

## مطالعه تطبیقی نظم عمومی و خط‌مشی عمومی در نظام‌های حقوقی موضوعه و آنگلو‌ساکسون

سید محمد مهدی غمامی\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۲/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۵/۲۰

### چکیده

هیچ تردیدی وجود ندارد که نظم عمومی مفهومی کلیدی از نهادهای داخلی هر نظام حقوقی به‌ویژه نظام‌های حقوقی موضوعه است؛ مفهومی که به‌رغم برداشت‌های مختلف، کارکرد خود را در تمامی گرایش‌های حقوقی اعم از داخلی و بین‌المللی بازی می‌کند و سایر نهادها و قواعد حقوقی را در نسبتی معنادار با خود سامان می‌دهد. نظم عمومی می‌تواند انجام یک قرارداد را کان‌لم‌پکن و معلق سازد و یا موجب جرم‌انگاری گردد، حقوق و آزادی‌ها را معلق کند یا اختیارات مقامات عمومی را در شرایط خاص افزایش دهد و از طرف دیگر، اجرای تمام یا بخشی از یک کنوانسیون را ملغی کند و حتی موجب اقدام متقابل نظامی و قهریه گردد. در مقابل، در حقوق آنگلو‌ساکسون با مفهوم خط‌مشی عمومی مواجه هستیم. مفهومی که از ارزش‌های اساسی و باورهای حقوق عرفی حمایت می‌کند. باین‌همه، ماهیت این دو نهاد حقوقی هم‌به‌تنهایی و هم در نسبت با یکدیگر مبهم و ناشناخته است. این مقاله قصد دارد تا مفهوم نظم عمومی را در دو نظام حقوق موضوعه و آنگلو‌ساکسون به جهت کارکردهای مشابه، تحت دو عبارت متفاوت بررسی نماید. مطالعه‌ای که مبتنی بر نظریه‌های دانشمندان حقوقی در هر دو نظام حقوقی و کاربردهای تقنینی دو مفهوم «نظم عمومی» و «خط‌مشی عمومی» صورت گرفته و نشان می‌دهد خط‌مشی عمومی برداشتی خاص و منطبق بر تحولات و تعاملات جدید حقوقی است.

### واژگان کلیدی

نظم عمومی، نظم عمومی ارشادی، نظم عمومی حمایتی، خط‌مشی عمومی، نظم عمومی پلیسی، هنجارهای حقوقی، دولت

\* دکترای حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران  
mmghamamy@srbiau.ac.ir

## مقدمه

نظم عمومی از مفاهیم شناخته شده در همه نظام‌های حقوقی اعم از فرانسوی<sup>۱</sup>، انگلیسی<sup>۲</sup>، اسپانیایی<sup>۳</sup>، عربی و آلمانی<sup>۴</sup> است ولی شناختی که در تفصیل، مبین ویژگی‌های متفاوت نظری است (Pineau, 1998, p.43). به عبارت دیگر، مشاهده می‌شود «حقوق به مثابه یک تنظیم‌گر مسائل اجتماعی<sup>۵</sup>، از سازوکاری که بتواند در خلال محدودیت‌های ملی<sup>۶</sup> تأمین‌کننده اهداف و ارزش‌های جامعه سیاسی باشد، بهره می‌برد - و البته با مشکلاتی نیز در این فرایند مواجه می‌گردد- از این جهت حقوق مهندسی جامعه<sup>۷</sup> است». در چنین دیدگاهی حقوق نقش یک ناظم را بازی می‌کند که قرار است بر دامنه هنجارها، ساختارها و رفتارهای اجتماعی مبتنی بر اقتضات بومی و دیدگاه‌های نظری حکمفرما گردد و یک هندسه حقوقی مطلوب را در جامعه مستقر سازد. چنین دیدگاهی به‌طور عمده خواسته یا ناخواسته ایده جدید حقوقدانان است (Stout, 2004, p.292). آنجا که نظم عمومی بدون ارائه یک نظریه منسجم، از اهداف اولویت‌دار قرار می‌گیرد، نظمی که هم بسترساز عدالت و آزادی و هم در ردیف آن‌ها قرار می‌گیرد. با این‌همه، در میان تمامی اهداف حقوق، تأمین نظم عمومی اجماعی‌ترین هدف حقوق و فصل مشترک تمامی رویکردها محسوب می‌گردد. به عبارت دیگر، استقرار و تأمین «آسایش و نظم عمومی» از مفروضات قاعده حقوقی است، گرچه این نظم باید بر پایه عدالت و انصاف باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۱۹).

در این مقاله تطبیقی، تأکید بر روی برداشت موضوعه از نظم عمومی با تأکید بر نظام حقوقی فرانسه و ایران در مقابل برداشت آنگلو ساکسونی از نظم عمومی با تأکید بر نظام انگلیسی و آمریکایی قرار دارد. یکی از مهم‌ترین مفاهیم حقوقی در نظام‌های حقوقی موضوعه از جمله ایران و فرانسه «نظم عمومی» است. رنه داوید<sup>۸</sup> نظم عمومی را یکی از چند «اصل برجسته در نظام حقوقی فرانسه» می‌داند. وی نظم عمومی را قاعده‌ای معرفی می‌کند که در تمامی شاخه‌های حقوقی کاربرد دارد. قاعده‌ای با تکرار و فراوانی بسیار و گاهی انحصاری (Gold, 1986, p.556).

با این‌همه، برخی این قاعده را به دلیل تکرار در حوزه حقوق بین‌المللی خصوصی محدود به این گرایش از حقوق می‌دانند. چنین تلقی‌ای در هر دو نظام حقوقی

فرانسوی و انگلیسی اشتباه است، به‌علاوه آنکه جایگاه این نهاد در شاخه‌های حقوق [حتی حقوق بین‌الملل عمومی] در حال رشد و گسترش است (Pineau, 1998, p.43). معادل مفهوم «نظم عمومی» در نظام حقوقی انگلستان و آمریکا «خط‌مشی عمومی» یا «سیاست عمومی» است (Wilferd, 1964, p.439). چنان‌که بسیاری از حقوقدانان به این معادله نظر داده‌اند و البته تصریح کرده‌اند مفهوم نظم عمومی و سیاست عمومی، مفهومی است که با توجه به مقتضیات، آرمان‌ها و تاریخ هر کشور، ذاتی سیال، متفاوت و در حال تکامل دارد و دقیقاً نمی‌توان برای آن فرمول یا معیاری ارائه کرد (Wilferd, 1964, p.439). به همین دلیل میزان مشابهت نیز متأثر از این تمایزات، متفاوت است. از سوی دیگر، به‌دلیل تعاملات حقوقی، مفهوم نظم عمومی با برداشت فرانسوی، توانسته به بخش‌هایی از نظام آنگلو‌ساکسون مستقیماً و یا با واسطه یک یا چند مفهوم معادل وارد شود. نکته‌ای دیگر که باید به یاد داشت، این است که «خط‌مشی عمومی» مفهومی مشترک در مدیریت دولتی، سیاست‌گذاری و حقوق عمومی است؛ ولی تفاوت‌های قابل توجهی میان این دو به‌واسطه اقتضائات پارادایمی وجود دارد که در ادامه به‌اجمال به آن خواهیم پرداخت.

در نظام حقوقی فرانسه برداشت‌های متفاوتی از نظم عمومی وجود دارد و البته هیچ‌یک نظم عمومی را یک مفهوم بسیط و سطحی معادل نظم ساده نمی‌دانند، ولی این اجماع وجود دارد که نظم عمومی دارای قدرت بسیار بالایی در ابطال رفتارهای آزاد اشخاص (اعم از حقیقی و حقوقی) برای تأمین اهداف و ارزش‌هاست. به‌این ترتیب، مسئله اصلی ما در این مقاله تدقیق مفهومی «نظم عمومی» و معادل آن در نظام حقوقی رومی-ژرمنی و آنگلو‌ساکسون است. فرضیه نیز این است که برداشت دو نظام حقوقی مذکور از مفهوم «نظم عمومی» متفاوت و به‌این ترتیب، کارکردهای متفاوتی نیز برای آن در هر نظام حقوقی طراحی شده است.

#### مفهوم نظم عمومی در نظام حقوقی موضوعه

عین اصطلاح نظم عمومی، مولود حقوق انقلابی فرانسه، اما روح آن در حقوق قدیم وجود داشته است. مطالعه تاریخی نظم عمومی بدون توجه به افکاری که قبل از حقوق

جدید فرانسه موجود بوده، ناقص خواهد بود و چون حقوق مزبور بیشتر تحت تأثیر حقوق روم قرار گرفته، باید ابتدا آن را در حقوق روم بررسی کرد.

در حقوق روم نامی از نظم عمومی برده نشده، اما از قرن دوم قبل از میلاد که اندیشه‌های قضائی رومی‌ها رو به تحول و تکامل گذاشته، به تدریج، اصطلاحات امنیت، اخلاق عمومی و اخلاق حسنه به وجود آمد. چیزی که وجود ضمنی نظم عمومی را در آن دوره ثابت می‌کند متونی است که در مجموعه حقوق روم موجود است. این مجموعه که به نام دیژست<sup>۹</sup> معروف گردیده، مشتمل بر پنجاه جلد و شامل کلیه احکام و عقاید قضات و حقوقدانان و مقررات قدیم روم است.<sup>۱۰</sup> مطابق متون مذکور انسان آزاد و سم و اشیای مقدس ممنوع‌المعامله بوده و نمی‌توانسته‌اند موضوع قراردادی را تشکیل دهند. چنین معاملات به فرض وقوع باطل محسوب می‌گشته‌اند. علاوه بر این، اولین قاضی و دانشمند رومی اوپلیین<sup>۱۱</sup> که در قرون دوم و سوم میلادی می‌زیسته، در یکی از نوشتجات خویش به اصطلاح جوسپوبلیکیوم<sup>۱۲</sup> اشاره نموده است. این اصطلاح معادل حقوق عمومی است که امروزه استعمال می‌شود و شامل قوانین امری و موجد نفع عمومی و نظم عمومی شده است (NIPPEL, 2003, p.22). در قرن ۱۴ میلادی با ظهور بارتول نظریه نفع عمومی به وجود آمده است. مطابق این نظریه هر نوع قرارداد و قسم مخالف نفع عمومی باطل و بدون اثر محسوب می‌شده، استناد به اصطلاح نفع عمومی در قرون ۱۵ و ۱۶ نیز ادامه یافته و وسیله‌ای برای دفاع از منافع اجتماعی تلقی می‌گردیده است. در قرن ۱۷ میلادی دوما اصطلاح نظم اجتماع را ابداع نموده است. دوما<sup>۱۳</sup> اولین کسی است که در فرانسه به استعمال کلمات نظم اجتماع و نظم خارجی به مفهوم نظم عمومی توجه کرده است. خلاصه نظریه دوما چنین است: قرارداد نتیجه طبیعی نظم اجتماع مدنی، و ارتباطی است که خداوند بین افراد برقرار ساخت. به وسیله قرارداد افراد جامعه نیازهای مادی و اقتصادی خود را رفع می‌کنند. قرارداد با اراده افراد آزاد است، اما نباید با نظم اجتماع مخالفت داشته باشد. تعهد مخالف نظم اجتماعی، تعهد جنایت یاری است. قراردادها الزام‌آورند، به شرط اینکه مخالف قانون و اخلاق نباشند. تعهد هر فردی برای او به منزله قانون است و چون هر فرد عضو جامعه است،

پس نباید نظم جامعه را جریمه‌دار سازد. اشخاصی که بر اثر اعمال خود نظم خارجی را جریحه‌دار سازند، به وسیله قوانین اجتماعی تنبیه می‌گردند.

اولین بار در مقدمه طرح سوم قانون مدنی که در سال چهارم انقلاب تهیه گردید، به اصطلاح مذکور اشاره شده و اعلام گردیده که اراده افراد برای انعقاد قرارداد آزاد است، اما به وسیله نظم عمومی و نظم اخلاقی محدود خواهد شد؛ «چون طرح‌های سوم و چهارم مانند طرح‌های اول و دوم مردود شناخته شد. لذا در سال هشتم انقلاب کارگروهی از طرف ناپلئون تحت ریاست پرتالیس<sup>۱۴</sup> مأمور تدوین طرح قانون مدنی گردید (Chisholm, 1911, n°37). در ماده ۲۹ قسمت چهارم عنوان دوم کتاب سوم طرح تنظیمی توسط این کمیسیون آورده شده که «علت نامشروع است، وقتی که به وسیله قانون منع شده یا مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد». این اولین دفعه بود که اصطلاح نظم عمومی در متن طرح قانونی درج گردیده است. این مفاد در ماده ۱۵۶<sup>۱۵</sup> قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ فرانسه درج شد<sup>۱۶</sup> (Boden, 2002, pp.38-40). به این ترتیب، خاستگاه نهادی نظم عمومی، فرانسه است. بر این اساس، در مهد انقلاب آزادی‌خواه فرانسه، آزادی قراردادی که از مهم‌ترین نمودهای آزادی به شمار می‌رفت، مقید به نظم عمومی و اخلاق حسنه شد. این مفهوم از نظم عمومی به سرعت در تمامی نظام‌های حقوقی موضوعه فراگیر شد. مطابق قانون ۱۹۴۲ برزیل نظم عمومی و آداب و رسوم حسنه<sup>۱۷</sup> مبتنی بر «حاکمیت ملی» مقدم و حاکم بر تمامی قاعده‌گذاری‌ها شمرده شده است و در ماده ۵ قانون مدنی آرژانتین نیز آمده است که «هیچ فردی نمی‌تواند به‌نحوی از حقوق خود منتفع گردد که مغایر قانون نظم عمومی گردد» و بر اساس ماده ۱۴ همین قانون، «قوانین خارجی نباید هنگامی که اجرای آن‌ها مغایر با قانون جزایی و عمومی جمهوری، یا مذهب جمهوری، یا تحمل فرقی<sup>۱۸</sup> و یا اخلاق و آداب و رسوم حسنه است، مجری گردند». به موجب ماده ۳۰ قانون ۱۸۶۹ آلمان «اجرای قوانین خارجی، هنگامی که مغایر اخلاق حسنه<sup>۱۹</sup> یا قانون آلمان<sup>۲۰</sup> باشد، ممکن نیست» (Academie De Droit International De La Ha, 1990, pp.40-41). مطابق ماده ۳۳ قانون مدنی یونان (۱۹۴۰) «مقررات حقوق خارجی در صورت مخالفت با اخلاق حسنه یا نظم عمومی

اجرا نخواهد شد. ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران نمونه بارز این قاعده است که در هر کشور دیگری نیز وجود دارد:

«محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

به این ترتیب، هیچ مکتب و نظام حقوقی نمی‌تواند فارغ از مسئله نظم عمومی باشد و گرنه نسبت به علت و فلسفه وجودی خود بی‌اعتناست و نمی‌تواند پایدار بماند (Jacques Moreau, 1994, n°174). نظم عمومی «عبارت از قواعد و سازمان‌هایی است که غرض از وضع و ایجاد آن حفظ منافع عمومی و تأمین حسن جریان امور عمومی (امور اداری، سیاسی و اقتصادی) و حفظ خانواده است.<sup>۲۱</sup> و اراده افراد نمی‌تواند آن‌ها را نقض نماید؛ به عبارت دیگر، در حقوق داخلی حفظ، نظم عمومی شامل آن دسته از قواعدی است که به اصطلاح «قواعد امری» نامیده می‌شوند، اعم از اینکه قواعد مزبور مربوط به حقوق خصوصی یا مربوط به حقوق عمومی باشد» (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۲). باین‌همه، باید دقت داشت که نظم عمومی در سه حوزه متفاوت به کار می‌رود:

۱. در حوزه حقوق اساسی و پلیس اداری عمومی<sup>۲۲</sup>؛
۲. در نسبت دو قاعده نظم حقوقی<sup>۲۳</sup> با هم؛
۳. به منظور قانونی کردن<sup>۲۴</sup> برخی اعمال حقوقی (Boden, 2002, p.66). توضیح

اینکه:

۱- حقوق اساسی و قانون پلیس اداری<sup>۲۵</sup> را برای تحدید آزادی‌های فردی به واسطه اعمال یکجانبه مادی یا حقوقی ذی‌صلاح می‌کند تا امنیت، آسایش، بهداشت و اخلاق عمومی مستقر و تحریر گردد. بر اساس ماده ۳۴ قانون اساسی چهارم اکتبر ۱۹۵۸ فرانسه<sup>۲۶</sup> صرفاً به قانون‌گذار اختیار می‌دهد تا نظام اداری و کیفری محدود آزادی‌های فردی را به جهت صیانت از نظم عمومی برقرار نماید. تفویض این اختیار محدودکنندگی به پلیس اداری، حسب مورد توسط شورای قانون اساسی ابطال<sup>۲۷</sup>،

توسط دیوان اروپایی حقوق بشر محکوم<sup>۲۸</sup> و توسط قاضی کانلم‌یکن می‌شود (Boden, 2002, p.66). در فرانسه سه دسته مقام پلیس عمومی وجود دارد: نخست‌وزیر، فرمانداران دیارتمان‌ها و شهردار. البته می‌توان برخی موارد خاص را نیز به این مقامات اضافه کرد (Moreau, 1994, n°174). در ایران هم «پلیس عمومی که عهده‌دار حفظ نظم عمومی به مفهوم سنتی آن [نظم عمومی پلیسی] است، با مقامات وزارت کشور و شوراهای محلی است که در چارچوب قوانین و مقررات کشور ادای وظیفه می‌کنند» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۷).

۲- در برخورد دو نظم حقوقی همانند برخورد قواعد عقود و قراردادها بر اساس دو قاعده مربوط به دو کشور متفاوت همانند فرانسه و بلژیک، اگر قاعده کشور خارجی با اصول حقوقی کشور دیگر مثل فرانسه<sup>۲۹</sup> معارض باشد، قاضی از دادن وجاهت قانونی و اجرایی به آن خودداری می‌کند؛ یعنی یک قاعده در یک نظم حقوقی قانونی و در نظم دیگر غیرقانونی است (Boden, 2002, pp.74-76). به همین دلیل گفته می‌شود نظم عمومی نسبی است و «با نظم عمومی کشور دیگر متفاوت است» (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۶).

۳- قانونی کردن برخی اعمال حقوقی بدین معناست که آثار قراردادها بر اساس هر نظامی که به وجود آمده‌اند، مستلزم رعایت شرایطی است و اعمال حقوقی باید مبتنی (یا عدم مغایر) بر نظم عمومی و اخلاق حسنه<sup>۳۰</sup> باشند (Lambert-Faivre, 2001, n°16, p.1265 و الماسی، ۱۳۸۲، صص ۱۹۱-۱۹۲).

در نظام حقوقی فرانسوی رویکرد دیگری نیز به نظم عمومی علاوه بر نظم پلیسی در جلوگیری از «اختلالات»<sup>۳۱</sup> وجود دارد؛ به این معنا که نظم عمومی وضعیت اجتماعی ایدئالی<sup>۳۲</sup> است که ویژگی‌های آن «نظم خوب»<sup>۳۳</sup>، امنیت، بهداشت و آسایش عمومی است؛ بدین معنا دو نوع نظم عمومی داریم:

۱- نظم عمومی ارشادی<sup>۳۴</sup> که به صیانت از منافع عمومی و تنظیم و مقررات‌گذاری<sup>۳۵</sup> امور اقتصاد و جامعه می‌پردازد. به‌طور خاص در خصوص نظم بازار، دولت برای صیانت از منافع عمومی، جلوگیری از رفتارهای انحصارگرا و کارآمدسازی اقتصاد و توسعه، اقدام به مقررات‌گذاری اقتصادی می‌کند. چنان‌که دولت در «قانون

سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» (مصوب ۱۳۸۷) و «قانون مدرن‌سازی اقتصاد» فرانسه (مصوب اوت ۲۰۰۸) نظم بازار را با تضمین‌های کیفری، مدنی و اداری مستقر و حاکم می‌کند (غمامی، ۱۳۸۹، صص ۱۵۹-۱۶۱).

۲- نظم عمومی حمایتی<sup>۳۶</sup> که مانع نقض اصول و موجب تأمین حداقلیات الزامات جامعه است؛ چنان‌که از برخی افراد و یا دسته‌ای از افراد -مانند مصرف‌کنندگان- و یا برخی قراردادهای -مانند کارگری- حمایت می‌کند<sup>۳۷</sup> (Pointon, 2003, p.39). همانند «قانون کار» (مصوب ۱۳۶۹)؛ «قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان» ایران (مصوب ۱۳۸۸)؛ «قانون کار» (مصوب دسامبر ۱۹۱۰)<sup>۳۸</sup> و «قانون مصرف»<sup>۳۹</sup> فرانسه (مصوب ژوئیه ۱۹۹۳).

به علاوه آنکه قواعد نظم عمومی، قواعدی آمره<sup>۴۰</sup> هستند که انحراف یا توافق بر خلاف آن‌ها ممکن نیست (Neraudau, 2006, p.791). به این ترتیب، الزاماً باید اجرا شوند تا یک مجموعه اصول حتماً رعایت شوند و جامعه نیز در مسیر معینی که منافع عمومی ایجاد می‌کند، حرکت نماید. باین‌همه، همه قواعد امری، نظم عمومی نیستند بلکه قواعدی که با اساس جامعه و الزامات اساسی آن به‌ویژه امنیت و پایداری مرتبط می‌شوند (Boden, 2002, p.77). گرچه در همین مورد نیز توافقی وجود ندارد و برخی همه قواعد امری را قواعد نظم عمومی می‌دانند. «به‌طور خلاصه می‌توان گفت که نظم عمومی در حقوق داخلی به معنای رعایت قواعد امری است، به‌طوری‌که افراد نمی‌توانند به‌وسیله قرارداد خصوصی آن قواعد را نقض کنند و مخالفت با نظم عمومی در حقوق داخلی چیزی جز قواعد و مقررات امری نیست» (الماسی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۳). ولی یک واقعیت انکارناپذیر در خصوص نظم عمومی وجود دارد که نظم عمومی برخلاف آنچه که گفته می‌شود، بر تمامی قواعد عام‌الشمول است، برخلاف آنکه برخی از اصطلاح «استثناء نظم عمومی»<sup>۴۱</sup> نام می‌برند و از حوزه «حقوق بین‌الملل خصوصی» یک حکم عمومی برای تمام حوزه‌های حقوق صادر می‌نمایند (Remy, 2008, p.8).



### مفهوم خط‌مشی عمومی

در ابتدا باید دقت کرد که در خصوص خط‌مشی عمومی در حوزه حقوق در حال مطالعه هستیم؛ چراکه ممکن است با خط‌مشی عمومی که در حوزه مدیریت دولتی یا سیاست‌گذاری مطرح است، مسئله خلط گردد. در واقع، منظور از خط‌مشی عمومی در مدیریت دولتی سیاست‌گذاری عبارت است «مجموعه‌ای از تصمیمات به‌هم‌وابسته است که به‌وسیله گروه‌ها یا بازیگران تصمیم‌ساز<sup>۴۲</sup> با هدف دستیابی به اهداف خاص یا به دست آوردن ابزار مناسب برای دستیابی به آن اهداف اتخاذ می‌شود» (Jenkins, 1978, P.10). با این‌همه، وقتی در سطح کلان جامعه از خط‌مشی عمومی صحبت می‌شود، تعریف کمی متفاوت خواهد شد. توماس بیرکلند در کتاب «مقدمه‌ای بر فرآیندهای سیاسی» مجموعه‌ای از تعاریف خط‌مشی عمومی را به این شرح آورده است: «کلارک کوچران<sup>۴۳</sup>: خط‌مشی عمومی به فعالیت‌های حکومت و مقاصدی اشاره می‌کند که سبب این فعالیت‌هاست؛ توماس دای<sup>۴۴</sup>: خط‌مشی عمومی آن چیزی است که حکومت انجام می‌دهد یا کنار می‌گذارد؛ ایلویز مالون<sup>۴۵</sup>: خط‌مشی عمومی دربرگیرنده برنامه‌های سیاسی برای اجرای طرح‌هایی به‌منظور دستیابی به اهداف اجتماعی است؛ گای پیترز<sup>۴۶</sup>: خط‌مشی عمومی مجموعه فعالیت‌های حکومتی است که تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم بر زندگی شهروندان دارد» (Birkland, 2010, p.21). وی از این تعاریف این‌گونه نتیجه می‌گیرد که ویژگی‌های مشترک تعاریف خط‌مشی عمومی در حوزه حاکمیت عبارت است از:

«خط‌مشی عمومی به نام عموم اتخاذ می‌شود؛

خط‌مشی عمومی به‌وسیله دولت خلق می‌شود؛

خط‌مشی عمومی به‌وسیله بازیگران عمومی یا خصوصی به اجرا درمی‌آید؛

خط‌مشی عمومی دارای تأثیرات مستقیم و غیرمستقیم در زندگی همه شهروندان است». بیرکلند با ویژگی‌های ارائه‌شده، این تعریف را ارائه می‌دهد که «مجموعه تصمیماتی که به نام عموم از سوی حکومت اتخاذ شده و در شکل مقررات و دستورات به اجرا درمی‌آید و دارای تأثیرات مستقیم یا غیرمستقیم در زندگی همه شهروندان است» (Birkland, 2010, p.21). بیرکلند «یک سیستم مدل از سیاست‌ها و

خطمشی»<sup>۴۷</sup> به نقل از دیوید ایستون<sup>۴۸</sup> در کتاب «پردازش سیستم‌های زندگی سیاسی»<sup>۴۹</sup> را ارائه می‌دهد که خطمشی عمومی در یک فرایند «ورودی - جعبه سیاه - خروجی»<sup>۵۰</sup> و بازخورد<sup>۵۱</sup> حاصل شده به نحوی که خروجی آن قوانین، مقررات و تصمیمات است<sup>۵۲</sup> (Birkland, 2010, pp.26-27). به این ترتیب، خطمشی عمومی مجموعه مقررات عمومی نهادهای حکومتی است که جامعه سیاسی را در یک فرایند منسجم و الزام‌آور در جهت خواست عمومی ارشاد و هدایت می‌کند. با این همه، این تنها تعریف نیست گرچه این تعریف با مفهوم «نظم عمومی ارشادی» قرابت بسیاری دارد.

همان‌طور که نظم عمومی از تعریفی اجماعی برخوردار نیست، از خطمشی عمومی در حوزه حقوق نیز تعاریف متعددی ارائه شده است. برخی آن را دست‌کم الزامات یک نظام حقوقی و دولت برای حفظ تمامیت<sup>۵۳</sup> خود می‌دانند که هم جنبه داخلی و بین‌المللی دارد و هم جنبه منفی و مثبت (Pineau, 1998, p.44). و برخی در رویکردی فنی، از آن به شرایط عمومی نظام حقوقی<sup>۵۴</sup> تعبیر کرده‌اند. به عبارت دیگر، هر سیستم حقوقی شامل شرایط عمومی‌ای می‌شود که به قاضی کمک می‌کند تا نقصان‌ها و خلأهای موجود را ببوشاند. این جبران غالباً با مراجعه به اخلاق، انصاف و عرف در سابقه حقوقی کاملاً تأمین می‌گردد. با این همه، هر شاخه از حقوق اقتضانات مربوط به خود را مطالبه می‌کند. این شرایط عمومی لازم است تا با سایر ارزش‌ها و ضوابط غنی شود تا اعتبار و جایگاه خود را در عمل پیدا نماید (Pineau, 1998, p.45). در این نگاه یک دقت ظریف نیز گنجانده شده که بعدها باید بر روی آن ملاحظات دقیق‌تری انجام شود؛ زیرا مفهومی که از خطمشی عمومی در این دیدگاه ارائه می‌شود، واجد خصوصیات لیبرالی است. به عبارت دیگر، راهبردی که بتواند جامعه لیبرالیستی و ارزش‌های آن<sup>۵۵</sup> را محقق کند و خطمشی عمومی باید این حداقل‌ها را تأمین کند (Mathias, 1989, p.726). البته در یک فرایند مربوط به خطمشی عمومی این حداقل‌ها باید تأمین شوند. به این ترتیب، وجه مشخصاتی که مدل‌هایی مانند مدل بیرکلند به آن اشاره می‌کنند، باید با وجه آینده‌نگر و همچنین، بازخورد نتایج و پردازش دوباره قواعد حقوقی وارد فرایند تنظیم‌گری حقوق گردد (Orsini, 2007, p.152).

این نگاه به خط‌مشی عمومی هم اکنون در نظام حقوقی عرفی (کیس‌لا)<sup>۵۶</sup> حاکم است و اصول و تدابیر مربوط به چارچوب تاریخی نظام حقوقی انصاف را مطابق با عقیده<sup>۵۷</sup> این جوامع شکل داده است. این الزامات باید هنگامی که قانون‌گذار وضع قانون می‌کند و هنگامی که قاضی قضاوت می‌کند، رعایت شوند (Mathias, 1989, p.726). گرچه بار اصلی بر عهده قضات است؛ زیرا آن‌ها در نظام کیس‌لا هم وضع قاعده می‌کنند و هم خلأ قانونی را پر می‌کنند. در نگاهی دیگر، خط‌مشی عمومی اقتضائات و شرایط بنیادینی هستند که به‌طور تاریخی و امری در یک جامعه به وجود آمده‌اند و برای آن جامعه لازم هستند تا امنیت عمومی و صلح بر آن جامعه حاکم شده و فعالیت‌های روبه‌رشد افراد سامان پیدا کند. همچنین خط‌مشی عمومی را بدون اختلال و بی‌نظمی‌ای که مانع کارکرد خوب جامعه مدنی می‌شود، می‌دانند که با حکومت آن به‌طور مشخص امنیت عمومی، قواعد اداری و حقوق جزا مستقیماً صیانت خواهند شد (Gonsalez, 1974, p.115).

خط‌مشی عمومی به این معنا یکی از چند مفهوم اصلی هر نظام حقوقی است که نقش مهمی در جهت پیشرفت و توسعه آن بازی می‌کند و البته باعث تفاوت و تنوع نظام‌های حقوقی از یکدیگر می‌شود (Wilfeerd, 1964, p.428). این مفهوم به‌طور تنگاتنگی با مفهوم دولت گره خورده است (Wilfeerd, 1964, p.428). جالب آنکه خط‌مشی عمومی در همان مفهوم مدیریتی با نهاد «سیاست‌های کلی نظام» در جمهوری اسلامی ایران موضوع بندهای «۱» و «۲» اصل ۱۱۰ قانون اساسی واجد تشابه‌هایی است که البته در نظام حقوقی ما این دو مفهوم یکی نیستند؛ زیرا در پارادایم‌های متفاوتی تحلیل شده و در عین مشابهت‌های قابل توجه، اقتضائات تضمینی و کارکرد متفاوتی دارند.

### مفهوم نظم عمومی و نسبت آن با خط‌مشی عمومی در نظام‌های آنگلو‌ساکسون

برداشت آنگلو‌ساکسونی از نظم عمومی چیست و چه نسبتی با خط‌مشی عمومی پیش‌گفته دارد؟ پاسخ به این سؤال کمی پیچیده است؛ زیرا حقوقدانان آنگلو‌ساکسون از باب تسامح یا حتی با دقت بر مفهوم اعمی نظم عمومی، آن را با خط‌مشی عمومی

یکسان دانسته‌اند. و در تعریف خط‌مشی عمومی، مبنای آن را به ماده ۶ قانون مدنی فرانسه مرتبط دانسته و البته تعاریف موسع‌تر دیگری را که ناظر به اصول اخلاقی، سیاسی، اقتصادی و یا ماهیت امری قوانین داخلی<sup>۵۸</sup> و یا تفاوت‌های مفروض میان قوانین مثبت و منفی<sup>۵۹</sup> هر کشور نیز است را به فرمول و محتوای خط‌مشی عمومی اضافه می‌کنند. چنین تعبیری در قوانین عمومی و خصوصی، اداری و غیراداری، بین‌الملل عمومی و خصوصی قابل ملاحظه است (Wilfeerd, 1964, p.439). مؤید این نکته این است که قاضی ویناریسکی<sup>۶۰</sup> بیان می‌کند که قاعده نظم عمومی و یا استثنای نظم عمومی یک کشور در کشور دیگر به‌ویژه در حقوق بین‌الملل خصوصی - که امکان سرایت قواعد حقوقی دیگر کشورها را برای انجام امور احوال شخصیه به اتباع خارجی می‌دهد - به‌خودی‌خود از حیث تفاوت مقتضیات بومی معتبر نیست. (Wilfeerd, 1964, p.441).

خط‌مشی عمومی در ارتباط با مفاهیم حقوقی هم واجد آثار منفی (سلبی) و هم مثبت (ایجابی) است. اثر منفی آن همانند نظم عمومی هنگامی است که یک قاعده قانون خارجی باید اجرا شود ولی به‌واسطه نظم عمومی امکان اجرا از آن گرفته می‌شود و اثر مثبت نظم عمومی زمانی است که نظم عمومی منجر به اجرای برخی از قواعد حقوقی به‌ویژه در تعارض قوانین<sup>۶۱</sup> و صلاحیت دادگاه‌ها می‌شود (Gold, 1986, p.556). برخی نظام‌های حقوقی بر جنبه منفی و برخی دیگر بر جنبه مثبت نظم عمومی یا خط‌مشی عمومی تأکید می‌کنند.

نظم عمومی در همه نظام‌ها به‌ویژه کامان‌لا، مبین پایداری یک دولت است؛ زیرا سرسختانه آن را با هیچ‌چیز دیگر عوض نکرده و قصد دارد به هر نحو ممکن آن را بر تمامی اعمال و رفتارهای کارگزاران، اتباع و هر شخص ممکن حاکم کند. به عبارت دیگر، هر دلیلی در مقابل نظم عمومی، دلیل مقاومت‌ناپذیر<sup>۶۲</sup> محسوب می‌شود (Wilfeerd, 1964, p.441). به همین دلیل دولت‌ها همگی وضعیت اضطراری<sup>۶۳</sup> یا وضعیت استثنایی<sup>۶۴</sup> را به رسمیت شناخته‌اند و حتی برخی کشورها در برهه‌هایی<sup>۶۵</sup> یا به‌طور مداوم<sup>۶۶</sup> تحت دولت نظامی اداره می‌شوند. وضعیت اضطراری<sup>۶۷</sup> اولین بار توسط آلمانی‌ها و شخص کارل اشمیت<sup>۶۸</sup> برای بهره‌گیری قدرت در وضعیت استثنایی به کار

رفت. این وضعیت به‌نحو اتم قصد دارد محوری‌ترین بخش نظم عمومی را که «امنیت» و «آرامش» است، مستقر و حقوق فردی و شهروندی را کاهش یا تعطیل نماید. با این‌همه، از این وضعیت سوءاستفاده‌های بسیاری توسط دولت‌ها چه مردم‌سالار و چه استبدادی شده و می‌شود. چنان‌که کارل اشمیت نیز برای دولت نازی چنین نظریه‌ای را ارائه داد و ۱۲ سال حکومت رایش سوم<sup>۶۹</sup> بدین ترتیب (حذف فیزیکی مخالفان، معترضان و بخش‌هایی از جامعه) به بهانه جلوگیری از جنگ داخلی<sup>۷۰</sup> و ناامنی و با تأکید بر نظم عمومی پلیسی به تمشیت امور آلمان بزرگ پرداخت (Agamben, 2005, p.40).<sup>۷۱</sup> چنین مدلی توسط جرج دبیلیو بوش بر اساس اعلامیه پنجم قانون اساسی (۱۷۹۱)<sup>۷۲</sup> نه‌تنها در ایالات متحده بلکه در سراسر جهان از جمله گوانتانامو و بگرام افغانستان موجب نقض حقوق افراد شد (Agamben, 2005, p.3). این وضعیت برای کسانی که «جنگجویان دشمن»<sup>۷۳</sup> نامیده می‌شدند تا ۷ ژولای ۲۰۰۷ به‌صورت نقض نظام‌مند کنوانسیون‌های ژنو<sup>۷۴</sup> ادامه پیدا کرد و به بهانه نقض خط‌مشی عمومی (نظم عمومی) ایالات متحده آمریکا موجب حذف افراطی شخصیت حقوقی فردی<sup>۷۵</sup> شده است (Agamben, 2005, p.3). تداوم چنین وضعیتی از نظر تاریخی بدل شدن دولت‌های مردم‌سالار به تمامیت‌خواه (توتالیتار) را به‌دلیل توسل افراطی به نظم عمومی نشان می‌دهد (Agamben, 2005, p.16). علاوه بر این، مفهوم نظم عمومی با همین عنوان «نظم عمومی»<sup>۷۶</sup> در آمریکا آن‌هم در خصوص حوزه حقوق کیفری صورت گرفته است. البته حقوق کیفری از مهم‌ترین مقسم‌های حقوق عمومی محسوب می‌گردد، ولی حقوق عمومی با حقوق اساسی و اداری آغاز و تبیین می‌شود و البته، در مهم‌ترین نمودهای خود برای آنکه بتواند واکنش‌های جدی به خطرهای و تهدیدات اجتماعی نشان دهد از علوم کیفری بهره می‌برد. چنان‌که بعد از واقعه ۱۱ سپتامبر مطابق اعلامیه ۷۴۶۳ رئیس‌جمهور بوش، محور جنگ با تروریسم در داخل و خارج آمریکا قرار گرفت. جرم «نظم عمومی»<sup>۷۷</sup> در نظام حقوقی آمریکا و پس از آن در انگلستان که به‌تازگی دارای قانون مجازات شده‌اند، مبین دیدگاه مضیق آن‌ها نسبت به نظم عمومی در حوزه حقوق کیفری است. با این‌همه، مطالعات ما و اظهارات حقوقدانانی که مطالعات تطبیقی بر روی این مفهوم و نهاد حقوقی انجام داده‌اند، نشان‌دهنده آن است با توجه به

اقتضائات متفاوت نظام‌های موضوعه و عرفی و تحولاتی که هر دو به‌ویژه گرایش به سمت نظام نوشته توسط نظام‌های عرفی دقت‌های خاصی را در مطالعات نهادهای به‌ظاهر مشترک لفظی پدید آورده است. جرم نظم عمومی در نظام‌های آنگلو ساکسون در حد یک جنایت محسوب می‌گردد، سیگل<sup>۷۸</sup> این جنایت<sup>۷۹</sup> را چنین تعریف می‌کند: «این جنایت شامل اعمالی می‌گردد که مختل‌کننده عملکرد جامعه و توانایی مردم در کارکردهای و نقش‌های مؤثرشان است»؛ به عبارت دیگر، به این رفتار از آن جهت مجرمانه گفته می‌شود که خلاف هنجارهای مشترک<sup>۸۰</sup>، ارزش‌های اجتماعی<sup>۸۱</sup> و آداب و رسوم<sup>۸۲</sup> است. رابرتسون معتقد است جنایت چیزی بیش از «یک عمل مخالف با قانون» نیست (Robertson, 1989, p.123). با این‌همه، این نظام حقوقی این جرائم را از جرم سیاسی<sup>۸۳</sup> جدا می‌کند؛ زیرا این جرائم ناشی از نقش حفاظتی نظم<sup>۸۴</sup> هستند و جرم سیاسی مفهومی سیال و لغزنده است، ولی متأثر از اعتقادات آزادی‌خواهانه محسوب می‌گردد (Robertson, 1989, p.125).

برخی معتقدند که در کشورهای آنگلو ساکسون<sup>۸۵</sup> به‌رغم مفهوم مشابه خط‌مشی عمومی و نظم عمومی، جایگاه و حوزه استفاده از این دو به دلیل تفاوت خاستگاه‌هایشان متفاوت است؛ به این معنا که این کشورها نظم عمومی را در حوزه حقوق عمومی، و خط‌مشی عمومی را در حوزه حقوق خصوصی استفاده می‌کنند (Pineau, 1998, p.43). گرچه به نظر می‌رسد چنین برداشتی در جهت ایضاح مفهومی این دو عبارت می‌تواند بسیار کمک کند، ولی در متون حقوق خصوصی ساکسون نیز به کرات با «Public Order» مواجه می‌شویم. و از این جهت به نظر می‌رسد بخش اول عبارت با این دقت که عنوان «Public Order» در عناوین حقوق کیفری همواره و بدون جایگزینی «Public Policy» از مبانی این گرایش است، صحیح‌تر به نظر می‌رسد. چنان‌که در عنوان مجرمانه «جرائم ضد نظم عمومی»<sup>۸۶</sup> مندرج در ماده ۲۴۰ قانون مجازات نیویورک<sup>۸۷</sup> یا بخش ۴۲ قانون مجازات تگزاس<sup>۸۸</sup> نظم عمومی به‌عنوان یک عمل یا گفتار مخل امنیت، صلح و آسایش عمومی در نظر گرفته شده است، این اعمال باید جنبه عمومی داشته باشند. به همین دلیل بر وجود محیط عمومی<sup>۸۹</sup> در مفاد قانونی به‌عنوان بستر الزامی تحقق نقض نظم عمومی تأکید می‌گردد. همان‌طور که با «قانون

نظم عمومی ۱۹۸۷»<sup>۹۰</sup> انگلیس در اداره نظم عمومی پلیسی جامعه مواجه هستیم،<sup>۹۱</sup> این قانون، جانشین جرائم مشابه کامان‌لا<sup>۹۲</sup> و بخش‌های قانون نظم عمومی (۱۹۳۶)<sup>۹۳</sup> و مصوب کمیسیون حقوقی<sup>۹۴</sup> است. بر اساس این قانون جرائم مخل نظم عمومی عبارت‌اند از: شورش<sup>۹۵</sup>، بی‌نظمی حاد<sup>۹۶</sup>، غوغا، ترس و تحریک به خشونت، آزار و اذیت عمدی، ایجاد خطر و تشویش عمومی<sup>۹۷</sup>، جرائم براندازانه<sup>۹۸</sup>، تحمیل شرایط به روال عادی جامعه<sup>۹۹</sup>، ممنوعیت غیرقانونی فعالیت اجتماعات و بازداشت برای آن<sup>۱۰۰</sup>، نفرت نژادی<sup>۱۰۱</sup> (با استفاده از تولید و توزیع گفتار، نوشتار، رفتار و نمایش) و فتنه‌انگیزی نژادی<sup>۱۰۲</sup>. و هریک از قوا نیز وظایفی در خصوص سرکوب و به حداقل رساندن آسیب‌های ناشی از بی‌نظمی‌های عمومی بر عهده دارند. چنان‌که در جریان اعتراضات گسترده ۲۰۰۹ (به‌خصوص توسط روزنامه‌نگاران) پلیس مطابق بخش چهارم همین قانون با شدت وارد و اقدام به بازداشت و تهدید به توقیف کرد.

با این تبیین به این نتیجه می‌رسیم که خط‌مشی عمومی، در واقع بیان آنگلو ساکسونی از نظم عمومی است که حتی در حقوق ایران هم وارد شده است؛ به‌ویژه در معاهدات دوجانبه که میان ایران و یک کشور انگلیسی‌زبان - و یا معاهده به زبان انگلیسی هم - منعقد می‌شود؛ برای مثال، در جزء «پ» بند ۲ ماده ۲۶ قانون موافقت‌نامه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف و تبادل اطلاعات در مورد مالیات‌های بر درآمد و سرمایه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری دمکراتیک مردمی الجزایر (مصوب ۱۸ فروردین ۱۳۸۸) تحت عنوان «تبادل اطلاعات» آمده است: «مقررات بند ۱ فوق در هیچ مورد به‌نحوی تعبیر نخواهد شد که یک دولت متعاقد را وادار سازد...: (پ) اطلاعاتی را فراهم نماید که منجر به افشای هر نوع اسرار تجاری، شغلی، صنعتی، بازرگانی یا حرفه‌ای یا فرایند تجاری شود یا افشای آن خلاف خط‌مشی عمومی (نظم عمومی) باشد»؛ در واقع، در نظام تقنینی ایران نیز پذیرفته شده که خط‌مشی عمومی همان نظم عمومی است و اطلاعاتی که خط‌مشی جمهوری اسلامی ایران را مختل می‌کند، نباید افشا شود. از این نمونه قوانین در نظام حقوقی ما در سال‌های اخیر موارد متعددی به تصویب رسیده است؛ همانند قانون موافقت‌نامه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف در مورد مالیات‌های بر درآمد و سرمایه بین دولت جمهوری

اسلامی ایران و دولت کویت (۶ مرداد ۱۳۸۷)؛ قانون موافقت‌نامه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف در مورد مالیات‌های بر درآمد و سرمایه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری کره (۲۸ مرداد ۱۳۸۶)؛ قانون موافقت‌نامه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف و جلوگیری از فرار مالیاتی در مورد مالیات‌های بر درآمد بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری سودان (۲۸ مرداد ۱۳۸۶)؛ قانون موافقت‌نامه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف و تبادل اطلاعات در مورد مالیات‌های بر درآمد و سرمایه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری زیمبابوه (۳۱ تیر ۱۳۸۶) و... در تمامی این موارد باید اذعان داشت که مفهوم خط‌مشی عمومی با ویژگی‌های خاص آنگلو‌ساکسونی خود، برای نظام حقوقی ما نیز دست‌کم در معاهدات و قراردادهای بین‌المللی معادل نظم عمومی قرار گرفته است. معاهداتی که وجه ممیزه آن‌ها این است که بین‌الدولی منعقد می‌شوند و در موارد نامبرده‌شده حول حقوق عمومی‌ترین نهاد مالی کشور، یعنی «مالیات‌ها» تعیین تکلیف می‌کنند؛ به عبارت دیگر، مفهوم حاکمیت و اقتدارات ویژه دولت جوهره خط‌مشی عمومی پذیرفته شده است.

### جمع‌بندی

قبل از یک جمع‌بندی کلی باید اقرار کرد در ابتدای امر و بدون تدقیق برداشت‌هایی که از هر یک از این دو مفهوم «نظم عمومی» و «خط‌مشی عمومی» ارائه می‌گردد، بر ابهامات موجود می‌افزاید؛ چنان‌که نظم عمومی در نظام حقوقی ما به‌تنهایی مصداق این تنوع و تکرر برداشت‌ها و تفاسیل میان دانشمندان حقوقی و حقوق‌ورزان است. مفهومی که به‌عنوان یک رکن اساسی دولت مدرن شناخته می‌شود و هیچ‌گونه انحراف و تراضی‌ای در مقابل آن پذیرفتنی نیست. به‌این ترتیب، بدیهی است که درک یک مفهوم آنگلو‌ساکسونی در نظام حقوقی موضوعه و معادل‌گیری آن ظرافت‌های خاصی را مطالبه می‌کند.

نظم عمومی دارای خاستگاه نظام حقوقی موضوعه فرانسه است. این نظام به‌واسطه موضوعه بودن قوانین، به خود این اجازه را داد تا آزادی‌ها را مقید و رفتارهای جامعه را به نظم و قاعده درآورد. ماده ۶ قانون مدنی فرانسه (۱۸۰۴) نیز اولین تأکید بر نظم



عمومی بر تقیید آزادی قراردادی بود. با این‌همه، در مقابل، نظام حقوقی آنگلو‌ساکسون مبتنی بر عرف و عادت با مفهوم دیگری تحت عنوان خط‌مشی عمومی عمل می‌کرد. خط‌مشی عمومی مبتنی بر اخلاق رایج، عرف و رسوم آنگلو‌ساکسون به سامان‌دهی عملکرد جامعه می‌پردازد. این تعاریف بر یکدیگر منطبق نیست ولی کارکرد این دو مفهوم در فرایندی که به نظر می‌رسد، ناخودآگاه از تعامل دو نظم حقوقی مذکور به نتیجه رسیده است، موجب شده تا حقوقدانان هر دو نظام به عملکرد تقریباً یکسان نظم عمومی و خط‌مشی عمومی اذعان کرده و حتی این دو عبارت را به‌سادگی به‌جای یکدیگر به کار ببرند؛ زیرا آن‌ها فرض گرفته‌اند مفهومی که از خط‌مشی عمومی دریافت می‌شود، بر برداشت حداکثری و ارشادی<sup>۱۰۳</sup> از نظم عمومی قابل انطباق است و برداشت سنتی از نظم عمومی که صرفاً نقش حمایتی و تضییق‌کنندگی دارد را به حوزه حقوق کیفری و حوزه‌هایی خاص همانند وضعیت اضطراری شیفت داده‌اند. این برداشت حداکثری از نظم عمومی جامع همه ارزش‌ها و هنجارهای اجتماعی یک جامعه برای رسیدن به هدفی که آن‌ها در نظر دارند، با مفهوم «خط‌مشی عمومی» یا «سیاست عمومی» قرابت فراوانی دارد. به این ترتیب، در هر دو نظام، از نظر حقوقدانان، در جریان تحولات جدید حقوق به‌ویژه در حوزه اقتصاد و جامعه، کارویژه نظم عمومی «مهندسی جامعه» است.

#### یادداشت‌ها

1. Ordre Public.
2. Public Policy (Public Order).
3. Ordine Pubblico.
4. Orden Público
5. regulator of social issue.
6. National boundaries.
7. social engineering.
8. René David.
9. Digest roman law.
10. <http://www.ucl.ac.uk/history2/volterra/resource.htm>.
11. Oplpian.

12. Juspublicum.
13. Alexandre Dumas (1802 - 1870).
14. Jean-Étienne-Marie Portalis (1 April 1746 – 25 August 1807).
15. Article 6 Créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803: «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.»
  ۱۶. جالب آنکه ماده ۶ قانون مدنی آلمان نیز به واسطه قانون پروس مبتنی بر مفهوم نظم عمومی ماده ۶ قانون مدنی فرانسه (Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. 1, 1884, S. 171. 4 Aufl., بیان می‌دارد:  
Art. 6 Public policy (ordre public): «A provision of the law of another country shall not be applied where its application would lead to a result which is manifestly incompatible with the fundamental principles of German law. In particular, inapplicability ensues, if its application would be incompatible with civil rights.» [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgbeg/englisch\\_bgbeg.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html)
  17. good customs.
  18. tolerance of cults.
  19. Bonos Mores.
  20. German Statute.
    ۲۱. در این مورد اصولاً فمینیست‌ها و فردگرایان به شدت اعتراض می‌کنند که نهاد خانواده مانع آزادی و بروز اراده افراد می‌گردد. به این ترتیب، این گزاره برای غالب نظام‌های لیبرال بی‌معناست.
  22. Le domaine du Droit Constitutionnel et de la police administrative générale.
  23. l'ordre juridique.
  24. Licéité.
    ۲۵. «کلمه پلیس به دو معنا آمده است: یکی به معنای خاص و محدود که به مجموع مأموران، مقامات و سازمان‌هایی اطلاق می‌شود که در جامعه عهده‌دار حفظ نظم عمومی‌اند؛ دیگری معنی عام و آن به مجموع اعمال و اقداماتی اطلاق می‌شود که از طرف مقامات عمومی، به منظور حفظ نظم عمومی بر اعمال افراد تحمیل می‌شود و آزادی آن‌ها را محدود می‌کند» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۰).
    ۲۶. «تصویب قوانین توسط مجلس صورت می‌گیرد. موضوعات مربوط به موارد ذیل توسط قانون مقرر می‌گردد: حقوق مدنی و تأمین اصول اساسی شناخته شده به نفع شهروندان به منظور برخورداری از آزادی‌های عمومی؛ تبعیت مردم از پیشنهادات سازمان دفاع ملی

در مورد امور شخصی و مالی؛ ملیت، احوال شخصیه، نظام زوجیت، انحصار وراثت؛ تعریف و تعیین جنایات و جرائم و مجازات‌ها؛ آیین دادرسی کیفری، عفو و بخشودگی؛ تأسیس رتبه‌های قضایی، وضعیت و پایه‌های قضایی؛ میزان و نحوه اخذ مالیات‌ها و نظام ضرب سکه و چاپ اسکناس.

قانون همچنین مقررات مربوط به موارد ذیل را تعیین می‌نماید: نظام انتخابات مجالس ملی و مجالس محلی؛ تأسیس انواع سازمان‌ها؛ تضمین و تأمین حقوق اساسی شناخته‌شده به نفع کارمندان کشوری و لشکری دولت؛ ملی نمودن مؤسسات اقتصادی صنعتی و انتقال مالکیت آن‌ها از بخش عمومی به بخش خصوصی.

قانون، اصول اساسی مربوط به امور ذیل را مشخص می‌نماید: امور تشکیلاتی، دفاع ملی؛ اداره امور تشکیلات محلی در محدوده صلاحیت‌ها و منابع آن‌ها؛ آموزش؛ رژیم مالکیت حقوق عینی و تعهدات مدنی و تجارتي؛ قانون‌های کار اتحادیه‌ها و تأمین اجتماعی؛ قوانین مالی، درآمدها و هزینه‌های دولت را تحت شرایطی که در قانون پیش‌بینی شده است، مشخص می‌نماید. قوانین برنامه، مذهب و خط‌مشی عملی اقتصادی و اجتماعی دولت را تعیین می‌کند. مفاد این اصل توسط یک قانون خاص به‌طور دقیق تعیین می‌گردد».

۲۷. برای مثال رک.

Cons.const 12 janvier 1977 aff. Fouille des véhicules, GDCC, N° 24

۲۸. برای مثال رک.

Cour eur D.H, arrêts Funke, crémieux et Miailhe c.France par la cour européenne des droit de l'homme

29. français Principe du droit.

30. les bonnes moeurs.

۳۱. مفهوم اخلال (les troubles) در نظم عمومی به معنای آسیب رساندن به صلح عمومی است. این اخلال باعث ایجاد یک خطر یا تضییق و تحدید آزادی‌های شهروندان می‌گردد و چنین خطری نیز به‌واسطه تیرگی و مزاحمت جدی در آسایش عمومی ممکن است رخ دهد و باید توسط مقامات مدنی (و نه نظامی) همانند پلیس ملی فرانسه (La Police nationale) و ژاندارمری ملی فرانسه (la Gendarmerie nationale) - و برخی

واحدها همانند سی آرسی (CRC) و شرکت‌های امنیتی و ژاندارمری les Compagnies (de sécurisation et la gendarmerie mobile) - رفع شود. این اقدامات عبارت‌اند از: الف) اقدامات فردی: ارتکاب اعمال یا گفتاری نامناسب همانند مستی عمومی و ابراز عمومی آن، عریان‌گرایی (exhibitionnisme)، سر و صدا در طول شبانه‌روز (tapage diurne/nocturne)؛

ب) اقدامات جمعی: تظاهرات یا شورش و یا به‌طور خاص مفاد ماده ۴۳۱-۴۳۳ قانون مجازات فرانسه در خصوص حقوق فرانسوی تجمعات (droit Français d'attroupements). (Venezia, 1997, p.199)

Article 431-3 (Modifié par Ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 - art. 8):  
Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public.  
Un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effet adressées dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article L. 211-9 du code de la sécurité intérieure».

32. l'état social idéal.
33. le bon ordre.
34. l'ordre public de direction.
35. Régulation.
36. l'ordre public de protection.

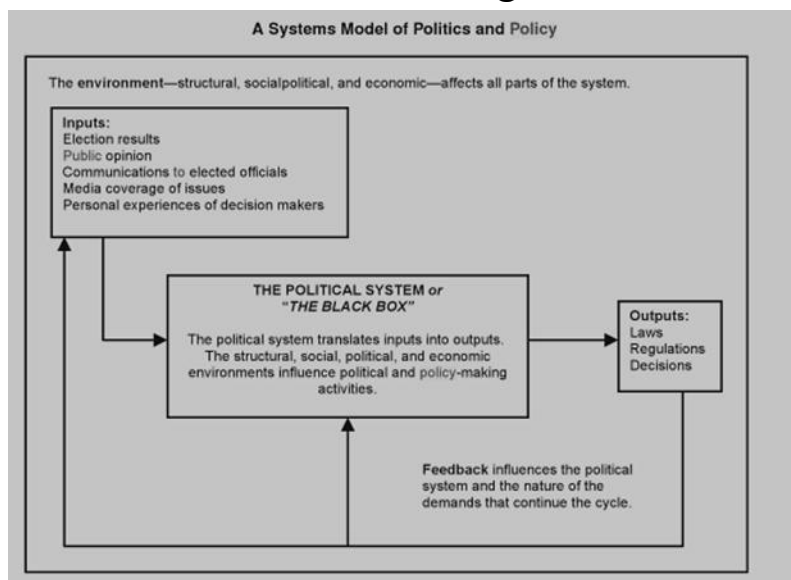
۳۷. همانند مفاد ماده ۲۰۵۹ قانون مدنی فرانسه

Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.

38. Code du travail.
39. Code de la consommation.
40. une règle imperative.
41. exception of Public Order/ exception d'ordre public.
42. Policy makers.
43. Clarke E. Cochran (2004), *An Introduction: American Public Policy*.
44. Thomas R. Dye (1995), *Understanding public policy*, Prentice Hall.
45. Eloyd's mallon, *Doing Academic Planning: Effective Tools for Decision Making*, USA: society for college and univercity.
46. B Guy Peters (2006) *Handbook of Public Policy*, SAGE Publications Ltd.
47. A systeme model of Politics and Policy.
48. David Easton.
49. A Systeme Analysis of Political Life.
50. Inputs- The black Box – Outputs.

51. Feedback.

۵۲. شمای مورد نظر بیرکلند به شرح زیر است:



53. Integrity

54. General Clause Of Legal systeme

۵۵. از جمله اصل اقتصادی عدم دخالت دولت در بازار اصل «بگذارید انجام شود، بگذارید بگذرد [ورود و دخالت نکنید]» (Laissez faire; Laissez passer) است که توسط آدام اسمیت تحت عنوان «دست نامرئی» مطرح شد (Mathias, 1989, p.726) & Orsini, (2007, p.152) این اصل در حوزه حکمرانی نیز وارد شد و عنوان کرد: «دخالت دولت را فقط در حد وضع مقررات انتظامی و پلیس مجاز می‌شمرد. در این نظام، عمل دولت جنبه منفی دارد. او مداخله نمی‌کند، مگر برای جلوگیری از فعالیت‌های مضر افراد» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۱). بر اساس هر دو این اصول دولت باید آزادی افراد جامعه را به حداکثر ممکن برساند.

56. Case Law.

57. conviction.

58. imperative nature of domestic laws.
59. positive and negative laws.
60. Winiariski.
61. rule of the lex fori.
62. irresistible reason.
63. l'état d'urgence / state of emergency.
64. Etat d'exception / State of exception.

۶۵. در فرانسه به علت اعتراضات حومه بر اساس ماده ۱۶ قانون اساسی و قانون سوم آوریل ۱۹۵۵، از ۸ نوامبر ۲۰۰۵ تا ۳ ژانویه ۲۰۰۶ وضعیت اضطراری مستقر بود ( La loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955) همچنین، در ۱۷ می ۱۹۵۸ تا اول ژانویه ۱۹۵۸، ۲۳ آوریل ۱۹۶۱ تا ۲۴ اکتبر ۱۹۶۲ در کلان‌شهرها و ۱۲ ژانویه ۱۹۸۵ تا ۳۰ ژوئن ۱۹۸۵ در Nouvelle-Calédonie فرانسه وضعیت اضطراری برقرار بود.

۶۶. استمرار وضعیت اضطراری برای مدتی بیش از چند ماه، دولت را از وضیت مردم‌سالاری به وضعیت استبدادی منتقل می‌کند. برخی کشورهای عربی همانند الجزایر، سوریه و مصر سال‌ها تحت این رژیم اداره می‌شدند و هم‌اکنون از مهم‌ترین نمونه‌های اداره تحت وضعیت اضطراری به شرح زیر است:

مثال ۱. بعد از حملات ۱۱ سپتامبر، در ۱۴ سپتامبر ۲۰۰۱ به موجب اعلامیه ۷۴۶۳ رییس‌جمهور بوش در مورد حملات ۱۱ سپتامبر ( Declaration of Emergency regarding September 11 attacks) به موجب بخش ۲۰۲ (d) از قانون اضطرارهای ملی (section 202(d) of the National Emergencies Act (50 U.S.C. 1622(d))) وضعیت اضطراری در آمریکا تا زمانی که خطر تروریستی وجود داشته باشد، برقرار شد (<http://georgewbush->

[whitehouse.archives.gov/news/releases/2007/09/20070912-2.html](http://whitehouse.archives.gov/news/releases/2007/09/20070912-2.html)). این وضعیت نیز بعد بوش توسط رئیس‌جمهور باراک اوباما در ۱۰ سپتامبر ۲۰۰۹، سپس در ۱۰ سپتامبر ۲۰۱۰، ۹ سپتامبر ۲۰۱۱ و ۱۱ سپتامبر ۲۰۱۱ تمدید شد ( Message Continuation of the National Emergency with Respect to Certain Terrorist Attacks". Whitehouse.gov. 2012-09-11. Retrieved 2012-09-25).

مثال ۲. رژیم صهیونیستی از ۱۹۴۸ یعنی کمتر از یک سال پس از تأسیس، همزمان با جنگ اعراب-اسرائیل، برابر قانون مصوب پارلمان (کنیسه) حکومت نظامی ( Martial Law) اداره و این وضعیت هر ساله توسط مجلس تمدید می‌شود ( Assaf Sagiv, "The State of Freedom and the State of Emergency", Azure (Spring 2007 (<http://azure.org.il/article.php?id=444&page=all>

67. Ausnahmezustand.

68. Carl Schmitt.

69. Third Reich.

70. civil war.

۷۱. کتاب «وضعیت استثنایی» تألیف جیرجی آگامبن (۱۹۴۲) از کتب مرجع و قابل توجه حقوقدانان در تحلیل وضعیت استثنایی محسوب می‌گردد. وی این کتاب را در ۱۵ ژولای ۲۰۰۵ جهت تحلیل مفهومی وضعیت استثنایی از زمان نظریه‌پردازی توسط اشمیت تا اجرا توسط دولت بوش بعد از وقایع ۱۱ سپتامبر، توسط دانشگاه شیکاگو چاپ کرده و با توجه به اینکه خود او فیلسوف سیاسی ایتالیایی است و دارای کرسی نظریه‌پردازی و تدریس در دانشگاه ونیز ایتالیا (Università IUAV di Venezia)، در کالج بین‌المللی فلسفه (Collège International de Philosophie) پاریس، در دانشگاه اروپایی ساس‌فی (Saas-Fee) سوئیس و چندین دانشگاه آمریکا (شیکاگو، برکلی، نورث وسترن، اوانستون (Evanston) و هنریچ هین (Heinrich Heine)) است، اثر صد و چهارده صفحه‌ای وی مورد استفاده و استناد بسیاری از اساتید و حقوقدانان قرار گرفته است. وی در سال ۲۰۰۶ جایزه اروپایی مقاله چارز ویلون (Prix Européen de l'Essai) را دریافت کرد. (Charles Veillon

۷۲. اصلاحیه پنجم: هیچ شخصی به سبب ارتکاب جرم سنگین یا جرم نامعین مسئول شناخته نخواهد شد، مگر بر اساس «کیفر خواست یا اعلام جرم» هیئت عالی منصفه، مگر در موارد مربوط به نیروهای زمینی، دریایی یا نیروهای شبه‌نظامی مردمی که عملاً در حال خدمت در زمان «جنگ یا خطر عمومی» باشند. هیچ‌کس برای یک جرم دوبار به حبس یا اعدام محکوم نخواهد شد. هیچ‌کس در هیچ موردی کیفری به ادای شهادت

ضد خود مجبور و یا از زندگی، آزاد و دارایی خویش بدون طی مراحل قانونی لازم محروم نخواهد شد. اموال خصوصی بدون پرداخت غرامت عادلانه مورد استفاده عمومی قرار نخواهد گرفت.

73. enemy combatants.
74. Geneva Conventions.
75. radically erases any legal status of the individual.
76. Public order.
77. Public order crime.
78. Siegel.
79. public-order crime.
80. shared norms.
81. social values.
82. customs.
83. political crime.
84. Protective Order.
85. Anglo-Saxon.
86. Offenses against public order.
87. <http://ypdcrime.com/penal.law/article240.htm#p240.00>.
88. <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.42.htm>.
89. public place.
90. The Public Order Act 1986 (c 64).
91. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/contents>.
92. common law offences.
93. the Public Order Act 1936.
94. the Law Commission.
95. Riot.
96. Violent disorder.
97. public alarm or anxiety.
98. Offences abolished.
99. Imposing conditions on public processions.
100. Prohibiting trespassory assemblies and arrest therefor.
101. Racial Hatred.
102. Racial inflammation.
103. l'ordre public de direction.



### کتابنامه

الماسی، نجادعلی (۱۳۸۲)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: میزان، چ ۱.  
طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات سمت، چ ۱۵.  
غمامی، سید محمد مهدی؛ اسماعیلی، محسن (۱۳۸۹)، «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۳۲.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۲۸.

- Academie De Droit International De La Ha (1990), *Recueil Des Cours*, 1989-V, La Ha: Martinus Nijhoff Publishers.
- Agamben, Giorgio (2005), *State of Exception*, Chicago: University of Chicago Press.
- André de Laubadère, Jean-Claude Venezia (1997), *Traité de droit administratif*, L.G.D.J., Volume 3.
- Birkland, Thomas A. (2010), *An Introduction to the Policy Process: Theories, Concepts, and Models of Public Policy Making*, USA: M.E. Sharpe.
- Boden, Didier (2002), *L'ordre public: Limite et Condition de la tolérance; Recherches sur le pluralisme juridique*, Paris: Thèse Université de Paris I Panthéon-Sorbon.
- Chisholm, Hugh (1911), *Encyclopædia Britannica* (11th ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- Delvolvé, Jean-Louis; Rouche, Jean & Pointon, Gerald H. (2003), *French Arbitration Law and Practice*, Uk: Kluwer Law International.
- Gold, Joseph (1986), *The Fund Agreement in the Courts*, International Monetary Fund, 4 Vols.
- Gonzales, Campos; Fernandez, Rozas, (1974), *l'Ordine Publico Internazionale*, CEDAM.
- Jenkins W. I. (1978), *Policy, Analysis: A Political and Organizational Perspective*, London: London.
- Lambert-Faivre, Yvonne (2001), *Droit des assurances*, Paris: Dalloz.
- Miriam, Catherine Smith, Orsini, Michael (2007), *Critical Policy Studies*, Canada: UBC Press.
- Moreau, Jacques (1994), *Police administratives*, Paris: Et. Technique-juris Classeur.

- Mathias, Peter & Pollard, Sidney (1989), *The Cambridge Economic History of Europe from the Decline of the Roman Empire, Volume 8: The Industrial Economies: The Development of Economic and Social Policies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Neraudau, Emmanuelle (2006), *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruxelles: Bruylant.
- Nippel, Wilfried (2003), *Key Themes in Ancient History: Public Order in Ancient Rome*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pineau, Elena Rodriguez (1998), *European Union International Ordre Public, Spanish Yearbook of International Law*, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, Vol. III.
- Remy, Benjamin (2008), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris: Dalloz.
- Robertson, Ian. (1989), *Society: A Brief Introduction*. New York: Worth Publishing.
- Stout, Angela Kathryn; Alan Dello Buono, Richard; Chambliss, William J. (2004) *Social Problems Law & Society*, Rowman & Littlefield.
- wilferd Jenks, C. (1964), *The prospects of international adjudication*, New York: Oceana Publications Inc.
- Zweigert, H. Kötz (1998), *Intoduction to Comparative law*, Tony Weir, Clarendon Press.

#### پایگاه‌های اینترنتی

- [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de).
- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).
- [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).
- [www.statutes.legis.state.tx.us](http://www.statutes.legis.state.tx.us).
- [www.ucl.ac.uk/history2/volterra/resource.htm](http://www.ucl.ac.uk/history2/volterra/resource.htm).
- [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov).
- [www.ypdcrime.com/penal.law](http://www.ypdcrime.com/penal.law)