


Journal of
Comparative Law Review
(JCL)

DOI: 10.22059/JCL.2022.336324.634297

**Public policy as a reason of annulment of arbitral awards
and its effect on the 'recognition and enforcement of
annulled arbitral awards**

Reza Masoudi¹ 

1. Ph.D. in private law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: Reza.masoudi@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
<p>Paper Research: Research Article</p>	<p>The issue of 'enforcement of annulled arbitration awards' is one of the major challenges which international commercial arbitration is facing with. Many Legislation attempts have been made to regulate such a process, which according to the contractual nature of 'international commercial arbitration', does not make sense anyhow. In this regard, the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitral Awards and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration are two notable sets with maximum global acceptance that can be obtained with the help of their applicable regulations offered appropriate solutions to prevent the recognition and enforcement of annulled international commercial arbitral awards. 'Public Policy' is a unique concept in this field, which is considered either 'annulment of arbitral awards' In national law and UNCITRAL Model Law and according to the 1958 New York Convention, which can be considered by the Arbitration awards enforcement location Courts for the lack of identification and implementation of foreign business arbitration awards. The same subscription in the abolition and lack of identification and implementation of business arbitration awards can be considered in accordance with the argument of the origin court in the use of a joint examples or similar to domestic public policy to annulle the arbitration awards with the international public policy and even the domestic public policy of the court of award enforcement location as a functional solution in direction to reduce the possibility of identifying and implementing annulled arbitration awards in the country of award enforcement.</p>
<p>Received: 2022/04/19 Accepted: 2022/08/22</p>	
<p>Keywords: <i>Public policy, Arbitral awards, Annulment, Recognition and enforcement, National courts</i></p>	
<p>How To Cite</p>	<p>Masoudi, Reza (2022). 'Public policy as a reason of annulment of arbitral awards and its effect on the 'recognition and enforcement of annulled arbitral awards . <i>Comparative Law Review</i>, 13 (2), 839-865.</p>
<p>Publisher</p>	<p>University of Tehran Press. </p>

دوفصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی

سال ۱۳، شماره ۲، شماره پیاپی ۲۶
پاییز و زمستان ۱۴۰۱، ۸۳۹-۸۶۵

DOI: 10.22059/JCL.2022.336324.634297

اعمال نظم عمومی در ابطال آرای داوری و اثر آن در عدم شناسایی و اجرای آرای داوری ابطال شده

رضا مسعودی^۱

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: Reza.masoudi@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی	مسئله «اجرای آرای داوری ابطال شده» یکی از چالش‌های اساسی پیش روی داوری بازرگانی بین‌المللی است. تلاش‌های فراوانی در خصوص تدوین مقرراتی برای پیشگیری از چنین فرایندی صورت گرفته است که با توجه به ماهیت قراردادی «داوری بازرگانی بین‌المللی» روش معقولی به‌نظر نمی‌رسد. در این خصوص «کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک» در زمینه شناسایی و اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی و «قانون نمونه آنسیترال» در داوری بازرگانی بین‌المللی دو مجموعه قابل توجه با پذیرش جهانی حداکثری اند که می‌توان با کمک گرفتن از مقررات کاربردی و مفید آنها راه‌حل‌های مناسبی را در راستای جلوگیری از «شناسایی و اجرای آرای داوری بازرگانی ابطال شده» ارائه داد. «نظم عمومی» یک مفهوم استثنایی در این زمینه است که هم برای «ابطال آرای داوری» در قوانین ملی و قانون نمونه آنسیترال مورد توجه قرار گرفته و هم بنابر تجویز «کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک» مستندی است که می‌تواند از سوی دادگاه‌های محل اجرای آرای داوری به‌منظور «عدم شناسایی و اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی» مورد استناد واقع شود. همین اشتراک در «ابطال» و «عدم شناسایی و اجرا» در خصوص آرای داوری بازرگانی می‌تواند در صورت توجه دقیق استدلال دادگاه مبدأ در «استفاده از مصادیق مشترک یا مشابه نظم عمومی داخلی موردنظرش جهت «ابطال رأی داوری» با نظم عمومی بین‌المللی و حتی «نظم عمومی داخلی» دادگاه محل اجرای رأی» به‌عنوان راه‌حلی کاربردی در جهت کاستن از احتمال شناسایی و اجرای آرای داوری ابطال شده در کشور محل اجرای رأی مورد استفاده قرار گیرد.
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۳۱	
کلیدواژه‌ها: آرای داوری، ابطال، دادگاه‌های ملی، شناسایی و اجرا، نظم عمومی.	
استناد	مسعودی، رضا (۱۴۰۱). اعمال نظم عمومی در ابطال آرای داوری و اثر آن در عدم شناسایی و اجرای آرای داوری ابطال شده. <i>مطالعات حقوق تطبیقی</i> ، ۱۳ (۲)، ۸۶۵-۸۳۹.
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



مقدمه

یان پالسن، حقوق دان معروف امریکایی سوئدی تبار، در خصوص «ابطال آرای داوری» می گوید: «آرای داوری به ندرت باطل شده اند و بیشتر آرای [داوری] که معمولاً به صورت داوطلبانه اجرا نشده، از سوی محاکم دادگستری شناسایی و اجرا شده اند. واقعیت آن است که [چالش های موجود در روند اجرا بیشتر عملی اند تا قانونی، پس چرا باید به دنبال قوانین جدید باشیم زمانی که از نظر کمبود قانون در مضیقه نیستیم] بنابراین نیازی به تدوین قوانین جدید نیست...» (Jan Paulsson, 1979: 574).

یکی از مهم ترین چالش های اجرای آرای داوری در داوری بازرگانی بین المللی ابطال آرای داوری و آثار و تبعات آن است. اهمیت این امر ناشی از آن است که نظم عمومی از طرفی در اکثر قوانین و نظام های حقوقی (از جمله در حقوق ایران مواد ۹۷۵ ق.م و ۴۸۹ و ۶ آ.د.م و ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین المللی مصوب ۱۳۷۶) به عنوان زمینه ای برای ابطال آرای داوری در نظر گرفته شده است و از طرف دیگر در بحث شناسایی و اجرای آرای داوری بازرگانی بین المللی، ابطال رأی داوری طبق بخش ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک به عنوان دلیلی برای عدم شناسایی و اجرای رأی تبیین شده که با عنوان «استثنای نظم عمومی در شناسایی و اجرای رأی داوری شناخته می شود».

روشن است که هرگونه افراط و تفریط در زمینه اعمال نظم عمومی چه در شناسایی و اجرا و چه در بحث «ابطال» سازوکار اجرای آرای داوری، فرایند داوری و اعتبار این روش حل اختلاف جایگزین را به محاق خواهد برد، به ترتیبی که حتی مجال اجرای یک رأی داوری را نیز نخواهد داد (Hakeem Seriki, 2020: 198). وجود چالش های متعددی از این دست عمدتاً ناشی از عدم آشنایی و شناخت «کارکرد نظم عمومی» است تا تعریف و شناخت خود «نظم عمومی» و اقسام آن. به همین دلیل بیشتر نویسندگان بر این باورند که کارکرد نظم عمومی «... دارای چالش های مهم و بنیادینی است که از جمله مهم ترین آنها نقش دادگاه های ملی در ارائه تفاسیر یکنواخت و قابل اجرا در این زمینه است» (Stephen Ostrowski and Yuval Shany, 2019: 1650). با آنکه برخی نظم عمومی را بیشتر محملی برای «ابطال» آرای داوری دانسته اند و برخی دیگر آن را بستری برای یکنواخت کردن روند «عدم شناسایی و اجرا» (Pierre

1. "Awards are very rarely annulled. Moreover, awards which are not satisfied voluntarily are usually granted judicial recognition and enforcement. The challenges encountered in the enforcement process tend to be practical... rather than legal. Then why bother thinking about new legal solutions when there is no pressing legal problem? The text of the New York Convention is outdated in some salient respects. There is clearly room for some improvements which would reduce the risk of unnecessary litigation. (For even if awards are almost always upheld, the debates about applications for annulment and enforcement are frequently costly and sterile)."

2. 'Wreak havoc'

(Lastenouse, 2016: 811). می‌توان گفت «نظم عمومی» در عمل قادر است هر دو موضوع را به شکلی دربر گیرد که مشکلاتی نظیر شناسایی و اجرای آرای داوری ابطال شده را نیز تا حد قابل توجهی حل و فصل نماید.

در راستای اجرایی کردن این تحلیل، دو پرسش بنیادین مطرح است:

نخست اینکه دادگاه‌های ملی چگونه می‌توانند رویکردی مشترک از نظم عمومی در هر دو رویه اجرا و ابطال اعمال کنند؟^۱ به دیگر سخن، باید تبیین کرد که آیا دادگاه‌های ملی می‌توانند مصادیق مشترکی را برای «نظم عمومی در خصوص ابطال آرای داوری» و «استثنای نظم عمومی» مانع شناسایی و اجرا بپذیرند و اعمال کنند و در این صورت به چه ترتیب قادر به این کار هستند. پرسش دوم این است که در صورت اجرای امر یادشده، «دادگاه ملی کشور محل صدور رأی داوری» چگونه می‌تواند رأی داوری داخلی خود را مستند به «نظم عمومی» ابطال کند که احتمال شناسایی و اجرای آن^۲ در «کشور محل اجرا» به حداقل ممکن برسد.

۱. تحلیل مفاهیم نظم عمومی موجب ابطال و استثنای نظم عمومی مانع شناسایی و اجرا

تعریف این دو مفهوم در عمل کاری است بس دشوار، چراکه اساساً تعریف «نظم عمومی» خود امری پیچیده است؛ چه رسد به تعریف مصادیق و شاخه‌های آن. با این ترتیبات در این مسیر ناگزیر از توسل به مصادیق و پرونده‌های موجود در این زمینه هستیم. البته باید تأکید کرد که «عملکرد دادگاه‌ها درجایی که از آنها درخواست اجرای یک رأی داوری خارجی معارض با نظم عمومی شده است با موقعیتی که در حدود صلاحیتشان، ابطال یک رأی داوری معارض با نظم عمومی از آنها درخواست می‌شود متفاوت است» (ILA Interim Report, 2020: 230).

برای مثال، در پرونده «هبی» (Hebei Import & Export Corp v Polytek Engineering Co. Ltd, 1999)، دادرسان معتقد بودند که در بحث «عدم شناسایی و اجرای رأی داوری مستند به مفهوم استثنای نظم عمومی»، دلایلی که برای غیرقابل اجرایی شدن رأی خارجی لازم است مورد توجه قرار گیرد باید «فراتر، مهم‌تر و مضیق‌تر از حداقل‌هایی باشد که یک رأی داوری داخلی بر اساس آن ابطال می‌شود». این به آن معنی بود که «نظم عمومی مانع شناسایی و اجرای رأی داوری» به لحاظ ملاک و شاخص‌های مربوط به «کشور محل اجرای رأی داوری» می‌بایست «بسیار بالاتر، مهم‌تر و مضیق‌تر» از «نظم عمومی» همان کشور در موردی باشد که استناد به آن یک «رأی داوری داخلی» را ابطال می‌کند. به دیگر سخن، نظم عمومی مانع شناسایی و اجرای رأی داوری بازرگانی خارجی همان «اصول و مبانی عالی و

1. 'Uniform approach to public policy in enforcement & annulment proceedings

2. 'Enforceability of foreign annulled awards.

غیرقابل تخطی کشور محل اجرای رأی» محسوب می‌شود که متصف به صفات «نظم عمومی عالی» یا «نظم عمومی سخت» کشور محل اجرای رأی داور است و برخی از حقوق دانان ما از آن به‌عنوان «قواعد انتظامی نظم عمومی» حقوق عمومی یاد کرده‌اند (جنیدی، ۱۳۹۱: ۱۰۴).

این دیدگاه که در بین قضات دادگاه‌های ملی مغفول مانده، حلقه گمشده زنجیره تفسیر اجرایی از نظم عمومی و بیانگر این واقعیت است که مفهوم و معنای «نظم عمومی» برای دادگاه‌های ملی بیشتر معطوف به «استثنای نظم عمومی در شناسایی و اجرای آرای داور» است تا «نظم عمومی موجب ابطال آرای داور». دلیل چنین امری روشن است، درحقیقت برای دادگاه‌های ملی مفهوم «قواعد انتظامی» یا قواعد اجباری حقوق عمومی به‌عنوان چهره‌ای از نظم عمومی ملی قابل درک‌تر و شناخته‌شده‌تر از نظم عمومی موجب بطلان آرای داخلی است که عمدتاً در چارچوب قواعد آمره متجلی می‌شود؛ به همین دلیل، دادگاه‌های ملی «نظم عمومی مبطل رأی داور» را بیشتر با مصادیق «قواعد آمره» شناخته، با استناد به نصوص قانونی مربوط و بدون اشاره به «نظم عمومی» در احکام خود مورد استناد قرار می‌دهند و حتی در بیشینه موارد به «قاعده آمره بودن» نص استنادی نیز تصریح نمی‌کنند (Andrew and Keren, Tweeddale, 2020: 392).

در این میان هستند برخی قضات دوران‌دیش دادگاه‌های ملی که احتمال می‌دهند رأی داور مطروحه جهت ابطال نزد آنها می‌تواند در کشور دیگری به‌جز کشور متبوع آنان مورد تقاضای اجرا قرار گیرد و بر این اساس بیشتر مایل به ابطال آرای داخلی مستند به «نظم عمومی» هستند تا صرف استناد به قوانین یا مصادیق قواعد آمره. به باور این دسته از قضات، ابطال یک رأی داور با این شرایط می‌تواند اثری دو جانبه در پی داشته باشد: نخست ابطال و بی‌اعتباری خود رأی، و دیگری افزایش احتمال عدم شناسایی و اجرای آن در کشور محل اجرای آن (موضوع بند «ه» بخش ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک). در واقع، تالی اثر ابطال مستند به نظم عمومی غیرقابل اجرا شدن رأی در کشور محل صدور و کاهش چشمگیر احتمال اجرای رأی ابطال شده در کشور محل اجرای آن است؛ درحالی که ابطال مستند به قواعد آمره، فقط رأی را در کشور محل صدور بی‌اعتبار می‌کند، اما شانس شناسایی و اجرای آن را در کشور محل اجرای رأی (جنیدی، ۱۳۸۷) در فرض مختلف بودن محل صدور و محل اجرا افزایش می‌دهد. بنابراین، قاضی ملی که معتقد است ابطال یک رأی داور به دلیل نقض قواعد آمره داخلی کشور محل صدور الزاماً نمی‌تواند متضمن نقض «نظم عمومی» کشور او باشد، همواره احتمال شناسایی و اجرای رأی داور ابطال شده در کشور مقصد را افزایش داده است.

بنابراین، ممکن است تقاضای شناسایی و اجرای یک رأی داور باطل شده با این استدلال که «قواعد امری کشور محل صدور نمی‌تواند مانعی برای اجرای یک رأی داور ابطال شده در کشور محل

اجرای رأی باشد» در محل یادشده پذیرفته شود و به شناسایی و اجرای یک رأی داوری ابطال شده منتج گردد (بهمنی و جعفری، ۱۳۹۰). از همین رو، توصیه به قضات آن است که برای کاهش احتمال اجرای رأی داوری ابطال شده در کشور دیگر، در استدلال خود جهت ابطال، علاوه بر مستندات از قبیل تعارض رأی داوری با «قواعد امری» داخلی و نظایر آن، نقض «نظم عمومی» را نیز تصریح نمایند، چراکه «نقض هر قاعده آمره‌ای منطقی می‌تواند با نقض نظم عمومی دادگاه ملی محل صدور ملازمه داشته باشد، اما نظم عمومی کشور محل اجرای رأی نمی‌تواند الزاماً دربرگیرنده نقض قواعد آمره کشور محل ابطال رأی داوری باشد» (Carolyn Lamm and Eckhard Hellbeck, 2020 : 137, 141).

۱.۱. جدول زیر نشان‌دهنده تفاوت‌ها و شباهت‌های اصلی بین نظم عمومی موجب «ابطال» و نظم عمومی «عدم شناسایی و اجرا»ی آرای داوری است.

استثنای نظم عمومی موجب عدم شناسایی و اجرا	نظم عمومی موجب ابطال رأی داوری
اصولاً در صلاحیت دادگاه محل اجرای رأی است	اصولاً در صلاحیت دادگاه مبدأ (محل صدور رأی) است
دادگاه محل اجرا اصولاً شناسایی و اجرای رأی داوری را مطابق کنوانسیون نیویورک انجام می‌دهد	دادگاه محل صدور اصولاً رأی داوری را بر مبنای حقوق داخلی بررسی و در مورد ابطال یا تأیید آن تصمیم می‌گیرد
فقط اثر سرزمینی دارد	اصولاً اثر فراسرزمینی دارد
زمینه‌های تشابه: ماده ۳۴ قانون نمونه ^۱ (مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داوری ۱۳۷۶ ایران) که اغلب کشورها آن را به‌عنوان قانون داوری بازرگانی بین‌المللی خود پذیرفته‌اند، شش مورد از هفت موضوع یادشده در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک را به‌عنوان زمینه‌های ابطال معرفی می‌کند.	

۲. مراحل سه‌گانه جهت ابطال رأی داوری مستند به نظم عمومی و استثنای نظم عمومی در شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی

به لحاظ عملی و از منظر دادگاه ملی، مراحل شناسایی و اعمال نظم عمومی، چه در ابطال و چه در عدم شناسایی و اجرا را می‌توان به سه بخش تقسیم کرد:

۲.۱. مرحله اول، تشخیص نظم عمومی

در این مرحله، دادرس تشخیص می‌دهد که رأی داوری با مصادیق «نظم عمومی» تعارضی دارد یا نه. روشن است که مصادیق نظم عمومی در کشور محل اجرا و کشور محل صدور دست‌کم در

1. Explanatory Note on the Model Law, UN Doc A/40/17, para. 43.

مورد نظم عمومی حقوق عمومی (قواعد انتظامی) تفاوت‌هایی دارد و حتی اگر رأی در یک کشور صادر و در همان کشور اجرا شود، از نظر تحلیلی ممکن است همه اقسام مصادیق نظم عمومی همان کشور در اجرا و ابطال به صورت مشترک اعمال نشود، اما در نهایت آنچه که ذکر آن در استدلال دادرسی دادگاه ضروریست، تلخیص این مصادیق ذیل عنوان «نظم عمومی» است. با اینکه در عمل دادگاه‌هایی که آرای داوری را به بین‌المللی و داخلی تقسیم می‌کنند، در استنباط خود از «نظم عمومی» مصادیق نظم عمومی حقوق عمومی (قواعد انتظامی)^۱ و نظم عمومی بین‌المللی و فراملی را در یک فهم کلی از «نظم عمومی» هم مبنای ابطال آرای داخلی و هم جهت جلوگیری از شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی قلمداد کرده‌اند (Andrew and Keren Tweeddale, 2020:392). اما باید خاطر نشان ساخت که استفاده از مصادیق مشترک و جهان‌شمول «اقسام نظم عمومی» از قبیل «نقض آشکار عدالت» و مانند آن در «حکم ابطال رأی داوری» و تصریح به این نکته که رأی داوری به این دلیل «متعارض با نظم عمومی» بوده و ابطال شده است، می‌تواند ذهن قاضی دادگاه کشور محل اجرا را به موضوع نظم عمومی معطوف کند و در صورت تشابه یا انطباق مصادیق ارائه‌شده از نظم عمومی پیش‌گفته در حکم ابطال با «نظم عمومی» کشور متبوع او، اجرای رأی داوری ابطال‌شده را منتفی سازد و یا دست‌کم احتمال آن را به شدت کاهش دهد.

برای نمونه، اگر رأی داوری که در ایران صادر شده و محل اجرای آن خود ایران است، «غیرموجه و مدلل» صادر شده باشد و نظم عمومی شکلی داخلی ایران مقتضی صدور آرای داوری به صورت مستدل باشد (ماده ۴۸۲ ق.آ.د.م)، دادگاه ایرانی هم دادگاه مبدأ است و هم مقصد. در اینجا دادرسی ایرانی می‌تواند پس از ذکر همه جهات در نتیجه‌گیری خود، این تخطی را عدول از «نظم عمومی» اعلام و اجرای چنین رأی داوری را «نقض آشکار عدالت» ناقض نظم عمومی توصیف کند و مستند به آن، رأی داوری را ابطال نماید؛ چراکه «سیاق امری ماده فوق (ماده ۴۸۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایران) به خصوص قانون اساسی ایران (اصل ۱۶۶) نشان می‌دهد که توجیه رأی در حقوق ایران از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است» (جنیدی، ۱۳۷۶: ۱۷۲). حال آنکه با نگاهی به رویه قضایی در دادگاه‌های ایران درمی‌یابیم که وضع این‌گونه نیست و دادگاه‌ها به دلایل متعددی در ابطال آرای داوری به «نظم عمومی» نه تنها استناد، بلکه حتی اشاره هم نمی‌کنند.

در چنین شرایطی، اگر فرض کنیم در مثال بالا رأی داوری در ایران صادر شود و این رأی

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص قواعد انتظامی و نظم عمومی داخلی، ر.ک. جنیدی، لعیا، «تبیین مفهوم نظم عمومی ملی در روابط بین‌المللی با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی» سلسله مقالات اهدایی به استاد الماسی، ارجمند دکتر الماسی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۱.

علاوه بر ایران در کشور یا کشورهای دیگری قابلیت اجرا داشته باشد، اگر دادگاه ایرانی در حکم خود مبنی بر ابطال رأی داوری، تنها به ذکر مستندات و نصوص قانون داخلی اش اکتفا کرده و از تجمیع این موارد در مفهوم «نظم عمومی» در منطوق رأی خود پرهیز یا غفلت کرده باشد، با نگاه صرفاً حقوقی و مفروغ‌عنه دانستن رویکردهای سیاسی، هم اعتبار حکم ابطال در کشورهای دیگر را کاهش داده و هم احتمال اجرای رأی داوری باطل‌شده را در کشور یا کشورهای محل اجرا افزایش داده است.

۲.۲. مرحله دوم تبیین تعارض نظم عمومی تشخیص داده شده با خود رأی (ابطال) یا با

شناسایی و اجرای رأی خارجی

پس از تشخیص و تعیین مصداق نظم عمومی در مرحله پیشین، قاضی ملی می‌بایست در پی تشخیص این موضوع باشد که بین نظم عمومی تشخیص داده شده در مرحله اول و خود «رأی داخلی» یا «شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی» چه تعارضی وجود دارد، در همین نقطه می‌بایست موضوع را در دو شق متفاوت بررسی کرد:

۲.۲.۱. تشخیص نظم عمومی

در عمده قوانین داخلی مانند مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داوری بازرگانی بین‌المللی ایران، بندهای ماده ۴۸۹ آ.د.م و حتی ماده ۳۴ قانون نمونه، سخن از ضرورت تعارض نظم عمومی «با رأی داوری» داخلی از نظر ماهیت و شکل است، یعنی خود رأی (اعم از شکل رسیدگی، اعتبار توافقنامه، اعتبار قرارداد اصلی، رعایت قوانین موجد حق و دیگر موضوعات ماهوی) می‌بایست با نظم عمومی مربوط در تعارض قرارگیرد تا بتوان آن را ابطال کرد.

۲.۲.۲. تبیین نوع و میزان تعارض نظم عمومی با رأی داوری

استثنای نظم عمومی مانع شناسایی و اجرای رأی داوری موضوع ماده ۵ کنوانسیون نیویورک و ماده ۳۶ قانون نمونه در اینجا بسیار مضیق‌تر و محدودتر است؛ بدین معنا که فارغ از موضوعات مربوط به «خود رأی» داوری به مفهوم کلی آن، قاضی تنها می‌بایست در شناسایی و اجرای چنین رأیی با نظم عمومی تشخیص داده‌شده، تعارضی را کشف نماید و نه بیش از آن. این موضوع بیانگر این واقعیت است که در بحث ابطال رأی، نظم عمومی با خود رأی (از جنبه ماهیت و شکل) در تعارض قرار می‌گیرد، اما در بحث شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی، این فقط اجرای رأی است که با نظم عمومی تعارض پیدا می‌کند و نه خود رأی آن‌گونه که در ابطال رأی داوری داخلی وجود دارد. بر این مبنا، مصادیقی از نظم عمومی فراملی یا بین‌المللی، نظیر

دائری مضاعف و تفکیک‌پذیری، اساساً در روندهای شناسایی و اجرای یک رأی داوری خارجی قابل طرح هستند، نه ابطال یک رأی داوری داخلی؛ در نتیجه برای دادگاه ملی، یافتن زمینه‌های نظم عمومی برای ابطال رأی داوری داخلی به مراتب سهل‌تر از یافتن مصادیق نظم عمومی متعارض شناسایی و اجرای رأی است. برای مثال، اگر دادگاه ملی محل صدور در استدلال خود اشتباه داور در اعمال قانون حاکم یا تخلف از اعمال قوانین موجد حق را بدون ذکر مفهوم «نظم عمومی» مستند ابطال رأی داوری داخلی قرار دهد، این امر تنها یک مستند برای ابطال رأی داوری داخلی قلمداد خواهد شد، بدون آنکه از دیدگاه دادگاه محل اجرای رأی الزاماً یکی از مصادیق استثنای نظم عمومی منجر به عدم شناسایی و اجرای رأی تلقی شود؛ پس راهکار عبور از این دشواری در مسیر موردنظر چیست؟ راه‌حل چنین وضعیتی آن است که قضات شریف و آگاه با قدری تأمل در مستندات حکم ابطال رأی داوری، با نگاهی به امکان اجرا در کشورهای دیگر، در استدلالی کاربردی و هوشمندانه پس از ذکر تمامی مصادیق و مستندات لازم در خصوص امور حکمی حقوق داخلی، استدلال رأی خود را با اشاره به تعارض صریح «رأی داوری» با اصول و مقررات متقن و جهان‌شمول «نظم عمومی» فراملی و بین‌المللی مقوم سازند و از ذکر این اصول در «اسباب موجهه حکم» درج نوزند؛ به دیگر سخن، قاضی ملی بایستی تلاش کند در منطوق حکم ابطال رأی داوری چنین استدلال نماید که «اجرای این رأی داوری» علاوه بر تعارض با نصوص امره قانون داخلی کشور متبوع او، در تعارض شدید با «عدالت» قرار خواهد گرفت و این رأی داوری نه تنها خود رأی به دلیل آنکه با نظم عمومی در تعارض قرار داشته باطل است، بلکه اجرای چنین رأیی نیز موجب «نقض آشکار عدالت» متضمن نظم عمومی خواهد بود.

۲.۲.۳. مرحله سوم تشخیص اثر تعارض نظم عمومی با رأی داوری

در گام آخر، قاضی باید تشخیص دهد که درجه شدت نظم عمومی متعارض با رأی داوری به چه میزان است و آیا با وجود تعارض کشف‌شده در مراحل قبل، آیا باز هم امکان شناسایی و اجرا و عدم ابطال رأی وجود دارد یا خیر. هم لحن ماده ۵ کنوانسیون نیویورک^۱ در بحث شناسایی و اجرا و هم فحوای عبارات قانون نمونه، چه در بحث شناسایی و اجرا و چه در خصوص ابطال

۱. شایان ذکر است که متن مصوب مجلس شورای اسلامی از کنوانسیون نیویورک نیز ترجمه متن انگلیسی است که متضمن لفظ «می‌تواند» است و چنانچه بخواهیم وفق ماده ۹ ق.م.د در حقوق ایران موضوع را تفسیر کنیم، می‌بایست قاضی ایرانی را در شناسایی و اجرای یا عدم شناسایی و اجرای رأی داوری معارض با نظم عمومی مختار بدانیم.

آرای داوری مستند به نظم عمومی نشان از «تخیری» بودن آنها دارد.^۱ به نظر نگارنده، این ادبیات با تعمد در این دو متن گنجانده شده تا قاضی در این خصوص «با توجه به تشخیص خود از درجه و میزان تعارض نظم عمومی با رأی داوری مربوطه» نسبت به «عدم شناسایی و اجرا» و یا «ابطال» رأی داوری اقدام نماید و در این مسیر مخیر است. در نتیجه، وجود تعارض بین نظم عمومی و رأی داوری با ابطال یا عدم شناسایی و اجرا ملازمه نخواهد داشت. در این خصوص، می‌توان دو شاخص و ملاک روشن را در هر مورد به صورت جداگانه ارائه داد:

۲.۲.۳. ۱. تعارض هر یک از اقسام نظم عمومی متضمن منافع ملی به هر میزان

در هر دو زمینه، یعنی هم «عدم شناسایی و اجرا»ی رأی داوری خارجی و هم «ابطال» رأی داوری داخلی، وجود هر میزان و درجه از تعارض اقسام «نظم عمومی» با رأی داوری موجب عدم شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی و ابطال رأی داوری داخلی خواهد بود، به این ترتیب، با توجه به مضیق بودن مصادیق نظم عمومی حقوق عمومی (قواعد انتظامی) که علی‌الاصول منافع ملی در قالب این قسم از نظم عمومی ظهور و بروز می‌یابد، این‌گونه تعارض به صورت محدود رخ خواهد داد و با اطمینان می‌توان گفت در صورت وجود چنین وضعیتی، هیچ درجه‌ای از این نوع تعارض از سوی دادگاه‌های ملی قابل چشم‌پوشی نیست.

۲.۲.۳. ۲. تعارض سایر اقسام نظم عمومی با رأی داوری

الف) ابطال با مصادیق موسع با رویکرد تساهل و تسامح

در این زمینه هرگاه درجه تعارض قواعد آمره، اخلاق حسنه و دیگر مصادیق نظم عمومی به حدی باشد که به اعتبار رأی صادره «خدشه غیرقابل چشم‌پوشی» وارد آورد، دادگاه می‌بایست نسبت به صدور حکم به ابطال رأی داوری اقدام نماید و در غیر این صورت دادگاه می‌تواند با استوار نمودن رأی داوری راه را برای اجرای رأی یادشده مبتنی بر تقویت فرایندهای حل اختلاف جایگزین هموار نماید. برای مثال، چنانچه در یک رأی داوری داخلی، داور در موضوع ابلاغ، به وظایف خود وفق قانون حاکم بر آیین رسیدگی داوری یا قانون منتخب طرفین عمل کرده باشد، اما یکی از طرفین با وجود اطلاع از مفاد ابلاغ، مستند به عدم دریافت چنین ابلاغی، مدعی عدم رعایت اصل تناظر در رسیدگی داوری موصوف باشد، منطقی‌اً ولو در صورت اثبات عدم وصول ابلاغ، نمی‌توان چنین امری را مصداق عدول از اصول آمره رسیدگی و نقض «دادرسی عادلانه» موجب «ابطال» در ماده ۳۴ قانون نمونه و «مانع شناسایی و اجرا» موضوع بند «ب» بخش ۱

1. Both New York Convention Art V and Model Law Art 34 use the phrase 'if the court finds that', meaning that the court can invoke the public policy exception on their own motion.

ماده ۵ کنوانسیون نیویورک دانست و رأی داوری را معارض نظم عمومی و در «تعارض آشکار با عدالت» قلمداد نمود.

ب) «عدم شناسایی و اجرای رأی» با «مصادیق مضیق و رعایت اصل نزاکت و مصادیق جهان‌شمول نظم عمومی (نظم عمومی فراملی)»^۱.

بایستی به یاد داشته باشیم اصل عرفی در زمینه «شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی» به دلایل متنوع و متعدد، از جمله رعایت «اصل نزاکت» و «حفظ تعادل در رویکرد متقابل» در بیشینه سیستم‌های دادگستری ملی «اجرای حداکثری» این‌گونه آرا است. به همین دلیل توصیه به قضات ملی همواره آن است که در چارچوب «کنوانسیون نیویورک»، حتی‌الامکان تلاش خود را در جهت شناسایی و اجرای چنین آرای به کار گیرند و مگر در موارد استثنایی مانند تعارض با «نظم عمومی متضمن منافع ملی کشور متبوع دادگاه»، «نقض فاحش قواعد آمره مشمول مفهوم نظم عمومی فراملی» و «اصول و مبانی جهان‌شمول مشمول مفهوم نظم عمومی بین‌المللی» از عدم شناسایی و اجرای یک رأی داوری خارجی پرهیز نمایند (Michael Hwang and Amy Lai, 2018: 71).

۳. مطالعه روبه قضایی

پس از بیان کلیات امر در سطور پیشین، ضروری است برخی از آرای صادرشده در موضوع مطروحه را با تأکید بر مصادیق هریک از مفاهیم مورد اشاره بررسی نمود. برای مثال در بحث مصادیق نظم عمومی، اثر حقوقی «عدم توجه یا خطای داور نسبت به تعیین یا اعمال قانون حاکم (بر موضوع قرارداد اصلی یا بر آیین رسیدگی) در داوری» موضوعی است که هم در قالب «نظم عمومی مبطل رأی داوری» و هم در بحث «استثنای نظم عمومی مانع شناسایی و اجرای رأی داوری» قابل طرح است. در این صورت پرسش این است که در صورت وجود، آیا می‌توان از این مستند و نظایر آن، هم در جهت ابطال رأی داوری طبق ماده ۳۴ قانون نمونه و هم برای عدم شناسایی و اجرای رأی طبق ماده ۵ کنوانسیون نیویورک بهره گرفت؟ واقعیت این است که عدم توجه یا خطای داور، نه در کنوانسیون نیویورک و نه در قانون نمونه،

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفهوم «نظم عمومی فراملی»، ر.ک. جنیدی، لعیا، «نظریه حقوق فراملی بازرگانی»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰؛ درن، ایو، «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی»، ترجمه و تلخیص محمد اشتری، مجله حقوقی دفتر خدمات، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷؛ جنیدی، لعیا، «تبیین مفهوم نظم عمومی ملی در روابط بین‌المللی با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی» سلسله مقالات اهدایی به استاد الماسی، ارج‌نامه دکتر الماسی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۱.

به تصریح جزء مصادیق نظم عمومی مورد اشاره واقع نشده و اغلب این قضات بوده‌اند که در رویه‌های قضایی آن را داخل در مفهوم نظم عمومی دانسته و در برخی موارد، به‌ویژه درجایی که «نقض دادرسی عادلانه» با «نقض نظم عمومی» ملازمه داشته است، آن را «تخطی از دادرسی عادلانه ناقض نظم عمومی» قلمداد کرده‌اند. در نتیجه، اصولاً همه انواع نقض اصول دادرسی متضمن مفهوم نقض دادرسی عادلانه نیست و همه موارد نقض دادرسی عادلانه لزوماً متضمن «نقض نظم عمومی» نمی‌شود و اساساً «نقض دادرسی عادلانه» فقط زمانی متضمن «نقض نظم عمومی» است که شامل نقض «مبانی و اصول اساسی و بنیادین دادرسی عادلانه» باشد، به‌نحوی که چنین تخطی موجب «نقض آشکار عدالت» در «خود رأی داوری» و یا «شناسایی و اجرای آن» باشد (ILA Final Report 256. also Audley Sheppard, 2019).

بنابراین، مطابق نص صریح ماده ۳۴ قانون نمونه آنستیرال، در مواردی این عدم توجه یا اشتباه می‌تواند مصداق نقض «نظم عمومی» موجب ابطال رأی داوری تلقی شود که «نقض بنیادین» (Fundamentally flawed awards) رأی داوری را سبب شده باشد، این یعنی رأی به‌واسطه عدم رعایت یا اشتباه در قانون حاکم دچار اشکالات جدی «درحد بی‌اعتباری» آن شده باشد، به‌طوری که اجرای رأی منجر به «بی‌عدالتی آشکار» شود. اما آیا ابطال یک رأی داوری مستند به چنین تعارضی با نظم عمومی می‌تواند متضمن عدم «اجرای رأی ابطال‌شده» در کشور محل اجرا باشد؟ و اساساً استدلال ابطال بایستی به چه ترتیبی تدوین شود تا بتواند موجب عدم شناسایی و اجرای رأی داوری ابطال‌شده در کشور یا کشورهایی به‌جز کشور محل صدور باشد؟ برای فهم بهتر پاسخ‌های عمل‌گرایانه این پرسش می‌بایست به سراغ رویه قضایی رفت تا بتوان از مجموع مفاهیم نظری و عملی مطروحه در این رویه‌ها به نتایج قابل اعتمادی دست یافت.

۳.۱. رویه قضایی ایران

مطالعه رویه قضایی ایران در حوزه آرای مربوط به داوری نشان می‌دهد قضات ایرانی اغلب از بیان عبارت «نظم عمومی» برای ابطال رأی داوری داخلی غفلت کرده‌اند. دادرسی ایرانی اصولاً به ذکر نصوص قانونی برای توجیه استدلال خود در جهت ابطال رأی داوری بسنده کرده است؛ به این ترتیب با تدقیق در آرا می‌توان دریافت در رویه ابطال آرای داوری نه‌تنها سخنی از «نظم عمومی» به‌میان نیامده، بلکه به قاعده آمره نیز اشاره‌ای نشده است. در ادامه برخی از این آرا بررسی خواهند شد.

۳.۱.۱. رأی شعبه ۳۲ دادگاه حقوقی یک تهران^۱

«... تعیین تکلیف مجدد پس از عدم موافقت بانک با پیشنهاد مقرر در نامه یادشده موکول بر نظریه شرکت یادشده و اعلام و ابلاغ آن از جانب آن شرکت به خریدار در رابطه با تحویل آپارتمان و نحوه پرداخت مابقی بهای آن بوده که این اعلام و ابلاغ به طریق قانونی و صحیح ثابت و محقق نگردیده و با پرداخت... ریال از بهای آپارتمان از ناحیه خواهان و عدم ثبوت تخلف وی به نحو قانونی و مدلل رأی اکثریت داوران بر پذیرش و موجه تلقی نمودن درخواست فسخ شرکت «پ» با شقوق مورد استنادی از قرارداد و دلایل و مدارک موجود در پرونده با ماده ۱۰ قانون مدنی و قانون موجد حق (بند یک م ۴۸۹ ق.آ.د.م) در این مورد انطباق نداشته و رأی به ابطال (رأی داور) صادر می‌گردد».

استناد دادرس به قانون موجد حق آشکارا به «قاعده آمره» یادشده در بند ۱ از ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م ایران است. این مقرر از نظر تحلیلی در زمره «نظم عمومی» داخلی حقوق ایران قرار می‌گیرد. عدم اشاره دادرس به نظم عمومی در این رأی دلایل متعددی دارد که البته موضوع این مقاله نیست، اما به نظر می‌رسد مهم‌ترین آن عدم اشراف نظری دادرس بدوی بر مفهوم نظم عمومی و تقسیمات و تبعات استفاده از این عبارت به عنوان مستند در ابطال رأی داور است که با آموزش دقیق در این خصوص قابلیت رفع دارد.

۳.۱.۲. رأی شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور^۲

«... داور مرضی‌الطرفین نسبت به رفع اختلاف حاصله ناشی از قرارداد وکالت بین موکل و وکلای نامبرده است و قانوناً داور نمی‌تواند معاملات قطعی که به‌طور رسمی واقع گردیده را بی‌اعتبار و باطل اعلام نماید. نظر به اینکه مطابق ماده ۲۰ قانون ثبت سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن معتبر خواهد بود و نظر به اینکه به موجب ماده ۳۲ قانون ثبت کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول که طبق مقررات راجع به ثبت املاک ثبت شده است نسبت به طرفین معامله و قائم‌مقام قانونی اشخاص ثالث دارای اعتبار و رسمیت خواهد بود، رأی داور برخلاف مدلول اسناد مذکور نمی‌تواند اصدار یابد و دادگاه بنا به مراتب، حکم بر ابطال رأی داور صادر می‌دارد».

امور حکمی استنادی در این رأی در زمره قواعد آمره و از جمله مصادیق نظم عمومی قابل تعریف‌اند که در بند ۵ ماده ۴۸۹ ق.آ.د.م ایران نیز به‌عنوان یک مقرر امری لحاظ شده است؛ لذا استناد دادگاه به مرقع قانون بدون در نظر گرفتن تقسیم‌بندی‌های موضوعی آن (نظم عمومی) و

۱. شماره دادنامه: ۲۷۴/۷۰ مورخ ۱۳۷۱/۲/۲۶

۲. به شماره دادنامه ۲۱/۵۱۰ مورخ ۱۳۶۸/۶/۲۳

اعمال این تقسیم‌بندی در استدلال ابطال رأی می‌تواند رأی داوری داخلی ابطال‌شده را در معرض اجرا در کشور دیگری به‌غیر از کشور محل صدور قرار دهد.

۳.۱.۳. تحلیل رویه قضایی ایران

همان‌طور که ملاحظه شد، رویه قضایی ایران در خصوص ابطال آرای داوری اصولاً قواعد آمره را بدون آنکه حتی در منطوق رأی به تخطی رأی داوری از قاعده آمره تصریح کرده باشد، به روال صدور سایر احکام قضایی به صورت امور حکمی مربوط مورد استناد قرار داده است. این دو رأی تنها نمونه‌هایی از این رویه در حقوق ایران است و از این دست آرا با این استدلال در حقوق ایران فراوان به چشم می‌خورد. به‌عنوان توصیه کاربردی به قضات شریف ایران یادآور می‌شویم تصریح به نظم عمومی و حتی‌المقدور دسته‌بندی‌های آن در استدلال منتهی به ابطال رأی داوری یک ضرورت است. ابطال یک رأی داوری مستند به موارد یادشده به احتمال زیاد به دلیل جلوگیری از اجرای این رأی داوری بوده، یقیناً دادرسی محترم اجرای چنین رأی داوری را موجب «نقض آشکار عدالت» و مغایر با نظم عمومی پنداشته است، لذا چنین تصریحی از «نظم عمومی» می‌تواند امکان اجرای رأی داوری ابطال‌شده را در برخی زمینه‌ها با مانع یادشده در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک یعنی «استثنای نظم عمومی» مواجه سازد و از احتمال اجرای چنین رأیی به میزان چشمگیری بکاهد. به دیگر سخن، عدم بیان این موضوع شانس اجرای رأی داوری ابطال‌شده را افزایش می‌دهد؛ امری که حتماً و قطعاً مطلوب دادرسی صادرکننده حکم ابطال رأی داوری نیست. بنابراین شایسته است علاوه بر ذکر مستندات حکمی و اشاره به مواد قانونی، حتی‌المقدور مصادیق فراملی و جهان‌شمول دسته‌بندی‌های نظم عمومی مستند ابطال رأی داوری صریحاً ذکر و تصریح گردد که نه‌فقط خود رأی داوری باطل‌شده در تعارض آشکار با نظم عمومی بوده است، بلکه اجرای این رأی در هرکجا موجب «خدشه آشکار به عدالت» و نقض نظم عمومی (فراملی) خواهد بود. چنین اشاره‌ای می‌تواند علاوه بر استحکام اعتبار رأی قضایی صادره مبنی بر ابطال داوری در ورای مرزهای کشور، امکان اجرای رأی داوری باطل‌شده در کشور یا کشورهای محل اجرای رأی را نیز به اندازه قابل‌توجهی کاهش دهد.

۳.۲. رویه قضایی آمریکا

مطالعه رویه قضایی آمریکا نشان می‌دهد که دادگاه‌های آن کشور بیشینه مصادیق قواعد آمره خود را در پیوند با نظم عمومی تفسیر و در استدلال‌های خود در جهت ابطال آرای داوری اعمال می‌کنند. برای نمونه، قضات آمریکایی در خصوص موضوع «موجه و مدلل نبودن رأی داوری» و همچنین «تعارض رأی داوری با قانون موجد حق»، عدم توجه آشکار به قانون را به‌عنوان چیزی

فراتر و متفاوت از خطای داور در تشخیص قانون یا قصور بخشی از داوران در درک یا اجرای قانون تعریف می‌کنند. برای مثال، در پرونده «فری من» مصداق عدم توجه به «قانون موجد حق» «در جایی که داور قانون را متوجه شده و به‌طور صحیح بیان کرده، اما [به‌عمد] آن را نادیده گرفته است»^۱ (Freeman v Pike, (2nd Cir, 2001): 266 F3d 78)، «خدشه آشکار به عدالت» و متضمن نقض نظم عمومی دانسته شده است.

واقعیت آن است که در رویه قضایی امریکا عدم توجه داور به «قانون موجد حق» با اینکه محمل قانونی ندارد، در بین قضات و حقوق‌دانان این کشور به‌عنوان مصداق بدیهی «نظم عمومی» متضمن عدالت، هم جهت ابطال (Stephen Hayford, 2017: 731) و هم برای عدم شناسایی و اجرای آرای داور خارجی پذیرفته شده است (David Stewart, 2019: 194; Kevin Kennedy, 2021: 55; Kenneth Curtin, 2021: 60). موضوع در خصوص اجرای آرای داور خارجی در قالب مفهوم «استثنای نظم عمومی» یادشده در ماده ۵ کنوانسیون نیویورک قابل اعمال است و هم‌زمان زمینه‌های آن در قانون داور فدرال امریکا^۲ نیز وجود دارد. نکته قابل توجه دیگر در رویه قضایی امریکا تقسیم‌بندی آرای داور است. دادگاه‌های امریکا «رای داور خارجی» را به «غیر داخلی» و «بین‌المللی» تقسیم کرده، با هر یک متفاوت برخورد می‌کنند که چندان هم نامعقول به‌نظر نمی‌رسد. از نظر حقوق‌دانان امریکایی رای داور «بین‌المللی» رای است که در «کشور دادگاه محل اجرا» صادر شده و شامل «عنصر خارجی»^۳ باشد، در حالی که «رای غیر داخلی» رای است که در «کشور محل اجرا» صادر نشده باشد.

۳. ۲. ۱. پرونده یوسف احمد الغنیم علیه تویز^۴

در رای یادشده دادگاه تجدیدنظر بیان کرد که مستند به قانون داور فدرال امریکا، می‌توان از شناسایی و اجرای «رای داور غیر داخلی» که بدون توجه بارز فرایند داور به «قانون موجد حق» صادر شده است، مستند به «نقض فاحش عدالت» متضمن «نظم عمومی» خودداری نمود. نکته بسیار جالب در این پرونده، استدلال این دادگاه در تفسیر بند «ه» بخش ۱ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، یعنی «استثنای نظم عمومی در شناسایی و اجرای داور» برای توجیه عدم شناسایی و اجرای چنین «رای داور غیر داخلی» است. این دادگاه بر این باور بود که

1. 'Where an arbitrator understood and correctly stated the law but proceeded to ignore it'

2. Federal Arbitration Act (FAA)

۳. قانون داور بازرگانی بین‌المللی ایران مصوب ۱۳۷۶ در بند «ب» ماده ۱ در این خصوص ملاک «تابعیت بیگانه یکی از طرفین موافقت‌نامه داور» را برگزیده است.

4. Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v Toys 'R' Us Inc, 126 F 3d 15, 1997.

«کنوانسیون به‌طور اخص در نظر دارد [دادگاه] کشوری که رأی در آن، یا طبق قانون (آیین رسیدگی) آن صادر می‌شود، در عدم اجرا یا تصحیح رأی متناسب با قانون داوری داخلی خود و زمینه‌های ضمنی برای رفع نگرانی در خصوص آن رأی آزاد است»^۱.

اگرچه در ادامه تأکید می‌کند جز آنچه که در کنوانسیون نیویورک ذکر شده، زمینه‌های دیگر عدم شناسایی و اجرای مربوط به قانون داوری فدرال نمی‌تواند شامل استدلال پیش‌گفته شود^۲، اما خود این تفسیر از ماده ۵ کنوانسیون نیویورک در امکان اعمال مصادیق و حتی قواعد داوری داخلی در عدم شناسایی و اجرای «رأی غیرداخلی» در حقوق امریکا به‌روشنی بیانگر این امر است که اشاره به تعارض رأی داوری با نظم عمومی در استدلال رأی مبنی بر «ابطال رأی داوری» می‌تواند قاضی «دادگاه محل اجرای رأی» را حتی در خصوص «آرای داوری غیرداخلی» متقاعد کند که از شناسایی و اجرای چنین آرای خودداری نماید.

۲.۲.۳. تحلیل رویه قضایی امریکا

با نگاهی دقیق به رویکرد رویه قضایی امریکا (M & C Corp v Erwin Behr GmbH & Co, 87 F3d 884, 851 (6th Cir, 1996 Brandeis Intsel Ltd v Calabrian Baxter International Chemicals Corp 656 F. Supp. 160, 165 (SDNY 1987. Inc v Abbott Laboratories, F3d 829 (7th Cir, 2003), especially Circuit Judge Easterbrook at 831); and Europcar Italia v Maiellano Tours Inc, 156 F3d (2nd Cir, 1998), 310, 316)، باید بگوییم که در این کشور عدم توجه بنیادین داوری به «قانون حاکم» ممکن است به دلیل «تعارض آشکار با اجرای عدالت» متضمن مفهوم نقض نظم عمومی، هم دلیلی برای ابطال رأی داخلی و هم علتی برای عدم شناسایی و اجرای «آرای داوری غیرداخلی» باشد. مطالعه آرای موجود در این زمینه، مبین وجود چند اصل کاربردی در ذهن قضات امریکایی است:

الف) رویکرد مضیق ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، دکترین و رویه قضایی مشعر بر این است که عدم توجه بنیادین داور به قانون نمی‌تواند به‌عنوان دلیلی جداگانه یا اضافی برای عدم شناسایی و اجرای رأی خارجی باشد، مگر آنکه شامل بند ۲ بخش ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک، یعنی «استثنای نظم عمومی» باشد. بنابراین، بایسته است قضات برای تقویت استدلال خود در

1. "The Convention specifically contemplates that the state in which, or under the law of which, the award is made, will be free to set aside or modify an award in accordance with its domestic arbitral law and its full panoply of express and implied grounds for relief."
2. The Court continued: "There is now considerable case law holding that, in an action to confirm an award rendered in, or under the law of, a foreign jurisdiction, the grounds for relief enumerated in Art V of the Convention are the only grounds available for setting aside an arbitral award... We join these courts in declining to read into the Convention the FAA's implied defences to confirmation of an arbitral award."

حکم «ابطال رأی داوری» و همچنین کاستن از احتمال اجرای «رأی داوری ابطال شده»، از مصادیق «استثنای نظم عمومی» مدنظر بند ۲ بخش ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک (مصادیق فراملی یا جهان شمول از نظم عمومی) بهره گیرند.

ب) بنابه تصریح اغلب قضات در آرای مطالعه شده از سوی نگارنده، عدم توجه آشکار داور به «قانون حاکم» و «قانون موجد حق» می تواند در شرایطی که اجرای چنین رأیی موجب «بی عدالتی آشکار» شود از مصادیق «استثنای نظم عمومی» یادشده در بند «ب» بخش ۲ ماده ۵ تعبیر گردد (Coutinho Caro & Co v Marcus Trading Inc, United District Court of Connecticut, 14 March 2000, Brandeis Intsel Ltd v Calabrian Chemicals Corp 656 F. Supp. 160, 165 (SDNY 1987)). و این همان نکته ای است که می تواند به عنوان یک گام اساسی در جلوگیری از «شناسایی و اجرای رأی داوری ابطال شده» مورد استفاده قرار گیرد.

ج) رویه قضایی امریکا (Brandeis Intsel Ltd v Calabrian Chemicals Corp 656 International Standard Electric Corporation F. Supp. 160, 165 (SDNY 1987). v Bridas Sociedad Anonima Petrolera, 745 F Supp (SDNY 1990): 172) و البته بسیاری از دیگر کشورها با الگوپذیری از آن، نشان می دهد که قضات به شدت با «دادرسی مضاعف» (Double Exequatur) و نظارت قضایی موسع در «شناسایی و اجرای رأی داوری خارجی» مخالفند و بنابراین، اصولاً از ورود در رسیدگی های داوری برای کشف چنین ایراداتی پرهیز می کنند؛ پس عدم ذکر «نظم عمومی» در استدلال منتهی به صدور «احکام ابطال رأی داوری» و صرف استناد به نصوص امور حکمی داخلی موردنظر دادگاه کشور محل صدور رأی، نمی تواند قاضی کشور محل اجرا را به بررسی، یافتن و تطبیق مستندات حکم ابطال با «استثنای نظم عمومی» ماده ۵ کنوانسیون نیویورک جهت عدم شناسایی و اجرای رأی داوری ابطال شده متقاعد نماید و اصولاً وقتی قاضی صادرکننده حکم ابطال رأی داوری چنین اشاره ای نکرده است، چگونه می توان انتظار داشت قاضی محل اجرا چنین کند.

۳.۳. رویه قضایی هند

در این بخش به این دلیل رویه قضایی هند را مورد اشاره قرار می دهیم که استدلال های مطروحه در دادگاه های آن کشور بسیار با موضوع بحث مرتبط است. در واقع، پرونده «ساپاییز» جزء آرای بود که نگارنده در طول مطالعات مقدماتی نگارش این مقاله در بسیاری از آثار برجسته حقوق دانان در این زمینه با آن برخورد کرد.

1. "This principle is so deeply imbedded in the American, and specifically, federal jurisprudence, that no further elaboration of the case law is necessary."

۳.۱.۳. پرونده ساپایز^۱

دیدگاه مطروحه در این پرونده انعکاس گسترده‌ای در میان مفسران و حقوق‌دانان متخصص حقوق داوری داشته است (Nadia Darwazeh and Rita Linnane, 2021:564; Michael Hwang, 2019: 364). دادگاه عالی هند در این پرونده «رأی داوری داخلی» را به دلیل آنکه محکمه داوری در رأی خود به غلط اعلام کرده بود، طرف اختلاف مربوطه بایستی ورود ضرر و زیان را برای دریافت خسارت اثبات کند، ابطال کرد. دادگاه استدلال کرد که چنین اشتباهی هم در تعارض با مبانی مسئولیت مدنی در حقوق هند و هم خلاف قانون حاکم بر قرارداد اصلی طرفین اختلاف است که نقض «قانون موجد حق» از سوی داور محسوب شده است؛ بنابراین طبق قانون داوری هند^۲، نه تنها مشمول مفهوم «نظم عمومی» مبطل رأی داوری و معادل مفهوم ماده ۳۴ قانون است، بلکه مصداقی از «استثنای نظم عمومی» ماده ۵ کنوانسیون نیویورک نیز محسوب می‌شود. دادگاه عالی هند با این تفسیر مصادیقی از «نظم عمومی» مبطل رأی داوری را مشترک با «استثنای نظم عمومی» کنوانسیون نیویورک قلمداد کرد و دیدگاه نوینی را پیش روی قضات ملی، حتی در دیگر کشورها، قرار داد.

دادگاه عالی هند با این استدلال باب جدیدی را در تشخیص مصادیق نظم عمومی باز کرد؛ به این معنا که در فقدان یک تعریف قانونی مشخص، مصادیق نظم عمومی بسته به زمینه‌ای که در آن به کار می‌رود و با توجه به قواعد و اصول کشور مربوطه، می‌تواند هم متضمن «نظم عمومی مبطل رأی داوری» باشد و هم «استثنای نظم عمومی مانع شناسایی و اجرای رأی داوری» که البته هر دو این گستره‌ها کاملاً به تشخیص دادگاه مربوطه باز می‌گردد.

این دادگاه با اشاره به تصمیمش در پرونده معروف «رنوساگار» (Renusagar Power Co Ltd v General Electric Co, Supreme Court of India, 7 October 1993) در تبیین مفهوم نظم عمومی مد نظرش، تصریح می‌کند که «نظم عمومی» به معنای اصول بنیادین «حقوق، منافع ملی، عدالت و اخلاق بنیادین» جامعه و کشور هند است و به صراحت اعلام می‌کند که اگرچه در بحث ابطال از موسع‌ترین مصادیق مفهوم نظم عمومی بهره خواهد برد، اما این مانع از آن نخواهد شد که در صورت تشخیص قضات، همین مصادیق به‌عنوان «استثنای نظم عمومی مانع شناسایی و اجرای رأی داوری» مورد توجه قرار گیرد، بلکه اساساً «در جایی که اعتبار رأی به‌چالش کشیده شده است [ابطال]، هیچ الزامی وجود ندارد که دادگاه‌های هند مفهوم

1. Oil & Natural Gas Corporation Ltd v Saw Pipes Ltd (2003) 5 SCC 705 Supreme Court of India
 2. Section 34(2)(b)(ii) of India's Arbitration and Conciliation Act 1996 is the public policy ground for annulment.

مضیق «نظم عمومی» را اعمال کنند، بلکه اتفاقاً اعمال مفهومی موسع از نظم عمومی برای ابطال رأیی که برخلاف قوانین است لازم می‌آید»^۱.

۲.۳.۲. تحلیل رویه قضایی هند

مطالعه کامل پرونده «سایپیز» می‌تواند به‌طور خلاصه نتایج زیر را در خصوص موضوع مورد بحث ارائه نماید:

الف) به‌نظر می‌رسد رویه قضایی هند تأکید بیشتری بر صلاحیت نظارت قضایی موسع خود داشته، در هر دو زمینه «رأی داوری داخلی» و «رأی داوری غیرداخلی» نظارت قضایی کامل را حق خود دانسته، بدون تردیدی در بازبینی رأی داوری، به هر دو موضوع ورود می‌کند.^۲

ب) رویه قضایی هند نگران آن است که به‌کار بردن مفهوم مضیق نظم عمومی در رویه‌های شناسایی و اجرای آرای داوری غیرداخلی، برخی از قوانین [آمره] مصداق نظم عمومی در هند را تضعیف یا حتی بی‌اثر کند. این درواقع علت اصلی است که هند تصمیم می‌گیرد مفهوم وسیع‌تری از نظم عمومی را برای جلوگیری از بی‌اثر شدن قانون و «عدالت» از نگاه خودش در هر دو زمینه ابطال و عدم شناسایی و اجرا ارائه دهد.^۳ در نتیجه تأکید می‌کند «اگر رأی داوری به شکلی ناعادلانه و غیرموجه باشد که وجدان دادگاه را تحت تأثیر قرار دهد، دادگاه می‌تواند آن را ابطال کند؛ چنین رأیی مخالف «نظم عمومی» است و حتماً بایستی با رأی دادگاه ابطال شود»^۴.

یک وجه این عبارت مشعر بر آن است که رأی داوری که به صورت آشکار بی‌توجه به قانون صادر شده، در صورتی که «آشکارا ناعادلانه و غیرموجه باشد، به‌طوری که وجدان دادگاه را تکان دهد» (Malhotra, 2018: 36)، بایستی ابطال شود و چنین وضعیتی به طریق اولی می‌تواند مانع شناسایی و اجرای «رأی داوری خارجی» در هند گردد. البته برخی از حامیان این دیدگاه بر این باورند که رأی داوری خلاف قانون موجد حق آشکار با «نظم عمومی اساسی هند» در تعارض است و با تعریف حقوق هند، تعارض رأی داوری با قانون موجد حق، یکی از مصادیق

1. "Hence, in our view in addition to narrower meaning given to the term 'public policy' in *Remusagar's case.*, it is required to be held that the award could be set aside if it is patently illegal."
2. Indian Supreme Court: "in a case where the judgment and decree is challenged before...the Court exercising revisional jurisdiction, the jurisdiction of such Court would be wider." "The concept of enforcement of the award after it becomes final is different and the jurisdiction of the Court at that stage could be limited."
3. "If the arbitral tribunal does not dispense justice, it cannot truly be reflective of an alternate dispute resolution mechanism. Hence, if the award has resulted in an injustice, a Court would be well within its right in upholding the challenge to the award on the ground that it is in conflict with the public policy of India."
4. "Award could also be set aside if it is so unfair and unreasonable that it shocks the conscience of the Court. Such award is opposed to public policy and is required to be adjudged void."

مشترک بین مفهوم «نظم عمومی مبطل رأی داوری» و «استثنای نظم عمومی» یادشده در کنوانسیون نیویورک است؛ لذا هرکشوری برای دفاع از نظم عمومی اساسی حافظ منافع ملی خود، به‌ویژه در موضوع ابطال آرای داخلی، با دست باز عمل می‌کند؛ بنابراین، دادگاه عالی هند بی‌جهت قلمرو استثنای نظم عمومی را گسترده نکرده است.^۱

تأیید نقض «قانون موجد حق» در رأی داوری به‌عنوان یکی از مصادیق نقض نظم عمومی و در نتیجه ابطال رأی داخلی در رویه قضایی هند، نشان از دوراندیشی قضات این کشور در جلوگیری از «شناسایی و اجرای آرای داوری ابطال‌شده» دارد. این درحالی است که - همان‌طور که پیش‌تر گفتیم - در رویه قضایی ایران دادگاه‌ها عدم توجه داوری به قانون موجد حق را به‌عنوان یک دلیل مستقل و بدون تعمیم آن به نظم عمومی برای ابطال یک رأی داوری داخلی اعمال می‌کنند که همین امر می‌تواند آثار منفی مانند شناسایی و اجرای یک رأی ابطال‌شده را در پی داشته باشد.

اگر رویکرد هندی را در روش‌های سه‌گانه ابطال، شناسایی و اجرای یک رأی داوری در نظر بگیریم، ممکن است مراحل اول و دوم اجرای استثنای نظم عمومی در شناسایی و اجرای یک رأی داوری ادغام‌شده و کلیت روند به ترتیب زیر به دو مرحله کاهش یابد:

الف) در مرحله اول، ممکن است قلمرو نظم عمومی به استثنای مصادیق مشترک بین همه اقسام نظم عمومی، در رویه‌های ابطال وسیع‌تر از رویه‌های اجرا باشد؛ پرونده «سپاپیز» مثال بارز همین امر است. عدم توجه داور به قانون موجد حق به‌عنوان موردی غیرقانونی با مقیاسی وسیع از مفهوم نظم عمومی شامل استثنای نظم عمومی شد (Andrew and Keren Tweeddale, 2020: 393). پیوند مفهومی که دادگاه هندی بین «رأی داوری نامشروع» و «نقض فاحش عدالت» برقرار کرد، اگرچه باید با احتیاط فراوان به کار رود، اما اگر به «آرای داوری باطل‌شده» محدود شود و بین «نظم عمومی که مستند ابطال رأی داوری قرار گرفته» و «نظم عمومی که می‌تواند مستند ابطال یک رأی داوری قرار گیرد» تفاوت عملی قائل شویم، می‌توان آن را دارای منطق حقوقی دانست.^۲

1. According to OP Malhotra, the *Saw Pipes case* 'was not unjustified in adding a fourth imperative head to the three set forth in *Renusagar*' because public policy is not immutable. The fourth head of patent illegality 'is comprehended in the very first head' of fundamental policy of Indian law. The Law Commission of India has also recommended that patent illegality should be a ground for annulment.
2. "the Court employed a substantially different meaning of the term 'illegality' than that which has been generally accepted and used in the public policy case law developed in international arbitration." "Generally, discussion of 'illegality' in arbitration context focuses upon the illegal nature of the underlying contract, its subject-matter and the circumstances surrounding the entering into of the contract or the arbitration agreement."

ب) در مرحله دوم، «نظم عمومی» که مستند ابطال یک رأی داوری قرار گرفته است^۱ اصولاً می‌تواند همان اثر «استثنای نظم عمومی مانع شناسایی و اجرای رأی» را داشته باشد، مگر مواردی که از نظر دادگاه محل اجرای رأی داوری «اجرای رأی موجب برقراری آشکار عدالت» باشد که فرضی استثنایی محسوب می‌شود.

با وجود این، دیدگاه مطروحه در پرونده «سایپیز» می‌تواند در یک مورد موجب نگرانی شود و آن اینکه چنین تفسیر گسترده‌ای از اسب سرکش نظم عمومی می‌تواند مشکلاتی در شناسایی و اجرای آرای داوری غیرداخلی معتبر (ابطال نشده) نیز ایجاد کند^۲ که امر نامطلوبی است؛ لذا ضروری است چنین تفسیر موسعی انحصاراً در خصوص مصادیقی از نظم عمومی اعمال شود که «مستند ابطال یک رأی داوری مشخص قرار گرفته» و یک رأی داوری به دلیل آن ابطال شده باشد.

۴.۳. رویه قضایی زیمباوه

در پرونده «مابوسا» (Zimbabwe Electricity Supply Authority v Maposa, High) Court of Zimbabwe, 27 March and 9 December 1998 (CLOUT Case No. 267). به‌عنوان یکی از برجسته‌ترین آرای صادره در حقوق افریقا در این موضوع، داور در محاسبه مبدأ حقوق معوقه کارمند شرکت طرف اختلاف، دچار اشتباه بنیادین و موجب تضییع شدید حق فرد نامبرده شده و درواقع «قانون موجد حق» را نادیده انگاشته بود. دادگاه بدوی زیمباوه از ابطال رأی مستند به نظم عمومی سر باز زد و در عین حال، از اجرای رأی که نیاز به تصحیح داشت نیز ممانعت کرد. با اعتراض ذی‌نفع، دادگاه عالی زیمباوه وارد بررسی شد و مستند به نظم عمومی ماده ۳۴ قانون نمونه، رأی را ابطال کرد. این دادگاه چنین استدلال کرد:

«زمانی که منطق رأی داوری فراتر از یک اشتباه و یا عدم توجه سهوی باشد و «بی‌عدالتی آشکار»ی را موجب شود که انسان معقول و متعارف با درنظر گرفتن اصول و قواعد اخلاقی به آن پی ببرد، عدالت عرفی زیمباوه به شکل غیرقابل تحملی آسیب دیده و این با «نظم عمومی» زیمباوه در تعارض است. همین وضعیت درجایی که داوری (اعم

۱. در این موضوع بایستی بین «نظم عمومی که مستند ابطال رأی داوری قرار گرفته» و «نظم عمومی که می‌تواند مستند ابطال یک رأی داوری قرار گیرد» تفاوت عملی قائل شویم.

2. The Indian Government is currently considering legislative changes to separate the challenge provisions for domestic arbitration from those for international arbitration. At present the Indian law that governs the challenge to arbitral awards is the same for both domestic and international arbitration held in India, the decisions rendered in the context of domestic arbitration also become precedents for international arbitration. SK Dholakia, 'International Arbitration and Expert Determination' (Paper presented at the LawAsia Downunder Conference 2005, 23 March 2005) 5.

از غیرداخلي يا داخلي) با دقت و وسواس به موضوع رسيدگي نکرده و موجب بروز بي عدالتي در رأی شده باشد نيز وجود دارد»^۱.

مطالعه ساير آرای قضايی زيمباوه در خصوص موضوعات مرتبط نشان می دهد اين دادگاهها هرکجا اجرائی یک رأی داوری را موجب «بی عدالتي آشکار» تشخيص دهند، از شناسايی و اجرائی آن مستند به تعارض رأی يادشده با «استثنای نظم عمومی» خودداری می کنند و اين همان رویه مطلوبی است که می تواند روند يکنواختی را در راستای جلوگیری از شناسايی و اجرائی آرای ابطال شده مستند به نظم عمومی ایجاد نماید. تنها چالش موجود در اين زمينه وجود یک تلقی ذهني مشترک در بين قضات ملی کشورها از «نقض آشکار عدالت» متضمن «استثنای نظم عمومی» است که با توجه به شرایط موجود در ساختار قضايی کشورها می توان به صورت یک «عرف قضايی جهانی» در جهت معرفی و ترويج مصاديق مشترک و روشنی از آن تلاش و هم گرایي هرچه بیشتر آن را تشويق نمود.

۳.۵. رویه قضايی نيوزيلند با رویکردی متفاوت

۳.۵.۱. پرونده داوونر^۲

در پرونده «داوونر» ما با سويه ديگری از رویکرد قضايی مواجهه ایم که به نظر یکی از دلایل مهم «اجرائی آرای داوری ابطال شده» در حقوق داوری است. قضات دادگاه نيوزيلند با اشاره به پرونده «ساپاپيز» بر اين باور بودند که دیدگاه ارائه شده در آن پرونده یک تفسير موسع از نظم عمومی يادشده در ماده ۳۴ قانون نمونه است که نمی تواند چندان منطقی باشد. قاضي راندرسون (Randerson J) استدلال کرد: «اجرائی یک رأی داوری اشتباه نه «به وجدان عمومی آسیب می رساند» و نه از «صلاحیت و قدرت دادگاه» سوءاستفاده می نماید». به علاوه، تفسير داور از قوانین موجد حق و اجرائی مقررات قراردادی نمی تواند «شامل همه مفاهيم نظم عمومی شود که بتواند به عنوان مستندی در نظم عمومی نيوزيلند مطرح گردد».

بنابراین، اساساً نقض قانون موجد حق، بی توجهی به قانون حاکم و مصادیقی از اين دست،

1. *Zimbabwe Electricity Supply Authority v Maposa*, Supreme Court of Zimbabwe, 21 October and 21 December 1999 (CLOUT Case No. 323). "Where..., the reasoning or conclusion in an award goes beyond mere faultiness or incorrectness and constitutes a palpable inequity that is so far reaching and outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that a sensible and fair minded person would consider that the conception of justice in Zimbabwe would be intolerably hurt by the award, then it would be contrary to public policy to uphold it. The same consequence applies where the arbitrator has not applied his mind to the question or has totally misunderstood the issue, and the resultant injustice reaches the point mentioned above."

2. *Downer Connect Ltd v Pole Hole People Ltd*, (Unreported, New Zealand High Court, Christchurch, Randerson J, 19 May 2004

ولو اجرای چنین آرای منتهج به «بی‌عدالتی آشکار» گردد، نمی‌تواند مصداقی از «استثنای نظم عمومی» در این کشور محسوب شود. نتیجه چنین دیدگاهی عدم اقناع قضات در جهت صدور رأی به «عدم شناسایی و اجرای آرای داوری ابطال شده مستند به نظم عمومی» خواهد بود؛ چه اینکه ممکن است قضات با اتکا به اصل «نظارت مضیق دادگاه محل اجرای رأی داوری» بدون درنظر گرفتن نصوص قانونی متضمن نقض نظم عمومی مستند ابطال یک رأی داوری، چنین آرای داوری را «مغایر با نظم عمومی» خود ندانند و آنها را شناسایی و اجرا کنند.

۳.۵.۲. پرونده داونر هیل^۱

در پرونده «داونر هیل» موضوع مربوط به قرارداد راه‌سازی شرکت داونر هیل با دولت فیجی در خصوص بازسازی و بهینه‌سازی جاده‌های فیجی بود. داونر هیل طبق قرارداد عمل کرده و برخی هزینه‌های جانبی را نیز متحمل شده بود، اما دولت فیجی اعلام کرد که هزینه‌های جانبی را نمی‌پردازد، چراکه این هزینه‌ها جزء مبلغ کل قرارداد بوده، دولت هزینه مضاعفی نخواهد داد. موضوع به داوری رفت و داور مستند به قرارداد به نفع دولت فیجی رأی داد. داونر هیل با عنوان اینکه داور در تفسیر قرارداد دچار «اشتباه فاحش» شده است از دادگاه ولینگتون به‌عنوان دادگاه محل صدور رأی داوری، ابطال رأی یادشده را درخواست کرد.

قضات دادگاه ولینگتون بخش‌های فرعی ادعای داونر هیل را خارج از مهلت زمانی عرفی اعلام کرده، شامل مرور زمان دانستند^۲ و ادعاهای اصلی را غیرقابل قبول و بی‌اعتبار شمردند (p. 109 & 88, paras. 576, 571). ادعای اصلی شرکت در واقع «اشتباه داور در صدور رأی» بود که دادگاه آن را وارد ندانست (p. 566, para. 65). داور هیل معتقد بود که رأی داوری اشتباه و در نتیجه اجرای آن «نقض آشکار عدالت» و اخلاق در نیوزیلند است و دادگاه بایستی مستند به نقض «نظم عمومی» آن را ابطال کند. اما قضات نیوزیلندی اعلام کردند که این ادعای داور هیل برای پیوند مفاهیمی است که ارتباطی با یکدیگر ندارند (p. 575, para. 106). بنابراین با استناد به اصل «منع دادرسی مضاعف در داوری» از ورود و بررسی این مستندات خودداری و رأی داوری را تأیید و اجرا کردند.

1. Downer-Hill Joint Ventures v Government of Fiji [2005] 1 NZLR 554 (New Zealand High Court, Wellington)
2. Page 565 (para. 63) and page 576 (para. 108). In its amended application for annulment, Downer-Hill alleged that the arbitrator's failure to decide the dispute in accordance with the contract was in breach of Model Law Art 28(4), and also in excess of jurisdiction. Consequently, the award contained 'serious and fundamental errors. The Court noted (at page 564, para. 54) that the alleged contravention of New Zealand public policy was 'the connecting thread' with all of Downer-Hill's claims.

۳.۵.۳. تحلیل رویه قضایی نیوزیلند

به روشنی هویداست چنین رویکردی زیاده‌روی غیرقابل توجیه و فاقد منطق حقوقی در تعریف «منع دادرسی مضاعف در فرایند داوری» و اصل «نظارت قضایی مضیق دادگاه‌ها در آرای داوری» و تفسیر تشخیص نظم عمومی و مصادیق آن است که آثار زیان‌باری در پی خواهد داشت.

از مطالعه نظریات قضات نیوزیلندی که آرای بالا به‌عنوان نمونه‌های برجسته آن مورد اشاره واقع شد، نتایج زیر قابل استخراج است:

الف) قضات نیوزیلندی برخلاف دیگر کشورها معتقد بودند که مصادیق مشترکی بین نظم عمومی مستند ابطال و استثنای نظم عمومی در خصوص عدم شناسایی و اجرای یک رأی داوری وجود ندارد (p. 565, para. 61)؛ در نتیجه نظم عمومی نیوزیلند یک «اسب فلج» است.

ب) رویه قضایی نیوزیلند در آرای دیگری نظیر پرونده «آمالتال» (Amaltal Corporation v Maruha (NZ) Corporation Ltd, 2004 2 NZLR 614) که شدیداً تحت تأثیر استدلال قضات پرونده «راک اوپل» (Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergesellschaft mbH v Ras Al Khaimah National Oil Co and Shell International Co Ltd 1987 2 Lloyd's Rep 246) صادر شده بود، نشان می‌دهد برخی کشورها مانند نیوزیلند، تمایل شدیدی به اعمال «مفهوم مضیق نظم عمومی» در هر دو زمینه «ابطال» و «شناسایی و اجرا» دارند و معتقدند «استدلال‌های [منتج به اعمال] نظم عمومی بایستی با نهایت تضییق و بسیار محتاطانه تنظیم شوند» (Downer - Hill Joint Ventures v Government of Fiji 2005 1 NZLR 554, p. 568, para. 76).
ج) قضات اقلیت البته در این مورد به اعمال دیدگاه مطروحه در پرونده «ساپاییز» نظر داشته، معتقد بودند در جلوگیری از «نقض آشکار عدالت» می‌بایست تفسیر موسع نظم عمومی اعمال گردد، اما اکثریت با دیدگاه قاضی ارشد نیوزیلندی، قاضی راندرسون، همراه شدند که معتقد بود در راستای منافع ملی نیوزیلند و کمک به روند حضور هرچه بیشتر این کشور در تجارت جهانی بایستی «اسب سرکش نظم عمومی» را مهار کرد (p 570 (para. 81), endorsing Downer - Christchurch, Connect Ltd v Pole Hole People Ltd, (Unreported, High Court, Randerson J, 19 May 2004).

د) اکثریت قضات در این پرونده بیان داشتند که نظم عمومی موجب ابطال رأی داوری یادشده در ماده ۳۴ قانون نمونه «باید بسیار سختگیرانه اعمال شود و تنها در شرایط حداکثری وجودش به ابطال منجر خواهد شد» (p. 570, para. 84). برای مثال، خطای داور بایستی آن قدر «بنیادین باشد» که اجرای رأی داوری به «مرگ اساسی عدالت» منجر شود و تنها نقض آشکار عدالت کافی نیست (Hwang, Michael, 2019:365).

احترام افراطی دادگاه‌های این کشور (Amaltal Corporation v Maruha (NZ) Corporation Ltd 2004 2 NZLR 614, para. 47. also, Gold & Resource

به (Developments (NZ) Ltd v Doug Hood Ltd 2000NZCA 131, paras. 51 and 52) آرای داوری و پذیرش «اعتبار امر مختومه» در آن خصوص مبتنی بر دیدگاه «نظم عمومی متضمن اعتبار و اجرای آرای داوری» است که امروزه در بسیاری از کشورهایی که بحث‌های «حقوق تجارت فراملی» در آنها مورد پذیرش است، رواج دارد. همین رویکرد را دادگاه‌های کانادا نسبت به ماده ۵ کنوانسیون نیویورک و مواد ۳۴ و ۴۶ قانون نمونه دارند که متضمن اعمال آنها در خصوص مفهوم مضیق نظم عمومی در شناسایی و اجرا و بحث ابطال آرای داوری است (Corporacion Transnacional de Inversiones S.A. de C.V. v STET International S.p.A 1999 45 (O.R. (3d) 183 (Ontario Superior Court of Justice) para. 26). مطالعه آرای قضایی کانادا نشان می‌دهد که قضات این کشور به شمول مفهوم خطای داوری به نظم عمومی اعتقاد چندانی نداشته، چنین ادعایی را رد کرده‌اند (Schreter v Gasmac Inc (1992) 7 O.R. (3d) 608, 623 Corporacion Transnacional de Inversiones S.A. de C.V. v STET International S.p.A (2000) 49 O.R. (2d) 414, British Columbia Supreme Court decision in Quintette Coal Ltd v Nippon Steel Corporation (1990) 47 BCL (2d) 201, Quebec Court of Appeal decision in Desputeaux v Editions Chouette (Unreported, 18 April 2001)).

نتیجه

بایسته است دادگاه ملی صادرکننده حکم ابطال رأی داوری با دانستن مفهوم نظم عمومی و آشنایی با مصادیق مشترک اقسام آن، تلاش کند استدلال خود مبنی بر ابطال رأی داوری را علاوه بر استناد به امور حکمی قانون متبوع خود، با مفاهیم و مصادیق مشترک اقسام نظم عمومی از قبیل «نقض فاحش عدالت» و مانند آن پیوند موضوعی داده، تا حد امکان از داخلی کردن نظم عمومی مدنظرش پرهیز نماید. در این صورت قاضی ملی می‌تواند بر مبنای ایجاد یک فهم قضایی مشترک در ذهن همکاران خود در کشورهای محل اجرا، آنان را در عدم شناسایی و اجرای چنین آرای داوری ابطال شده‌ای همراهی نماید.

به این ترتیب، صدور حکم قضایی مبنی بر ابطال یک رأی داوری مستند به نظم عمومی می‌تواند نه فقط به صورت مستند و مستدل مثبت تناقض خود «رأی داوری» با نظم عمومی مورد اشاره باشد، بلکه مناسب است قاضی ملی تبیین کند که «اجرای چنین رأیی نیز نه تنها در آن زمان و در کشور او، بلکه در هر زمان و مکان دیگری موجب نقض «نظم عمومی» (با مصادیق فراملی آن) مورد اشاره در حکم صادره خواهد بود.

در مسیر صدور حکم قضایی مبنی بر ابطال یک رأی داوری مبتنی بر نکات پیش گفته، اجرای سه مرحله کاربردی پیشنهاد می‌شود:

مرحله اول، «تشخیص نظم عمومی»؛
 مرحله دوم، «تبیین تعارض نظم عمومی تشخیص داده شده با ماهیت رأی (ابطال) یا شناسایی و اجرای آن»؛
 مرحله سوم، تشخیص اثر تعارض «نظم عمومی» با «رأی داوری».

بررسی رویه قضایی کشورهای مختلف نشان می‌دهد اکثر قضات ملی به تشخیص همکاران خود در دیگر کشورها از مصادیق مشترک نظم عمومی موجب ابطال رأی داوری توجه داشته و چنانچه در استفاده از این مبانی مشترک در «ابطال آرای داوری مستند به نظم عمومی» دقت کافی میدول شود، عملاً احتمال اجرای چنین آرای در کشورهای محل اجرا به نحو قابل توجهی کاهش خواهد یافت.

شایان ذکر است، آنچه در اینجا به آن پرداخته شد، صرفاً از منظر مسائل تکنیکی حقوقی و زمینه‌های تخصصی در حقوق داوری بازرگانی بین‌المللی است؛ بنابراین، اولاً اعمال مطالب مطروحه در این مقاله تحت هیچ شرایطی نمی‌تواند احتمال اجرای آرای داوری ابطال شده مستند به نظم عمومی را به صفر برساند، و دوم اینکه حتی بر فرض وجود امر اخیر نیز نمی‌توان احتمال اجرای آرای داوری ابطال شده را مبتنی بر رویکردها و روابط سیاسی بین کشورهای مربوط کاملاً منتفی دانست.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. بهمنی محمدعلی و جعفری فیض‌الله (۱۳۹۰). «رویه قضایی فرانسه و اجرای آرای داوری ابطال شده در محل صدور» فصلنامه تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، ویژه‌نامه ش ۷.
۲. جنیدی لیا (۱۳۹۰). «نظریه حقوق فراملی بازرگانی» فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، ش ۱.
۳. جنیدی، لیا (۱۳۸۷). «مسئله اجرای آرای داوری ابطال شده»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۸، ش ۴.
۴. جنیدی، لیا (۱۳۹۱). «تبیین مفهوم نظم عمومی در روابط بین‌المللی با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی» ارج‌نامه دکتر الماسی، مقالات اهداشده به دکتر الماسی استاد دانشگاه تهران، ج ۱، شرکت سهامی انتشار.
۵. جنیدی، لیا (۱۳۷۶). قانون حاکم در داوری‌های بازرگانی بین‌المللی، نشر دادگستر.
۶. درن ایو (۱۳۶۷). «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی»، ترجمه و تلخیص محمد اشتری، مجله حقوقی دفتر خدمات، ش ۹.
۷. مسعودی، رضا (۱۳۹۳). داوری آنلاین، ساختارشناسی و ویژگی‌ها، نشر بهینه فراگیر.
۸. مسعودی، رضا و جنیدی لیا (۱۳۹۵). «مطالعه تطبیقی وضعیت شرط مکتوب بودن در توافقنامه‌های

- الکترونیکی داوری»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ش ۱.
۹. مسعودی رضا؛ الماسی نجادعلی؛ نهرینی فریدون (۱۳۹۷). «تحلیل حقوقی ماهیت توافقنامه داوری با تأکید بر جایگاه حقوقی داور»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۴۸، ش ۳.

ب) خارجی

1. Darwazeh, Nadia and Rita Linnane (2019). "Set-aside and Enforcement Proceedings: The 1996 Indian Arbitration Act under Threat" 7 International Arbitration Law Review.
2. Dholakia, SK (2018). "International Arbitration and Expert Determination" (Paper presented at the Law Asia Downunder Conference
3. Hayford Stephen (2017). "Law in Disarray: Judicial Standards for Vacatur of Commercial Arbitration Awards".
4. Hwang Michael and Lai Amy (2018). "Do Egregious Errors Amount to a Breach of Public Policy?"
5. Hwang, Michael,(2019)'Do Egregious Errors Amount to a Breach of Public Policy? – Further Developments' 71 Arbitration 364, 365.
6. International Law Association (2020). (ILA) Conference on International Commercial Arbitration, Berlin,
7. Kennedy, Kevin (2021). "Invalidity of Foreign Arbitration Agreement or Arbitral Award" 31 American Jurisprudence Proof of Facts
8. Andrew and Keren Tweeddale (2020). Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice
9. Lamm, Carolyn and Hellbeck Eckhard (2021). "The Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention: Recent Developments" 5 International Arbitration Law Review 137, 141. 'Enforceability of foreign annulled awards.
10. Lastenouse, Pierre (2016). "Why Setting Aside An Arbitral Award Is Not Enough to Remove It From The International Scene" 22(2) Journal of International Arbitration.
11. Malhotra OP (2018). "The Scope of Public Policy under the Indian Arbitration and Conciliation Act 1996" 71 Arbitration 36.
12. Ostrowski, Stephen and Shany Yuval (2019). "Chromalloy: United States Law and International Arbitration at the Crossroads" 73 New York University Law Review.
13. Park, William, (2021). "Duty and Discretion in International Arbitration" 107 American Journal of International Law.
14. Paulsson, Jan (1979). "Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law" in Albert Jan van den Berg (ed.), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements & Awards: 40 Years of Application of the New York Convention
15. Seriki, Hakeem (2020). "Enforcement of Foreign Arbitration Awards and Public Policy – A Note of Caution" 3 Arbitration and Dispute Resolution Law Journal.
16. Sheppard, Audley (2019). "Public Policy and the Enforcement of Arbitral awards: Should there be a Global Standard?" 1 Oil, Gas & Energy Law Intelligence.
17. Stewart, David (2019). "National Enforcement of Arbitral Awards under Treaties

-
- and Conventions” in Richard Lillich and Charles Brower (eds), *International Arbitration in the 21st Century: Towards Judicialization and Uniformity?*
18. Tweeddale, Andrew and Keren, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice* (last edition 2020)
19. Yearbook (2020). *Commercial Arbitration Volume-XLV*.