

**Journal Iranian Political Sociology**

**Vol. ۵, No. ۷, Mehr ۲۰۲۲**

**<https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.312168.2049>**

**Abstract**

Failure to apply the rules may result in objection to the arbitrators themselves and the courts, and if the objections are accepted, the effect of not applying them will be to invalidate or annul the arbitral award. The effect of this violation will also vary depending on the subject of the protest. However, disputes must be fully resolved. As a result of the violation, it may be possible to resume the same trial with the same arbitral tribunal, even though a new arbitral tribunal should be established and the issue should be resolved in such a way that the dispute can be resolved through arbitration. In this case, you should refer to the competent court. Of course, sometimes it is possible that the dispute can not be settled through the court, and that is when the issue includes the validity of the case. The most important point after the annulment of the initial arbitral award in the country of origin is that other courts in other countries do not have the right to recognize and enforce the annulled or annulled award. Disrupting international public order is a matter of respect for the court of the place of arbitration, and this is contrary to the principle of international decency. The effect of the protest and its acceptance in the stage of recognizing and enforcing the verdict will also lead to the non-recognition and enforcement by the courts of the place of execution.

**KEYWORDS** Arbitration, International trade, Rules, Conflict, National law

## بررسی تعارض میان قواعد امری و داوری تجاری بین المللی

محسن شفیعی دستگردی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۰

مسعود شیرانی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۱

احمد محمدی<sup>۳</sup>

## چکیده:

عدم اعمال قواعد امری ممکن است با اعتراض به خود داوران و با محاکم روبه رو شود و در صورت پذیرش اعتراضات، تاثیر عدم اعمال آنها نقض و بطلان و یا ابطال رای داوری را خواهد بود. اثر این نقض و بطلان نیز بسته به اینکه موضوع اعتراضی چه بوده است متفاوت خواهد بود. به هر حال اختلافات باید به صورت کامل برطرف شوند. در اثر نقض ممکن است که دوباره بتوان با همان دیوان داوری به رسیدگی مجدد ادامه داد و با اینکه اساسا دیوان داوری جدیدی باید تشکیل شود و با اساسا موضوع به گونه ای باشد که بتوان از طریق داوری اختلاف حل و فصل کرد. در این صورت باید به محکمه صالح رجوع کرد. البته گاه این امکان وجود دارد که از طریق محکمه نیز نتوان به اختلاف رسیدگی کرد و آن زمانی است که موضوع شامل اعتبار امر مختوم شده باشد. مهم ترین نکته بعد از ابطال رای اولیه داوری در کشور مبدا ایست که سایر محاکم در سایر کشورها حق شناسایی و اجرای رای باطل یا ابطال شده را ندارند. این امر را رویه غالب نظامهای حقوقی ثابت می کند. در واقع عدم هماهنگی بین المللی و صدور آراء معارض، نادیده گرفتن قاعده امری اعتبار امر مختوم که بر مبنای نظم عمومی می باشد. بر هم زدن نظم عمومی بین المللی، این امر سبب احترام گذاشتن به دادگاه محل و مقر داوری می باشد و این امر برخلاف اصل نزاکت بین المللی می باشد. اثر اعتراض و پذیرش آن در مرحله شناسایی و اجرای رای نیز عدم شناسایی و اجرا را توسط محاکم محل اجرا در پی خواهد داشت.

کلیدواژه داوری، تجارت بین الملل، قواعد آمره، تعارض، قانون ملی

<sup>۱</sup> دانشجو دکتری گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران<sup>۲</sup> گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران (نویسنده مسئول)

ایمیل: dr.shirani2019@gmail.com

<sup>۳</sup> گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

طرفین به موجب اصل استقلال، انتخاب می کند که حل اختلاف ناشی از قراردادشان را به داوری ارجاع بدهند. به موجب همان اصل طرفین قانون حاکم را هم انتخاب می کند. اعمال قواعد آمره مبتنی بر حاکمیت اراده طرفین است، زیرا طرفین با انتخاب قانون حاکم به صورت ضمنی اعمال این قواعد را نیز پذیرفته اند. (طباطبایی نژاد، ۱۳۹۴، ص ۲۹۰). به نظر می رسد پذیرش این نظر مغایر با آمرانه بودن قواعد امری می باشد، در واقع قاعده ی امری، قدرت اجبار و الزام خود را از اراده افراد نمی گیرد که بخواهد اعمال با عدم اعمالش وابسته به اراده ی افراد باشد. قاعده ی امری قدرت خود را از قانون می گیرد. زمانی که قواعد را به آمره و تکمیلی تقسیم می کنیم، علت اراده افراد نیست، در واقع این قانون و در پی آن دادگاهها هستند که قدرت اجبار این قواعد را تعیین می کند. چنانچه طرفین ممکن است هیچ قانونی را بر قرارداد حاکم نکنند و بخواهند بر اساس اصول کلی حقوقی و با عدالت و انصاف، داوران به اختلافات آنها رسیدگی کند، آیا این امر بدین معناست که نباید به قواعد امری توجه کرد؟ در این موارد هم باید به قواعد امری توجه کرد. قواعد امری ناظر بر قانون شکلی مقرر داوری در اکثر نظامها پذیرفته شده است که باید در نظر گرفته شود و اعمال شوند. نکته دیگر اینست که حتی اگر قایل به این باشیم که نباید به این موارد توجه شود، اما در زمان اجرای رای داوری کشور محل اجرا از شناسایی و اجرای آراء داوری خارجی که مخالف قواعد آمره که مبنای نظم عمومی داشته باشد خودداری خواهد کرد. بدلیل همین امر می باشد که برخی معتقد هستند: «تکلیف داور باید هدف دار باشد. این مسایل داور را ناگزیر از بررسی محل های احتمالی اجرای رای می سازد. (انصاری، ۱۳۸۹، ص ۵۱). در واقع در گزینش قواعد آمره حاکم بر دعوی مفهوم قانون مناسب بر اساس عناصر ارتباط کا دعوی جای خود را به مفهوم قانون مناسب براساس قانون محل اجرای احتمالی رای داوری می دهد. (طباطبایی نژاد، ۱۳۸۹، ص ۲۹۳).

به نظر برخی این امر ممکن است تعهد داور به صدور یک رای منصفانه و بدون جهت گیری را خدشه دار نماید. (ضرابی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۷). بنابر این مبنای اعمال این قواعد نه اراده ی افراد بلکه قانون و در زمان اجرا دادگاهها می باشند که بر اساس قانون خود تصمیم می گیرند. رای داور به خودی خود نمی تواند چیزی بیش از یک قرارداد مستقل باشد، بلکه آنچه به آن اعتبار می دهد، توافق کشورها در قالب قوانین داخلی با کنوانسیون های بین المللی بر اجرای آرای داوری همسان آرای دادگاه است. در واقع این ضمانت اجرای خاص است که به رای داوری ارزش و اعتباری فراتر از یک قرارداد خصوصی می بخشد. طباطبایی نژاد، محمد، پیشین، ص ۹۹۲. در این زمینه قسمت دوم بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک مقرر می دارد «در صورتی

ممکن است از شناسایی و اجرا حکم داوری نیز امتناع به عمل آید مرجع صالح کشوری که شناسایی و اجرای حکم از آن در خواست شده احراز کند تا... ۲\_ شناسایی با اجرا حکم با نظم عمومی آن کشور مغایرت دارد». همچنین ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین المللی ایران که از قانون نمونه آنستیرال اقتباس شده است مقرر می دارد و در موارد زیر رای داور اساساً باطل و غیر قابل اجراست: «...۲-در صورتی که مفاد رای مخالف با نظم عمومی با اخلاق حسنه کشور و با قواعد آمره این قانون باشد». به طور خلاصه اولین مبنای اعمال قواعد امری، قانون می باشد و دومین مبنا اینست که داوران باید آرای را صادر کنند که قابلیت شناسایی و اجرا را داشته باشند.

## ۲. مفهوم قواعد آمره و ساختار آن

نظام حقوقی هر جامعه در کل حافظ مصالح و ارزشهای آن جامعه بوده و با نظم بخشیدن به اعمال و رفتار تابعان، مانع سقوط و از هم پاشیدگی بنیانهای اجتماعی می شود لیکن این منافع و مصالح علاوه بر تنوع و گوناگونی، از اهمیت یکسانی برخوردار نبوده و هر یک بنابر ماهیت و جایگاه خود حمایت ویژه ای را می طلبد. این منافع در جامعه نیمه سازمان یافته و غیرنهادین بین المللی از حساسیت خاصی برخوردارند. در گذشته کشورها می توانستند به هر آنچه که مایل بودند با ترکیب اصل حاکمیت و اصل وفای به عهد در بستر توافق دست یابند؛ این امر به علت فقدان محدودیتی حقوقی بر توسل به زور در روابط بین المللی ممکن می نمود. لیکن به محض ممنوع شدن توسل به زور، راه اعمال محدودیتهای اساسی بر حاکمیت افسار گسیخته کشورها هموار گشت. این ممنوعیت نقطه عطفی در یک «اجتماع بین المللی» و حرکت به سوی «جامعه بین المللی» تلقی می گردد». با وجود این چون وابستگی متقابل عینی میان کشورها، آن اندازه قوی نیست که تنشها را بزدايد و به مخاصمات مسلحانه پایان بخشد دولتها ناچار شده اند برای تفوق بر این روند به رعایت قواعد آمره گردن نهند. براین اساس درک مفهوم قاعده آمره برای شناخت حقوق بین الملل در زمانی اساسی گشته است که دریافته ایم توافق خودسرانه دولتها نمی تواند بالاترین ارزش در جامعه بین المللی باشد. (زمانی، ۱۳۷۷، ص ۱۲).

## ۱-۲ مبانی شکل گیری قواعد آمره

جامعه بین المللی کشور من حیث المجموع مرجع اعلام قاعده آمره است. امروزه سازمان ملل متعدد نمونه بارز جامعه بین المللی است. مجمع عمومی این سازمان و رکن قضایی آن یعنی دیوان بین المللی دادگستری مرجع

اعلام قاعده آمره می‌باشند (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۹ ص ۱۹۴). مجمع عمومی از طریق قطعنامه‌های خودش و دیوان بین‌المللی دادگستری نیز از طریق آراء خویش نقش مهمی در اعلام قواعد آمره دارند.

## ۲-۲ ویژگی های قواعد آمره

به طور کلی قواعد آمره دارای عناصر و ویژگی های اساسی هستند که آنها را از سایر قواعد و مقررات قابل تمیز می‌کند. در ذیل به این ویژگی ها اشاره می‌شود:

### ۲-۲-۱ لزوم پذیرش جامعه بین المللی

قاعده آمره باید از سوی جامعه بین المللی دولت ها در کل پذیرفته و به رسمیت شناخته شود (مقتدر، ۱۳۸۸ ص ۷۵). زیرا منصوب به نظم بین الملل عام بوده و وسعت آن جهانی است و محدود به یک قاره یا یک گروه از دولت ها نیست. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۲۳۱).

واژه «در کل» در ماده ۵۳ که ترجمه واژه انگلیسی (as a whole) می باشد، ابهام دارد، زیرا مشخص نیست که در کل آن چه تعداد از کشورها را در بر می گیرد<sup>۱</sup>. به عقیده کمیسیون حقوق بین الملل، عبارت جامعه بین المللی به طور کلی یقیناً به معنای شرط الزامی شناسایی کامل اتفاق آرا همه اعضای جامعه بین المللی نیست. چرا که این امر به هر دولتی حق و تو خواهد داد که غیر قابل قبول است و شناسایی به وسیله همه دسته بندی های اساسی جامعه بین الملل کافی است. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۹ ص ۲۳۱). یعنی این که مهم ترین کشورهای سه بخش اساسی جامعه جهانی، یعنی کشورهای غربی و سوسیالیستی و جهان سوم باید راضی و موافق باشند تا یک قاعده آمره بلامنازع به این عنوان ایجاد شود از آنجا که این قاعده (مجرد و کاسسه، ۱۳۹۸ ص ۲۲۲). زائیده فرضیات حقوقدانان نیست باید از طرف جامعه بین المللی پذیرفته و شناسایی شود بنابراین اراده و رضایت اجتماع بین المللی دولت ها در کل به مفهومی که گفته شد برای ایجاد قواعد آمره ضروری است.

### ۲-۲-۲ لزوم آمرانه بودن و تخلف ناپذیری

به دلیل حمایت از منافع جامعه و نظام بین المللی مانند ممنوعیت خرید و فروش برده و به دلیل حمایت از منافع یک کشور در برابر تجاوز سایر کشورها این قواعد که وسیله خوبی در مقابل نابرابری های قدرت در

صحنه بین الملل هستند، باید الزام آور و آمرانه باشند. (مقتدر، ۱۳۸۹هـ ص ۷۶). بنابر این گفته شده که قاعده آمره یک قاعده اساسی و غیر قابل تخطی است و دولت ها در روابط خود به هیچ وجه نمی توانند از آن تخطی نمایند (مقتدر، ۱۳۸۹ ص ۷۶). عبارت تخلف ناپذیر بودن در ظاهر به این معنی است که در حقوق بین الملل قواعدی وجود دارند که تخلف از آن ها مجاز شمرده شده اند، حال آن که تخلف از هیچ قاعده حقوقی تجویز نشده است. در مقابل، امکان تخلف از هر قاعده حقوقی وجود دارد و با مجاز نشمردن تخلف، نمی توان مانع از وقوع تخلف شد (- ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۹، ص ۲۳۱).

برای رفع چنین ابهامی باید گفت که هر قاعده حقوقی ممکن است نقض شود، زیرا اگر چنین نباشد اصولاً قاعده حقوقی وجود خارجی نخواهد داشت و لزوم رعایت یک قاعده ربطی به نقض پذیری آن ندارد.

اما الزام عمومی ناظر بر رعایت قواعد آمره از سوی همه اعضای جامعه بین المللی، بنابر ماهیتا اساسی قاعده مزبور توجیه می شود به عبارت دیگر، اگر یک نرم حقوق بین الملل عمومی که یک منفعت و ارزش خاصی را برای جامعه بین المللی دولت ها فراهم می آورد، نقض شود و به مخاطره افتد، تا آن حد که افکار عمومی جهان به نحو آشکاری جریه دار شده و به هیچ عنوان حاضر به پذیرش وضع موجود نشود و واکنش شدیدی از خود نشان دهد، می توان ویژگی آمرانه قواعد ناظر بر آن ها را مفروض داشت بنابراین آمرانه بودن این قواعد به معنای عدم نقض آن نیست، بلکه منظور این است که تحت هیچ شرایطی نباید نقض شود و در صورت نقض آثار عمیقی بر جامعه بین المللی خواهد گذاشت.

### ۳-۲-۲ اصلاح و تغییر

قاعده آمره از نظر مکانی تغییر ناپذیر می باشد اما از نظر زمانی قابل تغییر است و به دلیل خصوصیت تحرک و تغییر پذیری این قواعد، از قواعد حقوق طبیعی که از خصوصیات آن تغییر ناپذیری و ثبات است مغایر و متمایز می شوند. (مقتدر، ۱۳۸۹ ص ۷۶). تغییر هر قاعده آمره فقط از تحقق قاعده آمره دیگر منوط شده است، که این فرایند پویایی نظام حقوق بین المللی را امری انکار ناپذیر می نماید (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۸، ص ۲۳۱). (بنابر این تغییر پذیری نه تنها به موجودیت قواعد آمره لطمه وارد نمی کند بلکه باعث تحرک و پویایی حقوق بین الملل می شود).

### ۳. بررسی تعارض میان قواعد امری و داوری

مسئله ی تعارض قوانین زمانی مطرح می شود که یک رابطه ی حقوق خصوصی به واسطه ی دخالت یک یا چند عامل خارجی به دو یا چند کشور ارتباط پیدا می کند. در چنین مواردی باید دانست قانون کدامیک از

این کشورها بر رابطه حقوقی مورد نظر حکومت خواهد کرد (الماسی، ۱۳۸۷، ص ۱۷). در مورد تعارض قوانین نکاتی بیان شده است که ذکر آنها بسیار مفید خواهد بود. نکته اول: تعارض قوانین تنها در مرحله اعمال و اجرای حق مطرح می‌شود و منطقی‌تر مسبق به مسئله داشتن حق با اعلت تمتع است همان گونه که مسئله اعلت تمتع نیز منطقی‌تر مسبق به مسئله تابعیت است. بنابراین چنانچه شخصی در روابط بین‌المللی از تمتع حقی محروم شده باشد مسئله تعارض مطرح نخواهد شد. زیرا تعارض در صورتی مصداق پیدا می‌کند که حتی موجود باشد و بخواهیم از بین قوانین متفاوت قانون صلاحیتدار را در مورد آن اجرا کنیم. مسئله تعارض قوانین زمانی مطرح می‌شود که یک رابطه‌ی حقوق خصوصی مطرح باشد. چه به علت دو جانبه بودن قواعد حل تعارض گاهی قانون خارجی اعمال می‌شود و گاهی قانون داخلی، بنابراین در مسائل حقوق عمومی قاضی ملی همیشه مکلف است قانون دولت متبوع خود را به موقع اجرا بگذارد. علت دیگر مربوط به اهداف این دو می‌باشد. هدف از وضع قانون با ماهیت عمومی حمایت از منافع جامعه است و جنبه‌ی درون‌مرزی دارند. حال آنکه هدف از وضع قوانین حقوق خصوصی نفع اشخاص است. عوامل پیدایش تعارض قوانین عبارتند از: توسعه روابط و مبادلات بین‌المللی، اغماض قانون ملی، امکان اجرای قانون خارجی و وجود تفاوت بین قوانین داخلی کشورها می‌باشد.

در داوری تجاری بین‌المللی با توجه به اصل استقلال، طرفین می‌تواند قانون حاکم و مناسب قرار داد را خود انتخاب کنند. اما زمانی که به هر دلیلی قانون حاکم انتخاب نمی‌شود، این داوران هستند که باید قانون مناسب را انتخاب کنند. این امکان وجود دارد که داوران مستقیماً قانون را انتخاب کنند یا با توجه به قواعد حل تعارض قانون حاکم بر دعوی را انتخاب کنند. نحوه استفاده از قواعد حل تعارض نیز مانند عملی است که قضات باید انجام بدهند. قضات در برخورد با قواعد امری بدون تردید قواعد امری قانون دولت متبوع خود را رعایت خواهند کرد. قضات زمانی که مسئله مربوط به حقوق عمومی هم باشد، قطعاً قانون دولت متبوع خود را اعمال خواهند کرد. اما بحث و مسئله تعارض بین قواعد امری و انتخاب قاعده امری مناسب توسط داوران از پیچیدگی خاصی برخوردار می‌باشد. داوران از یک طرف موظف به رعایت قانون حاکم بر قرارداد می‌باشند، از طرف دیگر نمی‌تواند قواعد امری کشور دارای ارتباط خاص و ویژه با دعوی را نادیده بگیرند، همچنان که ملزم به رعایت قواعد امری شکلی مقر و محل داوری می‌باشند. رعایت قواعد امری فراملی نیز از دیگر تکالیف داوران می‌باشد.

### ۳-۱ اعمال قواعد امری و قانون امری مناسب

بعد از تصمیم گیری در مورد اعمال قواعد امری ، داوران با این سوال مواجه می شوند که کدام قاعده امری باید اعمال بشود؟ زمانی که قواعد امری مرتبط با دعوی همه شرایط و نتایج یکسانی داشته باشند ، در واقع همه به یک نکته اشاره کند ، پر واضح است که تعارض در قواعد امری حاصل نشده است چون یکی از شرایط بوجود آمدن تعارض وجود قانون متفاوت می باشد . اما زمانی که این گونه نباشد یعنی با قواعد امری متفاوتی داوران مواجه بشوند ، مسئله تعارض قواعد امری بوجود خواهد آمد . علت تفاوت در قواعد امری این نکته است که کشورهایی که از اختلافات تجاری نفع می برند، متفاوت هستند و این تفاوت می تواند سبب ایجاد قواعد امری متفاوتی که باید اعمال شوند ، بشود . قانون کشور مقرر داوری قانون کشوری که حاکم و مناسب قرار داد ، انتخاب شده است ، قانون کشور محل اجرای رای ، قانون کشور ثالث که دارای ارتباط با قرارداد و معامله اصلی می باشد و در نهایت قواعد امری فراملی که در عمر صورت باید اعمال شوند بعلاوه رفتار دولتها در برخورد با این قواعد نیز باید در نظر گرفته شود . داور کدام یک از این قواعد را باید اعمال کند؟ برخی بعد از ذکر نکاتی به تفصیل در مورد را بررسی کرده راههایی هم ارائه داده اند : یک راه و شیوه ی احتمالی اینست که داوران اعمال هر یک از قواعد امری را مستقلا و جداگانه در نظر داشته باشند و در مرحله بعد تعارض بین آنها را بدین صورت که کدام قدرت اعمال بیشتری دارند و یا بر اساس اینکه بیشتر ادعا متوجه کدام کشور است ، قاعده امری غالب را انتخاب کند و تعارض را حل کند. یک راه دیگر هم ایست که بگویم تمام قواعد باید اعمال شوند و بعد منتظر شویم و نم نتیجه امر چه می شود( Wincymmer, J., (۲۰۰۹), , p۴۵.

به نظر می رسد جهت تعیین و انتخاب قاعده امری مناسب باید قابل به تفصیل شد و قواعد امری را یک به یک بدین صورت بررسی کرد . برخی از قواعد امری را اکثر نظامهای حقوقی پذیرفته اند که باید رعایت کرد . قواعد امری شکلی مقرر داوری باید رعایت شوند همچنان که قواعد امری فراملی نیز باید رعایت گردد . برخی دیگر از قواعد امری نفع شخص ثالث را در نظر می گیرند ، بدین ترتیب داوران باید بیند آیا نفع شخص ثالث هم مشمول قضیه می شود ؟ در صورتی که جواب مثبت باشد باید نفع او را قبل از طرفین لحاظ کند. اما در ارتباط با سایر موارد داور باید قواعد، امری قانون حاکم را با توجه به قواعد محل شناسایی و اجرا تفسیر کند. البته تفسیر او تا حد امکان باید مضیق باشد و تا می تواند قواعد قانون حاکم را در نظر بگیرد و اگر این احتمال وجود داشت که برای او با عدم شناسایی و اجرا مواجه شود ، قاعده ی امری کشور محل اجرا را در نظر بگیرد . داور نیز باید تمام تلاش خود را انجام بدهد تا تمام محل های احتمالی اجرا را شناسایی کند و در رای خود تمام قواعد امری آنها را در نظر بگیرد . بر فرض که قواعد امری کشور های



محل اجرا نیز تعارض داشته باشند، داور باید سعی کند که قواعد امری محلی را که جهت اجرای برای بیشترین نفع را متوجه محکوم له می کند، اعمال کند.

#### ۴. اعمال قواعد امری در صدور رای قطعی در داوری تجاری بین المللی

در این مبحث به بررسی اعمال قواعد امری در صدور رای قطعی در داوری تجاری بین المللی می پردازیم.

##### ۱-۴ اعمال قواعد امری ملی

قواعد امری ملی قواعدی هستند که به طور کلی در تمام قوانین یک کشور وجود دارند چه آن قواعد، قواعد امری داخلی باشند، یعنی صرفاً مربوط به حقوق داخلی باشند و یا آن قواعد با اینکه در حقوق و قانون داخلی ذکر شده اند اما جنبه بین المللی داشته باشند. فلذا آن بخش از قواعدی که در قانون اساسی، قانون مدنی یا آنچه مربوط به قانون آیین دادرسی مدنی یا قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری، قانون کار و ... می باشد، در صورت عدم وجود عنصر خارجی، مربوط به حقوق داخلی هستند و آن دسته از قواعد که در داخل کشور شکل گرفته اما وجود یک عامل خارجی سبب اثر گذاری آن می شود مانند قواعد حل تعارض، مانند معاهدات دو یا چند جانبه تصویب شده در داخل و مانند قانون داوری تجاری بین المللی و نیز کنوانسیون نیویورک، همه در صورت امر و الزام به انجام آنها از سوی قواعد حاکم به نحوی که امکان اراده خلاف آنها وجود ندارد، جزء قواعد آمره ملی هستند. قواعد امری ملی زمانی که منتخب طرفین و یا در صورت سکوت طرفین، منتخب داوران باشند، بدون تردید باید مورد توجه قرار گیرند. بنابراین آنچه بیشتر مورد توجه می باشد قواعد امری کشور ثالثی است که دارای ارتباط با دعوی می باشد. زمانی که این قواعد در قانون حاکم و مناسب قرارداد ذکر شده باشند پر واضح است که باید اعمال بشوند اما گاهی طرفین به جای انتخاب قانون حاکم به اصول کلی حقوقی رجوع کرده یا می خواهند که بر اساس قواعد انصاف به اختلاف آنها، داوران رسیدگی کنند، در آن صورت ملاک اصول کلی حقوقی و اصول و قواعد انصاف می باشد و اگر در این موارد هم اعمال آنها مورد توجه قرار گرفته باشد که باز اعمال خواهند شد. به عنوان مثال، فورس ماژور یکی از اصول حقوقی پذیرفته شده در قواعد فراملی می باشد. فلذا اگر شرایط مربوط به جنبه امری داشتن را داشته باشند بدون شک اعمال خواهند شد. چنانچه بسیاری از حقوقدانان فورس ماژور را حتی جزء قواعد امری محسوب کرده اند و رعایت آن را بر داوران الزامی دانسته اند ( Barraclough, A and Waincymer, J., (۲۰۰۵), ۶, p ۱۴) و به نظر برخی قواعد امری را باید محدود به رعایت فورس

ماژور و اقدامات خلاف اخلاق دانست (طباطبایی نژاد، ۱۳۹۴، ص ۲۹۵). لیکن اگر جزء قانون حاکم نبوده باشند و همچنین جزء اصول کلی حقوقی و یا قواعد مربوط به انصاف نیز نباشند، بدون تردید اعمال نخواهند شد حتی اگر در مقررات و قوانین کشور ثالث دارای ارتباط با دعوی پیش بینی شده باشند چرا که برای اعمال قواعد امری کشور ثالث حداقل شرط این است که قواعد واقعا دارای جنبه امری باشند در حالی که این قواعد دارای جنبه امری صرف نیستند و امری بودن آنها بستگی به عدم وجود اراده بر خلاف آنها می باشد. به علاوه در مسائل مربوط به تجارت بین الملل بحثی تحت عنوان خطر پذیری و ریسک در قراردادهای حمل و نقل وجود دارد که بسته به اینکه نوع توافق و قرارداد انتخابی طرفین کدام یک باشد، میزان و اثر خطرپذیری ممکن است متفاوت باشد. مثلا ممکن است قرارداد طرفین به صورت «تحويل روی عرشه کشتی» باشد. در این نوع قرارداد که یکی از متعارف ترین روش های خرید کالایی است که از طریق کشتی حمل می شود، تا زمان قرار گرفتن کالا روی عرشه کشتی کلیه مخاطرات و هزینه های مربوط به عهده فروشنده می باشد و بعد از قرار گرفتن روی عرشه کشتی ریسک و خطر پذیری به خریدار منتقل خواهد شد (شیروی، ۱۳۸۹ ص ۲۲۶).

ممکن است که قرارداد از نوع هزینه کرایه و بیمه باشد. در این نوع از قرارداد، فروشنده باید به هزینه خود ترتیبات حمل و بیمه کالا را تا بندر مقصد بپردازد و زمان انتقال خطر و ریسک زمانی است که کالا روی عرشه کشتی در بندر مبدا قرار می گیرد. این خطر پذیری به نوعی فورس ماژور را هم در بر می گیرد. بدین معنی که شرط خلاف فورس ماژور می باشد و طرفین پذیرفته اند که حتی در اثر فورس ماژور نیز مسئولیت داشته باشند. به علاوه حقوق و قوانین و قواعد ناظر بر بیمه در همین راستا به وجود آمده اند. علت پذیرش ریسک و خطر پذیری که اساس تشکیل عقد بیمه است بر می گردد. تمام این موارد به خوبی نشان می دهند که فورس ماژور یک قاعده امری صرف نیست و قاعده ای تکمیلی می باشد. حتی در اصول کلی حقوقی نیز این امر پذیرفته شده است که فورس ماژور قاعده ای تکمیلی است و پذیرش امری بودن آن یعنی کشیدن خط بطلان بر عقود مثل بیمه و همچنین دیگر در انواع قراردادهای بین المللی حمل و نقل. همچنین اگر طرفین چنین شرطی را در قرارداد قرار دهند به علت مخالفت با قواعد امری و نامشروع بودن، شرط باطل می باشد و حال آنکه چنین نیست. بنابراین لازم نیست داوران به این دسته از قواعد که در کشور ثالث مرتبط با دعوی پیش بینی شده اند توجه نمایند.

قواعد امری در حقوق داخلی کشورها ممکن است در جهت حفظ و حمایت از ارزش های اساسی دینی، سیاسی و فرهنگی یک جامعه باشد. ممکن است به منظور حفظ امنیت، حفظ جنبه های خاص شخصیت انسانی و یا در جهت حفظ حریم و ارزش های خانواده باشد. قواعد امری می تواند به منظور حمایت از طرف ضعیف معامله ایجاد شود. گاه این قواعد جهت حمایت و حفظ استقلال و حاکمیت یک کشور است. به هر حال این قواعد با هر هدفی که باشند یا در قوانین ماهوی به صورت قاعده امری ماهوی و یا در قوانین شکلی به صورت قاعده امری شکلی خودشان را نشان می دهند. قواعد امری داخلی ماهوی قواعدی هستند که به سبب آنها حقی ایجاد، زایل و یا انتقال داده می شود به صورتی که از چنان الزام و اجباری از جانب اراده دولت، برخوردارند که اراده خلاف افراد نسبت به آنها تاثیری ندارد. از سوی دیگر قواعدی که ناظر بر صورت خارجی اعمال حقوقی و در واقع ناظر بر چگونگی رسیدگی به اختلافات ناشی از قواعد ماهوی می باشد و نحوه اثبات دعوی با استفاده از ادله اثبات دعوی، اینکه کدام مرجع صالح به رسیدگی می باشد، قواعد ناظر بر تشریفات ثبت اسناد و در نهایت قواعد ناظر بر اجرای احکام دادگاه ها را قواعد شکلی می گویند. اکثریت قواعد شکلی در امور داخلی جزء قواعد آمره محسوب می شوند و قضات ناگزیر از اعمال آنها می باشند و طرفین برای رسیدن به حق خود و در واقع برای احقاق حق خود ناگزیر به رعایت آنها می باشند. برخی نیز معتقدند که باید میان مقررات آیین دادرسی از حیث امری یا تکمیلی بودن تفاوت قایل شد و مقررات مربوط به صلاحیت نسبی را علی الاصول جزء قواعد تکمیلی دانست چرا که در جهت سهولت دفاع خوانده می باشد. (شمس، ۱۳۸۷، ص ۲۴).

## ۲-۱-۴ قواعد امری ملی بین المللی

برقراری روابط با دیگر دولتها مستلزم تقابل قوانین آنها با یکدیگر می باشد. ممکن است هر ملت و دولت مصمم شود تا صرفاً قانون خود را اعمال کند که این امر نتیجه ای جز عدم برقراری ارتباط نمی شود. دولتها قواعدی را در نظر می گیرند و یا قوانینی را تصویب می کنند و نیز ممکن است با یکدیگر به توافقاتی برسند که بعد از تصویب و تایید مقام قانونگذار کشورشان در زمینه های توافق شده به آنها مراجعه کنند. قواعد حل تعارض، قانون داورى تجارى بين المللى ايران، قانون موافقت نامه تاسيس مركز داورى منطقه اى تهران و معاهدات دو يا چند جانبه، کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای آرای داورى خارجى، نمونه هایی از این قواعد می باشند. وجه مشترک تمام این قواعد این است که با تصویبشان توسط مقام قانونگذار تبدیل به منابع حقوق داخلی شده اند و تفاوتشان با سایر منابع داخلی این است که زمانی قدرت اجرایی پیدا می کنند و زمانی کارایی دارند که یک عامل خارجی و بین الملل وجود داشته باشند. نتیجه کلی این است که قواعد امری

ملی بین المللی، آن دسته از قواعد ملی می باشند که جنبه بین المللی داشته و از چنان الزام و اجباری برخوردارند که طرفین نمی توانند از اعمال آنها خودداری کنند و برخلاف آنها تصمیم بگیرند. قواعد حل تعارض مربوط به اموال غیرمنقول، اهلیت طرفین، نحوه تنظیم اسناد رسمی و قواعد امری قانون داوری تجاری مثل رعایت مواردی که قابلیت ارجاع به داوری را ندارند و یا برخورد یکسان داوران با طرفین و همچنین عدم انتخاب داوری که دارای تابعیت یکسان با طرف مقابل می باشد و یا می توان به قواعد امری در کنوانسیون نیویورک مانند کتبی بودن موافقتنامه داوری اشاره کرد.

## ۲-۴ اعمال قواعد امری فراملی

منظور از قواعد امری فراملی، اصول حقوقی پذیرفته شده بین المللی حاکم بر روابط قراردادی است. (اشمیتوف، ۱۳۹۳، ص ۹۹۹). در قرون وسطی زمانی که تجارات در بازارها در اروپا نقشی مهم در تجدید حیات تجارت بین الملل ایفا می کرد، تجاری که در این بازارها فعالیت می کردند به دلیل مشکلات ناشی از تنوع قوانین حاکم بر روابط تجاری که در مناطق مختلف حاکم بود، سعی کردند با توسعه اصول یکنواخت حاکم بر روابط تجاری، اختلاف بین خود را حل و فصل نمایند. با موافقت ضمنی آنان، اختلاف میان تجار بر اساس حقوق تجاری و در دادگاه های خاص که به وسیله خود تجار اداره می شد و مستقل از دولت محلی بود، حل و فصل می شد (انصاری، ۱۳۹۲ ص ۵۱). سه ویژگی مهم خود به خودی بودن، مستقل بودن و جهان شمول بودن قواعد فراملی، زمینه پیدایش این قواعد در داوری تجاری بین المللی را فراهم نموده است (شهبازی نیا، ۱۳۹۲، ص ۱۱).

حقوقدانان فرانسوی به صراحت از اعمال قواعد فراملی در داوری تجاری بین المللی دفاع می نمایند. دولت فرانسه مطابق آیین نامه ۱۲ مه ۱۹۸۱ مقررات جدیدی را در مورد داوری بین المللی به آیین دادرسی خود اضافه نمود. در این خصوص داور در مورد قرارداد بین المللی، قواعد حقوقی که طرفین قرارداد آن را انتخاب کرده اند، اعمال می کند و در صورت فقدان انتخاب قواعد قابل اعمال قواعدی را اعمال می نماید که خود مناسب می داند. این مقررات قدرت شناسایی آرای داوری فرانسه و خارجی مبتنی بر قواعد فراملی با هر نوع منبع غیر حقوقی را به رسمیت می شناسد. بر اساس این قانون آرای داوری خارجی در فرانسه قابل شناسایی و اجرا خواهند بود، مشروط به اینکه وجود آنها توسط طرفی که به آنها استناد می کند، ثابت شود و برخلاف نظم عمومی بین المللی نباشد.

در ایران با توجه به ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین المللی، طرفین می توانند قواعد امری فراملی را به عنوان قانون حاکم بر داوری تجاری بین المللی قرار دهند. در سال ۱۹۸۷ در دعوی بین شرکت تجاری راک اوپل و

واحد تجاری امیر نشین راس الخیمه و شرکت آلمانی دی. اس. تی که ناشی از موافقتنامه اکتشاف نفت بود و مقرر شد داوری اتاق بازرگانی بین المللی در زنو برگزار شود. قواعد اتاق بازرگانی بین المللی به داوران این اجازه را داد که در صورت عدم تعیین قانون مناسب خود قانونی را که مناسب می دانستند به کار برند. دیوان دادرسی رای داد که دعوی مطرح شده نباید یک نظام حقوقی ملی اعمال شود و اینکه قانون ماهوی حاکم بر تعهدات طرفین اصول حقوقی پذیرفته شده بین المللی حاکم بر روابط قراردادی است. در زمان اجرای رای، دادگاه پژوهش این استدلال را که انتخاب یک نظام حقوقی غیر ملی، ناقض نظم عمومی است را رد کرد و چنین بیان شد که هیچ مبنایی برای رسیدن به این نتیجه که انتخاب قانون مناسب توسط داوران، خارج از محدوده انتخابی باشد که طرفین بر داوران واگذار کرده اند، وجود ندارد.

به نظر نگارنده قواعد امری فراملی عبارتند از: مجموعه قواعد و اصول حقوقی پذیرفته شده و مشترک بین المللی حاکم بر روابط قراردادی که میزان الزام به انجام یا عدم انجام آنها به حدی است که نظام فراملی تاب و تحمل اراده مخالف آنها را ندارد. منابع قواعد فراملی غیر قابل شمارش هستند اما به طور کلی می توان از حقوق بین الملل عمومی، قوانین یکنواخت، اصول کلی حقوقی، قواعد سازمان های بین المللی و در نهایت عرف و رویه های قضایی نام برد. در این میان قواعد یکنواخت و قواعد مربوط به سازمان های بین المللی زمانی تاثیر گذار هستند و باید مورد توجه قرار بگیرند که یا طرفین آنها را به عنوان قواعد حاکم بر حل اختلاف خود قرار دهند و یا توسط مرجع قانونگذاری به تصویب برسند که در این صورت یا به دلیل اینکه طرفین آنها را انتخاب کرده اند باید رعایت شوند یا همانند قواعد و قوانین ملی با جنبه بین المللی خواهند بود و رعایت قواعد امری آنها الزامی است مثلا اگر کشوری جزء کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین شود و قواعد آن کنوانسیون در مجلس قانون گذر و یا قوه مقننه به تصویب برسد دیگر جزیی از قواعد ملی و البته با جنبه بین المللی شده اند و رعایت آنها الزامی می باشد اما قواعد و اصول حقوق بین الملل عمومی و اصول کلی حقوقی در روابط بین المللی بدون تصویب و تایید قوه قانونگذاری تاثیر گذار خواهند بود.

### ۳-۴ اعمال قواعد امری در اجرای رای

مرحله اجرای رای با شناسایی رای متفاوت است. از جمله تفاوت هایی که می توان در این خصوص اشاره کرد عبارتند از:

- شناسایی، وسیله و ابزاری دفاعی برای دعوی آینده است لیکن اجرای رای وسیله ختم دعوی موجود است و در ادامه شناسایی رای یا فارغ از آن صورت می گیرد.

-شناسایی ممکن است برای اهداف مالیاتی و مسائل مالی دیگر مورد استفاده قرار گیرد. طرف ممکن است شناسایی رای را بخواهد که به عنوان مدرک دین یا طلب قابل وصول مورد استفاده قرار دهد.

-اجرای رای ممکن است اختیاری باشد و نیازی به مراجع اجرا کننده نباشد لیکن شناسایی رای ضرورتاً نیاز به انجام اقداماتی از طرف مقامات اجرایی و یا قضایی کشور دارد.

-اجرای رای طرف ناموفق رای را اجرا می کند و یا ملزم می شود ولی شناسایی رای نیازی به اقدام طرف ناموفق ندارد.

-متقاضی اجرا رای محکوم له است اما متقاضی شناسایی می تواند محکوم له، محکوم علیه و یا شخص ثالث باشد.

#### ۴-۴ قواعد امری مربوط به داوری تجاری بین المللی و کنوانسیون نیویورک

بند ۱ ماده کنوانسیون نیویورک در خصوص ارتباط با محدوده اعمال کنوانسیون مقرر می دارد: « این کنوانسیون در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری صادره در قلمرو دولتی غیر از دولتی که از آن تقاضای شناسایی و اجرای احکام مزبور شده است و ناشی از اختلافات بین اشخاص اعم از حقوقی یا حقیقی می باشد، اعمال خواهد شد. این کنوانسیون در مورد احکام داوری که در دولتی که از آن تقاضای شناسایی و اجرای آنها شده است، احکام داخلی محسوب نمی شود نیز اعمال خواهد شد.»

تشخیص محدوده اعمال کنوانسیون مطابق با مقررات و تفسیر دادگاه محل شناسایی و اجرا خواهد بود. به طور کلی داوری هایی که در محدوده کنوانسیون قرار می گیرند عبارتند از:

۱- آرای داوری بین المللی در مورد اختلافات ناشی از روابط خصوصی صادره در کشور متعاقد دیگر

۲- آرای داوری بین المللی صادره در مورد اختلافات ناشی از روابط خصوصی صادره از کشور دیگر

۳- آرای داوری بین المللی صادره در مورد اختلافات ناشی از روابط خصوصی در کشور محل شناسایی (شیروی، ۱۳۸۸ص ۳۲۵).

علاوه بر این موارد باید به کتبی بودن موافقتنامه داوری که از دیگر شرایط اجرای رای است و در بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون نیویورک و ماده ۷ قانون داوری تجاری بین المللی ایران آمده است، اشاره نمود. ماده ۳ کنوانسیون نیویورک زمانی که رای داوری مطابق کنوانسیون نیویورک باشد مقرر می دارد: « بر هر دولت

متعاقد لازم الاتباع است که احکام داوری را طبق آیین دادرسی سرزمینی که حکم مستند به آن است و تحت شرایط مندرج در موارد زیر مورد شناسایی و اجرا قرار دهد. برای شناسایی یا اجرای احکام داوری که در مورد آنها این کنوانسیون اعمال می‌گردد اساساً شرایط سنگین تر یا حق الزحمه یا هزینه‌های بیشتری نسبت به آنچه که برای شناسایی یا اجرای احکام داوری داخلی وضع شده، وضع نخواهد شد.»

فلذا دادگاه‌ها و قضات کشورهای عضو باید با توجه به قانون شکلی حاکم بر اختلاف به شناسایی و اجرای ارای داوری خارجی اقدام کنند. این قانون شکلی ترکیبی از مقررات امری شکلی مقرر داوری و مقررات شکلی که طرفین انتخاب کرده‌اند یا داوران مناسب تشخیص داده‌اند می‌باشد. در صورتی که محل شناسایی و اجرا همان مقرر داوری باشد و قانون حاکم هم قانون شکلی مقرر داوری باشد بدون تردید تمامی مقررات امری ناظر بر اجرا باید رعایت شوند. اگر قانون شکلی متفاوت باشد باز هم باید مقررات آمره مقرر داوری مورد توجه قرار بگیرند و اعمال شوند. این امکان وجود دارد که محل شناسایی و اجرا متفاوت از مقرر داوری باشد در این صورت ممکن است که میان مقررات امری مقرر داوری و محل شناسایی و اجرا تعارض به وجود آید و یا اینکه رای بر اساس قوانین شکلی ناظر بر اجرای رای در محل شناسایی و اجرا قابلیت اجرا را نداشته باشد. قسمت دوم از بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون بیان کرده است که رای نباید مخالف نظم عمومی محل اجرا باشد. بنابراین در صورتی که قاعده امری محل شناسایی و اجرا بر مبنای نظم عمومی نباشد بدون شک قاعده امری قانون مقرر داوری باید اعمال شود ولی در صورتی که قاعده امری محل شناسایی و اجرا دارای مبنای نظم عمومی باشد حتی اگر هم بر خلاف قاعده امری مقرر داوری باشد، باید اعمال شود و قضات بدون تردید قاعده امری خود را ترجیح خواهند داد. در این خصوص ماده ۱۶ کنوانسیون اروپایی ۱۹۸۰ م بیان می‌دارد: «در صورتی می‌توان از اجرای قانون خارجی امتناع ورزید که آشکاراً برخلاف نظم عمومی محل باشد.» در قوانین ایران به موارد علاوه بر نظم عمومی اشاره شده است. در واقع نظم عمومی، اخلاق حسنه و اجرای احکام ناظر بر اسناد رسمی و همچنین اجرای احکام راجع به اموال غیر منقول را در صورتی که در ایران ثبت و یا محل وقوع مال غیر منقول ایران باشد بر اساس قانون ایران اجرا خواهد کرد. همچنین در صورتی که معاهده‌ای بین ایران و سایر کشورها مقرر شده باشد طبق همان باید عمل شود نه قانون شکلی حاکم بر قرارداد و یا قانون امری مقرر داوری که در خارج ایران باشد.

## ۲-۴ شناسایی و اجرای رای خارج از محدوده کنوانسیون نیویورک

با توجه به اینکه تعداد بسیار زیادی از کشورهای جهان به کنوانسیون نیویورک ملحق شده‌اند، همچنان این امکان وجود دارد که آنها خارج از محدوده اعمال این کنوانسیون باشد. اولین مورد زمانی است که محل

صدور رای و محل شناسایی و اجرا عضو کنوانسیون نباشند. مورد دوم ناظر بر این است که کشورها از حق رزرو خود نسبت عدم اعمال قواعد کنوانسیون در موردی که کشور محل صدور عضو کنوانسیون نیست استفاده کنند. به علاوه کنوانسیون ناظر به آرای داوری اختلافات بین دولتها و یا سازمان های بین المللی که مربوط به حقوق بین الملل عمومی است، نمی باشد. کنوانسیون برای کشورهای عضو این حق را به صورت رزرو پیش بینی کرده است زمانی که محل صدور رای خارج از محدوده کنوانسیون است و در واقع فقط محل شناسایی و اجرای حکم عضو کنوانسیون است، می توانند از اعمال قواعد کنوانسیون نسبت به آن خودداری کنند در ایران فقط آرا صادره در کشور متعاقد دیگر قابل شناسایی و اجرا می باشد و کنوانسیون نسبت به آن عمل می شود و آرای صادره در ایران یا یک کشور غیر متعاقد مشمول کنوانسیون نمی باشد.

در صورتی که رای صادره خارج از محدوده اعمال کنوانسیون باشد کشور محل شناسایی و اجرا بر اساس قوانین داخلی خود به شناسایی و اجرای رای داوری اقدام خواهد کرد. بنابراین در ایران اجرای رای داوری ابتدا بر اساس قواعد قانون داوری تجاری بین المللی به اجرا اقدام خواهد کرد. ماده ۳۵ قانون داوری تجاری بین المللی ایران در ارتباط با اجرای رای داوری بیان می دارد: « به استثنای موارد مندرج در واد ۳۳ و ۳۴ آرای داوری که مطابق مقررات این قانون صادر شوند قطعی و پس از ابلاغ لازم الاجرا است و در صورت درخواست کتبی از دادگاه موضوع ماده ۶ ترتیبات اجرای احکام دادگاه ها به مورد اجرا گذاشته می شوند.»

در صورتی که رای داوری خارج از محدوده اعمال کنوانسیون نیویورک باشد بدون شک دادگاه ها و قضات که جزء ارکان تشکیل دهنده نظام قضایی می باشند و خود یکی از ارکان حاکمیت و دولتها محسوب می شوند، نسبت به اعمال قواعد امری ناظر بر شناسایی و اجرا خواه در قانون داوری تجاری بین المللی ذکر شده باشند و خواه در قانون اجرای احکام، اقدام خواهند کرد، به ویژه زمانی که قواعد مذکور بر مبنای نفع و نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. اجرای رای آخرین مرحله در جریان داوری است. این واقعیت که رای داوری همانند تصمیم قضایی الزام آور است، مستلزم حد معینی از نظارت دادگاه ها در خصوص مشروعیت و قابلیت اجرای آن است. چنین نظارتی می تواند هنگام ارزیابی دادگاه از مبنای امتناع از اجرای رای داور به عمل آید. چنانچه محکوم علیه از اجرای رای داور سرباز زند قانون با حمایت از اجرای اجباری رای به آن ضمانت اجرای لازم را می دهد. کنترل قضای رای داوری با توجه به انحلال مرجع داوری بعد از صدور رای نقش مهم دادگاه های دولتی را در جریان داوری مهم و تاثیرگذار جلوه می دهد (مافی، همایون و پارسا،



به طور کلی در تمام مراحل، از ایجاد موافقتنامه داوری گرفته تا زمان صدور و شناسایی و اجرای رای، زمانی که تردید نسبت به امری بودن قاعده مورد وجود دارد و یا اینکه آیا چنین قاعده امری وجود دارد یا وجود ندارد؛ زمانی که طرفین قرارداد را ایجاد می کنند بدون توجه به این موضوع می توانند قرارداد منعقد کنند و زمانی که داوران رسیدگی می کنند و یا زمانی که قضات اقدام به شناسایی و اجرای رای داوری می کنند لازم نیست که موضوع را مورد بررسی قرار دهند. بنابراین داوران باید رسیدگی های خود را ادامه بدهند و قضات هم بدون توجه به این امر باید اقدام به شناسایی و اجرای رای داوری کنند.

#### ۵. نتیجه

قواعد آمره قواعدی هستند که قانون گذار اجرای آنها را در هر شرایطی لازم دانسته است، زیرا مصلحت خاصی اجرای آن قواعد را لازم می دانند. در داوری نیز هر چند جوهره داوری اصل حاکمیت اراده و آزادی طرفین داوری و داوری است اما رعایت برخی از موارد از سوی داور و طرفین نیز الزامی است. قاعده امری، قاعده ای است که با بیانگر اراده دولتها در جهت حفظ نظم عمومی و اخلاقی و همچنین حفظ منافع عمومی و نفع دولتها در امور سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مهم می باشد که به صورت موضوعه در آمده و از چنان الزامی و اجباری برخوردارند که حتی به یکی از افراد متبوع خود در نظام حقوقی داخلی اجازه اراده ی خلاق را نمی دهند. این قواعد با بیانگر اراده جمعی دولتها در شکل معاهدات موضوعه و همراه با حمایت عملی جامعه جهانی هستند و یا اینکه خارج از شکل و قالب معاهده توسط مثل متمدن جهان مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته اند، دارای وصف قاعده حقوقی و غیر قابل علول بودن، می باشند. داوری تجاری بین المللی نهادی خصوصی است که با اراده طرفین و بر اساس استقلال طرفین به منظور رسیدگی و حل و فصل دعاوی موجود و یا حل و فصل اختلافات آتی در قالب شرط ضمن عقد و با توافقی جداگانه تشکیل می شود. در مورد نحوه اعمال قواعد امری در داوری تجاری بین المللی باید به مبنای اعمال این قواعد رجوع کرد. مهمترین مبنای اعمال قواعد امری را بدون تردید قانون و اراده قانونگذار است نه اراده طرفین. هرچند طرفین با اراده ی خود قانون حاکم را انتخاب می کند، اما حاکمیت اراده آنها فقط در حق انتخاب یا عدم انتخاب است نه چیز دیگر و بعلاوه ویژگی ذاتی قواعد امری در قدرت الزام و اجباری است که دارند و در حقیقت عدم دخالت اراده افراد در نحوه اعمال آنها می باشد. مبنای دیگر اعمال قواعد امری این است که داوران باید رابی صادر کند که قابلیت شناسایی و اجرا داشته باشد. همین مبنای دوم است که نشان می دهد. مبنای اعمال قواعد امری حاکمیت اراده افراد نیست. وجود اختلافات در مبنای اعمال قواعد امری در داوری تجاری بین المللی است که نظریات متفاوتی را نسبت به شیوه های اعمال این قواعد بوجود

آورده است. بر همین اساس برخی معتقد به عدم اعمال قواعد امری هستند زیرا مبنای اعمال را حاکمیت اراده طرفین می دانند. در مقابل برخی دیگر اعتقاد به اعمال تمام قواعد امری دارند خواه مرتبط با دعوی باشد و با نباشد. بهترین دیدگاه برای اعمال قواعد امری این است که باید با توجه به نظر و صلاحدید داوران عمل کرد. البته باید به این نکته اشاره شود که داوران مختار در اعمال یا عدم اعمال قواعد امری نیستند و نمی توانند بر اساس خوش آمد با عدم میل و اراده خود قاعده را اعمال کنند با اعمال نکنند. وجود ارتباط خاص و ویژه با عدم آن واقعا امرانه بودن یا نبودن، بررسی مبانی و سیاست هایی که در شکل گیری قواعد امری دخیل بوده اند بررسی تاثیر اعمال با عدم اعمال قواعد امری و در نهایت بررسی مشروعیت یا عدم مشروعیت خواسته طرفین در اعمال و یا عدم اعمال قواعد امری موثر خواهند بود و داوران باید به تمام این موارد توجه کند.

داوری پذیری اختلاف و قواعد امری ناظر بر آن از دیگر مواردی است که در داوری تجاری بین المللی مطرح می شوند. امروزه آنقدر گستره داوری پذیری و مباحث مربوط به آن محدود شده است که می توان گفت اکثر موضوعات قابلیت ارجاع به داوری را دارند. در داوری پذیری اختلاف به دنبال جواب به دو سوال هستیم. اول اینکه آیا موضوع اختلاف را می توان به داوری ارجاع داد و دوم اینکه آیا قرارداد مصدقی از موضوعاتی هست که قابلیت ارجاع به داوری را داشته باشد؟ زمانی که قانونگذار اعلام می کند که این موضوعات قابلیت ارجاع به داوری را ندارد، یعنی حق ارجاع به داوری نسبت به آن موضوعات برای طرفین وجود ندارد و همانطور که بیان شد زمانی که حقی برای طرفین در قانون متبوع خودشان وجود ندارد مسئله تعارض قوانین تخم مطرح نخواهد بود. در ثانی با توجه به شرط دوم ایجاد قواعد امری که همان اغماض قانون ملی می باشد، در این مورد وجود ندارد و به نظر نمی رسد کشورها نسبت به قواعد امری خود اغماض داشته باشند. در جواب به سوال اول باید گفت که هیچ ابهامی وجود ندارد که تعارض مطرح نمی شود. ممکن است برای تشخیص اینکه آیا قرارداد از مصادیق مذکور هست یا نه تعارض بوجود بیاید. در جواب باید گفت اینجا دیگر مسئله تعارض در داوری پذیری اختلاف مطرح نیست و در این مورد خود قرارداد باید مورد ارزیابی و تفسیر قرار گیرد که تحت چه عنوان و موضوعی می باشد نه مسئله داوری پذیری.

داوری به دلیل مزیت هایی که نسبت به رسیدگی های قضایی دارد، یکی از سازوکارهای مهم حل اختلاف در دعاوی تجاری بین المللی قلمداد می شود و یکی از مهم ترین این مزیت ها که اساس و جوهر داوری را تشکیل می دهد، اصل حاکمیت اراده است؛ بدیهی است که اصل حاکمیت اراده در مواردی که با نظم عمومی

و قواعد آمره برخورد کند، توان اجرایی نداشته و باید قواعد آمره مقدم داشته شود. مفهوم نظم عمومی و قواعد آمره در داوری تجاری بین‌المللی با چنین مفهومی در رسیدگی قضایی در حقوق داخلی و حتی با داوری داخلی متفاوت است. دایره نظم عمومی و قواعد آمره در رابطه با داوری داخلی، تنگ‌تر می‌شود و آزادی عملکرد بیشتری برای نهاد داوری در نظر گرفته می‌شود.

### منابع

- ۱- اشمیتوف، کلایو ام، ۱۳۹۳ حقوق تجارت بین الملل، مترجم: بهروز اخلاقی و همکاران، ج ۲، چاپ ۴، تهران: انتشارات سمت،
- ۲- الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷
- ۳- انصاری، علی، مبین، حجت، قواعد فراملی در داوری تجاری بین المللی و جایگاه آن در حقوق ایران، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره ۳، ۱۳۸۹
- ۴- انصاری، علی، مبین، حجت، قواعد فراملی در داوری تجاری بین المللی و جایگاه آن در حقوق ایران، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۳، ۱۳۸۹
- ۵- شیروی، عبدالحسین، داوری تجاری بین المللی، ۱۳۸۸ تهران میزان
- ۶- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته ج ۱، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۸۷
- ۷- شهبازی نیا، مرتضی، و دیگران، مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین المللی، مجله دانشگاه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، دوره ۴۱، ۱۳۹۲
- ۸- زمانی، سید قاسم، جایگاه قاعده آمره در میان منابع حقوق بین الملل، حقوقی بین المللی، ۱۳۷۷، شماره ۲۲
- ۹- ضرابی، میترا، بررسی وجوه اشتراک بین قانون داوری ۱۹۹۶ انگلستان و قانون داوری تجاری بین المللی، نامه مفید، شماره ۹۱، ۱۳۹۱

۱۰- طباطبایی نژاد، محمد، داوری تجاری بین المللی و چالش اعمال قواعد امره؛ مطالعه موردی حقوق رقابت، مطالعات تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، ۱۳۹۴

۱۱- مافی، همایون و پارسافر، جواد، دخالت دادگاه ها در رسیدگی های داوری در حقوق ایران، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۵۷، ۱۳۹۱

۱۲- Barraclough, A and Waincymer, J., (۲۰۰۵), mandatory rules of law in international commercial arbitration, Melborne journal of international law, vol ۶,

۱۳- Waincymer, J., (۲۰۰۹), international commercial arbitration and the application of mandatory rules of law , first published in AIAJ ,vol ۵ , no ۱ , available at : <http://ssrn.com/abstract=۱۹۱۲۳۱۸>,