



داوری پذیری و نظم عمومی به مثابه موانع اجرای آرای داوری خارجی در کنوانسیون نیویورک (همپوشانی یا تمازین)

عید المجید نوروزی پورزارع^۱
محمد بهمنی^{۲*}

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۱۲/۰۲

چکیده

حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات یکی از دست آوردهای بزرگ تمدن بشری است که از گذشته‌های دور به ما ارث رسیده است و خواسته یا ناخواسته ما وارث این میراث گرانبها و با ارزش هستیم. کنوانسیون نیویورک با موضوع اصلی و اساسی شناسایی و اجرای موافقت نامه‌ها و آرای داوری خارجی حاصل و نتیجه همان میراث پیش گفته است که با قدمتی ۶۰ ساله همچنان بر طرفدار باقی مانده است و رسالت بنیادین خود را در یکنواخت سازی قوانین و رویه‌های شناسایی و اجرای آرا و موافقت نامه‌های داوری میبیند. مطابق پاراگراف الف و ب بند ۲ ماده ۵ این کنوانسیون به ترتیب داوری پذیری و نظم عمومی جزء موانع شناسایی و اجرای آرای صادره بر شمرده شده اند که دادگاه‌ها می‌توانند رأساً به آنها استناد کنند. این معیارهای پیش بینی شده که رسالت آنها حمایت و حراست از اصول و موازین اساسی حقوق و ارزش‌های هر کشور است و از جمله اعمال نظارت قضایی کشور شناسایی و اجرا کننده رأی محسوب می‌شود ارتباط تنگاتنگی با یکدیگر دارند و فرض بر این است که هر چند داوری پذیری و عدم امکان ارجاع بعضی موارد خاص به داوری بر پایه نظم عمومی کشورها شکل گرفته است با وجود ریشه مشترکند، از یکدیگر متمایز بوده و با هم تفاوت دارند. تلاش مقاله حاضر تمرکز بر تبیین این مهم و مشخص نمودن حد و مرزهای این معیارها و موانع شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی خواهد بود.

کلید واژه‌ها

داوری پذیری، نظم عمومی، کنوانسیون نیویورک، نظارت قضایی، موانع شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی.

^۱ دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی، دانشکده الهیات و علوم سیاسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

^۲ عضو هیات علمی گروه حقوق خصوصی، دانشکده الهیات و علوم سیاسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

مقدمه

ابداع شیوه‌های غیر قضایی برای حل و فصل اختلافات از ابزارهای بنیادین حفظ جوامع انسانی است و داوری از گذشته دور به عنوان یکی از این شیوه‌های حل اختلاف وجود داشته است. داوری نوعی قضاوت است اما نه قضاوت به شیوه مرسوم و جا افتاده در اذهان عموم یا به عبارت ساده‌تر دولتی بلکه قضاوتی قراردادی است که با اذن قانون‌گذار و با نیروی اراده طرفین اختلاف شکل می‌گیرد و در نهایت نتیجه‌ای همچون قضاوت دولتی را در پی دارد.

گفته شده است که قابلیت اجرای آرام داوری در سطح بین‌المللی در کنار رعایت بیشتر اصل بی‌طرفی، مهم‌ترین مزایای داوری نسبت به رسیدگی قضایی در دادگاه‌های داخلی (ملی) هستند.^۱ همچنین وجود این مزیت در داوری را مرهون کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی دانسته‌اند که در سال ۱۹۵۸ میلادی در نیویورک منعقد شده است.^۲ دستاورد بزرگ کنوانسیون نیویورک، وضع مقررات منعطف‌تر نسبت به اسناد مشابه قبلی خود^۳ با تلفیق هنرمندانه آنها، در راستای تقریب و یکنواخت‌سازی قوانین و رویه‌ها بوده است که موجب شده تا با استقبال گسترده‌ای در میان کشورهای عضو و غیر عضو سازمان ملل متحد روبرو شود به گونه‌ای که تا پایان فوریه ۲۰۱۵، ۱۵۴ کشور آن را به رسمیت شناخته و زمینه اجرای آرای داوری صادره در اکثر نقاط جهان را در کشور خود فراهم نموده‌اند.

اهمیت شناسایی و اجرای صحیح کنوانسیون نیویورک بر هیچ کس پوشیده نیست. به عبارت دیگر این کنوانسیون را می‌توان سنگ بنای داوری تجاری بین‌المللی دانست و به همین نسبت داوری تجاری بین‌المللی هم خود تکیه‌گاه و ضمانت اجرای شکلی معاملات تجاری بین‌المللی است. اعتقاد بر این است که کنوانسیون نیویورک ساز و کاری را تعبیه کرده که اجرا و اعمال صحیح آن بستگی به همکاری و تعامل میان دادگاه‌های داخلی (ملی) دارد و مینا و اساس این سند بین‌المللی در اعتماد متقابل است بدین مضمون که اگر دادگاه داخلی کشور مورد اجرای رأی بدون دلیل به نفع تبعه خود عمل کند، بدون شک این اعتماد متقابل مخدوش شده و دادگاه‌های داخلی دیگر کشورها نیز ممکن است متقابلاً همین رفتار ناصحیح را در پیش گیرند.

^۱ به نقل از عابدیان، میرحسین و افتخار، رضا؛ در ترجمه راهنمای "شورای بین‌المللی داوری تجاری برای تفسیر پیمان ۱۹۵۸ نیویورک؛ منتشره توسط شورای بین‌المللی داوری تجاری: www.arbitration icca.org.

^۲ the, International Kluwer; Practice and Law: Arbitration International, Borm, B. G Netherlands 2012, p ; 35

^۳ به پروتکل ۱۹۲۳ ژنو در مورد شروط داوری در دعاوی تجاری و کنوانسیون ۱۹۲۷ ژنو در خصوص اجرای آرای داوری مراجعه شود.

از سوی دیگر اعتقاد بر این است که وجود منافع و مزایا در توسل به داوری موجب نمی شود که دولتها از اعمال نظارت قضایی بر آرای داوری بین‌المللی در راستای صیانت از مصالح اساسی جامعه خویش چشم پوشی و صرف نظر کنند.^۱ اهمیت این موضوع تا حدی است که در بعضی از موارد رجوع به داوری جهت حل و فصل اختلاف ممنوع بوده - از این حالت در متون و تفاسیر مکتوب با عناوین داوری پذیری^۲ یا قابلیت داوری^۳ یاد شده است - و رأی داوری که متضمن نقض این قواعد، باشد قابلیت ابطال دارد. همچنین "عدم توجه به ملاحظات نظم عمومی کشورهای مرتبط با داوری و صدور رأی می‌تواند تبعات ناخوشایندی مانند ابطال رای در کشور مبدا و یا عدم شناسایی و اجرای رأی صادره از سوی داور یا داوران را در کشور مقصد در پی داشته باشد".^۴

گفتار اول: داوری پذیری

اصل بر داوری پذیری کلیه اختلافات تجاری است^۵ و با توجه به پذیرش این اصل هرگاه در متون و مقالات حقوقدانان صحبتی از داوری پذیری می‌شود منظور اصل پذیرفته شده نیست؛ بلکه این استثنای اصل است که مورد توجه قرار گرفته است. در مورد معنای داوری پذیری توافق وجود ندارد اما میتوان از آن به محدودیتهایی اشاره کرد که هر کشوری به دلیل حمایت از برخی منافع خاصی در ارجاع برخی موضوعات به داوری، وضع می‌کند.

برخی منشأ داوری پذیری را نظم عمومی دانسته^۶ و آن را زیر مجموعه نظم عمومی به شمار می‌آورند^۷ و به همین دلیل ممکن است این محدودیت‌ها از هر مکان به مکان دیگر و از هر زمان به زمان دیگر متغیر باشد. به اعتقاد Grantham از این منظر هر کشوری می‌تواند مطابق با ویژگی‌های،

^۱ ایرانشاهی علی رضا؛ بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی؛ مجله حقوقی بین‌المللی،

نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و هشتم، شماره ۴۴، ۱۳۹۰، ص ۷۴

^۲ جنیدی، لعیا و غیاثوند قزوینی نسترن؛ داوری پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی؛ دو فصلنامه علمی پژوهشی حقوق تطبیقی دانشگاه مفید؛ دوره ۵، شماره ۱۰۸ پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صفحه ۲۵

^۳ ایرانشاهی علی رضا؛ معیار قابلیت داوری در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی؛ مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۱۵، شماره ۲۱۳۹۱، ص ۳۵۷

^۴ همان، ۳۶۲.

^۵ and Sweet ;Arbitration Commercial International of Practice and Law ;Martin ,Hunter & Alan, Redfern London, Maxwell, 2004, p ,149.

^۶ به نقل از ایرانشاهی، علیرضا؛ بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، ص ۷۶ و جنیدی، لعیا؛ قانون حاکم در داوهای تجاری بین‌المللی؛ نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، ص ۹۴

^۷ of Convention York New Jan Albert & Berg Den an 1985 Arbitration of Court International. ICC: Vol ,Bulletin 18. No. 2, 2007, p. 18. Maxwell & Internat of Practice and Law ,Martin Hunter & , 2004, p. 80 .

حقوقی، اقتصادی، اجتماعی فرهنگی و حتی سیاسی خاص خود تصمیم بگیرد که چه موضوعاتی می‌توانند به وسیله داوری حل و فصل شوند و چه موضوعاتی نمی‌توانند^۱ به عبارت دیگر بیشتر محدودیتهای مرتبط با داوری‌پذیری در قوانین داخلی کشورها اختصاص به موضوعاتی دارد که یک خصیصه تقع عمومی را بر دوش کشیده و یا اینکه مربوط به گروهی خاص است که نیاز به حمایت بیشتری دارند. لذا هنگامی که کشوری یک موضوع اختلافی را غیر قابل ارجاع به داوری اعلام می‌کند، طبیعتاً بر اساس ملاحظات و در نظر گرفتن نظم عمومی است و به همین دلیل نظم عمومی در داوری‌پذیری واجد نقش اساسی می‌باشد.

تاکنون سه تقسیم‌بندی از اصطلاح داوری‌پذیری ارائه شده است که یکی از پرطرفدارترین این تقسیم‌بندی‌ها به داوری شخصی و داوری موضوعی بر می‌گردد. بدین معنی که در داوری شخصی طرفین داوری دارای صفات و ویژگی لازم برای این امر - دارا بودن مسائلی چون اهلیت یا اعتبار قرارداد داوری - باشند. و داوری موضوعی یعنی پایه و اساس موضوع قرارداد داوری با مسائلی همچون نظم عمومی در تناقض نباشد.

مبحث اول: جایگاه ایراد عدم داوری‌پذیری در کنوانسیون

با اندک مذاقه مشخص می‌گردد که کنوانسیون در ۲ ماده به موضوع داوری‌پذیری پرداخته است: الف) در بند ۱ ماده ۲ و ب) بند ۲ ماده ۵ بند ۱ ماده ۲ در بیان شرایط موافقت نامه داوری بیان می‌دارد که " دولت‌های عضو تعهد مینمایند که یک موافقت‌نامه‌ی کتبی داوری که طرفین بر اساس آن توافق نموده‌اند تمام یا بخشی از اختلافات آتی یا موجود خود در خصوص یک رابطه‌ی حقوقی معین قراردادی یا خیر قراردادی در مورد یک موضوع داوری‌پذیر را به سازوکار داوری ارجاع دهند، شناسایی نمایند. همچنین بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون اشعار می‌دارد که " دادگاه‌های کشورهای عضو در مواجهه با دعوی که طرفین قبلاً موافقت‌نامه‌ای با موضوع ماده حاضر برای ارجاع آن به داوری منعقد نموده‌اند، باید به درخواست هر کدام از طرفین آنها را به داوری ارجاع دهند مگر آنکه برای دادگاه محرز شود که موافقت‌نامه‌ی مذکور باطل و بلااثر بوده، غیر لازم الاجرا و یا غیر قابل اجراست. همان گونه که از متن برداشت می‌شود این بند کنوانسیون که به اعتبار معاهده داوری می‌پردازد، داوری‌پذیری را به عنوان یکی از شرایط اعتبار موافقت‌نامه مورد پذیرش قرار داده است اما صحبتی از اینکه بر اساس چه قانونی خیر قابل اجرا بودن موافقت‌نامه داوری مورد ارزیابی و سنجش قرار خواهد گرفت، به میان نیاورده است.

¹ Disputes Property Intellectual International of Arbitrability The ;iamWill ,Grantham 14 Int'l .J Berkeley Law, 1996, p. 173.192

از سوی دیگر کنوانسیون در بند ۲ ماده ۵ غیر قابل داوری بودن را در کنار مغایرت رأی با نظم عمومی محل کشور اجرا از موارد امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی می‌داند که دادگاه محل اجرا میتواند رأساً به آن استناد نموده و از اجرای رأی خودداری نماید.

مبحث دوم: قانون حاکم بر داوری پذیری

مسئله داوری پذیری ممکن است در مراحل مختلف رسیدگی مطرح شود طرح ایراد عدم داوری پذیری دعوی ممکن است به طور مستقیم نزد دیوان داوری صورت پذیرد. همچنین مسئله عدم داوری پذیری ممکن است در مقطع پیش از صدور رأی به عنوان یکی از موجبات عدم قابلیت اجرای موافقت نامه داوری مطرح شود. عدم قابلیت داوری، در عین حال میتواند به عنوان مبنای بطلان رأی داوری در دادگاه دولتی مطرح شود. در نهایت ایراد عدم داوری پذیری ممکن است در مرحله شناسایی و اجرای رأی از سوی محکوم علیه طرح شود و یا رأساً مورد توجه دادگاه قرار گیرد.^۱

بند اول: شیوه تعیین قانون حاکم

قاعده پایه و اصلی در این حالت آزادی اراده طرفین است. اما باید توجه داشت که آزادی اراده به تمامی جنبه‌های یک موافقت نامه داوری جریان ندارد و ممکن است برخی جنبه‌های یک قرارداد مستلزم نظر موافق قوانین دیگری غیر از قانون انتخابی طرفین به ویژه قوانین آمره خارجی نیز باشند.^۲ شیوه انتخاب قانون حاکم بر این اصل استوار است که موضوعات در دسته بندیهای خاصی (دسته‌های ارتباط) قرار می‌گیرد و برای هر دسته از این موضوعات با توجه به ارتباط موضوع با قوانین کشورهای مختلف قانون کشور خاصی به عنوان قانون حاکم تعیین می‌گردد.^۳ به عبارت دیگر ممکن است در یک موافقت نامه داوری تجاری بین‌المللی قوانین مختلفی نسبت به اهلیت طرفین، اختیار طرفین، شکل موافقت نامه داوری اعتبار موافقت نامه داوری و نهایتاً داوری پذیری اختلاف موضوع موافقت نامه داوری حاکم باشد.^۴

لازم به ذکر است که در صورت عدم انتخاب قانون حاکم توسط طرفین دشواری و اختلاف نظر در تعیین قانون حاکم به مراتب بیشتر است و چندین معیار برای تعیین قانون حاکم در این شرایط پیشنهاد شده است. اما معیاری که کنوانسیون نیویورک آن را مد نظر قرار داده است و در پاراگراف الف بند ۱ ماده

^۱ بهمنی، محمد علی و شیخ عطار، حسنی؛ قانون حاکم بر داوری پذیری دعاوی؛ مطالعات حقوق تطبیقی دوره، ۹ شماره ۲ پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۵۴۶.

^۲ جنیدی، لعیا؛ قانون حاکم در داوورهای تجاری بین‌المللی؛ نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶ ص ۵۴.

^۳ الماسی، نجاد علی؛ حقوق بین الملل خصوصی؛ چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۳.

^۴ Arfazadeh, Homayoon, "Revisited Fori Lex the Convention under Arbitrability", International 17 Issue, 1, 1 March 2001, P. 74

۵ به آن اشاره کرده است توجه به محل داوری یا همان مقر داوری میباشد. هر چند که برخی با این دیدگاه مخالف بوده و اظهار داشته اند که در متن ماده آمده است. در صورت عدم وجود هرگونه قرینه‌ای ... " پس قانون مقر داوری باید آخرین راه حل برای تعیین قانون حاکم بر اعتبار موافقت نامه داوری باشد.^۱

بند دوم: تعیین قانون حاکم قبل از صدور رأی

شناسایی و اجرای موافقت نامه داوری قبل از صدور رأی داوری عموماً در ۲ مرحله رخ می‌دهد: الف) نزد دادگاه، ب) نزد داور

الف) طرح شدن دعوی نزد دادگاه

این حالت عموماً زمانی رخ میدهد که یکی از طرفین دعوی اعتقاد به هدم داوری‌پذیری موضوع داشته و یا به دلیل بطلان غیر قابل داوری بودن از سوی داور با وجود شرط داوری جهت رسیدگی به دادگاه مراجعه می‌کند به طور کلی ۲ رویکرد در مواجهه با چنین حالتی در دادگاه‌های داخلی به وجود آمده است.

۱- قانون مقر دادگاه

اصولاً چه در مرحله شناسایی موافقت نامه داوری و چه در مرحله شناسایی رأی داور، قانون مقر در مورد داوری‌پذیری معیار قرار می‌گیرد.

دسته‌ای از طرفداران این دیدگاه بر این اعتقادند که کنوانسیون در ماده ۵ ضابطه سنجش و ارزیابی داوری‌پذیری را قانون مقر قرار داده است. پس این معیار باید در اعمال ماده ۲ کنوانسیون نیز بکار گرفته شود و دادگاهها در این مرحله باید قانون خود را اعمال نمایند.^۲ برخی دیگر از طرفداران به ماهیت موضوع داوری‌پذیری استناد کرده و اظهار می‌دارند که داوری‌پذیری موضوعی مربوط به صلاحیت می‌باشد بنابراین باید بر اساس قواعد مقر سنجیده شود.^۳ همچنین این دسته از طرفداران متن کنوانسیون را مورد استناد قرار داده و بیان می‌دارند که بر اساس کنوانسیون نیز قانون حاکم بر داوری‌پذیری در مرحله ارجاع قانون مقر دادگاه میباشد. نکته مورد تأکید این دسته نحوه نگارش بند ۱ ماده ۵ است که تنها به بررسی اعتبار موافقت نامه داوری از منظر قانون حاکم بر آن و یا در صورت سکوت بر اساس قانون مقر داوری پرداخته است. به گفته این دسته عدم ذکر داوری‌پذیری در این بند آگاهانه صورت

^۱ سیدی، جواد؛ درآمدی بر قابلیت ارجاع در داورهای تجاری بین‌المللی؛ انتشارات جنگل، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵.

^۲ Hanotiou d Bernar: به نقل از سیدی، جواد، پیشین، ص ۱۳۲.

^۳ Arfazadeh homayoon cit.op; p. 79.

گرفته است؛ زیرا ماهیتاً داوری پذیری متفاوت از مسئله اعتبار موافقت نامه داوری می‌باشد. لذا دادگاه‌ها باید قانون خود را اعمال نمایند^۱.

بر همین اساس در مجامع بین‌المللی این دادگاه بسیار بیشتر مورد استفاده قرار گرفته و در عمل بسیاری از دادگاه‌های ملی بدون اینکه توجهی به سایر قوانین و یا بحث تعارض قوانین نمایند، مستقیماً قوانین داخلی خود را مد نظر قرار داده و بر اساس آنها اعمال می‌کنند.

۲- قانون حاکم بر موافقت نامه داوری یا قانون مقر داوری

این رویکرد بر متفاوت بودن بین مرحله شناسایی اعتبار موافقت نامه داوری و مرحله شناسایی و اجرای رأی داوری تأکید دارد. طرفداران این نظر بر این اعتقادند که در مرحله شناسایی موافقت نامه داوری مسئله اعتبار باید بر اساس قانون حاکم بر موافقت نامه داوری سنجیده و ارزیابی شود که در مرحله اول قانون انتخابی طرفین است. از سوی دیگر کنوانسیون نیویورک نیز با توجه به بند ۳ ماده ۲ و بند ۱ ماده ۵ این دیدگاه را پذیرفته است و در نهایت اینکه این نظر توسط بسیاری از مفسران و صاحبان نظر در این حیطه مورد پذیرش قرار گرفته است و در بسیاری از دادگاه اجرا می‌شود.

(ب) طرح شدن نزد داور

اتفاق نظر بر این است که در صورتی که عدم داوری پذیری موضوع مطروحه به نظم عمومی بین‌المللی ارتباط پیدا کند، داوران مکلف هستند که حتی در صورت عدم طرح آن از سوی خواننده به آن توجه کرده و اعلام عدم صلاحیت به خصوص اگر عدم داوری پذیری با نظم عمومی بین‌المللی مقر داوری مرتبط باشد - نمایند. در این مورد نیز ۴ رویکرد جلب توجه می‌نماید.

۱- قانون حاکم بر موافقت نامه داوری

این دیدگاه در مقام بیان این است که هر قانونی که حاکم بر قرارداد باشد همان به عنوان قانون کامل خواهد بود و در این قبیل امور هم باید به همان قانون استناد کرد. مخصوصاً در خصوص قرارداد داوری که طرفین خود با اراده قانون را مورد انتخاب قرار داده اند؛ بنابراین بیش از دیگر قوانین محدودیت‌های آن را نیز می‌دانسته اند و در نظر داشته‌اند. پس معقول به نظر می‌رسد که از عدم داوری پذیری‌های قانون مذکور نیز با خبر بوده اند. بعضی نویسندگان معتقدند که باید قانون منتخب طرفین برای تعیین داوری پذیری ملاک قرار گیرد^۲.

^۱ OtiouHan Bernard به نقل از سیدی، جواد، پیشین، ص ۱۳۴.

^۲ p, op.cit, Grantham 193

۲- قانون کشور محل اجرای رأی داوری

استفاده از این قانون در عمل بسیار محتمل است؛ همان طور که اشاره شد کشورها مخصوصاً وقتی حکمی جنیدی اجرایی در کشورشان پیدا می‌کند بیش از پیش اصرار دارند که از قوانین، ملی قانون داخلی خود را حاکم کنند تا در امور اجرایی با مسئله حادی مواجه نشوند. از همین باب هم در اکثر اسناد بین‌المللی داوری تأکید شده است که اگر قانون محل اجرای رأی داوری موردی را نپذیرفته باشد، همین موضوع از جهات امتناع از اجرا و شناسایی رأی داوری خواهد بود.^۱

۳- قانون کشور مقرر داوری

طبیعی است که دادگاه صادر کننده رأی هم هنگام رسیدگی قانون متبوع خود را در نظر بگیرد و بسیار پیش می‌آید که دادگاه مبدأ نیز در هنگام بررسی قابلیت داوری یک اختلاف بین‌المللی قانون خود را اعمال می‌کند. این موضوع در قوانینی چون قانون نمونه تصریح شده است. برای همین هم بسیاری بر این باورند که این موضوع در کنوانسیون نیویورک هم به این صورت خواهد بود و عملاً نیز در بیشتر دیران‌های داوری قانون کشوری که دیوان در آن مستقر است یعنی قانون مقرر داوری مستند برای داوری پذیری قرار می‌گیرد. البته این نظر با داوریهایی که اساساً دارای محل نیستند یا مجازی هستند در تضاد قرار دارد؛ و مخالفان بر این اعتقاد هستند که گاهی محل صدور فقط در حد یک مکان است و آن قدر تأثیری در روند دادرسی ندارد که قوانین آنجا بخواهد قابل داوری بودن یا نبودن را تعیین کند.^۲

۴- حقوق بین‌الملل عمومی

این موضوع را تعداد معدودی بیان کرده اند و مورد نظر مفسرین زیادی قرار نگرفته است. طرفداران این نظر بر این عقیده هستند که قواعد آمره بین‌المللی برخی از اختلافات را غیر قابل داوری میکنند؛ منبع قابل استفاده برای این نظریه را نیز اصول کلی حقوقی که توسط سازمان ملل متحد در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به تصویب رسیده است مورد استناد قرار میدهند؛ مواردی همچون قاچاق اسلحه و انسان را از این دست ممنوعیتها میدانند.^۳

بند سوم: تعیین قانون حاکم پس از صدور رأی

در حالت کلی پس از صدور رأی داوری در ۲ مقطع ممکن است موضوع داوری پذیری مطرح شود: الف)

¹ p. op.cit. ,Jan Albert & Berg Den.382

² in Problems Pervasive in Problems Selected -Proceedings Insolvency and Arbitration ;M Stefan Kroll onalInternati Law Kluwer ;Arbitration International, 2006.p. 363

³ Practice Arbitral in Arbitrability to Approach Transnational a for Plea A ;Matthias Lehmann 4 .J. Colum Transnat 1, 2004.p.9

نزد دادگاه کشور مقر داورى و مسئله ابطال رأى داورى، ب) نزد کشور محل اجرا در زمان شناسایی و اجرای رأى داور

الف) نزد دادگاه کشور مقر داورى

این مرحله که به طور کلی سومین مرحله‌ای است که داورى پذیرى در آن مطرح می‌شود زمانی به وجود می‌آید که رأى داورى صادر شده باشد و طرف دیگر - عموماً خوانده - به دنبال ابطال آن در دادگاه مقر داورى است. همان گونه که کنوانسیون نیز بیان داشته دادگاه‌های داخلی در ۲ مورد می‌توانند رأساً و به استناد آنها رأى داور را باطل نمایند که یکی از آن دلایل عدم داورى پذیرى و دیگری نظم عمومی است. عموماً در زمان مواجهه دادگاه‌ها با این چنین شرایطی - ابطال رأى داور در ارتباط با داورى پذیرى - قانون کشور خود را اعمال می‌کنند. به عبارت دیگر چنانچه موضوع بر اساس قانون داخلی آنها قابل ارجاع به داورى باشد از این جهت رأى را مورد تأیید قرار داده و اگر غیر قابل ارجاع به داورى باشد رأى داورى را باطل اعلام می‌نمایند.

الف) نزد کشور محل اجرای رأى داورى

در قوانین و مقررات تمامی کشورهای عضو کنوانسیون پذیرفته شده است که عدم داورى پذیرى موضوع مورد اختلاف، طبق قانون محل شناسایی و اجرا یکی از موانع شناسایی و اجرای رأى خارجی می‌باشد. همان گونه که پیش تر نیز ذکر شد بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیز این مقرر را بیان داشته و عدم داورى پذیرى را یکی از موارد بطلان رأى داورى می‌داند. بر اساس شواهد و مدارک به دست آمده "عملاً در پرونده‌های کمی از اجرای رأى داورى خارجی به استناد عدم داورى پذیرى در محل اجرای رأى امتناع شده است".

بر اساس کنوانسیون نیویورک دادگاه کشور محل اجرا نمی‌تواند از شناسایی و یا اجرای رأى به استناد عدم داورى پذیرى موضوع مورد اختلاف بر اساس قانون خارجی امتناع نماید اما می‌تواند در صورت درخواست خوانده به بررسی اعتبار موافقت نامه داورى بر اساس قانون خارجی بپردازد و اگر آن را طبق قانون حاکم بر موافقت نامه داورى یا در صورت عدم تعیین آن طبق قانون مقر - برخلاف نظر داور - غیر قابل ارجاع به داورى تشخیص دهد از شناسایی و یا اجرای رأى خودداری نماید. تفاوت این ۲ مورد در این است که در صورت عدم داورى پذیرى موضوع از نظر قانون کشور محل اجرا، قاضی می‌تواند رأساً آن را در نظر گرفته و رأى را باطل نماید. در حالی که تنها در زمانی می‌تواند به استناد قانون خارجی رأى

^۱ نیکبخت، حمیدرضا؛ شناسایی و اجرای آرای داورى‌های تجاری در ایران؛ چاپ اول، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی،

داوری را غیر قابل اجرا اعلام نماید که خواننده به همان دلایل به رأی داوری نزد قاضی کشور محل اجرا اعتراض نموده باشد.

گفتار دوم: نظم عمومی

دومین مورد از مصادیق امتناع از اجرای آرای داوری که توسط دادگاه محل اجرای رأی مطرح می‌شود نقض نظم عمومی است؛ نظم عمومی به طور کلی یکی از مباحثی است که به تفصیل در منابع گوناگون مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ شاید مهم‌ترین دلیلی که تا این اندازه نظم عمومی مورد توجه قرار می‌گیرد، به این برمی‌گردد که این معیار نیز همچون داوری‌پذیری کل جامعه را تحت الشعاع قرار می‌دهد. به همین جهت هم هر عاملی که بر کل جامعه اثر داشته باشد دارای محدودیت‌هایی از طرف قانون‌گذار می‌شود. داوری نیز به جهت نوحی دادرسی که می‌تواند به بسیاری از مصادیق جنیدی قانونی دهد، زیر همین معیار نظم عمومی قرار می‌گیرد چرا که به قول برخی داوری تجاری بین‌المللی نه تنها طرفین که کل جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد^۱. بدین منظور نهادهای داوری بایستی الزامات هر جامعه را از جهت نظم عمومی مد نظر قرار دهند^۲. معمولاً این نظم عمومی از حرف جامعه نشات می‌گیرد؛ و عدم توجه به این ملاحظات می‌تواند در مواردی بسیار جنجال برانگیز باشد به همین جهت هم عدم رعایت نظم عمومی در هر کشوری یکی از مصادیق مهم ابطال رأی به شمار می‌رود^۳. نقض نظم عمومی در کنوانسیون نیویورک در پاراگراف ب بند ۲ ماده ۵ به عنوان یکی از موارد امتناع از اجرای رأی، تصریح شده است.

مبحث اول مفهوم نظم عمومی

نظم عمومی یکی از آن دسته مفاهیمی است که به هیچ عنوان نمی‌توان در موردش به تعریف واحدی رسید؛ چرا که مفهوم نظم عمومی، به مصالح و منفعت جمعی هر جامعه‌ای بر می‌گردد. بنابراین این مفهوم نظم عمومی از کشوری به کشور دیگر متغیر است^۴ و جالب تر اینکه حتی این مفهوم در یک کشور هم در طول زمان "ثابت" نیست و با تحولات اجتماعی و فرهنگی در هر جامعه‌ای مفهوم نظم عمومی هم از معیاری به معیار دیگر تغییر معنا پیدا میکند همان طور که اشاره شد مفهوم نظم عمومی در

¹ Park, William, Arbitration International in Discretion and Duty; Law International of Journal American, Vol. 93, 1999, p. 146.

² Commercial International on Goldman, Gaillard, Fouchard; John Savage & Emmanuel Gaillard International Law Kluwer; Arbitration, 1999, p. 348.

³ to Challenges of Context the in Arbitration Financial International of Particularities; Richard Kreindler Law Economic and Financial International of Yearbook; Awards Arbitral, 1997, p. 47.

⁴ International; Law Model UNCITRAL the under Arbitrability and Policy Public; Andrew Okekeifere Review Law Arbitration, 1999, p.1.

کشورهای مختلف یکسان نیست؛ پس می‌توان به این نتیجه رسید که می‌تواند رأیی به جهت همسو بودن با نظم عمومی آن کشور قابلیت اجرا داشته باشد؛ و از طرف دیگر همان رأی به جهت تناقضات با نظم عمومی در کشور دیگر، ابطال گردد.

برخی نظم عمومی را قواعد نظم عمومی نظام حقوقی کشور محل درخواست اجرا دانسته اند.^۱ اکثر کشورها، "بین نظم عمومی داخلی و قواعد نظم عمومی بین‌المللی خود تفاوت قائل هستند.^۲ برخی نیز بر این اعتقاد اصرار دارند که نظم عمومی مربوط به اساس اعتقادات بنیادین اخلاقی و سیاسی مرجع رسیدگی کننده است.^۳ در حقوق داخلی مفهوم نظم عمومی اغلب برای معرفی قواعد امری به کار میرود که طرفین نمی‌توانند از آنها عدول کنند. در حالی که در حقوق بین‌الملل خصوصی نظم عمومی با عنوان "نظم عمومی بین‌المللی" دادرسی را قادر می‌سازد که از اعمال قانون خارجی علی‌الاصول صلاحیت دار در مواقعی که ناقض مفاهیم اجتماعی و حقوق اساسی نظام حقوقی متبوعش است امتناع کند.^۴ بنابراین نظم عمومی فاقد یک دایره شمول ثابت بوده و بر حسب مقتضیات متغیر است.^۵ بدین ترتیب گاهی از این دسته قواعد نظم عمومی حاوی آن چنان معیارهای مقدسی است که حفظ و اجرای خود را به هر قیمت و بدون استثناء میطلبد. با این وصف تعیین یک ضابطه یکسان برای همه‌ی کشورها تقریباً غیر ممکن است و در این حالت می‌توان به مفهوم نسبی بودن نظم عمومی رسید.

بسیاری این نسبی بودن را وابسته به مکان می‌دانند و آن را "نسبیت مکانی" نامیده اند، بدین صورت که از مکانی به مکان دیگر نظم عمومی، معیارهای متفاوتی دارد.^۶ در این میان برخی نیز معیار نظم عمومی را قبل از هر چیز وابسته به قضاوت جامعه حقوقی خاص^۷ می‌دانند. به طور مثال رأی صادره در خصوص اختلافات میان توزیع کننده و تولید کننده‌ی مشروبات الکلی را در نظر بگیریم، که در کشورهای اسلامی ممنوع بوده و قطعاً چنین رأیی به دلیل تعارض با نظم عمومی با ابطال دادگاه‌های آن کشور مواجه می‌شود.

^۱ الماسی، نجاد علی؛ پیشین؛ ۱۳۸۵، صص ۱۳۱-۱۳۰.

^۲ شهبازی نیا، مرتضی و بازگیر، سعید؛ نظم عمومی و نقش آن بر امور شکلی داور؛ مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۲۳، بهار ۱۳۹۴، ص

^۳ ایرانشاهی، علی رضا؛ پیشین، ۱۳۹۰، ص ۹۲.

^۴ جنیدی، لعیا؛ پیشین؛ ۱۳۷۶، ص ۲۹.

^۵ الماسی، نجاد علی؛ پیشین؛ ۱۳۸۵، ص ۱۸۷.

^۶ همان، ص ۱۸۷.

^۷ سلجوقی، محمود حقوق بین‌الملل خصوصی جلد دوم تعارض قوانین و تعارض صلاحیت دادگاه‌ها چاپ، چهارم نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۹۹.

دومین نسبت را نسبت زمانی^۱ نامیده اند. همان طور که از ظاهر این اصطلاح بر می‌آید این مفهوم به حامل "زمان" وابسته است. پیش تر هم اشاره شد که ارزش‌ها و معیارهای جوامع ثابت نیستند و در طول زمان تغییر می‌کنند و به سبب آن نظم عمومی هم در زمان‌های مختلف، متفاوت است. به همین دلیل ممکن است امری که در یک کشور خاص امروزه بر خلاف نظم عمومی تلقی می‌شود چندین سال بعد امری عادی محسوب می‌گردد.^۲ برخی مفسرین نیز مفهوم نظم عمومی در کشورهای نظام حقوقی نوشته را دارای قابلیت اعمال وسیع تری به نسبت نظام‌های حقوقی کامن لو میدانند.^۳ اما هر نظام حقوقی که باشد نمی‌توان انعطاف‌پذیری و متغیر بودن معیار انظم عمومی را منکر شد؛ به همین جهت هم کاردوسو نویسنده‌ی آمریکایی در این خصوص معتقد است که تعریف نظم عمومی مخالف با نظم عمومی است.^۴ در نهایت برخی نظم عمومی را نام تلطیف شده‌ی منافع ملی و نقطه‌ی عطف آن را عدالت می‌دانند.^۵

مبحث دوم: قلمرو نظم عمومی، شکلی و ماهوی

قلمرو نظم عمومی به اعتقاد بسیاری مضرین حقوقی در خصوص الزامات و قواعد حقوقی هم به امور شکلی و تشریفاتی^۶ و هم به "ماهیت اختلافات" مربوط می‌شود.^۷

۱- قواعد نظم عمومی شکلی

قواعد نظم عمومی به عکس آنچه بسیاری در ابتدای امر می‌پندارند، تنها به مسائل ماهوی محدود نمی‌شود؛ بلکه تا حدی نظم عمومی تشریفاتی و شکلی در محدوده‌ی وسیع تری مورد پذیرش و رسمیت قرار گرفته است. یکی از مهمترین مصادیق قواعد نظم عمومی را در "اصول دادرسی منصفانه میتوان دید اصولی که در برگیرنده‌ی عدالت در رفتار برابر با طرفین و عدالت در آیین تشریفات رسیدگی، است؛ عدم رعایت این قبیل تشریفات را نقض اساسی نظم عمومی بر می‌شمارند و به همین دلیل هم اکثر نظام‌های حقوقی دنیا، دادرسی منصفانه را زیر مجموعه نظم عمومی میدانند. قواعد نظم عمومی را به جرات میتوان در زمره قواعد آمره هر نظام حقوقی برشمرد؛ چنانچه حتی طرفین داوری با توافقات فی مابین هم نمی‌توانند بر خلاف نظم عمومی کشور محل رسیدگی از دیوان رسیدگی کننده انتظاری داشته

^۱ الماسی، نجاد علی؛ پیشین؛ ۱۳۸۵، ص ۱۸۸.

^۲ p ,op.cit ,Jan Albert & Berg Den Van 182.

^۳ نصیری، مرتضی؛ اجرای آرای داوری خارجی؛ تهران، بیتا، ص ۳۸.

^۴ القشیری، احمد و ریاض، طارق؛ قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی چرخش در روند داوری؛ شرح و ترجمه دکتر محسن مجبی، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوق بینالمللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۹، پاییز ۱۳۸۲، ص ۳۵

^۵ جنیدی، لعلیا؛ اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی؛ تهران، شهر دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۶۶

باشند. به همین جهت هم مفسرین کنوانسیون نیویورک مبنای نظم عمومی شکلی را تنها معیار در این سند نمی‌دانند؛ و اصل رسیدگی منصفانه که در پاراگراف ب بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون بدان تصریح شده را همسو با این قاعده میدانند.

۲- قواعد نظم عمومی ماهوی

نقض قواعد نظم عمومی ماهری نیز همچون نقض شکلی آن ابطال رأی را به همراه می‌آورد. پیش تر اشاره شد که دادگاه رسیدگی کننده برای بررسی قواعد داوری^۱ "پذیری دست به بررسی ماهوی رأی داوری میزند؛ و نظم عمومی نیز همچون قابل داوری بودن" از موجباتی است که دادگاه به بررسی ماهوی آن اقدام می‌کند. خوشبختانه این موضوع در تمام کشورها مورد پذیرش است و نظام‌های حقوقی در این خصوص اتفاق نظر دارند.

در مورد نقض نظم عمومی شکلی تا این اندازه اتفاق نظر وجود ندارد؛ چرا که خیلی از کشورها^۱ نظم عمومی را تنها در موارد نقض ماهوی ماهوی آن در قوانین خود تصریح کرده‌اند و رویه قضایی آنها شامل نقض قواعد شکلی نمی‌شود. به طور مثال دفاع نظم عمومی در کشور انگلستان، حتی در قالب کنوانسیون نیویورک باید به نحوی که منطبق بر حقوق این کشور است مطرح شود هر یک مصادیق نقض ماهوی نظم عمومی هم، از کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند؛ اما مواردی است که در اکثریت نظام‌های حقوقی به عنوان خطر بزرگی برای منافع و مصلحت عمومی از آنها یاد می‌شود اعمالی همچون قاچاق مواد مخدر پول شویی قاچاق اعضای بدن انسان، تجارت اسلحه و محدودیت‌های تجارتي که سازمان ملل متحد از آن نام برده است.

در مجموع هر گونه قراردادی که یک طرف آن در ضعف و ناتوانی باشد و یا قراردادهای افراطی که به صورت آشکار مغایرت با نظم عمومی در آن ملاحظه می‌شود. همچنین مقررات بهره‌ی پول سپرده وقتی از عرف و رویه رایج خارج می‌شود و یا برخی محدودیت‌های ارزی که بیشتر کشورها برای جلوگیری از اقتصاد ناپایدار به آن پای بند هستند همچنین مواردی که ثروت‌های ملی و یا سنت‌های ملی مذهبی را خدشه دار می‌سازد؛ به قولی باعث جریحه دار شدن احساسات عمومی در یک جامعه می‌شود؛ همگی از موارد نقض ماهوی نظم عمومی به شمار می‌روند. برخی کشورها حتی نقض حسن نیت را هم از موارد نظم عمومی ماهوی قلمداد می‌کنند. در نظام‌های مبتنی بر حقوق اسلام نیز معاملات ربوی قمار و تعهدات غرری در خصوص نقض ماهوی مطرح است.

^۱ به طور مثال کشور اتریش

مبحث سوم اقسام نظم عمومی

"در تفاسیر اخیر حقوقی بر سر انواع نظم عمومی اختلاف نظرهایی به وجود آمده است. پیش تر نظم عمومی را به دو قسمت نظم عمومی داخلی" و "نظم عمومی بین‌المللی" تقسیم می‌کردند؛^۱ از منظر دیدگاه اخیر نظم عمومی بین‌المللی نیز خود به دو نوع قابل تقسیم است که عبارتند از نظم عمومی بین‌المللی حقوق بین‌الملل عمومی و نظم عمومی بین‌المللی حقوق خصوصی اما در حقوق نوین و تفاسیر جدید، نظم عمومی را بر پایه احاطه‌ی قانونی بر آن به دو دسته‌ی؛ نظم عمومی ملی و نظم عمومی فراملی" تقسیم بندی می‌کنند.^۲

۱- نظم عمومی ملی

به دلیل آنکه برای درک مفهوم و مصادیق آن الزاماً باید به قانون و نظام حقوقی ملی یک کشور مراجعه کرد؛ به آن نظم عمومی ملی می‌گویند که خود به سه دسته قابل تقسیم است نظم عمومی داخلی نظم عمومی بین‌المللی و قواعد انتظامی^۳ در هر کشور.

الف - نظم عمومی داخلی

این نوع نظم از مجموعه‌ای از قواعد آمره موجود در یک نظام حقوقی شکل گرفته است و حتی با اراده و توافق طرفین یا به عبارتی قراردادهای خصوصی هم نمی‌توان از آن عدول کرد و یا بر خلاف آن تراضی کرد. طبعاً نظم عمومی داخلی هر کشوری نیز، مفاهیم خاص و منحصر به فرد خود را دارد. هر کشوری مفهومی خاص از این دسته قوانین دارد. اما آنچه در خصوص این قواعد همه بر آن توافق دارند. آمره بودن" نظم عمومی داخلی است.^۴ در خصوص رابطه‌ی بین این قواعد و نظم عمومی اختلاف نظرهایی وجود دارد. برخی معتقدند، نظم عمومی در حقوق داخلی به معنای رعایت "مطلق" قواعد امری است.^۵ برخی نیز معتقدند نمی‌توان تمام قواعد آمره را در نظم عمومی داخلی جای داد.^۶ برخی نیز برای تعیین قواعد آمره محدوده‌ی قوانین موضوعه را کافی نمی‌دانند؛ به این دلیل که بعضی از مصادیق نظم عمومی

^۱ الماسی نجاد علی؛ پیشین؛ ۱۳۸۵ ص ۱۸۳

^۲ همان، ۱۸۴-۱۸۹.

^۳ همان، ۱۸۸.

^۴ طباطبایی نژاد، سید محمد؛ نظارت قضایی بر اعمال قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی؛ مجله دانش حقوق مدنی سال

پنجم، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۶۹

^۵ الماسی، نجاد علی؛ پیشین؛ ۱۳۸۵، ص ۱۸۳.

^۶ of Journal IBA ;Enforcement its and Arbitration to limit a as policy Public ;Heinz -Karl Bockstiegel Issue Special ,resolution Dispute, 2008, p. 2.

را می‌توان در اخلاق حاکم بر اجتماع اخلاق حسنه) نیز یافت.^۱ با توجه به نظر اخیر، "نظم عمومی داخلی هر کشور عبارت است از مجموعه قواعد آمره حاکم در آن کشور که در قوانین امری و اخلاق حسنه آن اجتماع وجود دارد. البته این نظر هم از سوی برخی حقوق دانان خارجی مورد تأیید قرار نگرفته است؛ اما اکثر مفسرین حقوقی داخلی ایران، قائل بر این نظر هستند"^۲.

مخالفینی که معتقدند نمی‌توان هر قاعده‌ی امری را در قلمرو نظم عمومی جای داد وجه ممیزه‌ی قواعد امری با نظم عمومی را در "منفعت عمومی میدانند؛ و هر قاعده‌ی امری را به صرف آمره بودن نباید دارای خصیصه‌ی نظم عمومی بدانیم بلکه با تفاوت قائل شدن میان این دو، باید معیار نفع عمومی را حفظ کرده و اجازه ندهیم اراده‌ی افراد آن را با خطر مواجه کنند.^۳ نظر اخیر نظم عمومی را در نفع عمومی جستجو می‌کند؛ هر چند طرفداران نظر دیگر هم هدف غایی و نهایی را هر چند غیر مستقیم ناشی از همین منفعت عمومی میداند.^۴

جایگاه نظم عمومی داخلی در اعتراض به رأی داوری بین‌المللی کجاست؟ با توجه به مباحث پیش گفته ابطال رأی داوری بر اساس نقض نظم عمومی داخلی بدون اشکال است. همچنین زمانی که کشوری با مسائل داوری برخورد دارد، الزاماً قوانین و استانداردهای نظم عمومی داخلی همان کشور حاکمیت خواهد داشت.^۵ اما آنچه در این میان بسیار نادر است اعمال قوانین داخلی و یا به عبارتی اعمال نظم عمومی داخلی کشوری برای ابطال رأی داوری تجاری بین‌المللی است بنابراین در رویه داوری تجاری بین‌المللی در هیچ جا مصادیق نظم عمومی داخلی اعمال نمی‌شود. به نظر می‌رسد آنچه در موضوع موانع اجرای آرای داوری تجاری بین‌المللی ملاک قرار می‌گیرد، نظم عمومی بین‌المللی کشورها است.

کنوانسیون نیویورک در پیش نویس اجلاس ملل متحد در گزارشی صراحتاً موضوع استناد به نظم عمومی را در مواردی که با اصول اساسی و بنیادین کشور محل اجرا در تناقض است جایز می‌داند.

ب- نظم عمومی بین‌المللی

آنچه بررسی شد نشان داد که نظم عمومی داخلی بر داوریه‌های بین‌المللی لزوماً اعمال نمی‌شود. در نتیجه حتی گاهی رأیی مورد تأیید هم قرار می‌گیرد، اما ممکن است به دلیل تناقضات با نظم عمومی

^۱ کاتوزیان ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران چاپ ۴۷، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۸۵ ص ۱۵۸

^۲ صادقی، محسن؛ مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن؛ شماره ۶۸ مجله حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۴، ص ۹۹

^۳ سلجوقی محمود پیشین: ۱۳۸۶ ص ۱۳۸۱-۱۲۸۳

^۴ الماسی، نجاد علی؛ پیشین؛ ۱۳۸۵، ص ۱۸۲

^۵ Awards Arbitral Foreign of Enforcement and Recognition the on Convention York New The ;May ,Lu England and States Unites the in Enforcement oppose to Defence Sevnt the of lysisAna 23 & L Int .J .Ariz . J. Ariz. Comp, 2006. p ,771 .9. p .p.cit ; Andrew Okekeifer 3

بین‌المللی هرگز اجرا نشود. موضوع نظم عمومی شاید یکی از بارزترین موضوعاتی باشد که همه‌ی کشورها در عرصه‌ی روابط و تجارت بین‌الملل بر آن تأکید و اصرار دارند. شاید برای اینکه این نوع از نظم عمومی با هدف حفظ ملاحظات اجتماعی و منافع عمومی و نظام حاکمیتی هر کشوری شکل گرفته است.

در این میان قانون خارجی چه با اراده‌ی طرفین و چه با قواعد حل تعارض در کشور دیگر اعمال گردد برای کشور محل اجرای عقد، قانونی ناشناخته است؛ پس خیلی طبیعی است که قاضی رسیدگی کننده قانون حاکم بر آن قرارداد را وقتی با قوانین متبوعش یا به عبارتی با نظم عمومی کشورش در تعارض است اجرا نکند بنابراین میتوان گفت نظم عمومی بین‌المللی مجموعه سازمانها و قواعد حقوقی است که چنان با مبانی و اصول تمدنی یک کشور مرتبط هستند که ناچار بر قوانین، خارجی مقدم میشوند.^۱ به عبارت دیگر در این مفهوم نظم عمومی بین‌المللی در هر کشوری به معنی ارزشهایی است که نقض آن حتی در مسائل تجاری بین‌المللی نمی تواند به وسیله‌ی جامعه تحمل گردد^۲.

در این موارد نیز نظم عمومی بین‌المللی خصوصی یا بین‌الملل عمومی در کشورهای مختلف به یک معنا نیست و یا شفاف تر اساساً چنین چیزی ممکن نیست.^۳ در نهایت مفسرین این نوع نظم عمومی اخیر را نقطه‌ی مشترک و تعادل بین منافع و نظم عمومی چند کشور با هم توصیف کرده اند.^۴ نظم عمومی داخلی کشورها لزوماً در روابط بین‌المللی به اجرا در نمی آید؛ به همین دلیل هم موضوعات و مقررات نظم عمومی بین‌المللی هر کشوری محدودتر از قوانین نظم عمومی داخلی آن کشور است.^۵ با این وصف نظم عمومی بین‌المللی زیر مجموعه‌ی نظم عمومی داخلی قرار می‌گیرد و در نتیجه اگر قاعده‌ی در میان قواعد نظم عمومی داخلی ننگند شامل حال نظم عمومی بین‌المللی هم نخواهد شد. اما اینکه چه اتفاقی ممکن است حاصل شود تا قاعده‌ای از نظم عمومی داخلی به سطح بین‌المللی آن برسد، معیار مشخصی وجود ندارد گاهی برخی از این معیارهای نظم عمومی بین‌المللی در چندین کشور مشترک می‌شود؛ شاید هم به همین دلیل تمایل به سمت نظم عمومی فراملی بیشتر شده است؛ چرا که در این تقسیم بندی برای سهولت همه‌ی کشورها دارای مصادیق مشترک در نظم عمومی بین‌المللی با هم می‌شوند.

یکی دیگر از موارد مهم که باید مورد توجه قرار بگیرد، تفاوت موضوع نظم عمومی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل خصوصی و موضوع نظم عمومی در حقوق بین‌الملل عمومی است؛ نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی در حقیقت یک نظم عمومی ملی است که از کشوری به کشور دیگر فرق دارد

^۱ صادقی، محسن؛ پیشین، ۱۳۸۴، ص ۹۶

^۲ همان، ۹۶

^۳ الماسی، نجاد علی؛ پیشین؛ ۱۳۸۵، ص ۱۸۶.

^۴ p. ,op.cit ,May ,Lu772.

^۵ p. ,op.cit ,Albert & Den Van18-19.

و دادرسی رسیدگی کننده در این گونه دعاوی بین‌المللی باید به مصادیق موجود در حقوق ملی مراجعه کند. اما نظم عمومی حقوق بین‌المللی عمومی، اصول و قواعد کلی است که برای جامعه بین‌المللی از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است تا آنجا که هر عملی خلاف آن فاقد اعتبار لازم است.^۱ این اصول معمولاً در اسناد مهم بین‌المللی همچون منشور سازمان ملل متحد تصریح شده است و در کلیه تصمیمات مد نظر قرار می‌گیرند به طور مثال اصل " منع توسل به زور این گونه قواعد در میان همه‌ی کشورها به رسمیت شناخته شده است و به کار گرفته می‌شود. پرواضح است که این معنای نظم عمومی در دعاوی بین‌المللی خصوصی نمی‌تواند منظور نظر این مبحث باشد بلکه توجه این بحث معطوف به نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی است.^۲

حال سؤالی که همانند نظم عمومی داخلی پیش می‌آید این است که جایگاه " نظم عمومی بین‌المللی در اعتراض به رأی داوری تجاری بین‌المللی کجاست؟ با توجه به توضیحات پیش گفته میتوان به این نتیجه رسید که ابطال رأی داوری تجاری صرفاً بر اساس تعارض رأی داوری با نظم عمومی بین‌الملل کشورها موجه است.^۳ به همین جهت بیشتر کشورها در خصوص مسائل داوری بین‌المللی مفاهیم صرفاً داخلی نظم عمومی را با ملاحظات نظم عمومی بین‌المللی خود جایگزین نموده اند. در این کشورها^۴ نقض نظم عمومی را موجب ابطال رأی میدانند اما بین نظم عمومی بین‌المللی و داخلی تفاوت قائل شده اند و قطعاً آرا داوری بین‌المللی را تحت الشمول نظم عمومی بین‌المللی می‌دانند.^۵

ج- قواعد انتظامی

آخرین مبحث از نظم عمومی ملی، بحث قواعد انتظامی است. قواعد انتظامی قسم جدیدی از نظم عمومی به حساب می‌آید. منظور از این قواعد قوانینی است که رعایت آنها برای نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور لازم است.^۶ این قواعد می‌تواند مقررات ارزی و محدودیتهای گمرکی و مالیاتی باشد که جدا از قانون حاکم بر هر قرارداد تجاری بین‌المللی باید از سوی دادرسی یا داور مربوطه لحاظ شود.^۷ بنابراین دادرسی در مواجهه با اختلافات پرونده‌های بین‌المللی صرف نظر از قانون حاکم خارجی باید قواعد انتظامی مقر دادگاه را هم مد نظر قرار دهد و بدون توجه به اینکه کدام قانون

^۱ صادقی، محسن؛ پیشین، ۱۳۸۴، ص ۱۰۰.

^۲ همان، ص ۱۰۱.

^۳ ایرانشاهی، علی رضا؛ پیشین، ۱۳۹۰، ص ۷۹.

^۴ فرانسه و سوئیس

^۵ ایرانشاهی، علی رضا؛ پیشین، ۱۳۹۰، ص ۷۸.

^۶ Expand that Agreements Arbitration :sticeJu of Door Revolving The ;Peter Feuille & .H Michael Leroy Vol ,Resolution Dispute on Journal state Ohio ;Award an of Review Court. 19, 2004, p 163.

^۷ صادقی، محسن؛ پیشین، ۱۳۸۴، ص ۹۷.

باید بر قرارداد اعمال شود قانون و قواعد مقرر، اعمال و اجرا سازد. اما اینکه در مواجهه با این گونه موارد تنها قواعد انتظامی محل اجرا باید اعمال شود یا اینکه قواعد انتظامی خارجی هم باید اعمال گردد، پاسخ قطعی و مشخصی وجود ندارد. تنها برخی به این موضوع این طور پرداخته اند که این مسئله به تشخیص قاضی رسیدگی کننده بستگی دارد و اگر وی رعایت قواعد انتظامی خارجی را برای تحقق هدف اصلی لازم بداند، الزاماً باید رعایت کند.^۱

در داوری‌های بین‌المللی به خصوص آن دسته‌ای که بحث مقرر داوری در آن مطرح نیست بر اساس قاعده بحث قواعد انتظامی در آن مطرح نیست؛ اما اگر طرفین قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کرده باشند در این صورت باید به قواعد انتظامی قانون انتخابی توجه کرد. به نظر می‌رسد هر چند اصل حاکمیت ارده از اصول بسیار مهم در خیلی از قراردادها شمرده می‌شود، اما این حق انتخاب قانون حاکم، در عمل یارای جلوگیری از اعمال قواعد انتظامی محل اجرا را نخواهد داشت شاید به این دلیل که حکومت^۲ قوانین انتظامی بر قرارداد، موکول به قانون حاکم بر رابطه‌ی قراردادی نیست و فی نفسه قابل اجرا است.^۳ در مواقعی هم که حقوق حاکم بر قرارداد توسط طرفین اصلاً اصلاً انتخاب نشده است داور می‌تواند قواعد انتظامی را که در ارتباط با آن باشد را مستقیماً اجرا کند. اگر داور پیشاپیش قواعد انتظامی محل اجرای رأی را در نظر بگیرد، هم به وظیفه‌ی اخلاقی خود عمل کرده است و هم طرفین داوری از یک مانع جدی برای اجرای رأی داوری معاف خواهند بود.

۲- نظم عمومی فراملی

در تفاسیر نوین نظم عمومی تمایلاتی به وجود آمده است که نظم عمومی را به دسته‌ی دیگری به نام نظم عمومی فراملی هم تقسیم چرا که حوزه‌ی داوری تجاری بین‌المللی به سمت کنار گذاشتن قوانین و نظامهای حقوق ملی پیش می‌رود. به همین جهت هم برای تسهیل هر چه بیشتر این عرصه کشورها در کنار داشتن قانون فراملی^۴ به فکر نظم عمومی فراملی هم افتادند اما منظور از این اصطلاح، برخی اصول مشترک میان بیشتر نظامهای حقوقی و تجارت بین‌الملل است که مقبولیت بیشتری یافته و از آن به نظم عمومی فراملی تجاری، تعبیر می‌شود.

هر چند برخی مفسرین این مفهوم را مورد پذیرش قرار نداده اند؛ چرا که معتقدند این مفهوم ظاهر مشخصی ندارد و ابهامات زیادی هنوز در

^۱ جنیدی، لعیا؛ پیشین، ۱۳۸۷، ص ۲۵۰

^۲ صادقی، محسن؛ پیشین، ۱۳۸۴، ص ۹۸

موردش باقی است و ادعای نظم عمومی و چگونگی تمیز آن از دیگر انواع نظم عمومی واضح و روشن نیست.^۱ اما در مقابل حقوقدانانی چون گلدمن با تائید وجود این نظم آن را یک نظم فرامرزی قلمداد کرده‌اند.^۲ پروفیسور گلدمن، این حقوق را "حقوق تجاری فراملی" نام نهاده است. برخی نویسندگان حقوقی نیز معتقدند که لکس مركاتوريا قواعد جمعی راجع به حقوق خصوصی است که در سطح جهانی برای تنظیم قراردادهای تجاری بین‌المللی طراحی گردیده است.^۳ بنا به اعتقاد برخی نویسندگان قواعد این نوع نظم عمومی شامل قواعد اساسی حقوق طبیعی اصول عدالت جهانی قواعد آمره حقوقی بین‌الملل عمومی و اصول کلی اخلاقی پذیرفته شده به وسیله آنچه ملل متمدن خوانده می‌شود، می‌گردد.^۴ برخی نیز نظم عمومی بین‌المللی هر کشوری را متکی بر قوانین و استانداردهای خاص آن کشور و نظم عمومی فراملی را معرف اجماع بین‌المللی در خصوص هنجارهای پذیرفته شده بین‌المللی می‌دانند.^۵ البته مشخص است که هر نوع نظم عمومی وابسته به بدنه‌ی اصلی یک نظام حقوقی است و بدون یک نظم حقوقی واقعی نظم عمومی نیز معنا نخواهد داشت. برخی دیگر اصول کلی حقوقی را از منابع حقوق بازرگانی فراملی به شمار آورده‌اند.

بعضی بر این اعتقاد هستند که این تعریف از نظم عمومی فراملی آن را بسیار به نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی نزدیک می‌کند اما با اندکی دقت در می‌یابیم نظم عمومی دسته اول در حوزه‌ی حقوق خصوصی است^۶ و نظم عمومی دسته‌ی دوم ناظر بر روابط دارای جنبه‌ی عمومی است و بیشتر مربوط به تعهدات کشوری در عرصه‌ی بین‌المللی می‌شود حال اینکه تفاوت نظم عمومی اخیر (فراملی) با نظم عمومی حقوق بین‌المللی خصوصی در این است که نظم عمومی فراملی مختص یک کشور خاص نیست؛ و ناشی از قانون‌گذاری ملی نیست بلکه اساس خود را در اصول کلی حقوق و عرفهای فراملی تجاری می‌یابد در حالی که مشخص است که حقوق بین‌المللی خصوصی ناشی از قواعد ملی یک کشور است.

همان گونه که پیش‌تر اشاره شد دادگاه‌های داخلی کشورها در مواجهه شدن با قانون خارجی بیشتر مصالح نظم عمومی ملی (مقر خود) را در نظر می‌گیرند. همین‌گرایش به اعمال قوانین ملی موجب می‌شود که توجه به نظم عمومی فراملی بسیار کم باشد. اما در این میان نهادهایی که خیلی وابسته به نهادهای قضایی داخلی و ملی نیستند به موضوع نظم عمومی فراملی علاقه بیشتری نشان می‌دهند. هر چند در حال حاضر بسیار زود است تا داوران فقط به قوانین فراملی توجه کنند؛ اما تفکر و تمایلات روز به

¹ p ,op.cit ,Albert & Den Van 361.

^۲ جنیدی لعیا؛ پیشین، ۱۳۸۷، ص ۶۰ - ۵۹ و ۳۱.

^۳ نیکبخت، حمیدرضا؛ پیشین، ۱۳۸۵، ص ۱۴۸

⁴ .Albert & Den Van p ,op.cit, p 361

⁵ Lu, May, op.cit. p 772.

^۶ صادقی، محسن؛ پیشین، ۱۳۸۴، ص، ۹۸

روز به سمت نظم عمومی فراملی پیش می‌رود. از جمله موارد نظم عمومی بین‌المللی که در آرای صادره از مراجع داوری بین‌المللی به آن استناد شده است، این اصل حقوقی است که دولت یا طرفی که شرط داوری را قبول کرده است و طرف دیگر به آن اعتماد نموده است نمیتواند به بطلان شرط به خاطر محدودیت‌های قانون ملی خود استناد کند. نمونه این رأی را می‌توان در موضوع پروندهی شرکت Aquitaine.ELF علیه شرکت ملی نفت ایران مشاهده کرد؛ بدین صورت که مرجع داوری رأی داد که هر چند خواننده‌ی ایرانی مدعی است که شرط مندرج در قرارداد مبنی بر ارجاع اختلاف با داوری به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران نادرست و بی‌اعتبار است اما نظم عمومی فراملی اقتضاء دارد که هرگاه طرف قرارداد به شرط داوری مندرج در آن اعتماد کرده است. طرف دیگر نمی‌تواند به قواعد آمره‌ی داخلی کشور خود استناد کرده و شرط را باطل بداند.^۱

با وجود تمام امتیازاتی که می‌تواند تقسیم نظم عمومی به نظم عمومی فراملی داشته باشد مفسرین حقوقی کشورهای در حال توسعه آن چنان به وعده‌ی داشتن قوانین یکسان در سطح جهانی خوش بین نیستند؛ به طوری که برخی بر این باورند که ایده‌ی حقوق بازرگانی و نظم عمومی فراملی تلاشی است برای جا انداختن نیات و شگردهای بعضی کشورهای خاص و محدود برای تمام ملت‌ها و جا زدن آن در سطوح مختلف جهانی مدعیان چنین نظم‌ی به دنبال منافع کشورها و شرکت‌های مورد نظر خویش و در پی تحمیل قواعدی به ملل ضعیف هستند که منافع نامشروع کشورها یا شرکت‌های مورد نظرشان را تأمین میکنند.^۲ یکی دیگر از نویسندگان حقوقی ایرانی حوزه‌ی نظم عمومی فراملی را ناشناخته و غیر واقعی می‌داند که نام‌های مستعاری همچون حقوق بازرگانی یا حقوق فراملی و غیره بر آن می‌گذارند اما در حقیقت همان حوزه‌ی "ناشناخته برای آن مناسب تر است؛ مهم این نیست که چه ضوابطی برای شناسایی آن ارائه شود، مهم این است که بدانیم این حوزه به هر حال خارج از مرزهای حقوق ملی است؛ یعنی مادام که حکومت قانون ملی نمی‌شود خیال کمپانی‌های نفتی راحت می‌شود و مقصود آنها حاصل می‌گردد.^۳

مبحث چهارم: برخی مصادیق نظم عمومی

نظم عمومی به دلیل اهمیت و گستره‌ای که دارد در بعضی عناوین دیگر همچون نقض دادرسی منصفانه هم مورد استناد قرار می‌گیرد؛ اما وقتی نظم عمومی را تحت عناوین دیگری مطرح میکنیم باید اصل تفسیر مضیق را نیز در نظر بیاوریم و بدین ترتیب اجازه‌ی گسترش محدوده‌ی خود نظم عمومی را

^۱ اخلاقی، بهروز؛ جزوه حقوق تجارت بین الملل مقطع دکتری دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ - ۱۳۸۲.

^۲ Okekeifere Andrew; op.cit, p 5-15.

^۳ موحد، محمد علی؛ درس‌هایی از داوریهای نفتی قانون حاکم، تهران، نشر کارنامه، ۱۳۸۶، ص ۲۷۲-۲۷۳

نخواهیم داشت؛ به طور نمونه اگر موضوع تحت عنوان نقض اصول منصفانه که باید الزاماً توسط یکی از طرفین اختلاف مطرح شود نمی توان به استناد نقض نظم عمومی از دادگاه انتظار داشت خود رأساً اقدام به ابطال رأی نماید. هر چند برخی مفسرین کنوانسیون نیویورک بر این اعتقاد هستند که " قید موجب نقض دادرسی منصفانه در پاراگراف (ب) بند ۱ ماده ۵ کنوانسیون در کنار موجباتی که می بایست توسط هر یک از طرفین مورد استناد قرار گیرد، آن را از گستره‌ی نظم عمومی موضوع پاراگراف (ب) بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون خارج نمی کند. بنابراین اگر یک دادگاه نقض دادرسی منصفانه را در یک داوری احراز کند، می تواند حتی با استناد به پاراگراف ب بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون از اجرای رأی داوری خودداری نماید، حتی اگر محکوم علیه به آن استناد نکرده باشد^۱.

این نظریه مخالفینی هم دارد و منتقدین بر این اعتقاد هستند که این نظریه با اصول تفسیر سازگار نیست؛ چرا که وقتی قانون گذار برای هر معیار عنوان جداگانه‌ای را در نظر می گیرد، باید به نظر و قصد تصویب کنندگان کنوانسیون ترتیب اثر دهیم و برای این تفکیک و گروه بندی ارزش و اثر عملی قائل شویم بنابراین اگر تدوین کنندگان کنوانسیون نیویورک قصد داشتند، ضمن حفظ خصیصه نظم عمومی صرفاً موضوع منصفانه بودن دادرسی را مورد تاکید قرار دهند، هیچ نیازی به تفکیک آن از معیار نظم عمومی و در نظر گرفتن آن در یک معیار اختصاصی مجزا نبود؛ بلکه ممکن بود معیار نقض دادرسی منصفانه در همان بند (ب) به عنوان یک موجب مستقل قید شود^۲.

گفتار سوم: نظم عمومی و داوری پذیری تفاوتها و تشابهات

همان گونه که ملاحظه شد استثناء نظم عمومی دارای سه تعبیر می باشد که همه آنها با ممنوعیتهای موسوم به عدم داوری پذیری متفاوت می باشند. امروزه پذیرفته شده است که تعبیری که از نظم عمومی در حقوق داخلی می گردد در داوری های تجاری بین المللی قابل اعمال نیست. این داوری ها اقتضا دارند که حتی دادگاه های داخلی در حین اعمال ایراد نظم عمومی تعبیر محدودتری از نظم عمومی را اعمال نمایند. در حالی که اعمال ممنوعیت داوری پذیری در دعاوی تجاری بین المللی همچنان ادامه دارد و این نحوه برخورد خود حاکی از پذیرش تفاوت این دو مفهوم می باشد. از سوی دیگر تمایل جهانی به قابل حل و فصل بودن کلیه دعاوی تجاری بین المللی از طریق داوری به گونه ای که حتی برخی بر این اعتقادند که مفهوم داوری پذیری از بین رفته است خود دلیل دیگری بر تمایز استثناء نظم عمومی و عدم داوری پذیری است.

^۱ Van Den & Albert, op.cit, p 300.

^۲ ایرانشاهی، علی رضا؛ پیشین، ۱۳۹۰، ص ۸۶

در ارتباط با شباهتهای موجود بین این ۲ مانع باید اظهار داشت در صورتی که نظم عمومی را در مفهومی که در کنوانسیون آمده - دربرگیرنده قواعد آمره - در نظر بگیریم داوری‌پذیری خود بخشی از نظم عمومی است و در این حالت نظر برخی از صاحب نظران داوری تجاری بین‌المللی در مورد اینکه بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک تنها به یک مسئله و همان نظم عمومی اشاره دارد، درست خواهد بود. همچنین اینکه دادگاه‌های داخلی همواره تلاش کرده اند که هر دو مانع را به صورت محدود تفسیر نمایند و تا حد امکان طرفدار داوری بین‌المللی باشند خود نیز می‌تواند مشابهت دیگری از این ۲ مفهوم را اثبات نماید.

با وجود آن که داوری‌پذیری و نظم عمومی هر دو از یک ریشه اند، اما هر یک در مرحله متفاوتی مطرح می‌شوند و ماهیتاً نیز مسائل متفاوتی را تعقیب می‌کنند ایراد نظم عمومی در رابطه با محتوای رأی صادر شده مطرح میگردد و به نوعی ضمانت اجرای نقض نظم عمومی با بطلان رأی صادر شده یا منع شناسایی و یا اجرای آن محسوب خواهد شد. به همین جهت است که در کنوانسیون نیویورک تنها در مرحله پس از صدور رأی داور مطرح می‌شود و در بحث از موافقت نامه‌های داوری صحبتی از آن به میان نمی‌آید. در حالی که ایراد عدم داوری‌پذیری مسئله‌ای مربوط به صلاحیت است و بر همین اساس هر زمان که صلاحیت داور برای رسیدگی به دعوا مطرح می‌شود، مورد بررسی قرار می‌گیرد. تمایز دیگر بین این دو مفهوم ریشه در امکان اعمال قوانین متعدد در خصوص داوری‌پذیری دارد گفته شد که قوانین متفاوتی: داوری‌پذیری حاکم است و یا حداقل احتمال اعمال آنها وجود دارد در حالی که این مسئله در خصوص نظم عمومی نمی‌شود. زیرا هر دادگاه تنها نظم عمومی خود را به اجرا می‌گذارد.

نتیجه

باید قبول کرد که محدوده داوری از حیث موضوعات قابل داوری در حال گسترش است و رویه این است که نظم عمومی بین‌المللی به گونه‌ای تفسیر شود که محدودیت داوری موضوعی از شمول آن خارج شود. اما این به معنای از بین رفتن مانع داوری‌پذیری نیست. به بیان دیگر هنوز هم در بسیاری از کشورها از جمله جمهوری اسلامی ایران برخی از موضوعات مانند حقوق رقابت، حقوق ورشکستگی، حق اختراع و ... به دلیل ارتباط با نظم عمومی غیر قابل داوری هستند. همچنین مشخص گردید که قابل داوری بودن یک اصل است و نه الزام، از طرف دیگر تبیین شد که نظم عمومی مفهومی متغیر است که در هر کشور با توجه به ارزشها، فرهنگ، سیاست و ... آن کشور تعیین می‌شود و محتوای آن از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. در واقع از این جهت داوری‌پذیری با مفهوم نظم عمومی ارتباط تنگاتنگ دارد. اما آنچه در نهایت با توجه به دلایل ارائه شده مشخص گردید این بود که این دو مفهوم با وجود دارا بودن هدف مشترک، موانعی جدا و مستقل از هم محسوب میشوند و لذا جنبه تمایز در آنها غالب است و اینکه

کنوانسیون آنها را در ۲ بند جداگانه ذکر می‌کند عمدی بوده و انتخاب هوشمندانه‌ای به نظر می‌رسد هر چند که گذر زمان درستی یا نادرستی این انتخاب را بیشتر مشخص خواهد کرد.

منابع:

فارسی

۱. اخلاقی، بهروز؛ جزوه حقوق تجارت بین‌الملل مقطع دکتری دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ - ۱۳۸۲.
۲. ایرانشاهی، علی رضا؛ بررسی معیار نظم عمومی در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی؛ مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و هشتم، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
۳. ایرانشاهی علیرضا؛ معیار قابلیت داوری در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی؛ مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، دوره ۱۵، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۴. بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار، حُسنی؛ قانون حاکم بر داوری پذیری دعوی؛ مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
۵. جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داورهای تجاری بین‌المللی؛ نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶.
۶. جنیدی لعیا؛ اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی؛ تهران، شهر دانش، ۱۳۸۷.
۷. جنیدی، لعیا و غیاثوند قزوینی نسترن؛ داوری پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی؛ دو فصلنامه علمی پژوهشی حقوق تطبیقی دانشگاه مفید ۱ دوره ۵ شماره ۱۰۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۶.
۸. سلجوقی، محمود؛ حقوق بین‌الملل خصوصی؛ جلد دوم، تعارض قوانین و تعارض صلاحیت دادگاه‌ها، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۶.
۹. سیدی، جواد؛ درآمدی بر قابلیت ارجاع در داورهای تجاری بین‌المللی؛ انتشارات جنگل، ۱۳۹۲.
۱۰. شهبازی‌نیا، مرتضی و بازگیر، سعید؛ نظم عمومی و نقش آن بر امور شکلی داوری؛ مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۲۳، بهار، ۱۳۹۴.
۱۱. صادقی محسن، مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن شماره ۶۸ مجله حقوق و علوم سیاسی. ۱۳۸۴.
۱۲. طباطبایی نژاد سید محمد؛ نظارت قضایی بر اعمال قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی؛ مجله دانش حقوق مدنی، سال پنجم، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱.
۱۳. عابدیان، میرحسین و افتخار، رضا؛ ترجمه راهنمای شورای بین‌المللی داوری تجاری برای تفسیر پیمان ۱۹۵۸ نیویورک "؛ منتشره توسط شورای بین‌المللی داوری تجاری؛ www.org.icca-arbitration.
۱۴. القشیری، احمد و ریاض، طارق، قانون حاکم بر نسل جدید قراردادهای نفتی چرخش در روند داوری؛ شرح و ترجمه؛ دکتر محسن مجبی، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۹، پاییز ۱۳۸۲.
۱۵. کاتوزیان ناصر مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران چاپ ۴۷ تهران شرکت انتشار، ۱۳۸۵.

۱۶. الماسی، نجاد علی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی؛ چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۲
۱۷. موحد، محمد علی؛ درس‌هایی از داوری‌های نفتی قانون حاکم؛ تهران، نشر کارنامه، ۱۳۸۶
۱۸. نصیری، مرتضی اجرای آرای داوری خارجی؛ تهران، بی‌تا.
۱۹. نیکبخت، حمیدرضا؛ شناسایی و اجرای آرای داوری‌های تجاری در ایران؛ چاپ اول، موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۵.

انگلیسی

1. Arfazadeh, homayoon; Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited; Arbitration International, Volume 17, Issue 1, 1 March 2001
2. Bockstiegel Karl- Heinz; Public policy as a limit to Arbitration and its Enforcement; IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue, 2008.
3. G. B. Born; International Arbitration: Law and Practice; Kluwer International, the Netherlands; 2012
4. Gaillard Emmanuel, & Savage John; Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration; Kluwer Law International, 1999
5. Grantham, William; The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes; 14 Berkeley J. Int'l Law. 173, 1996.
6. Kreindler, Richard; Particularities of International Financial Arbitration in the Context of Challenges to Arbitral Awards; Yearbook of International Financial and Economic Law, 1997.
7. Kroll Stefan M.; Arbitration and Insolvency Proceedings- Selected Problems in Pervasive Problems in International Arbitration; Kluwer Law International, 2006.
8. Lehmann, Matthias; A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice; 42 Colum. J. Transnat l., 2004.
9. 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
10. Lu, May; The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Sevn Defence to oppose Enforcement in the Unites States and England; 23 Ariz. J. Int L & Comp., 2006.
11. Okekeifere Andrew; Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law; International Arbitration Law Review, 1999
12. Park, William; Duty and Discretion in International Arbitration; American Journal of International Law, Vol. 93, 1999.
13. Redfern, Alan & Hunter, Martin; Law and Practice of International Commercial Arbitration; Sweet and Maxwell, London, 2004.
14. Van Den Berg & Albert Jan; New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement; ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 18, No.2, 2007



Arbitrability and public order as obstacles to the implementation of foreign arbitration awards in the New York Convention (overlapping or differentiation)

Abdolmajid Nourouzi Pourzare *
Mohammad Bahmani **

Abstract

Peaceful settlement of disputes is one of the great achievements of human civilization and we are the heirs of this precious and valuable heritage. The New York Convention with the main and fundamental issue of recognition and enforcement of agreements and foreign arbitration awards is the result of the aforementioned legacy, which has remained popular for 60 years and its fundamental mission is to standardize the laws and procedures of recognition and Sees the implementation of arbitration decisions and agreements. According to paragraphs a and b of paragraph 2 of article 5 of this convention, respectively, arbitrability and public order are among the obstacles to the recognition and implementation of issued decisions, which the courts can refer to. These predicted criteria, whose mission is to support and protect the basic principles and standards of the rights and values of each country, and which are considered to be among the judicial supervision of the country that recognizes and enforces the decision, are closely related to each other, and it is assumed that each Multiple arbitrability and the impossibility of referring some specific cases to arbitration have been formed based on the general order of the countries, although they have common roots, they are distinct from each other and they are different from each other. The effort of this article will be to focus on explaining this importance and specifying the limits and boundaries of these criteria and obstacles to identifying and implementing foreign arbitration awards.

Keywords

Arbitrability, public order, New York Convention, judicial supervision, obstacles to recognition and enforcement of foreign arbitration awards.

* PhD student in Private Law, Faculty of Theology and Political Science, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

** Member of the academic staff of the Private Law Department, Faculty of Theology and Political Science, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (corresponding author): drmhobahmani@gmail.com