

محسن صادقی\*

## مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن

چکیده:

نظم عمومی یکی از مفاهیم کاربردی و در عین حال مبهم حقوق است. این مفهوم علاوه بر نقش محدودکننده‌ای که در عرصه داخلی دارد، در عرصه بین‌المللی، مانع اعمال قوانین و اجرای آرای مخالف نظم عمومی کشور میزبان می‌شود؛ هر چند در عرصه بین‌المللی، نظم عمومی معنایی مضیق‌تر دارد. امروزه نظم عمومی جنبه نوین دیگری نیز یافته است و آن، قواعد انتظامی است. نظم عمومی علاوه بر مراجع قضایی، از سوی مراجع شبه قضایی (داوری) البته با تفاوت‌هایی اعمال می‌شود.

واژگان کلیدی:

نظم عمومی، مراجع قضایی، مراجع شبه قضایی (داوری).

## مقدمه

در علم حقوق، گاه با اصطلاحات و تعابیری روبرو می‌شویم که علی‌رغم نقش و کاربرد بسیار مهمی که دارند، از نوعی ابهام مفهومی برخوردارند و «نظم عمومی» یکی از آنهاست. این اصطلاح نه تنها در بسیاری از قوانین موضوعه کشورها و از جمله ایران تعریف نشده است، بلکه حقوقدانان را نیز در ارائه تعریفی جامع و روشن از آن به زحمت انداخته است و موفقیت این دسته، تنها به ارائه تعریفی کلی محدود شده است. این دشواری، در مرحله تعیین مصادیق نظم عمومی نیز دیده می‌شود. نظم عمومی با ارکان تمدن و اخلاق حاکم بر یک جامعه ارتباط مستقیم داشته و از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است و این امر، درک همه جانبه نظم عمومی را بیش و پیش دشوار ساخته است.

با این حال، نظم عمومی چه در عرصه حقوق داخلی و چه آن‌گاه که مسأله حقوقی به خاطر وجود یک عنصر خارجی،<sup>(۱)</sup> رنگ بین‌المللی به خود می‌گیرد، محدودیت‌هایی را در راه شناسایی و اجرای قراردادهای، اسناد و تعهدات ناشی از آنها ایجاد می‌کند. بنابراین انجام تحقیق در خصوص این موضوع، ضروری جلوه می‌کند به‌ویژه آنکه امروزه قلمرو نظم عمومی نسبت به گذشته فزاینده و در آثار نویسندگان جدید از اقسامی از نظم عمومی سخن به میان می‌آید که در کتب حقوق بین‌الملل خصوصی چند دهه پیش سخن نرفته بود. لذا بررسی این جنبه‌های نظم عمومی نیز باید وجهی هم‌ت قرار گیرد. مقوله نظم عمومی علاوه بر مراجع قضایی، در مراجع شبه قضایی (داوری) نیز مطرح می‌گردد. و از این‌روست که در داوریه‌های تجاری بین‌المللی به‌رغم پذیرش حاکمیت اراده، مسأله نظم عمومی به عنوان یکی از عوامل محدودکننده این اصل حقوقی مطرح می‌باشد با این حال از آنجا که اعمال نظم عمومی در مراجع شبه قضایی نسبت به مراجع قضایی دارای تفاوت‌هایی است، پرداختن به این موضوع در مراجع شبه قضایی نیز ضروری است.

## ۱- مفهوم نظم عمومی

مفهوم نظم عمومی به دلایل زیر از ابهام برخوردار بوده و تعریف آن، دشوار به نظر می‌رسد: الف) نظم عمومی، مسأله‌ای مرتبط با اخلاق، سیاست، اقتصاد و مبانی تمدن حاکم بر یک

کشور است و از آنجا که این امور از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است، به تبع آن، مفهوم و مصادیق نظم عمومی نیز از کشوری به کشور دیگر، مختلف است. این نسبت نه تنها نسبت مکانی است بلکه نسبت زمانی نیز هست بدین معنا که در یک کشور، مفهوم و مصادیق نظم عمومی در هر دوره زمانی دگرگون می‌شود؛ بنابراین ضابطه مستقر و ثابتی برای شناخت این مفهوم در دست نیست.

ب) مطالعه تطبیقی در حقوق سایر کشورها چندان راهگشا نیست چرا که اکثر قوانین از ارائه تعریف این اصطلاح خودداری کرده و در آرای دادگاه‌ها و مراجع داوری نیز که به نظم عمومی تمسک جسته شده است، هیچ توضیح مشخصی در مورد آن ارائه نشده است. حقوقدانان نیز اختلاف نظر شدیدی در این خصوص با هم دارند به طوری که تاکنون ۲۲ تعریف از نظم عمومی ارائه شده است.

با این حال، وجود این دشواریها مجوزی برای دست شستن از تلاش نیست و از آنجا که یکی از رسالات این مقاله روشن ساختن این مفهوم است، به چند نمونه از تعاریف صورت گرفته، اشاره می‌شود:

یکی از حقوقدانان فرانسوی، نظم عمومی را به «مجموعه عناصر اساسی حقوق هر کشور که مورد احترام بوده و محدودکننده حقوق و آزادی‌هاست» (Picard, 2001, pp. 18-20) تعریف کرده است.

این تعریف، دارای دو اشکال اساسی است: اولاً: اصطلاح «مجموعه عناصر اساسی حقوق» خود، مبهم بوده و از ابهام مفهوم نظم عمومی نمی‌کاهد. ثانیاً: در این تعریف، بیش از آنکه مفهوم نظم عمومی روشن شود به نقش و کارکرد آن در حقوق پرداخته شده است.

یکی از حقوقدانان عرب برای تعریف نظم عمومی به ذکر مصادیق توسل جسته و آن را شامل «امنیت، آزادی، دموکراسی و اعتقادات اجتماعی و یا دین معین» دانسته است. (مسلم، ۱۴۱۵، ص ۲۳۰)

ایراد بزرگ این تعریف نیز آن است که اولاً: مصادیق برشمرده شده در تمام جوامع، صادق نیست و جزء نظم عمومی محسوب نمی‌شود. ثانیاً: نسبت زمانی مفهوم نظم عمومی اقتضا دارد که برخی از مصادیق مزبور در دوره‌های زمانی دیگر جزء نظم عمومی به شمار نیایند همچنان که در گذشته برخی از این مصادیق جزء نظم عمومی محسوب نمی‌شدند.

سیستم اجتماعی یا سیاسی یا اقتصادی کشور مرتبط بوده و در زمان معینی به مفهوم این مبانی مرتبط است». در انگلستان نیز قانونی که با سیاست قانون‌گذار، قواعد اخلاق و آداب عمومی آن کشور مغایر است، مخالف نظم عمومی تلقی می‌شود. (Ellito, 2000, pp.455-6)

یکی از حقوق‌دانان ما، نظم عمومی را مجموعه سازمان‌های حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره کشور و حفظ امنیت و اخلاق که تجاوز بدان‌ها ممکن نیست، می‌داند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ص ۷۱۷)

بسیاری از قانون‌گذاران ترجیح داده‌اند که این اصطلاح را تعریف نکرده و مسأله را به قاضی واگذارند. برای مثال، ماده ۱۶۳ ق.م. اردن تنها به ذکر مصادیقی از نظم عمومی پرداخته و ماده ۹۷۵ ق.م. ایران نیز هیچ تعریف و مصداقی از آن ارائه نداده است و ظاهراً تشخیص موارد مغایر نظم عمومی ایران را به قاضی سپرده است.

از آنچه گفتیم چنین برمی‌آید که تلاش قانون‌گذاران و حقوق‌دانان برای تبیین این مفهوم هنوز به نتیجه مطلوب نرسیده و تعاریف ارائه شده نیز خود آن چنان مبهمند که در روشن ساختن نظم عمومی، ابزاری قابل اتکا به شمار نمی‌آیند. اما می‌توان گفت که قاضی در تشخیص مصادیق نظم عمومی دولت متبوع خود، نقشی کلیدی دارد هرچند باید پذیریم که دادرس در این راه، به جای تفسیر شخصی و سلیقه‌ای باید به اندیشه حاکم بر جامعه و مصالح عمومی کشور خود مراجعه کند.

## ۲- تاریخچه نظم عمومی

این اصطلاح، مولود انقلاب کبیر فرانسه (۱۷۸۹) است هرچند روح آن در حقوق قدیم روم وجود دارد. در مجموعه دیژست<sup>(۱)</sup> علی‌رغم آنکه واژه «نظم عمومی» صراحتاً نیامده است اما تعبیر «اخلاق حسنه» در این مجموعه، نقشی معادل نقش نظم عمومی ایفا می‌کرد. تا قرن ۱۴، نظم عمومی محدود به نظم داخلی می‌شد اما از این زمان، به ابتکار مکتب قدیم ایتالیا یا مکتب شارحان، به مقوله نظم عمومی در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی نیز توجه شد. به عقیده این مکتب، قوانین مناسب، قوانینی هستند که خارج از قلمرو وضع آن قابل تحمل هستند و قوانین منفور، قوانینی هستند که در خارج از قلمرو خود قابل اجرا نبوده و اجرای آن قابل تحمل نیست.

در قرن هجدهم و با بروز انقلاب فرانسه، این اصطلاح برای نخستین بار در متون قانونی وارد شد (ماده ۶ قانون ناپلئون). هر چند به گفته برخی صاحب‌نظران، اصطلاح نظم عمومی در انگلستان، نیم قرن زودتر از فرانسه به کار رفت و در دعوی Chesterfield V. Jansen مورد استفاده قاضی لرد هایک قرار گرفت. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، صص ۸۱۲) اما در صحنه حقوق بین‌الملل، اسپرسن ایتالیایی در ۱۸۶۸ پرچمدار طرح بحث نظم عمومی بود؛ بحثی که امروزه، جایگاه مهمی را در مباحث حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق تجارت بین‌الملل به خود اختصاص داده است. (الماسی، ۱۳۸۲، صص ۱۸۲ و ۱۸۱)

در ایران، مقوله نظم عمومی داخلی برای نخستین بار در ماده ۶ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ انتشارات هرق مطرح گردید که قراردادهای خصوصی مغایر با نظم عمومی ایران را فاقد اعتبار دانسته بود. اما نظم عمومی بین‌المللی برای اولین بار در ماده ۹۷۵ ق.م.گنجانیده شد که مطابق آن، «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود و به موقع اجراگذار اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.»

### ۳- اقسام نظم عمومی

نظم عمومی را می‌توان در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته «نظم عمومی ملی» و «نظم عمومی فراملی» تقسیم کرد:

الف) نظم عمومی ملی: این قسم نظم عمومی از آن جهت که با قید «ملی» همراه است که برای درک مفهوم و مصادیق آن ضرورتاً باید به قانون و نظام حقوقی ملی یک کشور مراجعه کنیم. (Public Policy, 2004, p.1) نظم عمومی ملی، خود به سه دسته تقسیم می‌شود:

#### الف - ۱) نظم عمومی داخلی

منظور از نظم عمومی داخلی، مجموعه قواعد آمره موجود در یک نظام حقوقی است که نمی‌توان با قرارداد خصوصی از آن عدول کرده و برخلاف آن، تراضی کرد. برای مثال در کشور ما، قواعد ناظر به اهلیت، شرایط اساسی صحت عقد، اکثر مسائل خانوادگی و مانند آن، آمره

ترازی نمایند.

برای تعیین قواعد آمره نباید محدود به قوانین موضوعه شد چرا که برخی مصادیق نظم عمومی را می‌توان در اخلاق حاکم بر اجتماع (اخلاق حسنه) نیز یافت. اگر این استدلال را بپذیریم می‌توان بگوییم نظم عمومی داخلی هر کشور عبارت است از مجموعه قواعد آمره حاکم در آن کشور که در قوانین امری و اخلاق حسنه آن جامعه وجود دارد. این معادل‌سازی هر چند از سوی برخی حقوقدانان پذیرفته نشده است، (Carbonnier, 1967, p.100) اما غالب حقوقدانان از جمله حقوقدانان ما قائل به همین نظر هستند. (کاتوزیان، جلد اول، ۱۳۸۰، ص ۱۵۸؛ صفایی، ۱۳۸۲، ص ۵۱)

نظم عمومی در این مفهوم اعم از اخلاق حسنه بوده و شامل نظم دولتی و اداری، نظم قضایی، نظم اقتصادی، نظم سیاسی، نظم در اهلیت و احوال شخصی می‌شود. از آنجا که موضوع اصلی بحث ما، نظم عمومی در روابط تجاری بین‌المللی است و در نظم داخلی، هیچ عنصر خارجی دیده نمی‌شود، لذا این نوع نظم عمومی از حوزه بحث ما خارج بوده و به همین مقدار توضیح اکتفا می‌شود.

### الف - ۲) نظم عمومی بین‌المللی

پیش از آنکه از مفهوم نظم عمومی بین‌المللی سخن برانیم، به عنوان مقدمه باید بگوییم که دکترین نزاکت بین‌المللی اقتضا می‌کند که در مسائل تجاری بین‌المللی، قانون خارجی، خواه به خاطر تراضی طرفین و خواه به خاطر قواعد حل تعارض قوانین در کشور دیگر، اعمال گردد اما هنگامی که قانون‌گذار اجازه می‌دهد که در یک هوای تجاری بین‌المللی قانون خارجی اعمال شود (مثلاً قانون کشور محل اجرای عقد) با قانونی ناشناخته روبه‌روست. بنابراین هرگاه قاضی احراز کند که قانونی که علی‌الاصول طبق قواعد حل نظر حقوق بین‌المللی خصوصی قابلیت اعمال را دارد، با مفاهیم اساسی نظام حقوقی متبوع دادگاه مقرر تعارض دارد و به تعبیری با نظم عمومی کشور متبوع او در تعارض است، قانون خارجی را اعمال نخواهد کرد. بنابراین می‌توان گفت:

نظم عمومی بین‌المللی، «مجموعه سازمان‌ها و قواعد حقوقی است که چنان با مبانی و اصول تمدنی یک کشور مرتبط هستند که ناگزیر بر قوانین خارجی، مقدم می‌شوند».

نظم عمومی» تعبیر شده است بدین معنا که قانون خارجی علی‌الاصول در کشور دیگر قابل اعمال است مگر آنکه استثنائاً با نظم عمومی کشور مزبور تعارض داشته باشد.

در مورد نظم عمومی بین‌المللی، ذکر چند نکته ضروری است:

۱. نظم عمومی بین‌المللی و نظم عمومی داخلی (که در قسمت قبل از آن سخن گفتیم)، وجوه تشابهی با یکدیگر دارند. برای مثال هدف هر دو، حمایت از مصالح عالی جامعه است. (الهداوی، ص ۲۲۱) همچنین استناد به هر دو در مرزهای یک دولت - کشور به عمل می‌آید یعنی قاضی یا داور در مسائل حقوقی بین‌المللی نیز وقتی می‌خواهد به نظم عمومی بین‌المللی تمسک جوید مصادیق آن را در نظام حقوقی متبوع خود می‌جوید و به همین دلیل است که ما از نظم عمومی بین‌المللی به عنوان یکی از شقوق نظم عمومی ملی یاد کرده‌ایم.

با وجود این تشابهات، تفاوت‌هایی بین این دو نوع نظم عمومی دیده می‌شود از جمله آنکه در نظم عمومی بین‌المللی شاهد یک عنصر خارجی هستیم ولی در نظم عمومی داخلی نه. همچنین اثر نظم عمومی داخلی، باطل ساختن عملی است که برخلاف آن محقق شده است (مثلاً قراردادی که برخلاف نظم عمومی و قواعد آمره منعقد شده است) اما اثر نظم عمومی بین‌المللی، جلوگیری از اعمال و اجرای قانون، قرارداد سند خارجی مورد استناد است.

۲. مرجع رسیدگی به یک قضیه حقوقی برای یافتن مصادیق نظم عمومی بین‌المللی نیز باید به قوانین ملی مراجعه کند اما باید دانست که نظم عمومی در دعاوی بین‌المللی نسبت به نظم عمومی داخلی معنای بسیار محدودتری دارد. برای مثال در دعاوی داخلی، قرارداد خصوصی طرفین که برخلاف قواعد آمره حاکم بر اهلیت منعقد شده است به خاطر مغایرت با نظم عمومی باطل است یعنی طرفین نمی‌توانند در مورد سن اهلیت متعاملین، با یکدیگر تراضی کنند. اما تمام مصادیق نظم عمومی داخلی قابل انطباق با نظم عمومی بین‌المللی نیست. برای مثال اگر در یک رابطه تجاری بین‌المللی، قانون کشور خارجی قابل اعمال باشد و در قانون کشور مزبور، سن اهلیت متعاملین را ۲۱ سال مقرر کرده باشد قاضی یا داور ایرانی نمی‌تواند به استناد مغایرت این قانون با قوانین امری ما از اعمال آن خودداری کند چرا که در این صورت هیچ‌گاه هیچ قانون خارجی قابلیت اعمال پیدا نکرده و حقوق بین‌الملل خصوصی، فلسفه وجودی خود را از دست می‌داد. در حقیقت میان نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین‌المللی، رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است بدین معنا که تمام مصادیق نظم عمومی بین‌المللی، مصداقی از نظم داخلی

بین‌المللی به شمار نمی‌آیند. بنابراین دادگاه ایرانی اگر با دو پرونده بین‌المللی A و B مواجه باشد که در پرونده A قانونی خارجی بر قضیه اعمال می‌گردد که سن اهلیت متعاملین را ۲۱ سال تعیین کرده است قاضی ایرانی مکلف به اعمال آن قانون است. اما اگر در پرونده B قانونی اعمال می‌گردد که ازدواج مادر و پسر را صحیح می‌داند و دو نفر خارجی خواهان اعمال این قانون از سوی دادگاه ایرانی هستند (احوال شخصیه خارجیان، تابع قانون دولت متبوع آنهاست) قاضی ایرانی به استناد نظم عمومی از اعمال قانونی احوال شخصیه این دو نفر خارجی خودداری می‌کند.

این نکته را بیفزاییم که منظور ما از نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و داوری‌های تجاری بین‌المللی، نظم عمومی بین‌المللی است نه نظم داخلی. به عبارت دیگر استثنایی بر اعمال قانون و قرارداد خارجی یا نظم عمومی به معنای خاص که تنها شامل آن دسته از قواعد حقوقی یک نظام حقوق ملی است که حاوی معیارهای «آن چنان مقدسی هستند که حفظ خود را بر هر قیمت و بدون استثناء می‌طلبند.» (Cheshire & North, 1947, p.149)

ماده ۹۷۵ ق.م ایران نیز هر چند ظاهراً از نظم عمومی به طور کلی سخن گفته است اما ماده مزبور در بخش مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی بوده و باید در معنای محدود خود تفسیر شود و آن را استثنایی بر اعمال قانون خارجی صلاحیت‌دار دانست.

به طور خلاصه آنکه نظم عمومی بین‌المللی (تعارض قوانین) به اصول و قواعد اساسی هر کشور اطلاق می‌شود که محاکم آن کشور، این اصول را بر اجرای قانون خارجی یا حقوق ناشی از قانون مزبور مقدم می‌دارند. (Dicey and Morris, 1987, p.92)

۳. گفتیم که قاضی در تشخیص مصادیق نظم عمومی بین‌المللی ناگزیر به قانون مقرر<sup>(۱)</sup> رجوع می‌کند اما در مورد داوری بین‌المللی، اصل بر این است که داور، مقرر ندارد. بنابراین او به جای مراجعه به نظم عمومی مقرر، نظم عمومی موجود در نظام‌های حقوقی را لحاظ می‌کند که ارتباط قوی با دعوی دارند. در حقیقت برای وی، نظم عمومی این کشورها به طور یکسان مطرح است.

۴. نظم عمومی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل خصوصی با نظم عمومی در حقوق بین‌المللی عمومی متفاوت است: نظم عمومی دسته اول، در حقیقت یک نظم عمومی ملی



است که از کشوری به کشور دیگر فرق دارد و مرجع رسیدگی (قاضی یا داور) در دعاوی بین‌المللی، مصادیق این نظم را از نظام‌های حقوقی ملی استخراج می‌کنند. اما نظم عمومی حقوق بین‌المللی عمومی، اصول و قواعد کلی است که برای جامعه بین‌المللی دارای آن چنان اهمیت اساسی است که هر عمل مخالف آن، فاقد اعتبار حقوقی است. این اصول بنیادین در اسناد بین‌المللی مانند منشور سازمان ملل متحد درج شده و در تصمیماتی که در سطح جهانی یا منطقه‌ای اتخاذ می‌شود به کار می‌رود (مانند اصل منع توسل به زور). اصول مزبور میان دول مختلف، متشکر بوده، در روابط بین‌المللی به عنوان قاعده آمره بین‌المللی پذیرفته شده و کشورهای زیادی بدان پیوسته‌اند. (Jaenikes, vol.7, 1984, p.315) طبیعتاً این معنای نظم عمومی، در دعاوی بین‌المللی خصوصی نمی‌تواند منظور نظر ما باشد و توجه ما معطوف به نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی است.

### الف - ۳) قواعد انتظامی

سومین نوع نظم عمومی ملی، قواعد انتظامی<sup>(۱)</sup> است که جلوه‌ای نوین از نظم عمومی محسوب می‌گردد. منظور از قواعد انتظامی یا قواعد اجباری حقوق عمومی، «قواعد یا قوانینی است که رعایت آنها برای نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور لازم است.» (Cornu, 1990, p.684) این قواعد حقوق عمومی که می‌توان مقررات ارزی، قوانین مالیاتی و محدودیت‌های گمرکی را در شمار آنها آورد، صرف‌نظر از قانون حاکم بر قرارداد تجاری بین‌المللی باید از جانب قاضی و داور مورد لحاظ قرار گیرد. برای مثال اگر یک بانک سوئیسی وامی را به یک شرکت پرتغالی بدهد و قرارداد وام تابع حقوق انگلستان باشد و شرکت پرتغالی با استناد به قواعد انتظامی کشور خود بگوید که اجازه انتقال ارز از کشور خود را ندارد و قادر به پرداخت دین خود نیست، هرچند قرارداد تابع حقوق انگلستان است اما قاضی مکلف است که قواعد انتظامی پرتغال را نیز مد نظر قرار دهد. (ایوردن، ۱۳۶۷، صص ۱۹۰-۱)

قاضی دادگاه در مواجهه با یک پرونده بین‌المللی، صرف‌نظر از قانون خارجی ذی صلاح باید به قوانین مربوط به انتظامات مقر دادگاه نیز توجه کرده و بدون توجه به اینکه کدام قانون در مورد قرارداد اعمال می‌شود، آن را اعمال و اجرا سازد. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که

آیا قاضی علاوه بر قواعد انتظامی کشور خود، مکلف است قواعد انتظامی خارجی (قواعد کشوری که قانون آن کشور بر قرارداد حاکم شده است) را نیز رعایت کند؟ به گفته ایودرن، تاکنون به این سؤال پاسخ قطعی داده نشده است. (ایودرن، ۱۳۶۷، ص ۱۹۲)

به نظر می‌رسد می‌توان در پاسخ سؤال مزبور گفت که هرگاه قاضی تشخیص دهد که رعایت قوانین انتظامی خارجی برای تحقق هدف آن ضروری است باید آنها را اجرا کند. حتی دیوان دادگستری بین‌المللی نیز در پرونده وام‌های صرب‌ها و برزیلی‌ها رأی داد که یک قاضی ممکن است مجبور باشد که قوانین نظم عمومی یک دولت ملی را اعمال کند حتی اگر قانون قابل اعمال به موجب قرارداد، قانون کشور دیگر باشد. (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۲۵۰)

در داوری‌های بین‌المللی که علی‌الاصول صحبت از مقرّ نیست، بحث قواعد انتظامی مقر مطرح نمی‌شود اما در جایی که قانون حاکم بر قرارداد به وسیله طرفین دعوی انتخاب می‌شود این سؤال پیش می‌آید که داور باید قواعد انتظامی مربوط به قانون انتخابی را نیز رعایت کند یا نه؟

هرچند در سطح داوری بین‌المللی نقش حاکمیت اراده طرفین بسیار بارز است اما نظریه غالب آن است که طرفین دعوی نمی‌توانند حتی با انتخاب قانون حاکم بر قرارداد و حذف کردن قواعد انتظامی قانون منتخب، از اجرای مقررات مربوط به قوانین انتظامی (مانند قوانین ارزی، مالیاتی و گمرکی) جلوگیری کنند چرا که حکومت قوانین انتظامی بر قرارداد موکول به قانون حاکم بر رابطه قراردادی نیست و فی نفسه قابل اجرا است.

در جایی هم که حقوق حاکم بر قرارداد توسط طرفین انتخاب نشده است، داوران در هنگام تعیین قانون مناسب می‌توانند قواعد انتظامی کلیه قوانینی که ارتباط قوی با قرارداد دارند را مستقیماً نسبت به قرارداد اجرا کنند. در حقیقت، داور وقتی رأی را صادر می‌کند و قرار است در کشور خارجی اجرا گردد، اگر رأی خود را با لحاظ کردن قواعد انتظامی کشور محل اجرا صادر کرده باشد، به تکلیف اخلاقی خود عمل کرده است. در رأی صادره در دعوی شماره ۴۱۳۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی مقرر شده است: از آنجا که بخشی از قرارداد باید در کره و بخش دیگر آن در قلمرو جامعه اقتصادی اروپا (ایتالیا) اجرا شود، قبل از آنکه داور حقوق قابل اجرا در مورد قرارداد را تعیین کند، مسأله قوانین انتظامی کره را مورد بررسی قرار داد. همچنین قوانین انتظامی حقوق حاکم بر قرارداد و قوانین مربوط به انتظامات که امکان اجرای آنها نسبت به توافق طرفین

پرسش دیگر آن است که آیا داور بین‌المللی، صرف‌نظر از قواعد انتظامی حقوق حاکم بر قرارداد، قواعد انتظامی دیگر را نیز باید رعایت کند؟ به عنوان پاسخ باید گفت: در جایی که طرفین صریحاً قانون حاکم بر قرارداد را انتخاب کرده و قواعد انتظامی خارج از حقوق حاکم بر قرارداد را نفی کرده‌اند، کافی است تا داوران، قوانین انتظامی خارج از حقوق منتخب طرفین را نادیده گرفته و به حاکمیت اراده آنها توجه کنند. حتی دیوان دآوری اتاق تجارت خارجی آلمان نیز رأیی در این زمینه صادر کرده است. (ایودرن، ۱۳۶۷، ص ۱۹۸) اما در مواردی که طرفین، حقوق حاکم بر رابطه قراردادی را تعیین نکرده‌اند، مادامی که داور در مورد اجرای یک یا چند حقوق اظهار نظر نکرده است کلیه حقوق‌های ملی و غیر ملی برای داور در یک ردیف قرار داشته و او می‌تواند قوانین انتظامی خارج از حقوق حاکم بر قرارداد را نیز اعمال کند البته اگر آنها را مرتبط با قرارداد می‌داند.

### ب) نظم عمومی فراملی

گرایش‌های شدید حاکم بر حوزه تجارت بین‌المللی و به‌ویژه دآوری بین‌المللی به سمت کنار گذاشتن قوانین و نظام‌های حقوق ملی<sup>(۱)</sup>، نه تنها زمینه‌ساز پیدایش «قانون فراملی» شد بلکه در خلق مفهوم جدیدی از نظم عمومی به نام «نظم عمومی فراملی» بسیار مؤثر بود. منظور از این اصطلاح، برخی اصول اساسی مشترک میان بیشتر نظام‌های حقوقی و تجارت بین‌الملل است که مقبولیت عامه یافته و گاه از آن به نظم عمومی مخصوص حقوق فراملی بازرگانی<sup>(۲)</sup> تعبیر می‌شود.

برخی صاحب‌نظران این مفهوم را مورد انکار و تردید قرار داده و به خاطر ابهام مفهومی آن، به انتقاد پرداخته‌اند همچنان که قاضی دادگاه فدرال سوئیس چنین رویه‌ای را اتخاذ کرد. (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۵۹) اما در مقابل، نویسندگانی چون گلدمن با تأیید وجود این نظم، آن را یک نظم فرامرزی قلمداد کرده‌اند. (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۳۱)

تعریفی که از نظم عمومی فراملی به عمل آمد، آن را تا حدود زیادی به نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی (که در صفحات قبل از آن سخن رفت) نزدیک می‌کند اما باید دانست که نظم عمومی دسته اول در حوزه حقوق خصوصی است و نظم عمومی دسته دوم ناظر بر روابطی

است که جنبه عمومی داشته و مربوط به تعهدات یک کشور در عرصه بین‌المللی است. تفاوت نظم فراملی با نظم عمومی حقوق بین‌المللی خصوصی نیز آن است که نظم عمومی فراملی مختص یک کشور نبوده و از قانون‌گذاری ملی ناشی نشده است بلکه ریشه خود را در اصول کلی حقوق و عرف‌های فراملی بازرگانی می‌یابد (Rigerra Naon, 1992, P.41 & Seq) در حالی که در نظم عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی ناظر نیز ارزش‌ها و مصالح یکسویه یک کشور بوده و ریشه در قواعد ملی آن کشور دارد.

دادگاه‌ها در هنگام مواجه شدن با یک قانون خارجی، ملاحظات نظم عمومی مخصوص کشور مقرر خود را در نظر می‌گیرند. در واقع گرایش به اعمال قوانین ملی و توجه به مقوله حاکمیت در مراجع قضایی باعث می‌شود تا نظم عمومی فراملی در این دسته از مراجع جایگاهی نداشته باشد. اما در مقابل، مراجع شبه قضایی که تا حد زیادی به سوی فراملی و فرامحلی شدن حرکت کرده و محدودیت‌های مراجع قضایی را ندارند تمایل بسیاری به اعمال نظم عمومی فراملی دارند. هرچند نمی‌توان راه افراط را پیمود و قائل به این نظر شد که داور بین‌المللی تنها ملزم به رعایت این نظم است اما تفکر حاکم بر حوزه داوری‌های تجاری بین‌المللی بدین سمت گرایش دارد.

از جمله موارد نظم عمومی بین‌المللی که در آرای صادره از مراجع داوری بین‌المللی بدان استناد شده است، این اصل حقوقی است که دولت یا طرفی که شرط داوری را قبول کرده است و طرف دیگر بدان اعتماد نموده است نمی‌تواند به بطلان شرط به خاطر محدودیت‌های قانون ملی خود استناد کند. در پرونده شرکت ELF.Aquitaine علیه شرکت ملی نفت ایران، مرجع داوری رأی داد که هرچند خواننده ایرانی مدعی است که شرط مندرج در قرارداد مبنی بر ارجاع اختلاف با داوری به استناد اصل ۱۳۱ قانون اساسی ایران نادرست و بی‌اعتبار است اما نظم عمومی فراملی اقتضاء دارد که هرگاه طرف قرارداد به شرط داوری مندرج در آن اعتماد کرده است طرف دیگر نمی‌تواند به قواعد آمره داخلی کشور خود استناد کرده و شرط را باطل بداند. (اخلاقی، ۱۳۸۲، ص ۳۱۱) همچنین لرد کراس، قاضی دادگاه استیناف انگلیس با استناد به نظم عمومی فراملی، آن را بخشی از نظم عمومی کشور خود معرفی می‌کند. (Mosconi, 1989, P.68)

و اثر در مرحله اثرگذاری حق تقسیم کرد. از آنجا که نظم عمومی را به نظم عمومی داخلی، بین‌المللی، قواعد انتظامی و نظم عمومی فراملی تقسیم کردیم، باید این دو دسته آثار در هر یک از اقسام زیر را مورد بررسی قرار دهیم. لازم به یادآوری است که چون موضوع مقاله، شامل نظم عمومی داخلی و نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی نمی‌شود، مباحث این بخش، منصرف از این دو نوع نظم عمومی است:

### الف) آثار مثبت و منفی (ایجابی و سلبی)

منظور از آثار مثبت و منفی نظم عمومی آن است که هرگاه مرجع رسیدگی، قانون خارجی را مغایر نظم عمومی ملی یا فراملی دید می‌تواند از اعمال آن خودداری کرده (اثر منفی یا سلبی) و قانون متبوع خود را جایگزین آن کند (اثر مثبت یا ایجابی). برای مثال اگر دعوی میان پدر و پسری که قانون دولت متبوع آنها، حق انفاق را میان آنها به رسمیت نشناخته است در ایران مطرح شود و پرداخت نفقه از سوی پسر به پدر فقیر در زمره مسائل مربوط به نظم عمومی باشد، قاضی ایرانی، قانون خارجی را که مغایر نظم عمومی ایران است اعمال نکرده (اثر منفی) و قانون ایران را جایگزین کرده و حکم بر پرداخت نفقه می‌کند. (اثر مثبت)

یکی از نویسندگان بزرگ ما در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی معتقدند که گاه اثر نظم عمومی صرفاً منفی است یعنی قاضی از اعمال قانون خارجی خودداری کرده بدون آنکه قانون متبوع خود را جایگزین آن کند. ایشان برای توضیح بیشتر به مثالی متوسل می‌شوند: اگر زن و شوهر ایرانی در اسپانیا که حق طلاق پذیرفته نشده و از مصادیق نظم عمومی است، طرح دعوی کرده و تقاضای طلاق کنند، قاضی اسپانیایی، قانون ایران را به استناد مغایرت با نظم عمومی کشور خود رد کرده بدون آنکه قانون کشور خود را جایگزین کند. (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۰)

این نظر، قابل انتقاد است چرا که در مثال بالا، قاضی اسپانیایی از یکسو قانون ایران را به خاطر مغایرت با نظم عمومی اسپانیا رد کرده است (اثر منفی) و از سوی دیگر با مراجعه به قانون ملی خود، درخواست مزبور را رد کرده و از این طریق، قانون دولت متبوع خود را اعمال نموده است (اثر مثبت). بنابراین اثر نظم عمومی در هر حال واجد دو جنبه مثبت و منفی است. ممکن است ایراد شود که وقتی صحبت از اثر مثبت نظم عمومی و جانشین ساختن قانون ملی می‌شود مراد، یک قانون ماهوی ملی است در حالی که در مثال بالا، قاضی اسپانیایی تنها

ضرورت جایگزین کردن قانون ماهوی مستند به هیچ دلیل محکمی نبوده و هیچ یک از متخصصان این رشته نیز به این ضرورت اشاره نکرده‌اند. این نکته را بیفزاییم که در رویه قضایی برخی کشورها مانند آلمان، قاضی پس از تشخیص مغایرت قانون خارجی با نظم عمومی مقر، باید قانون خارجی‌ای که نزدیک به مورد دعواست را جایگزین کند و در نبود چنین قانونی، باید قانون خارجی مغایر را تعدیل کند. این رویه از آنجا که به خودکامگی قاضی می‌انجامد از سوی دیگر کشورها مورد قبول قرار نگرفته و در غالب نظام‌ها (مانند ماده ۷۳ ق.م.کویت)، قانون ملی متبوع، جایگزین قانون خارجی مغایر می‌شود. (الهداوی، ص ۲۲۴)

آنچه گفتیم در مورد اعمال نظم عمومی در مفهوم حقوق بین‌الملل خصوصی از سوی دادگاه‌هاست. حال باید دید که در مراجع داوری اثر نظم عمومی چگونه است؟ مراجع داوری می‌توانند برخی زوایای قانون حاکم بر قرارداد را حتی اگر از سوی طرفین انتخاب شده باشد، به استناد نظم عمومی رد کنند بنابراین اثر منفی نظم عمومی محرز است. از آنجا که داوران در صورت داشتن مقر به استناد قانون ملی مقر خود یا به استناد قانونی که مناسب تشخیص می‌دهند، قانون مغایر نظم عمومی را رد کرده و دو قانون مزبور را جایگزین آنها می‌کنند، می‌توان برای نظم عمومی قائل به اثر مثبت نیز شد.

در مورد نظم عمومی به مفهوم قواعد انتظامی باید گفت: هرگاه قاضی یا داور، قانون خارجی را مغایر قواعد انتظامی لازم‌الاجرا ببینند از اعمال آن خودداری می‌کنند (اثر منفی) و چون به استناد قواعد مزبور قانون خارجی مغایر را نفی کرده و قواعد انتظامی را جایگزین می‌کنند، دارای اثر مثبت نیز هست. تنها تفاوت مرجع قضایی و شبه قضایی در این مورد، آن است که قاضی معمولاً قاعده انتظامی مقر دادگاه را لحاظ می‌کند اما داور بین‌المللی از آنجا که علی‌الاصول فاقد مقر است می‌تواند قواعد انتظامی مربوط به حقوق حاکم بر قرارداد و نیز قواعد انتظامی کلیه قوانینی که با قرارداد دارای ارتباط قوی هستند را اعمال کند حتی اگر مربوط به قانون حاکم بر رابطه قراردادی نباشد.

در مورد اثر مثبت و منفی نظم عمومی فراملی نیز باید گفت که چون دادگاه‌ها به این نوع نظم عمومی استناد نمی‌کنند، اثر مزبور در مورد آنها صدق پیدا نمی‌کند. اما مراجع داوری بین‌المللی که گرایش زیادی به اعمال این نوع نظم عمومی دارند گاه قانون ملی یک کشور را به خاطر مغایرت با نظم فراملی رد کرده (اثر منفی) و قاعده مربوط به نظم عمومی فراملی را جایگزین آن

است، حقوق این کشور که از قانون ملی ناشی شده است از سوی مراجع داوری و به استناد نظم عمومی فراملی رد شده (اثر منفی) و قاعده حقوقی ناشی از این نظم که دال بر اعتبار و نفوذ حقوقی شرط داوری است جایگزین می‌گردد. (اثر مثبت)

### ب) اثر نظم عمومی در مرحله ایجاد حق و اثرگذاری حق

قانون و رویه قضایی بین نقش نظم عمومی در هنگام ایجاد حق و در هنگام استناد به حقی که در خارج کسب شده است (مرحله اثرگذاری حق) تفاوت قائلند. هرچند دادگاه‌ها در موقع طرح دعوی نزد آنها، نظم عمومی را شدیدتر اعمال می‌کنند اما تمایل دارند که آثار حق مکتسب را در خارج به مقتضای قانون خارجی صلاحیتدار، محترم بشناسند حتی اگر قانون ملی مقر دادگاه به دلیل تعارض چنین حقی با نظم عمومی، اجازه ایجاد آن را ندهد. برای مثال شخص خارجی در ایران نمی‌تواند با مادر خود ازدواج کند و دادگاه ایران نیز چنین حقی را برای پسر قائل نیست. اما اگر این دو نفر در کشور خود که اجازه چنین ازدواجی را می‌دهد، ازدواج کنند و سپس زن بابت گرفتن نفقه در دادگاه ایران طرح دعوی کند، چون حق مکتسب در خارج به دست آمده است، قاضی ایرانی حکم به پرداخت نفقه را صادر می‌کند. این دکترین به «دکترین اثر خفیف استثناء نظم عمومی»<sup>(۱)</sup> معروف است.

آنچه گفتیم در مورد نظم عمومی به مفهوم حقوق بین‌الملل خصوصی در مرجع قضایی بود. حال باید اثرات مزبور را در مرجع شبه قضایی بررسی کنیم:

داور در مواجه شدن با مسأله‌ای که خلاف نظم عمومی است نمی‌تواند حقی مغایر با قوانین مادی و موجد حق برای طرفین یا یک طرف دعوی به رسمیت بشناسد و در صورت صدور چنین رأیی، رأی او به خاطر مغایرت با نظم عمومی و قوانین مادی، قابل ابطال است. (بند ۲ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مصوب ۷۶/۶/۲۶ و ماده ۳۴ قانون نمونه آنسیترال ۱۹۸۵) اما هرگاه حقی در خارج کسب شده باشد، داور نیز می‌تواند به دکترین اثر خفیف نظم عمومی استناد کرده و حق مزبور را به رسمیت بشناسد حتی اگر قانون مقر داور آن حق را قابل ایجاد نداند.

در مورد نظم عمومی به معنای قواعد انتظامی باید گفت که مرجع قضایی و شبه قضایی نمی‌تواند قائل به ایجاد حق برخلاف قواعد مزبور گردد. اما اگر حق در خارج کسب شده و اجرای

آن با قواعد انتظامی مقر دادگاه و داوری در تعارض است به نظر می‌رسد باز هم حق مزبور قابل اجرا نباشد و دکتین فوق‌الذکر در مورد این قواعد، قابل استناد نباشد چرا که قواعد مزبور مرتبط با حقوق عمومی یک کشور بوده و صرف‌نظر از قانون قابل اعمال بر قرارداد، به خودی خود اعمال می‌شوند و دادگاه و مراجع داوری مکلفند آنها را در نظر بگیرند.

در مورد نظم عمومی فراملی نیز باید گفت که اثر این نظم در مرحله ایجاد و اثرگذاری حق، در مورد مراجع قضایی به دلیلی که بدان اشاره شد، صدق نمی‌کند. اما گرایش داوران تجاری بین‌المللی بدین سمت است که از به رسمیت شناختن حقی که برخلاف نظم فراملی است امتناع کنند. لذا اثر نظم فراملی را در مرحله ایجاد حق می‌توان مشاهده کرد. اما در مرحله اثرگذاری حق، به نظر می‌رسد که دکتین اثر خفیف استثنای نظم عمومی در مورد نظم فراملی اعمال نمی‌شود چرا که در نظم عمومی ح.ب.خ، ممکن بود یک حق در کشور خارجی به‌طور مجاز ایجاد شده و حالا در کشور دیگر به مرحله اثرگذاری رسیده است حتی اگر با نظم عمومی کشور محل اجرا مغایر باشد. به عبارت دیگر یک حق در یک کشور مغایر نظم عمومی نبوده و در کشور دیگر مغایر است و این تعارض به خاطر تفاوت قانون‌های ملی است اما در نظم عمومی فراملی که شامل اصولی است که مقبولیت عامه یافته است، غالباً چنین تعارضی وجود ندارد و کشورها در این زمینه، بسیار با یکدیگر نزدیکند. بنابراین در مورد نظم عمومی فراملی، فرض ایجاد حق در یک کشور به نحو مشروع و مغایرت آن با نظم عمومی کشور محل اجرا و به تبع آن، ضرورت استناد به حق مکتسب در خارج، به ندرت مطرح می‌شود.

### ۵- موارد اعمال نظم عمومی

از آنجا که نظم عمومی هم از سوی مراجع قضایی و هم از سوی مراجع غیرقضایی (داوری) مورد استناد قرار می‌گیرد لذا در قسمت اول، از اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و در قسمت دوم، از اعمال نظم عمومی در مراجع داوری سخن می‌گوییم:

#### قسمت اول - اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی

مراجع قضایی در دو مرحله به نظم عمومی استناد می‌کنند: الف) مرحله اعمال قانون خارجی بر قضیه مطروحه ب) مرحله اجرای حکم، سند و قرارداد خارجی



### الف) نظم عمومی در مرحله اعمال قانون خارجی

چنانکه پیش از این گفتیم، نظم عمومی در ح.ب.خ، چیزی بیش از یک نظم عمومی ملی در صحنه بین‌المللی نیست اما نسبت این مفهوم و نبودن ضابطه مشخص برای شناسایی مصادیق آن، وظیفه دادرس را بیش از پیش سنگین می‌کند. قاضی مکلف است متناسب با تغییر نظام و تفکر حاکم بر کشور و تحول آرمان‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی و نیز همگام با تغییرات صورت گرفته در قواعد انتظامی، مصادیق نظم عمومی را تعیین کرده و از اعمال قانون خارجی مغایر با آن خودداری کند که از این نظم عمومی به «نظم عمومی پردکننده» تعبیر می‌شود. این مسأله در ماده ۴ ق.م آلمان، ماده ۶ ق.م اتریش، ماده ۲۲ ق.م پرتغال و ماده ۹۷۵ ق.م ایران به صورت ضمنی مذکور افتاده است. برخی حقوقدانان کوشیده‌اند تا ضابطه‌ای مشخص را برای تعیین موارد نظم عمومی ارائه دهند:

ساوینی، بنیان‌گذار مکتب تاریخی، معتقد است که دو کشوری که جزء یک نظام حقوقی هستند، دارای قرابت بوده و مصادیق نظم عمومی یکسانی دارند. این نظر قابل ایراد است چرا که مثلاً طلاق در فرانسه پذیرفته شده است ولی این مسأله در اسپانیا مغایر با نظم عمومی است در حالی که هر دو کشور جزء نظام حقوق نوشته هستند. به‌طور کلی در نظام‌های حقوقی مشترک هم به علل فنی یا مصالح اجتماعی و سیاسی و اقتصادی، تفاوت در نظم عمومی دیده می‌شود. (عالم‌زاده، ۱۳۷۲-۷۳، ص ۶۰)

ساواتیه، حقوقدان فرانسوی، معتقد است که موضوعات اساسی تمدن یک کشور جزء مصادیق نظم عمومی آن کشور بوده و قاضی دادگاه، قانون مغایر با این موضوعات را اعمال نخواهد کرد.

ایراد این نظر نیز آن است که اولاً: ضابطه مذکور، بسیار مبهم و ناروشن است. ثانیاً: بسیاری از موضوعات مربوط به نظم سیاسی و اقتصادی کشور، جزء نظم عمومی‌اند بی آنکه از اصول اساسی تمدن باشد.

پیه، یکی دیگر از حقوقدانان فرانسوی، معتقد بود که برای یاری رساندن قاضی در تشخیص مصادیق نظم عمومی، باید تمام مصداق‌های آن برشمرده شده و احصاء شود. (عالم‌زاده، ۱۳۷۲-۷۳، ص ۶۸)

این نظر نیز هیچ‌گاه عملی نخواهد بود چرا که نظم عمومی، مفهومی متغیر و نسبی است و

به نظر می‌رسد که بهترین راه حل آن است که قاضی، مصادیق نظم عمومی را تشخیص دهد اما برای آنکه این اختیار به خودکامگی او نیجامد، پیشنهاد شده است که قاضی تنها در ذهن خود به مقایسه قانون خارجی و نظم عمومی نپردازد بلکه با استفاده از روش استقرایی، باید نتایج اعمال قانون خارجی را در مقرّ مورد ارزیابی قرار دهد. (Lagarde, 1959, pp.157-167) از ظاهر ماده ۹۷۵ ق.م ایران که می‌گوید: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد»، برمی‌آید که قانون‌گذار ما روش تحلیل ذهنی را پذیرفته است در حالی که مقررات جدید مانند ماده ۱۷ قانون حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۷۸ با تصریح به «نتیجه اعمال قوانین خارجی»، مقرر می‌دارد: «اعمال مقررات قانون خارجی در صورتی که نتیجه‌اش مخالف با نظم عمومی سوئیس باشد ممکن نیست». بنابراین قاضی باید نتیجه اعمال قانون خارجی را در مقرّ دادگاه بررسی کند و بعد به نظم عمومی ملی خود استناد کند.

در برخی کشورها مانند انگلستان برای کاستن از ابهام مفهومی نظم عمومی و یاری رساندن دادرس، الگوهایی را مطرح ساخته‌اند. برای مثال قراردادهای خارجی منعقد شده بر اساس اضطرار و اکراه، نفوذ حقوقی نداشته و اعتبار بخشیدن به آنها با نظم عمومی انگلستان مغایر است. همچنین قراردادهایی که به منافع کشور انگلیس و رابطه حسنه آن با دیگر کشورها لطمه می‌زند بر اساس نظم عمومی قابل رد است. (Dicey & Morris, pp.95-97)

وضعیت در حقوق ایران، دشوارتر است چرا که رویه قضایی ما درخصوص تعیین مصادیق نظم عمومی و الگوسازی برای سایر قضات، فقیر است. تنها برخی حقوقدانان ما الگوهایی را ارائه داده‌اند از جمله آنکه نهادهای حقوقی قانون خارجی که در حقوق ایران وجود ندارد مانند خسارت تأخیر تأدیه و نیز سازمان‌های حقوقی خارجی که اجرای آنها در نظام حقوقی ایران، غیر قابل تحمل است، برخلاف نظم عمومی ایران هستند. (نصیری، ۱۳۷۲، صص ۱۹۰ و ۱۹۱) هر چند باید گفت که این قبیل الگوها نیز به دلیل ابهامی که دارند نمی‌توانند چندان راهگشا باشند.

### ب) نظم عمومی در مرحله اجرای حکم، سند و قرارداد خارجی

هرگاه حکمی از دادگاه‌های خارجی صادر شده باشد یا سندی در خارج، تنظیم شده باشد یا

محل اجرا منافات نداشته باشد. مخالفت حکم خارجی با نظم عمومی ممکن است به دلیل عدم رعایت قواعد آمره دادرسی مثل اصل تناظر یا به دلیل تعارض محکوم به نظم عمومی (مثل حکم به طلب ناشی از قمار) یا به دلیل تعارض حکم خارجی با یک حکم قطعی داخلی باشد. در کشور ما، مواد متعددی گویای این قاعده هستند از جمله بند ۲ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، (مصوب ۱۳۵۶) احکام و اسناد لازم الاجرای کشورهای خارجی را تنها در صورتی در ایران قابل اجرا می‌داند که علاوه بر دارا بودن شرایط مذکور در قانون، مفاد آن، «مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد». هر چند در این ماده از «قوانین مربوط به نظم عمومی» سخن به میان آمده است اما قاضی ایران باید در تشخیص مصادیق نظم عمومی، علاوه بر قانون، به منابع دیگر نیز مراجعه کند. در کشورهای حقوق نوشته، قانون مهم‌ترین منبع نظم عمومی است اما برخلاف عقیده طرفداران مکتب اصالت فرد، یگانه منبع آن نیست و عرف و عادات و اصول کلی حقوقی نیز در شمار منابع آن است. (صادقی، ۱۳۸۲، صص ۱۵۲-۱۴۲)

همچنین ماده ۱۲۹۵ ق.م ایران مقرر می‌دارد: «محاکم ایران به اسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده دارا می‌باشد. مشروط بر اینکه: اولاً... ثانیاً - مفاد آنها مخالف با قوانین مربوطه به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد...»

در پایان این بخش بدین نکته اشاره می‌کنیم که در کنار نسبی بودن نظم عمومی، اصل بر فعلیت آن نیز هست یعنی قاضی باید نظم عمومی را با وضعیت کنونی در زمان صدور حکم در نظر بگیرد نه زمان قبل و بعد از صدور رأی. (Mayer, 1991, p.139)

### قسمت دوم - اعمال نظم عمومی در مراجع شبه قضایی

داور، چه به صورت فردی و چه به صورت هیأت داور، در مقام رسیدگی به موضوع اختلاف، در چهار مرحله با مقوله نظم عمومی سروکار دارد:

#### الف) اعمال نظم عمومی در قابلیت ارجاع عمومی به داوری

مقوله اعمال نظم عمومی در قابلیت ارجاع دعوی به مرجع رسیدگی‌کننده، تنها در داوری

ارجاع برای رسیدگی است یا نه، در مورد دادگاه‌ها مطرح نمی‌شود. (Crigerra Naon, 1986, pp. 7)

(Seq & از این رو، این مورد را تنها در بخش مرجع داوری بررسی می‌کنیم:

در مورد قانون حاکم بر قابلیت ارجاع دعوی به داوری اختلاف نظر وجود دارد. اما این نظریه پذیرفته شده است که در صورت سکوت طرفین، داور باید قانون مناسب را با توجه به عرف‌ها و یا ارجاع به قانون ملی تعیین کند ولی مکلف است که به قواعد آمره قانون محل داوری و محل اجرای رأی داوری توجه کند و تنها بعد فنی قضیه را لحاظ نکند؛ او باید رأیی به طرفین بدهد که بتوانند آن را اجرا کنند. در صورتی که قانون محل داوری، اساساً دعوی را قابل ارجاع به داوری نمی‌داند مثل دعاوی مربوط به کار یا مسائل جزایی همچنین وقتی در کشور محل اجرای رأی داوری، موضوع دعوی قابلیت ارجاع به این مرجع را نداشته است رأی مزبور به دلیل مغایرت با نظم عمومی، بی‌اعتبار بوده و قابلیت اجرایی پیدا نمی‌کند همچنانکه بند دو ماده ۵ کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، چنین مقرر کرده است. با این حال امروزه در داوری‌های بین‌المللی گرایش به این امر است که محدودیت‌های مربوط به نظم عمومی را در خصوص قابلیت ارجاع امر به داوری کاهش دهند و حتی به گفته یکی از متخصصان، قواعد حقوقی محدودکننده قابلیت ارجاع، لزوماً بخشی از نظم عمومی نیستند و این محدودیت‌ها فقط وقتی از سوی داوران یا دادگاه‌ها اعمال می‌شوند که بخشی از قانون قابل اعمال نسبت به دعوی را تشکیل دهند و لازم نیست که این مسأله به عنوان بخشی از نظم عمومی، لزوماً اجرا شود حتی اگر قانون دیگری نسبت به دعوی قابل اعمال باشد. (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۶۲) این نکته را نیز بیفزاییم که در خصوص دیگر شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR)<sup>(۱)</sup> مانند سازش، میانجیگری، این سختگیری بسیار کمتر است. (Pryles, 1998, p.112)

امروزه با توجه به شناسایی مفهوم نظم عمومی فراملی و نیز برخورد منعطف‌تر نظم عمومی ملی با داوری‌های راجع به قراردادهای بین‌المللی نسبت به قراردادهای داخلی، می‌توان دریافت که محدودیت‌های نظم عمومی راجع به قراردادهای بین‌المللی بیشتر کاهش یافته است. هرچند در تعدادی از آرا آمده است که برخی دعاوی ناشی از توافقات ناظر به رشوه و ارتشاء مانند دعوی یک کارگزار آرژانتینی علیه یک شرکت انگلیسی به واسطه مخالفتشان با نظم عمومی فراملی، غیرقابل داوری دانسته شده‌اند. (جنیدی، ۱۳۸۲، ص ۶۴) در حقوق ایران نیز ماده

۴۹۶ ق.آ.د.م. با منع ارجاع برخی دعاوی مانند دعاوی راجع به اصل طلاق و نکاح به داوری، بر این محدودیت تصریح کرده است.

## ب) اعمال نظم عمومی در آیین رسیدگی داوری و اصول اجباری دادرسی (حوزه حقوق شکلی)

طرفین در انتخاب قانون حاکم بر آیین داوری آزادند و در صورت سکوت آنها، داوران دارای این اختیار هستند اما این آزادی، نامحدود نیست بلکه آنها مکلفند که اصول کلی حقوقی آیین رسیدگی را که جزء قواعد امری بوده و برای تأمین یک رسیدگی منظور و صحیح ایجاد شده‌اند را رعایت کنند.

با وجود گرایش‌هایی که به غیرملی و غیر محلی کردن داوری‌های تجاری بین‌المللی وجود دارد اما هر کشوری مایل است که جریانات داوری را در سرزمین خود کنترل کند. از این رو داوران مکلفند اصول اجرای دادرسی مانند اصل بی‌طرفی، اصل ابلاغ به موقع و اصل رعایت حق دفاع را در رسیدگی خود رعایت کنند. (Mustill & Boyd, 1982, pp. 243-244)

این قواعد آمره، جزء نظم عمومی کشور محل برگزاری رسیدگی‌های داوری است و در صورت نقض شدن، رأی داور ابطال می‌شود. همچنین داور باید نظم عمومی ناشی از اصول دادرسی کشور محل اجرای رأی داوری را هم رعایت کند تا طرفین بتوانند رأی را اجرا کنند و الاً طبق ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، کشور مزبور از شناسایی و اجرای چنین رأیی خودداری می‌کند.

در مورد اینکه آیا رأی داور باید مستدل و موجه باشد یا نه و در صورت عدم رعایت آن، نظم عمومی دادرسی نقض شده است یا نه، در کنوانسیون‌ها و قوانین داخلی کشورها راه‌حل‌های متفاوتی پذیرفته شده است اما رویه غالب، لزوم توجیه رأی توسط اوست و نقض آن، نقض یکی از قواعد آمره رسیدگی تلقی می‌شود. (ر.ک به: ماده ۳۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران) اما در مواردی که رأی داوری در کشوری صادر شده است که نیازی به توجیه و ذکر دلایل نبوده است و باید در کشوری اجرا شود که رأی داوری باید موجه باشد، غالباً کشور محل اجرا، به نظم عمومی استناد نکرده و رأی را قابل اجرا می‌داند همچنان که دادگاه ایتالیا، رأی داوری انجمن داوری آمریکا را قابل اجرا دانسته و چنین استدلال می‌کند: «این واقعیت که تعلیل [رأی] یک اصل قانون

اساسی است توسط مراجع تقنینی و قضایی خارجی، چنین تلقی نشود». (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۴)

### ج) اعمال نظم عمومی در قانون حاکم بر ماهیت دعوی (حوزه حقوق ماهوی)

در نظام‌های حقوقی‌ای که قانون حاکم بر ماهیت دعوی، به طور امری تعیین شده و برای حاکمیت اراده طرفین، نقشی قائل نشده‌اند، دادگاه ناگزیر است که به نظم عمومی مقرر نفوذ کند. اما در نظام‌هایی که به طرفین امکان انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را داده‌اند، این آزادی، مطلق نیست و برای جلوگیری از فرار آنها از قواعد امری قانون ذیصلاح، مقرر شده است که قانون حاکم باید قانون مناسب باشد یعنی دارای بیشترین ارتباط با رابطه قراردادی باشد و حتی‌الوجه دادگاه‌ها، شروط قانون حاکم بر قرارداد را به دلیل عدم ارتباط قانون منتخب با عمل حقوقی مزبور با استناد به نظم عمومی رد کرده و تمایل دارند که قانون مقرر خود را اعمال کنند. اما در عرصه داوری بین‌المللی از آنجا که دیوان داوری، علی‌الاصول دارای مقرّر نیست، داوران دلیلی ندارند که انتخاب طرفین را فقط به دلیل عدم ارتباط و تحت عنوان نظم عمومی بی‌اعتبار سازند. در عرصه داوری بین‌الملل، وقتی صحبت از نظم عمومی به میان آید، مراد هم نظم عمومی ح.ب.خ یا نظم عمومی به معنای خاص مدنظر است اما در جایی که طرفین قرارداد، خود، قانون یک کشور مشخص را به همراه قواعد داخلی آن کشور بر قرارداد خود حاکم می‌کنند، داوران مکلفند که به اراده آنها احترام گذاشته و نظم عمومی داخلی (قواعد آمره کشور مزبور) را مد نظر قرار دهند نه نظم عمومی ح.ب.خ را.

در مواردی که داوران بین‌المللی به دعوی رسیدگی می‌کنند اگر طرفین، قانون کشوری را بر شروط قراردادی خود حاکم کرده‌اند و داوران در رسیدگی دریابند که برخی شروط قراردادی با نظم عمومی داخلی کشور مزبور مغایر است آیا باید به اراده طرفین توجه کند یا به استناد نظم عمومی، شروط را باطل کند؟ دو فرض را باید از هم تفکیک کرد:

فرض اول: حقوق قابل اعمال توسط طرفین قرارداد انتخاب می‌شود: در این فرض، داور مکلف است که به مفاد تراضی طرفین عمل کند. وظیفه او ارزیابی مفاد نیست بلکه باید آن را رعایت کند همچنانکه رأی شماره ۱۵۸۱ مورخ ۱۹۷۱ اتاق بازرگانی بین‌المللی چنین مقرر داشته است.

فرض دوم: فرضی است که قانون حاکم توسط داور انتخاب می‌شود: در این حالت، قانون

شروط قراردادی مغایر است، نادیده انگارد مگر آنکه اصرار کند که اراده طرفین بر این بوده است که مقررات نظم عمومی در مورد آنها اجرا نشود. البته داور باید قانونی را برگزیرند که شروط قراردادی را تا حد امکان به رسمیت بشناسند قانونی که به علت داشتن مصادیق نظم عمومی زیاد، بسیاری از شروط قراردادی را ابطال کند چرا که طرفین چنین خواسته‌اند. همچنین داور مکلف است که در تعیین قانون مناسب حاکم بر ماهیت دعوی به قواعد انتظامی نیز توجه کند.

(Craig, Park & Paulsson, 1998, pp.111-113)

### د) اعمال نظم عمومی در شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی

کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸، بارزترین سند بین‌المللی در مورد شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی است. ماده ۵ کنوانسیون مزبور، موانعی را برای اجرای رأی داوری بر شمرده است و در بند ۲ خود به مغایرت مفاد رأی با نظم عمومی کشور محل اجراء به عنوان یکی از موانع، اشاره کرده است. ایراد نظم عمومی در میان سایر موانع اجرای رأی، مذکور در ماده فوق، دارای این ویژگی است که مقام رسیدگی کننده می‌تواند رأساً و بدون نیاز به اعتراض طرفین، بدان ترتیب اثر دهد. منظور از نظم عمومی، نظم عمومی قانون مقرر دادگاه محل درخواست اجراء است و قانون مقر، جهت تصمیم‌گیری نسبت به ایراد نظم عمومی، واحد صلاحیت است. نظم عمومی در داوری‌های تجاری بین‌المللی که ضرورتاً واجد یک عنصر بین‌المللی بوده، همان نظم عمومی حقوق بین‌المللی خصوصی (نظم عمومی به معنای خاص) است و نه نظم عمومی داخلی.

(جنیدی، ۱۳۸۱، صص ۲۷۲-۲۶۴)

دادگاهی که از او تقاضای شناسایی و اجرای رأی شده است در تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت آن با نظم عمومی مقر خود باید ببیند آیا اصول شکلی اجباری رسیدگی داوری رعایت شده است یا نه. همچنین اگر ببیند که دعوی در خارج به داوری ارجاع شده در حالی که در کشور محل اجراء، آن دعوی اساساً قابل ارجاع به داوری نیست، از شناسایی و اجرای آن خودداری می‌کند. (ماده ۵ کنوانسیون نیویورک)

### نتیجه‌گیری

۱. در این مقاله کوشیدیم تا مفهوم مبهم نظم عمومی را روشن سازیم و گفتیم که تلاش

شده در نظام‌های حقوقی کنونی آن است که قاضی را به‌عنوان عاملی مهم در تشخیص مصادیق نظم عمومی قرار دهند.

۲. نظم عمومی در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته ملی و فراملی تقسیم می‌شود: در نظم عمومی ملی ضرورتاً باید به یک نظام حقوقی ملی مراجعه کنیم. این نظم ریشه در قانون‌گذاری ملی داشته و خود به سه دسته نظم عمومی داخلی، بین‌المللی و قواعد انتظامی تقسیم می‌شود. نظم عمومی داخلی به مجموعه قواعد آمره یک نظام حقوقی اطلاق می‌شود که نمی‌توان برخلاف آن تراضی کرد. نظم عمومی بین‌المللی دارای مفهومی مضیق بوده و به اصول اساسی و پایه‌های تمدنی یک کشور اطلاق می‌شود که بر اعمال قانون خارجی مقدم شده و آن را طرد می‌کند. منظور از نظم عمومی در دعاوی بین‌المللی غالباً همین معناست. قواعد انتظامی یا قواعد اجباری حقوق عمومی به قواعدی گفته می‌شود که صرفنظر از قانون قابل اعمال بر دعوی، اعمال شده و شامل مصادیقی چون قوانین مالیاتی، گمرکی و ارزی می‌شود.

نظم عمومی فراملی نیز اصول اساسی پذیرفته شده در عرصه روابط بین‌المللی خصوصی است و شامل عرفهای فراملی بازرگانان و اصول کلی حقوقی می‌شود. امروزه گرایش مراجع داوری به شناسایی این نظم به جای نظم ملی است.

۳. آثار نظم عمومی را می‌توان به دو دسته کلی الف) اثر مثبت و منفی و ب) اثر در مرحله ایجاد حق و در مرحله اثرگذاری حق تقسیم کرد. در تمامی اقسام نظم عمومی چه در مراجع قضایی و چه مراجع شبه قضایی، اگر مثبت و منفی نظم عمومی و نیز اثر در مرحله ایجاد حق، صدق می‌کند اما اثر نظم عمومی در مرحله اثرگذاری حق در مورد قواعد انتظامی و نظم فراملی، مصداق پیدا نمی‌کند.

۴. نظم عمومی در مراجع قضایی در دو مرحله اعمال قانون خارجی و مرحله اجرای احکام، اسناد و قراردادهای خارجی مورد استناد قاضی قرار می‌گیرد. هرچند تشخیص مصداق‌های نظم عمومی به قاضی واگذار شده است اما او باید از روش استقرایی بهره برده و نظم عمومی را با وضعیت کنونی آن در زمان صدور حکم لحاظ کند.

۵. در مراجع شبه قضایی (داوری) در مود قابلیت ارجاع دعوی به داوری، آیین رسیدگی داوری، قانون حاکم بر ماهیت دعوی و شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی به نظم عمومی تمسک جسته می‌شود. منظور از نظم عمومی در این چهار مرحله، نظم عمومی به معنای خاص



بین‌المللی آن است که محدودیت‌های نظم عمومی کاهش یافته و حتی نسبت به دادگاه‌ها کاسته شود.

## کتابنامه:

### الف - فارسی و عربی

- ۱- احمدی واستانی، عبدالغنی، (۱۳۴۱)، نظم عمومی در حقوق خصوصی، تهران: چاپ روزنامه رسمی.
- ۲- اخلاقی، بهروز، (۸۳-۱۳۸۲)، جزوه حقوق تجارت بین‌الملل، (مقطع دکتری)، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- ۳- الماسی، نجادعلی، (۱۳۸۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران، نشر میزان).
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۷)، ترمینولوژی حقوق، چاپ نهم، (تهران: گنج دانش).
- ۵- جنیدی، لعیا، (۱۳۸۱)، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، (تهران: شهر دانش).
- ۶- جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی، (تهران: دادگستر)
- ۷- صادقی، محسن، (۱۳۸۲)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران.
- ۸- صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۲)، قواعد عمومی قراردادها، (تهران: نشر میزان).
- ۹- عالمزاده، محمد، (۷۳-۱۳۷۲)، نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ پنجم، (تهران: شرکت سهامی انتشار).
- ۱۱- مسلم، احمد، القانون الدولي الخاص المقارن فی مصر و لبنان، (بیروت: دارالنهضة العربية).
- ۱۲- نصیری، محمد، (۱۳۷۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی، (تهران: نشر آگاه).
- ۱۳- درن ایو، (۱۳۶۷)، نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی، ترجمه و تلخیص محمد اشتری، مجله حقوقی، شماره ۹.
- ۱۴- الهداوی، حسن، موانع اجرای قانون بیگانه؟ (نظم عمومی)، ترجمه محمد جواد ارسطا، نشریه بصیرت، شماره‌های ۲۵ و ۲۶.

### ب - منابع فرانسوی

- 1 - Carbonnier, J., (1967), Droit Civil, T, (Paris: L.G.D.J).
- 2 - Cornu, Gérard, (1990), Vocabulaire Juridique, 2<sup>o</sup> éd, (Paris: P.U.F).
- 3 - Lagarde, Paul, Recherches sur l'ordre public en Droit international

- 4 - Mayer, Pierre, (1991), Droit international privé, 4<sup>o</sup>éd, Paris.
- 5 - Picard Etienne, (2001), La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, dans: L'ordre public, édité par: Marie-Joëlle Redor, (Bruxelles: Bruylant)
- 6 - Ruiz Fabri Hélène, (2001), L'ordre public en droit international, dans: L'ordre public, édité par: Marie- Joëlle Redor, (Bruxelles: Bruylant).

### ج - منابع انگلیسی

- 1 - Dicey and Morris, (1987), Conflict of Laws, Vol.1, (London: steven and Son Ltd).
- 2 - Elliot Chatherine and Frances Quinn, (2000), English Legal System, 3ed, (London: Longman).
- 3 - Jaenikes, (1987), International Public Order, Encyclopedia of Public International Law, vol. 7.
- 4 - Mosconi Franco, (1989), Exception on the Operation of Choice of Law Rules, In: Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, Vol.5.
- 5 - Cheshire & North, (1974), Private International Law, 9th ed, (London: Butter - worth).
- 6 - Crigerra Naon, (1992), Horacio A., Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration, (Tubingen: Mohr).
- 7 - Crigerra Naon Horacio A., (1986), Public Policy and International Commercial Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol.3, Num.2.
- 8 - Pryles Michael, (1998), Assesing Dispute Resolution Procedures, The Chartered Institution of Arbitration, Vol., 62, Num.2
- 9 - Mustill Michael J., and Boyd Stewart C., (1982), Commercial Arbitration, (London: Butter Worths).
- 10 - Craige, Park and Paulsson, (1998), Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules (Oceana Publications Inc).