



Original Article

## Application of Overriding Mandatory Rules of Third Country to Contractual Obligations

Esmat Golshani<sup>1</sup>, Seyed Mahdi Hosseini Modarres<sup>2</sup>

### ABSTRACT

Overriding Mandatory Rules (OMR), which claim to be applied regardless of the application of conflict of laws rules, are a widely used yet relatively new concept in the legal literature that has not been thoroughly examined from the perspective of private international law. Due to the fact that international commercial arbitration has become the main forum for resolving contractual disputes, from a theoretical perspective, it is necessary to clarify the approach of arbitration bodies to the issue of OMR and complete the research literature of this field. From a practical perspective, due to Iran's exposure to multiple examples of OMR in international commercial disputes (such as rules on sanctions, consumer protection, competition law, and currency control), understanding the limits of the applicability of OMR, especially third-country, can help to protect national interests of Iran in these disputes. In this study, using a descriptive-analytical research method, library and internet sources related to the subject were reviewed with an emphasis on arbitral awards. The findings of the study indicate that third-country OMR are generally applied with stricter standards than OMR of the governing law, based on conflict of laws analyses and arbitrator's duty to render a binding award. In contrast, the non-application of third-country OMR in arbitration practice has occurred due to several reasons: the lack of adherence by arbitrators to conflict of laws rules, the lack of a close connection between the OMR and the dispute, the non-superiority of the goals provided by the OMR over those of the law of the place of arbitration, the facts of the case not falling within the scope of application of OMR, the unacceptable effects and results of applying the OMR, and in some cases, the relevance of OMR to purely national economic and political interests (type of OMR).

**KeyWords:** Overriding Mandatory Rules, Conflict of Laws, Arbitrability, Render a Binding Award, Third Country.

**How to Cite:** Golshani, Esmat, Hosseini Modarres, Seyed Mahdi, "Application of Overriding Mandatory Rules of Third Country to Contractual Obligations", Legal Research, Vol. 27, No. 107, 2024, pp: 179-200.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234538.2664>

Received: 21/01/2024-Accepted: 31/07/2024

1. Assistant Professor, Faculty of Law, Imam Sadiq University: Girl's Campus, Tehran, Iran

*Corresponding Author Email: email*

2. Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



## اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث بر دعاوی قراردادی

عصمت گلشانی<sup>۱</sup>، سید مهدی حسینی مدرس<sup>۲</sup>

### چکیده

قواعد آمره برتر به‌عنوان قواعدی که صرف‌نظر از اعمال قواعد تعارض قوانین، ادعای اعمال دارند، مفهوم پرکاربرد و نسبتاً جدیدی در ادبیات حقوقی است که ابعاد مختلف آن از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی تبیین نشده است. با توجه به تبدیل شدن دآوری تجاری بین‌المللی به اصلی‌ترین مرجع حل اختلافات قراردادی، ضرورت نظری ایجاب می‌کند نوع مواجهه نهاد دآوری با مسئله قواعد آمره برتر به‌دقت روشن شود و ادبیات پژوهشی این حوزه تکمیل گردد. از باب ضرورت کاربردی، به‌دلیل مواجهه ایران با مصادیق متعددی از قواعد آمره برتر در اختلافات تجاری بین‌المللی (مانند قواعد مربوط به تحریم‌ها، حمایت از مصرف‌کنندگان، حقوق رقابت، کنترل ارز)، آشنایی و حدود قابلیت اعمال قواعد آمره برتر به‌خصوص قواعد آمره برتر متعلق به کشور ثالث، می‌تواند به حفظ منافع ملی ایران در این اختلافات کمک کند. در این پژوهش، با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی مرتبط با موضوع با تأکید بر آرای دآوری مورد مطالعه قرار گرفت. یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که قواعد آمره برتر ثالث در رویه دآوری، به‌طور کلی براساس تحلیل‌های مبتنی بر تعارض قوانین و نیز وظیفه داور به صدور رأی لازم‌الاجرا، با استانداردهای سختگیرانه‌تری نسبت به قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم اعمال می‌شوند. در مقابل، عدم التزام داوران به قواعد تعارض قوانین، نبود ارتباط نزدیک بین قواعد آمره برتر و اختلاف، برتر نبودن اهداف تأمین‌شونده توسط قاعده آمره برتر نسبت به اهداف قانون محل دآوری، قرار نگرفتن حقایق پرونده در دامنه شمول اعمال قواعد آمره برتر، غیرقابل قبول بودن آثار و نتایج اعمال قواعد آمره برتر و در برخی پرونده‌ها، مربوط شدن قواعد آمره برتر به منافع اقتصادی و سیاسی صرفاً ملی (نوع قواعد آمره برتر) مواردی است که در رویه دآوری موجب عدم اعمال قواعد آمره برتر ثالث شده است.

**کلید واژگان:** قواعد آمره برتر، تعارض قوانین، قابلیت دآوری، صدور رأی لازم‌الاجرا، کشور ثالث.

**استناد به این مقاله:** گلشانی، عصمت، حسینی مدرس، سیدمهدی، «اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث بر دعاوی قراردادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۷، آبان ۱۴۰۳، صص: ۱۷۹-۲۰۰.

DOI: <https://doi.org/10.48308/jlr.2024.234538.2664>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۰۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۰

۱. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه امام صادق(ع): پردیس خواهران، تهران، ایران

ایمیل نویسنده مسئول: [esmat.golshani@isu.ac.ir](mailto:esmat.golshani@isu.ac.ir)

۲. استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

## مقدمه

قواعد آمره برتر یا همان قواعد انتظامی قواعدی ماهوی اند که ادعا دارند بر همهٔ حالت‌هایی که در قلمرو اعمالشان قرار بگیرند، حاکم‌اند؛ قطع نظر از اینکه قانون حاکم و محتوای آن چه باشد؛ یعنی قطع نظر از اعمال قواعد تعارض قوانین.<sup>۱</sup>

در حقوق بین‌الملل خصوصی، سه دستهٔ اصلی از قواعد آمره برتر وجود دارند: قواعد آمره برتر قانون مقر، قانون حاکم<sup>۲</sup> و قانون خارجی. طبق اکثر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی دنیا، قواعد آمره برتر مقر و قانون حاکم معمولاً به صورت اتوماتیک و رسمی اعمال می‌شوند.<sup>۳</sup> در مقابل، اعمال قواعد آمره برتر خارجی معمولاً برای دادگاه مقر اختیاری است.<sup>۴</sup> این تمایز، اهمیت انتخاب دادگاه توسط طرفین را بیشتر نشان می‌دهد.

از طرف دیگر در حال حاضر، داوری بین‌المللی به مکانیزم پیش فرض برای حل اختلافات قراردادی تجاری بین‌المللی تبدیل شده است. حجم گستردهٔ دعاوی مطرح شده در داوری بین‌المللی، به خصوص در تعامل با موضوع قواعد آمره برتر، مسائل متعددی را ایجاد کرده است؛ از جمله امکان و چگونگی اعمال قواعد آمره برتر توسط داوران و به طور کلی نحوهٔ برخورد داوران بین‌المللی با موضوع اعمال قواعد آمره برتر.

از جملهٔ این مسائل، مطرح شدن سؤالات ذیل است:

۱- آیا دعاوی حاوی قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث که به قانون قابل اعمال در ماهیت دعوی تعلق ندارند، اساساً

قابل داوری هستند؟

۲- در صورت مثبت بودن پاسخ سؤال نخست، این قواعد چه زمانی و با داشتن چه ویژگی‌هایی در داوری بین‌المللی

اعمال می‌شوند؟

۳- و چه زمانی داوران بین‌المللی از اعمال قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث خودداری می‌کنند؟

باتوجه به نسبتاً جدید بودن طرح مفهوم قواعد آمره برتر در سطح جهان، بهترین راه برای پاسخ به این سؤالات، تجزیه و تحلیل آرای داوری است و هرچه تعداد آرای مورد بررسی بیشتر باشد، پاسخ‌های ارائه شده هم دقیق‌تر خواهد بود. در این راستا، در مقاله حاضر تعداد معتناهایی از آرای داوری تجاری بین‌المللی بررسی شده‌اند. اکثر آرای داوری مورد بررسی در این پژوهش، عمدتاً در اروپا یا ایالات متحده صادر شده‌اند. زیرا اکثر آرای که حداقل خلاصه‌های آن به صورت عمومی منتشر شده و می‌توانسته در دسترس نویسندگان قرارگیرد، متعلق به این حوزه‌های قضایی است.

<sup>۱</sup> گلشنی، عصمت و سید مهدی حسینی مدرس، «شمول تحریم‌ها به عنوان قواعد آمره برتر در ارجاع به قانون حاکم»، مجله پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۲، شماره ۶۹، ۱۳۹۹، صص ۲۳۷ و ۲۳۸.

Lois de police اصطلاح فرانسوی و Overriding Mandatory Rules معادل انگلیسی قواعد آمره برتر است.

لازم به توضیح است که مفهوم عمیق قواعد آمره برتر، خود موضوع پژوهش دیگری است و در این مقاله برای تمرکز بر مسئله خاص و اجتناب از طرح مطالب کلی و موازی، آگاهی مخاطب از مفهوم تفصیلی این قواعد، مفروض دانسته شده، لذا به معرفی این قواعد در حدی که در شماره ۱ آمده است، اکتفا می‌شود.

<sup>۲</sup> منظور از قانون حاکم در این مقاله قانون حاکم بر ماهیت دعواست.

<sup>۳</sup> Shehata, I. "Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis", *World Arbitration and Mediation Review*, 2017, P 386.

<sup>۴</sup> Ibid.

جدید بودن مسئله قواعد آمره برتر، قلت ادبیات پژوهشی تولیدشده در این موضوع به زبان فارسی و این واقعیت که مصادیقی از قواعد آمره برتر مانند تحریم‌ها، در دهه‌های اخیر به‌طور فزاینده‌ای در مورد ایران مصداق پیدا کرده‌اند، پرداختن به موضوع را توجیه می‌کند.

برای شروع، ابتدا لازم است مفاهیم «قواعد آمره برتر» و «کشور ثالث» به اختصار تبیین گردد.

## ۱. مفهوم قواعد آمره برتر

قواعد آمره برتر نهادی است در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی که به خصوص با قواعد آمره<sup>۱</sup> متفاوت است. «قواعد بین‌المللی آمره برتر ماهیت آمره دارند و بدون توجه به قانون قابل‌اعمال بر قرارداد (قانون لازم‌الاجرا)<sup>۲</sup>، ادعای قابلیت اعمال آن‌ها می‌شود.»<sup>۳</sup> به بیان دیگر، «قواعدی که ماهیت نظم‌عمومی دارند و بر قانون قابل‌اجرا حاکم‌اند [تفوق دارند] و به‌طور خودکار در مورد هر اختلافی که در محدوده حوزه اعمالشان قرارگیرد اعمال می‌شوند.»<sup>۴</sup> «هدف قواعد آمره برتر، حفاظت از منافع عمومی، مانند منافع اقتصادی، اجتماعی، یا سیاسی یک دولت یا در مقیاس گسترده‌تر، کل اتحادیه اروپا، و رای منافع طرفین خصوصی است. قواعد آمره برتر به خصوص در مجموعه قوانین تجارت خارجی، مبادلات خارجی، کار، حمایت از مصرف‌کننده، ضدانحصار، مالیاتی، بازار بورس اوراق بهادار<sup>۵</sup>، حمایت از آثار فرهنگی، و نیز قوانین حاکم بر خارجیان، ضد فساد، پلیس (شهربانی)، اراضی و قانون اساسی، وجود دارند.»<sup>۶</sup> هدف این قواعد وضع کنترل بر روابط قراردادی برای حفظ منافع عمومی یا اشخاص ثالث است.»<sup>۷</sup>

## ۲. مفهوم کشور ثالث

منظور از کشور ثالث برای دادگاه داخلی یک کشور، کشوری غیر از (۱) کشور مقر دادگاه یا (۲) کشوری است که قانون آن بر قرارداد حاکم است.

در داوری، براساس نظریه غیرمحملی کردن داوری<sup>۸</sup>، چون داوری مقر ندارد، مفهوم موسع‌تری برای کشور ثالث در نظر گرفته شده و قانون محل داوری<sup>۹</sup> (مبدأ) به‌عنوان قانون ثالث مدنظر قرار می‌گیرد. طبق این نظر، دیوان داوری مقر ندارد و وفاداری به

<sup>1</sup> Mandatory Rules

<sup>2</sup> Lois d'application nécessaire

<sup>3</sup> Mayer, P. "Mandatory rules of law in international arbitration," *Arbitration International* 2.4, 1986, P 275.

<sup>4</sup> Shehata, op.cit., P 384.

<sup>5</sup> Securities market

<sup>6</sup> Brunner, C. "Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration", *Kluwer Law International BV*, 18, 2009, P 266.

<sup>7</sup> El-Kosheri, A. S. and Tarek F. R. "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", *ICSID Review* 1.2, 1986, PP 257-274.

برای مطالعه بیشتر درخصوص مفهوم قواعد آمره برتر، ببینید: گلشنی حسینی مدرس، پیشین، صص ۲۳۷-۲۴۰.

<sup>8</sup> Delocalization

<sup>9</sup> lex arbitri

نظم عمومی هیچ کشوری از او انتظار نمی‌رود.<sup>۱</sup> به این معنی که دیوان‌های داوری قواعد آمره برتر مقرر را ندارند.<sup>۲</sup> این نظریه که نویسندگان با آن هم‌نظرند و مبنای این پژوهش قرار گرفته است، با نظریه غیرمحملی کردن داوری و نیز اجرای آرای داوری ابطال شده در مبدأ ارتباط پیدا می‌کند.

بنابراین، قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث، که ازین پس در مقاله مختصراً قواعد آمره برتر ثالث نامیده می‌شود، یعنی قواعدی که ویژگی‌های آمره برتر بودن را دارند، اما توسط کشورهای مقرر دادگاه، قانون حاکم و قانون محل داوری وضع نشده‌اند.

پس از روشن شدن مفهوم قواعد آمره برتر متعلق به کشور ثالث، نوبت پاسخ دادن به سه سؤال محوری مطرح شده در ابتدای پژوهش است.

### ۲.۱. امکان یا عدم امکان رسیدگی به دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث در داوری

اسپیللا،<sup>۳</sup> کنوانسیون رم<sup>۴</sup> و مقررہ رم یک<sup>۵</sup> حاوی مقررات خاصی هستند (به ترتیب: ماده ۱۹، بند ۱ ماده ۷، و بند ۳ ماده ۹) که به دادگاه‌های داخلی در اوضاع و احوال خاصی اختیار می‌دهند که به قواعد آمره برتری که بخشی از قانون حاکم نیستند، توجه کنند. اما در مورد دیوان‌های داوری، این اعطای صلاحیت در هیچ یک از مقررات فوق به صورت صریح نیست.

با این حال نویسندگان در پاسخ به نخستین پرسش پژوهش مبنی بر اینکه آیا دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث، اساساً

<sup>۱</sup> شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسائی تفرشی و حسین علمی، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷.

جهت کسب اطلاعات تفصیلی در تأیید این تئوری یا نظریه مخالف، از جمله به منابع ذیل رجوع کنید:

Paulsson, Jan, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *ICC Bulletin*, Volume 9, Issue 1, 1998; Van Den Berg, Albert Jan, "Annulment of Award In International Arbitration", In: Richard B. Lillich and Charles N. Brower (eds.), *International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity?*, Twelfth Sokol Colloquium, Transnational Publishers Inc., New York, 1994; Albert Jan Van Den Berg, "Enforcement of Annulled Awards?", *ICC Bulletin*, Volume 9, Issue 2, 1998; Gaillard, Emmanuel, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Volume 14, 1999; Gharavi, Hamid, G. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*, *Kluwer Law International*, Netherland: The Hague, 2002; Abedian Hossein, "Judicial review of arbitral awards in international arbitration – A case For an efficient system of judicial review", *Journal of International Arbitration Law*, Netherlands: Kluwer Law International, 2011, PP 589–626;

جنیدی، لیا، «مسئله اجرای آرای داوری ابطال شده»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۳۸، شماره ۴، ۱۳۸۷، صص ۱۵۹–۱۳۷؛ بهمنی، محمدعلی و فیض‌الله جعفری، «رویه قضایی فرانسه و اجرای آرای داوری ابطال شده در محل صدور»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، ویژه‌نامه شماره ۷، ۱۳۹۰، صص ۱۷۸–۱۳۳؛ اسماعیل پور فداکار، شاهین، «اجرای آرای داوری خارجی ابطال شده در کشور محل صدور»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

<sup>۲</sup> Bentolila, D. Arbitrators as lawmakers. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2017, supra note 1, at 119.

<sup>۳</sup> قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس (SPILA) ۱۹۸۷.

<sup>۴</sup> کنوانسیون رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (۱۹۸۰).

هرچند جایگزین شدن مقررہ رم ۱ تا حد زیادی حوزه اعمال این کنوانسیون را محدود کرده است، لیکن هنوز نسبت به دانمارک که عضویت کامل در اتحادیه اروپا ندارد و همچنین نسبت به قلمروهای فراسرزمینی کشورهای عضو اتحادیه اروپا اعمال می‌گردد.

<sup>۵</sup> مقررہ شماره ۵۹۳ پارلمان و شورای اروپا در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی (۲۰۰۸).

قابل داوری‌اند یا خیر، به دلایل ذیل قائل به پاسخ مثبت هستند.<sup>۱</sup>

**دلیل ۱:** اگرچه ماده ۱۹ اسپيلا، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم و بند ۳ ماده ۹ مقررہ رم یک مستقیماً بر داوری قابل‌اعمال نیستند، از طریق قیاس قابلیت اعمال دارند یا حداقل داوران باید از اصول مبنای آن‌ها به‌صورت ارشادی و نه الزامی راهنمایی بگیرند؛ با در نظر گرفتن هدف اصلی این مقررات، داوران اصولاً از صلاحیت توجه کردن به قواعد آمره برتری که توسط کشوری غیر از کشور قانون حاکم وضع شده‌اند، محروم نیستند. همان‌طور که برمن گفته است، «احتمالاً منطبق این فرض این است که حتی در خصوص دعاوی تجاری کاملاً خصوصی، دیوان داوری نقش و کارکردی عمومی برای انجام دادن دارد و نمی‌تواند مطلقاً نسبت به ارزش‌های بنیادینی که قواعد آمره قانون با هر منبع یا منشأیی - حقیقتاً در پی تأمین آن‌ها هستند ناشنوا باشد.»<sup>۲</sup>

**دلیل ۲:** با توجه به اینکه دادگاه‌های ملی علاوه بر قانون حاکم موظف‌اند نظم عمومی قوانین دیگر مانند قانون مقر دادگاه را هم اعمال کنند، اگر فرض را بر این بگیریم که داوران جانشین قضاوت و نهاد داوری جانشین دادگاه‌های ملی است، محدود کردن داور به اینکه فقط قواعد آمره برتر قانون حاکم و مقر را اعمال کند (و نه قواعد آمره برتر ثالث)، باعث می‌شود نهاد داوری حمایت دولت‌ها را از دست بدهد و رویکرد دولت‌ها ضد داوری شود؛ حمایتی که طی دهه‌ها تلاش برای تثبیت جایگاه نهاد داوری در کنار رسیدگی‌های دادگاهی به دست آمده است.

«محدود کردن قدرت و اختیار داور فقط به اعمال قواعد آمره برتر قانون حاکم و مقر، حمایت مقامات قضایی از نهاد داوری را که طی دهه‌ها تلاش صبورانه به دست آمده است، تضعیف می‌کند؛ و تردید سابقه‌دار آن‌ها را به اینکه داوری واقعاً باعث تضعیف احترام به هنجارهای نظم عمومی می‌شود، دوباره زنده می‌کند.»<sup>۳</sup>

نیاز به یادآوری است که وجود مکانیسم داوری بین‌المللی در درجه نخست به کمکی که از مقامات قانونی و قضایی دولت‌ها دریافت می‌کند بستگی دارد.<sup>۴</sup> از نظر پژوهشگران حوزه داوری، گسترش موضوعات قابل داوری در سال‌های اخیر، مستلزم اجرای قواعد آمره برتر است، خواه این قواعد متعلق به قانون قابل اجرا در ماهیت باشد یا خیر.<sup>۵</sup> مثلاً پروفیسور مایر با این فرض که داوران جانشین قضاوت‌اند، مدافع این است که اعمال یک قاعده آمره برتر خارج از قانون قابل اعمال در ماهیت توسط داور، ممکن است واقعاً خوب باشد، چراکه اگر جایگزینی داور به جای قاضی منجر به قربانی شدن منافع عمومی‌ای شود که در صورت رسیدگی به اختلاف نزد یک قاضی ملی، محافظت می‌شد، رویکرد دولت‌ها برضد داوری بین‌المللی خواهد شد.<sup>۶</sup>

شناسایی صلاحیت دیوان‌های داوری به توجه کردن به قواعد آمره برتر وضع شده توسط کشوری غیر از کشور قانون

<sup>1</sup>. Radicati Di Brozolo, L. "Mandatory Rules and International Arbitration", *Am. Rev. Int'l Arb* 23.1, 2012; Kaufmann-Kohler, G. and Rigozzi, A. *Arbitrage International – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Second Edition, Bern: Weblaw, 2010, P 425, n. 661; Voser, N. "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable to International Commercial Arbitration", *American Review of International Arbitration*, 7, 1996, PP 329-330; Azeredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, P 112.

<sup>2</sup>. Bermann, G. A. "Mandatory Rules of Law in International Arbitration," *American Review of International Arbitration*, 18, 2007, P 8.

<sup>3</sup>. Werner, J. "Application of Competition Laws by Arbitrators-The Step Too Far," *J. Int'l Arb.* 12, 1995, P 21.

<sup>4</sup>. Ibid.

<sup>5</sup>. Seraglini, Christophe. "Lois de police et justice arbitrale internationale", PhD Thesis, Paris, 1, 2000, supra note 1.

<sup>6</sup>. Mayer, op.cit., supra note 1, at 285.

حاکم، می‌تواند نهاد داوری را در طولانی مدت تقویت کند. اگر دیوان‌های داوری صلاحیت توجه کردن به چنین قواعدی را برای خود قائل نبودند و آن را حیطة ممنوعه تلقی می‌کردند، ممکن بود دولت‌ها متمایل شوند که در همه دعاوی دربردارنده قواعد آمره برتر به دادگاه‌های داخلی‌شان صلاحیت انحصاری اعطا کنند، تا از رعایت شدن آن قواعد مطمئن شوند. «اگر از ... داوران به عنوان ابزاری برای اجتناب از اعمال سیاست‌های مرتبط کشورهای ذی‌نفع در موضوع دعوا استفاده شود، اعتبار داوری دستخوش تغییر می‌شود. داوری تا وقتی می‌تواند رونق داشته باشد که به وسیله دولت‌ها حمایت شود.»<sup>۱</sup>

**دلیل ۳:** نتیجه مقرر نداشتن داوری این است که داوران به قواعد حقوقی هیچ نظام حقوقی به طور کامل ملتزم نیستند حتی قواعد قانون منتخب طرفین؛ یعنی داوران برعکس قضات دادگاه‌های ملی اجباری به رعایت قواعد حقوقی کشوری خاص ندارند. لذا به لحاظ نظری، امکان و موارد اعمال قواعد آمره برتری غیر از قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم، در داوری بیش از دادگاه‌های ملی است.<sup>۲</sup>

همچنین وقتی مبانی قانونی در حقوق موضوعه این امکان را فراهم آورده‌اند که دادگاه‌های داخلی در شرایط خاصی صلاحیت توجه کردن به قواعد آمره برتر ثالث را داشته باشند، هیچ دلیلی وجود ندارد که داوران از چنین صلاحیتی محروم باشند. «بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، بیانگر یکپارچگی بین‌المللی است. کشورها باید در اجرای سیاست‌های دولتی مربوط به یکدیگر کمک کنند. داور باید با اثربخشی به مقررات الزام‌آوری که ادعای اعمال [در همه شرایط] دارند، به این وحدت بین‌المللی کمک کند؛ به شرطی که آن قواعد توسط کشوری وضع شده باشند که رابطه نزدیکی با قرارداد دارند و اثربخشی به آن قواعد، منصفانه و منطقی باشد.»<sup>۳</sup>

**دلیل ۴:** طبق اکثر قواعد نهادهای داوری یکی از وظایف داوران صدور رأی قابل اجراست.<sup>۴</sup> برای مثال، دیوان‌های داوری در صورت امکان می‌توانند حوزه‌های قضایی بالقوه اجرای رأی داوری را از قبل شناسایی کنند و قواعد آمره برتر این حوزه‌ها را برای جلوگیری از هرگونه رد احتمالی شناسایی یا اجرای رأی اعمال کنند یا حداقل در نظر بگیرند. بر این اساس، اگر داوران صرفاً قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم را مورد توجه قرار دهند، امکان دارد رأی خود را در معرض ریسک ابطال یا اجرا نشدن قرار دهند؛ مثلاً اگر قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم با قواعد آمره برتر متعلق به قانون محل اجرا مغایرت داشته باشد.<sup>۵</sup>

لذا پاسخ اولیه به پرسش نخست این است که دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث، به طور کلی قابل داوری‌اند؛ اما

<sup>1</sup>. Lando, O. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in: Šarčević (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston etc: Graham and Trotman: Martinus Nijhoff, 1989, P 158.

<sup>2</sup>. Bermann, G. A. and Mistelis, L. A. *Mandatory rules in international arbitration*, New York: Juris, 2011, supra note 39, at 333.

<sup>3</sup>. Lando, op.cit., P 159.

<sup>4</sup>. مثلاً قواعد داوری آی‌سی‌سی (۲۰۱۷) در ماده ۴۲ مقرر می‌دارد: «در تمام مواردیکه به صراحت در قوانین پیش‌بینی نشده است، دادگاه و دیوان داوری باید تمام تلاش خود را به کار گیرد تا اطمینان حاصل شود که رأی از نظر قانون قابل اجراست.»

همچنین قوانین داوری دیوان داوری بین‌المللی لندن (LCIA) در ماده ۳۲.۲ مقرر می‌دارد: «در مورد همه مواردی که به صراحت در موافقت‌نامه داوری پیش‌بینی نشده است، دیوان LCIA خود LCIA ثبت‌کننده، دیوان داوری و هر یک از طرفین باید همیشه با حسن نیت و با رعایت روح موافقت‌نامه داوری عمل کنند و باید تمام تلاش معقول خود را بکار گیرد تا مطمئن شود که هر رأی [صادر] در محل داوری، از نظر قانونی به رسمیت شناخته می‌شود و قابل اجرا است.»

همچنین منبع ذیل را ملاحظه کنید:

Mantilla-Serrano, F. "Towards a Transnational Procedural Public Policy, Towards a Uniform International Arbitration Law?", *Arbitration international* 20.4, 2004.

<sup>5</sup>. Ibid, P 379.



پاسخ تکمیلی این است که این امکان داوری در شرایط خاصی رخ می‌دهد.<sup>۱</sup> واکاوی این شرایط موضوع دو سؤال بعدی است.

## ۲.۲. موارد اعمال قواعد آمره برتر ثالث

در پاسخ به این سؤال که چه زمانی داوران بین‌المللی قواعد آمره برتر ثالث را اعمال می‌کنند، از طریق بررسی و تحلیل آرای داوری، دو معیار را می‌توان مطرح کرد:

(۱) معیارهای ارائه‌شده براساس تحلیل تعارض قوانین و (۲) وظیفه دیوان داوری برای صدور رأی لازم‌الاجرا.

### ۲.۲.۱. امکان اعمال قواعد آمره برتر ثالث براساس تحلیل تعارض قوانین

در پرونده‌های ذیل با نگاهی مبتنی بر تحلیل تعارض قوانین می‌توان ویژگی‌هایی را احراز کرد که اگر در پرونده موجود باشد، دیوان داوری قواعد آمره برتر ثالث را هم اجرا می‌کند:

- در پرونده ۵۶۲۲ آی‌سی‌سی (رای اول هیلمارتون)،<sup>۲</sup> که هم محل داوری و هم قانون قابل اعمال در ماهیت متعلق به سوئیس بود، دیوان با این توضیح که هدف قانون الجزایر صرفاً تأمین منافع الجزایر نیست، بلکه هدف آن تضمین رویه‌های تجاری سالم و منصفانه و به‌طور کلی مبارزه با فساد است، حکم کرد که قرارداد متنازع‌فیه، قواعد آمره برتر محل اجرای قرارداد (قانون الجزایر) و نیز نظم عمومی بین‌المللی و اخلاق حسنه قانون قابل اعمال (سوئیس) را نقض می‌کند.<sup>۳</sup>
- در پرونده ۸۵۲۸ آی‌سی‌سی، دیوان ماده ۱۹ اسپیل را اعمال و البته به ماده ۷ کنوانسیون رم<sup>۴</sup> هم اشاره و حکم کرد که قرارداد قواعد آمره برتر ترکیه (محل اجرای قرارداد) را که ارتباط نزدیکی با اختلاف داشت و از دیدگاه رویه حقوقی سوئیس، هدفش را که حفاظت از منافع مشروع و ارزش‌های حیاتی (بسیار مهم) بوده، نقض می‌کند. دیوان، قانون ترکیه را اعمال و اعلام کرد که منافع مالیاتی، امتیازاتی غیرقابل انتقال بین دولت ترکیه و خواننده است. در این پرونده، هم محل داوری و هم قانون قابل اعمال در ماهیت متعلق به سوئیس بود.<sup>۵</sup>
- در پرونده ۹۲۴۰ آی‌سی‌سی، خواننده استدلال کرد که قرارداد، قانون رقابت اروپا یا قانون رقابت ایالت اوهایو (قانون قابل اعمال در ماهیت) را نقض می‌کند. داور منفرد مستقر در بروکسل، قانون رقابت اروپا را تنها قانون

<sup>۱</sup> پروفیسور رادیکاتی با در نظر گرفتن اینکه «فقط آن دسته از قواعد آمره برتری که عنوان واقعی و معقول دارند، باید در پرتو شرایط پرونده اعمال شوند»، یک پاسخ عملیاتی پیشنهاد می‌کند. چنین قواعدی معمولاً متعلق است به «محتمل‌ترین محل جایگزین برای حل و فصل اختلاف، با توجه به محل کسب و کار طرفین و سایر عوامل قضایی مربوطه، هستند و اینکه کدام قواعد آمره در چنین محلی اعمال می‌شود [در گام بعد باید تعیین شود].»

Radicati Di Brozolo, L. "When, Why and How must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions?," In: *The Impact of EU Law on international commercial arbitration*, Juris Publishing, 2016, P 377.

<sup>۲</sup> Case No. 5622 of 1988, 19 Y.B. Comm. Arb. 105 (Icc Int'l Ct. Arb.).

<sup>۳</sup> Ibid.

<sup>۴</sup> ماده ۷: «به هنگام اعمال قانون یک کشور به موجب این کنوانسیون، این امکان وجود دارد که به قواعد آمره برتر قانون کشور دیگری که با آن وضعیت ارتباط نزدیکی دارد، ترتیب اثر داده شود. مشروط بر اینکه طبق قانون کشور اخیر، آن قواعد قطع نظر از قانون حاکم بر قرارداد قابل اعمال باشند. در خصوص ترتیب اثر دادن یا ندادن به این قواعد آمره، بایستی به ماهیت، هدف و نتایج اعمال یا عدم اعمال آن‌ها توجه شود.»

<sup>۵</sup> Case No. 8528 of 1996, 25 Y.B. Comm. Arb. 432 (ICC Int'l Ct. Arb.).



- رقابت قابل اجرا در این اختلاف تشخیص داد؛ زیرا کشور عضو جوامع اروپایی<sup>۱</sup> محل اجرای قرارداد بود.<sup>۲</sup>
- در رأی نهایی ۲۰۱۱/۱۵۸ اتاق بازرگانی استکهلم<sup>۳</sup>، داور ابتدا تأیید کرد که قاعده مورد بحث، یک قاعده آمره برتر متعلق به قانون فرانسه است و سپس با استناد به مواد ۷ کمیسیون اروپا و ۹ مقررات رم ۱، حکم داد که داوران موظفاند صرف نظر از قوانین حاکم، قواعد آمره برتر نظام حقوقی را که ارتباط مهمی با اختلاف دارند، اعمال کنند. البته در نهایت، براساس اعمال قوانین بر حقایق پرونده، داور احراز نکرد که قرارداد، قواعد آمره برتر محل اجرای قرارداد، یعنی فرانسه، را نقض کرده است. در این پرونده، هم محل داوری و هم قانون حاکم متعلق به سوئد بود.<sup>۴</sup>
- در پرونده ۱۶۶۵۵ آی سی سی، طبق قانون امارات متحده عربی (قانون محل اجرای قرارداد)، یک نمایندگی باید در آژانس نظارتی مربوطه ثبت شود تا بتواند از حمایت قوانین امارات بهره مند شود. در مورد پرونده، خواهان ثبت نشده بود و بنابراین، دیوان ادعای او را در مورد نقض قواعد آمره برتر قانون امارات رد کرد.<sup>۵</sup> در این پرونده، هم محل داوری و هم قانون قابل اعمال متعلق به فرانسه بود.
- در پرونده باشگاه‌های فوتبال آ.ا.ک. آتن و اسلاویا پراگ علیه اتحادیه فوتبال اروپا (یوفا)<sup>۶</sup> و نیز پرونده باشگاه فوتبال سلطیک علیه یوفا<sup>۷</sup>، هر دو دیوان داوری قواعد آمره برتر اتحادیه اروپا (قوانین حقوق رقابت اتحادیه اروپا) را اعمال کردند؛ چون آنها را به عنوان قواعد انتظامی که ارتباط نزدیکی با دعوا دارند توصیف کردند و اینکه از دیدگاه نظام حقوقی سوئیس، هدف این قواعد حفاظت از منافع مشروع و ارزش‌های حیاتی است. علاوه بر این، هر دو دیوان ماده ۱۹ اسپلا را اعمال کردند و به ماده ۷ کنوانسیون رم ارجاع دادند.
- جمع‌بندی اینکه، در آرای داوری صادره در اروپا دیوان‌های داوری قواعد آمره برتر ثالث را در صورتی اعمال کرده‌اند که با (۱) ارتباط نزدیکی با اختلاف داشته (مانند قانون محل اجرای قرارداد) یا (۲) در راستای نظم عمومی بین‌المللی (همان تأمین منافع مشروع و ارزش‌های حیاتی و بسیار مهم) یا مقررات مقر یا قانون قابل اعمال در ماهیت بوده‌اند. مورد دوم همان است که تحت عنوان «شایستگی اعمال» قاعده آمره برتر برای اعمال شدن در ادبیات حقوقی مطرح می‌شود.<sup>۸</sup> توضیح آنکه، قواعد آمره برتر ثالثی قابلیت اعمال در یک دعوا را دارند که هدف آنها شایسته باشد و برای رسیدن به این هدف

۱. این نهاد در حال حاضر وجود ندارد. در زمان صدور این رأی داوری، جوامع اروپایی (The European Communities (EC)) از سه سازمان بین‌المللی جامعه زغال سنگ و فولاد اروپا (ECSC)، جامعه انرژی اتمی اروپا (EAEC یا Euratom)، و جامعه اقتصادی اروپا (EEC) تشکیل شده بود. جامعه اقتصادی اروپا (EEC) در سال ۱۹۹۳ توسط معاهده ماستریخت به جامعه اروپایی (European Community EC) تغییر نام داد. جامعه زغال سنگ و فولاد اروپا (ECSC) هم در سال ۲۰۰۲ منحل شد.

۲. Case No. 9240 of 1998, 14 (2) ICC Bull. 59.

۳. SCC

۴. Case No. 158 of 2011, 38 Y.B. Comm. Arb. 253 (Arb. Inst. Stockholm Chamber of Com.).

۵. Case No. 16655 of 2011, 4 (2) Intl. J. Arab Arb. 125 (Int'l Ct. Arb.).

۶. AEK Athens & SK Slavia Prague v. (UEFA), Case No. 1998/0/200 (Ct. Arb. For Sport, Aug. 20, 1999), Digest of CAS Awards II 1998-2000 38 (2002).

۷. Celtic Plc v. (UEFA), Case No. 1998/0/201 (Ct. Arb. For Sport, Jan. 7, 2000), Digest of CAS Awards II 1998-2000 106 (2002).

۸. به عنوان مثال تحریم‌های وضع شده توسط کشور ثالث به عنوان یک قاعده آمره برتر زمانی شایسته اعمال است که هدف و موضوع تحریم توجه به آن را ایجاب کند. یعنی براساس استانداردهای کشور مقر (در رسیدگی‌های دادگاهی) و استانداردهای قابل قبول از نظر جامعه بین‌المللی (در رسیدگی‌های داوری) منافع تأمین‌شونده به وسیله تحریم‌ها باید «مشروع و شایسته حمایت» باشند، همچنین تحریم باید ابزاری «ضروری» و «متناسب» برای دستیابی به هدفش باشد. برای مطالعه بیشتر رک به:

جعفرزاده، میرقاسم، عصمت گلشنی و سید مهدی حسینی مدرس، «جایگاه "شرط شایستگی اعمال" در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۰.

ابزاری مناسب و ضروری باشند.

## ۲.۲.۲. امکان اعمال قواعد آمره برتر ثالث بر اساس وظیفه به صدور رأی قابل اجرا

در پرونده‌های ذیل با نگاه به یکی از مهم‌ترین وظایف دیوان داوری یعنی صدور رأی که در نهایت اجرا هم بشود، می‌توان امکان اجرای قواعد آمره برتر ثالث را احراز کرد:

- در پرونده ۸۶۲۶ آی‌سی‌سی، خواننده ادعا کرد که قرارداد ناقض پیمان کمیسیون اروپاست. دیوان مستقر در سوئیس حکم داد که قانون قابل اجرا (قانون نیویورک) داوران را ملزم می‌کند که بر اساس حکم میتسویشی، مقررات ضدانحصار خارجی را در نظر بگیرند.<sup>۱</sup> از طرف دیگر، آلمان در آن پرونده یک مکان بالقوه برای اجرای رأی بود؛ لذا نادیده گرفتن مقررات حقوق رقابت اتحادیه اروپا، که آلمان هم موظف به رعایت آنهاست، منجر به رد اجرای چنین رأی در آلمان می‌شد. لذا دیوان با این استدلال که یکی از وظایف او صدور رأی لازم‌الاجراست، مقررات حقوق رقابت اتحادیه اروپا را به عنوان نوعی قواعد آمره برتر اعمال کرد.<sup>۲</sup>
  - در پرونده ۱۵۹۷۷ آی‌سی‌سی<sup>۳</sup> راجع به اعمال قواعد نمایندگی تجاری، داور وظیفه خود برای صدور رأی قابل اجرا آن‌طور که طبق قوانین آی‌سی‌سی مقرر شده تصدیق کرد. باین‌حال، اشاره کرد که چنین تعهدی به معنای دخالت دادن قواعد آمره برتر همه کشورهای مختلف نیست که ممکن است رأی داوری به‌طور بالقوه به آن کشورها برای شناسایی و اجرا ارائه شود؛ این تعهد صرفاً یک «استاندارد نظم عمومی» بین‌المللی را در حداقل سطح مجاز برای هر رأی داوری ایجاد می‌کند. با وجود این، داور نقض یا عدم نقض قواعد آمره برتر قانون امارات متحده عربی را بررسی کرد و چنین نقضی را احراز نکرد.
- در این پرونده، محل داوری اشتوتگارت آلمان و قانون حاکم قانون آلمان با استثنای کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بود.<sup>۴</sup>

با توجه به آرای داوری فوق، می‌توان استنباط کرد که هم کنوانسیون رم و هم اسپیلا تأثیر قابل توجهی بر نگرش دیوان‌های داوری نسبت به اعمال قواعد آمره برتر «خارجی» ای که به قانون قابل اجرا در ماهیت تعلق ندارند، داشته‌اند. البته مجدداً تأکید می‌شود که این نتیجه ممکن است تحت تأثیر این امر باشد که اکثر آرای داوری بررسی شده در این مقاله، در اروپا صادر شده‌اند. قدر متیقن می‌توان استنباط کرد که هر زمان که دیوان داوری در اروپا مستقر باشد، طرفین می‌توانند درخواست اعمال قواعد آمره برتر خارج از قانون قابل اعمال در ماهیت را بدهند. طرف درخواست‌دهنده باید بکوشد دیوان را متقاعد کند که قواعد آمره برتر مورد ادعا سه شرط مهم ذیل را دارند: (۱) شایستگی اعمال دارند، (۲) بین قرارداد و کشور واضع قاعده رابطه نزدیکی وجود دارد و (۳) نتایج حکم به اثربخشی به قاعده نسبت به نتایج حکم به نادیده گرفتن آن برتری دارد.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).

<sup>۲</sup> Case No. 8626 of 1996, 14 (2) ICC Bull. 55

<sup>۳</sup> Case No. 15977 of 2010, 1 ICC Bull. 92 (2016).

<sup>۴</sup> Ibid.

<sup>۵</sup> مثلاً شهاتا می‌نویسد: «در برخی موارد، طرف ممکن است نیاز داشته باشد که به‌طور خاص به ماده ۱۹ اسپیلا استناد و ثابت کند که منافع قواعد آمره برتر ثالث نسبت به نظم عمومی خود سوئیس بسیار برتر است.» (Shehata, op.cit., P 401).  
واکاوی تفصیلی سه شرط مذکور، خود محل پژوهش‌های دیگر است. جهت مطالعه، رک به: همان.

### ۲.۲.۳. رویکرد نظام حقوقی ایران

در چهارچوب نظام حقوقی ایران از دو منظر می‌توان به تحلیل قواعدآمره‌برتر کشور ثالث پرداخت: (الف) آیا نظام حقوق بین‌الملل خصوصی ایران اجازه اعمال قواعدآمره‌برتر کشور ثالث را به مرجع رسیدگی‌کننده اختلاف قراردادی (اعم از دادگاه یاداوری) می‌دهد؟ (ب) آیا در نظام حقوقی ایران مصادیقی از قواعدآمره‌برتر وجود دارند که درجایی که قانون ایران به‌عنوان قانون قابل‌اعمال در ماهیت دعوی قراردادی تعیین نشده، بتوان به آنها استناد کرد.

#### ۲.۲.۳.۱. اعمال قواعدآمره‌برتر

به علت عدم طرح موضوع اعمال قواعدآمره‌برتر کشور ثالث بر دعوی قراردادی در رویه داوری و قضایی ایران که تاکنون به‌صورت عمومی در دسترس قرار گرفته است، امکان تبیین رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به موضوع از این رهگذر - به‌مانند آنچه در قسمت ۲-۲ و ۱-۲ انجام شد - وجود ندارد. اما می‌توان پاسخ به این پرسش را از رهگذر تحلیل قوانین، مقررات و قواعد موجود ارائه داد.

از یک سو، در نظام حقوقی ایران مبانی قانونی که به‌صراحت اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث را تجویز کنند (مانند ماده ۱۹ اسپیل، بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رم، و بند ۳ ماده ۹ مقررہ رم ۱) و شرایط اعمال آن را تبیین کنند<sup>۱</sup> وجود ندارد. اما از سوی دیگر به دلایل ذیل نمی‌توان فوراً چنین نتیجه گرفت که امکان اعمال قواعد آمره برتر کشور ثالث در نظام حقوقی ایران وجود ندارد.

**دلیل ۱:** عدم منحصرکردن قانون حاکم به نتیجه اعمال قاعده حل تعارض: نظام حقوقی ایران برای اتباعش دو قاعده مهم حل تعارض قوانین در حوزه تعهدات قراردادی دارد که حوزه اعمال متفاوتی دارند. ماده ۹۶۸ قانون مدنی با عدم پذیرش اصل آزادی اراده، قانون حاکم بر تعهدات قراردادی را قانون محل وقوع آن دانسته و در مقابل ماده ۲۷ قانون داوری در بند یکم اصل آزادی اراده را در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد پذیرفته است.

در الفاظ هیچ‌کدام از این دو ماده صراحتاً قانون قابل‌اعمال برای حل اختلاف قراردادی منحصر در «قانون محل وقوع عقد» یا «قانون مورد توافق طرفین» نشده است. به‌عبارت‌دیگر می‌توان گفت که این دو ماده صراحتاً اعمال قاعده‌آمره‌برتر ثالث در کنار قانونی را که در نتیجه اعمال قاعده حل تعارض مربوطه تعیین می‌شود، منع نکرده‌اند.

**دلیل ۲:** تصریح به امکان اعمال در کنار قانون حاکم: در بند ۱ ماده ۳۱ نسخه ۱۴۰۲<sup>۲</sup> و بند «الف» ماده ۴۲ نسخه ۱۳۸۶<sup>۳</sup> قواعد داوری مرکز داوری اتاق ایران با اندک اختلافی به امکان اعمال «قواعد حقوقی» در کنار «قانون حاکم» اشاره شده است.

**دلیل ۳:** تعهد داور به صدور رأی قابل اجرا: هرچند در نظام حقوقی ایران نه در قانون داوری تجاری بین‌المللی و نه در قانون آیین دادرسی مدنی، تصریحی در خصوص تعهد داور به صدور رأی قابل اجرا وجود ندارد؛ لیکن داور(ان) با پذیرش داوری یک اختلاف، خود را ملتزم به این تعهد ضمنی در هر توافق داوری می‌کنند که رأیی صادر کنند تا‌حدا‌مکان در کشور مبدأ قابل ابطال نباشد و در کشور مقصد قابل اجرا باشد.<sup>۴</sup> زیرا صدور رأی غیرقابل اجرا نقض غرض طرفین قرارداد از توافق برای حل اختلاف قراردادی از طریق داوری است.

۱. البته تفصیل شرایط اعمال قواعدآمره‌برتر در سایر نظام‌های حقوقی نیز در دکترین و رویه داوری صورت گرفته است نه در قانون.

۲. «داور» مکلف است براساس قانون حاکم یا قواعد حقوقی قابل‌اعمال رأی صادر کند.

۳. «داور» مکلف است براساس قانون حاکم یا قواعد حقوقی قابل‌اعمال رأی دهد.

۴. طباطبائی‌نژاد، سید محمد، «داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره؛ مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۲۹۲-۲۹۳.

ماهیت این تعهد داور را حتی اگر تعهد به فعل یعنی صرف انجام دادن نهایت کوشش و تلاش برای صدور رأی لازم‌الاجرا هم بدانیم، باز هم عدم التزام به آن می‌تواند موجب مسئولیت مدنی برای داور(ان) باشد؛ بنابراین در نظام حقوقی ایران، داور می‌تواند با استناد به اینکه لازمه اجرای تعهد قراردادی‌اش به صدور رأی قابل اجرا، مدنظر قراردادن قواعد آمره ثالث است این قواعد را در صورت احراز شرایط در کنار قانون حاکم اعمال کند.

### ۲.۲.۳.۲. مصادیق قواعد آمره برتر

در نظام حقوقی ایران می‌توان قواعدی را یافت که ویژگی‌های گفته شده برای قواعد آمره برتر را دارند لذا در داوری‌های بین‌المللی در جایی که نظام حقوقی ایران به‌عنوان قانون قابل اعمال در ماهیت تعیین نشده، می‌توان به آنها استناد کرد. برای مثال در نظام حقوقی ایران اخذ هرگونه پورسانت در معاملات بین‌المللی دولت یا نهادهای عمومی به‌موجب «قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی»، ماده ۱۰۹ «قانون مجازات نیروهای مسلح» و ماده ۶۰۳ قانون مجازات اسلامی (کتاب پنجم) ممنوع است.<sup>۱</sup> این ممنوعیت را می‌توان یک قاعده آمره برتر در نظر گرفت؛ زیرا محتوای آن به‌گونه‌ای است ادعای حاکم بودن قطع نظر از اعمال قاعده حل تعارض را دارند. زیرا اگر طرفین یک قرارداد بتوانند به گونه‌ای توافق کنند که هیچ‌گاه قانون ایران حاکم نباشد، این قاعده آمره هرگز اعمال نخواهد شد؛ بنابراین فقط در صورتی وضع چنین قاعده‌ای منطقی است که ماهیت آمره برتر داشته باشد. همچنین می‌توان چنین نیز استدلال کرد که این قاعده نظم عمومی بین‌المللی ایران را تأمین می‌کند که لازمه آن داشتن ویژگی اعمال بی‌واسطه قاعده حل تعارض است. هرچند تاکنون مواردی از استناد به قواعد آمره برتر نظام حقوقی ایران در داوری‌های بین‌المللی به‌صورت عمومی منتشر نشده است، موضوع دو شرکت فرانسوی و نروژی را که قراردادهای پیمانکاری در حوزه انرژی با دولت ایران داشتند می‌توان از این حیث بررسی کرد.

هر دو شرکت که در بورس نیویورک پذیرفته شده بودند، با اتهام پرداخت مبالغی به مقامات دولتی ایران در ایالات متحده از سوی وزارت دادگستری و کمیسیون بورس و اوراق بهادار تحت تعقیب قرار گرفتند و سرانجام به توافقی برای پرداخت جریمه دست پیدا کردند.<sup>۲</sup> شرکت فرانسوی برای پرداخت رشوه در فرانسه نیز محکوم شد. اگر فرض کنیم دولت ایران تعهدات خود را درقبال این شرکت‌ها انجام نمی‌داد و شرکت‌ها ایران را برای عدم انجام تعهدات قراردادی به داوری می‌کشاندند، حتی اگر قانون حاکم بر قرارداد قانون ایران نباشد، می‌توان به عدم امکان الزام ایران به اجرای تعهداتش در مقابل طرف خارجی به سبب نقض قاعده آمره برتر ممنوعیت پرداخت پورسانت در معاملات خارجی توسط طرف‌های قرارداد استناد کرد؛ زیرا از جنبه ثبوتی این قاعده هر سه ویژگی «شایستگی اعمال»، «رابطه نزدیک بین قرارداد و کشور واضع قاعده» و «تفوق نتایج حکم به اثربخشی به قاعده نسبت به نتایج حکم به نادیده گرفتن آن» را دارد و می‌تواند مستقیم و بی‌واسطه اعمال قاعده حل تعارض قوانین اعمال شود. همچنین جنبه اثباتی آن با پذیرش پرداخت رشوه به مقامات دولتی ایران نیز محقق شده است.

<sup>۱</sup>. برای مطالعه بیشتر رک: آذری متن، افشین، «جرم پورسانت در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۷۱، شماره ۶۱، ۱۳۸۶.

<sup>۲</sup>. U.S.A. V. Total S.A., 05/29/2013, available at: <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/9392013529103746998524.pdf>, last visited 7/24/2024.

The Securities and Exchange Commission against Total, S.A., (cease-and-desist proceedings), 05/29/2013, available at: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2013/34-69654.pdf>, last visited 7/24/2024, last visited 7/24/2024.

The Securities and Exchange Commission against Statoil ASA, 2006/13/10, (cease-and-desist proceedings) available at: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2006/34-54599.pdf>, last visited 7/24/2024.

[https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2006/October/06\\_crm\\_700.html](https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2006/October/06_crm_700.html), , last visited 7/24/2024.

### ۳. موارد عدول از اعمال قواعد آمره برتر ثالث در رویه دیوان‌های داوری

پس از روشن شدن اینکه در چه مواردی داوران قواعد آمره برتر ثالث را اجرا می‌کنند، نوبت پاسخ به این پرسش است که داوران بین‌المللی در چه مواردی از اعمال قواعد آمره برتری، که بخشی از قانون قابل اعمال در ماهیت نیستند، خودداری می‌کنند؟

برای پاسخ به این پرسش، در ادامه با تجزیه و تحلیل آرای داوری مختلف، موارد عدول از اعمال قواعد آمره برتر ثالث روشن شده است:

#### ۳.۱. عدول براساس تحلیل قواعد تعارض قوانین

##### ۳.۱.۱. داوران به قواعد تعارض قوانین ملتزم نیستند

- در پرونده ۶۸۵۸ آی‌سی‌سی<sup>۱</sup> محل داوری و قانون حاکم سوئیس بود و طرفین دعوا و داور از اتباع کمیسیون اروپا بودند. خواننده درخواست اعمال قانون جامعه اروپا را براساس ماده ۱۹ اسپيلا کرد. داور حکم کرد که چون داوری مقرر ندارد، داوران مستقر در سوئیس ملزم به اعمال ماده ۱۹ اسپيلا نیستند و متعاقباً او ملزم به اعمال قانون جامعه اروپا هم نیست.

این رأی مسئله پیچیده‌ای را ایجاد می‌کند؛ بدین صورت که از یک طرف داوران معمولاً طبق قوانین سازمانی حاکم در داوری ملزم به اعمال قواعد تعارض قوانین محل داوری یا هر حوزه قضایی دیگری نیستند و این دقیقاً همان چیزی است که این رأی به درستی به آن اشاره می‌کند. از طرف دیگر، آیا این بدان معناست که قواعد آمره برتر ثالث در هیچ موردی قابل اجرا نخواهد بود، حتی اگر ارتباط نزدیکی با پرونده داشته باشد؟ قطعاً این طور نیست.

چنین رویکردی این تالی فاسد را در پی خواهد داشت که این امکان را به طرفین می‌دهد که با انتخاب داوری به عنوان مرجع حل اختلاف، به منظور اجتناب از اعمال قواعد آمره برتر، از نهاد حل اختلاف داوری سوءاستفاده کنند. این درحالی که است که وظیفه داوران به صدور رأی لازم‌الاجرا، اعمال قواعد آمره برتری راه، که ارتباط تنگاتنگی با اختلاف دارند، ایجاد می‌کند؛ البته تا زمانی که این قواعد در راستای نظم عمومی بین‌المللی محل داوری یا قانون قابل اجرا در ماهیت باشند. بنابراین، به نظر نویسندگان، این استدلال که داوران به قواعد تعارض قوانین ملتزم نیستند، نباید به عنوان مبنایی برای عدول از اعمال قواعد آمره برتر ثالث در نظر گرفته شود. همچنین رأی شماره ۶۸۵۸ به سبب تالی فاسد تبیین شده نباید به عنوان یک رأی داوری رویه‌ساز در آرای داوری آتی مورد استناد قرار بگیرد.

##### ۳.۱.۲. قواعد آمره برتر چندان بر منافع قانون محل داوری برتری ندارد

در پرونده آی‌سی‌سی در ۱۹۸۹ (سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)<sup>۲</sup>، دیوان به این نتیجه رسید که براساس ماده ۱۹ اسپيلا، منافع کشور خارجی در خصوص قانون سوئیس آن قدر برتر نبود که توجه به آن را توجیه و قرارداد را باطل کند. این تحلیل هم مانند تحلیل قبل مبتنی بر رویکرد تعارض قوانین است.

<sup>1</sup>. Case No. 6858, I ICC Bull. Special Supplement 40-41 (1994).

<sup>2</sup>. K Ltd. v. M S.A., ICC Case of 1989, 11(2) ASA BULL. 216 (1993).

### ۳.۲. عدول به علت عدم احراز شرایط

#### ۳.۲.۱. قواعد آمره برتری که ارتباط نزدیکی با اختلاف ندارند یا نتایج اثرنابخشیدن به آنها بر اثربخشیدن به آنها تفوق دارد

- در سال ۱۹۸۱، دیوان داوری انجمن سلطنتی غلات و خوراک هلند<sup>۱</sup> در رأی دعوی که در آن هلند هم محل داوری و هم قانون حاکم بود، ابتدا اعلام کرد که قانون اتریش قابل اعمال نیست؛ زیرا طرفین توافق کرده بودند که قرارداد منحصراً تحت قانون هلند باشد. سپس، دیوان استدلال کرد حتی بدون توجه به توافق طرفین هم، دیوان نباید قانون اتریش را در نظر بگیرد؛ زیرا در این مورد قرار بود کالا در هلند به خریدار هلندی فروخته شود و لذا قانون اتریش هیچ ارتباط نزدیکی با اختلاف ندارد.
- در پرونده‌ای دیگر، در ۱۱ ژانویه ۱۹۸۲، در رأی انجمن تجارت غلات آمستردام راجع به بیعی که در آن هلند هم محل داوری و هم قانون حاکم بود، دیوان اعلام کرد که براساس حقوق بین‌الملل خصوصی هلند، داوران می‌توانند در صورت وجود ارتباط نزدیک بین پرونده، به قواعد آمره برتر قانون کشوری دیگر (در این پرونده، اتریش) اثر ببخشند و البته ماهیت و وسعت مقررات مذکور و همچنین پیامدهای اعمال یا عدم اعمال آنها هم باید در نظر گرفته شود.
- دیوان ارتباط بین قرارداد و قانون اتریش را کافی ندانست؛ چون فقط بایع در اتریش قرار داشت، در حالی که مبدأ مبیع و محل خریدار آمستردام بود، بیع از طریق یک کارگزار آلمانی انجام شد و قرار بود پرداخت هم به یک بانک آلمانی انجام شود.
- داور علاوه بر احراز نکردن رابطه نزدیک بین قانون اتریش و پرونده، به پیامدهای اعمال یا عدم اعمال قانون اتریش هم توجه کرد و چون اعمال قانون اتریش منجر به بی اعتباری قرارداد می‌شد، تصمیم به عدم اعمال قاعده آمره برتر مندرج در قانون اتریش گرفت.<sup>۲</sup>
- در پرونده ۱۳۶۹۶ آی‌سی‌سی که در آن سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود،<sup>۳</sup> خواننده استدلال کرد که پرداخت حق امتیاز، نقض حقوق رقابت کمیسیون اروپا<sup>۴</sup> است. دیوان اعلام کرد که حق امتیاز مربوط به گواهینامه‌های اختراع منقضی شده‌ای در ایالات متحده و ژاپن است که دو کشور غیر اتحادیه اروپا هستند. بنابراین محصول از حمایت‌های ناشی از یک گواهینامه اختراع معتبر در قلمرو کمیسیون اروپا برخوردار نیست و این دو کشور نیز ارتباط نزدیکی با دعوا ندارند. با این حال، دیوان داوری در مورد اعمال شدن یا نشدن الزامات بند ۱ ماده ۸۱ معاهده تأسیس جامعه اقتصادی اروپا (رم ۱۹۵۷)<sup>۵</sup> به عنوان یک قاعده آمره برتر اظهار نظری نکرد. این بند راجع به اعمالی و توافقاتی است که در روابط تجارت بین کشورهای عضو تأثیر منفی قابل ملاحظه بر رقابت دارد. در واقع دیوان نتایج اثربخشیدن به قواعد آمره برتر ثالث را بررسی نکرد.<sup>۶</sup>
- در پرونده ۹۳۳۳ آی‌سی‌سی (سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)، داور منفرد ادعان داشت که این

<sup>۱</sup> Dutch Co. v. Austrian Co. 7 Y.B. Comm. Arb. 141 (ICC Int'l Ct. Arb. 1981).

<sup>۲</sup> Dutch Co. v. Austrian Co. 8 Y.B. Comm. Arb. 160 (ICC Int'l Ct. Arb. 1982).

<sup>۳</sup> Case No. 13696 of 2207, 39 Y.B. Comm. Arb. 77 (ICC Int'l Ct. Arb.).

<sup>۴</sup> EC Competition Law

<sup>۵</sup> در سال ۲۰۰۹، معاهده لیسبون این معاهده را به «معاهده عملکرد اتحادیه اروپا» تغییر نام داد و ماده ۸۱ به ماده ۱۰۱ تغییر پیدا کرد.

<sup>۶</sup> Case No. 13696 of 2007, 39 Y.B. Comm. Arb. 77 (ICC Int'l Ct. Arb.).

امکان وجود دارد که یک قانون خارجی بتواند وضعیت «قواعد انتظامی» را به خود بگیرد. داور بر این عقیده بود که اعمال «قانون منع ارتشا در رویه‌های بازرگانی خارجی» ایالات متحده<sup>۱</sup> به‌عنوان یک قاعده آمره در این پرونده به‌سادگی قابل توجیه نیست؛ زیرا این قانون به اندازه کافی به اختلاف مرتبط نیست (خواننده یک شرکت فرانسوی تابعه یک شرکت آمریکایی و خواهان تابعه یک کشور آفریقایی بود). از این رو، داور حکم داد که این قانون در مورد شرکت‌های خارجی تابعه شرکت‌های آمریکایی «قابل» اعمال نیست، حتی اگر هم باشد، بدان معنا نیست که یک دیوان داوری بین‌المللی «ملزم» به اعمال آن و عدم اعمال هر قانون دیگری باشد. در واقع داور تحمیل «قانون منع ارتشا در رویه‌های بازرگانی خارجی» بر مشاغل خارج از ایالات متحده را مناسب ندانست، با وجودی که این قانون هدفی شرافتمندانه برای مبارزه با فساد داشت.<sup>۲</sup>

- در پرونده ۶۳۲۰ آی‌سی‌سی با محل داوری پاریس و قانون حاکم برزیل،<sup>۳</sup> خواهان برزیلی (غیر آمریکایی) درخواست غرامت سه‌برابری از خواننده آمریکایی داشت. دیوان داوری با بررسی قانون «سازمان‌های فاسد و تحت نفوذ اخاذی» (ریکو)<sup>۴</sup> ایالات متحده، هدف این قانون را محافظت از اقتصاد و جامعه آمریکا در برابر تأثیرات منفی اخاذی سازمان‌یافته دانست که به نوعی، نظم عمومی اساسی ایالات متحده است. دیوان در خصوص الزام اعمال قانون ریکو در این پرونده، اذعان کرد که ممکن است تحت سه شرط سختگیرانه ذیل، قواعد آمره خارج از قانون محل انعقاد قرارداد<sup>۵</sup> قابل اعمال باشد:

(۱) آن قاعده آمره به‌وضوح یک «قاعده انتظامی» باشد.

(۲) حوزه قضایی مربوطه باید در اجرای قاعده، دارای آنچنان منافع قوی و مشروعی باشد که اجرای چنین قاعده‌ای را ایجاب کند.

(۳) یا قاعده منعکس‌کننده یک اصل «نظم عمومی بین‌المللی» باشد.

در پرونده ۶۳۲۰، دیوان به دلیل فقدان شرط دوم از اعمال قواعد آمره برتر قانون ریکو خودداری کرد. داوران در آرای دسته دوم، بر تحلیل مبتنی بر تعارض قوانین تکیه کرده‌اند تا تعیین کنند که قاعده مورد نظر تا چه حد با واقعیت‌های پرونده مرتبط است. در این موارد، پیوند حقایق پرونده‌ها به قانون مورداً از نظر دیوان‌های داوری ضعیف بود و ارتباط نزدیکی وجود نداشت تا بتوان قاعده آمره برتر را اعمال کرد.

### ۳.۲.۲. محدوده اعمال قواعد آمره برتر به حقایق پرونده نمی‌رسد

در داوری موردی در سال ۱۹۸۹ که در آن سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود،<sup>۶</sup> داور قرارداد دلالی موضوع پرونده را براساس قانون حاکم معتبر دانست و در ادامه بررسی کرد که آیا قانون عمومی یک کشور ثالث چنین قراردادی را باطل می‌کند یا خیر. استنباط داور بر این بود که این قانون عمومی خارجی متعلق به نظم عمومی بین‌المللی نیست و علاوه بر این، قانون‌گذار آن کشور خارجی هم قصدی برای تعمیم قابلیت اعمال قانون خود به قراردادهای تحت حاکمیت قوانین دیگر نداشته است. بنابراین، حکم کرد که ممنوعیت دلالی در قوانین عمومی خارجی برای داوران مستقر در

<sup>۱</sup> Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)-1977

<sup>۲</sup> Case No. 9333, 19 (4) ASA BULL. 757.

<sup>۳</sup> Case No. 6320 of 1992, 20 Y.B. Comm. Arb. 62-109 (ICC Int'l Ct. Arb., 1995).

<sup>۴</sup> The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act (1970).

<sup>۵</sup> lex contractus

<sup>۶</sup> Ad hoc Award of 1989, 9 (3) ASA BULL. 239, 244 (1991).



سوئیس الزامی نیست؛ زیرا چنین قوانینی به منافع فردی یا اجتماعی بسیار بااهمیت و اساسی مربوط نمی‌شود؛ یعنی بخشی از نظم عمومی فراملی را تشکیل نمی‌دهد.<sup>۱</sup> لذا داور در این پرونده از اعمال قواعد آمره برتر قانون ثالثی که نسبت به قانون سوئیس خارجی محسوب می‌شد خودداری کرد؛ زیرا حقایق پرونده در دامنه شمول آنها قرار نمی‌گرفت.

### ۳.۲.۳. آثار اعمال قواعد آمره برتر ثالث غیر قابل قبول است

در ۳ پرونده ذیل، دیوان داوری براساس تحلیل‌هایی با ماهیت تعارض قوانین، قواعد آمره برتر ثالث را به دلیل نتایج و آثار نامناسب غیر قابل اعمال دانسته است:

- پرونده ۶۵۰۳ آی‌سی‌سی، راجع به دو عضو جوامع اروپایی بود که تصمیم گرفته بودند قراردادشان در سوئیس توسط داوران سوئیس با اعمال قوانین سوئیس داوری شود. به عبارت دیگر، آنها می‌خواستند یک چارچوب غیر اتحادیه اروپا برای اختلافات ناشی از قرارداد خود داشته باشند. طرفین همچنین توافق کرده بودند که دیوان این اختیار را داشته باشد که براساس قواعد انصاف و کدخدانشانه<sup>۲</sup> به اختلاف رسیدگی کند. در این راستا، مدعی استدلال کرد که قرارداد به دلیل نقض قواعد رقابت اتحادیه اروپا (قواعد آمره برتر ثالث نسبت به این پرونده) باطل است. دیوان باطل تلقی کردن قرارداد براساس قواعد انصاف و کدخدانشی را یک نتیجه بد و غیرمنصفانه و لذا قرارداد را صحیح دانست.

در این پرونده مدعی به درستی ادعا نکرد که قواعد رقابت اتحادیه اروپا نظم عمومی فراملی هستند، زیرا چنین نبود.<sup>۳</sup>

در این پرونده گویی دو طرف قرارداد در تلاش برای فرار از اجرای قواعد آمره برتر کمیسیون اروپا هستند. ترکیبی از انتخاب مقر (سوئیس)، قانون قابل اعمال بر ماهیت (سوئیس)، انتخاب داوران (سوئیس) و اعطای قدرت به داوران برای عمل براساس انصاف و کدخدانشانه، در نهایت باعث شد طرفین بتوانند از اعمال قواعد آمره برتر کمیسیون اروپا فرار کنند.

ظاهراً داوران باید این رویکرد طرفین را در نظر می‌گرفتند و قواعد آمره برتر اتحادیه اروپا را اعمال می‌کردند، البته فقط در صورتی که این قواعد به اندازه کافی با پرونده مرتبط بود و دامنه اعمال آنها هم به حقایق پرونده می‌رسید.<sup>۴</sup>

- در پرونده ۱۲۴۷۲ آی‌سی‌سی (فرانسه هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)، دیوان داوری اذعان کرد که قواعد انتظامی خارجی‌ای که به قانون محل انعقاد قرارداد تعلق ندارند، همیشه از مشکل عدم مشروعیت رنج می‌برند. نظر غالب در داوری بین‌المللی هم در مورد اعمال سیستماتیک قواعد انتظامی مثبت نیست. ولی این بدان معنا نیست که قواعد انتظامی هرگز نباید اعمال شوند. گرچه داوران «تعهدی» به اعمال قواعد انتظامی ندارند، هیچ چیز هم مانع از آن نیست که با ارجاع به ماده ۷ کنوانسیون رم، پیامدهای اعمال یا عدم اعمال

<sup>۱</sup> داور همچنین اذعان داشت که اگرچه ماده ۱۹ اسپیلای پس از حصول این توافق لازم‌الاجرا شده است، نتیجه یکسان خواهد بود. او همچنین تأکید کرد که داوران بین‌المللی در هیچ موردی ملزم به اعمال اسپیلای نیستند.

<sup>۲</sup> Amiable compositeurs

<sup>۳</sup> Case No. 6503 of 1990, ICC BULL. Special Supplement 39-41 (1994).

<sup>۴</sup> پیش فرض نویسنده برای این پاسخ، وظیفه داوران برای حفظ یکپارچگی رژیم داوری بین‌المللی است.

قواعد انتظامی کشوری در خاورمیانه<sup>۱</sup> در خصوص این اختلاف، توسط دیوان مورد بررسی قرار گیرد. در مورد این پرونده، اعمال قواعد آمره برتر خارجی (کشور خاورمیانه‌ای) عواقب نامناسبی دارد؛ چراکه در صورت اعمال آن قواعد، قرارداد باطل می‌شد و خواننده از تعهداتی که خود آزادانه در قرارداد پذیرفته، رها می‌شد؛ به خصوص که خواننده در قرارداد با خواهان توافق کرده بود قرارداد تحت حاکمیت قانون کشور خاورمیانه نباشد.<sup>۲</sup>

در این پرونده دیوان نتایج اعمال قواعد آمره برتر را با توجه به حقایق پرونده ناعادلانه دانست.

- در پرونده ۱۵۹۱۳ آی‌سی‌سی (با محل داوری پاریس و قانون حاکم الجزایر)<sup>۳</sup>، دیوان داوری اعلام کرد که مقررات کنترل مبادلات الجزایر می‌تواند به‌عنوان قاعده انتظامی در نظر گرفته شود؛ زیرا هدف از آن «حفاظت از منافع اقتصادی مهم دولت الجزایر» است. اما پیچیدگی قانون کنترل مبادلات الجزایر، توصیف کل کنترل‌های مبادلاتی الجزایر به‌عنوان قواعد انتظامی را دشوار می‌کند. علاوه بر این، اعمال این‌گونه قواعد انتظامی خارجی در کنار امکان دادن به خواننده برای فرار از تعهدش به پرداخت طبق توافق، منجر به نتایج افراطی می‌شود.

همان‌طور که اشاره شد، در این چند پرونده، در عمل، غیرقابل قبول بودن نتایج و آثار اعمال قاعده آمره برتر خارجی (ثالث) به‌عنوان مبنایی برای عدم اعمال قاعده تلقی شده است. اما لازم به ذکر است که در آرای مذکور، برای تشخیص نامناسب یا غیرقابل قبول بودن یا افراطی بودن نتایج و آثار اعمال قاعده آمره برتر خارجی، ملاک و معیار مشخصی که به‌صورت عام مورد شناسایی قرار گرفته باشد، ذکر نشده است؛ بر این اساس، به نظر می‌رسد چنین رویکردی منجر به اعمال نظر و سلیقه شخصی در دعاوی خواهد شد.

### ۳.۳. عدول با استناد به نوع قواعد آمره برتر

در بعضی از پرونده‌ها، نوع قواعد آمره برتر موجب امتناع از اعمال آنها شده است.

- در پرونده ۱۳۹۹ آی‌سی‌سی، داوران تأیید کردند که قانون مکزیکی یک قاعده انتظامی بوده است، ولی دامنه اعمال آن نباید به محل اجرای قرارداد (فرانسه) برسد؛ چون قانون مکزیکی یک قاعده انتظامی خارجی (ثالث) است که بخشی از نظم عمومی بین‌المللی نیست. دیوان داوری همچنین اشاره کرد که قراردادی که منجر به فساد مقامات دولتی خارجی می‌شود، احتمالاً باطل و بلااثر شناخته می‌شود، اما قراردادی که مغایر قوانین مالیاتی یا مقررات وارداتی یک کشور خارجی باشد، لزوماً باطل نمی‌شود.<sup>۴</sup>

باتوجه به حقایق این پرونده، دلیل عدم اعمال قانون گمرکی مکزیکی نرسیدن دامنه اعمال آن به حقایق پرونده است که در قسمت (ب) از شماره ۳-۲ توضیح داده شد. با این حال، به نظر می‌رسد نوع قانون مذکور در این رأی تأثیرگذار بوده است؛ زیرا دیوان در حکم خود تصریح کرده است که اگر قانون مکزیکی یک قانون ضدفساد بود، احتمالاً تصمیم آنها متفاوت می‌بود.

- خریدار در دعوای مربوط به یک رأی منتشر نشده در ۱۹۸۱ (سوئیس قانون حاکم بود)، به‌عنوان دفاع به مقررات

<sup>۱</sup> در منابع مربوط به رأی، نام دقیق کشور ذکر نشده است.

<sup>۲</sup> Case No. 12472 of 2004, 24 ICC BULL. Special Supplement 46 (2013).

<sup>۳</sup> Derains, Y. and Jarvin, S. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Netherlands: ICC Publ, 1994, supra note 61, at 458, 461, 465.

<sup>۴</sup> Case No. 1399 of 1967 (ICC Int'l Ct. Arb.); Lew, J. D. *Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration awards*, Netherlands: Oceana Publications Dobbs Ferry, 1978, PP 550-552.

کنترل ارز رومانی استناد کرد. دیوان داوری مقررات رومانی را مشابه مصادره دارایی‌های سرمایه‌گذار خارجی و نسبت به او تبعیض‌آمیز دانست و از این رو از اعمال این مقررات خودداری کرد. در واقع برای دیوان این تبعیض مهم‌تر از ملاحظات معمول برای چنین مقرراتی، مانند نگرانی دولت برای تثبیت تراز پرداخت‌ها و جلوگیری از خروج نامطلوب ارزهای خارجی بود.<sup>۱</sup>

درواقع در این پرونده، دیوان نخواست به اعمال قوانین کنترل مبادلات رومانیایی، به‌عنوان قیم و نماینده دولتی خارجی عمل کند.

- در پرونده ۱۵۹۷۲ آی‌سی‌سی (با محل داوری و قانون حاکم سوئیس)، دیوان قواعد آمره برتر خارجی (نیجریه - محل اجرای قرارداد) را به محدودیت‌های تجاری و وارداتی را صرفاً در خدمت اجرای منافع اقتصادی یا سیاسی ملی نیجریه دانست که نباید اعمال شود و اعلام کرد مهم نیست که چقدر ارتباط پرونده با آن کشور نزدیک است.<sup>۲</sup>

- در پرونده ۱۴۲۶۶ آی‌سی‌سی (سوئیس هم محل داوری و هم قانون حاکم بود)، داور با استناد به ماده ۱۹ اسپیلا اشاره کرد که داوران بین‌المللی مستقر در سوئیس، موظف به اعمال قوانین خارجی (در این پرونده، بلژیک) در مورد تعهدات قراردادی نیستند و صرفاً اگر قواعد انتظامی خارجی ارتباط نزدیکی با اختلاف داشته باشد و دامنه اعمال آنها هم ایجاب کند، باید آنها را در نظر گرفت.

ضمناً داور بین دو نوع قواعد انتظامی به‌روشنی تمایز قائل شد: (۱) قواعد ضد انحصار و ضد فساد که باید توسط دیوان اعمال شود (قواعد ضد انحصار، اگر بر قلمرو کشور واضح تأثیر بگذارند، اعمال خواهند شد) و (۲) قواعد انتظامی‌ای که به منافع اقتصادی یا سیاسی ملی مربوط می‌شوند، مانند تحریم‌های تجاری یکجانبه، محدودیت‌های موجود بر واردات یا صادرات، و محدودیت‌های پولی که این قواعد انتظامی الزامی برای اعمال برای داوران ایجاد نمی‌کنند.

بنابراین، داور با این استدلال که او به قوانین مالیاتی بلژیک که صرفاً قصد حمایت از منافع اقتصادی ملی بلژیک را دارد متعهد نیست، از اعمال مقررات آمره قانون بلژیک امتناع کرد.<sup>۳</sup>

درواقع جالب‌ترین پرونده در این دسته همین مورد است. با مطالعه این پرونده و البته سه رأی دیگر این سؤال پیش می‌آید که آیا داوران بین‌المللی باید بین قواعد آمره برتری که به نظم عمومی فراملی مربوط می‌شوند (مانند قواعد ضد فساد و احتمالاً قواعد ضد انحصار) و سایر قواعد آمره برتری که به منافع سیاسی و اقتصادی صرفاً ملی مربوط می‌شوند، تمایز قائل شوند؟ آیا اگر چنین تمایزی صحیح باشد، تفکیک فقط زمانی اعمال می‌شود که قواعد آمره برتر به قانون قابل اعمال در ماهیت تعلق نداشته باشند؟ یا اگر قواعد آمره برتر متعلق به قانون حاکم هم فقط به منافع اقتصادی یا سیاسی ملی آن کشور مربوط شوند، برای داوران الزام ایجاد نمی‌کنند؟

ظاهراً محققان حوزه داوری با چنین تمایزی قائل به مخالفت‌اند.<sup>۴</sup> گرچه داوران در چهار رأی فوق‌الذکر این تمایز را ایجاد کرده‌اند، اما به نظر نمی‌رسد در آینده بتوان از این چهار رأی قاعده عامی استخراج و در آرای بعدی به نحو مشابه عمل کرد.

<sup>1</sup>. Blessing, M. *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, 9 Swiss Com. L. Series 1, 1999.

<sup>2</sup>. Case No. 15972 of 2011, 1 ICC BULL. 92, 130-132 (2016).

<sup>3</sup>. Case No. 14266, 24 ICC BULL. Special Supplement 83 (2013).

<sup>4</sup>. Shehata, op.cit., P 416.

## نتیجه گیری

در این مقاله تلاش شد دیدگاهی درمورد رویکردها درباره اعمال قواعد آمره برتر ثالث در داوری تجاری بین‌المللی ارائه شود.

۱- در پاسخ به سؤال نخست این مقاله مبنی بر اینکه آیا دعاوی حاوی قواعد آمره برتر ثالث اساساً قابل داوری اند یا خیر؟ بررسی‌ها نشان داد که قابلیت داوری (داوری پذیری) قواعد آمره برتر در داوری بین‌المللی تا حد زیادی به قانون قابل اجرا در داوری بستگی دارد که معمولاً قانون محل داوری است.

براساس رویه داوری، در داوری‌هایی که در اتحادیه اروپا، سوئیس یا ایالات متحده انجام شود، به احتمال زیاد قواعد آمره برتر کاملاً قابل داوری تلقی خواهند شد. اما از سوی دیگر، آرای داوری‌های خارج از این سه حوزه ممکن است همچنان با خطر مداخله دادگاه‌های ملی کشورها براساس غیرقابل داوری بودن قواعد آمره برتر مواجه باشند.

قیاس از قابلیت رسیدگی دادگاهی، از دست ندادن حمایت دولت‌ها از نهاد داوری، محتمل بودن امکان و موارد اعمال قواعد آمره برتر ثالث در داوری بیش از دادگاه‌های ملی به لحاظ تئوری و عدم وجود دلیل برای تمایز بین رسیدگی‌های دادگاهی و داوری در این خصوص، و وظیفه داوران به صدور رأی قابل اجرا، دلایلی است که داوران و نویسندگان براساس آنها قواعد آمره برتر ثالث را به‌طور کلی قابل داوری می‌دانند؛ گرچه این امکان داوری در شرایط خاصی رخ می‌دهد که موضوع پاسخ دو سؤال بعدی است.

۲- در پاسخ به سؤال دوم مبنی بر اینکه قواعد آمره برتر ثالث چه زمانی و با داشتن چه ویژگی‌هایی در داوری بین‌المللی اعمال می‌شوند؟ آرای داوری نشان داد که این قواعد یا براساس یک تجزیه و تحلیل مبتنی تعارض قوانین اعمال می‌شوند (که در اکثر موارد بر این اساس است) یا براساس وظیفه داور به صدور رأی لازم‌الاجرا.

در تحلیل‌های مبتنی بر تعارض قوانین، وجود ارتباط نزدیک بین قاعده آمره برتر و اختلاف یا تأمین منافع مشروع و ارزش‌هایی حیاتی و بسیار مهم توسط قاعده (هدف قاعده) تأثیرگذار بوده‌اند.

۳- در پاسخ به سؤال سوم مبنی بر اینکه چه زمانی داوران بین‌المللی از اعمال قواعد آمره برتر متعلق به قانون ثالث خودداری می‌کنند؟ می‌توان شش دلیل ذیل را از آرای داوری برای امتناع داوران از اعمال قواعد آمره برتری، که به قانون مربوط به ماهیت تعلق نداشته، استخراج کرد:

الف) عدم التزام داوران به قواعد تعارض قوانین؛ ب) عدم وجود ارتباط نزدیک بین قواعد آمره برتر و اختلاف؛ ج) برتر نبودن منافع تأمین‌شونده توسط قاعده آمره برتر نسبت به قانون محل داوری؛ د) نرسیدن دامنه اعمال قواعد آمره برتر به حقایق پرونده؛ ه) غیرقابل قبول بودن آثار و نتایج اعمال قواعد؛ و) نوع قواعد آمره برتر (قواعدی که به منافع اقتصادی و سیاسی صرفاً ملی مربوط می‌شود در مقابل قواعد ضدانحصار و ضدفساد).

یافته‌ها تأثیر قابل توجه قواعد تعارض قوانین را بر داوری تجاری بین‌المللی در این زمینه نشان می‌دهد. به‌طور خلاصه، قواعد آمره برتری که به قانون قابل اعمال در ماهیت تعلق نداشتند (قواعد آمره برتر متعلق به کشور ثالث)، عموماً و به‌درستی تحت نظارت بالاتر و معیارهای سختگیرانه‌تری نسبت به قواعد متعلق به قانون حاکم بودند.

## منابع

## مقاله

۱. آذری متن، افشین، «جرم پورسانت در حقوق کیفری ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۱، شماره ۶۱، ۱۳۸۶.
۲. جعفرزاده، میرقاسم، عصمت گلشنی و سید مهدی حسینی مدرس، «جایگاه "شرط شایستگی اعمال" در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث»، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۰، صص ۵۱-۷۵.
۳. شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسائی تفرشی و حسین علمی، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۳، شماره ۱، ۱۳۹۲، صص ۹۳-۱۱۱.
۴. طباطبائی‌نژاد، سید محمد، «داوری تجاری بین‌المللی و چالش اعمال قواعد آمره: مطالعه موردی داوری در حقوق رقابت»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴، صص ۲۷۷-۳۰۰.
۵. گلشنی، عصمت و سید مهدی حسینی مدرس، «شمول تحریم‌ها به‌عنوان قواعد آمره برتر در ارجاع به قانون حاکم»، *مجله پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۲۲، شماره ۶۹، ۱۳۹۹، صص ۲۳۳-۲۵۷.

## References

## Books

1. Azeredo da Silveira, M. *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2014.
2. Bentolila, D. *Arbitrators as lawmakers*. Netherlands: Kluwer Law International BV, 2017.
3. Bermann, G. A. and Mistelis, L. A. *Mandatory rules in international arbitration*, New York: Juris, 2011.
4. Blessing, M. *Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts*, 9 Swiss Com. L. Series 1, 1999.
5. Derains, Y. and Jarvin, S. *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Netherlands: ICC Publ. 1994.
6. Kaufmann-Kohler, G. and Rigozzi, A. *Arbitrage International – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Second Edition, Bern: Weblaw, 2010.
7. Lando, O. The Law Applicable to the Merits of the Despute, in: Šarč ević (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston etc: Graham and Trotman: Martinus Nijhoff, 1989.
8. Lew, J. D. *Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration awards*, Netherlands: Oceana Publications Dobbs Ferry, 1978.
9. Radicati Di Brozolo, L. "When, Why and How must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions?," In: *The Impact of EU Law on international commercial arbitration*, Juris Publishing, 2016.

## Articles

10. Azari Matan, Afshin, "Percentage as Crime in Iranian Criminal Law", *the Judiciary Law Journal*, Volume 71, Issue 61, 2007. (in Persian)
11. Bermann, G. A. "Mandatory Rules of Law in International Arbitration," *American Review of International Arbitration*, 18, 2007.
12. Brunner, C. "Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration", *Kluwer Law International BV*, 18, 2009.
13. El-Kosheri, A. S. and Tarek F. R. "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process," *ICSID Review* 1.2, 1986.

14. Golshani, Esmat, Sayyed Mahdi Hosseini Modarres, "Inclusion of the Sanctions as the Overriding Mandatory Rules in Referring to the Governing law", *Journal of Public Law Research*, Volume 22, Issue 69, 2021. (in Persian)
15. Jafarzadeh, Mir-Ghasem, Esmat Golshani and Sayyed Mahdi Hosseini Modarres, "The Role of 'Application worthiness requirement' for applying sanctions enacted by a third country", *Comparative Law Researches Quarterly*, Volume 25, Issue 2, 2021. (in Persian)
16. Mantilla-Serrano, F. "Towards a Transnational Procedural Public Policy, Towards a Uniform International Arbitration Law?", *Arbitration international* 20.4, 2004.
17. Mayer, P. "Mandatory rules of law in international arbitration," *Arbitration International* 2.4, 1986.
18. Radicati Di Brozolo, L. "Mandatory Rules and International Arbitration," *Am. Rev. Int'l Arb* 23.1, 2012.
19. Shahbazi-Nia, Morteza, Mohammad Iesaei Tafareshi and Hossein Elmi, "The concept of public order in private international law and its place in international commercial arbitration", *Private Law Studies Quarterly*, Volume 43, Issue 1, 2013. (in Persian)
20. Shehata, I. "Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis", *World Arbitration & Mediation Review*, 2017.
21. Tabatabaei-Nejad, Sayyed Mohammad, "International commercial Arbitration and the challenge of mandatory rules of law: the case of arbitration in antitrust claims", *Journal of Comparative Law Review*, Volume 6, Issue 1, 2015. (in Persian)
22. Voser, N. "Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable to International Commercial Arbitration", *American Review of International Arbitration*, 7, 1996.
23. Werner, J. "Application of Competition Laws by Arbitrators-The Step Too Far", *J. Int'l Arb.* 12, 1995.

### Thesis

24. Seraglini, Christophe. "Lois de police et justice arbitrale internationale", PhD Thesis, Paris, 1, 2000.

### Acts and Regulations

25. ICC Arbitration Rules, 2017.
26. London Court of International Arbitration (LCIA).
27. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).
28. Swiss Private International Law Act (SPILA), 1987.
29. The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention), 1980.
30. The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act (1970).
31. U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)- 1977.
32. The Racketeer Influenced and Corruption Organization Act (RICO)- 1970.

### Cases

33. Ad hoc Award of 1989, 9 (3) ASA BULL. 239, 244 (1991).
34. AEK Athens & SK Slavia Prague v. (UEFA), Case No. 1998/0/200 (Ct. Arb. For Sport, Aug. 20, 1999), Digest of CAS Awards II 1998-2000 38 (2002).
35. Case No. 12472 of 2004, 24 ICC BULL. Special Supplement 46 (2013).
36. Case No. 13696 of 2207, 39 Y.B. Comm. Arb. 77 (ICC Int'l Ct. Arb.).
37. Case No. 1399 of 1967 (ICC Int'l Ct. Arb.).
38. Case No. 14266, 24 ICC BULL. Special Supplement 83 (2013).

39. Case No. 158 of 2011, 38 Y.B. Comm. Arb. 253 (Arb. Inst. Stockholm Chamber of Com.).
40. Case No. 15972 of 2011, 1 ICC BULL. 92, 130 (2016).
41. Case No. 15977 of 2010, 1 ICC Bull. 92 (2016).
42. Case No. 16655 of 2011, 4 (2) Intl. J. Arab Arb. 125 (ICC Int'l Ct. Arb.).
43. Case No. 5622 of 1988, 19 Y.B. Comm. Arb. 105 (Icc Int'l Ct. Arb.).
44. Case No. 6320 of 1992, 20 Y.B. Comm. Arb. 62-109 (ICC Int'l Ct. Arb., 1995).
45. Case No. 6503 of 1990, ICC BULL. Special Supplement 39-41 (1994).
46. Case No. 6858, 1 ICC Bull. Special Supplement 40-41 (1994).
47. Case No. 8528 of 1996, 25 Y.B. Comm. Arb. 432 (Icc Int'l Ct. Arb.).
48. Case No. 8626 of 1996, 14 (2) ICC Bull. 55.
49. Case No. 9240 of 1998, 14 (2) ICC Bull. 59.
50. Case No. 9333, 19 (4) ASA BULL. 757.
51. Celtic Plc v. (UEFA), Case No. 1998/0/201 (Ct. Arb. For Sport, Jan. 7, 2000), Digest of CAS Awards II 1998-2000 106 (2002).
52. Dutch Co. v. Austrian Co. 7 Y.B. Comm. Arb. 141 (ICC Int'l Ct. Arb. 1981).
53. Dutch Co. v. Austrian Co. 8 Y.B. Comm. Arb. 160 (ICC Int'l Ct. Arb. 1982).
54. K Ltd. v. M S.A., ICC Case of 1989, 11(2) ASA BULL. 216 (1993).
55. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).
56. The Securities and Exchange Commission against Statoil ASA, 2006/13/10, (cease-and-desist proceedings) available at: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2006/34-54599.pdf>, last visited 7/24/2024.
57. The Securities and Exchange Commission against Total, S.A., (cease-and-desist proceedings), 05/29/2013, available at: <https://www.sec.gov/files/litigation/admin/2013/34-69654.pdf>, last visited 7/24/2024, last visited 7/24/2024.
58. U.S.A. V. Total S.A., 05/29/2013, available at: <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/9392013529103746998524.pdf>, last visited 7/24/2024.