

ایو درن
YVES DERAÏNS

ترجمه و تلخیص:
دکتر محمد اشتری



نظم عمومی و حقوق قابل اجرا

پژوهش‌های حقوقی
در ماهیت دعوی

در داوری بین‌المللی*



« این مقاله در ارتباط با گزارشی است که مؤلف در مه ۱۹۸۶ به کنگره نیویورک ارائه نموده است. [کنگره نیویورک هشتمین کنگره داوری بین‌المللی بود که توسط شورای بین‌المللی داوری بازرگانی (I.C.C.A.) و در ماه مه ۱۹۸۶ در نیویورک برگزار گردید. در این کنگره به غیر از مؤلف، حقوقدانان مشهوری از جمله پروفیسور لالیو شرکت داشتند و گزارش‌هایی در زمینه موضوعات مختلف داوری بین‌المللی ارائه نمودند. نویسنده مقاله حاضر، در آن موقع دبیرکل دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (I.C.C.) بوده است. — «م»]



پڙو بهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

● مقدمه

۱. در مفهوم حقوق داخلی، مقصود از نظم عمومی، قواعدی است که طرفین دعوی نمی‌توانند از آنها تخلفی نمایند.^۱ از نظر حقوق بین‌الملل خصوصی، نظم عمومی که نظم عمومی بین‌المللی نیز نامیده می‌شود، به قاضی اجازه می‌دهد از اجرای قانون صالح خارجی — در صورتیکه این قانون با مفاهیم و برداشتهای اجتماعی یا حقوقی که از نظر سیستم حقوقی متبوع قاضی، اساسی تلقی می‌شود در تضاد باشد — خودداری نماید.^۲ به این جهت آن را «نظم عمومی طردکننده»^۳ نیز

۱. مثلاً ماده ۶ قانون مدنی فرانسه: «قراردادهای خصوصی نمی‌تواند با قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایر باشد.» [در ایران نیز طبق ماده ۱۰ قانون مدنی «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» همچنین رک. به ماده ۱۲۹۵ بند ثالثاً و ماده ۹۷۵ همان قانون. — «م»]

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

3. ordre public d'éviction

گفته‌اند. در حقوق بین الملل خصوصی مفهومی به نام «قوانین مربوط به نظم عمومی» نیز وجود دارد که بطور صحیح‌تر به اسم «قوانین مربوط به انتظامات»^۴ و یا «قوانینی که باید فوراً اجرا شوند»^۵، شناخته شده است. اینها همان قوانینی هستند که رعایت آنها برای نگهداری سازمان سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور لازم است.^۶

هدف قوانین مربوط به نظم عمومی، اصولاً حکومت بر روابط داخلی است، لیکن در عمل، نسبت به کلیه روابط حقوقی که در قلمرو آنها قرار می‌گیرد - حتی در روابط حقوقی که یک عامل خارجی در آنها دخالت دارد - اجرا می‌شوند. در این صورت وظیفه نظم عمومی، دیگر طرد قانونی که بطور عادی در دعوی مطروحه قابلیت و صلاحیت اجرا دارد، نیست بلکه آن است که در یک قلمرو مشخص از اجرای قوانین خارجی ممانعت بعمل آورد.

۲. تردیدی نیست که نظم عمومی با این معانی مختلف می‌تواند در تصمیمات و راه‌حلهائی که توسط داور بین‌المللی در مورد ماهیت دعوی ارائه می‌شود اثر بگذارد. اینک به ذکر چند مثال که همگی از دعوی مطروحه در داوری بین‌المللی به دست آمده‌اند، می‌پردازیم.

الف. قراردادی بین یک مؤسسه کشتی‌سازی نیروزی و یک خریدار کشتی تبعه کشور پرو به منظور فروش یک فروند کشتی منعقد می‌شود. قرارداد تابع حقوق فرانسه است و برای حل و فصل اختلافات،

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

5. lois d'application immédiate

6. Cf. Ph. Francescakis: Rép. Dalloz dr. int., V. Conflits de lois, principes généraux, n° 124 et n° 137.

داوری در پاریس را پیش‌بینی می‌کند. قرارداد متضمن شرطی است که مسئولیت فروشنده در قبال عیوب مخفی کشتی را به مدت یک سال از تاریخ تحویل کشتی محدود می‌سازد. مطابق رویه قضائی فرانسه، در مواردی که فروشنده یک فرد متخصص و حرفه‌ای باشد (مثل مورد حاضر)، چنین شرط تحدید مسئولیتی باطل است. سؤال این است که آیا داوران می‌باید بر اساس قوانین فرانسه چنین شرطی را باطل اعلام کنند و یا برعکس، به این دلیل که در داوری، اراده طرفین قرارداد باید بر قانون حاکم بر قرارداد مقدم داشته شود، شرط مزبور را معتبر بشناسند؟

ب. یک بانک سویسی، وامی به دلار امریکا به یک شرکت پرتغالی می‌دهد. قرارداد وام مشمول حقوق انگلیس است و برای حل و فصل اختلافات، داوری در زوریخ را پیش‌بینی می‌کند. شرکت پرتغالی از بازپرداخت وام دریافتی، با این ادعا که از مقامات نظارت بر ارز پرتغال اجازه لازم برای انتقال ارز را دریافت نکرده است، خودداری می‌کند. آیا داوران باید و یا می‌توانند قانون مربوط به انتظامات کشور پرتغال را که از طرف وام‌گیرنده به آن استناد شده است، مورد توجه قرار دهند در حالیکه قرارداد مشمول حقوق انگلیس می‌باشد؟

ج. دو مؤسسه ایتالیائی و آلمانی قراردادی امضاء می‌کنند که مشمول حقوق سویس است و شهر ژنورا به عنوان محل داوری تعیین می‌کنند. این قرارداد مغایر با مقررات رقابت موضوع معاهده رم می‌باشد که بین کشورهای جامعه اقتصادی اروپا امضاء شده است؛ در حالیکه مطابق حقوق هر دو کشور آلمان و ایتالیا، معاهده مذکور جزو قوانین مربوط به انتظامات آندو تلقی می‌شود. در چنین وضعیتی تکلیف داوران چیست؟

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

(۱) به عنوان نظم عمومی داخلی، مقرر در قانون حاکم بر

قرارداد (مثال اول)،

(۲) به عنوان قانون مربوط به انتظامات (مثالهای دوم و سوم).
بخشهای دوم و سوم این گزارش، بر محور همین تقسیم بندی
تنظیم شده است.

فرض نظم عمومی طردکننده، مورد بحث و بررسی قرار نگرفته
است؛ زیرا این موضوع بیشتر به نظم عمومی واقعاً بین المللی که موضوع
گزارش پروفیسور لالیومی باشد، مربوط می‌گردد.^۷

البته لازم است ابتدا و در بخش اول این گزارش، بطور خیلی
مختصر به موقعیت داور بازرگانی بین المللی، که باید «حقوق قابل
اجرا»^۸ در ماهیت دعوی را تعیین کند، اشاره کنیم.^۹ در واقع خصوصیت
راه‌حلهائی که داوران هنگام مواجهه با اشکال مختلف نظم عمومی و به
عنوان رأی ارائه می‌کنند، به اعتبار همین ویژگی، یعنی اهمیت و اساسی
بودن موقعیت ایشان است.

۷. مقاله پروفیسور لالیوتحت عنوان «نظم عمومی فراملی یا واقعاً بین المللی و داوری
بین المللی» (Ordre public transnational ou réèlement international et arbitrage
international) به کنگره نیویورک ارائه شده است. - «م»

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

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



داور بین المللی و حقوق قابل اجرا

در ماهیت دعوی

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

الف

آزادی داور

۵. آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی، غالباً به صورت ضمنی است. آزادی مذکور از آنجا ناشی می‌شود که وقتی به منظور شناسائی و اجرای یک رأی داوری از دادگاه درخواست اجرای قهری حکم می‌شود، معمولاً و مطابق آنچه از مطالعه حقوق تطبیقی به دست می‌آید^{۱۰}، نظارت دادگاه رسیدگی کننده به این درخواست، ناظر به این نیست که کدام قاعده حقوقی در ماهیت دعوی قابل اجرا بوده است. البته ممکن است مضمون و محتوای حقوقی که بوسیله داور به

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

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

۶. کنوانسیون ۱۰ ژوئن ۱۹۸۵ نیویورک راجع به شناسائی و اجرای احکام داورى خارجی نیز بطور ضمنی آزادی داور در این زمینه را تأیید می‌کند. کنوانسیون یاد شده در ماده ۵ ضمن شمارش موارد ردّ درخواست اجرای احکام صادره، موضوع حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را کاملاً مسکوت گذاشته است.

۷. متون قانونی جدیدتر، آزادی داور در این زمینه را بطور صریح قبول کرده‌اند. در ابتدا می‌توان از کنوانسیون ۲۱ آوریل ۱۹۶۶ ژنو در مورد داورى بازرگانی بین‌المللی، نام برد که ماده (۱) ۷ آن به شرح زیر است:

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

کنند.»

قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه که از سال ۱۹۸۱ دارای ماده ۱۴۹۶ شده است، چنین مقرر می‌دارد:

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

در ماده ۱۲ قانون داورى بين المللى جیوتی نیز مقررات مشابهی به شرح زیر دیده می‌شود:

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

۸. بالاخره ماده ۲۸ قانون نمونه داورى مصوّب آنسیترا^{۱۱} (کمیسیون ملل متحد راجع به حقوق تجارت بین الملل) که در ۲۱ ژوئن ۱۹۸۵ پذیرفته شده، چنین مقرر می‌دارد:

«(۱) دادگاه داورى، طبق مقررات قانونی که توسط طرفین راجع به ماهیت دعوی تعیین شده، در مورد اختلاف تصمیم خواهد گرفت. انتخاب قانون یا یک سیستم حقوقی کشور مشخص باید چنین تفسیر شود که بطور مستقیم ناظر به قوانین ماهوی آن کشور است، نه قواعد تعارض قوانین کشور مزبور، مگر اینکه طرفین خلاف آن را تصریح کرده باشند.

(۲) در صورت عدم تعیین قانون حاکم توسط طرفین، دادگاه داورى،

۱۱. برای ملاحظه متن انگلیسی و فارسی قانون نمونه داورى، رک. به مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۴، زمستان ۶۴ (استاد بین المللی). — «م»

قانون تعیین شده به موجب قواعد تعارضی را که خود قابل اجرا تشخیص دهد، اجرا خواهد کرد.

(۳) دادگاه داوری در صورتی براساس عدالت و انصاف یا به صورت کدخدانشی حکم خواهد داد که طرفین مصرحاً چنین اختیاری به آن داده باشند.

(۴) در کلیه موارد، دادگاه داوری طبق شرایط قرارداد تصمیم خواهد گرفت و عرف تجاری حاکم بر معامله را مورد نظر قرار خواهد داد.»

۹. بنابراین آزادی داور در انتخاب حقوق قابل اجرا در ماهیت

دعوی توسط نظامهای حقوق ملی و مهمترین کنوانسیونهای بین المللی، به صورت ضمنی و یا بطور صریح شناخته شده است. این آزادی جز در مواقعی که قانون حاکم بوسیله طرفین قرارداد انتخاب شده باشد یا در مواردی که متعاملین، دعوی احتمالی خود را تابع مقررات مؤسسات داوری ملی قرار داده باشند - به این اعتبار که مؤسسات مذکور مثل مراکز داوری کشورهای عضو شورای همکاریهای متقابل اقتصادی (C.A.E.M.)^{۱۲} از داوران می‌خواهند که از قواعد تعارض قوانین کشور محل وقوع مؤسسه تبعیت نمایند - با هیچ محذور و مانع واقعی مواجه نیست. در همین زمینه لازم به تذکر است که مقررات داوری بین المللی نیز آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا را تأیید می‌نماید که ذیلاً دو مثال آن آورده می‌شود:

— طبق ماده (۳) ۱۳ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین المللی:

«طرفین در تعیین حقوقی که داور باید در ماهیت دعوی اجرا کند آزادند. در صورت عدم تعیین حقوق قابل اجرا بوسیله طرفین، داور قانونی را که براساس قاعده تعارضی که به نظر وی برای دعوی مطروحه مناسب است، تعیین شده، به مورد اجرا خواهد گذاشت.»

— طبق ماده (۱) ۳۳ مقررات داوری آنسیترال:

12. Cf. J.D.M. Lew, op. cit., n° 224.

«دادگاه داوری، قانونی را که از سوی طرفین به عنوان قانون قابل اجرا در ماهیت دعوی اعلام شده، اجرا می‌کند. در صورتیکه طرفین چنین تصریحی نکرده باشند، دادگاه داوری قانونی را اجرا می‌کند که براساس قاعده تعارض قوانین — که به نظر وی برای اجرا بر دعوای مطروحه مناسب است — تعیین می‌گردد.»

۱۰. نتیجه آزادی داور در تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی، آن است که در هر حال وی را از اجرای قاعده «قانون دادگاه»^{۱۳} در مفهوم حقوق بین الملل خصوصی، معاف می‌کند.^{۱۴} از این نظر، وضع داور با قاضی دادگاه دولتی در مواردی که با یک مسئله مربوط به تعارض قوانین مواجه می‌شود، بطور اساسی متفاوت است. از نظر داور بین المللی، حذف قاعده «قانون دادگاه»، حداقل دو نتیجه مهم دربر دارد:

نتیجه اول آن است که برای داور، دیگر مفهوم قانون صالح بی معنی می‌شود؛ زیرا قانونی وجود ندارد که داور، در بادی امر مکلف به اجرای آن باشد. البته اجرای قانون منتخب متعاملین، یک استثناء تلقی می‌شود؛ زیرا نتیجه اجرای یک قاعده خاص داوری بین المللی است (آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم) و نه نتیجه دخالت و اجرای قانون مقرّ دادگاه.

نتیجه دوم، که بویژه از طرف آقای ب. گولدمن تبیین شده، آن است^{۱۵} که در داوری بین المللی، قانون خارجی — به این معنی که جزو سیستم حقوقی مرجع رسیدگی به دعوی نباشد — وجود ندارد.^{۱۶} تمام

13. lex fori

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

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

۱۶. زیرا داور یا مؤسسات داوری بین المللی تابع و جزو سیستم حقوقی محل داوری نیستند و چون قانون خارجی در مقابل قانون دادگاه مطرح می‌شود، بنابراین با فقدان قانون دادگاه،

قوانین دولتی از نظر داور ارزش یکسان دارند و هیچیک از آنها از وضع ممتازی برخوردار نیست. این مطلب نه تنها در مرحله اثبات مضمون و مفاد حقوق قابل اجرا، بلکه از حیث مطرح شدن و دخالت «نظم عمومی پردکننده» در دعوی مطرحه نیز آثار مهمی دارد و در واقع داور را از آندو خلاصی می‌بخشد. اصولاً داور بین المللی موظف به رعایت مفاهیم صرفاً ملی نیست.

۱۱. در نبود سیستم تعارض قوانین از قبل تعیین شده و با نفی قانون صالح و قانون خارجی (به شرح فوق)، داوران بین المللی مکلفند براساس ملاحظات بجز آنچه برای محاکم دولتی مطرح است، حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را تعیین نمایند.



انتظار مشروع طرفین قرارداد

۱۲. بطوریکه گفته‌اند^{۱۷} بجز موارد استثنائی که داوران تصمیم می‌گیرند خود را در چهارچوب یک سیستم ملی تعارض قوانین قرار دهند، اغلب اوقات حقوق قابل اجرا به سه طریق زیر تعیین می‌شود:

- (۱) جمع سیستمهای تعارض قوانین مرتبط با دعوی
- (۲) رجوع به اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی
- (۳) روش مستقیم

مطابق روش اول، داور هر یک از قواعد تعارض قوانینی را که سیستمهای مختلف حقوق ملی مرتبط با دعوی ارائه می‌کنند مورد بررسی قرار می‌دهد. چنانچه قواعد مزبور که مفاد آنها تقریباً همیشه با یکدیگر

از نظر داور، قانون خارجی نیز نمی‌تواند مصداق داشته باشد. — «م»

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

متفاوت است، متمایل و منجر به اجرای قانون داخلی واحدی باشند، همان قانون از سوی داور قابل اجرا اعلام خواهد شد.^{۱۸} مطابق روش دوم، داور قاعدهٔ تعارض قوانینی را انتخاب می‌کند که در صحنهٔ بین‌المللی مقبولیت عام دارد. بالاخره مطابق روش سوم، داور بدون اینکه مقید به اجرای سیستم تعارض قوانین معینی باشد، با در نظر گرفتن ماهیت قرارداد و ویژگیهای آن، مستقیماً نظر می‌دهد که قرارداد مشمول حقوق فلان کشور یا کشوری دیگر خواهد بود.

۱۳. اغراق‌آمیز است اگر ادعا کنیم سه روش یاد شده در بالا، تنها روشهایی هستند که داوران می‌توانند بکار گیرند؛ ولی این روشها آنچنان رواج یافته‌اند که می‌توان گفت هر راه‌حلی یا برداشت دیگری جنبهٔ فرعی و جنبی خواهد داشت.^{۱۹} بطورکلی، روشهای مذکور به اجرای یک قانون ملی منتهی می‌گردد، ولی گاهی نیز موجب اجرای قواعد غیرملی می‌شود که به منظور سهولت مطلب، ما از آنها تحت عنوان «حقوق جهانی بازرگانان»^{۲۰} نام می‌بریم.^{۲۱}

معدّلک این روشها هر نتیجه‌ای داشته باشند، صرف نظر از تفاوتهای آشکار بین آنها، دارای این وجه اشتراک هستند که به تعیین حقوقی منتهی می‌شوند که اجرای آن برای پاسخگوئی به انتظار مشروع طرفین دعوی، بهتر است. این واقعیت را می‌توان در مواردی که روش اول (جمع سیستمهای قواعد تعارض قوانین مرتبط با دعوی) و نیز روش دوم

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

19. Cf. Y. Derains: «Possible conflict of laws...», p. 178, cf. note n° 4.

۲۰. *lex mercatoria*: ضمناً چون این عبارت را به «حقوق بازرگانی فراملی» نیز ترجمه کرده‌اند، برای ملاحظهٔ چند و چون حقوق مذکور، بالاخص به عنوان قانون حاکم در داوربهای بازرگانی بین‌المللی، رک. بد اول-لندو: «اجرای حقوق بازرگانی فراملی در داوربهای بین‌المللی»، ترجمهٔ محسن محبی، مجلهٔ حقوقی، شمارهٔ پنجم، بهار ۶۵. — «م»

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

(رجوع به اصول کلی حقوق بین الملل خصوصی) اجرامی شوند، بطور روشن به چشم دید. دو روش مذکور، حقوقی را تعیین می‌کنند که جامعه متعلق به طرفین دعوی — که در روش اول، یک جامعه محدود و در روش دوم، جامعه بین‌المللی است — با اجرای آن هماهنگ است. پاسخگوئی به انتظار مشروع طرفین دعوی، حتی زمانی که داوران با اجرای روش مستقیم (روش سوم) حقوق قابل اجرا را تعیین می‌کنند نیز برآورده می‌شود. در این روش، داوران به تجزیه و تحلیل قرارداد می‌پردازند که محصول آن سرانجام به طرفین نشان می‌دهد که نمی‌توانند از داوران انتظار داشته باشند حقوقی جز آنچه نهایتاً انتخاب شده است، اجرا نمایند.

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

«طرز برخورد آنها (داوران) می‌تواند و باید بیشتر چنان باشد که طرفین انتظار یا تفاهم داشته‌اند، یا در صورتیکه مسئله به خود آنان ارجاع می‌شد، چنین می‌کردند.»^{۲۲}

۱۴. بنابراین یافتن قواعد حقوقی که اجرای آن به عنوان حقوق حاکم بر دعوی بتواند به نحو بهتری پاسخگوی انتظار مشروع طرفین دعوی باشد، کانون اقدامات داور بین‌المللی است. حال ببینیم منظور از انتظار مشروع طرفین دعوی چیست؟

به صورت قضیه سلبی می‌توان گفت که «انتظار مشروع طرفین دعوی با اراده آنها یکی نیست»؛ زیرا مسائل مربوط به تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی اساساً زمانی مطرح می‌شود که فقدان اراده

22. Cf. Arthur Taylor Von Mehren: «To what extent is international arbitration autonomous?» in *Etudes Offertes à B. Goldman*, p. 227

متعاملین در انتخاب حقوق قابل اجرا مسلم و آشکار باشد. مثلاً هرگاه متعاملین در مذاکرات مربوط به قرارداد، در مورد حقوق قابل اجرا نظرهای کاملاً متفاوتی داشته و به همین دلیل از تعیین و تصریح آن در قرارداد مربوطه خودداری کرده باشند، فقدان اراده طرفین در تعیین قانون حاکم بر قرارداد قطعی و مسلم است. مطلب دیگر اینکه انتخاب صریح و یا ضمنی حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی بوسیله طرفین، بعضی اوقات مانع این نیست که انتظار آنان از داور برای در نظر گرفتن قاعده‌ای که طرفین، اجرای آن را پیش‌بینی نکرده و یا حتی تعتمداً از آن صرف نظر کرده‌اند نیز مشروع تلقی شود. البته در اینجا منظور ما بیشتر قوانین مربوط به انتظامات است.

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

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



نظم عمومی داخلی

و قانون حاکم بر اجرای قرارداد

۱۷. برای سهولت در بحث بی‌فایده نیست که به مثال ذکر شده در بند ۲ (الف) دوباره اشاره نمائیم:

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

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

۱۸. به نظر می‌رسد که دو مورد یا دو فرض باید از یکدیگر تمیز داده شوند:

الف. وقتی که حقوق قابل اجرا به وسیله طرفین قرارداد انتخاب می‌شود.

ب. وقتی که داور حقوق قابل اجرا را تعیین می‌کند.



مواردی که حقوق حاکم بر قرارداد

بوسیله متعاملین انتخاب شده است

۱۹. داور مکلف است حقوق انتخاب شده بوسیله متعاملین را

به مورد اجرا بگذارد. در یک رأی صادره به شماره ۱۵۸۱ مورخ ۱۹۷۱ اتفاق بازرگانی بین المللی صراحتاً به این مطلب اشاره شده است:

«نظر به اینکه دادگاه داوری، همهٔ اختیارات و صلاحیت خود را از سند داوری^{۲۳} می‌گیرد و برخلاف دادگاه قضائی مکلف به رعایت ارادهٔ طرفین دعوی در مواردی است که توافق دو اراده محقق است، و هرچند که با توجه به اصول حقوق بین الملل خصوصی عجیب است با اینکه عناصر اصلی دعوی در سوئیس واقع است ولی طرفین، حقوق فرانسه را به عنوان قانون حاکم تعیین کرده‌اند، مع الوصف دیوان داوری نمی‌تواند جز حقوق فرانسه را در دعوی حاضر قابل اجرا اعلام کند.»^{۲۴}

وانگهی دیدیم که متون قانونی بین المللی یا داخلی که در زمینهٔ داوری بین المللی به مسئلهٔ حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی پرداخته‌اند، همین تکلیف را برای داور پیش‌بینی نموده‌اند.

کنوانسیون ۱۹۶۱ ژنو چنین می‌گوید: «متعاملین در تعیین قانونی که داوران باید در ماهیت دعوی اجرا کنند آزادند.» این قاعدهٔ آمره، در قانون داوری بین المللی جیبوتی نیز تکرار شده است. قانون آئین دادرسی مدنی جدید فرانسه هم داور را مکلف می‌سازد که دعوی را طبق قواعد حقوقی منتخب متعاملین فیصله دهد. در مقررات داوری دیگر نیز راه‌حلهای مشابه وجود دارد (بند ۹). داور نباید انتخاب حقوق قابل اجرا بوسیلهٔ متعاملین را از نظر موجه بودن یا نبودن آن ارزیابی نماید، بلکه وی صرفاً مکلف است آن را رعایت کند. ولی آیا این احترام به ظاهر تغییرناپذیر نسبت به ارادهٔ متعاملین موجب نمی‌شود که داور به نام نظم عمومی مقرر در قانون منتخب طرفین، توافق قراردادی ناشی از همین اراده را نابود کند و نهایتاً از اجرای مفاد ارادهٔ طرفین امتناع ورزد؟

23. acte de mission

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

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

کنوانسیون ۱۹۶۱ ژنو، قانون جیبوتی، و مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی عباراتی مشابه دارند و همگی حاکی از آنند که داور باید حقوق منتخب طرفین دعوی را به مورد اجرا بگذارد و شرایط قراردادی را در نظر بگیرد. می‌توان گفت شرایط قراردادی — تا حدودی که قانون منتخب طرفین دعوی آن را معتبر می‌شناسد — باید مورد توجه داور قرار بگیرد. اما این نتیجه‌گیری مبتنی بر این فرض قبلی است که طرفین دعوی شرایط قراردادی خود را از قلمرو حقوق انتخابی خود استثناء نکرده و یا اینکه اختیار استثنای آن را نداشته باشند.

به نظر می‌رسد قانون نمونه داوری مصوب آنسیترا که در بند ۴ از ماده ۲۸ خود، متن بند ۳ از ماده ۳۳ مقررات آئین داوری آنسیترا را عیناً اقتباس نموده، برای مقررات قرارداد، اهمیت و ارزش بیشتری قائل شده است. بند ۴ ماده ۲۸ قانون داوری نمونه چنین مقرر کرده است:

«در کلیه موارد، دادگاه داوری مطابق شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم نموده و رسوم بازرگانی معمول در معامله را در نظر خواهد گرفت.»

آیا تکلیف داور به اینکه در کلیه موارد، مطابق شرایط قرارداد اتخاذ تصمیم نماید به این معنی است که شرایط قراردادی — حتی در مواردی که قانون منتخب طرفین دعوی آنها را باطل اعلام می‌کند — باید اجرا شوند؟ متن ماده ضرورتاً تا این حد گسترش ندارد، زیرا می‌توان فرض کرد که ماده مزبور ناظر به آن دسته از شرایط قراردادی است که از نظر قانون حاکم بر قرارداد معتبرند. چنین فرضی متضمن این است که تعارض بین حقوق قابل اجرا و شرایط قرارداد به نفع اولی، یعنی حقوق قابل اجرا، حل شده باشد. ولی این وضع مجدداً همان مشکلی را مطرح

می‌سازد که می‌خواستیم آن را حلّ کنیم. بنابراین مراجعه به متون قانونی یا مقررات داورى نمی‌تواند تعارض ناشی از شرط قراردادی با نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی را حلّ کند، بلکه تنها اراده طرفین قرارداد است که می‌تواند به عنوان راهنمای داور در حلّ این تعارض بکار آید.

۲۱. قبلاً دیدیم (بندهای شماره ۹ و ۱۹) که در انتخاب حقوق قابل اجرا اراده متعاملین محدودیتی ندارد. نه تنها متعاملین در انتخاب قانون دلخواه خود آزادند، بلکه حتی می‌توانند با ارجاع به اصول کلی حقوقی و یا قانون جهانی بازرگانان اجرای هرگونه قانون ملی را نفی کنند^{۲۵}، یا با ترکیب حقوق داخلی با اصول کلی حقوق، قلمرو اجرای حقوق ملی منتخب را محدود سازند^{۲۶} و یا حقوق ملی زمان معینی را تشبیت و تعیین کنند و فقط همان را قابل اجرا بشناسند^{۲۷}، که در این صورت اصلاحات یا تغییرات بعدی آن قانون داخلی، در روابط قراردادی بین ایشان قابل اجرا نخواهد بود. همچنین متعاملین می‌توانند آن دسته از مقررات حقوق منتخب خود را که بعضی از شرایط قرارداد ایشان را باطل می‌داند، کنار بگذارند، که در این صورت باید آن را بطور روشن ابراز نمایند.

۲۲. بنابراین حلّ تعارض بین متن قرارداد و نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی بوسیله داور، جز در پرتو شرایط قراردادی در مورد انتخاب قانون حاکم، میسر نیست. بدین ترتیب، شرطی که مثلاً پیش‌بینی می‌کند: «نسبت به کلیه مسائلی که در قرارداد برای آنها تعیین

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

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

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

تکلیف نشده، حقوق هلند، قابل اجرا خواهد بود»، داوران را مکلف می‌سازد که کلیه شرایط قراردادی را — حتی اگر به موجب نظم عمومی هلند باطل شناخته شوند — معتبر بشناسند. برعکس، شرطی که اعلام می‌کند «قانون فرانسه در مورد این قرارداد اجرا خواهد شد»، به این معنی است که بین قانون فرانسه و شرایط قرارداد، سلسله مراتب وجود دارد؛ یعنی متعاملین برای اراده خودشان همان آثاری را انتخاب نموده‌اند که قانون فرانسه برای اراده متعاملین قائل است و لذا شرطی که به موجب نظم عمومی فرانسه باطل است باید از طرف داوران نادیده انگاشته شود. در رأی مورخ ۱۹۸۰ اتفاق بازرگانی بین المللی صادره در دعوی شماره ۲۸۳۳۸۰، داوران اظهار نظر کرده‌اند معنای شرطی که به موجب آن «این قرارداد تابع قوانین سوئیته خواهد بود و بر طبق آن قوانین تفسیر خواهد شد» این است که قرارداد تابع قانون سوئیته بوده و لذا در کلیت خود و بدون هیچگونه محدودیت باید طبق حقوق سوئیته تعبیر و تفسیر شود. در رأی مورخ ۱۹۷۸ همان اتفاق صادره در دعوی شماره ۲۱۱۹ نیز داوران اعلام نموده‌اند این شرط که «قرارداد مطابق حقوق فرانسه اجرا و تفسیر می‌شود» این معنی را می‌دهد که «مقررات قراردادی تا حدودی که با مقررات امره قانون فرانسه مغایرت نداشته باشد، مستقیماً قابل اجرا است». ۲۹ درحقیقت، در قراردادی که باید طبق حقوق کشور معین به مرحله اجرا درآید، نمی‌توان شرطی را گنجانید که با نظم عمومی آن حقوق مغایر و معارض است.

۲۳. تعیین ارزش واقعی بعضی از شروط مربوط به حقوق قابل

اجرا بسیار مشکل است. آیا با وجود شرطی که مطابق آن «محل داورى در لاهه بوده و داوران حقوق سوئد را اجرا خواهند کرد»، داوران می‌توانند یک شرط قرارداد را به دلیل برخورد آن با نظم عمومی سوئد باطل اعلام

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

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

کنند؟ به نظر می‌رسد که پاسخ مثبت باشد، زیرا ارادهٔ متعاملین آشکارا این است که هر اختلافی مطابق حقوق سوئد فیصله یابد. باری، اختلاف در اعتبار شرط قراردادی نیز مثل هر اختلاف دیگری است که باید مورد رسیدگی قرار گیرد. البته امکان تفسیرهای دیگر نیز وجود دارد، ولی سرانجام داوری که تفسیر قرارداد بر عهدهٔ او است، در این مورد تصمیم می‌گیرد. معذک اعطای اختیار حلّ و فصل به صورت کدخدانمشی^{۳۰} به داور، همراه با انتخاب یک حقوق ملّی به عنوان قانون حاکم، نباید اینطور تفسیر شود که به وی اجازه داده شده است نظم عمومی قانون حاکم بر قرارداد را نادیده بگیرد.^{۳۱}

۲۴. ذکر این مطلب مهمّ است که از نظر داور، بین قرارداد و یک سیستم حقوقی، سلسله مراتب طبیعی وجود ندارد. برعکس، هیچ سیستم حقوقی اعمال نمی‌شود مگر اینکه متعاملین آن را قید کرده باشند، آن هم در محدودهٔ ارادهٔ آنان. در صورتیکه متعاملین صراحتاً بعضی از قواعد حقوق مزبور را نفی کرده باشند، داوران حقّ ندارند به نام نظم عمومی، اجرای قواعد مزبور را تحمیل نمایند؛ زیرا ایشان حافظ نظم عمومی نیستند. بطور کلی این امکان وجود دارد که متعاملین با درج شروط مناسب در قرارداد خود، توافق نمایند که مقررات نظم عمومی حقوقی که طرفین آن را برای اجرا در سایر قسمتهای قرارداد برگزیده‌اند، اجرا نشود.

بدیهی است در هر موردی که یک شرط قراردادی، مغایر با نظم عمومی حقوق منتخب متعاملین باشد، نباید گفت ارادهٔ ضمنی متعاملین بر نفی آن بوده است. تنها با تجزیه و تحلیل شرط انتخاب قانون حاکم است که داور می‌تواند موقعیت و نقشی را که طرفین دعوی برای حقوق قابل اجرا قائل شده‌اند، معلوم و ایفا نماید و به حلّ تعارض نظم عمومی

30. amiable compositeur

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

با چنین شرط قراردادی — و حتی کلّ قرارداد، در مواردی که اعتبار آن مطرح است — مبادرت نمایید. از این لحاظ باید در نظر داشت که در رویهٔ مورد عمل در انعقاد قراردادها بهتر است از عباراتی استفاده کرد که در سلسله مراتب بین حقوق منتخب و قرارداد، اولی را مقدم بشمارد. متعاملین می‌توانند بعداً با معتبر شناختن شرطی که طبق نظم عمومی حقوق منتخب باطل شناخته شده است، خواه با اعلام صریح و خواه بطور ضمنی، از ترتیب مذکور عدول کنند و آن شرط را اجرا نمایند. هیچ چیز مانع از این نیست که متعاملین بعد از انعقاد قرارداد بتوانند حقوق قابل اجرا را انتخاب کنند^{۳۲} یا قلمرو اجرای حقوق منتخب را نیز محدود سازند.

۲۵. بنابراین در مثالی که انتخاب شده است داوران باید شرط محدودیت مسئولیت فروشنده مندرج در قرارداد را به موجب قاعدهٔ نظم عمومی حقوق فرانسه که حاکم بر قرارداد است، باطل اعلام کنند، مگر اینکه ثابت شود طرفین دعوی در عین ارجاع به حقوق فرانسه خواسته‌اند آن قاعدهٔ مربوط به نظم عمومی اجرا نشود.^{۳۳}



وقتی که قانون حاکم بر قرارداد

بوسیلهٔ داور معین می‌شود

۲۶. در فرضی که حقوق قابل اجرا به علت عدم انتخاب آن از طرف متعاملین، بوسیلهٔ داور تعیین می‌شود، حقوق مزبور باید به همان

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

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

صورتی که هست اجرا شود.

این تصوّر که داور بتواند بعضی از مقرّرات آن را به دلیل اینکه مخالف با یکی از موادّ قرارداد است نادیده بگیرد، دشوار است. البته می‌توان فرضی را در نظر گرفت که داور تشخیص دهد طرفین دعوی توافق نموده‌اند مقرّرات نظم عمومی مورد نظر درباره آنها اجرا نشود؛ ولی این برداشت مستلزم احراز و ثبوت اراده طرفین دعوی در این خصوص می‌باشد. منتهی در صورت خودداری متعاملین از تعیین حقوق قابل اجرا احتمال آن اندک است.

۲۷. در واقع، قبل از تعیین حقوق قابل اجرا داور می‌تواند از هرگونه تناقض بین متن قرارداد و مفاد یکی از سیستمهای حقوقی که احتمالاً در مورد قرارداد اجرا خواهد شد، نتیجه گیری‌هایی بنماید و اگر تعارضی بین آن دو بیابد به عنوان یک نشانه منفی تلقی می‌گردد؛ یعنی فرض می‌شود که طرفین دعوی نمی‌خواستند روابط قراردادی خودشان را تابع چنان سیستم حقوقی — که ظرفیت قبول روابط طرفین به نحو مورد نظر ایشان را ندارد — قرار دهند.

بطوریکه باتیفول اعلام کرده است:

«باید فرض کرد که اراده ضمنی طرفین بیشتر انتخاب قانونی بوده است که قرارداد مربوطه را معتبر می‌شناسد، نه قانونی که هیچ اثری برای قرارداد بین ایشان قائل نیست.»^{۳۴}

۲۸. بنابراین در مثال انتخاب شده، نتیجه این خواهد بود که اگر داور حقوق فرانسه را به عنوان حقوق قابل اجرا اعلام کند، باید شرط تحدید مسؤلیت را که مغایر با نظم عمومی فرانسه است بی اثر بداند؛ لیکن قبل از هر چیز به نظر می‌رسد که درج چنین شرطی در قرارداد، با توجه به اینکه متعاملین بدون تردید و صحیحاً در مورد محدود کردن مسؤلیت فروشنده توافق نموده‌اند، منتهی به این خواهد شد که وی

34. H. Batiffol: «La loi appropriée au contrat» in Etudes offertes à B. Goldman, p. 2.

تصمیم بگیرد اصولاً قرارداد تابع حقوق فرانسه نیست.

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



قوانین مربوط به انتظامات

۳۰. آیا بسادگی می‌توان گفت که نظم عمومی مقرر در حقوق خارج از قانون حاکم بر قرارداد، ارتباطی به داور بین المللی ندارد؟ پاسخ مثبت است. لاقلاً در مواردی که مشکلات مطروحه برای داور، ماهیتاً قراردادی است — یعنی به تفسیر، اجرا، فسخ و اعتبار قرارداد و مانند آن مربوط می‌گردد — داور به چنان نظم عمومی کاری نخواهد داشت. مسائل غیرقراردادی از قبیل اهلیت مسئولیت ناشی از جرم و غیره، بندرت در داوری مطرح می‌شود و از این رو بررسی مسائل مذکور در این گزارش کوتاه مناسبتی ندارد.

ممکن است این طرز برخورد با موضوع، کمی ساده‌انگارانه

باشد، زیرا از این نکته غافل است که علاوه بر نظم عمومی به معنای داخلی، قوانین مربوط به انتظامات نیز وجود دارند که فایده آنها برای یک جامعه خاص و معین به اندازه‌ای زیاد است که با قوانین خارجی قابل مقایسه نیستند و اصولاً به همین لحاظ قلمرو اجرای آنها تابع و وابسته به هدف آنها است.^{۳۵}

۳۱. دو مثال مذکور در پاراگرافهای «ب» و «ج» بند ۲ فوق نشان‌دهنده دخالت چنین قوانین انتظامی است ولو اینکه قوانین مزبور جزو قانون حاکم بر قرارداد نباشند. بار دیگر مثالهای مذکور را تکرار می‌کنیم:

• مثال اول:

یک بانک سویسی وامی به دلار امریکا به یک شرکت پرتغالی می‌دهد. قرارداد وام تابع حقوق انگلیس بوده و داوری در زوریخ در آن پیش‌بینی شده است. شرکت پرتغالی به ادعای نداشتن اجازه انتقال ارز از مقامات نظارت ارز پرتغال، از بازپرداخت وام خودداری می‌کند.

• مثال دوم:

قراردادی بین دو شرکت ایتالیائی و آلمانی منعقد می‌شود. قرارداد تابع حقوق سویس بوده و محل داوری در ژنو در آن پیش‌بینی شده است. این قرارداد با مقررات رقابت عهدنامه رُم — که در حقوق هر دو کشور آلمان و ایتالیا جزو قوانین مربوط به انتظامات است — مغایرت دارد.

در دو مثال یاد شده، قوانینی غیر از قانون حاکم بر قرارداد نیز نسبت به قرارداد، قابل اعمال و حاکمند. در واقع، شمول و حکومت مقررات ارزی پرتغال و قواعد حقوق اروپائی در مورد رقابت نسبت به قرارداد، موکول به انتخاب حقوق قابل اجرا در مورد قرارداد نیست، بلکه هدف اصلی قوانین مربوط به انتظامات آن است که متعاملین نتوانند

35. Ph. Francescakis, op. cit., loc. cit.

قرارداد خود را تابع حقوقی غیر از سیستم حقوقی ای نمایند که منشأ حق و تکلیف ایشان است و نیز هدف قوانین مزبور مانع از این است که قاضی یا داور نتواند با اعمال فلان حقوق خارجی بر قرارداد، جلوی اجرای قوانین مربوط به انتظامات را بگیرد.

۳۲. قاضی دولتی در برخورد با مشکلاتی از این قبیل باید بین قوانین مربوط به انتظامات مقر دادگاه و قانون خارجی قائل به تفکیک شود. قوانین مربوط به انتظامات مقر دادگاه چنان اولویت طبیعی دارند که بدون توجه به اینکه کدام قانون در مورد قرارداد قابل اجرا است، باید اعمال و اجرا شوند. بدین ترتیب، قاضی پرتغالی به مقررات ارزی کشور متبوع خود و قاضی آلمانی و ایتالیائی به قواعد معاهده رُم در مورد رقابت که عضو آن هستند، ترتیب اثر خواهند داد. صرف وجود قانون مربوط به انتظامات مقر دادگاه، دخالت قانون قابل اجرا را که به موجب قاعده تعارض قوانین مقر دادگاه تعیین شده است، منتفی می‌سازد.^{۳۶}

در مورد قوانین انتظامی خارجی، مسئله ساده نیست. آیا قاضی هنگامی باید این قوانین را اجرا کند که جزو نظام حقوقی ای باشد که به موجب سیستم تعارض قوانین کشور قاضی، صالح اعلام شده است، یا برعکس هرگاه قاضی تشخیص دهد که رعایت قوانین انتظامی خارجی برای تحقق هدف آنها ضروری است، ناگزیر باید آنها را اجرا نماید؟^{۳۷} این سؤالات تاکنون پاسخ قطعی نداشته‌اند.

۳۳. در فقدان قانون مقر دادگاه و مبیانت منطقی بین قانون داخلی و قانون خارجی، مشکل اجرای قوانین مربوط به انتظامات — به آن شکلی که برای قاضی مطرح است — برای داور بین‌المللی مطرح

۳۶. منظور این است که در برخورد نظم عمومی قانون ماهوی مقر دادگاه با نظم عمومی که طبق قاعده تعارض قوانین سیستم حقوقی مقر دادگاه تعیین می‌شود، قاضی دولتی حق تقدم را به اولی خواهد داد. — «م»

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

نمی‌شود. از نظر داور، فرقی بین قوانین انتظامی مقرّ دادگاه و قوانین انتظامی خارجی وجود ندارد، بلکه فقط قوانین انتظامی مندرج در حقوق حاکم بر قرارداد (الف) و قوانین انتظامی یک سیستم حقوقی دیگر (ب) برای او قابل تفکیک است.



قوانین انتظامی حقوق حاکم بر قرارداد

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

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

۳۵. به ترتیبی که قبلاً گفته شد داور باید حقوق منتخب طرفین دعوی را به مورد اجرا بگذارد (بند ۱۹)؛ لذا وقتی متعاملین حقوقی را به منظور حکومت بر قرارداد انتخاب کردند، در بادی امر این نتیجه را خواهد داشت که داور باید قوانین مربوط به انتظامات همان حقوق را نیز اجرا کند. البته داور می‌تواند به استناد و تحت عنوان «نظم عمومی واقعاً بین المللی» از ترتیب اثر دادن به قوانین انتظامی مذکور خودداری کند، که در این صورت، تصمیم و رأی وی متکی بر مضمون و محتوای قانون مزبور خواهد بود نه بر ماهیت یا طبیعت آن.

قبلاً دیدیم (بندهای ۲۲ تا ۲۴) که راه حل رفع تعارضهای احتمالی بین شرایط قراردادی و نظم عمومی مقرر در حقوق منتخب طرفین دعوی را باید در قصد و نیت متعاملین از حیث اعتباری که برای شرط انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد قائل بوده‌اند، جستجو کرد. بیان

مطلب به این شرح است که متعاملین حق دارند حقوقی را که مناسب می‌دانند انتخاب و اجرای هرگونه قانون ملی را نفی کنند و ... بنابراین اگر متعاملین با خارج کردن بعضی از مواد و شرایط قرارداد از شمول قانون منتخب خود - که در غیر این صورت باطل اعلام می‌شدند - قلمرو اجرای قانون مزبور را محدود سازند، به هیچوجه غیرطبیعی نخواهد بود؛ همانطور که طرفین می‌توانستند حقوق دیگری را انتخاب نمایند که شرایط قرارداد را معتبر بدانند.

اما بررسی قصد و نیت متعاملین راجع به اعتبار شرط مربوط به انتخاب حقوق حاکم، به تنهایی نمی‌تواند تعارض بین یک شرط قراردادی و قوانین انتظامی در حقوق حاکم بر قرارداد را حل کند. یک تغییر کوچک در دومین مثال ذکر شده (بند ۳۱) این واقعیت را نشان خواهد داد: فرض کنیم که متعاملین به جای انتخاب حقوق سویس به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد، با تصریح این نکته که توافق آنها مشمول حقوق اروپا در مورد رقابت نیست، حقوق آلمان را انتخاب می‌کردند. در چنین فرضی آیا داور می‌توانست با این استدلال که طرفین دعوی با حذف بعضی از قوانین مربوط به انتظامات در حقوق حاکم بر قرارداد، انتخاب جزئی و نسبی کرده‌اند، از اجرای مقررات مربوط به رقابت به عنوان قوانین انتظامی خودداری کند؟ پاسخ منفی است، زیرا حکومت قوانین انتظامی بر یک رابطه قراردادی برخلاف حکومت نظم عمومی داخلی، لزوماً موکول به قانون حاکم بر قرارداد نیست، بلکه فی نفسه نیز قابل اجرا است. در مثال مورد نظر، قواعد حقوق اروپا در مورد رقابت دربارهٔ قرارداد اجرا می‌شود، خواه قانون حاکم بر قرارداد منتخب متعاملین، حقوق آلمان - ولو با استثنای قوانین انتظامی آن - و یا حقوق سویس باشد.

• وقتی که قانون حاکم بر قرارداد توسط داور تعیین شده است:

۳۶. برخلاف قاضی دولتی، برای داور، مفهوم «قانون صالح» برای حکومت بر قرارداد شناخته شده نیست. در نتیجه در موردی که طرفین

دعوی حقوق حاکم بر قرارداد را انتخاب نکرده باشند، کلیه قوانینی که داعیه دخالت و اجرا بر قرارداد را دارند، از نظر اجرا در بادی امر مساوی هستند. بنابراین اشکالی ندارد که داوران تصمیم بگیرند قوانین مربوط به انتظامات را — بدون اینکه در مورد تعلق آنها به قانون حاکم بر قرارداد از خود پرسش نمایند — مستقیماً نسبت به قرارداد اجرا نمایند.

در رأی صادره در دعوی شماره ۱۳۲۲ اتاق بازرگانی بین المللی به همین ترتیب اقدام شده است.^{۳۸} دعوی مذکور به قراردادی مربوط می شد که می باید بخشی از آن در گره و بخش دیگرش در قلمرو جامعه اقتصادی اروپا (ایتالیا) اجرا شود. در این دعوی قبل از اینکه داور حقوق قابل اجرا در مورد قرارداد را تعیین کند، مسئله اجرای قوانین انتظامی گره و معاهده رُم در مورد رقابت را نسبت به قرارداد مورد بررسی قرارداد و پس از حل این مسئله بود که به استناد تئوری «مرکز ثقل قرارداد»، حقوق گره را حاکم بر قرارداد شناخت.

نظر پذیرفته شده در این رأی عبارت از این است که قوانین انتظامی حقوق حاکم بر قرارداد، و همه قوانین مربوط به انتظامات که امکان اجرای آنها نسبت به توافق طرفین دعوی وجود دارد، باید در یک ردیف قرار داده شود^{۳۹} و این مسئله که قوانین انتظامی گره ضمناً جزو حقوق حاکم بر قرارداد است، هیچگونه مزیت اجرائی مخصوصی به آن نداده است.

۳۷. برعکس، ممکن است داور از این واقعیت که قانون مربوط به انتظامات، خود را در مورد قرارداد قابل اجرا می داند، چنین استنتاج کند که سیستم حقوقی منشأ چنین قانونی همان قانون حاکم بر

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

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

قرارداد نیز هست. رأی صادره در سال ۱۹۸۲ در دعوی شماره ۴۰۲۹۳۰ اتاق بازرگانی بین‌المللی شاهد این مدعا است:

«محکمه داورى، با ملاحظه اینکه خواهانها تابع قانون یوگسلاوی در مورد کنترل واردات و صادرات (قانون سال ۱۹۷۲ روزنامه رسمی فدرال شماره ۳۶ سال ۱۹۷۲) می‌باشند، نسبت به انتخاب قانون مذکور به عنوان قانون حاکم بیشتر متقاعد شده است. این قانون متضمن مقررات حقوق عمومی از جمله ضمانتهای اجرائی تنبیهی، جریمه طبق قانون سال ۱۹۷۲ و زندان برحسب اصلاحات سال ۱۹۷۷ همان قانون می‌باشد و البته مجازات اخیر در دعوی خاص مطروحه قابل اجرا نیست. در نتیجه هر قراردادی که مرتبط با واردات به یوگسلاوی و صادرات از آن کشور باشد تابع مقررات انتظامی همان قانون خواهد بود.»



قوانین انتظامی خارج از حقوق حاکم بر قرارداد

۳۸. در مورد قوانین مربوط به انتظامات خارج از حقوق حاکم بر قرارداد، با توجه به مثالهای ذکر شده (بند ۳۱) دو فرض قابل تفکیک است:

- الف. «در نظر گرفتن» قوانین مربوط به انتظامات،
- ب. «اجرای» قوانین مربوط به انتظامات.

۳۹. (الف) در مثال اول، بدهکار پرتغالی که به منظور توجیه ناتوانی خود در باز پرداخت وام دریافتی، به امتناع مقامات نظارت ارز پرتغال از دادن اجازه انتقال استناد می‌کند، از داور نمی‌خواهد مقررات انتظامی پرتغال را که منشأ این امتناع است اجرا کند، بلکه صرفاً

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

می‌خواهد مقررات مذکور در نظر گرفته شوند^{۴۱}، هر چند حقوق انگلیس حاکم بر قرارداد وام باشد. بعلاوه باید پذیرفت که در هر حال داور نمی‌تواند مقررات پرتغال را صرفاً به اعتبار ماهیت آن اجرا کند. تنها کاری که داور باید انجام دهد آن است که مقررات [پرتغال] را مورد نظر قرار دهد، برای اینکه صرفاً بتواند از آن، نتایج حقوقی که مطابق با حقوق انگلیس — به عنوان حقوق حاکم بر قرارداد — باشد، به دست آورد.

آرای داوری، مواردی دیگر از این قبیل را نیز نشان می‌دهند: امتناع مقامات ارزی کشور خریدار از اجرای قرارداد خرید نفت که تابع حقوق فروشنده بوده است^{۴۲}؛ امتناع از اعلام موافقت‌های لازم بوسیله مقامات محل اجرای قراردادی که مشمول قانون دیگری جز قانون محل اجرا بوده است.^{۴۳}

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

۴۰. (ب) با اندکی تغییر در مثال اول، از مسئله «در نظر قرار دادن» قوانین انتظامی خارج از حقوق حاکم بر قرارداد عبور می‌کنیم و به مسئله «اجرای» قوانین مزبور می‌رسیم. فرض کنیم بدهکار پرتغالی به جای استناد به عدم امکان انتقال ارز که ناشی از امتناع مقامات ارزی کشورش بوده است، به بطلان قرارداد وام، به علت فقدان اجازه قبلی اخذ وام از طرف مقامات مذکور، استناد کند. در این صورت داور باید در

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

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

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

مورد این مسئله تصمیم بگیرد که آیا می‌تواند با اجرا و به استناد مقررات انتظامی پرتغال قراردادی را که مشمول حقوق انگلیس است، باطل اعلام کند؟ برای پاسخ به این سؤال باید دو فرض را از یکدیگر تفکیک کرد که ذیلاً بررسی می‌کنیم.

• طرفین دعوی قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کرده‌اند:

۴۱. اصلی که به موجب آن، داوران مکلف به اجرای قانون منتخب طرفین دعوی هستند (بند ۱۹) کافی است تا داوران، قوانین انتظامی خارج از حقوق منتخب طرفین را نادیده بگیرند. رأی صادره از دیوان داوری اتاق تجارت خارجی جمهوری دموکراتیک آلمان، در این مورد یک نمونه به‌شمار می‌رود.^{۴۴} در دعوی مذکور داوران می‌باید در مورد اعتبار قرارداد حق‌الامتیازی که بین یک مؤسسه جمهوری دموکراتیک آلمان و یک مؤسسه جمهوری فدرال آلمان منعقد شده بود، اظهارنظر نمایند. مؤسسه اخیر به بطلان قرارداد، به علت مغایرت آن با مقررات رقابت کشور متبوع خود و نیز ماده ۸ معاهده ژم استناد می‌کرد. داوران با تذکر این نکته که طرفین دعوی قرارداد را تابع حقوق جمهوری دموکراتیک آلمان قرار داده‌اند، به شرح زیر استدلال کردند:

«اعتبار قرارداد باید به موجب قانون جمهوری دموکراتیک آلمان، که طبق شرط داوری به عنوان قانون قابل اجرا اعلام شده است، ارزیابی شود؛ لذا نمی‌توان بطلان قرارداد امتیاز را از ماده ۲۰ قانون راجع به رویه‌های محدودکننده تجارت جمهوری فدرال آلمان و نیز از ماده ۸۵ و بعد معاهده ژم در مورد رقابت، استنتاج کرد (زیرا قانون حاکم بر دعوی نیست). در ارزیابی اعتبار قرارداد امتیاز، طبق حقوق جمهوری دموکراتیک آلمان مقررات مذکور^{۴۵} نباید در نظر قرار

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

۴۵. منظور ماده ۲۰ قانون اعمال محدودکننده تجارت جمهوری فدرال آلمان و ماده ۸۵ و بعد معاهده ژم در مورد رقابت است. — «م»

گیرد، مگر اینکه اجرای قرارداد را بطور واقعی غیرممکن گردانند، و بطلان قرارداد باید براساس ماده ۳۰۶ قانون مدنی جمهوری دموکراتیک آلمان پذیرفته شود. عدم امکان عملی اجرای قرارداد از ناحیه خواننده دعوی به اثبات نرسیده است.»

۴۲. کمتر دیده می‌شود که داوران برای عدم اجرای قوانین انتظامی اعلام کنند که قانون مزبور خارج از حقوق حاکم بر قرارداد است. در واقع، تعیین قانون حاکم بر قرارداد از ناحیه طرفین دعوی الزاماً بدان معنی نیست که آنها همه قوانین انتظامی را که به نحوی داعیه حکومت بر قرارداد را دارند، نفی کرده باشند. البته داوران بیشتر ترجیح می‌دهند اعلام کنند که قوانین انتظامی در هر حال قابلیت جدی برای اجرا ندارند.

رأی مورخ ۱۹۸۲ دادگاه داوری «انجمن تجارت گندم آمستردام» که در مرحله استینافی و در مورد قابل اجرا بودن مقررات کنترل ارزی اتریش نسبت به قراردادهای مشمول حقوق هلند صادر شده است، چنین بیان می‌کند:

«در مورد قراردادهای مورد بحث، قانون هلند اعمال می‌شود. ولی حتی اگر در شرایط مذکور به انتخاب قانون صالح اشاره نمی‌شد، به موجب قواعد حقوق بین الملل خصوصی هلند، قانون هلند هنوز نسبت به قراردادهای فروش قابل اعمال بود؛ زیرا این امر مربوط به فروش محصولات هلندی به صورت «فوب»^{۴۶} و بر طبق شرایط استاندارد هلند که عموماً در تجارت بین المللی بکار برده می‌شود، می‌باشد. معذک داوران استینافی می‌توانند به مقررات قواعد امره سایر کشورها نیز استناد کنند، مشروط به اینکه ارتباط نزدیکی بین مسئله مطروحه و آن کشور وجود داشته باشد.

در صورت چنین تصمیمی، طبیعت و قلمرو مقررات مذکور و همچنین نتایج اعمال و یا عدم اعمال آن نیز باید مورد نظر قرار

46. F.O.B.

گیرد. داوران استینافی معتقدند که در پرونده حاضر، قراردادهای فروش، چنین بستگی نزدیکی با اتریش ندارند که بتوان قوانین پولی اتریش را در مورد آنها اعمال نمود.

ارتباط با اتریش، صرفاً در این امر خلاصه می‌شود که بایع در آن کشور اقامت دارد. محصولات آنی که فروخته شده در اصل هلندی بوده و خریدار هلندی است و معامله از طریق یک دلال آلمان فدرال صورت گرفته و معامله نیز به صورت «فوب» انجام شده و تحویل کالا در یکی از بنادر اروپائی بعمل آمده و بهای آن نیز به مارک آلمان فدرال بوده و بعلاوه فروشنده طی تلکس مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۸۰ تقاضا کرده است که قیمت کالا به حساب وی در یکی از بانکهای آلمانی واریز شود، و حتی به فرض قائل بودن بستگی نزدیک بین قراردادها و اتریش، داوران استینافی هنوز اعتقاد دارند که نباید مقررات مالی اتریش را در این مورد دخالت داد، به خاطر آنکه بنا به گفته پژوهش خواه، این امر منجر به ابطال قراردادهای می‌شود، زیرا فروشنده ظاهراً مجوز مربوطه را در این خصوص دریافت نداشته است. در اینجا نمی‌توان ابطال قرارداد را که ظاهراً حقوق اتریش مقرر می‌دارد، پذیرفت و اهمیت قابل ملاحظه‌ای را که هلند برای حفظ جریان عادی روابط حقوقی در معاملات تجاری بین‌المللی، مثل مورد حاضر، قائل است ندیده انگاشت.»^{۴۷}

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

به هر حال، اندیشه توجیه اینکه قوانین انتظامی، خارج از حقوق حاکم منتخب طرفین، ذاتاً قابل اجرا نیستند، حتی در مواردی که طرفین دعوی اعلام کرده باشند که این انتخاب جنبه حصری دارد نیز دیده

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

می‌شود. رأی صادره از دادگاه دآوری انجمن تجارت گندم هلند در ژردام ۴۸ در سال ۱۹۸۱، گواه این مسئله است.

۴۳. مطلبی که باقی می‌ماند آن است که داوران برای قوانین انتظامی خارج از حقوق منتخب طرفین، در مواقعی که این قانون بطور جدی مورد اجرا پیدا می‌کند، چه تصمیمی باید بگیرند؟ بطوریکه قبلاً متذکر شدیم (بند ۴۲) داوران با تحلیل قصد و اراده طرفین دعوی می‌توانند بگویند که انتخاب حقوق حاکم بر قرارداد، مداخله و موضوعیت قوانین انتظامی سایر سیستمهای حقوقی را نفی نمی‌کند. ولی آیا اگر طرفین دعوی صراحتاً اعلام کرده باشند که انتخاب آنها جنبه حصری دارد و یا اگر به نظر برسد که طرفین با انتخاب یک حقوق معین، عالماً و عامداً تصمیم گرفته‌اند بعضی از قوانین انتظامی (از قبیل قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد) در مورد آنها اجرا نشود، باز هم وضع همین‌طور خواهد بود؟

از جنبه نظری، این مسئله به همان صورتی مطرح می‌شود که طرفین دعوی صراحتاً مقررات انتظامی قانون حاکم بر قرارداد را مستثنی کرده باشند (بند ۳۶). در هر دو مورد، مقصود این است که بدانیم آیا داور بین المللی قهراً باید به اراده طرفین دعوی مبنی بر اعمال و شمول قواعد و اصول خاصی نسبت به قرارداد احترام بگذارد، حتی اگر به قیمت تقلب عمدی نسبت به قانون یک کشور تمام شود؟

به نظر می‌رسد که تنها با مراجعه به مفهوم «نظم عمومی واقعاً بین المللی» می‌توان این مسئله را حل کرد. بدیهی است اگر قوانین انتظامی که مستثنی شده است، به لحاظ محتوای خود مغایر با «نظم عمومی واقعاً بین المللی» تلقی شود (مانند مقررات تبعیض نژادی)، در این صورت داور باید اراده طرفین دعوی در مورد عدم اجرای قانون مزبور را معتبر بشناسد. همچنین اگر هدف چنین قانونی تضمین اجرای اصولی

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

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

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

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

• وقتی که قانون حاکم بر قرارداد بوسیله داور تعیین می‌شود:

۴۴. قبلاً گفتیم (بند ۳۷) که با کنار گذاردن مفهوم «قانون صالح» و نیز مادام که داور در مورد اجرای یک یا چند حقوق اظهار نظر نکرده است، کلیه حقوقهای ملی یا غیرملی برای داور در یک ردیف قرار دارند. در نتیجه هیچ چیز مانع از این نیست که قوانین انتظامی خارج از حقوقی که داور به عنوان «حقوق حاکم بر قرارداد» تعیین خواهد کرد نیز به مرحله اجرا دربیاید.

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

۴۵. اساساً قوانین انتظامی کشوری که قرارداد باید در قلمرو آن اجرا شود، مطرح است. رأی صادره از دیوان دآوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در دعوی شماره ۴۱۳۲ (بند ۳۷) در ۱۹۸۳، این موضوع را بطور کامل نشان می‌دهد. در این رأی نه تنها قواعد مربوط به رقابت حقوق‌گه، یعنی قانون حاکم بر قرارداد منتخب داور، اجرا شده بلکه مقررات معاهده رُم — به لحاظ اینکه قرارداد در ایتالیا اجرا شده بود و ایتالیا عضو عهدنامه مذکور می‌باشد — نیز به مورد اجرا گذاشته شده است. حتی در این رأی داور اظهار عقیده می‌کند که رأساً (بدون درخواست اصحاب دعوی) مکلف به اجرای قوانین مربوط به انتظامات یاد شده است.

۴۶. رأی دیگری، صادره در سال ۱۹۷۳ در دعوی شماره ۱۸۵۹ اتاق مذکور^{۴۹}، مسئله را به نحو روشن‌تری مطرح نموده است. در این رأی، داوران اجرای اصول و قواعد غیرملّی یعنی اصول کلتی و رسوم تجارت بین‌المللی را با قوانین انتظامی دولتهائی که قرارداد در قلمرو آنها اجرا شده بود، تلفیق نموده‌اند:

«چون قرارداد می‌باید در لبنان، سوریه و اردن اجرا می‌شد، مسلم است که واردکننده لبنانی مجبور به رعایت قوانین انتظامی کشورهائی بود که کالا به آنها وارد می‌شد و طرف ژاپنی نمی‌تواند ادعا کند که قوانین مزبور نسبت به وی قابل استناد نیست. هر تاجر که می‌خواهد محصولات کشور خود را در کشوری دیگر به فروش برساند، مکلف است قوانین مربوط به انتظامات کشوری را که کالا به آنجا وارد می‌شود، رعایت کند و نمی‌تواند ادعای جهل به قوانین مزبور نماید و یا خود را از شمول قوانین مزبور یا مقررات مربوط به ورود این قبیل کالاها — بویژه در مواقعی که این قبیل قوانین و مقررات در زمان امضای قرارداد وجود داشته است — خارج بداند.

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

قرارداد باید در سه کشور اجرا می‌شد. تعیین یک قانون مشخص برای اجرا احتمالاً مشکلاتی را بوجود می‌آورد. معهدنا در مورد دعوای حاضر طرفین دعوی آشکارا به اصول کلی و رسوم تجارت بین الملل تمکین کرده‌اند.»

شناسائی صلاحیت طبیعی قوانین انتظامی محلّ اجرای قرارداد، بدون توجه به قانون حاکم بر قرارداد، در یک رأی دیگر اتاق بازرگانی بین المللی صادره در دعوای شماره ۲۱۳۶ در سال ۱۹۷۴ نیز بیان شده است.^{۵۰}

۴۷. همچنین بعضی از داوران، هر چند که تعدادشان کمتر است، عقیده دارند قوانین انتظامی مقرر در حقوق کشور متبوع طرفین دعوی نیز می‌تواند اجرا شود. به عنوان مثال رأی صادره در دعوای شماره ۲۱۷۸ دیوان داوری اتاق بازرگانی بین المللی در سال ۱۹۷۳ چنین می‌گوید:

«در رویه داوری، حتی می‌توان احاله به قانون مقرّ دادگاه برای تعیین حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی را مورد تردید قرار داد. در داوریهائی که مبتنی بر اراده طرفین است، روابط نزدیک موجود بین دادگاههای عمومی و حقوق ملی آنها که منجر به اجرای قانون مقرّ دادگاه برای حلّ مشکلات تعارض قوانین مطروحه در مراجع قضائی ملی می‌گردد، وجود ندارد. تا آنجا که قانون مربوط به نظم عمومی که به موجب حقوق متبوع طرفین به آنان تحمیل می‌شود و داوران نیز مکلفند آن را در نظر بگیرند، مطرح نباشد، بر عهده داوران است که با توجه به وقایع و اوضاع و احوال مربوط به هر دعوی، در مورد سیستم حقوقی که بیشترین ارتباط را با ماهیت موضوعات مورد اختلاف دارد، تصمیم بگیرند.»^{۵۱}

مع الوصف در یک رأی دیگر صادره از دیوان داوری همان اتاق

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

51. Cf. Y. Derains: «Possible conflict of laws...», p. 184, voir note 4.

به سال ۱۹۷۸ و در پرونده شماره ۲۴۷۷/۲۹۷۸/۵۲۳۰۳۳، مثل رأی صادره در دعوائی که قبلاً ذکر شد (بند ۴۳)، به نظر می‌رسد مداخله و تأثیر قوانین انتظامی کشور متبوع طرفین دعوی که خارج از حقوق حاکم بر قرارداد تلقی شده، نادیده گرفته شده است. موضوع به دعوی مطروحه از طرف مؤسسات کشتیرانی سوئدی علیه یک مشتری لیبیائی مربوط می‌شد. با توجه به اینکه قرارداد تابع حقوق سوئد بود، دادگاه داوری از اجرای قوانین و مقررات لیبی راجع به تحریم اسرائیل خودداری کرد:

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

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

قبلاً در مقاله دیگری گفته ایم^{۵۲} در مواردی که داوران باید راجع به اجرای قوانین انتظامی خارج از قانون حاکم بر قرارداد تصمیم بگیرند باز هم مسئله پاسخگویی به انتظار مشروع طرفین دعوی راهنمای ایشان است. بدان جهت است که در اغلب موارد داور، قوانین انتظامی محلّ اجرای قرارداد، و یا بطور روشن‌تر، محلّ اجرای تعهد قراردادی را که اجرای آن مورد اختلاف است، به مورد اجرا خواهد گذاشت. رویّه بین‌المللی نیز عملاً ناظر و مؤید همین امر یعنی رعایت قوانین انتظامی

52. Yearbook, 1981, p. 133.

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

کشورهائی است که قرارداد در قلمرو آنها به اجرا درمی‌آید و این قوانین فی الواقع جزو قلمرو قرارداد محسوب می‌شود. (یعنی فرض می‌شود که طرفین راجع به اعمال و اجرای این قبیل قوانین نسبت به دعوی مطروحه از قبل توافق کرده‌اند.)

چنانچه در قرارداد شرط مغایری گنجانده نشده باشد، طرفین دعوی بطور مشروع حق دارند انتظار داشته باشند داور چنین فرض نماید که توافق آنها کاملاً منطبق با همین عملکرد و رویه بین‌المللی است. فقط در مواردی که قوانین انتظامی محل اجرای قرارداد با «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» در تضاد باشد، داور از اجرای آن خودداری خواهد کرد.

• نتایج کلی

۴۹. در پایان این بررسی که مسلماً نواقصی دارد، در مورد نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی، چند نتیجه را می‌توان ارائه نمود:

نخست باید توجه داشت که چنانچه «نظم عمومی واقعاً بین‌المللی» را مستثنی کنیم، داور اساساً با دو شکل از نظم عمومی مواجه می‌شود: نظم عمومی داخلی و مقرر در قانون حاکم بر قرارداد، و قوانین انتظامی سایر کشورها. نکته بعدی که شایان توجه است آنکه موقعیت داور، برحسب اینکه قانون حاکم بر قرارداد را طرفین دعوی انتخاب کرده باشند و یا خود وی آن را تعیین کند، متفاوت خواهد بود. داور باید به اراده طرفین دعوی احترام بگذارد بدون اینکه کاملاً تابع این اظهارنظر پی‌یر مایر باشیم که می‌گوید:

«داور در داخل سیستمی که بوسیله قرارداد ایجاد شده است، قرار دارد، و لذا در رابطه با طرفین دعوی واجد هیچگونه اختیار خارج از قرارداد مذکور نیست.»^{۵۴}

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

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

۵۰. در نتیجه وقتی که طرفین دعوی، قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کردند، این قانون به همان صورتیکه هست و با مقررات نظم عمومی اش، حتی اگر مغایر با شرایط قرارداد باشد، باید به مورد اجرا گذاشته شود، مگر اینکه داور احراز کند طرفین دعوی خواسته‌اند مقررات نظم عمومی مقرر در قانون منتخب نادیده گرفته شود. در این صورت داور باید به اراده طرفین دعوی، که همچنان می‌توانستند حقوقی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نمایند که مقررات نظم عمومی مذکور در آن وجود نداشته باشد، احترام بگذارد.

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

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

موضوعیت و اهمیت پاسخگوئی به انتظار مشروع طرفین دعوی که می‌توانستند هر قانون ملی، غیرملی و احتمالاً ترکیب چند سیستم حقوقی را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب نمایند، موجب می‌شود

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

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

از عملکرد و رویه داوری چنین برمی‌آید که اجرای قوانین انتظامی محلّ اجرای قرارداد باید مرتبط و متناسب با انتظار مشروع طرفین دعوی دانسته شود.

۵۴. در جریان این بررسی به مشکلات اجرای آرائی که به اجرا یا نقض یک قاعده نظم عمومی داخلی یا قانون مربوط به انتظامات ارتباط می‌یابد، توجه نشده است. مسلماً خطا است اگر گفته شود که داور تکلیفی ندارد به این نکات توجه کند، زیرا داور همواره نسبت به اثربخش بودن رأی خود اندیشناک است. منتهی این مطلب (اثربخش بودن رأی صادره) در شرح استدلال داور راجع به تعیین حقوق قابل اجرا منعکس نمی‌شود، زیرا او امکان این را ندارد که پیش‌بینی کند رأی صادره در کدام کشور اجرا خواهد شد.

در اغلب اوقات اینکه رأی به نفع کدامیک از طرفین صادر می‌شود، موکول به اجرا یا عدم اجرای قوانین انتظامی کشور خاصی است. بعلاوه با در نظر گرفتن پراکندگی اموال طرفین در کشورهای مختلف دنیا، داور نمی‌تواند از قبل برآورد کند که رأی صادره در فلان کشور یا کشور دیگری اجرا خواهد شد. با وجود این با توجه به شناخت واقعی که داور از پرونده دارد، محلّ یا محلّهای اجرای احتمالی رأی صادره را

پیش‌بینی می‌کند و عموماً به آن توجه دارد هرچند که بدان تصریح نمی‌کند.

مواردی که نظم عمومی یا قوانین انتظامی به سیستم حقوقی مقرّ داوری تعلق داشته باشند، مشکل خاصی مطرح می‌شود. درحقیقت، داور باید همیشه این خطر را در نظر داشته باشد که چه بسا این قبیل قواعد انتظامی، در کشور محلّ داوری به عنوان نظم عمومی بین‌المللی تلقی شود که در این صورت به منظور جلوگیری از ابطال رأی صادره ناگزیر باید قواعد مزبور را رعایت نماید.

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

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



ثروءشكاه علوم انسانی ومطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی