

جایگاه نظم عمومی در قراردادها با رویکردی بر کنوانسیون های بین المللی

آیت خاکی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۷/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۹/۲۵

چکیده

نظم عمومی از مهم ترین نهاد های حقوقی است که در نظام حقوقی تمام کشورها جایگاه ویژه ای دارد. این نهاد رابطه بسیار تنگاتنگی با منافع اجتماع دارد و حتی بسیاری از حقوقدانان در تعریف نظم عمومی آن را به منافع جامعه تعریف کرده اند. از آن جایی که منافع از مفاهیم نسبی بوده و تغییر زمان و مکان باعث تغییر مفهوم آن می گردد از همین رو ماهیت نظم عمومی نیز امری متغییر و نسبی جلوه گر می شود که قلمرو آن با توجه به تغییرات شرایط اجتماعی و اقتصادی، گسترده و تنگ می شود و همین نسبی بودن ماهیت آن، باعث اختلاف نظرهای فراوانی راجع به تعریف، مبنا و قلمرو نظم عمومی گردیده است. می توان گفت یکی از مهم ترین و اساسی ترین مصداق های نظم عمومی برقراری نظم و امنیت در جامعه است و یا جلوگیری از هرگونه هرج و مرج، تخلفات و جرایم است. با مد نظر قرار دادن این امور، در این مقاله جایگاه نظم عمومی در قراردادها با رویکردی بر کنوانسیون های بین المللی مد نظر قرار می گیرد.

کلید واژه ها: نظم عمومی، قراردادها، کنوانسیون های بین المللی.

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اردبیل

کارمند اداره حقوقی بانک مهر اقتصاد.



مقدمه

نظم عمومی یکی از بنیادی‌ترین نهادهای حقوق است که در تمام کشورها جایگاه خاصی دارد و ارزش و مصالحی است که از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت می‌باشد. در قالب مفهوم نظم عمومی در نظام‌های حقوق ملی مورد حمایت واقع می‌شوند. نظم عمومی بخش مهمی از حقوق قراردادهای را تشکیل می‌دهد. هر چند که مباحث حقوق قراردادهای به طور مستقیم یا غیر مستقیم با اصل حاکمیت اراده ارتباط دارند تعیین کننده آثار آنهاست. اما با محدودیتی مهم نظم عمومی روبروست که گستره آن را در مواردی محدود و مقید می‌کند. هر چند اصطلاح نظم عمومی از قرن نوزدهم به بعد از حقوق کشور فرانسه به سایر کشورها راه یافت اما ماهیت آن به طریقی در تمام کشورها وجود داشته و محدود کننده اراده‌ها بوده است. با توجه به مکان، زمان که موجب تغییر منافع بوده باعث شده تعریف‌هایی متفاوتی از نظم عمومی ارائه گردد. نسبی بودن ماهیت آن موجب اختلاف نظر در نگرش نسبت به نظم عمومی شده است. نظم عمومی مفهوم بسیار وسیعی دارد که در این مقاله فقط از بعد حقوق قراردادهای به آن نگریده شده است که نگاهی هم به کنوانسیون‌های بین‌المللی دارد.

طرح مساله

نظم عمومی فرضیه‌ای است که علمای حقوق اروپا برای عدم اجرای قانون خارجی در کشور خود ابداع کرده‌اند. قانون هر کشوری تا حدی اجرای قانون و حقوق ناشی از قرار داد را اجرا می‌کند که با اساس و تشکیلات و یا با امنیت داخلی و احساسات وجدانی و چهارچوب قانون کشورش منافات نداشته باشد. بنابراین هر موقع که اجرای چنین قانون چه خارجی و داخلی و احقاق حق تقاضا می‌شود، قاضی باید قبلاً این نکته را بررسی نماید که آیا اجرای قانون مزبور با نظم عمومی کشور مخالف است یا نه و آیا به عقاید و احساسات جامعه لطمه می‌زند یا نه؟ چنانچه پاسخ مثبت باشد، دادگاه باید از اجرای آن خودداری کند ولو اینکه از قانون و حق موجب حل اختلاف باشد. نظم عمومی را از دیدگاه‌های مختلف می‌توان بررسی کرد. دخالت نظم عمومی برای جلوگیری از اجرای قرارداد و قوانین دیگر هم به وسیله حقوق دانان و هم به وسیله حقوق موضوعه کشورها مورد قبول واقع شده است و اختلاف نظرهایی که در این مسئله وجود دارد. به هیچ وجه مربوط به لزوم دخالت نظم عمومی نیست. بلکه راجع به مفهوم و دایره شمول و آثار آن می‌باشد، نظم عمومی از دیدگاه‌هایی مثل نظم عمومی داخلی، خصوصی از نظر حل تعارض و یا امری و تکمیلی بودن از



نظر قانون و یا سایر دیدگاه‌ها نگریده می‌شود. این پژوهش، با تکیه بر نظم عمومی احقاق حق در قراردادهای داخلی و قراردادهایی که از کنوانسیون‌ها وجود دارد (البته نسبت به کنوانسیون با رویکرد می باشد) مورد بررسی قرار می‌دهد. و روشن‌گر آن است که چگونه می‌توان قرارداد را اجرا کرد و آیا مانعی می‌توان از اجرای آن جلوگیری کند؟ با آنکه نظم عمومی و فتاوی فقیهان متاخر امامیه نیز دیده می‌شود، ظاهر این است که نویسندگان قانون مدنی آن را از ماده ۶ قانون ناپلئون اقتباس و در حقوق کنونی مرسوم ساخته‌اند. مولفان فرانسوی در تعریف این اصطلاح عبارت‌های گوناگون به کار برده‌اند ولی تعریف‌ها ارتباط نظم عمومی با منافع و مصالح جامعه آشکارا به چشم می‌خورد و تنها نقطه مشترک بین تمام آنها است. نظم عمومی منافع بسیار تنگاتنگی با منافع اجتماع دارد و حتی بسیاری از حقوقدانان در تعریف نظم عمومی آنرا به منافع جامعه تعریف کرده‌اند. نظم عمومی هم از مفاهیم نسبی و نسبت به زمان و مکان در حال تغییر است. قانون مدنی هم در ماده ۱۰ اصل آزادی را بیان کرد و در ماده ۹۷۵ اجرای قانون مغایر را ناممکن ندانسته است. کنوانسیون مرتبطی که می‌توان برای این پژوهش موثر و مورد بحث باشد: ۱- کنوانسیون رم ۲- کنوانسیون راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی ۳- کنوانسیون لاهه ۱۹۵۵ ۴- کنوانسیون وین ۱۹۸۰ است.

مفهوم نظم عمومی

ارتباط نظم عمومی با منافع و مصالح جامعه آشکارا به چشم می‌خورد و تنها نقطه مشترک بین تمام آنهاست. بعضی پنداشته‌اند که «منافع عمومی» ضابطه روشنی برای تشخیص قوانین امری و تکمیلی است و براین مبنا گفته‌اند، قوانینی که به منظور حفظ منافع جامعه وضع می‌شود. بستگی به نظم عمومی دارد و قواعدی که ناظر به مصلحت فردی است در برابر آزادی اراده محدودیتی ایجاد نمی‌کند. ولی، چنانکه گفته شد باید دانست که همه قوانین کم و بیش جنبه اجتماعی دارد و مصلحتی در وضع آن مورد نظر بوده است. منتها، در بعضی از آنها مربوط به آزادی اراده بر مصلحتی که محرک قانونگذار در وضع قانون بوده است رجحان دارد. به همین جهت هم اشخاص می‌توانند بر خلاف آن با هم تراضی کنند. لیکن، در بعضی دیگر، اجرای قانون چندان مهم است که مصلحت مربوط به احترام به حاکمیت اراده در برابر آن ناچیز به شمار می‌آید و در این جا است که گفته می‌شود، قانون با نظم عمومی ارتباط دارد.

وقتی می‌گویند قاعده ای مربوط به نظم عمومی است، مقصود این است که در آن قاعده در شمار اصولی است که مسیر حرکت دولت را در این راه تعیین می‌کند. طبیعی است که در جامعه‌ای منظم اشخاص



نباید توانایی آن را داشته باشند که با تراضی خود، به طور مستقیم یا غیر مستقیم، این نظم را برهم زنند. بنابراین، در بیان یکی از مهمترین اوصاف نظم عمومی می‌توان گفت نظامی است که رعایت آن به پیروی همگان وابسته است.

در حقوق بین‌الملل خصوصی، گاه اجازه داده می‌شود که خارجیان مقیم ایران تابع قانون خارجی باشند. ولی در همین موارد نیز، اگر اجرای قانون خارجی با نظم عمومی ما مخالف باشد، دادگاه آن را رعایت نمی‌کند (م ۹۵۷ ق. م) یعنی نظم عمومی مانع از اجرای قانونی می‌شود که مطابق راه حل عادی رفع تعارض قوانین قابل اعمال بوده است. ماده ۷ ق. م «اتباع خارجه در ایران، از حیث مسائل مربوط به اموال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود». با وجود این اگر مردی با زن سابق پسر خود زناشویی کند و در محاکم ایران صحت و بطلان این نکاح مطرح شود، هیچ دادگاهی نمی‌تواند آن دو را زن و شوهر بشناسد، هر چند که بر طبق قوانین وطنی آنان نیز نکاح نافذ باشد، زیرا شناسایی آن با نظم امور خانواده در ایران منافات دارد.

نظم عمومی

بحث و بررسی اصطلاح یا عبارت نظم عمومی در حقوق که از نظر اهل رشته حقوق از اهلیت خاصی برخوردار است. به نظر می‌رسد که غالب این افراد برداشت صحیحی از این اصطلاح حقوقی ندارند و غالباً نظم عمومی را به معنای نظم و امنیت به وسیله نیروی انتظامی در جامعه می‌دانند. هر چند یکی از مصداق‌های مهم و اساسی نظم عمومی برقراری نظم و امنیت در جامعه است و یا جلوگیری از هر گونه هرج و مرج، تخلفات و جرایم است. اما نظم عمومی به این مصداق ختم نمی‌شود. و این عبارت بار حقوقی بیشتر و وسیع‌تری را در بر دارد.

قواعد آمره

قواعد آمره شامل هر قانون و یا قاعده‌ای است که اراده و تراضی طرفین یک عقد یا قرارداد یا تعهد برخلاف و مغایر با آن نافذ نمی‌باشد. مانند قوانین مربوط به حجر، اهلیت، ارث، غالب قوانین مربوط به نکاح، قانون کار، قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶، و امثال آنها. می‌توان گفت عناصر تشکیل‌دهنده یک قاعده آمره عبارتند از: نظم عمومی - عفت عمومی و اخلاق حسنه، سیاست عمومی دولت. (نویسن، ۱۳۸۸)



در مقابل قواعد آمره، ما قواعد تکمیلی یا تفسیری یا تعویضی را داریم که اراده افراد را تکمیل یا تفسیر می‌نماید و یا جای‌گزین آنها می‌شود مانند قواعد عقد بیع و یا اجاره اماکن مسکونی. اصل بر غیرآمره بودن قواعد و مقررات است، زیرا استخوان‌بندی قراردادها و تعهدات در حقوق کشور ما، مبتنی بر حاکمیت اراده یا آزادی اراده است (ماده ۱۰ قانون مدنی).

عفت عمومی

شامل یک‌سری موازین اخلاقی است که طی قرون متمادی در هر جامعه‌ای به شکل خاصی نهادینه شده و نقض آنها ناپسند جلوه می‌کند و گاه موجب عکس‌العمل‌های شدید مردم می‌گردد. این موازین اخلاقی و عرفی آن‌قدر در جامعه ریشه می‌دانند و مستقر می‌شوند که خود به قوانین و مقررات موضوعه تبدیل می‌شوند مانند: چاپ و انتشار عکس‌های مستهجن، دائر کردن مراکز تفریحی فسادآور و...

اخلاق حسنه و عفت عمومی، گاه می‌توانند ریشه‌های عرفی یا مذهبی داشته باشند. غالباً دیده می‌شود که قانون‌گذاران و حقوق‌دانان اخلاق حسنه و عفت عمومی را به یک معنا گرفته و مترادف یکدیگر به کار می‌برند. البته عفت عمومی قلمرو محدودتری از اخلاق حسنه دارد و غالباً شامل ارائه مسائل جنسی می‌شود که وجدان جامعه را متاثر و ناراحت می‌کند، مانند چاپ و انتشار عکس‌ها و مجلات مستهجن.

اخلاق حسنه بیشتر مربوط می‌شود به رفتار و کردار افراد یا گروه‌ها در انطباق با استانداردها و معیارهای مورد احترام جامعه؛ مانند دادن حق تقدم به بانوان و مردان مسن و پیر، یا حفظ حرمت و شأن اشخاص در نقدهای اجتماعی، سیاسی یا فرهنگی. به روایت فرهنگ آکسفورد، اصول اخلاقی یا مسائل مربوط به اخلاق حسنه و عفت عمومی را نمی‌توان مدون کرد زیرا هم دامنه اینگونه مسائل وسیع است و هم از جامعه‌ای به جامعه دیگر تفاوت می‌کند، گرچه بسیاری از قواعد و نرم‌های مربوط به اخلاق حسنه و عفت عمومی با گذشت زمان و استقرار هرچه بیشتر در جامعه به شکل قوانین و مقررات موضوعه کشوری بروز و ظهور کرده‌اند. اما به هر صورت، اینکه اقدامی یا عملی و یا قراردادی مغایر با اخلاق حسنه و عفت عمومی است یا خیر؟ بسته به نظر قاضی رسیدگی‌کننده، نظر وکیل در دعوا دارد. (نویسن، ۱۳۸۸)

سیاست عمومی دولت

شامل قوانین و مقرراتی می‌شود که پس از تهیه در قوه مقننه یا مجریه و تصویب در قوه مقننه بر بخش بزرگی از جامعه جاری و ساری می‌گردد. مانند مقررات مربوط به اخذ مالیات مقررات صادرات،



واردات مقررات مربوط به خرید و فروش و تبدیل ارز خارجی و غیره. بدین ترتیب قواعد امره از سه عنصر نظم عمومی، اخلاق حسنه یا عفت عمومی و سیاست‌های عمومی دولت تشکیل می‌شود و لذا هر قاعده یا قانونی که یکی از این سه عنصر را داشته باشد قاعده امره تلقی شده و برخلاف آن نمی‌توان تراضی و توافق کرد. و هر گاه یکی از این سه عنصر نقض شود آن توافق و تعهد نزد مقامات قضایی و اجرایی کشور نافذ نیست. مثالی برای قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ در اماکن تجاری اصل بر پیرداخت سرقفلی به مستاجر در هنگام تخلیه است (مگر در صورت تخلف مستاجر که در دادگاه باید احراز شود) پس اگر موجر از مستاجر کاغذی یا تعهدی بگیرد که موقع تخلیه عین مستاجره، مستاجر حق مطالبه سرقفلی را نداشته باشد این تعهد مستاجر منشا اثر حقوقی نیست.

در تعریف نظم عمومی عده‌ای از علمای حقوق وجود ماهیت نظم عمومی را زائد می‌دانند زیرا آنرا همان مفهوم حقوق عمومی می‌دانند که برای حفظ منافع عمومی به کار می‌رفته است، لذا معتقدند اختلاف الفاظ موجب تفاسیر معنای آنها نخواهد بود. (مرسلی، ۱۳۸۹)

طرفداران وجود این مفهوم آنرا از ظرفیت و رعایت حقوق جدید داشته و اشتباه مخالفین این اصطلاح را ناشی از این دانسته‌اند که قبل از که ناپلئون حتی در دوره حقوق رم اصطلاح حقوقی عمومی استعمال می‌شده که با اراده افراد قابل نقض نبوده و چون نتیجه هر دو آنها یعنی نظم عمومی و حقوق عمومی یکی بوده که این نتیجه همان بطلان اعمال حقوقی مخالف با نظم عمومی و حقوقی عمومی می‌باشد. لذا نظم عمومی را زائد دانسته‌اند در حالی که میان این دو اصطلاح فرق است. حقوق عمومی عبارت از مجموعه قواعد الزامی است که موجه سازمان‌های سیاسی و اداری دولت بوده، در حالی که نظم عمومی بر تمام قواعد حقوقی حتی قواعد حقوق عمومی نظارت دارد. این مفهوم در قانون اکثر کشورهای صراحت آمده و در کشورهای دیگر هم در قوانین آنها نیامده ولی در رویه قضایی دکترین وارد حقوقشان شده است. (مرسلی، ۱۳۸۹)

در قانون ایران نیز در ماده ۹۵۷ و ۱۲۹۵ ق. م و مواد ۶ و ۲۱۱ و ۲۱۲ آ. د. م به اصطلاح مزبور اشاره شده است. برخی از حقوقدانان نظم عمومی را یک مساله مصداقی دانسته و آنرا غیر قابل تعریف ذکر کرده‌اند از جمله هلی آمریکایی می‌گوید:

اروپایی‌ها زیاد برای تعریف نظم عمومی که قابل تعریف و ثابت نیست افراط کرده‌اند. اما برای نظم عمومی نمی‌توان چیز ثابتی یافت و تعریف نمود. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱) عده‌ای دیگر سعی در تعریف و



شناساندن اهمیت آن نموده‌اند. موافقان تعریف نظم عمومی را نیز می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: اول: کسانی که قائل به نظم تکوینی هستند (مرسلی، ۱۳۸۹): این گروه معتقدند که این قانون نیست که در نظم عمومی را به وجود می‌آورد بلکه این نظم به صورت ارتباطات طبیعی اشیا و نهادها در جامعه موجود بوده و قانون فقط ضمانت اجرایی برای تجاوز به آنها تعیین می‌کند. کاپیتانی در این باره می‌گوید: «نظم عمومی یعنی نظم در دولت یعنی ترتیب تاسیسات و سازمان قواعدی که برای اجرای وظایف دولت ضروری است. کلمه نظم عمومی نشان دهنده فکر یک وضع منطقی و نظامی است که به دستگاه وحدت و روح می‌دهد. طبیعتاً قوانین مدنی نظم عمومی باید استثنا باشد زیرا حقوق مدنی، مربوط به روابط خصوصی است و محدود نمی‌شود. مگر در مواردی که آزادی فردی، موجب اغتشاش و خطری برای نظام و امنیت عمومی باشد.»

دوم: کسانی که قائل به نظم تشریحی هستند: این گروه معتقدند که این مقررات و قواعد حقوقی است که نظم خاصی را در اجتماع پدید می‌آورد و همین اصول و مقررات راجع به مصالح جامعه شکل دهنده نظم عمومی است. پس نظم عمومی درون قلمرو حقوق قابل تصور است. لذا این نظم، یک نظم اعتباری است که به اعتبار حقوق موضوعه به وجود می‌آید و با تحول آن، تفسیر می‌یابد.

منچینی از طرفداران این نظریه می‌گوید: در هر کشور نظم عمومی شامل احترام به اصول عالی اخلاق انسانی و اجتماعی به همان نحوی است که در آن کشور جایگیر شده می‌باشد. اما صحیح این است که گفته شود نظم عمومی از لحاظ وجودی واحد است ولی از لحاظ ایجاد دارایی دو جنبه است یعنی هم جنبه تکوینی دارد و هم جنبه تشریحی، منتها نظم طبیعی یا تکوینی، اساس نظم تاسیسی یا تشریحی را تشکیل می‌دهد. لذا نظم عمومی همان حالت ترتیب موجود در نهادهای حقوقی جامعه است که حقوق موضوعه برای آن ضمانت اجرا تعیین کرده است. این نظر میان دو نظریه تکوینی و تشریحی تعدیل ایجاد کرده و آن دو را به هم نزدیک می‌کند. با توجه به اینکه نظم عمومی را از دیدگاه‌های رشته‌های مختلف می‌توان سنجید. پژوهش تعریفی از نظرهای مرحوم دکتر احمدی و استانی را به عنوان تعریفی کامل بر می‌گزیند: «نظم عمومی یک وسیله اجتماعی است برای کنترل اعمال افراد تا در صورت تجاوز به حریم منافع هیئت اجتماعی از آثار آن اعمال جلوگیری شود. به عبارت دیگر، مفهوم مذکور تضمین اصولی برای صحت اجرای مقررات مربوط به منافع عمومی محسوب است» (احمدی و استانی، ۱۳۴۱)



عقد و قرارداد

عقد یا قرارداد که در قوانین و نوشته‌های حقوقدانان ما به عنوان دو واژه مترادف بکار رفته مسلماً عقد به اشکال و شیوه‌ای گوناگون تعریف شده است. عبارت ماده ۱۸۳ قانون مدنی (عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد) در تعریف عقد و بررسی منابع نشان می‌دهد نویسندگان قانونی مدنی این ماده را با کمی دخل و تصرف از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه اقتباس کرده‌اند. توجه به این مساله و نیز سوابق بحث در حقوق فرانسه توجیه کننده برخی از مشکلات وارد بر این ماده است. تعریف این ماده برای عقد، تعریف به اثر عقد است و اثر اصلی عقد و تعهد منحصر شده است. این تعریف با مبانی و منابع قانون فرانسه کاملاً سازگار است، اما با مبانی فقهی و حقوق ایران هماهنگ نیست زیرا در فقه، آثار دیگری مانند تملیک و نیابت و انحلال برای عقود منظور است. (کاتوزیان، ۱۳۹۱)

بنابراین باید پذیرفت که این ماده از این جهت نقص دارد. لذا نباید برای رفع اشکال و هماهنگی مفاد ماده با مبانی حقوق داخلی، معنای ماده را از اصل و مبنای آن خارج کرد. هم چنان که برخی از نویسندگان با عهده دانستن عقود و معنا کردن «تعهد» در ماده ۱۸۳ ق. م به الزام و پای بندی به عقد چنین کاری را انجام داده اند در حالی که باید توجه داشت التزام به عقد با تعهد به معنای اثر (در کنار سایر آثار مانند تملیک) تفاوت دارد و م ۱۸۳ براساس منبع فرانسوی خود به معنای اخیر اشاره می‌کند. التزام به عبارت دیگر معنایی مشابه با لزوم در مقابل جواز از آثار عمومی عقد است که در مباحث بعد به آن اشاره شده و نباید آن را در تعریف عقد اخذ نمود.

کنوانسیون

کنوانسیون یا مقاله‌نامه در فرهنگ خودمان (فرهنگ معین) موافقت نامه که با هدف تدوین قواعد حقوقی و مهم بین کشورهای متعددی تنظیم و منعقد می گردد و مانند مقاله نامه چهارگانه ژنو یک توافق بین المللی است. مبانی کنوانسیون نیاز بین المللی است که باعث به وجود آمدن یک توافق برای حل مشکل بین المللی و ایجاد ارتباط بین کشورها می باشد. کنوانسیون توافقی بین المللی می باشد که میان کشورها یا سازمان های بین المللی منعقد می شود و مشمول حقوق بین الملل است. مفاد کنوانسیون ها نسبت به دولت هایی که با آن موافقت کرده اند قابل اجراست و معمولاً کاربرد عمومی ندارد. در واقع در حقوق داخلی افراد حق انتخاب و گریز از قانون را ندارند اما اعضای جامعه بین الملل از این حق برخوردارند. کنوانسیون های



خیلی زیادی در موضوعات مختلف به وجود آمده اند که کشور ما هم در خیلی از آنها عضو می باشد و هر کدام برای خود مبانی دارد و در کل می توان اینگونه گفت که مبانی به وجود آمدن کنوانسیون‌ها نیاز جامعه بین‌المللی است که راه چاره ای برای حفظ و حل مشکل این جامعه بین‌الملل و حقوق آن به وجود آمده است.

مبانی نظم عمومی

مبنا همان پایه و اساس یک مسئله حقوقی می باشد که بدون آن مقررات حقوقی معنا ندارد. هر نهادی برای خود مبنا و اساسی دارد و مبانی مختلفی را می توان برای نظم عمومی قائل شد. در همه آنها که سخن از نظم عمومی باشد حتماً یک نفع عمومی در کار است. لذا عده ای همین منافع عمومی را مبانی نظم عمومی دانسته اند و از طریق آن بین قوانین امری و تکمیلی تفاوت قائل شده اند و می گویند قوانین مربوط به حفظ جامعه نظم عمومی باشد امری است اگر برای حفظ منافع فرد باشد قوانین تکمیلی می باشد. (مرسلی، ۱۳۸۹)

برخی سیاست را مبانی نظم عمومی دانسته اند. و برخی دیگر نظم عمومی را به لحاظ دو مکتب اصالت فرد و اصالت اجتماع می دانند. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱) عده‌ای دیگر نیز برای تعیین نظم عمومی از اصطلاح تاسیس حقوقی استمداد کرد. که عبارت است از سازمان و فکر حقوقی که مشترکات را زیر یک عنوان جمع کرد. که هدف و جنبه خاصی از حیات اجتماعی است. که ان جمع و سازمان دارای احکام خاص خود از حقوق جامعه را تشکیل می دهد. مانند دولت و حکومت و مالکیت و بسیاری از مفاهیم دیگر. (مرسلی، ۱۳۸۹)

ماهیت نظم عمومی

ویژگی اساسی نظم عمومی این است که عضویت افراد در گروه‌های اجتماعی مستلزم تعهداتی است که در این تعهدات و تکالیف، نهاد ممتازی را ایجاد می‌کند که به صرف توافق افراد قابل رفع نمی‌باشد، لذا اعضای جامعه نمی‌توانند بر خلاف آنها تراضی نمایند و در صورت تراضی برخلاف آنها این تراضی بی اثر خواهد بود. معرفت واقعی پدیده‌ها و مفاهیم اجتماعی از جمله حقوقی صرفاً با الفاظ و فرمول‌های خشک علمی میسر نخواهد بود. وقتی می‌توان حقیقت آنها را به درستی درک نمود که علل اجتماعی آنها قبلاً معلوم باشند. ماهیت مفهوم نظم عمومی از این قاعده مستثنی نیست و مادام که از جنبه‌های مختلف مورد بررسی قرار نگیرد آن گونه که هست مشخص نخواهد شد. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱)



منابع نظم عمومی

قلمرو نظم عمومی وابسته به منابع نظم عمومی است یعنی هر چه منابع نظم عمومی بیشتر باشد قلمرو نظم عمومی نیز وسیعتر خواهد بود و در نتیجه از وسعت قلمرو حاکمیت اراده کاسته خواهد شد و بالعکس.

پس رابطه شخص با اجتماع و چگونگی این رابطه تعیین کننده قلمرو نظم عمومی است. در صورتی که با فرد گرایان هم استانی شویم و اصل حاکمیت اراده را یکی از لوازم شخصیت بدانیم باید قائل شویم به اینکه تنها قانون است که حدود این حاکمیت را محدود و تعیین می نماید. اما در صورتی که با طرفداران مکتب اصالت اجتماع همگام گردیم و ایشان به عنوان عضوی از اجتماع مورد بررسی قرار گیرد خواهیم دید که هر شخصی در میان گروهی از تعهدات به سر می برد که با توافق آنها قابل رفع نمی باشد و این تعهدات محدود به قوانین موضوعه نخواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۹۱)

از دید کسانی که قانون را منبع نظم عمومی می دانند صحیح نیست و امروزه طرفداری ندارد. طبق قوانین موضوعه کشورها نیز مختص به قانون نگردیده و برای آن منابع دیگری وجود دارد. طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه « علت در صورتی نامشروع است که توسط قانون منع شده یا هنگامی که بر خلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد».

در این ماده برای نامشروعیت علت در عقود علاوه بر مخالفت با قانون مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز ذکر گردیده است. (مرسلی، ۱۳۸۹)

در حقوق ایران نیز ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی اخلاق حسنه و نظم عمومی را از موانع آزادی اعمال حقوقی قراردادده است. ماده ۶ ق. ا. د. م مقرر می دارد «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.»

این ماده در جایی که اشعار می دارد «یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد». چنین شبهه ایجاد می کند که اخلاق حسنه به تنهایی مانعی بر سر راه قراردادها ایجاد نمی کند. بلکه علاوه بر آن که برخلاف اخلاق حسنه است باید برخلاف موازین شرع نیز باشد تا حکم به بطلان چنین قراردادی داده شود.



اما باید از ظاهر این ماده گذشت و اخلاق حسنه را به تنهایی یکی از منابع نظم عمومی دانست و خود موازین شرع را نیز یکی دیگر از منابع نظم عمومی به شمار آورد. این توجیه از تفسیر مواد قانونی مختلف نیر بر می‌آید. (مرسلی، ۱۳۸۹)

اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر را از منابع حقوقی محسوب داشته‌اند. لذا در صورتی که در شرع حکمی وجود داشته باشد که در قوانین موضوعه اشاره ای بدان نشده است، آن حکم از موارد نظم عمومی خواهد بود و می‌توان به استناد مواد ۳۰۶ ق. آ. د. م رای به بطلان عمل حقوقی مغایر با آن حکم نمود. مثال ماده ۳۶۴ ق. م: «در بیع خیار انتقال مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضا خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع.»

بیع صرف عبارت است از خریو و فروش طلا و نقره در برابر هم. در بیع صرف قبض شرط صحت بیع است. لذا قبل از تسلیم و تسلّم صحیح، عقد بیع کامل نیست و لذا اگر پیش از قبض متقاطین از هم جدا شوند عقد بیع باطل خواهد بود و یا به عبارت بهتر عقد بیع، منعقد نخواهد شد.

این ماده یکی از مصادیق نظم عمومی است اما سوال است که آیا به غیر بیع صرف در بیع دیگری نیز قبض شرط صحت ان است. این سوال از آنجا ناشی می‌شود که ماده ۳۶۴ طوری تنظیم شده که نشان می‌دهد علاوه بر آن مورد یا موارد دیگری نیز وجود دارد که قبض شرط صحت ان است و در فقه نیز فقها در مورد بیع کلی که در ان شمن و مشمن موجل باشد قائل به بطلان ان بیع شده‌اند و در واقع قبض را شرط صحت چنین بیعی داشته‌اند. (مرسلی، ۱۳۸۹)

بعضی از حقوقدانانی از روی مصلحت‌اندیشی آن را مجاز دانسته‌اند هر چند نظر خود را از لحاظ حقوقی خوب توجیه نکرده‌اند. با این حال ما نیز با این مصلحت‌اندیشی موافق هستیم ولی این مثال را برای توجیه نظر خود آوردیم که شرع نیز از منابع مهم نظم عمومی است.

اولین منبع نظم عمومی، قوانین امری است: قانون به عنوان تجلی گاه اقتدار و عزم جامعه، اساس و زیربنای نظم عمومی را تشکیل می‌دهد. قانون است که به اعمال حقوقی نیز اعتبار می‌دهد هنگامی که دو شخص اقدام به خرید و فروش می‌نمایند و بایع مالکیت مبیع را به مشتری انتقال می‌دهد و مشتری نیز مالکیت شمن را به بایع انتقال می‌دهد به عبارتی هر کدام دارای حق مالکیت شده و سلطه دارد و این سلطه و حق مالکیت را به طرف مقابل انتقال می‌دهد. این سلطه در عالم اعتبار وجود دارد و این مقنن و قانون است



که به آن اعتبار می‌بخشد و آن را به رسمیت می‌شناسد. لذا محدودیت‌هایی هم دارد. که ماده ۱۰ می‌گوید اگر مخالف صریح قانونی نباشد نافذ است. (شهیدی، ۱۳۷۷)

اما نیروی الزام‌آور عقد همه جا یکسان نیست، چرا که قواعد برخی از قوانین تخلف ناپذیرند و در مقابل برخی نیز تخلف پذیر می‌باشند که به دسته دوم قوانین تکمیلی و به دسته اول قوانین امری می‌گویند. قوانین تکمیلی جنبه ارشادی دارد هدف قانون جایگزین کردن آن هنگام سکوت متعاقدين می‌باشد که خلاءها و مشکلات ناشی را تا حدودی کامل می‌کند. اما یک ضابطه دقیق برای شناسایی این دو قانون وجود ندارد. ضابطه تشخیص را در کل به اختیار قاضی گذاشته‌اند. با توجه به اوضاع و احوال و عوامل اجتماعی مفهوم نظم عمومی را تشخیص و آن را معیار قانون امری قرار دهد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱) در فقه نیز تحت عنوان مختلف از جمله تمیز «حق حکم» و شرط خلاف شرع مطرح شده و راه حل‌های زیادی ارائه شده است.

حقوقدانانی مثل «واری سومیر» و «باتیفول» معتقدند که همه قوانین مربوط به نظم عمومی هستند به دلیل اینکه هر کدام از آنها در حدود خویش براساس مصلحت وضع شده و رعایت آنها موجب حفظ مصلحت و دفع مفسدت مورد نظر خواهد بود. پس تمام آنها مربوط به نظم عمومی می‌باشد. به عقیده ایشان تقسیم قوانین به امری و تکمیلی را رد می‌کنند زیرا مبتنی بر یک ضابطه صحیح و واقعی نمی‌باشد و در مورد اختلاف افراد دادگاه مکلف می‌شود قوانین تکمیلی را نیز مکلف به رعایت شود. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱)

برخی دیگر از قوانین را به دو دسته تقسیم کرده‌اند که دسته‌ای برای حمایت منافع عمومی و دسته دیگر برای حمایت منافع خصوصی افراد می‌باشد. که فقط دسته اول راجع به نظم عمومی است. معیار درون مرزی و برون مرزی بودن قوانین نیز معیار دیگری برای تمیز نظم عمومی است که فقط قوانین درون مرزی مربوط به نظم عمومی می‌باشد. قوانین اعلامی و قوانین آمره و ناهیه نیز تقسیم‌بندی دیگری است که فقط قوانین آمره و ناهیه را مربوط به نظم عمومی می‌دانند. عده‌ای دیگر نیز قوانین غیرقابل نقض را مربوط به نظم عمومی می‌دانند. (مرسلی، ۱۳۸۹)

دومین منبع نظم عمومی اخلاق حسنه است: هر چند که در مبحث عوامل محدود کننده آزادی اراده که یکی هم اخلاق حسنه بود سخنی گفته شد اما در این مبحث اخلاق حسنه را از دید به عنوان یک منبع نظم عمومی نگاه می‌کنیم.

اخلاق حسنه قواعدی که در اخلاق مقرر است و متعاقدين نمی‌توانند برخلاف آن عقدهی ببندند. ماده ۶ قانون اصول محاکمات حقوقی مقرر دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق



حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست» (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰) همان ماده در ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و ماده ۶ قانون ا.د.م فعلی تکرار شده است و نیز به مفهوم ماده ۹۷۵ ق.م.ا اشاره شده است.

مبدا تاریخی اخلاق حسنه را باید در حقوق رم جستجو کرد در آن زمان رم قراردادها تشریفاتی بودند و اصطلاح اخلاق حسنه وجود نداشت با ظهور قراردادهای مرضاتی به جنبه اخلاقی قراردادها توجه شده است. بعد از قرن ششم قبل از میلاد و در حقوق رم اصطلاح اخلاق به وجود آمده پس از ارتباط رم با یونان تحت تأثیر افکار فلسفی و اخلاقی قرار گرفته و از قرن دوم قبل از میلاد به بعد اخلاق جای خود را به اخلاق حسنه داد پس از تسلط رومی بر سایر ممالک اروپایی و نفوذ حقوق رم در آن کشورها اصطلاح اخلاق حسنه وارد حقوق کشورهای مذکور گردید. (احمدی واستانی، ۱۳۴۱)

در حقوق داخلی هم اخلاق حسنه در ماده ۹۷۵ ق.م.طوری تنظیم شده که اخلاق حسنه را یکی از منابع نظم عمومی قرار داده و نظم عمومی را اعم از آن دانسته است. این ماده اشعار می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا بواسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محک می‌شود. بموقع اجرا گذارد اگر چه اجرا قوانین مزبور راصولاً مجاز باشد».

از آنجا که امور خلاف اخلاق، نظم اجتماعی را به هم می‌زند حقوق نمی‌تواند نسبت به آنها بی‌اعتنا بماند؛ لذا اخلاق حسنه برای اخلاقی کردن قراردادها پای نظم عمومی را در قراردادها باز می‌کند تا هر جا متعاقدين پای از محدوده اخلاق فزاتر نهادند هر چند برخلاف قوانین نباشد، دادرس به کمک اخلاق حسنه بتواند بطلان چنین قراردادی را اعلام دارد. (احمدی واستانی، ۱۳۴۱)

سومین منبع نظم عمومی «نظریه دکترین» است: این مساله که آیا دکترین از منابع حقوق به شمار می‌رود یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد و مکاتب مختلف، جواب مختلف به آن داده اند. در حقوق داخلی نیز همین اختلاف به چشم می‌خورد که نظیر آن در مورد رویه قضایی نیز مطرح شده است. پیروان حقوق فطری عقاید اندیشمندان حقوقی را از مهمترین منابع حقوق به شمار آورده‌اند در حالی که طرفداران مکتب‌های تحقیقی و تاریخی به شدت با آن مخالفت کرده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴)



نویسندگان حقوقی کشورمان نیز دچار این اختلاف‌اند چنانچه دکتر لنگرودی منابع حقوق را عبارت از قانون، عرف و عادت و رویه قضایی می‌داند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴) ولی دکتر کاتوزیان دکترین را به همراه رویه قضایی از منابع فرعی می‌داند. (کاتوزیان، ۱۳۷۴)

در کل به نظر می‌آید که دکترین از منابع غیر مستقیم منابع حقوقی می‌باشد و جاهای مبهم و خالی حقوق را ترمیم و کامل می‌کند. و به نوعی به همراه رویه قضایی قانون و عرف عادت می‌باشد. باید دانست که منظور از دکترین نظر فرد حقوقدانان به طور جداگانه نیست بلکه برای اینکه دکترین ایجاد شود باید نظر اکثریت حقوقدانان در مورد یک مساله حقوقی که در مورد آن قانونی وجود ندارد یکسان باشد. شاید بتوان دکترین را در حقوق امروزی به اجماع فقها از نظر فقهای امامیه، تشبیه کرد. متها اجماع در حقوق اسلام از منابع مستقیم حقوق اسلامی به شمار می‌رود در حالی که دکترین منبع رسمی حقوق نیست. (محمدی، ۱۳۷۵) به نظر می‌آید پدیده و نهاد دکترین در حقوق امروزی شباهت زیادی به شهرت در حقوق اسلامی دارد چرا که شهرت در حقوق اسلام نیز از منابع مستقیم حقوق اسلامی به شمار نمی‌رود، ولی در اخذ تصمیم فقها در موارد اختلاف بسیار موثر می‌باشد.

چهارمین مورد از منابع نظم عمومی اراده موقع یا متعاقدين: منظور از طرح این مساله در قسمت مربوط به منابع نظم عمومی این است که آیا اشخاص می‌توانند با اراده خود، قلمرو حاکمیت اراده خودشان را تنگتر نمایند یا خیر، و در صورتی که این توان را دارا باشند محدوده این قدرت تا کجاست. هر چند قبلاً در مورد اراده سخن گفتیم اما این بار به عنوان یکی از منابع نظم عمومی و از این دیدگاه به آن نگریسته می‌شود.

گسترش ارادی قلمرو نظم عمومی

این مساله در فقه نیز تحت عنوان «انّ المسلمین عند شروطهم الی شرطاً حرّم حلالاً» مورد بحث قرار گرفته است و برخی از فقها قسمت استثنا را به قدری توسعه داده اند که وسعت آن بیشتر از قسمت مستثنی منه شده است ولی برخی دیگر آن را طوری تفسیر کرده اند که به صورت استثنا باقی بماند. در هر حال این قاعده که اشخاص به اراده خود قادر به تجدید قلمرو آزادی اراده خود می‌باشند در فقه مورد قبول واقع شده و در ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز مطرح شده این ماده مقرر می‌دارد «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرا تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید» که مفهوم مخالف این ماده این می‌شود که اشخاص قادر به سلب حق تمتع و حق اجرا به طور جزئی می‌باشند. (مرسلی، ۱۳۸۹)



نویسندگان حقوقی نیز با این تعبیر موافق هستند چرا که لازمه آزادی اراده اشخاص، آزادی آنها در سلب آزادی اراده خود در امور جزئی می‌باشد و لذا همین رو قائل هستند به اینکه قسمت اخیر ماده ۹۶۰ ق.م نیز دارای مفهوم مخالف است. این ماده مقرر می‌دارد «هیچکس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف‌نظر نماید». اما این سلب جزئی حق در صورتی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه نباشد. (صفایی، ۱۳۷۵)

به نظر می‌رسد که عرف میان حق تمتع و حق اجرا فرق قائل نیست. لذا ضمانت اجرای هر عمل حقوقی که برخلاف سلب حق تمتع یا سلب حق اجرا صورت گیرد باید یکسان باشد. متنها در این میان باید توجه داشت که منظور متعاقدين که اقدام به سلب حق کرده‌اند چه بوده است. اگر منظور آنها این باشد که متعهد، توان و قدرت خود را در انجام و بدست آوردن حق مورد تعهد از دست بدهد در این صورت عمل حقوقی برخلاف آن تعهد باطل خواهد بود چه مربوط به حق تمتع باشد چه مربوط به حق اجرا ولی هرگاه منظور متعاقدين تعهد متعهد بر عدم اجرا یا عدم تحصیل حق خاص باشد یعنی تعهد بر ترک فعل باشد. در صورت تخلف ضمانت اجرای آن جبران خسارت متعهد له خواهد بود.

جایگاه نظم عمومی

جایگاه و قلمرو نظم عمومی بر حسب تعبیری که از رابطه فرد با اجتماع می‌شود تفسیر مس شود: اگر آنگونه که فرد گرایان می‌پندارند اصل حاکمیت اراده یکی از لوازم شخصیت انسانی باشد، حدود این حاکمیت را تنها قانون تعیین می‌کند و مقررات آن نیز باید به عنوان قاعده‌ای استثنایی تفسیر شود. ولی، هرگاه انسان به عنوان عضوی از اجتماع مورد بررسی قرار گیرد، باید گفت که زندگی اجتماعی ضرورت‌هایی دارد که برای هر یک از اعضا در برابر دیگران تکالیف گوناگون ایجاد می‌کند، شخص در میان گروهی از این تعهدها به سر می‌برد و نمی‌تواند به وسیله قرارداد به تکالیف اجتماعی خود اخلال کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۱)

بسیاری از قواعد را که پیروان اصالت فرد ناظر به حقوق خصوصی افراد می‌خوانند مکتب‌های اجتماعی در زمره قواعد مربوط به نظم عمومی می‌دانند، و دخالت روز افزون دولت در امور اقتصادی این گونه قواعد را به صورت مقررات مربوط به نظم عمومی در می‌آورد. به طور خلاصه بر حسب انتخاب یکی از دو مکتب فردی و اجتماعی، این نتایج در قلمرو نظم عمومی ایجاد می‌شود: (کاتوزیان، ۱۳۹۱)

۱- به گمان فردگرایان نظم عمومی فقط ناشی از قانون است. ولی به نظر گروه مخالف، نظم عمومی دارای منابع دیگری مانند اخلاق حسنه و عرف و عادت نیز هست. مواد ۱۰ و ۱۲۹۵ ق.م نیز از مکتب اخیر



پیروی کرده است. دیدیم که ممکن است اختلال به نظم عمومی ناشی از تجاوز به روح قانون یا قواعدی که مبنای مجموع مواد قرار گرفته است باشد. در ماده ۹۷۵ قانون مدنی نیز مورد دیگری (مانند اخلاق حسنه و احساسات جامعه) منبع اصلی نظم عمومی قرار داده شده است، و عرف پایه اصلی اخلاق حسنه و احساسات مردم است. پس، در بطلان نظر نخست تردیدی باقی نمی‌ماند، و ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به پیروی از همین اصل، قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه را باطل اعلام کرده و اشاره‌ای به لزوم منع قانون نکرده است.

۲- بر مبنای عقاید فردگرایان قواعد مربوط به نظم عمومی اختصاص به قوانین رشته حقوق عمومی دارد (مانند قوانین کیفری، اساسی، مالیاتی، اداری) ولی در حقوق خصوصی اشخاص آزادی کامل دارند زیرا قوانین دسته اخیر فقط ناظر به روابط خصوصی اشخاص و حفظ منافع آنان است. این نتیجه نیز مورد پیروی قانونگذار ما قرار نگرفته است. زیرا، بی تردید غالب قوانین مربوط به احوال شخصیه و بسیاری از مقررات راجع به حقوق مالی و اصول حاکمیت بستگی به نظم عمومی دارد.

۳- بر همین مبنا نتیجه اصل حاکمیت اراده این است که در هر مورد نسبت به مخالفت قرارداد با نظم عمومی تردید به حیات آید، اصل صحت آن است. برعکس، به نظر کسانی که نظم عمومی جنبه استثنایی ندارد و اصل امری بودن قانون است، در مصداق‌های مورد تردید باید حکم به فساد قرارداد کرد. در حقوق ایران هم نمی‌توان هیچ یک از دو اصل را به طور کامل پذیرفت.

نسبی بودن نظم عمومی

با توجه به تعاریف و آشنایی که تا به حال از نظم عمومی دادیم و گفته شده است نهاد نظم عمومی در حقوق مدنی، یک وسیله بسیار مهم و موثری برای محدود ساختن آزادی اراده اشخاص و یا به عبارت دیگر وسیله‌ای برای تامین حکومت و نظارت قانون بر اعمال حقوقی می‌باشد. و نیز همانگونه که گفته شد نقطه مشترکی که در تعاریف مختلف ارائه شده از نظم عمومی وجود دارد. «مصلح و منافع عمومی» می‌باشد.

مصلحت یک امر نسبی و متغیر است که نظم عمومی نیز به تبع تغییر آن، متغیر می‌باشد. توضیح اینکه وسایلی که اشخاص برای تجاوز به قواعد حافظ نظام اجتماعی و سیاسی دولت انتخاب می‌کنند همیشه یکسان و مشابه نیست. لذا موارد استناد به نظم عمومی نیز ثابت نمی‌ماند و ناچار باید تفسیر کند. اگر تاسیسات حقوقی مختلف خوب در نظر گرفته شوند. ملاحظه خواهند شد که آنها کاملاً تابع کیفیات و



اوضاع و احوال اجتماعی هستند و چون این اوضاع و احوال اجتماعی تغییر کرده و ثابت نمی‌مانند. بنابراین تاسیسات مذکور نیز پا به پای تغییرات حاصله دچار دگرگونی و تحول می‌شوند. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱)

به ویژه قرن بیستم به بعد که عقاید اجتماعی طرفداران زیادی پیدا کرده و دولت‌ها به نام حفظ مصالح عمومی سعی در مداخله در تمام شئون اقتصادی و اجتماعی اشخاص می‌کنند از طرف دیگر یکی از منابع مهم نظم عمومی، اخلاق حسنه و احساسات عمومی است که اخلاق حسنه به آرامی و احساسات عمومی با سرعت زیادتری همگام با تحولات سیاسی و اقتصادی و رویدادهای اجتماعی تغییر می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۱) همانگونه که مصالح با توجه به زمان و مکان متغییر است، نظم عمومی نیز به تبع آن با توجه به زمان و مکان تغییر می‌یابد.

برای مثال طلاق در کشور فرانسه تا سال ۱۸۸۴ میلادی به کلی ممنوع بوده اما از آن سال به بعد به موجب قانون خاصی و تحت شرایط ویژه این امر مورد قبول واقع شد. این مثال نشان دهنده تغییر قلمرو و نظم عمومی و کاهش موارد استناد به نظم عمومی در اثر مرور زمان و تغییر اوضاع و احوال اجتماعی می‌باشد. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱)

بیع شرط که به عنوان یک حیطة شرعی وارد حقوق ایران شده بود که به صرف انقضا مدت اختیار، موجب استقرار ملکیت‌مشتتری در بیع شرطی می‌گردید. با تصویب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک، از میان برداشته شده این مثال نشان دهنده افزایش قلمرو نظم عمومی به لحاظ زمان می‌باشد.

همچنین در حقوق آلمان و انگلیس موجب بطلان معامله و مخالف نظم عمومی است در حالی که در حقوق ایران و فرانسه موجب فسخ است نه بطلان. این مثال نیز نشان دهنده نسبیّت نظم عمومی به لحاظ مکان می‌باشد. مثال‌هایی که ذکر شد نشان دهنده نسبی بودن نظم عمومی در نتیجه مقایسه قوانین موضوعه بود. ولی در رویه قضایی نیز نشانه‌هایی برای اثبات نسبی بودن آن وجود دارد. برای مثال دلالتی ازدواج بموجب رویه قضایی فرانسه در سال ۱۸۵۵ ممنوع اعلام گردید در حالی که تا قبل از آن سال مجاز بود. (احمدی و استانی، ۱۳۴۱)

جایگاه نظم عمومی در کنوانسیون‌های بین‌المللی

نظم عمومی به عنوان استثنایی بر اصل حاکمیت اراده در برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد. قوانینی که به آنها نظم عمومی اطلاق می‌شود هدف از وضع آنها حفظ منافع عمومی



باشد و تجاوز به آن نظمی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی کشور است یا حفظ نظام خانواده را بر هم زند، زیرا به امنیت اقتصادی و به عقاید و احساسات جامعه ایرانی لطمه می‌زند. در چنین حالتی اجرای قانون خارجی برای قاضی ایرانی غیر قابل تحمل می‌شود. با پیدایش نشانه‌های مخالف در حدودی که مخالفت دارد جلوگیری نماید. (معزی، ۱۳۹۱)

نظم عمومی در کنوانسیون‌های بین‌المللی یک قاعده استثنا بر اصل اعمال قانون است لذا نباید دامنه آن را آنقدر وسیع گرفت که خود به شکل اصل ظاهر شود. دامنه نظم در حقوق کنوانسیون‌ها بایستی تا حد امکان محدود شود. و اصول و قواعد آن بایستی چنان به تمدن و نظام حقوقی کشورهای متعاقد نزدیک باشد که دادگاه آن را به اجرا در آورد و بر قوانین دیگر ترجیح داده شود. نظم عمومی بر علاج واکنش و نگرانی‌های جامعه تعبیه شده تا از رنجش وجدان عمومی جامعه حاصله از اجرای قانون خارجی بکاهد.

هر کشوری بر حسب تمدن و فرهنگ و حتی مذاهب و نظام حقوقی خود ممکن است امری را مخالف نظم عمومی براند و همان امر در کشوری دیگر مخالف نظم عمومی به شمار نیاید. لذا نمی‌توان صورت کاملی از موارد اعمال نظم عمومی ارائه داد. نظم عمومی وابسته به مقتضیات زمان و مکان است و با تغییر زمان و مکان تغییر می‌کند.

ماده ۱۶ کنوانسیون و همزاد آن ماده ۲۱ مقررات روم یک مقرر می‌دارد: «...قواعد حقوقی (قانون) هر کشوری که با قواعد این کنوانسیون (مقررات روم-یک) برای اعمال بر ماهیت اختلاف معین می‌شود. از اعمال آن تنها وقتی می‌توان خودداری کرد که اعمال آنم قانون به طور آشکار با نظم عمومی مقرر دادگاه ناسازگار باشد.»

از همان اول متوجه باشیم که قلمرو نظم عمومی از اعمال قاعده‌ای در قانون حاکم جلوگیری می‌کند بسیار محدود است. امتناع دادگاه از اجرا قانون خارجی در حقیقت به خاطر خارجی بودن نیست بلکه اجرای برخی از قواعد آن بر اختلاف موجود قابل اعمال نیست. لذا بخش قابل اعتراض در قانون خارجی سبب نمی‌شود که بخش قابل اعمال بر پرونده را به استناد مقررات این ماده کنار بگذارند. بنابراین اعتراض به اعمال قاعده‌ای از قانون خارجی بایستی آشکارا مخالف و ناسازگار با قانون مقرر دادگاه باشد. یعنی دادگاه نمی‌تواند آگاهانه اصول بنیادین قانون مقرر را به کار نبرد و در عوض به قاعده مخالف نظم عمومی در قانون حاکم اجازه اجرا دهد. (معزی، ۱۳۹۱)



برای مثال هرگاه قانون کشوری که حاکم باشد در پیشبرد موارد دادگاه‌ها با آن مثل پرونده محلی برخورد می‌کنند یعنی در صورت مقتضی اخلاق حسنه و نظم عمومی آن کشور را الزامات می‌کنند. حتی اگر قانون حاکم خارجی باشد همین استاندارد راجع به آن اعمال می‌شود. اگر بنخواهند مقرر ماده ۱۶ کنوانسیون وین را در انگلیس اجرا کنند با استاندارد قواعد کامن‌لا اجرا می‌شود. با وجودی که قانون حاکم خارجی است قواعد نظم عمومی انگلیس اجرا می‌شود. راجع به طبقه بندی قواعد نظم عمومی توافق کامل وجود ندارد اگر زیادی ساده گرا باشیم حداقل موارد زیر برخلاف نظم عمومی است:

۱- قراردادی که برای ارتکاب جرم یا ارتکاب مسئولیت مدنی منعقد می‌شود.

۲- قراردادی که ایمنی جامعه را به خطر بیندازد.

۳- قراردادی که روابط جنسی ضد اخلاقی را ترویج کند.

۴- قراردادی که اجرای عدالت را مختل کند.

۵- قراردادی که متمایل به درآمد های متقلبانه باشد.

۶- قراردادی که متمایل به فساد زندگی عموم مردم باشد.

۷- قراردادی که منافع کسب و کار و تجارت باشد.

۸- در کشور ما باید بند دیگری بر ضوابط فوق افزود و آن قراردادی که مخالف احکام شرع نباشد.

اگر قرارداد و کنوانسیون تابع قانون های خارجی در داخل یکی از عناوین مخصوص نظم قرار بگیرد اجرا نخواهد شد که صاحب حق را از حق خود به نحوی منع کند حتی اگر به موجب قانون دیگر مجاز باشد دادگاه نباید به آن ترتیب اثر دهد و دعوی را از بین ببرد. به عبارت دیگر اگر قراردادی قواعد محدود کننده تجارت را نقض کند حتی اگر بر طبق قانون نوشته شده کنوانسیون یا قرارداد معتبر باشد نبایستی به اجرا درآید.

کنوانسیون روم و مقررات روم - یک که بسیاری از موضوع های قراردادی را به قانون حاکم ارجاع می دهند از قاعده اصلی خود عدول کرده و قواعد استثنا و مهم به نفع نظم عمومی یا منافع برتر کشور مقرر دادگاه وضع می کند. ماده ۱۶ کنوانسیون (ماده ۲۱ مقررات روم - یک) با حفظ قاعده سنتی به دادگاه آن کشور اجازه می دهد که احترام به نظم عمومی را موکد اجرا کند. تذکر می دهد که دادگاه از اجرای قانون



کشوری که بر طبق کنوانسیون برای اعمال بر ماهیت اختلافات معین می‌شود وقتی می‌تواند از اعمال آن خودداری کند که به طور آشکار با نظم عمومی مقرر دادگاه در تعارض باشد. اصطلاح به طور آشکار می‌رساند که این ماده باید با استاندارد بالاتری مضیق تفسیر شود و اجازه ندهد هر مصلحت کوچک و کم اهمیت با سو استفاده مانع قانون حاکم شود.

مفاد بند ۲ قانون ۷ کنوانسیون این قاعده را تکمیل می‌کند و دادگاه را قادر می‌سازد که با اعمال قواعد آمره خویش به مصلحت برتر کشور مقرر دادگاه ترتیب اثر بدهد. کنوانسیون و مقررات روم یک تاکید می‌کند که هیچ مقرره ای در کنوانسیون حتی قانون حاکم برقرار داد نمی‌تواند از اعمال قواعد آمره مقرر محکمه جلوگیری کند. بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون و بند ۲ ماده ۹ مقررات روم - یک همچنین احترام به قواعد آمره کشور ثالث (غیر از کشور مقرر دادگاه و کشوری که قانون آن بر قرارداد حاکم است) که در اوضاع و احوال معین منافع برتری دارد را اولویت می‌دهد.

نتیجه گیری

از آنجا که قوانین مربوط به نظم عمومی، اصل آزادی اراده و آزادی قراردادی را محدود می‌سازند، در قلمرو حقوق خصوصی اعتبار دارند. بنابراین اگر چه بالاترین محل تجلی نظم عمومی، حقوق عمومی و به ویژه حقوق کیفری است، اما با توجه به اینکه در قلمرو حقوق عمومی، اصل آزادی قراردادی جایگاهی ندارد و در حقوق خصوصی است که آزادی قراردادی مطرح می‌شود، بیشترین مباحث نظم عمومی در حقوق داخلی، در این حوزه جریان دارد. محدودیت آزادی قراردادی هم ضرورتی اجتماعی و سیاسی است، زیرا حافظ منافع اساسی و بنیان‌های لازم هر اجتماع است و هم ضرورتی منطقی، زیرا مانع از آن می‌شود که اشخاص به میل خود در نظام حقوقی اختلال کنند.

بنابراین کارکرد نظم عمومی در حقوق داخلی آن است که قراردادهای خصوصی مغایر با آن را باطل کند و در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی، مانع اجرای قانون خارجی یا احکام صادره از دادگاه -های خارجی شود. منابع مهم نظم عمومی عبارتند از: اخلاق حسنه، رویه قضایی، عرف و عادات، احساسات عمومی و اراده حاکمیت. اراده حکومت عموماً از طریق وضع مقررات مدون، برای تابعان آن الزاماتی را پیش بینی می‌کند. اخلاق حسنه، مجموعه قواعد اخلاقی را در برمی‌گیرد که تنها ضمانت اجرای آن، وجدان است. این قواعد عموماً ریشه در مذهب دارند. عرف نیز مجموعه قواعدی را در بر می‌گیرد که از وجدان عمومی



ناشی شده و بدون دخالت قانونگذار در جامعه مرسوم است. نظم عمومی به عنوان استثنایی بر اصل حاکمیت اراده در برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد. قوانینی که به آنها نظم عمومی اطلاق می‌شود هدف از وضع آنها حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آن نظمی را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی کشور است یا حفظ نظام خانواده را بر هم زند، زیرا به امنیت اقتصادی و به عقاید و احساسات جامعه ایرانی لطمه می‌زند. در چنین حالتی اجرای قانون خارجی برای قاضی ایرانی غیر قابل تحمل می‌شود. با پیدایش نشانه‌های مخالف در حدودی که مخالفت دارد جلوگیری نماید.

منابع و ماخذ

- احمدی و استانی (۱۳۴۱) نظم عمومی در حقوق خصوصی، تهران، روزنامه رسمی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۰) تاثیر اراده در حقوق ایران، تهران.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۴) ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷) سقوط تعهدات، تهران، نشر حقوقدان.
- صفایی، سید حسین؛ قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۷۵) حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، نشر سمت، تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱) قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴) مقدمه علم حقوق، چاپ بیستم، تهران، برنا.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۵) مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ نهم، دانشگاه تهران، تهران.
- مرسلی، یدالله (۱۳۸۹) نظم عمومی در اعمال حقوقی، انتشارات جنگل، تهران.
- معزی، احمد (۱۳۹۱) قواعد حل تعارض در قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، انتشارات دادگستر، تهران.
- نوین، پرویز (۱۳۸۸) نظم عمومی در حقوق، شماره ۵، صحه ۴۳-۴۵، مرداد و شهریور.