

## نظم عمومی به عنوان منبع تحدید انعقاد قرارداد داوری: جستاری در رویه قضایی ایران

گودرز افتخار جهرمی<sup>۱</sup> - مجتبی اسدزاده<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: 1397/10/8 تاریخ پذیرش: 1398/2/16

### چکیده

انعقاد قرارداد داوری، مبتنی بر اصل آزادی قراردادی است و نظم عمومی به عنوان استثناء، محدودکننده این آزادی است. به بیان دیگر هر چند قرارداد داوری، محصول توافق خصوصی طرفین اختلاف است اما نمی توان اراده مشترک طرفین را برای ارجاع هر موضوعی به داوری، مطلق پنداشت. گاه قانون ارجاع برخی از موضوعات را به داوری منع یا محدود کرده است و مبنای این گونه منع یا محدودیت ها را باید در مفهوم بنیادین نظم و مصالح عمومی، جستجو کرد. بر این مبنا حل و فصل برخی از موضوعات صرفاً در صلاحیت دادگاه است و اگر داوران اقدام به صدور رای داوری درباره چنین موضوعاتی نمایند رای داوری مزبور غیر قابل اجرا خواهد بود. در این مقاله با طرح دیدگاه صاحب نظران ایرانی، در مورد تأثیر نظم عمومی بر قرارداد داوری اختصاراً به تبیین مفهوم سیال نظم عمومی پرداخته و همچنین رویه قضایی محاکم ایران راجع به اثر نظم عمومی بر قرارداد داوری به طور خاص نقل و مصادیق مورد مناقشه در خصوص موضوعات غیر قابل ارجاع به داوری یعنی اصل 139 قانون اساسی، دعاوی ورشکستگی و اعسار، دعاوی حوزه حقوق خانواده، دعاوی مالکیت فکری، دعاوی اوراق بهادار و دعاوی مربوط به قراردادهای کار مورد تأمل قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** قرارداد داوری، نظم عمومی، محدودیت اراده، قابلیت ارجاع به داوری، رویه قضایی

---

<sup>۱</sup>. استاد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) g\_etekhar@sbu.ac.ir  
<sup>۲</sup>. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی mojtaba.asadi217@gmail.com

## مقدمه

نظم عمومی در حقوق داوری از جایگاه مهمی برخوردار است به نحوی که هم می‌تواند دلیل بی‌اعتباری قرارداد داوری محسوب شود و هم از شناسایی و اجرای رای داوری ممانعت نماید. این موضوع نیز به روشنی، در قوانین ایران شامل «قانون مدنی»، «قانون آیین دادرسی مدنی»، «قانون داوری تجاری بین‌المللی» و «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی تنظیم شده در نیویورک به تاریخ 10 ژوئن 1958 میلادی (1337/4/3 هجری شمسی)» درج گردیده است.

با این حال توجه به مواد قانونی نشان می‌دهد مقنن در به کارگیری مفاهیم و واژه‌های مربوط به حوزه نظم عمومی، هماهنگ و همسان عمل نکرده به نحوی که برای مثال، در ماده 975 قانون مدنی دو مفهوم «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» به کاررفته در حالی که در ماده مزبور، از شرع سخنی نگفته است لیکن در مقابل، ماده 6 قانون آیین دادرسی مدنی از عبارت «موازن شرع» به گونه‌ای یاد کرده است که اگر قراردادی خلاف اخلاق حسنه باشد اما مغایر موازن شرع نباشد، قابل ترتیب اثر خواهد بود. با وجود این، در قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و در بند «و» ماده 4، بند «ب» ماده 32 و ماده 46 آن، عبارت «موازن شرعی» نیز در کنار نظم عمومی و اخلاق حسنه به کاررفته است گویا این سه مورد، دارای ماهیتی جدا از یکدیگرند. در همین رابطه، ماده 211 قانون آیین دادرسی مدنی نیز در کنار نظم عمومی، از «عفت عمومی» و «مصالح عامه» نیز سخن گفته و به نظر می‌رسد هر یک از این موارد را ماهیت مستقلی دانسته است. چنین ابهاماتی در مواد قانونی، نقش آرای قضایی در تعیین مفهوم و مصادیق نظم عمومی را غیرقابل انکار می‌سازد.

به طور کلی، گفته شده ساده‌ترین و درعین حال مبهم‌ترین توجیهی که در زمینه محدودیت اصل حاکمیت اراده شده، توسل به نظم عمومی است.<sup>1</sup> همچنین بیشترین دلیل مورد استناد برای جلوگیری از شناسایی و اجرای آرای داوری در کشورهای دیگر تحت عهدنامه نیویورک 1958، نیز استناد به نظم عمومی از سوی محکوم‌علیه رای داوری می‌باشد.<sup>2</sup> از این رو، انعقاد قرارداد داوری نیز می‌تواند با مانع نظم عمومی روبه‌رو شود و اعتبار آن محل خدشه قرار گیرد.

<sup>1</sup>. نصیری، مرتضی، تعارض قوانین در تجارت بین‌الملل (تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم، 1396) ص. 78.

<sup>2</sup>. Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice* (The Netherlands, Kluwer Law International, 2012), p. 462.

هرچند امروزه در کنار اعمال نظم عمومی مقرر دادگاه، از اعمال نظم عمومی کشورهای ثالث نیز صحبت می‌شود و منظور از کشور ثالث نیز کشوری است که قانون آن، در صورت فقدان انتخاب قانون حاکم از سوی طرفین قراردادها، قابل اعمال خواهد بود،<sup>۱</sup> لیکن در این مقاله، مجال پرداختن به این موضوع نیست و چهارچوب نوشته، محدود به اعمال نظم عمومی در حقوق ایران و تحلیل رویه قضایی است. همچنین موضوع نوشتار حاضر، نظم عمومی ملی ایران است و نه نظم عمومی بین‌المللی؛ دسته اخیر، اصولی است که همه کشورها در سطح جهانی با دیده احترام به آن می‌نگرند و حاضر نیستند خلاف آن عمل کنند ضمن آنکه خلاف آن را از دیگران هم نمی‌پذیرند<sup>۲</sup> مانند اجرای قطعنامه‌های صادره از برخی سازمان‌های بین‌المللی.

در ادامه و در قسمت اول مقاله، «مفهوم نظم عمومی» بررسی و سپس در ادامه آن، «قلمرو نظم عمومی» تحلیل خواهد شد.

## 1- مفهوم نظم عمومی

نظم عمومی از مفاهیم دشوار حقوق است و اختلاف نظرهای بسیاری در خصوص آن مطرح است. با وجود این، مباحث مطروحه در میان اندیشمندان توانسته تا حدودی به روشن شدن این مفهوم کمک کند و برخی از زوایای تاریک آن را از میان بردارد باید اذعان داشت هرچند بحث نظم عمومی، به نحو مشروح‌تر در نوشته‌های حقوقی مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی مورد ارزیابی قرار گرفته اما همچنان نیازمند بررسی بیشتر است. در این خصوص، تبیین مفهوم نظم عمومی را می‌توان در نگاه صاحب‌نظران حقوقی و رویه قضایی، به‌طور مجزا بررسی کرد.

### 1-1- دیدگاه صاحب‌نظران حقوقی

در خصوص تعریف نظم عمومی و یا تعیین مصادیق آن، حقوقدانان بر این باورند که این کار، اگر غیرممکن نباشد، بسیار دشوار است زیرا از کشوری به کشور دیگر و از زمانی به زمانی دیگر متفاوت می‌باشد و تفسیر کشورها از آن متغیر است اگرچه همه معتقد به تفسیر مضیق این

<sup>۱</sup> ن.ک.: پیری، فرهاد، اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی (تهران: انتشارات جنگل، 1397) صص. 147 به بعد.

<sup>۲</sup> نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌ها در ایران (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، 1391) ص. 149.

نهاد حقوقی هستند.<sup>1</sup> در همین رابطه، در خصوص امکان ارائه تعریف از نظم عمومی برخی معتقدند به دلیل طبیعت خاص این اصطلاح، اصولاً نمی‌توان تعریف جامع و مانعی از نظم عمومی ارائه کرد.<sup>2</sup> از این رو، برخی به دلیل دشوار بودن شناخت عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی، از ارائه تعریف آن صرف نظر نموده‌اند<sup>3</sup> و بعضی دیگر عقیده دارند مفهوم نظم عمومی همانند اصطلاح اخلاق حسنه، امری ساده و آسان است اما تطبیق آن با موضوعات خارجی و آگاهی از مصادیق آن امری دشوار است لیکن به طور کلی، اموری برخلاف نظم عمومی است که ارتکاب آن ایجاد هیجان و تشنج اجتماعی نموده و موجب اخلال می‌گردد.<sup>4</sup>

به‌رغم نظرات فوق، برخی صاحب‌نظران تلاش کرده‌اند تا تعریفی از نظم عمومی را ارائه کنند و گفته‌اند: نظم عمومی یک جامعه، مجموعه اصول بنیادین نهادهای اجتماعی اعم از اخلاقی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی تشکیل می‌دهد به طوری که هرگونه عدول، تخطی و تجاوز نسبت به آن‌ها، نقض اصول اساسی و بنیان‌های زندگی اجتماعی جامعه محسوب شده و به هیچ صورت پذیرفته نخواهد بود؛ بنابراین، نظم عمومی ارتباط تنگاتنگی با منافع و مصالح عمومی دارد و ارتکاب خلاف آن، تشنج و آشفتگی اجتماعی و اختلاف در نظم جامعه را در پی خواهد داشت. مع‌هذا نمی‌توان برخلاف آن عمل نمود یا توافق کرد و این دادگاه است که مرجع تشخیص نهاد مربوطه (نظم عمومی) و خلاف انجام شده است.<sup>5</sup> برخی دیگر از صاحب‌نظران نیز گفته‌اند نظم عمومی مجموعه قواعد الزامی حقوقی و قوانین و مقررات وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط افراد مردم که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آن‌ها بلا تأثیر است و این قواعد به‌رغم اینکه عموماً در قوانین کشوری مندرج است اما ضرورتاً لباس قانون بر تن ندارد.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>. نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌ها در ایران (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، 1391) ص. 148.

<sup>2</sup>. الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ هفتم، 1378) ص. 137.

See also: Ghodoosi, Farshad. (2016), "The Concept of Public Policy: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements", Nebraska Law Review, Vol. 94, p. 695

<sup>3</sup>. سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج 2 (تهران: نشر میزان، 1382) ص. 179.

<sup>4</sup>. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج 4 (تهران: نشر اسلامیه، 1388) ص. 49.

<sup>5</sup>. نیکبخت، حمیدرضا، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره 44، 1585، ص. 119.

<sup>6</sup>. تفرشی، محمد عیسی و ابدالی، مهرزاد، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و

در برخی از کشورها، نظم عمومی را به دو حوزه نظم عمومی «ماهوی» و «شکلی» تقسیم کرده‌اند و برخی از مصادیق نظم عمومی همچون «وجود حق دفاع» و «لزوم رفتار برابر با طرفین دعوا» و «حق استماع دعوا» را مصداق نظم عمومی شکلی می‌دانند.<sup>1</sup> در این رابطه، می‌توان ضمن به کارگیری این نوع تقسیم‌بندی در نظام حقوقی ایران، برخی از قراردادهای داوری (شروط خاص مربوط به شرایط داوری) را به دلیل تعارض بانظم عمومی شکلی باطل دانست مانند سلب حق اعتراض به رای داوری که در قرارداد داوری گنجانده می‌شود در این مثال، می‌توان این شرط مندرج در قرارداد داوری را باطل دانست و محکوم علیه را محق در اعتراض به رای داوری نزد محاکم قضایی دانست.<sup>2</sup>

## 1-2- دیدگاه رویه قضایی

در میان آراء قضائی نیز می‌توان به مواردی اشاره کرد که در آن، به بحث نظم عمومی و تفکیک آن به نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین‌المللی و نیز تعریف نظم عمومی داخلی در روابط بین‌المللی اشاره شده است. به عنوان نمونه در یکی از آراء صادره آمده است:

«علی‌رغم اینکه در تمامی دعاوی که موضوع آن دین پولی است، شرط زیاده در تعهدات پولی «ربای قرضی» محسوب و مخالف نظم عمومی ایران است، لیکن ضروری است میان نظم عمومی در روابط داخلی و نظم عمومی در روابط بین‌المللی قائل به تفکیک شد به نحوی که نظم عمومی در تعارض قوانین (حقوق بین‌الملل خصوصی) مجموعه اصول و قواعد پذیرفته شده توسط یک دولت است که به موجب ماهیت خود امکان دارد مانع از شناسایی و یا اجرای یک

ایران، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره 8، شماره 20، زمستان 1383، ص. 3.

<sup>1</sup>. Bermann, George A. (ed.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts (USA: Springer, 2017), p. 60.

<sup>2</sup>. این موضوع در یکی از دادنامه‌های صادره مورد اشاره قرار گرفته است (هرچند در متن دادنامه، مبنای استدلال مطرح شده، «نظم عمومی شکلی» نبوده است اما به اعتقاد نگارنده، این دادنامه می‌تواند شاهد مثال بسیار خوبی برای «نظم عمومی شکلی» باشد): «در خصوص دعوی خواهان ح.و. به طرفیت خوانده ع.ک. نسبت به خواسته ابطال رأی داوری مورخ 1396/10/15 ... هرچند خواننده در جلسه دادگاه اعلام نموده که موضوع به لحاظ اسقاط اعتراض به رأی داوری قابلیت استماع نداشته اما به نظر می‌رسد موضوع اسقاط حق اعتراض در زمانی جلوه می‌نماید که کلیه مقررات شکلی و اصول و آیین دادرسی در آن رعایت شده باشد و منصرف از قواعد حقوقی رویه‌ای است که غیرقابل اسقاط می‌باشد و عدول از آن به لحاظ مغایرت آشکار با موازین مسلم دادرسی و حقوق ذاتی طرفین ادعا، قابلیت ترتیب اثر ندارد» (دادنامه شماره 9709970220900379 مورخ 1397/03/31 شعبه 9 دادگاه حقوقی تهران).

حکم خارجی گردد. این اتفاق زمانی می‌افتد که شناسایی و اجرای حکم باعث نقض این اصول و قواعد از جهت شکلی (نظم عمومی بین‌المللی شکلی) و یا از جهت ماهوی (نظم عمومی بین‌المللی ماهوی) شود. نظم عمومی در روابط بین‌المللی شامل موارد ذیل است: (1) اصول اساسی و بنیادین راجع به عدالت و اخلاق که دولت مایل به رعایت و حمایت از آنهاست. حتی اگر دعوی مستقیماً مربوط به خود دولت نباشد. (2) قواعدی که برای حفاظت و حمایت از منافع اساسی و بنیادین سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی دولت طراحی و تدوین شده است؛ (3) تعهد دولت مبنی بر رعایت تعهدات بین‌المللی خود در قبال سایر دول یا سازمان‌های بین‌المللی. بر اساس نظر این دادگاه، نظم عمومی در روابط بین‌المللی باید به‌عنوان موضوعی استثنائی در اوضاع و احوال استثنائی به کار گرفته شود (لزوم تفسیر مضیق این نهاد حقوقی) یعنی درجایی که واقعاً شناسایی و یا اجرای حکم دادگاه خارجی ضربه و صدمه‌ای مهلک بر اصول اساسی عدالت، وجدان حقوقی، منافع اساسی عمومی یا اخلاق حسنه کشور مقرر دادگاه (ایران) وارد می‌آورد. فلذا این دادگاه شناسایی و اجرای حکم دادگاه خارجی موضوع این پرونده را که متضمن محکومیت تضامنی خواندگان به پرداخت نرخ بهره نه درصدی تسهیلات اخذشده است را خلاف نظم عمومی ایران در روابط بین‌المللی نمی‌داند.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>. دادنامه شماره 9489978227288872 مورخ 1394/09/29 (شماره پرونده: 9409900227200529) شعبه 12 دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضائی شهید بهشتی تهران. منتشره در: فرهاد پیری، حقوق تجارت بین‌الملل در رویه قضایی ایران، (تهران: انتشارات جاودانه، 1595) صص 74-81. مقایسه کنید با دادنامه دیگری با موضوع مشابه: «در خصوص تجدیدنظرخواهی شرکت م. با وکالت آقای الف. ج. به طرفیت آقایان م. الف و ع. همگی م. نسبت به آن بخش از دادنامه شماره 1166 مورخ 1392/12/6 موضوع پرونده کلاسه بایگانی 918845 شعبه 185 دادگاه عمومی حقوقی تهران که به موجب آن راجع به تقاضای قرار قبول لازم‌الاجرا بدون حکم صادره محکمه امیرنشین دبی و دستور اجرای آن بر اساس موازین و مقررات قانون اجرای احکام مدنی و معاهدات قضایی فی‌مابین دولت جمهوری اسلامی ایران و امارات متحده عربی نسبت به مطالبه خسارت تأخیر تأدیه به میزان 4٪ از آنجائی که پرداخت خسارت سود به صورت درصد ثابت ربا محسوب و مفاد حکم دادگاه دبی مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه و خلاف شرع تلقی شده مستنداً به بند 2 ماده 169 قانون اجرای احکام مدنی قرار رد تقاضای تجدیدنظر خواه در این خصوص با وصف مقید در دادنامه تجدیدنظر خواسته صادر گردیده است اینک و کیل تجدیدنظر خواه به شرح لایحه اعتراضیه منضم دادخواست مطروح در مقام توضیح تجدیدنظرخواهی بیان داشته در چهارچوب مقررات بانکی و قراردادهای فی‌مابین بانک‌ها و اشخاص خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه خواهد بود که این موضوع منصرف از قضیه مطروح تجدیدنظر خواه می‌باشد و آنچه محکمه دبی به نحو ثابت به‌عنوان بهره در حکم مورد تقاضای اجرا آورده است در مقررات و قوانین جمهوری اسلامی ایران مورد حکم قرار نگرفته و منطبق و مشمول استفساریه مرقوم مورد دفاع تجدیدنظر خوانده از شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بنه مراتب این امر منطبق با بند 2 ماده 169 قانون اجرای احکام مدنی تلقی و تشخیص گردیده و دادنامه تجدیدنظر خواسته بنا به جهات یادشده واجد ایراد قضایی نبوده و اعتراض به گونه‌ای مدلل و مؤثر که موجبات گسیختن دادنامه مرقوم را فراهم نماید مطرح نگردیده است» (دادنامه شماره 9589978881888581 مورخ 1393/66/51 شعبه 50 دادگاه تجدیدنظر

در کنار دادنامه فوق که به طور مبسوط به تعریف نظم عمومی و احصاء عناصر تشکیل دهنده آن پرداخته و کاربرد نظم عمومی را در موارد اعمال آن برای روابط بین المللی، نیازمند تفسیر مضیق تر دانسته است می توان به دادنامه های ذیل نیز برای بیان مصادیق نظم عمومی و اعمال آن در روابط داخلی اشاره کرد:

• «سند مالکیتی که بر اساس شرایط مواد 22 و 24 قانون ثبت صادر شده است اعتبار قانونی خود را دارد و دعوی مخالف آن مسموع نیست لذا باید پذیرفت کسی که با قولنامه عادی اقدام به خرید مال غیر منقول می نماید و نسبت به تنظیم سند رسمی اقدام نمی کند قطعاً باید تاوان عدم اقدام خود را و آثار ناشی از آن را بپذیرد و برعکس، کسی که با رعایت تمام شرایط قانونی اقدام به خرید و بیع مال غیر منقول نموده و در زمان متعارف نسبت به سند رسمی هم اقدام می نماید نباید تاوان اشتباهات دیگران را تحمل کنند. شایان ذکر اینکه اعتبار دادن به اسناد عادی در مقابل اسناد رسمی، ضمن اینکه منافات با قوانین موضوعه دارد مضافاً به اینکه موجب اخلال در نظم عمومی و آناشسیسم معاملاتی و اسنادی می گردد»<sup>1</sup>.

• «اگرچه در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است اما باید اذعان داشت ریاست شوهر بر خانواده به اجرای یک وظیفه اجتماعی شبیه تر است تا به اجرای حق شخصی. پس شوهر باید اختیار خود را به منظور حفظ سلامت و استحکام خانواده به کار ببرد. لذا نمی توان به اختیار، ضمن قرارداد خصوصی از موقعیت خود بگذرد زیرا ریاست او بر خانواده به مفهوم کنونی خود (حق تکلیف) از امر مربوط به نظم عمومی است»<sup>2</sup>.

اما در این میان، آنچه در خصوص اعمال نظم عمومی نسبت به آرای داوری خارجی در زمان شناسایی و اجرای آن ها باید مورد توجه قرار گیرد این است که اعمال مضیق تر مفهوم نظم

استان تهران).

<sup>1</sup>. شعبه 55 دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه 9209970230000739، مورخ 1392/66/02، مجموعه آرای قضایی تجدیدنظر استان تهران، سال 1392، ص. 498. اگرچه ذکر این نکته لازم است که نقل دادنامه مزبور تنها از باب استناد قاضی به نظم عمومی بوده است و نه تأیید کلیت دادنامه، زیرا استدلال مندرج در این دادنامه را نمی توان دیدگاه غالب در دکتترین یا رویه قضایی دانست.

<sup>2</sup>. شعبه 2 دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه 9289978228288887، مورخ 1392/01/28، همان، ص 87. در این دادنامه از آنجا که ریاست مرد بر خانواده جزو احکام شرعی است بنابراین دادنامه اصداری به خوبی نشان دهنده آن است که قاضی صادرکننده آن، «موازن شرعی» را قسمی از نظم عمومی دانسته است که بر اساس این استدلال، موازن شرعی قسم جدایی از نظم عمومی نیست و زیرمجموعه آن است.

عمومی در روابط بین‌المللی مفید این معنا است که در زمان رسیدگی به درخواست شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، نباید صرف متفاوت بودن نتیجه‌گیری داوران در رای داوری با نتیجه حاصله از قوانین نظام حقوقی ملی ایران را دلیلی برای مخالفت رای داوری بانظم عمومی ایران دانست زیرا احراز همین متناقض بودن نتایج داوران با نظام ملی، مستلزم بازبینی ماهوی رای داوری است؛ به همین شکل، اعمال اشتباه قانون ملی ایران از سوی داوران، در یک رای خارجی نیز به معنای متعارض بودن آن بانظم عمومی ایران نیست.<sup>1</sup>

## 2- قلمرو نظم عمومی

همان‌گونه که اشاره شد، در موارد بسیاری، قانون‌گذار اموری را که برخلاف نظم عمومی محسوب می‌شوند به صورت حکم یا منع قانونی مدون نموده است که در واقع، همان «قوانین آمره» هستند و توافقات مغایر با آن‌ها، مخالف قانون به شمار خواهند آمد.<sup>2</sup> از این رو، بدیهی است باید مفاد ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص عدم قابلیت ارجاع اختلافات «دعوی ورشکستگی و نیز دعوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب» را مصادیق نظم عمومی دانست که قانون‌گذار آن‌ها را مدون کرده است.<sup>3</sup> در مقابل، ممکن است برخی از مصادیق نظم عمومی، هنوز تبدیل به یک ماده قانونی نظیر ماده فوق نشده باشند؛ بنابراین در ادامه، قلمرو نظم عمومی در دو قسمت «نظم عمومی مدون شده» و «نظم عمومی مدون نشده» بررسی خواهد شد.

### 2-1- نظم عمومی مدون شده

گفته شد که مصادیق مصرح در قوانین که موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری را مشخص کرده‌اند باید نظم عمومی مدون شده دانست مانند ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی که به احصاء دعوی غیرقابل ارجاع به داوری پرداخته و لازم است مفاد این ماده تبیین شود.

<sup>1</sup>. Born, op. cite., p. 463.

<sup>2</sup>. نیکبخت، حمیدرضا، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، پیشین، ص 119.

<sup>3</sup>. Van Den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation (Denver/ Boston: Kluwer Law and Taxation Publications, 1981), p. 360: "It is generally accepted that arbitrability forms part of the general concept of public policy".



همچنان که گفته شده داوری پذیری<sup>۱</sup> که تعیین کننده مرز میان صلاحیت دادگاه و داور است اصولاً بر مبانی نظم و منافع عمومی بنا شده است و در واقع، اگر توافق طرفین با این مبانی برخورد نماید از حرکت می ایستد، بنابراین می توان داوری پذیری را یکی از شرایط اعتبار موافقت نامه داوری نیز برشمرد.<sup>۲</sup> به باور برخی از صاحب نظران، اینکه اختلاف موضوعی در قوانین یک کشور غیر قابل داوری محسوب می شود مبین آن است که آن کشور به دلایل خاص خود، رسیدگی به اختلاف را مختص دادگاه های آن کشور از طیف قضایی و نه داوری می داند و این موضوعات غیر قابل داوری در کشورهای مختلف، متفاوت می باشند و عمدتاً موضوعاتی نظیر اختلافات راجع به حقوق اموال معنوی (مالکیت فکری)، حقوق رقابت،<sup>۳</sup> حقوق خانواده، ورشکستگی، تقلب،<sup>۴</sup> اختلافات مربوط به حقوق حمایت شده توسط قوانین خاص (مثل حقوق مصرف کننده<sup>۵</sup> یا حقوق کارگر<sup>۶</sup> یا حقوق شرکت ها<sup>۷</sup>) یا مربوط به اموال عمومی و دولتی، غیر قابل داوری به حساب می آیند.<sup>۸</sup>

در حقوق ایران و در تفسیر ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی، در یکی از دادنامه های اصداری چنین آمده: «ارجاع به داوری تنها در صورتی غیر ممکن است که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد؛ مانند فقدان قابلیت ارجاع موضوع به داوری که به طور حصری در ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی تصریح گردیده

1. Arbitrability

2. خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی: بایسته های حقوق داوری تطبیقی، ج 6 (نشر شرکت سهامی انتشار، 1397) ص. 49.

3. Comandate Marine Corp. v. Pan Australia Shipping Pty. Ltd., Federal Court, Australia, 20 December 2006, [2006] FCAFC 192.

4. (Fraud); Agrawest & AWI v. BMA, Prince Edward Island Supreme Court—Trial Division, Canada, 23 June 2005, [2005] PESCTD 36 (Can-LII).

5. Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs, Supreme Court, Canada, 13 July 2007, [2007] SCC 34, [2007] 2 SCR 801.

6. Paquito Lima Buton v. Rainbow Joy Shipping Ltd. Inc., Court of Final Appeal, Hong Kong Special Administrative Region of China, 28 April 2008, [2008] HKCFA 30 at paras. 46 ff.

7. Canada (Attorney General) v. Reliance Insurance Company, Ontario Superior Court of Justice, Canada, 5 October 2007, [2007] CanLII 41899 (ON SC) (winding-up); Bundesgerichtshof, Germany, II ZR 65/03, 19 July 2004; Clénica Columbia S.A. v. RMN San Antonio S.L., Juzgado de Primera Instancia, Bilbao, Spain, 2 November 2005; Acier Leroux Inc. v. Tremblay, Court of Appeal of Quebec, Canada, 11 March 2004, [2004] CanLII 28564 (QC CA); Investissement Charlevoix Inc. v. Gestion Pierre Gingras Inc., Court of Appeal of Quebec, Canada, 21 June 2010, [2010] QCCA 1229.

8. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p. 41.

که عبارتند از دعوای ورشکستگی و دعوای راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب<sup>۱</sup> است. باید توجه داشت قابلیت ارجاع در رابطه با موضوعاتی<sup>۲</sup> مطرح می‌گردد که ارجاع حل و فصل دعوای مرتبط با آن‌ها به داوری، با منع قانونی مواجه است. قابلیت داوری نه به‌عنوان شرط صحت قرارداد داوری، بلکه تنها به‌عنوان استثنایی بر صحت آن مطرح می‌گردد و پس از اثبات فقدان قابلیت داوری، قرارداد داوری نیز باطل اعلام خواهد شد. همچنین لازم به ذکر است در حقوق کشورهای اروپایی، میان مفهوم قابلیت داوری و قلمرو قرارداد داوری<sup>۳</sup> تفاوت قائل می‌شوند، بدین معنا که قابلیت داوری محدودیت ناشی از قانون است اما قلمرو قرارداد داوری مرتبط با تفسیر اراده طرفین است.<sup>۴</sup> برخلاف این برداشت، در حقوق آمریکا اصطلاح قابلیت داوری به نحو گسترده‌ای به کار می‌رود به گونه‌ای که قلمرو موضوع قرارداد داوری را نیز در بر می‌گیرد.<sup>۵</sup>

به‌طور کلی، لازم است بندهای ماده 496 را به‌طور مجزا مورد مذاقه قرار داد زیرا بند یک آن ناظر به دعوای تجاری است و بند دوم آن، ناظر به دعوای خانوادگی. در ادامه، به اصل 139 قانون اساسی نیز به‌عنوان نظم عمومی مدون شده اشاره خواهد شد.

#### الف) دعوای ورشکستگی

<sup>۱</sup> دادنامه شماره 9489978228388818 مورخ 1394/09/84 (شماره پرونده: 9469966226366196) شعبه 12 دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضائی شهید بهشتی تهران. منتشره در: پیری، فرهاد، حقوق تجارت بین‌الملل در رویه قضایی ایران، پیشین، صص. 63-65.

<sup>۲</sup> پاره‌ای از نویسندگان قابلیت داوری را به دو بخش مجزای قابلیت داوری موضوعی (Objective Arbitrability) و قابلیت داوری شخصی (Subjective Arbitrability) تقسیم نموده‌اند. قابلیت داوری موضوعی در رابطه با یک موضوع خاص که حل و فصل آن توسط دیوان داوری با منع قانونی رو به روست مطرح می‌گردد و قابلیت داوری شخصی در رابطه با قراردادهای داوری منعقد شده توسط دولت و نهادهای عمومی. در این رابطه ببینید:

Gaillard, Emmanuel and Savage, John, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (The Netherlands: Kluwer Law International 2009) pp. 312 ff.

پاره‌ای از نویسندگان از این نیز فراتر رفته و «قابلیت داوری شخصی» را معادل «اهلیت شخصی» دانسته‌اند، برای مثال ببینید:

Schwarz, Franz and Konrad, Christian, The Vienna Rules: A Commentary on International arbitration in Austria (United Kingdom, Kluwer Law International 2009) p. 12.

<sup>۳</sup> The scope of arbitration agreement.

<sup>۴</sup> Poudret, Jean-François and Besson, Sébastien, Comparative Law of International Arbitration (2nd edn, London: Sweet & Maxwell 2007) p. 282.

<sup>۵</sup> پیری، فرهاد، تأثیر نقض قرارداد داوری بر روند حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی: بررسی تطبیقی آرای قضایی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، 1390) ص. 66.

درباره مفهوم «دعای ورشکستگی»، ابهامات متعددی، همچنان وجود دارد و این مفهوم نیازمند بازتعریف است. در این رابطه به نظر می‌رسد این دعوا را باید فقط ناظر به دعوی «توقف» دانست که اثر آن نسبت به همه طلبکاران خواهد بود لیکن سایر دعوی (مانند دعوی ناشی از قرارداد سابق منعقد شده میان ورشکسته با ثالث)، به صرف ورشکسته شدن طرفین داوری، زوال نمی‌یابد.<sup>1</sup> از این روست که در بند «ث» ماده 55 قواعد مرکز داوری اتاق بازرگانی ایران آمده رسیدگی داوری در موارد زیر متوقف می‌گردد: «در داوری‌های داخلی در صورت ورشکستگی یکی از طرفین دعوی در صورتی که شخص حقوقی باشد، مطابق مقررات ماده 418 و 419 قانون تجارت تا تعیین مدیر تصفیه داوری متوقف می‌گردد. در داوری‌های بین‌المللی موضوع تابع مقررات حاکم بر موضوع است»؛ در این ماده، صرف ورشکسته شدن طرف دعوا، منجر به زوال داوری نمی‌شود بلکه رسیدگی تا تعیین مدیر تصفیه متوقف می‌شود و سپس رسیدگی داوری پس از تعیین مدیر تصفیه، ادامه می‌یابد.

همین رویکرد را می‌توان در شرط داوری نمونه مرکز داوری اتاق بازرگانی تهران هم مشاهده کرد که برای درج در اساسنامه شرکت‌ها و مؤسسات تنظیم شده است و در آن، صرف ورشکسته شدن شرکت، دلیل زوال شرط داوری ندانسته‌اند: «کلیه اختلافات و دعوی شرکت / مؤسسه، شرکا، هیئت‌مدیره، مدیرعامل، بازرسان و مدیر تصفیه که ناشی از این اساسنامه یا مرتبط با آن باشد از جمله انحلال شرکت، بطلان شرکت و عملیات یا تصمیمات ارکان آن و همچنین کلیه متفرعات آن، به مرکز داوری اتاق بازرگانی تهران ارجاع می‌گردد که بر طبق قواعد داوری آن با رای یک یا سه داور (برحسب اهمیت دعوا و به تشخیص و انتخاب مرکز داوری) به صورت قطعی و لازم‌الاجرا حل و فصل شود. داور / داوران علاوه بر مقررات حاکم، عرف تجاری ذی‌ربط را نیز مراعات خواهد / خواهند نمود. شرط داوری مستقل از اساسنامه است و حتی در صورت بطلان، انحلال یا ورشکستگی شرکت، معتبر و لازم‌الاجرا می‌باشد».

به‌طور کلی، دلیل عدم امکان طرح دعوی توقف نزد داور آن است که این دعوا، اثر مستقیمی بر اشخاص ثالث مانند طلبکاران و کارکنان تاجر دارد لیکن باید توجه داشت سایر

<sup>1</sup>. برای مطالعه تطبیقی این موضوع در حقوق کشورهای اتریش، انگلستان، فرانسه، آلمان و سوییس، ن.ک.:

Liebscher, Christoph, "Insolvency and Arbitrability", in: Mistelis, Loukas and Brekoulakis, Stavros (eds), Arbitrability (The Netherlands: Kluwer Law International) pp. 165-178.

دعاوی که فقط مربوط به ورشکستگی است همچنان قابل ارجاع به داوری می‌باشد مانند اینکه داور به تعیین مسئولیت قراردادی ورشکسته در برابر طرف دیگر قرارداد بپردازد.<sup>1</sup> در رویه قضایی نیز می‌توان چنین استدلالی را مشاهده نمود: «فقدان قابلیت ارجاع موضوع به داوری شامل مواردی است که ارجاع حل و فصل دعاوی مرتبط با آن‌ها به داوری، با منع قانونی مواجه است و قانون مقرر دادگاه، حاکم بر تعیین قابلیت داوری می‌باشد... در حقوق ایران و به موجب ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی، دعوای ورشکستگی (به معنای دعوای توقف) قابل ارجاع به داوری نمی‌باشد و در خصوص سایر دعاوی تجاری، ممنوعیت صریحی در قوانین ایران وجود ندارد».<sup>2</sup>

#### ب) دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب

همان‌طور که گفته شد به موجب بند یک ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی، «دعاوی راجع به اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب» قابل ارجاع به داوری نیست.<sup>3</sup> در این خصوص باید توجه داشت موارد گفته شده در این ماده قانون آیین دادرسی مدنی، حصری است و نباید سایر دعاوی مربوط به آن‌ها را غیر قابل ارجاع به داوری دانست. همچنان که ماده 478 این قانون مقرر داشته: «... در صورتی که دعوا مربوط به نکاح یا طلاق یا نسب بوده و رفع اختلاف در امری که رجوع به داوری شده متوقف بر رسیدگی به اصل نکاح یا طلاق یا نسب باشد، رسیدگی داوران

<sup>1</sup> Kronke, Herbert & others, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (The Netherlands: Kluwer Law International, 2010), p.355.

<sup>2</sup> دادنامه شماره 9409970227201292 مورخ 1394/12/25، شعبه 12 دادگاه عمومی حقوقی مجتمع قضائی شهید بهشتی تهران؛ منتشره در: پیری، فرهاد، حقوق تجارت بین‌الملل در رویه قضایی ایران، پیشین، ص 117.

<sup>3</sup> در برخی از نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه، عبارت «اصل نکاح و انحلال آن» (که در تبصره دوم ماده 1 قانون حمایت خانواده مصوب 1391 به کار رفته است) تحلیل شده است و می‌توان از آن برای تفسیر ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی نیز بهره برد: «آنچه در تبصره 2 ماده 1 قانون حمایت خانواده مصوب 1391/12/1 از صلاحیت رسیدگی دادگاه‌های عمومی مستقر در بخش‌ها مستثنی شده، دعاوی راجع به اصل نکاح و انحلال آن است که شامل اختلاف در وجود و عدم علقه زوجیت است مثلاً چنانچه نکاح مسلم بوده و طلاق رجعی واقع شود ولی در اینکه رجوع زوج با شرایط قانونی صورت گرفته یا نه محل اختلاف زوجین باشد، این اختلاف مربوط به وجود و عدم علقه زوجیت است و دعوی راجع به اصل نکاح و انحلال آن می‌باشد (نظریه شماره 7/92/477 مورخ 1392/03/13). «کلمه "اصل" مذکور در تبصره 2 ماده 1 قانون حمایت خانواده مصوب 1391/12/1 با توجه به سابقه قانونگذاری علاوه بر نکاح، ناظر بر اصل انحلال نکاح نیز می‌باشد. منظور از دعاوی اصل انحلال نکاح، دعاوی مربوط به صحت و یا بطلان طلاق یا فسخ نکاحی است که قبلاً واقع شده است (نظریه شماره 7/92/252 مورخ 1392/02/14).

تا صدور حکم نهایی از دادگاه صلاحیت دار نسبت به امر جزایی یا نکاح یا طلاق یا نسب متوقف می گردد<sup>۱</sup>. این ماده به خوبی نشان می دهد که دعاوی «مربوط به» نکاح یا طلاق یا نسب، قابل ارجاع به داوری است مانند نفقه (مانند نفقه ایام عده، نفقه اقارب)، مهریه، اجرت المثل و تصنیف دارایی.

در این باره، لازم به ذکر است که نباید تصویب قانون حمایت خانواده (مصوب 1391) و ذکر صلاحیت خاص دادگاه خانواده در رسیدگی به این دست دعاوی (در ماده 4 آن) را مانع ارجاع چنین اختلافاتی به داوری دانست. همچنان که در بند «ج» ماده 9 قانون مؤخر شوراهای حل اختلاف (مصوب 1384) چنین آمده است: «در موارد زیر، قاضی شورا با مشورت اعضای شورا رسیدگی و مبادرت به صدور رأی می نماید: دعاوی خانواده راجع به جهیزیه، مهریه و نفقه تا نصاب مقرر در بند (الف) در صورتی که مشمول ماده (29) قانون حمایت خانواده مصوب 1391/12/1 نباشند». از این ماده به خوبی مشخص است که احصاء صلاحیت های دادگاه خانواده در قانون حمایت خانواده، به معنای آن نیست که چنین اختلافاتی را نتوان در سایر مراجع رسیدگی کرد و از آنجا که شوراهای حل اختلاف می توانند به برخی از دعاوی «مربوط به» نکاح (جهیزیه، مهریه و نفقه) رسیدگی کنند، پس ارجاع این گونه اختلافات به داوری نیز با منع قانونی روبه رو نیست و این دعاوی، داوری پذیر هستند.

#### ج) دعاوی اموال دولتی و عمومی

اصل 139 قانون اساسی بدین نحو، ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی را بدون اخذ موافقت برخی از مراجع قانونی، ممنوع دانسته است: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موقوف به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند».

تاکنون نوشته های بسیاری درباره تشریح این اصل از قانون اساسی نوشته شده و در این نوشتار نیازی به شرح مفصل این اصل نیست<sup>۱</sup> تا حدودی که به نوشتار حاضر مربوط است باید اذعان

<sup>۱</sup>. برای مثال از میان انبوه نوشته های موجود، ن.ک.: جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی (تهران: نشر دادگستر، 1376)، صص 76 به بعد.

داشت این اصل از قانون اساسی، با مفهوم داوری پذیری اختلاف، گره خورده است و ممنوعیت ناشی از این اصل را باید ناشی از محدودیت فقدان قابلیت ارجاع موضوع اختلاف به داوری دانست به این معنا که در صورت عدم اخذ تصویب مراجع یادشده، قرارداد داوری باطل خواهد بود. چنین ضمانت اجرای سنگینی به مذاق بسیاری از قضات مدافع توسعه و رشد حقوق داوری خوش نیامده است و همواره سعی در تعدیل اطلاق این اصل از قانون اساسی وجود داشته است. بدین شکل که قضات ضمن تفکیک میان «اعمال تصدی» و «اعمال حاکمیت» دولت، این اصل را تنها زمانی قابل اجرا می‌دانند که عملکرد دولت و نهادهای زیرمجموعه آن، ناشی از اعمال تصدی نبوده باشد زیرا در این فرض، دولت همانند یک تاجر عمل می‌کند. دادنامه‌های زیر مربوط به چنین برداشتی است:

• «در تعریف داوری می‌توان گفت داوری عبارت است از رفع اختلاف فی‌مابین اصحاب دعوی از طریق واگذاری آن به حکمیت اشخاص که طرفین دعوی، آن‌ها را با تراضی خود انتخاب می‌کنند. مقنن با پذیرش این روش صرفاً برخی از دعاوی را قابل ارجاع امر به داوری ندانسته و آن‌ها را استثناء کرده که این ادعای راجع به اموال عمومی و دولتی می‌باشد که ارجاع این گونه دعاوی به داور مستلزم تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی است البته لازم به ذکر است که صرفاً قراردادهایی که راجع به امور حاکمیتی می‌باشند تحت شمول این ماده قانونی بوده و امور تصدی‌گری خارج از این ماده قانونی بوده و قراردادهای راجع به این امور، قابل ارجاع به داوری می‌باشند و نمی‌توان با تمسک به ماده قانون مرقوم و اصل 139 قانون اساسی انجام هرگونه قرارداد را منوط به اخذ مجوز نمود که در مانحن‌فیه قرارداد مختلف‌فیه که شرط داوری در آن مورد تراضی قرار گرفته است قرارداد راجع به امور تضامنی و خدماتی می‌باشد که خروج موضوعی از بحث امور حاکمیتی دارد»<sup>1</sup>.

• «آنچه مبنای طرح دعوی معنونه از ناحیه خواهان در جهت ابطال رای داوری شده آن است که شرکت آ. از زمره شرکت‌های دولتی بوده و ارجاع امر به داوری بدون موافقت هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی بوده است که این ادعا قابل پذیرش نیست به لحاظ آنکه مقررات ماده 457 قانون آیین دادرسی مدنی و اصل 139 قانون اساسی صرفاً ناظر به اموال عمومی و دولتی بوده و تسری به اشخاص خصوصی ندارد از سوی دیگر، تمام قراردادهای

<sup>1</sup>. دادنامه شماره 9709970221000943 مورخ 1397/07/11 شعبه 18 دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

اشخاص دولتی هم مشمول این ماده قانونی نشده و صرفاً قراردادهایی تحت شمول آن ماده است که راجع به اموال دولتی و عمومی باشد که چنانچه در اثر واگذاری آنان اختلافی فی‌مابین طرفین حادث شود لزوماً باید مجوزات لازم از مجلس شورای اسلامی و هیأت وزیران را اخذ کند. البته لازم به ذکر است مقررات این ماده قانونی شامل هر قراردادی نشده و قراردادهایی که در رابطه با ساخت‌وساز یا حتی انجام کار معین باشد تحت شمول آن قرار نگرفته و لزومی به اخذ مجوز ندارد.<sup>1</sup>

در کنار این دادنامه‌ها که تفکیک میان «اعمال تصدی» و «اعمال حاکمیت» دولت را راه‌گشایی برای عدم اعمال اصل 139 قانون اساسی دانسته‌اند در برخی دیگر از دادنامه‌ها، شرکت‌های دولتی را به‌طور کلی خارج از قلمرو اعمال این اصل دانسته‌اند که می‌توان نمونه زیر را ذکر کرد:

• «به نظر دادگاه آنچه از تعاریف قانونی و فلسفه وجودی شرکت‌های دولتی و شرکت‌هایی که سرمایه یا سهام آن متعلق به نهادهای عمومی است استنباط می‌شود این است که هدف از تأسیس این شرکت‌ها انجام امور اقتصادی و دادوستدهای تجاری است و قانون‌گذار هویتی مستقل از سهامداران و سرمایه‌گذاران به این شرکت‌ها اعطا نموده تا با عدم تسری احکام دولتی نسبت به این گونه شرکت‌ها انجام امور تجاری را برای آن‌ها تسهیل نموده و مانند بنگاه‌های اقتصادی خصوصی، زمینه فعالیت مناسبی را برای آنان فراهم نماید. وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی از اجزاء دولت تلقی می‌شوند درحالی‌که شرکت‌های دولتی دارای شخصیت حقوقی مستقل از صاحب سهام می‌باشند و لو آنکه سرمایه آن متعلق به دولت باشد و تعاریف متفاوتی که در قانون محاسبات عمومی (مواد 2 و 3 و 4 و 5) و قانون مدیریت خدمات کشوری (مواد 1 الی 4) به‌عمل آمده و ماده 383 قانون تجارت که برای شرکت‌ها شخصیت حقوقی مستقل قائل شده مؤید این نظر است؛ بنابراین رابطه سهامداران نسبت به اموال شرکت یک نوع مالکیت مفروز یا مشاع نمی‌باشد بلکه اموال متعلق به شرکت بوده و صاحبان سهام فقط سهامدار شرکت شناخته می‌شوند و موضوع ممنوعیت ارجاع امر به داوری بدون تحصیل موافقت هیئت‌وزیران در اصل 139 قانون اساسی و ماده 457 قانون آیین دادرسی مدنی، صرفاً راجع به اموال عمومی و

<sup>1</sup>. دادنامه شماره 9769976221666642 مورخ 1397/05/66 شعبه 18 دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

دولتی بوده و اموال و دارایی‌های شرکت‌های دولتی و یا شرکت‌هایی که سهامداران آن مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی باشد را در بر نمی‌گیرد.<sup>۱</sup>

## 2-2- نظم عمومی مدون نشده

ذکر مصادیق غیرقابل ارجاع به داوری در ماده 496 قانون آیین دادرسی مدنی، به معنای آن نیست که هر دعوی دیگری را می‌توان به داوری ارجاع داد. به منظور تشخیص موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری، به طور کلی در قوانین کشورها، دو معیار اصلی و فرعی مطرح شده است بدین توضیح که به عنوان «معیار اصلی»، بیشتر قوانین ملی در این رابطه، حقوقی را که امکان اسقاط آن وجود دارد و یا می‌تواند مورد صلح و سازش قرار گیرد قابل ارجاع به داوری می‌داند. چنین حقوقی می‌تواند با توجه به قوانین و آرای قضایی کشورها، حقوق مالی یا غیرمالی باشد.

در مقابل، قوانین بسیاری از کشورهای دیگر نیز معیاری در رابطه با قابلیت داوری ارائه نموده‌اند از این رو، چنین دیدگاهی منجر به اعمال «معیار فرعی» به منظور شناخت قابلیت داوری گردیده است. در این رابطه، معیار فرعی، همان نظم عمومی است که از مصادیق آن می‌توان به مواردی اشاره کرد که قانون‌گذار، صلاحیت انحصاری دادگاه ملی در رسیدگی به یک موضوع خاص را مورد تصریح قرار داده است.<sup>۲</sup> ذکر صلاحیت انحصاری برای برخی مراجع، در واقع نشان‌دهنده هدف مقنن از تعیین صلاحیت خاص برای یک مرجع و نفی صلاحیت سایر مراجع است و در یک تفسیر منطقی، باید چنین رویکردی در نگاه قانون‌گذار را ناشی از نظم عمومی دانست. در اینجا است که باید نظم عمومی مدون نشده را مانع مهمی در داوری پذیری برخی از اختلافات دانست به عنوان یک معیار فرعی در شناخت موضوعات غیرقابل ارجاع به داوری، به آن استناد کرد.<sup>۳</sup> بنابراین، علاوه بر موارد منصوص قانونی (همچون ماده 496 قانون فوق)، باید برخی دعاوی

۱. دادنامه شماره 9309970220400133 مورخ 1595/02/13 شعبه 4 دادگاه عمومی حقوقی تهران. مقایسه کنید با نظریه مشورتی شماره 5666 مورخ 1372/09/17 شورای نگهبان: «اصل 139 قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضاء شورای نگهبان به اتفاق آراء، اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند».

۲. پیری، فرهاد، تأثیر نقض قرارداد داوری بر روند حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی، پیشین، صص 90-91.

۳. همچنین ن. ک.: خدابخشی، عبدالله، پیشین، ص. 64: «همچنین گفته شده است که گاه صلاحیت‌های ویژه‌ای غیر از دادگاه، برای رسیدگی به پاره‌ای دعاوی، پیش‌بینی می‌شود یا نظام حقوقی، رسیدگی به دعوی را از صلاحیت‌های خاص محاکم خود تشخیص می‌دهد. در این خصوص، کمتر می‌توان تعریف یا مصداق واحدی را بین کشورها تصور کرد اما این اندازه روشن است که موضوعاتی از این دست، از یک سو با حاکمیت آن کشور مربوط هستند و از سوی دیگر، دادگاه‌ها بر اساس



دیگر را نیز غیر قابل ارجاع به داوری دانست که در ادامه، به آن‌ها اشاره خواهد شد.

#### الف) دعاوی اعسار

به موجب ماده 13 قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب 1393)، «دعای اعسار در مورد محکوم به در دادگاه نخستین رسیدگی کننده به دعوی اصلی یا دادگاه صادر کننده اجراییه و به طرفیت محکوم له اقامه می‌شود». تصریح این ماده در صلاحیت منحصر دادگاه در رسیدگی به دعوی اعسار، ناگزیر منجر به این برداشت می‌شود که دعوی اعسار قابل ارجاع به داوری نیست و نظم عمومی مانع چنین صلاحیتی برای داور خواهد بود. این استدلال به خوبی در برخی از آرای قضایی نیز قید شده است که برای مثال قسمت‌هایی از متن دو دادنامه زیر، نقل می‌شود:

- «اولاً... اصل 159 قانون اساسی که مرجع رسمی و عام رسیدگی به شکایات و تظلمات را دادگستری اعلام نموده است و به نظر می‌رسد اینکه قانون‌گذار در ماده 13 قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مرجع رسیدگی به ادعای اعسار سایر مراجعی که آرای مدنی صادر نمایند را با دادگاه صادر کننده اجرائیه اعلام نموده، یک قاعده آمره بوده و در واقع قانون‌گذار ممنوعیت داوران را برای رسیدگی به ادعای اعسار همانند دعوی ورشکستگی، به موارد ممنوعیت ماده 496 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی افزوده است و این حمایت قانون‌گذار به لحاظ امکان بازداشت محکوم علیه نیز منطقی به نظر می‌رسد چرا که تقاضای بازداشت محکوم علیه و اجرای ماده 3 قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی از سوی داور امکان‌پذیر نبوده و دادگاه مجری رای داوری باید با این تقاضا موافقت نماید. ثانیاً اگر قاعده مذکور را یک قاعده آمره بدانیم، شرط خلاف آن که در قرارداد مورد اختلاف قید شده که به دعوی اعسار نیز داور رسیدگی نماید، یک شرط نامشروع و خلاف قانون بوده که به حکم بند سوم ماده 232 قانون مدنی باطل بوده ولیکن مبطل اصل قرارداد ارجاع اختلاف به داوری نمی‌باشد»<sup>1</sup>.

- «اصولاً طرفین می‌توانند اصل و شیوه وصول محکوم به را هر گونه که بخواهند مورد توافق

مقررات و آیین رسیدگی خود (lex fori) به تعیین و ارزیابی آن می‌پردازند».

<sup>1</sup>. دادنامه شماره 9709907373700313 مورخ 1397/05/22 شعبه 11 دادگاه عمومی حقوقی مشهد.

قرار دهند؛ بنابراین تقسیط محکوم به را اصولاً می‌توان به داوری ارجاع داد که در این صورت، اگر تقسیط محکوم به، در دادگاه مطرح شود عنوانش دعوی اعسار است با شرایط شکلی خاص همچون لزوم وجود دو شاهد و لزوم ضمیمه نمودن صورت ریز اموال محکوم علیه به دادخواست؛ لیکن با طرح تقسیط محکوم به در داوری، دیگری عنوانش را نمی‌توان دعوی اعسار دانست و آن را مشمول الزامات خاص مقرر در قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی دانست بلکه باید آن را دعوی تقسیط دانست که نمونه‌ای از مصادیق موضوع ماده 277 قانون مدنی است و دعوی مزبور، خروج موضوعی از قلمرو اعمال قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی دارد و در فرض طرح دعوی تقسیط در داوری، داور باید بر اساس اوضاع و احوال پرونده، رای صادر کند و حتی ممکن است داور اعلام نماید که نیازی به استماع شهادت شهود هم نیست؛ بنابراین نمی‌توان آثار رای داوری در این موضوع را برای دادگاه قیاس کرد لذا اولاً، داور بعداً حق تجدیدنظر در مبالغ تقسیط یا رفع آن را ندارد و باید به قاعده فراغ رسیدگی پایبند باشد؛ ثانیاً، اشخاص حقوقی و تجار نیز می‌توانند این دعوی تقسیط را به داوری ارجاع دهند چون ماهیتاً نوعی دعوی اعسار نیست تا مواجه با موانع خاص مرتبط با بحث اعسار باشد؛ ثالثاً با توجه به خروج موضوعی رسیدگی داور از قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، داور حق ممنوع‌الخروج کردن محکوم علیه را ندارد لیکن ممکن است در صورت تصریح به وجود چنین صلاحیتی برای داور، وجه التزامی را در رای داوری در نظر بگیرد؛ رابعاً صلاحیت داور در رسیدگی به دعوی تقسیط محکوم به، منوط به تصریح آن در شرط داوری است و در غیر این صورت، داور فاقد صلاحیت برای رسیدگی به این موضوع است که در پرونده حاضر نیز خواننده، وجود چنین تصریحی در شرط داوری را به این دادگاه ارائه ننموده است.<sup>1</sup>

#### ب) دعاوی قراردادهای کار

اشاره شد که تعیین صلاحیت‌های ویژه برای مراجعی غیر از محاکم دادگستری را، باید به معنای فقدان داوری پذیری آن دعوا دانست که از جمله این موارد، مراجع مقرر در قانون کار یعنی هیأت‌های تشخیص و حل اختلاف است. در این رابطه لازم به ذکر است که آزادی تعیین شروط مندرج در قراردادهای کار، به شدت محدود شده زیرا به موجب تبصره 3 الحاقی به ماده 7

<sup>1</sup>. دادنامه شماره 9709970220900972 مورخ 1397/07/29 شعبه 9 دادگاه عمومی حقوقی تهران.

قانون کار<sup>۱</sup> مقرر شده است: «قراردادهای مربوط به قانون کار در صورت کتبی بودن باید در فرم مخصوصی باشد که توسط وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی در چارچوب قوانین و مقررات تهیه می‌شود و در اختیار طرفین قرار می‌گیرد». لازم به ذکر است نمونه قرارداد تهیه شده از سوی این وزارتخانه، به موجب دستورالعمل شماره 41 مورخ 1394/05/17 در یازده بند ابلاغ شده است و در آن، شرط داوری نیز وجود ندارد.

بنابراین با توجه به آنکه درج شرط داوری در قراردادهای مشمول قانون کار، در واقع تخطی از نمونه قرارداد تنظیمی در راستای تبصره 3 ماده 7 آن قانون است، لذا باید دعاوی مربوط به قانون کار را غیر قابل ارجاع به داوری دانست و چنین شرطی، باطل خواهد بود.

#### ب) دعاوی مبادله اوراق بهادار

بند «ب» ماده 36 قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور (مصوب 1396) به صراحت مقرر داشته: «معاملات اوراق بهادار ثبت شده در سازمان بورس و اوراق بهادار، فقط در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس دارای مجوز و با رعایت مقررات معاملاتی هر یک از آنها حسب مورد امکان پذیر بوده و معامله اوراق بهادار مذکور بدون رعایت ترتیبات فوق فاقد اعتبار است». ماده 26 قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (مصوب 1394) نیز حکم مشابهی دارد: «کلیه معاملات ثانویه اوراق مشارکت و سایر اوراق بهادار اسلامی (صکوک) از قبیل اوراق مرابحه و اسناد خزانه اسلامی صرفاً از طریق بورس یا بازار خارج از بورس موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران انجام می‌شود».

بنابراین با توجه به اینکه معامله اوراق بهادار تنها از طریق درج ایجاب و قبول در سامانه معاملات و از طریق شرکت‌های کارگزاری ممکن است و عرضه و تقاضا نیز به شکل حراج اتفاق می‌افتد، طرفین نمی‌توانند هیچ گونه قرارداد خصوصی را جهت مبادله خرد اوراق بهادار منعقد کنند و شرط داوری را نیز در آن بگنجانند. گفته شده بطلان چنین معامله‌ای، ناشی از آن است که معامله در بازار اوراق بهادار، بیش از آنکه تابع قواعد حقوق خصوصی باشد از مقررات

<sup>۱</sup>. این تبصره به موجب ماده 41 قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (مصوب 1394) به قانون کار الحاق گردیده است.

حقوق عمومی پیروی می‌کند.<sup>1</sup> بنابراین باید توجه داشت در این موارد نمی‌توان به مفهوم دقیق کلمه از غیرقابل ارجاع بودن اختلافات مربوط به معاملات خرد اوراق بهادار به داوری صحبت کرد زیرا در این موارد، اساساً امکان انعقاد قرارداد خصوصی وجود ندارد. از این رو در سایر موارد مرتبط با اوراق بهادار (مانند قراردادهای سبدگردانی و مشاوره سرمایه‌گذاری) که امکان انعقاد قرارداد خصوصی میان اشخاص وجود دارد، دعاوی ناشی از آن قراردادها نیز قابل ارجاع به داوری هستند.

تنها نکته مربوط به این بحث وجود یک هیئت داوری اجباری در ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار (مصوب 1384) است که در مورد حوزه صلاحیت آن چنین مقرر شده: «اختلافات بین کارگزاران، بازارگردانان، کارگزار / معامله‌گران، مشاوران سرمایه‌گذاری، ناشران، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص ذی‌ربط ناشی از فعالیت حرفه‌ای آن‌ها، در صورت عدم سازش در کانون‌ها توسط هیئت داوری رسیدگی می‌شود». برخی نویسندگان معتقدند وجود این هیئت داوری اجباری (که در ماهیت، نوعی مرجع قضایی غیر دادگستری است و نه داوری مصطلح)، مانع اشخاص در تراضی برای ارجاع اختلاف خود به داوری موردی یا سازمانی است.<sup>2</sup> در حالی که به موجب خود آرای صادره از این هیئت، در مواردی که میان طرفین اختلاف، شرط داوری منعقد گردیده هیئت داوری یادشده از رسیدگی امتناع و طرفین را به داوری ارجاع داده است؛ در این رابطه می‌توان به دادنامه شماره 9411000041 مورخ 1394/66/10 این هیئت اشاره کرد که بیان داشته: «مورد ادعای خواهان به طرفیت ش.ب.ک. به خواسته مطالبه کارمزد سبدگردانی و غیره بنا به استدلال آتی صرف نظر از صحت و سقم ادعا موضوعاً از حدود صلاحیت هیئت داوری بورس منصرف است و موجبات قانونی برای رسیدگی و اصدار رای ماهوی فراهم نیست؛ زیرا: 1- ... 2- به موجب ماده 21 قرارداد سبدگردانی مورد نزاع مقرر شده «در زمان بروز هر گونه اختلاف بین سرمایه‌گذار و سبدگردان، مراتب ابتدا از طریق مذاکره و در صورت عدم رفع اختلاف از طریق دو داور مرضی الطرفین یکی به انتخاب سرمایه‌گذار و یکی به انتخاب سبدگردان حل و فصل خواهد

<sup>1</sup>. سلطانی، محمد، حقوق بازار سرمایه (تهران: انتشارات سمت، 1595) ص. 276.

<sup>2</sup>. جنیدی، لعیا و نسترن غیاثوند قزوینی، «داوری پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره 5، شماره 188، پاییز و زمستان 1396، ص. 39.

شد در غیر این صورت سازمان بورس و اوراق بهادار به اختلاف رسیدگی خواهد کرد؛<sup>۱</sup> بنابراین طرح دعوا در هیئت داوری قبل از ارجاع به داوران مرضی الطرفین که به موجب قوانین موضوعه لازم‌الوفاء و لازم‌الرعايه است اساساً صحیح نبوده و به نوبه خود چنین دعوایی قابل استماع نیست؛ مضافاً بر اینکه شخصیت حقوقی سازمان بورس اوراق بهادار جدای از هیئت داوری که مرجعی شبه قضایی است می‌باشد.<sup>۲</sup>

#### ت) دعاوی اعتبار مالکیت صنعتی

تشریفات ثبت حقوق مالکیت صنعتی (مانند اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری) در بسیاری از کشورها فقط جنبه بررسی مطابقت شکلی درخواست ثبت با قانون را دارد باین حال، در برخی از نظام‌های حقوقی، بررسی‌های ماهوی نیز صورت می‌گیرد. ثبت حقوق مالکیت فکری، عنصری است که دخالت نهادهای عمومی در اعطای حقوق انحصاری بهره‌برداری برای دارنده حق را به نحو بارزی پررنگ می‌کند. با ثبت حقوق مالکیت فکری نزد مقام عمومی ذی‌ربط، سابقه‌ای از ماهیت، حدود و اعتبار این حقوق فراهم می‌شود که این سابقه عموماً قابل دسترسی برای عموم نیز هست. چنین ملزوماتی، در داوری پذیری دعاوی مربوط به حقوق مالکیت فکری نیازمند ثبت، تردیدهای اساسی ایجاد کرده است.<sup>۲</sup>

در همین رابطه، در مواد گوناگونی از قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری (مصوب 1366)، ذینفع ابطال مالکیت صنعتی را مکلف به طرح دعوا در دادگاه دانسته است برای مثال می‌توان به مواد 18 و 29 و 41 این قانون اشاره کرد. همچنین ماده 59 نیز بیان داشته: «رسیدگی به اختلافات ناشی از اجرا این قانون و آئین‌نامه اجرائی آن در صلاحیت شعبه یا شعب خاصی از دادگاه‌های عمومی تهران می‌باشد که حداکثر تا شش ماه بعد از تاریخ تصویب این قانون توسط رئیس قوه قضائیه تعیین می‌گردد. تصمیمات اداره مالکیت صنعتی توسط اشخاص ذی‌نفع قابل اعتراض است و دادخواست مربوط باید ظرف دو ماه از تاریخ ابلاغ تصمیم به ذی‌نفع و یا اطلاع او از آن، به دادگاه صالح تقدیم گردد. تجدیدنظرخواهی از آراء و نحوه رسیدگی، تابع مقررات آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی است.»

<sup>۱</sup>. جمالی جعفر و محمد صادقی، رویه هیئت داوری بورس و اوراق بهادار (تا پایان سال 1595)، تهران: انتشارات بورس، 1396، ص 29.

<sup>۲</sup>. بهمنی، محمد علی و شیخ حسنی، عطار، «قابلیت داوری دعاوی حقوق مالکیت فکری نیازمند ثبت»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره 85، بهار و تابستان 1397، ص. 32.

برخی صاحب نظران معتقدند که به نظر نمی‌رسد این متن که تنها صلاحیت محلی را تغییر داده و دادگاه تهران را صالح به رسیدگی می‌داند به خودی خود پیامی مبنی بر ممنوعیت داوری داشته باشد زیرا صلاحیت محلی، ربطی به قابلیت داوری ندارد؛ باین حال، به نظر می‌رسد مانعیت مربوط به تعیین صلاحیت اداره مالکیت صنعتی در این قانون تا حدی جدی است و حداقل، دعاوی مربوط به اصل یا اعتبار گواهی اختراع، علامت تجاری و طرح صنعتی قابلیت داوری نداشته باشند.<sup>1</sup> مطالعات تطبیقی هم نشان می‌دهد در خصوص داوری پذیری اعتبار مالکیت صنعتی، دو رویکرد مختلف در میان کشورها وجود دارد به نحوی که بر اساس رویکرد آمریکایی، این اختلافات نیز قابل ارجاع به داوری است که کشور سوئیس نیز در همین مسیر است و در مقابل، بر اساس رویکرد اروپایی، چنین دعوائی را نمی‌توان از طریق داوری حل و فصل کرد و در این رویکرد دوم نیز، مبنای چنین منعی را می‌توان نظم عمومی دانست.<sup>2</sup> در این رابطه باید توجه داشت که صرف امکان تأثیر رای داوری بر حقوق اشخاص ثالث را نمی‌تواند معیار داوری ناپذیری دعاوی اعتبار مالکیت صنعتی دانست.<sup>3</sup>

### نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه در این مقاله گفته شد، چنین برمی‌آید که انعقاد «قرارداد داوری» مبتنی بر اصل «آزادی قراردادی» است. لیکن این آزادی را نمی‌توان مطلق انگاشت. «نظم عمومی» مهم‌ترین محدودیت وارده بر اصل حاکمیت (آزادی) اراده طرفین، در انعقاد قرارداد داوری است.

گاه قانون‌گذار، اموری که مغایر بانظم عمومی می‌داند، در قالب نصوص قانونی مدون نموده که به‌واقع، این‌ها همان «قوانین» آمره هستند و تراضی مغایر با آن‌ها، مخالف قانون شمرده می‌شود. از این رو باید مفاد ماده 496 قانون آئین دادرسی مدنی در خصوص عدم قابلیت ارجاع دعاوی ورشکستگی، اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب، به داوری، از مصادیق نظم عمومی

<sup>1</sup>. خدابخشی، عبدالله، پیشین، ص. 74.

<sup>2</sup>. Mantakou, Anna, "Arbitrability and Intellectual Property Disputes", in: Mistelis, Loukas and Brekoulakis, Stavros (eds), Arbitrability (The Netherlands: Kluwer Law International) pp. 267-268.

<sup>3</sup>. Desputeaux v. Editions Chouette (1987) inc., Supreme Court, Canada, 21 March 2003, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17.

دانست که قانون گذار آن‌ها را مدون کرده است. مبنای این گونه منع یا محدودیت‌های قانونی را باید در مفهوم بنیادین نظم عمومی جستجو کرد؛ اما از قانون گذار نمی‌توان انتظار داشت تمامی مصادیق خارجی مفهوم سیال و دامن گستر، نظم عمومی را پیش‌بینی کند؛ و بر همین مبنا، نقش رویه قضایی در تشخیص مصادیق نظم عمومی مدون نشده، آشکار می‌شود.

همان‌گونه که اشاره شد، قانون گذار به تعریف نظم عمومی و یا تعیین معیارهای آن، اقدام نموده، بدین سبب در خصوص تعریف نظم عمومی، اصول و معیارهای آن اختلاف آراء، بسیار است. امروزه دکتربین و رویه قضایی، بیش‌ازپیش، تلاش می‌نمایند تا به مفهوم سیال و منعطف نظم عمومی بپردازند و دامنه مصادیق آن را روشن‌تر سازند.

مطالعه رویه قضایی ایران نشان می‌دهد که این رویه، به تبیین نظم عمومی مدون شده و مدون نشده، بیش‌ازپیش، اهتمام می‌ورزد؛ در این مقاله تلاش شد تا ضمن بررسی این رویه، برخی از مهم‌ترین مصادیق غیرقابل ارجاع به داوری که تاکنون در نوشتارهای حقوقی به‌طور مبسوط، مورد ارزیابی قرار نگرفته‌اند، به‌دقت بررسی نماید.

گفته شد، عدم امکان ارجاع دعاوی راجب به ورشکستگی، اصل نکاح، فسخ آن، طلاق و نسب و نیز اموال عمومی و دولتی را باید مصداق نظم عمومی «مدون شده» دانست و در مقابل، باید دعاوی اعسار، قراردادهای کار، مبادله اوراق بهادار و اعتبار حقوق مالکیت صنعتی را جزء نظم عمومی «مدون نشده» تلقی کرد که تمامی موارد یادشده به شرح مذکور در مقاله، غیرقابل ارجاع به داوری بوده و قرارداد داوری مربوط به این موضوعات نیز، بی اعتبار (باطل) است.

لازم به ذکر است مبحث نظم عمومی شکلی، تاکنون در نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار نگرفته و همان‌طور که مصادیق مذکور در فوق نشان می‌دهد، همواره مباحث حقوقی، فقط حول «دعاوی» بوده است که به دلیل نظم عمومی، قابل ارجاع به داوری نیستند؛ اما شایسته است «نظم عمومی شکلی» نیز مدنظر قرار گیرد و در مواردی که شرط داوری (هر بخشی از آن) نقض کننده نظم عمومی شکلی است، از اعتبار بخشیدن خوداری و آن را باطل شناخت.

سخن پایانی اینکه حقوق داوری، براین مبنا که مستعد اعمال اصل آزادی اراده اشخاص در نحوه حل و فصل اختلاف خود است همواره می‌تواند یکی از مهم‌ترین مجاری اعمال نظم عمومی برای تحدید این اصل کلی محسوب شود. قضات به‌عنوان مقامی که مسئولیت اعمال

نظارت قضایی بر فرایند داوری (از زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری تا زمان صدور رای داوری و اجرای آن را) بر عهده‌دارند باید در تعیین مصداق نظم عمومی، تفسیر مضیق را مدنظر قرار دهند تا نظم عمومی تبدیل به مهم‌ترین عامل ابطال موافقت‌نامه داوری نگردد. این مقاله سعی نمود تا با تعیین قلمروی مضیق برای نظم عمومی، مهم‌ترین مصادیق آن را در پرتو رویه قضایی مورد بررسی قرار دهد. هرچند باید اذعان داشت که اختلاف آرا و نظریات در این‌گونه موارد از حد ممدوح و متعارف، فراتر رفته و برای انسجام ساختاری حقوق داوری، وقت آن است که قانون‌گذار قدم بردارد اما تا آن زمان، علاوه بر اهتمام اساتید و حقوق‌دانان، باید به قلم قضات چشم دوخت تا با تفسیر و استدلال‌های روشمند خود، نسبت به تحدید اعتبار موافقت‌نامه داوری اتخاذ تصمیم کنند.





## منابع:

## فارسی

- الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ هفتم، 1378)
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج 4، (تهران: نشر اسلامیه، 1388)
- بهمنی، محمدعلی و شیخ حسنی، عطار، «قابلیت داوری دعاوی حقوق مالکیت فکری نیازمند ثبت»، مجله حقوقی بین‌المللی مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره 85، بهار و تابستان 1397
- پیری، فرهاد، اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی (تهران: انتشارات جنگل، 1397)
- پیری، فرهاد، حقوق تجارت بین‌الملل در رویه قضایی ایران، (تهران: انتشارات جاودانه، 1595)
- پیری، فرهاد، تأثیر نقض قرارداد داوری بر روند حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی: بررسی تطبیقی آرای قضایی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، 1390)
- تفرشی، محمد عیسی و ابدالی، مهرزاد، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره 8، شماره 20، زمستان 1383
- جمالی جعفر و محمد صادقی، رویه هیئت داوری بورس و اوراق بهادار (تا پایان سال 1595)، (تهران: انتشارات بورس، 1396)
- جنیدی، لعیا، قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، (تهران: نشر دادگستر، 1376)
- جنیدی، لعیا و نسترن غیاثوند قزوینی، «داوری پذیری در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضایی»، مجله دو فصلنامه حقوق تطبیقی مرکز مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه مفید، دوره 5، شماره 188، پاییز و زمستان 1396
- خدابخشی، عبدالله، حقوق دعاوی: بایسته‌های حقوق داوری تطبیقی، ج 6، (نشر شرکت سهامی انتشار، 1397)
- سلجوقی، محمود، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج 2، (تهران: نشر میزان، 1382)
- نصیری، مرتضی، تعارض قوانین در تجارت بین‌الملل، (تهران: انتشارات جنگل، چاپ

دوم، 1396)

- نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌ها در ایران، (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، 1391)
- نیکبخت، حمیدرضا، شناسایی و اجرای آرای داوری‌ها در ایران، (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، 1391)
- نیکبخت، حمیدرضا، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره 44، 1585

#### English Sources:

- Bermann, George A. (ed.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Interpretation and Application of the New York Convention by National Courts (USA: Springer, 2017)
- Born, Gary, International Arbitration: Law and Practice (The Netherlands, Kluwer Law International, 2012)
- Gaillard, Emmanuel and Savage, John, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (The Netherlands: Kluwer Law International 2009)
- Ghodoosi, Farshad. (2016), "The Concept of Public Policy: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements", Nebraska Law Review, Vol. 94
- Kronke, Herbert & others, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (The Netherlands: Kluwer Law International, 2010)
- Mistelis, Loukas and Brekoulakis, Stavros (eds), Arbitrability (The Netherlands: Kluwer Law International)
- Poudret, Jean-François and Besson, Sébastien, Comparative Law of International Arbitration (2<sup>nd</sup> edn, London: Sweet & Maxwell 2007)
- Schwarz, Franz and Konrad, Christian, The Vienna Rules: A Commentary on International arbitration in Austria (United Kingdom, Kluwer Law International 2009)
- UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration
- Van Den Berg, Albert Jan, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation (Denver/ Boston: Kluwer Law and Taxation Publications, 1981)