




University of Tehran Press

The effect of public order on the ability to refer to arbitration in Iranian law and the New York Convention

Majid Aziziyani 

1. Department of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran. Email: majidaziziyani@gmail.com

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <p>Received: 2022/08/18</p> <p>Received in revised form: 2023/01/09</p> <p>Accepted: 2023/01/18</p> <p>Published online: 2023/06/22</p> <p>Keywords: <i>Arbitration,</i> <i>Public Order,</i> <i>New York Convention,</i> <i>public policy,</i> <i>Arbitration awards.</i></p>	<p>The purpose of this paper is to explain the position and role of public policy in international commercial arbitration and to find the answer to the question of what is the relationship between public policy and mandatory rules? This study indicates that despite the existence of a series of similarities between public policy and mandatory rules, these two concepts are different from each other. Thus, public policy is not only an obstacle to the implementation of arbitration awards, but also mandatory rules can become a serious obstacle to the implementation of arbitration awards. In addition, the quality of performance and mechanism of these two legal entities with international commercial awards are also different when faced with international commercial arbitration awards. Public policy is one of the most fundamental and well-established concepts in the history of law. Regardless of the differences in the definition of public policy, it can be considered as the most important obstacle to the implementation of arbitration awards.</p>
How To Cite	Aziziyani, Majid (2023). The effect of public order on the ability to refer to arbitration in Iranian law and the New York Convention. <i>Comparative Law Review</i> , 14 (1), 369-388. DOI: https://doi.com/10.22059/jcl.2023.347381.634409
DOI	10.22059/jcl.2023.347381.634409
Publisher	University of Tehran Press. 



تأثیر نظم عمومی بر قابلیت ارجاع به داوری در حقوق ایران و کنوانسیون نیویورک

مجید عزیززانی[✉]۱. گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ایران. رایانامه: majidazizyani@gmail.com

چکیده	اطلاعات مقاله
نظم عمومی در حقوق داخلی مانع از توافقات برخلاف قواعد آمره و سایر منابع نظم عمومی می‌شود. در واقع، معیار استناد به نظم عمومی در ابتدای داوری با بحث قابلیت ارجاع دعوی به داوری مرتبط می‌شود. بر اساس پاراگراف «الف» و «ب» بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک (در خصوص شناسایی و اجرای موافقت‌نامه‌ها و آرای داوری خارجی)، داوری‌پذیری و نظم عمومی به‌عنوان دو مفهوم و جزء موانع شناسایی و اجرای آرای صادره ذکر شده‌اند که مراجع قضایی می‌توانند برای جلوگیری از اجرای رأی به آنها تمسک جویند. مقاله حاضر با هدف تبیین جایگاه و نقش نظم عمومی در داوری‌های تجاری بین‌المللی، به دنبال یافتن پاسخ این پرسش است که رابطه میان نظم عمومی و قابلیت ارجاع به داوری چیست؟ این پژوهش حاکی از آن است که بین دو مفهوم نظم عمومی و قابلیت ارجاع به داوری ارتباط تنگاتنگی وجود دارد. عدم رعایت قواعد مربوط به نظم عمومی و قواعد آمره می‌تواند حسب مورد منجر به ابطال رأی داوری یا عدم اجرای آن گردد. پژوهش در این مقاله با مطالعه منابع داخلی و خارجی، تطبیق با تحلیل رویه قضایی به روش کتابخانه‌ای و به شیوه تحلیلی - توصیفی و کاربردی صورت گرفته است.	<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۷</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۱۹</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۲۸</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: داوری، داوری‌پذیری، کنوانسیون نیویورک، نظم عمومی.</p>
عزیززانی، مجید (۱۴۰۲). تأثیر نظم عمومی بر قابلیت ارجاع به داوری در حقوق ایران و کنوانسیون نیویورک. <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i> ، ۱۴ (۱)، ۳۶۹-۳۸۸. DOI: https://doi.com/10.22059/jcl.2023.347381.634409	استناد
10.22059/jcl.2023.347381.634409	DOI
	ناشر
مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.	

۱. مقدمه

یکی از مباحث مهم نظم عمومی در جریان داوری، بررسی قابلیت یا عدم قابلیت موضوع اختلافی طرفین به داوری است؛ به این معنا که آیا اساساً موضوع متنازع‌فیه امکان قابلیت طرح و رسیدگی در مرحله داوری را دارد یا خیر؟ در صورت پاسخ عدم قابلیت ارجاع به داوری، عامل و مانع اساسی این امر، رعایت نظم عمومی است. به عبارت دیگر، سؤال این است که آیا قابلیت ارجاع به داوری با نظم عمومی ارتباط دارد؟ در کشورهای مختلف برخی موضوعات را نمی‌توان به داوری ارجاع داد و الزاماً برای حل و فصل آنها باید به مراجع قضایی مراجعه کرد. مصادیق این موضوعات از کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند، ولی همگی در یک امر مشترک‌اند که چون این اختلافات به نظم عمومی و منافع عمومی مرتبط هستند امکان حل و فصل آنها از طریق داوری میسر نیست (Redfern & Hunter, 2005: 147). معمولاً دولت‌ها مشخص می‌کنند که کدام موضوعات معین به دلیل نظم عمومی از داوری مستثنا می‌شوند. در این حالت، قابلیت‌پذیری اختلافات به داوری بر مبنای آن موضوعات بررسی می‌شود (Mante, 2017: 277).

برای نمونه، آیا ممنوعیت مندرج در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی و لزوم تصویب مراجع یادشده در موضوع ماده ۴۵۷ ارتباطی با نظم عمومی دارد یا خیر؟ مطابق قواعد عام از جمله اطلاق ماده ۴۵۴، اصل بر قابلیت ارجاع همه دعاوی به داوری است. قانون‌گذاران با دو روش، ارجاع برخی دعاوی به داوری را ممنوع یا مستلزم طی تشریفات خاص نموده‌اند. در برخی موارد به‌طور مشخص و مصرح در قوانین، اعم از قانون اساسی، قانون داوری و قوانین خاص، مبادرت به این ممنوعیت نموده‌اند و برخی دیگر با سکوت و فقط با استناد به نظم عمومی، در مقام بطلان رأی داوری در مواقعی که اساساً موضوع داوری به استناد مغایرت با نظم عمومی قابلیت ارجاع به داوری نداشته است، برمی‌آیند. برای نمونه، مطابق ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی: «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی‌تواند به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلااثر خواهد بود». همچنین حسب ماده ۴۵۷ قانون پیش‌گفته، سؤال آن است که آیا قابلیت ارجاع به داوری با نظم عمومی ارتباط دارد؟ برای نمونه، آیا ممنوعیت مندرج در ماده ۴۵۶ و لزوم تصویب مراجع یادشده در موضوع ماده ۴۵۷ ارتباطی با نظم عمومی دارد یا خیر؟

در حقوق داخلی مفهوم نظم عمومی اغلب برای معرفی قواعد امری به کار می‌رود که طرفین نمی‌توانند از آن‌ها عدول کنند. درحالی که «در حقوق بین‌الملل خصوصی نظم عمومی با عنوان "نظم عمومی بین‌المللی" دادرس را قادر می‌سازد که از اعمال قانون خارجی علی‌الاصول صلاحیت‌دار در

موافعی که ناقض مفاهیم اجتماعی و حقوق اساسی نظام حقوقی متبوعش است، امتناع کند» (جنیدی، ۱۳۷۶: ۲۹). مطابق تعاریف ارائه شده، نظم عمومی در حقوق داخلی مانع از توافقات برخلاف قواعد آمره و سایر منابع نظم عمومی می شود و از آنجا که قواعد آیین دادرسی جزء قواعد علی الاصول آمره هستند، باید گفت موانع ارجاع به داوری خود از مصادیق نظم عمومی است و توافق خلاف آنها معتبر نیست. اگرچه ممکن است نظم عمومی را بیشتر در منابع آن در خارج از قانون دنبال کنیم، اما توجه به این نکته حائز اهمیت است که قواعد آمره علی الاصول بخشی از نظم عمومی داخلی شمرده می شود؛ لذا هریک از موانع ارجاع به داوری در هریک از قوانین، اعم از قانون اساسی، آیین دادرسی مدنی و قوانین خاص، خود از مصادیق نظم عمومی هستند (شهبازی نیا و بازگیر، ۱۳۹۴: ۹۹).

هدف و سؤال اصلی مقاله این است که آیا داوری پذیری و نظم عمومی هر دو از یک ریشه اند؟ آیا ایراد نظم عمومی در خصوص محتوای رأی صادر شده مطرح می شود یا اینکه ضمانت اجرای نقض نظم عمومی با بطلان رأی صادر شده یا منع شناسایی و یا اجرای آن محسوب می گردد؟ در این راستا مقالاتی در مورد قابلیت داوری نگاشته شده^۱، اما مطلبی که همواره مغفول مانده این است که تأثیرات متقابل نظم عمومی و قابلیت ارجاع به داوری در تمام فروض و شقوق مورد بررسی کامل و دقیق قرار نگرفته است. در واقع، جنبه نوآوری مقاله حاضر توجه به تأثیرات متقابل نظم عمومی و قابلیت ارجاع به داوری در تمام فروض و شقوق است که هیچ گونه مقاله ای تاکنون این مورد را با بررسی رویه قضایی اشخاص مورد تحلیل قرار نداده است. در مقاله حاضر علاوه بر مبانی، آرای قضایی مرتبط نیز مورد بررسی قرار می گیرد.

۲. داوری پذیری

در تعیین موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری، منافع ملی و مصالح نظام قضایی هر کشور مد نظر واقع می شود و علاوه بر حل و فصل اختلافات طرفین داوری، مصالح قضایی، منافع ملی و نظم عمومی که مد نظر قانون گذار بوده، مبنای اصلی تعیین مصداق موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری خواهد بود. این موضوعات در همه کشورهای یکسان نیستند و در حقوق ایران برخی موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری در ماده ۴۹۶ ق.آ.د.م ذکر شده است (جنیدی و غیاثوند، ۱۳۹۴: ۲۷).

داوری ناپذیری نوعی هدف برای ایجاد محدودیت در داوری است. این مفهوم با عدم قابلیت اجرای موافقت نامه داوری متفاوت است، زیرا موافقت نامه داوری ممکن است در مواردی غیر از داوری ناپذیری، قابلیت اجرا نداشته باشد (Ge, 2010: 3). «اصل بر داوری پذیری کلیه اختلافات تجاری است»

۱. برای نمونه، نک: ایرانشاهی، علی رضا (۱۳۹۱). معیار «قابلیت داوری» در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین المللی. مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، (۲)۱۵.

(Redfern, 2004: 149) و با توجه به پذیرش این اصل، هرگاه در متون و مقالات حقوق دانان صحبتی از داوری پذیری می‌شود، منظور اصل پذیرفته شده نیست، بلکه 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 خاص در ارجاع برخی موضوعات به داوری وضع می‌کند (Van Den Berg, 2007: 18).

برخی منشأ داوری پذیری را نظم عمومی دانسته‌اند (ایران‌شاهی، ۱۳۹۰: ۷۴) و برخی دیگر از حیث تقسیمات، داوری پذیری را زیرمجموعه نظم عمومی به‌شمار می‌آورند (Van Den Berg, 2007: 18; Redfern, 2004: 80). به همین دلیل ممکن است این محدودیت‌ها از مکانی به مکان دیگر و از زمانی به زمان دیگر متغیر باشد. به عبارت دیگر، بیشتر محدودیت‌های مرتبط با داوری پذیری در قوانین داخلی کشورها اختصاص به موضوعاتی دارد که یک خصیصه نفع 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 غیرقابل ارجاع به داوری اعلام می‌کند، طبیعتاً بر اساس ملاحظات و در نظر گرفتن نظم عمومی است و به همین دلیل نظم عمومی در داوری پذیری نقش اساسی دارد. علاوه بر مصالح و منافع عمومی، اساساً رسیدگی به موضوعات مرتبط با حقوق عمومی مثل حقوق مصرف‌کننده و حقوق رقابت قابل ارجاع به داوری نیستند.

امروزه پذیرفته شده است که تعبیری که از نظم عمومی در حقوق داخلی می‌شود، در داوری‌های تجاری بین‌المللی قابل اعمال نیست. این داوری‌ها اقتضا دارند که حتی دادگاه‌های داخلی در حین اعمال ایراد نظم عمومی، تعبیر محدودتری از نظم عمومی را اعمال نمایند. درحالی که اعمال ممنوعیت داوری پذیری در دعاوی تجاری بین‌المللی همچنان ادامه دارد و این نحوه برخورد خود حاکی از پذیرش تفاوت این دو مفهوم است. از سوی دیگر، تمایل جهانی به قابل حل و فصل بودن کلیه دعاوی تجاری بین‌المللی از طریق داوری به گونه‌ای که حتی برخی بر این اعتقادند که مفهوم داوری پذیری از بین رفته است، خود دلیل دیگری بر تمایز استثنای نظم عمومی و عدم داوری پذیری است. برخی از نویسندگان داوری پذیری اختلاف را در زمره شروط اعتبار موافقت‌نامه داوری قرار می‌دهند و در نتیجه اگر رسیدگی به اختلاف در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های دولتی باشد، موافقت‌نامه داوری به دلیل عدم قابلیت ارجاع به داوری باطل است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۲۱۳).

در خصوص شباهت‌های موجود بین این دو مانع باید اظهار داشت در صورتی که نظم عمومی را در مفهومی که در کنوانسیون آمده - دربرگیرنده قواعد آمره - در نظر بگیریم، داوری پذیری خود بخشی از نظم عمومی است و در این حالت، اگر بر این باور باشیم که 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 کرده‌اند که هردو مانع را به صورت محدود تفسیر نمایند و تا حد امکان طرفدار داوری بین‌المللی باشند، خود نیز می‌تواند مشابهت دیگری از این دو مفهوم را اثبات کند.

با آنکه داوری‌پذیری و نظم عمومی هردو از یک ریشه‌اند، اما هریک در مرحله متفاوتی مطرح می‌شوند و ماهیتاً نیز مسائل متفاوتی را تعقیب می‌کنند. ایراد نظم عمومی در خصوص محتوای رأی صادرشده مطرح می‌شود و به نوعی ضمانت اجرای نقض نظم عمومی با بطلان رأی صادرشده 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 موافقت‌نامه‌های داوری صحبتی از آن به میان نمی‌آید؛ درحالی 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 شده که قوانین متفاوتی بر مسئله داوری‌پذیری حاکم است و یا حداقل احتمال اعمال آنها وجود دارد؛ درحالی که این مسئله در خصوص نظم عمومی اساساً مطرح نمی‌شود، زیرا هر دادگاه تنها نظم عمومی خود را به اجرا می‌گذارد.

۳. مصادیق دعاوی غیر قابل ارجاع به داوری مرتبط با نظم عمومی

در این قسمت به بررسی و تحلیل برخی از مصادیق و موضوعات غیر قابل ارجاع به داوری که از نظم عمومی نیز تأثیر پذیرفته‌اند، می‌پردازیم. ذکر این نکته ضروری است که در این قسمت به بیان مصادیق داوری‌ناپذیری مطلق پرداخته می‌شود و از ذکر مصادیق داوری‌پذیری نسبی مثل ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.دم اجتناب شده و دلیل آن نیز این است که موضوعات اخیر (داوری‌ناپذیری نسبی) نوعی محدودیت است نه ممنوعیت، و با نظارت دادگاه و رعایت تشریفات قانونی، امکان ارجاع به داوری وجود دارد که از موضوع مقاله حاضر خارج است. درحالی که در موضوعات شامل ممنوعیت ارجاع به داوری، اساساً امکان ارجاع به داوری وجود ندارد.

۱.۳. دعاوی ورشکستگی

دعاوی ورشکستگی از حیث موضوعی غیر قابل ارجاع به داوری است، زیرا یکی از مصادیق نظم عمومی در جامعه، نظم عمومی اقتصادی و دادوستد معاملی است و هرگونه اختلال در این امور مهم که مستقیماً بر زندگی جامعه تأثیر دارد، هرج و مرج به بار آورده، صیانت از آن به جهت ارتباط با نظم عمومی برعهده قوای

حاکمه است و نیز توافق ناپذیر و غیر قابل ارجاع به داوری اشخاص خصوصی خواهد بود. صدور حکم ورشکستگی تجار و بازرگانان از شمول دخالت حاکمیت برای رعایت حفظ نظم اقتصادی و بازرگانی است که مستفاد از مواد ۴۱۵، ۴۱۸، ۴۱۹ قانون تجارت از دعاوی مرتبط با نظم بازرگانی بوده که برخلاف سایر دعاوی حقوقی در مقابل کیفری به مدعی العموم (دادستان) اختیار دخالت در آن را داده است. به موجب ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی اولین مورد از موضوعات ممنوع به داوری، دعاوی ورشکستگی است. این دعاوی از دعاوی بازرگانی بوده و در حقوق تجارت مورد بحث قرار می‌گیرد. ماده ۴۲۱ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «ورشکستگی تاجر یا شرکت تجاری در نتیجه توقف از تأدیه وجوهی که برعهده اوست حاصل می‌شود...»؛ به این معنی که دارایی تاجر یا شرکت تجاری کفاف پرداخت دیون او را نکند (صقری، ۱۳۸۶: ۳۱). به علت اهمیت نقشی که تجارت و بازرگانی در اقتصاد جامعه ایفا می‌کند، ورشکستگی تاجر و شرکت‌های تجاری دارای جایگاه ویژه‌ای بوده و قانون‌گذار با وضع قوانین امری در این قضیه دخالت کرده است. در توجیه این امر می‌توان این‌گونه استدلال نمود که چون ورشکستگی تاجر ممکن است موجب ورشکستگی دیگر بازرگانان و بستانکاران شده، موجب رکود بازار و در نتیجه اقتصاد جامعه شود، قانون‌گذار برای آن جنبه عمومی قائل شده است (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۸۹: ۱۹). به عبارت دیگر، مقررات ورشکستگی با نظم عمومی اقتصادی ارتباط پیدا می‌کند و صدور حکم ورشکستگی تأثیراتی دارد که شمول آن بیش از اصحاب دعوی را دربر می‌گیرد؛ پس قرار دادن این امر تحت حکومت خصوصی اشخاص، خلاف مصلحت اجتماع است (صدرزاده، ۱۳۸۸: ۴۱۳). حل دعاوی ورشکستگی با توجه به اصول و مبانی حاکم بر حقوق تجارت، با سرعت بیشتر و صرف هزینه‌های کمتر است (ware, 438: 2010). قانون‌گذار در داوریه‌های داخلی و در ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی صریحاً به ممنوعیت ارجاع دعاوی ورشکستگی به داوری اشاره کرده است، ولی باید گفت علی‌رغم عدم تکرار ماده یادشده در قانون داوری تجاری بین‌المللی و به موجب بند ۲ ماده ۳۶ قانون پیش‌گفته^۱، ممنوعیت موضوعات قابل ارجاع به داوری در قانون آیین دادرسی مدنی، در داوریه‌های تجاری بین‌المللی نیز لازم‌الاتباع است.

نکته قابل توجه این است که دعاوی ورشکستگی فی‌نفسه قابلیت ارجاع به داوری را ندارد، ولی قابل ارجاع بودن سایر دعاوی تاجر ورشکسته به داوری قابل تأمل است، زیرا قانون‌گذار در بند ۱ ماده ۴۹۶ قانون آ.د.م صرفاً دعاوی ورشکستگی را غیر قابل ارجاع به داوری دانسته و تصریحی به دعاوی مرتبط یا وابسته به اصل ورشکستگی نداشته است. برای مثال، اگر تاجر قبل از اعلام ورشکستگی دعوایی مطرح کرده باشد، در صورتی که مدیر تصفیه مصلحت بداند می‌توان آن را به داوری ارجاع داد. به نظر

۱. بند ۲ ماده ۳۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «این قانون نسبت به سایر قوانین جمهوری اسلامی ایران که به موجب آنها اختلافات خاصی را نمی‌توان به داوری ارجاع کرد، تأثیری نخواهد داشت.»

می‌رسد با توجه به اینکه قابلیت ارجاع به داوری اصل و عدم قابلیت استثنا محسوب می‌شود، بتوان سایر دعاوی تاجر متوقف یا ورشکسته را به داوری ارجاع نمود. در حالی که در امریکا بر اساس بخش ۱۵۷ از فصل ۲۸ قانون ورشکستگی، رسیدگی به اصل ورشکستگی در صلاحیت دادگاه‌های ورشکستگی است و در خصوص دعاوی مرتبط با ورشکستگی، صلاحیت دادگاه ورشکستگی صرفاً به حالتی مضیق شده که طرفین نسبت به مراجعه به آن رضایت داده باشند (Ge, 2010: 19)؛ لذا همان‌طور که ملاحظه شد، در امریکا در غیر دعاوی اصل ورشکستگی، یعنی دعاوی مرتبط، صلاحیت دادگاه‌ها منوط به تراضی طرفین است و در صورت عدم تراضی به دادگاه، امکان تراضی به داوری وجود دارد.

۲.۳. دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب

قانون‌گذار ایران به موجب بند ۲ ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب را اساساً غیرقابل ارجاع به داوری اعلام نموده است. با توجه به طبیعت دعاوی یادشده می‌توان چنین نتیجه گرفت که مصلحت موردنظر قانون‌گذار در این دعاوی، ملاحظات خانوادگی و نظم عمومی بوده است (مدنی، ۱۳۸۹: ۶۷۰). پرونده‌های مربوط به اصل نکاح، فسخ آن و طلاق، با نظم جامعه و مصالح خانوادگی ارتباط دارد و دعوی نسب نیز از موضوعات مرتبط با احوال شخصیه است که مقررات مربوط به احوال شخصیه ریشه در فرهنگ و نظم جامعه دارد و قانون‌گذار برای حفظ مصلحت عمومی نسبت به آنها حساس است. علاوه بر آن، طبیعت این دعاوی به گونه‌ای است که در آنها کشف حقیقت بیشتر از فصل خصومت اهمیت دارد؛ به همین دلیل چنین دعاوی را نمی‌توان به قضاوت داور محول نمود که بتواند خارج از محدوده اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی به داوری موضوع و صدور رأی بپردازد. برای مثال، وقتی زن و مردی در این موضوع که بین آنان رابطه نکاح وجود دارد یا خیر، اختلاف دارند یا وقتی بین زن و شوهری اختلاف پدید آید که نکاح بین آنان فسخ شده است یا خیر، مسئله نظم عمومی در میان است و در هر دو نمونه یادشده، هدف اصلی از رسیدگی فصل خصومت نیست، بلکه کشف حقیقت است. در این گونه دعاوی - چنان که گذشت - اگر طرفین مشکل را حل نکنند، علی‌الاصول دادگاه نمی‌تواند چنین اختلافاتی را با صلح خاتمه دهد، زیرا بدیهی است اگر بین زن و مردی در حقیقت علقه زوجیت نباشد، ارتباط آنان و فرزند حاصل از این ارتباط غیرمشروع خواهد بود که چنین مسئله‌ای سازش‌ناپذیر بوده، قابلیت ارجاع به داور را ندارد. آنچه که ارجاع آنها به داوری ممنوع است، اصل دعاوی مربوط به نکاح، فسخ نکاح، طلاق و نسب است که دارای آثار شرعی و خصیصه نظم عمومی است. بی‌گمان این ممنوعیت در آثار حقوقی که بر این گونه دعاوی مترتب می‌شود، نخواهد بود؛ زیرا قانون‌گذار در بند ۲ ماده ۴۹۶ قانون آ.د.م صرفاً دعاوی راجع به اصل

نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب را غیرقابل ارجاع به داوری دانسته و تصریحی به دعاوی مرتبط یا وابسته نداشته است و اتفاقاً استفاده از لفظ «اصل» در بند یادشده دلالت بر عدم اعمال مقررات این ماده به دعاوی مرتبط است. برخی نیز بر اساس قاعده «اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند»، نظر داده‌اند که اختلافاتی را که در آینده ممکن است زمینه‌ساز شقاق بین زن و شوهر گردد می‌شود به داوری ارجاع داد که نوعی داوری حقیقی مطابق ماده ۴۵۴ ق.آ.د.م می‌تواند تلقی شود که از طریق شناسایی و نظارت کامل دادگاه‌های خانواده این داوری نیز قابل اجرا خواهد بود (سرخوش و دیبافر، ۱۳۹۷: ۱۱۴). بنابراین بعد از اینکه تکلیف دعوی از جهت اصل نکاح یا فسخ آن یا طلاق و نسب مشخص گردید، آثار مترتب بر آنها قابل ارجاع به داوری است. برای مثال، اختلافات مالی که پس از فسخ نکاح بین طرفین پیش خواهد آمد یا آثار حقوقی که بر اثبات یا نفی نسب مترتب است، قابل ارجاع به داوری است؛ به این ترتیب، اگر در جریان رسیدگی، داور متوجه شود که اصل زوجیت محل اختلاف است (برای مثال در اختلاف مربوط به نفقه)، قاعدتاً نمی‌تواند اعلام عدم صلاحیت کند، بلکه باید رسیدگی خود را متوقف نموده، ادامه آن را به تعیین تکلیف اختلاف طرفین در اصل نکاح موکول سازد. البته دادگاهی هم که به دعوی اصل نکاح رسیدگی می‌کند، وقتی برحسب ایراد یکی از طرفین، بر این امر واقف شود که اختلاف مربوط به نفقه قرار بود از سوی داور رسیدگی شود، نمی‌تواند در این خصوص وارد رسیدگی شود.

۳.۳. دعاوی مغایر با اخلاق حسنه

اخلاق حسنه همانند عرف و عادت از منابع نظم عمومی بوده که شباهت آن با عرف و عادت در این است که اخلاق حسنه نیز غیرمدون است و به‌رشته تحریر قانونی درنیامده است. عده‌ای اخلاق حسنه را قواعدی می‌دانند که منبع اخلاقی داشته، متعاقدين نمی‌توانند خلاف آن را توافق کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۶) یا اینکه اخلاق حسنه مجموعه قواعد و مقرراتی اخلاقی و اجتماعی است که وجود آن برای نظم جامعه اساسی و ضروری بوده، غیرقابل انکار محسوب می‌شود. در نظام حقوقی ما تقریباً در هر جایی که از لفظ نظم عمومی استفاده شده در کنار آن از اخلاق حسنه نیز سخن به‌میان آمده است. مثلاً در ماده ۹۷۵ قانون مدنی، علاوه بر ذکر اصطلاح نظم عمومی به اخلاق حسنه تصریح شده که این امر نیز در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز تکرار شده است. اما ذکر این نکته لازم است که با اینکه دو مفهوم یادشده با هم تفاوت معنایی دارند، ولی عقاید علمی و رویه‌های قضایی فراوانی که در کشورهای مختلف به‌وجود آمده، نشان‌دهنده این حقیقت است که اخلاق حسنه در عین اینکه مفهوم مستقلی به‌شمار می‌آید، جلوه خاصی از نظم عمومی است و به آن وابستگی غیرقابل انفکاک دارد و باید آن را از منابع مهم نظم عمومی به‌حساب آورد.

مبدأ تاریخی مفهوم اخلاق حسنه را باید در حقوق رم جستجو کرد. در حقوق رم که قراردادهای تشریفاتی بوده‌اند اصطلاح اخلاق حسنه وجود نداشته، اما بعد از توسعه قلمرو حکومت رم و روابط عمومی و معاملات و ظهور قراردادهای مرضاتی تدریجاً به جنبه اخلاقی قراردادهای توجه شده است. اساس این تفکر در حقوق حکام به وجود آمده، زیرا در این دوره تدلیس به عنوان استثنا بر اصل صحت قراردادهای شناخته شده و همین استثنا بعدها موجب بروز مفهوم اخلاق حسنه شده است. بعد از قرن ششم، اصطلاح اخلاق در حقوق رم به وجود آمده و متنی از این دوره موجود است که می‌گوید قراردادهای نباید متقلبانه یا مخالف متون یا روح قوانین باشند و این جمله از نظر مؤلفان اروپایی، ناظر به جنبه‌های اخلاقی قراردادهای تلقی شده است (ابدالی، ۱۳۸۷: ۱۳۱).

در خصوص ارتباط این دو مفهوم نیز در متون قانونی تشتت دیده می‌شود. در برخی مواد مثل ماده ۵۷ قانون دریایی از ذکر عبارت اخلاق حسنه در کنار نظم عمومی اجتناب شده و در پاره‌ای دیگر به جای این اصطلاح، از عبارت عفت عمومی استفاده شده که به نظر می‌رسد اخص از اخلاق حسنه است؛ مثل ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی، و البته در اغلب مواد دیگر مانند ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی، مواد ۹۷۵ و ۱۲۹۵ قانون مدنی، ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی، ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی، ماده ۵ قانون نشان جغرافیایی و مواد ۴، ۳۲ و ۴۶ قانون ثبت علائم اختراعات، این دو نهاد در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند. به رغم آشفتگی در عبارات قانون‌گذار به نظر می‌رسد باید آنها را به عنوان دو منبع مستقل کنترل‌کننده اصل آزادی قراردادی به رسمیت شناخت. گرچه نقض قواعد اخلاقی مسلم جامعه، بی‌گمان نوعی اخلاق در نظم عمومی است، لیکن چون نظم عمومی به دو معنای عام و خاص به کار می‌رود و نظم عمومی به معنای خاص قطعاً شامل اخلاق حسنه نمی‌شود؛ چنان‌که با همین منطقی در بیشتر مواد قانونی اخلاق حسنه در کنار نهاد نظم عمومی به نحو جداگانه مورد تصریح قانون‌گذار قرار گرفته است؛ از این رو، باید اخلاق حسنه را منبعی جدا از نظم عمومی به شمار آورد. خاستگاه این دو نهاد متفاوت است. اعتبار نظم عمومی نوعاً ناشی از تشخیص حاکمیت است که اغلب به نحو مستقیم یا غیرمستقیم در قالب قوانین و مقررات مصوب و اصول و قواعد حقوقی مبتنی بر روح و منطبق قوانین اساسی و یا عادی وارد قلمرو حقوق می‌شود. در حالی که هدف از نهاد اخلاق حسنه، مراقبت از ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی جامعه است که به هر دلیل تاکنون وارد قلمرو حقوق نشده و ضمانت اجرای حقوقی نیافته است. به بیان دیگر، نظم عمومی نهادی منسوب به حاکمیت است و اخلاق حسنه ریشه در خواست اخلاقی اکثریت جامعه دارد و نهادی مردمی است. به این ترتیب، اخلاق حسنه در مواردی باید مورد استناد قرار گیرد که قرارداد مورد دعوی مخالفتی با نظم عمومی به معنای خاص نداشته باشد. در واقع، وقتی قاعده اخلاقی به نحوی مورد توجه حاکمیت قرار گرفته، به بخشی از نظم عمومی به معنای خاص تبدیل می‌شود، دیگر استناد به اخلاق حسنه در این فرض موضوعیتی نخواهد داشت. همین ویژگی

انتساب اخلاق حسنه به خواست عقلا و اکثریت مردم و عدم ورود آن در فرایند حقوقی است که سبب ایجاد نگرانی از جهت احتمال مغایرت آن با موازین شرعی شده و برای رفع این دغدغه در قسمت اخیر ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی این جمله مورد تصریح قرار گرفته است که دادگاه در صورتی می‌تواند به دلیل مخالفت قرارداد با اخلاق حسنه از ترتیب اثر دادن آن خودداری کند که حکم اخلاق حسنه مغایر موازین شرع نباشد. به بیان دیگر، قید مندرج در قسمت اخیر ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر عدم مغایرت با موازین شرعی شامل نظم عمومی نمی‌شود، چون نظم عمومی به نحوی از انحاء از مجموعه نظام حقوقی استخراج شده و فرض نیز این است که این مجموعه قبلاً از سوی شورای نگهبان کنترل شده است (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۴: ۱۶۲ و ۱۶۳). همان‌طور که بیان شد اولاً نظم عمومی و اخلاق حسنه قطعاً دو مفهوم و نهاد جداگانه هستند؛ ثانیاً در عین تمایز، رابطه و تشابهات تنگاتنگی با هم دارند و این هم‌نشینی مفهومی دو امر یادشده موجب اختلاط مفهومی و مصداقی شده که گاه تشخیص مصداق این دو از هم را قدری سخت و پیچیده کرده است؛ ثالثاً اخلاق حسنه مربوط به قواعدی است که ریشه عرفی اخلاقی داشته، در فرهنگ دینی و مذهبی جایگاه خاصی یافته است و در بین عوام و مردم نیز چهره بارزی دارد. در واقع اخلاق حسنه مربوط به موضوعات مرتبط با حوزه اخلاق بوده، نظم عمومی به‌عنوان ابزاری در ید حاکمیت برای کنترل قراردادهای خصوصی اشخاص محسوب می‌شود. باید گفت که در برخی مصداق آنقدر آمیختگی مفهومی وجود دارد که تشخیص آن دو سخت است و بهتر است قانون‌گذار برای هر کدام از دو مفهوم یادشده معیارها و مثال‌هایی ارائه نماید که رافع اشتباه شود. در داوری نیز طبیعتاً موضوعاتی که با اخلاق حسنه مخالفت دارد غیرقابل ارجاع به داوری است و علی‌رغم عدم ذکر مقنن در مبحث داوری قانون آیین دادرسی به موضوع اخلاق حسنه، به‌موجب حکم کلی ماده ۶ قانون اخیر، امکان ارجاع اختلاف به داوری به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه امکان‌پذیر نیست و اخلاق حسنه یکی از استثناهای داوری‌پذیری موضوعات به داوری است.

۴.۳. موارد کیفری

به اعتقاد بسیاری از مفسران حقوقی، قلمرو نظم عمومی در خصوص الزامات و قواعد حقوقی هم به امور «شکلی و تشریفاتی» و هم به «ماهیت اختلافات» مربوط می‌شود (جنیدی، ۱۳۸۷: ۲۶۶). زمانی که جرمی اتفاق می‌افتد، به‌غیر از شخص یا اشخاصی که مستقیماً قربانی جرم هستند، جامعه نیز متضرر و وجدان عمومی جریحه‌دار می‌شود و به عبارت دیگر، نظم عمومی خدشه‌دار می‌گردد. در قانون داوری ایران هرچند منع صریحی بر عدم قابلیت ارجاع دعاوی کیفری به داوری وجود ندارد، ولی به‌طور ضمنی از ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان این ممنوعیت را استنباط کرد. مبنای دلیل اصلی آن این

است که موضوعات کیفری به علت ارتباط مستقیم با نظم عمومی اساساً قابلیت ارجاع به داوری ندارند و به عبارتی نمی‌توان کشف حقیقت و مجازات مرتکب را به داور واگذار کرد. دلیل دیگر این است که داوری مبتنی بر اراده طرفین قرارداد است و داور اختیار خود را از اراده طرفین می‌گیرد و وقتی که طرفین حق مجازات نداشته باشند، به طریق اولی داور هم نمی‌تواند چنین اختیاری داشته باشد. به همین جهت در ماده ۴۷۸ آیین دادرسی مدنی می‌خوانیم: «هرگاه ضمن رسیدگی مسائلی کشف شود که مربوط به وقوع جرمی باشد و در رأی داور مؤثر بوده و تفکیک جهات مدنی از جزایی ممکن نباشد ... رسیدگی داوران تا صدور حکم نهایی از دادگاه صالحیتدار نسبت به امر جزایی یا ... متوقف می‌گردد». همان‌طور که از لحن قانون‌گذار استنباط می‌شود، ظاهراً قانون‌گذار غیرقابل ارجاع بودن دعاوی کیفری را به داوری، بدیهی و غیرقابل بحث فرض کرده است که البته حتی در صورت نبود چنین مقرره‌ای، عرف مسلم و روح حاکم بر قوانین اقتضا دارد که نظم عمومی در تمام جریان داوری مراعات گردد. از سویی، بر اساس ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی، عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه و مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست و مواردی که دارای وصف کیفری است، به دلیل ارتباط با نظم عمومی قابلیت ارجاع به داوری را ندارد.

۵.۲. دعاوی مرتبط با بورس اوراق بهادار

قانون‌گذار برخی موضوعات را بنابه مصالحی غیرقابل ارجاع به داوری‌های اختیاری دانسته است. به عبارتی حل و فصل برخی موضوعات از سوی مقنن به داوری اجباری محول شده است. برای مثال، دعاوی مرتبط با بورس اوراق بهادار از زمره موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری اختیاری است و صرفاً می‌بایست از سوی هیئت موضوع مواد ۳۶ و ۳۷ قانون بازار اوراق بهادار با حضور نماینده رئیس قوه قضاییه از میان قضاوت باتجربه و دو نفر از صاحب‌نظران در زمینه اقتصادی و مالی به پیشنهاد سازمان اوراق بهادار و تأیید شورای عالی بورس و اوراق بهادار مورد حل و فصل قرار گیرد.

از آنجا که این نوع داوری به حکم قانون است و جنبه قراردادی ندارد، داوری اجباری نامیده می‌شود و برخی حقوق‌دانان در تقسیم‌بندی متفاوتی از هیئت داوری، بازار اوراق بهادار را نوعی داوری اجباری غیرقراردادی نامیده‌اند؛ به این معنا که قانون‌گذار بدون اینکه قراردادی در میان باشد، اختلاف حاصله از نوع خاصی از روابط اشخاص را در صلاحیت داوری قرار داده است (کریمی و پرتو، ۱۳۹۳: ۵۹). به نظر می‌رسد بتوان هیئت یادشده را نوعی مرجع قانونی خارج از دادگستری نامید، نه یک مرجع داوری. با بررسی رویه قضایی، به نظر می‌رسد مرجع موضوع ماده ۳۷ قانون بورس، خود را نوعی مرجع اختصاصی یا دارای صلاحیت انحصاری جهت رسیدگی به دعاوی بورس تلقی می‌کند و رویه دادگاه‌ها نیز تاکنون نافی شیوه

عمل این مرجع از نظر اعتقاد به صلاحیت انحصاری نبوده است (جنیدی و غیاثوند، ۱۳۹۴: ۳۸ و ۳۹). به نظر می‌رسد داورهای اجباری یادشده نوعی ممنوعیت از ارجاع به داوری اختیاری است و اشخاص امکان ارجاع به داوری اختیاری شخص یا اشخاص معین را ندارند و به اجبار به هیئت خاص قانونی پیش‌گفته مراجعه می‌نمایند. ترکیب دادرسان رسیدگی‌کننده در هیئت حل اختلاف بورس به نحوی است که آن را از شباهت به مرجع داوری اختیاری دور کرده و شبیه یک مرجع شبه قضایی با صلاحیت خاص قرار داده است.

۴. داوری‌پذیری در کنوانسیون نیویورک و تحلیل رأی مرتبط

یکی از اسناد بین‌المللی که در خصوص تأثیر نظم عمومی بر داوری دارای مقررات مترقی است، کنوانسیون نیویورک می‌باشد که در بند اول این قسمت به تفصیل به آن پرداخته می‌شود. در بند دوم نیز رویه قضایی ایران در خصوص اجرای مقررات کنوانسیون نیویورک بر اساس یکی از پرونده‌های مهم تحلیل و بررسی می‌گردد.

۱.۴. داوری‌پذیری در کنوانسیون نیویورک

کنوانسیون در دو 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 موافقت‌نامه داوری بیان می‌دارد که «دولت‌های عضو تعهد می‌نمایند که یک موافقت‌نامه کتبی داوری که طرفین بر اساس آن توافق نموده‌اند تمام یا بخشی از اختلافات آتی یا موجود خود در خصوص یک رابطه حقوقی معین قراردادی یا غیرقراردادی در مورد یک موضوع داوری‌پذیر را به سازوکار داوری ارجاع دهند، شناسایی نمایند». همچنین بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون اشعار می‌دارد: «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 موافقت‌نامه مذکور باطل و بلااثر بوده، غیر لازم‌الاجرا و یا غیرقابل اجراست». همان‌گونه که از متن برداشت می‌شود این بند کنوانسیون که به اعتبار معاهده داوری می‌پردازد، داوری‌پذیری را به‌عنوان یکی از شرایط اعتبار موافقت‌نامه مورد پذیرش قرار داده، اما از اینکه بر اساس چه قانونی غیرقابل اجرا بودن موافقت‌نامه داوری مورد ارزیابی و سنجش قرار خواهد گرفت، سخنی به‌میان نیاورده است.

از سوی دیگر، کنوانسیون در بند ۲ ماده ۵، غیرقابل داوری بودن را در کنار مغایرت رأی با نظم عمومی محل کشور اجراء، از موارد امتناع از شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی می‌داند که دادگاه محل اجرا می‌تواند رأساً به آن استناد نموده، از اجرای رأی خودداری نماید. بند ۱ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی که از بند ۱ ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال اقتباس شده است نیز به موضوع عدم قابلیت ارجاع اختلاف به داور می‌پردازد.

بر این اساس، در صورتی که موضوع غیرقابل داوری باشد، قاضی در محل داوری رأی را باطل می‌کند و قاضی محل اجرای رأی نیز از شناسایی و اجرای رأی امتناع می‌نماید (مافی، ۱۳۹۷: ۴۵۷).

اصل بر این است که طرفین صریحاً یا ضمناً می‌توانند در مورد قانون حاکم بر قابلیت داوری تصمیم بگیرند. در صورت عدم انتخاب قانون حاکم از جانب طرفین، اولین معیار قانون حاکم، قانون محل انعقاد موافقت‌نامه داوری است. طبق ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، تعیین قابلیت داوری طبق قانون قابل اعمال بر موافقت‌نامه داوری است. مسئله داوری‌پذیری ممکن است در مراحل مختلف رسیدگی مطرح شود؛ به این معنی که طرح ایراد عدم داوری‌پذیری دعوی ممکن است به‌طور مستقیم نزد دیوان داوری و یا در دادگاه و در دو مقطع پیش از صدور رأی و پس از صدور رأی صورت پذیرد. همچنین، این مهم ممکن است در مرحله شناسایی و اجرای رأی از سوی محکوم‌علیه طرح شود و یا رأساً مورد توجه دادگاه قرار گیرد (بهمنی، ۱۳۹۷: ۵۴۶).

در صورت عدم انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین، دشواری و اختلاف نظر در تعیین قانون حاکم به مراتب بیشتر خواهد بود و در این شرایط چندین معیار برای تعیین قانون حاکم پیشنهاد شده است. اما معیاری که کنوانسیون نیویورک آن را مد نظر قرار داده و در پاراگراف «الف» بند ۱ ماده ۵ به آن اشاره کرده، توجه به محل داوری یا همان مقر داوری است. هرچند که برخی با این دیدگاه مخالف بوده و اظهار داشته‌اند که در متن ماده آمده است: «... در صورت عدم وجود هرگونه قرینه‌ای...»، قانون مقر داوری باید آخرین راه‌حل برای تعیین قانون حاکم بر اعتبار موافقت‌نامه داوری باشد (سیدی، ۱۳۹۲: ۱۲۵).

اصولاً چه در مرحله شناسایی موافقت‌نامه 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 به کار گرفته شود و دادگاه‌ها در این مرحله باید قانون خود را اعمال نمایند (سیدی، ۱۳۹۲: ۱۳۲). برخی دیگر از طرف‌داران به ماهیت موضوع داوری‌پذیری استناد کرده، اظهار می‌دارند که داوری‌پذیری موضوعی مربوط به صلاحیت است؛ بنابراین باید بر اساس قواعد مقر سنجیده شود (Arfazadeh, 2001: 79). بر همین اساس در مجامع بین‌المللی این دیدگاه بیشتر مورد استفاده قرار گرفته، 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، بر اساس آن اعمال می‌کنند.

چنانچه دادگاه صادرکننده رأی هنگام رسیدگی، قانون متبوع خود را در نظر بگیرد، بسیار پیش می‌آید که دادگاه مبدأ نیز در هنگام بررسی قابلیت داوری یک اختلاف بین‌المللی، قانون خود را اعمال کند. این موضوع در قوانینی چون قانون نمونه نیز تصریح شده است. برای همین هم برخی بر این باورند که این موضوع در کنوانسیون نیویورک نیز به این صورت خواهد بود و عملاً در بیشتر دیوان‌های داوری قانون

کشوری که دیوان در آن مستقر است، یعنی قانون مقر داوری، مستند برای داوری‌پذیری قرار می‌گیرد (Halket, 2009: 204). البته این نظر با داوری‌هایی که اساساً دارای محل نیستند یا مجازی هستند در تضاد قرار دارد. مخالفان بر این اعتقادند 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 (Kroll, 2006: 363). بر مبنای مفاد کنوانسیون نیویورک، دادگاه کشور محل اجرا نمی‌تواند از شناسایی و یا اجرای رأیی به استناد عدم داوری‌پذیری موضوع مورد اختلاف بر اساس قانون خارجی امتناع نماید، اما می‌تواند در صورت درخواست خواننده، به بررسی اعتبار موافقت‌نامه داوری بر اساس قانون خارجی بپردازد و اگر آن را طبق قانون حاکم بر موافقت‌نامه داوری یا در صورت عدم تعیین آن طبق قانون مقرر - برخلاف نظر داور - غیرقابل ارجاع به داوری تشخیص دهد، از شناسایی و یا اجرای رأی خودداری نماید. تفاوت این ۲ مورد در این است که در صورت عدم داوری‌پذیری موضوع از نظر قانون کشور محل اجرا، قاضی می‌تواند رأی آن را در نظر گرفته، رأی را باطل نماید؛ در حالی که تنها در زمانی می‌تواند به استناد قانون خارجی رأی داوری را غیرقابل اجرا اعلام نماید که خواننده به همان دلایل به رأی داوری نزد قاضی کشور محل اجرا اعتراض کرده باشد (Van Den Berg, 2003: 383).

۲.۴. تحلیل یک رأی مرتبط با کنوانسیون نیویورک

در پرونده مورد نظر بین خواهان و خواننده دعوی، قراردادی بابت خرید کالا منعقد شده که طی آن، خواهان مبلغ دو میلیون و دویست هزار یورو را به شرکت خواننده به‌عنوان یک شرکت دولتی پرداخته، لیکن شرکت خواننده از ایفای تعهد خودداری کرده است. شرکت خواهان به استناد بند ۹ قرارداد، موضوع را به داوری لندن ICC ارجاع داده و به لحاظ اینکه شرکت ... (خواننده) یک شرکت دولتی ایرانی است و مجوز هیئت وزیران در این خصوص موجود نبوده، شرکت خواهان دعوی خود را به لحاظ غیرقانونی بودن شرط داوری مسترد داشته و شرکت خواننده دعوی تقابل خود را در مرجع داوری ادامه داده که نهایتاً به صدور رأی داوری به شماره ۱۶۱۲۹ منتهی گردیده است که شرکت ... شناسایی و اجرای رأی داوری بین‌المللی در پرونده کلاسه SEM/MLK/ABP16129 را به‌موجب دادخواست تقدیمی که به شعبه ۸۹ ارجاع گردید، بر اساس کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ (۳ تیر ۱۳۳۷) که جمهوری اسلامی ایران بر اساس قانون الحاق کنوانسیون یادشده مصوب ۲۱ فروردین ۱۳۸۰ به آن ملحق شده و مفاد آن را پذیرفته است، خواستار شده که اجرائیه صادر شود و پس از تودیع خسارت احتمالی مورد نظر دادگاه از ناحیه شرکت خواهان، قرار توقیف عملیات اجرایی در راستای اجرای حکم یادشده صادر گردید و وکلای ... (خواهان) با تقدیم دادخواست با ذکر احصای مواردی در باب

دولتی بودن ... و بیان دلایلی در باب نظم عمومی به شرح لوایح تقدیمی و صورت جلسات دادرسی، غیرقابل شناسایی و اجرا بودن رأی داوری موضوع دعوی را به شرح ستون خواسته و صدور حکم در این باب مورد تقاضا قرار دادند. شعبه ۸۹ دادگاه عمومی (حقوقی) تهران طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۳۱۶۲۱۰۰۹۱۳ پرونده کلاسه ۹۰۰۹۹۸۲۱۶۲۱۰۰۱۳۰، ضمن پذیرش خواسته خواهان، حکم به الغای تصمیم شناسایی و لغو اجرای رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی صادر نموده^۱ که این رأی طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۵۴۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است.^۲

نکات زیر از دادنامه‌های بدوی و تجدیدنظر پرونده یادشده در باب نظم عمومی و تأثیر آن در محدودیت اراده بر داوری و ارتباط عدم رعایت تشریفات اصل ۱۳۹ قانون اساسی به داوری قابل تأمل است:

الف) در سرتاسر دادنامه‌های یادشده، استناد به نظم عمومی برای غریبال‌گیری اجرای آرای داوری بارز بوده، رأی داور زمانی قابلیت اجرا در نظام حقوقی ایران را دارد که نظم عمومی کشور محل اجرای رأی را مختل نکند؛ زیرا کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ میلادی (۳ تیر ۱۳۳۷) و ماده واحده قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون یادشده که در تاریخ ۲۱ فروردین ۱۳۸۰ به تصویب مجلس شورای اسلامی و در تاریخ ۲۹ فروردین ۱۳۸۰ به تأیید شورای نگهبان رسید، قانون حاکم بر موضوع خواسته است. مطابق بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون یادشده، دادگاه صالح با احراز مغایرت شناسایی و اجرای حکم با نظم عمومی آن کشور و نیز غیرقابل حل و فصل بودن موضوع اختلاف از طریق داوری، به موجب قانون می‌تواند از شناسایی و اجرای

۱. قسمتی از استدلال دادنامه شعبه ۸۹ دادگاه عمومی تهران عیناً ذکر می‌گردد: «...از طرفی مقصود از نظم عمومی، مجموعه سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوطه به حسن جریان امور راجع به اداره یک کشور و یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد است، به طوری که افراد نتوانند از طریق قراردادهای خصوصی از آن تجاوز کنند. نظم در زمینه داوری، ممکن است باعث بی‌اعتبار شدن موافقت‌نامه داوری، عدم قابلیت داوری، کنترل قانون ماهوی و یا در نهایت ابطال رأی داوری یا عدم شناسایی یا اجرای آن گردد. در ما نحن فیه بحث قابلیت داوری، موضوعی است که مبتنی بر حمایت از حقوق اجتماعی است و مطابق ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی قراردادهای مخل نظم عمومی در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست. در بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون شناسایی نیز اشارتی به مغایرت با نظم دارد که از موارد امتناع شناسایی و اجرای احکام داوری توسط دادگاه صالح می‌باشد حکم به الغاء تصمیم شناسایی و لغو اجرای رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (موضوع خواسته) به عنوان اصل خواسته صادر...».

۲. قسمتی از استدلال دادنامه شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر تهران عیناً ذکر می‌گردد: «...از طرف دیگر شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی در قلمرو حاکمیت اصل ۱۳۹ بدون رعایت شرایط امره و اساسی ارجاع به داوری خلاف نظم عمومی حاکم بر روابط حقوقی حاکم بر جامعه می‌باشد بنابراین دادگاه تجدیدنظرخواهی تقدیمی را واجد مطلب مهم و اساسی که موجبات نقض دادنامه معترض عنه را ایجاب کند احراز نموده با رد تجدیدنظرخواهی مستند به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی رأی معترض عنه را تأیید و ابرام می‌نماید...».

حکم داوری امتناع نماید؛ به عبارتی بر اساس ماده ۹ قانون مدنی، مفاد آن کنوانسیون در حدود مرتبط، در حکم قوانین جمهوری اسلامی ایران بوده، لازم‌الرعایه است.

ب) در دادنامه یادشده، دادگاه مقصود از نظم عمومی را مجموعه سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوطه به حسن جریان امور راجع به اداره یک کشور و یا در خصوص حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد قلمداد نموده و اشاره داشته است که افراد نمی‌توانند از طریق قراردادهای خصوصی از آن تجاوز کنند. در ادامه، به درستی استدلال نموده که نظم در زمینه داوری ممکن است باعث بی‌اعتبار شدن موافقت‌نامه داوری، عدم قابلیت داوری، کنترل قانون ماهوی و یا در نهایت ابطال رأی داوری یا عدم شناسایی یا اجرای آن گردد. در مانحن‌فیه، بحث قابلیت داوری موضوعی است که مبتنی بر حمایت از حقوق اجتماعی است و مطابق ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی قراردادهای محل نظم عمومی در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.

ج) نکته کلیدی و قابل تأمل در دادنامه تجدیدنظر این است که عدم رعایت تشریفات اصل ۱۳۹ قانون اساسی راجع به اموال عمومی و دولتی، از مصادیق اختلال نظم عمومی در روابط حقوقی قلمداد شده، اجرای رأی داوری خارجی در قلمرو حاکمیت اصل ۱۳۹ بدون رعایت شرایط آمره و اساسی ارجاع به داوری، خلاف نظم عمومی حاکم بر روابط حقوقی جامعه شمرده شده است. با اینکه در فصلی جداگانه به داوری اموال عمومی و دولتی پرداخته شد و دلیل آن هم اهمیت موضوعی آن در تأثیرگذاری اراده در داوری بود، ولی نظر به اینکه اموال عمومی و دولتی متعلق به حاکمیت بوده و حاکمیت نیز عهده‌دار امور عموم جامعه است و اموال عمومی و دولتی بر همین مبنا ریشه در اموال ملت و جامعه دارد، ارتباط نزدیکی با نظم عمومی پیدا می‌کند. در فصول گذشته بیان شد، هرگاه مفهومی در سطح گسترده و عموم جامعه مطرح گردد و نقض قواعد آن امور به دلیل نقض قواعد اجتماعی منجر به تضییع حقوق مردم شود، مرتبط با نظم عمومی است. مفهوم نظم عمومی همان‌طور که از واژه دوم این ترکیب مشخص است، ارتباط با عموم دارد و در رأی صادره به صورت مبنایی و دقیق به این مهم پرداخته شده است.

۵. نتیجه‌گیری

داوری‌پذیری و نظم عمومی غالباً در دعاوی مطرح می‌شود؛ با این مضمون که در آغاز باید دعوایی وجود داشته باشد و شرایط قانونی دعوی بر موضوع مورد اختلاف حادث شود و سپس بحث داوری‌پذیری مطرح گردد. معیار استناد به نظم عمومی در ابتدای داوری با بحث قابلیت ارجاع دعوی به داوری مرتبط می‌شود. اصل بر داوری‌پذیری کلیه اختلافات تجاری است. به موجب ماده ۴۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، اولین مورد از موضوعات ممنوع به داوری، دعاوی ورشکستگی است. مقررات ورشکستگی با

نظم عمومی اقتصادی ارتباط پیدا می‌کند و صدور حکم ورشکستگی تأثیراتی دارد که شمول آن بیش از اصحاب دعوی را دربر می‌گیرد. دعوای ورشکستگی فی‌نفسه قابلیت ارجاع به داوری را ندارد، ولی قابل ارجاع بودن سایر دعاوی تاجر ورشکسته به داوری قابل تأمل است. دعوای مربوط به اصل نکاح، فسخ آن و طلاق با نظم جامعه و مصالح خانوادگی ارتباط داشته، دعوی نسب نیز از موضوعات مرتبط با احوال شخصیه است که مقررات مربوط به احوال شخصیه ریشه در فرهنگ و نظم جامعه دارد و قانون‌گذار برای حفظ نظم عمومی آن را قابل ارجاع به داوری نمی‌داند و اخلاق حسنه نیز از این امر تبعیت می‌کند. موضوعات کیفری نیز به علت ارتباط مستقیم با نظم عمومی اساساً قابلیت ارجاع به داوری ندارند و به عبارتی نمی‌توان کشف حقیقت و مجازات مرتکب را به داور واگذار کرد.

داوری‌پذیری و نظم عمومی هر دو از یک ریشه‌اند، اما هریک در مرحله متفاوتی مطرح می‌شوند و ماهیتاً نیز مسائل متفاوتی را تعقیب می‌کنند. ایراد نظم عمومی در مورد محتوای رأی صادر شده مطرح می‌شود 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 موافقت‌نامه‌های داوری صحبتی از آن به میان نمی‌آید؛ درحالی 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.

منابع

الف) فارسی

۱. احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۱). نظم عمومی در حقوق خصوصی. تهران: چاپ روزنامه رسمی.
۲. اخلاقی، بهروز (۱۳۸۳-۱۳۸۲). جزوه حقوق تجارت بین‌الملل. مقطع دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
۳. ایرانشاهی، علی‌رضا (۱۳۹۰). بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی. *مجله حقوقی بین‌المللی*، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، (۴۴)، ۱۳۴.
۴. ایرانشاهی، علی‌رضا (۱۳۹۱). معیار «قابلیت داوری» در اعمال نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی. *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، (۲)، ۷۴.
۵. بهمنی، محمدعلی و شیخ عطار، حسنی (۱۳۹۷). قانون حاکم بر داوری‌پذیری دعاوی. *مطالعات حقوق تطبیقی*، (۲)، ۵۴۶.
۶. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶). *قانون حاکم در داوریه‌های تجاری بین‌المللی*. چاپ هفتم، تهران: نشر دادگستر.
۷. جنیدی، لعیا (۱۳۸۷). *اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی*. تهران: شهر دانش.
۸. جنیدی، لعیا و غیاثوند قزوینی، نسترن (۱۳۹۶). داوری‌پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی.

- دوفصلنامه علمی پژوهشی حقوق تطبیقی دانشگاه مفید، ۵ (۱۰۸)، ۶۵.
۹. سرخوش، جواد و دیباfer، سهیلا (۱۳۹۷). ماهیت داوری در دعوای طلاق. فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، تابستان، (۲۳)، ۷۳.
۱۰. سلجوقی، محمود (۱۳۸۶). حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین و تعارض صلاحیت دادگاه‌ها. چاپ چهارم، تهران: نشر میزان.
۱۱. سیدی، جواد (۱۳۹۲). درآمدی بر قابلیت ارجاع در داورهای تجاری بین‌المللی. تهران: انتشارات جنگل.
۱۲. شهبازی‌نیا، مرتضی و بازگیر، سعید (۱۳۹۴). نظم عمومی و نقش آن بر امور شکلی داوری. مجله تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، (۲۳)، ۹۹.
۱۳. صادقی، محسن (۱۳۸۴). مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن. مجله حقوق و علوم سیاسی، (۶۸)، ۲۳.
۱۴. صدرزاده افشار، محسن (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. جلد سوم، چاپ هشتم، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.
۱۵. صدیقی، بهاره و نعیمی، سید مرتضی (۱۳۹۵). آثار حقوقی مقر در داوری‌های تجاری بین‌المللی. فصل‌نامه پژوهش‌های روابط بین‌الملل، پاییز، (۲۱)، ۱۵۴.
۱۶. صقوری، محمد (۱۳۸۶). حقوق بازرگانی و ورشکستگی. چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. طباطبایی‌نژاد، سید محمد (۱۳۹۵). نظارت قضایی بر اعمال قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی. مجله دانش حقوق مدنی، سال پنجم، (۱)، ۹۸.
۱۸. قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین (۱۳۸۹). ورشکستگی و تصفیه. چاپ ششم، تهران: نشر میزان.
۱۹. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱). حقوق داوری. چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
۲۰. لیو، جولیان و دی ام، مستلیس (۱۳۹۱). داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی. ترجمه محمد حبیبی مجنده. چاپ اول، قم: دانشگاه مفید.
۲۱. الماسی، نجادعلی (۱۳۸۲). حقوق بین‌الملل خصوصی. چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۲۲. مافی، همایون (۱۳۹۷). شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران. تهران: انتشارات دانشگاه علوم قضایی.
۲۳. میرزائزاد جویباری، اکبر، (۱۳۹۴). ارجاع دعوای راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری. مجله حقوق اداری، پاییز، (۲)، ۱۲۰.
۲۴. نصیری، محمد (۱۳۸۸). حقوق بین‌الملل خصوصی. جلد دوم، تهران: انتشارات آگاه.
۲۵. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۵). شناسایی و اجرای آرای داوری‌های تجاری در ایران. چاپ اول، تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.

(ب) انگلیسی

1. Arfazadeh, Homayoon (2001). *Arbitrability under the New York Convention. the Lex*

-
1. *Fori Revisited*. Arbitration International, Vol. 17, Issue 1.
 2. Bockstiegel Karl, Heinz (2008). *Public policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*. IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue.
 3. G.B, Born (2012). *International Arbitration: Law and Practice*; Kluwer International. the Netherlands.
 4. Gaillard Emmanuel & Savage John (1999). Fouchard, Gaillard , Goldman on *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
 5. Ge, y (2012). *Insolvency Proceedings and Their Effect on International Commercial Arbitration*. LLM Thesis, University of Ghent.
 6. Grantham, William (1996). *The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes*. 14 Berkeley J. Int'l Law, 173.
 7. Halket T. (2009). *Choice of Law in International Intellectual Property Arbitrations. A Three-Dimensional Chess Game?* in Rovin A. (eds.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, 24
 8. Kirry A. (1996). *Arbitrability: Current Trends in Europe*, *Arbitration International*, Vol. 12, (4), 14
 9. Kreindler, Richard (1997). *Particularities of International Financial Arbitration in the Context of Challenges to Arbitral Awards*. Yearbook of International Financial and Economic Law.
 10. Kroll Stefan M. (2006). *Arbitration and Insolvency Proceedings- Selected Problems in Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwer Law International.
 11. Lehmann, Matthias (2004). *A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice*. 42 Colum. J. Transnat l, 234.
 12. Lu, May (2006). *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, 34.
 13. Okekeifere Andrew (1999). Public Policy and Arbitrability under the UNCITRAL Model Law, *International Arbitration Law Review*.
 14. Redfern, Alan & Hunter, Martin (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, London.
 15. Ware,s.j. (2010). *similarities between arbitration and bankruptcy litigation*.