رقابت مورد تأیید قرار گرفته است. لذا شایسته است تا سایر دولت‌های عضو کنوانسیون نیز بازنگری ویژه‌ای به این مقوله داشته و در مورد عدم قابلیت داوری پذیری دعوی رقابتی تجدیدنظری را اعمال کنند.

در انگلستان با وجود عدم منع قانونی ارجاع مقررات حقوق رقابت به داوری، عدم داوری پذیری این دعوی به دلیل حمایت از مصرف‌کننده وجود دارد. همچنین در کانادا هر چند که قانون صریحی برای ممانعت و عدم داوری پذیری وجود ندارد اما دادگاه‌های این کشور با استناد به نظم عمومی و رعایت منافع عامه این دعوی را غیرقابل ارجاع می‌دانند. رویه‌های اخیر تمایل از حرکت این ۲ کشور به سمت پذیرش داوری این دعوی دارد اما هنوز هم به طور کامل پذیرفته نشده است.

بند دوم: دعوی مربوط به حقوق مالکیت فکری

در بسیاری از سیستم‌های حقوقی، داوری پذیری دعوی حقوق مالکیت فکری مورد اختلاف است. از آنجا که حقوق مالکیت فکری، حقوق انحصاری است که دولت‌ها اعطا می‌کنند و شرط حمایت از بسیاری از آن‌ها، ثبت آن نزد مقامات منتسب به دولت است، بحث قابلیت داوری این دعوی، در طول تاریخ، شاهد نوعی بدبینی و مقاومت در سیستم‌های حقوقی ملی بوده است. گزارش‌ها و تحقیقات صورت گرفته در این زمینه حاکی از آن است که «امروزه مواضع نظام‌های حقوقی دنیا در برابر داوری پذیری این دعوی در طیف گسترده‌ای قرار می‌گیرد: از ممنوعیت مطلق داوری دعوی حقوق مالکیت فکری ثبت شده تا پذیرش کامل داوری پذیری دعوی ناظر به این حقوق»^۳.

^۱ Komninos, Assimakis, P; Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?; The Competition Law Review, Volume 3, Issue 1, 2006, p.6. (به نقل از طباطبائی نژاد ۲۸۹).

^۲ طباطبائی نژاد، سید محمد؛ داوری تجاری بین المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت؛ فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴، صص ۲۷۷ - ۳۰۰.

^۳ بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار، حسنی؛ قابلیت داوری دعوی حقوق مالکیت فکری نیازمند ثبت؛ مجله حقوقی بین المللی، شماره ۸۵، بهار - تابستان ۱۳۹۷، ص ۳۱.

همچنین پیدایش شبکه جهانی اینترنت و ارتباط تنگاتنگ آن با حقوق مالکیت فکری، بر پیچیدگی اختلافات این حوزه افزوده و موجب طرح موضوعات جدیدی در زمینه نحوه حل و فصل اختلافات آن گشته است. چنین فضایی موجب می‌شود که گاه ارجاع دعاوی مالکیت فکری به محاکم ملی، بهترین راه حل نباشد. سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری و تخصصی بودن بسیاری از انواع آفرینش‌های فکری، تعارض در صلاحیت محاکم ملی و نیز تعارض قوانین ملی، از مهم‌ترین دلایلی هستند که کارآمدی رسیدگی قضایی به این دعاوی را تحت تأثیر قرار می‌دهند. از طرفی باید توجه داشت که گسترش چشمگیر استفاده از شرط داوری در قراردادهای تجاری بین‌المللی و مزایای عام داوری به عنوان یک شیوه حل و فصل اختلافات، حقیقتی غیرقابل انکار است.^۱

همچنین باید توجه داشت که بسیاری از دعاوی حقوق مالکیت فکری دارای ماهیتی پیچیده و فنی هستند. دعاوی مربوط به پروانه اختراع، نمونه بارز این مورد است. در بسیاری از دعاوی کپی رایت، مثل اختلافات مربوط به حقوق نرم‌افزاری نیز داشتن اطلاعات فنی لازم است. در این رابطه گفته شده است که «تصمیم اشتباه از سوی داوران به ویژه در صورت تکرار می‌تواند مبنا و فلسفه حق انحصاری اختراع را با مخاطره مواجه کند».^۲ انتخاب داور متخصص در درجه اول موجب بهبود کیفی رأی و کاهش تصمیمات غیر فنی می‌شود. در بررسی داوری دعاوی ناشی از مالکیت‌های فکری، همواره مسئله داوری پذیری این حقوق محل بحث بوده است. یکی از دلایل چنین تردیدی، ماهیت حاکمیتی این حقوق است. حمایت قانونی دولت از حقوق مالکیت فکری، مشخصه بارز این دسته از حقوق به حساب می‌آید. این حمایت قانونی توسط نهادهای عمومی به صورت حقوق انحصاری استعمال و بهره‌برداری برای ذینفع، ایجاد می‌شود. به عبارت دیگر، قدرت عمومی چنین حقوقی را به ذینفع اعطاء می‌نماید و بنابراین ابتدائاً چنین به نظر می‌رسد که صلاحیت تصمیم‌گیری در رابطه با این دسته از حقوق در اختیار نهاد موجد آنها باشد. دخالت قدرت عمومی در این دسته از حقوق ناشی از عنصر نفع عمومی است. پرورش ابتکار، جزء دارایی‌های عمومی است و ناکامی در حمایت کافی از آفریننده آثار فکری، کاهش ابتکار را در پی خواهد داشت. در عین حال ارتباط منافع عمومی و حقوق مالکیت فکری فراتر از تشویق ابتکار و خلاقیت، است. حق آگاهی از هویت یا منشأ کالا و خدمات و بهره‌مندی از رقابت آزاد در بازار، از جمله منافع عمومی مرتبط با حمایت از حقوق مالکیت فکری می‌باشند.^۳ چنین منافع عمومی در سطح ملی و بین‌المللی، با توجه به محدودیت‌های ناشی از حقوق رقابت، مورد توجه مقامات عمومی قرار می‌گیرند.

^۱ همان، صص ۳۳ - ۳۲.

^۲ این نحوه استدلال در پرونده Hanes crop.V.millard, (1976) ابراز شده است (به نقل از سیدی، جواد؛ درآمدی بر قابلیت ارجاع در داورهای تجاری بین‌المللی؛ انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص ۸۷).

^۳ Freedberg-Swartzburg, Judith A., 'Facilities for the Arbitration of Intellectual Property Disputes', in Kiss, A.Ch. and Lammers, John G. (eds), *Hague Yearbook of International Law*, Vol.8, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.77.

در حالی که برخی نظام‌های حقوقی با توسل به نظم عمومی در داوری پذیری حقوق مالکیت فکری تردید کرده‌اند،^۱ در اهمیت نفع عمومی حاضر در این حقوق به عنوان «نظم عمومی» تردید شده است.^۲ با این حال، در عمل توسل به مفهوم نظم عمومی ملی سبب حذف یا محدودیت داوری پذیری دعاوی ناشی از حقوق مالکیت فکری، در برخی از نظام‌های حقوقی شده است.

در این دسته از نظام‌های حقوقی، حقوق مالکیت فکری، امتیازاتی تلقی می‌شوند که جهت تشویق ابتکار و خلاقیت، پیشرفت اقتصادی و...، توسط دولت‌ها در نظر گرفتن سیاست‌های فرهنگی و آموزشی و مسائل مربوط به سلامت عمومی و حقوق رقابت اعطاء می‌گردند. بنابراین داوری نهاد مناسبی برای تعیین وجود، دامنه و نقض این حقوق نمی‌باشد.^۳ به عنوان مثال دیدگاه برخی در رابطه با دعاوی مرتبط با حق اختراع این است که "حق استفاده انحصاری از یک اختراع یا علامت توسط یک دولت خاص و پس از به ثبت رسیدن آن توسط مراجع عمومی به شخص اعطا شده است. بنابراین فقط مراجع رسیدگی عمومی همان دولت اعطا کننده می‌توانند تصمیم بگیرند که چنین حقی باطل است و مدعی آن از هیچ انحصاری برخوردار نمی‌باشد"^۴.

و در نهایت اینکه، هنوز داوری پذیری این گونه از دعاوی تا یکنواختی بین‌المللی فاصله دارد و هیچ یک از اسناد بین‌المللی موجود در مورد حقوق مالکیت فکری، به این مسئله اشاره نکرده است.

بند سوم: دعاوی مربوط به اوراق بهادار

یکی از برجسته‌ترین حوزه‌های دخالت دولت در اقتصاد مبتنی بر بازار، «بازار سرمایه» یعنی عرصه معاملات اوراق بهادار است. حقوق اوراق بهادار تحت تأثیر مداخله دولت به منظور حمایت از نفع حداکثری جامعه از جنبه صرفاً حقوق خصوصی فاصله گرفته و به نوعی دارای ویژگی حقوق عمومی است.^۵ اختلافات راجع به اوراق بهادار از مهم‌ترین موضوعات داوری در بخش خدمات مالی است که دعاوی مطرح شده و به تبع آن داوری‌های آن‌ها مختلف می‌باشند. عموماً داوری بین دلان و کارگزاران با یکدیگر، جدا از داوری‌های بین این ۲ گروه و سرمایه‌گذاران در بازارهای مالی صورت می‌گیرد. داوری دعاوی بین گروه اول پذیرفته شده است و در حقوق ایران نیز برای رسیدگی به اختلافات فعالان بازار سرمایه، قانون‌گذار

¹ Celli, Alessandro L. and Benz, Nicola, 'Arbitration and Intellectual Property', European Business Organization Law Review, No.3, 2003, p. 597.

² Garcia, Alejandro & Lamb, Sophie, 'Arbitration of Intellectual Property Disputes', The European & Middle Eastern Arbitration Review, 2008, p.3.

³ Dessemontet, François; Intellectual Property and Arbitration; Mélanges en hommage à Alberto Bercovitz, Editions Grupo Espanol de la AIPPI, 2005, p.2.

⁴ Redfern, Alan & Hunter, Martin; op.cit, p.149.

^۵ باقری، محمود و طالب زاده طریقه، فهیمه؛ قابلیت اعمال قواعد حل تعارض قوانین بر دعاوی بین‌المللی اوراق بهادار (تحلیلی از عدالت معاوضی و توزیعی)؛ پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵، ص ۱.

مرجعی با نام هیئت داوری پیش‌بینی کرده است. برابر ماده ۳۶ ق.ب.ا.ب، هیئت داوری در رسیدگی به اختلافات فعالان بازار دارای صلاحیت ذاتی است و مراجع قضایی یا اداری صلاحیت رسیدگی به اختلافات بازار سرمایه را ندارند. بخش آخر ماده یادشده، رسیدگی هیئت داوری به اختلافات را به نداشتن سازش در کانون‌ها مشروط کرده است و سبب القای این مطلب می‌شود که کانون‌ها نیز همچون هیئت داوری صلاحیت رسیدگی به اختلافات بازار را دارند؛ به عبارت دیگر کانون‌ها در رسیدگی به تخلفات فعالان حرفه‌ای بازار دارای صلاحیت مشترک با هیئت داوری هستند. اما باید به این نکته توجه داشت که رسیدگی در کانون‌ها ماهیت قضایی ندارد و نوعی میانجیگری اجباری است و این اشخاص دارای تخصص و صلاحیت رسیدگی قضایی نیستند و نمی‌توانند حکم صادر کنند، بلکه فقط سعی در ایجاد سازش بین طرفین اختلاف دارند.

اما چالش در داوری دعوی گروه دوم که یک طرف آن سرمایه‌گذار است، بیشتر نمود پیدا می‌کند. سرمایه‌گذار در این بازارها مصرف‌کننده محسوب می‌شود و به همین دلیل دولت‌ها در تلاش‌اند که از مصرف‌کننده (سرمایه‌گذار) به خصوص در چنین بازارهایی حمایت کنند. به طور کلی ۲ مبنای نظری کاملاً متمایز برای توجیه عدم داوری پذیری وجود دارد: ۱- لزوم حمایت از منافع عمومی و ۲- لزوم حمایت از طرف ضعیف‌تر. بر همین اساس در معاملات اوراق بهادار حتی با وجود انتخاب قانون حاکم، سرمایه‌گذار می‌تواند به مقررات داخلی خودش در مورد داوری پذیری یا عدم داوری پذیری استناد کند و ممکن است ادعا کند که شرط داوری به موجب مقررات آمره کشور محل اقامت وی، فاقد اثر است.^۱ به بیان دیگر در صورتی که شروط مندرج در قراردادهای الحاقی که توسط دلالان یا صادرکنندگان اوراق بهادار بر سرمایه‌گذار تحمیل می‌شوند حقوق حداقلی سرمایه‌گذار را نقض کنند، اعتبار آن قراردادهای قابل مخدوش شدن و ابطال دارد. البته این حالت در کشورهایی مانند ایالت متحده آمریکا که دعاوی اوراق بهادار را داوری پذیر می‌داند، اعمال نمی‌شود.

از سوی دیگر گفته شد که مقررات مربوط به اوراق بهادار از مقررات حقوق عمومی‌اند که درصدد تأمین رفاه جامعه و منافع عمومی می‌باشند. لذا دولت‌ها تلاش زیادی در حفظ بازارهای بورس و اوراق بهادار خود دارند که یکی از پایه‌های اقتصاد هر کشوری را تشکیل می‌دهند. پس طبیعی است که دولت‌ها سعی کنند با وضع قوانین، نظارت کامل و دقیق بر این بخش داشته باشند. به گونه‌ای که اظهار شده است که «بازرترین وجه اقتصاد ارشادی را در اوراق بهادار شاهد هستیم»^۲. بنابراین لازم است مقررات این بخش به طور دقیق و مؤثر به اجرا درآید تا به اهداف از پیش تعیین شده در قوانین، جامه عمل پوشانده شود.

^۱ سیدی؛ پیشین؛ ۱۳۹۲، ص ۹۵.

^۲ همان، ص ۹۹-۹۸.

نهایتاً اینکه عدم داوری پذیری دعاوی اوراق بهادار ابتدائاً در ایالت متحده آمریکا مطرح شد و این کشور در پرونده رودریگوئز^۱، دیدگاه خود را با پذیرش کامل قابلیت ارجاع به داوری اوراق بهادار توسط دیوان عالی جایگزین نمود.

بند چهارم: دعاوی مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران

اهلیت و اختیار دولت‌ها و مؤسسات عمومی و دولتی در مراجعه به داوری یکی از مسئله‌سازترین مباحث در داوری تجاری بین‌المللی است.

در حقوق داخلی بسیاری از کشورها مقرراتی ناظر به منع مؤسسات عمومی و دولتی در مراجعه و یا تمهیداتی جهت محدود نمودن مراجعه به داوری به چشم می‌خورد. بر همین مبنا اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران، یکی از مواردی است که اگر چه در هیچ کدام از دو سند قانونی کنوانسیون نیویورک و قانون داوری تجاری به آن اشاره‌ای نشده است؛ اما به جهت اینکه در مواقعی خود مانعی برای شناسایی و اجرای آرا داوری تجاری در ایران است به بررسی آن به طور اجمالی می‌پردازیم؛ در ضمن اینکه گاهی تفاسیر حقوقی از اصل ۱۳۹ با شاخص‌های موانع اجرای آرا در دو سند ذکر شده نیز، یکی می‌شود. در مواردی که هم زمان با شروع رسیدگی یک دیوان داوری، طرف ایرانی به دادگاه مراجعه کرده و شرط داوری را به استناد اصل ۱۳۹ بی‌اعتبار و دیوان داوری را بدون صلاحیت می‌خواند. در این گونه موارد دادرس دادگاه باید در خصوص صلاحیت دیوان داوری و اعتبار قرارداد داوری اظهار نظر نماید. که در نهایت باید نظر به ادامه‌ی کار دیوان داوری یا متوقف شدن کار دیوان بدهد؛ گاهی نیز وقتی طرف خارجی برنده‌ی اختلاف داوری می‌شود و رأی صادره علیه طرف ایرانی صادر می‌گردد، محکوم‌علیه ایرانی به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی، خواستار ابطال رأی و غیرقابل اجرا بودن رأی داوری می‌شود. در این شرایط نیز دادرس ایرانی چاره جز مراجعه به قانون مقرر (ایران)، نخواهد داشت.

اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد: "صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد و موارد مهم را قانون تعیین می‌کند."

بنابراین به نظر می‌رسد، قانون‌گذار ایران بر این عقیده بوده که ارجاع اختلافات در خصوص اموال عمومی و دولتی با طرف خارجی را به هر طریق و به هر شکل را بایستی الزاماً منوط به تصویب مجلس شورای اسلامی نمود. مشخص است که اگر یک قرارداد بین‌المللی بدون در نظر گرفتن اصل ۱۳۹ قانون اساسی منعقد شود از منظر قوانین ایران معتبر نخواهد بود.

^۱ پرونده Rodriguez de De Quijas V. Shearson/leman brothers Inc., (1989) (به نقل از سیدی، ص ۱۰۲)

قابل ذکر است که موضوع این اصل، اموال دولتی و عمومی است و نه اعمال دولت و یا قراردادهای منعقدۀ توسط دولت؛ البته در این مورد باید بین اعمال دولت و اعمال تصدی و اعمال حاکمیت "تفکیک" قائل شد. در این صورت ارجاع به داوری بین‌المللی آن دسته از اموال عمومی و دولتی را که دولت در راستای اعمال حاکمیت به داوری ارجاع می‌دهد مشمول اصل ۱۳۹ و آن دسته از اموال عمومی و دولتی را که دولت در جهت اعمال تصدی به داوری ارجاع می‌دهد خارج از شمول اصل ۱۳۹ بدانیم. با این‌همه باید توجه داشت که دولت و مؤسسات عمومی و دولتی در هنگام انعقاد قراردادهای داوری بین‌المللی و یا حق شرط داوری باید الزاماً قبلاً موافقت‌نامه یا مصوبه‌ی مجلس را در این مورد گرفته و یا پس از انعقاد قرارداد به لزوم کسب این مصوبه مجلس در قرارداد مزبور، اشاره کنند.^۱ بدین‌صورت اگر هنوز مصوبه‌ای به تصویب مجلس شورای اسلامی نرسیده باشد قرارداد داوری حتی اگر تنظیم هم شده باشد برای طرف ایرانی الزام‌آور نخواهد بود.

نتیجۀ بسیار مهم این‌که اگر قراردادهای منعقدۀ داوری در ایران، بدون رعایت مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی منعقد شود، یقیناً از منظر نظم عمومی ایران معتبر نخواهد بود؛ و آنچه تا به حال در رویه قضایی دادگاه‌های ایران اتفاق افتاده است، تأکید بر بی‌اعتباری چنین قراردادهایی بوده است. حال با توجه به عدم نظریه تفسیری از سوی شورای نگهبان ایران، مفسرین حقوقی در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی نظریات مختلفی ارائه کرده‌اند که به بیان هر کدام به طور مختصر می‌پردازیم:

۱. تفسیر مضیق

برخی تلاش کرده‌اند با تفسیر مضیق کلمه به کلمه‌ی این اصل از جمله، کلماتی چون "دعوی" و "ارجاع" و "اموال عمومی و دولتی" و حمل آن بر محدودترین و مضیق‌ترین معانی و مفاهیم، محدودیت‌های مربوط به این اصل را تا حد امکان کاهش دهند. اما به اعتقاد بسیاری منتقدین این نظر آن‌چنان منطبق بر واقعیت نیست. چرا که نویسنده‌ی آن از کلمات مذکور برداشت‌های دور از واقع داشته و در ضمن این‌که با فلسفه قانون‌گذار این اصل نیز سازگار نیست. سعی قانون‌گذار برای تصویب این اصل در حقیقت برای حفاظت و صیانت اموال عمومی و دولتی بوده است؛ در حالی که نظریه مبتنی بر مضیق کردن الفاظ این اصل تا بیشترین حد، اموال مذکور را از نفوذ حاکمیتی خارج کرده ولی مشخص نکرده است که در صورت این برداشتن چتر حمایتی دولتی چه چیزی جایگزین آن خواهد بود. به نظر می‌رسد

^۱ در خصوص امکان درج شرط داوری در قراردادها و اخذ مجوز از مجلس در زمان ارجاع اختلاف به داوری می‌توانید رجوع کنید به نیکبخت، حمیدرضا، کارگاه آموزشی داوری تجاری بین‌المللی، مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۰-۲۹، بهار-تابستان ۱۳۷۹، صص ۲۴۴-۲۴۳.

نظریه‌ی تفسیر مضیق، هدف و غایت اصلی این اصل را نه تنها تأمین نمی‌کند بلکه به نوعی کاملاً با هدف قانون‌گذار متناقض است؛ از همین رو تفسیری غیرمنطقی و غیراصولی به حساب می‌آید.

۲. تفسیر بر مبنای نمایندگی

در تفسیر بر مبنای نمایندگی، فرض می‌شود که اساساً سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و همچنین کلیه نهادهایی که اموال دولتی را در اختیار دارند به نوعی نماینده‌ی دولت و عموم مردم در اداره‌ی اموال دولتی هستند؛ بنابراین در این نظریه، اصل ۱۳۹ بر مبنای "قواعد عمومی راجع به نمایندگی و وکالت" تفسیر شده است. بر این اساس وکیل و نماینده را مؤسسات و سازمان‌های دولتی و موکل و اصیل را خود دولت دانسته‌اند. همچنین اصولاً سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی که اموال دولتی و عمومی را در اختیار دارند نماینده دولت و عموم در اداره‌ی اموال دولتی محسوب می‌شوند. بدین ترتیب از نظر وضعیت حقوقی می‌توان آن‌ها را به وکیل تشبیه کرد؛ اما اشکال وارد بر این تفسیر این است که نمی‌توان این موضوع را به نمایندگی و وکالت نسبت داد به این دلیل که حتی با تصویب مجلس هم دولت به وکیل تبدیل نخواهد شد.

انتقاد دیگر بر این نظر این است که مؤسسات دولتی به نوعی نماینده‌ی مردم در مرافعه و دعوا محسوب می‌شوند و نمایندگی در دعوا و مرافعه منصرف از نمایندگی در ارجاع دعوا به داوری بوده و شامل آن نمی‌شود، مگر با وجود اجازه‌ی مخصوص؛ و در نهایت عدم داشتن این اجازه، غیر نافذ و فضولی است.^۱

یکی دیگر از مفسرین^۲ این نظریه، به "نمایندگی کلی" اشاره کرده‌اند و نماینده را دولت و اصیل را کشور و جامعه دانسته‌اند. در این تفسیر دولت که نماینده‌ی عام جامعه و کشور است، اختیار اداره‌ی تمام امور را در محدوده‌ی قانونی خود دارد مگر در مواردی این چارچوب به دلیلی محدود شده باشد. "به استناد این قاعده فرض می‌شود که نماینده‌ی عام، اختیار انجام همه‌ی امور مربوط به آن حرفه یا شغل را دارد.

در صورتی که به هر دلیل اختیار او در امر خاص محدود شود..." و در ادامه به موضوع اماره‌ای که برای خاص بودن یا نبودن محدودیت این‌طور اشاره می‌کنند: "در مورد دولت و سازمان‌های تحت کنترل دولت اماره وجود دارد، ثالث نسبت به بررسی وجود یا اختیار برای دولت در امر خاص هیچ تکلیفی ندارد ... و دولت و سازمان‌های مربوطه وظیفه دارند نفوذ شرط داوری یا قرارداد داوری را برحسب مورد به تصویب مجلس موکل کنند." اما باز انتقاداتی بر این نظر وارد آمده است و این نظر را اگر چه با موازین داوری تجاری منطبق دانسته‌اند اما در نظر تحلیل حقوقی آن را به همین اندازه موجه ندانسته‌اند. در

^۱ جنیدی، لعیا؛ اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی؛ تهران، شهر دانش، ۱۳۸۷، صص ۸۸-۸۷.

^۲ امیرمزی، احمد؛ داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی؛ نشر دادگستر، ۱۳۸۷، صص ۶۶-۶۵.

صورت پذیرش نظر اخیر (نمایندگی کلی)، باید بپذیریم که به جز جامعه و کشور هیچ شخصیت حقوقی عمومی اصیلی وجود نخواهد داشت. در این صورت چاره‌ای جز انکار اصالت دولت و شخصیت حقوقی اصیل وی باقی نخواهد ماند.^۱

۳. تفسیر بر مبنای داوری پذیری

در این تفسیر همان‌گونه که از نام‌گذاری آن برمی‌آید بر مبنای شرط قابلیت داوری و قابل ارجاع به داوری بودن موضوعی، اصل ۱۳۹ را مورد بررسی قرار داده‌اند.^۲ طرفداران این نظریه سعی بر این داشته‌اند داشته‌اند تا این نظر مبتنی بر ظاهر اصل ۱۳۹ و هم سازگار با رویه‌ی داوری‌های تجاری بین‌المللی باشد.^۳ اما در انتقاد از این نظریه، عده‌ای ابراز کرده‌اند که اگر چه این نظر به اصل موضوع بسیار عنایت داشته است اما غیرقابل داوری بودن موضوع اختلاف، ممنوعیتی مطلق است.^۴ در نص اصل ۱۳۹ به قابلیت داوری اختلافات راجع به اموال عمومی دولتی به طور مطلق رد و منع نشده است و آن را در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی قرار نداده است.

دیدگاه غیرقابل داوری بودن این موضوعات در صورتی قابل طرح بود که قانون به طور کلی ارجاع چنین اختلافاتی به داوری را منع می‌کرد. به همین دلیل هم که اصل مورد نظر به هیچ عنوان به صلاحیت انحصاری دادگاه اشاره ندارد و تنها داوری در خصوص موضوعات نام برده شده در نص اصل را، منوط به اجازه‌ی مجلس شورای اسلامی و اخذ مصوبه از آن می‌داند. بدین صورت اصل موضوع کاملاً قابل داوری است، اما ارجاع اختلافات در خصوص اموال دولتی و عمومی به داوری، الزاماً بایستی به همراه مصوبه موافقت از مجلس شورای اسلامی باشد.

۳. تفسیر بر مبنای عدم اهلیت

یکی دیگر از تفاسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی، بر مبنای عدم اهلیت یا به دیگر بیان به «عدم صلاحیت» طرف دولتی یا عمومی قرارداد داوری برمی‌گردد.^۵ در خصوص اموال دولتی و عمومی این دولت و مؤسسات دولتی هستند که احتمال دارد اختلافات از این دست را به نهاد داوری ارجاع دهند؛ به همین دلیل هم عدم اهلیت و محدودیت‌های آن به متصدی اصلی آن و نحوه‌ی عملکرد آنها برمی‌گردد. به نظر بسیاری این برداشت اخیر از اصل ۱۳۹ از بقیه دیدگاه‌ها در زمینه عملی‌تر خواهد بود؛ تصمیم‌گیری در

^۱ ایرانشاهی، علیرضا؛ اعتراض به رأی داوری تجاری بی‌المللی؛ رساله‌ی دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸، ص ۴۸.

^۲ شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی پیشرفته؛ جلد سوم، تهران، دراک، ۱۳۹۶، ص ۵۲۹.

^۳ جنیدی، لعلیا؛ ۱۳۸۷، صص ۹۵-۹۲.

^۴ موحد، محمدعلی؛ درس‌هایی از داور بیهای نفتی - قانون حاکم؛ تهران، نشر کارنامه، ۱۳۸۶، ص ۲۲۵.

^۵ اسکینی، ربیعا؛ تعارض قوانین در داوری تجاری بی‌المللی؛ شماره یازدهم، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۶، ص ۱۸۳.

خصوصاً اهلیت طرفین داوری بر طبق قانون شخصی طرفین انجام می‌شود؛ و تصمیم‌گیری در خصوص قابلیت داوری موضوع بر طبق قانون متبوع دادگاه رسیدگی‌کننده خواهد بود. بنابراین در خصوص فقدان اهلیت باید به قانون شخصی یعنی قانون ایران و یعنی اصل ۱۳۹ مراجعه کنیم. بدین صورت صلاحیت و اهلیت دولت در ارجاع دعای در خصوص اموال عمومی و دولتی به داوری در داورهای صرفاً داخلی تمام و کمال است؛ در داوری‌های بین‌المللی نیز این صلاحیت و اهلیت کامل خواهد بود. پس می‌توان گفت که دولت در خصوص ارجاع دعای راجع به اموال به داوری بین‌المللی دارای اهلیت است و الزام به گرفتن مصوبه از مجلس مانع این اهلیت نخواهد بود.

منتقدین این نظریه معتقدند که اگر قانون اساسی یک کشور دولت را به طور کامل از انعقاد قرارداد داوری و ارجاع اختلافات در مورد خاصی منع می‌نماید پذیرش این نظر آسان‌تر بود. در عین حال که اموال عمومی همواره در خدمت قوه‌ی مجریه نخواهد بود، و بسیاری از این اموال در اختیار دیگر قوا ممکن است باشد. بنابراین ممکن است گاهی این ارجاع به داوری از طرف دیگر قوا صورت بگیرد. در نهایت اگر نظریه اهلیت را بپذیریم باید اصل مذکور را موجب مشروط نمودن صلاحیت دولت و مؤسسات دولتی در انعقاد قرارداد داوری دانست.

۴. تفسیر بر مبنای نظم عمومی

از مجموعه چهار نظریه که مورد بررسی قرار گرفت به این نتیجه می‌رسیم که هیچ‌کدام از آن‌ها نمی‌توانند در بیان کامل اصل مذکور، موفق باشند؛ چرا که اصل ۱۳۹ درصد گذاشتن شرطی برای مشروعیت دادن به بعضی از ارجاعات داوری بوده است؛ و اگر این مقرر از طرف هر شخصی عمومی یا خصوصی رعایت نگردد، موجب مغایر شدن با نظر قانون‌گذار خواهد بود. بنا به نظر اکثریت مفسرین حقوقی مقررهای اصل ۱۳۹ تنها می‌تواند در ملاحظات "نظم عمومی" بگنجد. بدین صورت اخذ مصوبه‌ای از مجلس به عنوان یکی از شرایط اعتبار و نفوذ این قبیل اقدامات خواهد بود. به نظر می‌رسد در این گونه قراردادهای که توسط دولت و مؤسسات دولتی، با طرف‌های خارجی صورت می‌گیرد، همواره بایستی بر الزام داشتن مصوبه‌ای از مجلس جهت اعتبار قراردادهای مذکور تأکید شود و اصلح آن است که قانون ایران به عنوان قانون حاکم بر قرارداد داوری تعیین گردد.

نتیجه

در اغلب سیستم‌های حقوقی دنیا، ارجاع برخی از دعاوی به داوری با محدودیت‌هایی مواجه است. موضوعات داوری پذیر به یک شکل نیستند و از زمانی به زمانی دیگر و از مکانی به مکانی دیگر با یکدیگر متمایزند و به حیطه نظم عمومی کشورهای عضو کنوانسیون وابسته است. لذا هنگامی که کشوری یک موضوع اختلافی را غیرقابل ارجاع به داوری اعلام می‌کند، طبیعتاً بر اساس ملاحظات و در

نظر گرفتن نظم عمومی است و به همین دلیل نظم عمومی در داورى پذیرى واجد نقش اساسى مى‌باشد. به بیان ساده‌تر هر کجا نظم عمومى گسترش یافته، محدوده داورى کاهش یافته است و بالعکس. گزارش انجمن وکلای آمریکا و ICC تا حدود زیادى گستره این موضوعات را عیان کرد و نشان داده شد که داورى پذیرى، مفهومی چند جانبه و چند منظوره است و پویایی بین‌المللی دارد. کنوانسیون در ۲ ماده (بند ۱ ماده ۲ و بند ۲ ماده ۵) به موضوع داورى پذیرى پرداخته است اما هیچ صحبتی از موضوعات داورى ناپذیر و موارد آنها نکرده است و این طبقه‌بندی و تعیین را به کشورهای عضو کنوانسیون واگذار کرده است. در نهایت موضوعات و موارد اصلی مورد بررسی (دعاوى مربوط به اعمال حقوق رقابت، دعاوى مربوط به حقوق مالکیت فکرى و دعاوى مربوط به اوراق بهادار) آشکار کرد که این موضوعات در راستای حمایت از منافع عمومى جامعه و نظم عمومى، عنوان داورى ناپذیر را به خود تخصیص داده‌اند. هر چند که رویکردهای اخیر حکایت از عدول از این نظر و دیدگاه در برخی کشورها دارد. در رابطه با اصل ۱۳۹ نیز مى‌توان اظهار داشت که در غالب دعاوى مطرح شده داخلی استناد به این اصل موجب صدور بطلان داورى شده است اما در دعاوى خارجى و بین‌المللى استناد به آن مانع داورى پذیرى نشده است.

پیشنهاد مى‌شود:

- تدوین قوانین و مقرراتى جامع و روشن در خصوص داورى ناپذیرى موضوعى
- ایجاد یک رویه قضایى واحد و قابل پیش‌بینى در این زمینه
- آموزش قضات و وکلا در خصوص پیچیدگى‌هاى داورى بین‌المللى و کنوانسیون نیویورک با اتخاذ این اقدامات، مى‌توان به توسعه بیشتر داورى در ایران و ارتقای جایگاه حقوقى کشور در این حوزه امیدوار بود.

منابع:

فارسی

۱. اسکینی، ربیعا؛ تعارض قوانین در داورى تجارى بین‌المللى؛ شماره یازدهم، مجله حقوقى دفتر خدمات حقوقى بین‌المللى، ۱۳۸۶.
۲. امیرمعزى، احمد؛ داورى بین‌المللى در دعاوى بازرگانى؛ نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
۳. ایرانشاهى، علیرضا؛ اعتراض به رأى داورى تجارى بین‌المللى؛ رساله‌ی دکترى، دانشگاه شهید بهشتى، ۱۳۸۸.

۴. ایرانشاهی، علی رضا؛ بررسی معیار "نظم عمومی" در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و هشتم، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
۵. باقری، محمود و طالبزاده طرقله، فهیمه؛ قابلیت اعمال قواعد حل تعارض قوانین بر دعاوی بین‌المللی اوراق بهادار (تحلیلی از عدالت معاوضی و توزیعی)؛ پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۵.
۶. باقری، محمود؛ قابلیت داوری اختلافات ناشی از حقوق اقتصادی: ناکامی قراردادی در رجوع به داوری در دعاوی حقوق رقابت و حقوق بازار بورس؛ مجله تحقیقات حقوقی؛ دوره ۱۱، شماره ۱۴۰، بهار ۱۳۸۷.
۷. بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار، حسنی؛ قابلیت داوری دعاوی حقوق مالکیت فکری نیازمند ثبت؛ مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۸۵، بهار و تابستان ۱۳۹۷.
۸. بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار، حسنی؛ قانون حاکم بر داوری پذیرد دعاوی؛ مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
۹. جنیدی، لعیا؛ قانون حاکم در داورهای تجاری بین‌المللی؛ نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶.
۱۰. جنیدی، لعیا؛ اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی؛ تهران، شهر دانش، ۱۳۸۷.
۱۱. جنیدی، لعیا و غیاثوند قزوینی، نسترن؛ داوری پذیرد در نظام حقوقی ایران با تأکید بر روبه قضایی؛ دو فصلنامه علمی پژوهشی حقوق تطبیقی دانشگاه مفید؛ دوره ۵، شماره ۱۰۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۶.
۱۲. سیدی، جوادی؛ درآمدی بر قابلیت ارجاع در داورهای تجاری بین‌المللی؛ انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
۱۳. شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی پیشرفته؛ جلد سوم، تهران، دراک، ۱۳۹۶.
۱۴. طباطبائی نژاد، سید محمد؛ داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت؛ فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
۱۵. موحد، محمدعلی؛ درس‌هایی از داوری‌های نفتی - قانون حاکم؛ تهران، نشر کارنامه، ۱۳۸۶.
۱۶. نیکبخت، حمیدرضا، کارگاه آموزشی داوری تجاری بین‌المللی، مجله‌ی تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۰-۲۹، بهار و تابستان ۱۳۷۹.
۱۷. وصالی محمود، منصور؛ داوری در حقوق رقابت؛ پایان‌نامه دفاع شده در دانشگاه شهید بهشتی به راهنمایی دکتر پرویز ساورائی، دانشکده حقوق، ۱۳۸۹.

انگلیسی

1. Arfazadeh, homayoon; Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited; Arbitration International, Volume 17, Issue 1, 1 March 2001.

2. Celli, Alessandro L. and Benz, Nicola, 'Arbitration and Intellectual Property', *European Business Organization Law Review*, No.3, 2003.
3. Dessemontet, François; *Intellectual Property and Arbitration; Mélanges en hommage à Alberto Bercovitz*, Editions Grupo Espanol de la AIPPI, 2005.
4. Freedberg-Swartzburg, Judith A., 'Facilities for the Arbitration of Intellectual Property Disputes', in Kiss, A.Ch. and Lammers, John G. (eds), *Hague Yearbook of International Law*, Vol.8, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
5. Garcia, Alejandro & Lamb, Sophie, 'Arbitration of Intellectual Property Disputes', *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2008.
6. Hollander, Pascal; Report on the concept of 'Arbitrability' under the New York Convention; IBA SUBCOMMITTEE ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS; September 2016 & ICC 2018.
7. Komninos, Assimakis, P; Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?; *The Competition Law Review*, Volume 3, Issue 1, 2006.
8. Redfern, Alan & Hunter, Martin; *Law and Practice of International Commercial Arbitration*; Sweet and Maxwell, London, 2004.
9. Van Den Berg & Albert Jan; *New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement*; ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 18, No.2, 2007.



Subjective inadmissibility of arbitration in the New York Convention and Iranian law

Abdul Majid Norouzi Pourzare *
Mohammad Bahmani **

Abstract

In most of the world's legal systems, referring claims to arbitration faces limitations. Therefore, the arbitrator's decision-making competence in relation to a claim is faced with an important obstacle called the ability to refer to arbitration or arbitrability. The scope of arbitration in terms of arbitrable subjects is expanding and the procedure is to interpret the international public order in such a way that the limitation of subject arbitration is excluded from its scope. But this does not mean that the obstacle of arbitrariness will disappear. Subjects that can be judged are not the same and differ from time to time and from place to place. In such a way that the inadmissibility of arbitration covers a wide range, for example; In many countries, issues such as competition law, bankruptcy law, patent law, etc. are non-arbitrable due to their connection with public order. On the other hand, it is believed that the principle of arbitrability of all commercial disputes and according to the acceptance of this principle, whenever arbitrability is discussed, it is not the accepted principle; Rather, it is the main exceptions that are taken into consideration. but it can be referred to the restrictions that each country imposes in referring some issues to arbitration due to the protection of some special interests. In this article, an attempt is made to explain and present common issues that cannot be referred to arbitration in many of the member countries of the convention, the arbitrability of the subject is open.

Key Words

Non-arbitrability, New York Convention, governing law, recognition and enforcement of foreign arbitration awards.

* PhD student in private law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

** Faculty member and assistant professor, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran,
(Corresponding author): drmohbahmani@gmail.com