

قواعد آمره برتر در چهارچوب حقوق بین الملل خصوصی

عصمت گلشنی

استادیار، گروه حقوق، پردیس خواهران دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

Esmat.Golshani@isu.ac.ir

سیدمهدی حسینی مدرس (نویسنده مسئول)

استادیار، گروه حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

m_modarres@sbu.ac.ir

قابل انتشار در دوره ۲۵ شماره ۶۵ (بهار ۱۴۰۵) نشریه پژوهشهای حقوقی

چکیده:

قواعد آمره برتر مفهوم پرکاربرد و جدیدی در ادبیات حقوقی است که معنای دقیق آن، مصادیق، تفاوتش با مفاهیم و نهادهای مشابه حقوقی و حوزه قلمرو این قواعد از منظر حقوق بین الملل خصوصی تبیین نشده است. لذا اجتناب از تشتت در کاربست این مفهوم بنیادین و یکسان سازی ادبیات پژوهشی این حوزه ضرورت اصلی انجام این پژوهش از بُعد نظری است. از باب ضرورت کاربردی، در مواجهه ایران با حجم وسیعی از تحریم های وضع شده توسط کشورهای ثالث و توصیف شدن این تحریم ها به عنوان مصداقی از قواعد آمره برتر، آشنایی با مفهوم قواعد آمره برتر و حدود قابلیت اعمال آن می تواند به حفظ منافع ملی در اختلافات تجاری بین المللی که با موضوع تحریم مرتبط هستند، کمک کند.

در این پژوهش، با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، منابع کتابخانه ای و اینترنتی مرتبط با موضوع مورد مطالعه قرار گرفت. یافته های پژوهش حاکی از این است که قواعد آمره برتر قواعدی ماهوی هستند که ادعا دارند بر همه حالت های تحت قلمروشان، قطع نظر از قانون حاکم و محتوای آن، حاکم اند و وجوه افتراق قابل توجهی با مفاهیم مشابه مانند «قواعد تعارض قوانین»، «قواعد آمره» و «نظم عمومی بین المللی» دارند. دامنه شمول قواعد آمره برتر، اغلب صراحتاً در خود قاعده و براساس معیارهای مکانی، زمانی یا شخصی مشخص می شود اما در صورت عدم تعیین، مرجع رسیدگی کننده به اختلاف باید در این خصوص تصمیم بگیرد. حتی در مواردی هم که حوزه شمول قاعده آمره برتر صراحتاً تعیین شده است، مرجع رسیدگی کننده باید حوزه شمول را تعیین کند البته صرفاً تا حدودی که برای نیل به هدف وضع قاعده آمره برتر ضروری و لازم می بیند.

کلمات کلیدی:

قواعد آمره برتر، نظم عمومی بین المللی، قاعده حل تعارض قوانین، حوزه شمول قاعده، قاعده آمره

Overriding mandatory rules in context of private international law

Overriding Mandatory rule is a new and widely used notion in the legal literature of Iran, however, neither its precise meaning has been explained and distinguished from similar legal notions, nor its scope of application has been defined. Therefore, avoiding mistakes in the use of this fundamental notion and unifying the research literature in this field are the main necessities justifying this research from the theoretical perspective. From the practical perspective, having regard to the fact that Iran has been dealing with the sanctions, understanding this notion and its scope of application could help to protect national interests in international commercial disputes related to the sanctions; with this explanation that the sanctions enacted by third countries are defined as an overriding mandatory rule.

In this research, employing the descriptive-analytical research methodology, a meticulous examination of both library and internet resources relevant to the subject matter was undertaken. The research findings affirmatively demonstrate that “overriding mandatory rules” are substantial rules claiming to be governed in all situations defined under their scope of application, regardless of the governing law and its content; and have significant differences and distinctions with similar notions such as “the rule of conflict of laws”, “mandatory rules”, and “International public policy”. The scope of application of overriding mandatory rules is explicitly defined in the rule itself based on the location, time, and subjective criteria; if it is not, the dispute resolution authority should decide. Even in the cases where the scope of application of overriding mandatory rules has been defined explicitly, the dispute resolution authority shall determine the scope of application to the extent which is necessary to achieve its goals.

Keywords:

Overriding mandatory rules, International public policy, the rule of conflict of laws, scope of application of a rule, mandatory rule.

مقدمه:

در اکثر نظام‌های حقوقی ملی، طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی طبق اصل استقلال (آزادی) در انتخاب قانون و مقررات حاکم^۱ اختیار دارند که قانون قابل‌اعمال و نیز محل و مرجع صالح برای حل اختلافات احتمالی آینده خود را انتخاب کنند. در مورد انتخاب قانون، محدودیت‌های متعددی وجود دارد. مثلاً:

- ۱- برخی نظام‌های حقوقی انتخاب هر قانونی را اجازه نداده و مقرر می‌کنند که قانون مربوطه باید یک رابطه ماهوی با طرفین یا قرارداد داشته باشد.^۲
- ۲- برخی نظام‌ها در آمریکای لاتین یا خاورمیانه، انتخاب قانون حاکم را به‌طور کلی اجازه نمی‌دهند.^۳
- ۳- در حقوق اتحادیه اروپا در قراردادهایی که طرفین قدرت چانه‌زنی برابر ندارند (مانند قراردادهای کار، بیمه، مصرف) نیز اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم محدود شده است.^۴
- همچنین براساس مقررہ رم یک^۵ زمانی که تمام عناصر قراردادی در حوزه اتحادیه اروپا قرار گرفته باشد، انتخاب قانون حاکم کشور غیرعضو نمی‌تواند مانع اعمال قواعد امره حقوق اروپایی شود.^۶
- نیز در قراردادهای کاملاً داخلی که همه عناصر قرارداد به یک کشور مرتبط است، انتخاب قانون حاکم کشوری دیگر توسط طرفین، مانع اعمال قواعد امره کشوری که عناصر قرارداد به آن مرتبط است، نمی‌شود.^۷
- ۴- مقررات امره (مقرراتی که نمی‌توان با توافق آنها را بی‌اثر کرد و مانع اجرای آنها شد)؛ مثلاً دو انگلیسی نمی‌توانند با انتخاب یک قانون خارجی به‌عنوان قانون حاکم، قراردادی بدون عوض منعقد کنند.^۸
- ۵- در مواردیکه اعمال قانون حاکم خارجی آشکارا با نظم عمومی مقرر رسیدگی به اختلاف مغایرت داشته باشد، قانون خارجی منتخب طرفین اعمال نخواهد شد. ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران به این مانع اشاره می‌کند.^۹
- ۶- نوع دیگر مقررات امره، به مقررات امره برتر معروف‌اند که عمدتاً به حقوق عمومی مربوط‌اند و حتی بر قانون حاکمی که از طریق انتخاب طرفین^{۱۰} یا اعمال قاعده حل تعارض، تعیین شده نیز حاکم‌اند. به عبارت دیگر، این مقررات در هر وضعیتی حاکم‌اند، حتی اگر توافق طرفین یا قاعده حل تعارض قانون دیگری را حاکم بدانند.

^۱ بند ۱ ماده ۳ مقررہ رم یک و ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه، ماده ۱۹ و ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران.

^۲ بازتیین دوم تعارض قوانین آمریکا

Restatement Second, Conflict of Laws -The Second (1971)

^۳ Bisping, Christopher, "The common European sales law, consumer protection and overriding mandatory provisions in private international law", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 62, no. 2, 2013, p.465-466.

^۴ Regano, Francesca, Rome I Regulation: Pocket Commentary, Sellier European Law Publishers, 2015, Ferrari, Franco(ed.), p.80.

^۵ EC Regulation No. 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 2008.

^۶ Paragraph 4 of Article 3.

^۷ Paragraph 3 of Article 3.

^۸ در انگلستان بعنوان یک قاعده امره، یکی از شرایط قرارداد لازم الاجرا وجود عوض است.

Beale, Hugh, *Chitty on Contracts*, Sweet & Maxwell, 2017, 31st edition, Par.4-001.

^۹ تفاوت مقررات امره و نظم عمومی این است که نظم عمومی منفی است یعنی قانون خارجی اگر نتایج آشکارا ناسازگاری با نظم عمومی مقرر داشته باشد، نباید اعمال شود؛ در حالی که قواعد امره حاوی یک دستور مثبت هستند که باید اعمال شود و تا آن حد، جایگزین قانون حاکم می‌شوند. تفاوت دیگر اینکه به عنوان یک اصل پذیرفته شده جهانی، نظم عمومی نباید در موارد عدم مغایرت سبک اعمال شود، همان‌طور که مقررہ رم یک قید «عدم مطابقت آشکار» را اضافه کرده است. ولی در مورد قواعد امره هیچ محدودیتی در خصوص مطابقت وجود ندارد و این قواعد باید در هر صورت اعمال شوند.

Bisping, *Ibid*, 466.

این مقاله بر محدودیت اخیرالذکر یعنی قواعد آمره برتر، که اخیراً به ادبیات حقوقی ایران وارد شده، تمرکز می‌کند و تلاش دارد مفهوم، مصادیق و حوزه قلمرو این قواعد را روشن سازد. پژوهشگران این حوزه به فراخور موضوع پژوهش خود بطور جنبی به قواعد آمره برتر اشاره کرده‌اند در نتیجه اختلاف نظر بسیار زیادی بوجود آمده‌است؛ لذا جهت اجتناب از تشتت در کاربست این مفهوم بنیادین و یکسان‌سازی ادبیات پژوهشی این حوزه، انجام پژوهشی دراینباره ضروری است. این پژوهش هرچند بنیادین محسوب می‌شود لیکن دارای جنبه‌های کاربردی نیز هست. موضوع تحریم‌ها - به‌ویژه تحریم‌های وضع شده توسط کشور ثالث - به‌عنوان مصداقی از قواعد آمره برتر توصیف شده‌اند که از چالش‌های مهم فعلی کشور است.^{۱۱} همچنین این مقاله با آشناسازی طرف یا داور ایرانی با این مفهوم و حدود قابلیت اعمال آن، به حفظ منافع ملی در رسیدگی به اختلافات تجاری بین‌المللی که دولت و اتباع ایران به‌نوعی درگیر آن هستند کمک می‌کند.

برای شناسایی مفهوم کلی قواعد آمره برتر، که بحث‌های زیادی را بخصوص در میان محققان حوزه داوروری در جهان به خود جلب کرده است^{۱۲}، ابتدا باید تعریفی از این قواعد ارائه شود (شماره ۱) و در مراحل بعد، تفاوت این مفهوم با مفاهیم مشابه (شماره ۲) و نیز قلمرو اعمال این قواعد (شماره ۳) تبیین گردد.

۱. مفهوم قواعد آمره برتر

۱-۱. به لحاظ لغوی

قواعد آمره (الزام آور) برتر، با عناوین دیگری چون «قواعد الزام آور بین‌المللی»^{۱۳}، «قواعد الزام آور اعلی»^{۱۴}، «نرم‌ها (قواعد) آمره»^{۱۵}، «lois de police»، «loi d'application immédiate»^{۱۶} یا «loi d'application directe» هم مورد اشاره قرار می‌گیرند.

^{۱۰} در صورت ارجاع به یک قانون به عنوان قانون حاکم، این پرسش قابل طرح است که آیا این ارجاع شامل همه مقررات قانون حاکم از جمله مقرراتی که صرفاً منافع عمومی را تأمین می‌نمایند می‌شود یا صرفاً مقررات حقوق خصوصی را دربرمی‌گیرد؟

مقررات حوزه حقوق عمومی قانون حاکم را به لحاظ هدف وضع، می‌توان به سه دسته تقسیم کرد: ۱- مقرراتی که گرچه به حوزه حقوق عمومی تعلق دارند، اما منافع خصوصی اشخاص را دنبال می‌کنند؛ ۲- مقرراتی که در کنار تلاش برای تأمین منافع عمومی، به تأمین منافع خصوصی اشخاص نیز نظر دارند و ۳- مقرراتی که صرفاً برای تأمین منافع عمومی وضع شده‌اند (مثل تحریم).

در ارجاع به قانون حاکم، اصولاً به همه مقررات این قانون ارجاع می‌شود (هم مقررات حوزه حقوق خصوصی و هم مقررات حوزه حقوق عمومی؛ حتی آن دسته از مقررات عمومی که تنها منافع عمومی را تأمین می‌نمایند) و این اصل تنها در جایی مستثنی می‌شود که مقررات عمومی قانون حاکم در محدوده توافق اراده طرفین قرارداد قرار نگرفته باشند. جهت مطالعه بیشتر، ببینید: گلشنی، عصمت، و حسینی مدرس، سید مهدی، «شمول تحریم‌ها به‌عنوان قواعد آمره برتر در ارجاع به قانون حاکم»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۲، ش ۶۹ زمستان ۱۳۹۹.

^{۱۱} همان، صص ۲۵۳-۲۵۲.

^{۱۲} See, e.g., Mayer, Pierre. "Mandatory rules of law in international arbitration", *Arbitration International*, vol. 2, no. 4, 1986, p.274; G. Radicati di Brozolo, Luca, "Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2005 (Volume 315)*, Martinus Nijhoff, 2006, p.269; Seraglini, Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001; Bermann, George A., "Mandatory rules of law in international arbitration", In *Conflict of laws in international arbitration*, sellier european law publishers, 2010; Donovan, Donald, and A. Greenawalt, "Mitsubishi after twenty years: Mandatory rules before courts and international arbitrators." in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, pp.38-53; Moss, Guidatta Cordero, "International Commercial Arbitration - Party Autonomy and Mandatory Rules", *Arbitration International*, Vol. 16, Issue 3, 2000, p.371; Grigera Naón, Horacio A., "Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2001 (Volume 289)*, Martinus Nijhoff, 2002, p.8; Fadlallah, Ibrahim, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Volume 249)*, Martinus Nijhoff, 1994, p.369; Bentolila, Dolores, *Arbitrators as Lawmakers*, Wolters Kluwer, 2017, pp.119-22.

^{۱۳} Internationally Mandatory Rules

^{۱۴} Super-Mandatory Rules

^{۱۵} Peremptory Norms

^{۱۶} Lexique des termes juridiques. France: Dalloz, 25th ed., 2018; Cornu, Marie, *Vocabulaire juridique*. France: PUF, 12th ed., 2018.

در زبان ایتالیایی، «norme di applicazione necessaria»^{۱۷} و «norme internazionalmente imperative» و در آلمانی «Exklusivnormen»، «Eingriffsnormen» و «zwingendes Recht» نامیده می‌شوند که می‌توان آنرا «قواعد مداخله»^{۱۸}، یا «قواعد مداخله‌جویانه»^{۱۹} ترجمه کرد. در حقوق سوئیس عبارت «Loi d'application immediate»، در حقوق بلژیک «regle direct d'applicabilite» و در حقوق اسپانیا «normas materiales imperativas» معرف این مفهوم است.^{۲۰}

در ایران این مفهوم بخصوص در چارچوب حقوق بین‌الملل خصوصی تاحدزیادی ناشناخته مانده و جز موارد معدود، آن‌هم در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی، بدان اشاره نشده‌است. از جمله، دکتر جنیدی عناوینی چون «قواعد امری اساسی»^{۲۱}، «قواعد/ قوانین انتظامی یا اجباری»^{۲۲} را برای این قواعد بکار برده‌اند.

دکتر نیکبخت در مقاله‌ای با عنوان «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، قواعد آمره‌تر را «قواعد آمره» توصیف کرده‌اند و آن‌ها را قواعدی دانسته‌اند که مختص یک سیستم حقوقی یا یک کشور خاص می‌باشند و در قالب قوانین خاص یا مخصوص که حاصل اوضاع و احوال ویژه‌ای هستند، قراردادند. این‌گونه قواعد اهدافی خارج از محدوده معمول قواعد آمره کلی دنبال می‌کنند؛ مانند قوانینی که (قراردادهای مربوط به) صادرات کالایی خاص را بدون مجوز دولت ممنوع می‌کند یا قوانینی که (قرارداد) صادرات کالایی را به کشور خاصی ممنوع اعلام می‌دارد (مثل قوانین مربوط به تحریم برخی از کشورها) یا قانون مربوط به کنترل ارز یا صادرات و واردات یک کشور به‌طور کلی؛ یا قواعد مربوط به حمایت از مصرف‌کنندگان یا قواعد مربوط به قانون حمایت از طرف‌های ضعیف برخی از قراردادها نظیر قراردادهای استخدام و بکارگیری افراد یا قراردادهای بیمه.^{۲۳}

دکتر بهمنی در جزوه درسی حقوق داوری بین‌المللی^{۲۴}، این قواعد را «قواعد یا قوانین انتظامی» نامیده و آن‌ها را قواعدی دانسته‌اند که جنبه حقوق عمومی دارد و برای هستی یک کشور لازم است و قاضی نمی‌تواند آن‌ها را کنار بگذارد (صرف‌نظر از اینکه قانون منتخب طرفین چیست) مانند تحریم‌ها، بایکوت‌ها و ...

گاه نیز قواعد آمره‌تر با عنوان «قواعد انتظامی»^{۲۵} یا «قواعد عمومی» یا «انتظامات عمومی» توصیف و این‌گونه تعریف شده‌اند: «قواعدی که لازمه آن حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور است ... و باید صرف‌نظر از قراردادهای تجاری بین‌المللی، مورد توجه قاضی و داور قرار گیرند ... مانند مقررات ارزی و قوانین مالیاتی.»^{۲۶} به عبارت دیگر در این فهم، «قواعد انتظامی،

¹⁷.Zanobetti, Alessandra. "Review of M. Wojewoda, 'Mandatory Rules in Private International Law', 7 MJ 2 (2000), p. 183." Maastricht Journal of European and Comparative Law vol. 19, no. 1, 2012, p.9.

¹⁸.Rules of Interference

¹⁹.Interventionist Rules

²⁰. Fazilatfar, Hossein. Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 20.

²¹.جنیدی، لعیا، تبیین مفهوم نظم عمومی ملی در روابط بین‌المللی با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی، ارج‌نامه دکتر الماسی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱، ۱۳۹۱، ص ۱۰۳.

²².همان، صص ۱۰۴ و ۱۰۵.

²³.نیکبخت، حمیدرضا، محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین، مجله تحقیقات حقوقی، بهمن ۱۳۸۵، شماره ۴۴، صص ۱۱۳-۱۱۴.

²⁴.دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.

²⁵.Lois de police

لئو، جولیان دی‌ام، میستلیس، لوکاس ای، کرول، استفان ایم، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، قم: انتشارات دانشگاه مفید، پاییز ۱۳۹۱، چ ۱، ص ۴۳۲.

²⁶.شهبازی‌نیا، محمدرضا، عیسائی تفرشی، محمد، علمی، حسین، مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار ۱۳۹۲، ص ۱۰۱.

آندسته از قواعدی هستند که رعایت آن لازمه حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی یک کشور است و در واقع، هر نظام حقوقی اجرای این قواعد را صرف نظر از حقوق قابل اعمال بر یک رابطه حقوقی، به صورت بدون قید و شرط و کامل مطالبه می کند و بدین جهت، مرجع رسیدگی باید صرف نظر از اینکه حقوق کدام کشور بر رابطه حقوقی متنازع‌فیه قابل اعمال است، قواعد انتظامی مربوطه را رعایت نماید.^{۲۷}»

در پژوهش حاضر، اصطلاح «قواعد آمره برتر»^{۲۸} بر سایر معادل‌ها ترجیح داده شده است زیرا خود کلمات به شرح ذیل معرف معنا و مفهوم است:

- صفت «برتر»^{۲۹} بر تمایز این قواعد و «قواعد یا قوانین آمره (الزام آور)»^{۳۰}، یعنی مقرراتی از قانون حاکم که طرفین نمی توانند به وسیله قرارداد آن را بی اثر کنند، تأکید دارد.^{۳۱} صفت برتر بودن مهم ترین شاخصه قواعد آمره برتر است.
- «آمره یا الزام آور»^{۳۲} صفتی است که در نسخه انگلیسی مقررہ رُم یک (ماده ۹) در خصوص شناسایی قانون حاکم بر قراردادهای منعقدہ بعد از ۱۷ دسامبر ۲۰۰۹ (ماده ۲۸) بکار برده شده است.
- واژه عام «قاعده»^{۳۳} هم بجای واژه محدودتر «مقررہ»^{۳۴} که در ماده ۹ مقررہ رُم یک آمده بکار رفته، تا هم مقررات قوانین مستقل و هم مجموعه قواعد حقوقی که در قالب یک قانون ملی نیستند^{۳۵} را پوشش دهد.

در خصوص دو صفت نخست، ماده ۹ مقررہ رم یک به قاعده گذاران ملی اجازه داده که آمره برتر بودن یک قاعده را مشخص کنند؛ یعنی هر کشوری خود تعیین کند که برای اینکه مقررہ ای آمره برتر باشد باید چه ویژگی هایی داشته باشد. به عنوان مثال، دادگاه های آلمان در اعلام آمره برتر بودن یک مقررہ، رویکردی مضیق درپیش گرفته اند و معتقدند مقرراتی که عمدتاً از منافع خصوصی حمایت می کنند، واجد ویژگی آمره برتر نیستند حتی اگر به عنوان اثر جانبی و در کنار تأمین منافع خصوصی، از منافع عمومی نیز حمایت کنند.^{۳۶} اما دادگاه های فرانسه^{۳۷} و انگلستان^{۳۸} رویکرد موسع تری درپیش گرفتند؛ مثلاً در انگلستان با اینکه اثر اصلی «قانون اعتبار مصرف کننده»^{۳۹} و «قانون شروط غیرمنصفانه قراردادی»^{۴۰}، تأمین منافع خصوصی اشخاص است، اما عموماً واجد خصوصیت «برتر» تلقی می شوند.^{۴۱}

^{۲۷} بهرامپوری، رسول، تأثیر قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی، فصلنامه علمی دانشنامه های حقوقی، دوره ۳، شماره ۷، شماره پیاپی ۷، تیر ۱۳۹۹، ص ۸.

^{۲۸} Overriding Mandatory Rules

^{۲۹} Overriding

^{۳۰} Mandatory Laws, Mandatory Rules

^{۳۱} Dispositions Impérative

^{۳۲} Mandatory

^{۳۳} Rule

^{۳۴} Provision

^{۳۵} مستفاد از loi نه droit.

^{۳۶} Bisping, Op. cit., p.479.

^{۳۷} Cour de Cassation 1st Civil Chamber, 23 May 2006 (2006) Bulletin des arrêts de la cour de cassation civil, no 258.

^{۳۸} در تأیید اینکه قانون اعتبار مصرف کننده ماهیت آمره برتر دارد، پرونده English v Donnelly 1958 SC 494 را ببینید که یک حکم اسکاتلندی است ولی در انگلستان هم به عنوان رویه به آن استناد می شود.

^{۳۹} Consumer Credit Act- 1974

^{۴۰} Unfair Contract Terms Act-1977

^{۴۱} Bisping, Op. cit.

جهت رفع تعارض در رویکردها، بهترین راه حل برای طرفین که به ایجاد رویه یکسان بین المللی در تصمیم گیری ها نیز کمک می کند، این است که در تعریف قواعد آمره برتر بازنگری کلی انجام شود و موضوعاتی که قانونگذاران ملی می توانند برای آنها مقررات آمره ای با ماهیت برتر ایجاد کنند، فهرست شوند؛ به عبارت دیگر، لازم است دامنه تعریف این قواعد محدود شود.

۱-۲. به لحاظ اصطلاحی

«قواعد آمره برتر» قواعدی ماهوی هستند که ادعا دارند بر همه حالت هایی که در قلمرو شمولشان قرار بگیرند، قطع نظر از اینکه قانون حاکم چه باشد و حتی اولی تر، قطع نظر از محتوای قانون حاکم، اعمال می گردند.^{۴۳} به عبارت دیگر این قواعد، قطع نظر از فرایند اعمال قواعد تعارض قوانین و قانونی که در صورت نبودن این قواعد آمره برتر، حاکم می بود، حاکم می شوند.^{۴۴} «ماهوی» به این معنی است که آن ها قواعد تعارض قوانین نیستند، بلکه هم به مسائل ماهوی هم مسائل شکلی مربوط اند. همانطور که باراکلو معتقد است قواعد آمره برتر «قوانینی هستند که قطع نظر از قانون حاکم بر قرارداد یا رژیم شکلی انتخاب شده به وسیله طرفین، ادعای اعمال شدن دارند».^{۴۵}

این قواعد «ماهیت نظم عمومی دارند و بر قانون قابل اجرا حاکم می شوند و بطور خودکار در مورد هر اختلافی که در محدوده این قواعد قرار بگیرد اعمال می شوند».^{۴۶} چون احترام گذاشتن به آنها از سوی کشور واضح، برای حفاظت از منافع عمومی اش مثل سازمان های سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی حیاتی است، تاحدی که آن مقررات بر هر وضعیتی که در حوزه شمولشان قرار بگیرند اعمال می شوند، قطع نظر از قانونی که در صورت نبودن این قواعد آمره برتر، حاکم می بود.

اکثر این قواعد ماهیت حقوق عمومی دارند و اکثراً بخشی از نظم عمومی کشور واضح هستند.^{۴۷} مثل مقررات مبادله ارزی خارجی،^{۴۸} مجوزهای واردات و صادرات،^{۴۹} مقررات مرتبط با رویه های تجاری محدودکننده، کنترل ارز یا ممنوعیت صادرات اقلام خاصی که اهمیت فرهنگی دارند^{۵۰} و ...^{۵۱} برخی از مهم ترین قوانینی که کشورهای عضو جامعه اروپا آن ها را به عنوان مقررات آمره برتر می شناسند عبارت اند از: قوانین رقابت و رویه های محدودکننده، حمایت از مصرف کننده، حمایت از نیروی کار، حمل و نقل و بیمه.^{۵۲}

از نظر برونر «هدف قواعد آمره برتر، حفاظت از منافع عمومی، مانند منافع اقتصادی، اجتماعی، یا سیاسی یک دولت یا در مقیاس گسترده تر، منافع اقتصادی، اجتماعی، یا سیاسی کل اتحادیه اروپا، ورای منافع طرفین خصوصی است. قواعد آمره برتر بخصوص در

^{۴۲}. همان قانون قابل اعمال بر قرارداد یا قانون لازم الاجرا (Lois d'application necessaire)

^{۴۳}. Mayer, Pierre. "Mandatory rules of law in international arbitration", *Arbitration International*, vol. 2, no. 4, 1986, p.275.

^{۴۴}. به عنوان مثال ماده ۴-۱ اصول قراردادهای تجاری بین المللی یونیدورا مقرر می کند: «هیچ یک از مواد این اصول، اعمال قواعد امری را که مطابق با قواعد مربوط به حقوق بین الملل خصوصی قابل اعمال هستند، محدود نخواهد کرد؛ خواه منشأ آن ها ملی یا بین المللی باشد، خواه فوق ملی.» (ترجمه از: اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چ ۲ (براساس نسخه ویرایش شده سال ۲۰۰۴)، تهران ۱۳۸۵، ص ۱۳)

^{۴۵}. Barraclough, Andrew, Waincymer, Jeff, "Mandatory rules of law in international commercial arbitration", *Melbourne journal of international law*, vol. 6, no. 2, 2005, p.206.

^{۴۶}. Shehata, Ibrahim, "Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis", *World Arbitration & Mediation Review*, 2017, p.384.

^{۴۷}. Blessing, Marc, *Impact of the extraterritorial application of mandatory rules of law on international contracts*, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p.5.

^{۴۸}. ر. ک. به جزء «ب» بخش ۲ ماده ۸ موافقت نامه صندوق بین المللی پول (برتون وودز).

^{۴۹}. ر. ک. به مواد ۱۴-۶ و ۱۷-۶-۱ اصول قراردادهای تجاری بین المللی یونیدورا درباره مقتضیات مجوز عمومی.

^{۵۰}. Bisping, Op. cit. p.467.

^{۵۱} اخلاقی، و امام، پیشین، ص ۱۴.

^{۵۲} امیرمزی، احمد، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، نشر دادگستر، چ ۱، ۱۳۹۱، ص ۲۲۸.

مجموعه قوانین تجارت خارجی، مبادلات خارجی، کار، حمایت از مصرف‌کننده، ضد انحصار و رقابت، مالیاتی، بازار بورس اوراق بهادار^{۵۳}، حمایت از آثار فرهنگی، و نیز قوانین حاکم بر خارجیان، ضدفساد، پلیس، اراضی و قانون اساسی، وجود دارند.^{۵۴} هدف این قواعد وضع کنترل بر روابط قراردادی برای حفظ منافع عمومی یا اشخاص ثالث است.^{۵۵}

دقیقاً به‌خاطر اینکه در اعمال قواعد آمره‌برتر، مکانیسم‌های تعارض قوانین کنار گذاشته می‌شود، گفته شده که این قواعد، اغلب «به‌طور مستقیم» یا «فوری»^{۵۶} اجرا می‌شوند.^{۵۷} توافق برخلاف این قواعد بی‌اثر است و با شروط قراردادی حاوی انتخاب قانون حاکم نمی‌توان مانع اجرای آن شد. لذا مکانیسم «فرار از قانون»^{۵۸} در مورد اعمال قواعد آمره‌برتر کاربرد ندارد.

«امری بودن ماهیت یک مقرره نیازمند تصریح آن در قانون مربوطه نیست. همچنین مطالعه قوانین ... کشورهای مختلف نشان می‌دهد که هرچند این قوانین دارای ماهیت امری هستند لیکن کمتر مقررات صریحی مبنی بر اعلان امری بودن قواعدشان دارند.»^{۵۹}

هر قاعده آمره‌برتر ممکن است در پی تأمین یکی از دو هدف ذیل باشد: یا حمایت از منافع خصوصی و یا حمایت از منافع عمومی. گرچه برخی قواعد آمره‌برتر می‌توانند منافع خصوصی را هم تأمین کنند، مثل منافع طرف ضعیف‌تر در یک معامله بین‌المللی،^{۶۰} ولی بیشتر آن‌ها منافع عمومی را برآورده می‌سازند.^{۶۱} مثل قوانین ضد فساد، ضد انحصار و تحریم‌های تجاری. هدف چنین قواعد آمره‌برتری، خارج از حوزه کلاسیک حقوق قراردادهای قرار می‌گیرد. اما در این دسته از قواعد آمره‌برتر هم اغلب، تأمین منافع عمومی، تنها از طریق اثری که آن قواعد بر روابط بین اشخاص حقوقی خصوصی (یا روابط بین اشخاص حقوقی عمومی و خصوصی باهم) می‌گذارند، قابل دستیابی است. در چنین مواردی، منافع عمومی‌ای که به‌وسیله قاعده آمره برتر تأمین می‌شوند، مهم‌تر از منافع طرفین خصوصی، تلقی می‌شوند.^{۶۲}

همان‌طور که پیش‌ازین نیز گذشت، عدم تعیین دقیق مصادیق قواعد آمره‌برتر، می‌تواند منجر به تفاسیر متفاوتی از سوی قانون‌گذاران ملی شود؛ لذا محدود کردن دامنه قواعد آمره‌برتر ضرورت دارد. در پرونده آرلبید، دیوان عدالت اروپا باید به‌موجب قوانین اتحادیه اروپا،

⁵³.Securities market

⁵⁴.Brunner, Christoph, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p.266.

⁵⁵.El-Kosheri, Ahmed S., and Tarek F. Riad. "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", *ICSID Review*, vol. 1, no. 2, 1986, p.257-274; Wilderspin, Michael, "Overriding mandatory provisions", in *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp.1331-1336.

⁵⁶.واژه «Immediat» در زبان انگلیسی و فرانسه، در هر دو مفهوم زمان و ترتب بکار می‌رود. معادل فارسی آن چنانچه در مفهوم زمان مدنظر باشد(بدون فاصله زمانی) «فوری» است و در مفهوم ترتب (بدون هیچ واسطه و قرارگیری چیزی در میان) «مستقیم یا بلافاصل» است. هرچند به نظر می‌رسد که در تبیین خصوصیت قواعد آمره‌برتر مفهوم فوریت زمانی مطرح نیست و این واژه به معنی مستقیم و بی‌واسطه اعمال قواعد تعارض قوانین می‌دهد؛ لیکن برخی نویسندگان به فوریت زمانی اشاره کرده‌اند. نک. جنیدی، پیشین، ص ۱۰۴.

⁵⁷.درجایی، اعمال تحریم وضع شده توسط کشوری که نه کشور قانون حاکم است و نه کشور مقر (اعمال تحریم به‌عنوان قواعد آمره‌برتر کشور ثالث)، «اعمال مستقیم قانون خارجی» توصیف شده است. (حقانی، سعید، و جعفرخانی، احسان، «تأثیر تحریم‌های اقتصادی بر قراردادهای بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی، شماره ۴، نیمسال دوم ۱۳۹۳، ص ۷۵)

⁵⁸.Fraus legis/Fraude á la loi

⁵⁹.حسینی مدرّس، سیدمهدی، ابعاد حقوقی فساد در داورهای تجاری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی تهران، ۱۳۹۰، ص ۷۷.

⁶⁰.مانند قواعدی که از منافع بیمه‌شده یا مصرف‌کننده یا کارگر حمایت می‌کنند.

⁶¹.Blessing, Marc. "Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration", *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, no. 4, 1997, pp.23-24.

⁶².Von Hoffmann Bernd, "Internationally Mandatory Rules of Law before Arbitral Tribunal's", in Böckstiegel (ed.), *Acts of State and Arbitration*, Carl Heymanns Verlag, 1997, p.4.

در مورد انطباق قوانین استخدامی بلژیک با اصل آزادی ارائه خدمات، تصمیم‌می‌گرفت. در این پرونده، شرکت فرانسوی مشغول به ساخت‌وساز در بلژیک، قوانین کار و تأمین اجتماعی بلژیک مبنی بر الزام به پرداخت حداقل دستمزد و نگهداری دفاتر تأمین اجتماعی، را رعایت نکرد. دیوان حکم کرد که: آن دسته مقررات ملی که رعایت کردن آنها برای حفاظت از نظم سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی در کشورهای عضو مربوطه، حیاتی تلقی می‌شود (قواعد آمره برتر) و لذا رعایت کردن آن توسط همه اشخاص حاضر در خاک آن کشور عضو و همه روابط حقوقی داخل آن کشور، لازم است، می‌توانند دلیلی باشند که با استناد به آنها بتوان آزادی‌های تضمین شده در قانون اتحادیه اروپا را به شکلی معتبر و قانونی، محدود کرد.^{۶۳} بر اساس این قسمت از حکم، شرکت فرانسوی ممکن بود به دلیل عدم رعایت چنین قوانینی، مشمول ضمانت‌اجراه‌های کیفری بلژیک شود. اما دیوان عدالت اروپا حکم کرد که در این پرونده بیشتر قواعد بلژیک به دو دلیل ذیل غیر قابل اعمال اند:

۱. مقررات مشابهی در حمایت از کارگران ساختمانی، در فرانسه لازم‌الاجرا بوده.

۲. قواعد بلژیک برای تضمین تحقق اهداف مناسب نبوده‌اند.

توضیح آنکه برای اعمال قاعده آمره برتری که از سوی کشور ثالث (نه کشور قانون حاکم و نه کشور مقرر) وضع شده است، باید آن قاعده متناسب با هدفی باشد که برای تأمین آن هدف وضع شده است؛ این شرط، به «شرط تناسب» معروف است.^{۶۴}

همان‌طور که از رأی مشخص است، دیوان تعریف فعلی قواعد آمره برتر مقرر در ماده ۹ مقرر رم یک را محدود کرده است؛ این ماده فقط قصد قانون‌گذار برای حفاظت از نظم اجتماعی، اقتصادی یا سیاسی کشورش را برای آمره برتر تلقی کردن یک قاعده کافی می‌داند ولی امکان مقایسه با قواعد موجود در کشور دیگری در همان منطقه را نمی‌دهد. به‌رحال این رأی می‌تواند نقطه شروعی برای بازنگری و تجدیدنظر در تعریف ماده ۹ مقرر رم یک و محلی برای پژوهش‌های دیگر باشد.

۱-۳. مقررات مستند قواعد آمره برتر

«حدود ۲۴ قانون خارج از اتحادیه اروپا وجود دارد ... که صراحتاً اعمال قواعد آمره برتر کشور مقرر را اجازه می‌دهند.»^{۶۵} در ادامه مهم‌ترین مقرراتی که می‌توانند به‌عنوان مستندات قانونی قواعد آمره برتر تلقی شوند، مورد بررسی قرار می‌گیرند:

- بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی راجع به قانون قابل اعمال نسبت به تعهدات قراردادی (کنوانسیون رم ۱۹۸۰)^{۶۶} مقرر می‌دارد: «به هنگام اعمال قانون یک کشور به‌موجب این کنوانسیون، می‌توان به قواعد آمره قانون کشور دیگری که با آن وضعیت ارتباط نزدیکی دارد، ترتیب اثر داد. مشروط بر اینکه و تاحدی که طبق قانون کشور اخیر آن قواعد، قطع نظر از قانون حاکم بر قرارداد، قابل اعمال باشند. در خصوص ترتیب‌اثردادن یا ندادن به این قواعد آمره، باید به ماهیت و هدف و

⁶³. Joined cases C-369/96 and C-376-96, [1999] ECR I-8453.

⁶⁴. جعفرزاده، میرقاسم، گلشنی، و حسینی‌مدرس. «جایگاه «شرط شایستگی اعمال» در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث». پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۷۰.

⁶⁵. Symeonides, Symeon, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014, p.158.

⁶⁶. European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome convention), 19 June 1980.

هرچند طبق ماده ۲۴:۲ مقرر رم یک این مقرر جایگزین معاهده رم در خصوص قانون حاکم بر تعهدات قراردادی می‌گردد، لیکن این مقرر نسبت به دانمارک (مقدمه شماره ۴۶ مقرر رم ۱) و نیز حوزه‌های سرزمینی کشورهای عضو اتحادیه اروپا که در چهارچوب ماده ۳۵۵ معاهده کارکرد اتحادیه اروپا قرار می‌گیرند اعمال نمی‌گردد (ماده ۲۴:۱) بنابراین در این موارد نظام حقوقی معاهده رم یک همچنان معتبر است و اعمال می‌گردد.

نتایج اعمال یا عدم اعمال آن‌ها توجه شود.» منظور از «قواعد آمره کشور دیگری که ارتباط نزدیکی دارد» قواعد آمره برتر کشور ثالث است. یعنی کشوری غیر از کشور مقرر دادگاه یا کشوری که قانون آن بر قرارداد حاکم است. در داوری - بر اساس نظریه غیرمحملی کردن داوری - کشور ثالث مفهوم موسع‌تری دارد و قانون محل داوری نیز به‌عنوان قانون ثالث تلقی می‌شود.

- طبق پاراگراف ۱ ماده ۹ مقررہ رُم یک «مقررات آمره برتر، عبارت‌اند از مقرراتی که برای یک کشور به‌منظور حفظ منافع عمومی، از قبیل سازمان‌های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی، حیاتی و قاطع‌اند، تانجا که حتی قطع‌نظر از قانونی که بر قرارداد حاکم است، بر وضعیت‌های واقع در قلمروشان قابل اعمال هستند.»

- ماده ۱۹ «قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس» (اسپیلا)^{۶۷}: «در نظر گرفتن مقررات آمره قانون خارجی: ۱- در صورت اقتضای منافع مشروع و آشکارا ارجح یکی از طرفین طبق قوانین سوئیس، مقررات آمره دیگری غیر از آنچه که توسط قانون حاضر تعیین شده، می‌تواند مورد توجه قرار گیرد، مشروط بر اینکه قضیه مورد نظر با آن قانون ارتباط نزدیکی داشته باشد؛ ۲- اینکه آیا چنین مقرراتی باید مورد توجه قرار گیرد، به هدف مقررات مزبور و نتایج حاصل از آن برای رسیدن به یک تصمیم مناسب از نظر حقوق سوئیس، بستگی دارد.»

- براساس قسمت (ب) بند ۲ ماده ۱۸۷ «بازتیین دوم تعارض قوانین آمریکا» یکی از مواردیکه می‌توان قانون منتخب طرفین را اعمال نکرد، جایی است که این قانون، مخالف نظم و سیاست‌های بنیادین ایالتی باشد که منافعش بطور قابل ملاحظه‌ای در آن موضوع، بیش از ایالت قانون منتخب است و اگر قانون حاکم انتخاب نمی‌شد، قانون آن ایالت بر قرارداد حاکم می‌بود. منظور از «نظم و سیاست‌های بنیادین» همان قواعد آمره برتر است.

- بند ۲ ماده ۹ قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل راجع به «استقلال و آزادی طرفین در قراردادهای بین‌المللی بین اشخاص یا مؤسسات خصوصی»^{۶۸} مقرر می‌دارد، چنانچه قرار باشد قواعد آمره‌ای خارج از قانون مقرر دادرسی یا قانون منتخب طرفین مدنظر قرار گیرد، این قواعد فقط در صورتی مانع اعمال قانون منتخب می‌گردد که ارتباط نزدیکی بین قرارداد و کشور واضع آن قواعد موجود باشد؛ نیز اهداف این قواعد عموماً توسط جامعه بین‌الملل پذیرفته شده باشد.

- کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) در «راهنمای حقوقی تنظیم قراردادهای بین‌المللی مربوط به ساخت کارخانه‌های صنعتی»^{۶۹} در بند ۲۲ تحت عنوان «قواعد الزامی حقوقی دارای ماهیت عمومی»^{۷۰} به قواعد آمره برتر می‌پردازد: «علاوه بر قواعد حقوقی قابل اعمال براساس انتخاب قانون توسط طرفین یا اعمال قواعد حقوقی بین‌الملل خصوصی، قواعد خاصی با ماهیت اداری یا دیگر ماهیت‌های عمومی، که در کشورهای طرفین [قرارداد] و سایر کشورها (به‌عنوان مثال، کشور یک پیمانکار فرعی) لازم‌الاجرا است، ممکن است بر جنبه‌های خاصی از قرارداد ساخت‌وساز تأثیر بگذارد. مخاطب این قواعد، که اغلب اجباری هستند، معمولاً همه افراد مقیم یا شهروندان کشوری که قوانین را صادر کرده و گاهی اوقات خارجیانی که فعالیت‌های تجاری خاصی را در قلمرو آن کشور انجام می‌دهند، هستند. آنها ممکن است در درجه اول توسط مقامات اداری اجرا شوند. هدف آنها تضمین انطباق با سیاست‌های اقتصادی، اجتماعی، مالی یا خارجی دولت است؛ بنابراین طرفین باید آنها را در تهیه پیش‌نویس قرارداد در نظر بگیرند.»

⁶⁷.Swiss Private International Law Act (SPILA), 1987

⁶⁸.The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities, 1991.

⁶⁹.UNCITRAL Legal Guide on Drafting Up International Contracts for the Construction of Industrial Works (1987).

⁷⁰.Mandatory Legal Rules of Public Nature

۲. تمیز از اصطلاحات مشابه

برای تدقیق در بحث، اصطلاح قواعد آمره برتر را باید از برخی دیگر از اصطلاحات تفکیک کرد:

۱-۲. قواعد تعارض قوانین

قواعد تعارض قوانین، ماهوی نیستند و فقط از طریق یک عامل عینی^{۷۱} که یک کشور را به دعوا مرتبط می‌کند، قانون حاکم را تعیین می‌کنند. در این فرآیند، مقررات حاکم بر دعوا، از طریق یک تحلیل دومارحله‌ای شناسایی و تعیین می‌شوند: (۱) شناسایی قانون حاکم از طریق اعمال قواعد تعارض قوانین و سپس (۲) شناسایی مقررات ماهوی مرتبط در قانون حاکم.

ولی در اعمال قواعد آمره برتر، این دو مرحله ادغام می‌شوند چون این قواعد، قواعدی ماهوی هستند که بر همه حالت‌های تحت شمولشان حاکم‌اند. به بیان گوئدج، قواعد آمره برتر «هم انتخاب حوزه قضایی است و هم انتخاب قواعد ماهوی»^{۷۲}.

براساس همین منطق در حوزه داوری، بین قواعد انتظامی (Lois de police) و نظم عمومی (L'ordre public) قانون مقر داوری تفکیک قائل شده‌اند. در مواقعی که قواعد ماهوی مقر به اندازه‌ای مهم‌اند که نوبت به مراجعه به قواعد حل تعارض نمی‌رسد، ما با قواعد انتظامی (قواعد آمره برتری) روبرو هستیم که قابلیت اعمال مستقیم دارند.^{۷۳}

بنابراین هرچندکه مجوز اعمال قواعد آمره برتر و شرایط اجرای آن جزئی از نظام حقوق بین‌الملل خصوصی است، لیکن در عرض یا مافوق قواعد تعارض قوانین قرار می‌گیرد.

۲-۲. قواعد آمره

«قواعد آمره برتر» از «قواعد آمره» (مقررات الزام‌آور^{۷۴}) نیز متمایزند.^{۷۵} قواعد آمره، مقرراتی در نظام حقوقی هستند که در صورت حاکم بودن آن نظام حقوقی در نتیجه اجرای قواعد تعارض قوانین متبوع مرجع حل اختلاف، طرفین نمی‌توانند به وسیله قرارداد آن‌ها را بی‌اثر کنند.^{۷۶} قواعد آمره ریشه در قانونی دارد که به موجب قواعد حل تعارض به‌عنوان قانون حاکم شناخته می‌شوند و اصولاً، طرفین فقط به وسیله قواعد آمره قانون حاکم، ملزم می‌شوند.^{۷۷} قابل اعمال بودن قواعد آمره ناشی از این است که بخشی از یک قانون معین هستند

^{۷۱}. مثل اقامتگاه یا مکان تجارت یکی از طرفین

^{۷۲}. «Jurisdiction and rule-selecting». (Guedj, Thomas G. "The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law—A Comparative Analysis with Modern American Theories", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 4, 1991, pp. 661 et seq.).

^{۷۳}. Mélin, François, *Droit international privé*, Gualino, 12th ed., 2022, pp 134-35.

^{۷۴}. Mandatory provisions

درجایی، از این قواعد با عنوان «قواعد آمره ساده» تعبیر شده است. (اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، پیشین، ص ۴۸)

^{۷۵}. برای مطالعه بیشتر در خصوص تمایز بین این دو مفهوم، ر. ک. به:

Voser, Nathalie, "Mandatory Rules of Law as Limitation to the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *American review of international arbitration*, Vol.7, no.3/4, p.321; Plender, Richard, Wilderspin Michael, *The European Private International Law of Obligation*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2009, pp. 333-334, n.12-002.

^{۷۶}. بند ۳ ماده ۳ و بند ۲ ماده ۶ و ماده ۸ مقررہ رم یک.

همان‌طور که هارتلی بیان کرده است: یک قاعده الزام‌آور در مفهوم عام، «قاعده‌ای قانونی است که نمی‌تواند به وسیله قرارداد استثنا یا محدود شود یا تغییر داده شود. این امر کاملاً یک مسئله حقوق داخلی است.»

(Hartley, Trevor C., *Mandatory rules in international contracts: the common law approach*, Martinus Nijhoff, 1997 p.345).

^{۷۷}. طبق قواعد اسپیلا، قواعد آمره طرفین را ملزم می‌کنند؛ وقتی که طرفین بر روی یک شرط انتخاب قانون توافق کرده باشند، آن مقررات الزام‌آور، مقررات قانون منتخب طرفین است.

مثلاً قانون منتخب طرفین، یا قانونی که در صورت عدم انتخاب قانون توسط طرفین، حاکم می‌بود، در حالی که قابلیت اعمال قواعد آمره برتر، کلاً به نظام حقوقی‌ای که به آن تعلق دارند ربطی ندارد و فقط از محتوا و یا هدف خودشان ناشی می‌شود. مقررات آمره «قواعدی قانونی هستند که با انتخاب یک نظام قانونی خارجی توسط طرفین، غیرقابل اعمال می‌شوند»، در حالی که قواعد آمره برتر «حتی در مقابل انتخاب قانون توسط طرفین مقاومت می‌کنند»^{۷۸} یعنی ادعای اعمال دارند، حتی اگر بخشی از قانون حاکم نباشند.

در پاراگراف ۳۷ مقدمه مقررہ رُم یک هم تأکید شده است که مفهوم «مقررات آمره برتر» باید از اصطلاح «مقرراتی که با توافق طرفین قابل الغا نیستند و نمی‌توان مانع اعمال آن شد» تفکیک شود.^{۷۹} قواعد آمره برتر باید بسیار محدودتر از قوانین آمره تفسیر شوند^{۸۰} و تعداد مصادیق آن‌ها نیز بسیار کمتر است و به همین دلیل برخی از آن‌ها به قواعد آمره در معنای بین‌المللی تعبیر کرده‌اند.^{۸۱} قواعد آمره برتر فقط جانشین قانون حاکم منتخب طرفین نمی‌شوند؛ بلکه جانشین قانون حاکمی که به طور عینی و در اثر اعمال قواعد تعارض قوانین مشخص شده است نیز می‌شوند.^{۸۲}

همانطور که گذشت، قواعد آمره برتر ادعا دارند که بر همه حالت‌هایی که در قلمروشان قرار می‌گیرند -قطع نظر از قانون حاکم- قابل اعمال اند، چه قانون حاکم از طریق قواعد تعارض قوانین تعیین شده باشد و چه به وسیله طرفین انتخاب شده باشد. دیوان عالی هلند در پرونده مشهور آلتاتی ذکر کرده است: «ممکن است برای یک کشور خارجی رعایت برخی از قواعدش، حتی خارج از خاک خودش، آن قدر اهمیت داشته باشد که دادگاه‌ها باید به آن قواعد توجه کنند و آن‌ها را در راستای ترجیح بر قانون کشور دیگری که ممکن است به وسیله طرفین برای حکومت بر قراردادشان انتخاب شود، اعمال کنند»^{۸۳}. اگر نتوان از طریق توافق بر شرط انتخاب قانون حاکم توسط طرفین، از اعمال قاعده آمره برتر خودداری کرد، به طریق اولی، آن قاعده به وسیله قرارداد هم قابل الغا نیست.^{۸۴} بنابراین می‌توان گفت، یک قاعده آمره برتر، لزوماً یک قاعده آمره هم هست؛ نادیا سماهی می‌نویسد: «برخی از قوانین آمره «خارجی» ... ممکن است به عنوان قوانین آمره «برتر» نیز در نظر گرفته شوند، اگر بسته به معیارهای مختلف، بدون توجه به قانون منتخب قابل اجرا، اعمال شوند»^{۸۵}.

⁷⁸. Von Hoffmann, op. cit., pp.3-4.

⁷⁹. براساس بند ۳ ماده ۳ کنوانسیون رُم ۱۹۸۰ و بندهای ۳ و ۴ ماد ۳ مقررہ رُم یک، انتخاب قانون توسط طرفین، به اعمال مقررات آمره دیگر قوانین که با توافق نمی‌توان مانع اجرای آن شد، خدشه‌ای وارد نمی‌کند. مثلاً مقررات الزام‌آور قانون اتحادیه اروپا و مقررات الزام‌آور کشوری که در زمان انتخاب قانون، همه عناصر مرتبط با آن وضعیت (دعوا) در آنجا واقع شده بوده است. همچنین بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون رُم ۱۹۸۰ و بند ۲ ماده ۶ مقررہ رُم یک راجع به حمایت از مصرف‌کننده و بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون رُم ۱۹۸۰ و بند ۱ ماده ۸ مقررہ رُم یک راجع به حمایت از نیروی کار مقرمی دارد که با استفاده از آزادی انتخاب قانون نمی‌توان مانع اعمال مقررات الزام‌آور کشورهای مرتبط با موضوع شد.

^{۸۰}. اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، پیشین، ص ۴۹.

⁸¹. Nygh, Peter Edward, *Autonomy in international contracts*, Oxford University Press, 1999, note 119, p.200.

⁸². Bisping, Op. cit. p.477.

⁸³. "Alnati decision -13 May 1966" *Revue critique de droit international privé* 56, (1967), p.523.

⁸⁴. پلندر با تأکید بر این نکته، توضیح می‌دهد که واژه «قاعده الزام‌آور» - که در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رُم ۱۹۸۰ بکار رفته - (همان که در مقاله حاضر «قاعده آمره برتر» نامیده می‌شود) اشاره دارد به «قاعده‌ای از کشوری که آن قدر با وضعیت مطروحه رابطه نزدیکی دارد که طرفین نمی‌توانند به وسیله قرارداد آن را الغا کنند، قطع نظر از قانون حاکم بر آن قرارداد».

Plender, Richard, Wilderspin Michael, *The European Contracts Convention- The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Sweet & Maxwell, 2011, p.187, n.0-07.

برای دیدن نظر مخالف، ر. ک. به:

Bermann, George A. "Mandatory rules of law in international arbitration", In *Conflict of laws in international arbitration*, sellier european law publishers, 2010, pp.327 and 338.

⁸⁵. Smahi, Nadia. "Applying "Foreign" Mandatory Laws in International Arbitration Despite the Parties' Choice of Law: A Necessary Evil?", *ASA Bulletin*, vol. 39, no. 3, 2021, p.578.

۳-۲. نظم عمومی بین‌المللی

سؤال بسیار مهمی که در شناخت محتوای قواعد آمره برتر باید بدان پاسخ گفت این است که آیا قواعد آمره برتر همان اصول نظم عمومی بین‌المللی هستند یا خیر؟

اصول نظم عمومی بین‌المللی یک کشور، اساسی‌ترین ارزش‌های آن کشور است که اغلب نانوشته هستند به گونه‌ای که برخی آن‌ها را «اصول ضمنی و تلویحی» توصیف می‌کنند.^{۸۶} با دیدی واقع‌بینانه، نمی‌توان لیستی جامع از ارزش‌های اساسی و بنیادینی که نظم عمومی تلاش می‌کند از آن‌ها محافظت کند تهیه کرد، چون موارد نظم عمومی به‌طور تدریجی در طول زمان تغییر می‌کند (نسبیت نظم عمومی در زمان). لذا مفهوم نظم عمومی نیز یک تعریف واحد الزام‌آور را بر نمی‌تابد، چون چارچوب اجتماعی-فرهنگی یک کشور خاص را در یک زمان خاص، انعکاس می‌دهد. هیچ‌یک از قوانین بین‌المللی^{۸۷} تعریفی از مفهوم نظم عمومی مقرر نمی‌کنند بلکه هر کشور با تعیین اصول اساسی و ارزش‌های بنیادینی که تخطی‌ناپذیر تلقی می‌کند، به‌طور مستقل، محتوای نظم عمومی‌اش را تعریف می‌کند.

باین‌حال، نویسندگان تلاش کرده‌اند که دسته‌بندی‌هایی را از اصول نظم عمومی یک کشور ارائه دهند:

- در یک تقسیم‌بندی، نظم عمومی در مفهوم عام را می‌توان به‌صورت ذیل طبقه‌بندی کرد:^{۸۸}

(۱) نظم عمومی ملی: ارزش‌های اساسی و اصول اخلاقی‌ای نشأت گرفته از ارادهٔ قانونگذار ملی که برای آن کشور اساسی هستند، ولی لزوماً میان همه یا اکثر ملت‌ها مشترک نیستند.^{۸۹} مثلاً ادعاشده که نظم عمومی فرانسه، از جمله، حفاظت از مبانی سیاسی و اجتماعی تمدن فرانسه، مانند تک‌همسری، سکولاریسم، حق مالکیت و قابلیت اجرای تعهدات قراردادی را تضمین می‌کند.^{۹۰} نظم عمومی ملی به دو شاخهٔ داخلی و بین‌المللی قابل تقسیم است:

(۱-۱) نظم عمومی داخلی: ارزش‌های اساسی نشأت گرفته از ارادهٔ قانونگذار ملی در روابط داخلی و دارای عناصر داخلی و نه بین‌المللی است.

(۲-۱) نظم عمومی بین‌المللی: ارزش‌های اساسی نشأت گرفته از ارادهٔ قانونگذار ملی در روابط بین‌المللی یعنی رابطه‌ای که دارای عنصر بین‌المللی است (همان استثنای نظم عمومی)

(۲) نظم عمومی فراملی^{۹۱}: ارزش‌های اساسی نشأت گرفته از اراده‌ای غیردولتی است و اغلب اصول اخلاقی-اجتماعی و سیاسی با هدف حفاظت و توسعه عدالت جهانی را در برمی‌گیرد که میان اکثر ملت‌ها مشترک است، خواه عرفاً و خواه به‌صورت تلفیق شده در کنوانسیون‌های بین‌المللی^{۹۲} از قبیل: احترام برای شأن انسان‌ها، منع تجارت انسان (قرار دادن انسان به‌عنوان موضوع تجارت)، اصول ضدفساد، تروریسم، تبعیض نژادی-جنسیتی و مذهبی.

^{۸۶}.Holleaux, Dominique, Jacques Foyer, and Géraud de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*. Masson, 1987, p.151, n.201.

^{۸۷}.مانند کنوانسیون ژنو ۱۹۸۰، مقررۀ ژنو یک، اسپیلا و ...

^{۸۸}.جنیدی، پیشین، صص ۹۸-۱۰۰.

^{۸۹}.به‌عنوان مثال ببینید:

Emirats Arabes Unis et consorts v. Westland Helicopters Limited et Tribunal Arbitral, 19 April 1994, DFT 120 III 155, c. 6.a.

^{۹۰}.Mayer, Pierre, and Vincent Heuzé, *Droit international privé*. Montchrestien, 10th ed., 2010, p.150, n.200.

^{۹۱}.Transnational Public policy

^{۹۲}.به‌عنوان مثال، اصول مندرج در کنوانسیون اروپایی ۱۹۵۰ در خصوص حقوق بشر و پروتکل‌های آن، کنوانسیون ۱۹۴۸ در خصوص پیشگیری و مجازات جرم نسل‌کشی، کنوانسیون‌های ژنو ۱۹۲۶ و ۱۹۵۶ در خصوص برده‌داری، کنوانسیون ۱۹۴۹ سازمان ملل متحد در مورد منع خریدوفروش افراد و انتفاع از خودفروشی (روسپی‌گری) دیگران،

- در تقسیم‌بندی دیگری، به مقسم هدف، دو دسته اصول به‌عنوان اصول نظم‌عمومی بین‌المللی، شناسایی شده است: (۱) اصولی که عملکرد مناسب سیستم‌های دولتی و قانونی یک کشور را، تضمین می‌کنند^{۹۳} و (۲) اصول مربوط به تأمین حقوق و آزادی‌های فردی، که حمایت حداقلی از حقوق شکلی افراد در دادگاه را فراهم می‌سازند.^{۹۴}

در راستای مفهوم نظم‌عمومی بین‌المللی - که جزئی از نظم‌عمومی ملی است - استثنای نظم‌عمومی، یک اصل کلی حقوقی را بیان می‌کند: دادگاه‌ها می‌توانند هر مقرر قانون حاکم خارجی (نه قانون در تمامیتش) که اعمالش منجر به یک نتیجه غیرقابل‌پذیرش می‌شود را نادیده بگیرند.^{۹۵} به عبارت دیگر، آنچه به‌عنوان «استثنای نظم‌عمومی» معروف است، سپر و محافظتی است علیه اعمال مقرراتی از قانون حاکم خارجی یا علیه شناسایی احکام دادگاه‌های خارجی که اعمالشان منجر به نتیجه‌ای می‌شود که در تضاد با اصول اساسی محل رسیدگی است.^{۹۶} «نظم‌عمومی اعمال دیگر قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی را بررسی می‌کند و مانع اعمال «عادی» این قواعد می‌شود تا از تنزل غیرقابل‌پذیرش ارزش‌هایی که دادگاه آن‌ها را برای سیستم حقوقی خود اساسی تلقی می‌کند، اجتناب نماید.»^{۹۷}

بسیاری، قواعد آمره برتر را جزئی از نظم‌عمومی بین‌المللی^{۹۸} و در واقع همان «وجه تهجمی یا مثبت نظم‌عمومی»^{۹۹} تلقی می‌کنند (در مقابل وجه دفاعی و منفی نظم‌عمومی).^{۱۰۰} از نظر آن‌ها اگر قواعد آمره برتر ادعای قابل‌اعمال بودن - قطع نظر از قانون حاکم - را دارند،

کنوانسیون ۱۹۶۵ سازمان ملل متحد در خصوص رفع همه اشکال تبعیض نژادی، میثاق بین‌المللی ۱۹۶۶ در خصوص حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و میثاق بین‌المللی در خصوص حقوق سیاسی و مدنی، و کنوانسیون ۱۹۸۹ در خصوص حقوق کودک.

⁹³ Blom, Joost, "Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time", *Netherlands International Law Review*, vol.50, no.3, 2003, p.385.

⁹⁴ Lazareff, Serge, "Mandatory Extraterritorial Application of National Law", *Arbitration international*, vol. 11, no. 2, 1995, p.139.

برای مطالعه پرونده‌هایی که در آن‌ها دیوان فدرال سوئیس، از مطابقت حکم خارجی با نظم‌عمومی شکلی سوئیس، بحث کرده است، ببینید:

Benjamin T v. Esther k. und Direktion des Innern des Kantons Zurich, 3 September 1996; Amministratore Fallimentare A v. B. e consorti, 6 October 1999.

⁹⁵ Plender, Wilderspin, op. cit., p. 363, n. 12-055; C. v. C.-E., 4 July 2000, DFT 126 III 327.

⁹⁶ توصیف ویژگی نظم‌عمومی یک کشور به صورت «بین‌المللی» (مثلاً نظم‌عمومی بین‌المللی سوئیس) با این قصد است که نشان دهد که در حقوق بین‌الملل خصوصی، هدف واقعی نظم‌عمومی، محافظت کردن کشور محل رسیدگی از مقررات ناسازگار و نامناسب قانون حاکم خارجی است.

⁹⁷ Blom, op. cit., p.375.

⁹⁸ «قواعد انتظامی که بخشی از نظم‌عمومی بین‌المللی را تشکیل می‌دهد ... قواعدی هستند که رعایت آن لازم‌ه حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور است و در واقع، هر نظام حقوقی اجرای این قواعد را صرف نظر از حقوق قابل‌اعمال بر یک رابطه حقوقی، بصورت بدون قید و شرط و کامل مطالبه می‌کند و بدین جهت، مرجع رسیدگی باید صرف نظر از اینکه حقوق کدام کشور بر رابطه حقوقی متنازع فیه قابل‌اعمال است، قواعد انتظامی مربوطه را رعایت نماید.» (بهرامپوری، پیشین، صص ۱۲ و ۱۳) و نیز جنیدی، پیشین، ص ۱۰۶.

صادقی در بحث نظم‌عمومی، ابتدا آنرا به نظم‌عمومی ملی و فراملی تقسیم می‌کند و معتقد است نظم‌عمومی ملی واجد سه حوزه نظم‌عمومی داخلی، بین‌المللی و قواعد انتظامی است، لذا نظم‌عمومی بین‌المللی و قواعد انتظامی را قسیم یکدیگر دانسته است. (صادقی، محسن، «مفهوم و اعمال نظم‌عمومی در مراجع قضایی و شبه‌قضایی و جلوه های نوین آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، ۱۳۸۴، ص ۹۷)

⁹⁹ Positive facet of public policy or offensive facet of public policy

¹⁰⁰ Hochstrasser, Daniel. "Choice of law and foreign mandatory rules in international arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 11, no.1, 1994, p.68; Sarcevic, Petar, *Yearbook of Private International Law 2004*, Vol. 6, sellier european law publication, 2005, p.273; Lavranos, Nikolaos, Ruth A, Kok, *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 25, 2012, Martinus Nijhoff, 2013, p.13.

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

در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهومی بنام (قوانین مربوط به نظم‌عمومی) نیز وجود دارد که به‌طور صحیح‌تر به اسم (قوانین مربوط به انتظامات) و یا (قوانینی که باید مستقیماً و بی‌واسطه اجرا شوند) شناخته شده است؛ این‌ها همان قوانینی هستند که رعایت آن‌ها برای نگهداری سازمان سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور لازم است.

هدف قوانین مربوط به نظم‌عمومی، اصولاً حکومت بر روابط داخلی است لیکن در عمل بر کلیه روابط حقوقی که در قلمرو آن‌ها قرار می‌گیرد - حتی در روابط حقوقی که یک عامل خارجی در آن‌ها دخالت دارد - اجرا می‌شوند. در اینصورت وظیفه نظم‌عمومی دیگر طرد قانونی که به‌طور عادی در دعوای مطروحه قابلیت و صلاحیت اجرا دارد

به این خاطر است که متضمن اصول نظم عمومی هستند یعنی اصول بنیادین و ارزش‌های اساسی‌ای که هرگز نباید نادیده گرفته شوند.

اما برخی دیگر، این دو مفهوم را مستقل تلقی می‌کنند و معتقدند: هیچ چیز مانع قانون‌گذار یک کشور نمی‌شود که قواعدی وضع کند که ادعای قابل‌اعمال بودن بر همه حالت‌هایی که در قلمرواش قرار می‌گیرند را دارد، حتی اگر این قواعد، صریحاً اصول نظم عمومی این کشور را اعلام نکنند.^{۱۰۱} بنابراین قواعد آمره برتر الزاماً بخشی از نظم عمومی یک کشور نیستند.^{۱۰۲}

و نیز بین دو مسئله «قواعد آمره» و «نظم عمومی» تفاوت قائل است. از نظر او «اولاً این امکان وجود دارد که قواعد نظم عمومی – که استانداردهای عالی اخلاقی و وجدانی را منعکس می‌کنند – در مقررات صریح یک کشور گنجانده شوند، اما لزوماً چنین نیست؛ ولی قواعد آمره همیشه قواعد صریحی هستند که بدنبال اعمال در نزاع مورد بحث هستند. دوماً، قواعد آمره ممکن است در بردارنده مسائلی باشند که به عنوان مسائل نظم عمومی طبقه‌بندی می‌شوند، اما می‌توانند محتوای وسیع‌تری نیز داشته باشند و فقط محدود به موارد نظم عمومی نیستند.»^{۱۰۳}

ویسچر هم اشاره کرده است که «قوانین الزام‌آور»^{۱۰۴} لزوماً [فقط] ارزش‌های اخلاقی را بیان نمی‌کنند؛ آن‌ها علاوه بر [بیان ارزش‌های اخلاقی]، در جهت منافع کشور تصویب‌کننده بر اساس ملاحظات سیاسی و حتی خودخواهانه، هم به چشم می‌خورند. قوانین الزام‌آور [...] اغلب از یک دولت مرفه مدرن ناشی می‌شوند.»^{۱۰۵}

در موانع اعمال قانون خارجی نیز قواعد آمره و نظم عمومی از یکدیگر تفکیک شده‌اند. به عنوان مثال ماده ۹۷۴ قانون مدنی ایران قواعد آمره و ماده ۹۷۵ نظم عمومی را به عنوان مانع اعمال خارجی مطرح می‌کند. در موانع اجرای احکام مدنی خارجی نیز قانون ایران در بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی بین نظم عمومی ایران و قواعد آمره قانونی ایران، قائل به تفکیک شده است.^{۱۰۶}

از عللی که برخی تمایل دارند که قواعد آمره برتر را به نوعی، جنبه مثبت نظم عمومی تلقی کنند این است که: مفاد قواعد آمره برتر هم مانند محتوای نظم عمومی^{۱۰۷}، تأمین منافی برتر و پاسخگویی به نیازهایی حیاتی و بسیار مهم است و به همین دلیل است که اقتضا

نیست بلکه آن است که در یک قلمرو مشخص از اجرای قوانین خارجی ممانعت به عمل آورد.» (ین درانس، نظم عمومی و حقوق قابل اجرا، ترجمه محمدقلی اشتری، نشریه حقوق معاهدات بین‌الملل، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷، صص ۱۶۷-۱۶۸)

از نظر مایر نیز «قواعد الزام‌آور حقوق، همان مسائل نظم عمومی هستند، و آن نظم عمومی را نیز به نحوی بازتاب می‌دهند که موجب می‌شود اعمال آن‌ها ضروری شود، حتی اگر مجموعه عمومی حقوقی که آن قواعد الزام‌آور به آن تعلق دارند، پس از اعمال قواعد تعارض قوانین مربوطه، صالح شناخته نشود.» (Mayer, op. cit., p.272)

^{۱۰۱} «قاعده اعمال مستقیم و بی‌واسطه، ممکن است هیچ ارتباطی با ارزش‌های اجتماعی یا اخلاقی بنیادین نداشته باشد و فقط به یک مسئله عادی و معمولی، مثل تعریف حقوق مصرف‌کننده مربوط باشد.» (Blom, op. cit., p. 380.)

^{۱۰۲} Kaufmann-Kohler, Gabrielle, and Antonio Rigozzi, *Arbitrage international: droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2006, p.423, n.659; Blessing, Marc, op. cit., p.24; Blessing, Marc, *Impact of the extraterritorial application of mandatory rules of law on international contracts*, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p.1, p.5; Blessing, Marc, "Choice of substantive law in international arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 2, 1997, p.59.

^{۱۰۳} Voser Nathalie, op. cit., p.322.

^{۱۰۴} Lois d'application immédiate

^{۱۰۵} Vischer, Frank, *General course on private international law*, Martinus Nijhoff, 1992, p.165.

^{۱۰۶} نیکبخت، حمیدرضا، پیشین، صص ۱۲۵-۱۲۶.

در خصوص انطباق مفهوم «قوانین مخصوصه» با «قواعد آمره» ر. ک. به همان، صص ۱۱۴ و ۱۲۳؛ متین دفتری، احمد، رئوس مسائل: حقوق بین‌المللی خصوصی (۲)، کانون وکلا، خرداد و تیر ۱۳۳۲، دوره اول، شماره ۳۲.

می‌کنند که بر همه موقعیت‌هایی که در قلمروشان قرار می‌گیرند اعمال شوند، و آلا هدف آن‌ها عقیم می‌شود. هدف از وضع مقرراتی مثل ماده ۱۹ اسپيلا هم که اجازه توجه به قواعد آمره برتر خارجی را می‌دهند، «این است که نگذارند طرفین با استفاده از قواعد تعارض قوانین، از مقرراتی که اگرچه حاکم نیستند ولی شایسته احترام و مطابق با اصول اساسی قانون ما هستند، طفره برونند»^{۱۰۸}. بر همین اساس دیوان فدرال سوئیس در چندین رأی قواعد آمره برتر را طبق ماده ۱۸ اسپيلا به «جنبه مثبت نظم عمومی»^{۱۰۹} اختصاص داده‌است.^{۱۱۰} علت دیگر می‌تواند این باشد که هم اعمال قواعد آمره برتر و هم مکانیسم استثنای نظم عمومی منجر به کنار گذاشته شدن مقررات قانون حاکم خارجی می‌شوند.

اما به نظر می‌رسد، مقررات آمره برتر به اصول نظم عمومی محدود نمی‌شوند. هیچ‌یک از مقررات اسپيلا، کنوانسیون رُم ۱۹۸۰، و مقررہ رُم یک، به قواعد آمره برتری که حاوی هرگونه اشاره‌ای به اصول نظم عمومی باشد، نپرداخته‌اند. بعلاوه، از بین این سه مقررہ، اسپيلا و کنوانسیون رُم ۱۹۸۰ هیچ تعریف قانونی‌ای از قواعد آمره برتر ندارند^{۱۱۱} و کشورها را آزاد می‌گذارند که قواعدی با هر محتوایی مبنی بر اینکه آن قواعد باید - قطع نظر از قانون حاکم - رعایت شوند، را تصویب کنند. لذا از نظر آن‌ها قواعدی مانند مقررات آمره برتر ضرورتاً نباید محتوای نظم عمومی داشته باشند.

البته بند ۱ ماده ۹ مقررہ رُم یک، تنها مقررہ‌ای است که قواعد آمره برتر را تعریف می‌کند: «مقرراتی که احترام به آن‌ها برای تأمین منافع عمومی کشور مانند سازمان‌های سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی ... حیاتی شمرده می‌شود.» این تعریف، در واقع بیان مجدد عبارتی است که دادگاه عدالت جوامع اروپایی در سال ۱۹۹۹ بکار برد؛ بر طبق این عبارت، اصطلاح «قوانین انتظامی و امنیت»^{۱۱۲} بر «مقررات ملی‌ای اعمال می‌شود که منطبق با آن چیزی هستند که برای حفاظت از نظم سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی، در کشور عضو مربوطه، خیلی حیاتی تلقی می‌شود، مقرراتی که پیروی مستقیم از آن‌ها توسط همه اشخاصی که در خاک ملی آن کشور عضو حضور دارند یا همه روابط حقوقی در داخل آن کشور، لازم دانسته می‌شود»

^{۱۰۷}. قوانین مربوط به نظم عمومی، قوانینی هستند که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز بدان، نظامی را که لازمه حسن جریان امور اداری، سیاسی، اقتصادی و یا حفظ خانواده است، برهم زند. (کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، ج ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۶۱)

^{۱۰۸}. Knoepfler, François, Schweizer, Philippe, Othenin-Girard, Simon, *Droit international privé Suisse*, 3rd ed., Staempfli, 2004, p.200, n.397a.

قواعد آمره برتر قواعدی هستند «که برایشان منافع عمومی در مقایسه با قوانین خارجی بسیار مهم است.» (Derains, Yves, "Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale", in *Le droit des relations économiques internationales – Etudes offertes à Berthold Goldman, Librairies Techniques*, 1987, pp.29 et seq., p.31, n.3)

طبق نظر باراکلو و وینسیمی، «قواعد الزام‌آور می‌توانند نظم عمومی داخلی و بین‌المللی کشور را منعکس کنند و به‌طور کلی از منافع اقتصادی، اجتماعی و سیاسی حفاظت نمایند.» (Barraclough, Andrew, Waincymer Jeff, op. cit., pp.206-207)

^{۱۰۹}. l'aspect positif de l'ordre public

^{۱۱۰}. C. Inc. v. F. Inc., X. et Y., 17 December 1991, DFT 117 II 494, c. 7; SA v. Al Bank Al Saudi Al Fransi, 30 September 1999, DFT 125 II 443, c. 3d; Bank A. v. B. AG, 21 January 2002, DFT 128 II 201., c. 1b, SJ 2002 I 293, p. 294.

دیوان فدرال در پرونده‌ای تا آنجا پیش رفت که اعلام کرد که برای اینکه قاعده‌ای، آمره برتر تلقی شود، باید «مطابق با ارزش‌های اصلی نظم عمومی باشد.» (Banque x. SA v. Fondation Y., 17 November 2009, DFT 135 II 614)

^{۱۱۱}. گرچه کنوانسیون ۱۹۸۰ رُم، قواعد آمره قانون مقرر دادگاه و نظم عمومی مقرر دادگاه را به‌صورت دو موضوع مختلف و جداگانه به ترتیب در دو ماده ۷ (۲) و ۱۶ مطرح کرده‌است.

^{۱۱۲}. Lois de police et de sûreté

اما به نظر می‌رسد که هدف بند ۱ ماده ۹ مقررہ رُم یک، محدود کردن تعریف قواعد آمره برتر، در مقایسه با آن مواردیکه در قلمرو ماده ۷ کنوانسیون رُم ۱۹۸۰ قرار می‌گیرند، نیست؛^{۱۱۳} این بند فقط توضیح می‌دهد که این قواعد منافی عالی‌تر را برآورده می‌سازند و از دید کشور تصویب‌کننده، حیاتی و بسیار مهم‌اند.

بعلاوه، با توجه به اینکه بند ۲ ماده ۹ مقررہ می‌کند که: «هیچ چیز در این مقررہ، اعمال مقررات آمره برتر قانون [کشور مقر] رسیدگی را محدود نمی‌کند»، نمی‌توان این‌طور تلقی کرد که تعریف ذکرشده در بند اول، یک استاندارد مطلق را ایجاد کرده است تا اگر یک قاعده بخواهد آمره برتر— در مفهوم ماده ۹ — تلقی شود، باید آن استاندارد محقق گردد. چنین فهمی از بند ۱ ماده ۹ نه تنها در تعارض با متن خودش (بند دوم ماده ۹) است، بلکه وضعیت‌هایی را هم ایجاد می‌کند که در آن‌ها، دادگاه‌های یک کشور عضو نمی‌توانند برای اثربخشی به قواعد ملی‌ای که ادعا دارند به‌طور بین‌المللی الزام‌آور هستند، به بند ۲ ماده ۹ استناد کنند.^{۱۱۴} ضمن اینکه عملاً حفاظت از تشکیلات سیاسی، اجتماعی یا اقتصادی کشور تصویب‌کننده (یعنی همان حفاظت از منافع عمومی)، هدف هر قانونی است و این به این معنی نیست که آن قانون دربردارنده اصول نظم عمومی آن کشور است.

پس قواعد آمره برتر و اصول نظم عمومی بین‌المللی، آن‌طور که در حقوق بین‌الملل خصوصی تعریف می‌شوند، از جهات متعدد ذیل باهم متفاوتند:

الف) هیچیک از اسناد و مقررات موجد و مستند قواعد آمره برتر، ضرورتی مبنی بر اینکه این قواعد باید جزوی از نظم عمومی بین‌المللی کشور واضح باشند، مقرر نکرده‌اند.

ب) تا جاییکه به ماهیت مربوط است، گرچه این امکان وجود دارد که قواعد آمره برتر، اصول نظم عمومی را شکل دهند، اما ضرورتاً این‌طور نیست؛ حالت‌هایی که در آن‌ها یک قاعده آمره برتر، ادعای حاکم‌بودن دارد، ضرورتاً باحالت‌هایی که در آن‌ها دادگاه محل رسیدگی، برای کنار گذاشتن مقرره‌ای از قانون حاکم خارجی که منجر به راه‌حلی متفاوت می‌شود، به‌استثنای نظم عمومی مراجعه می‌کند، یکسان نیستند.

اصول نظم عمومی بین‌المللی یک کشور، از قواعد آمره آن کشور محدودتر است، گرچه ممکن است گاهی اوقات باهم منطبق باشند^{۱۱۵}. اگر این‌طور نبود، قدرت قواعد تعارض قوانین به‌طور قابل‌توجهی ضعیف می‌شد، چون اگر نظم عمومی بین‌المللی یک کشور همان مقررات الزام‌آور آن کشور باشد، یک دادگاه داخلی می‌تواند اعمال هر مقرره خارجی‌ای که منجر به نتیجه‌ای متفاوت با مقررات

^{۱۱۳} بونومی با نظر فوق مخالف است؛ از نظر او: «تعریف قواعد آمره برتر در مقررہ، بر معرفی سطحی جدید از بررسی مطابقت تأثیر می‌گذارد، که از سازگاری قواعد الزام‌آور برتر با اصول حقوق اروپا متمایز و بر آن مقدم است؛ هدف این بررسی مطابقت، مطابقت قوانین الزام‌آور ملی با معیارهای برقرارشده به‌وسیله بند ۱ ماده ۹ مقررہ است».

(Bonomi, Andrea, "Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts", in *Yearbook of Private International Law Vol X 2008*, 2009, pp.285 et seq., p.290).

^{۱۱۴} بند ۲ ماده ۹ مقررہ رم یک از محدوده قاعده سنتی نظم عمومی مقر دادگاه فراتر می‌رود و به قانون مقر دادگاه اختیار می‌دهد که منافع و مصالح برتر خود را توصیف کند.

(مافی، همایون، و تقی‌پور، محمدحسین، قانون قابل‌اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، ش ۱۳، زمستان ۱۳۹۴، صص ۱۴۷-۱۷۹، ص ۱۶۴)

^{۱۱۵} اینک اصول داخلی نظم عمومی بین‌المللی، دسته‌ای محدودتر از قواعد الزام‌آور هستند، در فرانسه مثلاً در حکم صادره توسط دیوان عالی کشور به تاریخ ۳۰ می ۱۹۶۷، تأییدشده است:

الزام آور قانون خودش می‌شود، را رد کند درحالی که فقط تعارض با اصول نظم عمومی بین‌المللی، می‌تواند مکانیسم استثنای نظم عمومی را موجب شود.^{۱۱۶}

ج) قواعد آمره برتر، قواعدی مکتوب هستند اما اصول نظم عمومی لزوماً مقررات نوشته (مکتوب) محسوب نمی‌شوند.

د) از نظر قلمرو اعمال، نظم عمومی در معنای اخص خود، اصول اساسی و ارزش‌های بنیادین هر کشور هستند.^{۱۱۷} اگر یک قانون خارجی (نسبت به محل اجرای و رسیدگی به اختلاف) بر دعوا حاکم باشد و اعمال آن قانون با ارزش‌ها و اصول اساسی کشور مقرر مغایرت داشته باشد. در این صورت مکانیسم نظم عمومی، مانع از اجرای قانون خارجی می‌شود (وجه منفی و بازدارنده و تدافعی نظم عمومی^{۱۱۸})، یعنی قلمرو اعمال نظم عمومی بین‌المللی، با وجود اینکه یک عنصر بین‌المللی در مسئله دخیل است، در داخل کشور واضح قاعدهٔ دربردارندهٔ نظم عمومی است (یکی بودن دولت متبوع مقرر رسیدگی به اختلاف و دولت واضع نظم عمومی)؛ آن هم به این شرط که آن قانون خارجی با اصول حیاتی داخلی مغایرت داشته باشد والا نظم عمومی ممانعتی بر اجرای قانون ایجاد نمی‌کند.

ولی قواعد آمره برتر آن دسته از اصول اساسی و ارزش‌های بنیادین یک کشور هستند که در خارج از کشور واضع اعمال می‌شوند؛ همان فهمی که موجب شده برخی آنرا جنبه مثبت و تهاجمی نظم عمومی یک کشور بنامند و اعمالشان هم به صورت قطعی و در همه موارد است نه فقط در موارد مغایرت.

و) اگرچه هردو سرانجام منجر به کنار گذاشته شدن مقررات قانون حاکم خارجی می‌شوند، اما «نظم عمومی... عملکردی تدافعی دارد (یک نوع سپر و محافظ است) درحالی که قواعد آمره برتر عملکردی تهاجمی دارند (یک نوع شمشیر هستند).»^{۱۱۹} مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد شده تا به عنوان یک سپر علیه اعمال قانون خارجی ای عمل کند که با اصول اساسی و ارزش‌های بنیادین کشور مقرر رسیدگی به اختلاف تعارض دارد (وجه منفی و بازدارنده و تدافعی نظم عمومی).

ه) قواعد آمره برتر قطع نظر از قانون حاکم و محتوای قانون حاکم و نتیجه‌ای که اعمال آن می‌تواند داشته باشد، ادعای حاکم بودن می‌کنند؛ لذا برای اعمال آنها نیازی به اجرای قواعد حل تعارض برای شناسایی قانون حاکم نیست؛ اما استثنای نظم عمومی فقط وقتی عمل می‌کند که قانون حاکم شناسایی شده باشد و نتایج اعمال آن قانون به صورت ملموس و غیرانتزاعی ارزیابی شده باشند.^{۱۲۰} تا اگر این نتایج با نظم عمومی کشور محل رسیدگی متعارض باشند، جلوی اجرای آن قانون را بگیرد. دادگاه فقط ملزم به تعیین قانون حاکم

^{۱۱۶} برای مطالعه نظر دیوان فدرال سوئیس مبنی بر وجود تمایز بین قواعد الزام آور و اصول نظم عمومی بین‌المللی، ببینید:

Société des grands travaux de Marseille v. République populaire du Bangladesh, Bangladesh industrial development corporation et Genève, Cour de justice, 5 May 1976, DFT 102 la 574, c. 7.d.; Rothenberger v. Gefa, Gesellschaft Für Absatzfinanzierung mbH, 31 October 1967, DFT 93 II 379, c. 4.a.

^{۱۱۷} برای مطالعه بیشتر در خصوص تعاریف موجود در مورد نظم عمومی، ببینید:

Harris, Jonathan, Meisel, Frank, "Public Policy and the Enforcement of International Arbitration Awards: Controlling the Unruly Horse", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1998; Blessing Marc, op. cit.; Miller, Duncan, "Public Policy in International Commercial Arbitration in Australia", *Arbitration International*, vol.9, no.2, 1993, pp.167-196; Buchanan, Mark A., "Public Policy and International Commercial Arbitration", *American Business Law Journal*, vol.26, no.3, 1998, p.511-531.

^{۱۱۸} از نظر حقوق بین‌الملل خصوصی، نظم عمومی به قاضی اجازه می‌دهد تا چنانچه قانون صالح خارجی با مفاهیم و برداشت‌های اجتماعی یا حقوقی که از نظر سیستم حقوقی متبوع اساسی تلقی می‌شود در تضاد باشد از اجرای آن امتناع کند، به همین دلیل به آن نظم عمومی طردکننده نیز گفته می‌شود. (درن، ایو، پیشین، ص ۱۶۸)

^{۱۱۹} Mistelis Loukas A., "Mandatory Rules in International Arbitration: Too Much or Too early or Too Little Too Late?", in: Bermann and Mistelis (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, JurisNet, 2011, pp.291 et seq., p.292; Plender, Richard, Wilderspin, Michael, op. cit., p.362, n.12-055.

^{۱۲۰} Blom, op. cit., pp.379-380; Guedj, op. cit., pp.667 & 680.

است و نه ارزیابی ماهیت این قانون یا ارزیابی نتایج اعمال آن، چون دادگاه به مکانیسمی دسترسی دارد (نظم عمومی) که به او اجازه می‌دهد که مقرراتی که از دیدگاه نظم عمومی محل رسیدگی، منجر به نتیجه‌ای نامناسب می‌شوند را کنار بگذارد.

لذا چه قواعد آمره برتر را بخشی از نظم عمومی بین‌المللی در مفهوم عام آن بدانیم و چه آنرا دسته‌ای مستقل به‌شمار آوریم، باید دانست که قواعد آمره برتر ویژگی‌های بخصوصی دارند که آنها را از نظم عمومی بین‌المللی متمایز می‌کند.

۳. دامنه شمول قواعد آمره برتر

قواعد آمره برتر، اغلب به‌صراحت دامنه شمولشان را براساس معیارهای مکانی، زمانی یا شخصی مشخص می‌کنند:

۱- **ملاک مکانی:** مثل تحریم‌هایی که همه اشخاص حقیقی و حقوقی مقیم در کشور واضح تحریم را از واردات یا صادرات کالاهایی از کشور خاص یا به کشور خاص، ممنوع می‌کنند.

۲- **ملاک شخصی:** مانند قوانینی که مقرر می‌کنند که بر همه قراردادهای منعقد شده توسط اتباع کشور واضح قاعده، اعمال می‌شوند. بنابراین مثلاً اگر یک رویه تجاری محدودکننده، همه اتباع کشور واضح را - با هر اقامتگاهی - از قسم خاصی از تجارت محدود کند، ملاک تعریف دامنه شمول قواعد آمره برتر، شخصی است.

۳- **ملاک زمانی:** دامنه شمول زمانی هم معمولاً از خود قاعده نشأت می‌گیرد. مثلاً ممکن است یک قاعده آمره برتر ادعا کند که بر قراردادهای مستمر منعقد شده قبل از تصویب قاعده نیز حاکم است، قواعد آمره برتری که تاریخ رفع و لغو شدن خود را مشخص نمی‌کنند، تا زمانیکه عملاً لغو شوند و احتمالاً با دیگر قوانین جایگزین گردند، لازم‌الاجرا باقی می‌مانند. ضمناً توافق طرفین در هنگام انتخاب قانون حاکم، بر نادیده گرفته شدن همه اصلاحات بعدی این قانون (انتخاب قانون حاکم توسط طرفین همراه با یک شرط تثبیت^{۱۲۱})، به‌طور ضمنی حاکی از این نیست که قواعد آمره برتری که بعداً تصویب می‌شوند نیز لزوماً باید نادیده گرفته شوند.^{۱۲۲}

اگر یک قاعده آمره برتر صراحتاً دامنه شمولش را مشخص نکند، مرجع رسیدگی‌کننده باید هدف از وضع قاعده را بررسی کند. تا مواردیکه در آنها، برای دستیابی به این هدف، قاعده آمره برتر باید قطع نظر از قانون حاکم، مورد توجه قرار بگیرد، را شناسایی کند. بنابراین برای تصمیم‌گیری درخصوص اینکه آیا یک قاعده آمره برتر، بر یک قرارداد خصوصی اعمال می‌شود یا نه (قرارداد در حوزه شمول آن قاعده قرار می‌گیرد یا نه)، دادگاه یا دیوان داوری باید مشخص کند که آیا دستیابی به هدف قاعده، مستلزم این است که در چهارچوب این قرارداد، به آن قاعده قطع نظر از قانون حاکم ترتیب‌اثر داده شود یا اینکه اینکار ضروری نیست.^{۱۲۳} بنابراین مرجع تصمیم‌گیرنده با در نظر گرفتن هدف وضع یک قاعده آمره برتر، حوزه شمولش را تعیین می‌کند.

^{۱۲۱} براساس «شرط ثبات» یا stabilization clause طرفین توافق می‌نمایند که در صورت تغییر اوضاع و احوال مثلاً تغییر قانون، طرفین نمی‌توانند هیچ‌گونه حق یا منافع جدیدی را مطرح و مطالبه نمایند و این تغییرات اثری بر روابط قراردادی طرفین نخواهد داشت.

^{۱۲۲} Azere do da Silveira Mercédéh, op. cit., p. 54.

^{۱۲۳} دیوان اروپایی دادگستری (لوکزامبورگ/ECJ) حکم داد که: ماده ۸۵ معاهده رُم (امروزه ماده ۱۰۱ معاهده ناظر بر نحوه عملکرد اتحادیه اروپا) که صراحتاً دامنه شمولش را تعریف نمی‌کند، در هر جاییکه توافقات محدودکننده رقابت، بر بازارهای عمومی اثر بگذارند، قطع نظر از مکان تجارت طرفین قابل اعمال بوده. (A. Åhlström Osakeyhtiö and Others v. Commission of the European Communities, Case 89/85, 27 September 1988, ECR 1988, pp.5193 et seq.)

حتی اگر کشور واضح قاعده‌آمره‌برتر حوزه شمولش را معین کرده باشد، باز هم مرجع رسیدگی‌کننده باید بررسی کند و حوزه شمول قاعده‌آمره‌برتر را تا حدودیکه برای نیل به آن هدف^{۱۲۴} ضروری و لازم است تعیین کند.

جمع‌بندی اینکه، خصوصیتِ آمره‌برتر بودنِ یک قاعده، از خودِ قاعده نشأت می‌گیرد^{۱۲۵}، چه این خصوصیت از دامنه شمولِ قاعده که صراحتاً در خودِ آن ذکر شده استنتاج شود و چه در صورت عدم تعیین دامنه شمول در خود قاعده، از هدفِ آن قاعده استنباط گردد. ولی این به این معنی نیست که ادعای یک قاعده‌آمره‌برتر به اینکه باید قطع‌نظر از قانون حاکم موردتوجه قرار بگیرد، همواره مشروع تلقی می‌شود.^{۱۲۶} به عبارت دیگر، ادعای یک قاعده به اینکه یک قاعده آمره‌برتر است، تضمینی بر این نیست که آن قاعده بعداً، حتماً به وسیله دادگاه‌های خارجی و دیوان‌های داوری موردتوجه قرار خواهد گرفت.^{۱۲۷}

نتیجه

۱. قواعد آمره‌برتر بعنوان محدودیتی بر اصل استقلال و آزادی در انتخاب مقررات حاکم، قواعدی ماهوی هستند که ادعا دارند بر همه حالت‌های تحت قلمروشان، قطع‌نظر از قانون حاکم و محتوای آن، حاکم‌اند.
۲. کنوانسیون رم ۱۹۸۰، مقررہ رُم یک، اسپیلا، بازتیین دوم تعارض قوانین آمریکا، قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل راجع به «استقلال و آزادی طرفین در قراردادهای بین‌المللی بین اشخاص یا موسسات خصوصی»، «راهنمای حقوقی تنظیم قراردادهای بین‌المللی مربوط به ساخت کارخانه‌های صنعتی» آنسیترال و ... از جمله مهمترین اسناد و مستندات حقوقی در خصوص قواعد آمره‌برتر هستند.
۳. قواعد آمره‌برتر با قواعد تعارض قوانین، قواعد آمره، و نظم عمومی بین‌المللی متفاوتند:
 - با قواعد تعارض قوانین از این جهت که قواعد اخیر شکلی ولی قواعد آمره‌برتر ماهوی‌اند.
 - با قواعد آمره از این جهت که قابل‌اعمال بودن قواعد آمره ناشی از تعلق آنها به یک قانون معین است، درحالی که قابلیت اعمال قواعد آمره‌برتر، به حاکم‌بودن نظام حقوقی واضح آنها ارتباطی ندارد و اعمال آنها بر یک رابطه حقوقی فقط از محتوا و یا هدف خودشان ناشی می‌شود. یعنی قواعد آمره، ادعای اعمال شدن بصورت بین‌المللی و خارج از نظام حقوقی خودشان را ندارند اما قواعد آمره برتر دقیقاً این ادعا را دارند.
 - با نظم عمومی بین‌المللی از جهات ذیل:
 - الف) عدم شرطیت تعلق قاعده آمره‌برتر به اصول نظم عمومی در هیچیک از اسناد مستند این قواعد.
 - ب) محدودتر بودن اصول نظم عمومی بین‌المللی یک کشور، از قواعد آمره آن کشور از جمله به دلایل مربوط به قواعد تعارض قوانین.
 - ج) مکتوب بودن قواعد آمره‌برتر در مقابل عدم ضرورت مکتوب بودن اصول نظم عمومی.

^{۱۲۴} در خصوص ویژگی‌های هدفی که می‌تواند اعمال مستقیم قاعده آمره‌برتر را توجیه کند رک. جعفرزاده، میر قاسم، گلشنی، و حسینی مدرس، پیشین، صص ۵۷-۵۹. ^{۱۲۵} ICC Award n. 6773, 1992, ICC Bull. 1995/1, pp.66 et seq, p.69.

^{۱۲۶} اینکه آیا یک قاعده، «الزام‌آور برتر» هست یا نه، «به این بستگی ندارد که آیا نهایتاً اعمالش از طریق تحلیل قواعد تعارض قوانین مربوطه، متوقف خواهد شد یا نه، بلکه فقط به این امر بستگی دارد که چطور خود قانون، دامنه شمولش را تعریف می‌کند.» (Barraclough, Andrew, Waincymer Jeff, op. cit., p. 206) پس ممکن است قاعده‌ای بر اساس دامنه شمولی که برای خود تعریف کرده، از نظر بین‌المللی الزام‌آور باشد ولی در نهایت توسط دادگاه اعمال نشود.

^{۱۲۷} «قابلیت اعمال قاعده، به تمایل قاعده به اعمال، بستگی دارد. در واقع، این تمایل می‌تواند نادیده گرفته شود ولی [این نادیده‌گرفته‌شدن] به این علت است که مشروعیت حاکم بودن آن قاعده در واقعیت (یعنی از نقطه نظر عملی) و مشروعیت آن از نقطه نظر انتزاعی (یعنی از لحاظ نظری)، تابع بررسی دادگاه است.» (Guedj, op. cit., pp. 695-696.)

مسئله اعمال یا عدم اعمال قواعد آمره‌برتر، خود محل پژوهش دیگری است.

د) داخلی بودن محدوده اعمال اصول نظم عمومی در مقابل خارجی بودن محدوده اعمال قواعد آمره برتر.
و) تدافعی بودن عملکرد اصول نظم عمومی در مقابل تهاجمی بودن عملکرد قواعد آمره برتر.
ه) عدم نیاز به شناسایی قانون حاکم برای اعمال قواعد آمره برتر در مقابل ضرورت شناسایی قانون حاکم برای اعمال اصول نظم عمومی.

۴. دامنه شمول قواعد آمره برتر، اغلب صراحتاً در خود قاعده و براساس معیارهای مکانی، زمانی یا شخصی تعیین می‌شود؛ اما در صورت عدم تعیین، دادگاه یا دیوان داوری باید در این خصوص تصمیم بگیرد. در مواردی هم که حوزه شمول قاعده آمره برتر صراحتاً تعیین شده است، با توجه به تمایل زیاد نظام حقوقی واضح قاعده به گسترش حوزه شمول آن، باز مرجع رسیدگی کننده باید حوزه شمول قاعده آمره برتر را تا حدودیکه برای نیل به آن هدف ضروری می‌بیند تعیین کند.

منابع

الف) فارسی

کتاب:

۱. اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، اخلاقی، بهروز، امام، فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۲ (بر اساس نسخه ویرایش شده سال ۲۰۰۴)، ۱۳۸۵.
۲. امیرمعزی، احمد، قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، نشر دادگستر، چ ۱، ۱۳۹۱.
۳. بهمنی، محمدعلی، جزوه درسی حقوق داوری بین‌المللی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
۴. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، چ ۷۳، ۱۳۸۸.
۵. لئو، جولیان دی‌ام، میستلیس، لوکاس ای، کرول، استفان ام، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده، انتشارات دانشگاه مفید، چ ۱، پاییز ۱۳۹۱.
- ۶.

پایان‌نامه:

۷. حسینی مدرس، سید مهدی، ابعاد حقوقی فساد در داوری‌های تجاری بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی تهران، ۱۳۹۰.

مقاله:

۸. بهرامپوری، رسول، «تأثیر قواعد انتظامی در تعیین حقوق قابل اعمال بر روابط موجود در اعتبار اسنادی»، فصلنامه علمی دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۳، شماره ۷، تیر ۱۳۹۹.
۹. جعفرزاده، میر قاسم، گلشنی، و حسینی مدرس. «جایگاه «شرط شایستگی اعمال» در تأثیر تحریم‌های موضوعه از سوی کشورهای ثالث»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۵، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۱۰. جنیدی، لعیا، «تبیین مفهوم نظم عمومی ملی در روابط بین‌المللی با تأکید بر قواعد امری حقوق عمومی»، ارج نامه دکتر الماسی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۱۱. حقانی، سعید، و جعفرخانی، احسان، «تأثیر تحریم‌های اقتصادی بر قراردادهای بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی، شماره ۴، نیمسال دوم ۱۳۹۳.
۱۲. شهبازی‌نیا، محمدرضا، عیسائی تفرشی، محمد، علمی، حسین، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بهار ۱۳۹۲.
۱۳. صادقی، محسن، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه‌قضایی و جلوه‌های نوین آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، ۱۳۸۴.
۱۴. گلشنی، عصمت، و حسینی مدرس، سیدمهدی، «شمول تحریم‌ها به‌عنوان قواعد آمره‌تر در ارجاع به قانون حاکم»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۲، ش ۶۹، زمستان ۱۳۹۹.
۱۵. نیکبخت، حمیدرضا، «محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین»، مجله تحقیقات حقوقی، بهمن ۱۳۸۵، شماره ۴۴.

۱۶. مافی همایون، و تقی‌پور محمدحسین. «قانون قابل‌اعمال بر تعهدات قراردادی در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا». پژوهش حقوق خصوصی، دوره ۴، شماره ۱۳، دی ۱۳۹۴.
۱۷. متن دفتری، احمد، رئوس مسائل: حقوق بین‌المللی خصوصی (۲)، کانون وکلا دوره اول، خرداد و تیر ۱۳۳۲، دوره اول، شماره ۳۲.
۱۸. ین درانس، «نظم‌عمومی و حقوق قابل‌اجرا»، ترجمه محمدقلی اشتری، نشریه حقوق معاهدات بین‌الملل، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷.

ب) خارجی

Books:

19. Beale, Hugh, *Chitty on Contracts*, Sweet & Maxwell, 31st edition, 2017.
20. Bentolila, Dolores, *Arbitrators as Lawmakers*, Wolters Kluwer, 2017.
21. Blessing, Marc, *Impact of the extraterritorial application of mandatory rules of law on international contracts*, Helbing & Lichtenhahn, 1999.
22. Brunner, Christoph, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
23. Cornu, Marie, *Vocabulaire juridique*. France: PUF, 12th ed., 2018.
24. Fazilatfar, Hossein. *Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing, 2019.
25. Hartley, Trevor C., *Mandatory rules in international contracts: the common law approach*, Martinus Nijhoff, 1997.
26. Holleaux, Dominique, Jacques Foyer, and Géraud de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*. Masson, 1987.
27. Kaufmann-Kohler, Gabrielle, and Antonio Rigozzi, *Arbitrage international: droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Weblaw, 2006.
28. Knoepfler, François, Schweizer, Philippe, Othenin-Girard, Simon, *Droit international privé Suisse*, 3rd ed., Staempfli, 2004.
29. Lavranos, Nikolaos, Ruth A, Kok, *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 25, 2012, Martinus Nijhoff, 2013.
30. *Lexique des termes juridiques*. France: Dalloz, 25th ed., 2018;
31. Mayer, Pierre, and Vincent Heuzé, *Droit international privé*. Montchrestien, 10th ed., 2010.
32. Mélin, François, *Droit international privé*, Gualino, 12th ed., 2022.
33. Nygh, Peter Edward, *Autonomy in international contracts*, Oxford University Press, 1999.
34. Plender, Richard, Wilderspin Michael, *The European Private International Law of Obligation*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2009.
35. _____, *The European Contracts Convention- The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Sweet & Maxwell, 2011.
36. Sarcevic, Petar, *Yearbook of Private International Law 2004*, Vol. 6, sellier european law publication, 2005.
37. Seraglini, Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.
38. Symeonides, Symeon, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014.
39. Vischer, Frank, *General course on private international law*, Martinus Nijhoff, 1992.

Articles:

40. Barraclough, Andrew, Waincymer, Jeff, "Mandatory rules of law in international commercial arbitration", *Melbourne journal of international law*, vol. 6, no. 2, 2005.
41. Bermann, George A, "Mandatory rules of law in international arbitration", In *Conflict of laws in international arbitration*, sellier european law publishers, 2010.
42. Bisping, Christopher. "The common European sales law, consumer protection and overriding mandatory provisions in private international law", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 62, no. 2, 2013.
43. Blessing, Marc, "Choice of substantive law in international arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 2, 1997.
44. Blessing, Marc, "Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration", *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, no. 4, 1997.
45. Blom, Joost, "Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time", *Netherlands International Law Review*, vol. 50, no. 3, 2003.
46. Bonomi, Andrea, "Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts", in *Yearbook of Private International Law Vol X 2008*, 2009.
47. Derains, Yves, "Les normes d'application immediate dans la jurisprudence arbitrale internationale", in *Le droit des relations économiques internationales – Etudes offertes à Berthold Goldman*, Librairies Techniques, 1987, pp.29 et seq., p.31, n.3.
48. Donovan, Donald, and A. Greenawalt, "Mitsubishi after twenty years: Mandatory rules before courts and international arbitrators." in *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, pp38-53.
49. El-Kosheri, Ahmed S., and Tarek F. Riad. "The Law Governing a New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process", *ICSID Review*, vol. 1, no. 2, 1986.
50. Fadlallah, Ibrahim, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Volume 249)*, Martinus Nijhoff, 1994.
51. G. Radicati di Brozolo, Luca, "Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international", in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2005 (Volume 315)*, Martinus Nijhoff, 2006.
52. Guedj, Thomas G. "The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law—A Comparative Analysis with Modern American Theories", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 4, 1991.
53. Grigera Naón, Horacio A., "Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2001 (Volume 289)*, Martinus Nijhoff, 2002.
54. Hochstrasser, Daniel. "Choice of law and foreign mandatory rules in international arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 11, no.1, 1994.
55. Lazareff, Serge, "Mandatory Extraterritorial Application of National Law", *Arbitration international*, vol. 11, no. 2, 1995.
56. Mayer, Pierre. "Mandatory rules of law in international arbitration", *Arbitration International*, vol. 2, no. 4, 1986.
57. Mistelis, Loukas A., "Mandatory Rules in International Arbitration: Too Much or Too early or Too Little Too Late?", in: Bermann and Mistelis (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration*, JurisNet, 2011.
58. Moss, Guidatta Cordero, "International Commercial Arbitration - Party Autonomy and Mandatory Rules", *Arbitration International*, Vol. 16, Issue 3, 2000.

59. Regano, Francesca, *Rome I Regulation: Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, 2015, Ferrari, Franco(ed.),
60. Shehata, Ibrahim, "Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis", *World Arbitration & Mediation Review*, 2017.
61. Smahi, Nadia. "Applying "Foreign" Mandatory Laws in International Arbitration Despite the Parties' Choice of Law: A Necessary Evil?", *ASA Bulletin*, vol. 39, no. 3, 2021.
62. Von Hoffmann Bernd, "Internationally Mandatory Rules of Law before Arbitral Tribunal"s, in Böckstiegel (ed.), *Acts of State and Arbitration*, Carl Heymanns Verlag, 1997.
63. Voser, Nathalie, "Mandatory Rules of Law as Limitation to the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *American review of international arbitration*, Vol. 7, no. 3/4. 1998.
64. Wilderspin, Michael, "Overriding mandatory provisions", in *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017.
65. Zanobetti, Alessandra. "Review of M. Wojewoda, 'Mandatory Rules in Private International Law', 7 MJ 2 (2000), p. 183." *Maastricht Journal of European and Comparative Law* vol. 19, no. 1, 2012.