

نظم عمومي و حقوق قابل اجرا در ماهيت دعوي در داوري بين المللي*

ايودرن
YVES DERAINS
ترجمه و تلخيص:
دکتر محمد اشتری

مقدمه

1- در مفهوم حقوق داخلي، مقصود از نظم عمومي، قواعدي است که طرفين دعوي نمي‌توانند از آنها تخطي نمايند.¹ از نظر حقوق بين الملل خصوصي، نظم عمومي که

*. اين مقاله در ارتباط با گزارشي است که مؤلف در مه 1986 به کنگره نيويورک ارائه نموده است. [کنگره نيويورک هشتمين کنگره داوري بين المللي بود که توسط شوراي بين المللي داوري بازرگاني (I.C.C.A) و در ماه مه 1986 در نيورک برگزار گرديد. در اين کنگره به غير از مؤلف، حقوقدانان مشهوري از جمله پروفيسور لاليو شرکت داشتند و گزارشهاي در زمينه موضوعات مختلف داوري بين المللي ارائه نمودند. نويسنده مقاله حاضر، در آن موقع دبیرکل ديوان داوري اتاق بازرگاني بين المللي (I.C.C) بوده است. - «م»]

1. مثلاً ماده 6 قانون مدني فرانسه: «قراردادهاي خصوصي نمي‌تواند با قوانين مربوط به نظم عمومي و اخلاق حسنه مغاير باشد.» [در ايران نيز طبق ماده 10 قانون مدني «قراردادهاي خصوصي نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتیکه مخالف صريح قانون نباشد، نافذ است.» همچنين رک. به ماده 1295 بند ثالثاً و ماده 975 همان قانون. - «م»]

نظم عمومي و حقوق قابل اجرا... ❖ 167

نظر عمومی بین‌المللی نیز نامیده می‌شود، به قاضی اجازه می‌دهد از اجرای قانون صالح خارجی - در صورتیکه این قانون با مفاهیم و برداشتهای اجتماعی یا حقوقی که از نظر سیستم حقوقی متبوع قاضی، اساسی تلقی می‌شود در تضاد باشد - خودداری نماید.² به این جهت آن را «نظم عمومی پردکننده»³ نیز گفته‌اند. در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهومی به نام «قوانین مربوط به نظم عمومی» نیز وجود دارد که به‌طور صحیح‌تر به اسم «قوانین مربوط به انتظامات»⁴ و یا «قوانینی که باید فوراً اجرا شوند»⁵، شناخته شده است. اینها همان قوانینی هستند که رعایت آنها برای

2. Cf. H. Batiffol et Paul Lagarde: Droit international privé, T.I. n^o. 354.

3. Ordre public d'éviction.

4. lois de police: قوانین مربوط به انتظامات خود از جمله مصادیق نظم عمومی است، ولی در این مقاله به تفکیک مورد بررسی قرار گرفته است. بطور کلی منظور از این قبیل قوانین، مقرراتی است که در مورد کلیه سکنة یک کشور صرفنظر از تابعیت آنها اجرا می‌شود از قبیل قوانین کیفری، قوانین مالیاتی، قوانین پولی و مالی و قوانین مربوط به حوادث ناشی از کار در مواردی که قرارداد کار مشمول قانون خارجی است و... در زبان انگلیسی آن را mandatory rules نیز گفته‌اند. - «م»

5. Lois d'application immédiate.

نگهداري سازمان سياسي، اجتماعي و اقتصادي کشور لازم است.⁶

2- ترديدي نيست که نظم عمومي با اين معاني مختلف مي‌تواند در تصميمات و راه‌حلهائي که توسط داور بين‌المللي در مورد ماهيت دعوي ارائه مي‌شود اثر بگذارد. اينک به ذکر چند مثال که همگي از دعاوي مطروحه در داوري بين‌المللي به دست آمده‌اند، مي‌پردازيم.

الف - قرارداد بين يك مؤسسه کشتي سازي نروژي و يك خريدار کشتي تبعه کشور پرو به منظور فروش يك فروند کشتي منعقد مي‌شود. قرارداد تابع حقوق فرانسه است و براي حل و فصل اختلافات داوري در پاریس را پيش‌بيني مي‌کند. قرارداد متضمن شرطي است که مسئوليت فروشنده در قبال عيوب مخفي کشتي را به مدت يك سال از تاريخ تحويل کشتي محدود مي‌سازد. مطابق رويه قضايي فرانسه، در مواردی که فروشنده يك فرد متخصص و حرفه‌اي باشد (مثل مورد حاضر)، چنين شرط تحديد مسئوليتي باطل است. سؤال اين است که آیا داوران

6. Cf. ph. Francescakis: Rép. Dalloz dr. int., V. Conflits de lois, principes generaux n^o. 124 et n^o. 137.

می‌باید براساس قوانین فرانسه چنین شرطی را باطل اعلام کنند و یا برعکس، به این دلیل که در داوری، اراده طرفین قرارداد باید بر قانون حاکم بر قرارداد مقدم داشته شود، شرط مزبور را معتبر بشناسند؟

ب - يك بانك سويسی، وامي به دلار امريكا به يك شركت پرتغالی می‌دهد. قرارداد و ام مشمول حقوق انگلیس است و برای حل و فصل اختلافات، داوری در زوریخ را پیش‌بینی می‌کند. شركت پرتغالی از بازپرداخت وام دریافتی، با این ادعا که از مقامات نظارت بر ارز پرتغال اجازه لازم برای انتقال ارز را دریافت نکرده است، خودداری می‌کند. آیا داوران باید و یا می‌توانند قانون مربوط به انتظامات کشور پرتغال را که از طرف وام‌گیرنده به آن استناد شده است، مورد توجه قرار دهند در حالی که قرارداد مشمول حقوق انگلیس می‌باشد؟

ج - دو مؤسسه ایتالیایی و آلمانی قراردادی امضاء می‌کنند که مشمول حقوق سویس است و شهر ژنو را به عنوان حل داوری تعیین می‌کنند. این قرارداد مغایر

با مقررات رقابت موضوع معاهده رم می‌باشد که بین کشورهای جامعه اقتصادی اروپا امضاء شده است؛ در حالیکه مطابق حقو هر دو کشور آلمان و ایتالیا، معاهده مذکور جزو قوانین مربوط به انتظامات آن دو تلقی می‌شود. در چنین وضعیتی تکلیف داوران چیست؟

3- در مثالهایی که ذکر شد، نظم عمومی با دو عنوان مختلف می‌تواند در ماهیت دعوی مؤثر باشد:

(1) به عنوان نظم عمومی داخلی، مقرر در قانون حاکم بر قرارداد (مثال اول)،
(2) به عنوان قانون مربوط به انتظامات (مثالهای دوم و سوم).

بخشهای دوم و سوم این گزارش، بر محور همین تقسیم‌بندی تنظیم شده است. فرض نظم عمومی طرد کننده، مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است؛ زیرا این موضوع بیشتر به نظم عمومی واقعاً بین‌المللی که موضوع گزارش پروفیسور لالیو می‌باشد، مربوط می‌گردد.⁷

7. مقاله پروفیسور لالیو تحت عنوان «نظم عمومی فراملی یا واقعاً بین‌المللی و داور بین‌المللی» (Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international) به کنگره نیویورک ارائه شده است. - «م»

البته لازم است ابتدا و در بخش اول این گزارش، بطور خیلی مختصر به موقعیت داور بازرگانی بین‌المللی، که باید «حقوق قابل اجرا»⁸ در ماهیت دعوی را تعیین کند، اشاره کنیم.⁹

8. منظور از حقوق قابل اجرا همان حقوقی است که در ماهیت دعوی - اعم از شرایط صحت قرارداد، آثار قرارداد و سایر موضوعات مرتبط با اجرا و تفسیر قرارداد - مورد اختلاف می‌باشد و اصطلاحاً «قانون حاکم» نیز گفته می‌شود؛ ولی استعمال عبارت «حقوق قابل اجرا» به جای «قانون حاکم»، دقیق‌تر است، زیرا «قانون حاکم» اخص از «حقوق قابل اجرا» است. - «م».

9. La question n'est traitée ici que pour faciliter la compréhension des problèmes propres à l'ordre public. Pour un exposé plus complet du problème on peut se reporter notamment à J.D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, éd. Oceana; B. Goldman: "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé": cours de La Haye, t. CIX, 1963, II, p. 347 et s.; P.Lalive: "Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", *Rev. arb.*, 1976, p. 155; Y. Derains: "Possible conflict of laws and the Rules applicable to the substance of the dispute", *I.C.C.A. congress series*, n^o. 2, p. 169; Y. Derains: "Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985.

1- داور بین‌المللی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی

4- مشخصه اصلی موقعیت داور بین‌المللی که باید حقوق قابل اجرا بر ماهیت دعوی را تعیین کند، همانا آزادی و تشخیص او در تعیین حقوق قابل اجرا است (الف). داور با به کار گرفتن این آزادی است که به انتظار مشروع طرفین دعوی از او، پاسخ می‌دهد (ب).

الف - آزادی داور

5- آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی، غالباً به صورت ضمنی است. آزادی مذکور از آنجا ناشی می‌شود که وقتی به منظور شناسایی و اجرای یک رأی داور از دادگاه درخواست اجرای قهری حکم می‌شود، معمولاً و مطابق آنچه از مطالعه حقوق تطبیقی به دست می‌آید¹⁰، نظارت دادگاه رسیدگی کننده به این درخواست، ناظر به این نیست که کدام قاعده حقوقی در ماهیت دعوی قابل اجرا

10. Cf. Ph. Fouchard: L'arbitrage commercial international n° 562. C'est que l'application d'une loi incompétente selon la règle de conflit du juge de l'exequatur s'analyse comme une erreur de droit que seule une révision au fond, aujourd'hui partout exclue, permettrait de sanctionner.

بوده است. البته ممکن است مضمون و محتوای حقوقی که بوسیله داور به مورد اجرا گذاشته شده، با نظم عمومی بین‌المللی کشوری که اجرای حکم داور از محاکم آن درخواست شده است، تعارض داشته باشد و همین ناسازگاری موجب رد درخواست اجرای حکم داور گردد؛ ولی در این مثال، صرف انتخاب حقوق حاکم بوجود آورنده چنین وضعی نیست، بلکه راه‌حلیها و قواعد ماهوی آن است که این مشکل را پدید می‌آورد. مثلاً حکم مبنی بر محکومیت یکی از متعاملین به پرداخت بهره، در عربستان سعودی قابلیت اجرا ندارد. مهم نیست که این حکم به استناد حقوق آلمان، حقوق انگلیس، حقوق فرانسه و یا حقوق هر کشور دیگر صادر شده باشد، بلکه این واقعیت که حکم صادره راه حلی مغایر با مفهومی که حقوق اسلام از نظر عمومی می‌شناسد به موقع اجرا می‌گذارد، علت رد تقاضای اجرای حکم محسوب می‌شود. در این قبیل موارد، اساساً ترجیح در انتخاب حقوق یک کشور نسبت به حقوق کشور دیگر، مطرح نیست.

6- کنوانسیون 10 ژوئن 1985 نیویورک راجع به شناسایی و اجرای احکام داور خارجی نیز به طور ضمنی آزادی داور در این زمینه را تأیید می‌کند. کنوانسیون یاد شده در ماده 5 ضمن شمارش موارد رد درخواست اجرای احکام صادره، موضوع حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را کاملاً مسکوت گذاشته است.

7- متون قانونی جدیدتر، آزادی داور در این زمینه را به طور صریح قبول کرده‌اند. در ابتدا می‌توان از کنوانسیون 21 آوریل 1961 ژنو در مورد داور بازرگانی بین‌المللی، نام برد که ماده (1) 7 آن به شرح زیر است:

«طرفین قرارداد، در انتخاب حقوقی که داوران باید در ماهیت دعوی اجرا کنند، آزادند. در صورت فقدان چنین انتخابی، داوران قانون مناسب را که بر اساس قاعده تعارض قوانینی که به عقیده آنها در دعوی مطروحه قابل اعمال است، به مورد اجرا خواهند گذاشت. در هر دو مورد بالا داوران باید شروط قرارداد و رسوم بازرگانی را رعایت کنند.»

نظم عمومی و حقوق قابل اجرا... ❖ 175

قانون آیین دادرسی مدنی جدید
فرانسه که از سال 1981 دارای ماده 1496
شده است، چنین مقرر می‌دارد:

«داور، دعوی را مطابق قواعد حقوقی
منتخب متعاملین حل و فصل می‌کند. در
صورت فقدان چنین انتخابی، [حل و فصل
دعوی] طبق قواعدی خواهد بود که به
اعتقاد وی مناسب هستند. در کلیه
موارد، داور باید رسوم بازرگانی را
در نظر بگیرد.»

در ماده 12 قانون داور بین‌المللی
جیبوتی نیز مقررات مشابهی به شرح زیر
دیده می‌شود:

«متعاملین در انتخاب قواعد حقوقی که
داوران می‌باید در ماهیت دعوی اجرا
کنند، آزادند. در صورت عدم توافق آنها
در این مورد، داوران قواعد حقوقی را
که مناسب تشخیص می‌دهند، اجرا خواهند
کرد. در کلیه موارد، داوران مکلفند
شرایط قراردادی و رسوم بازرگانی را
مورد توجه قرار دهند.»

8 - بالآخره ماده 28 قانون نمونة داوري مصوب آنسيترال¹¹ (كميسيون ملل متحد راجع به حقوق تجارت بين الملل) كه در 21 ژوئن 1985 پذيرتفه شده، چنين مقرر مي دارد:

«(1) دادگاه داوري، طبق مقررات قانوني كه توسط طرفين راجع به ماهيت دعوي تعيين شده، در مورد اختلاف تصميم خواهد گرفت. انتخاب قانون يا يك سيستم حقيقي كشور مشخص با يد چنين تفسير شود كه به طور مستقيم ناظر به قوانين ماهوي آن كشور است، نه قواعد تعارض قوانين كشور مزبور، مگر اينكه طرفين خلاف آن را تصريح کرده باشند.

(2) در صورت عدم تعيين قانون حاكم توسط طرفين، دادگاه داوري، قانون تعيين شده به موجب قواعد تعارضي را كه خود قابل اجرا تشخيص دهد، اجرا خواهد كرد.

(3) دادگاه داوري در صورتي براساس عدالت و انصاف يا به صورت كدخدانمذني

11. براي ملاحظه متن انگليسي و فارسي قانون نمونة داوري، رك. به مجله حقوقي دفتر خدمات حقوقي بين المللي، شماره 4، زمستان 64 (اسناد بين المللي). - «م».

حکم خواهد داد که طرفین مصرحاً چنین
اختیاری به آن داده باشند.
(4) در کلیه موارد، دادگاه داور طبق
شرایط قرارداد تصمیم خواهد گرفت و
عرف تجاری حاکم بر معامله را مورد
نظر قرار خواهد داد.»

9- بنابراین آزادی داور در انتخاب
حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی توسط
نظامهای حقوق ملی و مهمترین
کنوانسیونهای بین‌المللی، به صورت ضمنی و
یا به طور صریح شناخته شده است. این
آزادی جز در مواقعی که قانون حاکم
بوسیله طرفین قرارداد انتخاب شده باشد
یا در مواردی که متعاملین، دعوای
احتمالی خود را تابع مقررات مؤسسات
داوری ملی قرارداده باشند. - به این
اعتبار که مؤسسات مذکور مثل مراکز
داوری کشورهای عضو شورای همکاریهای
متقابل اقتصادی (C.A.E.M.)¹² از داوران
میخواهند که از قواعد تعارض قوانین
کشور محل وقوع مؤسسه تبعیت نمایند - با
هیچ محذور و مانع واقعی مواجه نیست. در

12. Cf. J.D.M. Lew, *op. cit.*, n° 224.

همین زمینه لازم به تذکر است که مقررات داورى بین‌المللى نیز آزادى داور در تعیین حقوق قابل اجرا را تأیید می‌نماید که ذیلاً دو مثال آن آورده می‌شود:

– طبق ماده (3) 13 مقررات داورى اتاق بازرگانی بین‌المللى:

«طرفین در تعیین حقوقى که داور باید در ماهیت دعوى اجرا کند آزادند. در صورت عدم تعیین حقوق قابل اجرا بوسیله طرفین، داور قانونى را که براساس قاعده تعارضى که به نظر وي برای دعوى مطروحه مناسب است، تعیین شده، به مورد اجرا خواهد گذاشت.»

– طبق ماده (1) 33 مقررات داورى آنستیرال:

«دادگاه داورى، قانونى را که از سوي طرفین به عنوان قابل اجرا در ماهیت دعوى اعلام شده، اجرا می‌کند. در صورتیکه طرفین چنین تصریحی نکرده باشند، دادگاه داورى قانونى را اجرا می‌کند که براساس قاعده تعارض قوانین – که به نظر وي برای اجرا بر دعوى مطروحه مناسب است – تعیین می‌گردد.»

10– نتیجه آزادى داور در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوى، آن است که در

هر حال وي را از اجراي قاعده «قانون دادگاه»¹³ در مفهوم حقوق بين الملل خصوصي، معاف مي كند.¹⁴ از اين نظر، وضع داور با قاضي دادگاه دولتي در مواردی كه با يك مسئله مربوط به تعارض قوانين مواجه مي شود، بطور اساسي متفاوت است. از نظر داور بين المللي، حذف قاعده «قانون دادگاه»، حداقل دو نتيجه مهم در بر دارد:

نتيجه اول آن است كه براي داور، ديگر مفهوم قانون صالح بي معني مي شود؛ زيرا قانوني وجود ندارد كه داور، در بادي امر مكلف به اجراي آن باشد. البته اجراي قانون منتخب متعاملين، يك استثناء تلقي مي شود؛ زيرا نتيجه اجراي يك قاعده خاص داوري بين المللي است (آزادي طرفين در انتخاب قانون حاكم) و نه نتيجه دخالت و اجراي قانون مقرر دادگاه.

13. *Lex fori*.

14. Cf. notamment la sentence C.C.I. n° 1512 de 1971, Clunet, 1974, p. 904: Jurisprudencia arbitral de la Camara de comercio internacional, p. 87, Yearbook, 1980, p. 74, qui indique: "l'arbitre international ne dispose pas de lex fori à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflits d lois".

نتیجه دوم، که بویژه از طرف آقای ب. گولدمن تبیین شده، آن است¹⁵ که در داور بین‌المللی، قانون خارجی - به این معنی که جزو سیستم حقوقی مرجع رسیدگی به دعوی نباشد - وجود ندارد.¹⁶ تمام قوانین دولتی از نظر داور ارزش یکسان دارند و هیچ یک از آنها از وضع ممتازی برخوردار نیست. این مطلب نه تنها در مرحله اثبات مضمون و مفاد حقوق قابل اجرا، بلکه از حیث مطرح شدن و دخالت «نظم عمومی پردکننده» در عوای مطروحه نیز آثار مهمی دارد و در واقع داور را از آن دو خلاصی می‌بخشد. اصولاً داور بین‌الملل موظف به رعایت مفاهیم صرفاً ملی نیست.

11- در نبود سیستم تعارض قوانین از قبل تعیین شده و با نفي قانون صالح و قانون خارجی (به شرح فوق)، داوران بین‌المللی مکلفند بر اساس ملاحظات بی‌جز آنچه برای محاکم دولتی مطرح است، حقوق

15. Cf. B. Goldman, *op. cit.*, p. 443.

16. زیرا داور یا مؤسسات داور بین‌المللی تابع و جزو سیستم حقوقی محل داور نیستند و چون قانون خارجی در مقابل قانون دادگاه مطرح می‌شود، بنابراین با فقدان قانون دادگاه، از نظر داور، قانون خارجی نیز نمی‌تواند مصداق داشته باشد. - «م».

قابل اجرا در ماهیت دعوی را تعیین نمایند.

ب - انتظار مشروع طرفین قرارداد

12- بطوریکه گفته اند¹⁷ بجز موارد استثنایی که داوران تصمیم میگیرند خود را در چهارچوب سیستم ملی تعارض قوانین قرار دهند، اغلب اوقات حقوق قابل اجرا به سه طریق زیر تعیین میشود:

- (1) جمع سیستمهای تعارض قوانین مرتبط با دعوی؛
- (2) رجوع به اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی؛
- (3) روش مستقیم.

مطابق روش اول، داور هر یک از قواعد تعارض قوانین را که سیستمهای مختلف حقوق ملی مرتبط با دعوی ارائه میکنند مورد بررسی قرار میدهد. چنانچه قواعد مزبور که مفاد آنها تقریباً همیشه با یکدیگر متفاوت است، متمایل و منجر به اجرای قانون داخلی و احادی باشند، همان قانون از سوی داور قابل اجرا اعلام

17. Cf. p. Lalive, *op. cit.*, p. 180 et s.

خواهد شد.¹⁸ مطابق روش دوم، داور قاعده تعارض قوانینی را انتخاب می‌کند که در صحنه بین‌المللی مقبولیت عام دارد. بالاخره مطابق روش سوم، داور بدون اینکه مقید به اجرای سیدستم تعارض قوانین معینی باشد، با در نظر گرفتن ماهیت قرارداد و ویژگی‌های آن، مستقیماً نظر می‌دهد که قرارداد مشمول حقوق فلان کشور یا کشوری دیگر خواهد بود.

13- اغراق‌آمیز است اگر ادعا کنیم سه روش یاد شده در بالا، تنها روش‌هایی هستند که داوران می‌توانند بکار گیرند؛ ولی این روشها آن‌چنان رواج یافته‌اند که می‌توان گفت هر راه حل یا برداشت دیگری جذبه فرعی و جذبی خواهد داشت.¹⁹ بطور کلی، روش‌های مذکور به اجرای یک قانون ملی منتهی می‌گردد، ولی گاهی نیز موجب اجرای قواعد غیرملی می‌شود که به منظور سهولت مطلب، ما از آنها تحت

18. Pour plus de détails, cf. Y. Derains: "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige": Rev. arb., 1972. 93.

19. Cf. Y. Derains: "Possible conflict of laws...", p. 178, cf. note n^o4.

عنوان «حقوق جهانی بازرگانان»²⁰ نام می‌بریم.²¹

مع ذلك این روشها هر نتیجه‌ای داشته باشند، صرف نظر از تفاوت‌های آشکار بین آنها، دارای این وجه اشتراک هستند که به تعیین حقوقی منتهی می‌شوند که اجرای آن برای پاسخگویی به انتظار مشروع طرفین دعوی، بهتر است. این واقعیت را می‌توان در مواردی که روش اول (جمع سیستم‌های قواعد تعارض قوانین مرتبط با دعوی) و نیز روش دوم (رجوع به اصول کلی حقوق بین‌الملل خصوصی) اجرا می‌شوند، به‌طور روشن به چشم دید. دو روش مذکور، حقوقی را تعیین می‌کنند که جامعه متعلق به طرفین دعوی – که در روش اول، یک جامعه محدود و در روش دوم، جامعه بین‌المللی است – با اجرای آن هماهنگ

20. lex mercatoria: ضمناً چون این عبارت را به «حقوق بازرگانی فراملی» نیز ترجمه کرده‌اند، برای ملاحظه چند و چون حقوقی مذکور، بالاخص به‌عنوان قانون حاکم در داوریه‌های بازرگانی بین‌المللی، رک. به اول – لندو: «اجرای حقوق بازرگانی فراملی در داوریه‌های بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، شماره پنجم، بهار 65- «م».

21. Cf. B. Golman: "Frontières du droit et lex mercatoria", Archives de philosophie du droit, Paris, 1964: "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", Clunet, 1979, p. 475.

است. پاسخگویی به انتظار مشروع طرفین دعوی، حتی زمانی که داوران با اجرای روش مستقیم (روش سوم) حقوق قابل اجرا را تعیین می‌کنند نیز برآورده می‌شود. در این روش، داوران به تجزیه و تحلیل قرارداد می‌پردازند که محصول آن سرانجام به طرفین نشان می‌دهد که نمی‌توانند از داوران انتظار داشته باشند حقوقی جز آنچه نهایتاً انتخاب شده است، اجرا نمایند.

مبنای مشترک همه این روشها و طرز برخوردها عبارت است از فکر توجیه رأی و اینکه به طرفین دعوی نشان داده شود که تصمیم متخذه و بوسیله داوران، همان است که آنها الزاماً می‌باید از داوران منتخب خود انتظار داشته باشند. این مسئله از طرف آرتور تیلور بخوبی بیان شده است. او می‌گوید:

«طرز برخورد آنها (داوران) می‌تواند و باید بیشتر چنان باشد که طرفین انتظار یا تفاهم داشته‌اند، یا در

صورتیکه مسئله به خود آنان ارجاع
می‌شد، چنین می‌کردند.²²

14- بنابراین یافتن قواعد حقوقی که
اجرای آن به عنوان حقوق حاکم بر دعوی
بتواند به نحو بهتری پاسخگوی انتظار
مشروع طرفین دعوی باشد، کانون اقدامات
داور بین‌المللی است. حال ببینیم منظور
از انتظار مشروع طرفین دعوی چیست؟
به صورت قضیه سلبی می‌توان گفت که
«انتظار مشروع طرفین دعوی با اراده
آنها یکی نیست»؛ زیرا مسایل مربوط به
تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی
اساساً زمانی مطرح می‌شود که فقدان اراده
متعاملین در انتخاب حقوق قابل اجرا
مسلم و آشکار باشد. مثلاً هرگاه متعاملین
در مذاکرات مربوط به قرارداد، در مورد
حقوق قابل اجرا نظرهای کاملاً متفاوتی
داشته و به همین دلیل از تعیین و تصریح
آن در قرارداد مربوطه خودداری کرده
باشند، فقدان اراده طرفین در تعیین
قانون حاکم بر قرارداد قطعی و مسلم است.

22. Cf. Arthur Taylor Von Mehren: "To What extent is international arbitration autonomous?"
in Etudes offertes à B. Goldman, p. 227.

مطلب دیگر اینکه انتخاب صریح و یا ضمنی حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی بوسیله طرفین، بعضی اوقات مانع این نیست که انتظار آنان از داور برای در نظر گرفتن قاعده‌ای که طرفین، اجرای آن را پیش‌بینی نکرده و یا حتی تعمداً از آن صرف نظر کرده‌اند نیز مشروع تلقی شود. البته در اینجا منظور ما بیشتر قوانین مربوط به انتظامات است.

15- در واقع تلاش داوران بر این است که به طرفین دعوی نشان دهند که نمی‌توانند متوقع باشند داوران تصمیم دیگری جز آنچه در مورد حقوق قابل اجرا خواهند گرفت، اتخاذ نمایند.

16- موقعیت عمومی داور از این حیث که باید حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را تعیین کند دارای ویژگی‌هایی است که فوقاً گفته شد. اینک به بررسی مشکلات خاصی که داور در برخورد با مسئله نظم عمومی در اشکال مختلفه آن دارد، می‌پردازیم.

2- نظم عمومی داخلی و قانون حاکم بر اجرای قرارداد

برای سهولت در بحث بی‌فایده نیست که به مثال ذکر شده در بند 2 (الف) دوباره اشاره نمائیم:

یک قرارداد فروش کشتی بین یک مؤسسه کشتی سازی نیروژی و یک خریدار کشتی اهل پرو، منعقد می‌شود. قرارداد تابع حقوق فرانسه بوده و داوری در پاریس را پیش‌بینی نموده است. قرارداد متضمن شرطی است که براساس آن، مسئولیت فروشنده در قبال عیوب مخفی کشتی به مدت یک سال از تاریخ تحویل کشتی محدود می‌شود. به‌موجب رویه قضایی فرانسه در مواردی که فروشنده متخصص است (مثل دعوی مورد بحث)، چنین شرطی باطل می‌باشد.

در اینجا نظم عمومی در مفهوم حقوق داخلی آن - یعنی قواعدی که در داخل یک سیستم حقوقی معین وجود دارد و طرفین حق تخطی از آنها را ندارند - مداخله می‌کند و مطرح می‌شود. اینک سؤال این است که آیا داوران بین‌المللی باید نظم عمومی داخلی را رعایت کنند و یا با مؤثر شناختن شرط مندرج در قرارداد، علی‌رغم بطلان آن به‌موجب حقوق فرانسه که حقوق

قابل اجرا است، ارادة طرفين دعوي را
مرجح بدانند؟

18- به نظر مي‌رسد که دو مورد يا دو
فرض بايد از يکديگر تميز داده شوند:
الف- وقتي که حقوق قابل اجرا به
وسيلة طرفين قرارداد انتخاب مي‌شود.
ب- وقتي که داور حقوق قابل اجرا را
تعيين مي‌کند.

الف - مواردی که حقوق حاکم بر قرارداد بوسيلة متعاملين انتخاب شده است

19- داور مکلف است حقوق انتخاب شده
بوسيلة متعاملين را به مورد اجرا
بگذارد. در يك رأي صادره به شماره 1581
مورخ 1971 اتاق بازرگاني بين‌المللي
صراحتاً به اين مطلب اشاره شده است:

«نظر به اينکه دادگاه داوري، همه
اختيارات و صلاحيت خود را از سند
داوري²³ مي‌گيرد و برخلاف دادگاه قضايي
مکلف به رعايت ارادة طرفين دعوي در
مواردی است که توافق دو اراده محقق
است، و هرچند که با توجه به اصول
حقوق بين‌الملل خصوصي عجيب است با

23. acte de mission.

اینکه عناصر اصلی دعوی در سویس واقع است ولی طرفین، حقوق فرانسه را به عنوان قانون حاکم تعیین کرده اند، مع الوصف دیوان داور نمی‌تواند جز حقوق فرانسه را در دعوی حاضر قابل اجرا اعلام کند.»²⁴

وانگهی دیدیم که متون قانونی بین‌المللی یا داخلی که در زمینه داور بین‌المللی به مسئله حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی پرداخته اند، همین تکلیف را برای داور پیش‌بینی نموده اند.

کنوانسیون 1961 ژنو چنین می‌گوید: «متعاملین در تعیین قانونی که داوران باید در ماهیت دعوی اجرا کنند آزادند.» این قاعده آمره، در قانون داور بین‌المللی جیبوتی نیز تکرار شده است. قانون آیین داری مدنی جدید فرانسه هم داور را مکلف می‌سازد که دعوی را طبق قواعد حقوقی منتخب متعاملین فیصله دهد. در مقررات داور دیگری نیز راه‌حلهای مشابه وجود دارد (بند 9). داور نباید انتخاب حقوق قابل اجرا بوسیله متعاملین

24. Cf. Clunet, 1974, p. 887. Jurisprudencia arbitral..., p. 70.

را از نظر موجه بودن یا نبودن آن ارزیابی نماید، بلکه وی صرفاً مکلف است آن را رعایت کند. ولی آیا این احترام به ظاهر تغییر ناپذیر نسبت به اراده متعاملین موجب نمی‌شود که داور به نام نظم عمومی مقرر در قانون منتخب طرفین، توافق قراردادی ناشی از همین اراده را نابدود کند و نهایتاً از اجرای مفاد اراده طرفین امتناع ورزد؟

20- کوشش شده است که در متون قانونی یا مقررات داور، برای این تعارض راه حلی پیدا شود. به نظر می‌رسد کسانی که در عین حال، هم حقوق منتخب متعاملین و هم شرایط قراردادی را می‌پذیرند، با تعبیرهای مختلف بر ارزش نسبی حقوق قابل اجرا و قرارداد تکیه می‌کنند.

کنوانسیون 1961 ژنو، قانون جیبوتی، و مقررات داور اِتِاق بازرگانی بین‌المللی عباراتی مشابه دارند و همگی حاکی از آنند که داور باید حقوق منتخب طرفین دعوی را به مورد اجرا بگذارد و شرایط قراردادی را در نظر بگیرد. می‌توان گفت شرایط قراردادی - تاح دودی که قانون منتخب طرفین دعوی آن را معتبر

می‌شناسد - باید مورد توجه داور قرار بگیرد. اما این نتیجه‌گیری مبتنی بر این فرض قبلی است که طرفین دعوی شرایط قراردادی خود را از قلمرو حقوق انتخابی خود استثناء نکرده و یا اینکه اختیار استثنای آن را نداشته باشند.

به نظر می‌رسد قانون نمونه داوری مصوب آنسترال که در بند 4 از ماده 28 خود، متن بند 3 از ماده 33 مقررات آیین داوری آنسترال را عیناً اقتباس نموده، برای مقررات قرارداد، اهمیت و ارزش بیشتری قائل شده است. بند 4 ماده 28 قانون داوری نمونه چنین مقرر کرده است: «در کلیه موارد، دادگاه داوری مطابق شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم نموده و رسوم بازرگانی معمول در معامله را در نظر خواهد گرفت.»

آیا تکلیف داور به اینکه در کلیه موارد، مطابق شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم نماید به این معنی است که شرایط قراردادی - حتی در مواردی که قانون منتخب طرفین دعوی آنها را باطل اعلام می‌کند - باید اجرا شوند؟ متن ماده

ضررتاً تا این حد گسترش ندارد، زیرا می‌توان فرض کرد که ماده مزبور ناظر به آن دسته از شرایط قراردادی است که از نظر قانون حاکم بر قرارداد معتبرند. چنین فرضی متضمن این است که تعارض بین حقوق قابل اجرا و شرایط قرارداد به نفع اولی، یعنی حقوق قابل اجرا، حل شده باشد. ولی این وضع مجدداً همان مشکلی را مطرح می‌سازد که می‌خواهیم آن را حل کنیم. بنابراین مراجعه به متون قانونی یا مقررات داور نمی‌تواند تعارض ناشی از شرط قراردادی با نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی را حل کند، بلکه تنها آرایه طرفین قرارداد است که می‌تواند به‌عنوان راهنمای داور در حل این تعارض به‌کار آید.

21- قبلاً دیدیم (بندهای شماره 9 و 19) که در انتخاب قابل اجرا اراده متعاملین محدودیتی ندارد. نه تنها متعاملین در انتخاب قانون دلخواه خود آزادند، بلکه حتی می‌توانند با ارجاع به اصول کلی حقوقی و یا قانون جهانی بازرگانی اجرای هرگونه قانون ملی را

نفي کنند²⁵، یا با ترکیب حقوق داخلی با اصول کلی حقوق، قلمرو اجرای حقوق ملی منتخب را محدود سازند²⁶ و یا حقوق ملی زمان معینی را تثبیت و تعیین کند و فقط همان را قابل اجرا بشناسند²⁷، که در این صورت اصلاحات یا تغییرات بعدی آن قانون داخلی، در روابط قراردادی بین ایشان قابل اجرا نخواهد بود. همچنین متعاملین می‌توانند آن دسته از مقررات حقوق منتخب خود را که بعضی از شرایط قرارداد ایشان را باطل می‌داند، کنار بگذارند، که در این صورت باید آن را بطور روشن ابراز نمایند.

22- بنابراین حل تعارض بین متن قرارداد و نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی بوسیله داور، جز در پرتو شرایط قراردادی در مورد انتخاب قانون حاکم، میسر نیست. بدین ترتیب، شرطی که مثلاً پیش‌بینی می‌کند: «نسبت به

25. Cf. B. Goldman: "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international", Clunet, 1979, p. 475.

26. Cf. les divers exemples donnés par P. Weil, "Principes généraux du droit et contrats d'Etat", in Etudes offertes à B. Goldman, p. 388 et s.

27. Cf. à cet égard la sentence C.C.I. n° 3093/3100 d'ou il ressort que le droit applicable au contrat est celui qui était en vigueur au moment de la conclusion du contrat: Clunet, 1980, p. 251; Jurisprudencia arbitral..., p. 255.

کلیه مسایلی که در قرارداد برای آنها تعیین تکلیف نشده، حقوق هلند، قابل اجرا خواهد بود»، داوران را مکلف می‌سازد که کلیه شرایط قراردادی را - حتی اگر به موجب نظم عمومی هلند باطل شناخته شوند - معتبر بشناسند. برعکس، شرطی که اعلام می‌کند «قانون فرانسه در مورد این قرارداد اجرا خواهد شد»، به این معنی است که بین قانون فرانسه و شرایط قرارداد، سلسله مراتب وجود دارد؛ یعنی متعاملین برای اراده خودشان همان آثاری را انتخاب نموده‌اند که قانون فرانسه برای اراده متعاملین قائل است و لذا شرطی که به موجب نظم عمومی فرانسه باطل است باید از طرف داوران نادیده انگاشته شود. در رأی مورخ 1980 اتاق بازرگانی بین‌المللی صادره در دعوی شماره²⁸3380 داوران اظهارنظر کرده‌اند معنای شرطی که به موجب آن «این قرارداد تابع قوانین سوریه خواهد بود و بر طبق آن قوانین تفسیر خواهد شد» این است که قرارداد تابع قانون سوریه بوده و لذا در کلیت خود و بدون هیچگونه محدودیت باید طبق

28. Cf. Clunet, 1981, p. 928; Jurisprudencia arbitral..., p. 303; Yearbook, 1982, p. 116.

حقوق سوريه تعبير و تفسير شود. در رأي مورخ 1978 همان اتاق صادره در دعواي شماره 2119 نيز داوران اعلام نموده اند اين شرط كه «قرارداد مطابق حقوق فرانسه اجرا و تفسير مي شود» اين معني را مي دهد كه «مقررات قراردادي تا حدودي كه با مقررات آمره قانون فرانسه مغايرت نداشته باشد، مستقيماً قابل اجرا است»²⁹ در حقيقت، در قراردادي كه بايد طبق حقوق كشور معين به مرحله اجرا در آيد، نمي توان شرطي را گنجانيد كه با نظم عمومي آن حقوق مغاير و معارض است.

23- تعيين ارزش واقعي بعضي از شروط مربوط به حقوق قابل اجرا بسيار مشكل است. آيا با وجود شرطي كه مطابق آن «محل داوري در لاهه بوده و داوران حقوق سوئد را اجرا خواهند كرد»، داوران مي توانند يك شرط قرارداد را به دليل برخورد آن با نظم عمومي سوئد باطل اعلام كنند؟ به نظر مي رسد كه پاسخ مثبت باشد، زيرا ارادة متعاملين آشكارا اين است كه هر اختلافي مطابق حقوق سوئد فيصله يابد. باري، اختلاف در اعتبار شرط قراردادي

29.Cf. Clunet, 1979, p. 977; Jurisprudencia arbitral..., p. 242.

نیز مثل هر اختلاف دیگری است که باید مورد رسیدگی قرار گیرد. البته امکان تفسیرهای دیگر نیز وجود دارد، ولی سرانجام داورى که تفسیر قرارداد بر عهده او است، در این مورد تصمیم می‌گیرد. مع ذلك اعطاي اختیاری حل و فصل به صورت کدخدانشی³⁰ به داور، همراه با انتخاب يك حقوق ملي به عنوان قانون حاکم، نباید این طور تفسیر شود که به وي اجازه داده شده است نظم عمومی قانون حاکم بر قرارداد را نادیده بگیرد.³¹

24- ذکر این مطلب مهم است که از نظر داور، بین قرارداد و يك سیستم حقوقی، سلسله مراتب طبیعی وجود ندارد. برعکس، هیچ سیستم حقوقی اعمال نمی‌شود مگر اینکه متعاملین آن را قید کرده باشند، آن هم در محدوده اراده آنان. در صورتیکه متعاملین آن را قید کرده باشند، آن هم در محدوده اراده آنان. در صورتیکه متعاملین صراحتاً بعضی از قواعد حقوق مزبور را نفي کرده باشند، داوران حق ندارند به نام نظم قواعد حقوق مزبور

30. Amiable compositeur.

31. Pour une opinion plus nuancée, cf. E. Loquin, L'amiable composition en droit comparé et international, p. 268.

را نفي کرده باشند، داوران حق ندارند به نام نظم عمومي، اجرائي قواعد مزبور را تحميل نمايند؛ زيرا ايشان حافظ نظم عمومي نيستند. بطور كلي اين امکان وجود دارد که متعاملين با درج شروط مناسب در قرارداد خود، توافق نمايند که مقررات نظم عمومي حقيقي که طرفين آن را براي اجرائي در ساير قسمتهاي قرارداد برگزيده اند، اجرا نشود.

بديهي است در هر موردی که يك شرط قراردادی، مغاير با نظم عمومي حقوق منتخب متعاملين باشد، نبايد گفت اراده ضمنی متعاملين بر نفي آن بوده است. تنها با تجزيه و تحليل شرط انتخاب قانون حاکم است که داور می تواند موقعیت و نقشی را که طرفين دعوي براي حقوق قابل اجرا قائل شده اند، معلوم و ایفا نماید و به حل تعارض نظم عمومي با چنین شرط قراردادی - و حتي کل قرارداد، در مواردی که اعتبار آن مطرح است - مبادرت نماید. از این لحاظ باید در نظر داشت که در رویه مورد عمل در انعقاد قراردادها بهتر است از عباراتی استفاده

کرد که در سلسله مراتب بین حقوق منتخب و قرارداد، اولی را مقدم بشمارد. متعاملین می‌توانند بعداً با معتبر شناختن شرطی که طبق نظم عمومی حقوق منتخب باطل شناخته شده است، خواه با اعلام صریح و خواه بطور ضمنی، از ترتیب مذکور عدول کنند و آن شرط را اجرا نمایند. هیچ چیز مانع از این نیست که متعاملین بعد از انعقاد قرارداد بتوانند حقوق قابل اجرا را انتخاب کنند³² یا قلمرو اجرای حقوق منتخب را نیز محدود سازند.

25- بنابراین در مثالی که انتخاب شده است داوران باید شرط محدودیت مسئولیت فروشنده مندرج در قرارداد را به موجب قاعده نظم عمومی حقوقی فرانسه که حاکم بر قرارداد است، باطل اعلام کنند، مگر اینکه ثابت شود طرفین دعوی در عین ارجاع به حقوق فرانسه خواسته‌اند

32. Cf. la sentence C.C.I., n° 1434 DE 1975, Clunet, 1976, p. 978; Jurisprudencia arbitral..., p. 145.

آن قا عدة مربوط به نظم عمومی اجرا نشود.³³

ب - وقتی که قانون حاکم بر قرارداد بوسیله داور معین می‌شود

26- در فرضی که حقوق قابل اجرا به علت عدم انتخاب آن از طرف متعاملین، بوسیله داور تعیین می‌شود، حقوق مزبور باید به همان صورتی که هست اجرا شود. این تصویر که داور بتواند بعضی از مقررات آن را به دلیل اینکه مخالف با یکی از مواد قرارداد است نادیده بگیرد، دشوار است. البته می‌توان فرضی را در نظر گرفت که داور تشخیص دهد طرفین دعوی توافق نموده‌اند مقررات نظم عمومی مورد نظر درباره آنها اجرا نشود؛ ولی این برداشت مستلزم احراز و ثبوت اراده طرفین دعوی در این خصوص می‌باشد. منتهی در صورت خودداری متعاملین از تعیین حقوق قابل اجرا احتمال آن اندک است.

27- در واقع، قبل از تعیین حقوق قابل اجرا داور می‌تواند از هرگونه تناقض

33. L'hypothèse suppose évidemment que la règle d'ordre public interne s'applique également aux contrats internationaux. Sinon le problème ne se pose pas. Cf. la sentence C.C.I. n° 1434 de 1975, réf. Note 33.

بین متن قرارداد و مفاد یکی از سیستمهای حقوقی که احتمالاً در مورد قرارداد اجرا خواهد شد، نتیجه‌گیریهایی بنماید و اگر تعارضی بین آن دو بیابد به عنوان يك نشانه منفي تلقي مي‌گردد؛ یعنی فرض می‌شود که طرفین دعوی نمی‌خواستند روابط قراردادی خودشان را تابع چنان سیستم حقوقی - که ظرفیت قبول روابط طرفین به‌نحو مورد نظر ایشان را ندارد- قرار دهند.

بطوریکه **باتیفول** اعلام کرده است:

«باید فرض کرد که اراده ضمنی طرفین بیشتر انتخاب قانونی بوده است که قرارداد مربوطه را معتبر می‌شناسد، نه قانونی که هیچ اثری برای قرارداد بین ایشان قائل نیست.»³⁴

28- بنابراین در مثال انتخاب شده، نتیجه این خواهد بود که اگر داور حقوق فرانسه را به عنوان حقوق قابل اجرا اعلام کند، باید شرط تحدید مسئولیت را که مغایر با نظم عمومی فرانسه است بی‌اثر بداند؛ لیکن قبل از هرچیز به نظر می‌رسد که درج چنین شرطی در قرارداد، با توجه

34. H. Batiffol, "La loi appropriée ou contrat", in Etudes offertes à B. Goldman, p. 2.

به اینکه متعاملین بدون تردید و صحیحاً در مورد محدود کردن مسئولیت فروشنده توافق نموده‌اند، منتهی به این خواهد شد که وی تصمیم بگیرد اصولاً قرارداد تابع حقوق فرانسه نیست.

29_ در پایان این بررسی که بحث در نظم عمومی قانون حاکم بر قرارداد منتهی گردید، می‌توان گفت اصولاً در صورت مواجهه شرایط قراردادی با نظم عمومی، داور نظم عمومی را اعمال خواهد کرد. مع ذلك داور با این تردید نیز روبرو خواهد بود که آیا حقوقی را که يك یا چند شرط از شرایط قرار را غیر معتبر می‌داند، حاکم بر قرارداد اعلام کند یا خیر؟ زیرا متعاملینی که آزاد هستند قراردادهای خود را از شمول هرگونه حقوق ملی خارج کنند، می‌توانند بعضی از مقررات نامناسب حقوق قابل اجرا را، حتی اگر مربوط به نظم عمومی باشد، کنار بگذارند مشروط بر اینکه این مطلب را بدون ابهام و صریحاً بیان کنند. حال باید دید نظم عمومی حقوق خارج از قانون حاکم بر قرارداد چه وضعی دارد.

3- قوانین مربوط به انتظامات

ممکن است این طرز برخورد با موضوع، کمی ساده‌انگارانه باشد، زیرا از این نکته غافل است که علاوه بر نظم عمومی به معنای داخلی، قوانین مربوط به انتظامات نیز وجود دارند که فایده آنها برای یک جامعه خاص و معین به اندازه‌ای زیاد است که با قوانین خارجی قابل‌مقایسه نیستند و اصولاً به همین لحاظ قلمرو اجرای آنها تابع و وابسته به هدف آنها است.³⁵

31 - دو مثال مذکور در پاراگراف‌های «ب» و «ج» بند 2 فوق نشان‌دهنده دخالت چنین قوانین انتظامی است و لو اینکه قوانین مزبور جزو قانون حاکم بر قرارداد نباشند. بار دیگر مثال‌های مذکور را تکرار می‌کنیم:

مثال اول:

یک بانک سویسی و امی به دلار امریکا به یک شرکت پرتغالی می‌دهد. قرارداد وام تابع حقوق انگلیس بوده و داوری در زوریخ در آن پیش‌بینی شده است. شرکت

35. Ph. Francsakis, *op. cit.*, *loc. Cit.*

پرتغالی به ادعای نداشتن اجازه انتقال
ارز از مقامات نظارت ارز پرتغال، از
پرداخت وام خودداری می‌کند.

مثال دوم:

قراردادی بین دو شرکت ایتالیایی و
آلمانی منعقد می‌شود. قرارداد تابع حقوق
سوئیس بوده و محل داور در ژنو در آن
پیش‌بینی شده است. این قرارداد با
مقررات رقابت عهدنامه رم - که در حقوق
هر دو کشور آلمان و ایتالیا جزو قوانین
مربوط به انتظامات است - مغایرت دارد.
در دو مثال یاد شده، قوانین غیر از
قانون حاکم بر قرارداد نیز نسبت به
قرارداد، قابل اعمال و حاکمند. در واقع،
شمول و حکومت مقررات ارزی پرتغال و
قواعد حقوق اروپایی در مورد رقابت نسبت
به قرارداد، موکول به انتخاب حقوق
قابل اجرا در مورد قرارداد نیست، بلکه
هدف اصلی قوانین مربوط به انتظامات آن
است که متعاملین نتوانند قرارداد خود
را تابع حقوقی غیر از سیستم حقوقی‌ای
نمایند که منشأ حق و تکلیف ایشان است و
نیز هدف قوانین مزبور مانع از این است

که قاضي يا داور نتواند با اعمال فلان حقوق خارجي بر قرارداد، جلوي اجراي قوانين مربوط به انتظامات را بگيرد.

32- قاضي دولتي در برخورد با مشکلاتي از اين قبيل بايد بين قوانين مربوط به انتظامات مقرر دادگاه و قانون خارجي قائل به تفكيك شود. قوانين مربوط به انتظامات مقرر دادگاه چنان اولويت طبيعي دارند که بدون توجه به اينکه کدام قانون در مورد قرارداد قابل اجرا است، بايد اعمال و اجرا شوند. بدین ترتیب، قاضي پرتغالي به مقررات ارزي کشور متبوع خود و قاضي آلماني و ايتاليائي به قواعد معاهده رم در مورد رقابت که عضو آن هستند، ترتيب اثر خواهند داد. صرف وجود قانون مربوط به انتظامات مقرر دادگاه، دخالت قانون قابل اجرا را که به موجب قاعده تعارض قوانين مقرر دادگاه تعيين شده است، منتفي مي سازد.³⁶

در مورد قوانين انتظامي خارجي، مسئله ساده نيست. آيا قاضي هنگامي بايد

36. منظور اين است که در برخورد نظم عمومي قانون ماهوي مقرر دادگاه با نظم عمومي که طبق قاعده تعارض قوانين سيستم حقيقي مقرر دادگاه تعيين مي شود، قاضي دولتي حق تقدم را به اول خواهد داد. «م»

این قوانین را اجرا کند که جزو نظام حقوقی‌ای باشد که به موجب سیستم تعارض قوانین کشور قاضی، صالح اعلام شده است، یا برعکس هرگاه قاضی تشخیص دهد که رعایت قوانین انتظامی خارجی برای تحقق هدف آنها ضروری است، ناگزیر باید آنها را اجرا نماید.³⁷ این سؤالات تاکنون پاسخ قطعی نداشته‌اند.

33- در فقدان قانون مقرر دادگاه و مابینت منطقی بین قانون داخلی و قانون خارجی، مشکل اجرای قوانین مربوط به انتظامات - به آن شکلی که برای قاضی مطرح است - برای داور بین‌المللی مطرح نمی‌شود. از نظر داور، فرقی بین قوانین انتظامی مقرر دادگاه و قوانین انتظامی خارجی وجود ندارد، بلکه فقط قوانین انتظامی مندرج در حقوق حاکم بر قرارداد (الف) و قوانین انتظامی یک سیستم حقوقی دیگر (ب) برای او قابل تفکیک است.

**الف - قوانین انتظامی حقوق حاکم
بر قرارداد**

37. Cf. p. Mayer, *op. cit.*, p. 101.

34- به نظر می‌رسد مسئله مداخله قوانین مربوط به انتظامات حقوق حکم بر قرارداد، برحسب اینکه حقوق مزبور توسط طرفین دعوی انتخاب شده و یا داور آن را تعیین کرده باشد، به نحو متفاوتی مورد بحث و بررسی داوران قرار می‌گیرد.

وقتی که قانون حاکم بر قرارداد بوسیله طرفین دعوی انتخاب شده است:

35- به ترتیبی که قبلاً گفته شد داور باید حقوق منتخب طرفین دعوی را به مورد اجرا بگذارد (بند 19)؛ لذا وقتی متعاملین حقوقی را به منظور حکومت بر قرارداد انتخاب کردند، در بادی امر این نتیجه را خواهد داشت که داور باید قوانین مربوط به انتظامات همان حقوقی را نیز اجرا کند. البته داور می‌تواند به استناد و تحت عنوان «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» از ترتیب اثر دادن به قوانین انتظامی مذکور خودداری کند، که در این صورت، تصمیم و رأی وی متکی بر مضمون و محتوای قوانین مزبور خواهد بود نه بر ماهیت یا طبیعت آن.

قبلاً دیدیم (بندهای 22 تا 24) که راه حل رفع تعارضهای احتمالی بین شرایط قراردادی و نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی را باید در قصد و نیت متعاملین از حیث اعتباری که برای شرط انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد قائل بوده‌اند، جستجو کرد. بیان مطلب به این شرح است که متعاملین حق دارند حقوقی را که مناسب می‌دانند انتخاب و اجرای هرگونه قانون ملی را نفی کنند و... بنابراین این اگر متعاملین با خارج کردن بعضی از مواد و شرایط قرارداد از شمول قانون منتخب خود- که در غیر این صورت باطل اعلام می‌شدند- قلمرو اجرای قانون مزبور را محدود سازند، به هیچوجه غیرطبیعی نخواهد بود؛ همانطور که طرفین می‌توانستند حقوق دیگری را انتخاب نمایند که شرایط قرارداد را معتبر بدانند.

اما بررسی قصد و نیت متعاملین راجع به اعتبار شرط مربوط به انتخاب حقوق حاکم، به‌تنهایی نمی‌تواند تعارض بین یک شرط قراردادی و قوانین انتظامی در حقوق حاکم بر قرارداد را حل کند. یک تغییر

کوچک در دومین مثال ذکر شده (بند 31) این واقعیت را نشان خواهد داد: فرض کنیم که متعاملین به جای انتخاب حقوق سویس به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد، با تصریح این نکته که توافق آنها مشمول حقوق اروپا در مورد رقابت نیست، حقوق آلمان را انتخاب می‌کردند. در چنین فرضی آیا داور می‌توانست با این استدلال که طرفین دعوی با حذف بعضی از قوانین مربوط به انتظامات در حقوق حاکم بر قرارداد، انتخاب جزئی و نسبی کرده‌اند، از اجرای مقررات مربوط به رقابت به عنوان قوانین انتظامی خودداری کند؟ پاسخ منفی است، زیرا حکومت قوانین انتظامی بر یک رابطه قراردادی بر خلاف حکومت نظم عمومی داخلی، لزوماً موکول به قانون حاکم بر قرارداد نیست، بلکه فی‌نفسه نیز قابل اجرا است. در مثال مورد نظر، قواعد حقوق اروپا در مورد رقابت درباره قرارداد اجرا می‌شود، خواه قانون حاکم بر قرارداد منتخب متعاملین، حقوق آلمان – ولو با استثنای قوانین انتظامی آن – و یا حقوق سویس باشد.

وقتي که قانون حاکم بر قرارداد توسط داور تعیین شده است:

36- برخلاف قاضي دولتي، براي داور، مفهوم «قانون صالح» براي حکومت بر قرارداد شناخته شده نيست. در نتیجه در موردی که طرفين دعوي حقوق حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده باشند، کلیة قوانینی که داعیة دخالت و اجرا بر قرارداد را دارند، از نظر اجرا در بادي امر مساوي هستند. بنابراین اشکالي ندارد که داوران تصمیم بگیرند قوانین مربوط به انتظامات را - بدون اینکه در مورد تعلق آنها به قانون حاکم بر قرارداد از خود پرسش نمایند - مستقیماً نسبت به قرارداد اجرا نمایند.

در رأی صادره در عوای شماره 4132 اتاق بازرگانی بین‌المللی به همین ترتیب اقدام شده است.³⁸ دعوي مذکور به قراردادى مربوط می‌شد که می‌باید بخشی از آن در کره و بخش دیگرش در قلمرو جامعه اقتصادی اروپا (ایتالیا) اجرا شود. در این دعوي قبل از اینکه داور حقوق قابل اجرا در مورد قرارداد را تعیین کند،

38. Cf. Yearbook, 1985. p. 49.

مسئله اجرای قوانین انتظامی کره و معاهده رم در مورد رقابت را نسبت به قرارداد مورد بررسی قرارداد و پس از حل این مسئله بود که به استناد تئوری «مرکز ثقل قرارداد»، حقوق کره را حاکم بر قرارداد شناخت.

نظر پذیرفته شده در این رأی عبارت از این است که قوانین انتظامی حقوق حاکم بر قرارداد، و همه قوانین مربوط به انتظامات که امکان اجرای آنها نسبت به توافق طرفین دعوی وجود دارد، باید در یک ردیف قرار داده شود³⁹ و این مسئله که قوانین انتظامی کره ضمناً جزو حقوق حاکم بر قرارداد است، هیچگونه مزیت اجرایی مخصوصی به آن نداده است.

37- برعکس، ممکن است داور از این واقعیت که قانون مربوط به انتظامات، خود را در مورد قرارداد قابل اجرا می‌داند، چنین استنتاج کند که سیستم حقوقی منشأ چنین قانونی همان قانون

39. مقصود آن است که داور برای قوانین مربوط به انتظامات حقوق حاکم بر قرارداد در مقایسه با سایر قوانین مربوط به انتظامات مشابه، اولویت و ارجحیتی قائل نیست و همه این قوانین از نظر داور ارزشی یکسان دارند. - «م»

حاکم بر قرارداد نیز هست. رأی صادره در سال 1982 در دعوی شماره 2930⁴⁰ اتاق بازرگانی بین‌المللی شاهد این مدعا است: «محکمة داوری، با ملاحظه اینکه خواهانها تابع قانون یوگسلاوی در مورد کنترل واردات و صادرات (قانون سال 1972 روزنامه رسمی فدرال شماره 36 سال 1972) می‌باشند، نسبت به انتخاب قانون مذکور به عنوان قانون حاکم بیشتر متقاعد شده است. این قانون متضمن مقررات حقوق عمومی از جمله ضمانتهای اجرایی تنبیهی، جریمه طبق قانون سال 1972 و زندان برحسب اصلاحات سال 1977 همان قانون می‌باشد و البته مجازات اخیر در دعوی خاص مطروحه قابل اجرا نیست. در نتیجه هر قراردادی که مرتبط با واردات به یوگسلاوی و صادرات از آن کشور باشد تابع مقررات انتظامی همان قانون خواهد بود.»

ب - قوانین انتظامی خارج از حقوقی حاکم بر قرارداد

40. Cf. Yearbook, 1984, p. 105.

38— در مورد قوانین مربوط به انتظامات خارج از حقوق حاکم بر قرارداد، با توجه به مثالهای ذکر شده (بند 31) دو فرض قابل تفکیک است:

الف — «در نظر گرفتن» قوانین مربوط به انتظامات؛

ب — «اجرای» قوانین مربوط به انتظامات.

39— (الف) در مثال اول، بدهکار پرتغالی که به منظور توجیه ناتوانی خود در بازپرداخت وام دریافتی، به امتناع مقامات نظارت ارز پرتغال از دادن اجازه انتقال استناد میکند، از داور نمیخواهد مقررات انتظامی پرتغال را که منشأ این امتناع است اجرا کند، بلکه صرفاً میخواهد مقررات مذکور در نظر گرفته شوند⁴¹، هر چند حقوق انگلیس حاکم بر قرارداد وام باشد. به علاوه باید پذیرفت که در هر حال داور نمیتواند مقررات پرتغال را صرفاً به اعتبار ماهیت آن اجرا کند. تنها کاری که داور باید انجام

41. Sur la distinction entre application et prise en considération, cf. P. Mayer: "Les lois de police étrangères": Clunet, 1981, p. 307 et s.

دهد آن است که مقررات [پرتغال] را مورد نظر قرار دهد، برای اینکه صرفاً بتواند از آن، نتایج حقوقی که مطابق با حقوق انگلیس — به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد — باشد، به دست آورد.

آرای داور، مواردی دیگر از این قبیل را نیز نشان می‌دهند: امتناع مقامات ارزی کشور خریدار از اجرای قرارداد خرید نفت که تابع حقوق فروشنده بوده است⁴²؛ امتناع از اعلام موافقت‌های لازم به وسیله مقامات محل اجرای قراردادی که مشمول قانون دیگری جز قانون محل اجرا بوده است.⁴³

تردیدی نیست که در این قبیل موارد، داوران هیچگونه صلاحیتی برای اجرای مقررات عمومی که مبنا و منشأ اقدامات اداری مذکور بوده است، ندارند و فقط باید آثار آن را بر اجرای قرارداد بررسی و ارزیابی نمایند. به عبارت دیگر، در نمونه‌های مذکور، شمول قوانین انتظامی بر قرارداد مورد بحث نبوده، بلکه آثار این قوانین برحسب حقوق حاکم

42. Affaire C.C.I. n° 2216, Clunet, 1975, p. 917; Jurisprudencia arbitral..., p. 105.

43. Affaire C.C.I. n° 1782, Clunet, 1975, p. 923; Jurisprudencia arbitral..., p. 111.

بر قرارداد مورد بررسی و ملحوظ نظر قرار گرفته است.

40_ (ب) با اندکی تغییر در مثال اول، از مسئله «در نظر قرار دادن» قوانین انتظامی خارج از حقوق حاکم بر قرارداد عبور می‌کنیم و به مسئله «اجرای» قوانین مزبور می‌رسیم. فرض کنیم بدهکار پرتغالی به جای استناد به عدم امکان انتقال ارز که ناشی از امتناع مقامات ارزی کشورش بوده است، به بطلان قرارداد وام، به علت فقدان اجازه قبلی اخذ وام از طرف مقامات مذکور، استناد کند. در این صورت داور باید در مورد این مسئله تصمیم بگیرد که آیا می‌تواند با اجرا و به استناد مقررات انتظامی پرتغال قراردادی را که مشمول حقوق انگلیس است، باطل اعلام کند؟ برای پاسخ به این سؤال باید دو فرض را از یکدیگر تفکیک کرد که ذیلاً بررسی می‌کنیم.

طرفین دعوی قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کرده‌اند:

41_ اصلی که به موجب آن، داوران مکلف به اجرای قانون منتخب طرفین دعوی هستند

نظم عمومی و حقوق قابل اجرا... ❖ 215

(بند 19) كافي است تا داوران، قوانين انتظامي خارج از حقوق منتخب طرفين را نادیده بگیرند. رأي صادره از ديوان داوري اتق تجارت خارجي جمهوري دموكراتيك آلمان، در اين مورد يك نمونه به شمار مي‌رود.⁴⁴ در دعوي مذكور داوران مي‌بايد در مورد اعتبار قرارداد حق الامتيازي كه بين يك مؤسسه جمهوري موكراتيك آلمان و يك مؤسسه جمهوري فدرال آلمان منعقد شده بود، اظهار نظر نمايند. مؤسسه اخير به بطلان قرارداد، به علت مغايرت آن با مقررات رفابت کشور متبوع خود و نيز ماده 8 ماهده رم استناد مي‌کرد. داوران با تذكر اين نکته كه طرفين دعوي قرارداد را تابع حقوق جمهوري دموكراتيك آلمان قرار داده‌اند، به شرح زير استدلال كردند:

«اعتبار قرارداد بايد به موجب قانون جمهوري دموكراتيك آلمان، كه طبق شرط داوري به عنوان قانون قابل اجرا اعلام شده است، ارزيابي شود؛ لذا نمي‌توان بطلان قرارداد امتياز را از ماده 20 قانون راجع به رويه‌هاي محدودكننده

44. Cf. Yearbook, 1979, p. 197, sentence deu 28 juin 1976.

تجارت جمهوری فدرال آلمان و نیز از مواد 85 و بعد معاهده رم در مورد رقابت، استنتاج کرد (زیرا قانون حاکم بر دعوی نیست). در ارزیابی اعتبار قرارداد امتیاز، طبق حقوق جمهوری دموکراتیک آلمان مقررات مذکور⁴⁵ نباید در نظر قرار گیرد، مگر اینکه اجرای قرارداد را به طور واقعی غیرممکن گرداند، و بطلان قرارداد باید براساس ماده 306 قانون مدنی جمهوری دموکراتیک آلمان پذیرفته شود. عدم امکان عملی اجرای قرارداد از ناحیه خواننده دعوی به اثبات نرسیده است.»

42- کمتر دیده می‌شود که داوران برای عدم اجرای قوانین انتظامی اعلام کنند که قانون مزبور خاجر از حقوق حاکم بر قرارداد است. در واقع، تعیین قانون حاکم بر قرارداد از ناحیه طرفین دعوی الزاماً بدان معنی نیست که آنها همه قوانین انتظامی را که به نحوی داعیه حکومت بر قرارداد را دارند، نفی کرده

45. منظور ماده 20 قانون اعمال محدود کننده تجارت جمهوری فدرال آلمان و مواد 85 و بعد معاهده رم در مورد رقابت است. - «م»

باشند. البته داوران بیشتر ترجیح می‌دهند اعلام کنند که قوانین انتظامی در هر حال قابلیت جدی برای اجرا ندارند. رأی مورخ 1982 دادگاه داور «انجمن تجارت گندم آمستردام» که در مرحله استینافی و در مورد قابل اجرا بودن مقررات کنترل ارزی اتریش نسبت به قراردادهای مشمول حقوق هلند صادر شده است، چنین بیان می‌کند:

« در مورد قراردادهای مورد بحث، قانون هلند اعمال می‌شود. ولی حتی اگر در شرایط مذکور به انتخاب قانون صالح اشاره نمی‌شد، به موجب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی هلند، قانون هلند هنوز نسبت به قراردادهای فروش قابل اعمال بود؛ زیرا این امر مربوط به فروش محصولات هلندی به صورت «فوب»⁴⁶ و بر طبق شرایط استاندارد هلند که عموماً در تجارت بین‌المللی بکار برده می‌شود، می‌باشد. مع ذلك داوران استینافی می‌توانند به مقررات قواعد آمرة سایر کشورها نیز استناد کنند، مشروط به اینکه ارتباط نزدیکی بین

46. F.O.B.

مسئله مطروحه و آن کشور وجود داشته باشد.

در صورت چنین تصمیمی، طبیعت و قلمرو مقررات مذکور و همچنین نتایج اعمال و یا عدم اعمال آن نیز باید مورد نظر قرار گیرد. داوران استینافی معتقدند که در پرونده حاضر، قراردادهای فروش، چنین بستگی نزدیکی با اتریش ندارند که بتوان قوانین پولی اتریش را در مورد آنها اعمال نمود.

ارتباط با اتریش، صرفاً در این امر خلاصه می‌شود که بایع در آن کشور اقامت دارد. محصولاتی که فروخته شده در اصل هلندی بوده و خریدار هلندی است و معامله از طریق یک دلال آلمان فدرال صورت گرفته و معامله نیز به صورت «فوب» انجام شده و تحویل کالا در یکی از بنادر اروپایی به عمل آمده و بهای آن نیز به مارک آلمان فدرال بوده و به علاوه فروشنده طی تلکس مورخ 20 نوامبر 1980 تقاضا کرده است که قیمت کالا به حساب وی در یکی از بانکهای آلمانی واریز شود، و حتی به فرض قائل بودن بستگی نزدیکی بین قراردادها و

نظم عمومی و حقوق قابل اجرا... ❖ 219

اتریش، داوران استینافی هنوز اعتقاد دارند که نباید مقررات مالی اتریش را در این مورد دخالت داد؛ به خاطر آنکه بنا به گفته پژوهش خواه، این امر منجر به ابطال قراردادها می‌شود، زیرا فروشنده ظاهراً مجوز مربوطه را در این خصوص دریافت نداشته است. در اینجا نمی‌توان ابطال قرارداد را که ظاهراً حقوق اتریش مقرر می‌دارد، پذیرفت و اهمیت قابل‌ملاحظه‌ای را که هلند برای حفظ جریان عادی روابط حقوقی در معاملات تجاری بین‌الملل، مثل مورد حاضر، قائل است ندیده انگاشت.⁴⁷

چه بسا این رأی نشان دهنده رویه عمومی داوران بین‌المللی بطور کامل نباشد، زیرا به نظر می‌رسد که دادگاه داور خود را به جای یک قاضی هلندی قراردادده و برای اثبات اینکه قانون مربوط به انتظامات اتریش به دلیل محتوایش باید کنار گذاشته شود، به منافع اقتصادی هلند اشاره و استناد کرده است.

47. Cf. Yearbook, 1983, p.158.

به هر حال، اندیشه توجیه اینکه قوانین انتظامی، خارج از حقوق حاکم منتخب طرفین، ذاتاً قابل اجرا نیستند، حتی در مواردی که طرفین دعوی اعلام کرده باشند که این انتخاب جنبه حصری دارد نیز دیده می‌شود. رأی صادره از دادگاه داوران انجمن تجارت گندم هلند در مردام⁴⁸ در سال 1981، گواه این مسئله است.

43- مطلبی که باقی می‌ماند آن است که داوران برای قوانین انتظامی خارجی از حقوق منتخب طرفین، در مواقعی که این قانون بطور جدی مورد اجرا پیدا می‌کند، چه تصمیمی باید بگیرند؟ بطوریکه قبلاً متذکر شدیم (بند 42) داوران با تحلیل قصد و اراده طرفین دعوی می‌توانند بگویند که انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد، مداخله و موضوعیت قوانین انتظامی سایر سیستم‌های حقوقی را نفی نمی‌کند. ولی آیا اگر طرفین دعوی صراحتاً اعلام کرده باشند که انتخاب آنها جنبه حصری دارد و یا اگر به نظر برس که طرفین با انتخاب یک حقوق معین، عالماً و عامداً

48. Cf. Yearbook, 1982, p. 161.

تصميم گرفته اند بعضي از قوانين انتظامي (از قبيل قوانين انتظامي محل اجراي قرارداد) در مورد آنها اجرا نشود، باز هم وضع همين طور خواهد بود؟

از جنبه نظري، اين مسئله به همان صورتي مطرح ميشود كه طرفين دعوي صراحتاً مقررات انتظامي قانون حاكم بر قرارداد را مستثني کرده باشند (بند 36). در هر دو مورد، مقصود اين است كه بدانيم آیا داور بين المللي قهراً بايد به ارادة طرفين دعوي مبني بر اعمال و شمول قواعد و اصول خاصي نسبت به قرارداد احترام بگذارد، حتي اگر به قيمت تقلب عمدي نسبت به قانون يك کشور تمام شود؟

به نظر مي رسد كه تنها با مراجعه به مفهوم «نظم عمومي واقعاً بين المللي» مي توان اين مسئله را حل كرد. بديهي است، اگر قوانين انتظامي كه مستثني شده است، به لحاظ محتواي خود مغاير با «نظم عمومي واقعاً بين المللي» تلقي شود (مانند مقررات تبعيض نژادي)، در اين صورت داور بايد ارادة طرفين دعوي در مورد عدم اجراي قانون مزبور را معتبر بشناسد. همچنين اگر هدف چنين قانوني

تضمین اجرای اصولی باشد که از نظر داور جزو «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» است، باز هم داور باید بنا بر اراده طرفین دعوی به این قانون، یا حداقل به اصول آن، اولویت دهد؛ ولی در عمل وضعیتهایی که بدین نحو مشخص شده باشد، بندرت دیده می‌شود.

بطور کلی همین که قبول کنیم در موارد استثنایی، داور می‌تواند تحت عنوان «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» (مانند ارتشاء) از ترتیب اثر دادن به بعضی از توافقیهای طرفین دعوی خودداری کند، بدان معنی است که پذیرفته‌ایم داور نباید شریک جرم تقلب عمده نسبت به قوانین انتظامی شود که به نظر وی قابلیت اجرای آن قطعی و مسلم است ولی طرفین آن را استثناء کرده‌اند.

در اینجا نیز همانند کلیه موارد مربوط به نظم عمومی پردکننده کلاً مسئله حساسیت مطرح است. البته و بطور کلی اگر داوران بخواهند از حدود وظیفه خود خارج نشوند، باید در مواردی که طرفین قانون حاکم بر دعوی را از قبل تعیین نکرده‌اند، قوانین انتظامی محل اجرای

قرارداد را که به نظر ایشان قابل اجرا است، رعایت و تضمین نمایند.

وقتی که قانون حاکم بر قرارداد بوسیله داور تعیین می‌شود:

44_ قبلاً گفتیم (بند 37) که با کنار گذاردن مفهوم «قانون صالح» و نیز مادام که داور در مورد اجرای یک یا چند حقوق اظهار نظر نکرده است، کلیه حقوقهای ملی یا غیرملی برای داور در یک ردیف قرار دارند. در نتیجه هیچ چیز مانع از این نیست که قوانین انتظامی خارج از حقوقی که داور به عنوان «حقوق حاکم بر قرارداد» تعیین خواهد کرد نیز به مرحله اجرا در بیاید.

در حقیقت، در این قبیل موارد، داور با مستثنی کردن موضوعاتی که به عقیده وی می‌باید مشمول قوانین انتظامی معینی شوند که محمل جدی برای اجرا دارد، قلمرو اجرای حقوق حاکم بر قرارداد را محدودتر می‌کند.

45_ اساساً قوانین انتظامی کشوری که قرارداد باید در قلمرو آن اجرا شود، مطرح است. رأی صادره از دیوان داور

اتفاق بازرگانی بین‌المللی در دعوی شماره 4132 (بند 37) در 1983، این موضوع را به‌طور کامل نشان می‌دهد در این رأی نه تنها قواعد مربوط به رقابت حقوق کرة، یعنی قانون حاکم بر قرارداد منتخب داور، اجرا شده بلکه مقررات معاهده رم - به لحاظ اینکه قرارداد در ایتالیا اجرا شده بود و ایتالیا عضو عهدنامه مذکور می‌باشد- نیز به‌مورد اجرا گذاشته شده است. حتی در این رأی داور اظهار عقیده می‌کند که رأیاً (بدون درخواست اصحاب دعوی) مکلف به اجرای قوانین مربوط به انتظامات یاد شده است.

46- رأی دیگری، صادره در سال 1973 در دعوی شماره 1859 اتفاق مذکور⁴⁹، مسئله را به‌نحو روش‌تری مطرح نموده است. در این رأی، داوران اجرای اصول و قواعد غیرملي یعنی اصول کلی و رسوم تجارت بین‌المللی را با قوانین انتظامی دولتهائی که قرارداد در قلمرو آنها اجرا شده بود، تلفیق نموده‌اند:

49. Cf. des extraits de cette sentence in Y. Derains, "Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales", Rev. arb., 1973, p. 122.

«چون قرارداد می‌باید در لبنان، سوریه و اردن اجرا می‌شد، مسلم است که واردکننده لبنانی مجبور به رعایت قوانین انتظامی کشورهای بود که کالا به آنجاها وارد می‌شد و طرف ژاپنی نمی‌تواند ادعا کند که قوانین مزبور نسبت به وی قابل استناد نیست. هر تاجری که می‌خواهد محصولات کشور خود را در کشوری دیگر به فروش برساند، مکلف است قوانین مربوط به انتظامات کشوری را که کالا به آنجا وارد می‌شود، رعایت کند و نمی‌تواند ادعای جهل به قوانین مزبور نماید و یا خود را از شمول قوانین مزبور یا مقررات مربوط به ورود این قبیل کالاها — بویژه در مواقعی که این قبیل قوانین و مقررات در زمان امضای قرارداد وجود داشته است — خارج بداند. قرارداد باید در سه کشور اجرا می‌شد. تعیین یک قانون مشخص برای اجرای احتمالاً مشکلاتی را به وجود می‌آورد. معهذا در مورد دعوی حاضر طرفین دعوی آشکارا به اصول کلی و رسوم تجارت بین‌الملل تمکین کرده‌اند.»

شناسائی صلاحیت طبیعی قوانین
انتظامی محل اجرای قرارداد، بدون توجه
به قانون حاکم بر قرارداد، در یک رأی
دیگر اتاق بازرگانی بین‌المللی صادره در
دعوی شماره 2136 در سال 1974 نیز بیان
شده است.⁵⁰

47- همچنین بعضی از داوران، هرچند
که تعدادشان کمتر است، عقیده دارند
قوانین انتظامی مقرر در حقوق کشور
متبوع طرفین دعوی نیز می‌تواند اجرا
شود. به عنوان مثال رأی صادره به دعوی
شماره 2178 دیوان داوران اتاق بازرگانی
بین‌المللی در سال 1973 چنین می‌گوید:

«در رویه داوران، حتی می‌توان احاله به
قانون مقرر دادگاه برای تعیین حقوق
قابل اجرا در ماهیت دعوی را مورد
تردید قرار داد. در داوریهایی که
مبتنی بر اراده طرفین است، روابط
نزدیک موجود بین دادگاههای عمومی و
حقوقی ملی آنها که منجر به اجرای
قانون مقرر دادگاه برای حل مشکلات
تعارض قوانین مطروحه در مراجع قضایی

50. Cf. Y. Derains: "Possible conflict of laws...", p. 182, voir note n° 4.

ملی می‌گردد، وجود ندارد. تا آنجا که قانون مربوط به نظم عمومی که به موجب حقوق متبوع طرفین به آنان تحمیل می‌شود و داوران نیز مکلفند آن را در نظر بگیرند، مطرح نباشد، بر عهده داوران است که با توجه به وقایع و اوضاع و احوال مربوط به هر دعوی، در مورد سیستم حقوقی که بیشترین ارتباط را با ماهیت موضوعات مورد اختلاف دارد، تصمیم بگیرند.⁵¹

مع الوصف در يك رأي ديگر صادره از ديوان داوري همان اتاق به سال 1978 و در پرونده شماره 3033/2978/2477⁵²، مثل رأي صادره در دعوي که قبلاً ذکر شد (بند 43)، به نظر می‌رسد مداخله و تأثیر قوانین انتظامی کشور متبوع طرفین دعوي که خارج از حقوق حاکم بر قرارداد تلقی شده، نادیده گرفته شده است. موضوع به دعوي مطروحه از طرف مؤسسات کشتیرانی سوئدی علیه يك مشتري ليبيائي مربوط می‌شد. با توجه به اینکه قرارداد تابع حقوق سوئد بود، دادگاه داوري از اجرائی

51. Cf. Y. Derans: "Possible conflict of laws...", p. 184, voir note 4.

52. Yearbook, 1981, p. 133.

قوانین و مقررات لیبی راجع به تحریم اسرائیل خودداری کرد:

«اجرای حقوق سوئد به این نتیجه آشکار منتهی می‌شود که قانون و مقررات تحریم لیبی در مورد این قرارداد قابل اجرا نیست مگر در موردی که در قراردادها به این قانون تحریم بطور خاص ارجاع شده باشد.»

48- بنابراین در مورد اجرای قوانین انتظامی خارج از قانون حاکم بر قرارداد، در مواردی که قانون حاکم بوسیله طرفین دعوی انتخاب نشده باشد، به نظر نمی‌رسد که در میان داوران اتفاق نظر واقعی وجود داشته باشد؛ اما نظر اکثریت به نفع اجرای قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد است و در مورد اجرای قوانین انتظامی کشورهای متبوع طرفین دعوی، ظاهراً اختلاف نظر بیشتری وجود دارد.

قبلاً در مقاله دیگری گفته ایم⁵³ در مواردی که داوران باید راجع به اجرای

53. Cf. Y. Derains, "Les normes d'application immédiates dans la jurisprudence arbitrale internationale" in Etudes offertes à B. Goldman, p. 45.

قوانین انتظامی خارج از قانون حاکم بر قرارداد تصمیم بگیرند باز هم مسئله پاسخگویی به انتظار مشروع طرفین دعوی راهنمای ایشان است. بدان جهت است که در اغلب موارد داور، قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد، و یا بطور روشن‌تر، محل اجرای تعهد قراردادی را که اجرای آن مورد اختلاف است، به مورد اجرا خواهد گذاشت. رویه بین‌المللی نیز عملاً ناظر و مؤید همین امر یعنی رعایت قوانین انتظامی کشورهای است که قرارداد در قلمرو آنها به اجرا درمی‌آید و این قوانین فی‌الواقع جزو قلمرو قرارداد محسوب می‌شود. (یعنی فرض می‌شود که طرفین راجع به اعمال و اجرای این قبیل قوانین نسبت به دعوی مطروحه از قبل توافق کرده‌اند.)

چنانچه در قرارداد شرط مغایری گنجانده نشده باشد، طرفین دعوی بطور مشروع حق دارند انتظار داشته باشند داور چنین فرض نماید که توافق آنها کاملاً منطبق با همین عمل‌کرد و رویه بین‌المللی است. فقط در مواردی که قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد با

«نظم عمومي واقعاً بين المللي» در تضاد باشد، داور از اجراي آن خوددادي خواهد کرد.

نتايج كلي

49_ در پايان اين بررسي كه مسلماً نواقصي دارد، در مورد نظم عمومي و حقوق قابل اجرا در ماهيت دعوي در داوري بين المللي، چند نتيجه را مي توان ارائه نمود:

نخست بايد توجه داشت كه چنانچه «نظم عمومي واقعاً بين المللي» را مستثني كنيم، داور اساساً با دو شكل از نظم عمومي مواجه مي شو: نظم عمومي داخلي و مقرر در قانون حاكم بر قرارداد، و قوانين انتظامي ساير كشورها. نکته بعدي كه شايد توجه است آنكه موقعيت داور، بر حسب اينكه قانون حاكم بر قرارداد را طرفين دعوي انتخاب کرده باشند و يا خود وي آن را تعيين کند، متفاوت خواهد بود. داور بايد به ارادة طرفين دعوي احترام بگذارد بدون اينكه كاملاً تابع اين اظهارنظر پيرماير باشيم كه مي گويد:

«داور در داخل سیستمی که بوسیله قرارداد ایجاد شده است، قرار دارد، و لذا در رابطه با طرفین دعوی واجد هیچگونه اختیار خارج از قرارداد مذکور نیست.»⁵⁴

می‌توان گفت که جز در برخورد با «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی»، داور باید به اراده طرفین دعوی ترتیب اثر دهد، خواه اراده طرفین دعوی مستقیماً ضمن شرایط قراردادی و با انتخاب قواعدی که در مورد قرارداد اجرا خواهد شد بیان شده باشد یا به صورت غیرمستقیم.

50- در نتیجه وقتی که طرفین دعوی، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کردند، این قانون به همان صورتیکه هست و با مقررات نظم عمومی‌اش، حتی اگر مغایر با شرایط قرارداد باشد، باید به مورد اجرا گذاشته شود، مگر اینکه داور احراز کند طرفین دعوی خواسته‌اند مقررات نظم عمومی قمرر در قانون منتخب نادیده گرفته شود. در این صورت داور باید به اراده طرفین دعوی، که همچنان

54. P. Mayer, "Le mythe de l'ordre juridique de base" in Etudes offertes à B. Goldman, p. 215.

می‌توانستند حقوقی را به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نمایند که مقررات نظم عمومی مذکور در آن وجود نداشته باشد، احترام بگذارد.

51- در مورد قوانین انتظامی مقرر در حقوق حاکم بر قرارداد، مشکل به این صورت نیست. قوانین مزبور بدون توجه به حقوق مخصوص حاکم بر قرارداد، قابلیت اجرا دارند. همچنین در فرضی که داور احراز نماید که طرفین دعوی خواسته‌اند از شمول قوانین مزبور خارج شوند، در صورتی به اراده آنان ترتیب اثر می‌دهد که آن را مغایر با «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» نداند.

52- در مواردی که طرفین دعوی قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده‌اند، با فقد مفهوم قانون مناسب و مفهوم قانون خارجی و نیز مادام که داور تصمیم به اجرای یک و یا چند تای آنها نگرفته است، همه حقوقها از نظر قابلیت اجرا در یک سطح قرار دارند.

موضوعیت و اهمیت پاسخگویی به انتظار مشروع طرفین دعوی که می‌توانستند هر قانون ملی، غیرملی و احتمالاً ترکیب

چند سیستم حقوقی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نمایند، موجب می‌شود که داور، حقوقی را که مقررات مربوط به نظم عمومی آن مغایر با شرایط قراردادی است، به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب ننماید.

53- در مورد قوانین انتظامی، وقتی طرفین دعوی در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد سکوت کرده‌اند، داور تکلیفی ندارد که ابتدا و قبل از اینکه راجع به قابلیت اجرای قانون مربوط به انتظامات اتخاذ تصمیم نماید، در صدد پیدا کردن قانون حاکم بر قرارداد باشد. در صورتیکه به نظر داور اجرای مقررات انتظامی، مورد انتظار مشروع طرفین دعوی بوده است، باید قانون مزبور را بطور مستقیم در دعوی اعمال و اجرا کند.

از عملکرد و رویه داور چنان برمی‌آید که اجرای قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد باید مرتبط و متناسب با انتظار مشروع طرفین دعوی دانسته شود.

54- در جریان این بررسی به مشکلات اجرای آرائی که به اجرا یا نقض یک قاعده نظم عمومی داخلی یا قانون مربوط

به انتظامات ارتباط می‌باید، توجه نشده است. مسلماً خطا است اگر گفته شود که داور تکلیفی ندارد به این نکات توجه کند، زیرا داور همواره نسبت به اثر بخش بودن رأی خود اندیشناک است. منتهی این مطلب (اثر بخش بودن رأی صادره) در شرح استدلال داور راجع به تعیین حقوق قابل اجرا منعکس نمی‌شود، زیرا او امکان این را ندارد که پیش‌بینی کند رأی صادره در کدام کشور اجرا خواهد شد.

در اغلب اوقات این‌که رأی به نفع کدامیک از طرفین صادر می‌شود، موقوف به اجرا یا عدم اجرای قوانین انتظامی کشور خاصی است. به علاوه با در نظر گرفتن پراکندگی اموال طرفین در کشورهای مختلف دنیا داور نمی‌تواند از قبل برآورد کند که رأی صادره در فلان کشور یا کشور دیگری اجرا خواهد شد. با وجود این با توجه به شناخت واقعی که داور از پرونده دارد، محل یا محل‌های اجرای احتمالی رأی صادره را پیش‌بینی می‌کند و عموماً به آن توجه دارد هرچند که بدان تصریح نمی‌کند. مواردی که نظم عمومی یا قوانین انتظامی به سیستم حقوقی مقر داور تعلق

داشته باشند، مشکل خاصی مطرح می‌شود. در حقیقت، داور باید همیشه این خطر را در نظر داشته باشد که چه بسا این قبیل قواعد انتظامی، در کشور محل داوری به عنوان نظم عمومی بین‌المللی تلقی شود که در این صورت به منظور جلوگیری از ابطال رأی صادره ناگزیر باید قواعد مزبور را رعایت نماید.

وقتی که نظم عمومی بین‌المللی محل داوری یا محل اجرای احتمالی رأی داوری مطرح است، داور باید به‌موجب روشی که ویژه داوری بین‌المللی است، مشکلات مربوط به مداخله و تأثیرات نظم عمومی در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را از نظر حقوقی تحلیل کند و نتایج حاصله را همراه با در نظر گرفتن مسئله اثر بخش بودن رأی خود، ملحوظ دارد.