

اصل صلاحیت بر صلاحیت در حقوق ایران و فرانسه

سحر کریمی*

جواد شمسی**

میلاذ سلطانی***

DOI: 10.22096/LAW.2023.534348.1917

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۰۱]

چکیده

اصل صلاحیت بر صلاحیت، به معنای توانایی داور در تشخیص صلاحیت خود است. این اصل برای حمایت از کارایی داور، به عنوان وسیله حل و فصل اختلافات، مطرح شده است. جایگاه واقعی این اصل زمانی است که در اعتبار یا دامنه موافقت‌نامه داور تردید وجود دارد. رویه قضایی و دکترین فرانسه حدود این اصل را مشخص کرده‌اند؛ درحالی که این اصل در حقوق ایران ضابطه‌مند نشده است و شناخت جامعی از آن وجود ندارد. به موجب اصل مزبور، طرح مستقل دعوی ابطال موافقت‌نامه داور در دادگاه مورد پیدا نمی‌کند و در جایی که موافقت‌نامه داور، آشکارا باطل یا غیر قابل اجراست؛ از جمله در زمینه قراردادهای مصرف‌کننده و کارگر، موجب نفی صلاحیت دادگاه نمی‌شود. بنابراین، در این پژوهش پیشنهاد شده است که در قانون آیین دادرسی مدنی، ماده‌ای به بیان صریح این اصل اختصاص یابد.

واژگان کلیدی: اثر مثبت؛ اثر منفی؛ تفکیک‌پذیری؛ داور؛ صلاحیت.

* استادیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

Email: Karimi_Sahar@khu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ایران. «نویسنده مسئول»

Email: javashamsi@gmail.com

*** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

Email: soltany.miladyahoo.com



مقدمه

صلاحیت داور، یکی از موضوعات مهم حقوق داوری در سطح داخلی و بین‌المللی است. این موضوع، به‌طور ویژه در رابطه با اصل صلاحیت بر صلاحیت، در حقوق داوری مطرح شده است که منشأ اصل مزبور، اصطلاح آلمانی «صلاحیت-صلاحیت»^۱ است. این مفهوم پیچیده و بحث‌برانگیز، از سوی دکترین آلمانی قرن ۱۹ برای حق حاکمیت دولت ارائه شد که بر اساس آن، حاکمیت دارای قدرتی است که می‌تواند آزادانه میزان صلاحیت خود را تعریف کند و بنابراین، دارای صلاحیت کامل است و به‌عبارت‌دیگر، فرمانروا و حاکم، صالح و قادر بر تعیین صلاحیت خود است.^۲ این امر در سیستم‌های قضایی نیز چنین بوده است و قاضی دادگاه حق تصمیم‌گیری در مورد صلاحیتش را دارد. بند یک ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ به‌صراحت اعلام کرده است که داور می‌تواند در مورد صلاحیت خود و همچنین وجود و یا اعتبار موافقت‌نامه داوری، تصمیم‌گیری نماید که این امر، بی‌شک بر داوری‌های بین‌المللی حاکم است. اما در رابطه با صلاحیت داور در بحث داوری‌های داخلی، همچنان بحث روشنی از سوی قانون‌گذار مطرح نشده است. امروزه، رویه قضایی و دکترین فرانسه حدود این اصل^۳ و نحوه اجرای آن را مشخص کرده و از ادبیات حقوقی غنی در این رابطه بهره‌مند است. پیرامون این اصل، مطالعاتی نیز صورت گرفته که در متن مورد استناد قرار گرفته‌اند، اما هیچ پژوهش تطبیقی‌ای با حقوق فرانسه صورت نگرفته است. از این‌رو، در بیان مقایسه نوآوری این نوشتار با مقاله مشابه مورد استناد، می‌توان گفت که افزون بر مطالعه حقوق فرانسه، مفهوم و مبنای اصل مزبور به‌تفصیل و با ملاحظه ماهیت قضایی داوری تبیین شده است. در بحث حقوق ایران نیز مسائل جدیدی در داوری داخلی و بین‌المللی، از جمله توجیه و طرح ضابطه‌ای برای اثر منفی و نفی صلاحیت دادگاه مطرح و بررسی شده است. همچنین، در بیان تفاوت اصلی این دو می‌توان به تحلیل قلمرو اصل در پژوهش پیش رو اشاره کرد. در این راستا، نخست در مبحث یکم، مفهوم و مبنای اصل صلاحیت بر صلاحیت بررسی شده است. سپس در مبحث دوم، اصل فوق به‌صورت ویژه در حقوق فرانسه و اعمال قواعد آن در حقوق ایران مورد مطالعه قرار گرفته است.

1. Redmond Arigho, "The Supremacy of European Union Law: An Inevitable Revolution or Federalism in Action?", Ireland: *Journal of Postgraduate Research Trinity College Dublin*, no. 13 (winter 2014): 11.

2. Castillo Ortiz, Pablo José, Google, "Under which conditions do courts declare their Kompetenz-Kompetenz? A fsQCA analysis of rulings on the Lisbon Treaty", accessed March 1, 2021, http://ipp.csic.es/sites/default/files/content/event/2013/paper_the_last_say_new.pdf, 2013.

3. Le principe compétence-compétence.

۱. مفهوم و مبنای اصل صلاحیت بر صلاحیت و رابطه با اصل تفکیک پذیری

برای ورود به مبحث اصلی، ضروری است که نخست، مفهوم و مبنای اصل و تمایز آن از اصل تفکیک پذیری بررسی و تحلیل گردد.

۱-۱. مفهوم و مبنای اصل صلاحیت بر صلاحیت

یکی از مباحث مهم در زمینه اصل مزبور، ارائه مفهومی برای تبیین آن است. بنابراین سعی شده است که در این بخش، افزون بر مطالعه مفهوم آن (۱-۱-۱)، مبنای این اصل نیز که می‌توانند دارای آثار عملی باشند، تبیین گردند (۱-۱-۲).

۱-۱-۱. مفهوم اصل صلاحیت بر صلاحیت

مفهوم صلاحیت در زمینه داوری، به محدوده قدرت داور برای بررسی و تعیین موضوعات، تفسیر و اعمال قانون و صدور یک رأی کتبی اشاره دارد.^۴ به عبارت دیگر، این اصل را که در حقوق انگلستان با عنوان «Competence-Competence»، در حقوق فرانسه با عنوان «Compétence-Compétence» و در حقوق آلمان با عنوان «Kompetenz-Kompetenz» مطرح است، می‌توان به عنوان قاعده اولویت زمان وقوع در نظر گرفت که به داور یا دیوان داوری اجازه می‌دهد تا در مورد صلاحیتش تصمیم‌گیری نماید.^۵ به عبارت دیگر، منظور این است که داور، خود باید در مورد اختیار یا ممنوعیت از داوری نظر دهد، نه اینکه تابع نظر دادگاه یا ایراد یکی از طرفین باشد، و تنها طرفین با توافق یکدیگر می‌توانند این صلاحیت را از وی سلب نمایند،^۶ مگر اینکه قرارداد اصلی یا شرط داوری به شکلی آشکار نامعتبر یا غیر قابل اجرا باشد.^۷ افزون بر تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت، داور می‌تواند به موجب این اصل در مورد قلمرو صلاحیت خود^۸ و حتی وجود و اعتبار شرط داوری^۹ تصمیم بگیرد، اما این بدان معنا نیست که داور دارای قدرتی منحصر به فرد برای تعیین

4. Ozlem Susler, "Arbitral jurisdiction in france", *Austria: vindobona journal of international commercial law and arbitration*, no. 17 (spring 2013): 3.

5. "How Should One Define the Principles of 'Kompetenz-Kompetenz'?" LawTeacher.net. 11 2013. All Answers Ltd. 2023, 18:30, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/commercial-law/how-should-one-define-law-essays.php?vref=1>.

۶. عبدالله خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ۲۹۹.

۷. محمدجواد شریعت باقری، «آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۶ (مهر ۱۳۸۰): ۸۰.

۸. لعیا جنیدی، قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶)، ۱۵۷.

9. Aiste Sklenyte, "International Arbitration", Denmark: *The Aarhus School of Business Fuglesangs Allé 4 8210 Århus V*, (winter 2003): 45.

صلاحیت خود است و دادگاه نمی‌تواند موضوع صلاحیت داور را پیش از وی تعیین کند. همچنین، به این معنا نیست که این امر از سوی دادگاه ناظر بر داوری، در صورت اختلاف در حکم داور در صلاحیتش، مورد بازبینی قرار نمی‌گیرد. با این حال، این مفهوم را نمی‌توان مطلقاً بدین معنا دانست که هر زمان این رأی برای اجرا به کشوری دیگر آید، دادگاه‌های خارجی ممکن نیست مجدداً صلاحیت داور را بررسی کنند.^{۱۰} در این مفهوم، داور تنها صلاحیت تشخیص صلاحیت خود را دارد و نمی‌تواند در مورد صلاحیت داشتن و نداشتن مرجعی دیگر اظهار نظر کند.

۲-۱-۱. مبنای اصل صلاحیت بر صلاحیت

امروزه، در مورد داور نیز می‌توان همانند قاضی دولتی، منشأ این اصل را قانون دانست. در حقوق فرانسه، اکثر حقوق‌دانان پذیرفته‌اند که اصل مزبور نه به موجب توافق طرفین، بلکه به موجب اذن عام قوانین سیستم‌های حقوقی ملی به اجرای رأی، به رسمیت شناخته می‌شود.^{۱۱} اما در مورد داور، با توجه به قراردادی بودن داوری، مبانی مختلفی قابل طرح است. از یک سو، می‌توان گفت که طبق اصل مزبور، داور می‌تواند در مورد صلاحیت خودش حکم کند و یا به عبارت دیگر، به اثربخشی موافقت‌نامه داوری حکم دهد؛^{۱۲} زیرا منشأ اصل مزبور قرارداد داوری^{۱۳} و قصد طرفین است و در نتیجه، تنها طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر این صلاحیت را از وی سلب نمایند.^{۱۴} بنابراین، توافق ضمنی طرفین بر این امر استوار است^{۱۵} و همین مبنا در حقوق کامن‌لا ملاک قرار گرفته است.^{۱۶}

از سوی دیگر، به نظر می‌رسد که منشأ اصل مزبور، ماهیت قضایی داوری است. به عبارت دیگر، ماهیت قضایی داوری اقتضا دارد که داور در تعیین صلاحیت خود مختار بوده، تابع نظر مرجعی دیگر نباشد. آثار پذیرش هر یک از نظریات مزبور در این است که در مورد اول، طرفین می‌توانند این حق را از داور سلب کنند، در حالی که مورد دوم که با ماهیت رسیدگی داور در ارتباط است، آن را قابل اسقاط نمی‌داند. در نتیجه، به نظر می‌رسد که درج شرطی مبنی بر اسقاط اختیار

10. *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* (2010).

11. A. Demolista, *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, (ICCA Congress Series), no. 9, 217: at 232.

12. Sklente, "International Arbitration", 44.

۱۳. عبدالله خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ۲۹۹.

۱۴. خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، ۲۹۹.

۱۵. مجتبی جهانیان و دیگران، «اعمال اصل صلاحیت بر صلاحیت در داوری پذیری دعاوی: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره دوم، (تابستان ۱۳۹۸): ۵۱؛ خدابخشی، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن، ۲۹۵.

۱۶. ربیعا اسکینی، «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، نامه مفید، شماره ۴۳، (مرداد ۱۳۸۳): ۱۵.

داور در این مورد باطل است؛ زیرا هرچند اصل مزبور برگرفته از قرارداد اصلی است، اما مستقل از آن است.^{۱۷} ایراد دیگری که بر نظریه قراردادی بودن مبنا وارد است، اینکه مستلزم دور باطل است. اگر توافق‌نامه داوری از سوی مرجع داوری بی‌اثر اعلام شود، صلاحیت ایشان برای تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت از بین می‌رود.^{۱۸} همچنین، ارجاع به توافق طرفین می‌تواند منشأ بروز اختلاف باشد؛ زیرا - به‌ویژه با فرض قابل دفاع بودن پذیرش قرارداد شفاهی داوری - یکی از طرفین می‌تواند با انکار توافق طرفین در این زمینه، منشأ بروز اختلاف شود. در پایان باید گفت که عدم پذیرش اصل مزبور یا سعی در دخالت وسیع دادگاه‌ها در این امر، افزون بر نفی اصل استقلال داور، موجب نقض و بیهوده شدن اصل محرمانه بودن، به‌عنوان یکی از اصول داوری می‌شود.

۲. اصل صلاحیت بر صلاحیت در حقوق فرانسه و ایران

پس از شناخت مفهوم و مبنای اصل صلاحیت بر صلاحیت، ضروری است که به بررسی آن در حقوق فرانسه و ایران پرداخته شود تا جایگاه و قلمرو این اصل به‌خوبی تبیین شود.

۲-۱. اصل صلاحیت بر صلاحیت در حقوق فرانسه

به‌منظور شناخت اصل صلاحیت بر صلاحیت، افزون بر مقررات مرتبط، بررسی رویه قضایی نیز ضروری است. ازاین‌رو، نخست سابقه و وضعیت آن در رویه قضایی و سپس قوانین مرتبط در حقوق فرانسه بررسی شده است.

۲-۱-۱. اصل صلاحیت بر صلاحیت در رویه قضایی فرانسه

همان‌طور که گفته شد، اصل صلاحیت بر صلاحیت در حقوق فرانسه با اصطلاح «Principe de compétence-compétence» به کار می‌رود. پذیرش قطعی اصل استقلال شرط داوری بعد از اصل صلاحیت بر صلاحیت و در سال ۱۹۹۳ در رأی دالیکو^{۱۹} صورت گرفت؛ هرچند پیش از آن هم اعمال می‌شد.^{۲۰} رویه قضایی فرانسه نیز در اجرای اصل مزبور قاطع است؛ به‌طوری‌که در دعوایی،^{۲۱} دادگاه رسیدگی‌کننده، تصمیم دادگاه پایین‌تر را به دلیل اینکه تنها موردی

۱۷. سیامک رهپیک، حقوق قراردادها (تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۰)، ۱۸۰.

۱۸. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۷۷ مورخ ۱۳۹۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

19. Cass. civ. Ire, 20 December 1993, Dalico, Rev. arb., 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon

20. François Xavier Train, "Droit applicable à la convention d'arbitrage international Sulamérica et Arsanovia v". Droit français, 2015, https://library.iccwbo.org/content/dr/modals/abstracts/ARTICLES/incl-modal-abstract_ART_DOSS_0019_CH10.htm

21. DMN Machinefabriek BV v Tripette and Renaud, Cass. civ [French Court of Cassation] H 05-15.528, 25 April 2006 reported in (2006) 2 Rev Arb 487. ('Machinefabriek').

که به دادگاه‌های فرانسه اجازه می‌دهد قبل از تشکیل داوری، صلاحیت داور را تعیین کنند آشکارا باطل یا غیر قابل اجرا بودن شرط داوری است، نقض کرد. چند سال بعد، در دعوی دیگری^{۲۳} میان دو شرکت فرانسوی و روسی، دادگاه تجدیدنظر به جای اینکه در نظر بگیرد که موضوع اختلاف، اعتبار عمل نصب داوران است - موضوعی که در حیطه اعمال شرط داوری قرار نمی‌گیرد - دیدگاهی گسترده و به‌نوعی جهانی به موضوع اختلاف داشت. بنابراین، دیوان عالی کشور بر اساس اصلی دیگر، مبنی بر عدم مداخله در دادگاه بین‌المللی، مستقل و به ضرر قوانین فرانسه در مورد صلاحیت بین‌المللی عمل کرد. با مصوبه ۱۴ مه ۱۹۸۰ در داوری داخلی، به‌طور کامل پذیرفته شد که به دادگاه داوری اجازه دهد درباره اعتبار یا حدود صلاحیت خود تصمیم بگیرد (ماده ۱۴۶۶ ق.آ.د.م.ف). با استناد به آرای که بیان خواهد شد، می‌توان گفت که رویه قضایی به‌صراحت این ماده را به داوری بین‌المللی نیز تسری داده بود. رویه قضایی فرانسه، به‌ویژه با هم‌عرض دانستن دادگاه و داوری که نتیجه آن قابلیت تجدیدنظر آرای داوری در دادگاه تجدیدنظر است،^{۲۴} سعی در اجرای کامل این اصل دارد.

اجرای قاطع اصل مزبور در برخی زمینه‌ها با مخالفت‌هایی روبرو شده است که مهم‌ترین آن، حقوق کار و حقوق مصرف‌کننده است. در بحث حقوق کار، بسته به اینکه موضوع داخلی یا بین‌المللی باشد، پاسخ متفاوت است؛ زیرا در قرارداد کار بین‌المللی، شرط داوری غیر قابل اجراست، اما در قرارداد کار داخلی، اثر منفی اصل صلاحیت بر صلاحیت اجرا نمی‌شود؛ برای مثال در بعد بین‌المللی دعوی میان آقای Aström دارای تابعیت سوئدی و شرکت فرانسوی (Château Tour Saint Christophe) رخ داد که در سال ۱۹۹۱ ضمن قرارداد استخدام آقای Aström با شرکت مزبور، شرط داوری گنجانده شده بود که داوری اتاق بازرگانی استکهلم، به‌عنوان داور تعیین شده بود. دادگاه تجدیدنظر در سال ۱۹۹۵ رأی داده بود که شرط داوری درج‌شده در قرارداد کار بین‌المللی در مورد کارگری که به دادگاه صالح فرانسه طبق قوانین قابل اجرا مراجعه می‌کند، صرف‌نظر از قانون حاکم بر قرارداد کار، قابل اجرا نیست. دیوان عالی کشور نیز آن را تأیید کرده است.^{۲۴} همچنین، در رأی دیگر، بر صلاحیت سرزمینی دادگاه تجاری فرانسه تأکید شده است؛ بدین‌صورت که ماده R.1412-4 قانون کار تصریح می‌کند که هر شرطی در قرارداد، که از مقررات مربوط به قواعد صلاحیت سرزمینی دادگاه‌های تجاری خارج شود، نانوشتنه تلقی

22. Cass. Civ Ière, 12 octobre 2011, Elf Aquitaine c/ Interneft, n°11-11058.

۲۳. عباس کریمی و حمیدرضا پرتو، حقوق داوری داخلی (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۹۳)، ۲۶۱.

24. Marie-Ange Moreau, *Contrat de travail international. Inopposabilité de la clause compromissoire*. (Droit Social, Dalloz, 1999), 632.

می‌شود.^{۲۵} بنابراین، صرف اینکه دفتر مرکزی شرکت در فرانسه باشد، برای صالح بودن دادگاه فرانسه در رسیدگی به دعوای کارگر کفایت می‌کند.^{۲۶} همچنین، تأکید شده که شرط داوری صحیح، اما در برابر کارگر غیر قابل اجراست؛^{۲۷} بنابراین کارگر در قرارداد کار بین‌المللی حق استناد به آن را دارد و این امر مخالف نظم عمومی نیست.^{۲۸}

در داوری داخلی نیز دیوان عالی فرانسه حکم داده است که از ماده 4-1411 L. قانون کار چنین برمی‌آید که اصل صلاحیت بر صلاحیت که بر اساس آن داور با اولویت صلاحیت خود تصمیم می‌گیرد، در امور کار قابل اجرا نیست.^{۲۹} تفاوت این دو، در این است که در داوری بین‌المللی از بحث در مورد صلاحیت جلوگیری می‌شود. در برخی آراء، مبنای عدم اجرای شرط داوری، مبتنی بودن قانون کار بر نظم عمومی معرفی شده است.^{۳۰} اخیراً نیز دادگاه تجدیدنظر پاریس بر لزوم برابری طرفین قرارداد داوری، برای مؤثر بودن داوری تأکید کرده است.^{۳۱} از سوی دیگر، وضعیت در حقوق مصرف‌کننده پیچیده‌تر است. در امور داخلی، مصرف‌کننده افزون بر قانون ۱۸ نوامبر ۲۰۱۶ مصرف‌کننده، از قاعده غیر قابل اجرا بودن شرط داوری که در ماده ۲۰۶۱ قانون مدنی پیش‌بینی شده است، سود می‌برد. رویه قضایی در آغاز با استناد به نظم عمومی بین‌المللی در اجرای شرط داوری در برابر مصرف‌کننده تردیدی نداشت که نمونه بارز آن دو رأی جگوار^{۳۲} و رادو^{۳۴} و^{۳۵} است. با وجود این، اخیراً رویه قضایی این کشور تغییر رویکرد داد و در پرونده‌ای،^{۳۶} دیوان عالی کشور مقرر داشت: اصل صلاحیت بر صلاحیت مندرج در ماده ۱۴۴۸ قانون آیین

25. Cass. Civ. Chambre sociale, 29 mai 2013, 12-15.966, Inédit.

26. Cass. civ. Chambre sociale, 28 janvier 2015, 13-22.994 13-22.995 13-23.003 13-23.004 13-23.005 13-23.006, Publié au bulletin.

27. Paris, 10 janv. 2017, SCOP Batitou, n° 15/00636, D. 2017. 2559, spéc. 2561, obs. T. Clay.

28. Paris, 21 nov. 2017, n° 15/17398, Athletic Club Arles Avignon, Gaz. Pal. 20 mars 2018, p. 24, obs. D. Bensaude.

29. Arrêt n° 2512 du 30 novembre 2011 (11-12.905; 11-12.906) - Cour de cassation - Chambre sociale.

30. Cass. Civ. Chambre sociale, 30 novembre 2011, 11-12.905 11-12.906, Publié au bulletin

31. Paris, 2 juin 2020, n° 17/18900, Subway ; v. déjà, Paris, 11 sept. 2018, n° 16/19913, D. 2018. 2448, obs. T. Clay.

32. Jaguar.

33. Cass. civ 1, du 21 mai 1997, 95-11.429, Inédit ; Cass. civ 1, du 30 mars 2004, 02-12.259, Publié au bulletin.

34. Rado.

35. Cass. civ 1, du 30 mars 2004, 02-12.259, Publié au bulletin.

36. Arrêt n° 556 du 30 septembre 2020 (18-19.241) - Cour de cassation - Première chambre civile Ecli:Fr:Cass:2020:Cli:Fr:Cass:2020:C100556.

دادرسی مدنی که صلاحیت دادگاه را نفی می‌کند، نمی‌تواند در استفاده از حقوقی که طبق قوانین عمومی به دادگاه ملی واگذار شده و دادگاه ملی مکلف به حفظ آن‌هاست، تأثیر داشته یا اجرای آن را غیرممکن و یا بسیار دشوار سازد. بنابراین، این امر نشان می‌دهد که در برخی موضوعات، موافقت‌نامه داوری موجب نفی صلاحیت دادگاه نمی‌شود. به‌هرحال، دادگاه‌های فرانسه می‌توانند در بازبینی نهایی، صلاحیت داور را نیز بررسی نمایند، مشروط بر اینکه طرفین به‌موجب ماده ۱۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، هرگونه کنترل دادگاه نسبت به رأی را ساقط نکرده باشند.^{۳۷} در توضیح جایگاه اصل صلاحیت بر صلاحیت در حقوق فرانسه، باید گفت که حقوق این کشور، تقریباً معنای اصل مزبور را تغییر داده است. این امر موجب می‌شود که نه‌تنها داور و دیوان داوری مجاز به قضاوت در مورد صلاحیت خود باشد، بلکه همچنین تصمیم می‌گیرد که این موضوع به‌عنوان یک اولویت^{۳۸} باشد. بدین ترتیب، دادگاه‌های عمومی از قدرت حکم در مورد موافقت‌نامه داوری محروم می‌شوند، درحالی‌که این قدرت به‌صورت جزئی، پیش از اصلاح قانون داوری، به‌وسیله مصوبه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۸۱ به آن‌ها واگذار شده بود و در حقوق فرانسه با همان مصوبه مورخ ۱۲ مه ۱۹۸۱ گرایش به حذف حق نظارت دادگاه‌های کشور مبدأ بر رأی مرجع داوری نسبت به داوری بین‌المللی تعدیل شد.^{۳۹} بنابراین، درخواست اصلی برای بطلان قرارداد داوری در قوانین فرانسه ممنوع است،^{۴۰} اما طرح دعوی موضوع موافقت‌نامه داوری در دادگاه تا پیش از شروع جریان داوری امکان‌پذیر است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

۲-۱-۲. اصل صلاحیت بر صلاحیت در قوانین داوری فرانسه

همان‌طور که بیان شد، پذیرش اصل صلاحیت بر صلاحیت در رویه قضایی فرانسه مقدم بر تصریح آن در قانون است. ماده ۱۴۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه پیش از اصلاحات ۱۳ ژانویه ۲۰۱۱ به داور اجازه می‌داد که در مورد اعتبار یا حدود صلاحیت خود تصمیم‌گیری نماید. ماده فوق حذف گردید، ولی با این حال، قانون‌گذار فرانسه در ماده ۱۴۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی کرد که داور می‌تواند صلاحیت خود را تعیین کند. این ماده در راستای اثر مثبت اصل مزبور بیان می‌

37. Nadja Erk-Kubat, *Jurisdictional Disputes: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings before National Courts and Arbitral Tribunals*, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2014), 34.

38. Priority.

39. لعیا جنیدی، بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸)، ۸۵.

40. Bernard Audit, "L'accord D'arbitrage Dans L'arbitrage Commercial International": <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/5%20-%20Audit.%202095-126.pdf> ; cass. civ. 1ère, 25 avril 2006, société dnm machinefabriek bv c. société tripette et renaud.

دارد: «دیوان داوری به‌تنهایی صلاحیت دارد که بر اختلاف در صلاحیت خود حکم کند».^{۴۱} باید افزود که به‌رغم موضوعات بیان‌شده، دیوان داوری دارای صلاحیت مطلق نیست. قسمت نخست ماده ۱۴۴۸ قانون مذکور در راستای اجرای گسترده اثر منفی اصل صلاحیت بر صلاحیت بیان می‌دارد: «در موردی که اختلافات مشمول موافقت‌نامه داوری در دادگاه مطرح می‌شود، دادگاه عدم صلاحیت خود را اعلام می‌کند، مگر اینکه دیوان داوری هنوز وارد رسیدگی نشده و قرارداد داوری، به‌طور واضح باطل یا آشکارا غیر قابل اجراست». همچنین، به نظر می‌رسد که مواد ۱۴۶۸ و ۱۴۶۹ قانون مذکور که دادگاه را از مداخله در داوری محدود می‌کند، تنها به داوری داخلی منحصر نیست و در صورت عدم توافق خلاف آن، در داوری تجاری بین‌المللی نیز اعمال می‌شوند. البته رأی وجود دارد مبنی بر اینکه زمان قطعی شدن داوری، زمانی خواهد بود که داوران صلاحیت خود را بپذیرند.^{۴۲} بنابراین، هرچند که در این مورد مجوز دیوان داوری وجود دارد، در مورد زمان دقیق یک دادگاه ملی برای بررسی صلاحیت دیوان داوری، اختلاف نظر وجود دارد. از ماده ۱۴۴۸ می‌توان پی برد که با شروع داوری، محاکم حق اظهار نظر در مورد قرارداد داوری را ندارند و تنها باید دعوا را به داوری ارجاع دهند. از این رو، بیان کرده‌اند که ماده مزبور تصمیم داور را جایگزین تصمیم قاضی نمی‌داند، بلکه آن را صلاحیت منحصر به فردی می‌داند که قاضی دولتی تنها محدود به بررسی اولیه است.^{۴۳}

ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی فرانسه برخی موارد را داوری‌پذیر نمی‌داند. این ماده مقرر داشته است: «ما نمی‌توانیم در مورد مسائل مربوط به دولت و اهلیت افراد، در آنچه مربوط به طلاق و جدایی قانونی یا در اختلافات مربوط به مقامات عمومی و مراکز عمومی است و به‌طور کلی، در همه موارد مربوط به نظم عمومی سازش کنیم. با این حال، دسته‌هایی از مؤسسات عمومی با ماهیت صنعتی و تجاری ممکن است با مصوبه مجاز به مصالحه شوند».

به‌رغم این ممنوعیت اصلی، پذیرفته شده است که اشخاص عمومی، تنها در صورت بروز اختلافات بین‌المللی، می‌توانند از توانایی دولت و اشخاص عمومی برای مصالحه در روابط بین‌الملل، به‌عنوان یک قاعده مادی فرانسوی و فراملی استفاده کنند.^{۴۴} ماده ۱۲۸ قانون تدارکات عمومی فرانسه^{۴۵} مقرر داشته است که برای تعیین بودجه عمومی هزینه و درآمد سال مالی ۱۹۰۶،

41. Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.

42. Supreme Court, Civil 1st, 25 Apr 2006, Rev. Arb. 79 (2007).

43. E. Gaillard, "L'effet négatif de la compétence-compétence", (Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret: Lausanne, 1999), 387.

44. Cass. Civ. 1re, 4 juil. 1972, Hecht, JDI 1972.843, note Oppetit (B.).

45. Code des marchés publics (édition 2016).

دولت، مقامات منطقه‌ای یا مؤسسات عمومی محلی می‌توانند برای تسویه هزینه‌های کار و لوازم خود، به داوری طبق مقررات کتاب قانون آیین دادرسی مدنی مراجعه نمایند که این شمول اصل صلاحیت بر صلاحیت را هم در برمی‌گیرد. همچنین، ماده ۱۴۶۵ در مقایسه با ماده ۱۴۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی می‌تواند در جهت غیر اجباری بودن اثر مثبت تفسیر شود؛ چراکه طراحان مصوبه جدید مشخص نکرده‌اند که این ماده، برخلاف ماده ۱۴۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی، که برای اثر منفی اصل صلاحیت بر صلاحیت مقرر شده، اجباری است. همچنین، در امور بین‌الملل، ماده ۱۵۰۶ ق.آ.د.م.ف، با اشاره به ماده ۱۴۶۵ ق.آ.د.م.ف، احتمال وجود یک شرط مخالف را پیش‌بینی کرده است. بنابراین، طرفین می‌توانند با توافق، امکان قضاوت در مورد صلاحیت نهاد مورد بحث را به نهادی دیگر، غیر از دادگاه داوری منصوب دهند. یکی از مقررات عمومی که ناظر بر شروط ناعادلانه است و به تبع شامل داوری هم می‌شود، دستورالعمل شماره 93/13/EEC اتحادیه اروپا مورخ ۵ آوریل ۱۹۹۳ در مورد شرایط ناعادلانه در قراردادهای منعقدۀ با مصرف‌کنندگان است که در برخی آرای مرتبط با داوری^{۴۶} مورد استناد قرار گرفته است. مطابق با ماده ۳ این دستورالعمل، شرط غیرمنصفانه یا تحمیلی شرطی است که باید به‌طور مشخص مورد مذاکره قرار نگرفته باشد.^{۴۷} بنابراین، این دستورالعمل بیشتر بر تعدیل الحاقی بودن قرارداد تمرکز دارد. بند ۶ ماده ۱ مقررۀ یادشده در مورد شروط تحمیلی در قراردادهای مصرف‌کننده مقرر می‌دارد: «کشورهای عضو باید شروط غیرمنصفانه‌ی به‌کاررفته در قراردادهای منعقدۀ توسط فروشنده یا عرضه‌کننده با مصرف‌کننده، همان‌طور که طبق قوانین ملی آن‌ها پیش‌بینی شده است را کنار گذارند، این شروط برای مصرف‌کننده الزام‌آور نیست و قرارداد منعقدۀ تحت آن شروط در صورت قادر بودن به ادامه حیات بدون شروط ناعادلانه طرفین را ملزم می‌کند». این مقررۀ همچنین می‌تواند در داوری‌هایی که میان طرفین قرارداد توازن وجود ندارد، برای نفی اثر منفی مستند قرار گیرد.

۲-۲. اصل صلاحیت بر صلاحیت در حقوق ایران

به دلیل ناشناخته بودن جایگاه این اصل در حقوق ایران، ضروری است که اصل مزبور در هر دو داوری داخلی و بین‌المللی بررسی گردد. بنابراین، نخست اصل مزبور در داوری بین‌المللی (۱-۲-۲) و سپس در داوری‌های داخلی تبیین شده است (۲-۲-۲).

46. Articulation du principe compétence-compétence avec « l'intérêt public que constitue la protection de consommateur » et le droit européen en la matière.

۴۷. ابراهیم تقی‌زاده و دیگران، «جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۱۰، (فروردین ۱۳۹۴)، ۱۸.

۱-۲-۲. شناسایی و حدود اصل صلاحیت بر صلاحیت در داوری بین‌المللی

ماده ۲۱ قواعد داوری آنسیترال این توانایی را به داور داده است که در مورد صلاحیت خود تصمیم‌گیری نماید و قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ که از قانون نمونه داوری آنسیترال اقتباس شده،^{۴۸} به‌صراحت در قسمت نخست بند یک ماده ۱۶ اصل مزبور را تقنین کرده است. بنابراین، مهم‌ترین مزیت انطباق قوانین ملی با قانون نمونه، متکی بودن بر معیارها و استانداردهای شناخته‌شده بین‌المللی داوری است.^{۴۹} می‌توان با عنوان اصل بنیادین یا به تعبیر برخی، قاعده فراملی^{۵۰} از آن یاد کرد؛ زیرا منافع مشترک تجارت بین‌الملل را تأمین می‌کند. البته به دلیل اینکه طرفین به استناد ماده ۱۹ قانون داوری تجاری بین‌المللی می‌توانند قانون حاکم بر آئین داوری را با توافق تعیین نمایند، در صورت حکومت قانون کشوری که اصل صلاحیت بر صلاحیت را برای داوری به رسمیت نمی‌شناسد، داور از حق و تکلیف بررسی صلاحیت برخوردار نیست؛ زیرا اجتهاد در برابر نص جایز نیست. برای مثال، در کشور چین یک مرجع داوری که در این کشور قرار دارد، باید قانون ملی را اعمال کند، از تشخیص صلاحیت امتناع ورزد و موضوع را به ارگان‌های اداری مرکز داوری یا به دادگاه‌ها ارجاع دهد.^{۵۱} این نمایندگی از مرجع داوری، منجر به مراجعه به روش تعارض قوانین به‌وسیله مرجع داوری می‌شود؛ زیرا دادگاه یا مرکز داوری با همین هدف صلاحیت تعیین صلاحیت داور را به دست گرفته است. در صورت پیش‌بینی قواعد فراملی در قرارداد طرفین، به‌رغم حاکمیت قانون کشوری که اصل مزبور را به رسمیت نمی‌شناسد، امکان استناد به اصل مزبور، به‌عنوان یک قاعده فراملی امکان‌پذیر است؛ زیرا مناسب‌ترین قاعده^{۵۲} برشمرده می‌شود. در واقع، اصل صلاحیت بر صلاحیت یک قاعده اساسی در هر نوع رسیدگی، از جمله رسیدگی داوری است.^{۵۳} بنابراین، مستفاد از مقررات مزبور این است که اصل یادشده از لحاظ قانون حاکم از آیین داوری جدا شده است.

۴۸. عبدالحسین شیروی، داوری تجاری بین‌المللی (تهران: سمت، ۱۳۹۱)، ۱۵؛ جنیدی، بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ۱۸.

۴۹. همایون مافی، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷)، ۱.

۵۰. جنیدی، قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی، ۱۵۷.

۵۱. ماده ۶ کمیسیون داوری اقتصادی و تجاری بین‌المللی چین اصلاح شده در ۲۰۱۵.

52. Ole Lando, «The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration», *The International and Comparative Law Quarterly*, No. 4, (October 1985), 754.

53. Horacio A. Grigera Naón, Droit applicable à la convention d'arbitrage international Sulamérica et Arsanovia v. Droit français, (Académie de Droit International de la HaRecueil Des Cours: Collected Courses of the Hague of the Academy of International law, Martinus Nijhoff Publishers, 2004): 411.

این اصل برای تشخیص صلاحیت داور در صورت ایراد بر اعتبار، وجود و دامنه موافقت‌نامه داوری ارائه شده است، اما بند ۲ ماده ۱۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی مقرر داشته است: «...داور در مورد جرح اتخاذ تصمیم می‌کند، مگر اینکه داور مورد جرح از سمت خود کناره‌گیری کند و یا طرف مقابل نیز جرح را بپذیرد». در مورد حدود این اصل باید گفت که در حقوق داوری داخلی، به موجب ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه به ادعای جرح رسیدگی می‌نماید. این ماده مقرر داشته است: «...دادگاه پس از وصول اعتراض، رسیدگی می‌نماید و چنانچه اعتراض را وارد تشخیص دهد، داوری دیگر تعیین می‌کند». از این رو، در داوری‌های بین‌المللی برخی این تفکیک را از میان برده، معتقدند که داور می‌تواند هر دو نوع صلاحیت مزبور را استماع نماید و می‌تواند به انواع و اشکال اختلاف قرارداد داوری رسیدگی نماید.^{۵۴} در تأیید این دیدگاه می‌توان گفت که به نظر می‌رسد یکم، این موارد خصوصیتی ندارند و در نتیجه داور به موجب این اصل می‌تواند راجع به صلاحیت خود نیز رأی دهد. دوم، صلاحیت شخصی و موضوعی داور چندان قابل تفکیک نیستند و با پذیرش اصل مزبور، میان این موارد را که همه ابتدائاً مبنای قراردادی دارند جمع می‌بندیم. البته در بحث ختم دعوی طرفین به صلح (ماده ۲۸ ق.د.ت.ب)، عدل و انصاف یا کدخدامنشی (بند ۳ ماده ۲۷ ق.د.ت.ب) طرفین باید این اختیار را به داور واگذار کرده باشند، پس این موارد مشمول اصل صلاحیت بر صلاحیت نیستند؛ زیرا تنها با اختیار طرفین قابل واگذاری به داور است، در حالی که اصل صلاحیت بر صلاحیت برای رفع تعارض صلاحیت میان مرجع داوری و دادگاه است و بنابراین، از حیث زمانی اصل صلاحیت بر صلاحیت مقدم بر موارد مزبور است. در پایان باید گفت که تفسیر اثر منفی اصل صلاحیت بر صلاحیت که در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی پیش‌بینی شده و موارد عدم اجرای آن به مثابه داوری داخلی است، در ادامه بررسی شده است.

۲-۲-۲. شناسایی و اعمال اصل صلاحیت بر صلاحیت در داوری داخلی

در قانون آیین دادرسی مدنی، راجع به امکان تشخیص صلاحیت به وسیله مرجع داوری هیچ مقرر صریحی پیش‌بینی نشده است. همین امر موجب شده که برخی قائل به عدم وجود حقی برای داور در قانون آیین دادرسی مدنی برای تصمیم‌گیری در ایراد عدم صلاحیت شوند.^{۵۵} در نقد دیدگاه مزبور می‌توان گفت که عدم تصریح به حق و تکلیف داور در بررسی صلاحیت در داوری‌های موضوع قانون آیین دادرسی مدنی، به دلیل بدیهی بودن آن است. همچنان که قانون‌گذار با پیش‌بینی

۵۴. جنیدی، بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ۷۲.

۵۵. عبدالله شمس، «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، (پاییز ۱۳۸۲): ۳۷.

امکان ابطال رأی داور به استناد بی‌اعتباری قرارداد داوری یا خروج داور از قلمرو موافقت‌نامه داوری در ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، بر تشخیص صلاحیت به وسیله داور، انگشت صحه نهاده و آن را پذیرفته است. عدم پذیرش این نظر موجب می‌شود که دادگاه دو بار راجع به صلاحیت داور رسیدگی نماید؛ یعنی افزون بر تشخیص صلاحیت داور پیش از شروع رسیدگی داوری، پس از صدور رأی داور نیز محکوم له بتواند با استناد به ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، مجدداً آن را در دسترس رسیدگی دادگاه قرار دهد که بدیهی است این امر خلاف اصول دادرسی و نقض قاعده اعتبار امر مختومه برشمرده می‌شود. افزون بر تفسیر لفظی مزبور، داور می‌تواند با استناد به ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی صلاحیت خود را تشخیص دهد؛ زیرا ماده مزبور مرجع تشخیص صلاحیت هر دادگاه را خود آن دادگاه می‌داند. این ماده را می‌توان قاعده حقوقی برشمرد؛ زیرا علمای حقوق و بدیهیات عقلی و عرفی^{۵۶} آن را قابل اعمال در داوری می‌دانند. همچنین، عدم پذیرش اطلاق دادگاه بر مرجع داوری موجب می‌شود که این نهاد فاقد مشروعیت به شمار آمده، در نتیجه هیچ‌گاه نتواند رأی الزام‌آوری صادر نماید. اصل ۳۴ قانون اساسی در این زمینه مقرر داشته است: «دادخواهی، حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد». بدیهی است که در حقوق ایران نیز می‌توان از دادگاه داوری یاد کرد؛ زیرا اصل ۳۴ تنها از دادگاه صالح یاد کرده است که داوری را هم شامل می‌شود، و الا هیچ‌گاه داوری نمی‌تواند مرجع حل اختلاف طرفین باشد؛ چراکه قانون اساسی تنها از دادگاه یاد کرده است.

از اصل ۳۴ همچنین می‌توان پی برد که اصل دسترسی به قاضی و دادگستری تنها ناظر به مراجع عمومی نیست و شامل داور، به‌عنوان قاضی خصوصی نیز می‌شود. همچنین، داوری را می‌توان مشمول حق بر دادگستری سریع و ارزان دانست که تحقق این حق در گرو اجرای اصولی و صحیح اثر منفی است؛ زیرا حق مزبور به تعبیر برخی، تنها شامل حق شنیدن ماهیت دعوا نیست و امور غیر از ماهیت دعوا، مانند صلاحیت را نیز در برمی‌گیرد.^{۵۷} بنابراین، این حق بر آیین دادرسی موجب تحقق عدالت شده، عدالت در دسترس در این معنا را می‌توان در اینجا به مفهوم حق برشمرد. رأی وحدت رویه شماره ۱۲ مورخ ۱۳۶۰/۳/۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که با صراحتی بیشتر به حق دسترسی به عدالت توجه کرده درخور توجه است: «نظر به اینکه مرجع

۵۶. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶)، ۱۵.

۵۷. حسن محسنی، «اصل دسترسی به عدالت و حق دادخواهی دولت»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳ (مهر ۱۳۹۶)، ۵۳۴.

تظلمات عمومی دادگستری است، بنابراین به جز آنچه در قانون مستثنا شده... انواع مختلفی دعاوی... در دادگاه‌های دادگستری قابل استماع و رسیدگی است...». رأی مزبور تنها به مواردی که صریحاً مستثنا شده است اشاره ندارد، بلکه مواردی را که به شکل ضمنی مستثنا شده‌اند نیز قابل طرح در دادگستری نیستند که صلاحیت مرجع داور در زمره آن موارد است.

همچنین، برخی با استناد به ماده ۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی معتقدند: «در صورت اختلاف در وجود و عدم و صحت و بطلان قرارداد داور دادگاه باید بدان رسیدگی نماید، و الا مراجعه به داور امکان‌پذیر نیست».^{۵۸} این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داور بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهار نظر می‌نماید». پیرامون ماده مزبور نظرات مختلفی بیان شده است، اما هیچ‌کدام از تحلیل‌ها با توجه به اصل صلاحیت بر صلاحیت نبوده و به همین دلیل قابل ایراد به نظر می‌رسند. افزون بر تناقض نظر مزبور با دیدگاه عمومی حقوق دانان،^{۵۹} تفسیر لفظی ماده یادشده چنین مجوزی را به دست نمی‌دهد؛ زیرا در آن از واژه «ابتدا» و «اظهار نظر» استفاده شده که لازم است پیش از آن، دعوی میان طرفین طرح شده باشد. البته گروهی دیگر از حقوق دانان از ماده مزبور این‌گونه برداشت کرده‌اند که افزون بر مرحله ابطال رأی، در حالت تعیین داور به وسیله دادگاه یا اقامه اصل دعوا از سوی خواهان در دادگاه که ایراد بی‌اعتباری قرارداد داور به وسیله خواننده در آن صورت می‌گیرد نیز دادگاه می‌تواند به اعتبار قرارداد رسیدگی نماید،^{۶۰} و در رویه قضایی نیز طرح دعوی تقابل به خواسته ابطال قرارداد داور در برابر خواسته تعیین داور پذیرفته شده است،^{۶۱} اما این استدلال نیز دارای ایراد است؛ زیرا دادگاه نمی‌تواند فقط با اتکاء به ایراد طرف مستنکف، وارد یک دعوی تمام‌عیار، تحت عنوان بطلان قرارداد اصلی شود؛^{۶۲} زیرا خلاف اصول دادرسی بوده و نیازمند طرح دعوا با خواسته معین است، پس با توجه به اینکه قانون‌گذار در مقام بیان بوده است، اگر همین نظر را ملاک می‌دانست، آن را صریحاً پیش‌بینی می‌کرد، درحالی‌که در ماده یادشده از اختلاف طرفین حین رسیدگی به دعوی دیگری یاد شده و همچنین دادگاه نسبت به آن، اقدام به صدور حکم نکرده است، بلکه اظهار نظر می‌نماید، درحالی‌که در دعوی اعلام بطلان قرارداد، دادگاه باید اقدام به صدور حکم نماید.

۵۸. مرتضی یوسف زاده، آیین داور (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲)، ۷۳؛ کریمی و پرتو، ۱۳۹۲، ۱۰۹.
۵۹. اسکینی، «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داور از قرارداد اصلی»، ۱۱؛ جهانیان و دیگران، «اعمال اصل صلاحیت بر صلاحیت در داور پذیرد دعوی»، ۴۸-۴۵.
۶۰. شمس، «موافقت‌نامه داور و صلاحیت دادگاه»، ۳۸.
۶۱. دادنامه شماره ۹/۶۰۲ مورخ ۶۹/۱۰/۱۰ شعبه نهم دیوان عالی کشور.
۶۲. یوسف زاده، آیین داور، ۷۴.

از این رو، ماده مزبور را با توجه به اصل صلاحیت بر صلاحیت باید بدین صورت تفسیر کرد: ۱. پیش از آغاز داور، دعوای اصلی در دادگاه طرح شده باشد که در این فرض، دادگاه راجع به آن اظهار نظر می‌کند و در صورتی که قرارداد داور آشکارا باطل یا غیر قابل اجرا باشد، آن را بی‌اثر می‌شمارد و در دعوای خواهان حکم می‌دهد، و الا طرفین را به داور ارجاع می‌دهد. ۲. در جایگاه اصلی، آنکه پس از صدور رأی است دادگاه آن را باطل بداند. به همین دلیل، ماده یادشده از اختلاف نظر و نه دعوای طرفین یاد کرده است. اگر قائل به امکان طرح مستقل دعوای ابطال باشیم، می‌توان ماده مزبور را در جایی که داور به وسیله دادگاه باید تعیین شود نیز مطرح کرد که در آن صورت، مدعی ابطال باید مستقلاً دعوای ابطال را طرح کند و از تعیین داور جلوگیری نماید، مگر اینکه قرارداد داور آشکارا باطل یا غیر قابل اجرا باشد که در این صورت، نیازی به طرح دعوای مستقل هم نیست؛ زیرا قرارداد مزبور ذاتاً بی‌اثر است. بنابراین، این دیدگاه که قائل به جواز درخواست اصلی برای بطلان قرارداد داور است،^{۶۳} با مبانی حقوق ایران که برگرفته از قانون‌گذار فرانسوی است، سازگار نیست. در حقوق ایران نیز دخالت دادگاه جنبه مساعدتی در داور دارد و بنابراین فقط برای یک منظور، یعنی کمک در داور، می‌توان به دادگاه مراجعه کرد. طرفین نمی‌توانند برای اثبات بی‌اعتباری توافق داور، حتی بی‌اعتباری آشکار، دعوایی مستقل را در برابر قاضی دادگاه مطرح نمایند؛ زیرا خلاف فلسفه داور است، و الا همیشه خواننده دعوای با تمسک به این دعوای موجبات تأخیر در داور را فراهم می‌نماید،^{۶۴} پس استناد به قصد طرفین^{۶۵} نیز راهگشا نیست. همچنین، در بیان مبنای قاعده نفی صلاحیت بیان کردیم که ماهیت قضایی داور، مبنا برشمرده می‌شود و این نشان می‌دهد که داور، قرارداد صرف نیست، بلکه ماهیت قضایی آن موجب می‌شود که برخلاف سایر قراردادهای، دعوای بطلان قرارداد داور بدو دادگاه قابل طرح نباشد. این اصل که صرفاً راه حل رفع تعارض صلاحیت میان دادگاه و داور است، نیازی به تصریح مقنن ندارد و وحدت مفهومی اصل، در حقیقت یک وحدت رژیم حقوقی میان داور داخلی یا بین‌المللی ایجاد می‌نماید؛ امری که تمایز بین داور داخلی و داور بین‌المللی را غیر ضروری می‌کند.

در باب امری یا تکمیلی بودن ماده مزبور (۶۱) نیز اظهار نظر شده که ماده مزبور غیر امری است،^{۶۶} اما به نظر می‌رسد که با وجود تفسیر یادشده که قائل به دخالت مستقیم مرجع داور است و نه دادگاه، ماده یادشده امری است و غیر امری بودن ماده مزبور با فلسفه اصل صلاحیت بر صلاحیت

۶۳. جهانیان و شهبازی‌نیا، «اعمال اصل صلاحیت بر صلاحیت در داور پذیر دعوای»، ۴۹.

۶۴. هیچ‌گاه در حقوق فرانسه و به تبع حقوق ایران، تشخیص صلاحیت قاضی به مرجعی دیگر واگذار نشده است. در واقع، نظری غیر از این در عمل، موجب انکار عدالت داور خواهد شد.

۶۵. جهانیان و شهبازی‌نیا، «اعمال اصل صلاحیت بر صلاحیت در داور پذیر دعوای»، ۴۸.

۶۶. کریمی و پرتو، حقوق داور داخلی، ۱۸؛ یوسف‌زاده، آیین داور، ۷۵.

که برای رفع تعارض صلاحیت وضع شده است سازگار به نظر نمی‌رسد و در راستای حمایت از داوری و مبنای قضایی اصل مزبور نیست. همچنین، نمی‌توان دو قانون داوری داخلی و قانون داوری تجاری بین‌المللی را بیگانه دانست و داور با قبول داوری، به‌مثابه قاضی دولتی، تعهد به نتیجه را بر عهده می‌گیرد و از باب وجوب قضاوت، وجوب رسیدگی به امر صلاحیت را بر عهده دارد. با ظهور صلاحیت داوری، محلی برای رسیدگی دادگاه باقی نمی‌ماند، اما عکس این قضیه صادق نیست. به‌عبارت‌دیگر، افزون بر اینکه رسیدگی ابتدایی به اعتبار قرارداد داوری در دادگاه امکان‌پذیر نیست، با وجود مرجع داوری، دادگاه امکان مداخله ندارد؛ زیرا هنگامی که مرجعی واجد رسیدگی شناخته می‌شود، به‌طور ضمنی بر این دلالت دارد که سایر مراجع دارای صلاحیت نیستند.^{۶۷} بنابراین، قواعد داوری از حیث اصولی بر ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی حکومت دارد. حتی می‌توان فراتر رفت و قائل به امری بودن امکان تشخیص صلاحیت از سوی داور، از جمله به دلیل ماهیت قضایی و استقلال آن بود؛ به این معنا که هیچ شخصی با توافق طرفین نتواند صلاحیت داور را تشخیص دهد، چراکه به تعبیر برخی،^{۶۸} این مقررات به‌منظور اعمال صحیح عدالت قضایی وضع شده است و توافق اصحاب دعوا برخلاف آن قابل پذیرش نیست.

در مرحله پس از صدور رأی، برخی از حقوق‌دانان معتقدند که دادگاه برای از بین بردن ظاهر رأی داوری که باطل مطلق است، باید حکم به بطلان صادر نماید^{۶۹} و عده‌ای قائل به ضرورت طرح دعوای مستقل در فرض عدم قابلیت اجرای آشکار رأی داوری شده‌اند.^{۷۰} در این راستا، به نظر نمی‌رسد که بتوان از رأی داوری وحدت ملاک گرفت، پس می‌توان این مورد را همانند انصراف ضمنی طرفین بر شمرد و قرارداد را در حکم عدم دانست و در نتیجه، نیازی به صدور حکم بر بطلان قرارداد نیست؛ زیرا در فرض آشکارا باطل بودن، قرارداد داوری ظهور ندارد. ما با تحلیل اخیر موافق خواهیم بود؛ زیرا ارجاع به داوری که با اثر منفی صلاحیت بر صلاحیت اعمال شده است، تنها در صورت تأیید ظواهر صلاحیت داوری، برای ما توجیه‌پذیر است.

البته این ایراد که اثر منفی می‌تواند موجبات امکان تضییع حقوق اشخاص را فراهم نماید پذیرفته نیست؛ زیرا موافقت‌نامه‌های داوری با رعایت نکردن اصل برابری طرفین که هر یک از طرفین را ملزم به تعیین داور تحت همان شرایط می‌کند، می‌تواند جایگاه بطلان قرارداد داوری

۶۷. مهدی حسن‌زاده و دیگران؛ «توسعه صلاحیت نسبی ناشی از ارتباط دعوای در ایران و فرانسه با نگاهی به رویه قضایی»، حقوقی دادگستری، شماره صد و نه (فروردین ۱۳۹۹): ۸۰.

۶۸. خیرالله هرمزی، «لوازم عقلی دعوا»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره سی و دوم، (پاییز ۱۳۹۹): ۹۸.

۶۹. جنیدی، بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، ۱۲۱.

۷۰. یوسف‌زاده، آیین داوری، ۲۴۵.

باشد؛ ولی همچنین لازم است که رعایت نکردن اصل برابری طرفین خود آشکار باشد. ناتوانی در تأمین شرایط دعوا، مانند هزینه داوری که (پیش از پرداخت هزینه‌ها، داوری به جریان نمی‌افتد) به عدم قبول داور منتهی می‌شود و منطقی است که داوری خاتمه یابد.^{۷۸} بنابراین، همان‌طور که مشاهده می‌شود، داور در صورتی ملزم به پذیرش دعواست که هزینه مربوطه پرداخت گردد یا داور از آن صرف‌نظر نماید. همین بحث در مورد دعوی متقابل قابل طرح است که در صورت ناتوانی مالی خواهان دعوی تقابل، داور تکلیفی به رسیدگی ندارد،^{۷۲} حتی ممکن است که عدم پذیرش دعوی طرف ضعیف قرارداد موجب شود که دعوی ایشان مشمول اعتبار امر مختومه شده، بعداً هم قابل طرح نباشد.^{۷۳} هدف بحث، حمایت از طرف ضعیف در قراردادهای کارگر و مصرف‌کننده کالا و خدمات است. مطابق دستورالعمل شماره ۹۳/۳ مورخ ۵ آوریل ۱۹۹۳ اروپایی در مورد شروط غیرمنصفانه (قراردادهای مصرف‌کننده)، شرط داوری می‌تواند یکی از انواع شرط غیر منصفانه (ماده ۳) باشد و در نتیجه، غیر قابل اجرا تلقی شود (بند ۱ ماده ۶). همچنین، در مواردی طرفین از قرارداد نمونه‌ای استفاده می‌کنند که شرط مذکور در آن پیش‌بینی شده است. برخی در این نوع داوری تشکیک کرده‌اند، زیرا اصل بر عدم داوری است.^{۷۴} دیدگاه مزبور قابل پذیرش نیست؛ زیرا نیازی به امضای مستقل موافقت‌نامه داوری نیست و کافی است موافقت‌نامه داوری از سوی طرفین پذیرفته شده باشد.^{۷۵} در قاعده کلی، معیار را عدم تعادل جدی در حقوق و تعهدات طرفین انتخاب کرده‌اند،^{۷۶} اما مبنای بطلان قرارداد داوری، بر هم خوردن برابری طرفین است. این امر مصداق عبارتی است که داوری را تنها جایی که توازن قدرت برقرار باشد، مجری می‌داند.^{۷۷} همچنین، نظر صحیح‌تر این است که در فرض مزبور، قرارداد داوری صحیح است، اما در برابر مصرف‌کننده قابل اجرا نیست؛ زیرا اصل بر این است که قرارداد الحاقی صحیح است.^{۷۸} بنابراین، با این تعبیر می‌توان آن را مشمول بطلان نسبی دانست و در نتیجه، شرط مزبور در برابر مصرف‌کننده باطل است،^{۷۹} اما به دلیل دوجانبه بودن تعهد داوری و حسب قاعده، اقدام شرط مزبور موجب ایجاد حق فسخ برای قرارداد اصلی نمی‌شود.

۷۱. بند ۴ ماده ۴۳ قواعد داوری آنسیترال «اصلاحی (۲۰۱۰)».

۷۲. خدابخش، حقوق داوری و دعوی مربوط به آن، ۲۷۳ و ۲۷۷.

۷۳. جواد شمسی، دعوی متقابل (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ۴۰.

۷۴. خدابخش، حقوق داوری و دعوی مربوط به آن، ۳۲۰.

۷۵. اشمیتوف کلاپوم، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی، چاپ دوم، (تهران: سمت، ۱۳۹۰)، ۱۱۰۰.

۷۶. تقی‌زاده و احمدی، «جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران»، ۱۹.

77. Code de la Consommation [C. De La Consommation] art. L132-1 (Fr.).

۷۸. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای تعهدات (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۸)، ۸۹.

۷۹. سعید محسنی و دیگران، «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، مجله دانش و توسعه، شماره ۳۳ (زمستان ۱۳۸۹): ۴.

نتیجه‌گیری

صلاحیت بر صلاحیت یک اصل کلی داوری تجاری داخلی و بین‌المللی است و تقریباً در هر نظام حقوقی ملی به رسمیت شناخته شده است. حمایت‌های قانونی و رویه قضایی در راستای اجرای این اصل ضروری به نظر می‌رسد. همچنین، وجود ابهام در این اصل به دلیل نظارت دادگاه‌هاست و لذا در داوری در نظام‌های حقوقی مختلف، در پذیرش کامل آن اختلاف دیدگاه وجود دارد. در نظام حقوقی رومی - ژرمنی مانند فرانسه، داوران اختیار گسترده‌ای برای تعیین صلاحیت خود دارند. در ایران، برخلاف داوری داخلی که راجع به امکان تشخیص صلاحیت به وسیله داور اختلاف نظر وجود دارد، در داوری تجاری بین‌المللی قانون‌گذار به صراحت این امر را پیش‌بینی کرده است، اما در همین قانون نیز این اصل در صورتی به درستی اجرا می‌شود که بطلان و عدم قابلیت اجرا از جانب دادگاه به صورت ظاهری بررسی شود. همان‌طور که گفتیم، تنها مبنای صحیح قابل ارائه برای اصل مزبور، ماهیت قضایی داوری است. در اعمال اصل صلاحیت بر صلاحیت باید توجه داشت که اثر منفی این اصل در جایی که توازن قدرت میان طرفین قرارداد موجود نباشد، اعمال نمی‌شود. پیشنهاد می‌شود برای ایجاد وحدت رویه و حفظ استقلال و اعتبار داوری، ماده‌ای مبنی بر اصل صلاحیت بر صلاحیت در قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی گردد. در این راستا، متن پیشنهادی برای تدوین ماده مذکور بدین شرح است: «تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت مرجع داوری نسبت به دعوایی که به آن رجوع شده با خود آن مرجع است. در مواردی که اختلافاتی که مشمول موافقت‌نامه داوری است در دادگاه مطرح شود، دادگاه دعوا را غیر قابل استماع اعلام می‌نماید؛ مگر اینکه مرجع داوری هنوز وارد رسیدگی نشده باشد و همچنین قرارداد داوری به‌طور روشن باطل بوده و یا آشکارا غیر قابل اجرا باشد».

سیاهه منابع

الف. کتب و مقالات

الف-۱. فارسی

- اسکینی، ربیعا. «مبانی نظری اصل استقلال موافقت‌نامه داوری از قرارداد اصلی در حقوق تطبیقی»، نامه مفید، شماره ۴۳ (۱۳۸۳): ۵-۳۰.
- اشمیتوف، کلا یوم. حقوق تجارت بین‌الملل. ترجمه دکتر بهروز اخلاقی. جلد دوم، چاپ دوم، تهران: سمت، ۱۳۹۰.
- انصاری، علی، و حجت مبین. «قواعد فراملی در داوری تجاری بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق خصوصی، دوره ۴۰، شماره ۳ (۱۳۸۹): ۳۷-۵۶.
- تقی‌زاده، ابراهیم، و افشین احمدی. «جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۳، شماره ۱۰ (۱۳۹۴): ۹-۴۲.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ترمینولوژی حقوق. چاپ سی‌ام، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۶.
- جنیدی، لعیا. بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- جنیدی، لعیا. قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی. چاپ یکم، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶.
- جهانیان، مجتبی و مرتضی شهبازی‌نیا. «اعمال اصل صلاحیت بر صلاحیت در داوری پذیری دعاوی: بررسی تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال بیست و سوم، شماره ۲ (۱۳۹۸): ۳۳-۵۶.
- حسن‌زاده، مهدی، و بدیع فتحی «توسعه صلاحیت نسبی ناشی از ارتباط دعاوی در ایران و فرانسه با نگاهی به رویه قضایی»، حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۰۹ (۱۳۹۹): ۷۷-۹۹.
- خدابخشی، عبدالله. حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
- رهبیک، سیامک. حقوق قراردادها. چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۰.
- شریعت باقری، محمدجواد، «آثار الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۳۶، (۱۳۸۰): ۴۹-۹۶.
- شمس، عبدالله. «موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه»، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷ (۱۳۸۲): ۹-۴۴.
- شمسی، جواد. دعاوی متقابل. چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات. چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۸.

مافی، همایون. شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران. چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷.

محسنی، حسن. «اصل دسترسی به عدالت و حق دادخواهی دولت»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۳ (۱۳۹۶): ۵۳۱-۵۵۰.

محسنی، سعید، و سیدمحمد مهدی قبولی درافشان. «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، مجله دانش و توسعه، دوره ۱۷، شماره ۳۳ (۱۳۸۹): ۲۴۵-۲۷۰.

یوسف زاده، مرتضی. آیین داوری. چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.

الف-۲. لاتین

Arigho, Redmond. "The Supremacy of European Union Law: An Inevitable Revolution or Federalism in Action?", *Ireland: Journal of Postgraduate Research Trinity College Dublin*, no. 13 (2014): 7-23.

Grigera Naón, Horacio A., *Droit applicable à la convention d'arbitrage international Sulamérica et Arsanovia v. Droit français*, Académie de Droit International de la HaRecueil Des Cours: Collected Courses of the Hague of the Academy of International law, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

Gaillard, E. "L'effet négatif de la compétence-compétence." *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999.

Nadja Erk-Kubat. *Jurisdictional Disputes: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings before National Courts and Arbitral Tribunals*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2014.

Kauharu, Amokura. "Arbitral jurisdiction", vol. 23, (2008): 238-264.

Moreau, Marie-Ange, *Contrat de travail international. Inopposabilité de la clause compromissoire*. Droit Social, Dalloz, 1999.

Lando, Ole. "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration." *The International and Comparative Law Quarterly*, No. 4 (1985): 747-768.

Landolt, Phillip. "The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz." *Journal of International Arbitration* 30, no. 5 (2013): 511-530.

Özmumcu, Seda. "The Principle of Separability and Competence – Competence in Turkish Civil Procedure Code No. 6100." [*Annales XLV, N. 62, 263-276*]. (2013), 263-276.

Sklenyte, Aiste. "International Arbitration." Master diss., *The Aarhus School of Business Fuglesangs Allé 4 8210 Århus V*, 2003.

Susler, Ozlem. "Arbitral jurisdiction in france." *vindobona journal of international commercial law and arbitration*, no. 17 (2003): 1 – 24.

ب. وب سایت‌ها

Castillo Ortiz, Pablo José, Google, "Under which conditions do courts declare their Kompetenz-Kompetenz? A fsQCA analysis of rulings on the Lisbon Treaty", accessed March 1, 2021, http://ipp.csic.es/sites/default/files/content/event/2013/paper_the_last_say_new.pdf, 2013.

Bernard Audit, L'accord D'arbitrage Dans L'arbitrage Commercial International, <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/5%20-%20Audit.%2095-126.pdf>.

Train, François Xavier, "Droit applicable à la convention d'arbitrage international Sulamérica et Arsanovia v". Droit français, 2015, https://library.iccwbo.org/content/dr/modals/abstracts/ARTICLES/incl-modal-abstract_ART_DOSS_0019_CH10.htm

Google. "How Should One Define the Principles of 'Kompetenz-Kompetenz'." LawTeacher.net. 11 2013. All Answers Ltd. 06 2023, 18:30, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/commercial-law/how-should-one-define-law-essays.php?vref=1>.

