

## معیار «قابلیت داوری» در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری

### بین‌المللی

دکتر علیرضا ایرانشاهی\*

#### چکیده

قابلیت داوری موضوع اختلاف یکی از معیارهای تضمین کننده حقوق عمومی در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری در مبدأ و مقصد است که دارای ارتباط تنگاتنگی با ملاحظات نظم عمومی کشور مربوطه می‌باشد. معیار مذکور در مهم‌ترین منابع بین‌المللی و داخلی مورد تأیید و تصدیق قرار گرفته است. مهم‌ترین ملاک‌های تعیین و تشخیص داوری‌پذیری موضوعات عبارت از نظم عمومی، امکان حل و فصل آزادانه اختلاف، مالی و اقتصادی بودن منفعت مربوطه و صلاحیت انحصاری دادگاه می‌باشند. در خصوص مهم‌ترین حوزه‌هایی که دارای درگیری بیشتری با مسئله قابلیت داوری می‌باشند نیز می‌توان از حقوق رقابت، حقوق مالکیت فکری و ورشکستگی نام برد.

#### کلید واژگان

قابلیت داوری، نظارت قضایی، رأی داوری، اعتراض به رأی داوری، اجرای رأی داوری، نظم عمومی.

---

\* وکیل پایه یک دادگستری.

## مقدمه

اگرچه امروزه داوری رایج‌ترین شیوه حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی است و تمایلات روزافزون کشورها در جهت توسعه و از میان برداشتن هرچه بیشتر موانع تکامل آن است، اما همچنان به موجب قوانین اغلب کشورها حل و فصل برخی از موضوعات از طریق داوری همچنان با مانع قانونی مواجه است. این امر در اکثر موارد مربوط به ویژگی‌های خاص موضوعات می‌باشد که، صرف‌نظر از داخلی صرف و یا بین‌المللی بودن داوری مربوطه، داوری ناپذیر تلقی می‌شوند. البته در برخی موارد نیز عدم قابلیت داوری موضوع در داوری تجاری بین‌المللی به علت جنبه بین‌المللی مسئله و دخالت عامل خارجی در داوری است. موضوعاتی که داوری ناپذیر به شمار می‌روند علی‌القاعده صرفاً جنبه خصوصی نداشته و واجد جنبه عمومی نیز هست و چه بسا جنبه عمومی آن بر جنبه خصوصی آن غلبه داشته باشد. لذا اصولاً معیار قابلیت داوری متضمن رعایت حقوق عمومی و صیانت از منافع ملی در حل و فصل اختلافات است.<sup>۱</sup> این معیار، موضوعاتی را که می‌تواند به داوری ارجاع شود از موضوعاتی که نمی‌تواند به داوری ارجاع شود تفکیک و جدا می‌کند.<sup>۲</sup> لذا با رعایت این حد و مرزها، مرجع داوری واجد این اختیار خواهد بود که هم‌زمان، ضمن رعایت مصالح و منافع اساسی عمومی کشوری که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم بر داوری و رأی مربوطه نظارت می‌کند، به حل و فصل اختلافات بپردازد.<sup>۳</sup> در هر حال قلمرو قابلیت داوری در کشورهای مختلف، تا حد زیادی بستگی به

1. Van den Berg. Albert Jan, "The New York Arbitration Convention of 1958", Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p.369.

2. Lehmann, Matthias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", 42 Colum. J. Transnat l., 2004, p.9.

3. Lourens, Marna, "The Issue of Arbitrability in the Context of International Commercial Arbitration (part 1)", University of Stellenbosch, 11 S.Afr.Mercantile L.J., 363, 1999, p.365.

اعتماد به نهاد داوری به عنوان یک شیوه حل و فصل اختلافات، در سطوح داخلی و یا بین‌المللی، حسب مورد، راجع به اموری که از نظر قانون حساس تلقی می‌گردند، خواهد داشت.<sup>۴</sup>

### گفتار اول: مفهوم قابلیت داوری

گاهی بعضی نویسندگان قابلیت داوری را به دو نوع قابلیت داوری شخصی و قابلیت داوری موضوعی تقسیم می‌کنند.<sup>۵</sup> به این مفهوم، برای اینکه اختلافات قابل داوری باشند باید حائز یک شرط مثبت و فاقد یک مانع یا به عبارتی شرط منفی باشند. شرط مثبت قابلیت داوری این است که طرفین می‌بایست قادر باشند که خود، موضوع اختلاف را حل و فصل نمایند و آن را مورد تعیین تکلیف قرار دهند، یعنی همان قابلیت داوری شخصی یا عبارتی اهلیت طرفین. شرط منفی قابلیت داوری نیز همان قابلیت داوری عینی است. همین مفهوم اخیر قابلیت داوری مورد بررسی این مقاله قرار دارد.

غیر قابل داوری بودن موضوع می‌تواند از جهتی حمل بر بی‌اعتباری قرارداد داوری گردد و از این لحاظ موجبی برای به چالش کشیدن رأی صادره به شمار آید. بعضی نویسندگان بر این اعتقادند که یکی از مهم‌ترین دلایل بی‌اعتباری قرارداد داوری غیر قابل داوری بودن موضوع اختلاف است.<sup>۶</sup> در همین راستا برخی نویسندگان قابل داوری بودن

4. Gaillard Emmanuel, & Savage John, "Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, 1999, p.331.

۵. حسین، خزائی؛ حقوق تجارت بین‌الملل، جلد هفتم، نشر قانون، ۱۳۸۶، ص ۱۳۱.

Gaillard & Savage, op.cit,p.365; Lourens,op.cit,p.364.

6. Briner Robert , "The Arbitrability of Intellectual Property Dispute with Practicular Emphasis on the Situation in Switzerland ", Worldwide Forum on the Arbitration of

مسائل را به مفهوم وجود و فراهم بودن هرگونه پیش شرط لازم برای داوری، از جمله وجود قرارداد داوری مکتوب، دانسته‌اند.<sup>۷</sup> بعضی نویسندگان نیز معتقدند که چون قابلیت داوری موضوعاتی را که می‌تواند به داوری ارجاع شود از موضوعاتی که نمی‌تواند به داوری ارجاع شود تفکیک می‌کند،<sup>۸</sup> بنابراین قابلیت داوری مربوط به صلاحیت دیوان داوری در خصوص موضوعات مربوطه می‌باشد. به عبارت دیگر عدم قابلیت داوری اختلاف فیما بین، مانع صلاحیت دیوان داوری در خصوص آن اختلاف خواهد بود.

از سوی دیگر با عنایت به اینکه قابلیت داوری در داوری‌های بین‌المللی به‌طور نزدیکی با مفاهیم نظم عمومی مرتبط است، برخی نویسندگان منشا قابلیت داوری را نظم عمومی دانسته<sup>۹</sup> و آن را زیر مجموعه نظم عمومی به شمار می‌آورند.<sup>۱۰</sup> در این دیدگاه، مفهوم قابلیت داوری مربوط به محدودیت‌های نظم عمومی در خصوص داوری است. از این منظر هر کشوری می‌تواند مطابق با ویژگی‌های حقوقی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و

←  
Intellectual Property Disputes, March 3 - 4, 1994, Geneva, Switzerland, p.1 ; Gaillard & Savage, op.cit, p.934.

7. Berger Mark, " Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model", Baylor Law Review, Vol.56, 2004, pp.757-758.

8. Lehmann, op.cit, p.9.

۹. برای مثال نگاه کنید به: لعیا، جنیدی؛ قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، ص ۹۴.

10. See for example 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, 2003, p. 80; Foustoucos Anghelos C, "Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement", Journal of International arbitration, 1989- 1990 , p.21.

حتی سیاسی خاص خود تصمیم بگیرد که چه موضوعاتی می‌توانند به وسیله داوری حل و فصل شوند و چه موضوعاتی نمی‌توانند.<sup>۱۱</sup> در واقع بیشتر محدودیت‌های مربوط به قابلیت داوری در قوانین ملی راجع به موضوعاتی است که واجد خصیصه نفع عمومی بوده و یا اینکه مربوط به گروه‌های خاصی می‌باشد که مستلزم حمایت‌های بیشتری هستند. لذا وقتی که یک کشور یک دسته از اختلافات را غیرقابل داوری اعلام می‌کند، این طبیعتاً براساس ملاحظات نظم عمومی است و به همین دلیل نظم عمومی در بحث قابلیت داوری واجد نقش اساسی است.<sup>۱۲</sup>

با این حال، اسناد بین‌المللی مهمی همچون کنوانسیون نیویورک و قانون نمونه به قابلیت داوری و نظم عمومی به‌طور جداگانه پرداخته‌اند و بین این دو معیار تمیز قائل شده‌اند که این تفکیک به نظر ظاهری نیز نمی‌رسد. در همین راستا، بعضی نویسندگان به درستی معتقدند که در عمل، در نظارت قضایی بر رأی داوری، قابلیت داوری موضوع نمی‌تواند تحت عنوان نظم عمومی و به عنوان زیر مجموعه این عنوان مطرح گردد، زیرا، این دو موجبات مستقل و جداگانه‌ای هستند،<sup>۱۳</sup> مگر آنکه در قوانین یک کشور قابلیت داوری موضوع به عنوان یک معیار مستقل جهت اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری

11. Grantham William, "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes". 14 Berkeley J. Int'l L. 174, 1996, p.192.

12. Okekeifere Andrew I, "Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law", International Arbitration Law Review, 1999, p.2.

13. Böckstiegel Karl- Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue 2008, The New York Convention – 50 Years, p.4 ; Drobnig Ulrich, "Assessing Arbitral Autonomy in European Statutory Law", in Lex Mercatoria and Arbitration, Thomas E. Carbonneau, Kluwer Law International, 1998 ,p.200.

پیش‌بینی نشده باشد که در این صورت موضوع می‌تواند تحت عنوان کلی نظم عمومی قرار گیرد. البته داوری ناپذیری موضوعات معمولاً بر اساس قواعد آمره‌ای تبیین می‌گردد که همواره و لزوماً جزئی از نظم عمومی بین‌المللی کشورها نیستند. اگرچه قواعد محدود کننده قابلیت داوری نیز قواعد اجباری هستند که نمی‌توانند با توافق طرفین تغییر یابند، اما نظم عمومی، به‌ویژه در سطح بین‌المللی آن، نیاز به اوصاف و خصوصیات بیشتری از صرف اجباری بودن قواعد دارد.<sup>۱۴</sup>

### گفتار دوم: قوانین مرتبط با مسئله قابلیت داوری

به علت درگیر بودن مسئله داوری ناپذیری موضوعات با ملاحظات نظم عمومی کشورها، دادگاه‌های کشورهایایی که به نوعی با داوری و رأی صادره سر و کار پیدا کرده و در مقام اعمال نظارت قضایی اولیه یا ثانویه بر رأی داوری قرار می‌گیرند، تمایل دارند که قانون کشور متبوع خود را در خصوص قابلیت داوری اعمال کنند.<sup>۱۵</sup> این تمایل مورد تأیید اسناد و منابع داخلی و بین‌المللی قرار گرفته است. در هر حال، مسئله قابلیت داوری حسب دیدگاه‌های گوناگون و وضعیت‌های متفاوت، ممکن است با قوانین متعددی مورد سنجش قرار گیرد:

#### ۱. قانون حاکم بر قرارداد داوری

قانون کشوری که قانون آن بر قرارداد داوری حاکم است از این دیدگاه واجد

14. Böckstiegel, op.cit, p.4 .

15. Kroll Stefan M., "Arbitration and Insolvency Proceedings- Selected Problems" in Pervasive Problems in International Arbitration, Kluwer Law International, 2006. p.363 ; Lehmann,op.cit p.16.

اهمیت است که در صورت غیر قابل داوری بودن اختلاف به موجب قانون کشور مزبور، ممکن است اعتبار قرارداد داوری مورد تردید قرار گرفته و از این طریق رأی داوری می‌تواند در معرض خطر ابطال و یا امتناع از شناسایی و اجرا قرار گیرد، مگر آن‌که این قسمت از شرایط اعتبار قرارداد داوری صرفاً به موجب قانون متبوع دادگاه مربوطه مورد سنجش قرار گیرد که به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی مورد حمایت اغلب اسناد و منابع بین‌المللی و داخلی قرار دارد. البته بعضی نویسندگان معتقدند که باید قانون منتخب طرفین برای تعیین قابلیت داوری ملاک قرار گیرد.<sup>۱۶</sup>

## ۲. قانون کشور متبوع داوری (کشور مبدأ)

دادگاه‌های کشور مبدأ در هنگام بررسی قابلیت داوری یک اختلاف بین‌المللی، قانون خود را اعمال می‌کنند.<sup>۱۷</sup> این امر در قوانین ملی و اسناد بین‌المللی مربوط به اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری در مبدأ و اعتراض به رأی داوری، همچون قانون نمونه، مورد تأیید قرار گرفته، و با وحدت ملاک از سایر اسناد بین‌المللی راجع به داوری‌های بین‌المللی، از جمله کنوانسیون نیویورک، نیز قابل تصدیق است. البته باید توجه داشت که دیوان‌های داوری نیز در یک گام پیش از این می‌بایست در خصوص قابلیت داوری موضوع و صلاحیت یا عدم صلاحیت خود اظهار نظر کنند که عملاً نیز بیشتر دیوان‌های داوری قانون کشور مبدأ را برای تعیین تکلیف موضوع قابلیت داوری اعمال می‌کنند.<sup>۱۸</sup> البته در دیدگاهی مخالف و در عین حال ضعیف، تعیین قابلیت داوری موضوع طبق

16. Grantham, op.cit,p.192.

17. Gaillard & Savage, op.cit, p.330.

18. Lehmann,op.cit, p.22.

قانون مبدأ مورد انتقاد برخی از نویسندگان قرار گرفته است.<sup>۱۹</sup> در همین راستا گفته شده است که معیار مقرر بسیار اتفاقی تر از آن است که قابلیت داوری بتواند به آن بستگی داشته باشد، با این استدلال که مقرر داوری اغلب ارتباطی با موضوع اختلاف نداشته و حتی می تواند در جریان داوری تغییر یابد و به علاوه در داوری های انجام یافته در فضای مجازی به طور کلی هیچ مقرر فیزیکی وجود ندارد.<sup>۲۰</sup> در همین راستا بعضی از نویسندگان معتقدند که اگر مقرر داوری در کشور دولت یا شرکت یا سازمان دولتی طرف قرارداد داوری باشد، نمی تواند از قانون ملی خود برای به چالش کشیدن قابلیت داوری اختلاف استفاده کند.<sup>۲۱</sup>

### ۳. قانون محل اجرای رأی

همان گونه که گفته شد، اصولاً هر دادگاهی که به نوعی با رأی داوری سروکار پیدا کند، در هر نوع رسیدگی، قوانین کشور خود را در هنگام تصمیم گیری در خصوص قابلیت ارجاع اختلاف به داوری اعمال می کند.<sup>۲۲</sup> وفق اسناد بین المللی ناظر بر اجرای آراء داوری خارجی و برخی قوانین ملی مدون در این خصوص، در صورتی که اختلاف موضوع داوری بر اساس قوانین کشور محل تقاضای شناسایی و اجرای رأی داوری، داوری ناپذیر باشد، شناسایی و اجرای رأی مورد امتناع قرار خواهد گرفت.<sup>۲۳</sup> لذا قانون

19. Hanotiau Bernald, "Objective Arbitrability", Its Limits, Its Problems Area, in Objective Arbitrability, in Grantham, op.cit., p.192 ; Kreindler Richard H., "Particularities of International Financial Arbitration in the Context of Challenges to Arbitral Awards", Yearbook of International Financial and Economic Law, 1997, p.43 ; Lehmann , op.cit, p.24.

20. Lehmann, op.cit, p.24.

21. Grantham, op.cit, p.192.

22. Kroll, op.cit, p.363 ; Lehmann, op.cit. p.16.

23. Van den Berg, op.cit, p.382.



محل اجرا نیز در سرنوشت داوری بسیار مؤثر خواهد بود.

#### ۴. حقوق بین الملل عمومی

بعضی نویسندگان معتقدند که قواعد آمره بین المللی (یوس کوزنس) بعضی اختلافات را غیر قابل داوری می نماید.<sup>۲۴</sup> در این خصوص، برای مثال، از قراردادهای داوری راجع به حل و فصل اختلافات مربوط به قاچاق انسان و یا فروش سلاح های کشتار جمعی به تروریست ها نام برده شده است. همچنین بعضی نویسندگان معتقدند که طبق رویه داوری بین المللی معاصر، اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده به وسیله ملل متمدن که در اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری نیز از آن به عنوان یک منبع حقوق بین الملل یاد شده است، می توانند به عنوان منبع حقوقی در خصوص داوری ناپذیر بودن برخی اختلافات مورد استفاده و استناد قرار گیرد.<sup>۲۵</sup>

#### گفتار سوّم: ملاک های رایج برای تشخیص قابلیت داوری موضوعات

در سطح کشورهای مختلف ملاک های مختلف و متفاوتی جهت تصمیم گیری راجع به قابلیت داوری موضوعات اتخاذ و اعمال گردیده و حتی گاهی در یک کشور، در طول زمان معیارهای متفاوتی در این خصوص به کار گرفته شده است. در ضمن باید به خاطر داشت که گاهی چنان ارتباط متقابل و نزدیکی بین معیارهای راجع به قابلیت داوری وجود دارد که آنها را تبدیل به دو روی یک سکه می نماید. گاهی نیز در یک کشور به طور هم زمان دو یا حتی چند معیار برای تصمیم گیری در خصوص قابلیت داوری موضوع اعمال می شود. در ذیل مهم ترین و رایج ترین این معیارها مورد بررسی قرار می گیرد.

24. Grantham, p. cit, p. 191.

25. Lehmann, op. cit, p. 5.

### بند اول: معیار «نظم عمومی»

یکی از معیارهای اصلی تصمیم‌گیری و سنجش در خصوص قابلیت داوری موضوعات، معیار نظم عمومی است. بعضی نویسندگان معتقدند که دادگاه‌ها در هنگام بررسی قابلیت داوری اختلافات بین‌المللی می‌بایست مفاهیم نظم عمومی بین‌المللی خود را اعمال کنند.<sup>۲۶</sup> مهم‌ترین ملاحظات نظم عمومی در این خصوص، موضوعات حساس حقوق عمومی هستند.<sup>۲۷</sup> ملاحظات نظم عمومی راجع به قابلیت داوری می‌تواند ناشی از ویژگی‌های اقتصادی، اجتماعی و حقوقی و یا حتی باورهای اعتقادی جامعه باشد. مثلاً در حقوق اسلامی اختلافات راجع به محصولات حرام قابل داوری نیستند.<sup>۲۸</sup>

برخی نویسندگان بر این باور هستند که اصولاً تمام موضوعات، حتی موضوعات درگیر با ملاحظات نظم عمومی، به جز مواردی که حسب موضوع ذاتاً غیرقابل داوری‌اند، همانند طلاق و نسب، قابل داوری هستند و البته در صورتی که تصمیمی مغایر با نظم عمومی در رأی داوری اتخاذ گردد، در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری مورد کنترل قرار خواهد گرفت.<sup>۲۹</sup> اما از جمله خطراتی که ممکن است در این خصوص وجود داشته باشد این است که، در حالی که رأی مربوطه ممکن است ناقض نظم عمومی و مربوط به موضوعی داوری ناپذیر بوده باشد، طرفین با یکدیگر سازش نمایند و یا خوانده به‌طور

26. Gaillard & Savage, op. cit, p.330.

27. Moss Giuditta Cordero, "Form of Arbitration Agreements: Current Developments with UNCITRAL and the Writing Requirement of New York Convention", ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol.18, No.2,2008, pp.1- 3.

28. Saleh Samir, "The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the States of the Arab Middle East", in Lew "Contemporary Problems in International Arbitration", Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p.350.

29. Saleh, op. cit, p.337.

داوطلبانه رأی را اجرا کند. برخی نویسندگان به درستی معتقدند که هیچ یک از روش‌های کنترلی واقعاً نمی‌توانند جوامع را در قبال چنین شرایطی مورد حمایت قرار دهند.<sup>۳۰</sup> عیب عمده دیگری که دیدگاه قائل بر قابلیت داوری همه نوع دعاوی و اختلافات در داوری‌های بین‌المللی دارا است، امکان اجرای رأی در کشورهای دیگر، حتی با فرض ابطال رأی مذکور در کشور مبدأ، می‌باشد. با این حال حتی غیرقابل داوری نمودن اختلافات در قوانین کشور مبدأ، مانع این امکان نخواهد بود.

طبق ماده ۱۰ قانون داوری ۱۹۹۶ نیوزیلند، طرفین می‌توانند هر اختلافی را که به‌وسیله توافق مستقیم طرفین قابل حل و فصل باشد به داوری ببرند، مگر قراردادهایی که معیار با نظم عمومی بوده یا اختلاف به موجب قانون دیگری قابل داوری نباشد. قانون اخیر در واقع به نوعی تلفیقی از معیارهای نظم عمومی و امکان حل و فصل آزادانه را ارائه می‌نماید. ماده ۲۶۳۹ قانون مدنی کبک کانادا نیز اختلافات درگیر با ملاحظات نظم عمومی را قابل داوری نمی‌داند.

### بند دوم: معیار "امکان حل و فصل آزادانه"

طبق این معیار، طرفین فقط اختلافات راجع به موضوعاتی را می‌توانند به داوری ارجاع نمایند که طبق قانون، حق داشته باشند به‌طور خصوصی و بدون دخالت دادگاه و یا هر مرجع قانونی دیگری در مورد آن توافق نموده و آن را فی‌مابین یکدیگر حل و فصل نمایند. در واقع در این معیار، حدود قابلیت داوری موضوعات ماس با حدود آزادی اراده طرفین در این قلمرو است. در بعضی حوزه‌های خاص حقوق هر جامعه ممکن است، حسب تشخیص قانون‌گذار، اشخاص فاقد آزادی قراردادی باشند. استدلال برای غیرقابل

30 . Gaillard & Savage, op. cit, p.333.

داوری بودن موضوعات، در نتیجه عدم امکان قانونی حل و فصل آزادانه موضوع فیما بین طرفین، این است که قانون‌گذار مایل است که در خصوص چنین اختلافاتی اطمینان یابد که ملاک‌های پذیرفته شده مورد نظر وی، خواه سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و یا حتی اخلاقی، قابل مصالحه و تنزل یا تخفیف و تغییر نیست.<sup>۳۱</sup>

با این حال مفهوم حل و فصل آزادانه تا حدودی مبهم، طفره‌پذیر و قابل دور زدن است و به همین دلیل هم قانون‌گذار آلمانی در ۲۲ سپتامبر ۱۹۹۷، جهت ارائه یک معیار دقیق‌تر، به ارائه لیستی از موضوعات غیرقابل داوری تمایل نشان داد. در همین راستا، بعضی نویسندگان بر این اعتقاد هستند که مفهوم حقوق غیرقابل حل و فصل آزادانه و انتقال، امروزه دیگر تاریخ مصرف گذشته است و باید در داوری‌های بین‌المللی کنار گذاشته شود، مگر جایی که حقوق مربوطه شامل نفع اقتصادی نیست.<sup>۳۲</sup>

نظام حقوقی بسیاری از کشورها، جهت تعیین قابلیت داوری موضوع اختلاف، معیار حل و فصل آزادانه را اعمال می‌کنند. مواد ۷۳۶ و ۷۳۷ قانون آیین دادرسی مدنی آرژانتین مقرر می‌دارد که هرگونه اختلاف بین طرفین، به جز اختلافاتی که نمی‌توانند موضوع مصالحه و حل و فصل به وسیله طرفین قرار گیرند، می‌تواند به داوری ارجاع گردد. به موجب ماده ۱ قانون داوری سوئد فقط اختلافاتی که راجع به موضوعاتی هستند که طرفین در آن دارای آزادی قراردادی می‌باشند قابل داوری هستند. لذا موضوعات حقوق عمومی قابل داوری نیستند. قانون‌گذار بلژیکی علی‌رغم اصلاحات سال ۱۹۹۸، مفهوم «حقوقی که می‌تواند مورد تراضی بین طرفین قرار گیرد» را به عنوان یک معیار قابلیت داوری در بند ۱ ماده ۱۶۷۶ قانون قضایی خود حفظ کرده است. از جمله قوانین دیگری که این معیار را اتخاذ نموده است می‌توان از ماده (۱) قانون داوری ۱۹۸۶ پرتغال و ماده ۱ قانون داوری

31. Lehmann, op.cit, p.63.

32. Gaillard & Savage, op.cit, pp.341-342.

۱۹۸۸ اسپانیا و ماده ۱ مصوبه قانونی ۱۹۹۳ الجزایر در اصلاح ماده ۴۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی این کشور، و ماده ۷(۴) قانون ۱۹۹۳ تونس نام برد. در کشورهای سوریه، لبنان، عراق، لیبی، و کویت نیز هرچیزی که نتواند مورد سازش و مصالحه قرار گیرد، نمی‌تواند مورد داوری قرار گیرد.<sup>۳۳</sup> ماده (۳) ۱۰۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۹۸۶ هلند نیز با اتخاذ معیار حل و فصل آزادانه موضوع توسط طرفین، مقرر می‌دارد که اختلافات مربوط به داوری می‌بایست به وسیله طرفین قابل تعیین تکلیف و حل و فصل آزادانه باشد. برخی نویسندگان، ایران را نیز در زمره کشورهای دانسته‌اند که از این معیار تبعیت نموده است.<sup>۳۴</sup>

ماده ۲۰۵۹ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد که همه اشخاص می‌توانند حقوقی را که در تعیین تکلیف آن آزادند به داوری ارجاع دهند. از سوی دیگر، اصولاً طبق قانون فرانسه موضوعات مربوط به نظم عمومی غیرقابل داوری هستند. ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد که اشخاص نمی‌توانند مسائل مربوط به وضعیت شخصی و اهلیت یا مسائل راجع به طلاق و به‌طور کلی تمام مسائلی را که با نظم عمومی مربوط هستند به داوری ارجاع دهند. مطابق با این مقررّه هر موضوع مربوط به نظم عمومی نمی‌تواند موضوع و مشمول یک قرارداد داوری قرار بگیرد. نتیجه اینکه طبق مواد ۲۰۵۹ و ۲۰۶۰ قانون مدنی فرانسه، طرفین در این کشور می‌توانند هرگونه اختلافی را که در تعیین تکلیف آن دارای آزادی می‌باشند به داوری ارجاع دهند، آلا مسائل مربوط به نظم عمومی. اما علی‌رغم محدودیت‌های ناشی از این متن، دادگاه‌های فرانسه این مواد را در خصوص داوری‌های بین‌المللی به نحوی تفسیر کرده‌اند که تقریباً به نتیجه‌ای متفاوت برسند. دیوان تمیز فرانسه در سال ۱۹۷۱ اعلام کرد که مقررات مواد ۲۰۵۹ و ۲۰۶۰ قانون مدنی فرانسه در داوری‌های بین‌المللی قابل اعمال نیست. لذا هم اکنون در فرانسه وضعیت به این شکل است که داوران

33. Saleh, op.cit,p.349.

۳۴. عبدالله، شمس؛ آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۴، ص ۵۲۹.

بین‌المللی از تصمیم‌گیری در خصوص موضوعاتی که راجع به ملاحظات نظم عمومی است ممنوع نمی‌باشند.<sup>۳۵</sup> امروزه دادگاه‌های فرانسوی می‌پذیرند که داوران می‌توانند اختلافات راجع به موضوعات ضد تراست، مالکیت فکری، ورشکستگی و حقوق ثبت شده را مورد رسیدگی قرار دهند، علی‌رغم اینکه این موضوعات از نقطه نظر نظم عمومی واجد حساسیت هستند.<sup>۳۶</sup> به‌طور مثال دادگاه تجدید نظر پاریس در سال ۱۹۹۳ چنین نظر داد که اختلافات مشمول قوانین ضد تراست اروپایی می‌تواند به داوری بین‌المللی ارجاع گردند. این حکم به تأیید دیوان تمیز فرانسه نیز رسید.<sup>۳۷</sup> به همین دلیل، برخی نویسندگان معتقدند که امروزه دیگر در فرانسه قابلیت داوری یک اختلاف، تحت نفوذ و اثر نظم عمومی نیست و داوران در داوری‌های بین‌المللی دارای صلاحیت هستند که خود، در خصوص قابلیت داوری اختلافی که به آنها ارجاع شده است تصمیم‌گیری کنند و قواعد مورد نظر خویش را در این خصوص اعمال نمایند.<sup>۳۸</sup>

#### بند سوم: معیار «منافع مالی و اقتصادی»

در برخی از کشورها قابلیت داوری موضوعات و اختلافات با معیار منافع مالی و اقتصادی سنجیده می‌شود. طبق این معیار، که بنا بر نظر برخی به احتمال زیاد به‌عنوان یک نمونه و الگو به وسیله کشورهای که اقدام به تصویب قوانین داوری جدید می‌کنند استفاده خواهد شد،<sup>۳۹</sup> اختلافاتی از طریق داوری قابل حل و فصل هستند که واجد نفع مالی برای

35. Lourens, op.cit, p.373; Lehmann,op.cit, p.59 .

36. Gaillard & Savage,op.cit,p.342.

37. Lehmann,op.cit, p.61.

38. Ibid,p.86.

39. Gaillard & Savage, op.cit,p.338 .

طرفین باشد، در غیر این صورت ارجاع آنها به داوری از دید قانون ممکن نیست. برخی نویسندگان قابل داوری نبودن اختلافاتی را که واجد نفع مالی برای طرفین نیستند را بدیهی دانسته و معتقدند که حتی نظام‌های حقوقی معروف به طرف‌داری از داوری نیز این را تصدیق می‌کنند که چنین اختلافاتی نمی‌توانند به داوری ارجاع شوند.<sup>۴۰</sup>

تا سال ۱۹۸۷ در سوییس معیار حل و فصل آزادانه برای تعیین قابلیت داوری موضوعات اعمال می‌شد، اما در سال ۱۹۸۷ معیار حل و فصل آزادانه در داوری‌های بین‌المللی مورد اعراض واقع شد و یک تعریف وسیع‌تر از موضوعات قابل داوری در این خصوص اتخاذ گردید. مطابق با ماده (۱) ۱۷۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی فدرال، تمام اختلافاتی که شامل "منافع مالی" هستند قابل داوری می‌باشند. ماده (۱) ۱۷۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوییس قابلیت داوری هرگونه اختلاف راجع به منافع مالی و اموال را مقرر داشته و تبصره ۲ آن دولت‌ها را از استناد به حقوق خودشان به منظور زیر سؤال بردن اعتبار قرارداد داوری که منعقد نموده‌اند بر حذر می‌دارد. اما حتی قبل از سال ۱۹۸۷ نیز دادگاه‌های سوییس معیار قدیمی قابلیت داوری را به نفع داوری تفسیر می‌کردند.<sup>۴۱</sup> دیوان فدرال سوییس در سال ۱۹۹۲ در پرونده فیکانتیری-کانتیهیری ناوالی چنین رأی داد که تمام ادعاهای با نفع مالی، یعنی آنهایی که بتوانند به پول ارزیابی و تقویم گردند، خواه داری و یا مسئولیت باشد، قابل داوری هستند.<sup>۴۲</sup> برخی نویسندگان معتقد هستند که یک تقارن مفهومی وسیع بین حقوقی که طرفین می‌توانند آزادانه حل و فصل کنند و موضوع منافع مالی وجود دارد.<sup>۴۳</sup>

40. Ibid, p.339.

41. Lehmann, op.cit, p.64.

42. Lourens, op.cit, p.374.

43. Lehmann, op.cit, 66.

ماده ۱۰۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان که از اوّل ژانویه ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا است ترکیبی از معیار نفع اقتصادی و معیار امکان مصالحه و تعیین تکلیف آزاد بین طرفین را برای تعیین قابلیت داوری اختلافات پیش‌بینی کرده است. وفق ماده ۱۰۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان « هر ادعا که شامل نفع اقتصادی گردد می‌تواند موضوع قرارداد داوری باشد. قرارداد داوری که شامل نفع اقتصادی نیست تا حدی واجد اثر قانونی خواهد بود که طرفین حق داشته باشند در خصوص آن اختلاف با یکدیگر سازش کنند». قانون داوری ۱۹۹۴ چین در ماده ۲ معیار قابلیت داوری اختلافات را حقوق و منافع راجع به اموال دانسته است که به نوعی همان معیار منافع مالی و اقتصادی است.

#### بند چهارم: معیار «صلاحیت انحصاری»

یکی از آثار قرارداد داوری این است که طرفین صلاحیت قضایی دادگاه‌های دولتی را در خصوص اختلاف یا اختلافات مربوطه نفی نموده و برای مرجع داوری ایجاد صلاحیت می‌نمایند.<sup>۴۴</sup> مطابق معیار صلاحیت انحصاری، هرگاه در قانون در خصوص موضوعی، برای یک مرجع خاص و به‌ویژه دادگاه‌ها، "صلاحیت انحصاری" پیش‌بینی شده باشد، این به‌طور تلویحی مقررهای برای عدم قابلیت داوری موضوع مربوطه است.<sup>۴۵</sup>

۴۴. عبدالله شمس؛ موافقتنامه داوری و صلاحیت دادگاه، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۴۲ - سید حسین صفایی؛ حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۷، ص ۱۲۸.

Giuditta Cordero, "Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention", ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 18, No.2 ,p.52.

45. Moss, op.cit,p.,3 .

محمود، باقری؛ قابلیت داوری اختلافات ناشی از حقوق اقتصادی: ناکامی قراردادی در رجوع به داوری در دعاوی حقوق رقابت و حقوق بازار بورس، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۸، پاییز-زمستان ۱۳۸۷، ص ۲۹۶.



در این دیدگاه چون قابلیت داوری مربوط به امور عمومی و دولتی شده و لذا به علت این که فقط یک دادگاه دولتی است که می‌تواند حقوق عمومی و دولتی را به‌طور صحیح تفسیر و اعمال نماید، لذا موضوع مربوطه به این دلیل فاقد قابلیت داوری است.<sup>۴۶</sup> معیار صلاحیت انحصاری مبتنی بر این واقعیت است که برخلاف دادگاه‌ها، داوران صلاحیت و توان این را ندارند که تصمیماتی با خصوصیت الزام‌آور جهان‌شمول<sup>۴۷</sup> صادر کنند، چون منبع و محدوده صلاحیت آنان قرارداد خصوصی بین طرفین است. به راستی متعاقدکننده‌ترین استدلال برای محدودسازی قابلیت داوری انواع خاصی از اختلافات مربوط به "محدود بودن قدرت و صلاحیت داور" است. به علت اینکه چون رأی داوری صرفاً محصول توافق خصوصی است، فقط برای طرفین الزام‌آور است و هیچ اثر وسیع‌تری ندارد. به همین دلیل داوران نمی‌توانند رأیی صادر کنند که اثر الزام‌آور جهانی داشته باشد. لذا به‌طور مثال هر رأی داوری که سعی بر این داشته باشد که امتیاز و حق اعطا شده به‌وسیله دولت را بی‌اعتبار سازد، طبیعتاً می‌بایست به دنبال عملکرد با اثر مطلق و عمومی باشد، و بنابراین، ماوراء قدرت داور خواهد بود.<sup>۴۸</sup> محدود بودن توانایی داوران از جهت دیگری نیز مورد توجه قرار گرفته است؛ برخی نویسندگان معتقدند که وجه مشترک همه مواردی که غیرقابل داوری شناخته می‌شوند این است که شاید داوران به درستی نتوانند مقررات حقوق عمومی را اجرا کنند و از این طریق کل جامعه متضرر گردد.<sup>۴۹</sup> البته در مواردی که قانون صلاحیت انحصاری یک مرجع را مقرر کرده است، منظور قانون می‌تواند صلاحیت انحصاری آن مرجع در مقابل مراجع دیگر باشد و نه در مقابل نهاد

46. Lourens, op.cit, p.365.

47. Erga Omnes.

48. Grantham, op.cit, p.184.

49. Kanowitz, L., "Alternative Dispute Resolution and the Public interest: the Arbitration Experience", 38 Hastings Law Journal \, 239(1987); Dalhuisen, J.H., The Arbitrability of Competition Issues, 11 Arbitration International, 151 at 155(1995).

به نقل از باقری؛ همان، ص ۲۹۷.

داوری. بنابراین معیار صلاحیت انحصاری همواره می‌بایست در حیطه هدف و مقصودی که یک قانون خاص قصد دارد به آن برسد، اعمال شود.

نمونه اعمال یک چنین معیاری را می‌توان در ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۱/۳/۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام مشاهده نمود. ماده مذکور مقرر می‌دارد که اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌گذاری‌های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، مگر آن‌که در قانون موافقتنامه دو جانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد. ماده ۸۰ قانون سال ۱۹۹۵ حق اختراع هلند نیز نمونه دیگری از اعمال معیار مذکور است. قانون مذکور صلاحیت انحصاری رسیدگی به سلسله دعاوی مربوط به حق اختراع، از جمله اعتبار حق اختراع و نقض آن را به دادگاه بدوی لاهه اعطا کرده است.<sup>۵۰</sup> قوانین یکنواخت بنلوکس نیز به دادگاه‌ها برای تصمیم‌گیری در خصوص دعاوی مبتنی بر قانون یکنواخت مذکور صلاحیت انحصاری می‌دهند. با این وجود، عده‌ای دیگر چنین استدلال کرده‌اند که مقررات فوق فقط برای جلوگیری از نقض حقوق راجع به علائم تجاری طراحی شده‌اند. به علاوه در این خصوص چنین استدلال شده است که محدودسازی صلاحیت حل و فصل اختلافات مربوط به ترسیم‌ها و مدل‌ها به دادگاه‌های مدنی فقط به این منظور بوده است که از مراجع دیگر نفی صلاحیت کند نه اینکه مانع داوری شود.<sup>۵۱</sup> در آلمان، تا جایی که به صلاحیت قضایی راجع به حق اختراع

50. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J, "Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide", Harvard Journal of Law & Technology, Vol.19, No.2, 2006, p.228.

51. Ibid.

مربوط می‌شود، دادگاه فدرال حق اختراع، واجد صلاحیت انحصاری است.

### گفتار چهارم: حوزه‌های غیرقابل داوری

مهم‌ترین مصادیق کلاسیک موضوعات غیرقابل داوری که ممکن است بتواند در داوری‌های تجاری بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد عبارتند از موضوعات راجع به حقوق مالکیت فکری، ورشکستگی و حقوق رقابت. در ذیل دو مورد از این حوزه‌ها، یعنی اختلافات راجع به حقوق مالکیت فکری و ورشکستگی که در ایران بیشتر مبتلا به می‌باشند به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرند.

### مبحث اول: حقوق مالکیت فکری

در خصوص قابلیت داوری اختلافات مالکیت فکری دیدگاه‌های مختلفی مطرح گردیده یا قابل طرح است که در ذیل به آنها پرداخته می‌شود.

#### الف) مخالفت با قابلیت داوری دعاوی راجع به مالکیت فکری

یک دیدگاه در خصوص قابلیت داوری دعاوی و اختلافات راجع به مالکیت فکری می‌تواند این باشد که این دعاوی و اختلافات به هیچ‌وجه و مطلقاً قابل داوری نبوده و باید همواره حل و فصل آنها در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی باشد. برخی معتقدند که این واقعیت که امتیازات و حقوق مالکیت فکری توسط مراجع عمومی و دولتی شناسایی و اعطا می‌گردند، دادگاه‌ها را به این سمت هدایت کرده است که برای خود قائل به «صلاحیت انحصاری» در این خصوص گردیده و تصور نمایند که این صلاحیت قضایی آنان در خصوص اعتبار حقوق مالکیت فکری نمی‌تواند توسط طرفین و با قراردادهای

خصوصی، از جمله قراردادهای داوری، دور زده شود.<sup>۵۲</sup> یک «تئوری» نیز در این خصوص وجود دارد که بر مبنای آن اختلافات مالکیت فکری، یا حداقل جنبه‌هایی از آن «فی‌نفسه غیرقابل داوری» هستند. این تئوری بر مبنای این ایده است که مالکیت فکری خصوصیات ذاتی خاصی دارد که دولت را مجبور می‌کند وارد صحنه شود و از این طریق موضوع به نظم عمومی ارتباط پیدا خواهد کرد. اما موضع مفسرین در خصوص اینکه این چهره ذاتی مخصوص چگونه است و اینکه چرا مانع نظم عمومی در خصوص داوری انواع خاصی از مالکیت فکری وجود دارد، مبهم و نامعلوم است.<sup>۵۳</sup> استدلال دیگر در تأیید غیرقابل داوری بودن اختلافات مالکیت فکری مبتنی بر حقوق اشخاص ثالث است. در این خصوص گفته شده که با توجه به اینکه اعطای اداری یک حق مالکیت فکری همچون حق اختراع یا علامت تجاری، اشخاص ثالث را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد، لذا هیچ قرارداد داوری نمی‌تواند به‌طور معتبری به داوران اختیار دهد که در خصوص چنین موضوعاتی تصمیم‌گیری نمایند.<sup>۵۴</sup> نیز چنین استدلال شده است که چون حق مالکیت فکری حقی عمومی است که از جانب مرجعی عمومی و دولتی اعطا گردیده است، هرگونه تصمیم‌گیری در خصوص اختلافات راجع به آن هم باید توسط دولت و مراجع عمومی صورت پذیرد. از منظر این دیدگاه، در درون یک نظام قضایی یک کشور، یک دادگاه به عنوان یک قسمت از دولت یا حکومت، می‌تواند در خصوص این امر تصمیم‌گیری نماید که آیا مثلاً یک حق اختراع معتبر است یا خیر و یا اینکه خواهان مالک فلان علامت تجاری می‌باشد یا خیر.<sup>۵۵</sup>

52. Grantham, op.cit, p.202.

53. Gaillard & Savage, op.cit, p.344.

54. Ibid.

55. Grantham, op.cit, pp.180-181.

### ب) موافقت با قابلیت داوری دعاوی راجع به مالکیت فکری

از دیدگاهی دیگر می‌توان به‌طور مطلق قائل بر قابلیت داوری اختلافات راجع به حقوق مالکیت فکری شد و بر این اعتقاد بود که اعتراض خصوصی به یک حق عمومی، چهره ذاتی اختلافات مربوط به مالکیت فکری نیست. واقعیت هم این است که نمی‌توان به‌طور قاطع گفت که حق مالکیت فکری یک حق عمومی است، بلکه بیشتر یک حق خصوصی به نظر می‌رسد که توسط مرجع عمومی اعطا شده است. ثانیاً در همه دعاوی راجع به مالکیت فکری بحث اعتراض به اصل حق مالکیت فکری مطرح نیست، بلکه بیشتر بحث نقض یا عدم نقض این حقوق مطرح است. ثالثاً در سایر اختلافات و دعاوی نیز حقوقی مطرح هستند که یا توسط مرجع عمومی اعطا و تصدیق شده‌اند و یا توسط مراجع عمومی و دولتی مورد حمایت قرار گرفته و واجد ضمانت اجرا می‌شوند. در واقع این می‌تواند به‌طور کلی گفته شود که هر ادعا یا اختلاف خصوصی ناشی از حقوقی است که توسط مرجع عمومی اعطا و یا حمایت گردیده است، حتی در حقوق قراردادها. حال آیا این اعطاهای دولتی و عمومی خاص می‌تواند موجب شود یک قلمرو دولتی و عمومی غیرقابل تغییر در این موارد ایجاد گردد؟ باید عنایت نمود که دیگر حقوقی نیز که توسط دولت‌ها حمایت می‌شوند، از قبیل حقوق قراردادها و شبه جرم می‌تواند در شرایط خاصی آزادانه اسقاط گردند. لذا این امر که حقوق مالکیت فکری از یک اعطای دولتی ناشی می‌شود، به تنهایی برای اینکه این حقوق را غیرقابل داوری بنماید کافی نیست.<sup>۵۶</sup> مثال مربوط به حقوق اموال غیرمنتقول را در نظر بگیرید؛ اموال غیرمنتقول و معاملات راجع به آنها می‌بایست ثبت دولتی شوند. اما آیا این امر دعاوی راجع به این اموال را غیر قابل داوری می‌سازد؟

56. Ibid.

از جهت عملی نیز راهکارهایی برای حل تعارض بین قلمرو نظم عمومی به طور عام، و قواعد راجع به قابلیت داوری به طور خاص، با قلمرو قابل داوری بودن اختلافات و موضوعات مختلف مطرح شده است که به ویژه در خصوص قابلیت داوری اختلافات راجع به حقوق مالکیت فکری قابل توجه است:

#### ۱. جانشینی و قائم مقامی داور نسبت به مراجع قضایی یا اداری - اولین

روش در این خصوص عبارتست از جانشینی داور و قائم مقامی وی نسبت به مراجع قضایی و اداری و به طور کلی جانشینی داوری نسبت به اعمال قضایی یا اداری و حقوق و مسئولیت‌های دولت در این خصوص. طبق این راهکار، در صورتی که دیوان‌های داوری، از یک دیدگاه، کار مراجع عمومی را انجام دهند و با مراجع عمومی و دولتی هماهنگ باشند، تمامیت نظم عمومی به خطر نخواهد افتاد. برخی نویسندگان معتقدند که امروزه اعتماد دولت‌ها به دیوان‌های داوری از جهت حمایت از منافع عمومی افزایش یافته است و لذا با قابل داوری دانستن موضوعات راجع به حقوق عمومی که پیش از این غیر قابل داوری شناخته می‌شدند، داوران عهده‌دار تفسیر و اجرای حقوق عمومی ملی نیز می‌گردند.<sup>۵۷</sup> این امر به ویژه از این جهت قابل توجه است که قلمرو غیرقابل داوری بودن تا حد زیادی بستگی به اعتماد دولت‌ها به داوری به عنوان یک شیوه حل و فصل اختلاف دارد.<sup>۵۸</sup>

بنابراین شیوه، در ایالات متحده داوری اعتبار حق اختراع، به موجب قانون موضوعه، مجاز شناخته شده است. با این وجود اگر داور احراز کند که حق اختراع مربوطه بی اعتبار است و رأیی با این مضمون صادر نماید، تا زمانی که اداره حق اختراع و علائم تجاری از

۵۸. باقری؛ همان، ص ۳۳۴.

58. Gaillard & Savage, op.cit, p.331.

وجود رأی مطلع نگردیده باشد، رأی قابل اجرا نخواهد بود.<sup>۵۹</sup> همین طور در سوییس، اداره فدرال مالکیت فکری بیش از ۳۰ سال است که این دیدگاه را پذیرفته است که دیوان‌های داوری می‌توانند در خصوص اعتبار مالکیت‌های صنعتی تصمیم‌گیری نمایند. این تصمیمات اگر با یک گواهی قابلیت اجرای صادره از یک دادگاه صالحه سویسی در مقر داوری همراه گردد، وارد ثبت فدرال مالکیت‌های فکری خواهد شد.<sup>۶۰</sup>

۲- اسقاط قراردادی حقوق قانونی - دوّمین روش رفع تعارض بین قلمرو نظم عمومی و قابلیت داوری، به‌ویژه قابلیت داوری اختلافات مالکیت فکری، به صورت اسقاط قراردادی حقوق قانونی مطرح گردیده است. در این خصوص دو ملاحظه باید مورد توجه قرار گیرد:

ملاحظه اوّل اینکه هر حقی در یک اعطای قابل ثبت دولتی، از جمله یک حق مالکیت فکری، می‌تواند قابل امتیازدهی یا واگذاری باشد. ملاحظه دوّم این است که هنگامی که طرفین حقوق قانونی خاصی را از خود سلب و ساقط می‌کنند، نظم عمومی مورد تعرض قرار نمی‌گیرد. مثلاً طرفین می‌توانند توافق کنند که اعتبار یک علامت تجاری بتواند موضوع یک داوری باشد، حتی اگر رأی داوری نتواند خود علامت تجاری را باطل کند. لذا احترام به اراده طرفین که در داوری‌های بین‌المللی به‌طور جدی‌تری مورد نظر است، توجیه می‌کند که به طرفین اجازه داده شود که حقوق قانونی را که می‌توانستند از طریق توسل به مراجع قضایی برای خود حفظ نمایند، با مراجعه به داوری از خود سلب و ساقط نموده یا آن را تغییر دهند. بنابراین طرفین ممکن است توافق کنند در صورت وقوع اختلاف بین آنها انواع خاصی از راهکارهای قانونی را دنبال نکنند. همین طور اگر طرفین توافق کنند که ادعا یا دفاعیات خاصی در خصوص قرارداد ممنوع باشد. برای مثال یک

59. Grantham, op. cit, pp. 180-181.

60. Ibid, p. 66.

دادگاه در ایالات متحده شرط «عدم منازعه» را در یک قرارداد امتیاز کپی رایت تأیید کرد که بر اثر آن یک صاحب امتیاز از به چالش کشیدن اعتبار حق کپی رایت امتیازدهنده منع و محروم می‌گردید.<sup>۶۱</sup> در همین راستا بررسی پرونده شماره ۶۰۹۷ آی. سی. سی. جالب توجه است. در سال ۱۹۸۹ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی موضوعی را که شامل اعتبار حق اختراع بود مورد بررسی و رسیدگی قرار داد. دیوان مذکور در یک رأی مقدماتی چنین نظر داد که چنین اختلافی می‌تواند به داوری برده شود، ضمن اینکه این موضوع نمی‌بایست از دیگر موضوعات مورد اختلاف که آشکارا قابل داوری بودند جدا و مجزا شود. طرفین توافق کرده بودند که قراردادشان می‌بایست مطابق با قانون ژاپن تفسیر گردد، اما قانون جمهوری فدرال آلمان می‌بایست در خصوص تجاوز و نقض ادعایی حقوق مالکیت صنعتی اعمال گردد. محل داوری زوریخ بود و قانون قابل اعمال کنکوردای سوییس تعیین گردیده بود و داوری می‌بایست به موجب قواعد آی. سی. سی. انجام می‌گردید. دیوان اشاره کرد که دعوی خواهان مربوط به یک وضعیت عینی واحد است که هم نقض قرارداد و هم تجاوز به حق اختراع تحت شمول آن قرار می‌گیرند. دیوان استدلال کرد که این می‌بایست: «مغایر با اهداف این روند داوری باشد که صلاحیت خود را مطابق با جنبه‌های حقوقی مختلف یک وضعیت عینی ادعایی تقسیم نماید و اعلام کند فقط در خصوص ادعاها و خواسته‌های مربوط به نقض قرارداد واجد صلاحیت است». دیوان در خصوص موضوع اعتبار حق اختراع اشاره کرد که فقط دادگاه ملی واجد صلاحیت می‌تواند حق اختراع را به صورت ارگا اومنس ابطال کند. با این حال دیوان خود معتقد بود: «استحقاق این را دارد که علی‌رغم اعتراض خواننده، تأیید کند که آیا خواهان می‌تواند ادعای خود مبنی بر حق اختراع خویش را با دلیل و مدرک اثبات نماید یا نه، و

---

61. Grantham, op.cit , p.68.



اینکه آیا خواننده می‌تواند اثبات نماید که حق اختراع متنازع فیه در واقع شرایط لازم حق اختراع را نداشته است یا خیر».

دیوان اشاره کرد که مالک حق اختراع می‌تواند حقوق خویش را منتقل، اسقاط یا محدود نماید؛ «در اختلاف راجع به تجاوز به حق اختراع یا بی‌اعتباری آن، مالک حق اختراع مربوطه می‌تواند به‌طور کامل یا جزئی حقوق خود علیه طرف مقابل را اسقاط نماید؛ وی همچنین می‌تواند تعهد نماید که این اسقاط یا محدودیت، انتقال حق بهره‌برداری و استفاده از حق اختراع به طرف دیگر یا در معاوضه برای پرداخت یا استفاده رایگان؛ متعهد ساختن خویش در عدم اعمال کلی یا جزئی حقوق خود؛ فروش کامل یا جزئی حق اختراع و واگذاری یا سپردن آن به عنوان تضمین را به اداره مربوطه حق اختراع اطلاع دهد. بنابراین دارنده حق اختراع آزاد است که حقوق مادی حق اختراع را همانند هر مالکیت دیگری منتقل کند».

دیوان معتقد بود که به علت اینکه یک چنین حقوق وسیعی برای دارنده حق اختراع موجود است، طرف داوری می‌تواند اختیار و قدرت قراردادی خود در انتقال چنین حقوقی نسبت به حق اختراع را به دیوان داوری ارجاع نماید؛ «بنابراین، در اصل، هیچ مانع قانونی وجود ندارد که دیوان داوری به وسیله طرفین دارای این اختیار گردد که در خصوص اعتبار ماهوی حق اختراع، به عنوان یک موضوع ابتدایی و مقدماتی تصمیم‌گیری نماید» و «چنین تصمیمی "بین طرفین" الزام‌آور خواهد بود».<sup>۶۲</sup>

رای داوری مذکور تا جایی که به اعتبار حق اختراع مربوط می‌شد از به چالش کشیدن صلاحیت دادگاه اجتناب نمود، ضمن اینکه حق طرفین را در استفاده از حقوق قراردادها برای تبیین و تعیین تکلیف حقوق مادی‌شان به موجب داوری آشکار ساخت.

62. *Interim Award in the Case No.6097(1989), ICC Ct. Arb. Bull., Oct. 1993.*

در برخی کشورها دیدگاه موافقت کامل با قابلیت داوری دعاوی و اختلافات راجع به مالکیت فکری رواج پیدا کرده است. در سوئیس، اداره فدرال مالکیت فکری از سال ۱۹۷۵ این نظر را اتخاذ کرده است که دیوان‌های داوری می‌توانند در خصوص اعتبار مالکیت صنعتی، حق اختراع، علائم تجاری و طرح‌ها تصمیم‌گیری نمایند. چنین تصمیماتی اگر همراه با گواهی قابلیت اجرا صادره از دادگاه‌های سوئیسی مقرر داوری تقدیم گردد وارد ثبت مالکیت فکری فدرال سوئیس خواهد شد. سوئیس داوری تمامی اختلافات مالکیت فکری، از جمله مسئله اعتبار را، مشروط به ثبت رأی در مراجع مربوطه، اجازه می‌دهد. در داوری‌های بین‌المللی چنین گواهی نامه‌ای طبق ماده (۱) ۱۹۳ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۸۷ سوئیس صادر می‌گردد.

دیوان عالی ایالات متحده در تصمیم مورخ ۱۹۸۵ در پرونده میتسویشی<sup>۶۳</sup> قلمرو و حوزه موضوعات قابل داوری را تا حد قابل توجهی توسعه داد.<sup>۶۴</sup> قبل از آن نیز دیوان عالی در سال ۱۹۷۴ در پرونده شرک-آلبرتو کالور بیان داشت که یک شرط داوری در یک قرارداد بین‌المللی مؤثر و معتبر است، حتی در اختلافات حاوی موارد مهم نظم عمومی مرجع رسیدگی کننده. در پرونده میتسویشی نیز دیوان عالی ایالات متحده گفته بود که دیوان‌های داوری بین‌المللی حتی در موارد مرتبط با قوانین اجباری ضد تراست ایالات متحده صالح به داوری هستند. برخی نویسندگان معتقدند تصمیم میتسویشی یک نقطه عطف برای حقوق داوری بین‌المللی در سطح جهانی بوده است.<sup>۶۵</sup>

در حوزه اختلافات راجع به مالکیت فکری نیز به‌طور خاص، کلیه اختلافات راجع به

63. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

64. Lehmann, op.cit, p.51.

65. Ibid.

حق اختراع در ایالات متحده آمریکا بر اثر قانون مصوب کنگره<sup>۶۶</sup> قابل داوری شناخته شده است.<sup>۶۷</sup> قانون حق اختراع ایالات متحده صراحتاً داوری امور مربوط به اعتبار و تعدی به حق اختراع را اجازه می‌دهد<sup>۶۸</sup> و لذا هر داوری در این خصوص بین طرفین مؤثر خواهد بود.<sup>۶۹</sup> البته رأی داوری راجع به حق اختراع در ایالات متحده می‌بایست به اداره حق اختراع و علائم تجاری اعلام گردد و تا آن زمان رأی مربوطه قابل اجرا نخواهد بود. چنین رأیی فقط بین طرفین داوری نهایی و الزام‌آور است و هیچ اثر و الزامی برای اشخاص ثالث ندارد. اگرچه در ایالات متحده مبنای قانونی صریح برای قابلیت داوری اعتبار حق اختراع وجود دارد، اما هیچ مقررات قانونی صریحی برای علائم تجاری و کپی رایت وجود نداشته و دادگاه‌ها باید با تفسیر قانون چنین داوری‌هایی را بپذیرند.<sup>۷۰</sup> دادگاه‌ها در این کشور به‌طور روزافزونی تمایل به تأیید قابلیت داوری ادعاهای نقض و تجاوز به علائم تجاری دارند.<sup>۷۱</sup> در اواخر دهه هشتاد نیز یک دادگاه تجدید نظر در این کشور به نفع قابلیت داوری اعتبار کپی رایت نظر داده است.<sup>۷۲</sup> دادگاه مذکور در پرتو تصمیم میسویسی چنین

66. Patent Law Amendment Act of 1984, Pub.L. NO. 98-622, 105, 98 Stst. 3383-85(1984)(amending 35 U.S. C. 135) .

67. Martinez Ramona, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The Refusal Provisions", 24 Int l L. 487, 1990, p. 509; Grantham, op.cit, p. 291.

68. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J, op.cit, pp. 110- 12.

69. Ibid, p. 114.

70. Grantham, op.cit, p. 214.

71. Ibid, p 301.

72. Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc., 816 F.2d 1191(7th Cir. 1987).

استدلال کرد که امتیاز انحصاری کپی رایت، قابل داوری است. موضوعات مربوط به اسرار تجاری به طور کلی تا زمان پرونده میتسویشی غیر قابل داوری تلقی می‌شدند، چون اغلب در بر دارنده موضوعات ضد تراست بودند که به خاطر ملاحظات نظم عمومی از داوری ممنوع بودند. با این حال از زمان پرونده میتسویشی به این سو، دادگاه‌ها تمایل پیدا کرده‌اند که ارجاع اختلافات مربوط به اسرار تجاری به داوری را نیز تأیید نمایند.

گفته شده است که محدودیتی در خصوص قابلیت داوری هیچ نوعی از اختلافات مالکیت فکری در کانادا وجود ندارد.<sup>۷۳</sup> مع الوصف برخی نویسندگان معتقدند که در کشور کانادا وضعیت قابلیت داوری اختلافات راجع به کپی رایت شفاف نیست و البته هیچ قانونی صراحتاً داوری کپی رایت یا دیگر اختلافات مالکیت فکری را منع نمی‌کند. ضمن اینکه تعداد معدودی از پرونده‌ها ظهور در این دارند که چنین اختلافاتی می‌توانند قابل داوری باشند.<sup>۷۴</sup>

در انگلستان هیچ مقررات خاصی در خصوص قابلیت داوری اختلافات مالکیت فکری به جز قوانین راجع به حق اختراع وجود ندارد. با این حال برخی محققین این را محتمل دانسته‌اند که در این کشور، داوران آزاد باشند که در خصوص این موضوعات، حتی موضوع اعتبار حق مالکیت فکری، اتخاذ تصمیم کنند.<sup>۷۵</sup>

73. Rush Andréa, "Emerging Trends in Canada, Managing Intellectual Property", 1994, in Grantham, op.cit. p. 217.

74. Michell M. Paul, "Arbitrability of Copyright Disputes: *Desputeaux v. Les Editions Chouette(1987)inc.*", Canadian Business Law Journal, Vol. 38, 2003, pp. 148-149.

75. Niblett Bryan, "Note on the Arbitration of Intellectual Property Disputes in England", Unpublished Paper Submitted to ICC Working Group on Intellectual Property, June 1993, in Grantham, op.cit. p. 198.

**ج) تفکیک**

از نگاهی دیگر می‌توان با در پیش گرفتن راهکاری میانه، بین دعاوی مختلف راجع به حقوق مالکیت فکری تفکیک قائل شد و آنها را از یک دیدگاه به دو دسته عمده تقسیم و یک دسته از آنها، یعنی دعاوی راجع به اصل و اعتبار مالکیت فکری، را غیرقابل داوری و بقیه دعاوی، عمدتاً دعاوی راجع به انتقال و نقض و تعدی به این حقوق و خسارات، را قابل داوری دانست. دیدگاه غالب در خصوص دعاوی راجع به اعتبار حقوق مالکیت فکری حول محور ممنوعیت داوری این اختلافات دور می‌زند. اعتبار یک حق مالکیت فکری با مراجعه به مراجع عمومی متصدی آن حق و با ارجاع به مقررات قانونی ملی مربوطه که می‌تواند مستلزم ثبت عمومی آن حق باشد معلوم می‌گردد.<sup>۶۶</sup> از این منظر، ایراداتی که بر قابل داوری بودن اختلافات راجع به مالکیت فکری وارد است عمدتاً مربوط به اعتبار و اصل حق مالکیت فکری بوده و دیگر جنبه‌های آن فارغ از توجیحات و استدلالات بر علیه قابل داوری بودن این نوع اختلافات است.

البته اگرچه در چنین دیدگاهی اصولاً آن دسته از دعاوی مالکیت فکری که موضوع اصلی آن اعتبار این حقوق است غیر قابل داوری شناخته می‌شوند، اما طرح مسئله اعتبار این حقوق، به صورت فرعی و حاشیه‌ای در دعاوی راجع به نقض و تعدی به این حقوق، علی‌القاعده از این دایره خارج بوده و باید به عنوان مسئله‌ای جانبی مورد توجه قرار گیرد. به عبارت دیگر صرف در گیر بودن اختلاف با اعتبار و اصل حق مالکیت فکری، در مواردی که اعتبار و اصل حق مالکیت فکری جزء اصل دعوی و خواسته نیست، دعوی و اختلاف اصلی را غیر قابل داوری نمی‌نماید، زیرا، غیرقابل داوری بودن موضوع می‌بایست مربوط به موارد اصلی داوری باشد و نه مسائل فرعی دعوی.<sup>۶۷</sup> در همه

76. Grantham, op.cit,p.182.

77.Van den Berg, op.cit, p.375.

داوری‌های مرتبط با حقوق مالکیت فکری بحث اعتراض به اصل حق مالکیت فکری مطرح نیست، بلکه بیشتر بحث نقض یا عدم نقض این حقوق مطرح است. حال اگر موضوع اعتبار یا بی‌اعتباری حق مالکیت فکری در داوری جزء خواسته نبوده و فقط به عنوان دفاع مطرح شود، این امر برای داور فقط به عنوان یک عامل در تصمیم‌گیری نهایی ایفای نقش می‌کند و موضوع اصلی نخواهد بود. لذا در صورتی که داور به این نتیجه برسد که حق مالکیت فکری مورد اختلاف بی‌اعتبار و باطل است، از این منظر چنین تصمیم خواهد گرفت که هیچ نقض و تجاوزی صورت نگرفته است و البته داور و رأی داوری در همین حد متوقف خواهند ماند و به این ترتیب، خارج از دیوان داوری، حق مالکیت فکری همچنان معتبر خواهد بود، چون مرجع دولتی و عمومی آن را فسخ و ابطال نکرده است. لذا اعلام عدم تعدی خواننده به حق مالکیت فکری خواهان از سوی داور، مثلاً به دلیل اعتقاد داور به بی‌اعتباری حق مالکیت فکری خواهان، یا اعتقاد به عدم مالکیت خواهان نسبت به آن، معادل با بی‌اعتباری دولتی و قانونی آن حق نیست. این به آن علت است که رأی دیوان داوری نمی‌تواند اثر ارگا اومنس داشته باشد و صرفاً محدود به حل و فصل اختلاف بین طرفین است. به عبارت دیگر صدور رأی داوری مثلاً مبنی بر اینکه استفاده خواننده از حق مالکیت فکری متعلق به خواهان، تجاوز و نقض آن تلقی نمی‌گردد، یا اینکه هیچ نقض و تجاوزی از سوی خواننده صورت پذیرفته است، صرفاً دعوی فی‌مابین طرفین را در حدود روابط و اختلاف فی‌مابین آنها حل و فصل می‌کند، اما حق مالکیت فکری را باطل و بی‌اعتبار نمی‌سازد، زیرا، توان این کار را هم ندارد.

با این حال نویسندگان معتقدند که غیرقابل داوری بودن اصل اعتبار حق مالکیت فکری در عمل می‌تواند مانع حل و فصل سایر اختلافات راجع به حق مالکیت فکری نیز بشود، زیرا، همواره ممکن است طرح دفاع بی‌اعتباری حق مالکیت فکری، به وسیله طرفی که ادعا می‌شود متجاوز به این حق و ناقض آن است، به سادگی هرگونه اختلاف راجع به این حقوق را تبدیل به یک اختلاف راجع به اعتبار آن نموده و به این طریق آن را از

صلاحیت دیوان داوری خارج نماید.<sup>۷۸</sup>

در بسیاری از کشورها به طور کم و بیش از شیوه تفکیک (و نه لزوماً به مفهوم تفکیک بیان شده در فوق) پیروی می‌شود. دکترین و رویه قضایی فرانسه متمایل به قابل داوری دانستن اغلب اختلافات راجع به مالکیت فکری، به جز دعاوی راجع به اعتبار حق مالکیت فکری، بوده است.<sup>۷۹</sup> مهم‌ترین استدلال در غیر قابل داوری دانستن اختلافات راجع به اعتبار حق مالکیت فکری در فرانسه نیز این بوده است که با توجه به اینکه همچنان نظم عمومی به عنوان مانعی در قانون در مقابل قابلیت داوری باقی است، لذا موضوعات و اختلافات، تا زمانی قابل داوری هستند که با ملاحظات نظم عمومی درگیر نباشند. از این منظر، چون یک عنوان حق مالکیت فکری به وسیله مراجع اداری و عمومی اعطا می‌شود، مربوط به نظم عمومی شده و طبق قانون مسائل راجع به اعتبار آن نمی‌تواند موضوع داوری قرار گیرد.<sup>۸۰</sup>

با این حال رویه قضایی فرانسه اخیراً گام‌های قابل توجهی در جهت توسعه قلمرو موضوعات قابل داوری در حوزه حقوق مالکیت فکری برداشته است. در یک پرونده نسبتاً جدید، دادگاه تجدید نظر پاریس چنین رأی داده است که اختلافات راجع به مالکیت حق

78. Lanier Tiffany J., "Where on the Earth does Cyber- Arbitration Occurs?: International Review of Arbitral Awards Rendered Online", I.L.S.A J. Int l & Com l. Vol.7, 2000-2001, p.221.

79. Bonet Georges Bonet and Jarrosson Charles, "L'Arbitrabilité des Litiges de Propriete Industrielle", in Grantham, op.cit, p.206; Grantham, op.cit. p.205; Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J., op.cit. p.219.

80. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J., op.cit. p.219.

اختراع نیز می‌تواند موضوع داوری قرار گیرد.<sup>۸۱</sup> همچنین در یک پرونده جدید فرانسوی، دادگاه تجدید نظر پاریس با رد اعتراض محکوم علیه داوری به رأی صادره، نظر داوران بر قابل داوری بودن اختلاف راجع به اعتبار حق مالکیت فکری را تأیید نموده و در عین حال تأکید نمود که اثر حل و فصل اختلافات در این خصوص محدود به طرفین داوری است. دادگاه مذکور تأکید نمود که اگر حق اختراع باطل تشخیص داده شود، چنین تصمیمی از سوی دیوان داوری، بدون تأیید توسط تصمیم قضایی دادگاه، فاقد اعتبار قضیه امر مختوم بها خواهد بود، زیرا، اثر رأی داوری صرفاً فی مابین طرفین خواهد بود. دادگاه اضافه کرد که حتی تصمیم داوری که اعتبار حق اختراع را تأیید می‌کند مانع اعتراض اشخاص ثالث به اعتبار این حق در دادگاه‌های دولتی نخواهد شد.<sup>۸۲</sup> در فرانسه داوری اختلافات مربوط به علائم تجاری و اختراع مشروط به عدم لطمه وارد کردن به مقررات مواد ۲۰۵۹ و ۲۰۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی مجاز است و این احتمال وجود دارد که قابلیت داوری در اختلافات مربوط به اعتبار امتیازات ثبت شده مالکیت فکری نیز رد شود. در هر حال، درون این محدوده، اختلافات ناشی از قراردادهای حق اختراع، مسائل مربوط به مالکیت حق اختراع و ادعاهای تجاوز و نقض این حقوق، به طور کلی، قابل داوری تلقی می‌شود. همین‌طور تا جایی که به علائم تجاری مربوط می‌شود، احتمال دارد اختلافات قراردادی، موضوعات مربوط به مالکیت و ادعاهای مربوط به نقض و تجاوز به این حق قابل داوری باشند.

برخی نویسندگان معتقدند که ماده (۳) ۱۰۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی هلند داوری راجع به اعتبار حق مالکیت فکری را اجازه نمی‌دهد.<sup>۸۳</sup> این دیدگاه در مورد علائم تجاری،

81. Ibid.

82. Paris, 28 February 2008, see supra note 22, in *Audit, op. cit.*, p. 213.

83. Bowman Nora Mout, "Bespoke Tailoring or Lottery", in Grantham, *op. cit.*, p. 218.



با صلاحیت انحصاری اعطا شده به دادگاه با قانون یکنواخت بنلوکس، تثبیت گردیده است.<sup>۸۴</sup> با این وجود در این کشور، این تمایل در حال رشد است که مسائل مربوط به مالکیت و اعتبار حقوق مالکیت فکری قابل داوری باشند، مشروط بر اینکه آثار رأی داوری به طرفین آن محدود باشد. در هلند اختلافات ناشی از موضوعات قراردادهای امتیاز و نقض و تعدی به حق مالکیت فکری قابل داوری تلقی می‌گردند. البته قانون حق اختراع ۱۹۹۵ هلند صلاحیت انحصاری رسیدگی به سلسله دعاوی مربوط به حق اختراع از جمله اعتبار حق اختراع و نقض آن را به دادگاه بدوی لاهه اعطا کرده است.<sup>۸۵</sup>

قانون حق اختراع بلژیک صراحتاً داوری مالکیت، اعتبار، نقض و تعدی و امتیاز حق اختراع را قابل داوری می‌داند.<sup>۸۶</sup> دیوان عالی بلژیک نیز چنین رأی داده است که اعتبار حق اختراع یک موضوع مرتبط با نفع عمومی بوده و لزوماً در زمره ملاحظات نظم عمومی نیست. اما در عین حال، در این کشور دعاوی مربوط به امتیازات اجباری و اختلافات راجع به انقضای حق اختراع به علت عدم پرداخت عوارض سالانه قابل داوری نمی‌باشند.<sup>۸۷</sup>

در برزیل نیز برخی اختلافات مالکیت فکری می‌توانند قابل داوری باشند.<sup>۸۸</sup> در این کشور اختلافات مالکیت فکری قابل داوری آنهایی می‌باشند که قابل حل و فصل و تعیین تکلیف خصوصی هستند، از جمله امتیازهای حق اختراع، انتقال (یا واگذاری) علائم

84. Ibid.

85. Grantham, op.cit, p.219 .

86. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J., op.cit p.163.

87. Ibid, p.165.

88. Código de Processo Civil arts.1072-1102, cited in Selam Maria Ferreria Lemes, "Arbitragem em Propriedade Intelectual Instituições Arbitrais, 17 Patents & Marcos 2 (1995) in Gantham, op.cit. p.216.

تجاری، قراردادهای انتشار و توافقات فرانشیز. با این وجود مسائل مربوط به اعتبار حقوق مالکیت فکری احتمالاً غیر قابل داوری خواهد بود.<sup>۸۹</sup>

ماده ۲ قانون ۱۹۹۱ کپی رایت چین داوری اختلافات مربوط به قرارداد کپی رایت را اجازه می‌دهد. با این حال قانون مذکور در ماده ۴۸ در خصوص اختلافات مربوط به نقض و تعدی به کپی رایت، فقط ارجاع به میانجی‌گری، و نه داوری، را تجویز می‌کند. با این وجود نظر حقوق دانان چینی بر این است که اختلافات راجع به نقض مالکیت فکری و تعدی به آن و اختلافاتی که ناشی از قرارداد مربوطه است، همگی قابل داوری هستند.<sup>۹۰</sup> طبق ماده ۵۱ قانون قراردادهای تکنولوژی، در این کشور مسائل مالکیت فکری در اختلافات راجع به قراردادهای تکنولوژی می‌توانند مطرح گردد و در آنها طرفین می‌توانند اختلاف را به یک هیئت داوری دولتی ارجاع دهند. با این حال طبق ماده ۴۴ قواعد داوری هیئت داوری برای قراردادهای تکنولوژی، در جایی که موضوع مربوط به مالکیت یا ادعایی در خصوص حق اختراع یا حق بهره‌برداری و استفاده یا واگذاری دانش فنی است، دیوان داوری می‌بایست با نظر یک مرجع صالح و صوابدید آن اقدام به صدور رأی بنماید. در چین اگرچه ادعای مربوط به حق اختراع به‌طور خاص، در تئوری قابل داوری است، اما چون حل و فصل اختلافات راجع به حق اختراع در این کشور به وسیله ارگان دولتی تصدی می‌شود عملاً قابل داوری نخواهد بود.<sup>۹۱</sup>

در آلمان، دیوان‌های داوری می‌توانند در خصوص تمام موضوعات و مسائل قانونی در رابطه با حقوق مالکیت فکری از جمله مالکیت، اعتبار (البته در خارج از قلمرو

89. Grantham, op.cit. p.216.

90. Ibid, p.192.

91. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J., op.cit, p.327 .

محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های نظم عمومی در حل و فصل‌های به صورت ارگا اومنس)، قلمرو حمایت، تجاوز و تعدی و امتیاز تصمیم‌گیری نمایند، اما در خصوص مسائل راجع به حق اختراع، فقط اختلافات مربوط به نقض و تجاوز به این حق قابل داوری است<sup>۹۲</sup> و موضوعات مربوط به اعتبار آن به‌طور سنتی خارج از قلمرو قرارداد داوری شناخته شده است، زیرا، یک چنین قراردادی مستقیماً حقوق اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار خواهد داد.<sup>۹۳</sup> با این حال نویسندگان معتقدند که اخیراً قابلیت داوری اختلافات مربوط به اعتبار حق اختراع مباحث جدی را در این کشور برانگیخته و این احتمال را مطرح ساخته است که چه بسا چنین اختلافاتی بین طرفین نیز به راستی قابل داوری باشد،<sup>۹۴</sup> تا حدی که برخی معتقدند که امروزه در آلمان داوری اعتبار حق اختراع بین طرفین داوری معتبر و الزام‌آور است،<sup>۹۵</sup> ولی دیوان داوری نمی‌تواند حق اختراع را علیه اشخاص ثالث نیز غیرمعتبر و باطل اعلام کند و لذا طرفی که تمایل دارد بی‌اعتباری حق اختراع در مقابل تمام اشخاص ثالث اعلام گردد چاره‌ای جز مراجعه به دیوان عالی کشور ایتالیا در یک پرونده قدیمی چنین رأی داده است که در جایی که داوران می‌بایست ادعاهای قراردادی مرتبط با اعتبار علامت تجاری را مورد بررسی قرار دهند، اعتبار علامت تجاری می‌تواند مورد داوری قرار بگیرد.<sup>۹۶</sup> امروزه دادگاه‌های ایتالیا فقط آن دسته ادعاهای مربوط به علامت تجاری یا حق اختراع را که مستلزم دخالت دادستان عمومی در روند دادرسی باشد غیرقابل داوری تلقی

92. Grantham, op.cit, p.223.

93. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J., op.cit, p.238.

94. Ibid, p.223.

95. Grantham, op.cit, p.228.

96. *Giordani v. Battiati*, Cass., October 3 1956, No.3329.

می‌کنند<sup>۹۷</sup> و داوری در اختلافات قابل حل و فصل راجع به دیگر اشکال مالکیت فکری مجاز است. با این وجود چنین استدلال می‌شود که دعاوی مربوط به هویت مؤلف که متضمن بار اخلاقی بوده و لذا حقی غیر قابل مصالحه می‌باشند، قابل داوری نیستند.<sup>۹۸</sup>

در فنلاند اختلافات راجع به مالکیت حقوق مالکیت فکری فقط در خصوص حقوق ثبت نشده قابل داوری است. طبق ماده ۵۲ قانون داوری ۱۹۹۲ این کشور، مالکیت حقوق مالکیت فکری ثبت شده راجع به حق اختراع، علائم تجاری، اسامی تجاری، نمایش‌های مستقر و ساکن، طراحی‌ها و مدل‌های بازیگری یا ورزشکاری غیر قابل داوری هستند. همچنین اختلافات راجع به اعتبار حق مالکیت فکری در خصوص حقوق ثبت شده نیز در این کشور غیر قابل داوری است. با این وجود در فنلاند، مسائل اعتبار و مالکیت می‌تواند در داوری به عنوان یک امر مقدماتی برای تصمیم‌گیری در خصوص یک موضوع قابل داوری بررسی گردد. همچنین اختلافات راجع به قلمرو حقوق مالکیت فکری و نقض و تعدی به آن می‌تواند قابل داوری باشد.<sup>۹۹</sup>

در حالی که به نظر می‌رسد در اسپانیا موضوعات مربوط به بهره‌برداری و انتقال حقوق مالکیت فکری و صنعتی قابل داوری هستند و مانعی در این راه وجود ندارد، اختلافات مربوط به اعتبار و مالکیت آنها می‌تواند غیر قابل داوری باشد.<sup>۱۰۰</sup>

97. Recchia Giorgio, "Arbitration and Patent Disputes", Unpublished Report to the Federation Internationale de Conseils en Propriete Industrielle Forum, Rome, 1993, in Grantham, op.cit, p. 209.

98. Grantham, op.cit, p.248.

99. Pontynen Inga, "Memorandum on Arbitration and Intellectual Property Rights in Finland", Unpublished Paper Submitted to ICC Working Group on Intellectual Property, 1993, in Grantham, op.cit, p.217.

100. Grantham, op.cit, p.217.

در سوئد نیز معیار تصمیم‌گیری در خصوص قابلیت داوری اختلافات امکان حل و فصل آزادانه اختلاف توسط طرفین است. در این کشور به‌طور کلی تمام موضوعات با ماهیت تجاری که طرفین موضوع اختلاف را در کنترل خود دارند، قابل داوری است. لذا در حالی که در سوئد مسائل صرفاً مربوط به اعتبار مالکیت فکری می‌تواند در صلاحیت انحصاری دولت باشد و لذا غیرقابل داوری است، اختلافات راجع به امتیاز، مالکیت و نقض و تجاوز به حقوق مالکیت فکری می‌تواند قابل داوری باشد.<sup>۱۰۱</sup>

### مبحث دوم: ورشکستگی

در خصوص قابلیت داوری اختلافات راجع به ورشکستگی نیز دیدگاه‌های مختلفی مطرح گردیده و یا قابل طرح است:

#### الف) مخالفت با قابلیت داوری دعاوی راجع به ورشکستگی

ممکن است گفته شود که هرگونه دعاوی و اختلافات راجع به ورشکستگی و حتی دعاوی مربوط به شخص ورشکسته، قابل ارجاع به داوری و حل و فصل از این طریق نیست. این دیدگاه به‌ویژه ممکن است از منظر حفظ حقوق اشخاص ثالث توجیه شود. در همین راستا، با توجه به اینکه معمولاً روند ورشکستگی نیز اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار می‌دهد، این فقط دادگاه‌ها هستند که در وضعیتی قرار دارند که چنین روندی را بدرستی آغاز نموده و به انجام برسانند و در خصوص موضوعات مربوط به آن و حقوق طلبه کاران

101. Bernhard Stefan, "National Report-Sweden", Unpublished Paper Submitted to ICC Working Group on Intellectual Property Arbitration, 1993, in Grantham, op.cit, p.219.

و وضعیت بدهکاران تصمیم‌گیری نمایند.<sup>۱۰۲</sup>

### ب) موافقت با قابلیت داوری دعاوی راجع به ورشکستگی

روش دوّم عبارت است از اجازه دادن داوری برای رسیدگی به تمام اختلافات راجع ورشکستگی، از جمله رسیدگی به دعاوی اصل ورشکستگی. استدلال ارائه شده در این خصوص، که در واقع استدلال به نفع قابل داوری دانستن همه موضوعات مربوط به ملاحظات نظم عمومی است. مبتنی بر این است که در صورت نقض نظم عمومی توسط داور و رأی داوری، دادگاه‌ها قادر خواهند بود که موضوع مربوطه را در بازنگری رأی صادره مورد بررسی قرار دهند. رویه قضایی فرانسه راجع به قابلیت داوری در داوری‌های بین‌المللی امروزه در این وضعیت به سر می‌برد. این رویه در فرانسه با تصمیم سال ۱۹۸۹ دادگاه تجدید نظر پاریس در پرونده المیرا تثبیت گردید و در سال ۱۹۹۱ در تصمیم راجع به پرونده گانز تأیید شد.<sup>۱۰۳</sup> اگر چه رأی داوری‌ای که قواعد نظم عمومی داخلی و بین‌المللی فرانسه راجع به حقوق ورشکستگی را نادیده بگیرد قابل ابطال خواهد بود، مثلاً اگر رأی داوری اصل برابری طلبه کاران را نقض نموده باشد،<sup>۱۰۴</sup> اما این روش واقعاً نمی‌تواند جامعه را به‌طور قطعی مورد حمایت قرار دهد. یکی از خطراتی که ممکن است در این روش وجود داشته باشد این است که رأی به هر دلیل وارد مرحله نظارت قضایی نگردد و مثلاً محکوم‌علیه به‌طور داوطلبانه رأی را اجرا نماید، در حالی که رأی مربوطه ممکن است واقعاً ناقض نظم عمومی باشد. عیب دیگر روش اخیر، امکان اجرای سریع رأی در کشورهای دیگر، به‌ویژه در فرض امکان اجرای آراء داوری ابطال شده در کشور مبدأ

102. Gaillard & Savage, op.cit, p.344.

103. Ibid, p.345.

104. Gaillard & Savage, op.cit, p.333.

می‌باشد. با این حال غیرقابل داوری نمودن اختلافات در قوانین کشور مبدأ نیز مانع این امکان نخواهد بود.

### ج) تفکیک

ممکن است از دیدگاهی دیگر قائل بر این نظر شد که فقط اختلافات راجع به «اصل ورشکستگی» غیرقابل داوری تلقی گردیده، در حیطه صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی صالح قرار گرفته، و الباقی اختلافات قابل داوری می‌باشند. علت آن هم این است که اختلافات راجع به «اصل ورشکستگی» حقوق عمومی و اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار می‌دهد. دلیل عقلانی غیرقابل داوری نبودن دعاوی و اختلافات مرتبط با ورشکستگی، و نه اصل ورشکستگی، اینست که اگرچه این موارد نیز می‌توانند حقوق اشخاص ثالث را تحت تأثیر قرار دهند، اما منافع این اشخاص می‌تواند به‌طور کافی و شایسته با مداخله و مشارکت مدیر یا اداره تصفیه حفظ گردد.

در اروپا، در اکثر کشورهای این قاره، همه اختلافات راجع به ورشکستگی غیر قابل داوری نیست، بلکه فقط اختلافات راجع به «اصل ورشکستگی»، از قبیل صدور حکم ورشکستگی یا انتصاب مدیر تصفیه، غیرقابل داوری تلقی می‌گردند. در واقع، چون این موضوعات حقوق تمام طلبه کاران و عموم را تحت تأثیر قرار می‌دهند، در حیطه صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی صالح قرار می‌گیرند.<sup>۱۰۵</sup> برعکس، قابلیت داوری اختلافات و مسائل قراردادی علیه یک طرف در روند ورشکستگی عموماً در این کشورها با مشکلی مواجه نیست. در آلمان و دیگر نظام‌های حقوقی که در آنها قانون داوری ملی صراحتاً قابلیت داوری را بر اساس معیارهایی از قبیل " نفع مالی و اقتصادی " تعریف می‌کنند،

105. Kroll, op.cit, p.367.

قابلیت داوری اختلافات قراردادی اشخاص با یک طرف ورشکسته می‌تواند مستقیماً از قانون داوری استنباط گردد. تردیدی نیست که ادعاهای قراردادی علیه یا از طرف ورشکسته به «منافع مالی و اقتصادی» مربوط می‌شود. در جاهایی که تعریف قابلیت داوری حول محور معیار «حل و فصل آزادانه» یا «مصالحه» دور می‌زند، قابلیت داوری یک چنین اختلاف قراردادی‌ای از شفافیت کمتری برخوردار است. مسئله قابل توجه اینست که ورشکسته دیگر نمی‌تواند حقوق خود را مورد مصالحه قرارداد داده و خود به‌طور آزادانه در مورد آنها تعیین تکلیف نماید.

می‌توان ایران را در زمره کشورهای قرار داد که در این خصوص به تفکیک پایبند هستند. بند ۱ ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی ایران دعوی ورشکستگی را غیرقابل داوری اعلام نموده است. قاعده مذکور آمره بوده و می‌توان بر این اعتقاد بود که این یکی از موضوعات غیر قابل داوری مربوط به داوری‌های تجاری بین‌المللی است که در قوانین ایران صراحتاً به آن اشاره شده است.<sup>۱۰۶</sup>

#### گفتار پنجم- معیار قابلیت داوری در منابع

##### بند اول- معیار قابلیت داوری در منابع داخلی

اگرچه هیچ اتفاق نظری در مورد اینکه مرزهای قابلیت داوری در کجا است وجود ندارد، به نحوی که یکی از نویسندگان معتقد است که توافق در این خصوص که در این مورد هیچ توافقی وجود ندارد، تنها مخرج مشترکی است که یک شخص می‌تواند بین داوران، دادگاه‌ها و نویسندگان راجع به مسئله قابلیت داوری و به‌ویژه قانون قابل اعمال

۱۰۸. برای ملاحظه نظر مخالف نگاه کنید به: شمس؛ همان، ص ۵۲۹ و ربیعا، اسکینی؛ مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل، نشر دانش امروز، تهران، ۱۳۷۱، ص ص ۱۹۰-۱۹۱.



نسبت به آن پیدا کند،<sup>۱۰۷</sup> اما هیچ کشوری نیست که هیچ‌گاه محدودیتی در خصوص قابلیت داوری اختلافات اعمال نکرده و موضوعاتی را غیر قابل داوری اعلام ننموده باشد. قوانین داوری اغلب کشورها حاوی مقررات صریح یا ضمنی در غیر قابل داوری بودن موضوعاتی است که معمولاً با ملاحظات نظم عمومی در ارتباط هستند. قوانین ملی و رویه‌های قضایی قلمرو قابلیت داوری را معلوم می‌کنند و هر کشوری تصمیم می‌گیرد که چه موضوعاتی می‌تواند یا نمی‌تواند به وسیله داوری، و مطابق با شرایط خاص خودش حل و فصل گردد. با این حال، تمایل کنونی در داوری‌های بین‌المللی به سمت اتخاذ روشی منعطف‌تر در این خصوص است، به نحوی که می‌توان گفت امروزه در موارد بین‌المللی، بیشتر اختلافات تجاری، به موجب قوانین اغلب کشورها، قابل داوری هستند.<sup>۱۰۸</sup> با تحولات گسترده‌ای که در دهه‌های گذشته در داوری تجاری بین‌المللی ایجاد گردیده است، نقش معیار قابلیت داوری نیز همانند و به تبعیت از معیار نظم عمومی، به موازات افزایش حق استقلال و خودمختاری طرفین در داوری‌های بین‌المللی، کاهش یافته است،<sup>۱۰۹</sup> اما همچنان معیار قابلیت داوری در اکثر قریب به اتفاق کشورها، حتی کشورهایی که امروزه خود را به عنوان پرچمدار استقلال و آزادی اراده طرفین در داوری‌های بین‌المللی می‌دانند، به عنوان معیاری مسلم جهت ابطال رأی داوری بین‌المللی وجود دارد و به نظر نمی‌رسد که در آینده نیز این وضعیت به‌طور اساسی تغییر کند. این امر ناشی از واقعیاتی است که تداوم این وضعیت را ایجاب می‌کند. غیرقابل داوری بودن اختلافات، به‌ویژه در خصوص برخی موضوعات از رواج و شفافیت بیشتری در قوانین داوری کشورها برخوردار است. به‌طور

107. Lehmann, op.cit, p.38.

108. Redfern & Hunter, op.cit, p.91; Caron, David D. & Caplan, Lee M. & Pelonpaa, Matti, "The UNCITRAL Arbitration Rules", Oxford University Press, 2006, p. 81.

109. Drobnig, op.cit, p.200.

مثال اختلافات راجع به اعتبار حقوق مالکیت فکری و دعاوی راجع به اصل ورشکستگی همچنان در اکثر قریب به اتفاق کشورها غیر قابل داوری است.

در ایالات متحده اساساً اختلافات مربوط به حوزه تجارت بین‌المللی قابل داوری شناخته شده‌اند، حتی اگر در داوری‌های داخلی راجع به یک موضوع مشابه چنین نباشد.<sup>۱۱۰</sup> در این کشور تمایل به نفع قابل اجرا بودن قراردادهای داوری، بدون توجه به منشأ ادعا می‌باشد، که خود مدیون سیاست قانون داوری فدرال است. در این کشور اصل بر این است که قراردادهای داوری تنظیمی وفق قانون داوری فدرال می‌بایست معتبر، غیر قابل نقض و قابل اجرا تلقی شوند، به استثناء مواردی که براساس قانون و انصاف برای فسخ و نقض قراردادها پیش‌بینی شده است.<sup>۱۱۱</sup> در این کشور، قانون داوری فدرال، هم در مورد داوری داخلی و هم داوری بین‌المللی اعمال می‌گردد. به علاوه ایالات عضو هم قوانین داوری خود را تصویب کرده‌اند که در جایی که قانون داوری فدرال اعمال نمی‌گردد، اعمال گردند.<sup>۱۱۲</sup> سیاست داوری دوستانه قانون داوری فدرال به وسیله دیوان عالی کشور ایالات متحده به شکل اصل قابل داوری بودن مورد تأیید قرار گرفته و چنین بیان شده است که قانون داوری فدرال تثبیت می‌کند که هرگونه تردید راجع به قابل داوری بودن موضوعات داوری می‌بایست به نفع داوری پذیر بودن موضوع حل و فصل گردد.<sup>۱۱۳</sup>

حقوق انگلستان تقریباً یک وضعیت منحصر به فرد را در خصوص قابلیت داوری داراست.<sup>۱۱۴</sup> گفته شده است که حقوق انگلستان هیچ‌گاه به‌طور کلی به یک تئوری ثابت

110. Lourens, op. cit, p.370.

111. Ibid. p.370.

112. Grantham, op. cit, p.286.

113. Lourens. op. cit, p.370.

114. Lehmann, op. cit, p.74.

برای تمیز اختلافاتی که می‌توانند به وسیله داوری حل و فصل شوند، از آنهایی که نمی‌توانند، دست پیدا نکرده است.<sup>۱۱۵</sup> در حقوق انگلستان وظیفه و کارکرد موضوعات نظم عمومی در قلمرو داوری تا حد زیادی با این ایده که شرط داوری مندرج در قراردادی که نقض عمومی را نقض می‌کند باطل است ایفا شده است. به عبارت دیگر در حقوق انگلستان به‌طور سنتی در صورتی که اصل قرارداد ناقض نظم عمومی باشد، شرط داوری مندرج در آن نیز باطل است. در این کشور این یک فرض است که شرط داوری مندرج در قرارداد باطل، باطل است. با این وجود در سال ۱۹۹۳ دادگاه تجدید نظر از دیدگاه مرسوم اعراض نمود. امروزه بعضی نویسندگان بر این اعتقادند که قضات انگلیسی به معیار تفکیک و جداسازی وفادار هستند و این به آن معنی است که امروزه بین اعتبار شرط داوری و اعتبار قراردادی که شرط داوری در آن گنجانده شده است تمیز قائل‌اند.<sup>۱۱۶</sup> آنان معتقدند که امروزه حقوق انگلستان داوری را در قلمرو نظم عمومی اجازه می‌دهد و هیچ گونه محدودیتی در خصوص موضوع اختلافی که به داوری ارجاع می‌گردد وجود ندارد و رویه قضایی انگلستان نیز به‌طور کلی بر این منوال است که هر ادعای خصوصی می‌تواند به داوری ارجاع گردد.<sup>۱۱۷</sup>

وفق ماده ۱۵۰۴ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه ابطال آراء داوری بین‌المللی صادره در فرانسه بر طبق موجبات مندرج در ماده ۱۵۰۲ این قانون امکان‌پذیر خواهد بود. معیار عدم قابلیت داوری در زمره موجبات مذکور قرار نگرفته است. با این حال، طبق بند پنجم از ماده اخیر، یکی از موجبات ابطال رأی داوری بین‌المللی در فرانسه هنگامی است که شناسایی یا اجرای رأی با نظم عمومی بین‌المللی در تعارض باشد. لذا ملاحظات نظم

115. Lourens. op.cit, p.371 ; Lehmann, op.cit, p.76.

116. Lehmann, op.cit, p.76.

117. Lourens op.cit, p.371.

عمومی بین‌المللی فرانسه را می‌توان به عنوان مانعی در مقابل قابلیت داوری تلقی<sup>۱۱۸</sup> و به این طریق عدم قابلیت داوری موضوع اختلاف را موجب غیرمستقیم ابطال رأی داوری بین‌المللی دانست.

طبق ماده (الف)(۲)(۲) ۱۰۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان یکی از موجبات ابطال رأی داوری وقتی است که موضوع اختلاف طبق قانون آلمان قابل داوری نباشد. موجب مذکور در کنار موجب نظم عمومی از موجباتی است که دادگاه می‌تواند راساً به آن استناد نموده و رأی داوری را ابطال نماید.

همچنین بر اساس ماده(ب)(۲) ۱۷۰۴ قانون قضایی ۱۹۹۸ بلژیک، یکی از موجبات ابطال رأی داوری وقتی است که اختلاف قابل حل و فصل از طریق داوری نبوده باشد. در کشورهای تابع قانون نمونه نیز این معیار برای ابطال رأی داوری تجاری بین‌المللی وجود دارد. طبق بند(الف) ماده (۲) ۳۴ قانون نمونه یکی از موجبات ابطال رأی داوری وقتی است که موضوع اصلی اختلاف، به موجب قوانین کشور قابل حل و فصل از طریق داوری نیست. بند ۱ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز یکی از موارد بطلان رأی داوری را وقتی می‌داند که موضوع اختلاف به موجب قانون ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد.

معیار عدم قابلیت داوری در عمل به ندرت موجب ابطال و یا مانع اجرای یک رأی داوری تجاری بین‌المللی شده است.<sup>۱۱۹</sup> با این حال، این موجب یگانه معیاری است که در دادگاه‌های ایالات متحده تا حدودی موفقیت‌آمیز بوده است. مع الوصف امروزه این معیار محدود به حوزه‌های بسیار محدودی از قبیل مواردی همچون فرمان ملی کردن است. در

118. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B., Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J., op.cit , p.219.

119. Van den Berg, New Yourk Convention of 1958: Refusals of Enforcement, p.19.

پرونده لیامکو<sup>۱۲۰</sup> موجب غیر قابل داوری بودن موضوع اختلاف با موفقیت مورد استناد قرار گرفت. در سال ۷۴-۱۹۷۳ لیبی امتیازات نفتی لیامکو را که حدود بیست سال قبل از آن به دست آورده بود ملی اعلام کرد. لیامکو که از عدم جبران خسارت در خصوص منافع و تجهیزا تاش ناراضی بود داوری را که در قرارداد پیش‌بینی شده بود تعقیب نمود و رأی در ژنو به نفع لیامکو صادر شد. هنگامی که لیامکو سعی کرد که رأی را در ایالات متحده اجرا نماید، لیبی با استناد به مصونیت حاکمیت و نیز با این ادعا که ملی شدن قابل داوری نبوده است با آن مخالفت کرد. دادگاه ادعای مصونیت حاکمیت لیبی را رد کرد، بر این مبنا که با توافق به ارجاع به داوری تحت حاکمیت قانون خارجی، لیبی مصونیت حاکمیت خود را ساقط نموده است. دادگاه موضوع اختلاف را در پرونده به عنوان ملی کردن اموال و دارایی لیامکو که به موجب ملی شدن از وی سلب شده است، تفسیر نمود. لذا دادگاه استدلال لیبی مبنی بر اینکه موضوع اختلاف ملی کردن امتیاز نفتی «عمل دولت» و بنابراین غیر قابل داوری بوده است را پذیرفت. دادگاه چنین استدلال کرد که در چنین مواردی داوری قابل اجبار و الزام نیست، چون در این صورت داوری لزوماً می‌بایست اعتبار ملی کردن را مورد بازنگری قرار دهد و لذا دکتترین عمل دولت را نقض نماید. دادگاه به این نتیجه رسید که نمی‌تواند رأی را اجرا نماید. لیامکو از تصمیم دادگاه ناحیه‌ای تجدید نظر خواهی کرد، اما قبل از تصمیم‌گیری مرجع تجدید نظر، طرفین سازش کردند و تجدید نظر خواهی رد شد.

در پرونده آمریکایی پارسونز و ویتنور<sup>۱۲۱</sup> خواندگان ادعای عدم قابلیت داوری را

120. *Libian American Oil Co. (LIAMCO) v. Socialist People's Libian Arab Jamahiriya*, 482 F.Supp. 1175(D.D.C.1980), vacated without op., 684F.2d 1032 (D.C.Cir.1981).

121. *Parsons & Wittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier(RAKTA)*, 508 F.2d 969(2d Cir.1974).

مطرح کردند. استدلال آن‌ها این بود که اختلاف مربوطه دارای اثر خاص بر سیاست‌های خارجی ایالات متحده بوده است و لذا نمی‌توانسته مورد رسیدگی داوری خارجی و داوران خارجی قرار گیرد. دادگاه چنین نظر داد که صرف اینکه موضوع با منافع ملی در ارتباط است، اختلاف را غیر قابل داوری نمی‌کند.

در یک پرونده بلژیکی، قابلیت داوری پایان یک قرارداد توزیع انحصاری نزد دیوان عالی بلژیک مطرح شد و این دادگاه به دلیل این که موضوع رأی را قابل حل و فصل به وسیله داوری تشخیص نداد از اجرای رأی داوری خودداری کرد. موضوع مربوط به قانون ۲۷ ژولای ۱۹۶۱ بلژیک راجع به پایان دادن یک جانبه قراردادهای با مدت نامحدود انحصاری توزیع می‌شود. آن قانون توزیع کنندگان انحصاری در خاک بلژیک را مستحق جبران خسارت برای پایان قرارداد در شرایط خاصی می‌نمود. اگر طرفین به توافق دست نمی‌یافتند یک دادگاه بلژیکی صالح به تعیین مبلغ خسارت بود. یک دادگاه مرحله بدوی بروکسل این اصل را متعاقباً مورد تأیید قرار داد و چنین رأی داد که به موجب قانون صالح ۱۹۶۱ اختلافات راجع به پایان یک قرارداد توضیح انحصاری قابل ارجاع به داوری نبوده است.<sup>۱۲۲</sup>

در سال ۱۹۹۲، دادگاه فدرال سوییس مورد سؤال قرار گرفت که آیا داوران مجاز بوده‌اند به موجب مقررات جدید قانون حقوق بین‌الملل خصوصی فدرال که در خصوص اختلافات ناشی از یک قرارداد که ادعا می‌شد که تحریم‌های سازمان ملل در عراق را نقض کرده است تصمیم‌گیری نمایند یا خیر؟ دادگاه پاسخ این سؤال را مثبت اعلام کرد.<sup>۱۲۳</sup> در همین سال دادگاه فدرال سوییس در پرونده دیگری چنین تصمیم گرفت که داوران می‌توانند در خصوص اختلافات تحت حاکمیت قوانین ضد تراست اروپایی

122. Van den Berg, op.cit,p.19.

123. Lehmann, op.cit,p.67.

تصمیم‌گیری نمایند.<sup>۱۲۴</sup>

### بند دوم - منابع بین‌المللی

طبق ماده (۱)(ب)(۲) ۳۴ قانون نمونه یکی از موارد ابطال رأی داوری بین‌المللی توسط دادگاه وقتی است که موضوع اصلی اختلاف بر اساس قوانین کشور مبدأ قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد. قانون نمونه خود را در بحث و جدال راجع به مسائل راجع به نظم عمومی کشورها و قابلیت داوری موضوعات بی‌طرف اعلام کرده است. البته این خود نشان می‌دهد که هیچ تلاشی در جهت یکنواخت‌سازی در این حوزه مهم انجام نپذیرفته است. ماده (۵) ۱ قانون نمونه مقرر می‌دارد که «این قانون هیچ یک از دیگر قوانین این کشور را که به موجب آن اختلافات خاصی نمی‌تواند به داوری ارجاع گردد، یا فقط تحت شرایط خاصی سوای از مقررات این قانون می‌تواند به داوری ارجاع گردد، تحت تأثیر قرار نخواهد داد».

موضوع قابلیت داوری در قانون نمونه با مواد دیگری نیز در ارتباط است، از جمله ماده ۵ که حوزه مداخله دادگاه را تعیین می‌کند. نیز ماده ۷ که حاوی تعریف قرارداد داوری است. همچنین ماده ۸ که ارجاع به داوری به وسیله دادگاه را در خصوص اختلافات مشمول قرارداد داوری پیش‌بینی می‌کند، مگر آنکه قرارداد باطل و کان لم یکن بوده یا غیر فعال یا غیرقابل اجرا باشد. مواد ۷ و ۸ قانون نمونه حاوی شرطی مشابه آنچه که در ماده (۱) ۲ کنوانسیون نیویورک، که مقرر می‌دارد که اختلاف می‌بایست مربوط به موضوعی باشد که قابل حل و فصل به وسیله داوری باشد، نیست. با این وجود این به آن معنی نیست که هر قرارداد داوری، صرف نظر از قابل داوری بودن یا نبودن موضوع آن، به موجب

124. Ibid, p.68.

قانون نمونه قابل ارجاع به داوری خواهد بود.

ماده (ب)(۲) ۵ کنوانسیون نیویورک غیر قابل داوری بودن موضوع اختلاف را از موجبات امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی برشمرده شده است. از زمان تصویب کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک قلمرو داوری تغییر کرده است. ماده ۲(۱) کنوانسیون، داوری‌های بین‌المللی را به اختلافات ناشی از هر رابطه حقوقی معین، خواه قراردادی باشد یا نباشد، گسترش داد. اگرچه نباید از خاطر دور داشت که کنوانسیون فقط در خصوص مسائلی که موجب قانون داخلی کشور مربوطه تجاری تلقی می‌گردد قابل اعمال خواهد بود. با این حال کنوانسیون نیویورک از اصطلاح قابلیت داوری استفاده نمی‌کند.<sup>۱۲۵</sup>

---

125. Paulsson Jan, "Arbitrability, Still Through a Glass Darkly", Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's 75th Anniversary Conference, May 1999, p.96.



### نتیجه گیری

موضوعات داوری ناپذیر غالباً با قوانین انتظامی کشورها که آمره بوده و طرفین، حتی در داوری‌های بین‌المللی، نمی‌توانند از آنها تخطی کنند تنظیم می‌گردند. در واقع این حوزه‌ها همان موضوعاتی را تحت پوشش قرار می‌دهند که از نظر قوانین داخلی بسیاری از کشورها نمی‌توانند بین طرفین به‌طور آزادانه حل و فصل گردند و لذا نمی‌توانند موضوع داوری قرار گیرند و طبیعتاً در قلمرو صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی قرار خواهند گرفت. در تمام این موارد حقوق عموم جامعه و یا اشخاص ثالث به نوعی در معرض تأثیر قرار می‌گیرد. به همین دلیل هم کشور در این حوزه‌های خاص که موضوع حسب ضرورت‌ها، پیچیدگی‌ها و ملاحظات مهم نظم عمومی یا موضوعات اقتصادی ویژه یا منافع خاص اجتماعی از حساسیت بیشتری برخوردار است، با تجویز داوری، از صلاحیت قضایی دادگاه‌های خود به نفع مراجع داوری صرف‌نظر نمی‌نمایند. این ترجیح بر این اساس استوار است که علی‌القاعده رسیدگی و حل و فصل اختلافات در داوری فاقد جامعیت رسیدگی قضایی در دادگاه دولتی بوده و دیوان داوری قادر نخواهد بود که تصمیمی با ارزش، اعتبار و قدرتی همه‌جانبه معادل با تصمیمات مراجع قضایی دولتی اتخاذ نموده و امکان و دغدغه این را نیز نخواهد داشت که مصالح اساسی جامعه و حقوق عمومی را با دلسوزی و دقت دادگاه دولتی اعمال کند. اصولاً دیوان‌های داوری بیشتر به دنبال توجه خاص به نیت و منافع طرفین و اجرای مأموریت قراردادی خود هستند تا در نظر گرفتن حقوق عمومی و رعایت مقصود قانون‌گذاران داخلی و اعمال قوانین انتظامی کشورها. با این حال، هم‌اکنون شاهد تمایل کشورها به سمت کاهش و مضیق‌تر شدن هرچه بیشتر حوزه‌هایی هستیم که در آن اختلافات مربوطه داوری ناپذیرند. اما علی‌رغم این تمایل به نفع قابلیت داوری، باز هم حوزه‌های مختلفی هستند که هنوز غیر قابل داوری تلقی شده و حل و فصل اختلافات راجع به آنها عموماً در صلاحیت انحصاری محاکم دولتی است.

## منابع

## الف: فارسی

۱. اسکینی، ربیعا؛ مباحثی از حقوق تجارت بین الملل، نشر دانش امروز، تهران، ۱۳۷۱.
۲. 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 دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۴۸، پاییز- زمستان ۱۳۸۷.
۳. جنیدی، لعیا؛ قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶.
۴. خزائی، حسین؛ حقوق تجارت بین‌الملل، جلد هفتم، نشر قانون، ۱۳۸۶.
۵. شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۴.
۶. صفایی، سید حسین؛ حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، نشر بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۷.

## ب: لاتین

7. Audit ,Bernard, "French Court Decisions on Arbitration, 2007-2008", ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 19 No.2, 2008
8. Berger Mark, "Arbitration and Arbitrability: Toward an Expectation Model", Baylor Law Review, Vol.56, 2004.
9. Böckstiegel Karl- Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue 2008, The New York Convention – 50 Years .

10. Briner Robert , "The Arbitrability OF Intellectual Property Dispute with Particular Emphasis on the Situation in Switzerland " , Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes, March 3 - 4, 1994, Geneva, Switzerland.
11. Caron, David D. & Caplan, Lee M. & Pelonpaa, Matti, "The UNCITRAL Arbitration Rules", Oxford University Press, 2006 .
12. Drobnič Ulrich," Assessing Arbitral Autonomy in European Statutory Law", in *Lex Mercatoria and Arbitration*, Thomas E. Carbonneau, Kluwer Law International, 1998 .
13. Foustoucos Anghelos C, "Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement", *Journal of International arbitration*, 1989- 1990 .
14. Gaillard Emmanuel, & Savage John, "Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration", Kluwer Law International, 1999 .
15. Giuditta Cordero," *Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention*", *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 18, No.2 ,p.52.
16. Grantham William, "The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes". 14 *Berkeley J. Int l L.* 174, 1996.
17. Kreindler Richard H.," Particularities of International Financial Arbitration in the Context of Challenges to Arbitral Awards", *Yearbook of International Financial and Economic Law*, 1997.
18. Kroll Stefan M., "Arbitration and Insolvency Proceedings- Selected Problems" in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006.
19. Lanier Tiffany J., "Where on the Earth does Cyber- Arbitration Occur?:"

- International Review of Arbitral Awards Rendered Online", I.L.S.A J. Int l & Com l. Vol.7, 2000- 2001.
20. Lehmann ,Matthias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", 42 Colum. J. Transnatl., 2004.
21. Lourens, Marna, "The Issue of Arbitrability in the Context of International Commercial Arbitration (part 1)", University of Stellenbosch, 11 S.Afr.Mercantile L.J, 363, 1999.
22. Martinez Ramona, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The Refusal Provisions", 24 Int l L. 487, 1990.
23. Michell M.Paul, "Arbitrability of Copyright Disputes: Desputeaux v. Les Editions Chouette(1987)inc.",Canadian Business Law Journal,Vol.38,2003.
24. Moss Giuditta Cordero,"Form of Arbitration Agreements: Current Developments with UNCITRAL and the Writing Requirement of New York Convention", ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol.18, No.2, 2008.
25. Okekeifere Andrew I, "Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law", International Arbitration Law Review, 1999.
26. Paulsson Jan," Arbitrability, Still Through a Glass Darkly", Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's 75th Anniversary Conference May 1999.
27. Redfern Alan & Hunter Martin, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", London, sweet & Maxwell, 2003 .
28. Saleh Samir,"The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the

- States of the Arab Middle East", in Lew "Contemporary Problems in International Arbitration", Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
29. Smith M.A., Cousté M., Hield T., Jarvis R., Kochupillai M., Leon B.
30. Rasser J.C., Sakamoto M., Shaughnessy A., Branch J., "Arbitration of Patent Infringement and Validity Issues Worldwide" , Harvard Journal of Law & Technology , Vol.19 , No.2 , 2006.
31. Van den Berg. Albert Jan, "The New York Arbitration Convention of 1958", Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.
32. Van Den Berg. Albert Jan, " New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement", ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 18, No.2, 2007.

## لزوم و جواز عقود از دیدگاه وصف حقی یا حکمی

دکتر دلاور برادران\*

### چکیده

لزوم و جواز عقود ناشی است از بنای عقلا، مبتنی بر مصلحت، و با حکم قانون مرتبط است و علی‌القاعده جنبه حکمی دارد نه جنبه حقی. به عبارتی دیگر، هرگاه عقود را صرف نظر از جنبه‌های عارضی و وضعیت‌های استثنایی آنها (از قبیل جعل و اشتراطِ خیار در عقود لازم) و بنابر طبع اولیه آنها لحاظ کنیم، لزوم و جواز جنبه «حکمی» دارند، هم از جنبه «تکلیفی» و هم از جنبه «وضعی»: یعنی در مورد عقود لازم مدلول عقد برای هر طرف لازم الاتباع است تکلیفاً؛ و اعمال فسخ از جانب آنها بی‌تأثیر است و ضمناً؛ و در مورد عقود جایز، التزام و تعهد طرفین به هیچ وجه موجب لزوم عقد نمی‌شود و رابطه آنان در هر حال قابل فسخ است و این فسخ تکلیفاً جزو مباحات بوده و ضمناً واجد اثر است مثل وعده نکاح که جواز آن با نظر به مصلحت طرفین، جوازی حکمی است.

لیکن هرگاه عقدی را به انضمام استثنائات مقرر و ممکن در نظر بگیریم، مانند اینکه عقد لازم را در کنار امکان فسخ در موارد جعل و اشتراط خیار، یا تحقق خیار به حکم قانون و یا انشای عقد جایز را به صورت شرط نتیجه، ضمن یک عقد لازم در نظر بگیریم و یا آن را به انضمام تعهد به عدم استفاده از حق فسخ ملحوظ نظر قرار دهیم، (در صورتی که امکان و صحت چنین تعهدی مفروض باشد) در این صورت، لزوم و جواز در مدار و قلمرو استنهاها، لزوم و جواز «حقی» است. زیرا، تعیین وضعیت عقد از این لحاظ، بنا به تجویز

---

\* مدرس مدعو دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

قانون در محدوده اختیار و تراضی طرفین قرار داشته و معروض اراده‌های آنان است، بنابراین نفوذ و اعتبار آنچه که آنان در این ساحت تعیین و انشا می‌کنند، به علت عدم تنافی با قواعد آمره و لذا فقدان مانع قانونی، تلقی به قبول و مورد تصدیق است.

### کلید واژگان

لزوم، جواز، مصلحت، بنای عقلا، حکم قانون، جنبه تکلیفی، جنبه وضعی، عروض احوال سالب اهلیت، فسخ.