

بحثی پیرامون منبع نظم عمومی در حقوق قراردادهای ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، انگلیس و فرانسه

اکبر میرزانژاد جویباری*

استادیار حقوق خصوصی مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۱

دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۱۶

چکیده

قراردادهای خصوصی مغایر نظم عمومی باطل و بلااثر است اما دادگاه نظم عمومی را باید در کجا جستجو کند. آیا باید فقط در مواردی به نظم عمومی استناد کند که آن نظم منبعت از قانون آمره یا اصول و قواعد کلی مبتنی بر آن است یا می‌توان نظم عمومی را از منابع دیگر نظیر عرف و عادت، سنت‌های اجتماعی، اخلاق و شرع نیز استخراج کرد؟ نویسنده در مقاله حاضر این مسأله را در حقوق موضوعه و رویه قضایی ایران هم چنین در نظام حقوقی کشورهای نظیر آمریکا، انگلستان و فرانسه بررسی کرده و به این نتیجه رسیده که باید منبع نظم عمومی را قوانین آمره به معنای عام (منطوق و مفهومی قانون، روح قانون و اصول و سیاست‌های کلی حقوقی مبتنی بر آن) دانست و به نوعی ادغام میان نظم عمومی و قانون آمره قائل شد و از عدم استقلال نظم عمومی از قانون آمره دفاع کرد، لیکن پذیرفت که بر

Email: amjouybari@yahoo.com

* نویسنده مسئول مقاله:

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

خلاف نظم عمومی، اخلاق حسنه و موازین شرعی دو منبع مستقل کنترل کننده اصل آزادی قراردادی به شمار می‌رود.

واژگان کلیدی: منبع، اخلاق حسنه، قانون آمره، موازین شرع، اصل آزادی قراردادی.

۱. مقدمه

یکی از محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی که از دیر باز در قریب به اتفاق کشورها از جمله ایران پذیرفته شده است، بی‌اعتباری آن دسته از قراردادهای خصوصی است که به نحوی مغایر نظم عمومی هستند.

نظم عمومی از جهات مختلف از جمله از حیث مفهوم و اقسام (داخلی یا بین‌المللی)^۱ قابل بررسی است. لیکن نویسنده در این مقاله به بررسی ابهامات مربوط به منبع نظم عمومی در حقوق قراردادهای ایران می‌پردازد و تلاش می‌کند راجع به این موضوع در حقوق ایران و سپس بررسی تطبیقی آن در نظام حقوقی داخلی برخی کشورهای دیگر، توضیح تازه‌ای عرضه کند.

از جمله پرسش‌هایی که برای تبیین نهایی منبع نظم عمومی باید بدان پاسخ داد عبارتند از: الف) آیا دادگاه باید فقط در مواردی به نظم عمومی استناد کند که آن نظم منبعث از قانون یا اصول و قواعد کلی مبتنی بر آن باشد یا می‌توان نظم عمومی را از

۱. برای ملاحظه جایگاه نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی ر.ک. به: نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین‌المللی، ایو درن (IVES DERAINS) ترجمه و تلخیص دکتر محمد اشتری مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۹، ص ۱۶۹ به بعد؛ نصیری، محمد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ج اول و دوم، ص ۱۸۸، انتشارات آگاه، چاپ پنجم ۱۳۷۷؛ الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، ص ۱۲۹ به بعد، چاپ اول، مرکز نشر دانشگاهی، تهران ۱۳۶۸ - عامری، جواد، حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۱۴۵، انتشارات آگاه تهران، ۱۳۶۲ - ارسطو محمد جواد، موانع اجرای قانون بیگانه «نظم عمومی»، مجله بصیرت، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۰۹ به بعد. «نظم عمومی» - علیرضا ایرانشاهی، بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری سال بیست و هشتم، شماره ۴۴.

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



منابع دیگر نیز استخراج کرد؟ (ب) ارتباط میان مفهوم نظم عمومی و قواعد آمره چیست؟ (ج) آیا اخلاق حسنه و موازین شرعی را می توان در شمار منابع نظم عمومی آورد؟ (ه) رویه قضایی در باره این پرسش ها چه موضعی اتخاذ کرده و جایگاه موضوع در نظام حقوقی کشورهای نظیر آمریکا، انگلستان و فرانسه چیست؟

با توجه به این پرسشها، در این مقاله ابتدا به بیان مفهوم و جایگاه کلی نظم عمومی در حقوق قراردادهای ایران و ارتباط آن با مفاهیم نزدیک به این نهاد یعنی قوانین آمره، اخلاق حسنه و موازین شرعی و چگونگی تمییز آنها از یکدیگر می-پردازیم و سپس این نکته را بررسی خواهیم کرد که منبع نظم عمومی کدام است و موقعیت این تأسیس مهم حقوقی در رویه قضایی ایران چیست و سرانجام به بررسی تطبیقی موضوع در نظام حقوق داخلی برخی کشورها از جمله آمریکا، انگلیس و فرانسه پرداخته و نتیجه گیری لازم را انجام خواهیم داد.

۲. مفهوم و جایگاه کلی نظم عمومی و ارتباط آن با مفاهیم مشابه

۲-۱. مفهوم و جایگاه کلی نظم عمومی

در حقوق ایران اصطلاح نظم عمومی در قوانین مختلف به عنوان یکی از موانع اصل آزادی قراردادی بکار رفته است. ماده ۶ ق.آ.د.م. مقرر می دارد: «عقود و قرارداد هایی که مخل نظم عمومی و یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». ماده ۹۷۵ ق.م. نیز در خصوص قراردادهای مخالف نظم عمومی اعلام می کند: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دارکردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود بموقع اجرا گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

این اصطلاح در قوانین متعدد دیگر هم که لزوماً مرتبط با قرارداد نیستند، به کار رفته که توجه به آنها به لحاظ وحدت مبانی و ملاکها هم چنین درک جامع‌تر از جایگاه نظم عمومی در حقوق ایران ضروری است. در این راستا یکی از مهم‌ترین مواد، ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی است که در آن می‌خوانیم: «سردفتران و دفتریاران موظفند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند؛ مگر آن که مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضا کننده اعلام نمایند». علاوه بر این در بند ۲ ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، بند ۲ ماده ۱۲۹۵ ق.م. ماده ۳۴ قانون داورى تجارى بين‌المللى، مواد ۴، ۳۲ و ۴۶ قانون ثبت علائم و اختراعات، ماده ۵ قانون نشان جغرافیایی ماده ۵۷ قانون دریایی و ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی هم عبارت مزبور مورد تصریح قرار گرفته است.

تنوع و تشتت عبارت قانونگذار در به کارگیری این اصطلاح در مواد مختلف به گونه‌ای است که درک مفهوم هم چنین قلمرو این نهاد حقوقی را از حیث منبع دشوارتر می‌سازد؛ زیرا در حالی که در ماده ۶ ق.آ.د. م. صرفاً از قراردادهای خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه سخن به میان آمده است، در ماده ۹۷۵ ق.م. در کنار اصطلاحات نظم عمومی و اخلاق حسنه، از عبارت جریحه دار کردن احساسات عمومی استفاده شده است. از سوی دیگر در حالی که ماده ۱۲۹۵ ق.م. و ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، اسناد خارجی و احکام مدنی خارجی را در صورتی در ایران قابل اجرا می‌داند که مخالف قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و این حکم بیشتر حکایت از آن دارد که منبع نظم عمومی قانون بوده و نباید بر استقلال نظم عمومی از قوانین آمره تأکید کرد. ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی بر این دو نهاد، قانون را که علی‌القاعده مقصود قانون امری است، افزوده است.

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



گرچه ارائه تعریف دقیق از پدیده‌ها اجتماعی اصولاً بسیار دشوار است. با این حال برای اینکه بتوان مباحث بعدی مقاله را بر مفهومی نسبتاً واحد بنا کرد، اشاره به برخی از تعاریف ارائه شده در باره نظم عمومی ضروری است.

پاره ای از حقوقدانان اساساً به این بحث نپرداخته اند (عبده بروجردی، ۱۳۸۰- عدل مصطفی، ۱۳۷۳) و عده‌ای دیگر به‌رغم ورود به موضوع نظم عمومی، عبارات صریحی در خصوص آن ارائه نکرده اند. اما برخی بر آنند که قواعد واجد جنبه نظم عمومی، قواعدی است که با مصالح عالی دولت و منافع جامعه در ارتباط است و اشخاص اجازه ندارند با توافق به نحو مستقیم یا غیر مستقیم این نظم را برهم بزنند (کاتوزیان، ج اول، ۱۳۷۲، ص ۱۵۹ و ۱۶۱؛ الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۲۹). یکی دیگر از حقوقدانان گرچه تعریفی از نظم عمومی ارائه نمی‌کند، لیکن از سایر عبارات وی^۱ و اینکه ذیل بحث نظم عمومی از قوانین آمره و تکمیلی و چگونگی تمییز آن دو سخن می‌گوید، می‌توان چنین برداشت کرد که از نظر وی قواعد مربوط به نظم عمومی همان قواعد و قوانین آمره است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۱۴). تعداد دیگری از حقوقدانان صراحتاً بیان کرده‌اند که قوانین امری را قوانین نظم عمومی نیز می‌گویند و نظم عمومی در روابط داخلی شامل قواعد امری است که اراده افراد نمی‌تواند آنها را نقض کند (صفایی، ۱۳۸۲، ج دوم، ص ۵۱). عده‌ای معتقدند در فقه اسلامی هم این مفهوم مسبوق به سابقه است که مهم‌ترین ویژگی آن این است که چنانچه نقض شود، موجب اختلال نظام اجتماعی می‌شود (الفت، ۱۳۸۴، ش ۷، ص ۷۹-۱۰۴).

بنابراین به اجمال می‌توان گفت که قواعد واجد نظم عمومی به آن دسته از قواعدی اطلاق می‌شود که با نظم اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، امنیتی و اداری هر جامعه

۱. مثل این عبارت «مقررات مربوط به نظم عمومی یا مقررات مربوط به قوانین امری امور ثابت و غیر قابل تغییر نیستند» جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ش ۶۴۸ و ۶۴۹، ۲۱۶، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۷.

ارتباط وثیق دارد و نقض آن موجب اختلال در حفظ مصالح عالیه مردم و انتظام صحیح کشور می‌گردد و اشخاص نمی‌توانند با توافق از اجرای آن جلوگیری نمایند.

۲-۲. نظم عمومی و مفاهیم مشابه

۲-۲-۱. نظم عمومی و قوانین آمره

قوانین امری به آن دسته از قوانینی گفته می‌شود که جنبه الزامی دارد و بر خلاف قوانین تکمیلی که واجد وصف ارشادی است و با توافق می‌توان آن را نادیده گرفت، طرفین حق عدول از آن را با تراضی یکدیگر ندارند (صفایی، ۱۳۸۲، ج دوم، ص ۵۰ و کاتوزیان، ج اول، ۱۳۷۲، ص ۱۴۹ به بعد).

اینک پرسش قابل طرح این است که آیا نظم عمومی ویژگی قوانین آمره و ضابطه تمییز آن از قوانین تکمیلی است یا باید آن را به طور کلی منبعی مستقل از قوانین آمره دانست؟

تردیدی نیست که در نظام حقوقی ایران، مقصود از واژه قانون در هر جا که تصریح می‌شود، قراردادها یا اسناد خلاف قانون قابل ترتیب اثر نیست، قانون امری است.^۱ با توجه به تشتمت عبارات قانونگذار در به کارگیری اصطلاحات نظم عمومی و قانون آمره به نظر می‌رسد باید با تکیه بر اصول و قواعد حقوقی به تجزیه و تحلیل موضوع پرداخت.

به عقیده نویسنده هر قانون امری بی گمان واجد وصف نظم عمومی است به گونه‌ای که اگر یک قانون ارتباطی به نظم عمومی نداشته باشد، نمی‌توان آن را آمره توصیف کرد. در واقع بدین ترتیب نظم عمومی به عنوان معیار تمییز قوانین تکمیلی از قوانین آمره مدنظر قرار می‌گیرد نه منبعی مستقل برای کنترل قراردادهای خصوصی. این مطلب را بسیاری از حقوقدانان بدون اینکه با این صراحت به آن

۱. حقوقدانان تقریباً در مورد اینکه مقصود از قانون در اینگونه موارد از جمله ماده ۱۰ قانون مدنی، قانون آمره است، اتفاق نظر دارند. (کاتوزیان، همان، ص ۱۴۹ و ۱۵۰، صفایی، همان، ص ۵۰)

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



اشاره کنند، پذیرفته اند (کاتوزیان، ج اول، ۱۳۷۲، ص ۱۴۹ به بعد^۱ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۱۶). دقت در رویه قضایی نیز نشان می دهد که دادگاهها در اغلب موارد نظم عمومی را با این ویژگی مورد توجه قرار داده اند. برای مثال هیأت عمومی دیوانعالی کشور در رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۵/۶/۹ دعوی خواهان به خواسته الزام خواندگان به انجام تشریفات ثبت نقل و انتقال سهام شرکت سهامی خاص را با این استدلال که «... هر گونه تغییر در سرمایه شرکت و یا انتقال سهام با نام بایستی بر طبق مواد ۴۰ و ۸۳ و ۸۴ لایحه اصلاح قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ که از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است تحقق پذیرد و...» رد کرده است (مکرم، ۱۳۸۹). شعبه سوم دادگاه عمومی (حقوقی) دادگستری شهرستان رشت نیز در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۱۳۱۰۳۰۰۴۷۳ خود در مقام رد توافق وراث در زمان حیات مورث راجع به ماترک چنین استدلال کرده است: «... نظر به اینکه ارث از قواعد آمره بوده و توافق بر خلاف آن محل نظم عمومی و قابلیت استماع نخواهد داشت...» (بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه)^۲.

۱. البته ایشان پس از اینکه در بحث از قانون امری و ضابطه تمییز آن از قانون تکمیلی به طور تلویحی به معیار نظم عمومی رجوع می کند و قوانین آمره را قوانینی می داند که مرتبط با نظم عمومی است و در واقع ادغام کامل نظم عمومی و قانون آمره را می پذیرد اندکی بعد مجدداً بر استقلال نظم عمومی از قانون آمره تاکید می کند. برخی دیگر تصریح می کنند که قواعد آمره را نباید به قوانین موضوعه محدود کنیم. چون بخشی از این قوانین در اخلاق حسنه متجلی است که بخشی از نظم عمومی است. در واقع به عقیده ایشان نظم عمومی داخلی مجموعه قواعد آمره است که در قوانین و اخلاق حسنه متجلی است. این تعبیر مؤید آن است که نظم عمومی در معنای خاص همان قوانین امری است - صادقی محسن، مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه های نوین آن، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، ص ۸۹ به بعد، تابستان ۱۳۸۴، حدادی، مهدی، مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین الملل با نظام های حقوق ملی، مجله حقوق خصوصی، سال هفتم ش ۱۶، ص ۱۵۷-۱۸۴، ۱۳۸۹-الماسی، نجاد علی، همان، ص ۱۲۹- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، ج اول و دوم، ص ۱۸۸، انتشارات آگاه، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۷۷.

۲. برای ملاحظه متن کامل رای رجوع کنید به بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی j.ijri.ir

۲-۲-۲. نظم عمومی و اخلاق حسنه

اخلاق حسنه را معمولاً مجموع قواعدی می‌دانند که از عرف پارسایان اجتماع بدست می‌آید (الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۲۹ و نصیری، ۱۳۷۷، ج اول و دوم، ص ۱۸۸) یا قواعد اخلاقی اجتماعی که برای نظم جامعه، اساسی است (Terre, Simler et Lequette, 2005, p.392) یا آن دسته از قواعدی که منبع اخلاقی دارد و متعاقبین نمی‌توانند خلاف آن توافق کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۱۶).

در خصوص ارتباط این دو مفهوم نیز در متون قانونی تشتت مشاهده می‌شود. در برخی مواد، مثل ماده ۵۷ قانون دریایی از ذکر عبارت اخلاق حسنه در کنار نظم عمومی اجتناب شده و در پاره‌ای دیگر به جای این اصطلاح، از عبارت عفت عمومی استفاده شده که به نظر می‌رسد اخص از اخلاق حسنه است. مثل ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی و البته در اغلب مواد دیگر مانند ماده ۶ ق.آ.د.م.، مواد ۹۷۵ و ۱۲۹۵ ق.م.، ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی، ماده ۳۴ قانون داورى تجارى بین‌المللى، ماده ۵ قانون نشان جغرافیایی و مواد ۳۲ و ۴۶ قانون ثبت علائم اختراعات، این دو نهاد در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند.

به رغم آشفتگی در عبارات قانونگذار به نظر می‌رسد باید آنها را به عنوان دو منبع مستقل کنترل کننده اصل آزادی قراردادی به رسمیت شناخت. گر چه نقض قواعد اخلاقی مسلم جامعه بی‌گمان نوعی اخلاق در نظم عمومی است و بنابراین، همچنانکه برخی گفته اند^۱، این دو مفهوم در پاره‌ای موارد همپوشانی داشته و در نتیجه هر قرارداد مستلزم نقض اخلاق حسنه قطعاً به نحوی متضمن نقض نظم عمومی به معنای عام نیز است. لیکن چون نظم عمومی به دو معنای عام و خاص به کار می‌رود و

۱. اخلاق حسنه چهره خاصی از نظم عمومی است. بخشی از اخلاق که هنوز در قوانین کشور نفوذ نکرده و ضامن اجرای آن تنها وجدان اجتماعی است (کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ ۳۷، تهران، ۱۳۹۲).

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



نظم عمومی به معنای خاص قطعاً شامل اخلاق حسنه نمی شود؛ کما اینکه با همین منطق در بیشتر مواد قانونی اخلاق حسنه در کنار نهاد نظم عمومی، به نحو جداگانه مورد تصریح مقنن قرار گرفته است از این رو باید اخلاق حسنه را منبعی جدا از نظم عمومی به شمار آورد.

نگارنده بر آنست که خاستگاه این دو نهاد متفاوت است. اعتبار نظم عمومی نوعاً ناشی از تشخیص حاکمیت است که اغلب به نحو مستقیم یا غیر مستقیم در قالب قوانین و مقررات مصوب و اصول و قواعد حقوقی مبتنی بر روح و منطق قوانین اساسی و یا عادی وارد قلمرو حقوق می شود. در حالی که هدف از نهاد اخلاق حسنه، مراقبت از ارزش‌ها و هنجارهای اخلاقی جامعه است که به هر دلیل تاکنون وارد قلمرو حقوق نشده و ضمانت اجرای حقوقی نیافته است. به بیان دیگر نظم عمومی نهادی منسوب به حاکمیت است و اخلاق حسنه ریشه در خواست اخلاقی اکثریت جامعه دارد و نهادی مردمی است.

بدین ترتیب اخلاق حسنه در مواردی باید مورد استناد قرار گیرد که قرارداد مورد دعوی مخالفی با نظم عمومی به معنای خاص ندارد. در واقع وقتی قاعده اخلاقی به نحوی مورد توجه حاکمیت قرار گرفته و به بخشی از نظم عمومی به معنای خاص تبدیل شده است، چنانکه برخی گفته اند (کاتوزیان، ج اول، ۱۳۷۲، ص ۱۸۲)، دیگر استناد به اخلاق حسنه در این فرض موضوعیتی نخواهد داشت. همین ویژگی انتساب اخلاق حسنه به خواست عقلای قوم و اکثریت مردم و عدم ورود آن در فرایند حقوقی است که سبب ایجاد نگرانی از جهت احتمال مغایرت آن با موازین شرعی شده و برای رفع این دغدغه در قسمت اخیر ماده ۶ ق.آ.د.م. مصوب سال ۱۳۷۹ این جمله مورد تصریح قرار گرفته است که دادگاه در صورتی می‌تواند به دلیل مخالفت قرارداد با اخلاق حسنه از ترتیب اثر دادن آن خودداری کند که حکم اخلاق حسنه مغایر موازین شرع نباشد. به بیان دیگر قید مندرج در قسمت اخیر ماده ۶ قانون آیین

دادرسی مدنی جدید مبنی بر عدم مغایرت با موازین شرعی شامل نظم عمومی^۱ نمی- شود. چون نظم عمومی به نحوی از انحا از مجموعه نظام حقوقی استخراج شده و فرض نیز این است که این مجموعه قبلاً از سوی شورای نگهبان کنترل گردیده است.^۲

۲-۳. نظم عمومی و موازین شرع

در نظام تقنینی ما ذکر اصطلاح موازین شرعی در کنار نظم عمومی، اخلاق حسنه و قانون آمره قدمت چندانی ندارد. تا آن جا که نگارنده بررسی کرده است، نخستین بار در ماده ۲۹۳ ق.آ. د.م. از این عبارت استفاده شده و بعد ها مقنن در بند «ب» ماده ۴ قانون حمایت از نشان‌های جغرافیایی، بند «و» ماده ۴، بند «ب» ماده ۳۲ و ماده ۴۲ قانون ثبت علائم نیز به این نهاد توجه نشان داده و آن را در عرض اخلاق حسنه و نظم عمومی نشانده است.

تأمل در مواد فوق دو پرسش مهم را به ذهن متبادر می‌سازد: الف) آیا موازین شرعی نهادی مستقل از نظم عمومی و اخلاق حسنه است یا با آن همپوشانی یا حتی انطباق کامل دارد؟ ب) در صورت انطباق کامل نهاد موازین شرع با مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه علت ذکر جداگانه آن چیست و چنانچه تفاوت‌هایی بین آنها وجود دارد، مرز تمییز هر یک کدام است؟

در جامعه‌ای دینی، بی‌گمان بخش عمده‌ای از احکام واجد وصف نظم عمومی و یا حتی اخلاق حسنه به شدت متأثر و یا حتی مقتبس از موازین شرعی است و لذا شاید به سختی بتوان مواردی را یافت که قراردادی مغایر موازین شرع باشد ولی در عین

۱. قید به اخیر بر می‌گردد

۲. البته اگر نظر حقوقدانانی را بپذیریم که معتقدند منبع نظم عمومی فقط قانون نیست و ممکن است منابع دیگر هم موجب ایجاد حکمی مبتنی بر نظم عمومی گردند آنگاه باید گفت که قید اخیر مندرج در ماده ۶ شامل نظم عمومی هم می‌شود.

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



حال نه مخالف نظم عمومی تلقی گردد و نه نقض اخلاق حسنه را به همراه داشته باشد. اما پرسش این است که اگر بتوان برخی از قواعد شرعی را تصور کرد که از یک سو تاکنون به هر دلیل وارد عرصه حقوق موضوعه ایران نشده و از سوی دیگر به بخشی از نظم عمومی یا اخلاق حسنه جامعه نیز تبدیل نگردیده است، تکلیف چیست؟

حقوقدانان در نوشته‌های خود به این پرسش نپرداخته‌اند. نویسنده اعتقاد دارد به رغم اینکه ماده ۶ ق.آ.د.م. و ماده ۹۷۵ ق.م. که در مقام معرفی نهادهای کنترل کننده قراردادهای خصوصی اشخاص است، صراحتاً به نهاد موازین شرعی به عنوان یک نهاد مستقل، اشاره‌ای نکرده است. به نظر می‌رسد بنا به دلایل زیر در نظام حقوقی ایران دادگاهها ملزمند از ترتیب اثر دادن به قراردادهایی که مغایر نظم عمومی یا اخلاق حسنه نبوده ولی مخالف موازین مسلم شرع هستند، امتناع کنند:

الف) مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ ق.آ.د.م. در مواردی که قاضی دادگاه نتواند حکم هر مسأله را از منطوق، مفهوم و روح قانون و اصول کلی حقوقی مبتنی بر آن استنباط کند مکلف است به منابع فقهی یا فتاوی معتبر مراجعه کرده و حکم آن را بیابد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۱)، ص ۴۱-۷۲). در این گونه موارد ممکن است دادگاه با قراردادی مواجه شود که در قوانین راجع به آن هیچ حکم صریح یا ضمنی مقرر نشده ولی در عین حال مغایر موازین مسلم شرعی است.

ب) ذکر این مفهوم در کنار نظم عمومی و اخلاق حسنه در قوانین متعدد نظیر ماده ۲۹۳ ق.آ.د.م.، مواد ۳۲ و ۴۶ قانون ثبت علایم و اختراعات، ماده ۵ قانون نشان جغرافیایی و ماده ۱۲۲ قانون امور گمرگی، گویای این حقیقت است که جهت گیری کلی قانونگذار بویژه پس از انقلاب به سمت پذیرش نهاد موازین شرع به عنوان یک منبع مستقل کنترل اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران بوده است.

با این حال باید توجه داشت از آن جا که نظام حقوقی ایران مبتنی بر قانون است (اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی) و در صورت پیش‌بینی

صریح یا ضمنی حکم مسأله در قوانین، دادگاه اجازه مراجعه به منابع دیگر از جمله شرع را ندارد؛ لذا در صورتی که قرارداد استنادی در دادگاه بر اساس قوانین موضوعه صحیح باشد، هیچ دادگاهی حق ندارد قرارداد مزبور را به علت مخالفت با موازین شرع بی اثر اعلام کند. این نکته در مورد نظم عمومی^۱ و اخلاق حسنه نیز صادق است و بنابراین چنانچه قراردادی مستند به حکم صریح یا تلویحی قانون صحیح باشد، اعلام بی اعتباری آن با استناد به نظم عمومی و اخلاق حسنه پذیرفته نیست.

۳. تبیین منبع نظم عمومی

تردیدی نیست که قوانین هر کشور به شدت متأثر از نهاد های اجتماعی و فرهنگی جامعه هم چون سنت ها، آداب و رسوم اجتماعی، مذهب، اخلاق و نظایر آن است. بسیاری از این نهادها در واقع مبنای حقوق به شمار می روند. اما همچنانکه برخی از حقوقدانان گفته اند، (کاتوزیان، ۱۳۸۱، (۲۰)، ص ۱-۱۰) مبنای حقوق غیر از منبع حقوق است. مبنای اعم از اخلاق، مذهب، سنت‌ها و هنجارهای اجتماعی و نظایر آن پشتوانه نظری هر نظام حقوقی را تشکیل می‌دهد؛ در حالی که منبع حقوق، قوانین، قواعد و اصولی است که با تکیه بر این مبانی تحت شرایط و آیین ویژه شکل گرفته و برای اجرا در اختیار مردم و دادگاهها قرار می‌گیرد. نویسنده در این مقاله در پی آن است که مشخص سازد چنانچه آداب، رسوم و سنت‌های اجتماعی، مذهب و اخلاق به هر دلیل فرایند ورود به عرصه حقوق موضوعه را طی نکرده باشند، آیا در مقام عمل و نه به عنوان یک بحث فلسفی، دادگاهها می‌توانند بدون تمسک به منطق، مفهوم و

۱. البته بنا به عقیده کسانی که معتقدند منبع نظم عمومی محدود به قوانین نیست و الا در صورتی که این تحلیل را بپذیریم که منبع نظم عمومی احکام صریح یا ضمنی قانونگذار است که اندکی بعد راجع به آن سخن خواهیم گفت، این احتمال که حکم ناشی از نظم عمومی مغایر قانون باشد اساساً موضوعیتی نخواهد داشت.

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



یا روح قانون آمره و یا اصول حقوقی مبتنی بر آن، قراردادی را به دلیل مخالفت با نظم عمومی به معنای خاص (مستقل از اخلاق حسنه) بی اعتبار اعلام کنند؟ تا آنجا که نویسنده بررسی کرده آرای قضایی هم چنین نوشته‌های حقوقدانان یا اساساً به این پرسش پرداخته‌اند یا اگر هم اشاراتی داشته‌اند بسیار کلی و متشتت بوده و به نحو دقیق و منجز در این باره تأمل نشده است. در یک نگاه کلی حقوقدانانی را که به نحوی به این موضوع اشاره کرده اند می توان در دو گروه دسته بندی کرد: نخست کسانی که به نحوی معتقد به نظریه استقلال نظم عمومی از قوانین وقواعد آمره بوده و برآنند که دادگاهها مجازند به مفهومی از نظم عمومی استناد کنند که از هیچ یک از قوانین و قواعد آمره به نحو مستقیم یا غیر مستقیم استخراج نشده است و دسته دوم حقوقدانانی که به وحدت نظم عمومی و قوانین آمره اعتقاد دارند.

پاره‌ای از حقوقدانان گروه نخست ادعا کرده‌اند که نظم عمومی در مواردی که قانون خاصی وجود ندارد نیز می‌تواند دلیل ابطال قرارداد باشد و از قضا وظیفه نظم عمومی و اخلاق حسنه دخالت در مواردی است که قانونی وجود نداشته باشد (افشار ، بی تا، ص ۱۵۶). یا اینکه «اعتقاد به وحدت قانون و نظم عمومی بدین می‌ماند که اخلاق را در محدوده تنگ قانون محبوس کنیم و هدف قانون اخلاقی را اجرای قوانین کشوری بدانیم. نتیجه ناگوار چنین تحلیلی حکومت قانون بر اخلاق و حتی انکار ارزش اخلاقی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۰ (۱۸) ۲، ص ۱۱۱-۱۳۶) یا این عبارت که عرف و عادت هم می‌تواند علاوه بر قانون و اخلاق حسنه، منبع نظم عمومی باشد و مدعی شده‌اند که در پاره‌ای از کشورها چنین است (حدادی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۷-۱۸۴).^۱

در مقابل برخی از حقوقدانانی که در شمار گروه دوم قرار می‌گیرند برآنند که قانون به عنوان تجلی گاه اقتدار جامعه اساس و مبنای نظم عمومی را تشکیل می دهد

۱. لازم به ذکر است که نویسنده مزبور برای اثبات ادعای خود مبنی بر اینکه در پاره‌ای کشورها عرف و عادت هم می‌تواند به عنوان یکی از منابع نظم عمومی مورد استناد قرار گیرد، منبعی معرفی نکرده است.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی _____ دوره ۲۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷

(شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۵۸) یا نظم عمومی در حقوق داخلی را باید منحصرأ شامل قواعد و قوانین امری دانست که اراده افراد نمی‌تواند آنها را نقض کند (صفایی، ۱۳۸۲، ج دوم، ص ۵۱).

برای تبیین دقیق‌تر موضوع و در مقام نقد و تجزیه و تحلیل آراء موافقین و مخالفین^۱ ذکر چند نکته بنیادین زیر در این بخش ضروری است:

الف) تأمل و دقت در عبارات بیشتر حقوقدانان هر دو گروه حکایت از آن دارد که اغلب برای اثبات ادعاهای طرح شده هیچ تحلیل یا مستند خاصی ارائه نشده است و به همین جهت به سختی می‌توان آن را نظر علمی تلقی کرد. یعنی به طور روشن مشخص نشده است چرا و متکی بر چه اصل یا قاعده یا تحلیلی ادعا می‌شود که نظم عمومی می‌تواند در مواردی که ابتدایی بر هیچ قانونی ندارد موجب بی‌اعتباری قرارداد شود یا با تکیه بر چه تحلیل و مستند حقوقی باید نظم عمومی در حقوق داخلی را منحصر به قوانین آمره دانست.

ب) دقت در آراء حقوقدانانی همچون استاد کاتوزیان که بر عدم وحدت قانون آمره و نظم عمومی تأکید می‌کنند، نشان می‌دهد که دغدغه اصلی آنها حفظ استقلال آن قسمت از نظم عمومی است که اخلاق حسنه نام دارد و ذیل عنوان نظم عمومی به معنای عام قرار می‌گیرد. به تعبیر دیگر آنها نگرانند که دفاع از نظریه وحدت نظم عمومی و قوانین آمره نقش اخلاق را در جامعه و در کنترل قراردادهای خصوصی کم رنگ یا بی‌اثر سازد. در حالی که با استقلال اخلاق حسنه از نظم عمومی به شرحی که اندکی قبل گفته شد، این نگرانی بی‌مورد بوده و وحدت نظم عمومی و قوانین آمره هیچ خللی به جایگاه اخلاق حسنه در جامعه وارد نمی‌آورد.

۱. واقعیت اینست که در آثار حقوقدانان پرسش مورد بررسی در مقاله حاضر به نحو منقح و صریح مطرح نشده و سابقه روشن و قابل اتکالی ندارد. به همین جهت نویسنده در این مقاله بیش از اینکه به نقد و تجزیه و تحلیل نظر موافقان و مخالفان بپردازد در صدد بر آمده تا پرسش را به نحو دقیق و درست طرح کرده و ضمن ردیابی آن در پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی و آرا قضایی از برخی ابعاد مسأله رفع ابهام نماید.

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



ج) به عقیده نویسنده تحلیل ارائه شده در این مقاله مبنی بر تلاش در جهت اثبات لزوم ابتنا نظم عمومی به قوانین و قواعد آمره چندان مغایرتی با نظریات موجود حقوقدانان ندارد؛ زیرا به نظر می‌رسد حقوقدانانی که به این موضوع به نحو اجمال پرداخته‌اند، اساساً به این پرسش توجه نداشته و با نوعی تسامح و با بیان پاره‌ای عبارات کلی از آن گذر کرده‌اند. چه بسا اگر بنا بود با دقت بیشتر در مورد منبع نظم عمومی و ارتباط آن با قواعد آمره تأمل کنند به نتایج مشابه نویسنده می‌رسیدند. کما اینکه همانطور که اندکی بعد خواهیم دید، گرایش رویه قضایی نیز به همین سمت است.

د) نکته دیگر این است که مقام بحث نویسنده در این تحقیق، مقام قضاوت در فضای حقوق موضوعه است نه بحث نظری از منظر فلسفه حقوق. بدیهی است تا وقتی که مباحث کلی فلسفی و نظری به نحوی در حقوق موضوعه انعکاس نیابد، تکیه بر آن برای رد این مرزبندی‌ها و مخالفت با جدا سازی نهادهای نظم عمومی، اخلاق حسنه و موازین شرعی از یکدیگر موجه نیست؛ زیرا از قاضی یا وکیل یا سایر افراد درگیر پرونده‌های قضایی نمی‌توان توقع داشت در مقام فصل خصومت و رسیدگی قضایی با وجود مرزبندی‌های نسبتاً مشخص میان این مفاهیم و نهادها در قوانین، به بحث‌های نظری و فلسفی مورد مناقشه در این باره استناد کند.

ه) نظم عمومی در همه اقسام خود حوزه‌ای است که حاکمیت باید ضرورت آن را تشخیص داده و در قالب قوانین، اصول و سیاست‌های حقوقی اعلام کند. بی‌گمان واگذاری تشخیص نظم عمومی به دادگاهها خارج از چارچوب‌ها و ضوابط مندرج در قوانین، خطر هرج و مرج و بی‌نظمی قضایی، اعمال سلیقه و تشتت آرا و بی‌عدالتی را در پی خواهد داشت و در حال حاضر حقیقتاً برای تأیید آن هیچ ضرورت، مصلحت و منطقی نمی‌توان یافت.

و) مقصود از اینکه نظم عمومی باید ناشی از قانون باشد، این نیست که فقط در فرضی می‌توان به نظم عمومی برای بی‌اعتباری قرارداد استناد کرد که این نظم

صراحتاً در قانون مورد تأیید قرار گرفته باشد. دادگاه می‌تواند برای اعلام بی-اعتباری قرارداد به دلیل مخالفت با نظم عمومی علاوه بر منطوق و مفهوم قانون به روح قوانین و اصول و قواعد کلی حقوقی منبعث از مجموعه نظام حقوقی کشور که در ماده ۳ ق.آ.د.م. نیز مورد تأکید قرار گرفته است، استناد کند.^۱

(نویسنده تا کنون رأی را نیافته است که در آن دادگاه قراردادی را بدلیل مخالفت با نظم عمومی لغو کند بدون اینکه به مفهومی از نظم عمومی استناد نماید که به نحو مستقیم یا غیر مستقیم از قوانین آمره نظام حقوقی نشأت گرفته باشد. با اینکه آرا دادگاهها در این زمینه متشتت است؛ لیکن عموماً نظم عمومی به عنوان معیاری برای تمییز قوانین امری از تکمیلی مورد استناد قرار گرفته و در واقع منبع نظم عمومی در مجموعه نظام حقوق موضوعه جستجو شده است. بنابراین اجمالاً می‌توان ادعا کرد جهت گیری رویه قضایی همسو با تحلیلی است که نویسنده در باب نظم عمومی در این مقاله ارائه کرده است.

برای تأیید نکته اخیر علاوه بر آرای که قبلاً در بخش مربوط به ارتباط مفهوم نظم عمومی و قوانین آمره ارائه شد، به آرا زیر هم می‌توان به عنوان موضع رویه قضایی اشاره کرد (بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه)^۲. شعبه ۲۳۱ مجتمع قضایی خانواده تهران در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۰۰۱۰۱۴۰۰ خود از این منطبق با این عبارت تبعیت کرده است: «... گرچه در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است، اما باید اذعان داشت که ریاست شوهر برخانواده به اجرای

۱. همچنانکه مرحوم کاتوزیان در یکی دیگر از آثار خود پس از اعلام استقلال قرارداد های مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه از قانون آمره تصریح می‌کند که دادگاهها نباید برای ابطال قرارداد های مخالف نظم عمومی در جستجوی حکم صریح قانونگذار باشند و قرارداد هایی را که مخالف مدلول التزامی یا روح قانون آمره باشد را درست بپندارند. این عبارات بوضوح نشان می‌دهد که ایشان نیز به استقلال منبع نظم عمومی از قوانین آمره بطور کامل اعتقاد ندارد (حقوق مدنی، قواعد عمومی قرارداد ها، ج اول، ص ۱۵۷ و ۱۵۸، انتشارات بهنشر، چاپ دوم، ۱۳۷۲).

۲. برای ملاحظه آراء رجوع کنید به بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی: j.ijri.ir

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



یک وظیفه اجتماعی شبیه‌تر است تا به اجرای حق شخصی، پس شوهر باید اختیار خود را به منظور حفظ سلامت و استحکام خانواده به کاربرد. لذا نمی‌تواند به اختیار ضمن قرارداد خصوصی از موقعیت خود بگذرد؛ زیرا ریاست او بر خانواده به مفهوم کنونی خود (حق و تکلیف) از امور مربوط به نظم عمومی است...». شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران هم در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۸۷۰۰۱۵ در مقام رد سند عادی مربوط به اموال غیر منقول به ضرر شخص ثالث دارنده سند رسمی اعلام کرد: «... در ماده ۱۳۰۵ قانون مدنی نیز به صراحت در باب ارزش ادله آمده است که تاریخ سند عادی فقط نسبت به اشخاصی که در تنظیم آن قرارداد دخالت داشتند مؤثر است. این دادگاه با توجه به مستندات مذکور و توجه به مقتضیات نظم عمومی و در راستای جلوگیری از تزلزل اسناد رسمی و احترام به تئوری اعتماد به ظاهر اسناد به صرف مبیعه نامه عادی به تاریخ قبل از تنظیم اسناد رسمی اعتبار اسناد رسمی را مخدوش تشخیص نمی‌دهد...».

۴. مطالعه تطبیقی

در حقوق انگلیس از نظم عمومی^۱ ذیل بحث قراردادهای نامشروع^۲ یا عدم مشروعیت^۳ سخن می‌رود (Chandler and Brown, 2011, p.118). برخی (Poole, 2006, p.693) مستفاد از آراء متعدد صادره در زمینه قراردادهای نامشروع این گونه قراردادهای را به سه قسم قراردادهای خلاف قانون، قراردادهای تحدید تجارت و

1. public policy

برخی اصطلاح مزبور را خط مشی عمومی ترجمه کرده و معادل نظم عمومی را (public order) دانسته‌اند که بیشتر در نظام‌های حقوق نوشته بکار می‌رود هر چند معتقدند در هر دو نظام نوشته و کامن لا این دو مفهوم کارکرد مشابه و یکسان داشته و حتی به آسانی به جای یکدیگر بکار رفته‌اند (غمامی، سید محمد مهدی، مطالعه تطبیقی نظم عمومی و خط مشی عمومی در نظامهای حقوقی موضوعه و آنگلو ساکسون، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره اول (پیاپی ۷۳)، صص ۲۵۱-۲۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲).

2. Illegal contracts

3. Illegality

قراردادهای خلاف نظم عمومی تقسیم کرده‌اند و قراردادهای خلاف نظم عمومی را قراردادی می‌دانند که که حقوق آن را مضرمنافع جامعه یا اخلاق حسنه می‌داند (Chandler and Brown, 2011, p.119). برخی دیگر قراردادهای نامشروع را به قرارداد های خلاف قانون و قرارداد های خلاف نظم عمومی تقسیم می‌کنند و قراردادهای دسته نخست را مشتمل بر قراردادهای متضمن ارتکاب جرم، شبه جرم یا آنهایی که ممنوعیت صریح قانونی را نقض می‌کنند، دانسته‌اند (Chandler and Brown, 2011, p.192-193)؛ لیکن قراردادهایی که موجب گسترش اعمال غیر اخلاقی‌اند یا قرارداد هایی که به خدمت عمومی آسیب می‌زنند مثل قرارداد خرید و فروش پست دولتی هم چنین قراردادهایی که موجب اخلاق در فرایند دادرسی می‌شوند و یا قراردادهای مخل امنیت عمومی مثل قرارداد با دشمنان در حال جنگ (Chandler and Brown, 2011, p.192-193) را در زمره مهم ترین مصادیق قراردادهای مغایر نظم عمومی به شمار می‌آورند.

تقسیم بندی قراردادهای نامشروع به دو یا سه قسم و پذیرش قراردادهای مغایر نظم عمومی به عنوان قسمی مستقل از قراردادهای مغایر قانون که در آثار نویسندگان دیگر حقوق انگلیس نیز دیده می‌شود (Stone, 2009, p.501)، اجمالا چنین می‌نماید که در حقوق انگلیس نظم عمومی منبعی فراتر از قانون دارد و سبب جداگانه‌ای برای بطلان قرارداد به شمار می‌رود.

با این حال در حقوق این کشور بحث همپوشانی قراردادهای ناقض قانون با قراردادهای خلاف نظم عمومی همواره یکی از دغدغه‌های اساسی بوده است. به گونه‌ای که پاره ای معتقدند مفهوم قراردادهای مخالف نظم عمومی بسیار مبهم و غیر دقیق بوده و به همین جهت دادگاهها نیز مراقبند که عناوین جدیدی از نظم عمومی خلق نکنند (Smith and Thomas, 1992, p.653).

برخی برآنند که رویه غالب در دادگاهها این است که از ارائه تحلیل‌های نامتعارف و شخصی از نظم عمومی خودداری کرده و نقش اصلی را در اعمال محدودیت‌های



ناشی از نظم عمومی، به قانون بدهند (Palgrave and Mekendrick, 2011, p.272). در جایی که قانون حکم صریحی ندارد، دادگاهها باید تلاش کنند که بفهمند آیا قصد قانونگذار بطلان قرارداد بوده است یا خیر (Richards, 2002, p. 261-262). بنابراین فرایند شناسایی قصد مقنن یک فرایند فوق العاده پیچیده است. به عنوان مثال در دعوایی فروشنده از خریدار به دلیل عدم ایفا تعهدات ناشی از قرارداد فروش دانه‌های روغنی مطالبه خسارت کرد. خوانده مدعی شد چون به موجب قانون هیچکس بدون داشتن جواز خاص حق خرید یا فروش مواد روغنی را ندارد و خواهان فاقد این جواز است لذا قرارداد باطل است. دادگاه دعوی خواهان را با این استدلال که قرارداد مذکور (که بدون داشتن جواز مخصوص منعقد شده است) مغایر غرض مقنن از وضع قانون مورد بحث و تضعیف کننده آن است، خلاف نظم عمومی تشخیص و رد کرد.^۱ قاضی پارک^۲ در دعوی اگر تون علیه برون لو^۳ اینگونه اظهار نظر کرده که وظیفه قاضی این است که فقط به حقوق استناد کند یا از نوع نوشته آن که در شکل قوانین متجلی می‌شود یا نا نوشته که از آرا قضات متقدم و دادگاههای موجود ما برداشت شده و به استناد آنها اصول حقوقی استنباط می‌گردد. قاضی نباید آنچه خود فکر می‌کند به نفع جامعه است ملاک عمل قرار دهد (Waddams, 2003, p.192-193).

عده‌ای از حقوقدانان به وسعت مفهومی نهاد نظم عمومی انتقاد کرده و گفته‌اند که علی القاعده تعیین قلمرو و مصادیق قراردادهای خلاف نظم عمومی بیشتر باید به پارلمان واگذار شود لیکن دادگاهها در عمل چندان به آن وقعی ننهاده‌اند (Stone, 2009, p.501). ابهام فراوان در مفهوم نظم عمومی و تشتت در به کارگیری اصطلاحات متعدد در این حوزه نظیر قراردادهای غیر قانون، قراردادهای نامشروع، قراردادهای خلاف نظم عمومی و قراردادهای غیر اخلاقی برخی نویسندگان (Smith

1. Re mahmoud and Isphani(1921): Palgrave Macmillan and Ewan Mekendrick, ,op. cit .p.274

2. Parke

3. Egerton v. Brownlow

and Atiyah, 2006, p.210) را وا داشته است که اصطلاح کلی‌تری را که شامل همه این موارد بشود، پیشنهاد کنند و آن هم قراردادهای مستلزم انجام اقدامات نامطلوب^۱ است که به نظر می‌رسد این نامگذاری به هیچ نحو از ابهام مفهومی نهاد نظم عمومی کم نمی‌کند. این نویسندگان معتقدند قوانین اغلب به منظور جلوگیری از اعمال تفاسیر نادرست از سوی دادگاهها در تشخیص قصد و غرض مقنن ضمانت اجرای قراردادهای متضمن نقض قانون را به نحو صریح معین می‌کنند. با وجود این در مواردی که تعیین نشده، دادگاهها در بیشتر موارد تمایل ندارند که از قانون به طور ضمنی منع قرارداد را استنباط کنند (Smith and Atiyah, 2006, p.210).

به نظر می‌رسد نظم عمومی در نظام حقوقی انگلستان در معنای عام مد نظر قرار گرفته و از این رو شامل اخلاق حسنه هم می‌شود. لیکن نظم عمومی به معنای خاص مستقل از اخلاق حسنه بوده و در واقع اخلاق حسنه ماهیتاً و از جهت منبع متفاوت از نظم عمومی است. در قراردادهایی غیر از قراردادهای مغایر اخلاق حسنه مثل قراردادهای مستلزم ارتکاب جرم یا قراردادهای مخالف روابط دولت با کشورهای دیگر، قانون به نحو غیر مستقیم نقض شده و در واقع نظم مورد نظر مقنن که با وضع قانون در صدد تأمین آن بوده است، مورد تعرض قرار می‌گیرد؛ بنابراین منبع این قسم از نظم عمومی همچنانکه در حقوق ایران مورد تأکید قرار گرفت، قانون است. در همین راستا نیز قاضی لرد هالسبری^۲ گفته^۳ که دادگاهها مجاز نیستند عنوان جدیدی از نظم عمومی ایجاد کنند. وظیفه اصلی تحدید اصل آزادی قراردادی به نام نظم عمومی به عهده مجلس است. دکتترین مربوط به نفوذ ناروا، قواعد مربوط به اهلیت، مقررات مربوط به شرط عدم مسؤولیت و شرط کیفری می‌توانند مصادیق جدید اعمال نظم عمومی در حال حاضر در حقوق قراردادها باشند و دادگاهها تمایل ندارند که بحث نظم عمومی را به مواردی فراتر از قراردادهایی که به

1. undesirable activity

2. Lord Halsbury

3. Jonson V. Driefontein Consolidated Mines Ltd

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



صورت سنتی این نظریه در مورد آن اعمال شده، سرایت دهند (Smith and Waddams, 2006, p.281). همین عقیده از سوی یکی دیگر از نویسندگان (Waddams, 2011, p.148-171) نیز تأیید شده است. وی بر آن است که در قرون شانزدهم و هفدهم تلقی از نظم عمومی بسیار وسیع بوده و نویسندگان حقوق قراردادهای معتقدند دادگاه برای ابطال قراردادهای به دلیل نظم عمومی از اختیارات بسیار گسترده‌ای برخوردار بودند (Waddams, 2011, p.152)؛ لیکن از نیمه اول قرن هیجدهم بسیاری از نویسندگان و قضات پذیرفتند که عناوین نظم عمومی که به اعتبار آنها می‌توان قرارداد را ابطال کرد، بسته و فریز شده است.

در حقوق آمریکا، مجموعه مقررات قراردادهای فصل هشتم خود را به عدم امکان اجرای قرارداد به دلیل مخالفت با نظم عمومی اختصاص داده و برای ضابطه مند ساختن آن از این حیث که تحت چه شرایط و ملاحظاتی یک قرارداد یا شرط ضمن آن می‌تواند مخالف نظم عمومی و غیر قابل اجرا باشد، قواعد و معیارهای متعددی پیش بینی کرده است. به عنوان مثال در بند ۱ ماده ۱۸۷ این مجموعه تصریح شده که یک قرارداد هنگامی مخالف نظم عمومی است که یا قانون اعلام کند یا نفعی که در اجرای آنست، آشکارا مخالف منافی باشد که بموجب اوضاع و احوال در احترام به نظم عمومی تامین می‌شود. در بند های ۲ و ۳ همین ماده ضوابطی پیش بینی شده که نشان می‌دهد تحت چه ملاحظاتی باید نفع ناشی از اجرای قرارداد را ترجیح داد و در چه مواقعی باید از این منفعت به سود نظم عمومی و منافی که در پس آنست، صرف نظر کرد و از جمله در قسمت الف بند ۳ یکی از معیارهای مهم ترجیح نظم عمومی بر اجرای قرارداد، اعلام ضرورت رعایت سیاست مورد نظر توسط مقنن یا آرا قضایی تعیین شده است.

1. restatement (second)contracts, <http://www.lexinter.net>
2. In weighing a public policy against enforcement of a term, account is taken of:
 - (a) the strength of that policy is manifested by legislation or judicial decisions

پیش‌بینی این معیارها هر چند به حق بسیاری از حقوق‌دانان از جمله قاضی باروف^۱ را که معتقد است نهاد نظم عمومی در حقوق قراردادها همچون «اسب بسیار چموش»، بی‌قاعده و نامنظم است، راضی نکرده و برخی (Friedman (1963-616, vol.39, p. 563, 2012, با ارائه شواهد و تحلیل آرا متعدد قضایی در صدد اثبات قاعده‌مند بودن آن هستند ولی اجمالاً بدین معناست که در حقوق آمریکا تا حدی به خطر ناشی از تفسیرهای شخصی و خارج از ضابطه این نهاد توجه شده و تلاش گردیده با طراحی و پیش‌بینی معیارهای متعدد از زهر آن بکاهد. در گذشته در حقوق کامن لا رویکرد قضایی به نظم عمومی^۲ بیشتر از رویکرد تقنینی^۳ رواج داشته است (Ghodoosi, 2016, p.701).

والتر گلهورن^۴ در نقد رویکرد قضایی به نظم عمومی می‌گوید که نقش قاضی کشف سیاست‌ها و نظم مقرر از سوی قانونگذار است نه وضع آن. او پیش‌بینی مجازات‌های کیفری را به عنوان یکی از معیارهای مناسب برای تشخیص اعمال حقوقی مغایر نظم عمومی معرفی می‌کند. نظر گلهورن آغاز رویکرد آمریکایی به نظم عمومی است. (Walter Gellhorn, *Contracts and Public Policy*, 35, COLUM. L. REV. 679, 679 and 680, 1935, Cited by Ghodoosi, 2016, P,701)

پوند^۵ نیز در شمار حقوق‌دانان پیرو رویکرد تقنینی به نظم عمومی است و در این راستا بر اساس منبع نظم عمومی اقدام به دسته‌بندی^۶ آن کرده است. اولین دسنة ناظر به مواردی است که نظم عمومی صراحتاً توسط مقنن اعلام می‌شود. مقنن اغلب اهداف و مقاصد خود را در ابتدای قوانین و مقدمه آن بیان می‌کند. قاضی باید بررسی کند که قانون در چه زمینه اجتماعی و تحت چه شرایطی وضع شده تا بتواند

-
1. Burrough
 2. Judicial-based approach to public policy
 3. legislation-based approach to public policy
 4. Walter Gellhorn
 5. Pound
 6. Taxonomy

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



سیاست مورد نظر را کشف کند. دادگاهها در صورتی که قانونی وجود نداشته باشد و قانون اساسی هم ساکت باشد و با استنباط معقول و متعارف از این دو منبع نیز نتوان به حکم رسید مجازند در بحث تشخیص نظم عمومی راساً ورود کنند (Pound, *supra* note 78, at 1 . , Cited by Ghodoosi, 2016, P, 705). برخی ضمن نقد طبقه بندی نظم عمومی بر اساس منابع معتقدند که این دسته بندی در واقع ساده سازی مسأله پیچیده نظم عمومی است و برآنند که نظم عمومی مبتنی بر تقنین و نظم عمومی قضایی کارکردهای خود را دارند و نباید یکی را به جای دیگری انتخاب کرد. نظم عمومی قضایی مسائل را در سطح خرد حل می- کند و قانون نظم عمومی و سیاست‌های کلی تر را ترسیم می نماید (Ghodoosi, 2016, P.705).

واقیت این است که بدنبال استقرار دولتهای قانونی و ایجاد نظریه‌های جدید حقوقی نظم عمومی از نظریه قاضی محور به سمت نظریه قانون محور شیفت کرده است (Ghodoosi, 2016, P.735). همین نکته از سوی برخی دیگر از حقوقدانان هم با این عبارت که با رشد سیستم قانونگذاری و دمکراسی پیرامون نقش قضات در خلق قواعد مربوط به نظم عمومی تردیدهایی ایجاد شده است. در کامن لا به صورت سنتی دخالت قضایی مشروع تلقی شده و در واقع این قضات دادگاهها بودند که در گذشته برای حمایت از ارزش‌های بنیادین^۱ نظیر نهاد ازدواج و اخلاق جنسی مبادرت به وضع قواعد کامن لا کردند. با این حال آنها قواعد نظم عمومی را با احتیاط اجرا می کنند. آنها پذیرفته‌اند که تشخیص نظم عمومی در وهله نخست به عهده مردم است که از طریق نمایندگان و قانونگذاری آنان اعلام می‌شود و بعد نوبت تصمیمات و آرای قضایی است (Lawaree, 2013-2014, p.76).

1. fundamental values

در حقوق فرانسه این پرسش صریح تر مطرح شده است. برخی معتقدند بر اساس دکترین حاکم بر قرن نوزدهم که ماده ۶ قانون مدنی فرانسه^۱ مبتنی بر آن وضع شده، فقط بر اساس قانون می‌توان گفت که چه چیز مخالف یا موافق نظم عمومی است. لیکن در حال حاضر گر چه بسیاری از احکام قانونگذار مبتنی بر نظم عمومی است، نمی‌توان نظم عمومی را محدود به قانون کرد (Terre, Simler et Lequette, 2005, p. 381). البته از نوشته برخی دیگر از حقوقدانان چنین بر می‌آید که آنها در ارتباط با نظم عمومی بیشتر به قوانین آمره نظر داشته و برای مثال هنگامی که از نظم عمومی سیاسی سخن می‌گویند، عمدتاً به قوانین کیفری، قوانین مالی و انتخاباتی اشاره می‌کنند (Hess-Fallon et Simon, 2010, p. 250) که معنای ضمنی آن این است که منبع نظم عمومی در این کشور قوانین آمره است. رویه قضایی همواره وجود یک نظم عمومی مبتنی بر روح قانون یا نظم عمومی ضمنی را پذیرفته و در موارد سکوت قانون به قاضی اجازه می‌دهد به یک حکم قانونی که گمان می‌کند رعایت آن به منظور حفظ منافع جامعه فرانسه ضروری است، ویژگی نظم عمومی بدهد. البته قاضی نمی‌تواند یک مفهوم شخصی به نظم عمومی ببخشد. بلکه باید آن را بر اصول سیاسی، اخلاقی و اقتصادی بنا کند. در فرض فقدان حکم صریح قانونی، قاضی برای رسیدن به نظم عمومی باید مجموعه متون قانونی و روح قانون را در نظر بگیرد. این تشخیص و قضاوت توسط دیوانعالی کشور به عنوان یک امر حکمی مورد نظارت قرار می‌گیرد. شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در یکی از آرا خود^۲ چنین استدلال کرده که قرارداد هایی که در قانون ممنوع و برای آنها ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته شده، خلاف نظم عمومی است. دقت در این نکات و مطالب نشان می‌دهد که در حقوق فرانسه هم نظم عمومی منبعی کاملاً مستقل در کنترل قراردادها به شمار نمی‌رود و عمدتاً منبعث از قانون البته به معنای

۱. بموجب این ماده قرارداد نباید مخالف قوانینی باشد که مربوط به نظم عمومی است.

2. Cass, Ire, civ. 20 juill. 1994. Bull. civ., I, n. 267. p. 990 (op. cit. p. 381)

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...



عام مشتمل بر منطوق و روح قانون هم چنین اصول و قواعد حقوقی مبتنی بر آن است.

۵. نتیجه

تأمل در مورد منبع نظم عمومی نشان می‌دهد که در این حوزه هم در نوشته‌های حقوقی و هم در رویه قضایی از یک سو با نوعی ابهام و تشتت در حدود و ثغور نهاد نظم عمومی و مفاهیم سه گانه مرتبط با آن یعنی قانون آمره، اخلاق حسنه و موازین شرع و از سوی دیگر با کلی گویی و استفاده افراطی از مباحث انتزاعی و فلسفی در فضای حقوق موضوعه بدون توجه به ملاحظات عملی آن روبرو هستیم.

گرچه ظهور اولیه برخی مواد قانونی از جمله ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی همچنین دقت در پاره‌ای از نوشته‌های حقوقی و بعضی از آراء دادگاهها حاکی از استقلال نهاد نظم عمومی از قواعد آمره است؛ لیکن تأمل بیشتر در مورد این نهاد هم چنین بررسی رویه قضایی و نوشته‌های حقوقدانان همچنین مطالعه حقوق خارجی خلاف این امر را نشان می‌دهد. نویسنده در مقاله حاضر تلاش کرده است میان مفاهیم نظم عمومی، اخلاق حسنه و موازین شرعی و ارتباط آنها با قواعد آمره مرزهای دقیقتری ترسیم کرده و بستری فراهم سازد که دادگاهها در آراء خود ضمن اجتناب از خلط آنها به نحوی به نظم عمومی استناد کنند که در عین جدایی از اخلاق حسنه و موازین شرعی (به عنوان دو منبع مستقل کنترل کننده قراردادهای خصوصی)، منبع جداگانه‌ای در کنار قانون آمره به شمار نیاید؛ به تعبیر دیگر فقط هنگامی به بی‌اعتباری قرارداد به دلیل مغایرت با نظم عمومی رای دهند که بتوان این نظم را از منطوق، مفهوم یا روح قوانین و یا اصول و قواعد کلی حقوقی منبعث از مجموعه نظام حقوق موضوعه کشور برداشت کرد.

۶. منابع

۱-۶. فارسی

الف. کتب و مقالات

۱. ارسطو، محمد جواد، «موانع اجرای قانون بیگانه، نظم عمومی»، مجله بصیرت، ش ۲۵ و ۲۶، ۱۳۸۰.
۲. اشتری محمد، «نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین المللی»، ایو درن، ترجمه و تلخیص، مجله دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۹، ۱۳۶۷.
۳. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، انتشارات شرکت تعاونی دانشجویان دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بی‌تا.
۴. الفت، نعمت الله، «نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد»، فصلنامه تخصصی، فقه و حقوق، ش ۷، سال دوم، ۱۳۸۴.
۵. الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، چاپ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.
۶. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج اول، چاپ ششم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۶.
۷. ایرانشاهی، علیرضا، «بررسی معیار «نظم عمومی» در نظارت قضایی بر رأی داوری تجاری بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، نشریه مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، سال بیست و هشتم، شماره ۴۴، ۱۳۹۰.
۸. حدادی، مهدی، «مقایسه مفهوم و کاربرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوق ملی»، مجله حقوق خصوصی، دوره هفتم، ش ۱۶، ۱۳۹۰.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۱۰. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.


- اکبر میرزائزاد جویباری ————— بخشی پیرامون منبع نظم عمومی...
۱۱. صادقی، محسن، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، ۱۳۸۴
۱۲. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج دوم، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
۱۳. عامری، جواد، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۶۲.
۱۴. عبده بروجردی، محمد، حقوق مدنی (با ویرایش جدید)، چاپ اول، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۸۰.
۱۵. عدل مصطفی، حقوق مدنی (با ویرایش جدید)، چاپ اول، قزوین، انتشارات طه، ۱۳۷۳.
۱۶. غمامی، سید محمدمهدی، «مطالعه تطبیقی نظم عمومی و خط مشی عمومی در نظامهای حقوقی موضوعه و آنگلو ساکسون»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره اول (پیاپی ۳۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۲.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ۳۷، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۲.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، «ستایش قرارداد یا اداره قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۰.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، چاپ دوم، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۲.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، منابع حقوق، ج دوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مقاله ۲، دوره ۳۶، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۷۶.
۲۲. نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، ج اول و دوم، چاپ پنجم، تهران، انتشارات آگاه، ۱۳۷۷.

ب. سایر منابع

۲۳. بانک داده آراء پژوهشگاه قوه قضاییه به نشانی j.ijri.ir
۲۴. مکرم، علی، بانک اطلاعات آراء دادگاهها و نظریات مشورتی (سی دی)، نگارش ۳/۷، اول پاییز، ۱۳۸۹ی، ش ۶۴۸ و ۶۴۹، ص ۲۱۴، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، تهران.

۲-۶. انگلیسی

1. chandler, Adrian with Brown Ian, *law of contract , questions and answers*, seventh ed, New york, oxford university, press inc, 2010.
2. Friedman, David Adam, *Bringing order to contracts agaist public policy ,Florida state university rewiew*, vol.39, 2012.
3. Jill Poole, *Casebook on contract law*, ed.8, oxford university press, 2006.
4. Ghodoosi, Farshad The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements, *Nebraska Law Review*, 2016.
5. Lawarée ,Valentin, Public Policy in English and American Law, *Academiejaar 2013-2014*, Masterproef van de opleiding ‘Master in de rechten’ Commissaris: Buysens Floortje Universiteit Gent, Vol. 94:685 2016 .
6. palgrave Macmillan and Ewan Mekendrick, *contract law*, ed.9, printed in great Britain, 2011.
7. Richards , Paul, *law of contract*, fifth ed., longman press, Great Britain, 2002.
8. Stephen A. , Smith, Atiyah,s *introduction to the law of contract*, sixth ed., Clarendon press, oxford, 2006.

اکبر میرزائزاد جویباری ————— بحثی پیرامون منبع نظم عمومی... 

9. Stone, Richard, *the modern law of contract*, eight ed., Routledge, London and new york , 2009.
10. Smith and Thomas, *A casebook on contract*, Ninth ed., Sweet and Maxwell, London, 1992.
11. Waddams, Stephens, *Dimensions of Private Law*, first ed., Cambridge University Press , 2003.
12. Waddams, Stephens, *Principle and Policy In Contract Law*, Cambridge University Press, 2011.

۳-۶. فرانسه

13. Terre, Francois et Simler, Phillipe et Lequette, Yves, *droit civil, les obligations*, dalloz, 9 ed., paris, 2005.
14. Brigitte Hess-Fallon et Anne- Marie Simon , *Droit Civil, Aide-Memore*, 10 edition, Dalloz, Paris, 2010.