

**Negative Effect of the Principle of Competence-Competence in
Arbitration and Denial of the Competence of the Court**

Javad Shamsi *
Homayoun Mafi**

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2023.702410

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1402.40.70.5.6

Abstract

One of the important issues in arbitration is resolving the conflict between the competence of the court and the arbitration authority. Denial of the competence of the court arises from the principle of competence-competence. The rule of denial of competence means that basically because of the negative effect caused by the competence of the arbitral tribunal, a claim in the court is not admissible until the end of the arbitration proceedings. The competence of judicial authorities is general, while the competence of arbitral tribunals is specific. Therefore, the competence of arbitral tribunals is exceptional, and while narrowly interpreting their competence in cases of doubt, the general jurisdiction of judicial authorities will be invoked. The agreement of the parties to the dispute to refer to arbitration does not negate the absolute jurisdiction of the court, and the court performs its assisting duties (and not supervisory) by the law during the arbitration. The negative effect of competence-competence means that the arbitrators must be the first judges of their own jurisdiction. Therefore, the supervision of the courts is postponed until the stage of annulment or execution of the arbitration award according to the arbitration agreement. The present article, while examining the denial of jurisdiction, studies the suspension of the jurisdiction of the court because of the agreement of the parties to refer to arbitration. The findings of this study show that the negative effect of the arbitration agreement hinders the exercise of jurisdiction of the court and causes the suspension of judicial proceedings. Therefore, the parties' agreement to refer to arbitration does not substantially invalidate the court's jurisdiction and only suspends it, which is restored as soon as the suspension of the jurisdiction of the court is lifted and the court can exercise its jurisdiction over the dispute.

Keywords

Arbitration Agreement, Competence of the Court, Competence of the Arbitrator, Denial of Competence, Nullity of Contract.

* Corresponding Author, PhD Candidate in Private Law, University of Judicial Sciences, Tehran, Iran, javashamsi@gmail.com

** Professor at Judicial Law Faculty, University of Judicial Sciences, Tehran, Iran, hmynmafi@gmail.com



اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت در داوری و نفی صلاحیت دادگاه

جواد شمسی *

همایون مافی **

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2023.702410

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1402.40.70.5.6

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۶/۳۱

چکیده

یکی از مسائل مهم حوزه داوری، چگونگی حل تعارض صلاحیت دادگاه و مرجع داوری است. نفی صلاحیت دادگاه ناشی از اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت است. قاعده نفی صلاحیت به این مفهوم است که اصولاً به دلیل تحقق اثر منفی ناشی از ظهور صلاحیت داوری، تا پایان فرایند رسیدگی داوری طرح دعوا در دادگاه مسموع نیست. صلاحیت مراجع قضایی عام و صلاحیت مراجع داوری خاص است؛ لذا صلاحیت مراجع داوری استثنایی بوده و ضمن تفسیر مضیق از صلاحیت آن‌ها در موارد تردید، به اصل صلاحیت عام مراجع قضایی استناد می‌شود. توافق اصحاب دعوا در ارجاع به داوری نافه صلاحیت مطلق دادگاه نیست و دادگاه در جریان داوری به انجام وظایف مساعدتی (و نه نظارتی) خود در قانون می‌پردازد. اثر منفی صلاحیت نسبت به صلاحیت به این معنا است که داوران باید اولین قضات صلاحیت خود باشند؛ لذا نظارت دادگاه‌ها تا مرحله ابطال یا اجرای رأی داوری بر اساس موافقت‌نامه داوری به تعویق می‌افتد. مقاله حاضر در بررسی نفی صلاحیت دادگاه، به تعلیق صلاحیت دادگاه با وجود توافق طرفین در رجوع به داوری پرداخته است. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که اثر سلبی موافقت‌نامه داوری مانع اعمال صلاحیت دادگاه شده و موجب تعلیق دادرسی قضایی می‌شود؛ لذا توافق طرفین در رجوع به داوری، صلاحیت دادگاه را اساساً از بین نبرده و صرفاً آن را معلق می‌کند که به محض رفع عامل تعلیق، صلاحیت دادگاه اعاده شده و دادگاه می‌تواند صلاحیت خود را بر موضوع اختلاف اعمال کند.

واژگان کلیدی

موافقت‌نامه داوری، صلاحیت دادگاه، صلاحیت داور، نفی صلاحیت، بطلان قرارداد

مقدمه

اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت به‌عنوان یکی از اصول شکلی حاکم بر داوری از اصل کلی حقوق دادرسی که به موجب آن هر قاضی، قاضی صلاحیت خویش است، اتخاذ شده و از ماده ۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز قابل استنباط است. برخلاف اثر مثبت اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت که ناظر به حق و تکلیف داور و دیوان داوری است، جنبه منفی اصل یادشده در مقام بیان حق و تکلیف دادگاه در برابر دیوان داوری است. اثر منفی علاوه بر اینکه راهکاری برای استفاده کامل از اثر مثبت محسوب می‌شود، همچنین موجب منتفی شدن رسیدگی موازی می‌شود. هیچ داوری چه در سطح داخلی و چه در سطح بین‌المللی صلاحیت رسیدگی به اختلافی را ندارد، مگر اینکه در سند مؤسس آن یا قرارداد داوری به‌صراحت چنین اختیاری از سوی طرفین اختلاف به او داده شده باشد. دلیل این محدودیت این است که داور برخلاف قاضی، اختیار خود را برای فصل خصومت از قدرت حاکمه نمی‌گیرد، بلکه این اختیار از اصل آزادی اراده طرفین ناشی می‌شود؛ لذا داور یا دیوان داوری باید صلاحیت خود را به‌عنوان استثنا در حد قدر متیقن اعمال کند.^۱ اثر مثبت یا ایجابی موافقت‌نامه داوری، ایجاد صلاحیت برای مراجع داوری در رسیدگی به دعاوی مطروح نزد آن است، مگر اینکه خلاف آن در مرجع قضایی به اثبات برسد. اثر منفی یا سلبی موافقت‌نامه داوری، تخصیص صلاحیت دادگاهها و عدم استماع دعوا توسط آنان است که از صلاحیت عام برای رسیدگی به دعاوی برخوردار هستند. نتیجه آن، تسلیم دعاوی ناشی از تعهدات قراردادی طرفین به داوری است. هدف از اثر منفی این است که به منظور تجویز داوران در رسیدگی به صلاحیت ابتدایی خود، صلاحیت مراجع قضایی با مانع قانونی مواجه شود.^۲ پرسش‌هایی که مطرح می‌شوند عبارت‌اند از این که آیا دیوان داوری می‌تواند در مورد صلاحیت خود تصمیم بگیرد؟ در چه مرحله‌ای از فرآیند داوری مداخله قضایی دادگاهها ضرورت می‌یابد؟ اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت با جنبه سلبی و منفی خود، مانع از تصمیم‌گیری دادگاهها می‌شود و لذا برخی انتقادات بر آن وارد می‌شود زیرا دادگاه نه تنها از قدرت تصمیم‌گیری درباره صلاحیت بر موضوع داوری، بلکه از توانایی خود به‌عنوان مرجع دادگستری دارای صلاحیت عام نیز موقتاً محروم می‌شود. به نظر می‌رسد اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، نظارت کامل دادگاههای دادگستری را سلب نموده و قدرت تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت را برای دادگاههای عمومی بعد از صدور رأی، همچنان باقی می‌گذارد. دادگاهی که با پرسش در مورد وجود یا اعتبار موافقت‌نامه داوری مواجه می‌شود باید از استماع دلایل در مورد صلاحیت داوران خودداری کند تا زمانی که داوران، خود به اتخاذ تصمیم بپردازند.^۳ لازم به ذکر است که این مقاله هر دو وضعیت داوری داخلی و بین‌المللی را به دلیل وحدت آثار ناشی از اصل یادشده شامل می‌شود و از این حیث تفاوتی میان این دو وجود ندارد؛ لذا پس از

۱. ریاضی، علی اکبر؛ فن وکالت به‌عنوان حرفه‌ای مستقل در طیف مشاغل حقوقی، ترجمه: محمدحسین زاهدین لباف، چاپ چهارم، شهر دانش، ۱۳۹۵، صص ۳۴۰-۳۳۹.

۲. مافی، همایون؛ شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۹۷، صص ۹۷ و ۱۹۷.

3. Gaillard, Emmanuel, Banifatemi, Yas, "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators", in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The -New York Convention in Practice*, Gaillard, Emmanuel, Di Pietro Domenico (eds.), Published by Cameron May Ltd, 2008, p. 270.

بررسی رفع اختلاف صلاحیت میان مراجع داورى با دادگاه، به مفهوم نفى صلاحیت دادگاه و رویکردهای نفى صلاحیت دادگاه پرداخته شده است. در پایان نیز ادله پذیرش قاعده نفى صلاحیت دادگاه، شرایط و موانع اعمال آن تحلیل شده است.

۱. رفع اختلاف صلاحیت میان مراجع داورى با دادگاه

اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، عملکرد دادگاه‌ها را در مورد بررسی اعتبار قرارداد داورى محدود می‌کند و به دیوان داورى این فرصت را می‌دهد تا در مورد صلاحیت خود و اعتبار قرارداد داورى تصمیم‌گیری کند. دادگاه‌ها اختیار بررسی کامل رأی داورى را به محض صدور و ایضاً ابطال یا اجرای رأی داورى پیدا خواهند کرد. اساساً صلاحیت، یک امر مقدماتی برای دیوان داورى محسوب می‌شود که باید به تعیین آن مبادرت ورزد. پیش از هر چیز دیوان داورى باید در مورد اینکه آیا یک قرارداد داورى وجود دارد یا خیر و اگر وجود دارد آیا دارای اعتبار است، تصمیم‌گیری کند. از طرف دیگر در مورد اینکه آیا اختلاف در قلمرو قرارداد داورى قرار دارد یا خیر دیوان داورى باید اظهارنظر کند. طبق اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت دادگاه‌ها جز در موارد استثنایی مانند بطلان، بی‌اثر بودن یا عدم قابلیت اجرای قرارداد داورى (بند ۲ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک) نمی‌توانند پیش از صدور رأی داورى به اعتبار و وجود قرارداد داورى رسیدگی کنند. با وجود این، صلاحیت دیوان‌های داورى در مورد صلاحیت خود ضرورتاً حق دادگاه‌ها در بررسی چنین صلاحیتی را به‌طور کامل از بین نمی‌برد؛^۴ با این توضیح که دادگاه‌ها تحت شرایطی علاوه بر مرحله پس از صدور رأی نهایی مرجع داورى، در حین جریان رسیدگی داورى نیز می‌توانند صلاحیت داور را بررسی کنند، منوط به اینکه مرجع داورى قبل از صدور رأی نهایی به شکل مستقل راجع به صلاحیت خود تصمیم‌گیری کند. بنابراین، اولویت دیوان‌های داورى بر دادگاه‌های ملی در مورد بررسی اعتبار قرارداد داورى از ویژگی اثر منفی صلاحیت نسبت به صلاحیت ناشی می‌شود. موافقت‌نامه داورى از لحاظ ماهیتی، قرارداد محسوب می‌شود که صلاحیت دیوان داورى را برقرار و صلاحیت دادگاه‌های ملی را نفی می‌کند.^۵ به منظور ایجاد چنین آثار صلاحیتی، موافقت‌نامه داورى باید در درجه اول مشمول قواعد عمومی قراردادها بوده و مستلزم توافق و تلاقی متقابل اراده‌ها و محصول رضایت مشترک طرفین اختلاف باشد.^۶ چالش‌های صلاحیتی دیوان داورى در یکی از مراحل زیر رخ می‌دهد: ۱ در شروع فرآیند داورى ۲. در حین فرآیند داورى ۳. بعد از صدور رأی داورى. بر اساس اثر منفی، دادگاه‌ها بررسی در مورد صلاحیت را تا زمانی که رأی داورى صادر شود به مراحل اولیه رسیدگی محدود می‌کنند. این امر داوران را اولین قضات صلاحیت خود نموده و به ماهیت مستقل داورى اعتبار می‌بخشد. توسل به دادگاه‌ها در حین رسیدگی داورى ضمن تجویز مداخله قضایی در جریان داورى منتهی به تشویق تاکتیک‌های تأخیری می‌شود. اختیار تعیین صلاحیت به وسیله داوران در رسیدگی امری است که برای

4. Susler, Ozlem, "The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence-Competence", *Macquarie Journal of Business Law*, Vol.16, 2009, pp. 8,10.

۵. قاسمی، ولی؛ «بررسی تطبیقی قاعده صلاحیت بر صلاحیت در حقوق داورى تجاری بین‌المللی ایران و انگلیس»، واحد پژوهش شرکت دانش‌پژوهان همایش آفرینان پاریس بین‌الملل، دانشگاه فاطمیه، دوره ۳، ۱۳۹۵، ص ۴.

6. Stavros, Brekoulakis, "The Negative Effect of Competence-Compétence: The Verdict has to be Negative", *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research*, Paper No. 22, 2009, pp. 3,4,13.

افزایش کارآمدی نظام داوری بدون مداخله قضایی پیش‌بینی شده است. در این مورد شرط داوری مستقل از سایر بخش‌های قرارداد است.^۷ وقتی که اعتراض به صلاحیت در حین رسیدگی داوری مطرح می‌شود، اصل فراملی داوری بین‌المللی، داوران از اختیار تعیین صلاحیت خود برخوردار خواهند بود^۸ مگر اینکه قرارداد پایه از ابتدا باطل و بلااثر باشد.^۹

بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک راجع به شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی ۱۹۵۸ مقرر می‌دارد که دادگاه‌های کشورهای عضو باید به درخواست مطرح‌شده در خصوص ارجاع اختلاف طرفین به داوری ترتیب اثر بخشند، مگر آنکه دریابند که موافقت‌نامه داوری باطل، بلااثر یا غیرقابل اجرا است. در مورد موافقت‌نامه‌های مشمول کنوانسیون، اصل بر اعتبار است. در کل، فلسفه انتخاب قانون ماهوی حاکم بر تشکیل و اعتبار موافقت‌نامه، حاکم کردن قانونی است که برای پذیرش اعتبار موافقت‌نامه داوری مساعدتر باشد.^{۱۰} عدم امکان رسیدگی ابتدایی دادگاه به ابطال قرارداد داوری در راستای یکی از مزایای داوری یعنی سرعت رسیدگی است و الا می‌توان گفت که هیچ‌گاه این مزیت محقق نخواهد شد.

نفی صلاحیت دادگاه یا همان اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت برای رفع تعارض صلاحیت میان مرجع داوری و دادگاه ارائه شده است. به‌طور کلی اختلاف میان مراجع یا به‌صورت تعیین مرجع صالح یا به‌صورت حل اختلاف صلاحیت توسط مرجع قضایی بالاتر رفع می‌شود.^{۱۱} اما در بحث رفع اختلاف صلاحیت میان مراجع داوری با دادگاه یا میان یک مرجع داوری با مرجع داوری دیگر قانونگذار راهکاری پیش‌بینی نکرده است و لذا در راستای رفع تعارض صلاحیت نمی‌توان از قواعد عمومی استفاده کرد. اما دو روش حل اختلاف وجود دارد که ممکن است جهت رفع تعارض صلاحیت میان مرجع داوری و دادگاه قابل اعمال باشد، که یکی بحث تقدم زمانی رسیدگی و دیگری بحث امکان صدور قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا است.

۱-۱. تقدم زمانی رسیدگی

بحث تقدم زمانی رسیدگی به‌عنوان یکی از قواعد عمومی رفع تعارض، هم در قانون امور حسبی و هم در بحث دادگاه‌های کیفری پیش‌بینی شده است. ماده ۶ قانون امور حسبی بیان داشته: «در صورتی که دو یا چند دادگاه برای رسیدگی به موضوعی صالح باشند، دادگاهی که بدو به آن رجوع شده است، رسیدگی می‌نماید». ممکن است استدلال شود که در راستای رفع تعارض صلاحیت دادگاه و داوری می‌توان از این ضابطه استفاده کرد و در صورت رجوع به داوری یا دادگاه، هر کدام که ابتدا مراجعه بدان صورت گرفته است، واجد صلاحیت است. اما به نظر می‌رسد این دیدگاه قابل پذیرش نباشد، چرا که علاوه بر اینکه فرض مزبور ناظر به جایی است که

7. Cook, Ashley, "Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz", *Pepperdine Law Review*, Issue 1, 2014, pp. 4,6,7.

8. Hüsigen, André Mena, *Rethinking the Negative Effect of Kompetenz-Kompetenz – Proposal for a Restrictive Approc*, Master of Transnational Law, Portuguese Catholic University, 2018, p. 7.

9. Bhatti, Saadia, "Competence-Competence", Last updated on 23 May 2023, Available at: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-competence-competence> (Last accessed on 21 July 2023).

۱۰. شورای بین‌المللی داوری تجاری، راهنمای شورای بین‌المللی داوری تجاری برای تفسیر پیمان ۱۹۵۸ نیویورک: کتابچه قضات، ترجمه: میرحسین عابدیان و رضا افتخار، شهر دانش، ۱۳۹۴، صص ۵۷ و ۵۸.

۱۱. شمس، عبدالله: *آیین دادرسی منعی (دوره پیشرفته)*، جلد اول، چاپ بیستم، دراک، ۱۳۹۰، ص ۴۱۲.

مبنای رسیدگی هر دو مرجع یکسان باشد، ضابطه مذکور تنها در جایی قابل اعمال است که هر دو مرجع به‌طور هم‌زمان دارای صلاحیت باشند، در حالی که علاوه بر تفاوت مبنای رسیدگی دادگاه و داور که به ترتیب مبتنی بر قانون و قرارداد است، نمی‌توان صلاحیت داوری و دادگاه را هم‌زمان دانست و تشخیص صلاحیت غالباً دایر مدار اعتبار یا عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری است که اگر تردیدی در اعتبار موافقت‌نامه داوری نباشد، دادگاه هم مسلماً دعوا را قابل استماع نمی‌داند.

۲-۱. قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا

یکی از راه‌های حل تعارض صلاحیت که در داوری‌های تجاری بین‌المللی به کار می‌رود، صدور قرار منع پیگیری یا اقامه دعوا است. اصولاً منع یا مبنای صدور قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا را موافقت‌نامه داوری می‌دانند، در حالی که به نظر می‌رسد قرارداد داوری چنین قابلیت ندارد و صدور تصمیم قضایی را باید مبتنی بر ماهیت قضایی مرجع داوری دانست. در تأکید بر عدم امکان استناد به قرارداد داوری جهت صدور قرار مزبور و دفاع از مبنای اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت در این خصوص، می‌توان گفت که یکی از ایرادات مطرح‌شده بر مبنای شکلی یا قضایی داوری را در این می‌دانند که اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت تنها می‌تواند صلاحیت مرجع داوری را اثبات کند، در حالی که اجرای اثر منفی اصل مزبور از ضروریات اجرای اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت است. امکان صدور قرار منع اقامه می‌تواند موجبات سوءاستفاده از طرف ضعیف یا طرفی را فراهم کند که توان مذاکره درباره شرط داوری را نداشته است؛ همچنان که می‌تواند خود موجبی برای تأخیر در احقاق حق باشد زیرا قرار مزبور امکان ملاحظه بطلان یا عدم قابلیت اجرای آشکار موافقت‌نامه داوری را به دادگاه نمی‌دهد؛ لذا رواج صدور قرار مزبور که از قسمت (ب) از بند ۲ ماده ۱۷ قانون نمونه آسیترال قابل استنباط است^{۱۲} توصیه نمی‌شود. این بند مقرر می‌دارد: «اقدامی انجام دهید که بتواند مانع ضرر فعلی یا قریب‌الوقوع یا ضرر و زیان به خود فرایند داوری شود». همچنین علاوه بر تردید در شمول بند مزبور بر امکان صدور قرار منع اقامه پیگیری دعوا، صدور قرار مزبور در مواردی می‌تواند موجب تأخیر در حل و فصل اختلاف شود. این امر در صورتی است که با صدور قرار مزبور، دادگاه ناظر بر داوری در مرحله ابطال رأی، بطلان آشکار یا عدم قابلیت آشکار موافقت‌نامه داوری را کشف کند، در حالی که پیش از آن با طرح دعوای یکی از طرفین می‌توانست از آن آگاهی یابد. صدور قرار مزبور که منشأ آن کامن‌لا است از همان ابتدا مورد انتقادات فراوانی قرار گرفت و شاید به همین دلیل باشد که در سال‌های اخیر صدور چنین قرارهایی به مناسبت داوری در بسیاری از کشورها منع شده است.^{۱۳} به نظر می‌رسد که اگر هم قرار باشد ضمانت اجرایی برای نقض نفی صلاحیت دادگاه پیش‌بینی شود، صدور قرار مزبور توصیه نمی‌شود و ضمانت اجرای مزبور در ابتدا باید با اجرای صحیح اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت که نفی صلاحیت دادگاه را در پی اجرا شود، اما اگر یکی از طرفین بدون توجه به قرارداد داوری و با فقدان موارد استثنای صلاحیت داوری، دعوا را در دادگاه طرح کند

۱۲. سربازیان، مجید، علی رضائی و مذکور صالحی؛ «قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا صادره از دیوان‌های داوری در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوقی خصوصی، سال هشتم، شماره ۳۰، ۱۳۹۸، صص ۱۹۱ و ۲۰۰.

13. Strong, S.I., "Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States", *the American journal of comparative law*, Vol. 66, 2018, p. 179.

می‌توان با استفاده از ضمانت اجرای نقض حسن‌نیت از اقدام مزبور جلوگیری کرد؛ به این صورت که با بروز اختلاف در اجرای یک قرارداد، طرفین آن متعهدند از هر رفتار و عمل عمدی و آگاهانه که منجر به پیچیده‌تر شدن و بدتر شدن وضعیت اختلافی بین آن‌ها می‌شود خودداری کنند و با حسن‌نیت، سعی در رفع اختلاف داشته باشند و توافق بر ارجاع اختلاف به داوری به شکل ضمنی هر اقدام مخالف را موجب نقض تعهد می‌داند؛^{۱۴} لذا با این وصف می‌توان گفت که نقض اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت که بالتبع اثر منفی را هم شامل می‌شود، بدون ضمانت اجرا نبوده و امکان محکومیت ناقض موافقت‌نامه داوری به جبران خسارات وجود دارد.

۲. مفهوم نفی صلاحیت دادگاه

نفی صلاحیت دادگاه که برای رفع تعارض صلاحیت دادگاه و داوری وضع شده است به این مفهوم است که اقامه دعوا یا حتی مراجعه مستقل به دادگاه برای اظهار نظر نسبت به موافقت‌نامه داوری، مورد پیدا نمی‌کند. به عبارت دیگر، از آنجا که در قرارداد داوری، صلاحیت مرجع داوری به طور مثبت و صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری منفی تعریف شده است، قاعده اولویت زمانی^{۱۵} حکم می‌کند که اختلافات مربوط به صلاحیت را نزد داوران مطرح کنند؛ لذا در حالی که هرگونه اعتراض به صلاحیت در اصل، موضوع مقدماتی است که دادگاه‌ها می‌توانند به آن رسیدگی کنند، استثنای داوری دارای وضعیت متفاوتی است. این قاعده که متخذ از اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت است، موجب می‌شود که برای دادگاه‌ها، چالش‌های مربوط به صلاحیت، به هر شکل که باشد از قبیل تعیین داور یا صدور دستور موقت، به درخواست مقدماتی خاص تبدیل شود که منجر به ارجاع موضوع به داوری می‌شود و دادگاه با طرح این امور جانی تنها باید به داوری مساعدت کند و نمی‌تواند با استناد به این موارد، مبادرت به کنترل صلاحیت نماید؛ لذا دادگاه موظف است با وجود صلاحیت مرجع داوری، طبق ملاک ماده ۸۷ قانون آیین دادرسی مدنی، دعوا را غیرقابل استماع اعلام دارد و رویه قضایی در برخی موارد آن را منوط به ایراد خوانده نمی‌داند.^{۱۶} البته این بدان معنا نیست که دادگاه نتواند در مورد یکی از اختلافاتی که استثنا بر اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت محسوب می‌شود یا درخواست اصولی برای بطلان موافقت‌نامه داوری است یا شامل تقاضای تعیین داور است، در داوری مداخله کند. همچنین پس از صدور رأی داوری اعم از مرحله درخواست بطلان یا اجراء دادگاه ناظر در این زمان قادر به کنترل صلاحیت از طریق بررسی رأی است زیرا قاعده مزبور، انحصاری برای دیوان داوری به دنبال ندارد.^{۱۷} در واقع قاعده نفی صلاحیت دادگاه می‌تواند ابزاری جهت جلوگیری از راهبرد چریکی طرف مقابل محسوب شود که پیش یا پس از جریان داوری مورد استفاده قرار می‌گیرد تا رسیدگی داوری را با مانع موقت یا دائم مواجه کند و به همین دلیل

۱۴. حقیقیان، مهدی و میرشهبیز شافع؛ بررسی مفهوم رابطه خصوصی با داور و تأثیر آن در اعتبار رأی داوری تجاری بین‌المللی، حقوق خصوصی، دوره ۱۸، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۲۸۳.

15. Chronological priority rule

۱۶. شمس؛ همان، ص ۵۴۱.

17. Motulsky, H., "Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale", in *Écrits, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage, préface de C. Reymond*, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010, p. 208.

در موارد غیر ضروری اجرا نمی‌شود، هر چند برخی^{۱۸} قلمرو راهبرد چریکی را صرفاً به جریان داوری و نزد داور اختصاص داده‌اند. عدم صلاحیت دادگاه‌ها برای قضاوت در مورد صلاحیت موقت است و تنها دادگاهی که در میان مراجع قضاوتی می‌تواند به چالش‌های مربوط به صلاحیت عمومی رسیدگی کند، دادگاه عمومی اعم از حقوقی و کیفری^{۱۹} است که با درخواست ابطال یا اجرا مواجه شده است. بنابراین، قاعده نفی صلاحیت دادگاه، اولویت زمانی تصمیم داور بر تصمیم قاضی است. بدیهی است هدف اولیه از ارائه اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، تنها اعطای قدرت به مرجع داوری بوده است و این مفهوم اصلی آن را بیان می‌کند اما متعاقباً برای جلوگیری از رسیدگی‌های موازی، جنبه منفی به‌عنوان قاعده‌ای برگرفته از اصل مزبور ظاهر شد که به تدریج در رویه قضایی در حال گسترش است؛ همچنان که در تعریف قاعده حقوقی آمده که قواعد، مقررات جزئی و تفصیلی است که برای تکمیل اصول وضع شده، امکان اجرای آن‌ها را فراهم می‌کند و برای تحقق کامل اهداف اصول ضروری است.^{۲۰} قاعده نفی صلاحیت به این مفهوم است که با توجه به صلاحیت دیوان داوری، دادگاه تا پایان رسیدگی حق مداخله ندارد و در صورت اقدام دادگاه به رسیدگی نیز مرجع داوری می‌تواند بر صلاحیت خود باقی مانده و اقدام به صدور رأی نماید.^{۲۱}

۳. رویکردهای نفی صلاحیت دادگاه و همزیستی مسالمت‌آمیز داوری و دادگاه

نظام‌های حقوقی ملی در مورد اینکه دادگاه‌ها چه زمانی باید تسلیم صلاحیت داوران شوند، سه رویکرد اتخاذ نموده‌اند. در رویکرد اول، رسیدگی‌های داوری صرفاً به دلیل اعتراض یکی از طرفین به صلاحیت داور متوقف نمی‌شود، مگر اینکه یک دادگاه صالح خلاف آن را اعلام نماید؛ لذا داوران مجاز به اعلام نظر در مورد صلاحیت خود هستند بدون اینکه این امر ملاحظات دادگاه را در مورد صلاحیت محدود کند. طبق رویکرد دوم، دادگاه‌ها نباید در خصوص صحت و قلمرو موافقت‌نامه داوری رسیدگی به عمل آورند. این موضوع در درجه اول بر عهده دیوان‌های داوری است. از این رو دادگاه‌ها باید در انتظار خاتمه داوری و صدور رأی باشند. در سومین رویکرد، طرفین صریحاً یا ضمناً تسلیم صلاحیت داوران می‌شوند و موضوع صلاحیت را به آنان واگذار می‌کنند. برای مثال، در ایالات متحده، داوران، به شرط دانستن قصد صریح طرفین و لسان واقعی در قرارداد پایه یا موافقت‌نامه داوری مستقل، از چنین اختیاری برخوردارند بدون اینکه مشمول رسیدگی دادگاه‌ها باشند.^{۲۲}

با این حال، هنگامی که ادعایی هم‌زمان نزد یک دیوان داوری بین‌المللی و یک دادگاه دولتی مطرح شود، اعمال سه نظریه متفاوت محتمل است. اول، نظریه‌ای که معتقد است به حاکمیت پیش از آنکه به‌عنوان قانونگذار شناخته شود، اختیار اجرای عدالت تفویض شده است. این اختیار اجرای عدالت می‌تواند چنان ذاتی و اساسی باشد که اگر کنار گذاشته شود، اصل نظریه حاکمیت تحت تأثیر قرار گیرد. بر اساس

۱۸. سلطانی‌نژاد، هدایت‌اله و زینب طالبی؛ ترندهای چریکی در داوری و راهکارهای مقابله با آن، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۲، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۴۷.

۱۹. خدابخشی، عبدالله؛ حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۴۱۲.

۲۰. غمامی، مجید و حسن محسنی؛ آیین دادرسی مدنی فراملی، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، صص ۱۵ و ۱۶.

21. *The Interim Award in the ICC Case No. 4367 [1984]*, in Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990, 18; *ICC Award No. 13774, YCA 2014, Manufacturer (Egypt) Respondents: (1) Buyer (Spain); (2) End buyer (Spain)*.

22. Park, William, "Challenging Arbitral Jurisdiction: The Role of Institutional Rules, Festschrift in Honor of Laurie Craig", *Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper*, No. 15-40, 2015, pp. 15-21.

همین دیدگاه است که در حقوق فرانسه نیز برخی مستقیماً سودمندی، مشروعیت و اثربخشی آن را و برخی قانونی بودن نفی صلاحیت دادگاه را به چالش کشیده‌اند.^{۲۳} تجزیه و تحلیل رویه قضایی فرانسه نشان می‌دهد که در مواردی قاعده نفی صلاحیت به وسیله دادگاه‌ها اعمال نمی‌شود.^{۲۴} اما به نظر می‌آید دادگاه‌ها رفته‌رفته به اجرای قاعده نفی صلاحیت تمایل نشان داده‌اند، به طوری که در دعوایی^{۲۵} در ۲۰۰۶ دادگاه رسیدگی کننده، تصمیم دادگاه تالی را با این استدلال که پیش از تشکیل دیوان داوری تنها در فرض بطلان یا غیرقابل اجرا بودن شرط داوری امکان رسیدگی وجود دارد، نقض کرد. در ۲۰۱۱ در دعوای دیگر^{۲۶} میان دو شرکت فرانسوی و روسی، دادگاه تجدیدنظر بدون توجه به موضوع اختلاف که خارج از گستره شرط داوری بود، دیدگاه موسی^{۲۷} در مورد موضوع اختلاف اتخاذ نمود به این صورت که صرف ارتباط موضوع اختلاف با مرجع داوری را موجب عدم صلاحیت دادگاه فرانسه تلقی کرد. در پاناما نیز دیوان عالی در پرونده مورخ ۱۳ دسامبر ۲۰۰۱، اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت را که در قانون پاناما با فرمان شماره ۵ در ۸ ژوئن مقرر شده بود، خلاف قانون اساسی اعلام کرد. طبق نظر دیوان عالی، ماده ۱۷ فرمان مذکور در تعارض و تنافی با ماده ۳۲ قانون اساسی پاناما بود که حق محاکمه عادلانه و حمایت قضایی را ترویج می‌کرد. همچنین دیوان عالی این کشور افزود که تجویز داوران برای تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت خود بدون اینکه طرفین دعوا بتوانند به دادگاه‌های ایالتی دسترسی داشته باشند، حق حمایت قضایی را نقض می‌کند. در نتیجه، هرگونه دعوا به منظور شناسایی عدم صلاحیت داوران باید در دادگاه مطرح شود.^{۲۸} در ایران نیز رویه قضایی خصوصاً در گذشته قائل به عدم نفی صلاحیت دادگاه با وجود موافقت‌نامه بود، به شکلی که دادگاه‌ها در حین رسیدگی‌های داوری خود را مجاز به اظهار نظر در مورد صلاحیت مرجع داوری می‌دانستند.^{۲۹} قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، مصوب ۱۳۷۶، دوره اثربخشی قاعده اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت را مشخص می‌کند^{۳۰} و به عبارتی پس از تصویب قانون یادشده، اجرای اثر منفی و نفی صلاحیت دادگاه‌ها با وجود مستند قانونی از وجاهت

23. Yildiz, Irfan, *La priorité chronologique reconnue à l'arbitre en droit maritime français: Particularisme ou Universalisme? Le principe dit de compétence-compétence*, Mémoire de Master 2 Droit Maritime et des Transports, Sous la direction de Monsieur Christian Scapel, 2012, p. 83.

24. CA Paris, 15 octobre 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*

25. *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.

26. Cass. Civ 1ère, 12 octobre 2011, *Elf Aquitaine c/ Interneft*, n°11-11058.

27. Gaillard, Emmanuel, and Savage, John (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law and Business, Kluwer Law International, 1999.

28. Yildiz, *op. cit.*, p. 85.

۲۹. دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۱۳۹۱۱۹۹۳۴۲ مورخ ۸۸/۰۴/۲۵ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی بابلسر؛ دادنامه شماره ۲۱/۸۵۶ مورخ ۷۰/۱۰/۲۲ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور. «در دادنامه، نخست طرفین ضمن قرارداد پیش‌بینی نموده‌اند که هیئت به نمایندگی از طرفین اقدام به حل اختلاف می‌نمایند که در این فرض می‌بایست دعوا جهت رسیدگی مستقیماً به هیئت مزبور ارجاع می‌شد و نباید هیئت مزبور به عنوان وکلای طرفین تلقی می‌شد بلکه منظور از نمایندگی همان تعیین داوران از جانب طرفین است که دادگاه عبارت مزبور را به تعیین مرجع داوری تفسیر نموده است.» «در دادنامه دوم، با تفسیر قرارداد توسط دادگاه، داوری خارج از موضوعات مربوط به قرارداد اصلی تلقی می‌گردد و صرفاً به دعاوی بعد از آن مربوط بوده و به دلیل اینکه فسخ در زمره موضوعات مربوط به اصل قرارداد است، مشمول داوری نیست.»

۳۰. عابدی؛ همان، ص ۱۰۱.

بیشتری برخوردار است و در عمل دادگاه‌ها در داوری داخلی نیز بر این مینا که این امر مورد پذیرش نظام حقوقی قرار گرفته است، اقدام به صدور قرار عدم استماع دعوا می‌نمایند. دوم، نظریه‌ای که معتقد است انتخاب قاضی خود حق طبیعی بشر است و لذا باید از چنین حقی در برابر هر گونه مداخله و نقضی از طرف مقنن محافظت شود. به نظر می‌رسد که بند ۳ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در راستای این دیدگاه باشد، چرا که مقررۀ مذکور بدواً تشخیص صلاحیت را به مرجع داوری واگذار نموده است. این دو باور جای خود را به نظریۀ دیگری داده‌اند که متضمن ترکیبی از آن دو است. وفق نظریۀ سوم، درست است که حاکمیت اختیار اجرای عدالت را دارد ولی این بدان معنا نیست که در تمامی اوضاع و احوال بتواند از طریق دادگاه‌های خود، عدالت را اجرا کند. اگر حاکمیت توانایی کنترل چگونگی اجرای عدالت به وسیلۀ سایر نهادها شامل دیوان‌های داوری را برای خود نگاه دارد، حق عدالت اجرا می‌شود. به بیان دیگر، اگر داوری تابع برخی کنترل‌ها به وسیلۀ مقامات قضایی دولتی باشد، هر دو نظریۀ مذکور اعمال و اجرا شده است. در واقع، داوری و عدالت دادگاه‌ها نباید به‌عنوان رقیبایی تلقی شوند که سرنوشتی جز اختلاف با هم ندارند بلکه باید به‌عنوان دو نهادی که هدفشان همکاری برای نیل به عدالت بهتر است، شناخته شوند. یک نظام اقناع‌کننده برای داوری بدون میزانی از همکاری با دادگاه‌ها قابل تصور نیست، دادگاه‌های که از آن‌ها خواسته شده، هم به داوری مساعدت کنند و هم نسبت به آن اعمال کنترل به عمل آورند. تفاهم و همکاری دادگاه‌ها و مراجع داوری عنصری حیاتی و لازم در ایجاد و نگاهداری نظام مؤثر داوری است.^{۳۱}

پذیرش دیدگاهی که قائل به نظارت بر داوری توسط مقامات قضایی است نیز موجب نمی‌شود که در همه موارد، نفی صلاحیت دادگاه اعمال شود. برای مثال، در اختلاف میان کارگر و کارفرما یا موضوعات مطرح در دادگاه‌های کیفری به دلیل عدم داوری‌پذیری موضوعی، دادگاه همچنان صلاحیت رسیدگی خود را حفظ می‌کند و صلاحیت دادگاه بدین گونه نفی نمی‌شود. در بحث مسائل مربوط به حقوق خانواده نیز می‌توان گفت که امور غیرمالی ذاتی و خصوصاً امور مربوط به خانواده از جمله امور مربوط به نظم عمومی هستند و دعاوی مربوط به نظم عمومی تابع آیین رسیدگی خاص و در صلاحیت محاکم خاص خانواده است. به عبارت دیگر، بررسی آن‌ها صرفاً در دست دادگاه است و نمی‌توان برای رسیدگی به این امور به داوری خصوصی تراضی نمود. با ملاحظۀ ماده ۴ قانون حمایت خانواده این امر برداشت می‌شود که بعضی امور مالی قابل طرح در دادگاه خانواده، از جمله خسارات ناشی از برهم‌خوردن نامزدی، شروط ضمن عقد نکاح که می‌تواند جنبه مالی داشته باشد، جهیزیه، مهریه، نفقه زوجه، اجرت‌المثل ایام زوجیت و نفقه اقارب، می‌تواند به داوری ارجاع شود. اما به نظر می‌رسد در مواردی که دادگاه در حال رسیدگی به دعوی طلاق است، با توجه به ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده که دادگاه را در رابطه با موارد مذکور مکلف به اتخاذ تصمیم ضمن رأی نموده است،^{۳۲} امکان ارجاع دعاوی مزبور به داوری متصور نیست. علت آن این است که این موضوعات از توابع دعاوی اصلی هستند؛ لذا نمی‌توان دعاوی مذکور را قابل ارجاع به داوری دانست. اما در صورتی که طرفین مستقلاً و در غیر از حالت طرح دعاوی طلاق بر ارجاع این موارد بر داوری توافق کنند، جز در بحث نفقه که جنبه حمایتی دارد و ممکن

۳۱. بردبار، محمدحسن؛ صلاحیت در دیوان‌های داوری بین‌المللی، ققنوس، ۱۳۸۴، صص ۱۰۸-۱۰۷.

۳۲. شمسی؛ ۱۳۹۹، ص ۱۵۱.

است در طول زمان به تعدیل نیاز پیدا کند و این خلاف مقیدبودن داوری به مدت است، مانعی در ارجاع اختلاف به داوری دیده نمی‌شود.

همچنین قاعده نفی صلاحیت در هر حال باید اجرا شود. به عبارت دیگر، این قاعده نمی‌تواند نقض شود. برخی قائل به این نظر نبوده و معتقدند که در زمان تعیین داور در صورت اختلاف طرفین در اعتبار قرارداد داوری، دادگاه می‌تواند راجع به قرارداد داوری اظهارنظر کند.^{۳۳} البته برخی به تصور اینکه این گونه مداخله موارد استثنای بر صلاحیت داوری محسوب می‌شود، حکم بر نسبی بودن صلاحیت داوری برای محاکم دولتی داده‌اند^{۳۴} در حالی که این موارد تنها بر جنبه مساعدتی نظارت دادگاه تأکید دارند. قاعده نفی صلاحیت برای دادگاه اعم از اینکه داوری داخلی یا بین‌المللی باشد لازم‌الاجرا است زیرا اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، یک منبع بنیادین و به تعبیر برخی اصل فراملی^{۳۵} محسوب می‌شود که باید توسط دادگاه‌ها (با لحاظ مواردی که قابلیت اجرا ندارد) در هر شرایطی اعمال شود. موضوع این قاعده علاوه بر نفی صلاحیت رسیدگی به وجود، اعتبار و قلمرو موافقت‌نامه داوری، شامل مسئله صلاحیت شخصی داور که با طرح ایراد جرح ایشان رسیدگی بدان ضرورت می‌یابد نیز می‌شود (بند ۳ ماده ۱۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی)؛ به این مفهوم که در صورت تعرض به صلاحیت شخصی داور نیز همان مرجع داوری به اعتراض مزبور رسیدگی می‌نماید، چرا که مبنای صلاحیت نسبت به صلاحیت به نظر برخی از حقوق‌دانان، ماهیت قضایی داوری است؛^{۳۶} لذا مسئله جرح را به دلیل عدم خصوصیتی می‌توان مشمول اصل مزبور دانست.

۴. ادله پذیرش قاعده نفی صلاحیت دادگاه

قاعده نفی صلاحیت دادگاه با ادله مختلفی قابل اثبات است که اصلی‌ترین آن اماره ظاهر و تحلیل اقتصادی و جلوگیری از اطاله دادرسی است.

۱-۴. اماره ظاهر

ظاهر قرارداد داوری مبنای اصلی نفی صلاحیت دادگاه است. برای حقوق‌دان آشنا با مبانی فقهی، اولین چیزی

۳۳. شمس؛ همان، جلد ۳، ص ۵۳۹.

۳۴. عابدی، محمدتقی؛ «صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری (تحلیلی بر یک رأی صادره در مسئله صلاحیت)»، مجله حقوقی: نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۵، ۱۳۸۵، ص ۱۰۲.

۳۵. جنیدی؛ همان، ص ۱۵۷. برای دیدن استدلال مشابه در اعمال اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت در صدور دستور موقت توسط دیوان داوری، ن.ک:

C. Paris (14e ch. B), 17 novembre 2006: *Sacofa et autres c. Dalkia* - RG No 06-07.363, Gazette du Palais, 24 avril 2007 No 114, P. 42; Emara, Fehr Abd Elazim, *L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires: étude analytique et comparative*, Doctorat en droit Docteur en droit (LL.D.), Québec, Canada, 2016, pp. 28 and 310.

36. Motulsky, *op.cit.*, p. 338.

به نظر برخی از حقوق‌دانان، داوری محل تلاقی اختیار قراردادی و قضایی است. منشأ قراردادی داوری تکلیف قضایی تأسیس داوری را زائل نمی‌سازد. نظریه مختلف در میان دو نظریه قراردادی و قضایی قرار دارد و عناصری از هر دو را در بر می‌گیرد. نتیجتاً عناصر صلاحیتی و قراردادی داوری به‌طور جدایی‌ناپذیر در هم تنیده شده است. داوری نظام مختلطی است که با قرارداد شروع و با صدور رأی خاتمه می‌یابد. ماهیت این نظام مستلزم تکمیل هنجارهای نظام قراردادی و قواعد نظام قضایی است. نظریه مختلط به‌عنوان شناخته‌شده‌ترین نظریه موجود در سطح جهانی معرفی شده است. مافی؛ همان، ص ۴۲۹-۴۲۷.

که از واژه ظاهر به ذهن متبادر می‌شود امارات است. در اصول لفظی نیز ظاهر به‌عنوان یکی از اصول به کار می‌رود و اصل ظاهر به‌عنوان یکی از اصول لفظی، در جایی جاری می‌شود که لفظی وجود داشته باشد که معنای آن معلوم بوده اما در اراده متکلم تردید باشد.^{۳۷} از این بیان مشخص می‌شود که این اصول، توانایی رفع تعارض را ندارند تا در مقام حل اختلاف موجب نفی صلاحیت دادگاه شوند و تنها در جایی که تردید در تحقق داوری باشد می‌توان به اصل ظاهر تمسک جست. با وقوع تردید در اعتبار یا وجود موافقت‌نامه داوری، طرح ادعا از جانب یکی از طرفین مبنی بر امکان رسیدگی دیوان داوری، اماره ظاهر و قرینه‌ای محسوب می‌شود که موجب عدم امکان استناد به اصول عملی یعنی اصل عدم می‌شود و در نتیجه صلاحیت مرجع داوری مستقر می‌شود.

به عبارت دیگر، ظهور عرفی در زمره دلایل با واسطه و راهی غیرمستقیم به واقع است.^{۳۸} نتیجه مهمی که از این تحلیل گرفته می‌شود، حکومت ظاهر بر اصل عملی است (اصل عدم تحقق داوری)؛ به عبارت دیگر، اصل عملی تاب مقاومت در برابر هیچ دلیلی را ندارد و اعتبار آن تا زمانی است که دلیلی برخلاف آن موجود نباشد (اصل دلیل حیث لا دلیل). ظاهر نیز از این جهت با اصل عملی شباهت دارد زیرا اصابت آن با واقع احتمالی است و هر بار با دلیل مستقیم تعارض پیدا کند، اعتبار خود را از دست می‌دهد.^{۳۹} از ارتباط اثر منفی با اماره ظاهر می‌توان به نتایج مختلفی دست یافت. باید بین آثار حقوقی ناشی از توافقت‌نامه داوری که مانع از استماع اصل اختلاف توسط قاضی می‌شود و قاعده نفی صلاحیت که به مرجع داوری اولویت می‌دهد تا در مورد صلاحیت خود تصمیم‌گیری نماید، قائل به تفکیک شد زیرا مورد اول باعث خروج موضوع از صلاحیت دادگاه‌ها می‌شود و مورد دوم، ضابطه‌ای جهت رفع تعارض پیشنهاد می‌کند.

اما چگونه می‌توان میان ظاهر و اصل ۱۵۹ قانون اساسی و ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی جمع نمود؟ این اصل مقرر داشته که: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است...». رأی وحدت رویه شماره ۵۳۷ مورخ ۱۳۶۹/۸/۱ این ظهور را برای دادگاه‌های دادگستری پذیرفته است: «تبصره ماده ۳ قانون توزیع عادلانه آب مصوب ۱۳۶۱ رسیدگی به اعتراض بر رأی وزارت نیرو را به دادگاه صالحه محول نموده که ظهور بر دادگاه‌های عمومی دادگستری دارد». این مسئله به این شکل قابل توجیه است که ظهور مزبور همان‌طور که از رأی وحدت رویه قابل استنباط است، تنها در جایی قابل استناد است که بحث عدالت خصوصی در میان نباشد زیرا مراجع مزبور همه وابسته به عدالت عمومی هستند و اصل ۱۵۹ قانون اساسی نیز تنها در جایی قابل اعمال است که عدالت خصوصی در میان نباشد و الا تا جایی که ممکن است باید عدالت خصوصی را اجرا نمود که با مبانی دادخواهی سازگارتر است، آن هم به این دلیل که امور آیین دادرسی از جمله صلاحیت‌ها جهت نیل به عدالت است.^{۴۰} پس در جایی که تردید تنها میان صلاحیت دادگاه دولتی و مرجع داوری است، بدون شک باید به اتکای اصل صلاحیت عام مراجع قضایی، به نفع دادگاه عمومی کناره گرفت، اما همین که قرینه‌ای برخلاف این اصل وجود داشته باشد، آن اصل کنار رفته و ظاهر به نفع داوری تعبیر می‌کند. به عبارت دیگر، در نبود آشکار توافق داوری، بررسی صلاحیت و اصل اختلاف،

۳۷. مظفر، محمدرضا؛ *اصول الفقه*، جلد ۱، چاپ چهارم، قم: انتشارات طبع انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰، ص ۳۱.

۳۸. کاتوزیان، ناصر؛ *نظریه عمومی تعهدات*، میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۵۸۸.

۳۹. پیشین، ص ۵۸۸.

۴۰. شمسی، جواد؛ *دعوی متقابل*، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰، ص ۱.

تنها بر عهده دادگاهها قرار دارد که حافظ عدالت عمومی هستند، بدون اینکه قاعده نفی صلاحیت یا استثنای آن زیر سؤال برود؛ لذا تا زمانی که ظاهر مزبور باقی است مدعی باید این ظاهر را از بین ببرد و ثابت کند که مطابق با وضعیت واقعی نیست و از این جهت می‌توان گفت که ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیز ناظر به جایی است که صلاحیت داوری موجود نباشد و الا مرجع داوری صالح خواهد بود. همچنین بر اساس ظهور الفاظ قانون است که بطلان و عدم قابلیت اجرای قرارداد داوری مندرج در ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی را باید تنها ناظر به فرض آشکاربودن این وضعیت‌ها تفسیر کرد. به عبارت دیگر، در مقام جمع میان مواد مختلف قانونی می‌توان به این نتیجه رسید که با وجود پذیرش اعتراض به صلاحیت مرجع داوری در هر دو قانون داوری تجاری بین‌المللی و قانون آیین دادرسی مدنی، نفی صلاحیت دادگاه تنها در فرض بطلان و عدم قابلیت اجرای آشکار موافقت‌نامه داوری قابل تحقق است و الا باید در دو مرحله قبل و بعد از صدور رأی داوری رسیدگی ماهوی صورت گیرد چرا که تنها در فرض واضح‌بودن بطلان و عدم قابلیت اجرا است که ظاهر داوری از بین رفته و رسیدگی ماهوی صورت نمی‌گیرد و دادگاه صرفاً با ملاحظه ظاهر قرارداد و صرفاً با رسیدگی ظاهری اتخاذ تصمیم می‌نماید چرا که در این فرض، ظاهر داوری از بین رفته است و به همین دلیل دادگاه صلاحیت رسیدگی دارد.^{۴۱} علاوه بر این، اصل صحت نیز تأیید می‌کند که مدعی خلاف ظاهر باید در صدد اثبات برآید. بنابراین قاعده نفی صلاحیت، اساس و علت وجودی خود را در اماره ظاهر می‌یابد.

۲-۴. تحلیل اقتصادی و جلوگیری از اطاله دادرسی

برخی حقوق‌دانان در حمایت از اثر منفی به نظریه تحلیل اقتصادی حقوق نیز اشاره کرده‌اند. این قاعده در دستیابی به کارآمدی اقتصادی کمک می‌کند زیرا از انحراف غیرضروری قاضی جلوگیری به عمل می‌آورد.^{۴۲} سرعت، یکی از ویژگی‌های مهم تجارت است به شکلی که در رسیدگی به امور تجاری بر اختصاری بودن رسیدگی تأکید شده است. داوری به‌عنوان نهاد مطرح در امور تجاری که می‌تواند شیوه اختصاری محسوب شود، بر رسیدگی دادگاهها اولویت دارد. در تحلیل اقتصادی دادرسی تجاری، به بررسی نوعی تبادل الزامی میان دو نوع هزینه پرداخته می‌شود؛ این دو دسته عبارت‌اند از هزینه مربوط به دادرسی (امور شکلی) و هزینه مربوط به خطا (امور ماهوی).^{۴۳} صرف‌نظر از سایر عوامل، کارآمدی اقتصادی اقتضا دارد هزینه این دو عامل به حداقل برسد. از حیث تحلیل اقتصادی دادرسی دو عامل منجر به تأخیر در رسیدگی و افزایش

۴۱. در حقوق داخلی این امر مشابه همان اختلافی است که در مورد تهاتر قضایی وجود دارد و آن هم به این صورت که در فرض تهاتر قضایی به دلیل طولانی‌بودن رسیدگی جهت احراز تحقق تهاتر، برخی طرح آن را صرفاً در قالب طرح دعوی متقابل قابل انجام می‌دانند و برخی آن را در هر صورت در قالب دفاع ماهوی قابل طرح می‌دانند. در این مورد نیز نفی صلاحیت همانند دفاع تهاتر تنها در جایی که بطلان و عدم قابلیت اجرا آشکار باشد رخ نمی‌دهد و الا در صورت طولانی‌بودن رسیدگی، مجال برای طرح آن در قالب ایراد صلاحیت وجود ندارد چرا که دعوی تمام‌عیار است.

42. Gaillard, Emmanuel, "L'effet Négatif de la Compétence-Compétence", in *Etudes de Procédure et d'arbitrage*, Mélanges Jean-François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1999, p. 399.

۴۳. افتخار جهرمی، گودرز و سیدعلی خراسانی؛ «تبیین اصول و قواعد دادرسی تجاری و ارزیابی کارایی آن از منظر تحلیل اقتصادی حقوق»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۸، شماره ۱، ۱۳۹۶، ص ۵۶.

هزینه‌ها می‌شود. عامل اول اینکه یکی از طرفین دعوا در ایجاد تأخیر در رسیدگی دارای انگیزه باشد و دوم اینکه تأخیر می‌تواند ناشی از تشکیل پرونده در دادگاه‌ها باشد. بدیهی است که عامل اول در صورت عدم پذیرش اثر منفی می‌تواند موجبات سوءاستفاده و در نتیجه، تأخیر در رسیدگی را ایجاد کند. طرفی که روند داوری را به ضرر خود می‌بیند می‌تواند با درخواست رسیدگی در دادگاه موجبات تأخیر در رسیدگی را فراهم کند. همچنان که مطرح‌بودن پرونده در هر دو مرجع برای طرفین هزینه ایجاد می‌کند. در حقیقت، عدم پذیرش نفی صلاحیت دادگاه، به طرز غیرقابل باوری دسترسی به عدالت داوری را به تأخیر می‌اندازد. نمونه این امر در پرونده *ژول ورن* رخ داد که در آن از اولین کارشناسی حقوقی به دستور دادگاه تجاری پاریس در اوت و سپتامبر ۱۹۹۳، تا صدور رأی نهایی در مورد صلاحیت داوری در تاریخ ۷ ژوئن ۲۰۰۶ توسط شعبه اول دادگاه تجدیدنظر، بیش از سیزده سال سپری شد.^{۴۴} بنابراین، طرفین دعوا برای تأیید صلاحیت داوری باید بیش از ده سال تا صدور حکم به انتظار می‌نشستند. از این رأی می‌توان پی برد که اثر منفی صلاحیت نسبت به صلاحیت نه تنها در ایران بلکه در حقوق فرانسه نیز در دهه‌های اخیر ظهور و بروز یافته است. در ایران نیز عدم اجرای اثر منفی چنین نتایجی در پی داشته است، به طوری که در ۱۳۷۷ در دادگاه عمومی حقوقی تهران^{۴۵} دعوایی مطرح و دادگاه طرفین را به داوری ارشاد نمود. اما با اعتراض، شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر تهران چنین رأی داد که موضوع اختلاف خارج از صلاحیت مرجع داوری بوده و به این طریق دادنامه بدوی را نقض و وی را ملزم به رسیدگی ماهوی در خصوص اختلاف نمود. دادگاه بدوی در رسیدگی خود دادنامه شماره ۲۲۰-۸۱/۲/۱۷ را صادر می‌کند که مجدداً مورد اعتراض واقع شد. این بار شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر با عدول از نظریه قبلی خود چنین اشعار داشت که با توجه به اینکه اختلاف در اجرای موضوع قرارداد، از شرایط داوری است، لذا اظهار عقیده اولیه دادگاه بدوی طی دادنامه سال ۷۷ مقرون به واقع بود و نقض آن صحیح نبوده و اظهار عقیده فعلی دادگاه بدوی که به تبع اظهارنظر سابق این دادگاه (شعبه ۲۶) به عمل آمده است موافق موازین تشخیص داده نمی‌شود.^{۴۶}

همچنین می‌توان عدم پذیرش اثر منفی را موجهی برای اطالۀ دادرسی در دادگاه‌ها محسوب نمود زیرا با وجود این حقیقت که تسهیل روند دادرسی به فرض ثابت‌بودن سایر عوامل موجب کاهش تأخیر رسیدگی دادگاه‌ها می‌شود، این تأثیر با افزایش تعداد طرح دعوای کمرنگ‌تر می‌شود زیرا موجب می‌شود مزیت داوری به‌عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلاف که مشمول تراکم دعوای نیست از میان برود. این امر می‌تواند موجهی برای صدور آرای متعارض باشد و در نتیجه عدالت دستگاه قضایی را مخدوش نموده و عاملی برای رویگردانی از داوری باشد. در حقیقت، وجود ابهام در نتیجه پرونده و امکان حل و فصل اختلاف حقوقی از راه‌های متعدد می‌تواند عاملی در طرح دعوای متعدد باشد زیرا انگیزه‌های متعددی در طرح دعوا ایجاد می‌شود و این یکی از عوامل اطالۀ دادرسی است. فرض نادر بودن ابطال آرای داوری ناشی از امر

44. France / 07 June 2006 / France, Cour de cassation / *Copropriété Maritime Jules Verne et al. v. Société American Bureau of Shipping (ABS)* / 03-12.034

۴۵. دادنامه شماره ۵۰۴ مورخ ۷۷/۴/۱۰ شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ به نقل از خدابخشی؛ همان، ص ۳۱.

۴۶. دادنامه شماره ۱۵۹ مورخ ۸۳/۱/۲۷ شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ همان، ص ۲۸.

صلاحیت،^{۴۷} مطابق با تحلیل اقتصادی دادرسی است که قضاوت اختلاف مطروح را به محض احراز شرط داوری به داوری ارجاع می‌دهند. در نتیجه می‌توان گفت که نفی صلاحیت دادگاه از منافع طرفین و جامعه محافظت می‌کند.^{۴۸} همچنین می‌توان قاعده نفی صلاحیت را بر مبنای مقدمه واجب نیز توجیه کرد زیرا وجوب قضاوت بر مبنای تعهد به نتیجه‌ای که داور بر عهده گرفته، وجوب بررسی صلاحیت را شامل می‌شود. پذیرش جنبه منفی صلاحیت داور به دلالت التزامی نیز قابل توجیه است زیرا پذیرش صلاحیت داور، ارتباط و ملازمه با نفی صلاحیت دادگاه دارد.

۵. شرایط نفی صلاحیت دادگاه

در فرض وجود صلاحیت داوری، قاضی دولتی در صورت طرح دعوا طرفین را به داوری ارجاع می‌دهد. اما این صلاحیت تحت شرایطی محقق می‌شود. ظاهر صلاحیت داوری در دو مرحله ابراز اراده و ارائه قرائن موافقت‌نامه داوری شکل می‌گیرد.

۱-۵. ابراز اراده

داوری به دلیل مبنای قراردادی نیاز به ابراز اراده خواننده دعوی مطروحه در دادگاه دارد. در حقیقت یکی از شرایط انتفای صلاحیت دادگاه، ابراز اراده خواننده دعوا است. ابراز اراده می‌تواند به شکل صریح یا ضمنی باشد و این امر برای اثربخشی به موافقت‌نامه داوری ضروری است و لذا در صورت سکوت خواننده دعوا این امر استنباط می‌شود که از توافق‌نامه چشم‌پوشی نموده‌اند. در اینکه تکلیف دادگاه در ارجاع دعوا به داوری مطلق بوده یا مشروط است، در مقررات بین‌المللی اختلافی وجود ندارد؛ به این صورت که مقررات بین‌المللی ارجاع دعوا به داوری را منوط به ایراد خواننده نموده‌اند. برای مثال، علاوه بر ماده ۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی، به موجب ماده ۴ پروتکل ژنو ۱۹۲۳، دادگاه‌ها نمی‌توانند رأساً اعلام عدم صلاحیت کنند و برای اینکه محکمه، موضوع دعوا را به داوران ارجاع دهد باید یکی از طرفین پیشاپیش آن را درخواست کرده باشد. رویه قضایی کشورهای عضو کنوانسیون نیویورک حکایت از آن دارد که ارجاع اختلاف به داوری هنگامی میسر خواهد بود که حتماً یکی از طرفین آن را از دادگاه رسیدگی‌کننده به اختلاف بر اساس کنوانسیون درخواست نماید و دادگاه نمی‌تواند رأساً و با صلاحدید خود اختلاف را به داوری ارجاع دهد.^{۴۹} با وجود وحدت قواعد بین‌المللی در این زمینه در حقوق داخلی این امر مورد اختلاف است. مبنای ضرورت ابراز اراده برای ارجاع دعوا به داوری در ابتدا مبتنی بر این امر است که صلاحیت دادگاه عام و اصل بر آن است، مگر اینکه به صلاحیت دادگاه ایراد شده باشد که در این صورت دادگاه مکلف است در رأی صادره، ابتدا ایراد عدم صلاحیت را اگر وارد نباشد به‌طور مستند و مستدل رد نماید.^{۵۰} از این تحلیل برداشت می‌شود که در فرض وجود قرارداد داوری، عدم ایراد خواننده به صلاحیت دادگاه موجب می‌شود که مرجع مزبور بتواند به رسیدگی ادامه دهد. اما از طرف دیگر بند ۱ ماده

۴۷. پیشین، ص ۱۶.

48. Gaillard and Savage, *op.cit.*, 399.

۴۹. بهمنی، محمدعلی و احسان صلحی؛ «چالش‌های شناسایی و اجرای موافقت‌نامه‌های داوری در چهارچوب ماده ۲ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰، ص ۱۱۸.

۵۰. شمس؛ ۱۳۹۰، جلد ۱، ص ۶۴.

۴۸۱ قانون آیین دادرسی مدنی تنها «تراضی کتبی طرفین دعوا» را از موارد زایل‌شدن و ازبین‌رفتن داورى محسوب می‌کند؛ لذا برخی^{۵۱} با استناد به ماده یادشده معتقدند که طرح دعوا با وجود قرارداد داورى به خودی خود از موجبات صدور قرار عدم استماع دعوا خواهد بود. رویه غالب محاکم نیز بر این امر دلالت دارد که با مشاهده شرط داورى، فارغ از اینکه خوانده به آن استناد نماید، مبادرت به صدور قرار عدم استماع می‌نمایند. صرف اقامه دعواى موضوع موافقت‌نامه داورى در دادگاه و عدم ایراد خوانده به صلاحیت دادگاه باعث زائل‌شدن شرط داورى نمی‌شود. شرط داورى مادام که طرفین به گونه‌ای صریح یا ضمنی برای همیشه از آن عدول نکرده باشند در قرارداد وجود دارد و صرف عدم ایراد در دادگاه باعث زوال آن نمی‌شود. عدم طرح ایراد صرفاً به دادگاه امکان می‌دهد تا در آن دعوا رسیدگی کند ولی مانع از طرح دعوا یا دعاوی دیگر در مرجع داورى نمی‌شود. باید تردید در ابراز اراده را حمل بر بقای داورى نمود و مرجع رسیدگی‌کننده در صورت نیاز از خوانده توضیح بخواهد. به‌عنوان مثال، مراجعه به قاضی و درخواست صدور دستور موقت به منزله انصراف از توافق‌نامه داورى نیست و از صلاحیت ترجیحی داورى جلوگیری نمی‌کند.

۲-۵. اثبات موافقت‌نامه داورى

برخی از حقوق‌دانان،^{۵۲} ارائه موافقت‌نامه داورى را برای ارجاع دعوا به داورى ضروری می‌دانند. این امر در رویه قضایی^{۵۳} هم تأیید شده است. نتیجه فقدان موافقت‌نامه داورى معتبر، عدم صلاحیت دیوان داورى برای رسیدگی به صلاحیت خود است. فرض حقوقی نظریه صلاحیت نسبت به صلاحیت، اعطای اختیار به دیوان داورى برای تصمیم‌گیری در مورد صلاحیت خود جهت حل اختلاف میان طرفین است که تعهداتی قراردادی دارند تا اختلافات خود را به داورى واگذار کنند. دادگاه‌ها نیز در صورت وجود موافقت‌نامه داورى معتبر، صلاحیت خود را نفی می‌کنند. علاوه بر ظاهر مادی موافقت‌نامه داورى، در جریان رسیدگی داورى نیز در زمره قرائن، وجود موافقت‌نامه داورى است. همان‌طور که بیان شد، می‌توان ظاهر عرفی را به‌عنوان مبنای نفی صلاحیت دادگاه محسوب نمود.^{۵۴} در این مورد قاضی باید با یک واقعیت عینی خاص روبه‌رو شود که وی را از قضاوت در مورد صلاحیت داورى قابل قبول منصرف نماید. توافق‌نامه داورى منبع و منشأ صلاحیت داورى است زیرا صلاحیت داورى ابتدا مبتنی بر توافق طرفین قرارداد داورى است. دلیل اثبات ظاهر صلاحیت داورى تابع اصل آزادی ادله است و زمانی که از آزادی ادله سخن به میان می‌آید، تمامی وسائل اثبات دعوا نه به‌عنوان قرینه و اماره، بلکه به‌عنوان دلیل قطعی ارزش اثباتی دارند.^{۵۵}

به‌طور معمول، طرفین ضمن قرارداد، شرط داورى را پیش‌بینی می‌کنند، در صورتی که در قرارداد شرطی پیش‌بینی نشده باشد و یکی از طرفین مدعی وجود قرارداد داورى به شکل شفاهی در داورى داخلی یا وجود

۵۱. عابدی؛ همان، ص ۹۷.

۵۲. مافی؛ همان، صص ۳۶ و ۱۱۵، خدابخشی؛ همان، ص ۲۷.

۵۳. دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۲۱۶۰۱۰۰۲۴۴ شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران؛ دادنامه شماره ۸۳/۱۲/۸-۲۰۳۷ پرونده شماره ۸۳/۱۹۲۱ شعبه ۳ تجدیدنظر تهران عدم توجه دادگاه به شرط داورى مبهم را موجب نقض رأی دادگاه دانسته است.

54. P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, "Traité de l'arbitrage commercial international" In: *Revue Internationale De Droit Comparé*. Vol. 49 N. 1, Janvier-mars 1997. p. 413.

۵۵. لطفی، احسان؛ قواعد ویژه حاکم بر تعهدات تجاری، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۴، ۱۴۸.

قرارداد جداگانه باشد باید آن را اثبات نماید. همان‌طور که بیان شد، خود اینکه دعوا در زمان بررسی دادگاه به داوری ارجاع شده باشد می‌تواند مبنای رد دعوا در دادگاه باشد. در این فرض، ظاهر صلاحیت داوری قابل انکار نیست و دیگر نمی‌تواند با توصیف بطلان یا عدم قابلیت اجرای موافقت‌نامه داوری نادیده گرفته شود. ارجاع به دیوان داوری در واقع محدودیت زمانی را برای طرح احتمالی موارد استتنا در جنبه منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت مشخص می‌کند زیرا با ارجاع به دیوان داوری موضوعی برای رسیدگی دادگاه باقی نمی‌ماند. نظارت موضوعی و حکمی دادگاه به‌طور کامل پس از داوری و تنها در صورت اعتراض به رأی اعمال خواهد شد. بنابراین، دادگاه به هیچ وجه مقید به یافته‌ها و ارزیابی‌های داوران نخواهد بود. دادگاه تجدیدنظر پاریس این موضوع را چنین بیان کرد که نظارت کامل دادگاه بر رسیدگی داوری باید باقی بماند و احراز بطلان آشکار موافقت‌نامه داوری فقط در موارد محدود و مصرح در قانون امکان‌پذیر است.^{۵۶}

موافقت‌نامه داوری باید بر اساس قانون حاکم بر آن دارای اعتبار باشد. اعتبار موافقت‌نامه داوری به دو بخش شکلی و ماهوی تقسیم می‌شود. در اعتبار شکلی، غرض اثبات وجود موافقت‌نامه داوری است و اینکه آیا طرفین در مورد داوری توافق نموده‌اند یا خیر. در اعتبار ماهوی، هدف اثبات این امر است که طرفین در مورد قلمرو شمول موافقت‌نامه داوری توافق کرده‌اند. اعتبار موافقت‌نامه داوری یا به وسیله قانون صالح حاکم بر موافقت‌نامه داوری تعیین می‌شود یا به موجب قانون کشوری که در آن رأی داوری صادر شده است یا قانون مناسب حاکم بر قرارداد پایه یا بر اساس قصد طرفین موافقت‌نامه داوری بدون اینکه هیچ ارجاعی به هیچ قانون ملی صورت گرفته باشد. برای اثبات وجود رضایت هر یک از طرفین قرارداد بر ارجاع اختلاف به داوری، اکثر قوانین داوری طرفین را ملزم می‌کنند تا موافقت‌نامه داوری منعقد به صورت امضاشده بوده و مرتبط با یک رابطه حقوقی مشخص و در مورد موضوعات قابل ارجاع به داوری باشد.^{۵۷} البته لازم به ذکر است که در مواردی طرح برخی دعاوی در مراجع داخلی پذیرفته نیست اما اقامه دعوی مزبور در داوری‌های بین‌المللی امری مسلم تلقی می‌شود. برای مثال، در دعاوی خسارات انعکاسی که در نتیجه کاهش ارزش یا سودآوری سهام، سهام‌داران متحمل زیان می‌شوند در حقوق داخلی کشورها حتی مبنی بر طرح دعوا از جانب سهام‌داران پیش‌بینی نشده و اقامه چنین دعاوی صرفاً از جانب شرکت امکان‌پذیر است اما در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی رویه قضایی نشان می‌دهد چنین دعاوی مورد اقبال مراجع داوری سرمایه‌گذاری است؛^{۵۸} لذا در صورت طرح چنین دعاوی دادگاه نباید صرفاً به رد دعوا مبادرت نماید بلکه در این موارد به موافقت‌نامه داوری ترتیب اثر داده و با ارائه نظر ارشادی، طرفین را به داوری ارجاع می‌دهد.^{۵۹} در چنین مواردی به دلیل تفاوت اسباب ممکن است علاوه بر طرح دعوا از جانب سهام‌داران در مراجع داوری بین‌المللی به‌عنوان سرمایه‌گذار

56. CA Paris, 30 nov. 1988, *Société Korsnas Marna c. société Durand-Auzias*, Rev. arb., 1989.691, note P.-Y. Tschanz.

57. انیما، امیلیا؛ *داوری تجاری بین‌المللی*، ترجمه: مهرداد کلیانی، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۹۹، ص ۴۱.

58. بهمنی، محمدعلی و محمدرضا نریمانی زمان‌آبادی؛ دعاوی خسارات انعکاسی در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی؛ امکان‌سنجی و مبانی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌وهشتم، شماره ۵، پاییز-زمستان ۱۴۰۰، ص ۲۳۲ به بعد.

59. محسنی، حسن و عباس میرشکاری؛ تحلیل انتقادی نظر ارشادی دادرسی در دادرسی مدنی، *فصلنامه مطالعات حقوقی خصوصی*، دوره ۴۴، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۲۳۴.

خارجی، شرکت محلی نیز در مراجع داخلی اقدام به طرح دعوا نماید^{۶۰} که به نظر در چنین مواردی دادگاه‌ها به دلیل وجود تعهد مبنی بر اجرای موافقت‌نامه و رأی داور از یک طرف و جلوگیری از جبران مضاعف خسارت از جانب دولت از طرف دیگر باید صدور رأی را منوط به نتیجه رسیدگی داورى کنند.

۶. موانع نفی صلاحیت دادگاه

علاوه بر وجود موارد ذکر شده برای اجرای اثر منفی، نبود برخی موانع ضروری است. موانع نفی صلاحیت، بطلان یا عدم قابلیت اجرای موافقت‌نامه داورى هستند. علاوه بر سیاق ماده ۸ قانون داورى تجارى بین‌المللی که با عبارت «...مگر اینکه (دادگاه) احراز کند که موافقت‌نامه داورى باطل و ملغی اثر یا غیرقابل اجرا می‌باشد...»، ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه نسبت به اصل معامله یا قرارداد راجع به داورى بین طرفین اختلافی باشد، دادگاه ابتدا به آن رسیدگی و اظهارنظر می‌نماید». غالب حقوق دانان ماده اخیر را دال بر عدم امکان تشخیص صلاحیت توسط مرجع داورى می‌دانند.^{۶۱} در این قسمت ابتدا تفسیر لفظی ماده مزبور و سپس روش تفسیر هرمنوتیکی مورد توجه قرار خواهد گرفت. در ابتدا باید گفت که اگر این بیان که اصول حقوقی وضع نمی‌شوند بلکه قبول می‌شوند^{۶۲} صحیح باشد، نباید حداقل برای اثبات اصل صلاحیت مرجع داورى در تشخیص صلاحیت به شکل مستقیم به قوانین مراجعه کرد و لذا باید در پی مبنای این اصل بود.

۱-۶. روش تفسیر لفظی در نفی صلاحیت دادگاه

در روش تفسیر لفظی مفسر تنها بر ظاهر الفاظ قرارداد تکیه می‌کند و در محدوده همان الفاظ اقدام به تفسیر می‌نماید؛ لذا این سؤال قابل طرح است که آیا دادگاه‌ها باید علی‌الظاهر وجود و اعتبار اولیه شرط داورى را احراز کنند و بررسی کامل آن را به مرحله بعد از صدور رأی واگذارند یا اینکه باید به‌طور کامل به بررسی وجود و صحت شرط داورى بپردازند؟ مقررات ایران در این خصوص صراحتی ندارند اما از جهت تطبیقی، طبق ماده ۷ قانون فدرال سوئیس درباره حقوق بین‌الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ در صورتی که در اختلاف قابل ارجاع به داورى، طرفین، قرارداد داورى منعقد کرده باشند، دادگاه‌های سوئیس باید اعلام عدم صلاحیت کنند، مگر اینکه دادگاه، بطلان، ملغی‌الایر و غیر قابل اجرا بودن موافقت‌نامه داورى را احراز کند. ماده ۷ زمانی اعمال می‌شود که مقر داورى در سوئیس باشد. دیوان عالی فدرال سوئیس مستمراً تأکید کرده که دادگاه‌های سوئیس در این مورد بررسی خود را در مورد اعتبار قرارداد داورى به احراز وجود اولیه و بررسی ظاهری موافقت‌نامه داورى معطوف خواهند داشت؛ لذا دادگاه‌ها بررسی کامل موافقت‌نامه داورى را تنها در مرحله بعد از صدور رأی انجام می‌دهند. طبق اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، این امر بر عهده دیوان‌های داورى است تا به بررسی کامل اولیه در مورد اعتبار قرارداد داورى بپردازند. در صورتی که مقر داورى خارج از کشور باشد، ماده ۲ (۳) کنوانسیون نیویورک اعمال می‌شود که به موجب آن دادگاه‌های سوئیس از اختیار خود در بررسی قرارداد داورى استفاده خواهند کرد. بر این اساس، موافقت‌نامه‌های داورى نیز مانند سایر قراردادهای مشمول قواعد تشکیل و

۶۰. بهمنی و نریمانی زمان‌آبادی، همان، ص ۲۴۰.

۶۱. شمس، عبدالله؛ موافقت‌نامه داورى و صلاحیت دادگاه، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۸۲، ص ۳۷؛ مافی؛ همان، ص ۲۰۲.

یوسف‌زاده؛ همان، ص ۷۳؛ کریمی و پرتو؛ همان، ص ۱۰۹.

۶۲. جعفری‌تبار، حسن؛ مبانی حقوقی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص ۸۴.

اعتبار ماهوی هستند.^{۶۳} دیوان عالی فرانسه رأی دادگاه تجدیدنظر^{۶۴} را که در دعوی بین شرکت آلمانی (Gefu Kuchenboss) و شرکت فرانسوی (Corema) صادر و شرط داوری را باطل نموده بود، نقض کرد و دیوان چنین استدلال کرد که دادگاه تجدیدنظر در تشخیص بطلان و غیرقابل اجرا بودن شرط داوری، مبادرت به تفسیر موسع نموده و به این دلیل اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت را نقض نموده است.^{۶۵}

به نظر می‌رسد که ماده ۴۶۱ قانون آیین دادرسی مدنی ابتدا به ساکن، مانع رسیدگی داور به صحت و اعتبار قرارداد داوری باشد زیرا در صورت اختلاف در مورد اصل معامله با قرارداد داوری دادگاه باید بدو به آن رسیدگی نماید و الا مراجعه به داوری امکان‌پذیر نیست.^{۶۶} برخی^{۶۷} از ماده مزبور این گونه برداشت نموده‌اند که علاوه بر مرحله ابطال رأی، در حالت تعیین داور توسط دادگاه یا اقامه اصل دعوا توسط خواهان در دادگاه که ادعای بی‌اعتباری قرارداد داوری حسب مورد از جانب یکی از طرفین در آن صورت می‌گیرد نیز دادگاه می‌تواند به اعتبار این قرارداد رسیدگی کند. البته سیر تاریخی ماده ۴۶۱ در کنار ترتیب مواد ۴۵۹ و ۴۶۰ قانون مذکور به این تفسیر منتج می‌شود که جایگاه آن منحصرأً به موافقت‌نامه داوری محدود شود؛ یعنی در جایی که داور خاصی تعیین نشده و متعاقب آن یکی از طرفین برای تعیین داور به دادگاه مراجعه و در آنجا خواننده نسبت به اعتبار موافقت‌نامه داوری ایراد می‌نماید. اما این استدلال نیز واجد ایراد است زیرا دادگاه نمی‌تواند فقط با اتکا به ایراد طرف مستتکف، وارد یک دعوی تمام‌عیار تحت عنوان بطلان قرارداد اصلی شود.^{۶۸} این امر خلاف اصول دادرسی بوده و نیاز به طرح دعوا با خواسته معین دارد و لذا با توجه به اینکه قانونگذار در مقام بیان بوده، اگر همین نظر را ملاک می‌دانست آن را صریحاً پیش‌بینی می‌نمود. همچنین دادگاه نسبت به آن اقدام به صدور حکم ننموده بلکه اظهارنظر می‌کند، در حالی که در دعوی اعلام بطلان قرارداد، دادگاه باید اقدام به صدور حکم نماید.

در تفسیر سنتی، صالح بودن دادگاه در رسیدگی به دعوی اعتبار قرارداد داوری محل تردید است و لذا در مقام شک با تمسک به اصل عدم، حکم بر عدم صلاحیت دادگاه در ورود به اعتبار قرارداد داوری می‌شود زیرا هر جا که لفظی به کار می‌رود، اصل بر آن است که شنونده به ظاهر کلمات و الفاظ اعتماد می‌کند و متکلمین طبق عرف متداول جامعه و مردم سخن می‌گویند؛ لذا ماده مزبور را با توجه به اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت باید به این صورت تفسیر نمود که: (۱) پیش از آغاز داوری، دعوی اصلی در دادگاه طرح شده باشد که در این فرض، دادگاه راجع به آن اظهارنظر نموده و در صورتی که قرارداد داوری آشکارا باطل یا غیرقابل اجرا باشد، آن را بی‌اثر محسوب و در دعوی خواهان حکم می‌دهد و الا طرفین را به داوری ارجاع می‌دهد.

63. Von Segesser, Georg, Schramm, Dorothee, "Possible Reinforcement of the Negative Effect of the Competence-Competence" Principle in Swiss Legislation", 5 February 2010, Available at: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/02/05/possible-reinforcement-of-the-negative-effect-of-the-competence-competence-principle-in-swiss-legislation/> (Last accessed on 21 July 2023).

64. Cour d'appel de Toulouse, 9 avril 2008, 07/02271.

65. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 avril 2009, 08-17.548, Inédit.

۶۶. یوسف‌زاده: همان، ص ۷۳؛ کریمی و پرتو: همان، ص ۱۰۹.

۶۷. کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو: حقوق داوری داخلی، چاپ ششم، دادگستر، ۱۳۹۷، ص ۱۴۲؛ شمس، ۱۳۹۰، جلد ۳، شماره ۹۶۱.

۶۸. یوسف‌زاده: همان، ص ۷۴.

۲) دادگاه پس از صدور رأی داورى آن را آشکارا باطل بداند. به همین دلیل ماده یادشده از اختلاف (نظر) و نه دعواى طرفین یاد نموده است. اگر امکان طرح مستقل دعواى ابطال وجود داشته باشد، می‌توان ماده مزبور را در جایی که داور به وسیله دادگاه باید تعیین شود نیز مطرح کرد. در آن صورت مدعى ابطال باید مستقلاً دعواى ابطال طرح کند و از تعیین داور جلوگیری نماید، مگر اینکه قرارداد داورى آشکارا باطل یا غیرقابل اجرا باشد که در این صورت نیازی به طرح دعواى مستقل هم نیست زیرا قرارداد مزبور ذاتاً بی‌اثر است. علت پذیرش آن در زمان تعیین داور این است که هنوز مرجع داورى شروع به رسیدگی نموده است. البته این دیدگاه که قائل به جواز درخواست اصلی برای بطلان قرارداد داورى است، با مبانی حقوق ایران سازگار نیست. در حقوق ایران، دخالت دادگاه گاهی جنبه مساعدتی در داورى دارد و لذا فقط برای یک منظور، یعنی کمک به داورى می‌توان به دادگاه مراجعه نمود. طرفین نمی‌توانند برای اثبات بی‌اعتباربودن توافق داورى، حتی آشکارا، دعواى مستقلی را در دادگاه طرح نمایند زیرا خلاف فلسفه داورى است و الا همیشه خواننده دعوا با تمسک به این امر موجبات تأخیر در داورى و اطاله رسیدگی را فراهم می‌نماید. همچنین ماهیت مختلط قراردادی - قضایی داورى نشان می‌دهد که داورى صرفاً جنبه قراردادی ندارد بلکه ماهیت دوگانه آن موجب می‌شود که برخلاف سایر قراردادهای دعواى بطلان قرارداد داورى بدو در دادگاه قابل طرح نباشد. به همین دلیل تنها در مرحله تعیین داور که مرجع داورى تشکیل نشده است، در صورت ایراد خواننده به اعتبار قرارداد داورى دادگاه می‌تواند با بررسی آن اظهارنظر و نه اقدام به صدور حکم نماید؛ لذا مرحله تعیین داور خصوصیتی ندارد که دادگاه تنها در این مرحله با ایراد خواننده راجع به اعتبار قرارداد اقدام به رسیدگی ماهوی نماید. در قلمرو قانون آیین دادرسی مدنی به نظر می‌رسد که برخی دادگاه‌ها بر اساس ظاهر ماده ۴۶۱ عمل می‌کنند و قائل به امکان رسیدگی ابتدایی دادگاه به وجود و اعتبار قرارداد داورى هستند. در دادنامه شماره ۸۳۳۰۰۸۳۳۰۰۹۹۷۵۱۱۳ مورخ ۸۹/۷/۱۷ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد و دادنامه شماره ۳۴۷۰۰۴۰۰۳۴۷۸۳۱۰۴۰۹۹۷۸۳۱۰۴ مورخ ۸۹/۷/۲۵ شعبه چهارم دادگاه حقوقی کرمانشاه،^{۶۹} بر همین اساس دادگاه در صدد بررسی اثبات وجود و اعتبار موافقت‌نامه داورى بر آمده است.

۲-۶. روش تفسیر هرمنوتیک در نفی صلاحیت دادگاه

در فرآیند استدراک یک متن از روش هرمنوتیک (تعبیر برای دستیابی به معنی) به‌عنوان شیوه تفسیر و تأویل متون مختلف استفاده می‌شود. در اینجا نیز هدف این است که آیا به کمک روش تفسیر هرمنوتیک، راهکاری برای فهم مؤثر یک متن وجود دارد یا خیر. با استفاده از روش تفسیر هرمنوتیک می‌توان حکم را در فرض اجمال و ابهام قانون یا در فرض روزآمدنبودن بر طبق منطق حقوقی روز استنباط کرد. بر این اساس، ضرورت دارد علاوه بر عنایت به الفاظ و عبارات و در واقع منطوق قانون، به شخصیت فرضی مقنن، پارادایم نظم حقوقی کشور و قصد و نیت واضعان قانون و همچنین گزینه‌هایی که مقصود قانونگذار در زمان وضع قانون نبوده است نیز توجه نمود. حتی بر اساس روش تفسیر هرمنوتیک حقوقی می‌توان از این هم فراتر رفت و گفت که هرچند عقبه فکری نویسنده نیز حائز اهمیت است، الزامی بر تعیین معنا و مفهوم متن همان‌طوری که

۶۹. به نقل از: خدابخشی؛ همان، ص ۳۳.

مقصود نویسنده بوده است وجود ندارد.^{۷۰} در مورد اینکه چگونه روش تفسیر هرمنوتیک موجب نفی صلاحیت دادگاه می‌شود باید توضیح داد که بر اساس این روش تفسیر، پیش‌بینی امکان رسیدگی به اعتبار قرارداد داوری در مرحله ابطال رأی داوری موجب عدم امکان رسیدگی ماهوی دادگاه به قرارداد داوری در زمان پیش از شروع جریان داوری یا در زمان جریان داوری می‌شود. در غیر این صورت، وضع بند مزبور که در قسمت (ب) بند ۱ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی و بند ۳، ۶ و ۷ ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیز پیش‌بینی شده است، بیهوده می‌شود زیرا در صورت صلاحیت دادگاه در رسیدگی به اعتبار قرارداد داوری تا پیش از صدور رأی، امکان رسیدگی به آن پس از صدور رأی وجود ندارد، به این علت که دعوی مزبور مشمول اعتبار امر مختوم شده است؛ لذا دادگاه تنها به شکل ظاهری و آن هم به صورت عدم امکان طرح دعوی مستقل ابطال قرارداد داوری می‌تواند راجع به بطلان یا عدم قابلیت اجرای قرارداد اظهار نظر نماید. در این مقام دادگاه تنها می‌تواند بطلان و عدم قابلیت اجرای آشکار قرارداد داوری را تشخیص دهد و تنها در این فرض است که ظاهر صلاحیت داوری در برابر صلاحیت دادگاه رنگ می‌بازد. از این امر می‌توان پی برد که ضابطه صحیح این است که دادگاه تنها به شکل ظاهری راجع به قرارداد داوری نظر دهد و الا حتی پیش‌بینی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت در قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز نمی‌تواند موجب رفع تعارض صلاحیت شود، چرا که طبق ماده ۸ قانون مزبور دادگاه در صورت بطلان، ملغی‌الاثرب یا غیرقابل اجرا بودن موافقت‌نامه داوری طرفین را به داوری ارجاع نمی‌دهد و این یعنی نفی اثر منفی و رسیدگی هم‌زمان دو مرجع، در حالی که وقتی مرجعی واجد رسیدگی شناخته می‌شود، به‌طور ضمنی دلالت بر این دارد که سایر مراجع واجد صلاحیت نیستند.^{۷۱} با وجود تفاسیر ارائه‌شده می‌توان گفت که یکی دیگر از انتقادات وارد بر پذیرش اثر منفی اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت این است که باعث نقض حقوق هر یک از طرفین برای استفاده از یک دعوی مؤثر در دادگاه می‌شود. در وهله اول استدلال شده است که اثر منفی باعث تضعیف حق اقدام قانونی اشخاص می‌شود؛^{۷۲} لذا اثر منفی صلاحیت نسبت به صلاحیت از این منظر مغایر با بسیاری از اسناد حقوق بشری و قوانین اساسی کشورها دانسته شده و در این مورد به مواد ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است (۱۹۵۰)، بند (ب) ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر (۱۳۶۹)، ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر استناد شده است؛ اصول و مقرراتی که موجب می‌شود حقوق هر یک از طرفین دعوا برای استفاده از رسیدگی مؤثر در دادگاه، زائل شود. به عبارت دیگر، شرط داوری نقض اصل حق دسترسی مؤثر اشخاص به دادگاه است. با وجود این، به نظر می‌رسد داوری نیز یکی از راه‌های تضمین اجرای صحیح عدالت و مشروعیت‌بخشی به قرارداد طرفین باشد. هدف از داوری حل اختلاف فی‌مابین طرفین مطابق قواعد حقوقی است که توسط طرفین مورد توافق قرار گرفته است. این امر مغایرتی با اسناد مذکور ندارد بلکه خود یکی از مظاهر و جلوه‌های تضمین اجرای عدالت محسوب می‌شود.

۷۰. امین دهقان، صادق، نجادعلی الماسی و ابراهیم یاقوتی؛ «کاربرد هرمنوتیک در حل تعارض متن قوانین در ایران»، حقوق خصوصی، دوره ۱۶، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۲۲۹.

۷۱. حسن‌زاده، مهدی و بدیع فتحی؛ توسعه صلاحیت نسبی ناشی از ارتباط دعوی در ایران و فرانسه با نگاهی به رویه قضایی، حقوقی دادگستری، سال هشتماد و چهارم، ۱۳۹۹، شماره ۱۰۹، ص ۸۰.

72. CA Paris, 15 oct. 2008, *United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport*, DMF, 698, 2008.

نتیجه

اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، ستون اصلی داورى بین‌المللى محسوب مى‌شود، به نحوى که آرا بدون صلاحیت شخصى و موضوعى مرجع داورى از مشروعیت لازم برخوردار نیستند. اثر مثبت این اصل داوران را مجاز مى‌کند تا در مورد صلاحیت خود و ایرادات راجع به آن مستقلاً اتخاذ تصمیم کنند. این اثر در قوانین برخی از کشورها از جمله ماده ۱۶ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران و ماده ۱۴۴۸ قانون آیین دادرسی فرانسه که اعلام مى‌دارد دیوان داورى صلاحیت انحصارى در مورد رسیدگی به ایرادات صلاحیتى را دارد، به رسمیت شناخته شده است. بر اساس اثر منفى اصل مذکور، داوران در بررسی صلاحیت خود بر دادگاهها تقدم دارند. در نتیجه، اختیار نهایی اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت به خود داوران واگذار شده است. هدف از واگذاری اختیارات بیشتر به دیوان‌های داورى، بررسی اعتبار قرارداد داورى است. حق داور برای رسیدگی به ایرادهای صلاحیتى به‌طور سنتى به‌عنوان حق ذاتى در رسیدگی دادگاه‌های بین‌المللى به رسمیت شناخته شده است. وقتى یک شرط داورى جامع و فراگیر و کامل وجود داشته باشد، دیوان داورى اختیار استماع ایرادات صلاحیتى و اتخاذ تصمیم در مورد صلاحیت خود یا حدود و گستره آن و موافقت‌نامه داورى را خواهد داشت. این امر بیش از آنکه متوجه ماهیت، اعتبار و صحت موافقت‌نامه داورى باشد، مربوط به شکل رسیدگی دیوان داورى است. پیش‌شرط موفقیت داورى به‌عنوان سازوکار حل و فصل اختلافات بین‌المللى، ارجاع طرفین به داورى از طرف دادگاهها در صورت وجود موافقت‌نامه معتبر داورى است. از این رو اثر نفى صلاحیت دادگاه به‌عنوان اثر متخذ از اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت، به مفهوم نفى صلاحیت دادگاه تا پایان رسیدگی داورى است، با این قید که دادگاه در جریان داورى تنها مى‌تواند در اداره داورى مساعدت کند. مطابق اثر منفى، دادگاهها نباید در مورد اعتبار و قلمرو موافقت‌نامه داورى رسیدگی کنند زیرا این امر در وهله اول بر عهده داوران است؛ لذا دادگاهها تا فرجام داورى و رسیدگی در مورد اثر موافقت‌نامه داورى باید به انتظار رأى داورى بنشینند و از حق اساسى خود بر رسیدگی به نفع داورى اعراض کنند. این اثر به نفى صلاحیت دادگاه به‌طور موقت تعبیر شده است. توافق طرفین برای رجوع به داورى با وجود قرارداد داورى معتبر، مانع اعمال صلاحیت مستقیم دادگاه مى‌شود. با این حال، صلاحیت دیوان داورى موجب سلب کامل صلاحیت دادگاه نمى‌شود و صلاحیت نظارتى دادگاه همچنان باقى مى‌ماند. دادگاه فقط با وجود قرارداد داورى و تا زمانى که توافق مذکور باقى است، مجال اعمال صلاحیت نمى‌یابد؛ لذا هر زمان داورى به انجام نرسد، صلاحیت دادگاه اعاده خواهد شد. با تردید و تشکیک در تحقق داورى، صلاحیت دادگاه و مرجعیت عام مراجع قضایى استمرار مى‌یابد زیرا برابر اصل ۱۵۹ قانون اساسى، دادگاهها مرجع تظلمات عمومى هستند. شرط داورى به‌عنوان توافقی الزام‌آور، صلاحیت عام دادگاهها را در رسیدگی به اختلاف طرفین تخصیص زده و مانع از رجوع اولیه به دادگاه مى‌شود. اثر منفى صلاحیت نسبت به صلاحیت در دادگاه کیفرى و در مراجع کارگرى - کارفرمایى (به دلیل داورى‌ناپذیرى موضوعى) و دادگاه خانواده مجرى نیست. به دلیل عدم پیش‌بینى راه‌حلهایی جهت رفع تعارض صلاحیت دادگاه و داورى، مى‌توان نفى صلاحیت دادگاه را به استناد اماره ظاهر، تحلیل اقتصادى و جلوگیری از اطاله دادرسی توجیه کرد. شرایط اجرای اثر منفى اصل صلاحیت نسبت به صلاحیت ابراز اراده و همچنین عدم بطلان، ملغى‌الاثربودن و عدم قابلیت اجرای آشکار موافقت‌نامه داورى است.

منابع:

الف. فارسی

- کتاب

۱. انیما، امیلیا؛ *داوری تجاری بین‌المللی*، ترجمه: مهرداد کلیائی، شرکت چاپ و نشر بازگانی، ۱۳۹۹.
۲. بردبار، محمدحسن؛ *صلاحیت در دیوان‌های داوری بین‌المللی*، ققنوس، ۱۳۸۴.
۳. جعفری تبار، حسن؛ *مبانی حقوقی تفسیر حقوقی*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۴. جنیدی، لعیا؛ *قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی*، دادگستر، ۱۳۷۶.
۵. خدابخشی، عبدالله؛ *حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی*، چاپ ششم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۶. ریاضی، علی اکبر؛ *فن وکالت به‌عنوان حرفه‌ای مستقل در طیف مشاغل حقوقی*، ترجمه: محمدحسین زاهدین لباف، چاپ چهارم، شهر دانش، ۱۳۹۵.
۷. شمس، عبدالله؛ *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، جلد سوم، چاپ بیستم، دراک، ۱۳۹۰.
۸. شمسی، جواد؛ *دعوی متقابل*، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
۹. شورای بین‌المللی داوری تجاری، *راهنمای شورای بین‌المللی داوری تجاری برای تفسیر پیمان ۱۹۵۸ نیویورک: کتابچه قضات*، ترجمه: میرحسین عابدیان و رضا افتخار، شهر دانش، ۱۳۹۴.
۱۰. غمامی، مجید و حسن محسنی؛ *آیین دادرسی مدنی فراملی*، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۱. کاتوزیان، ناصر؛ *نظریه عمومی تعهدات*، میزان، چاپ سوم، ۱۳۹۳.
۱۲. کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو؛ *حقوق داوری داخلی*، چاپ ششم، دادگستر، ۱۳۹۷.
۱۳. لطفی، احسان؛ *قواعد ویژه حاکم بر تعهدات تجاری*، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
۱۴. مافی، همایون؛ *شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران*، چاپ دوم، جنگل، ۱۳۹۷.
۱۵. مظفر، محمدرضا؛ *اصول الفقه*، جلد ۱، چاپ چهارم، قم: انتشارات طبع انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰.
۱۶. یوسفزاده، مرتضی؛ *آیین داوری*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.

- مقاله

۱. افتخار جهرمی، گودرز و سیدعلی خراسانی؛ «تبیین اصول و قواعد دادرسی تجاری و ارزیابی کارایی آن از منظر تحلیل اقتصادی حقوق»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۸، شماره ۱، ۱۳۹۶.
۲. افتخار جهرمی، گودرز و مجتبی اسدزاده؛ «نظم عمومی به‌عنوان منبع تعیین انعقاد قرارداد داوری: جستاری در رویه قضایی ایران»، *پژوهش حقوق خصوصی*، دوره ۷، شماره ۲۷، ۱۳۹۸.
۳. امین دهقان، صادق، نجادعلی الماسی و ابراهیم یاقوتی؛ «کاربرد هرمنوتیک در حل تعارض متن قوانین در ایران»، *حقوق خصوصی*، دوره ۱۶، شماره ۲، ۱۳۹۸.

۴. 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.
۵. بهمنی، محمدعلی و احسان صلحی؛ چالش‌های شناسایی و اجرای موافقت‌نامه‌های داوری در چهارچوب ماده ۲ کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰.
۶. بهمنی، محمدعلی و محمدرضا نریمانی زمان‌آبادی؛ دعاوی خسارات انعکاسی در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی؛ امکان سنجی و مبانی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌وهشتم، شماره ۶۵، پاییز-زمستان ۱۴۰۰.
۷. تقی‌زاده، ابراهیم و افشین احمدی؛ «جایگاه شروط غیرمنصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیکی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره دهم، ۱۳۹۴.
۸. حسن‌زاده، مهدی و بدیع فتحی؛ «توسعه صلاحیت نسبی ناشی از ارتباط دعاوی در ایران و فرانسه با نگاهی به رویه قضایی»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و چهارم، شماره ۱۰۹، ۱۳۹۹.
۹. حقیقیان، مهدی و میرشهبیز شافع؛ بررسی مفهوم رابطه خصوصی با داور و تأثیر آن در اعتبار رأی داوری تجاری بین‌المللی، حقوق خصوصی، دوره ۱۸، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۱۰. سربازیان، مجیدعلی رضائی و مذکور صالحی؛ «قرار منع اقامه یا پیگیری دعوا صادره از دیوان‌های داوری در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هشتم، شماره ۳۰، ۱۳۹۸.
۱۱. سلطانی‌نژاد، هدایت‌اله و زینب طلائی؛ ترفندهای چریکی در داوری و راهکارهای مقابله با آن، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۲، شماره ۱، ۱۴۰۱.
۱۲. شمس، عبدالله؛ موافقت‌نامه داوری و صلاحیت دادگاه، تحقیقات حقوقی، شماره ۳۷، ۱۳۸۲.
۱۳. عابدی، محمدتقی؛ «صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری (تحلیلی بر یک رأی صادره در مسئله صلاحیت)»، *مجله حقوقی: نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری*، شماره سی و پنجم، ۱۳۸۵.
۱۴. علومی یزدی، حمیدرضا و حمید درخشان‌نیا؛ «مداخله دادگاه در تعیین داور، آسیب شناسی قانون، رویه قضایی و ارائه الگو»، پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۶، شماره ۲۲، ۱۳۹۷.
۱۵. قاسمی، ولی؛ «بررسی تطبیقی قاعده صلاحیت بر صلاحیت در حقوق داوری تجاری بین‌المللی ایران و انگلیس»، واحد پژوهش شرکت دانش‌پژوهان همایش آفرینان پارس بین‌الملل، دانشگاه زرقان، دانشگاه فاطمیه، دوره ۳، ۱۳۹۵.
۱۶. محسنی، حسن و عباس میرشکاری؛ تحلیل انتقادی نظر ارشادی دادرسی مدنی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۴، شماره ۲، ۱۳۹۳.
۱۷. محسنی، سعید و سیدمحمد مهدی قبولی درافشان؛ «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، *مجله دانش و توسعه*، سال ۱۸، شماره ۳۳، ۱۳۸۹.

- آرای داوری و قضائی

۱. دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۱۲۹۱۱۹۹۳۴۲ مورخ ۸۸/۰۴/۲۵ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی بابلسر.
۲. دادنامه شماره ۲۱/۸۵۶ مورخ ۷۰/۱۰/۲۲ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور.
۳. دادنامه شماره ۸۸۰۹۹۷۵۱۱۳۰۰۸۳۳ مورخ ۸۹/۷/۱۷ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد.
۴. دادنامه شماره ۸۹۰۹۹۷۸۳۱۰۴۰۰۳۴۷ مورخ ۸۹/۷/۲۵ شعبه چهارم دادگاه حقوقی کرمانشاه.
۵. دادنامه شماره ۵۰۴ مورخ ۷۷/۴/۱۰ شعبه ۱۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران.
۶. دادنامه شماره ۱۵۹ مورخ ۸۳/۱/۲۷ شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

ب. خارجی

-Books

1. Gaillard, Emmanuel, and Savage, John (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law and Business, Kluwer Law International, 1999.

-Articles

1. Cook, Ashley, "Kompetenz-Kompetenz: Varying Approaches and a Proposal for a Limited Form of Negative Kompetenz-Kompetenz", *Pepperdine Law Review*, Issue 1, 2014.
2. Fouchard. p, Gaillard. e et Goldman. b, "Traité de l'arbitrage commercial international", *In: Revue internationale de droit comparé*. Vol. 49, N. 1, Janvier-mars 1997.
3. Gaillard, Emmanuel, "L'effet Négatif de la Compétence-Compétence", in *Etudes de Procédure et d'arbitrage*, Mélanges Jean-François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1999.
4. Gaillard, Emmanuel, Banifatemi, Yas, "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators", in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The -New York Convention in Practice*, Gaillard, Emmanuel, Di Pietro Domenico (eds.), *Published by Cameron May Ltd*, 2008.
5. Motulsky, h., "Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale", in *Écrits, t. 2, Études et notes sur l'arbitrage*, préface de C. Reymond, Paris, Dalloz, 1974, rééd. 2010.
6. Park, William, "Challenging Arbitral Jurisdiction: The Role of Institutional Rules, Festschrift in Honor of Laurie Craig", *Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper*, No. 15-40, 2015.
7. Stavros, Brekoulakis, "The Negative Effect of CompétenceCompétence: The Verdict has to be Negative", *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research*, Paper No. 22, 2009.
8. Strong, S.I., "Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States", *American journal of comparative law*, Vol. 66, 2018.
9. Susler, Ozlem, "The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence-Competence", *Macquarie Journal of Business Law*, Vol.16, 2009.

-Theses

1. Emara, Fehr Abd Elazim, *L'arbitrage commercial international par rapport à la juridiction étatique en matière de mesures provisoires et conservatoires: étude analytique et comparative*, Doctorat en droit Docteur en droit (LL.D.), Québec, Canada, 2016.
2. Hüsgen, André Mena, *Rethinking the Negative Effect of Kompetenz-Kompetenz—Proposal for a Restrictive Approach*, Master of Transnational Law, Portuguese Catholic University, 2018.
3. Yildiz, İrfan, *La priorité chronologique reconnue à l'arbitre en droit maritime français Particularisme ou Universalisme ? Le principe dit de compétence-compétence*, Mémoire de Master 2, Droit Maritime et des Transports, Sous la direction de Monsieur Christian Scapel, 2012.

- Judicial and Arbitral Decisions

1. Ca Paris, 15 octobre 2008, United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport
2. France / 07 June 2006 / France, Cour de cassation / Copropriété Maritime Jules Verne et al v. Société American Bureau of Shipping (ABS) / 03-12.034
3. C. Paris (14e ch. B), 17 novembre 2006: Sacofa et autres c. Dalkia - RG No 06-07.363, Gazette du Palais, 24 avril 2007 No 114, P. 42.
4. Cour d'appel de Toulouse, 9 avril 2008, 07/02271
5. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 avril 2009, 08-17.548, Inédit
6. CA Paris, 30 nov. 1988, Société Korsnas Marma c. société Durand-Auzias, Rev. arb., 1989.691, note P.-Y. Tschanz
7. 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.
8. Cass. Civ 1ère, 12 octobre 2011, Elf Aquitaine c/ Interneft, n°11-11058.
9. CA Paris, 15 oct. 2008, United Kingdom Mutual Steamship Insurance c. Groupama transport, DMF, 698, 2008.
10. ICC case no. 4367 [1984], in Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990, 18.
11. ICC Award No. 13774, YCA 2014, Manufacturer (Egypt) Respondents: (1) Buyer (Spain); (2) End buyer (Spain).

- Websites

1. Bhatti, Saadia, "Competence-Competence", Last updated on 23 May 2023, Available at: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-competence-competence> (Last accessed on 21 July 2023).
2. Von Segesser, Georg, Schramm, Dorothee, "Possible Reinforcement of the Negative Effect of the Competence-Competence" Principle in Swiss Legislation", 5 February 2010, Available at: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/02/05/possible-reinforcement-of-the-negative-effect-of-the-competence-competence-principle-in-swiss-legislation/> (Last accessed on 21 July 2023).