

موارد امتناع از شناسایی و اجراء رأی داوری توسط دادگاه

معصومه قربانی

دانشجوی کارشناسی حقوق، واحد ملارد، دانشگاه آزاد اسلامی، ملارد، ایران

Masume.gh82@gmail.com

چکیده:

رأی داور یا دیوان داوری چه در داوری های ملی و چه در سطح بین المللی، علی الاصول قطعی و رسیدگی آنها یک مرحله ای می باشد و قابل تجدیدنظر نیست؛ یعنی هیچ مرجعی مانند محاکم تجدیدنظر در رسیدگی های قضایی بالاتر از مرجع داوری وجود ندارد تا بتوان از رأی داوری درخواست ممیزی یا تجدیدنظر کرد. این موضوع هرچند که در مقررات داوری ملی ما به صراحت بیان نشده است، ولی از مسلمات حقوق داوری و مستدل به دلایل حقوقی و مستند به مقررات قانونی است. مع الوصف در مواردی چون مخالفت با نظم عمومی اخلاق حسنه، قابل داوری نبودن موضوع داوری و ارجاع دعاوی و یا اختلافات مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری که موجب تضییع حقوق یکی از طرفین می گردند، تدابیری اندیشیده شده تا بتوان با طرح دعوی ابطال یا بطلان رأی داوری را بی اعتبار کرد که در این صورت موارد مزبور در قلمرو استثنائات اصل قطعیت آرای داوری قرار می گیرد. در این پژوهش در راستای شناسایی این استثنائات به روش توصیفی- تحلیلی سعی در بررسی موارد امتناع از شناسایی و اجراء رأی داوری توسط دادگاه شده است.

واژگان کلیدی: داوری، دادگاه، قطعیت رأی، نظم عمومی، اخلاق حسنه.

مقدمه

در محدوده استثنائات اصل لازم الاجراء بودن آرای داوری علاوه بر مواردی که محکوم علیه می تواند ضمن استناد به آنها از مرجع ذی صلاح قانونی درخواست عدم شناسایی و اجرای حکم داوری را نماید، مواردی از باب نظارت قضائی بر رأی داوری در مرحله اجراء وجود دارد که دادگاه می تواند از شناسایی و اجرای رأی داوری امتناع نماید. در این خصوص در پنجمین نشست هم اندیشی قضات دادگستری و اساتید حقوق در تاریخ ۱۳۹۷/۱۰/۲۴ که توسط مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران در محل اتاق بازرگانی ایران با حضور تعدادی از قضات دادگستری و اساتید حقوق داوری برگزار شد، اکثریت حضار در پاسخ به سوال «آیا با توجه به صدر ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاهی که اجرای رأی داور از آن درخواست شده، می تواند رأساً و بدون درخواست محکوم علیه، رأی داور را از مصادیق ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی تشخیص داده و از اجرای آن خودداری کند؟ و آیا چنین اختیاری برای دادگاه در کلیه موارد ذکر شده در ماده ۴۸۹ وجود دارد یا این که باید بین موارد بطلان ذاتی رأی داور و مواردی که رأی داور قابل ابطال است تفاوت گذاشته شود و در این صورت ضابطه تشخیص موارد بطلان ذاتی چیست؟ آیا می توان از مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین المللی به عنوان ضابطه ای برای تشخیص و تعیین موارد بطلان ذاتی استفاده کرد؟» اظهار داشتند که: «بدیهی است که دادگاه حق نظارت بر رأی داوری در مرحله اجرای رأی را دارد؛ اما حدود این نظارت مشخص نیست. در خصوص اختیار دادگاه برای خودداری از اجرای رأی داور باید بین مواردی که داور در فرایند داوری یا صدور رأی، یک قانون امری را نادیده گرفته و مواردی که قوانین تکمیلی رعایت نشده است، تفاوت قائل شد. در فرض اول می توان به دادگاه اختیار عدم اجرای رأی به دلیل بطلان آن را داد و در فرض دوم چنین اختیاری را برای دادگاه نپذیرفت. برای مثال، اگر داور خارج از حدودی که طرفین توافق کرده اند رأی داد یا

صلاحیت او محل ایراد بود؛ ولی طرفین به این امر اعتراض نکردند، دلیلی بر عدم اجرای چنین رأیی وجود ندارد. لذا دادگاه حق نظارت بر رأی داور در مرحله اجرا را دارد و حتی پس از شناسایی و صدور دستور اجرای رأی هم می تواند از تصمیم خود عدول کرده و از اجرای رأی خودداری کند؛ منتهی این اختیار دادگاه باید محدود به مواردی شود که رأی دادگاه مخالف نظم عمومی یا قانون آمره است و در خارج از آن موارد دادگاه نمی تواند از اجرای رأی که ابطال نشده است، خودداری کند. برای تشخیص و تفکیک مواردی که رأی داور مخالف نظم عمومی و قانون آمره است، از مواردی که رأی داور چنین وصفی ندارد، می توان از مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داور تجاری بین المللی استفاده کرد؛ به این معنا که در جایی که رأی داور مخالف نظم عمومی یا قواعد آمره است، دادگاه باید از اجرا خودداری کند و در جایی که رأی داور حقوق یکی از طرفین را نقض کرده و ذیحق اعتراضی به آن نکرده است، دادگاه باید دستور اجرای رأی را صادر کند. ضابطه دیگری که می توان برای حل مسأله ارائه داد، رعایت اصول دادرسی است. به این معنی که اگر داور در فرایند داور اصول دادرسی مانند حق دفاع محکوم علیه یا اصل تناظر را رعایت نکرده باشد، دادگاه باید از اجرای رأی خودداری کند؛ اما عدم رعایت تشریفات دادرسی چنین حقی را به داور نمی دهد. همچنین نظارت دادگاه بر رأی داور در مرحله اجرای رأی داور محدود است و دادگاه فراتر از ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی نمی تواند از اجرای رأی خودداری کند. برای نظارت قضایی ضوابطی وجود دارد که داور پذیرد و نظم عمومی نمونه ای از این معیارها هستند و در این موارد دادگاه می تواند رأی را باطل تشخیص داده و از اجرای آن خودداری کند ولی در غیر آن، مادام که اعتراضی از سوی محکوم علیه نشده و رأی داور ابطال نشده است، دادگاه حق ندارد مانع اجرای رأی شود. اگرچه نظارت قضایی دادگاه ضرورت دارد؛ ولی اگر این نظارت گسترش داده شود به گونه ای که دادگاه بتواند به راحتی از اجرای رأی خودداری کند، آرای داور با چالش مهمی روبرو خواهد شد. بنابراین، نظارت دادگاه بر رأی داور در زمان اجرا باید بسیار محدود تفسیر و اجرا شود» (نیکبخت، ۱۳۹۱: ۱۵۸).

همچنین در پاسخ به این سوال که: «این که در صورت خودداری دادگاه از اجرای رأی داور تکلیف محکوم له رأی داور چیست؟ آیا می تواند از تصمیم دادگاه تجدیدنظرخواهی کند یا این که باید اصل دعوا را در دادگاه صالح اقامه کند؟» اظهار داشتند که: «با توجه به این که تصمیم به رد درخواست اجرای رأی داور در قالب حکم یا قرار اتخاذ نمی شود؛ بنابراین از جمله آرای قابل تجدیدنظرخواهی نیست؛ در نتیجه محکوم له رأی داور نمی تواند نسبت به این تصمیم تجدیدنظرخواهی کند. از طرفی، با توجه به این که تصمیم به عدم اجرای رأی داور با توجه به صدر ماده ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی مستلزم تشخیص دادگاه مبنی بر بطلان رأی داور است، بنابراین، می توان گفت که درخواست رد اجرای رأی داور به منزله اعلام بطلان رأی داور است و لذا شخص ذی نفع می تواند اصل دعوا را در دادگاه صالح اقامه کند. تصمیم به رد درخواست اجرای رأی داور یک تصمیم قضایی و حاکی از اعلام بطلان رأی داور است و همان طور رأی دادگاه مبنی بر بطلان رأی داور قابل تجدیدنظرخواهی است، تصمیم دادگاه مبنی بر رد درخواست اجرا نیز باید به صورت رای صادر شود و قابل تجدیدنظر استان است» (خدابخشی، ۱۳۹۵: ۶۴۰).

در واقع می توان گفت: دادگاه در مرحله اجرای رأی داور، باید بر رأی داور نظارت کند. نظارت دادگاه در مرحله اجرا محدود به مواردی است که رأی داور مخالف نظم عمومی یا قوانین آمره باشد یا این که یک قاعده بنیادین حقوقی مانند حق دفاع یکی از طرفین توسط داور نقض شده باشد. تصمیم داور در مورد اعلام بطلان رأی داور باید به صورت رای صادر شود زیرا متضمن تشخیص حکمی و موضوعی در استحقاق یا عدم استحقاق ذی نفع (محکوم له) است و از این حیث علی القاعده قابل تجدیدنظرخواهی است. البته دیدگاه دیگر این است که تصمیم دادگاه مبنی بر خودداری از اجرای رأی داور، به معنی ابطال رأی داور است و محکوم له می تواند برای طرح دعوا به دادگاه صالح مراجعه کند. به هر حال به نظر می رسد که موارد محدودی وجود دارد که مرجع شناسایی و اجراء (دادگاه) می تواند (یا باید) رأساً حتی بدون درخواست محکوم علیه از شناسایی و اجرای آرای داور امتناع نماید. که در این پژوهش سعی در بررسی آن ها خواهد شد و بدین منظور در این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی موارد امتناع از شناسایی و اجراء رأی داور توسط دادگاه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱- قابل داورى نبودن موضوع داورى

قابل داورى بودن موضوع داورى و به عبارت بهتر داورى پذيرى اختلاف در کليه نظام هاى داورى ملی و بين‌المللی به عنوان یک اصل کلی مورد پذیرش قرار گرفته است. حل و فصل برخی از اختلافات بنابر مصالح و یا محدودیت‌هایی ممکن است مطابق قانون مقرر داورى منع شده باشد. در کشور ما دعاوى بسیار محدودی از حوزه داورى خارج شده اند. (مانند ورشکستگى و برخی دعاوى خانوادگى). بموجب بند ۱ ماده ۳۴ قانون داورى تجارى بين‌المللی، در صورتی که موضوع اصلی اختلاف بموجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داورى نباشد. رأى داورى اساساً باطل و غير قابل اجراست. چنانچه در قسمت ۱ بند «ب» شق (۲) ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال پيش بينی شده است. البته برخی موارد ممنوع ارجاع به داورى بطور مطلق آمده است (مانند ورشکستگى تاجر) ولی برخی از محدودیت ها بطور مشروط است، مانند صلح دعاوى که راجع به اموال عمومى بوده و صحت آن موکول به تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس و در موارد مهم نیاز به تصویب مجلس را دارد. (موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) این موضوع در داورى های بين‌المللی نیز به چشم می خورد. بطور مثال، از نمونه های عدم اجرای رأى داورى تحت معاهده نیویورک، به دلیل غير قابل داورى بودن موضوع اختلاف، عدم اجرای رأى داورى در پرونده «لیامکو» علیه دولت لیبی، توسط دادگاه های آمریکا ذکر می‌گردد که در این پرونده دادگاه ناحیه کلمبیا از صدور دستور اجرای رأى داورى، علیه دولت لیبی با بیان اینکه موضوع داورى بموجب قانون آمریکا غير قابل داورى است، امتناع نمود (نیک‌بخت، ۱۳۹۱: ۱۴۷). نکته مهم اینکه اختلافات موضوع قرارداد داورى جرم باید وفق قانون قابل اعمال، قابل ارجاع به داورى باشد وگرنه قرارداد داورى به جهت قابل داورى نبودن موضوع داورى و در نتیجه عدم صحت موافقتنامه، فاقد اعتبار خواهد بود. در عهدنامه نیویورک هم تصریح گردیده است، طرفی که رأى علیه او استناد شده (یعنی محکوم علیه) می‌تواند از دادگاه کشوری که درخواست اجراء و یا شناسایی رأى به عمل آمده است، تقاضا کند تا از شناسایی و اجرای رأى خودداری نماید. شق «ج» از بند (۱) ماده ۵ این معاهده مقرر نموده است، «حکم داورى مربوط به اختلافی باشد که نظر بر ارجاع آن به داورى نبوده یا داخل در موضوع ارجاعی به داورى حاوی تصمیماتی باشد که از حدود موضوع ارجاعی به داورى تجاوز کرده و در صورتی که تصمیمات راجع به موضوعات ارجاعی به داورى حاوی تصمیمات مربوطه به موضوعات ارجاعی به داورى قابل تفکیک باشد، فقط آن قسمت از حکم داورى که قابلیت ارجاع به داورى است، قابل شناسایی و ارجاع خواهد بود. در علت دیگری که در بند (۲) ماده ۵ بیان شده است، دادگاه خود رأساً می‌تواند حتی بدون اینکه محکوم علیه آن ها را مطرح سازد، از شناسایی و اجرای رأى خودداری نماید، که عبارت است از دادگاهی که، شناسایی و اجرای حکم داورى از او درخواست شده در صورت احراز یکی از موارد زیر می‌تواند تقاضای شناسایی و اجرای حکم را رد کند، الف- برابر قوانین آن کشور حل و فصل موضوع مختلف فیه از طریق داورى میسر نبوده و یا بدیهی است که، موضوعات غير قابل داورى در کشور های مختلف متفاوت می‌باشند (Sander, 1975, p.220) واینکه، موضوعاتی نظیر اختلافات راجع به حقوق اموال معنوی (مالکیت فکری)، حقوق خانواده، ورشکستگى، اختلافات مربوط به حقوق حمایت شده توسط قوانین خاص و یا مربوط به اموال عمومى و دولتی که غير قابل داورى به حساب می‌آیند (نیک‌بخت، ۱۳۹۱: ۱۴۶).

۱-۱ ورشکستگى و اختلافات راجع به نکاح و طلاق

در مورد دعاوى و یا اختلافات غير قابل ارجاع به داورى، قانون آئین دادرسی مدنی ایران صرفاً یک نوع دعوى مدنی مربوط به ورشکستگى جارت و نیز برخی از دعاوى و مسائل مهم حقوق خانواده یعنی دعاوى راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب را محدود و از صلاحیت داورى مستثنی نموده است. همچنین بند ۱ ماده ۱۰۲ پيش‌نویس لایحه قانون جامع داورى ایران در خصوص بطلان آرای صادره اشعار داشته است که، رأى داورى در موضوعی صادر شده باشد که به موجب قوانین ایران قابل ارجاع به داورى نیست. در این لایحه علاوه بر موارد ورشکستگى و دعاوى راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب، موارد دیگری چون حجر، وقف

و تولیت اضافه گردیده و دعاوی راجع به اصل حقوق مالکیت فکری نیز در زمره موارد غیر قابل داوری قرار گرفته است؛ که به نظر می‌رسد کلیه موارد فوق جنبه حاکمیتی داشته و از قلمرو داوری که نوعی قضاوت خصوصی است، خارج است. همچنین ممکن است، خروج برخی از موضوعات از حیطه داوری در هر کشوری بنابر دلایل خاصی بوده و موضوعات غیر قابل داوری در کشور های مختلف متفاوت می باشند و عمدتاً (این ممنوعیت ها) شامل موضوعاتی نظیر اختلافات راجع به حقوق اموال معنوی (مالکیت فکری) حقوق خانواده، ورشکستگی و اختلافات مربوط به حقوق حمایت شده توسط قوانین خاص یا مربوط به اموال عمومی و دولتی است. البته موضوع ورشکستگی فقط در بعضی کشورها در قلمرو حقوق داوری است. بطور مثال در کشور ایالات متحده امریکا سرانجام اصل قابل داوری بودن حقوق (موضوع) ورشکستگی نیز در پرونده‌ای موسوم به «سونا تراخ» علیه شرکت «ویستریگس» تأیید گردید. در قسمتی از حکم دادگاه در این رابطه آمده است که، به ویژه، واقع گرایانه نخواهد بود اگر که وانمود کنیم حقوق ورشکستگی برای نظام سرمایه داری و دموکراتیک ما دارای اصولی بسیار اساسی تر از قانون بورس یا حقوق رقابت است. در خاتمه اضافه می نماید که در بیشتر کشور ها دعاوی ناشی از نقض قوانین ضد تراست (نیک‌بخت، ۱۳۹۱: ۲۶۹)، به موجب احکام صریح قوانین و نیز رویه قضایی قابل ارجاع به داوری نیست و یا حداقل موکول به محدودیت هایی است. در مورد معاملات سهام نیز در قوانین یا رویه قضایی کشورها محدودیت‌هایی در این زمینه دیده می شود(همان).

۱-۲ مغایرت با قواعد آمره و مخالفت با مقررات اموال غیر منقول

قاعده آمره ابتدا از طریق نظام های حقوقی داخلی شکل گرفته و به تدریج وارد نظام حقوق بین‌الملل شده است. در هر نظام حقوقی که مجموعه‌ای از اصول و قواعد است، هر قاعده اعتبار خود را از قاعده برتر می‌گیرد به این معنی که هر قاعده در سلسله مراتب معینی جای دارد. در حقوق بین‌الملل نیز این نظریه اهمیت زیادی دارد و هر قاعده‌ای مبنای اعتبار خود را از قاعده برتر می‌گیرد(فلسفی، ۱۳۷۹: ۲۸۹). از موارد بطلان رأی داوری، مغایرت جدی رأی صادره با قوانین آمره‌ی حاکم بر مقرر داوری است. قاعده آمره، هر قانون و یا قاعده‌ای است که اراده و تراضی طرفین یک عقد یا قرارداد برخلاف و مغایر با آن غیر نافذ است. مانند قوانین مربوط به اهلیت، ارث، حجر، نکاح و امثال آنها و می‌توان گفت عنصر اصلی تشکیل دهنده یک قاعده آمره عبارت از نظم عمومی است. البته اصل بر غیر آمره بودن قواعد و قوانین است زیرا اساساً اصل بر حاکمیت اراده یا آزادی اراده است. در خصوص عدم رعایت قواعد آمره در رأی داوری، در قانون آئین دادرسی مدنی اشاره ای نشده است، لیکن در مورد اموال غیر منقول و یا املاک در بند ۵ ماده ۴۸۹ این قانون به علت خلط موضوع و عدم تفکیک موارد ابطال از بطلان، آن را از موارد قابل ابطال محسوب نموده است. همچنین در پیش نویس لایحه قانون جامع داوری این موارد تصریح گردیده و آمده است، رأی داوری صادره در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران با قوانین آمره موجد حق یا با مفاد اسناد رسمی که دارای اعتبار قانونی است معارض باشد. همچنین در بند های دیگری مخالفت مفاد رأی با قوانین آمره آمده که موجب بطلان رأی داوری است.^۱ این موضوع در قسمت پایانی بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز اشاره گردیده که هرگاه مفاد رأی صادره با قواعد آمره این قانون مخالفت داشته باشد، رأی مزبور از اساس باطل است. البته در این قانون اینکه کدام دسته از قوانین، آمره و کدام دسته، تکمیلی هستند، تصریحی وجود ندارد، ولی در مجموع باید گفت که قواعد آمره آن دسته از مقررات را شامل می شود که با نظم عمومی ارتباط پیدا کرده و قانون گذار به هیچ عنوان در قبال انحراف از آنها بردباری نشان نمی دهد و هرگونه نقض را با بطلان مطلق پاسخ می‌دهد(شیروی، ۱۳۹۲: ۳۰۸). علاوه بر قواعد آمره، رأی داوری نباید با آنچه که در دفتر املاک و یا بین اصحاب دعوی در دفتر اسناد رسمی ثبت شده،

^۱ بموجب ماده ۵ لایحه قانون جامع داوری، دعاوی زیر قابل ارجاع به داوری نیستند، ۱- دعاوی ورشکستگی ۲- دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، اصل طلاق، حجر، وقف، تولیت و نسب ۳- دعاوی راجع به اصل حقوق مالکیت فکری که به طرفیت نهاد دولتی مربوطه مثل اداره مالکیت صنعتی، یا وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و یا نظایر آن طرح می شود.

^۲ مفاد بند ۲ و ۳ ماده ۱۰۲ پیش نویس قانون جامع داوری ایران (ویرایش هشتم)

مغایرت داشته باشد. به موجب یکی از بندهای سه گانه ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ (بند ۳) یکی دیگر از مواردی که رأی داوری را اساساً باطل و غیر معتبر و غیر قابل اجرا دانسته، بشرح ذیل بیان نموده است، رأی داوری صادره در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد اسناد رسمی معتبر معارض باشد، مگر اینکه در موارد اخیر داور حق سازش داشته باشد. بنظر می‌رسد که استثنای مزبور غیر قابل قبول و با اصول کلی حاکم بر داوری مغایرت داشته باشد.

در این بند، تدوین کنندگان این قانون از یک طرف بطور اختصاصی آن را صرفاً به اموال غیر منقول اختصاص داده و گفته‌اند که اگر مفاد رأی صادره با قواعد آمره جمهوری اسلامی ایران معارض باشد، آن رأی از ویژگی بطلان برخوردار است و از طرف دیگر و در ادامه تجویز نموده‌اند که اگر داور حق سازش داشته باشد می‌تواند بر خلاف قواعد آمره عمل نماید. در حالی که چنانچه گفته شد قواعد و قوانین آمره با نظم عمومی در ارتباط مستقیم بوده و نمی‌توان حتی در صورت داشتن حق سازش از سوی طرفین اختلاف، آنها را نادیده گرفت. نظم عمومی در برگیرنده قواعد آمره است که در ارتباط با سازمان های حقوقی کشور بوده و رعایت آنها برای همه الزامی است. لذا به نظر می‌رسد مناسب و شایسته است که از درج این موضوع (اصطلاح قواعد آمره) در قانون داوری تجاری بین‌المللی خودداری نموده و در اصلاحات بعدی، حذف آن مورد لحاظ قرار گرفته و به محدودیت ناشی از نظم عمومی بسنده گردد. بدیهی است که محاکم ایران در صورت مغایرت آرای داوری با قوانین آمره و در چارچوب تفسیر نظم عمومی از اجرای آنها خودداری خواهند نمود. اضافه می‌نماید که بعضی دیگر از حقوقدانان و متخصصین حقوق داوری ایران با استثنای مذکور در بند ۳ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی مخالف بوده و گفته‌اند که، جمع کردن بین ضمانت اجرای بطلان مطلق با استثنای مذکور قابل جمع نیست و جزء تناقضات این قانون است. از یک طرف، توافق طرفین مبنی بر انتخاب قانون حاکم در مورد املاک را نادیده گرفته و به داوران اجازه ارزیابی دلایل را نمی‌دهد، و از طرف دیگر از محدودیت های مزبور به صرف توافق طرفین مبنی بر سازش صرف نظر می‌نماید (شیروی، ۱۳۹۲: ۳۰۹).

۲- ارجاع دعاوی و یا اختلافات مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری

به طور کلی اموال اشخاص اداری زیر مجموعه بخش های عمومی و به عبارتی تابعان حقوق عمومی، در دو قسم قابل تمیز از یکدیگر است، قسم اول، اموال اختصاصی ایشان که در مالکیت خصوصی آن ها قرار دارد و مانند سایر اشخاص حقوق خصوصی از آن ها استفاده می‌نمایند. قسم دوم، اموال عمومی که در واقع تحت مالکیت عموم بوده و جهت استفاده مردم اختصاص یافته است، مانند طرق و شوارع عامه و مسیل ها و پارک ها و یا بیمارستان ها و مدارس و دانشگاه های دولتی که در واقع از دارایی اشخاص اداری متمایز گردیده و تبدیل به اموال عمومی گردیده است. مواد ۲۳ لغایت ۲۸ قانون مدنی در رابطه با اموال عمومی است که به عنوان مشترکات عمومی تعیین گردیده است مانند طرق عامه، پل ها، کاروانسراها یا آثار تاریخی و امثالهم می باشد یکی از موارد مهم غیر قابل ارجاع به داوری و مربوط به اموال عمومی و دولتی، مغایرت آن با اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بموجب این اصل، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موقوف به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد، و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». تقریباً مفاد اصل مزبور (باستثنای صلح دعاوی) در ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی تکرار شده است. در کشورمان متأسفانه در خصوص مفهوم و چارچوب قانونی اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اختلاف نظرات زیادی وجود دارد. در صورتی که قائل به تفسیر تحت اللفظی و ظاهر عبارات این اصل باشیم ناگزیر به تفسیر موسع خواهیم بود و اینکه چه زمانی به مصوبه هیأت دولت نیاز خواهد بود، در رویه قضایی اختلاف نظر جدی وجود دارد. بنظر می‌رسد که با عنایت به مفهوم و منطوق اصل مزبور به صرف اینکه شخصیت حقوقی دولت و یا یک شرکت دولتی طرف اختلاف باشد نیازی به مجوز اصل مزبور نبوده بلکه وقتی نیاز است که موضوع اختلاف فیما بین، ناظر به اموال عمومی و یا دولتی

باشد. اگر بخواهیم دقیق تر به اصل مزبور توجه نمائیم باید سؤال کرد که کلمه «دعاوی» بکار رفته در متن اصل ۱۱۳ به چه مفهوم و معنایی است؟

اساساً دعوی و یا دعاوی در حقوق ایران به معنی خاص کلمه به نوع اختلاف و یا تنازع و مرحله رسیدگی (موضوع ماده ۷۵۲ قانون مدنی) موضوع مادتين ۶۲۳ و ۶۳۲ قانون آئین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ اطلاق می‌گردد. با توجه به سیاق عبارات قانونی قاعدتاً تا هر منازعه و اختلافی به دادگاه صالحه ارجاع نشده باشد، دعوی تلقی نمی‌گردد. با تعریف فوق الذکر، ارجاع به داوری یعنی تراضی طرفین دعوی که نزد مراجع قضایی مطرح و در دست رسیدگی است به اینکه رسیدگی به دعوی در مرجع قضایی متوقف و در عوض موضوع منازعه و اختلاف آنها توسط یک یا چند نفر داور قطع و حل شود (شهبازی، ۱۳۷۰: ۱۶). در خصوص مفهوم اموال دولتی و عمومی هم اختلاف نظر وجود دارد. در این مورد دو دیدگاه قابل طرح است. اول تفسیر موسع یعنی اینکه اموال عمومی و دولتی وزارت خانه ها و پادگان ها و پارک ها و تمام شرکت ها و مؤسسات عمومی و دولتی مشمول اصل مزبور می باشند، و دوم تفسیر مضیق و منظور از اموال دولتی و عمومی، اموال اختصاص یافته صرفاً به امور حاکمیتی از قبیل حساب‌های دولتی و ساختمان های دولتی و غیره محدود گردد. در این صورت اموال شرکت های دولتی که به امور تجاری غیر حاکمیتی می پردازند، از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خارج است و اموال عمومی و دولتی که در نقش بخش خصوصی به تجارت و یا پیمانکاری و غیره می‌پردازند، از شمول اصول مزبور خروج موضوعی داشته، اموال عمومی و یا دولتی محسوب نمی‌گردند. به اعتقاد اکثر حقوقدانان تفسیر صحیح این است که حکم اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را فقط در خصوص اموال حاکمیتی بدانیم. موافق با این دیدگاه برخی از متخصصان حقوق داوری قائل به تفکیک اعمال تصدی از اعمال حاکمیتی دولت می باشند (نیک‌بخت، ۱۳۷۹: ۳۴۴). مطلب قابل توجه و سؤال مهم دیگر اینکه آیا باید در زمان انعقاد قرارداد و یا موافقتنامه داوری اجازه و با تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس وجود داشته باشد یا در زمان حدوث اختلاف و شروع به داوری اخذ مجوز فوق الذکر کافی و وافی است؟ پاسخ این سؤال نیز با اختلاف نظراتی همراه بوده است. در رویه قضایی غالب، نظر اکثریت حقوقدانان این است که در زمان انعقاد قرارداد و یا شرط داوری نیازی به اخذ اذن و یا مجوز نبوده بلکه زمانی که دعوی و اختلاف فعلیت یافته و به داوری ارجاع شده است، باید نسبت به اخذ مجوز لازم اقدام نمود. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۳۸-۱۳۹ مورخ ۱۶/۱۲/۱۳۸۵ مقرر نموده است که، اخذ مجوز در زمان انعقاد قرارداد لازم و ضروری است و در صورت انعقاد موافقتنامه داوری بدون مجوز، موافقتنامه باطل خواهد بود. البته این دیدگاه با اصول حقوقی ما سازگار نبوده و انطباقی با رویه قضایی هم ندارد. بعنوان مثال شعبه سوم محاکم عمومی، حقوقی تهران طی دادنامه شماره ۶۰۶ و ۶۰۵ مورخ ۱۴/۷/۸۲ چنین رأی صادر نموده است، «در خصوص دعوی آقای ع.ن بوکالت از شرکت حمل و نقل بین‌المللی ح - بطرفیت کشتیرانی بنیاد و به خواسته ابطال رأی داوری مورخ ۲۷ ژوئیه سال ۲۰۰۰ داوری لندن و... با توجه به اینکه مراد قانون گذار از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اموال عمومی و دولتی می باشد و منصرف از اموالی است که برای تصدی امور بازرگانی و تجاری در اختیار دارد، بنابراین این موضوع داوری از شمول اصل ۱۳۹ خارج می باشد». همچنین شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه شماره ۵۵۹ مورخ ۱۵/۹/۱۳۸۲ رأی بدوی فوق الذکر را عیناً ابرام و تأیید نموده است.

۳- مخالفت با نظم عمومی

علاوه بر موارد مذکور در گفتار قبل یعنی ارجاع دعاوی و یا اختلافات مربوط به اموال عمومی به داوری و از مهم‌ترین موارد دیگری که دادگاه رأساً به عنوان مدافع حقوق عمومی نسبت به عدم شناسایی و اجرای رأی داوری اتخاذ تصمیم می نماید، مخالفت رأی داوری با معیار نظم عمومی است. چنانچه این معیار در بیشتر اسناد و منابع بین‌المللی نیز از جمله قانون نمونه آنسیترال و کنوانسیون نیویورک به عنوان موجبی برای امتناع از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی پیش بینی شده است. از مهم‌ترین چالش ها و مبانی امتناع از اجرای آرای داوری، مخالفت رأی صادره با نظم عمومی است که در پیش نویس قانون جامع داوری آن را از اساس باطل و

غیر قابل اجراء دانسته است.^۳

۱-۳ تعریف و مبانی نظم عمومی

متأسفانه با وجود اهمیت موضوع در متون قانونی ما از نظم عمومی تعریف دقیق و روشنی به میان نیامده است. نظم عمومی از مهمترین نهادهای حقوقی هر جامعه‌ای است، زیرا این نهاد رابطه تنگاتنگی با منافع جامعه دارد.^۴ البته نظم عمومی مفاهیم بسیار وسیع و گسترده‌ای دارد و با وجود اینکه این اصطلاح در کتاب‌های اخیر فقه امامیه دیده شده، لیکن ظاهر این است که از ماده ۶ قانون ناپلئون اقتباس شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۵). بنظر می‌آید که تعریف نظم عمومی بیشتر به فرهنگ عمومی هر جامعه‌ای و متناسب با اعتقادات و اصول حقوقی آنها قابل ارزیابی است. تا جایی که گفته شده است، «اگر مجموعه نهاد و قواعد حقوقی برای حسن جریان امور راجع به اداره کشور و حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد باشد به طوری که نتوانند با قرارداد از آن عدول نمایند، نظم عمومی داخلی نامیده می‌شود» (امیر معزی، ۱۳۹۵: ۲۵۰). در قانون مدنی ما بدون تعریف از نظم عمومی در ماده ۹۷۵ آمده است، «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قرارداد‌های خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجراء گذارد و اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». در خصوص منشأ نظم عمومی نیز گفته‌اند، «اصطلاح نظم عمومی ساخته و پرداخته حقوق فرانسوی است، ولی روح آن متعلق به حقوق قدیم است» (احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۸). رأی داور برخلاف نظم عمومی هرچند با توافق طرفین اختلاف قابل اجراء نمی‌باشد و «اعضای جامعه نمی‌توانند برخلاف آن تراضی نمایند و در صورت تراضی بی اثر خواهد بود» (Denis loyd, public policy, 1953, p.9). همچنین گفته شده است که، «نظم عمومی، مجموعه تأسیسات حقوقی و قوانین وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط آحاد ناس است که اراده افراد جامعه برخلاف جهت آن‌ها بلا اثر است» (زراعت، ۱۳۸۱: ۲۴). نکته مهم در تعریف و یا مبانی نظم عمومی، بررسی آنها در دو کشور مقرر دآوری و محل اجرای رأی دآوری است. البته مهمتر کشور محل اجرای رأی دآوری است که میتواند با نوع برداشت و یا تعریف خود از نظم عمومی از اجرای رأی دآوری جلوگیری نماید. در قانون دآوری تجاری بین‌المللی ایران در بند ۲ از ماده ۳۴ مقرر گردیده است، «در صورتی که مفاد رأی مخالف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه کشور باشد»، اصولاً باطل بوده و قابلیت اجراء نخواهد داشت. البته اخلاق حسنه در متون قانونی ما اضافه شده است. و «منظور از مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه یعنی رأی صادره حاوی مواردی است و یا متکی به اصول و روشی صادر شده است که نظم عمومی کشور ایران را مختل می‌کند و یا برخلاف اخلاق حسنه است» (شیروی، ۱۳۹۲: ۳۰۶). در خصوص تعریف نظم عمومی و یا تعیین مصادیق آن حقوقدانان اتفاق نظر ندارند و تعریف آن اگر غیر ممکن نباشد بسیار سخت است و از کشوری به کشور دیگر متفاوت می‌باشد (نیک‌بخت، ۱۳۹۱: ۱۴۹). نظم عمومی معمولاً به اصول ارزشی و مقدس هر جامعه اطلاق می‌گردد، مانند عدالت که از اساسی‌ترین مفاهیم اعتقادی و از مصادیق بارز نظم عمومی محسوب می‌شود. نظم عمومی در دآوری‌های تجاری بین‌المللی یک موضوع بسیار اساسی است و ممکن است از زمانی به زمان دیگر و از مکانی به مکان دیگر با تغییر ارزش‌ها و اصول اجتماعی تغییر نماید. نظم عمومی در روابط داخلی و در خصوص آرای دآوری داخلی با نظم عمومی در روابط بین‌المللی متفاوت است. رویه کشورها در خصوص استناد به نظم عمومی برای عدم اجرای رأی دآوری خارجی نشان می‌دهد که آنها غالباً بین قواعد نظم عمومی که در مسائل داخلی اعمال می‌نمایند با قواعد نظم عمومی که در اجرای رأی دآوری خارجی اعمال می‌نمایند، تمایز قائلند. در واقع در ارتباط با آرای دآوری خارجی، محدوده مضیق وجود دارد و به آسانی در کشورهای دیگر کنار گذاشته نخواهد شد (همان: ۱۵۲). لزوم محدود و مضیق نمودن مفهوم نظم عمومی موجب شده است که برخی از اسناد بین‌المللی به منظور جلوگیری از توسعه در تفسیر، هرگونه اصطلاحاتی چون نظم عمومی و اخلاق حسنه یا نظم عمومی و

۳ به موجب بند ۲ ماده ۱۰۲ پیش نویس لایحه قانون جامع دآوری آمده است که، «مفاد رأی با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قوانین آمره مخالف باشد».

۴ در کشورهای دارای نظام civil law با عنوان order public و در کشورهای دارای نظام common law با عنوان public policy به کار برده می‌شود.

یا اصول حقوقی را حذف کنند (جنیدی، ۱۳۹۲: ۲۶۶). لذا رویکرد اکثر کشورها در این زمینه تفسیر مضیق از نظم عمومی در اجرای آرای داور است. یکی از جالب‌ترین موارد در انگلیس، مربوط به پرونده موسوم به سلیمانی علیه سلیمانی است. موافقتنامه‌ای میان پدر و پسر ایرانی راجع به فرش‌های صادراتی از ایران منعقد شده بود. صادرات فرش از ایران مغایر قوانین صادرات ایران بود. فرش‌ها را پدر فروخته و در مورد تقسیم عوائد حاصل از فروش اختلافی بروز کرده بود. هیأت داور رأی صادر نموده و در عین حال که غیر قانونی بودن قاچاق فرش از ایران را پذیرفته بود ولی به عقیده آنها این امر مانع از حقوق قراردادی طرفین نبود. در حالی که پدر مدعی بود به علت غیر قانونی بودن قرارداد، رأی داور در انگلیس را به دلیل مغایرت با نظم عمومی غیر قابل اجراء ساخته است (جولیان دی ام لیو و همکاران، ۱۳۹۱: ۷۲۲). برای نظم عمومی، مبانی مختلفی قائل شده‌اند که به نظر می‌رسد فصل مشترک همه آنها منافع و مصالح عمومی است. به همین دلیل برخی از حقوقدانان بزرگ ما آن را مبنای نظم عمومی دانسته و ضابطه روشنی برای تشخیص قوانین امری و تکمیلی قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۵۸). البته به نظر می‌رسد که تعیین یک ضابطه و یا مبنا در روابط تجاری بین‌المللی در تعریف از نظم، لازم و ضروری است، و آن مبنای نسبیّت مکانی و زمانی این مفهوم است. در مورد مبنای نسبیّت مکانی برخی گفته‌اند که بر این مبنا، «یک رأی واحد می‌تواند بر طبق ملاحظات نظم عمومی کشور مبدأ معتبر و بر طبق رأی کشور مقصد قابل ابطال باشد و بالعکس» (Redfern, 2015, p.231). دومین مبنا و عامل بر حسب نسبیّت زمانی است. ارزش‌ها و هنجارهای جوامع بشری صرف نظر از نظام‌های حقوقی حاکم، حتی در یک کشور و یا حتی منطقه‌ای از یک کشور لزوماً ثابت نیستند و بر اثر گذشت زمان و تغییرات فرهنگی و اجتماعی و اقتصادی تغییر پیدا می‌کنند (van den Berg, 1981, p.359) و بالأخره در خصوص قواعد نظم عمومی در حیطه داور گفته‌اند، «مهم‌ترین قواعد نظم عمومی در رابطه با داور، رعایت اصل برابری طرفین در تمام امور مربوط به داور، از بدو تا ختم روند مذکور، از جمله حق توسل به داور و ترکیب و نحوه تشکیل دیوان داور و انتخاب داوران و لزوم رعایت اصول دادرسی عادلانه خواهد بود» (ایران‌شاهی، ۱۳۹۳: ۱۷۱). همانطور که پس از پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی در ایران بسیاری از این هنجارها تغییر یافت. نظم عمومی در بسیاری از مقررات بین‌المللی مانند کنواسیون ۱۹۵۸ نیویورک و قانون نمونه آنسیترال از موجبات عدم شناسایی و اجرای آرای داور قلمداد گردیده است. شق «ب» از بند (۲) ماده ۵ کنواسیون نیویورک به کشور مقصد اجازه داده است تا از شناسایی و اجرای آرای داور که مغایر با نظم عمومی آن کشور است، ممانعت کند و ملاک، نظم عمومی کشوری است که رأی در آن مورد استناد قرار گرفته است. رویه قضائی ایران در خصوص مغایرت رأی داور با نظم عمومی حاکی از تأیید مدعای فوق‌الذکر است. در این خصوص شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی-حقوقی تهران در دادنامه به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲۱۵۰۰۷۸۸ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۲۵ مقرر نموده است، «در خصوص دعوی خانوم س.ز. به وکالت از آقای ف.ف. و به طرفیت آقای م.ت. با وکالت آقایان م.م. و س.م. به خواسته‌ی صدور حکم بر ابطال رأی داور شماره ۴۴۵ مورخ ۹۱/۱/۲ و توقیف عملیات اجرائی به شرح پرونده توجهاً به مدارک و مستند ابرازی طرفین... از آنجا که مطابق ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی رأی داور در مواد هفتگانه باطل و قابلیت اجرائی ندارد، چون رأی داور مطابق بند ۵ ماده ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی مغایر بوده و مخالف قوانین موجد حق است... از این رو دادگاه به استناد مواد ۴۸۲ و ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی حکم به ابطال رأی داور صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدید نظر است». شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز پس از تجدید نظر خواهی اعلام نموده است، «تجدید نظر خواهی آقای م.الف با وکالت آقای م.م. و به طرفیت آقای ف.ف. نسبت به دادنامه شماره ۹۹۱ مورخ ۹۱/۱۲/۲۷ شعبه ۲۰۶ دادگاه عمومی تهران که به موجب آن دعوی تجدید نظر خوانده به خواسته ابطال رأی داور شماره ۴۴۵ مورخ ۹۱/۰۱/۰۲ خللی بر آن وارد نیست. آنچه بدیهی است بعضی از مواردی که داور درباره آن‌ها اتخاذ تصمیم می‌نماید و در مغایرت آشکار با قواعد نظم عمومی (است) که خلاف آن‌ها نمی‌شود تراضی نموده... بنابه مراتب ضمن رد اعتراض مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی دادنامه موصوف تأیید می‌گردد. این رأی قطعی است» (علی دادی ده کهنه، جوهری، ۱۳۹۸: ۲۹۹-۲۹۷).

۲-۳ اقسام نظم عمومی

نظم عمومی به دو قسمت کلی قابل تقسیم بندی است، نظم عمومی ملی (داخلی) که به تعداد هر کشور وجود دارد و نظم عمومی بین المللی که واحد بوده و در روابط بین المللی و تابعان حقوق بین الملل و موضوعات آن حاکم است (ایرانشاهی، ۱۳۹۳: ۱۷۳).

۱-۲-۳ نظم عمومی در حقوق داخلی

اساساً نظم عمومی استثنائی بر اصل لزوم اجرای آرای داوری اعم از داخلی و خارجی است. نظم عمومی در حقوق داخلی به اصول تمدن و نظام حقوقی هر کشوری بستگی داشته و قاضی دادگاه ناگزیر به رعایت آنهاست. در حقوق داخلی ما مواد ۹۷۵ و ۱۲۹۵ قانون مدنی و مواد ۶ و ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی به نظم عمومی پرداخته شده و بسیاری از مصادیق نظم عمومی در متون قوانین تصریح گردیده است. مثلاً در ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی آمده است، «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصائص شوهر است». این مسئله از باب نظم عمومی بوده و «ریاست خانواده مقامی است که برای تثبیت و مصلحت خانواده به مرد داده شده و یک امتیاز و حق فردی محسوب نمی شود» (صفایی، امامی، ۱۳۷۶: ۱۲۵).

ماده ۹۷۵ قانون مدنی «مع الاسف به نحوی تنظیم شده است که قوانین خارجی و قراردادهای حقوقی را در ردیف هم قرارداده و چنین القاء می نماید که مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی و در روابط بین الملل یکسان است، در حالی که چنین نیست زیرا بسیاری از مقررات داخلی ما، چون اهلیت و ارث از قوانین امری و مربوط به نظم عمومی است و قابل تخطی توسط افراد و یا با توافق یکدیگر نیست.

لذا اگر مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی و روابط بین الملل یکسان باشد، جایی برای اجرای قوانین خارجی باقی نمی ماند (نصیری، ۱۳۷۶: ۱۸۷). با همین رویکرد و نگاه امره بودن نظم عمومی، یکی از اساتید حقوق معتقد است که، نظم عمومی داخلی در هر کشوری عبارت است از مجموعه قواعد امره حاکم در آن کشور که در قوانین امری و اخلاق حسنه آن اجتماع وجود دارد (صفایی، ۱۳۸۲: ۵۱).

۲-۲-۳ نظم عمومی در روابط بین المللی

واقعیت این است که بسیاری از قواعد اجباری و مفاهیم نظم عمومی ملی بر اساس ملاحظات صرفاً داخلی مقرر گردیده است و اعمال آنها در روابط بین المللی و از جمله در داوری ها تجاری بین المللی ضرورتی ندارد، به همین خاطر گفته شده است که، نظم عمومی یکی از مهمترین و در عین حال جنجال برانگیزترین موجبات اعتراض و عدم شناسایی و اجرای آرای داوری بین المللی است (Kreindler, 1997, p.13). لذا باید بین نظم عمومی صرفاً داخلی و نظم عمومی بین المللی هر کشور تمایز قائل گردید (Lalive pierre, 1986, p. 257). نظم عمومی در روابط بین المللی از چالش های مهم اجرای آرای داوری بین المللی است و به دو نوع نظم عمومی بین الملل خصوصی و نظم عمومی بین الملل عمومی تقسیم می گردند. در حقوق بین الملل خصوصی نظم عمومی که به عنوان نظم عمومی بین المللی به عبارت صحیح تر به عنوان نظم عمومی در روابط بین الملل شناخته می شود دادرس را قادر می سازد که از اعمال قانون خارجی وقتی که مفاهیم اجتماعی و حقوقی اساسی موجود در نظام حقوقی را نقض می کند امتناع کند. تفاوت نظم عمومی داخلی از نظم عمومی بین المللی دقیقاً ناشی از هدف و وظیفه کاملاً متفاوت نظم عمومی در حقوق داخلی و حقوق بین الملل خصوصی است. نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی در حقیقت یک نظم عمومی ملی است که از کشوری به کشور دیگر وارد می شود و قاضی رسیدگی کننده به موضوع اجرای آرای داوری خارجی، معمولاً به مصادیق موجود در حقوق ملی مراجعه می نماید ولی نظم عمومی در حقوق بین الملل عمومی، معمولاً اصول و قواعد کلی است که برای جامعه بین المللی

۵ ماده ۹۷۵ قانون مدنی: محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قرارداد های خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود، به موقع اجراء گذارد، اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

از اهمیت زیادی برخوردار است. تا آنجا که هر عملی خلاف آن فاقد اعتبار لازم است. این اصول و قواعد نوعاً در اسناد مهم بین‌المللی مانند منشور سازمان ملل متحد تصریح گردیده و در کلیه تصمیمات مد نظر قرار خواهد گرفت. مانند اصل منع توسل به زور و خشونت و یا رعایت حقوق بشر و یا سایر قواعد انتظامی که در زمره نظم عمومی به حساب می‌آیند. قواعد انتظامی قوانینی است که رعایت آنها برای حفظ سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی هر کشوری لازم است. این قواعد می‌توانند مقررات ارزی و محدودیت های گمرکی و مالیاتی باشند که جدا از قانون حاکم بر قرارداد تجاری بین‌المللی باید از سوی دادگاه لحاظ شود. البته موضوعاتی که تحت عنوان نظم عمومی بین‌المللی هر کشور قرار می‌گیرند محدودتر از مواردی هستند که تحت عنوان نظم عمومی ملی قرار می‌گیرند، به همین دلیل می‌توان گفت رابطه منطقی بین این دو نظم عمومی، عموم و خصوص مطلق است. به این معنی که هرچه که مخالف نظم عمومی بین‌المللی کشور است، لاجرم مخالف نظم عمومی ملی نیز هست، ولی هر چه مخالف نظم عمومی ملی است الزاماً مخالف نظم عمومی بین‌المللی آن کشور نیست و این خود کاشف از آن است که نظم عمومی بین‌المللی مفهوم و دایره‌ی محدودتری دارد (ایرانشاهی، ۱۳۹۳: ۱۷۷). علاوه بر مبانی مذکور در نظم عمومی بین‌المللی، «نقض اصول دادرسی منصفانه، که خود می‌تواند از مهم‌ترین مصادیق نظم عمومی باشد، در بسیاری از اسناد و منابع داخلی و بین‌المللی به عنوان معیار خاص و مستقل اعتراض به رأی داور بین‌المللی برشمرده شده است» (همان: ۱۱۵). این اصول معمولاً شامل حقوق یکسان برای طرفین دعوا چون، داشتن فرصت و امکان مناسب جهت طرح دعوا و بیان اختلافات و نیز دفاعیات طرف مقابل و رفتار منصفانه و غیر تبعیض آمیز داور و یا داشتن حق وکیل می‌باشد. البته این مفهوم داور منصفانه چون از مفاهیم حقوقی انتزاعی است، لذا دامنه و مصادیق آن کاملاً شفاف و دقیق نبوده، لاجرم باید به منابع قانونی مراجعه نموده و یا از رویه‌ی قضائی کمک گرفت. معذک نویسندگان حقوقی جهت ایضاح موضوع، مصادیقی را تعیین و تبیین نموده‌اند. یکی از مصادیق بارز آن ابلاغ مناسب است. باید گفت که رسیدگی داور ترافعی بوده و لازم است تمام روند و فرایند داور من جمله ارسال درخواست و یا دادخواست اولیه داور و ضمایم و اوقات رسیدگی و یا لوائح طرفین و نیز اوقات و محل داور و هر گونه اقدامی که نیاز به دفاع از سوی طرف مقابل است، باید ابلاغ مناسب به عمل آید. همچنین باید ابلاغ به نحوی انجام پذیرد که فرصت مناسب جهت دفاع و یا امکان حضور در جلسات در نظر گرفته شود. علاوه بر ابلاغ منظم یکی از لوازم دادرسی منصفانه رعایت فرصت کافی و مناسب و استفاده از امکان دفاع است به طوری که گفته‌اند، دادرسی منصفانه متضمن این معنی است و به عنوان قلب امور شکلی داور توصیه گردیده است (Caron, 2006, p.445). یکی دیگر از مصادیق دادرسی منصفانه، استقلال و بی‌طرفی داوران است که از اصول اساسی داور بین‌المللی و نیز مصادیق نظم عمومی است که از شرایط اساسی مربوط به ترکیب و تشکیل دیوان داور است. نویسندگان حقوقی، بی‌طرفی و استقلال داور را دو مفهوم متمایز از هم دانسته و گفته‌اند، «در مجموع به نظر می‌رسد که استقلال داور به واقعیات عینی و موقعیت و نوع روابط قبلی یا فعلی داور با هر یک از آن‌ها، به ویژه از لحاظ اقتصادی است، به نحوی که طرفین هیچ‌گونه نفوذ پذیری بر داور نداشته باشند، در حالی که بی‌طرفی داور بیشتر به دیدگاه شخصی داور و موضع ذهنی او در خصوص طرفین، موضوع و سایر اشخاص و یا موضوعات مرتبط با داور باشد و استعمال آن در ادبیات حقوقی رایج تر و فراگیر تر از استقلال داور می‌باشد» (Van den Berg, 1981, p.377). هر چند که گفته‌اند به طور معمول فقط سرداور که معمولاً توسط طرفین دعوا انتخاب نمی‌گردد، مستقل و بی‌طرف عمل می‌نماید (Redfern, 2015, p.210). اصول دادرسی منصفانه معمولاً تحت سرفصل نظم عمومی در نظام های حقوقی قرار گرفته

است. در کشور ما نیز رعایت این اصول دادرسی در قانون تجاری بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است.^۷ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک^۸ و نیز ماده ۱۸ قانون نمونه صراحتاً این اصول را مورد تأیید و حمایت قرار داده است.^۹

به هر تقدیر قدر مسلم این که نظم عمومی بین‌المللی هر کشور در مقابل اعمال قانون، حکم، قرارداد یا رأی داوری متعارض با آن به شمار می‌رود (Engle, 2002, p.342). مع الوصف به نظر می‌رسد که از اوایل قرن بیست و یکم برخی از نویسندگان خواسته‌اند تا «نوع دیگری از نظم عمومی یعنی نظم عمومی فراملی به تعبیر خودشان نظم عمومی صحیح، نظم عمومی اصیل و یا نظم عمومی فوق ملی را به رسمیت بشناسانند» (ایران‌شاهی، ۱۳۹۳: ۱۸۱).

قواعد نظم عمومی بین‌المللی شامل قواعد اساسی حقوق طبیعی، اصول عدالت جهانی، قواعد آمره بین‌المللی و اصول کلی اخلاقی است (Van den Berg, 1981, p.361). «قواعد آمره، قواعد برتری هستند که در رأس همه قواعد قرار دارند. به همین جهت رعایت آن بر همه لازم الاجراست، زیرا که بیانگر منفعت مشترک برای جامعه جهانی است و همه اعضاء بین‌المللی در این خصوص ذی‌نفع تلقی می‌شوند» (موسی‌زاده، ۱۳۸۲: ۱۹۴). عهدنامه ۱۹۶۹ وین هم در زمینه حقوق معاهدات و در تعریف قاعده آمره مقرر می‌دارد، «معاهده ای که در زمان انعقاد با یک قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام در تعارض باشد، باطل است. قاعده آمره قاعده‌ای است که از سوی جامعه بین‌الملل به عنوان قاعده تخلف ناپذیر شناخته شده است»^{۱۰}. در حال حاضر مصادیق قواعد آمره بین‌المللی مانند اصل وفای به عهد، اصل حسن نیت، اصل حق ملت‌ها بر تعیین سرنوشت خود و اصل احترام به حاکمیت و استقلال و تمامیت ارضی کشورها و اصول شناخته شده مصادیق قواعد آمره بین‌المللی است.

11

مضافاً اینکه تفاوت نظم عمومی فراملی در حقوق بین‌الملل عمومی با نظم عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی در این است که نظم عمومی فراملی مختص یک کشور خاصی نبوده و ناشی از قانون ملی نمی‌باشد، بلکه در اصول کلی حقوقی و عرف فراملی شناخته و تعریف می‌گردد، در حالی که نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی ناشی از قواعد ملی یک کشور بوده و محاکم بیشتر رغبت به اجرای قانون نظم عمومی ملی (قانون مقرر خود) را دارند. مثلاً در موضوع پرونده شرکت ELF و Aquitaine علیه شرکت ملی نفت ایران می‌توان مشاهده نمود که مرجع داوری چنین رأی داده است که، «هرچند خواننده ایرانی مدعی است که شرط مندرج در قرارداد مبتنی بر ارجاع اختلاف به داوری به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران نادرست است، اما نظم عمومی فراملی اقتضاء دارد که هرگاه طرف قرارداد به شرط داوری مندرج در آن اعتماد کرده است، طرف دیگر نمی‌تواند به مقررات آمره داخلی کشور خود استناد کرده و شرط را باطل بداند» (اخلاقی، ۱۳۸۳: ۳۱۱-۳۱۰).

البته برخی از حقوقدانان نظم عمومی بین‌المللی را نظم عمومی فراملی عنوان نموده‌اند و برخی حقوقدانان آن را یک نظم فرامرزی قلمداد کرده و آن را حقوق تجاری فراملی نیز نام نهاده‌اند.

همچنین اضافه می‌نماید که یکی از نویسندگان حقوقی ایران، نظم عمومی فراملی را ناشناخته دانسته و می‌گوید «مهم این است که بدانیم این حوزه خارج از مرزهای حقوق داخلی و یا ملی بوده و مادامی است که حکومت قانون ملی نفی شود» (موحد، ۱۳۶۸: ۲۷۳-۲۷۲). همچنین برخی دیگر آن را تقریباً از اساس و پایه انکار گردیده و گفته‌اند، «در مجموع می‌توان بر این اعتقاد بود که امروزه چیزی که با قاطعیت بتوان آن را نظم عمومی فراملی نام نهاد وجود ندارد و پذیرش وجود یک نظام حقوقی همچون «لکس مرکاتوریا» بسیار دشوار است» (ایران‌شاهی، ۱۳۹۳: ۱۸۵). نظر به مراتب فوق نظم عمومی در حقوق داخلی بعلت تصریح در بسیاری

۶ ماده ۱۸ قانون داوری تجاری بین‌المللی سال ۱۳۷۶ مقرر می‌دارد، «رفتار با طرفین باید به نحو مسالوی باشد و به هر کدام از آن‌ها فرصت کافی برای طرح ادعا و یا دفاع و ارائه دلایل داده شود». در شق «ج» و «د» بند (۱) ماده ۳۲ قانون مذکور نیز ضمانت عدم رعایت مصادیق دادرسی منصفانه، درخواست ابطال رأی داور پیش‌بینی شده است.
۷ Article V-1. (B) of the Arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case
۸ The parties and each party shall be given a full opportunities of presenting his case.

۹ ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین درباره حقوق معاهدات

1 Lex Mercatoria

از مصادیق نظم عمومی برای دادرس چندان دشوار نبوده و در صورت مغایرت رأی داوری با مقررات آمره حقوق داخلی تبعاً قابل اجراء نخواهد بود، لیکن نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی بیشتر در چارچوب اصول کلی حقوقی و عرف فراملی قرار گرفته و لازم است در اجرای آرای داوری خارجی تفسیر مضیقی از نظم عمومی ارائه نموده که معمولاً در اسناد مهم بین‌المللی و عرف جهانی تعریف و ارزیابی می‌گردند. در خاتمه اضافه می‌نماید که، «در اغلب کشورها به ویژه کشور های قانون نمونه، دادگاه‌ها اصرار دارند که مفهوم مذکور (نظم عمومی) به صورت مضیق تفسیر شوند» (Krol, 2006, p.125).

۴- مخالفت با اخلاق حسنه

در اکثر متون قانونی ما در کنار نظم عمومی به عنوان مهمترین مانع اجرای آرای داوری، اخلاق حسنه نیز قید گردیده است. مثلاً در ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی آمده است که، «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی و یا اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». سابقاً نیز مفاد این ماده عیناً در قانون اصول محاکمات حقوقی آمده بود. منظور از اخلاق حسنه قواعدی است که در اخلاق مقرر است و متعاقدين یا طرفین داوری بر خلاف آن نمی‌توانند توافق نمایند. البته به نظر می‌رسد که قواعد اخلاق حسنه در بطن نظم عمومی مستتر بوده و نیازی به ذکر آن نمی‌نمود. درباره ارتباط میان این دو مفهوم بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از ایشان با این استدلال که نظم عمومی مربوط به متون قوانین موضوعه ولی اخلاق حسنه مربوط به قواعد خارج از متن قانون است، این دو مفهوم را مستقل از هم دانسته‌اند (ایرانشاهی، ۱۳۹۳: ۱۸۶). برخی از حقوقدانان هم با آنکه قواعد اخلاق حسنه را برخلاف نظم عمومی در قوانین مکتوب نمی‌دانند ولی اخلاق حسنه را جزء نظم عمومی دانسته و قائل به نسبت عموم و خصوص مطلق بین آن دو می‌باشند. و برخی دیگر معتقدند اخلاق حسنه را نباید در برابر نظم عمومی قراردادده بلکه نظم عمومی مافوق حقوق و اخلاق است (احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۱۲۴-۱۲۲). در خاتمه اشعار می‌دارد که اخلاق حسنه در واقع همان قواعد و اصول اخلاقی است که مبنای قوانین قرار گرفته و برخی گفته‌اند که، «اخلاق حسنه در هر قومی ترکیبی از رسوم اجتماعی و تعالیم مذهبی و باورهای عقلی است که وجدان عمومی را تشکیل می‌دهد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۴-۱۸۳). بنابراین قاضی و یا دادرس دادگاه در بررسی رأی داوری (مخالف اخلاق حسنه) باید مانع از تجاوز به حریم اخلاق حسنه گردیده و از به رسمیت شناختن (شناسایی) و اجرای آن جلوگیری نماید. نظر به مراتب اخلاق حسنه شامل یک سری موازین نهادینه شده است که ریشه در اعتقادات مردم دارد. مثلاً چاپ و انتشار عکس‌های مستهجن و یا دایر نمودن مراکز فساد که مخالف اخلاق حسنه است. همچنین در خصوص رابطه نظم عمومی با اخلاق حسنه گفته‌اند، منظور از مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه یعنی رأی صادره حاوی مواردی است و یا متکی به اصول و روشی صادر شده که نظم عمومی کشور ایران را مختل می‌کند و یا بر خلاف اخلاق حسنه است. فرض کنید که رأیی از طریق ارتشاء به دست آمده است، اجرای این رأی در ایران مخالف نظم عمومی کشور و همچنین اخلاق حسنه است. همچنین اگر در رسیدگی فرصت برابر به طرفین جهت طرح مسائل خود داده نشده باشد، یا رسیدگی به صورت مغرضانه و جانبدارانه برگزار شده باشد، در این موارد نیز رأی صادره بر خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه خواهد بود» (شیروی، ۱۳۹۲: ۳۰۵). به هر حال به نظر می‌رسد که قید اضافی اخلاق حسنه، منضم به نظم عمومی احتیاط اضافی قانون گذار بوده و با توجه عدم امکان تعریف دقیق این عبارت و به لحاظ کثرت و یا غیر محصور بودن قلمرو آن و نیز اعم بودن عبارت نظم عمومی و در واقع پوشش دادن اخلاق حسنه، و نیز همراهی با مقررات بین‌المللی نیاز و ضرورتی به انضمام اخلاق حسنه با نظم عمومی وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

مهمترین امتیاز و دستاورد حقوق داوری که آن را از سایر روش‌های حل اختلاف و فصل خصومت از قبیل مذاکره، سازش و آشتی، میانجیگری، کارشناسی و خصوصاً رسیدگی قضایی ممتاز می‌سازد، قطعاً اصل قطعیت و لازم الاجراء و لازم الاتباع بودن آراء و یا

احکام داورى است. اکثر حقوقدانان و متخصصین حقوق داورى، داورى را به عنوان «قضاوت خصوصى» و در مقابل دادرسى دولتى و يا قضاوت محاکم قضايى قلمداد نموده و آن را بدیل و جایگزین مناسب رسیدگی قضايى دانسته اند که به نظر می رسد تعبیر رسايى نبوده بلکه قضاوت نیز خود نوعى داورى بوده و میان آنها رابطه منطقی «عموم و خصوص من وجه» حاکم است، چه از نظر تاريخى، نهاد داورى مقدم بر سیستم قضايى و محاکم بوده و دلیل آن نیز روشن است، زیرا محاکم قضايى يکى از سازمان ها و ارگانهاى اجتماعى است که در جوامع بشرى و پس از تشکیل دولت ها بوجود آمده اند و از منظر حقوقى تفاوتى بين رأى داور و رأى قاضى وجود ندارد. با عنایت به فلسفه جعل داورى در قانون، رأى که داور با مدنظر قرارداد اصول داورى از جمله موجه و مدلل بودن و يا عدم مخالفت با قوانين موجد حق صادر می نماید، بدون تردید از اعتبار امر مختوم برخوردار است. امروزه داورى فقط به عنوان ابزار و ساز و کار و راه و روشى جهت حل و فصل اختلافات نیست، بلکه حوزه تحت پوشش آن فراتر از حل و فصل اختلافات و در تمام سطوح اجتماعى، سياسى، فرهنگى، ورزشى و ساير حوزه هاى کاربردى است. به طورى که در فستیوال هاى ورزشى و فرهنگى و هنرى داوران برای انتخاب اصلح و تعیین افراد برتر و بهتر ارزیابى و اظهار نظر می نمایند. از ديگر خصوصيات حقوق داورى نوین رشد و توسعه و بالندگى و ایجاد موسسات و سازمان هاى فعال داورى در سطوح ملى کشورها و نیز در سطح روابط تجارى و بين‌المللى است. آراى داورى اينگونه موسسات و مراکز داورى نسبت به داورى هاى موردى و يا فردى به جهت دارا بودن قواعد و مقررات، سازمان یافته تر و از اتقان و جامعيت و اعتبار بيشتري برخوردار است. نتیجه نهايى فرایند داورى، تصميمى است که مرجع داورى اتخاذ می نماید و در آن موضوع و يا موضوعات اختلافى مطروحه به طور قطعى حل و فصل گردیده و به صورت حکم داورى انشاء می گردد.

13

علیرغم اینکه اصل بر قطعى بودن آراى داورى است و هيچ چیز مانع از شناسايى و اجراى آن نبوده و آراى داخلى حسب مقررات قانون اجراى احکام مدنى و قانون اجراى محکوميت هاى مالى مصوب ۱۳۹۴ و آراى داورى خارجى حسب مقررات کنوانسيون ۱۹۵۸ نيويورک به موقع اجراء گذاشته خواهد شد؛ با اين حال ممکن است رأى صادره با اصول و مقررات حاکم بر داورى مخالفت آشکار داشته و موجب تضییع حقوق يکى از طرفین گردیده و در مواردى چون خطا و اشتباه بين داورى و يا کشف فسادى از قبيل رشاء و ارتشاء و فساد داور و يا تحصيل رأى داورى از طريق حيله و تقلب بايد حق اعتراض را در موارد محدود و معينى تجویز نموده و جهت برقرارى موازنه منصفانه و عادلانه و ایجاد عدالت که از مهم ترين آرمان هاى دينى و آمال اجتماعى بشرى است، امکان طرح اعتراض و احقاق حق وجود داشته و مغايرتى با اصل مزبور نخواهد داشت.

منابع

احمدى و استانى، عبد الغنى (۱۳۴۱)، نظم عمومى در حقوق خصوصى، انتشارات روزنامه رسمى اخلاقى، بهروز (۱۳۸۳)، تقریرات حقوق تجارت بين‌المللى مقطع دکترى، دانشکده حقوق دانشگاه تهران
امير معزى، احمد (۱۳۹۵)، داورى بازرگانى بين‌المللى، تهران: انتشارات نشر دادگستر
ايرانشاهى، عليرضا (۱۳۹۳)، اعتراض به رأى داورى در داورى هاى تجارى بين‌المللى، تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش هاى حقوقى

جنيدى، لعيا (۱۳۹۲)، اجراى آراى داورى بازرگانى، تهران: انتشارات شهر دانش
جوليان دى ام ليو، لوکاس ميستلس و استفان ام کرول (۱۳۹۱)، داورى تجارى بين‌المللى تطبيقى، يا ترجمه دکتر محمد حبيبي
مجنده، انتشارات دانشگاه مفيد، ص ۷۲۲

خدابخشى، عبدالله (۱۳۹۵)، موانع اقتصادى حق دادخواهى در مرجع داورى، فصلنامه‌ى دانش حقوق اقتصادى، دوره ۲۳،

ش. ۱۰

- زراعت، عباس(۱۳۸۱)، محشی قانون آئین دادرسی مدنی، تهران: انتشارات ققنوس
- شهبابی، مصطفی(۱۳۷۰)، داوری و قانون اساسی، تهران: انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین المللی
- شیروی، عبد الحسین(۱۳۹۲)، داوری تجاری بین المللی، تهران: انتشارات سمت
- صفایی، سید حسین(۱۳۸۲)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله(۱۳۷۶)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات نشر دادگستر
- علی دادی ده کهنه، علی؛ جوهری، ابوذر(۱۳۹۸)، حقوق داوری کاربردی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه
- فلسفی، هدایت الله(۱۳۷۹)، حقوق بین المللی معاهدات، تهران: انتشارات فرهنگ نشر نو
- کاتوزیان، ناصر(۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار
- موحد، محمد علی(۱۳۶۸)، درس هایی از داوری های نفتی، قانون حاکم، تهران: انتشارات کارنامه
- موسی زاده، رضا(۱۳۸۲)، سازمان های بین المللی، تهران: نشر میزان
- نصیری، محمد(۱۳۷۶)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: انتشارات آگاه
- نیک بخت، حمید رضا(۱۳۷۹)، کارگاه آموزشی داوری تجاری بین المللی، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۲۹-۳۰
- نیک بخت، حمید رضا(۱۳۹۱)، شناسایی و اجرای آرای داوری ها در ایران، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی

- Caron ,David D. and Caplan, Lee M Pelonpa, Matti “The Uncitral Arbitration Rules”, Oxford University Press, 2006
- Denis loyd,public policy (comparative study in English) university of London,The athlone press, 1953
- Kreindler Richard H., “particularities of International financial Arbitration In The context of Challenges to Arbitral Awards” year book of International financial and economic Law, 1997
- Kroll, Stefan M., “setting aside proceeding in Model Law jurisdictions” International Arbitration law Review, 2006
- Lalive pierre, “transnational or CTrouly International public policy International Arbitration” in comparative Arbitration practice and public policy in Arbitration, Kluwer law and taxation publisher, 1986
- Rachel engle, “party autonomy in Internatinal Arbitration; where uniformity gives way to Predictability”, transnationality lawyer. Vol.15, 2002
- Redfern, Alan. Hunter, j. Martin. International Arbitration. Sixth Edition Oxford University, press. 2015
- Sander, p.” Trends in the Field of International commercial Arbitration”, Recueil des cours, 1975
- van den Berg. Albert Jan, The NewYork Arbitration convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation (Kluwer, 1981)