

معیارها و ملاک های شناسایی و استخراج نظم عمومی

(تاریخ دریافت ۱۴۰۲/۰۷/۱۱ تاریخ تصویب ۱۴۰۲/۰۹/۱۶)

حضرت حجت الاسلام والمسلمین دکتر حسن عابدیان کلخوران^۱

سید مصطفی حسینی

چکیده

ایجاد و حفظ نظم عمومی در جامعه، اهمیت بسیاری دارد و به عنوان یکی از اصول اساسی توسعه و پیشرفت در هر جامعه ای محسوب می شود. نظم عمومی از مهمترین نهادهای حقوقی است که در نظام حقوق تمام کشورها جایگاه ویژه ای دارد. برای شناسایی و استخراج نظم عمومی، لازم است معیارها و ملاک های مشخصی تعیین شود تا بتوان این نظم را سنجید و ارزیابی کرد. در این مقاله، به بررسی معیارها و ملاک های شناسایی و استخراج نظم عمومی می پردازیم و رویکردهای مختلفی را برای این منظور بررسی می کنیم. همچنین به بررسی اهمیت نظم عمومی در جوامع مختلف و تأثیر آن بر سطح زندگی افراد می پردازیم. در نهایت، راهکارها و پیشنهاداتی برای شناسایی و استخراج نظم عمومی ارائه خواهیم داد.

واژگان کلیدی: نظم عمومی، حفظ نظم، منافع اجتماعی، اخلاق حسنه، زندگی اجتماعی



بخش اول: مبانی نظری

بند اول: مفهوم نظم عمومی در اعمال حقوقی

با وجود اینکه اصطلاح نظم عمومی از قرن نوزدهم به بعد، از حقوق کشور فرانسه به حقوق سایر کشورها راه یافت، ماهیت آن در سابقه حقوق کشورها وجود داشته و از دیرباز نقش مهمی در تحدید اراده اشخاص ایفا کرده است. این نهاد رابطه بسیار تنگاتنگی با منافع اجتماعی دارد و حتی بسیاری از حقوق دانان در تعریف نظم عمومی آن را به منافع جامعه تعریف کرده اند. از آنجا که منافع از مفاهیم نسبی است و تغییر زمان و مکان باعث تغییر مفهوم آن می شود، ماهیت نظم عمومی نیز امری متغیر و نسبی جلوه می کند که قلمرو آن با توجه به تغییرات شرایط اجتماعی و اقتصادی، گسترده و تنگ می شود و همین نسبی بودن ماهیت، باعث اختلاف نظرهای فراوانی درباره تعریف، مبنا و قلمرو نظم عمومی شده است.

بند دوم: درباره نظام عمومی

نظم عمومی یک نهاد بسیار وسیعی است که مطالعه تمام جوانب آن از حوصله این نوشتار خارج است. هدف در این بررسی، مطالعه نظم عمومی در ارتباط با اعمال حقوقی است. این اصطلاح در کتاب فقهای اخیر امامیه دیده می شود. ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران در این زمینه مقرر می دارد: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرا قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد یکی از مسایل مهمی که در این راستا مطرح می شود، مساله مربوط به تشخیص قوانین امری از قوانین تکمیلی است که در فقه نیز تحت عنوان تمیز حق از حکم مطرح شده است.



بسیاری از حقوقدانان برای تمایز این دو نوع قانون از هم، به مفهوم نظم عمومی ارجاع داده‌اند. به این معنا که هر قانونی که مربوط به نظم عمومی باشد از قوانین امری بوده و قوانینی که مربوط به نظم عمومی نباشد از قوانین تکمیلی است. بنابراین شناسایی دقیق نظم عمومی می‌تواند در این زمینه نیز بسیار کارساز باشد. (شهابی، ۱۳۹۷)

بند سوم: اختلاف نظر درباره منابع

با وجود آنکه نسبی بودن مفهوم نظم عمومی باعث اختلافی میان حقوقدانان شده است در مورد منابع آن نیز اختلاف نظر وجود دارد. از آنجا که «قانون» در فرانسه حاصل انقلاب بزرگی بود که مردم آن دیار برای به ثمر رسیدن آن رنج‌های بی‌شماری متحمل شده بودند، بسیاری از حقوق‌دانان فرانسوی برای حفظ آزادی‌های معاملاتی و جلوگیری از تجاوز به حریم قانون که هدفش دفاع و حمایت از حقوق اشخاص است، «قانون» را تنها منبع نظم عمومی معرفی کردند. اما باید دید آیا واقعا قانون منبع منحصر نظم عمومی است یا منابع دیگری نیز می‌توان برای آن قایل شد؟ آیا اخلاق حسنه از منابع نظم عمومی به‌شمار می‌رود؟ و آیا نهاد اخلاق حسنه غیر از نظم عمومی است یا با آن مرتبط است؟ و دیگر اینکه دکترین و اراده افراد می‌توانند از منابع نظم عمومی به‌شمار آیند یا خیر؟

بخش دوم: عقود در گذشته‌های دور

در گذشته‌های دور عقود به صورت تشریفاتی صورت می‌گرفت و در صورت عدم رعایت این تشریفات، آثاری بر آن عقد مرتبت نمی‌شد. نیز برای عقود نامعین یعنی عقودی که نام خاصی برای آنها در قانون وجود نداشت اعتباری قائل نبودند. عقود تشریفاتی هم در حقوق رم و هم در حقوق اسلام متداول بوده است، به طوری که در حقوق اسلام، برخی از فقها قایل به توقیفی



بودن عقود بودند و حتی موقعی که بحث راجع به صحت و عدم صحت عقود معاطاتی مطرح می شود، عده ای از فقها به استناد توقیفی بودن عقود آن را باطل و عده ای هم آن را موجود اباحه می دانند. اما عده ای دیگر نیز قایل به حاکمیت اراده بودند، عقود ابتدایی را درست می دانسته اند و حتی فقهای امامیه این مشکل را از طریق عقد صلح و شروط ضمن العقد رفع می کرده اند. تمام این مسایل و راه حل هایی که برای آنها انتخاب شده، نشان دهنده تاثیر قلمرو نظم عمومی بر قلمرو آزادی اعمال حقوقی است.

بخش سوم: استقلال اراده در زمینه ایقاعات

از مسایل مهم دیگری که امروزه مطرح می شود اصل استقلال اراده در زمینه ایقاعات است و در این راستا اختلاف شدیدتر است. در این زمینه نیاز به بررسی است که قلمرو نظم عمومی تا چه اندازه جلوی حاکمیت اراده فرد را می گیرد و تا چه حدی اشخاص می توانند تنها با قصد انشای یک جانبه خود، ماهیت حقوقی را ایجاد کنند؟ هرگاه بحث از حاکمیت اراده مطرح می شود، مکتب اصالت فرد و مکتب اصالت اجتماع نیز به دنبال آن مطرح می شود و این مباحث با آنکه محصول کشورهای اروپایی است، حقوق اسلام نیز این مسائل را به شکل دیگری در خود پرورانده است. دو اصل براءت و احتیاط از اصول عملیه بسیار مهمی هستند که در اصول فقه از آنها بحث می شود. اصل اباحه که از آن به اصل براءت شرعی نیز تعبیر می شود از اصل براءت نشأت می گیرد که طرفداران این اصل، قایل به اصل آزادی قراردادی هستند. اما طرفداران اصل حذر که از اصل احتیاط نشأت می گیرد، قایل به توقیفی بودند عقود هستند؛ بنابراین می توان گفت که از دیدگاه این دسته از فقها نظم عمومی اصل و آزادی قراردادی استثناست. قبول اصل آزادی اعمال حقوقی مستلزم نتایجی است که قوانین و مقررات این نتایج



را به طور کامل نپذیرفته و محدوده آنها را تنگ کرده است. در مورد تعارض قوانین در زمان و اینکه کدام قانون حاکم بر آثار عمل حقوقی است نیز نظم عمومی چهره دیگری می‌یابد و تعادل قراردادی را به هم می‌ریزد (طاهری، ۱۳۹۷).

بخش چهارم: معانی نظم عمومی در حقوق خصوصی

نظم عمومی در حقوق خصوصی در دو معنا می‌تواند به کار رود. در معنای اول، نظم عمومی عبارت است از مجموع محدودیت‌هایی که آزادی اراده اشخاص را فرا گرفته و در واقع محدوده آزادی اراده است. نظم عمومی در این مفهوم شامل مقرراتی می‌شود که محدودیت‌هایی را خارج از چارچوب اعمال حقوقی بر اراده اشخاص تحمیل می‌کند؛ مانند مشروعیت جهت در اعمال حقوقی و هم شامل مقرراتی می‌شود که تشکیل و ایجاد اعمال حقوقی مبتنی بر آنها است همچنین مانند مقررات مربوط به اهلیت، قصد و رضا. نظم عمومی در معنای دوم فقط شامل مقرراتی است که محدودیت‌هایی را از خارج بر اعمال حقوقی تحمیل می‌کند؛ مانند بطلان عمل حقوقی که موضوع آن نامشروع است یا عمل حقوقی که جهت آن نامشروع است. برای نظم عمومی تقسیم‌بندی‌های مختلفی صورت گرفته است. شاید به ظاهر، به نظر می‌رسد نظم عمومی دارای ماهیت چندگانه است اما باید دانست که برشمردن اقسام مختلف برای نظم عمومی دلیل بر این نیست که چند نوع نظم عمومی وجود دارد که مغایر یکدیگرند، بلکه نظم عمومی در برخی روابط و برخی اوضاع چهره خاصی می‌یابد. مثلاً نظم عمومی در روابط داخلی و روابط بین‌المللی دارای ماهیت واحدی است ولی در هر یک از این حوزه‌ها، چهره خاصی می‌یابد. حتی در روابط داخلی نیز در زمان تعارض قوانین، نظم عمومی چهره خاصی می‌یابد.



بند اول: چرا نظم عمومی تعریف دقیق ندارد؟

به دلیل نسبی بودن مفهوم نظم عمومی، هیچ مقننی قادر به ارایه تعریف و فرمول کلی برای تعیین مصادیق این مفهوم نیست. بنابراین برای مشخص کردن موارد مشکوک، که مربوط به نظم عمومی است یا خیر، باید اصلی بنا شود که در مواقع تردید بتوان از طریق این اصل از حالت تحیر خارج شد. از آنجا که بحث ما مربوط به قلمرو اعمال حقوقی است، اصل مذکور در این زمینه باید با توجه به اصل آزادی اعمال حقوقی بنا شود. این اصل، اصل تکمیلی بودن قوانین است. منتها مراد از تکمیلی بودن قوانین فقط مقررات مدون و موضوعه نیست بلکه منظور این است که هر جا تردید کنیم موردی از مصادیق نظم عمومی است یا خیر، باید مطابق این اصل گفت که مربوط به نظم عمومی نیست و اصل آزادی اعمال حقوقی حاکم است. اصل آزادی اعمال حقوقی در حقوق اسلامی نیز سابقه دارد و تحت عنوان اصل اباحه مورد بررسی قرار گرفته است. به نظر می رسد نظم عمومی تعیین کننده قلمرو اصل آزادی اعمال حقوقی است نه بالعکس زیرا مصالح و منافع افراد در حالت اجتماعی بر منافع آنها بدون لحاظ حالت اجتماعی، برتری دارد و هر جا یقین داشته باشیم موردی مربوط به منافع جامعه است مسلماً چنین نفعی بر نفع اشخاص مقدم است. در گذشته های دور به دلیل تشریفاتی و توقیفی بودن اعمال حقوقی، قلمرو نظم عمومی وسیع بود ولی کم کم با از میان رفتن این تشریفات و ظهور اصل حاکمیت اراده در فلسفه و گسترش آن به سایر علوم از جمله حقوق، اصل آزادی قراردادی در زمینه قراردادها فرصت ظهور پیدا کرد و به آرامی قلمرو نظم عمومی رو به کاهش نهاد. اما پس از چندی دوباره به دلیل پیشرفت علوم و گسترش منابع و تاثیر آنها در شرایط اجتماعی و اقتصادی جوامع که منجر به مداخله دولت ها در امور خصوصی اشخاص شده است، قلمرو نظم عمومی رو به فزونی می گیرد خدایاری، (۱۳۹۸).



بند دوم: اقسام نظم عمومی

نویسندگان حقوقی قائل به تقسیم‌بندی‌های متفاوتی برای نظم عمومی شده‌اند. عده‌ای آن را به سه دسته‌ی «نظم عمومی ملی» و «نظم عمومی بین‌المللی» و «نظم فراملی» تقسیم کرده‌اند. برخی دیگر منکر وجود نظم عمومی فراملی شده و فقط تقسیم‌بندی «نظم عمومی داخلی» و «نظم عمومی بین‌المللی» را پذیرفته‌اند. اما از نظر نگارنده جامع‌ترین و کامل‌ترین تقسیم‌بندی، آن است که در حقوق نوین و تفاسیر جدید، نظم عمومی را بر پایه احاطه‌ی قانونی بر آن به دو دسته‌ی «نظم عمومی ملی» و «نظم عمومی فراملی» تقسیم‌بندی می‌کنند. با این توضیح که «نظم عمومی ملی» خود به سه دسته تحت عنوان «نظم عمومی داخلی» و «نظم عمومی بین‌المللی» و «قواعد انتظامی» تقسیم می‌شود.

الف) نظم عمومی ملی

برای درک این قسم از نظم عمومی ضرورتاً باید به نظام حقوقی ملی یک کشور مراجعه کرد. نظم عمومی ملی هر کشور چه در روابط داخلی و چه در روابط بین‌المللی وابسته به اصول تمدن و نظام حقوقی خاص همان کشور است و با نظم عمومی کشور دیگر متفاوت است. نظم عمومی ملی همان‌طور که در بالا گفته شد، به سه دسته قابل تقسیم است: «نظم عمومی داخلی»، «نظم عمومی بین‌المللی» و «قواعد انتظامی».

ب) نظم عمومی داخلی

در خصوص این قسم از مفهوم مذکور آن‌چه همه بر آن توافق دارند، «آمره بودن» آن است. برخی معتقدند، نظم عمومی در حقوق داخلی به معنای رعایت «مطلق» قواعد امری است.



برخی نیز معتقدند نمی توان تمام قواعد آمره را در نظم عمومی داخلی جای داد. برخی نیز برای تعیین قواعد آمره محدوده ی قوانین موضوعه را کافی نمی دانند؛ به این دلیل که بعضی از مصادیق نظم عمومی را می توان در اخلاق حاکم بر اجتماع (اخلاق حسنه) نیز یافت. در راستای نظر اخیر نظم عمومی داخلی هر کشور عبارتست از مجموعه قواعد آمره حاکم در آن کشور که در قوانین امری و اخلاق حسنه آن اجتماع وجود دارد. نظم عمومی در این مفهوم اعم از اخلاق حسنه بوده و شامل نظم دولتی و اداری، نظم قضایی، نظم اقتصادی، نظم سیاسی، نظم در اهلیت و احوال شخصیه می شود. البته این نظر از سوی برخی حقوقدانان خارجی مورد تأیید قرار نگرفته است؛ اما اکثر مفسرین حقوق داخلی ایران، قائل بر این نظر هستند. مخالفینی که معتقدند نمی توان هر قاعده ی امری را در قلمرو نظم عمومی جای داد، وجه ممیزه ی قواعد امری با نظم عمومی را در «منفعت عمومی» می دانند؛ و هر قاعده امری را به صرف آمره بودن نباید دارای خصیصه ی نظم عمومی بدانیم، بلکه با تفاوت قائل شدن میان این دو، باید معیار نظم عمومی را حفظ کرده و اجازه ندهیم اراده ی افراد آن را با خطر مواجه کنند. آنچه از نظر اخیر برداشت می شود این است که نظم عمومی را در نفع عمومی جستجو می کند؛ اگر چه طرفداران نظر دیگر هم هدف غایی و نهایی را به صورت غیر مستقیم، نشأت گرفته از منفعت عمومی می دانند. دیوان دادگستری اروپا در پرونده بوشرو، اصل مفهوم نظم عمومی کشورهای عضو اتحادیه را این گونه توضیح می دهد: این مفهوم، جدای از آشفته گی در نظم اجتماعی که تمام موارد نقض قانون را موجب می شود، یک تهدید واقعی و به اندازه کافی خطرناک که بر یک منفعت اساسی در جامعه تأثیر می گذارد را فرض می کند. در تعیین نظم عمومی داخلی، هر کشور در چارچوب مصالح و منافع جامعه خود اقدام می کند. کشورها در این خصوص از آزادی عمل برخوردارند. این حق کشورها از سوی مراجع بین المللی نیز به رسمیت شناخته



شده است. دیوان دادگستری اروپا در قضیه‌ای با بیان این که نظم عمومی مفهومی سرزمینی دارد، اعلام می‌دارد که کشورهای عضو جامعه اروپا مسئولیت منحصر به فرد را در تعریف نظم عمومی خود دارند. بر این اساس دیوان تصدیق می‌کند که کشورهای عضو می‌توانند مفهوم نظم عمومی خود را نیز تغییر دهند (عالم زاده، ۱۴۰۲).

ج) نظم عمومی بین‌المللی

به عنوان مقدمه برای تبیین مفهوم نظم عمومی بین‌المللی باید متذکر شد که دکترین نزاکت بین‌المللی اقتضا دارد که در مسائل تجاری بین‌المللی، قانون خارجی، خواه به خاطر تراضی طرفین و خواه به خاطر قواعد حل تعارض قوانین در کشور دیگر، اعمال گردد. اما هنگامی که قانونگذار اجازه می‌دهد که در یک فضای تجاری بین‌المللی قانون حکم خارجی اعمال شود، با مسائلی ناشناخته‌ای روبروست. هر گاه قاضی احرار کند که قانون یا حکم مذکور اگر چه علی‌الاصول قابلیت اعمال را دارد، اما با مفاهیم اساسی و غیر قابل چشم‌پوشی نظام حقوقی متبوعش در تعارض قرار دارد، آن قانون یا حکم خارجی را اعمال نخواهد کرد. بنابراین نظم عمومی بین‌المللی به تعبیری، «مجموعه سازمان‌ها و قواعد حقوقی است که چنان با مبانی و اصول تمدنی یک کشور مرتبط هستند که ناگزیر بر قوانین خارجی، مقدم می‌شوند، به تعبیر دیگر نظم عمومی بین‌المللی قسمتی محدود از نظم عمومی یک کشور است، که در سطح بین‌المللی اعمال می‌شود. از سویی نظم عمومی بین‌المللی یک کشور، به معنای مجموعه ارزش‌هایی است که جامعه نمی‌تواند نقض آن‌ها را حتی در عرصه بین‌المللی تحمل کند. نظم عمومی بین‌المللی (در مفهوم حقوق بین‌الملل خصوصی، نه حقوق بین‌الملل عمومی) به معنای نظم عمومی مشترک بین کلیه کشورها نیست بلکه برخی این نوع نظم عمومی را نقطه تعادل



بین منافع و نظم عمومی یک کشور با نظم عمومی و منافع دیگر ملل و نیازهای تجارت بین المللی می دانند. در مقام مقایسه میان موضوعات نظم عمومی بین المللی و نظم عمومی ملی، باید گفت که موضوعات قسم نخست محدودتر است. رابطه منطقی بین این دو نوع از اقسام این مفهوم، عموم و خصوص مطلق است، بدین معنا که تمامی مصادیق نظم عمومی بین المللی، مصادیقی از نظم عمومی ملی هستند اما کلیه مصادیق نظم عمومی ملی جزء نظم عمومی بین المللی به شمار نمی آیند. در واقع این گونه است که نظم عمومی بین المللی مفهوم و گستره ی شمول محدودتری نسبت به نظم عمومی ملی دارد و زیر مجموعه آن محسوب می - شود و نتیجتاً اگر موضوعی در میان موضوعات نظم عمومی ملی ننگجد، شامل حال نظم عمومی بین المللی هم نخواهد شد. یکی دیگر از موارد مهمی که در این قسمت باید مورد توجه قرار بگیرد، این است که نظم عمومی بین المللی در مفهوم حقوق بین -الملل عمومی، جزئی از حقوق بین الملل عمومی است که در رابطه با تابعان حقوق بین الملل عمومی قابل اعمال می باشد، در صورتی که نظم عمومی بین المللی به مفهوم اولیه مورد نظر در داوری تجاری بین المللی، جزئی از حقوق بین الملل خصوصی و بخشی از نظم عمومی ملی است. در مفهوم مورد نظر در حقوق بین الملل خصوصی به تعداد کشورهای جهان نظم عمومی وجود دارد، اما در مفهوم نظم عمومی حقوق بین الملل عمومی فقط یک نظم وجود دارد. در حقیقت معیار نظم عمومی بین المللی در حقوق بین الملل خصوصی از کشوری به کشور دیگر متغیر است و مرجع رسیدگی کننده در این گونه دعاوی بین المللی باید به مصادیق موجود در حقوق ملی متبوع خود مراجعه کند. در صورتی که نظم عمومی حقوق بین الملل عمومی، اصول و قواعدی کلی است که برای جامعه بین المللی از اهمیت بسیار زیادی برخوردار است تا آن جا که هر عملی خلاف آن فاقد اعتبار لازم است. این اصول بنیادین در اسناد بین المللی مانند



منشور سازمان ملل متحد درج شده است و در تصمیماتی که در سطح جهانی یا منطقه‌ای اتخاذ می‌شود به کار می‌رود (مانند اصل منع توسل به زور)؛ این اصول میان دولت‌های مختلف، مشترک بوده و در روابط بین‌المللی به عنوان قاعده آمره بین‌المللی پذیرفته شده است. برخی نویسندگان نیز مفهوم نظم عمومی مورد استفاده در حقوق بین‌الملل خصوصی و داوری‌های تجاری بین‌المللی را با مفهوم نظم عمومی بین‌المللی در حقوق بین‌الملل عمومی معادل دانسته‌اند. اما این گونه به نظر می‌رسد که هیچ ارتباط مستقیمی بین نظم عمومی در داوری‌های تجاری بین‌المللی و نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی وجود ندارد. رسالت نظم عمومی ملی (که اعم از نظم عمومی داخلی و نظم عمومی بین‌المللی و قواعد انتظامی است) حفظ هنجارهای اساسی یک کشور خاص است، حتی اگر قاعده مورد نظر مختص همان کشور باشد. در واقع اساس این نظم را میزان اهمیت یک قاعده در یک کشور تشکیل می‌دهد؛ قاعده‌ای که تمام موانع تاب مقاومت در برابر آن را ندارند و در هر سطح و مرحله‌ای خود را تحمیل می‌کند (کاظمینی، ۱۳۹۳).

د) قواعد انتظامی

برخی نویسندگان از «قواعد انتظامی» به عنوان یکی از اقسام نظم عمومی ملی یاد می‌کنند. فایده قوانین مربوط به انتظامات برای یک جامعه خاص و معین به اندازه‌ای زیاد است که با قوانین و احکام خارجی قابل مقایسه نیستند و اصولاً به همین لحاظ قلمرو اجرای آن‌ها تابع و وابسته به هدف آن‌ها است. در حقوق عمومی قواعدی وجود دارد که تحت عناوینی از قبیل قواعد انتظامی یا قواعد عمومی یا انتظامات عمومی از آن یاد می‌شود و مراد از آن قواعدی است که رعایت آن لازمه حفظ و نگهداری سازمان سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور



است؛ این قواعد می تواند مقررات ارزی و محدودیت های گمرکی و مالیاتی باشد که صرف نظر از قانون حاکم بر هر قرارداد تجاری بین المللی، باید از سوی دادرس یا داور مربوطه لحاظ شود. قاضی در برخورد با موارد مربوط به مغایرت با قواعد انتظامی، باید بین قوانین مربوط به انتظامات مقر دادگاه و قانون یا حکم خارجی قائل به تفکیک شود. قوانین مربوط به انتظامات مقر دادگاه چنان اولویت طبیعی دارند که باید در هر صورت اعمال و اجرا شوند (الف، ۱۳۸۵)

۵) نظم عمومی فراملی

در حوزه داوری تجاری بین المللی روز به روز تمایل به کنار گذاشتن قوانین و نظام های حقوق ملی رو به گسترش است، در این راستا در کنار ظهور مفهوم «قانون فراملی» می توان از پیدایش مفهوم جدیدی از نظم عمومی تحت عنوان «نظم عمومی فراملی» سخن راند. منظور از این اصطلاح، برخی اصول اساسی مشترک میان اغلب نظام های حقوقی و تجارت بین المللی است که مقبولیت عامه یافته و از آن به نظم عمومی فراملی تعبیر می شود. تعاریف متعددی از سوی نویسندگان حقوقی در مورد نظم عمومی فراملی مطرح شده است که در اینجا به ذکر برخی از آن ها می پردازیم: عده ای، این نوع از نظم عمومی را شامل قواعد اساسی حقوق طبیعی، اصول عدالت جهانی، قواعد آمره حقوق بین الملل عمومی و اصول کلی اخلاقی پذیرفته شده توسط آن چه که ملل متمدن خوانده می شود، می دانند. برخی دیگر نظم عمومی فراملی را معرف اجماع بین المللی در خصوص هنجارهای پذیرفته شده بین المللی می دانند. به این دیدگاه این گونه پاسخ داده شده است که اجماع بین المللی، حتی در بهترین



حالات قابل بحث و مناقشه است و لذا نظم عمومی فراملی، حتی به فرض وجود، دقیقاً غیرقابل پیش‌بینی و تحقق و اعمال آن دشوار است، شاید این‌گونه به ذهن متبادر شود که تعاریف ارائه شده از نظم عمومی فراملی آن را بسیار به نظم عمومی حقوق بین‌الملل عمومی نزدیک می‌کند، اما با اندکی دقت درمی‌یابیم که نظم عمومی دسته اول در حوزه حقوق خصوصی است و نظم عمومی دسته‌ی دوم ناظر بر روابط دارای جنبه‌ی عمومی است و مربوط به تعهدات کشورها در عرصه بین‌المللی می‌باشد، برخی مفسرین مفهوم نظم عمومی فراملی را مورد پذیرش قرار نداده‌اند؛ چرا که معتقدند این مفهوم ظاهر مشخصی ندارد و ابهامات زیادی هنوز پیرامونش باقی است و چگونگی تمیز آن از انواع دیگر نظم عمومی واضح و روشن نیست. اما در مقابل حقوق‌دانانی چون «گلدمن» با تأیید وجود این نظم آن را یک نظم عمومی فرامرزی قلمداد کرده‌اند. از دیدگاه مدافعان نظم عمومی فراملی، این نوع نظم عمومی وقتی قابل اعمال است که موضوع داوری بین‌المللی تحت حاکمیت «حقوق بازرگانی فراملی» باشد. با وجود تمام امتیازاتی که نظم عمومی فراملی می‌تواند داشته باشد، اما مفسرین حقوقی کشورهای در حال توسعه، آن‌چنان به این وعده‌ی داشتن قوانین یکسان در سطح جهانی خوشبین نیستند؛ به طوری که برخی بر این باورند که ایده‌ی حقوق بازرگانی و نظم عمومی فراملی تلاشی است در راستای جا انداختن نیات و شگردهای بعضی کشورهای خاص و محدود برای تمام ملت‌ها و جازدن آن در سطوح مختلف جهانی. مدعیان چنین نظم‌ی به دنبال منافع کشورها و شرکت‌های مورد نظر خویش هستند و در پی تحمیل قواعدی به ملل ضعیف می‌باشند که منافع نامشروع مورد نظرشان را تأمین می‌کند. واقعیت این است که با وجود پیدایش مفهوم



نظم عمومی فراملی و پذیرش آن از سوی برخی صاحب نظران و مراجع داوری، نمی توان جایگاه موجهی برای این قسم از نظم عمومی در رویه عملی قائل شد (مزارعی، ۱۴۰۰).

بخش پنجم: معیارها و ملاک های شناسایی نظم عمومی

معیارها و ملاک های شناسایی نظم عمومی می تواند شامل اصول قانونی، اخلاقی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی باشد. هدف از شناسایی نظم عمومی، حفظ صلح و آرامش در جامعه، ارتقای اعتماد و همبستگی میان افراد و تامین امنیت و رفاه عمومی است. معیارهای قانونی شامل قوانین و مقرراتی است که توسط دولت و نهادهای قانونی برای حفظ نظم و امنیت عمومی تعیین می شوند. معیارهای اخلاقی شامل ارزش ها و اصولی است که در جامعه برای رفتار صحیح و انسانی مورد توجه قرار می گیرند. معیارهای اجتماعی نیز شامل رفتارها و عملکردهایی است که برای حفظ همبستگی و انسجام در جامعه لازم است. معیارهای فرهنگی شامل ارزش ها، باورها و عاداتی است که در یک جامعه مشترک هستند و به حفظ تمایز و تنوع فرهنگی کمک می کنند. و در نهایت، معیارهای اقتصادی شامل سیستم های اقتصادی و توزیع منابع است که برای تامین رفاه و امنیت مالی جامعه ضروری است. عیارهای شناسایی نظم عمومی ممکن است در جوامع مختلف متفاوت باشند. این معیارها باید با توجه به شرایط و نیازهای هر جامعه مشخص شوند و برای حفظ نظم و آرامش در آن جامعه اجرا شوند. همچنین، معیارهای شناسایی نظم عمومی ممکن است در طول زمان تغییر کنند و با توسعه جامعه و تغییرات در فرهنگ و اقتصاد، به روزرسانی شوند (عدالت جو، ۱۳۹۷).



بخش ششم: بررسی پیشنهاد تحقیق

عالم زاده (۱۴۰۲) در مقاله ای با عنوان روش های تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی بیان می دارد: در قلمرو حقوق بین الملل خصوصی هرگاه قانون خارجی قابل اعمال، مخالف نظم عمومی کشور مقرر دادگاه باشد از اجرای آن جلوگیری می شود. در مورد معیار تشخیص مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی مقرر دادگاه ابتدا در مؤسسات و کنفرانس های بین المللی تلاش هایی در جهت احصای موضوعات مربوط به نظم عمومی صورت گرفت، لیکن به دلیل تفاوت فرهنگ، مذهب و تمدن کشورها این تلاش ها ثمربخش نبوده است، از این رو امروزه تشخیص این موضوع به مراجع قضایی واگذار شده است که از این شیوه، به روش تعیین استقرایی یاد می شود؛ اما اختیار وسیع قضات در اجرای این روش موجب گردید تا علمای حقوق بین الملل خصوصی راه حل هایی را جهت تحدید اختیار قضات ارائه نمایند. طرح دکتربین حقوق مکتسبه، نظریه اثر خفیف نظم عمومی و دکتربین شدت ارتباط با مقرر دادگاه از جمله این تلاش ها بوده است. ماحصل نظریات یادشده این است که چنانچه اعمال قانون خارجی صرفاً در عمل مخالف با نظم عمومی کشور مقرر دادگاه باشد قاضی مقرر دادگاه از اجرای قانون خارجی جلوگیری می نماید. این طرز تلقی از نظم عمومی با طبع استثنایی قاعده نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی نیز هماهنگی دارد. شهابی (۱۳۹۷) در مقاله ای با عنوان «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» چون منبع اصول و قواعد حقوقی تأملی بر چگونگی گذار از کارکرد سلبی به کارکرد ایجابی نهادهای حقوقی بیان میدارد که: «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» را باید منبع قاعده حقوقی و گزاره های حقوقی دانست تا علاوه بر نقش صرفاً سلبی، کارکرد ایجابی نیز داشته باشند. این دو منبع، همانند سایر منابع، متأثر از مبنای اعتبار قواعد در نظام حقوقی اند، تا آنجا که کثرت گرایی در مبنای کثرت انواع



«اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» را در پی دارد. تبیین نوع رابطه سلسله مراتبی میان انواع «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» نیز، به نوع رابطه سلسله مراتبی میان مبناهای اعتبار قاعده حقوقی در نظام حقوقی بستگی دارد؛ به گونه ای که می توان گفت در نظام حقوقی ایران، «اخلاق حسنه دینی» و «نظم عمومی دینی»، بر دیگر انواع «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» تقدم اعتباری دارند. تفاوت «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی»، نه از نوع ماهوی، بلکه شکلی است. «نظم عمومی»، موضوعه است و گزاره های حقوقی برآمده از «اخلاق حسنه» ناموضوعه اند. به سخن دیگر، «اخلاق حسنه»، یادآور دوگانگی حقوق و قانون است. کرمی (۱۳۹۵) در مقاله ای با عنوان نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه بیان می دارد که: امروزه، تحمیل شروط ناعادلانه توسط طرف قوی قرارداد بر طرف ضعیف، بویژه در قراردادهای مصرف کالاها و خدمات، واقعیتی انکارناپذیر می باشد. در حقوق خارجی در ابتدا دادگاه ها به نفع طرف ضعیف مداخله و به مدد تکنیک های تفسیری از ظرفیت های موجود در قواعد عمومی قراردادها برای مقابله با اینگونه شروط بهره گرفتند و در گام بعدی رویکرد حمایت از مصرف کننده در برابر شروط ناعادلانه توسط قانون گذاران تعقیب گردید. در حال حاضر در قانون مصرف اغلب کشورها بخشی به کنترل شروط ناعادلانه اختصاص یافته است که طی آن شروط خاصی ناعادلانه توصیف و باطل اعلام گردیده اند. اما متأسفانه در ایران قانون حمایت از مصرف کنندگان فاقد چنین مقرراتی است. لذا در شرایط فعلی خلاء قانونی و با توجه به ضرورت مقابله با شروط مزبور، کنترل قضایی تنها راه چاره است. بررسی شیوه های مقابله دادگاه ها با اینگونه شروط در کشورهای دیگر نشان می دهد که در حقوق ایران نیز ابزارهای حداقلی لازم برای چنین کنترلی در دسترس است. مهمترین ابزار قانونی که به نظر می رسد



دادگاه‌های ایرانی می‌توانند برای مقابله با شروط ناعادلانه به کار گیرند، مفهوم نظم عمومی (موضوع ماده ۹۷۵ قانون مدنی) است.

نتیجه‌گیری

در این مقاله، معیارها و ملاک‌های شناسایی و استخراج نظم عمومی بررسی شدند. نظم عمومی به عنوان یکی از اصول اساسی توسعه و پیشرفت در هر جامعه‌ای بسیار مهم است. شناسایی عوامل مؤثر بر نظم عمومی و استفاده از معیارهای کمی و کیفی برای سنجش آن، ابزارهای مهمی در این راستا هستند. همچنین، نقش دولت و نهادهای عمومی، مشارکت اجتماعی و ارتباط بین نظم عمومی و عدالت اجتماعی نیز در استخراج و حفظ نظم عمومی بسیار مهم هستند. اهمیت نظم عمومی در توسعه اقتصادی، امنیت اجتماعی و کیفیت زندگی افراد نیز مورد بررسی قرار گرفت. در نهایت، راهکارها و پیشنهاداتی برای شناسایی و استخراج نظم عمومی ارائه شدند، از جمله تقویت نهادهای عمومی، آموزش و افزایش آگاهی افراد و ترویج فرهنگ احترام به قوانین و مقررات. مقاله حاضر به جوامع و سازمان‌های مرتبط با مدیریت عمومی، جامعه‌شناسی، علوم اجتماعی و سیاستمداران کمک می‌کند تا بهترین روش‌ها و استراتژی‌ها را برای شناسایی و حفظ نظم عمومی در جامعه خود پیدا کنند. همچنین، این مقاله می‌تواند ابتدایی برای تحقیقات بیشتر در این حوزه باشد و به توسعه نظریه‌ها و روش‌های مرتبط کمک کند.

• راهکارها و پیشنهادات

برای شناسایی و استخراج نظم عمومی، ابتدا نیاز است که معیارها و ملاک‌های مناسب برای مورد مورد نظر تعیین شوند. سپس، با استفاده از این معیارها، می‌توان وضعیت نظم عمومی در



جامعه را سنجید و از نتایج بدست آمده، راهکارها و پیشنهاداتی برای بهبود آن ارائه داد. به عنوان مثال، اگر معیارهای قانونی در جامعه به خوبی رعایت نشود، می‌توان راهکارهایی برای تقویت نظام قانونی و افزایش اعتماد به آن ارائه کرد. همچنین، اگر معیارهای اخلاقی در جامعه تضعیف شده باشند، می‌توان برنامه‌هایی برای ترویج ارزش‌ها و اصول اخلاقی ارائه داد.



منابع و مآخذ

۱. الفت، نعمت الله. (۱۳۸۵). نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد. حقوق اسلامی، ۲(۷)، ۷۹-۱۰۴.
۲. خدایاری سیکان، فیروزه، ۱۳۹۸، تفاوت شرط خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه با شرط نامشروع، کنفرانس ملی حقوق در چشم انداز ۱۴۰۴، رشت.
۳. شهابی، مهدی، شهیدی، نگار. (۱۳۹۷). «اخلاق حسنه» و «نظم عمومی» چون منبع اصول و قواعد حقوقی تأملی بر چگونگی گذار از کارکرد سلبی به کارکرد ایجابی نهادهای حقوقی. مطالعات حقوق خصوصی، ۴۸(۳)، ۵۱۱-۵۲۸.
۴. عالم زاده، محمد. (۱۴۰۲). روش های تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی. پژوهشهای حقوقی، ۲۲(۵۳)، ۱۴۵-۱۷۰.
۵. عدالت جو، تهمینه، عصمتی، زینب. (۱۳۹۷). جایگاه نظم عمومی در معاهدات بین المللی حقوق بشری و نظام حقوقی ایران و اسلام. فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی، ۱(۱)، ۲۶۵-۲۸۸.
۶. کاظمینی، سید محمد حسین. (۱۳۹۳). درآمدی تحلیلی بر مبانی معرفتی و مناشی فلسفی الزام آور بودن قواعد حقوقی. حقوق اسلامی، ۱۱(۴۲)، ۱۴۱-۱۶۵.
۷. کرمی، سکینه. (۱۳۹۴). نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه. مجله حقوقی دادگستری، ۷۹(۹۱)، ۱۰۷-۱۳۴.



۸. مزارعی، فاطمه، ۱۴۰۰، مفهوم و معیار تشخیص نفع عمومی و تمایز آن از نفع خصوصی، هشتمین کنفرانس بین المللی مطالعات حقوقی و قضایی