

بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی

علیرضا ایرانشاهی*

چکیده

نظم عمومی مهم‌ترین معیار نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی است که در منابع داوری‌های تجاری بین‌المللی پیش‌بینی شده و رسالت اصلی آن حمایت و حراست از اصول و موازین اساسی حقوق عمومی و ارزش‌های هر کشور است. معیار مذکور دارای مفهومی پویا و منعطف که و هم مسائل ماهوی و هم امور شکلی را در برمی‌گیرد. البته تمام ملاحظات نظم عمومی کشورها در داوری‌های تجاری بین‌المللی قابل اعمال نیست و صرفاً نظم عمومی بین‌المللی کشور مربوط، ترجیحاً با تفسیری مضیق، اعمال می‌شود. مهم‌ترین ویژگی‌های معیار نظم عمومی عبارتند از: پویایی و انعطاف مفهومی، امکان ورود دادگاه به ماهیت، امکان تعرض مستقیم دادگاه به رأی داوری، عدم وجود مهلت در استناد به این معیار و در نهایت غیرقابل اسقاط بودن حق استناد به آن.

واژگان کلیدی: نظم عمومی، نظارت قضایی، رأی داوری تجاری بین‌المللی، نظم عمومی بین‌المللی، نظم عمومی فراملی، اعتراض به رأی داوری، اجرای رأی داوری

مقدمه

داوری‌های تجاری بین‌المللی و نتایج آنها می‌توانند، نه تنها طرفین داوری، بلکه جامعه و نظم عمومی کشورها را نیز تحت تأثیر قرار دهند^۱ و حتی با آنها در تعارض باشند.^۲ حق حاکمیت کشورهای مبدأ و مقصد

* نویسنده مسئول، مدرس دانشگاه و وکیل پایه یک دادگستری.

1. Park Willam W., "Control Mecanisms in Development of a Modern Lex Mercatoria", in Thomas E. Carbonneau *Lex Mercatoria and Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, p. 146.

۲. برای ملاحظه نظر مخالف ر.ک: نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌های تجاری بین‌المللی در ایران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۵، ص ۸۶.

مستلزم اعمال نظارت قضایی بر آرای داوری مربوط است. این امر از این جهت واجد اهمیت مضاعف است که نقش داوری‌های بین‌المللی و نتایج آن را در پیدایش، تحول و تکامل قواعد حاکم بر تجارت بین‌الملل، و تبعاً تأثیر آن بر شئون مختلف جوامع و ملت‌ها به خاطر داشته باشیم. همین امر، دخالت دولت‌ها را در تنظیم و تنسيق قواعد حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی توجیه می‌کند. باید به یاد داشت که داوری، شیوه‌ای برای حل و فصل خصوصی اختلافات است که بنا بر اذن و تجویز قوانین ملی، معتبر و مؤثر به شمار می‌رود. وجود مزایا و منافع در توسل به داوری باعث نمی‌شود که دولت‌ها از اعمال نظارت قضایی بر آرای داوری بین‌المللی در جهت صیانت از مصالح اساسی جامعه چشم‌پوشی کنند. اهمیت این امر تا حدی است که در بعضی موارد توسل به داوری جهت حل و فصل اختلافات ممنوع است و رأی داوری که متضمن نقض این قواعد باشد ابطال می‌گردد. لذا طرفین داوری و دیوان‌های داوری بین‌المللی باید در حل و فصل اختلافاتی که به نوعی با موضوعات نظم عمومی ارتباط دارند، الزامات نظم عمومی کشورهای مربوط را در نظر داشته باشند.^۳ عدم توجه به ملاحظات نظم عمومی کشورهای مرتبط با داوری می‌تواند تبعات نامطلوبی همچون ابطال رأی در کشور مبدأ و عدم شناسایی و اجرای آن در کشور مقصد را در پی داشته باشد. نظم عمومی یکی از مهم‌ترین و در عین حال مؤثرترین معیارهای اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی است.^۴

البته معیار مذکور با برخی چالش‌ها که عمدتاً از جانب مدافعان دکترین داوری غیر محلی و در رأس آنها پالسون مطرح شده، مواجه بوده است. پالسون ضمن تأیید ابطال آرای داوری بین‌المللی براساس معیارهای موسوم به معیارهای بین‌المللی، ابطال آنها را صرفاً بر مبنای معیارهای محلی، از جمله نظم عمومی، به کلی نادرست و بی‌اعتبار دانسته، فاقد اثر بین‌المللی اعلام کرده^۵ و بر صحت اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی که براساس این معیار ابطال شده‌اند تأکید کرده است.^۶ معیارهای بین‌المللی مورد نظر پالسون برای ابطال رأی داوری تجاری بین‌المللی، همان معیارهای مندرج در شق «الف» تا «د» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک هستند که برای امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی وضع شده^۷ و در کنوانسیون ۱۹۶۱ اروپایی ژنو

3. Gaillard Emmanuel & Savage John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 348.

4. Kreindler Richard H., "Particularities of International Financial Arbitration in the Context of Challenges to Arbitral Awards", *Yearbook of International Financial and Economic Law*, 1997, p. 47.

5. Paulsson Jan, "Arbitration Unbound: Award Detached From the Law of its Country of Origin", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981, pp. 28, 29.

6. Paulsson Jan, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9 No. 1, May 1998, p. 28.

7. *Ibid.*

نیز به عنوان مبانی ابطال رأی داوری برشمرده شده‌اند. طرح چنین دیدگاهی قبل از او سابقه نداشته،^۸ اولین بار توسط وی مطرح شده و البته طرفداران دیگری نیز پیدا کرده است.^۹ با این حال، او و طرفدارانش در این زمینه از توفیق قابل توجهی برخوردار نبوده‌اند. علی‌رغم تلاش فراوانی که در جهت حذف مبانی مربوط به حقوق عمومی و در رأس آنها نظم عمومی از زمره مبانی اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی در قوانین کشورها و منابع مهم بین‌المللی، به‌ویژه کنوانسیون نیویورک، صورت پذیرفته، امروزه شاهدیم که این مبانی در مهم‌ترین منابع بین‌المللی و قوانین اکثر قریب به اتفاق کشورها وجود دارند و توسط دادگاه‌های آنها اعمال می‌شوند. همان‌گونه که خواهیم دید، پیشنهاد جایگزین کردن نظم عمومی کشور مبدأ و کشور مقصد با نظم عمومی موسوم به فراملی نیز از جمله ترفندهای ناکامی است که همسو با دکترین فوق‌الذکر مطرح شده است.

گفتار اول) ویژگی‌های معیار نظم عمومی

معیار نقض نظم عمومی دارای ویژگی‌های خاصی است که آنرا از سایر معیارهای نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی متمایز می‌سازد. در ذیل به مهم‌ترین موارد این ویژگی‌ها اشاره می‌شود که برخی از آنها (ویژگی‌های اول تا سوم) عام است و در اغلب نظام‌های حقوقی ملی دیده می‌شود و برخی دیگر (ویژگی‌های چهارم و پنجم) مخصوص بعضی از نظام‌های حقوقی است.

بند اول) پویایی و انعطاف مفهومی

خصیصه مهم نظم عمومی، پویایی و انعطاف مفهومی آن است. نظم عمومی فاقد دایره شمول ثابت بوده، بر حسب مقتضیات متغیر است.^{۱۰} البته درخصوص اصل مفهوم نظم عمومی دیدگاه‌ها بسیار متشتت و متفاوت است. واقعیت این است که در سطح جهانی هیچ‌گونه تفاهم فراگیر و مبنایی در مورد مفهوم نظم عمومی وجود ندارد.^{۱۱} بعضی نویسندگان معتقدند که نظم عمومی نام غیرسیاسی و غیرتجاهمی منافع ملی است،^{۱۲}

8. Secomb Matthew, "New Zealand: Scope of the Public Policy Exception", Case Comment, *International Arbitration Law Review*, 2004, p. 41.

9. See for example Herrmann Gerold, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?", in *Arbitration Insights*, Kluwer Law International, 2007, p. 253.

۱۰. الماسی، نجادعلی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، نشر میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۸۷؛ سلجوقی، محمود، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، ج ۲، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۶، ص ۱۸۱، همچنین ر.ک:

Böckstiegel, *op.cit.*, p.3.

11. Böckstiegel Karl- Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *IBA Journal of Dispute Resolution*, Special Issue, 2008, p.5.

12. Okekeifere, Andrew I, "Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law", *International*

حال آن که برخی دیگر مهم‌ترین مؤلفه نظم عمومی را عدالت می‌دانند.^{۱۳} درخصوص نظم عمومی همین قدر اتفاق نظر وجود دارد که مفهومی سیال و مبهم است.^{۱۴} لذا تعیین ضابطه برای تشخیص آن بسیار دشوار بوده، در مجموع می‌توان قائل به نسبیّت مفهوم نظم عمومی بود.

یکی از وجوه نسبیّت نظم عمومی، نسبیّت مکانی آن است. آنچه در یک کشور مغایر با نظم عمومی است، ممکن است در کشور دیگر بر خلاف نظم عمومی تلقی نشود.^{۱۵} این واقعیت که کشورهای مختلف دارای معیارهای متفاوتی برای نظم عمومی هستند بدین معنا است که دادگاه‌های یک کشور ممکن است رأی را که احتمالاً در دیگر کشورها معتبر تلقی می‌شود، ابطال کنند.^{۱۶} برخی نویسندگان نظم عمومی را قواعدی مربوط به اصول تمدن و نظام خاص هر کشور دانسته‌اند که با نظم عمومی کشور دیگر متفاوت است.^{۱۷} و برخی نیز آن را بارزترین نماد فرهنگ هر جامعه تلقی کرده‌اند.^{۱۸} برخی نیز معتقدند که نظم عمومی مربوط به اساس اعتقادات بنیادین اخلاقی و سیاسی مرجع رسیدگی کننده است.^{۱۹} لذا موضوعات واحد و یکسان می‌توانند در کشورهای مختلف مشمول قواعد متفاوت و متعارض نظم عمومی قرار گیرند. به همین دلیل نظم عمومی قبل از هر چیز بستگی به قضاوت یک جامعه خاص دارد. برای مثال می‌توان به اختلاف ناشی از تقسیم منافع حاصل از قماربازی اشاره کرد. اگر این اختلاف به داوری رفته، و درخصوص آن رأی صادر شود، در بسیاری از کشورها معامله مذکور یک معامله تجاری معمولی و رأی صادر معتبر تلقی خواهد شد، در حالی که در بعضی کشورها، به ویژه کشورهای اسلامی، مغایر با نظم عمومی است و لذا نامشروع تلقی می‌شود و به همین دلیل رأی صادر شده به علت تعارض با نظم عمومی قابل ابطال یا غیرقابل اجرا خواهد بود. اختلافات ناشی از معامله مشروبات الکلی بین تولیدکننده و توزیع کننده این مشروبات که در کشورهای اسلامی ممنوعند و حتی ممکن است تولید و توزیع آنها مجرمانه تلقی شود^{۲۰} نیز

Arbitration Law Review, 1999, p. 1.

۱۳. القشیری، احمد، طارق ریاض، «قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری»، شرح و ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۲۹، پاییز ۱۳۸۲، ص ۳۵.

14. Okekeifere, *op.cit.*, p. 1.

۱۵. الماسی، نجادعلی، پیشین؛ ارفع نیا، بهشید، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، انتشارات بهتاب، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۸۳، ص ۱۵۱؛ سلجوقی، محمود، پیشین، ص ۱۸۳.

Okekeifere, *op.cit.*, p. 1.

16. Redfern Alan & Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, sweet & maxwell, 2003, p. 231.

۱۷. الماسی، نجاد علی، پیشین، ۱۳۸۵، ص ۱۸۶ و؛

۱۸. کسجیان، کاترین، «نظم عمومی در حقوق اروپا»، ترجمه فیض اله جعفری، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۳۸، ۱۳۸۷، ص ۱۹۷.

19. Van den Bergho, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 376.

20. Redfern & Hunter, *op.cit.*, p. 230.

❖ ۷۶ مجله حقوقی بین‌المللی / شماره چهل و چهار / بهار - تابستان ۱۳۹۰

همین وضع را دارند، در حالی که این امر در کشورهای غیر اسلامی امری عادی و مشروع تلقی می‌شود. دومین نسبت در این خصوص مربوط به عامل زمان است. ارزش‌ها و هنجارهای جوامع ثابت نیستند، بلکه در طول زمان تغییر یافته و تکامل می‌یابند. بنابراین نظم عمومی نیز که ناشی از آنها است، تغییر پیدا خواهد کرد.^{۲۱} به همین دلیل امری که امروزه در یک کشور برخلاف نظم عمومی تلقی می‌شود، ممکن است چند سال بعد امری عادی محسوب شود و یا بالعکس.^{۲۲} هیچ کس نمی‌داند نظم عمومی فردا چه خواهد بود.^{۲۳} شاید به دلیل همین نسبت و پویایی نظم عمومی، کاردسو، نویسنده معروف امریکایی، معتقد بود که «تعریف نظم عمومی معیار با نظم عمومی است».^{۲۴}

در هر حال، خصیصه مذکور باعث می‌شود معیار نظم عمومی مصادیق مختلف و متفاوتی را حسب ویژگی نسبی خود در برگیرد. البته باید به خاطر داشت که علی‌رغم این خصیصه، در رویه قضایی کشورها به تفسیر مضیق معیار تمایل دارد.^{۲۵}

بند دوم) امکان ورود دادگاه به ماهیت

امروزه اکثر قریب به اتفاق منابع داوری تجاری بین‌المللی، اعمال نظارت قضایی بر ماهیت رأی داوری بین‌المللی را جز در موارد ورود به ماهیت براساس موجبات مربوط به حقوق عمومی، ممنوع می‌دانند.^{۲۶} در واقع، ورود دادگاه‌ها در امور مربوط به داوری تجاری بین‌المللی باید در پرتو اصل عدم مداخله دادگاه در ماهیت رأی داوری انجام شود.^{۲۷} بعضی نویسندگان این اصل را اصل کلی حقوق داوری‌های تجاری بین‌المللی و اصل کنوانسیون نیویورک دانسته‌اند.^{۲۸} البته برخی دیگر، وجود این اصل در سطح جهانی،

21. Böckstiegel, *op.cit.*, p. 3.

22. الماسی، نجادعلی، پیشین؛ ارفع نیا، بهشید، پیشین، ص ۱۸۷؛ سلجوقی، محمود، پیشین، ص ۱۸۳ و

Okekeifere, *op.cit.*, p. 1.

23. کسجیان، کاترین، پیشین، ص ۱۸۹.

24. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱ و ۲، مؤسسه انتشارات آگاه، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۸، ص ۲۸.

25. Kroll Stefan, "Setting Aside Proceeding in Model Law Jurisdictions", *International Arbitration Law Review*, 2006, p. 49; Böckstiegel, *op.cit.*, p. 8.

26. Böckstiegel, *op.cit.*, p. 7; Prak, *op.cit.*, p. 148.

27. Van den Berg, "The Efficacy of Award in International Commercial Arbitration" in *Arbitration Insights*, Kluwer Law Internatioal, 2007, p. 117; Park, *op.cit.*, p. 148; Kroll Stefan, "Setting Aside Proceeding in Model Law Jurisdictions", *International Arbitration Law Review*, 2006, p. 2.

28. Heuman Lars & Millqvist Goran "Swedish Supreme Court Refuse to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention", *Journal of International Arbitration*, 20(5), 2003, p. 494; Van den Berg, Albert Jan, *The New York ... op. cit.*, Kluwer Law and Taxation Publishers p. 64.

به‌ویژه در خصوص امور موضوعی را نپذیرفته‌اند.^{۲۹} حتی نویسندگان اخیر نیز وجود چنین اصل و قاعده‌ای را در سطح یک قاعده حقوقی در حقوق داوری برخی کشورها می‌پذیرند.^{۳۰}

اصل ممنوعیت بازنگری قضایی در ماهیت رأی داوری در سطح جهانی، مورد تأیید رویه قضایی دادگاه‌ها نیز قرار گرفته است.^{۳۱} در کشورهای تابع قانون نمونه، که امروزه منبع مستقیم و غیرمستقیم و الهام بخش قانون داوری بسیاری از کشورها است^{۳۲} نیز دادگاه‌ها عموماً بر این نکته تأکید کرده‌اند که به موجب ماده ۳۴ این قانون، بازنگری در ماهیت رأی داوری مجاز نیست.^{۳۳} حتی در کشورهایی نظیر آمریکا که اعتراض به رأی داوری براساس برخی موجبات ماهوی - همچون معیار بی‌توجهی آشکار به قانون - مجاز است، باز هم قاعده کلی، عدم امکان بازنگری رأی داوری به علت اشتباهات ماهوی داور است.^{۳۴} قانون داوری فرانسه نیز، جز در حد بررسی انطباق رأی داوری با الزامات نظم عمومی بین‌المللی، به دادگاه‌ها اجازه نمی‌دهد که تصمیم داوران در ماهیت اختلاف را مورد بازنگری و کنترل قرار دهند.^{۳۵}

باید به خاطر داشت که این اصل بدان معنا نیست که دادگاه در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری، حتی در غیر از معیارهای مربوط به حقوق عمومی، به هیچ وجه به محتوای رأی صادر نظر نخواهد افکند، بلکه ناگزیر و در هنگام ضرورت، آن هم صرفاً در محدوده معیار مربوط می‌تواند ماهیت رأی صادر شده را مورد عنایت قرار دهد.^{۳۶} برای مثال، دیوان عالی سوئیس در یکی از پرونده‌ها به دادگاه مربوط اجازه داد که با ورود حاشیه‌ای به ماهیت، جزئیات قانون قابل اعمال بر ماهیت را از جهت انتقال و جانشینی در قرارداد، که امری مقدماتی و در واقع لازمه تشخیص اعتبار انتقال شرط داوری بود، مورد بررسی قرار دهد.^{۳۷}

29. Dammann Amina, "Vacating Arbitration Awards for Mistakes of Fact", *The Review of Litigation*, Vol. 27, 2007, p. 492, 444.

30. *Ibid.*, p. 490.

31. Van den Berg, "Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few", Special Supplement 1999: *Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's 75th Anniversary Conference*, 1999, p. 77; Van den Berg, *The New York ... op. cit.*, p. 265.

32. Bowman Rutledge Peter, "On Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 19(2). 2002. p. 70.

33. Kroll, *op.cit.*, p.3; Giovannini Teresa, *What are the Grounds on which Awards are most often Set Aside?*, The Institute for Transnational Arbitrations, Eleventh Annual Workshop/Dallas, 15 June, 2000, p. 6.

34. Dammann, *op.cit.*, p. 486.

35. Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 943.

36. Van den Berg, *The New York ... op. cit.*, p. 271.

37. Kessedjian Catherine, "Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules", in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 87.

بند سوم) امکان تعرض مستقیم دادگاه به رأی داوری

با عنایت به این که معیار نظم عمومی اصولاً جهت تضمین و حمایت از اساسی‌ترین حقوق و ارزش‌های هر کشور در نظر گرفته شده و این حقوق و هنجارها ممکن است، نه تنها توسط مرجع داوری، بلکه حتی از سوی طرف‌های داوری نیز نادیده گرفته و نقض شوند، اغلب منابع موجود، امکان تعرض مستقیم دادگاه‌های دولتی به رأی داوری به علت نقض معیارهای مربوط به حقوق عمومی، از جمله نقض نظم عمومی را پیش‌بینی کرده‌اند. لذا دادگاه می‌تواند رأساً و بدون درخواست هریک از طرفین، متعرض رأی داوری مربوط شده، حسب مورد آن را ابطال، بطلان آن را اعلام و یا از شناسایی و اجرای آن خودداری کند.

بند چهارم) عدم وجود مهلت در استناد به معیار

معمولاً اعتراض به رأی داوری و یا طرح ایراد در مقابل تقاضای شناسایی و اجرای رأی داوری محدود به مهلت خاص و معینی است و در صورت انقضای آن مهلت، امکان اعتراض یا طرح ایراد در مخالفت با شناسایی و اجرای رأی داوری از دست می‌رود. این مهلت طبق قانون شکلی کشور متبوع دادگاه تعیین می‌شود. به طور مثال، طبق بند ۳ ماده ۳۴ قانون نمونه، پس از گذشت سه ماه از تاریخ دریافت رأی، دیگر معترض نمی‌تواند تقاضای ابطال رأی را تقدیم دادگاه کند. در ایتالیا اعتراض به رأی داوری و تقاضای ابطال آن براساس موجبات بطلان می‌تواند ظرف ۹۰ روز از تاریخ ابلاغ رأی تقدیم دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی محل انجام داوری شود. در هر صورت، اعتراض محدود به یک مهلت زمانی یک ساله است که تاریخ شروع آن، تاریخ آخرین امضای رأی داوری است. در حقوق داوری ایتالیا، تقاضای فسخ رأی داوری نیز باید ظرف سی روز از تاریخ کشف تقلب یا دلیل جدید تقدیم دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی مقر داوری شود.^{۳۸} قانون داوری ۱۹۹۹ سوئد مهلت طرح دعوی ابطال رأی داوری را از ۶۰ روز به سه ماه افزایش داده است. مهلت اعتراض به رأی داوری در سوئیس ۳۰ روز پس از ابلاغ رأی است.

با این حال، نظر به امره و انتظامی بودن قواعد مربوط به نظم عمومی، در قوانین برخی کشورها در خصوص معیارهای راجع به حقوق عمومی، از جمله عدم امکان داوری در موضوع اختلاف و نقض نظم عمومی، هیچ‌گونه محدودیت زمانی و مهلت خاص لحاظ نشده است. به طور مثال، در ایران براساس بند ۳ ماده ۳۳ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مهلت اعتراض و تقاضای ابطال رأی داوری تجاری بین‌المللی فقط درخصوص موجبات مندرج در بند یک ماده ۳۳ در نظر گرفته شده که آن هم سه ماه است. قانون مذکور برای اعتراض به آرای داوری تجاری بین‌المللی بر مبنای موجبات مندرج در ماده ۳۴ آن قانون، مهلتی در نظر نگرفته است و امکان طرح آن در هر زمان وجود دارد.

38. Carrera, *op.cit.*, p. 5.

بند پنجم) غیرقابل اسقاط بودن حق استناد به معیار

ممکن است طرفین داوری حق خود در به چالش کشیدن رأی داوری در دادگاه‌های دولتی را سلب و اسقاط کنند.^{۳۹} با این حال در بسیاری از کشورها، یا طرفین به طور کلی نمی‌توانند حق خود در این باره را اسقاط کنند (همچون قانون سابق فرانسه)،^{۴۰} یا این امر فقط در شمار بسیار محدودی از معیارها قابل اعمال است.^{۴۱} و یا این امکان صرفاً در مورد روش‌های غیرمعمول اعتراض به رأی داوری (همچون تجدیدنظرخواهی حکمی از رأی داوری در انگلستان)^{۴۲} وجود دارد. در برخی کشورها نیز موضع نظام حقوقی مربوط در این خصوص متشدد است (همچون ایالات متحده آمریکا).^{۴۳} با وجود این، حتی در مواردی که امکان سلب کلی

۹۳. برای ملاحظه دیدگاه موافقان و مخالفان تجویز اسقاط حق اعتراض رأی داوری در دادگاه دولتی، ر.ک:

Gleason, *op.cit.*, p.271, 272; Berger, Peter Klaus, "The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective", *Fordham International Law Journal*, Vol. 12, 1989, p. 643; Hulea Dan C., "Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Award. An American Perspective", *Brook Journal of International Law*, Vol. 29, 2004, p. 347; Knull William H. & Rubins Norah D., "Betting the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option?", *The American Review International Arbitration*, Vol. 11, No. 4, 2000, p. 43; Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 917; Kroll, *op.cit.*, p. 31; Caron & Caplan & Pelonpaa, *The UNCITRAL Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2006, p. 741; Audit, Bernard, "French Court Decisions on Arbitration, 2007-2008", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 19 No. 2, 2008, p. 20; Uzelac, Alan, "Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: Current Jurisprudence and Problem Areas under the UCITRAL Model Law", 154 *Int A. L. R.*, 2005, p. 4; Lu, May, "The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England", 23 *Ariz. J. Int L & Comp.*, 2006, p. 756.

40. Knull & Rubins, *op.cit.*, p. 52; Gaillard & Savage, *op. cit.*, p. 917; Giovannini, *op.cit.*, p. 125.

۱۴. در قانون داوری جدید فرانسه (مصوب سیزدهم ژانویه ۲۰۱۱) مقررات سابق در این خصوص اصلاح شد. طبق ماده ۱۵۲۲ اصلاحی از این به بعد طرفین می‌توانند با توافق صریح حق اعتراض به رأی داوری تجاری بین‌المللی را از خود سلب کنند. با این حال، این امر مانع از این نیست که دادگاه در مرحله اجرای این آرا در فرانسه نظارت قضایی خود را بر رأی داوری اعمال کند. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک:

Gaillard, Emmanuel, "France Adopts New Law On Arbitration", *New York Law Journal*, Vol. 245, No. 15, January 24, 2011, p. 2.

42. See Giovannini, *op.cit.*, p. 125.

43. See Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, Fourth Edition, Blackwell Publishing, 2007, p. 315.

44. See Bowman, *op.cit.*, p. 76 ; Knull & Rubins, *op.cit.*, p. 46 ; Hulea, *op.cit.*, p. 325; Chafetz Eric, "The Propriety of Expanded Judicial Review under the FAA: Achieving a Balance Between Enforcing Parties' Agreements According to their Terms and Maintaining Arbitral Efficacy", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 8, p. 3; Sasser Karon A., "Freedom to Contract for Expanded Judicial Review in Arbitration Agreements", *Cumberland Law Review*, Vol. 31, 2000- 2001, p. 337; Meriwether Thomas S., "Limiting Judicial Review of Arbitral Awards under the

این حق وجود دارد، علی‌الاصول اسقاط حق توسل به دادگاه براساس این معیار باید فاقد هرگونه اثر قانونی باشد.^{۴۵}

درخصوص موجبات مندرج در ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، از جمله نقض نظم عمومی باید گفت قانونگذار حق اعتراض به رأی داوری براساس موجبات مندرج در این ماده را به دلیل فقدان مهلت اعتراض، قابل اسقاط ندانسته است و این خود می‌تواند حاکی از عدم امکان اسقاط حق اعتراض براساس این موجبات در نظر قانونگذار ایرانی باشد. به همین دلیل باید گفت پذیرش اعتبار اسقاط حق اعتراض طرفین به رأی داوری، براساس موجبات مندرج در ماده ۳۴ این قانون، به دلیل ارتباط موضوعات مذکور با نظم عمومی ایران دشوار است.^{۴۶}

گفتار دوم) مصادیق معیار نظم عمومی

باید به خاطر داشت که گاه عناوین خاصی که به طور عادی در زمره ملاحظات نظم عمومی نیز قرار می‌گیرند، معمولاً به دلیل اهمیتشان، واجد عنوان خاصی در فهرست موجبات اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری می‌شوند که علی‌القاعده آنها را از قلمرو احکام عام ناظر بر نظم عمومی جدا می‌کند. تفاوت عناوین مذکور، از جمله در این است که اگر نقض این اصول تحت عناوین خاص مثل نقض دادرسی منصفانه آورده شود، باید در هر مورد، شرایط خاص را در مورد، آن‌ها اعمال کرد. مثلاً اگر موضوع تحت عنوان «نقض اصول دادرسی منصفانه» و در کنار دیگر موجباتی قید شود که برای ابطال رأی داوری لزوماً باید از سوی طرفین مورد استناد قرار گیرد، دادگاه نمی‌تواند به این دلیل که این مفاهیم در زمره ملاحظات نظم عمومی نیز قرار می‌گیرد، واقعیات عینی منطبق با آن موجب خاص را با معیار نظم عمومی نیز تطبیق داده، بر این اساس رأساً متعرض رأی داوری شود. البته *وان دن برگ* در تفسیر کنوانسیون نیویورک معتقد است که قید معیار نقض دادرسی منصفانه در شق «ب» بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون در کنار موجباتی که باید توسط هریک از طرفین مورد استناد قرار گیرند، آن را از شمول معیار نظم عمومی مقرر در شق «ب» بند ۲ این ماده خارج نمی‌کند. لذا اگر دادگاه نقض دادرسی منصفانه را در داوری احراز کند، می‌تواند حتی مستنداً به شق «ب» بند ۲ ماده ۵ از اجرای رأی

Federal Arbitration Act", *Boston Law Review*, Vol. 44, 2008, pp. 739-775; Sullivan Kevin A., "The Problems of Permitting Expanded Judicial Review of Arbitration Awards Under The Federal Arbitration Act", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 46, 2002, pp. 509-560; Leroy Michael H. & Feuille Peter, "The Revolving Door of Justice: Arbitration Agreements that Expand Court Review of an Award", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, 2004, pp. 861-924.

45. Caron & Caplan & Pelonpaa, *op.cit.*, p. 741; Knull & Rubins, *op.cit.*, p. 41; Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 975.

46. برای ملاحظه نظر موافق ر.ک: جنیدی، *لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، تهران، ۱۳۸۷، ص ۳۴۳.

داوری خودداری ورزد و، حتی اگر محکوم علیه به آن استناد نکرده باشد.^{۴۷} اما پذیرش چنین دیدگاهی با علت اختصاص عنوان و جایگاه خاص برای یک معیار سازگار نیست و با اصول تفسیر ناهماهنگ است. در نتیجه باید به اقدام قانونگذار و تنظیم‌کنندگان اسناد بین‌المللی ترتیب اثر داد و برای این تفکیک و گروه‌بندی، ارزش و اثر عملی قائل شد. بنابراین، در خصوص مقررات کنوانسیون نیویورک در این خصوص هم می‌توان گفت که جایگاه اصول دادرسی منصفانه در این سند و دیگر اسناد مشابه، از جهت اختصاص یک عنوان خاص به آن اهمیت و ترفیع یافته، از جهت قید آن در جایگاه موجباتی که فقط از سوی طرفین قابل استناد هستند، قابلیت اعمال و استناد به آن محدودیت پیدا کرده است. اگر تدوین‌کنندگان کنوانسیون نیویورک قصد داشتند ضمن حفظ خصیصه نظم عمومی برای این اصول، صرفاً اهمیت آنها را مورد تأکید قرار دهند، هیچ نیازی به تفکیک آنها از معیار نظم عمومی و اختصاص عنوانی مجزا و درج آنها در میان موجباتی که دارای شرایط اعمال متفاوت با نظم عمومی هستند نبود، چه بسا بود معیار نقض دادرسی منصفانه در همان شق «ب» به عنوان یک موجب مستقل قید شده، یا در همان مقرره مربوط به نظم عمومی لزوم رعایت این اصول نیز به عنوان مصادیق نظم عمومی به شمار رود؛ کاری که مشابه آن به نوعی دیگر و البته گسترده‌تر توسط قانون داورى سال ۱۹۷۴ استرالیا صورت پذیرفته است. در قانون داورى ۱۹۷۴ استرالیا که براساس قانون نمونه آنسیترال اصلاح گردید، تصریح شده است که «در داورى‌های تجارى بین‌المللى در صورتى یک رأى مغایر با نظم عمومی شناخته شده و از شناسایی و اجرای آن جلوگیری به عمل می‌آید که ... (ب) تخلف از قواعد عدالت طبیعی در رابطه با صدور رأى احراز شده باشد».

در هر حال، این که نظم عمومی، هم مسائل شکلی و هم ماهوی را در بر می‌گیرد، به طور کلی پذیرفته شده است.^{۴۸}

بند اول) نظم عمومی شکلی

مفهوم نظم عمومی تشریفاتی و شکلی به طور وسیعی در سطح جهانی به رسمیت شناخته شده است.^{۴۹} مهم‌ترین قواعد نظم عمومی شکلی در رابطه با داورى، اصول اساسی دادرسی عادلانه و منصفانه، از جمله رفتار برابر با طرفین و تشکیل منصفانه دیوان داورى و رعایت انصاف و عدالت در رسیدگی به دلایل و دفاعیات و لزوم رعایت بی‌طرفی داوران هستند.^{۵۰} لذا انجام داورى در شرایطی که الزامات بنیادین عدالت تشریفاتی رعایت نشده باشند می‌تواند مغایر با نظم عمومی به شمار رود. دادگاه‌ها نیز غالباً امور مربوط به

47. Van den Berg, *The New York ... op. cit.*, p. 300.

48. Gaillard & Savage, *op. cit.*, p. 975; Giovanini, *op. cit.*, p. 33.

49. Böckstiegel, *op. cit.*, p. 7.

50. *Ibid.*

دادرسی منصفانه را به عنوان یک مسئله مرتبط با نظم عمومی تلقی می‌کنند.^{۵۱} لذا به طور مثال، حتی طرفین نیز نمی‌توانند به دیوان داورى اختیار دهند که داورى را برخلاف ملاحظات نظم عمومی کشور مقرر داورى انجام دهد.^{۵۲} البته نظم عمومی شکلی فراتر از صرف اصول عدالت و انصاف است. ممکن است برخی قوانین شرایط خاصی را برای داور یا نحوه تشکیل و ترکیب دیوان و اداره داورى پیش‌بینی کنند که حسب مورد در زمره ملاحظات شکلی نظم عمومی قرار گیرند. به طور مثال ماده ۱۱ قانون داورى تجارى بین‌المللى ایران با تکرار قاعده مندرج در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنى، مقرر می‌دارد که طرف ایرانی نمی‌تواند قبل از بروز اختلاف به نحوی از انحا ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف، حل آن را به داورى یک یا چند نفر که دارای همان تابعیت طرف یا اطراف داورى هستند، وا می‌گذارد.

برخی نویسندگان معتقدند که در حقوق اسلامی سه اصل مهم درخصوص نظم عمومی شکلی وجود دارد: ۱) برابری طرفین داورى و رفتار برابر با آنها، ۲) ممنوعیت تصمیم‌گیری درباره اختلاف توسط داور بدون استماع خواهان و خوانده، ۳) ممنوعیت داور در اتخاذ تصمیم و صدور رأی بدون اعطای فرصت به طرفین جهت ارائه دلایل، ادعاها و دفاعیات.^{۵۳}

البته درحوزه مصادیق نظم عمومی برخی موارد اختلافی است که از آن میان می‌توان به این مورد اشاره کرد که آیا اگر مبنای تحصیل رأی داورى، نقض حقوق اساسی بشر همچون حق حریم خصوصی باشد، این امر نقض نظم عمومی شکلی تلقی می‌شود یا خیر.^{۵۴}

رعایت ملاحظات نظم عمومی شکلی در داورى بین‌المللى به دو مرحله تقسیم می‌شود: مرحله اول که همان مرحله داورى است، به دوره قبل از صدور رأی داورى مربوط می‌شود. حقوق مورد نظر در این مرحله همان اصول دادرسی منصفانه است.^{۵۵} بعضی نظام‌های حقوقی، نقض اصول دادرسی منصفانه را به عنوان یک موجب خاص برای اعمال نظارت قضایی بر رأی داورى در نظر گرفته‌اند. قانون نمونه فرانسه و سوئیس از این جمله‌اند. در صورت عدم تخصیص عنوانی خاص برای نقض این اصول، جهت اعمال نظارت قضایی بر رأی داورى، نقض آن‌ها تحت عنوان عام نظم عمومی قابل بررسی است.^{۵۶} مرحله دوم مرحله صدور رأی است که ناظر به بعضی شرایط شکلی رأی داورى است که اغلب به حقوق اساسی و طبیعی طرفین، مثل لزوم وجود استدلال و استناد در رأی - که در برخی کشورها در زمره ملاحظات نظم عمومی است - مربوط

51. Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 975.

52. Redfern & Hunter, *op.cit.*, pp. 280-281.

53. Saleh Samir, "The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the States of the Arab Middle East", in Lew, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 348.

54. Böckstiegel, *op.cit.*, p. 7.

55. Van den Berg, *op.cit.*, p. 299.

56. *Ibid.*, p. 300.

می‌شوند. اصول مذکور درخصوص ماهیت رأی نیز جاری است. اگر حقوق اساسی و ماهیتی طرفین یا یکی از آنها در نتیجه صدور رأی داوری نقض شده باشد، ممکن است دادگاه، حسب مورد در مبدأ یا مقصد، براساس معیار نظم عمومی، رأی داوری را ابطال یا از اجرای آن خودداری کند.^{۵۷}

بند دوم) نظم عمومی ماهوی

ملاحظات نظم عمومی ماهوی کشورهای مرتبط با داوری نیز باید توسط دیوان‌های داوری مورد عنایت قرار گیرند، چرا که در صورت نقض آنها ممکن است رأی داوری در دادگاه‌های این کشورها، حسب مورد، ابطال و یا با ممانعت از شناسایی و اجرا مواجه شود. نظم عمومی، در کنار قابلیت داوری، از موجباتی است که دادگاه می‌تواند براساس آن نسبت به بازنگری ماهوی رأی داوری نیز اقدام کند و این امر در تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. برای مثال، دادگاه‌های آلمان با تفکیک موجبات مختلف ابطال رأی داوری، بازنگری قضایی در ماهیت و مسائل عینی آن را صرفاً در مورد معیار نظم عمومی مجاز دانسته‌اند.^{۵۸} از سوی دیگر، بررسی رویه قضایی دادگاه‌های بعضی کشورها، مثل اتریش، مؤید آن است که در این کشورها نظم عمومی صرفاً شامل قواعد ماهوی بوده، قواعد شکلی را در بر نمی‌گیرد.^{۵۹}

درخصوص نظم عمومی ماهوی می‌توان از موارد مرتبط با جرائمی چون تروریسم، قاچاق مواد مخدر، پول‌شویی، و نسل‌کشی و نیز قواعد مربوط به حمایت از منافع حیاتی دولت یا جامعه بین‌المللی و بعضی قوانین تجارت خارجی و واردات و صادرات کالاهای خاص از جمله صدور سلاح یا دانش فنی برتر و نیز محدودیت‌های ناظر بر تحریم‌های شورای امنیت سازمان ملل متحد نام برد.^{۶۰} بنابراین، یک رأی داوری که اعتبار و ام ربوی را تأیید می‌کند می‌تواند مغایر با مفهوم نظم عمومی، حتی به مفهوم بین‌المللی آن تلقی شود، مشروط به این که نرخ بهره قابل اعمال، از دید ملاک‌ها و معیارهای مناسب برای ماهیت بین‌المللی قرارداد، افراطی و فوق‌العاده به شمار رود.^{۶۱} همچنین مقررات راجع به محدودیت‌های ارزی که هدف از آنها حفظ منافع و ثروت‌های ملی و جلوگیری از تضعیف بنیه اقتصادی و مالی کشورها است، از جمله قواعد آمره مرتبط با نظم عمومی به شمار می‌روند.^{۶۲} تصمیمات مبتنی بر تبعیض مذهبی یا نژادی، قراردادهای مبتنی بر تطمیع و رشوه و یا آرای ناقض سیاست‌های بین‌المللی اقتصادی نیز از جمله مثال‌های ذکر شده برای

57. Lu, May, *op.cit.*, p. 755.

58. Dammonn, *op.cit.*, p. 489.

59. Riegler, *op.cit.*, p. 92.

60. Böckstiegel, *op.cit.*, p. 8.

61. Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 962.

۶۲. افتخار چهرمی، گودرز، «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۱-۱۳۷۲، ص ۶۹.

تصمیمات ناقض نظم عمومی ماهوی به شمار می‌روند.^{۶۳} دادگاه تجدیدنظر پاریس در یک پرونده چنین نظر داد که لزوم رعایت حسن نیت در اجرای قراردادها، از جمله قراردادهای بین‌المللی، یک قاعده نظم عمومی بین‌المللی است.^{۶۴}

برخی نویسندگان معتقدند که درخصوص نظم عمومی ماهوی در اسلام نیز دو مسئله در خصوص داورهای بین‌المللی بیشتر مطرح است، یکی ربا و معاملات ربوی و دیگری غرر و یا تعهدات شانس‌ی یا اتفاقی و نامعلوم.^{۶۵}

مصادیقی همچون اعمال متقلبانه، فریب و تطمیع در تحصیل رأی داور می‌تواند استناد به قانون متبوع دادگاه رسیدگی‌کننده، مبنایی مستقل برای اعتراض به رأی داور، یا زیر مجموعه نظم عمومی قرار گیرند. لذا این موارد در کشورهایی که به عنوان مبنای مستقل اعمال نظارت قضایی بر رأی داور تجاری بین‌المللی شناخته نمی‌شوند، علی‌القاعده ممکن است از مصادیق نقض نظم عمومی به شمار آیند. به طور مثال، قانون داور فدرال ایالات متحده امریکا تحصیل رأی از طریق تطمیع، فریب یا وسایل ناروا و جانبداری آشکار یا تطمیع داوران یا هریک از آنها را از موجبات خاص اعتراض به رأی داور و ابطال آن برشمرده است، در حالی که این قانون مبنای مستقلی تحت عنوان نظم عمومی ندارد و صرفاً رویه قضایی ایالات متحده معیاری مستقل تحت عنوان نقض نظم عمومی ایجاد کرده است.^{۶۶} در فرانسه یکی از موارد نقض نظم عمومی بین‌المللی جایی است که یکی از طرفین با ارائه اسناد جعلی، داوران را فریب می‌دهد، حتی اگر این فریب تا پس از صدور رأی نیز کشف نشده باشد.^{۶۷} دادگاه تجدیدنظر پاریس در تصمیم خود در تاریخ ۳۰ سپتامبر ۱۹۹۳، رشوه و تطمیع را مغایر با نظم عمومی دانست.^{۶۸} در یک پرونده فرانسوی دیگر، برداشت دادگاه تجدیدنظر پاریس چنین بود که ارائه مدارک جعلی برای فریب دادن و گمراه ساختن دیوان داور، خلاف نظم عمومی است.^{۶۹} در ماده ۱۹ قانون داور استرالیا نیز تصریح شده که تحصیل رأی داور تجاری بین‌المللی به وسیله فریب و تطمیع، مغایر با نظم عمومی است.

شق «ح» و «ط» بند ۱ ماده ۳۳ قانون داور تجاری بین‌المللی ایران را با تفسیری موسع می‌توان در زمره مصادیق خاص و متمایز نقض نظم عمومی از طریق تحصیل رأی داور با استفاده از اعمال متقلبانه و

63. Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 961.

64. *Ibid.*, p. 962.

65. Saleh, *op.cit.*, p. 348.

66. Busy Cindy G., "The Arbitrators' Duty to Respect the Parties' Choice of Law in Commercial Arbitration", *ST. John's Law Review*, Vol. 79, 2005, p. 94; Dammann, *op.cit.*, p. 461.

67. Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 958.

68. Giovanini, *op.cit.*, p. 48.

69. *Ibid.*, p. 38.

فرب دانت. شق «ح» ماده مذکور یکی از موجبات ابطال رأی داوری را وقتی می‌داند که «رأی داوری مستند به سندی باشد که جعلی بودن آن به موجب حکم نهایی ثابت شده است». شق «ط» این ماده نیز یکی از موجبات ابطال رأی داوری را آن می‌داند که پس از صدور رأی، داوری مدارکی یافت شود که توسط طرف مقابل مکتوم مانده باشد. بدیهی است که جعل سند، یا استفاده از سند مجعول و ارائه چنین سندی به دیوان داوری و نیز کتمان سند می‌توانند از مصادیق بارز اعمال متقلبانه و فرب دیوان داوری تلقی شوند. این وضعیت ممکن است موجب ابطال رأی داوری به علت نقض نظم عمومی شود. لذا شاید طرح آن در یک بند جداگانه و اطاله فهرست موجبات ابطال رأی داوری تجاری بین‌المللی قابل انتقاد باشد.

البته بدیهی است که صرف ادعای فرب یا تطمیع برای توجیه ابطال و یا خودداری از اجرای رأی داوری براساس معیار نظم عمومی کافی نیست، بلکه این ادعاها باید در جریان دادرسی مربوط به ابطال یا اجرا و یا ترجیحاً قبلاً به موجب حکمی جداگانه، اثبات شوند. لذا بازنگری کامل رأی داوری به صرف ادعای تحصیل رأی با فرب و اعمال متقلبانه ممکن است این خطر را به دنبال داشته باشد که نظارت قضایی بر رأی داوری را تبدیل به مرحله تجدیدنظر در این خصوص کند. به همین دلیل باید درخصوص ادعاهای اخیر، حکم قضایی و یا حداقل دلیل مسلم و قوی وجود داشته باشد.

گفتار سوم) انواع نظم عمومی

نظم عمومی به دو نوع داخلی و بین‌المللی تقسیم می‌شود. نظم عمومی بین‌المللی نیز دو حوزه متفاوت حقوقی را در بر می‌گیرد: یکی در نظام حقوق بین‌الملل عمومی و دیگری در نظام‌های حقوقی داخلی. اصطلاحاً به این دو نوع نظم عمومی که دارای شباهت لفظی با یکدیگر هستند نظم عمومی بین‌المللی حقوق بین‌الملل عمومی و نظم عمومی بین‌المللی حقوق خصوصی گفته می‌شود. از دیگر سو بعضی نویسندگان در تلاش برای توجیه نوعی دیگر از نظم عمومی، تحت عنوان «نظم عمومی فراملی» هستند که در این گفتار مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول) نظم عمومی داخلی

بند اول) مفهوم نظم عمومی داخلی

نظم عمومی داخلی متشکل از قواعد آمره هر کشور است. اما درخصوص رابطه منطقی بین نظم عمومی و این قواعد اتفاق نظر وجود ندارد. نویسندگان در این خصوص دارای دو دیدگاه متفاوت هستند. اغلب آنان، به طور کلی و مطلق قائل به این هستند که نظم عمومی در حقوق داخلی به معنای رعایت مطلق

«قواعد امری» است.^{۷۰} برخی دیگر نیز معتقدند هر قاعده امری در قلمرو نظم عمومی قرار نمی‌گیرد.^{۷۱} آنان معتقدند امری بودن قواعد در حقوق خصوصی دارای اعتبار و ضمانت اجرای یکسان نیست و باید در مورد این گونه قواعد، بین قواعد امری واجد خصیصه نظم عمومی و قواعد امری فاقد این خصیصه قائل به تفکیک شد. معیار این تفکیک «نفع عمومی» است که نباید اجازه داد اراده افراد آن را به خطر اندازد.^{۷۲} لذا در این دیدگاه، که البته مضیق‌تر از دیدگاه نخست است، نظم عمومی معادل با «نفع عمومی» است. دیدگاه اخیر از سوی دادگاه‌های کشورهای مختلف از جمله دادگاه‌های آلمان و ایالات متحده امریکا مورد تأیید قرار گرفته است.^{۷۳} البته برخی نویسندگان گروه نخست نیز اگرچه نظم عمومی را معادل نفع عمومی تلقی نمی‌کنند، اما هدف عمده آن را تأمین منافع عمومی می‌دانند.^{۷۴}

بند دوم) جایگاه نظم عمومی صرفاً داخلی در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی

مسئله است که اعمال نظم عمومی صرفاً داخلی برای اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری صرفاً داخلی مجاز و بدون هرگونه ایراد است، به نحوی که حتی کسانی که نظم عمومی را دارای سه سطح کاملاً مشخص داخلی، بین‌المللی و فراملی می‌دانند نیز اذعان دارند که وقتی فقط یک کشور با داوری مرتبط است نظم عمومی داخلی همان کشور اعمال خواهد شد.^{۷۵} اما اعمال این مفهوم برای ابطال رأی داوری بین‌المللی به شدت مورد تردید است و نگارنده در آثار هیچ یک از نویسندگان، دیدگاهی مبنی بر ابطال رأی داوری تجاری بین‌المللی براساس مفاهیم نظم عمومی صرفاً داخلی مشاهده نکرده است.

به نظر می‌رسد ملاک اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری بین‌المللی، نظم عمومی بین‌المللی کشورهای است، نه نظم عمومی صرفاً داخلی آنها.^{۷۶} در واقع، مقتضای داوری‌های تجاری بین‌المللی با اعمال معیارهای

۷۰. الماسی، نجادعلی، پیشین، ص ۱۸۳؛ ارفع نیا، بهشید، پیشین، ص ۱۵۵، نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰، ص ۳۷؛ نصیری، محمد، پیشین، ص ۱۸۷-۱۸۸؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۶۰؛ درن، ایوب، «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی»، ترجمه و تلخیص محمد اشتری، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۹، پاییز-زمستان ۱۳۶۷، ص ۶۹؛ کسجیان، پیشین، ص ۱۹۸.

71. Böckstiegel, *op.cit.*, p. 3; Theofrastous Theodore C, "International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiary and Supremacy in Light of the De-Localization Debate", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 31, 1999, p. 459.

۷۲. سلجوقی، محمود، پیشین، ص ۱۸۲-۱۸۳.

73. Dammann, *op.cit.*, p. 492.

۷۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص ۵۷۷؛ الماسی، نجادعلی، پیشین، ص ۱۸۲.

75. Lu, *op.cit.*, p. 771.

76. See for example Herrmann Gerold, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?", in

۸۷ ❖ بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی ...

نظم عمومی صرفاً داخلی، که بنا بر نظر اکثر نویسندگان، مطلق قواعد امری کشورها است، سازگار نیست. حتی قوانین بسیاری از کشورها که دارای نظام داوری دوگانه هستند، صراحتاً امکان توافق طرفین داوری بر خلاف بسیاری از قواعد امری داخلی را معتبر دانسته‌اند. این بدان معنا است که این کشورها بین نظم عمومی صرفاً داخلی و نظم عمومی بین‌المللی خود قائل به تفکیک بوده، در داوری‌های بین‌المللی مفهوم اخیر را اعمال می‌کنند. بهترین مثال در این خصوص، مقررات قانون نمونه آنسیترال است که مورد پذیرش بسیاری از کشورها، از جمله ایران، است. با وجود این، مطالعه اسناد بین‌المللی مهم راجع به داوری‌های تجاری بین‌المللی حاکی از این است که این اسناد، مطلق نظم عمومی کشور متبوع دادگاه را در نظر داشته و به هیچ وجه وارد بحث نوع نظم عمومی قابل اعمال نشده‌اند، بلکه تصمیم‌گیری در این خصوص را به کشورهای ذیربط محول کرده و کشورها را از استناد به نظم عمومی صرفاً داخلی خود منع نکرده‌اند. کمیته ارائه‌کننده پیش‌نویس کنوانسیون نیویورک به کنفرانس ملل متحد در گزارش خود صراحتاً به این امر اشاره کرده است که قصدش محدود کردن ایراد نظم عمومی به مواردی بوده که در آنها شناسایی یا اجرای رأی داوری خارجی آشکارا با اصول اساسی نظام حقوقی کشوری که رأی در آن مورد استناد قرار گرفته مخالف است.^{۷۷} با این حال، در رویه قضایی کشورها، فقط در موارد نادری به نظم عمومی صرفاً داخلی، آن هم برای امتناع از اجرای رأی داوری خارجی، استناد شده است. دیوان عالی کشور استرالیا در سال ۱۹۸۳ از اجرای یک رأی داوری هلندی به علت نقض نظم عمومی صرفاً داخلی استرالیا خودداری کرد. دیوان مذکور چنین رأی داد که نه تنها هیچ تفکیکی بین نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین‌المللی کشورها در شق «ب» بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک پیش‌بینی نشده است، بلکه کنوانسیون مذکور آشکارا به نظم عمومی کشور محل اجرای رأی اشاره کرده است.^{۷۸} در این خصوص همچنین می‌توان از تصمیم دادگاه دهلی در هند نام برد که در آن، دادگاه از اجرای رأی داوری صادر شده در لندن به دلیل نقض ملاحظات نظم عمومی صرفاً داخلی هند خودداری ورزید.^{۷۹}

مبحث دوم) نظم عمومی بین‌المللی

واقعیت این است که بعضی قواعد آمره که براساس ملاحظات صرفاً داخلی مقرر شده‌اند، لزوماً در داوری‌های بین‌المللی قابلیت اعمال ندارند. لذا برای مثال، اعتبار قراردادهای بین‌المللی ممکن است مورد تأیید قرار

Arbitration Insights, Kluwer Law International, 2007, p. 254.

77. *Ibid.*, p. 177.

78. Van den Berg, *New York*, *op. cit.*, p. 19.

79. *Ibid.*

گیرد، حتی اگر مشابه چنین قراردادهایی در سطح داخلی به علت تعارض با نظم عمومی باطل تلقی شود.^{۸۰}

بند اول) مفهوم نظم عمومی بین‌المللی

نظم عمومی بین‌المللی، که برخی نویسندگان آن را تجلی حس عدالت‌طلبی یک جامعه دانسته‌اند،^{۸۱} در واقع قسمتی محدود از نظم عمومی یک کشور، اعم از شکلی و ماهوی،^{۸۲} است که در سطح بین‌المللی اعمال می‌شود^{۸۳} و دولت‌ها بر اعمال آن در عرصه روابط و تجارت بین‌الملل اصرار می‌ورزند.^{۸۴} این نوع از نظم عمومی می‌تواند با هدف صیانت از مفاهیم و ملاحظات اجتماعی یا حقوقی که در نظام حقوقی متبوع قاضی، اساسی تلقی می‌شوند،^{۸۵} در مقابل اجرای قانون یا حکم خارجی یا قرارداد یا رأی داوری در آن کشور مانع ایجاد کند.^{۸۶} در این مفهوم، نظم عمومی بین‌المللی یک کشور، به معنای مجموعه ارزش‌هایی است که جامعه نمی‌تواند نقض آنها را حتی در عرصه بین‌الملل تحمل کند.^{۸۷} باید عنایت داشت که نظم عمومی بین‌المللی (در مفهوم حقوق بین‌الملل خصوصی، نه حقوق بین‌الملل عمومی) به معنای نظم عمومی مشترک بین کلیه کشورها نیست و به طور کلی چنین نظمی وجود واقعی ندارد.^{۸۸} برخی نویسندگان این نوع نظم عمومی را نقطه تعادل بین منافع و نظم عمومی یک کشور با نظم عمومی و منافع دیگر ملل و نیازهای تجارت بین‌المللی می‌دانند.^{۸۹} لذا بعضی نویسندگان پیشنهاد می‌کنند که بهتر است نظم عمومی تمام ملت‌ها مرتبط با یک داوری بین‌المللی در نظر گرفته شود؛ زیرا داوری بین‌المللی ممکن است با نظم عمومی بیش از یک کشور ارتباط پیدا کند.^{۹۰}

علی‌رغم تفکیک اجتناب‌ناپذیر نظم عمومی به دو نوع بین‌المللی و صرفاً داخلی،^{۹۱} همه قواعد ناظر بر

80. Caron & Caplan & Pelonpaa, *op.cit.*, p. 84.

۸۱. باقری، محمود، «قابلیت داوری اختلافات ناشی از حقوق اقتصادی: ناکامی قراردادی در رجوع به داوری در دعاوی حقوق رقابت و حقوق بازار بورس»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۸، پاییز- زمستان ۱۳۸۷، ص ۲۸۲.

82. Giovanini, *op.cit.*, p. 33.

83. Rachel Engle, "Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability", *Transnational Lawyer*, Vol. 15, 2002, p.342; Lu, May, *op.cit.*, p. 771.

84. Okekeifere, *op.cit.*, p. 3.

۸۵. درن، ایو، پیشین، ص ۱۶۹.

86. Mayer Pierre, "Effect of International Public Policy in International Arbitration?", in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006 *op.cit.*, p. 61.

87. Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 955.

۸۸. الماسی، نجادعلی، پیشین، ص ۱۸۶؛ برای ملاحظه نظر مخالف ر.ک: نیکبخت، حمیدرضا، پیشین، ص ۸۵

89. Lu, *op.cit.*, p. 772.

90. Engle, *op.cit.*, p. 342.

91. Lalive Pierre, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", in *Comparative*

نظم عمومی صرفاً داخلی لزوماً در روابط بین‌المللی رعایت نمی‌شوند.^{۹۲} به همین دلیل، موضوعات نظم عمومی بین‌المللی محدودتر از نظم عمومی داخلی هستند.^{۹۳} می‌توان گفت رابطه منطقی بین این دو نوع نظم عمومی، عموم و خصوص مطلق است، به این معنا که هرچه در روابط بین‌الملل مخالف نظم عمومی است، مخالف قواعد نظم عمومی داخلی است، ولی هرچه مخالف قواعد نظم عمومی داخلی باشد، لزوماً مخالف قواعد نظم عمومی در روابط بین‌الملل نیست. این خود حاکی از آن است که نظم عمومی بین‌المللی مفهوم و دایره شمول محدودتری دارد^{۹۴} و قلمرو موضوعات نظم عمومی بین‌المللی یک کشور کوچک‌تر از قلمرو قواعدی است که نظم عمومی صرفاً داخلی را تشکیل می‌دهند.^{۹۵} لذا نظم عمومی بین‌المللی در دل نظم عمومی داخلی قرار دارد و به همین دلیل قاعده‌ای که حتی در زمره موضوعات نظم عمومی داخلی قرار نمی‌گیرد ناگزیر نمی‌تواند قاعده‌ای از قواعد نظم عمومی بین‌المللی باشد.^{۹۶} با این حال، هیچ توافق جامعی در مورد زمان ورود قاعده‌ای از نظم عمومی داخلی به سطح بین‌المللی وجود ندارد.^{۹۷}

بعضی نویسندگان در توصیف نظم عمومی بین‌المللی، آن را نظمی دانسته‌اند که نسبت به تمام مراکز و واحدهای تجاری عمومیت دارد. ایشان در این خصوص به رأی صادره توسط لاگرگرن استناد و از قواعدی یاد کرده‌اند که در قوانین بسیاری از کشورها آمده است.^{۹۸} این تعریف منطبق بر نظم عمومی فراملی است. در همین راستا، برخی نویسندگان در مورد تعریف نظم عمومی بین‌المللی گفته‌اند: «اصولی که همه کشورها در سطح جهانی به آن با دیده احترام می‌نگرند، حاضر نیستند خلاف آن عمل کنند و خلاف آن را هم از دیگران نمی‌پذیرند، مثل داور طرفدار، تشکیل دیوان داوری با تقلب».^{۹۹}

همان‌طور که اشاره شد، نظم عمومی بین‌المللی از منظری دیگر، جزئی از حقوق بین‌الملل عمومی بوده، درخصوص تابعان حقوق بین‌الملل عمومی قابل اعمال است، در حالی که نظم عمومی بین‌المللی به مفهوم اولیه مورد نظر در داوری تجاری بین‌المللی، جزئی از حقوق بین‌الملل خصوصی و بخشی از نظم عمومی هر

Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, 1986, p. 257.

92. Van den Berg, *The New York ... op.cit.*, p. 360.

93. Van den Berg, *New York Convention ... op.cit.*, p. 18 &

نصیری، محمد، پیشین، ص ۳۷.

94. الماسی، نجادعلی، پیشین، ص ۱۸۶-۱۸۷؛ ارفع نیا، بهشید، پیشین، ص ۱۵۶.

95. Van den Berg, *The New York ... op. cit.*, p. 360.

96. Shaleva Vesselina "The Public Policy Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia", *Arbitration International*, 2003, Vol.19, No.1, p. 74.

97. Park, *op.cit.*, p. 161.

98. لندو، اول، «حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی»، ترجمه محسن مجبی، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۵، ص ۳۶-۳۷.

99. نیکبخت، حمیدرضا، پیشین، ص ۸۵.

کشور است.^{۱۰۰} در مفهوم نظم عمومی مورد نظر در حقوق بین‌الملل خصوصی به تعداد کشورهای جهان نظم عمومی وجود دارد، اما در مفهوم نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی فقط یک نظم وجود دارد. گاهی اوقات به این نظم «نظم عمومی بین‌المللی واقعی»^{۱۰۱} نیز اطلاق می‌شود.^{۱۰۲} در همین راستا برخی نویسندگان معتقدند که بهتر است داوران در تصمیم‌گیری‌های خود، به قواعد آمره بین‌المللی و اصول کلی حقوقی پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل نیز توجه داشته باشند.^{۱۰۳} برخی نویسندگان نیز مفهوم نظم عمومی مورد استفاده در حقوق بین‌الملل خصوصی و داوری‌های تجاری بین‌المللی را با مفهوم نظم عمومی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل عمومی معادل دانسته‌اند.^{۱۰۴}

واقعیت این است که هیچ ملازمه و ارتباط مستقیمی بین نظم عمومی در داوری‌های تجاری بین‌المللی و نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی وجود ندارد. رسالت نظم عمومی داخلی کشورها، اعم از نظم عمومی صرفاً داخلی و نظم عمومی بین‌المللی، رعایت اساسی‌ترین هنجارهای یک کشور خاص است، ولو این‌که ارزش و قاعده مورد نظر فقط مخصوص همان کشور باشد. در واقع به نظر می‌رسد آنچه بنیاد این نظم را تشکیل می‌دهد، میزان اهمیت یک قاعده در یک کشور است؛ قاعده‌ای که چنان قدرتمند است که از تمام موانع بازدارنده عبور کرده، و در تمام مراحل و سطوح خود را تحمیل می‌کند.

بند دوم) جایگاه نظم عمومی بین‌المللی در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی

می‌توان گفت اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی صرفاً براساس تعارض رأی داوری با نظم عمومی بین‌المللی کشور مربوط قابل توجیه است. در همین راستا، نظام داوری بعضی کشورها در مسائل راجع به داوری‌های بین‌المللی، نظم عمومی بین‌المللی خود را جایگزین مفاهیم صرفاً داخلی نظم عمومی کرده‌اند.^{۱۰۵} معمولاً این کشورها، از جمله فرانسه، که نقض نظم عمومی را معیاری برای اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری بین‌المللی می‌دانند، در این داوری‌ها، بین نظم عمومی بین‌المللی و نظم عمومی صرفاً تفکیک داخلی قائل شده، آرای داوری بین‌المللی را تحت شمول نظم عمومی بین‌المللی

100. Buchanan Amy, "Public Policy and International Commercial Arbitration", 26 *Am. Bus.L.J.*, p. 514 in Lu, May, *op.cit.*, p. 771.

101. Truly International Public Policy.

102. Mayer, *op.cit.*, p.61; Gaillard & Savage, *op.cit.*, p. 954.

103. Kessedjian Catherine, "Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules", in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 88.

104. Briner Robert, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Volume XVIII, 1993, p. 317.

105. Kreindler, *op.cit.*, p. 13.

می‌دانند. ماده ۱۵۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اجازه می‌دهد در صورتی که شناسایی یا اجرای رأی داور بین‌المللی صادر شده در فرانسه، مغایر با نظم عمومی بین‌المللی این کشور باشد، رأی ابطال گردد. نکته قابل توجه این است که به موجب قانون مذکور، در صورتی رأی داور بین‌المللی ابطال می‌شود که شناسایی و اجرای آن، و نه خود رأی و محتوای یا نحوه رسیدگی و تحصیل آن، مغایر با نظم عمومی بین‌المللی فرانسه باشد. لذا علی القاعده، رأی داور بین‌المللی در فرانسه به علت عدم مطابقت با نظم عمومی صرفاً داخلی این کشور ابطال نخواهد شد. برای مثال، فقدان ذکر دلایل در رأی داور که ممکن است در یک داور محلی منجر به ابطال رأی شود، باعث ابطال رأی داور بین‌المللی در کشور مذکور نخواهد شد. رویه قضایی کشورها نیز مؤید اعمال نظم عمومی بین‌المللی کشور مربوط در خصوص آرای داور تجاری بین‌المللی است.^{۱۰۶}

مبحث سوم) نظم عمومی فراملی

به نظر می‌رسد بعضی از نویسندگان به دنبال ارائه دسته‌بندی سومی از نظم عمومی یعنی نظم عمومی فراملی یا به تعبیر خودشان نظم عمومی بین‌المللی واقعی، نظم عمومی صحیح، نظم عمومی اصیل یا نظم عمومی فوق ملی هستند. ایشان در واقع در صدد هستند در داورهای تجاری بین‌المللی چنین نظمی را جایگزین نظم عمومی کشورها کنند.^{۱۰۷} نتیجه عملی پذیرش این نوع نظم عمومی در حوزه داورهای تجاری بین‌المللی دور زدن نظم عمومی و قواعد انتظامی کشورهای سرمایه‌پذیر و در حال توسعه خواهد بود.

بند اول) مفهوم نظم عمومی فراملی

مفهوم و محتوای این نوع جنجال برانگیز^{۱۰۸} نظم عمومی، و چگونگی تمیز آن از دیگر انواع نظم عمومی واضح و روشن نیست.^{۱۰۹} در این راستا گاهی با تلقی نظم عمومی فراملی به عنوان قدر مشترک نظم عمومی ملت‌ها، گفته شده که نظم عمومی فراملی تجلی ارزش‌های بنیادین و معیارهای اساسی اخلاقی و اجماع‌های

106. See. David A.R. Williams, "New Zealand: Mutually Exclusive Challenges and Public Policy", *International Arbitration Law Review*, Case Comment, 2004, p. 76; Secomb Matthew, "New Zealand: Scope of the Public Policy Exception", Case Comment, *International Arbitration Law Review*, 2004, p. 66 ; Kreindler, *op.cit.*, p. 34.

107. See for example Gaillard Emanuel, "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?", *Arbitration International*, Vol. 17, No.1, LCIA, 2001, p. 59 ; Lu, *op.cit.*, p. 772 ; Lalive Pierre, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3, 1986, p. 257.

108. Curtin Kenneth-Michael, "Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws", *Defense Counsel Journal*, Vol. 64, 1997, p. 283.

109. Van den Berg, *op.cit.*, p. 361.

مربوط به بردباری اخلاق در جامعه تجارت بین‌الملل است.^{۱۱۰} همچنین در این خصوص گفته شده است که برخلاف نظم عمومی بین‌المللی که متکی بر قوانین و معیارهای خاص هر کشور است،^{۱۱۱} نظم عمومی فراملی معرف «اجماع بین‌المللی» نسبت به هنجارهای رفتاری پذیرفته شده و یا اجماع بین‌المللی در خصوص معیارها و هنجارهای جهانی است که باید همواره اعمال شوند و محدودیت‌هایی برای روابط و معاملات خصوصی و عمومی بین‌المللی ایجاد کنند.^{۱۱۲} نظم عمومی فراملی، به عنوان ارزش‌های برتر جامعه جهانی، نمایانگر هنجارهایی برتر از ارزش‌ها و هنجارهای نظام‌های ملی است.^{۱۱۳} در این دیدگاه، نظم عمومی فراملی مجموعه اصول حقوقی است که به حقوق یک کشور خاص تعلق نداشته می‌تواند به وسیله داوران در داوری بین‌المللی، یا به عنوان مانع در مقابل اجرای قراردادهای تجاری بین‌المللی، یا به عنوان مانع در مقابل اعمال قانون یک کشور که در شرایط معمولی در خصوص چنان قراردادی قابل اعمال است، مورد استناد قرار گیرد.^{۱۱۴} در همین راستا، برخی نویسندگان نیز نظم عمومی، فراملی را شامل اصولی دانسته‌اند که به وسیله نظام‌های سیاسی و حقوقی اطراف و اکناف دنیا پذیرفته شده باشند.^{۱۱۵} به اعتقاد بعضی نویسندگان، قواعد این نوع نظم عمومی قواعد اساسی حقوق طبیعی، اصول عدالت جهانی، قواعد آمره حقوق بین‌الملل عمومی و اصول کلی اخلاقی پذیرفته شده از سوی ملل متمدن را شامل می‌شود.^{۱۱۶} برای توجیه لزوم وجود نظم عمومی فراملی گفته شده است که چون ملاحظات نظم عمومی در حقوق کشورهای مختلف متفاوت است و در مرحله داوری، انتخاب یکی از قوانین دولتی مرتبط برای داوران کار آسانی نیست، لذا ناگزیر بهترین تدبیر، استفاده از نظم عمومی فراملی در داوری‌های بین‌المللی است.^{۱۱۷}

مؤسسه حقوق بین‌الملل در نشست خود در سانتیاگو در سال ۱۹۸۹ قطعنامه‌ای را صادر کرد که بعضی نویسندگان آن را مؤید نظم عمومی فراملی^{۱۱۸} دانسته‌اند: «داور در هیچ پرونده‌ای نباید اصول نظم عمومی بین‌المللی را که در مورد آن‌ها اجماع وسیعی در جامعه بین‌المللی وجود دارد نقض کند». البته دلیل وجود چنین اجماعی، نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف یا وجود یک یا چند معاهده بین‌المللی اعلام شده

110. Barraclough Andrew & Waincymer Jeff, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005, p. 218.

111. Lu, *op.cit.*, p. 772.

112. Lalive, *op.cit.*, p. 257; Curtin Kenneth-Michael, *op. cit.*, p. 281; Lu, *op.cit.*, p. 772.

113. Barraclough & Waincymer, *op. cit.*, p. 218.

114. Lalive, *op.cit.*, p. 257.

115. Hunter Martin & Silva Gui Conde E., "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration", *The Journal of World Investment*, Vol. 4, No.3, Geneva, June 2003, p. 367.

116. Van den Berg, *op.cit.*, p. 361.

117. *Ibid*, p. 2-7.

118. Mayer, *op.cit.*, p. 63.

است.^{۱۱۹} این در حالی است که اجماع بین‌المللی، حتی در بهترین حالات قابل بحث و مناقشه است و لذا نظم عمومی فراملی، حتی به فرض وجود، دقیقاً غیرقابل پیش‌بینی و تحقق و اعمال آن سخت است.^{۱۲۰} مثال کلاسیکی که در استناد به نظم عمومی فراملی در داوریه‌های بین‌المللی بیان می‌شود، رأی مشهور صادر شده در یک اختلاف توسط لاگرگرن است که در آن، خواهان تقاضای پرداخت حق‌العملی را داشت که در شرایط موجود، در واقع تعهد به پرداخت پاداش در مقابل تطمیع داور بود. لاگرگرن در این پرونده برای توجیه عدم ورود به ماهیت پرونده، چنین استدلال کرد: «چنین تطمیعی یک عمل شنیع بین‌المللی و برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی بین‌المللی جامعه ملت‌ها است».^{۱۲۱}

در هر حال، نظم عمومی فراملی در صورت وجود، بنا بر ادعا، بخش معین و معلوم یک نظام حقوقی ملی نیست.^{۱۲۲} بدیهی است که هر نظم عمومی وابسته به پیکره یک نظام حقوقی است و بدون یک نظم حقوقی واقعی، نظم عمومی نیز بی‌معنا خواهد بود. حال پرسش این است که نظم عمومی فراملی معرف هنجارهای غیر قابل نقض کدام نظام حقوقی است؟ علی‌القاعده بنا بر ادعای مدافعان وجود چنین نظمی، این نوع نظم عمومی، نه مربوط به نظام‌های داخلی است و نه جزئی از نظام حقوق بین‌الملل عمومی. لذا به ناچار باید نظام حقوقی دیگری نیز وجود داشته باشد تا نظم عمومی فراملی موضوعیت داشته باشد. آیا یک نظام حقوقی نوع سوم، علاوه بر نظام‌های حقوقی داخلی و نظام حقوق بین‌الملل عمومی وجود دارد؟ یکی از مدعیان این نظریه، یعنی پروفیسور برتهولد گلدمن، به این پرسش پاسخ مثبت داده و نام این نظام حقوقی ادعایی را «حقوق بازرگانی فراملی»^{۱۲۳} نهاده است.^{۱۲۴} گیلارد نیز از دیگر مدافعان این دیدگاه است.^{۱۲۵} از دیدگاه مدافعان نظم عمومی فراملی، این نوع نظم عمومی وقتی قابل اعمال است که موضوع داوریه بین‌المللی تحت حاکمیت حقوق بازرگانی فراملی باشد.^{۱۲۶} در این دیدگاه، نظم عمومی فراملی قسمتی از حقوق بازرگانی فراملی است که واجد خصیصه نظم عمومی است.^{۱۲۷} برخی نویسندگان معتقدند که «حقوق بازرگانی فراملی» قواعد جمعی راجع به حقوق خصوصی است که در سطح جهانی برای تنظیم قراردادهای تجاری بین‌المللی طراحی شده است.^{۱۲۸}

119. *Ibid.*, p. 63.

120. Lu, *op.cit.*, p. 772.

121. Mayer, *op.cit.*, p.63.

122. *Ibid.*

123. *Lex Mercatoria*

124. Lu, *op.cit.*, p. 772.

125. See Gaillard, *op.cit.*, pp. 59-72.

126. Curtin, *op.cit.*, p. 281.

127. Mayer, *op.cit.*, p. 64.

128. Nikbakht Hamid Reza, "Conflict of Laws in International Commercial Arbitration", *Revue du Recherché*

پس از طرح نظام حقوقی مستقل تحت عنوان حقوق بازرگانی فراملی، نویسندگان دیگری از آن با تعبیری چون «حقوق غیرملی»، «حقوق بازرگانان»، «حقوق بازرگانی جدید»، «حقوق فراملی» یا «اصول حقوقی پذیرفته شده بین‌المللی حاکم بر روابط قراردادی» یاد کرده‌اند.^{۱۲۹} از دیدگاه‌های بسیار نزدیک به حقوق بازرگانی فراملی می‌توان از نظریه «حاکمیت اصول کلی حقوقی بر قرارداد» نام برد. از هواداران اصول کلی حقوقی و حکومت آن بر قراردادهایی مانند قراردادهای نفتی، می‌توان از اشخاصی همچون مک نیو، شلزینگر، لالیو و گندیش نام برد که معتقدند داوری‌های تحت حاکمیت این اصول غیرمحملی بوده، از هیچ قانون یا نظام حقوقی شناخته شده‌ای تبعیت نمی‌کنند.^{۱۳۰} مک نیر در اثر معروف خود تحت عنوان «اصول کلی حقوقی مورد قبول ملل متمدن» می‌نویسد: «یکی از دشواری‌های راجع به قانون حاکم در مورد قراردادهای توسعه اقتصادی این است که در بسیاری از کشورهای در حال توسعه هنوز یک نظام حقوقی که مناسب این گونه قراردادهای باشد به وجود نیامده است». وی به عنوان مثال اظهار می‌دارد: «حقوق اسلام چیزی در مورد این قراردادهای ندارد و اگر دارد هم بسیار ناقص است و لذا نمی‌توان از کشورهای سرمایه‌گذار انتظار داشت که نظام حقوقی کارآمد و آشنای خود را وانهاده و به حکومت نظامی که هنوز تکامل نیافته است، گردن نهند».^{۱۳۱}

بند دوم) جایگاه نظم عمومی فراملی در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی

واقعیت این است که نمی‌توان نظم عمومی فراملی موهوم را در داوری‌های تجاری بین‌المللی، و از جمله در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، جایگزین نظم عمومی کشورها ساخت. به همین دلیل باید گفت که هیچ‌گونه جایگاه موجهی در میان معیارهای نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی برای آن وجود ندارد. نظم عمومی فراملی فاقد پشتوانه وجودی و نظام حقوقی مستقل است. حقوق بازرگانی فراملی موضوعی است که به شدت جنجال برانگیز است^{۱۳۲} و حتی بسیاری از نویسندگان در اصل وجود آن ایراد کرده،^{۱۳۳} به طور کلی منکر وجود حقوق بازرگانی فراملی به عنوان یک نظام حقوقی

Juridique, No. 27-28, Université Shahid Beheshti, 1999, p. 148.

129. See for example Gaillard Emanuel, "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?", *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, LCIA, 2001. 59 – Mayer, *op.cit.*, p. 64 &

اشمیتوف، کلایو ام، حقوق تجارت بین‌المللی، ج ۲، ترجمه بهروز اخلاقی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۸، ص ۹۹۹.

۱۳۰. موحد، محمدعلی، درس‌هایی از داوری‌های نفتی قانون حاکم، نشر کارنامه، تهران، ۱۳۸۶، ص ۷۳-۷۹.

۱۳۱. همان، ص ۷۶-۷۷.

132. Pryles Michael, "Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *UNSW Law Journal*, Vol. 31(1), 2008, p. 329.

133. Stoecher Christophe, "The lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?", *Journal of International Arbitration*, No. 1, Vol. 7, 1990, p. 110.

واقعی هستند.^{۱۳۴} البته گروهی از اصول و قواعد مشترک بین ملت‌ها به عنوان منبع حقوق بین‌الملل و یا برخی روش‌ها و عرف‌های رایج در تجارت بین‌الملل، واقعیتی است که می‌تواند به عنوان ابزار فرعی و تکمیلی در داورهای تجاری بین‌المللی، به‌ویژه برای درک هرچه بهتر مفاهیم، مورد استفاده قرار گیرد. با این حال، این اصول و قواعد به هیچ وجه یک نظام حقوقی را تشکیل نمی‌دهند. همچنین نظم عمومی فراملی دارای مشکلات عملی متعدد از قبیل مشکل تثبیت جهانی یک اصل و عدم قطعیت در خصوص میزان پذیرش جهانی اصول و قواعد است.^{۱۳۵} مدعیان وجود نظم عمومی فراملی از ارائه تعداد قابل توجهی قانون ملی یا سند بین‌المللی و یا حتی رویه قضایی و یا رویه دیوان‌های داورهای بین‌المللی که وجود این نوع نظم عمومی را به رسمیت بشناسند عاجزند و نمونه‌های ارائه شده از سوی مدعیان چنین نظمی، بی‌ارزش و فاقد قابلیت استناد ارزیابی شده،^{۱۳۶} وافی به مقصود مدعیان موصوف نیستند.^{۱۳۷} لذا در مجموع می‌توان گفت امروزه چیزی که بتوان آن را نظم عمومی فراملی خواند وجود ندارد. واقعیت این است که پذیرش وجود یک نظام حقوقی همچون «حقوق بازرگانی فرامی» بسیار دشوار است. برخی نویسندگان معتقدند که «حقوق بازرگانی فرامی» عنوان مجموعه‌ای از قواعد حقوقی است، حال آن‌که یک نظام حقوقی مستقل را تشکیل نمی‌دهد.^{۱۳۸} اگرچه برخی نویسندگان بر این نکته تأکید ورزیده‌اند که پذیرش حقوق بازرگانی فراملی توسط طرفین به معنای فراهم کردن فرصت فرار از قواعد آمره حقوقی (کشور مربوط) نیست،^{۱۳۹} اما به نظر می‌رسد پذیرش حقوق بازرگانی فراملی، عاری از تالی فاسد نباشد. مفهوم مذکور، ضمن این که خود نمی‌تواند نیازهای تجارت بین‌الملل را بر آورده سازد یا داورهای تجاری بین‌المللی را پشتیبانی کند و عملاً گره‌ای از مشکلات حقوق تجارت بین‌الملل و داورهای بین‌المللی را باز کند،^{۱۴۰} در نهایت حداقل نتیجه آن، دور زدن نظم عمومی و قواعد انتظامی کشورهای سرمایه‌پذیر و در حال توسعه و حتی نادیده گرفتن اصل استقلال و آزادی اراده طرفین و اتخاذ تصمیم دیوان‌های داور، برخلاف قانون منتخب طرفین است. البته اگر منظور از قواعد فراملی، عرف و روش‌های معمول در تجارت بین‌الملل و یا اصول و قواعد حقوقی شناخته شده واقعاً مشترک بین ملت‌ها باشد، استفاده از آن در داورهای بین‌المللی، به عنوان ابزاری کمکی و تکمیلی، و حتی در صورت توافق صریح طرفین، به عنوان قواعد منتخب طرفین، نه تنها ایرادی نخواهد داشت، بلکه به تعالی

134. See for example Curtin, *op.cit.*, p. 278; Mann, "Lex Facit Arbitrum", in *International Arbitration*, Lieber Amicorum for Martin Domke (1967), p. 157.

135. Okekeifere, *op.cit.*, p. 5.

136. *Ibid.*

۱۳۷. موحد، محمدعلی، پیشین، ص ۷۲.

138. Mayer, *op.cit.*, p. 64.

۱۳۹. لندو، پیشین، ص ۲۱.

140. Mayer, *op.cit.*, p. 64.

داوری‌های بین‌المللی نیز کمک خواهد کرد. بدیهی است که طرفین، تا جایی که قانون متبوع داوری اجازه دهد و با رعایت قواعد آمره این قانون، ملزم نیستند که برای حل و فصل اختلافات خود لزوماً یک قانون دولتی را حاکم بر ماهیت یا شکل داوری کنند و حتی می‌توانند به جای انتخاب قانون دولتی، قواعد خود ساخته را بر داوری، اعم از شکل یا ماهیت آن، حاکم کنند. در هر حال اهتمام «حقوق بازرگانی فرامی» به عنوان یک نظام حقوقی که الزاماتی برای طرفین دارد، و برتر از نظم عمومی و قواعد انتظامی کشور مبدأ و حتی توافقات مصرح طرفین و قوانین ملی حاکم بر شکل و ماهیت داوری است، و در صورت تعارض، برتری از آن او خواهد بود، به هیچ وجه قابل پذیرش نیست. جالب این که برخی مدافعان این دیدگاه، قواعد نظام حقوقی ادعایی را حتی برتر از توافقات طرفین دانسته، داوران را مجاز می‌دانند که صورتی که توافقات طرفین را مغایر با قواعد آمره و نظم عمومی فراملی تشخیص دهند، این توافقات را نادیده بگیرند و قواعد مورد نظر خود را اعمال کنند. چنین وضعیتی عملاً داوران را در منصب قانونگذاران حقوق تجارت بین‌الملل قرار خواهد داد. در این وضعیت باید به دنبال تعریف جدیدی از داوری نیز بود، چرا که داوران همواره به عنوان مأموران خصوصی طرفین شناخته می‌شده‌اند که اختلافات طرفین را براساس اراده و توافقات آنها حل و فصل کرده‌اند، در حالی که در صورت تصدیق حقوق بازرگانی فراملی، داوران طبق قواعدی که خود صحیح تشخیص می‌دهند، اختلاف طرفین را قضاوت خواهند کرد. با نگاهی به سیر داوری‌های تجاری بین‌المللی و بررسی تابعیت، دیدگاه‌ها، وابستگی‌ها و علقه‌های مهم‌ترین داوران بین‌المللی، نتیجه کلی این مجمع قانونگذاری جدید نیز به راحتی قابل پیش‌بینی خواهد بود. پیروزی و تثبیت نهایی چنین دیدگاهی، دارای نتایج مهمی خواهد بود؛ از جمله این که داوری بین‌المللی را از تحت حکومت و نظارت قوانین ملی خارج خواهد ساخت و تقریباً به نتایجی می‌رسد که دکتترین داوری بدون محل در پی آن است. نتیجه دیگر این است که اصل حاکمیت اراده طرفین را به شدت دچار خدشه و محدودیت خواهد ساخت، به‌ویژه در مواردی که یکی از طرفین داوری بین‌المللی، دولت یا مؤسسه وابسته به دولت باشد.

صرف نظر از ظاهر جذاب «حقوق بازرگانی فراملی»، نتایج مذکور می‌تواند حاکی از اهداف از پیش تعیین شده در جهت حمایت از این دیدگاه باشد و در واقع، یک حيله حقوقی به نظر برسد که نادانسته از سوی بعضی حقوقدانان کشورهای سرمایه‌پذیر و در حال توسعه نیز مورد حمایت قرار می‌گیرد. برخی نویسندگان در بحثی راجع به دکتترین جدایی قراردادهای از هر نظام حقوقی خاص، که به تعبیر برخی نویسندگان کشورمان هم‌نوا با دکتترین داوری بدون محل است،^{۱۴۱} رفتار کشورهای غربی را در این موارد دوگانه دانسته، معتقدند که آنان صرفاً در مواجهه با کشورهای در حال توسعه چنین مسائلی را مطرح می‌سازند و اهداف اساسی چنین دیدگاه‌هایی، خارج ساختن قراردادهای از حیطة قانون کشورهای سرمایه‌پذیر و محروم کردن آنها

۱۴۱. موحد، محمدعلی، پیشین، ص ۷۸.

از حق مسلم تغییر و اصلاح قانون خود و در نهایت تأثیرگذارند بر قرارداد است.^{۱۴۲} در همین راستا، برخی بر این باورند که ایده حقوق بازرگانی و نظم عمومی فراملی تلاشی در جهت اعمال شگردهای بعضی از کشورهای خاص برای تمام ملتها و تحمیل آن به جامعه جهانی است. بدین ترتیب، کشورهای جهان سوم نخواهند پذیرفت که زادگاه اصول مربوط به نظم عمومی موسوم به «فراملی» در این کشورها بوده یا در این کشورها پذیرفته شده است و لذا مدعیان وجود چنین نظمی به دنبال منافع کشورها و شرکتهای مورد نظر خویش و در پی تحمیل قواعدی بر ملل فقیر و ضعیف هستند که منافع نامشروع کشورها یا شرکتهای مورد نظر خود را تأمین کنند.^{۱۴۳} از این منظر، نظم عمومی فراملی صرفاً تمهیدی حقوقی است که برای تأمین منافع نامشروع و غارتگرانه برخی کشورها و شرکتهای و پایمال کردن حقوق طبیعی کشورهای فقیر و ضعیف و از بین بردن عملی حاکمیت آنها در کنترل منابع طبیعی شان و نیز از بین بردن حق آنها در وضع قواعد عادلانه برای رسیدگی به اختلافات ایجاد شده در رابطه با استخراج و بهره‌برداری از این منابع، طراحی شده است.^{۱۴۴} محمدعلی موحد در همین راستا می‌نویسد: «این حوزه ناشناخته چیست؟ سیستم‌های حقوق ملی و حقوق بین‌الملل حوزه‌های شناخته شده‌ای هستند. پس آن حوزه ناشناخته کجاست؟ عناوین و تعبیراتی چون «حقوق فراملی»، «حقوق بازرگانی»، «حقوق قائم به خود قرارداد» یا «اصول کلی حقوق» و غیره نام‌های گوناگونی هستند برای همان «حوزه ناشناخته». مهم آن نیست که ضوابطی برای شناسایی آن ارائه شود، مهم آن است که بدانیم که این حوزه، به هر حال، در خارج از مرزهای حقوق ملی است؛ یعنی مادام که حکومت قانون ملی نفی شده باشد، خیال شرکتهای نفتی راحت و مقصود آنها حاصل شده است.»^{۱۴۵}

گفتار چهارم) انعکاس معیار نظم عمومی در منابع

بند اول) منابع داخلی

نقض نظم عمومی به عنوان موجبی برای اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری صراحتاً در قوانین کشورهای بسیاری آمده است. در این خصوص می‌توان به شق «د» بند ۲ ماده ۱۹۰ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس، بند ۱ ماده ۱۰۴۱ و بند ۲ ماده ۱۰۴۴ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان، ماده ۱۵۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، شق «د» بند ۱ ماده ۱۰۶۵ قانون هلند و شق «ب» بند ۲ ماده ۳۴ قانون نمونه اشاره

۱۴۲. باوت، ویلیام، «قراردادهای دولت با بیگانگان: تحولات معاصر در مسئله غرامت ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادها»، ترجمه علی قاسمی، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۱-۱۳۷۲، ص ۳۸۱.

143. Okekeifere, *op.cit.*, p. 5.

144. *Ibid.*, p. 14.

۱۴۵. موحد، محمدعلی، پیشین، ص ۲۷۲-۲۷۳.

کرد. حتی برخی کشورها که معیار نظم عمومی در قوانین آنها برای اعمال نظارت قضایی بر رأی داورى صراحتاً قید نشده، نظام حقوقی و به‌ویژه رویه قضایی آنها چنین معیاری را به وجود آورده است. وضعیت نظام حقوق داورى ایالات متحده بهترین مثال در این خصوص است. این معیار در حقوق موضوعه داورى فدرال ایالات متحده امریکا جایگاهی ندارد، با این حال، رویه قضایی این کشور معیاری تحت همین نام برای ابطال رأی داورى ایجاد کرده است.^{۱۴۶} همچنین اگرچه در قانون ایتالیا چنین موجبی به طور صریح در قوانین مربوط پیش‌بینی نشده است اصول حاکم بر این مفهوم حقوقی را می‌توان در دیگر مقررات قانونی و رویه قضایی یافت.^{۱۴۷} در کشورهای دارای نظام داورى واحد که بین داورى بین‌المللی و داورى‌های داخلی صرف تفاوتی قائل نیستند نیز علی‌القاعده معیار نقض نظم عمومی برای ابطال رأی داورى بین‌المللی اعمال خواهد شد. در غالب کشورهای دارای نظام داورى دوگانه نیز که بین این دو نوع داورى تفکیک قائل شده‌اند و در مورد داورى‌های بین‌المللی قواعد آزادمشانه‌تری را اعمال می‌کنند، باز هم معیار نظم عمومی برای ابطال رأی داورى تجاری بین‌المللی به کار می‌رود. به طور استثنا در کشوری همچون بلژیک که در ماده ۱۷۱۷ قانون داورى پیشین خود به طور کلی امکان اعتراض به آرای داورى تجاری بین‌المللی را در شرایط پیش‌بینی شده منتفی می‌ساخت، طبیعتاً استناد به این معیار نیز منتفی می‌شد.

براساس مورد «ب» از شق ۲ بند ۲ ماده ۱۰۵۹ قانون آیین دادرسی مدنی آلمان، یکی از موارد ابطال رأی داورى آن است که اجرای رأی داورى، اعم از داخلی صرف یا بین‌المللی، منجر به نتیجه‌ای گردد که با نظم عمومی این کشور در تعارض باشد. در این جا قانون آلمان تعارض اجرای رأی داورى با نظم عمومی این کشور را موجب ابطال رأی داورى دانسته که حاکی از فاصله گرفتن ظاهری آن در این قسمت از قانون نمونه و نزدیکی به قانون فرانسه است. البته برخی نویسندگان معتقدند که این تفاوت در عمل تأثیر چندان متفاوتی نداشته، در واقع، معادل تعارض رأی با نظم عمومی است.^{۱۴۸} به موجب ماده ۱۵۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه یکی از موجبات اعتراض به رأی داورى بین‌المللی، مغایر بودن شناسایی یا اجرای رأی داورى با نظم عمومی بین‌المللی است. در حقوق سوئیس نیز اگر رأی داورى، نظم عمومی این کشور را نقض کند، ممکن است رأی طبق شق «د» بند ۲ ماده ۱۹۰ حقوق بین‌الملل خصوصی باطل شود.

برخی نویسندگان معتقدند که امروزه حقوق انگلستان، داورى را در قلمرو نظم عمومی اجازه می‌دهد،^{۱۴۹} ولی باید به خاطر داشت که اجازه انجام داورى در قلمرو نظم عمومی به معنای تحمل نقض این قواعد

146. Busy, *op.cit.*, p.461; Dammann, *op.cit.*, p. 461.

147. Giovannini, *op.cit.*, p. 121.

148. Dammann, *op.cit.*, p. 489.

149. Lehmann, Matthias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", 42 *Colum. J. Transnat'l.*, 2004, p. 82.

نخواهد بود. اگر یک طرف در دادگاه‌های انگلستان با استناد به معیار نظم عمومی با اجرای رأی داوری مخالفت ورزد، باید اثبات کند که اجرای رأی آشکارا به حقوق و منافع عموم لطمه می‌زند.^{۱۵۰} در هنگ کنگ، نقض نظم عمومی موجبی برای ابطال رأی داوری بین‌المللی است. با این حال، دادگاه‌ها فوق‌العاده در اعمال مبنای نظم عمومی بی‌میل بوده، به ندرت آن را اعمال کرده‌اند.^{۱۵۱} آشکارترین نمونه که در آن دادگاه‌های این کشور رأی داوری را براساس نظم عمومی ابطال می‌کنند جایی است که رأی به وسیله فریب، جنایت، ظلم و ستم و یا دیگر رفتارهای خلاف وجدان تحصیل شده باشد.^{۱۵۲}

بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز مخالفت مفاد رأی داوری با نظم عمومی کشور را از موجبات بطلان رأی بر شمرده است. طبق این مقرر در صورتی که مفاد رأی داوری بر خلاف نظم عمومی ایران باشد، رأی قابل ابطال خواهد بود. به طور مثال، مفاد رأی می‌تواند مبنی بر الزام خواننده به تحویل مشروبات الکلی و یا مواد مخدر به خواهان باشد. در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در کنار عنوان عام نظم عمومی، از اصطلاح اخلاق حسنه نیز به عنوان موجبی برای بطلان رأی داوری یاد شده است که زاید و غیرضروری به نظر می‌رسد، چرا که آنچه با اخلاق حسنه منافات داشته باشد، با نظم عمومی نیز مخالف است.^{۱۵۳} در واقع، اخلاق حسنه از مهم‌ترین ملاحظات مفهوم نظم عمومی بوده، در آن مستتر است^{۱۵۴} و نه تنها در ایران، بلکه در تمام کشورهای دنیا و نظام‌های حقوقی مختلف، از ارکان اساسی این مفهوم به شمار می‌رود. برای مثال طبق رویه قضایی کشور ایالات متحده امریکا که الگوی قوانین و رویه قضایی برخی کشورهای دیگر است، از نظم عمومی به عنوان اساسی‌ترین مفهوم و ملاک اخلاق و عدالت یاد شده است.^{۱۵۵} لذا به نظر می‌رسد قید «اخلاق حسنه» در ماده مذکور زاید است و به علاوه ممکن است برای طرفین داوری تجاری بین‌المللی، به‌ویژه طرف‌های خارجی ایجاد سؤال و ابهام کند، در نتیجه بهتر است این عبارت حذف شود. همچنین قید عبارت «قواعد آمره» در ماده مذکور، به عنوان یکی از موجبات بطلان رأی داوری، غیردقیق و نابه‌جا به نظر می‌رسد. قاعده آمره در صورتی که در حیطه نظم عمومی بین‌المللی ایران بگنجد مشمول عبارت نظم عمومی در ماده موصوف خواهد شد و در غیر این صورت در

150. Lu, *op.cit.*, p. 784.

151. Wiexia G U, "Recourse Against Arbitral Awards: How Far Can a Court Go? Supportive and Supervisory Role of Hong Kong Courts as Lessons to Mainland China Arbitration", 4 *Chinese J. Int L*, 2005. p. 494.

152. *Ibid.*

۱۵۳. کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۷، ص ۲۵۶.

۱۵۴. برای ملاحظه نظر موافق ر.ک: جنیدی، لعیا، پیشین، ص ۳۴۴؛ کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ص ۵۷۸ و همو، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۶، ص ۱۸۰.

155. *Parsons & Wittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F. 2d 969 (2d Cir.1974).

داوری‌های تجاری بین‌المللی قابل اعمال نیست. البته ماده مذکور به قواعد آمره قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران اشاره می‌کند. اولاً باید عنایت داشت که تمام قواعد اجباری کشور، اعم از شکلی و ماهوی، به سطح و مرتبه نظم عمومی بین‌المللی نمی‌رسند و تمام آنها دارای ضمانت اجرای ابطال رأی داوری بین‌المللی و یا امتناع از اجرای رأی داوری خارجی نیستند. نقض قواعد اجباری کشور مبدأ و یا مقصد صرفاً زمانی می‌تواند موجب ابطال رأی داوری بین‌المللی و یا امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی شود که مشمول معیار خاص گردد و از چنان اهمیت بالایی برخوردار باشد که، به‌ویژه در روابط بین‌المللی، به سطح نظم عمومی به مفهوم بین‌المللی آن برسد. ثانیاً ماده مذکور به تعارض مفاد رأی با قواعد آمره قانون مذکور اشاره دارد. بدیهی است مفاد رأی صرفاً به مسائل ماهیتی رأی داوری مربوط است و قانون مذکور که بیشتر یک قانون شکلی است تا ماهوی، فاقد قاعده آمره درخصوص مفاد رأی داوری است. لذا حذف عبارت مذکور به شفاف‌سازی هرچه بیشتر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران کمک می‌کند. البته بند ۳ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مجدداً به قواعد آمره ایران، در حیطه آرای داوری تجاری بین‌المللی که درخصوص اموال غیرمنقول واقع در ایران صادر شده‌اند، اشاره می‌کند. این قواعد آمره که بنا بر اطلاق، هم شامل قواعد آمره شکلی و هم قواعد آمره ماهوی می‌شوند، بنا به ظاهر ماده، صرفاً در مورد آرای قابل اعمال هستند که موضوع اختلاف مستقیماً اموال غیر منقول واقع در ایران باشد. مهم‌ترین قاعده آمره قوانین جمهوری اسلامی ایران در داوری‌های تجاری بین‌المللی راجع به اموال غیرمنقول، محدودیت‌های اتباع بیگانه در تملک اموال غیرمنقول در ایران است که می‌توان با تفسیر قضایی از مفهوم نظم عمومی در رویه قضایی، به همین نتیجه رسید. لذا قید مذکور نیز غیر ضروری و شایسته حذف به نظر می‌رسد.

اما موضوع تعارض رأی با مفاد اسناد رسمی معتبر، مسئله دیگری است. عبارت مذکور نیز صرف‌نظر از این که با ایرادات فوق مواجه است، به طور بسیار کلی و غیر دقیق تنظیم شده است. در صورتی که منظور از این اسناد، اسناد رسمی مربوط به اشخاص ثالث باشد، باید گفت که بدون نیاز به ذکر آن در این ماده، آشکار است که بنا بر اصل نسبیّت، اصولاً رأی داوری نمی‌تواند به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد آورد و در مورد اشخاص ثالث قابل اجرا نیست. اما در مورد اسناد رسمی، صرفاً در رابطه با حقوق طرفین داوری باید گفت که ارزش و قدرت مفاد آن به عنوان دلیل در داوری، امری ماهوی است که بسته به نظر مرجع داوری خواهد بود. در واقع می‌توان گفت در این عبارت غیر دقیق، قانون ایران به نوعی اختیارات دیوان داوری را در جریان حل و فصل اختلافات و رسیدگی به دلایل محدود کرده که فاقد توجیه و مبنای منطقی است. از نگاه دیگری حتی می‌توان گفت که طبق این عبارت، قانون ایران اختلافات مربوط به اسناد رسمی را غیرقابل داوری دانسته است که قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

معیار نظم عمومی اگرچه در اغلب دعاوی مربوط به آرای داوری تجاری بین‌المللی و به کرات مورد استناد قرار

گرفته است، اما امروزه دیگر یک مانع عمده در مقابل داوری بین‌المللی به شمار نمی‌آید.^{۱۵۶} در عمل نیز معیار مذکور به ندرت موفقیت آمیز بوده است^{۱۵۷} که به نظر می‌رسد تا حدود زیادی به علت درک صحیح دادگاه‌ها از مفهوم نظم عمومی بین‌المللی و اعمال آن به جای نظم عمومی صرفاً داخلی است. غالب دادگاه‌ها این را پذیرفته‌اند که در موارد تردید، صلاحدید خود را به نفع داوری اعمال کنند.^{۱۵۸} به علاوه در اغلب کشورها، به‌ویژه کشورهای تابع قانون نمونه، همواره دادگاه‌ها اصرار دارند که مفهوم مذکور به صورت مضیق تفسیر شود.^{۱۵۹}

در رویه قضایی، نویسندگان^{۱۶۰} پرونده دادگاه تجدیدنظر فدرال حوزه قضایی دوم ایالات متحده در دعوی «پارسونز و ویت‌مور/اورسینز علیه راکتا»^{۱۶۱} را پرونده‌ای شاخص در زمینه نظم عمومی دانسته‌اند. «پارسونز و ویت‌مور» یک شرکت امریکایی بود که قراردادی به منظور احداث، راه‌اندازی و اداره یک کارخانه مقوا سازی در مصر با یک کارخانه‌دار مصری به نام «راکتا» منعقد کرده بود. قرارداد مذکور دربردارنده شرط داوری و شرط فورس ماژور بود. اگرچه به محض طراحی کارخانه، کار روی آن آغاز شد، اکثر خدمه کاری پارسونز در نتیجه جنگ شش روزه اعراب و اسرائیل، مصر را ترک کردند. مسئله وقتی ایجاد شد که دولت مصر روابط دیپلماتیک خود با ایالات متحده را قطع کرد و دستور داد تمام امریکایی‌ها از مصر اخراج شوند، مگر آن که تقاضای اقامت کنند و شرایط آن را هم داشته باشند. اختلاف در نتیجه استناد پارسونز به شرط فورس ماژور برای ترک پروژه آغاز و به داوری ارجاع شد. دیوان داوری رأی داد که پارسونز در مقابل راکتا مسئول است، زیرا پارسونز با حسن نیت در تلاش برای اخذ ویزا نبوده است. راکتا در مرحله اجرای رأی در ایالات متحده، حکم تأیید رأی داوری را به دست آورد. پارسونز به رأی اعتراض و از جمله چنین استدلال کرد که اجرای رأی، ناقض نظم عمومی ایالات متحده است. دادگاه تجدیدنظر حوزه قضایی دوم ایالات متحده، استدلال پارسونز را رد و رأی داوری را تأیید کرد. دادگاه اظهار داشت: «قرائت نظم عمومی به عنوان یک تدبیر حمایتی نسبت به منافع سیاسی ملی به شدت از سودمندی کنوانسیون (نیویورک) می‌کاهد». دادگاه مذکور بر این عقیده بود که این معیار برای حمایت از منافع ملی قابل استفاده نیست. این امر همراه با ترس از مقابله به مثل در استفاده از حربه نظم عمومی در دادگاه‌های خارجی، موجب شد دادگاه مذکور چنین نتیجه‌گیری کند: «... نظم عمومی باید به صورت مضیق

156. Böckstiegel, *op.cit.*, p. 3.

157. Martinez Ramona, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The Refusal Provisions", 24 *Int'l L.* 487, 1990, p. 509.

158. Böckstiegel, *op.cit.*, p. 8.

159. Kroll, *op.cit.*, p. 49.

160. Donovan Donald Francis, *The Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in US Courts*, Liber Amicorum in honor of Robert Briner, 2005, p. 236; Lu, *op. cit.*, p. 773; Martinez, *op.cit.*, p. 500.

161. *Parsons & Wittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974).

تفسیر شود. اجرای رأی داوری خارجی بر این اساس هنگامی می‌تواند رد شود که ناقض اساسی‌ترین مفاهیم و ملاک‌های اخلاقی و عدالت کشور متبوع دادگاه باشد.^{۱۶۲}

مفهوم مخالف تحلیل دادگاه فوق، مؤید این امر است که نظم عمومی معادل با سیاست ملی یا منافع سیاسی ملی نیست. رأی پارسونز و رأی‌های پس از آن هیچ‌گونه راهنمایی صریحی درخصوص این‌که اساسی‌ترین مفاهیم اخلاق و عدالت کشور مرجع رسیدگی‌کننده چیست، ارائه نمی‌کنند. با این حال، محققین^{۱۶۳} معتقدند که در حال حاضر، استناد به معیار نظم عمومی براساس این رأی مورد قضاوت قرار می‌گیرد و دادگاه‌های ایالات متحده در برخی از پرونده‌ها با نظر به پرونده پارسونز به بعضی ویژگی‌های معیار نظم عمومی اشاره کرده‌اند؛ از جمله این‌که دادگاه پارسونز به طور خاص به تفاوت بین سیاست ملی و نظم عمومی توجه کرد و به این نتیجه رسید که قرائت دفاع نظم عمومی برای حمایت از منافع سیاسی داخلی از ارزش کنوانسیون نیویورک می‌کاهد.

در موارد معدودی دادگاه‌ها علی‌رغم تفسیر مضیق معیار نظم عمومی، از اجرای رأی داوری به علت مغایرت آن با نظم عمومی خودداری کرده‌اند. در پرونده امریکایی «ال‌تی‌سی‌ال علیه شرکت ساوت وایر»^{۱۶۴} دادگاه ایالات متحده از اجرای قسمتی از رأی داوری به علت مغایرت با نظم عمومی خودداری ورزید. پرونده مذکور مربوط به قرارداد خرید مفتول‌های فولادین بین فروشنده فرانسوی (ال تی سی ال) و خریدار امریکایی (ساوت وایر) بود که هر دو با شرط داوری و شرطی مبنی بر این‌که قرارداد تا حدی که تعارضی با قانون فرانسه نداشته باشد، تحت حاکمیت قانون ایالت جورجیا خواهد بود، ملتزم شده بودند. شرکت فرانسوی موافقت کرد که سیم‌های استیل گالوانیزه شده را بسازد و طبق نرخ بازارهای جهانی به ساوت وایر بفروشد. اختلافات راجع به تغییر قیمت بازار جهانی، ادعای زنگ زدگی و خوردگی کالاهای، و ادعای پوسته پوسته شدن لعاب روکش سیم‌ها منجر به این شد که طرف فرانسوی طبق شرط داوری، اختلافات را به دیوان داوری ارجاع کند. دیوان چنین رأی داد که ساوت وایر برای قیمت‌های بالاتر بازار جهانی، به علاوه بهره به نرخ قانونی بهره در فرانسه، به ال‌تی‌سی‌ال بدهکار است و وی را محکوم به پرداخت کرد. هنگامی که ال‌تی‌سی‌ال درصدد اجرای رأی برآمد، ساوت وایر استدلال کرد که نرخ بهره فرانسوی، نظم عمومی مرجع اجراکننده را نقض می‌کند، چرا که رباخواری تلقی می‌شود. داوران دو نوع نرخ بهره را در رأی صادر شده پیش‌بینی کرده بودند: نرخ‌های اولیه ۹/۵ و ۱۰/۵ درصد بود و ظرف دو ماه پس از ابلاغ رأی به ۱۴/۵ و ۱۵/۵ افزایش پیدا می‌کرد. دادگاه نرخ‌های اولیه را اگر چه بالاتر از نرخ مجاز در قانون جورجیا بودند قابل قبول دانست. دادگاه در تأیید اجرای رأی بیان داشت که ایالات متحده نمی‌تواند تجارت و بازرگانی را در

162. *Ibid.*

163. Lu, *op.cit.*, p. 774.

164. *Laminoirs-Trefleries de Lens, s.A.[LTCL] v. Southwire Co.*, 484 F. Supp. 1063 (N.D.Ga.1980).

بازارهای جهانی و آب‌های بین‌المللی، به‌طور انحصاری با شرایط خودش و تحت حاکمیت قانون و دادگاه‌های خویش، انجام دهد. درخصوص نرخ اولیه، اگرچه نرخ بهره فرانسه بالاتر از نرخ بهره جورجیا بود، اما دادگاه اعتقاد داشت که این نرخ آن قدر بالاتر نیست که نقض اساسی‌ترین مفاهیم اخلاق و عدالت کشور مرجع رسیدگی تلقی شود. بنابراین، تقاضا و مطالبه نرخ بهره فرانسه مغایر با نظم عمومی نبود. با این حال دادگاه افزایش بهره پنج درصد در سال و موضوع بهره مرکب را مورد تجزیه و تحلیل قرار داد و به این نتیجه رسید که نرخ بهره مذکور حاکی از خسارات واقعی نیست. دادگاه اظهار داشت که هدف بهره این است که ضرر کسی را که از استفاده از پول خود محروم شده جبران کند، نه این که خطاکار را جریمه کند. از سوی دیگر، براساس نظم عمومی جورجیا، قانون خارجی اگر فقط جنبه جزایی داشته و مربوط به مجازات باشد، به نحوی که متمایز از جبران لطمات شخصی باشد، اجرا نخواهد شد. بنابراین، دادگاه به این نتیجه رسید که بهره اضافی ۵ درصد مغایر با نظم عمومی است، زیرا این بهره به طور معقول مربوط به خسارتی نمی‌شود که *آل‌تی‌سی/آل* در اثر تأخیر در دریافت مبلغ مورد رأی داورى متحمل شده است. لذا در حالی که دادگاه رأی را تا حد نرخ بهره فرانسه اجرا کرد، از اجرای مبلغ باقیمانده مربوط به بهره ۵ درصد اضافی خودداری ورزید. بنابراین، دادگاه ایالات متحده در این پرونده معیار نظم عمومی را با محدودیت‌هایی پذیرفت و با استناد به شق «ب» بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک از اجرای رأی داورى درخصوص نرخ بهره مرکب خودداری کرد.

دادگاه تجدید نظر پاریس در ۱۸ نوامبر سال ۲۰۰۴ در رسیدگی به پرونده معروف «تالس» بیان کرد که برای توجیه ابطال رأی داورى براساس نقض نظم عمومی بین‌المللی وفق ماده ۱۵۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، نقض نظم عمومی بین‌المللی باید واقعی و آشکار باشد.^{۱۶۵} تالس ایر دیفنس در ۲۱ ژوئیه ۱۹۹۱ ساخت یکی از انواع موشک‌های خود را به *یورومیسایل* واگذار کرد. در ۳۱ مارس ۱۹۹۲ طرفین قراردادی را با هم منعقد و حق انحصاری تولید و فروش موشک مورد نظر را به *یورومیسایل* واگذار کردند. در ۱۹۹۸ بر اثر عدم توافق طرفین در تعیین بهای قرارداد جدید، تالس جریان داورى را مطابق شرط داورى فی‌مابین آغاز کرد و از جمله، اعلام پایان قرارداد بین طرفین را خواستار شد. در ۵ اکتبر سال ۲۰۰۰، دیوان داورى در پاریس با صدور رأی جزئی، تقاضای مطالبه خسارت مطرح شده از سوی *تالس* را رد کرد و اظهار داشت که *یورومیسایل* مستحق دریافت خسارت ناشی از پایان دادن به قرارداد است. در ۲۳ اکتبر ۲۰۰۲، دیوان داورى رأی نهایی خود را صادر کرد و تالس را برای پایان دادن غیرمجاز به قرارداد ملزم به پرداخت خسارت به *یورومیسایل* دانست. در ۷ نوامبر ۲۰۰۲، تالس در دادگاه تجدید نظر پاریس خواستار ابطال رأی نهایی مذکور شد. وی مدعی بود که قرارداد مورد نظر، ناقض حقوق رقابتی اتحادیه اروپا و مغایر با نظم

165. Paris Court of Appeal, "Thalès Air Defence BV v. GIE. Euromissile", 18 November 2004, *Journal du droit international*, 2005, 357.

عمومی بوده در نتیجه، رأی صادر شده بر مبنای قرارداد مذکور، نظم عمومی را به شدت نقض کرده است. *یورو میسایل* با تقاضای ابطال مخالف بود و با استناد به اصل حسن نیت و قاعده استاپل، بیان داشت که تالس نمی‌تواند بحث مخالفت قرارداد با نظم عمومی را برای اولین بار در مرحله تقاضای ابطال رأی داوری مطرح کند. دادگاه بر این اعتقاد بود که هر گاه فریب یا نقض بارز و واقعی نظم عمومی بین‌المللی فرانسه روی نداده است، قاضی نمی‌تواند کل موضوع را برای تشخیص انطباق روابط قراردادی طرفین با حقوق رقابتی اتحادیه اروپا مورد بررسی قرار دهد. دادگاه تجدید نظر پاریس در این پرونده با اتخاذ روش بازنگری محدود رأی داوری، اظهار داشت که دفاعیات طرفین و دلایل ابراز شده از سوی ایشان، حاکی از نقض آشکار حقوق رقابتی اتحادیه اروپا نیست و در نتیجه تقاضای تالس را رد کرد.^{۱۶۶}

نظم عمومی در چین مفهومی جنجالی و بحث برانگیز است و بر که «منافع عمومی و اجتماعی» اطلاق می‌شود. رویه قضایی چین نشان می‌دهد که گاهی دادگاه‌های این کشور منافع شرکت‌های دولتی را معادل با منافع اجتماعی و عمومی و در نهایت نظم عمومی چین قرار داده‌اند.^{۱۶۷} در هنگ کنگ نظم عمومی به عنوان «مفاهیم اساسی اخلاق و عدالت هنگ کنگ» تعریف شده^{۱۶۸} که برگرفته از رویه قضایی ایالات متحده امریکا است.

از دیدگاه دیوان عالی کشور هند نیز نظم عمومی این کشور هنگامی نقض می‌شود که رأی صادر شده مغایر با سیاست‌های اساسی حقوق هند، منافع آن و یا عدالت یا اخلاق باشد.^{۱۶۹}

بند دوم) منابع بین‌المللی

معیار نظم عمومی در اغلب اسناد و منابع بین‌المللی و در رأس آنها کنوانسیون نیویورک به عنوان موجبی برای اعتراض به رأی داوری بین‌المللی یا امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی آمده است. از آن جا که معیار نظم عمومی به علت پویایی و انعطاف مفهومی خود می‌تواند موضوعات بسیار وسیعی را تحت پوشش قرار دهد، برخی نویسندگان نظم عمومی را به عنوان «شرط فرار»^{۱۷۰} یا «سوپاپ اطمینان»^{۱۷۱} در کنوانسیون نیویورک

166. Thierry Thomasi, "The Paris Court of Appeal Looks at a Request for the Annulment of an Award for Breach of EC Competition Law", *International Arbitration Law Review*, Case Comment, 2005, p. 56.

167. Wiexia, *op.cit.*, p. 494.

168. *Ibid.*

169. Dholakia S.K., "Enforcement of Arbitral Agreements and Foreign Awards under Indian Law", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 2, 2003, p. 28.

170. escape clause

171. safety valve

توصیف می‌کنند.^{۱۷۲} شق «ب» بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک به کشور متعاقد اجازه می‌دهد که تقاضای اجرای آرای داوری را که مغایر با نظم عمومی آن کشور هستند رد کند.^{۱۷۳} براساس کنوانسیون نیویورک، ملاک، نظم عمومی کشوری است که رأی در آن مورد استناد قرار گرفته^{۱۷۴} و بدیهی است که این نظم عمومی باید محدود به نظم عمومی بین‌المللی کشور مربوط شود. کنوانسیون نیویورک به نظم عمومی کشوری اشاره می‌کند که تقاضای شناسایی و اجرای رأی داوری در آن به عمل آمده است و اشاره‌ای به نظم عمومی فراملی نمی‌کند.^{۱۷۵} به همین دلیل باید گفت که نظم عمومی فراملی در کنوانسیون نیویورک جایگاهی ندارد. قانون نمونه نیز نقض نظم عمومی کشور مربوط را موجبی برای ابطال رأی داوری بین‌المللی می‌داند. قانون نمونه بیان می‌کند که اگر دادگاه متبوع احراز کند که رأی داوری تجاری بین‌المللی در تعارض با نظم عمومی آن کشور است، امکان ابطال رأی وجود دارد. طبیعتاً در اینجا نیز باید به اعمال نظم عمومی بین‌المللی کشور مربوط قائل بود. از دیدگاه قانون نمونه و کشورهایی که آن را پذیرفته‌اند، نظم عمومی فراملی مورد تأیید قرار نگرفته و آنچه در فرایند اعتراض به رأی داوری بین‌المللی و ابطال آن به‌عنوان معیار مورد پذیرش واقع شده، صرفاً معیار نظم عمومی کشور مبدأ داوری است.

نتیجه‌گیری

معیار نظم عمومی را می‌توان مهم‌ترین معیار از موجبات نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی دانست که جهت صیانت از اساسی‌ترین حقوق عمومی هر جامعه الزامی است. این معیار به علت پویایی و انعطاف خود می‌تواند اغلب معیارهای دیگر را نیز شامل شود. با وجود این، تفاوت‌های متعددی معیار مذکور را از دیگر موجبات نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی متمایز می‌کند. یکی از مهم‌ترین این تفاوت‌ها، امکان ورود دادگاه به ماهیت موضوع داوری و رأی صادر شده است، امری که در دیگر معیارها اصولاً مجاز نیست. تفاوت دیگر، امکان استناد و توجه دادگاه به این معیار به صورت رأساً است که آن هم علی‌القاعده در موجبات دیگر منتفی است. عدم امکان اسقاط حق مطالبه اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری بر مبنای این معیار، و فقدان محدودیت زمانی استناد به این موجب، به ویژه در مواردی که معیار مورد نظر رأساً از سوی دادگاه مورد استناد قرار می‌گیرد، از دیگر تفاوت‌هایی است که بین این معیار با دیگر

172. Cole Richard A., "The Public Policy Exception to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards", 1 *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1985, p. 374; Senger-Weiss Elizabeth m., "Enforcing Foreign Arbitration Awards", 53-*WTR Disp. Resol. J.* 70, 1998, p. 77 in Lu, *op.cit.*, p. 770.

173. Roy Kristin, "The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards?", *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1995, p. 924.

174. Van den Berg, *New Yourk... op.cit.*

175. Lu, *op.cit.*, p. 772.

معیارهای اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی وجود دارد. این تفاوت‌های مهم و اساسی بی‌جهت نیستند. معیار مذکور که در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران از اثر آن بر رأی داوری با عنوان «بطالان» یاد شده، بیانگر مهم‌ترین قواعد آمره هر جامعه است که تخطی و انحراف از آن به هیچ روی پذیرفته نیست و ضمانت اجرایش بی‌اعتباری جبران‌ناپذیر رأی داوری است. با این حال، باید به خاطر داشت که فقط مفهوم بین‌المللی نظم عمومی هر کشور می‌تواند در عرصه داوری‌های تجاری بین‌المللی مورد توجه قرار گیرد و ملاحظات صرفاً داخلی نظم عمومی کشورها در این حوزه قابل اعمال نیستند.

اعمال نظم عمومی فراملی به جای نظم عمومی بین‌المللی کشورها در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی نیز صرف‌نظر از عدم وجاهت حقوقی، منافع کشورهای سرمایه‌پذیر و در حال توسعه، از جمله کشورمان، را تأمین نمی‌کند و در تضاد با آن قرار دارد. لازم است این امر از سوی دادگاه‌های کشورمان، در مقام اعمال نظارت قضایی مورد عنایت قرار گیرد و در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داوری تجاری بین‌المللی ایرانی و اجرای رأی داوری خارجی، نظم عمومی بین‌المللی ایران اعمال و از اعمال نظم عمومی صرفاً داخلی و شناسایی و اعمال نظم عمومی فراملی خودداری شود.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. ارفع‌نیا، بهشید، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، ج ۲، انتشارات بهتاب، چاپ چهارم، زمستان ۱۳۸۳.
 ۲. اشمیتوف، کلاویو ام.، *حقوق تجارت بین‌الملل*، ج ۲، ترجمه بهروز اخلاقی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۸.
 ۳. افتخار جهرمی، گودرز، «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۱-۱۳۷۲.
 ۴. الماسی، نجاد علی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، نشر میزان، ۱۳۸۵.
 ۵. باقری، محمود، «قابلیت داوری اختلافات ناشی از حقوق اقتصادی: ناکامی قراردادی در رجوع به داوری در دعاوی حقوق رقابت و حقوق بازار بورس»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۴۸، پاییز - زمستان ۱۳۸۷.
 ۶. باوت، دریک ویلیام، «قراردادهای دولت با بیگانگان: تحولات معاصر در مسئله غرامت ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادها»، ترجمه علی قاسمی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۱۶ و ۱۷، ۱۳۷۱-۱۳۷۲.
 ۷. جنیدی، لعیا، *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، تهران، ۱۳۸۷.
 ۸. درن، ایو، «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی»، ترجمه و تلخیص محمد اشتری، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۹، پائیز - زمستان ۶۷.
 ۹. سلجوقی، محمود، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، ج ۲، نشر میزان، چاپ چهارم، بهار ۱۳۸۶.
 ۱۰. القشیری، احمد، ریاض طاروق، «قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی: چرخش در روند داوری»، شرح و ترجمه محسن محبی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۲۹، پاییز ۱۳۸۲.
 ۱۱. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۳، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
 ۱۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۶.
 ۱۳. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ شانزدهم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
 ۱۴. کسجیان، «کاترین»، *نظم عمومی در حقوق اروپا*، ترجمه فیض‌اله جعفری، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۳۸، ۱۳۸۷.
 ۱۵. لندو، اول، «حقوق بازرگانی فراملی در داوری تجاری بین‌المللی»، ترجمه محسن محبی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۵.
 ۱۶. محبی، محسن، «رژیم قانون حاکم دیوان داوری ایران - ایالات متحده در دعاوی نفتی و تأثیر آن
- ❖ ۱۰۸ مجله حقوقی بین‌المللی / شماره چهل و چهار / بهار - تابستان ۱۳۹۰

- در روند داوری بین‌المللی»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۷-۲۸، پاییز- زمستان ۱۳۸۷.
۱۷. موحد، محمدعلی، درس‌هایی از داوری‌های نفتی - قانون حاکم، نشر کارنامه، تهران، ۱۳۸۶.
۱۸. نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۱ و ۲، مؤسسه انتشارات آگاه، چاپ نوزدهم، بهار ۸۸.
۱۹. نصیری، مرتضی، حقوق چند ملیتی، نشر دانش امروز، ۱۳۷۰.
۲۰. نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌های تجاری بین‌المللی در ایران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۵.

ب) انگلیسی

1. Audit, Bernard, "French Court Decisions on Arbitration, 2007-2008", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 19 No. 2, 2008.
2. Barraclough Andrew & Waincymer Jeff, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005.
3. Berger, Peter Klaus, "The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective", *Fordham International Law Journal*, Vol. 12, 1989.
4. Bruce Harris, Rowan Planterose & Jonathan Tecks, *The Arbitration Act 1996: A Commentary*, Fourth Edition, Blackwell Publishing, 2007.
5. Böckstiegel Karl- Heinz, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *IBA Journal of Dispute Resolution*, Special Issue, 2008.
6. Bowman Rutledge Peter, "On Importance of Institutions: Review of Arbitral Awards for Legal Errors", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 19(2). 2002.
7. Briner Robert, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Volume XVIII, 1993.
8. Busy Cindy G., "The Arbitrators' Duty to Respect the Parties' Choice of Law in Commercial Arbitration", *ST. John's Law Review*, Vol. 79, 2005.
9. Caron, David D. & Caplan, Lee M. & Pelonpaa, Matti, *The UNCITRAL Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2006.

10. Chafetz Eric, "The Propriety of Expanded Judicial Review under the FAA: Achieving a Balance Between Enforcing Parties' Agreements According to their Terms and Maintaining Arbitral Efficacy", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 8.
11. Cole Richard A, "The Public Policy Exception to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards", *1 Ohio St. j. on Disp. Resol*, 1985.
12. Curtin Kenneth-Michael, "Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws", *Defense Counsel Journal*, Vol. 64, 1997.
13. Dammann Amina, "Vacating Arbitration Awards for Mistakes of Fact", *The Review of Litigation*, Vol. 27, 2007, p. 492.
14. David A.R. Williams, "New Zealand: Mutually Exclusive Challenges and Public Policy", *International Arbitration Law Review*, Case Comment, 2004.
15. Dholakia S.K., "Enforcement of Arbitral Agreements and Foreign Awards under Indian Law", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, No. 2, 2003.
16. Donovan Donald Francics, *The Public Policy Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in US Courts*, Liber Amicorum in honor of Robert Briner, 2005.
17. Gaillard, Emmanuel, "France Adopts New Law On Arbitration", *New York Law Journal*, Vol. 245, No. 15, January 24, 2011.
18. Gaillard Emmanuel, "Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?", *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, LCIA, 2001.
19. Gaillard Emmanuel, & Savage John, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
20. Giovannini Teresa, *What are the Grounds on which Awards are most often Set Aside?*, The Institute for Transnational Arbitrations. Eleventh Annual Workshop/Dallas 15 June, 2000.

21. Gleason. E, "International Arbitral Appeal: What are We so Afraid of?" *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 7, No. 2, 2007.
22. Herrmann Gerold, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?", in *Arbitration Insights*, Kluwer Law International, 2007.
23. Heuman Lars & Millqvist Goran, "Swedish Supreme Court Refuse to Enforce an Arbitral Award Pursuant to the Public Policy Provision of the New York Convention", *Journal of International Arbitration*, 20(5), 2003.
24. Hulea Dan C., "Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Award: An American Perspective", *Brook Journal of International Law*, Vol. 29, 2004
25. Hunter Martin & Silva Gui Conde E, "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration", *The Journal of World Investment*, Vol. 4, No. 3, Geneva, June 2003.
26. Kessedjian Catherine, "Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules", in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006.
27. Knull William H. & Rubins Norah D., "Bettin the Farm on International Arbitration: Is it Time to Offer an Appeal Option?", *The American Review International Arbitration*, Vol. 11, No. 4, 2000.
28. Kreindler Richard H., "Particularities of International Financial Arbitration in the Context of Challenges to Arbitral Awards", *Yearbook of International Financial and Economic Law*, 1997.
29. Kroll Stefan, "Setting Aside Proceeding in Model Law Jurisdictions", *International Arbitration Law Review*, 2006.
30. Lalive Pierre, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3, 1986.
31. Lehmann, Matthias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", *42 Colum. J. Transnat l*, 2004.

32. Leroy Michael H. & Feuillet Peter, "The Revolving Door of Justice: Arbitration Agreements that Expand Court Review of an Award", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19, 2004.
33. Lu, May, "The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England", *23 Ariz. J. Int L & Comp.*, 2006.
34. Martinez Ramona, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The Refusal Provisions", *24 Int l L.* 487, 1990.
35. Mayer Pierre, "Effect of International Public Policy in International Arbitration?", in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006.
36. Meriwether Thomas S., "Limiting Judicial Review of Arbitral Awards under the Federal Arbitration Act", *Boston Law Review*, Vol. 44, 2008.
37. Nikbakht Hamid Reza, "Conflict of Laws in International Commercial Arbitration", *Revue du Recherché Juridique*, No. 27-28, Université Shahid Beheshti, 1999.
38. Okekeifere Andrew I, "Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law", *International Arbitration Law Review*, 1999.
39. Park William W., "Control Mechanisms in Development of a Modern Lex Mercatoria", in Thomas E. Carbonneau, *Lex Mercatoria and Arbitration*, Kluwer Law International, 1998.
40. Paulsson Jan, "Arbitration Unbound: Award Detached From the Law of its Country of Origin", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, 1981.
41. Paulsson Jan, "Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 9 No. 1, May 1998.
42. Pryles Michael, "Application of the Lex Mercatoria in International Commercial

- Arbitration”, *UNSW Law Journal*, Vol. 31(1), 2008.
43. Rachel Engle, “Party Autonomy in International Arbitration; Where Uniformity Gives Way to Predictability”, *Transnational Lawyer*, Vol. 15, 2002.
44. Redfern Alan & Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, Sweet & Maxwell, 2003.
45. Roy Kristin, “The New York Convention and Saudi Arabia: Can a Country Use the Public Policy Defense to Refuse Enforcement of Non-Domestic Arbitral Awards?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, 1995.
46. Saleh Samir, "The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the States of the Arab Middle East", in *Law Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
47. Sasser Karon A., “Freedom to Contract for Expanded Judicial Review in Arbitration Agreements”, *Cumberland Law Review*, Vol. 31, 2000- 2001.
48. Secomb Matthew, “New Zealand: Scope of the Public Policy Exception, Case Comment”, *International Arbitration Law Review*, 2004.
49. Shaleva Vesselina “The Public Policy Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia”, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, 2003.
50. Stoecher Christophe, “The lex Mercatoria: To What Extent Does It Exist?”, *Journal of International Arbitration*, No. 1, Vol. 7, 1990.
51. Sullivan Kevin A., “The Problems of Permitting Expanded Judicial Review of Arbitration Awards Under The Federal Arbitration Act”, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 46, 2002.
52. Theofrastous Theodore C, “International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiary and Supremacy in Light of the De-Localization Debate”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 31, 1999.
53. Thierry Thomasi, “The Paris Court of Appeal Looks at a Request for the Annulment of an Award for Breach of EC Competition Law”, *International Arbitration Law Review*, Case Comment, 2005.

54. Uzelac, Alan, "Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: Current Jurisprudence and Problem Areas under the UCITRAL Model Law", 154 *Int A. L. R.*, 2005.
55. Van den Bergo, Albert Jan, "Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few", *Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's 75th Anniversary Conference*, 1999.
56. Van den Bergo, Albert Jan, "The Efficacy of Award in International Commercial Arbitration" in *Arbitration Insights*, Kluwer Law International, 2007.
57. Van den Bergo, Albert Jan, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981.
58. Van Den Berg. Albert Jan, "New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 18, No. 2, 2007.
59. Wiexia G U, "Recourse against Arbitral Awards: How Far Can a Court Go? Supportive and Supervisory Role of Hong Kong Courts as Lessons to Mainland China Arbitration". 4 *Chinese J. Int L.*, 2005.