

## مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین المللی

مرتضی شهبازی نیا\*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس

محمد عیسایی تفرشی

استاد گروه حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس

حسین علمی

دکتری حقوق خصوصی از دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۰/۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱۲/۵)

چکیده:

نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی و داوری تجاری بین المللی از قدمت دیرینه و جایگاه برجسته‌ای برخوردار است؛ تا آنجا که می‌توان آن را یکی از مهمترین محدودیت‌های اراده در حقوق بین الملل خصوصی و داوری تجاری بین المللی دانست. با وجود این، حقوقدانان در مورد مفهوم این اصطلاح اتفاق نظر ندارند. برخی از آنان به منظور ارائه تعریفی جامع برای نظم عمومی تلاش زیادی کرده‌اند اما برخی آن را غیر قابل تعریف می‌دانند. در این مقاله پس از مرور پیشینه تاریخی نظم عمومی، مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی، اقسام نظم عمومی و جایگاه آن در داوری تجاری بین المللی مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی:

نظم عمومی، حقوق بین الملل خصوصی، داوری تجاری بین المللی، محدودیت‌های اراده.

## مقدمه

علی‌رغم جایگاه برجسته «نظم عمومی» (*Public order*) در رشته‌های مختلف حقوق و تأثیر عمیق آن در شکل‌گیری، تدوین و اعمال و اجرای قواعد حقوقی و علی‌رغم گذشت سال‌های متمادی از نقش‌آفرینی نظم عمومی در عرصه‌های مختلف داخلی و بین‌المللی حقوق، ارائه مفهوم دقیق و تعریف جامع و مانعی از نظم عمومی که جملگی حقوقدانان در مورد آن اتفاق نظر داشته باشند به سادگی میسر نیست؛ گویی اساساً «ابهام» و «ابهام» در مفهوم نظم عمومی، جزء ماهیت و ذات آن است. با این همه، مفهوم اجمالی آن نزد حقوقدانان، کاملاً شناخته شده و فی‌الجمله قابل تعریف است. لذا متخصصین هر یک از شاخه‌های حقوق، متناسب با رشته تخصصی خود، پس از ارائه پاره‌ای تقسیمات برای نظم عمومی، سعی در ارائه تعریف مناسب برای آن نموده‌اند. امری که متخصصین داوری تجاری بین‌المللی نیز از آن غفلت نورزیده، ضمن مباحث مرتبط، از جمله بحث تعارض قوانین و موانع اجرای آرای داوری، کم و بیش به آن پرداخته‌اند. همچنین به طور ضمنی نقش و قلمرو نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی مورد توجه بوده است. لکن با توجه به قلمرو وسیع نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی و نقش برجسته آن در مراحل مختلف جریان داوری و اجرای رأی داوری، باید گفت نظم عمومی در این رشته از حقوق، از جایگاه بی‌بدیلی برخوردار است تا آنجا که نه تنها اصل حاکمیت اراده طرفین داوری را به نحو چشمگیری تحت تأثیر قرار می‌دهد، بلکه مهم‌ترین و مبنایی‌ترین عامل تحدید کننده اراده طرفین در داوری تجاری بین‌المللی محسوب می‌شود.

حال این پرسش‌های جدی مطرح‌اند که معنا و مفهوم نظم عمومی چیست؟ اقسام آن کدامند؟ و قلمرو آن در داوری تجاری بین‌المللی چگونه است؟ اهمیت پاسخ به این پرسش‌ها از آن جهت است که شناخت مفهوم دقیق نظم عمومی و قلمرو آن در داوری تجاری بین‌المللی شرط لازم برای رفع ابهام از یکی مهم‌ترین عناصر مؤثر بر ماهیت، ارکان و اهداف داوری محسوب است.

دلیل دگر ضرورت بحث و بررسی ویژه مفهوم نظم عمومی در حقوق و قلمرو آن در داوری تجاری بین‌المللی تنوع و گوناگونی معانی نظم عمومی در عرصه داخلی و بین‌المللی است.

برای دستیابی به پاسخ پرسش‌های فوق ضمن ملاحظه و بررسی آرا و اندیشه‌های حقوقدانان در خصوص مفهوم نظم عمومی و اقسام آن، با استناد به قواعد مدون داوری تجاری بین‌المللی و با استشهاد به نمونه آرای داوری مرتبط، مفهوم ملی، داخلی و بین‌المللی و فراملی نظم عمومی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

بنابراین، پس از بررسی مختصر «تاریخچه نظم عمومی در ادبیات حقوقی»، «مفهوم عام» و «اقسام نظم عمومی در حقوق»، به تبیین «جایگاه نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی» خواهیم پرداخت.

### ۱- تاریخچه نظم عمومی در ادبیات حقوقی

برخی معتقدند نخستین بار اصطلاح نظم عمومی (*Public order/Order policy*) در قرن ۱۸ به موجب ماده ۶ قانون ناپلئون وارد متون حقوقی شد هرچند که به اعتقاد برخی حقوقدانان در انگلستان نیم قرن زودتر از فرانسه این اصطلاح در دعوی (*Chesterfield v. Jansen*) توسط قاضی «لرد هایک» مورد استفاده قرار گرفت (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، صص ۸ و ۱۲).

همچنین گفته شده است که در صحنه حقوق بین‌الملل در قرن ۱۴ میلادی که طرفداران مکتب قدیم ایتالیایی<sup>۱</sup> قوانین را به «قوانین مناسب» و «قوانین منفور» تقسیم کرده و معتقد بودند که قوانین دسته اخیر در خارج از سرزمین محل وضع آن قابلیت اجرا ندارند، در واقع به مسأله نظم عمومی نظر داشته‌اند. هر چند که در آن زمان به دلیل اینکه تعارضها به صورت محدود میان عرف‌های داخلی بود و قواعد عرفی تعارض چندانی با هم نداشتند، مسأله نظم عمومی چندان مورد توجه نبود (الماسی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۷ و ۱۲۸).

تدوین قوانین در کشورهای اروپایی و تشدید اختلاف بین قوانین کشورها سبب توجه بیشتر به نظم عمومی شد. «اسپرسن» (*Esperson*) ایتالیایی برای اولین بار در سال ۱۸۶۸ این بحث را به صورت روشن مطرح کرد و با توجه به ماده ۱۲ قانون مدنی ایتالیا در خصوص قوانین و اسناد و احکام خارجی، برای حقوق بین‌الملل خصوصی قائل به یک قاعده و آنجا که راجع به قراردادهای خصوصی باشد، قائل به قاعده دیگری برای حقوق داخلی شد. پس از او «بروخر» (*Brocher*) آلمانی در سال ۱۸۸۲ نظم عمومی را به دو قسم داخلی و بین‌المللی تقسیم کرد. این تقسیم بندی علی‌رغم مخالفینی که داشت در افکار حقوقی معاصر جای گیر شد (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، صص ۸۱ و ۸۶). در حال حاضر نیز قوانین بسیاری از کشورها به صراحت از آثار و قلمرو نظم عمومی یاد کرده‌اند مانند ماده ۳۰ قانون مقدماتی قانون مدنی آلمان (۱۹۰۰)، ماده ۲۱ قانون مدنی ایتالیا (۱۹۴۲)، ماده ۳۳ قانون مدنی یونان (۱۹۴۶) و نیز سایر قوانین و کنوانسیون‌هایی که پیش‌تر از آن یاد شد.

در ایران، در سال ۱۳۱۳ به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر شد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه

۱. مکتب شارحان

جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». همچنین ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی و مواد ۶ و ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۳۴ داوری تجاری بین‌المللی به اصطلاح مزبور اشاره دارد.

شایان ذکر است که در قوانین ایران در کنار اصطلاح نظم عمومی، اصطلاح اخلاق حسنه نیز استعمال شده است. مانند ماده ۹۷۵ قانون مدنی و بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی. نظر حقوقدانان ایران بر این است که نظم عمومی دارای معنایی عام است که شامل اخلاق حسنه نیز می‌شود (صفایی، ۱۳۵۱، ص ۶۴). در این قبیل قوانین ذکر اصطلاح اخلاق حسنه بعد از اصطلاح نظم عمومی ذکر خاص بعد از عام است که جنبه توضیحی دارد (صفایی، ۱۳۷۷، ص ۳۲). چنانکه برخی حقوقدانان پس از ارائه تعاریفی برای نظم عمومی و اخلاق حسنه تصریح نموده‌اند: «نسبت میان مفاهیم اخلاق حسنه و نظم عمومی نسبت عموم و خصوص مطلق است، یعنی هر آنچه معایر اخلاق حسنه است، معایر نظم عمومی است، اما عکس آن درست نیست» (ابدالی، ۱۳۸۳، ص ۳).

## ۲- مفهوم عام نظم عمومی

حقوقدانان در خصوص تعریف این اصطلاح اتفاق نظر ندارند. برخی حقوقدانان مانند «هلی» (Healy)، نظم عمومی را یک امر مصداقی و غیر قابل تعریف می‌دانند. وی می‌گوید: «اروپائی‌ها زیاد برای نظم عمومی که قابل تعریف و ثابت نیست افراط کرده‌اند اما برای نظم عمومی نمی‌توان چیز ثابتی یافت و تعریف نمود» (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، ص ۳۲).

همچنین برخی حقوقدانان ایران با توجه به رابطه مبنایی نظم عمومی و مصالح جامعه و یادآوری اینکه نظم عمومی به تبع تأسیسات حقوقی و اوضاع و احوال اجتماعی بر حسب زمان و مکان متغیر است، تصریح نموده‌اند که نظم عمومی هیچ‌گاه نتوانسته دارای یک ضابطه قطعی باشد (ارفع نیا، ۱۳۸۹، صص ۱۸۴ و ۱۸۵).

تغییر نظم عمومی به اقتضای زمان و مکان امری است مسلم؛ چنانکه یکی از حقوقدانان در مقام تبیین نظم عمومی در اروپا با استناد به یکی از آرای صادره توسط دیوان دادگستری اروپا که ضمن آن تصریح شده: «نظم عمومی مفهومی سرزمینی دارد<sup>۱</sup> که ممکن است در طول زمان متحول شود»، تأکید می‌نماید: «دیوان دادگستری اروپا تصدیق کرد که کشورهای عضو می‌توانند مفهوم نظم عمومی خود را تغییر دهند، همان‌گونه که چنین تغییری با تحول اعضای

۱. یعنی نظم عمومی خاص برای هر کشور عضو

جامعه و فعالیت‌هایشان ممکن است ضروری باشد. به این خاطر است که ما معمولاً می‌گوییم که نظم عمومی نه تنها یک مفهوم سرزمینی<sup>۱</sup> است بلکه همچنین یک مفهوم منطبق بر زمان است. هیچ کس نمی‌داند نظم عمومی فردا چه خواهد بود» (کسیجیان، ۱۳۸۷، ص ۵).

اما، با عنایت به اینکه به ویژه در مقوله اجرای احکام خارجی اعم از آرای دادگاه‌ها و آرای داوری، «عدم مابینت حکم با نظم عمومی کشور محل اجرا از شروطی است که در قوانین همه کشورها دیده می‌شود» (خزاعی، ۱۳۷۷، ص ۴۰)، بسیاری از حقوق‌دانان اهتمام بسیاری مصروف تعریف نظم عمومی داشته‌اند.

بسیاری از حقوق‌دانان بر ضرورت تفکیک مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی و مفهوم آن در حقوق بین‌الملل خصوصی تأکید ورزیده و بعضاً از نگارش ماده ۹۷۵ قانون مدنی که به زعم آنان این تفکیک را نادیده گرفته است انتقاد کرده‌اند (نصیری، ۱۳۷۲، ص ۱۸۷).

یکی از نویسندگان با استفاده از تعریف فرهنگ حقوقی کاپیتان در مورد نظم عمومی داخلی می‌نویسد: «مجموع تأسیسات و قواعدی که در کشور به منظور حفظ حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در روابط مردم برقرار شده و افراد اصولاً نمی‌توانند به وسیله قرارداد آنها را نقض نمایند». سپس نظم عمومی در روابط بین‌المللی را چنین تعریف می‌کند: «مجموع تأسیسات و قواعدی که آن چنان به تمدن یک کشور آمیخته شده که قضات آن کشور ناگزیر اجرای آنها را بر قانون خارجی ولو اینکه این قانون طبق اصول متداوله در تعارض قوانین واجد صلاحیت باشد، مرجح می‌دانند». براین اساس نقض مقررات آمره، مخالفت با نظم عمومی در حقوق داخلی است در حالی که نظم عمومی در روابط بین‌المللی وسیله‌ای برای جلوگیری از اجرای آن قسمت از قوانین خارجی است که قبول آن موجب ناراحتی اجتماعی می‌شود (نصیری، ۱۳۷۲، ص ۱۸۸).

در خصوص مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی بین علمای حقوق اتفاق نظر وجود ندارد؛ بعضی مانند «منچنی» (Mancini) برای نظم عمومی معنای وسیعی قایلند و آن را شامل قواعدی می‌دانند که جنبه عمومی و درون مرزی دارند و در داخل کشور نسبت به کلیه سکنه اعم از اتباع داخلی و خارجی اجرا می‌شوند مانند قواعد مربوط به رژیم اموال، قواعد جزایی، قواعد مسئولیت مدنی و آیین دادرسی. با توجه به انتقاداتی که بر این دیدگاه شده است برخی دیگر از علمای حقوق برای نظم عمومی معنای محدودتری قایل شده و آن را به عنوان استثنا بر صلاحیت قانون خارجی تلقی می‌کنند. با این بیان که «نظم عمومی در روابط بین‌المللی مجموع سازمان‌ها و قواعدی است که چنان به اصول تمدن و نظام حقوقی یک

۱. مناسب برای هر کشور

کشور بستگی دارد که دادگاه‌های آن کشور ناچارند اجرای آنها را بر اجرای قانون خارجی مقدم بشمارند اگر چه قانون مزبور مطابق قواعد عادی حل تعارض قانون صلاحیت‌دار باشد» (الماسی، ۱۳۸۳، صص ۱۸۲ به بعد).

برخی دیگر از حقوقدانان بیشتر به تفاوت در کاربرد و ابعاد نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی نظر دارند و متذکر شده‌اند که: «منظور از آن [نظم عمومی] در این هر دو نوع حقوق نظم عمومی کشور محل دادگاه است ولی جهت استناد به آن در حقوق داخلی برای مقابله و بی اثر ساختن اراده خصوصی در برابر نفع عمومی و در حقوق بین‌الملل خصوصی برای جلوگیری از اجرای قانون صالح خارجی است» (سلجوقی، ۱۳۸۶، صص ۲۵۸ و ۲۵۹). در حقوق داخلی فرانسه نیز، به گفته فرانسسکاکس (Franciscakis)، مفهوم نظم عمومی ترجمان قاعده برتر شمردن نفع عمومی بر نفع خصوصی، به اقتضای مورد است (سلجوقی، ۱۳۸۶، صص ۲۵۸).

در این میان برخی از حقوقدانان در عین حال که از ضرورت رعایت نظم عمومی کشور به هنگام اجرای قانون یا احکام خارجی سخن گفته‌اند از ارایه تعریف یا تبیین مفهوم نظم عمومی سخنی به میان نیاورده‌اند (مدنی، ۱۳۷۵، صص ۲۲۰) و برخی دیگر برخلاف حقوقدانانی که با تأکید بر تفکیک نظم عمومی داخلی و بین‌المللی معتقدند که در حقوق داخلی نظم عمومی شامل «قواعد آمره» می‌شود، قایل به وحدت ماهیت نظم عمومی در حقوق داخلی و خارجی بوده با توجه به تفکیکی که بین مفهوم قانون امری و قانون الزامی قایلند، تصریح نموده‌اند که: «قوانین راجع به نظم عمومی اخص از قوانین الزامی است یعنی نقض هر قانون الزامی عنوان مخالفت با نظم عمومی را ندارد چنانکه بیع با صغیر مخالف قوانین اهلیت است ولی مخالف نظم عمومی نیست. پس نظم عمومی مدلول مقرراتی است که قوام و بقای ذات و حیثیت و منافع یک ملت به حمایت از آن مقررات بستگی دارد خواه در امور داخلی یک کشور باشد خواه در روابط بین‌المللی چه ماهیت نظم عمومی در مقام ذات خود از حیث داخلی و خارجی بودن، تعدد و تکرار ندارد یعنی نظم عمومی داخلی و خارجی دو ماهیت مختلف نیستند بلکه نظم عمومی ماهیت واحدی است که به اعتبار داخلی و خارجی بودن عوارض مختلف پیدا می‌کند و چون نقض مقررات اهلیت در بیع با صغیر دخالتی در قوام و بقای ذات و حیثیت یک ملت ندارد، جزء نظم عمومی نیست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، صص ۷۱۷).

همچنین یکی از حقوقدانان در مقام تبیین مفهوم نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی با بیانی مشابه آنچه تاکنون درباره مفهوم نظم عمومی مشاهده شد و با استمداد از مفاهیم و

۱. که از مقررات الزامی است.

تعاریف ارائه شده در حقوق بین‌الملل خصوصی اظهار داشته است: «نظام‌های حقوقی ملی نیز بین قاعده نظم عمومی داخلی و قاعده نظم عمومی بین‌المللی خود تفاوت قایل می‌شوند. در حقوق داخلی مفهوم نظم عمومی اغلب برای معرفی قاعد امری به کار می‌رود که طرفین نمی‌توانند از آنها عدول کنند. در حالی که، در حقوق بین‌الملل خصوصی، نظم عمومی که به عنوان «نظم عمومی بین‌المللی» و به عبارت صحیح‌تر «نظم عمومی در روابط بین‌المللی» یا «استثنای نظم عمومی» شناخته می‌شود، دادرس را قادر می‌سازد که از اعمال قانون خارجی علی‌الاصول صلاحیت‌دار، آن هنگام که ناقض مفاهیم اجتماعی و حقوق اساسی نظام حقوقی وی است، امتناع کند» (جنیدی، ۱۳۸۷، ص ۲۶۵).

بنابراین می‌توان گفت تقریباً متفق علیه تمامی حقوقدانانی که در زمینه نظم عمومی اظهار نظر کرده‌اند اعم از متخصصین حقوق بین‌الملل خصوصی و اساتید داوری تجاری بین‌المللی، تفاوت مفهوم نظم عمومی در قلمرو حقوق داخلی و قلمرو حقوق بین‌الملل است به گونه‌ای که همواره نظم عمومی در حقوق داخلی مفهومی وسیع‌تر از نظم عمومی در روابط بین‌الملل دارد. تبلور این واقعیت در بیان یکی از حقوقدانان نامور کشور ما این گونه نمود یافته است: «در حقوق داخلی تمام قوانین امری با نظم عمومی بستگی دارد، ولی در روابط بین‌المللی درجه شدیدتری از این نظم مورد توجه است و باید قاعده‌ای منافع حیاتی جامعه را به خطر اندازد یا با اخلاق مورد احترام مردم برخورد شدیدی داشته باشد تا مخالف نظم عمومی به شمار آید، و گرنه امری بودن قانون به تنهایی مانع از اجرای قانون خارجی نخواهد شد: چنانکه در امری بودن قوانین مربوط به احوال شخصیه هیچکس تردید ندارد، در حالی که اجرای قانون خارجی در این باره از مسلمات است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۹۷).

### ۳- اقسام نظم عمومی

حقوقدانان بنا به گرایش و سلیقه خود برای نظم عمومی اقسامی برشمرده‌اند؛ از جمله: تقسیم نظم عمومی به «نظم عمومی مصرح در قانون» و «نظم عمومی غیر مصرح در قانون»، «نظم عمومی سیاسی» و «نظم عمومی اقتصادی»، «نظم عمومی حمایت کننده» و «نظم عمومی هدایت کننده» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۶۵)، «نظم عمومی حقوق عمومی» و «نظم عمومی حقوق خصوصی (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، صص ۷۸ و ۷۹) و بالاخره تقسیم نظم عمومی به «نظم عمومی ملی» و «نظم عمومی فراملی».

تقسیم‌بندی اخیر نسبت به تقسیمات پیشین از جامعیت بیشتری برخوردار است و از آنجا که خود، دارای تقسیمات و شقوق فرعی است و بررسی این شقوق و تقسیمات به روشن

شدن مفهوم دقیق نظم عمومی کمک می‌نماید، تفصیل و تأمل بیشتر در خصوص آن، ضروریست.

### ۳-۱. نظم عمومی ملی

در تقسیم نظم عمومی به «ملی» و «فراملی»، مراد از قید ملی یک کشور است. لذا این تصور که نظم عمومی ملی معادل نظم عمومی داخلی است و یا نظم عمومی فراملی معادل نظم عمومی بین‌المللی است، خطاست زیرا در این تقسیم‌بندی هر دو مفهوم نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین‌المللی به انضمام قواعد دیگری که از آن به قواعد انتظامی یاد می‌شود در زمره زیر مجموعه‌های نظم عمومی ملی قرار می‌گیرند.

### ۳-۱-۱. نظم عمومی داخلی

در این تقسیم‌بندی مراد از نظم عمومی داخلی تقریباً همان معنایی است که پیشتر از قول اکثر حقوقدانان در باب مفهوم نظم عمومی داخلی بیان شد؛ یعنی مجموعه قواعد آمره هر نظام حقوقی که اشخاص نمی‌توانند با قراردادهای خصوصی از آن عدول نمایند. مانند قواعد آمره مربوط به شرایط اساسی معاملات، خانواده و روابط کار و غیر آن که اشخاص نمی‌توانند به موجب توافقات و قراردادهای خصوصی بر خلاف آن تراضی نمایند. لازم به ذکر است که به نظر اکثریت حقوقدانان، منابع قواعد آمره که در زمره نظم عمومی داخلی قرار می‌گیرد، منحصر به قوانین آمره نیست، بلکه اخلاق حاکم بر هر جامعه<sup>۱</sup> نیز از منابع مهم قواعد آمره محسوب می‌شود که برخی مصادیق نظم عمومی داخلی را باید در آن جستجو کرد (صفایی، ۱۳۷۸، ص ۵۱).

### ۳-۱-۲. نظم عمومی بین‌المللی

نظم عمومی بین‌المللی، خود یکی از اقسام نظم عمومی ملی است که کارکرد و قلمرو متفاوت از نظم عمومی داخلی دارد و بر خلاف نظم عمومی داخلی که مانع تراضی طرفین در قراردادها و توافقات خصوصی است بدون اینکه صحبت از اعمال حقوق خارجی در میان باشد، در نظم عمومی بین‌المللی، همان طور که از عنوان آن پیداست، پای عنصر خارجی در میان است و از اعمال قواعد اصولاً صلاحیتدار خارجی جلوگیری می‌کند. بنابراین منظور از نظم عمومی بین‌المللی آن دسته از قواعد حقوقی است که به لحاظ ارتباط ناگسستنی با فرهنگ و تمدن و اخلاق هر جامعه، در تعارض با قوانین خارجی مقدم شمرده شده، مانع اجرای قانون

۱. اخلاق حسنه



خارجی می‌شود. یعنی آنجا که دادرس بر اساس قواعد معمول حل تعارض باید قانون خارجی را اعمال و یا اسناد و احکام خارجی را مورد شناسایی قرار دهد، چنانچه این قواعد، اسناد یا احکام موصوف مغایر نظم عمومی بین‌المللی جامعه محسوب شود، قابلیت اعمال و ترتیب اثر خود را از دست خواهند داد. به عنوان مثال، اگر در کشوری که ازدواج بین محارم یا دو همجنس قانونی محسوب می‌شود، چنین ازدواجی صورت پذیرد و طرفین خواهان به رسمیت شناختن اسناد این ازدواج در ایران بوده، بر مبنای آن حقی مطالبه نمایند به دلیل مغایرت با نظم عمومی جامعه ایرانی، دادرس ایرانی از پذیرش خواسته فوق خودداری خواهد نمود، هر چند که اصولاً مطابق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایران اشخاص از حیث احوال شخصیه که ازدواج از مصادیق بارز آن است، تابع مقررات کشور متبوع خویش هستند.

### ۳-۱-۳. قواعد انتظامی

در حقوق عمومی قواعدی وجود دارد که تحت عناوینی از قبیل قواعد انتظامی یا قواعد عمومی یا انتظامات عمومی از آن یاد می‌شود و مراد از آن قواعدی است که رعایت آن لازمه حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور است؛ مانند مقررات ارزی، قوانین مالیاتی، محدودیت‌های گمرکی. این قواعد که از آنها تحت عنوان جلوه‌ای نوین از نظم عمومی یاد شده است و باید صرف نظر از قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی، مورد توجه قاضی و داور قرار گیرند (درن ایو، ۱۳۶۷، صص ۱۹۰ و ۱۹۱)، به لحاظ ارتباطی که با حقوق هر کشور دارند خود از مصادیق نظم عمومی ملی محسوب می‌شوند.

### ۳-۲. نظم عمومی فراملی

به دنبال گسترش و تحولات روز افزون در حوزه تجارت و داوری تجاری بین‌المللی، یکی از گرایش‌ها و ضرورت‌هایی که مورد توجه صاحب نظران این حوزه قرار گرفت، گرایش به سمت کنار گذاشتن قوانین و نظام‌های ملی (Denationalization) به ویژه در حوزه داوری تجاری بین‌المللی بود؛ امری که به نوبه خود، به عنوان زمینه‌ساز پیدایش «قواعد فراملی» و «نظم عمومی فراملی» نقش قابل توجهی ایفا نمود. البته این گرایش علی‌رغم توفیقاتی که در بسیاری حوزه‌ها داشت، به تدریج کمرنگ شد تا جایی که امروزه گرایش مجدد به قوانین و نظام‌های ملی (Renationalization) محسوس است. لکن قواعد فراملی و نظم عمومی فراملی، به ویژه در حوزه تجارت بین‌الملل و داوری تجاری بین‌المللی کماکان مورد توجه است.

مراد از قواعد فراملی، اصول حقوقی پذیرفته شده بین‌المللی حاکم بر روابط قراردادی است (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ص ۹۹۹) که کاربرد آن به مفهوم امروزی به اوایل قرن یازدهم بر می‌گردد. این اصطلاح در حقوق رم و قبل از میلاد نیز مورد استفاده بوده است (Baddack, 2005, p.5).

سه ویژگی مهم خود به خودی بودن<sup>۱</sup>، مستقل بودن<sup>۲</sup> و جهان‌شمول بودن قواعد فراملی، زمینه پذیرش این قواعد در داوری تجاری بین‌المللی را فراهم نموده است (Marrella, 2007, p.815). به نحوی که حتی در کشورهایی مانند انگلستان که در ابتدا مخالفت‌ها و اختلاف نظرهایی وجود داشت، امروزه محاکم در پذیرش آرای داوری مبتنی بر قواعد فراملی تردیدی به خود راه نمی‌دهند؛ در کشورهای حقوق نوشته، قواعد فراملی، به تدریج جزو قوانین تجارت ملی شده‌اند (Marrella, 2007, p.812) و مطابق قانون فرانسه حتی در صورت عدم توافق طرفین بر حل و فصل اختلاف بر مبنای قواعد فراملی، داوران می‌توانند به این قواعد استناد نمایند (Fouchard, 1965, p.395).

همچنین منظور از «نظم عمومی فراملی» برخی اصول اساسی مشترک بین بیشتر نظام‌های حقوقی و تجارت بین‌الملل است که مقبولیت عام یافته است. البته برخی صاحب نظران با یادآوری ابهام در مفهوم این اصطلاح به انتقاد از آن پرداخته و بعضاً آن را مورد انکار و تردید قرار داده‌اند. لکن در مقابل، نویسندگانی چون «گلدمن» (Goldman) با تأیید وجود این نظم آن را یک نظم عمومی فرامرزی قلمداد کرده‌اند (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۳۱ و ۵۹).

این مفهوم از نظم عمومی همان مفهومی است که در داوری تجاری بین‌المللی، قلمروی وسیع‌تر و از جهاتی منحصر به فرد دارد. چرا که داوران به ویژه داوران بین‌المللی فارغ از محدودیت‌های مراجع قضایی برای تمسک به قواعد فراملی فرصت و موقعیت بیشتری دارند. به عنوان مثال، این که دولت یا طرفی که شرط داوری را پذیرفته است، نمی‌تواند به بطلان شرط داوری و محدودیت‌های قانون ملی خود استناد کند، یکی از قواعدی است که برخی مراجع داوری بر مبنای آن رأی داده‌اند.

از جمله در پرونده شرکت ELE.Aquitaine علیه شرکت ملی نفت ایران، مرجع داوری چنین رأی داد که هر چند خواننده (ایران) مدعی است که شرط مندرج در قرارداد مبنی بر ارجاع اختلاف یا داوری به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران نادرست و بی‌اعتبار است، اما نظم عمومی فراملی اقتضا دارد که هرگاه طرف قرارداد به شرط داوری مندرج در آن اعتماد کرده است، طرف دیگری نمی‌تواند به قواعد آمره داخلی کشور خود استناد کرده و شرط را باطل بداند (اخلاقی، ۱۳۸۳، ص ۳۱۱).

۱. عدم وضع توسط هر شخص اعم از دولت و یا سازمان معین

۲. از هر نظام حقوقی ملی یا بین‌المللی

این رأی که موارد مشابه فراوان دارد بیانگر جایگاه برجسته نظم عمومی در حوزه تجارت بین‌الملل و داوری تجاری بین‌المللی است.

در هر حال از آنچه تاکنون در باب مفهوم نظم عمومی و اقسام آن گفته شد به خوبی بر می‌آید که در بسیاری موارد قواعد موضوعه حقوق، ریشه در نظم عمومی دارند یا به اصطلاح، نظم عمومی منشأ وضع آن قواعد بوده است و حال آنکه در مواردی نیز قواعد نظم عمومی در قالب قواعد موضوعه در نیامده است. البته با تحلیل نهایی ممکن است قائل به این شد که آن دسته از قواعدی که به حقوق موضوعه راه یافته و فرضاً عنوان قواعد آمره را به خود گرفته‌اند، در واقع از حوزه نظم عمومی خارج شده، صرفاً قواعدی هستند که ریشه در نظم عمومی دارند در حالیکه قواعد دسته اخیر هنوز به حوزه حقوق موضوعه وارد نشده‌اند. در این تحلیل می‌توان قواعد اخیر را قواعد نظم عمومی به معنی خاص نامید.

#### ۴- جایگاه انواع نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی

شاخص‌ترین ویژگی نهاد داوری، ابتدای آن بر خواست و اراده طرفین است زیرا اصولاً در سراسر جریان داوری از اصل انتخاب این روش برای حل و فصل اختلاف حادث بین طرفین قرارداد یا اختلاف احتمالی آنان در آینده، تا انتخاب داور یا داوران و تعیین حدود اختیارات آنان، تعیین آیین داوری و تعیین قواعد حاکم بر ماهیت دعوی، همه و همه مبتنی بر اراده طرفین است.

با وجود این آنچه بیش از همه اصل حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی را تحت‌الشعاع قرارداد و محدود می‌نماید، مسأله نظم عمومی است. چندان که استناد به این مسأله می‌تواند از آغاز روند حل و فصل اختلاف بالفعل یا پیش‌بینی حل و فصل اختلافات احتمالی آینده از طریق نهاد داوری پیش‌گیری نموده و یا حتی داوری سامان یافته را متزلزل نماید. مثلاً در پرونده مربوط به قراردادی که جهت پرداخت رشوه به یک مقام دولتی منعقد شده بود، داور پرونده با استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه رأی به بی‌اعتباری قرارداد صادر نمود؛ (Lando, 1985, p.749) با این استدلال: «... این موضوع نمی‌تواند مورد مناقشه قرار گیرد که مطابق یک قاعده کلی حقوقی که توسط ملل متمدن مورد پذیرش قرار گرفته، قراردادهایی که به صورت جدی اخلاق حسنه یا نظم عمومی بین‌المللی را نقض می‌نماید، بلااعتبار است و کمترین قدرت اجرایی ندارد و این قرارداد توسط هیچ دادگاه یا دیوان داوری دارای ضمانت اجرا شناخته نخواهد شد» (ICC Award No. 1110 of 15 Jan. 1963).

گاهی هم بر عکس ممکن است با استناد به نظم عمومی، حتی قواعد آمره کشوری به نفع حاکمیت اراده طرفین یا یکی از آنها نادیده گرفته شود.

مثال بارز وضعیت اخیر مربوط به محدودیت یا ممنوعیت دولت و دستگاه‌های دولتی در مراجعه به داوری است که در قوانین بسیاری از کشورها مانند کلمبیا، اکوادور، مصر، الجزایر و به ویژه کشورهای آمریکای لاتین که گفته شده مظهر بی اعتمادی به داوری تجاری بین‌المللی اند (اسکینی، ۱۳۷۱، ص ۱۵۵)، مشاهده می‌شود. این بدان جهت است که از یک سو کشورهای مورد اشاره ممنوعیت یا محدودیت‌هایی از قبیل آنچه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران پیش‌بینی شده، در نظر گرفته‌اند و از سوی دیگر آنگاه که دولت یا دستگاه دولتی یکی از این قبیل کشورها علیرغم پذیرش داوری در قرارداد بخواهد به ممنوعیت یا محدودیت مورد اشاره استناد کند در عرصه داوری تجاری بین‌المللی با این استدلال مبتنی بر نظم عمومی مواجه می‌شود که دولت‌ها نمی‌توانند ممنوعیت یا محدودیت‌های حقوق داخلی خود را مستند اسقاط اعتبار شرط داوری قرار دهند. چنانکه در یکی از آرای داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی بر این امر تأکید شده است. به موجب این رأی: «نظم عمومی بین‌المللی با حدت و شدت مخالف این امر است که یک ارگان دولتی که با اشخاص خارجی معامله می‌کند، بتواند به صورت آشکار و با علم و اراده شرط داوری را امضا کند تا اعتماد طرف مقابل را جلب کند و سپس ادعا کند که قول خود وی باطل بوده است، خواه این مسأله در جریان رسیدگی داوری مطرح شود و خواه در مرحله اجرای حکم داوری» (اسکینی، ۱۳۷۱، ص ۱۷۵).

ویژگی بارز دیگر داوری که هدف غایی آن نیز محسوب است، صدور رأی لازم‌الاجرا و نهایتاً اجرای رأی داوری است؛ طوعاً و با رضایت محکوم علیه، آنچنان که در غالب موارد مشاهده می‌شود یا اجباراً و با حمایت و اتکای قوای حکومتی.

گاه این ویژگی شاخص داوری نیز به شدت تحت تأثیر مسأله نظم عمومی قرار می‌گیرد؛ چندان که با استناد به این مسأله از اجرای رأی نهایی داوری جلوگیری به عمل آمده، عملاً تلاش و کوشش طرفین و داوران در حل و فصل اختلاف به معنی واقعی کلمه «اتر» می‌ماند. در اهمیت واقعیات موصوف همین بس که نوعاً در متن قواعد و مقررات بین‌المللی و قوانین ملی به صراحت از نظم عمومی به عنوان یکی از موانع اجرای رأی داوری یاد شده است. به عنوان مثال، به موجب ماده ۵ کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، در صورتی که شناسایی و اجرای رأی داوری، مغایر نظم عمومی کشور محل شناسایی و اجرای رأی باشد، به تشخیص کشوری که شناسایی و اجرا در آنجا درخواست شده است، رأی مزبور قابل ابطال خواهد بود.

همچنین وفق بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در صورتی که رأی مخالف نظم عمومی باشد اساساً باطل و غیرقابل اجرا است.

مشابه این احکام را می‌توان در ماده ۱۵۰۲ آیین دادرسی فرانسه، ماده ۱۰۵۹ قانون داوری آلمان، قسمت ۱۰۳ مصوبه داوری ۱۹۹۶ انگلستان، ماده ۵۸ قانون داوری چین، ماده ۱۰۷۶ قانون داوری هلند، ماده ۱۷۰۳ قانون داوری بلژیک اصلاحیه ۱۹-۱۹۹۸، ماده ۳۹ قانون داوری برزیل و ماده ۳۵ کنوانسیون داوری تجاری عمان - کشورهای عرب (۱۹۸۷) که ۱۴ کشور از جمله کشورهای اردن، تونس، الجزایر، جیبوتی، سودان، سوریه، عراق، لبنان در مورد آن به اتفاق نظر رسیده‌اند، مشاهده نمود.

اکنون این سوال قابل طرح است که در حوزه داوری تجاری بین‌المللی کدام یک از مفاهیم نظم عمومی مورد نظر است؟ مفهوم خاص اخیرالذکر، نظم عمومی ملی، نظم عمومی فراملی، تمام یا برخی از شقوق آن دو، یا مفهومی متفاوت از آنها؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت همانطور که نمی‌توان مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی را منحصر در یکی از مفاهیم یاد شده و یا منحصر به معنی خاص مورد اشاره در فوق دانست، در داوری تجاری بین‌المللی نیز منحصر دانستن نظم عمومی در مفهوم خاص آن ممکن نیست؛ زیرا درست است که این مفهوم در نتیجه یک تحلیل حقوقی و منطقی، ارائه می‌شود، لکن همانطور که ملاحظه شد، در لسان حقوقدانان، غالباً مفهوم عام نظم عمومی مورد نظر است. به دیگر سخن، تأثیر نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی منحصر به مفهوم خاص آن نیست زیرا واقعیت این است که جریان داوری، مراحل مختلفی از ارجاع موضوع به داوری تا اجرای رأی را شامل می‌شود که در تمامی این مراحل مفاهیم گوناگون نظم عمومی نقش و تأثیر انکار ناپذیر دارد.

به عنوان نمونه، طبق قاعده اولیه در قابلیت ارجاع اختلاف بالفعل یا اختلاف احتمالی آتی به داوری، اصل بر آزادی اراده طرفین است. ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در این خصوص تصریح نموده است: «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر، منازعه و اختلاف خود را خواه در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند». مفاد این ماده قانونی که در ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران تکرار شده است، بطور صریح یا ضمنی در مقررات داوری بسیاری از دیگر کشورها از جمله ماده ۱ قانون داوری آمریکا، ماده ۱۰۳۰ قانون داوری آلمان، ماده ۱ قانون داوری برزیل، ماده ۲ قانون داوری چین و ماده ۱۰۲۰ قانون داوری هلند نیز ملاحظه می‌شود. اما این اطلاق همواره با محدودیت‌هایی مواجه بوده است که در ضمن مقررات یاد شده بدان اشاره شده است. مثلاً به موجب ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مقرر شده: «درمورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است

طرف ایرانی نمی‌تواند به‌نحوی از انجا ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف، حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلااثر خواهد بود». ماده ۴۵۷ قانون مذکور نیز همسو با اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر داشته: «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به‌داوری پس از تصویب هیأت‌وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است».

حال این پرسش مطرح است که آیا عدول از این قبیل محدودیت‌ها با اراده طرفین ممکن است و به ویژه آیا داوران مکلف به تبعیت از این قبیل قواعد هستند یا می‌توانند آنها را نادیده بگیرند؟

پاسخ این پرسش به ارتباط قواعد محدود کننده با نظم عمومی بستگی دارد. زیرا اگر این قواعد و مثال‌ها جنبه امری و ریشه در نظم عمومی داشته باشند ضرورتاً باید در درجه اول از ناحیه طرفین محترم شمرده شوند و در درجه دوم داوران نیز علی‌الاصول با استناد به نظم عمومی ملزم به رعایت این قواعد امری خواهند بود. به ویژه داوران باید در این خصوص به قواعد آمره محل داوری و محل اجرای رأی داوری توجه نمایند تا عملاً امکان اجرای رأی فراهم باشد. ضرورت توجه ویژه به این قواعد از آن جهت است که هر گاه به موجب قانون محل داوری و یا قانون محل اجرای رأی داوری، اصولاً موضوع قابل ارجاع به داوری نباشد، رأی صادره به دلیل مخالفت با نظم عمومی فاقد اعتبار و غیر قابل اجرا خواهد بود.

به بیان دیگر، درست است که قواعد مورد اشاره، به نظم عمومی ملی ایران، یعنی یکی از مفاهیم عام نظم عمومی مربوط می‌شوند و آن‌گونه که پیش از این گفته شد به ویژه در مورد محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی ممکن است داوران بین‌المللی با استناد به نظم عمومی فراملی، این قاعده نظم عمومی ملی را نادیده بگیرند، لکن چنانچه محل شناسایی و اجرای رأی ایران باشد، علی‌الاصول دادگاه‌های ایران به هنگام اجرای رأی، خود را مقید به رعایت قواعد امری موصوف و نظم عمومی ملی خواهند دانست؛ واقعیتی که یقیناً در این قبیل موارد، مد نظر داوران خواهد بود.

به موجب ماده ۵ کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، در صورتی که شناسایی و اجرای رأی داوری، مغایر نظم عمومی کشور محل شناسایی و اجرای رأی باشد، به تشخیص کشوری که شناسایی و اجرا در آنجا درخواست شده است، رأی مزبور قابل ابطال خواهد بود.

البته امروزه در داوریه‌های تجاری بین‌المللی گرایش به سمت کاهش محدودیت‌های مربوط به نظم عمومی در بحث قابلیت ارجاع موضوع به داوری است. یعنی قواعد حقوقی محدود کننده قابلیت ارجاع، لزوماً بخشی از نظم عمومی نیستند و این محدودیت‌ها فقط وقتی از سوی داوران یا دادگاه‌ها اعمال می‌شوند که بخشی از قانون قابل اعمال نسبت به دعوی را تشکیل دهند و لازم نیست که این مسأله به عنوان بخشی از نظم عمومی، لزوماً اجرا شود حتی اگر قانون دیگری نسبت به دعوی قابل اعمال باشد (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۶۲).

همچنین اصولاً طرفین در انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری آزادند و در صورت سکوت طرفین قانون حاکم توسط داوران انتخاب می‌شود. در عین حال چه طرفین داوری و چه داوران در تعیین آیین حاکم بر داوری آزادی و اختیار عمل مطلق نداشته مکلف به رعایت قواعد آمره و نظم عمومی هستند. به عنوان مثال اصولی از قبیل اصل استقلال و بی‌طرفی داور، از جمله اصول پذیرفته شده در عرصه داوری تجاری بین‌المللی و غیرقابل عدول از ناحیه طرفین و داوران محسوبند. زیرا این قبیل اصول مبتنی بر قواعد آمره و نظم عمومی در مفهوم ملی و فراملی آن محسوب می‌شوند.

روشن است که از میان قواعد مبتنی بر نظم عمومی، قواعد کشور محل برگزاری داوری و محل شناسایی و اجرای رأی داوری از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند چرا که صدور رأی قابل اجرا مستلزم رعایت این قواعد است. ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در این خصوص قابل توجه است؛ به موجب این ماده: «در موارد زیر رای داور اساساً باطل و غیرقابل اجراست:

- ۱- در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد.
- ۲- در صورتی که مفاد رای مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد.
- ۳- رای داوری صادره در خصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد اسناد رسمی معتبر معارض باشد، مگر آنکه در مورد اخیر داور حق سازش داشته باشد».

همچنین مفاهیم مختلف نظم عمومی در انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی قابل توجه است؛ زیرا هر چند انتخاب قانون حاکم بر ماهیت دعوی توسط طرفین در عرصه داوری تجاری بین‌المللی از جایگاه ممتازی برخوردار است و بر خلاف دادگاه‌ها که غالباً ملزم به رعایت قانون مقر خود هستند، داوران بین‌المللی به لحاظ اینکه اصولاً داوری بین‌المللی دارای قانون مقر نیست به انتخاب طرفین احترام گذاشته و از نادیده انگاشتن اراده آنان به دلیل

مخالفت نظم عمومی خودداری می‌نمایند، اما اگر طرفین چنین انتخابی نکرده باشند و داوران بخواهند شخصاً قانون حاکم بر ماهیت دعوی را انتخاب نمایند، مکلف خواهند بود که با رعایت اراده ضمنی طرفین و نظم عمومی دست به انتخاب بزنند.

اما شاید مهمتر از همه تأثیر نظم عمومی در مرحله اجرای آرای داوری خارجی باشد چرا که در عمل ضمانت اجرای رعایت نظم عمومی در هر یک از شوژن و مراحل داوری در این مرحله اعمال می‌گردد. لذا مطابق بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک که مهمترین سند بین‌المللی در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری بین‌المللی محسوب می‌شود، مغایرت مفاد رأی با نظم عمومی کشور محل اجرا به عنوان یکی از موانع اجرای آرای داوری احصا شده است. به دیگر سخن «هرچند داور اختیار و حق تصمیم‌گیری نسبت به دعوای مطروحه را از اراده طرفین می‌گیرد، ولی نمی‌تواند فقط منافع ایشان را ملحوظ نماید؛ بلکه بایستی همانند محاکم حقوقی که در حقیقت جانشین آنها هم به شمار می‌رود، هر اصل اساسی نظم عمومی کشوری را که با قرارداد ارتباط نزدیک دارد نیز مورد توجه قرار دهد» (لندو، ۱۳۶۵، ص ۳۹).

بدین ترتیب برخلاف برخی اظهارنظرها مبنی بر اینکه منظور از نظم عمومی در داوری‌های تجاری بین‌المللی همان مفهوم نظم عمومی حقوق بین‌المللی خصوصی است نه نظم عمومی داخلی (جنیدی، ۱۳۸۷، ص ۲۷۲)، به نظر می‌رسد نقش آفرینی نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی منحصر به برخی اقسام و مفاهیم آن نبوده و در مراحل و جنبه‌های مختلف داوری، ممکن است یک یا چند قسم یا مفهوم از نظم عمومی مورد توجه و متابعت داور بین‌المللی قرار گیرد.

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

از مجموع مطالعات منعکس در این مقاله چنین برمی‌آید که «نظم عمومی» از جایگاه و نقش برجسته‌ای در نظام‌های مختلف حقوقی برخوردار است؛ چندان‌که گاهی مبنای وضع بسیاری از قواعد حقوقی و یا امره تلقی شدن آنها محسوب می‌شود، بسیاری اوقات از اجرای قواعد و مقررات اصولاً صالح در موارد خاص جلوگیری می‌کند و گاهی نیز مانع اجرای آرا و احکام مراجع حل اختلاف، اعم از مراجع قضایی و مراجع داوری می‌گردد.

لذا از دیرباز مفهوم نظم عمومی ولو در قالب اصطلاحاتی متفاوت از اصطلاحات رایج امروزی مورد توجه حقوقدانان جوامع مختلف بوده است. با وجود این و علی‌رغم سعی و اهتمام بسیاری از حقوقدانان، هنوز که هنوز است تعریف جامع و مانعی که مورد پذیرش همه یا اکثر حقوقدانان باشد از این اصطلاح ارائه نشده است. بلکه برخی اساساً نظم عمومی را غیر قابل تعریف می‌دانند. مهمترین علتی که به عنوان مبنای واقعیات موصوف می‌توان از آن یاد



کرد این است که ریشه این اختلاف نظرها به ماهیت نظم عمومی و به تنوع مفاهیم این اصطلاح در جوامع مختلف، متناسب با شرایط فرهنگی، اجتماعی و اعتقادی هر جامعه و نیز به تحول مفهوم آن در گذر زمان، به اقتضای تحولات جوامع بشری بر می‌گردد.

ویژگی دیگر نظم عمومی، تنوع مفاهیم آن در شاخه‌های مختلف حقوق است که سبب تنوع دیدگاه‌های متخصصین هر رشته به مفهوم نظم عمومی و اقسام گوناگونی برای آن شده است. یکی از تقسیمات مهم این اصطلاح، تقسیم آن به «نظم عمومی ملی» و «نظم عمومی فراملی» است. برخی از دیگر مفاهیم رایج این اصطلاح حقوقی، مانند «نظم عمومی داخلی» و «نظم عمومی بین‌المللی» نیز از شقوق نظم عمومی ملی محسوب می‌شوند. از میان اقسام و مفاهیم گوناگون نظم عمومی، در داوری تجاری بین‌المللی، نظم عمومی فراملی کاربرد ویژه‌ای دارد و بیشترین کاربرد نظم عمومی فراملی به داوری تجاری بین‌المللی بر می‌گردد.

البته تأثیر نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی به نظم عمومی فراملی محدود نمی‌شود و با توجه به گستره فرایند داوری، در هریک از مراحل مختلف این فرایند، از توافقنامه داوری، تعیین داوران و حدود اختیارات آنان گرفته تا تعیین قواعد حاکم بر آیین داوری و ماهیت دعوی و غیره، ممکن است یکی از مفاهیم مختلف نظم عمومی، تأثیر گذار باشد.

هرچند در داوری تجاری بین‌المللی اصل حاکمیت اراده از جایگاه بسیار والایی برخوردار است لکن بسیاری مواقع این اصل بنیادین در مواجهه با نظم عمومی به طرز شگفت‌آوری رنگ می‌بازد. همین جایگاه برجسته نظم عمومی در این شاخه از حقوق است که توجه ویژه متخصصین این رشته را به خود معطوف داشته است. لکن به ویژه در حقوق ایران، بیشترین اهتمام حقوقدانان در این عرصه، متوجه تعریف نظم عمومی بوده است در حالی که با توجه به تنوع و تحول زمانی و مکانی مفهوم این اصطلاح، عدم امکان ارائه تعریفی جامع و مانع که از ثبات نسبی برخوردار باشد، واقعیتی انکارناپذیر است. از طرفی این حقیقت را نیز نباید از یاد برد که تأثیر شگرف نظم عمومی در مسیر اعمال و اجرای قواعد حقوقی و یا آراء قضایی و داوری، مستلزم شناخت دقیق مفهوم نظم عمومی، تمیز آن از عناوین مشابه و معرفی مصادیق عینی و خارجی آن است. این بدان معنی است که واقعیت مورد اشاره باعث نمی‌شود که از درک درست مفهوم نظم عمومی بی‌نیاز باشیم؛ پس چه باید کرد؟

به نظر می‌رسد، درک درست مفهوم نظم عمومی که به ویژه به لحاظ کاربردی امری است اجتناب‌ناپذیر، بیش از آنکه محتاج ارائه تعریفی نظری باشد، مستلزم تبیین اوصاف و ویژگی‌های نظم عمومی، مصادیق و موضوعات مشمول آن است. امری که تاکنون محقق نشده و نیازمند پرداختن قانونگذار به این موضوع و ورود اساتید و حقوقدانان به این عرصه است و در پایان این مقاله به عنوان پیشنهاد، مورد تأکید قرار می‌گیرد.

## منابع و مأخذ

## الف- فارسی

- ابدالی، مهرزاد و عیسی تفرشی، محمد، (زمستان ۱۳۸۳)، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق.
- ارفع نیا، بهشید، (۱۳۸۹)، حقوق بین الملل خصوصی (تعارض قوانین)، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات بهتاب.
- احمدی و استانی، عبدالغنی، (۱۳۴۱)، نظم عمومی در حقوق خصوصی، چاپ اول، چاپ روزنامه رسمی.
- اخلاقی، بهروز، (۱۳۸۳)، جزوه درسی حقوق تجارت بین الملل، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۱)، مباحثی از حقوق تجارت بین الملل، چاپ اول، تهران نشر دانش امروز (وابسته مؤسسه انتشارات امیر کبیر).
- اشمیتوف، کلابو ام، (۱۳۷۸)، حقوق تجارت بین الملل، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و دیگران، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
- الماسی، نجاد علی، (۱۳۸۳)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
- الماسی، نجاد علی، (۱۳۸۶)، تعارض قوانین، چاپ پنجم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- جنیدی، لیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم بر داوری های تجاری بین المللی، تهران، نشر دادگستر.
- جنیدی، لیا، (۱۳۸۷)، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، چاپ دوم (ویرایش دوم)، تهران، موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.
- خزاعی، حسین، (بهار ۱۳۷۷)، «شناسایی و اجرای احکام داور بین المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۹.
- درن، ایو، (۱۳۶۷)، «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوریهای بین المللی»، ترجمه و تلخیص محمد اشتری، مجله حقوقی، شماره ۹.
- سلجوقی، محمد، (۱۳۸۶)، بایسته های حقوق بین الملل خصوصی، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۵۱)، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ دوم، تهران.
- صفایی، سید حسین، (تابستان ۱۳۷۷)، «سختی چند درباره نوآوریها و نارساییهای قانون داوری تجاری بین المللی» مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، شماره ۴۰.
- صفایی، حسین، (۱۳۷۸)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، چاپ ششم، تهران، نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، چاپ چهارم، تهران شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، حقوق انتقالی، چاپ چهارم، تهران، نشر میزان.
- کسبیجان، کاترین، (سال ۱۳۸۷)، «نظم حقوقی در اروپا»، ترجمه جعفری، فیض الله، مجله حقوقی (مرکز امور حقوقی بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۵.
- لندو، اول، (بهار ۱۳۶۵)، «حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین المللی»، ترجمه محسن محبی، مجله دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره پنجم.
- نصیری، محمد، (۱۳۷۲)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ اول (ویرایش دوم)، تهران، انتشارات آگاه.
- مدنی، سید جلال الدین، (۱۳۷۵)، حقوق بین الملل خصوصی، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.

## ب- خارجی

- Baddack, Frank (2005) *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. A Thesis for the LL.M. Degree (International Trade Law), Faculty of Law, University of the Western Cape.
- Fouchard, Philippe (1965) "L'arbitrage Mercatoria?", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47:4. Commercial International, Paris: Dalloz.
- Junker, J. (1977) "Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", *California International Law Journal*.
- Lando, Ole (Oct. 1985) "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 4.
- Marrella, Fabrizio & Yoo, Christopher S. (2007) "Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47:4.

Archive of SID