

موانع اجرای قانون بیگانه «نظم عمومی»

دکتر محمد جواد ارسطو^۱

مقدمه

برای اجرای قانون یک کشور در کشور دیگر ابتدا باید مطابق قاعده حل تعارض، قانون خارجی صلاحیت دار، تشخیص داده شود، قانون خارجی مزبور علی القاعده قابل اجرا خواهد بود، مگر در صورتی که با نظم عمومی کشور محل اجرا منافات داشته و یا این که بر اثر ثقل نسبت به قانون کشور مورد نظر، مقدمات اجرای آن فراهم شده باشد. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مسئله نظم عمومی از مسائل بسیار مهمی است که نه تنها در عرصه حقوق بین الملل خصوصی بلکه در دیگر رشته های علم حقوق نیز مطرح می باشد و حتی بعضی از حقوق دانان سابقه طرح آن را به قرن چهاردهم میلادی (= هفت قرن پیش) رسانده اند.

مفهوم نظم عمومی در عین حال که فراوان مورد استناد قضات و حقوق دانان قرار می گیرد ولی خالی از پیچیدگی و ابهام نیست و همین امر ضرورت بحث در مورد آن را بیشتر می کند، بدین منظور نگارنده به ترجمه مقاله زیر اقدام کرده که

۱ عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی نراق.

قسمتی از کتاب تنازع القوانين، تألیف دکتر حسن الهداوی می‌باشد. وی استاد درس حقوق بین‌الملل خصوصی در دانشگاه موته اردن است و کتاب خود را برای اولین بار در سال ۱۹۹۵ منتشر کرده است.

ترجمه حاضر بر اساس چاپ دوم کتاب انجام گرفته که در سال ۱۹۹۷ توسط مکتبه دارالثقافة در شهر عمان به طبع رسیده است. مترجم پیشاپیش از نارسایی‌های احتمالی موجود در ترجمه که به دلیل کمبود فرصت کافی، ممکن است در آن دیده شود از خوانندگان گرانقدر پوزش می‌طلبد.

نظم عمومی

یکی از مسائل مهم و پیچیده در حقوق مفهوم نظم عمومی است که حقوقدانان داخلی و بین‌المللی در بسیاری از مباحث آن به گفتگو و مناقشه پرداخته‌اند به گونه‌ای که تقریباً در مورد پذیرش یک ضابطه مستقر و ثابت برای نظم عمومی، اتفاق نظر وجود ندارد چنانکه قانون اکثر کشورها فاقد تعریف جامع و مانعی هستند که مقصود از مفهوم پیچیده نظم عمومی را تبیین نماید.

اما با وجود آن‌که حقوقدانان نتوانسته‌اند بر تعیین حدود مفهوم نظم عمومی توافق نمایند ولی در مورد اثر و نتیجه نظم عمومی به عنوان عاملی برای جلوگیری از اجرای قانون صلاحیت دار بیگانه، اتفاق نظر دارند لذا جزء مسلمات است که هرگاه برای قاضی معلوم شود که احکام قانون صلاحیت‌دار بیگانه در کشور متبوع او مقبول نبوده و با اندیشه‌های بنیادینی که نظم اجتماع کشور مزبور بر آن مبتنی است منافات دارد، از اجرای آن خودداری خواهد کرد.

حیطه اجرای نظریه نظم عمومی واقعاً وسیع است و محدود به نوع معینی از قوانین مانند قانون ارث، قراردادها، اهلیت، ازدواج و... نمی‌باشد. لذا بهتر است در ابتدا به طرح مثالهایی عملی پردازیم که مقصود از نظم عمومی و نقش آن را به عنوان مانعی در مقابل اجرای قانون صلاحیت دار بیگانه، توضیح می‌دهند.

در صورتی که زنی سفید پوست با مردی سیاه پوست ازدواج کند در حالی که قانون ملی آنها ازدواج سیاه پوست با سفید پوست را ممنوع می‌داند و سپس این ازدواج در دادگاه دولت دیگری (مانند اردن) که قانون متبوع آن ازدواج سیاه پوست

با سفید پوست را ممنوع نشمرده، مورد دعوی واقع شود، دادرسی که پرونده دعوی به او واگذار شده از استناد و عمل به قانون صلاحیتدار بیگانه (قانون ملی طرفین) خودداری خواهد کرد زیرا وی تبعیض نژادی مبتنی بر اختلاف رنگ پوست را قبول نداشته و اصولاً مانند چنین احکامی را تجاوز نسبت به انسانیت فرد می‌داند که مخالف با نظم عمومی می‌باشد.

همچنین درخواست ازدواج دوم از سوی یک مرد مسلمان در کشوری که قوانین آن نظام تعدد زوجات را به رسمیت نمی‌شناسد مردود و غیر قابل قبول است با این‌که قواعد اسناد آن کشور، شریعت اسلام را تنها قانون صلاحیتدار می‌داند و احکام اسلامی نیز در خواست ازدواج دوم را از سوی مرد مجاز می‌داند. در خصوص میراث اگر قانون صلاحیتدار بیگانه، پدر خوانده (شخصی که دیگری را به فرزند خواندگی قبول کرده است) را وارث بدانند یا اختلاف رنگ پوست را مانع از ارث بردن تلقی کند، مخالف با نظم عمومی شناخته خواهد شد و لذا در کشورهایی که فرزند خواندگی و تبعیض ناشی از اختلاف رنگ پوست را نمی‌پذیرند^۱ قابل اجرا نخواهد بود.

نظم عمومی برای جلوگیری از راه یافتن و اجرای قوانین خارجی که بعضی از قراردادها را مجاز دانسته و اجرای آنها منجر به نتایجی می‌گردد که مورد قبول وجدان اجتماعی نمی‌باشد، مداخله می‌کند مثلاً از اموری که قبول آنها ممکن نیست، اجرای قراردادهای مربوط به برده داری و قراردادهای مبتنی بر فروش مال الارث آینده در کشوری است که چنین قراردادهایی را مجاز نمی‌داند.

مفهوم نظم عمومی در مبحث تعارض قوانین محدود نمی‌شود بلکه از آن فراتر رفته، موضوع احترام به حقوق مکتسبه رانیز در بر می‌گیرد بدین ترتیب ایده نظم عمومی مبنای نظریه اجرای احکام دادگاه‌های خارجی می‌باشد لذا اجرای قراردادهایی که از طریق اکراه زایل کننده اختیار یا اجبار شدید منعقد شده است جایز نیست حتی اگر قانون حاکم بر آنها، چنین قراردادهایی را با وجود معیوب

۱. دکتر احمد غندور، الأحوال الشخصية فی الکویت ۱۹۷۲، بر اساس شریعت اسلام هیچ‌یک از حقوق موجود در بین یدران و فرزندان بر فرزند خواندگی مترتب نمی‌شود. ص ۵۲۰.

بودن اراده، باطل نداند.^۱

(این مثالها) برخی از نمونه هایی هستند که نقش نظم عمومی بین المللی به عنوان مانعی در مقابل اجرای قانون صلاحیتدار خارجی را نشان می دهند. برای احاطه یافتن بر موضوع لازم است اساس نظریه نظم عمومی بین المللی را بررسی کرده، آن را تعریف نموده و از نظم عمومی داخلی متمایز کنیم و در پایان ماهیت نظم عمومی و آثاری را که بر آن مترتب می شود مورد شناسایی قرار دهیم.

مبنای پذیرش مفهوم نظم عمومی بین المللی

با وجود این که قاعد اسناد قانون متبوع دادرس، صلاحیت را از آن قانون خارجی می داند ولی قاضی می تواند به دلیل تعارض قانون مزبور با مفهوم نظم عمومی از اجرای آن خودداری کند. امتناع قاضی از اجرای قانون خارجی به انتفاء اشتراک حقوقی بین قانون متبوع وی و قانون خارجی صلاحیتدار بر می گردد. صرف متحد نبودن احکام مقرر در قانون ملی و قانون خارجی موجب تحقق عدم اشتراک دو قانون نمی شود. زیرا اختلافی در این حد، یک امر طبیعی و مترقب الوقوع بوده که ناشی از استقلال تقنینی هر دولتی می باشد^۲ از این رو بعید نیست که قانون ملی و خارجی در مورد تعیین سن رشد یا تعیین شروط از دواج یا معین نمودن ورثه یا مشخص کردن سهم الارث هر یک از آنان و همچنین در تعیین حقوق و تکالیف زوجین با یکدیگر اختلاف داشته باشند. اختلافاتی از این قبیل تازمانی که به درجه اختلاف ریشه ای در بین مفاهیم عمومی قوانین نرسیده اند موجب از بین رفتن اصل اشتراک قانونی نمی باشند اما هنگامی که اختلاف دو قانون به محدوده اصول و مبنای عمومی می رسد به گونه ای که احکام خارجی با یکی از اصولی که قانون متبوع قاضی مقرر می دارد تصادم پیدا می کند، در آن لحظه پایین ترین حد اشتراک قانونی متلاشی می گردد.

بر این اساس اختلاف در حکم اهلیت شخص و ناقص دانستن اهلیت وی در

۱. ر.ک: دکتر مندو عبدالکریم، القانون الدولي الخاص دارالحرية للطباعة، بغداد، ۱۹۷۷، ص ۲۳۱.

۲. نظریه برتان نی بوايه «اختلاف به اندازه ای که وصایت به آن جایز باشد، از نظم عمومی محسوب نمی شود». ر.ک: دکتر هشام علی صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، ص ۲۶۴.

تمام طول مدتی که پدرش در قید حیات است هر چند که سن شخص مزبور بالا رفته باشد و همچنین اختلاف در موانع ازدواج و صحیح دانستن ازدواج بین دایی و خواهر زاده، (چنین اختلافاتی) از حدود معقول اختلاف فراتر رفته است به گونه‌ای که قاضی دولت دیگر نمی‌تواند آن را تحمل کرده و بدان عمل نماید.

در صورتی که قاضی از اجرای قانون صلاحیتدار بیگانه خودداری کند علی‌رغم این‌که قواعد اسنادی که قانون متبوع او صادر کرده قانون بیگانه را صلاحیتدار شناخته باشد، در واقع در چنین حالتی قاضی با عمل خود از دستور قانونگذار متبوع خویش سرپیچی نکرده است زیرا قانونگذار هنگامی که یک قانون خارجی را به دلیل نیاز معاملات بین‌المللی و مقتضیات عدالت، صلاحیتدار می‌شناسد در واقع با اقرار به وجود پایین‌ترین حد اشتراک بین قانون متبوع خود و قانون خارجی مزبور، اجازه اجرای آن را داده است یعنی چنین فرض کرده که اصول و مبانی عمومی دو قانون (قانون متبوع قاضی و قانون خارجی صلاحیتدار) وحدت دارند بنابراین هرگاه این فرض منتفی شود و یک اختلاف اساسی بروز نماید که پایین‌ترین حد اشتراک قانونی را از بین برد، در آن صورت لازم است که برای دفاع از قسمت اصلی نظام اجتماعی کشور، به دلیل تعارض قانون بیگانه با مفهوم نظم عمومی، از استناد به آن خودداری شود.^۱

چنین امری بدون شک به قاضی واگذار می‌شود زیرا قانونگذار بر اساس مقتضای قواعد اسناد، صلاحیت قانونی رامعین می‌کند قواعد اسناد قواعدی عمومی هستند که صلاحیت قانون متعین در شرایط اسناد را تضمین می‌کنند. بدین ترتیب صلاحیت به سرعت به قانونی واگذار می‌شود که از سوی قانونگذار ملی شناخته شده نیست زیرا محتوای قانونی که صلاحیتدار شناخته خواهد شد فقط پس از رجوع به آن و در هنگام اجرا قابل شناسایی می‌باشد.

علاوه بر این قوانین معمولاً به حال خود باقی نمی‌مانند بلکه در بسیاری از اوقات نسخ شده و قوانین دیگری جایگزین آنها می‌شود و یا این‌که تعدیل می‌شوند، بنابراین گویا قانونگذار در هنگام وضع قواعد اسناد در دنیای مجهول و

ناشناخته‌ای گام برداشته است.^۱

در واقع همراهی با قاعده اسناد به این شکل گاهی ما را به خطا و لغزش می‌کشاند یعنی ما را به پذیرش حکم ظالمانه‌ای سوق می‌دهد که با عقاید رایج و حاکم در دولت متبوع قاضی منافات دارد.

از آنجا که تصور نمی‌شود که قانونگذار اجرای قانون بیگانه را با هر مضمونی قبول کند و همچنین به دلیل اجتناب از نتایج زیانباری که بر اجرای قانون بیگانه‌ای مترتب می‌شود که در مفاهیم خود با مفاهیم اساسی قانون متبوع قاضی هماهنگ نمی‌باشد، ناگزیر باید برای دفاع از قسمت اصلی نظم اجتماعی کشور وسیله‌ای وجود داشته باشد و برای این منظور سلاحی بجز استناد به مفهوم نظم عمومی وجود ندارد.

چنانکه به نظر می‌رسد مفهوم نظم عمومی به شدیدترین صورت خود در بین قوانین دولتهایی پدیدار می‌شود که از نظر تمدن با یکدیگر اختلاف دارند چرا که اختلاف جریان‌های اخلاقی و اجتماعی و اقتصادی و سیاسی در وضع قواعد حقوقی مؤثر بوده و به تفاوت شدید در میان دولت‌های متمدن و غیر متمدن منجر می‌شود. عدم اشتراک قانونی (یا حقوقی) اگرچه به اندازه زیادی در میان دولت‌های متمدن و غیر متمدن نمودار می‌گردد ولی منحصر به این دو گروه از دولتها نیست بلکه گاهی در میان دولتهایی که از نظر تمدن با یکدیگر اختلاف ندارند در خصوص نهاد یا نهادهای اجتماعی معینی ظاهر می‌شود همچنین اختلاف نیز دارای درجات و مراتب متفاوتی است گاهی شامل تمامی نظام‌ها و نهادهای قانونی می‌شود و گاهی منحصر به یک مساله یا مسائل معینی می‌باشد مانند پذیرش طلاق در یک کشور و ممنوعیت آن در کشور دیگر بدین ترتیب فرانسه و ایتالیا از نظر تمدن با یکدیگر تفاوت ندارند و مبانی حقوقی هر دو کشور نیز مشترک است ولی با وجود این، نهاد طلاق در فرانسه مورد قبول می‌باشد لکن تا چند سال پیش دادگاه‌های ایتالیا از اجرای طلاق به دلیل مخالفتش با نظم عمومی آن کشور،

۱. Saut Dans L. Inconnu یا چنانکه دانشمند آلمانی می‌گوید: گام برداشتن در تاریکی Rappé نگاه کنید به: Tyan, ص ۲۵۱ و ماجدالجلونی، القانون الدولي الخاص، جامعة الكويت، ۱۹۷۳ - ۱۹۷۴.

خودداری می‌کردند.^۱

اشتراک حقوقی در بین قانون دو کشور نسبت به بعضی از مسایل متفی می‌باشد و در همین محدوده، مفهوم نظم عمومی همچون مانعی در مقابل اجرای قانون صلاحیت‌دار خارجی می‌ایستد مانند جایی که قانون بیگانه با مصلحت حیاتی کشور مخالف باشد^۲ و یا با سیاست قانونگذاری مورد قبول در کشور قاضی متعارض باشد بنابراین حکم مقرر در یک قانون خارجی که رفع دعوی اعتراف به ابوت را در مدتی طولانی‌تر از مدت مقرر در قانون فرانسه مجاز می‌داند، از سوی دادگاه‌های فرانسه مخالف با نظم عمومی تلقی می‌شود و دادگاه‌های مزبور از عمل به آن به دلیل مخالفتش با سیاست تقنینی که مقنن فرانسوی دنبال کرده است خودداری می‌کنند.^۳ بدین ترتیب قانونگذار فرانسه با شرط دانستن اقامه دعوی در طول یک مدت کوتاه، تأمین سیاست معینی را در نظر داشته که همان استقرار نظام خانوادگی می‌باشد لذا پذیرش یک قانون خارجی که این مدت را افزایش دهد هدفی را که قانونگذار فرانسه دنبال می‌کرده است، از بین می‌برد.

فقدان اشتراک حقوقی در میان قوانین دولتها به عوامل متعددی باز می‌گردد که برخی از آنها فنی، بعضی اجتماعی و پاره‌ای اقتصادی و سیاسی هستند.

اختلاف قوانین از جنبه فنی در تدوین بعضی از حقوق، گاهی موجب از بین رفتن اشتراک حقوقی می‌گردد که به محال بودن اجرای قانون خارجی از جنبه فنی منجر می‌شود (به عنوان مثال) رهن حیازتی^۴ را قوانین بسیاری از دولتها پذیرفته‌اند ولی به طرق مختلفی آن را تدوین کرده‌اند برخی از قوانین برای اعتبار و نفوذ چنین رهنی در مقابل غیر، انتقال تصرف از شخص مدیون را لازم دانسته‌اند چنانکه قانون مدنی اردن در حال حاضر همینطور است و برای لزوم و تمامیت رهن مزبور در حق غیر، مقرر می‌دارد که مال مرهون از جانب و این یا از سوی شخص عادلانه قبض

۱. عبدالمنعم ریاض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ص ۳۵۳.

۲. Niboyet، ص ۵۳۲.

3. Savatier D.I.P, 1949, P. 220.

۴. رهن حیازتی یا رهن الحیازة یک عقد ضمان عینی در بین داین و مدیون است که به موجب آن مدیون در قبال ذین خود ضمانتی به داین می‌دهد، مانند این که به او اجازه می‌دهد که در صورت امتناع از اداء دین با تقصیر در افاء آن، مالی از اموال منقول یا غیر منقول مدیون را تملک نماید. (دکتر جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفنیة و القانونة).

گردد (ماده ۱۳۷۵ قانون مدنی اردن)^۱ اما قانون تجارت انتقال تصرف را شرط نمی‌داند لذا ثبت کردن و اعتبار دادن به رهن تجاری در رهن یک مؤسسه تجاری، جانشین انتقال تصرف می‌گردد.^۲ بعضی دیگر از قوانین، شبیه چنین شیوه‌ای را مقرر نمی‌دارند مانند قانون انگلستان و آمریکا.

بدون شک این اختلاف به سرعت منجر به تزلزل و اضطراب در اطمینان به قانون خارجی می‌گردد که با وجود آن برای قاضی اجرای قانون صلاحیت‌دار خارجی ممکن نخواهد بود.^۳ در بیشتر موارد سبب اختلاف قوانین، ناسازگار بودن احکام قانون بیگانه با شعور و درک اجتماع قاضی از جوانب ادبی، اجتماعی، اقتصادی و سیاسی می‌باشد مانند این که قانون بیگانه بردگی را مجاز بداند یا از دواج دو نفر به دلیل داشتن رنگ پوست متفاوت را ممنوع بشمرد و یا اقرار به اولاد نامشروع را مجاز تلقی کند.

چنین احکامی به دلیل اشتغال بر هتک ارزش‌های انسانی نمی‌تواند از سوی دادگاه‌های ملی محترم شمرده شود (و لذا دادگاهها از اجرای آنها خودداری می‌کنند) همچنین دادگاهها از عمل به قانون بیگانه در صورتی که با اصول و مبانی عدالت منافات داشته باشد، خودداری می‌کنند، مانند جایی که قانون بیگانه اجرای قرارداد را مجاز بداند حتی در صورتی که در اثر اکراه نافی (نابود کننده) اراده یا از طریق اجبار شدید منعقد شده باشد، مجاز بداند.^۴ همچنین به دلیل عوامل اجتماعی، قاضی اجرای قانون بیگانه را که توافقات مختص به گروبندی و قمار را معتبر می‌داند، اجازه نمی‌دهد.^۵ و به دلیل عوامل اقتصادی عمل به قانون بیگانه‌ای

۱. دکتر رفوزی محمد سامی، مبادی القانون التجاري، ص ۲۱۴.

۲. نگاه کنید به: دکتر محمد حسین اسماعیل، حقوق تجاری اردن، ص ۱۱۱ و در خصوص آنچه مربوط به رفع حیات در حقوق عراق می‌باشد نگاه کنید به: محمد طه البشیر، حقوق عینی شعی، مطبعة العالی، بغداد، ۱۹۶۷-۱۹۶۸، ص ۱۴۳ (مواد ۱۳۲۲، ۱۳۲۴ و ۱۳۵۴ قانون مدنی عراق) و نگاه کنید به: دکتر حسن الهداوی، تنازع القوانين و الاحکام فی القانون الدولي الخاص الكويتی، ص ۹۲.

۳. دکتر جابر جاد عبدالرحمن، القانون الدولي الخاص العربي (حقوق بین الملل خصوصی عربی)، ص ۵۵۵.

۴. دکتر ممدوح عبدالکریم، مبدأ النظام العام و تنازع القوانين مجلة القانون و الاقتصاد لجامعة البصرة، شماره ۵، سال ۱۹۷۱، ص ۱۲۵.

۵. به دلیل تعارض با قاعده‌ای که ماده ۹۱۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد مبنی بر این که هر گونه توافقی بر روی قمار یا گروبندی ممنوع باطل می‌باشد.

که شرط پرداخت به طلا یا به پول خارجی را مجاز می‌داند، ممکن نیست زیرا با قانون ملی که پرداخت با پول داخلی (ملی) را لازم می‌شمرد تعارض دارد.^۱ قوانین مربوط به قیمت گذاری اجباری کالا و دیگر قوانینی که برای حمایت از مصرف کنندگان در شرایط استثنایی در دولتهایی که از اقتصاد برنامه ریزی شده و یا نظام اشتراکی (سوسیالیستی، کمونیستی) پیروی می‌کنند وضع می‌گردد جزء نظم عمومی شمرده می‌شود چرا که قواعد اقتصادی فقط برای حمایت از مصالح اقتصادی جامعه وضع شده است لذا نقض آنها و عمل به قواعد بیگانه‌ای که نقض آنها را اجازه دهد، مجاز نمی‌باشد.

تعریف نظم عمومی

در جهت رسیدن به پذیرش تعریف مشترکی برای مفهوم نظم عمومی تلاش‌های فردی و اجتماعی متعددی انجام شده ولی این تلاش‌ها به هدف مورد نظر خود دست نیافته است. تعاریف مزبور غامض و پیچیده بوده به صورت دقیقی منظور از نظم عمومی را روشن نمی‌نماید. دلیل این امر گستردگی محدوده نظم عمومی است که از تعریف و تبیین آن به صورت ثابت جلوگیری می‌کند چرا که مفهوم نظم عمومی متغیر و متحول بوده در عرض مکان و در طول زمان تغییر می‌پذیرد.^۲

در تعریف نظم عمومی گفته شده سلاحي است برای دفاع در مقابل هر قانون بیگانه‌ای که در اصل، اجرای آن لازم می‌باشد در صورتی که تعارض مفاد آن با مفاهیم ملی آشکار گردد.^۳

ماده ۳۰ قانون مدنی آلمان در تعریف نظم عمومی می‌گوید: قواعدی است که به اصل پایه‌ها و مبانی سیستم اجتماعی یا سیاسی یا اقتصادی کشور ارتباط دارد و در زمان معینی به مفهوم این مبانی مربوط می‌شود و طبیعتاً هتک آن قواعد، موجب تهدید نظم عمومی و نقض آن می‌گردد.^۴

۱. دکتر جابر جاد عبدالرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ص ۵۵۶.

۲. نگاه کنید به: دکتر عبدالمجید حکیم، مصادر الالتزام، شركة الطبع و النشر الاهلية، بغداد، ۱۹۶۰، ص ۱۷۷.

۳. نگاه کنید به: Cremieu Louis, Cours Aix-En-Provence 1959, p. 159.

۴. نگاه کنید به: Tyan 180.

بعضی از نویسندگان انگلیسی در تعریف نظم عمومی گفته‌اند: اصلی است که باعث عدم اجرای قانون بیگانه می‌شود در مواردی که اجرای قانون مزبور با سیاست قانون انگلستان و یا با قواعد اخلاق و آداب عمومی که در آن کشور مراعات می‌گردد و یا با ضرورت پاسداری از نظام‌های سیاسی موجود در انگلستان مخالفت داشته باشد.^۱

از دیدگاه دکتر احمد مسلم نظم عمومی چیزی نیست بجز کیان سیاسی و اجتماعی و اقتصادی یک دولت با توجه به اعتقاداتی که این کیان بر پایه آنها استوار شده که عبارتند از اعتقادات مربوط به امنیت، آزادی و دموکراسی و اعتقادات اجتماعی که به مساوات در برابر قانون یا احترام گذاردن به افکار اساسی دین معین یا عقاید مکاتب اقتصادی همچون کمونیسم و سرمایه داری و مانند آنها و اندیشه‌های اقتصادی همچون عدالت اجتماعی و برخورداری از فرصت‌های مساوی و غیره مربوط می‌شود.^۲

بعضی از نویسندگان و بیشتر قانونگذاران ترجیح داده‌اند که تعریفی از نظم عمومی ارائه ندهند و مسأله را به تشخیص قاضی واگذار کنند چرا که مفهوم نظم عمومی ثابت نیست بلکه بر حسب زمان و مکان تغییر می‌پذیرد.

قانون اردن یکی از قوانینی است که در تعریف نظم عمومی بین المللی سکوت اختیار کرده و قواعد اسناد آن از تعریف نظم عمومی بین المللی خالی می‌باشد، تنها در ماده ۲۹ قانون مدنی اردن به ممنوعیت اجرای قانون صلاحیت‌دار بیگانه در صورتی که احکام آن با مفهوم نظم عمومی متعارض باشد اکتفاء شده است با این عبارت که: «اجرای قانون بیگانه‌ای که مواد پیشین آن را معین کرده است در صورتی که مخالف با نظم عمومی و یا اخلاق حسنه در کشور اردن هاشمی باشد، جایز نیست.» این ماده مقصود از نظم عمومی را مشخص نکرده بلکه آن را به دادرسی که حل و فصل نزاع به او ارجاع شده، واگذار نموده است.

حتی مواد قانونی از تعریف نظم عمومی داخلی نیز خالی می‌باشند ماده ۱۶۵

۱. ر.ک: عبدالحمید عمر وشاحی، القانون الدولي الخاص في العراق، ص ۱۶۸.

۲. دکتر احمد مسلم، القانون الدولي الخاص المأثور في مصر و لبنان، ص ۲۳۰، بیروت: دار النهضة العربية.

قانون مدنی اردن لازم دانسته است که سبب تعهد، مخالف با نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نباشد.

به دلیل دشواری ارائه تعریفی برای نظم عمومی، بند سوم ماده ۱۶۳ قانون مدنی اردن به ذکر بعضی از مواردی که قانونگذار آنها را از مصادیق نظم عمومی دانسته و توافق بر خلاف آن جایز نمی‌باشد، اکتفا کرده است.

این ماده مقرر می‌دارد: «احکام مربوط به احوال شخصیه مانند اهلیت و ارث و احکام مربوط به انتقال و اقدامات لازم برای تصرف در وقف اموال غیر منقول (مستغلات) و قوانین قیمت‌گذاری اجباری و دیگر قوانینی که برای نیاز مصرف کنندگان در شرایط استثنایی صادر می‌شود، جزء نظم عمومی به معنای خاص تلقی می‌گردد.

بدین ترتیب احکامی که بر اساس مسائل مذکور در بند سوم ماده ۱۶۳ تنظیم می‌شود در قانون اردن جزء قواعد آمره شمرده می‌شود و لذا هرگونه توافقی بر خلاف آنها با نظم عمومی تعارض دارد و ضمانت اجرای مجازات آن بطلان می‌باشد. این امر در محدوده داخلی کشور است.

اما در بحث تعارض قوانین، تطابق حوزه، مفهوم نظم عمومی داخلی با محدوده نظم عمومی بین المللی لازم نیست زیرا صرف تعارض مفاد قانون خارجی لازم الاجراء با احکام قواعد آمره در هر مسأله‌ای از مسائل مقرر در بند ۳ ماده ۱۶۳ قانون مدنی، الزاماً به معنای مخالفت قانون خارجی مزبور با مفهوم نظم عمومی نمی‌باشد. بنابراین اگر قانون خارجی سن رشد را کمتر یا بیشتر از حدی که در قانون ملی مقرر شده است، تعیین نماید، همچنان لازم الاجرا خواهد بود علی‌رغم این‌که مسأله مزبور به قانون آمره در روابط داخلی مربوط می‌باشد اما هرگاه که حکم خارجی با سیاست تقنینی در اردن تعارض داشته باشد منجر به پیدایش مفهوم نظم عمومی خواهد شد و در این صورت بین مفهوم نظم عمومی در چارچوب داخلی کشور و نظم عمومی بین المللی تطابق ایجاد می‌شود.

گاهی نظم عمومی بین المللی و داخلی در یک دولت با یک یا چند دولت دیگر کاملاً یکسان و مشترک می‌باشد ولی این به معنای وجود نظم عمومی مشترکی برای

تمامی دولت‌ها در همه مسائل نیست زیرا چنین چیزی تا کنون محقق نشده است و مفهوم نظم عمومی همچنان نسبی بوده با تغییر زمان و مکان، تغییر می‌پذیرد لذا گاهی آنچه در یک کشور یا در یک زمان ممنوع می‌باشد در کشور دیگر و یا حتی در همان کشور ولی در زمان دیگر مجاز می‌گردد^۲ چنان که مثلاً طلاق در فرانسه مخالف با نظم عمومی شمرده می‌شد و قانون تا سال ۱۸۸۴ آن را ممنوع می‌دانست ولی پس از این تاریخ، آن را مجاز اعلام کرد.

اختلاف مفهوم نظم عمومی فقط در محدوده زمان منحصر نمی‌شود بلکه بر حسب اختلاف مکان نیز تغییر می‌پذیرد مثلاً فروش ترکات آینده در اردن مخالف نظم عمومی شمرده می‌شود ولی در سوئیس چنین نیست.

از اینجا دشواری تعیین دقیق مفهوم نظم عمومی آشکار می‌گردد. تمامی تلاش‌هایی که در جهت تقسیم قوانین به قوانین مربوط به نظم عمومی و قوانین غیر مربوط به آن به عمل آمده و همچنین کوشش‌هایی که برای تعیین دقیق محدوده نظم عمومی انجام شده با شکست مواجه شده است و این مسأله (تشخیص موارد نظم عمومی) همچنان بر عهده قاضی مانده است و او باید با قدرت تشخیص وسیعی که دارد در هر موضوعی که بر وی عرضه می‌گردد، دقت کند و مواردی را که حکم قانونی خارجی با نظم عمومی دولت متبوع او (قاضی) تعارض دارد و یا تعارض ندارد، شناسایی نماید، ولی آن لحظه‌ای که قاضی باید در آن لحظه مفهوم نظم عمومی را تعیین و تحدید نماید، چه زمانی است؟ آیا قاضی برای این کار باید به وقت پیدایش ارتباط (بین دو کشور) مراجعه کند یا به زمان طرح نزاع در محضر دادگاه یا به زمان صدور حکم؟

نظریات حقوقی و رویه قضایی به این سمت گرایش دارند که تفهیم قاضی به مفهوم نظم عمومی رایج در کشور متبوعش در زمان صدور حکم لازم می‌باشد (نه در زمان پیدایش ارتباط یا زمان طرح نزاع در دادگاه) و لذا هرگاه که قانون خارجی در زمان اجرائیش با مفاهیم حقوقی حاکم در کشور متبوع قاضی برخورد داشته

۱. السنهوری، الوسيط، ص ۴۰۱، الوجيز في نظرية الالتزام، ص ۱۵۸ و ۴۹۱.

۲. دکتر عبدالمجید حکیم، مصادر الالتزام، بغداد، ۱۹۶۰، ص ۱۷۸.

باشد بر قاضی لازم است که از عمل به قانون مزبور خودداری کند.^۱
اینک این سؤال باقی می ماند که بر اساس چه مفهومی قاضی می تواند به دلیل
استناد به نظم عمومی با قانون خارجی مخالفت کند؟

پذیرش این نکته که قاضی قدرت تحدید مفهوم نظم عمومی را دارد بدین معنا
نیست که او می تواند در این زمینه بر اساس نظریه شخصی خودش عمل کند بلکه بر
وی لازم است که در تشخیص نظم عمومی به اندیشه های حاکم در جامعه و
هماهنگ با مصالح مردم کشورش مقید باشد به همین دلیل تشخیص قاضی در
مورد تحقق مقتضیات نظم عمومی یک مسأله حقوقی شمرده می شود که تحت
نظارت دادگاه های عالی قرار می گیرد.^۲

موارد شباهت بین نظم عمومی بین المللی و نظم عمومی داخلی

هر یک از نظم عمومی در روابط بین المللی (نظم عمومی بین المللی) و نظم
عمومی در قانون داخلی نسبت به هر دولتی، همان نظم عمومی آن دولت می باشد و
این دو نظم عمومی هر دو در صدد حفظ مصالح اصلی اجتماع می باشند ولی با
وجود این ممکن است اختلافاتی را بیابیم که یکی از آن دو را از دیگری متمایز
می کند.

نظم عمومی داخلی و بین المللی در موارد زیر تشابه و اشتراک دارند:

- ۱- هدف هر دو یکی بوده حمایت از جامعه و مصالح عالی آن می باشد.
- ۲- استناد به هر یک از آنان در داخل مرزهای یک دولت - کشور به عمل می آید.
- ۳- اعتراض به آن دو، به همان شکل در مقابل دادگاهی صورت می گیرد که
دعوی در محضر آن اقامه شده و از طریق دفاع به وسیله نظم عمومی انجام می شود

۱. قانون فرانسه تا قبل از ۱۹۲۳ رسیدن به سن ۵۰ سال را یکی از شرایط متقاضی فرزندخواندگی می دانست. در سال ۱۹۲۳ پذیرش
فرزند خواندگی را برای کسی که در سن ۴۰ سالگی باشد، مجاز دانست. پس از این تعدیل در قانون، قضیه فرزندخواندگی بیگانه ای
مطرح گردید که به قبل از ۱۹۲۳ مربوط می شد در حالی که او در آن زمان ۵۰ سال نداشت. دادگاه فرانسه به عدم تعارض قانون
بیگانه با مفهوم نظم عمومی رأی داد و چنین تعبیر کرد:

تعیین معنای نظم عمومی به اندازه زیادی به نظریه حقوقی وابسته است که در فرانسه حاکم می باشد. (ر.ک: دکتر جابر جاد،

تاریخ التوائین، ۱۹۶۱، حاشیه ص ۵۶۸)

۲. دکتر عزالدین عبدالله، القانون الدولي الخاص، جزء دوم، چاپ هفتم، ۱۹۷۲، ص ۵۴۴.

و معمولاً از جانب مدعی علیه مورد استناد قرار می‌گیرد. البته برای قاضی جایز است که از جانب خود به نظم عمومی تمسک نماید. انجام دفاع به استفاده نظم عمومی داخلی و بین‌المللی در هر مرحله‌ای از مراحل دعوی جایز است و طرفین رابطه نمی‌توانند بر صرف نظر از استناد به آن، توافق کنند.

با وجود این شباهتها می‌توانیم از طریق تفاوت‌های زیر نظم عمومی داخلی را از نظم عمومی بین‌المللی متمایز نماییم:

۱- از حیث اعتراض: دفاع با تمسک به نظم عمومی داخلی در خصوص رابطه‌ای می‌باشد که تمامی عناصر آن ملی و داخلی است اما با دفاع با تمسک به نظم عمومی بین‌المللی در خصوص رابطه‌ای حقوقی می‌باشد که دارای عنصر خارجی نیز هست.

۲- از حیث آثار: نتیجه استناد به نظم عمومی داخلی، بطلان تصرفی می‌باشد که با مفهوم نظم عمومی داخلی تعارض دارد چنانکه این مطلب در بند ۱ ماده ۱۶۳ قانون مدنی اردن نیز مقرر شده است. بند مزبور می‌گوید: لازم است که محل تعهد قانوناً منعی نداشته و با نظم عمومی یا اخلاق حسنه مخالف نباشد و الا عقد باطل خواهد بود.

در حالی که استناد به نظم عمومی بین‌المللی منجر به بطلان تصرف نمی‌شود بلکه اثر آن در تغییر قانون حاکم بر تصرف ظاهر می‌شود به این صورت که قانون صلاحیتدار مخالف با نظم عمومی را با قانون دیگری تعویض می‌کند. این مطلب را ماده ۲۹ قانون مدنی اردن با این عبارت بیان می‌کند: اجرای احکام قانون بیگانه‌ای که مواد سابق، آن را مشخص کرده‌اند در صورتی که با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور اردن هاشمی مخالف باشند، جایز نیست.

۳- از حیث وظیفه: با وجود این که هدف نظم عمومی داخلی و بین‌المللی واحد بوده حمایت از مصالح عالی اجتماع می‌باشد ولی وظیفه آن دو، مختلف است. نظم عمومی داخلی برای جلوگیری از خروج ارادی از تحت شمول احکام قواعد امره مورد استناد قرار می‌گیرد در حالی که مفهوم نظم عمومی بین‌المللی برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی که قواعد اسناد آن را صلاحیتدار شناخته است مورد استناد

واقع می‌شود بنابراین نظم عمومی بین المللی وسیله‌ای است برای کنار گذاشتن قانون بیگانه در موارد استثنایی. نتیجه استثنایی بودن استناد به این مفهوم، لزوم اعمال آن در محدودترین موارد می‌باشد تا این‌که حوزه کنار گذاشتن قانون بیگانه، کوچک شده و منحصر به حالاتی گردد که اجرای قانون بیگانه در آن حالات یکی از مصلحت‌های اساسی حیات اجتماعی را تهدید می‌نماید به گونه‌ای که دست شستن از آن مصلحت ممکن نباشد.

هر زمان که قاضی تشخیص دهد که مصلحت مزبور اهمیت خود را در روابط بین المللی از دست داده است می‌تواند از آن چشم‌پوشی نموده و به احکام قانون صلاحیت‌دار خارجی عمل کند. به عنوان مثال شرط پرداخت به طلا در قراردادهای داخلی باطلی می‌باشد زیرا با قاعده آمره‌ای که معامله با پول داخلی را لازم می‌داند مخالفت دارد علاوه بر این‌که تخلف از این قاعده آمره باعث تضعیف اعتماد به پول داخلی می‌گردد. اما در حوزه روابط بین المللی وجود تعهدات معین مانند شرط پرداخت به طلا باعث قوت بخشیدن به روابط خاص در میان اتباع دولت‌های مختلف می‌شود بدون آن‌که باعث تضعیف اعتماد به پول داخلی گردد به همین دلیل در این حوزه (حوزه روابط بین المللی) چیزی وجود ندارد که باعث کنار گذاشتن قانون بیگانه‌ای شود که شرط پرداخت به طلا را جایز می‌شمارد.^۱

همچنین تعیین سن رشد جزء نظم عمومی محسوب می‌گردد و اشخاص نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند با وجود این، تعیین سن رشد به وسیله قانون بیگانه به کمتر یا بیشتر از آنچه در قانون ملی مقرر شده است با نظم عمومی تعارض پیدا نمی‌کند و لذا اعمال آن در روابط بین المللی جایز می‌باشد.

آثار نظم عمومی

از آنچه گذشت به این نتیجه می‌رسیم که از نظم عمومی، ممنوعیت اجرای احکام

۱. ر.ک: دکتر محسن شفیق، مذکرات التحکم النجاری الدولی، جامعة القاهرة، ۱۹۷۳-۱۹۷۴، ص ۴۵. دکتر هاشم علی صادق، تنازع القوانين، ۱۹۷۴، ص ۳۱۷. دکتر فؤاد عبدالمنعم ریاض و دکتر سامیه راشد، الوسيط فی التاتون الخاص، ۱۹۷۴، ص ۱۹۶. مجله فرانسوی دالوز، ۱۹۵۱، ص ۲۴۹.

ماهوی قانون خارجی می‌باشد که با مفاهیم نظم عمومی کشور محل اجرای قانون مغایرت دارد. پذیرش این اثر و اکتفاء به آن منجر به عدم حل و فصل نزاع بر طبق قانون صلاحیتدار خارجی می‌گردد. عدم تعیین قانون دیگری که جایگزین قانون خارجی می‌شود باعث زیر پا گذاشتن عدالت خواهد شد که به هیچ وجه قبول آن ممکن نیست بنابراین برای دوری از این نتیجه باید بر طبق قانونی که جایگزین قانون خارجی می‌گردد نزاع را حل و فصل نمود. بدین ترتیب به دنبال اثر سلبی که موجب کنار گذاشتن قانون بیگانه و تعطیل آن می‌گردد، یک اثر ایجابی پدید می‌آید که تعویض قواعد قانون بیگانه با قواعد دیگری است که حاکم بر نزاع بوده و به جای قانون سابق صلاحیتدار می‌باشد ولی این صلاحیت به کدام قانون داده می‌شود؟

رویه قضایی آلمان قائل به باقی ماندن در دایره قانون بیگانه و عدم خروج از آن به طور کلی می‌باشد زیرا صلاحیت دراصل از آن قانون بیگانه می‌باشد و عمل نکردن به حکم قانون بیگانه فقط به دلیل تعارض آن با قواعد نظم عمومی کشور محل اجرای قانون بوده است و این تعارض به تنهایی نمی‌تواند توجیه کننده خروج کلی از چارچوب قانون صلاحیتدار باشد بلکه کافی است که حذف اجرای قانون خارجی به کمترین اندازه ممکن از طریق کنار گذاشتن قاعده‌ای که با مفهوم نظم عمومی تعارض دارد و اجرای قاعده دیگری از قواعد قانون مزبور که نزدیک به آن باشد، انجام گیرد و در حالتی که قانون خارجی مزبور خالی از قاعده‌ای باشد که با قاعده کنار گذاشته شده، تقارب دارد قاضی تعدیل قواعد مورد نظر را بر عهده خواهد گرفت به گونه‌ای که آنها را با نظم عمومی کشور محل اجرای قانون خارجی، سازگار نماید.^۱

پذیرش این نظریه به توسعه اختیار قاضی و نزدیک نمودن آن به اختیار مقنن منجر می‌گردد و قدرت خود کامه وسیعی را به قاضی اعطاء می‌کند که قابل قبول نمی‌باشد بدین جهت روش بهتر و مورد پیروی برخی از قوانین به طور کلی آن است که به دنبال کنار گذاشتن قانون بیگانه، احکام موضوعی (ماهوی) قانون قاضی

۱. در این مورد به حقوق بین الملل خصوصی مراجعه شود.

جایگزین آن گردد^۱ و عدم اجرای قانون بیگانه منحصر به احکامی شود که فقط با نظم عمومی داخلی تعارض دارد بنابراین اگر قانون ملی مورث (خارجی) اختلاف رنگ پوست را یکی از موانع ارث بداند، چنین حکمی را نمی‌توان در کشور اردن اجرا نمود زیرا با نظم عمومی مخالف است و به جای آن باید احکام (ماهوی) قانون اردن در ارتباط با موانع ارث را اجرا کرد که توارث بین اشخاص با رنگ پوست‌های مختلف را مجاز می‌شمارد.

این قانون، بازماندگان متوفی را (در فرض مورد بحث) وارث می‌شناسد و سپس سهم الارث آنان را به اعتبار درجه خویشاوندی‌شان با متوفی بر طبق قانونی ملی آنان - نه بر طبق قانون اردن - تعیین می‌کند. بدین ترتیب نظم عمومی، تمامی احکام متناسب از قانون متبوع قاضی را جایگزین می‌کند و اثر ایجابی (مثبت) نظم عمومی از طریق همین جایگزینی معلوم می‌گردد با وجود این گاهی اثر سلبی (منفی) نظم عمومی به صورت منفرد و جداگانه ظاهر می‌شود مانند موردی که قواعد قانون خارجی صلاحیت‌دار اعتراف به فرزند نامشروع را مجاز می‌داند ولی قانون ملی آن را منع می‌کند در این حالت کنار گذاشتن احکام مربوط به مسأله اقرار به فرزند نامشروع به دلیل تعارض آنها با نظم عمومی به اجرای قواعد ملی، در صورت خالی بودن قانون ملی از چنین سیستمی، منجر نمی‌گردد، بلکه قاضی به عدم اجرای قانون بیگانه اکتفاء می‌کند بدون این‌که بدنبال آن به اجرای قواعد ملی جایگزین قانون بیگانه بپردازد که حاکم بر موضوع اقرار به ولدنا مشروع می‌باشد موضوعی که قانون ملی نسبت به آن جاهل بوده و قانونگذار ملی تدوین آن را نپذیرفته است.

اثر سلبی نظم عمومی نیز به صورت جداگانه و به شکل واضحتری در موضوع احترام حقوق مکتسبه ظاهر می‌شود زیرا قانون بیگانه‌ای که حق به موجب آن کسب شده به سبب تعارضش با نظم عمومی کشور محل اجرای حکم به جایگزینی قانون ملی در جای قانون خارجی مزبور منجر نمی‌گردد بلکه وظیفه مهم نظم

۱. این چیزی است که مواد قانونی بعضی کشورها به آن تصریح نموده است، مانند ماده ۷۳ قانون کویت مصوب سال ۱۹۶۱ که مقرر می‌دارد: اجرای احکام قانون بیگانه‌ای که مواد این باب آن را معین نموده در صورتی که با نظم عمومی و اخلاق حسنه در کویت منافات داشته باشد، جایز نیست و در این حالت باید قانون کویت اجرا شود.

عمومی منع اجرای حکمی است که به قانون مخالف با نظم عمومی استناد دارد. در غیر این موارد، اثر سلبی، اثر ایجابی را به دنبال دارد یعنی ترک اجرای قانون خارجی به اجرای قانون ملی مربوط، منجر می‌گردد بنابراین اگر قانون بیگانه لزوم پرداخت نفقه به برخی از (اقارب) را نپذیرفته باشد ولی قانون ملی آن را قبول داشته باشد و قواعد تنظیم کننده این حق (حق نفقه) جزء نظم عمومی باشند در این صورت بر قاضی لازم خواهد بود که از اجرای قانون صلاحیتدار خارجی خودداری کرده و بر طبق قانون متبوع خود عمل نموده به تعیین نفقه برای اقارب (مورد نظر) حکم کند.

بدین ترتیب اثر ایجابی به اثر سلبی ملحق شده و به جای قانون خارجی که قواعد آن با نظم عمومی کشور محل اجرای حکم هماهنگی ندارد، قانون ملی اجرا شده است.

خلاصه آنچه گفته شد این است که ظهور اثر ایجابی نظم عمومی پس از اثر سلبی آن ممکن است ولی هیچگاه به تنهایی و جداگانه بدون آنکه مسبوق به اثر سلبی باشد ظاهر نمی‌شود در حالی که ممکن است اثر سلبی به تنهایی و جداگانه ظاهر گردد. بعضی از حقوقدانان^۱ معتقدند که کنار گذاشتن قانون بیگانه همواره به جایگزینی قانون متبوع قاضی منجر می‌شود بنابراین خودداری قاضی از اجرای قواعد خارجی که اقرار به فرزند نامشروع را مجاز می‌داند الزاماً به معنای اجرای قواعد قانون متبوع قاضی است که مانند چنین اقراری را ممنوع می‌شمارد.

تعدیل اثر نظم عمومی در هنگام تمسک به حقی که در خارج کسب شده است قانون و رویه قضایی بین نقش نظم عمومی در هنگام ایجاد حق و نقش آن در هنگام استناد به حقی که در کشور خارجی کسب شده است فرق می‌گذارند.

گرایش جدید تمایل دارد که آثار حق مکتسب را در خارج به مقتضای قانون خارجی صلاحیتدار بر حسب آنچه در قواعد اسناد ملی مقرر شده است، محترم بشناسد ولو در صورتی که قانون ملی به دلیل تعارض چنین حقی با نظم عمومی

۱. نگاه کنید به: باتیول، ۱۹۵۹، ص ۴۱۹. دکتر عزالدین عبدالله، القانون الدولي الخاص، ۱۹۷۲، ص ۵۴۷.

اجازه ایجاد آن را ندهد بنابراین کسی که بر اساس احکام قانون متبوع خودش که طلاق را مجاز می‌داند، همسرش را طلاق داده است، ارتباط زوجیتش بدین وسیله پایان یافته است علی‌رغم این که نظم عمومی در امثال این کشور ایقاع طلاق را برای هر کسی ممنوع می‌داند حتی اگر شخص مزبور بیگانه‌ای باشد که قانون ملی اش اجازه چنین کاری را می‌دهد. لکن هر زمان که شخص مزبور طلاق را در خارج واقع سازد، حقی را کسب نموده است و فقط مسأله تمسک به آثار آن حق مطرح است در این حالت اکثریت حقوقدانان در بیشتر مواقع پذیرش چنین امری را ممنوع نمی‌دانند و در برابر عمل انجام شده تسلیم گشته باتمسک به نظم عمومی در صدد مقابله با آن بر نمی‌آیند.

گرایش سابق دادگاه‌های انگلستان بر عدم پذیرش نظام تعدد زوجات و آثار آن به دلیل مخالفتش با نظم عمومی استوار بود و یکی از قضات، از تعدد زوجات به عنوان ازدواجی ساختگی و دروغین نام برده بود. انکار پذیرش نظام تعدد زوجات منجر به این شد که بسیاری از ازدواج‌ها و فرزندان ناشی از آنها نامشروع تلقی گردد در حالی که این نظام در گستره بسیار وسیعی از کشورهای مشترک المنافع بریتانیا مورد قبول و پذیرش می‌باشد.

چنین امری با مقتضای عدالت هماهنگ نیست و با اقتضانات زندگی جدید و آنچه که گاهی به ارتباط و پیوند روز افزون در میان اتباع دول مختلف منجر می‌شود سازگار نمی‌باشد به همین دلیل دادگاه‌های انگلیس به تازگی ناچار به تغییر جهت و تعدیل مفهوم نظم عمومی شده‌اند و بین حق ازدواج با بیش از یک زن و آثار چنین ازدواجی فرق گذارده‌اند بر این اساس دادگاه‌های انگلستان انعقاد چنین ازدواجی را مجاز ندانسته و این نهاد را در انگلستان به رسمیت نمی‌شناسند ولی در عین حال آثار این ازدواج را در صورتی که در خارج انگلستان و مطابق قانون کشوری که آن را معتبر می‌داند به وجود آمده باشد، به رسمیت می‌شناسند همچنان که مشروعیت فرزندان متولد از چنین ازدواجی را پذیرفته‌اند^۱ و حق فرزندان مزبور در ارث بردن از پدرشان^۲ و حق همسران در ارث بردن از شوهرشان را قبول کرده‌اند.^۳

۱. رک: دکتر ریاض الفیسی، المرونة و الجمود فی القانون الدولی الخاص و علاقته ذلک بمفهوم القانون الملام، ۱۹۶۶، ص ۳۷۳.

۲. همان.

۳. همان Dicey تعارض قوانین.

سزاوار است توضیح دهیم که پذیرش حقوق مکتسبه در خارج، چیزی بجز تعدیل اثر نظم عمومی نیست و در هر حال به معنای کنار گذاشتن کلی دفاع از طریق نظم عمومی در تمامی حالات نسبت به هر حقی که در خارج کسب شده است نمی‌باشد از این رو حالات دیگری وجود دارد که در آن حالات استناد به آثار حق مکتسب در خارج پذیرفته نشده است چنانکه در هر مورد که حق مکتسب در خارج با نظم عمومی دولت هماهنگ نبوده و خطرهای بیش از اندازه‌ای داشته به گونه‌ای که به خودی خود متضمن تجاوز به نظم عمومی دولت بوده است، احترام آن (= حق مکتسب) پذیرفته نشده است. بر همین اساس دادگاه‌های فرانسه استناد به حق مالکیت اموال منقولی را که در کشور دیگر از طریق مصادره و بدون جبران خسارت مالک کسب شده است مجاز ندانسته و عمل به قانون دولتی را که اقدام به مصادره کرده است، نپذیرفته‌اند.

ضابطه‌ای وجود ندارد که به صورت دقیق حالاتی را که حق مکتسب در خارج با وجود مخالفتش با نظم عمومی محترم شمرده می‌شود و حالاتی را که استناد به نظم عمومی در آنها ترجیح داده می‌شود، برای ما مشخص نماید. (در واقع) این مسأله یک مسأله مبتنی بر حدس و تخمین است که بر حسب قدرتی که حق مکتسب در برابر آن مطرح شده و بر حسب استحکام و دوام حق و اهمیت آثارش، تغییر می‌پذیرد و (همچنین) بر حسب اختلاف زمان نیز تغییر می‌کند. بنابراین انتشار و شیوع ملی کردن در زمان حاضر، گاهی موجب تغییر مفهوم قضاء و قانون شده باعث می‌شود که آن دو، حقوق مکتسبه در خارج را به رسمیت بشناسند حتی اگر چه جبران خسارت در ملی کردن مناسب و مدت دار باشد نه عادلانه و پیشاپیش.^۱

جلوگیری از اجرای قانون خارجی که به وسیله یک توافق بین المللی لازم الاجرا شده است، از طریق نظم عمومی

گاهی دو یا چند دولت بر قواعد اسناد معینی توافق می‌کنند که بر طبق مقتضای آن قواعد، صلاحیت قانونی تعیین می‌گردد و در هنگام عمل به این موافقت نامه از

۱. در این مورد نگاه کنید به: مذکرات دکتر ماجد الحلوانی، کویت: ۱۹۷۰، ص ۷۷.

سوی یکی از دول اجراکننده آن، معلوم می‌شود قانونی که قواعد اسناد مورد توافق، آن را معین کرده‌اند و اجرای آن خواسته شده است مخالف نظم عمومی داخلی آن دولت می‌باشد و موافقت نامه مزبور نیز خالی از نصی می‌باشد که در ضمن آن شرط شده باشد که نفوذ و اجرای موافقت نامه متوقف بر عدم تعارض آن با نظم عمومی خواهد بود. آیا در این صورت قاضی با تمسک به احکام موافقت نامه، قانون خارجی را در هر حال باید اجرا کند یا این که حق دارد تقید به مفهوم نظم عمومی را ترجیح داده از اجرای قانون مزبور خودداری نماید؟

حقوقدانان^۱ اعتقاد دارند که وجود اساس دفاع از طریق نظم عمومی استناد به نظم عمومی را برای قاضی مجاز می‌کند حتی اگر قانون خارجی بر طبق یک معاهده بین المللی لازم الاجرا باشد و عقیده دارند که ارتباط یک دولت با دول دیگر در موافقت نامه‌ای از این قبیل به معنای پذیرش تمامی قوانین دول اطراف قرارداد یا دولی که بعداً به قرارداد ملحق خواهند شد حتی آن قوانینی که با مفاهیم قانونی اختلاف اساسی دارند، نمی‌باشد.



ژویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی