

## Methods for Determination of Public Order Instances in Private International Law

*Mohammade Alemzade<sup>1</sup>*

1. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Qaemshar Branch, Islamic azad university, Qaemshar, Iran.

Email: malemzade46@gmail.com



S.D.I.L.  
The SD Institute of Law  
Research & Study



**Publisher:**  
Shahr-e Danesh  
Research And Study  
Institute of Law

**Article Type:**  
Original Research

**DOI:**  
10.48300/JLR.2022.326024.1937

**Received:**  
20 October 2021

**Accepted:**  
3 February 2022

**Published:**  
10 June 2023



### A B S T R A C T

In the scope of Private international Law whenever external applicable Law is against to Public order of lex fori, it will be Prohibited from Performance. Initially in international institutions and Conferences , in concern with the criteria For determination of Foreign Law contrariness with Public order of Lex fori, in order to enumerate the rules which relates.

to Public order efforts were made, but due to cultural, religious and civilization variety of countries , these efforts were not successful. so nowadays determination of this subject is conferred to judicial authorities which called “deduction method”. But Extensive Power of judges in this method cause to that private international Law scholars provide solutions for limitation of judge’s power.

Planning the doctrine of “Acquired Rights”, the

#### Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



theory of diminished effect of Public Policy and the doctrine of intensity of the relationship with lex fori had been instances of this efforts. The result of these mentioned theories are that: If application of Foreign Law merely in practice is Contrary with Public order of Lex fori, the Judge prevented the implementation of Foreign law. This notion from public order is coordinate with the exceptional nature of public order rule in private international law.

**Keywords:** Public Order. Foreign Law. Vested Rights. The Method of Determination A Posteriori. Good Behavior.

**Funding:** The author received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

**Author contributions:**

Mohammad Alemzade: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization, Supervision, Project administration.

**Competing interests:** The author declare that he has no competing interests.

**Citation:**

Alemzade, Mohammade. "Methods for Determination of Public Order Instances in Private International Law" *Journal of Legal Research* 22, no. 53 (June 10, 2023): 145-170.

## Extended Abstract

In the scope of private international Law whenever foreign applicable Law is against to Public order of lex Fori, it will be prohibited from performance. There is two opinion about the notion of public order in private international law; because some of lawyers and scholars think that public policy has a extent notion .In fact from this point of view, public order ragards as a principle. But some other lawyers and scholars use it in a limit meaning and in the other hand Know for this notion an exceptional role. In fac from the earlier approach , public order is one of the exceptions of application of competent foreign law. There is such exception in laws of most of countries and international conventions respect to conflict of laws. For example article 975 of the civil code of the Islamic Republic of Iran prescribes this exceptional role of public order in private international law. Mentioned article reads that :The courts can not apply the foreign laws and private contracts which is contrary with the public order and morality ;althouth, as a general rule application of these laws is permitted. There is almost such similar article in other countries. For determination of public order instances generally has been used two methods. Initially in international institutions and Conferences , in concern with the criteria for determination of foreign Law contrarity with Public order of Lex Fori, in order to enumerate the rules which relates to Public order efforts were made. On the other hand this method says that the countries and international institutions must classifies the laws on the base of subject and determines the laws that is relate to public order .This method named the method of determination a priori , but due to cultural, religious and civilization variety of countries , these efforts were not successful .On the other hand privity of the public order and changeability of the fundamental rules of the lex Fori caused that the method of a “deduction method”. But extensive Power of judges in this method cause to that private international Law scholars provide solutions for limitation of judge’s power.

Planning the doctrine of “Acquired Rights”, the theory of diminished effect of Public Policy and the doctrine of intensity of the relationship with lex fori and the soloution of German's writers had been instances of this efforts. According to the theory of acquired rights there is less probability to revoke the public order, whenever we face with the acquired rights. Because of the principle of international recognition of acquired rights that the right was gained in one country it must be respected in another countries .The doctrine of diminished effect of public order also based on the doctrine of the acquired rights .Conforming this theory it must be distinguished between exist of right and the effect of right. for example if the proving of natural(illegal) lineage is not known in a country and a person want to prove the lineage to his illegal father

in that country, the courts of that country does not accept his action because of unconformity to public order, but if he was proved his illegal lineage in a country that is permitted it, generally he can use of its effects in other country although earlier country does not permit proving of illegal lineage. According to doctrine of intensity of the relationship with Lex Fori which is existed in German law, but has been affected in other countries such as France and united states of America and has accepted in practice. for limiting Of judge's power we must determine the degree of interference of public order in every case. This doctrine has not an decisive answer to the question that when we can invoke the public order and the court have to determine with the circumstances of every special case. According to the last doctrine which proposes by the German's writers does not apply merely the special rule that is contrary with the fundamental principles of Lex Fori Thus other regulation of foreign law maintains control of situation. This solution was applied in superm court of Germany and was prescribed in 2th section of article 22 of portogale's civil code . Although it seems that this theory does not limit the judge's power in the process of determination of the public policy instances and judges determine the application case of public order and further trys to select the solution that is not contrary with public order of Lex Fori . Result of these mentioned theories are that : If application of foreign Law merely in practice is Contrary with Public order of Lex Fori , the Judge prevented the implementation of Foreign law. This notion from public order is coordinate with the exceptional nature of public order rule in private international law.

# روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی

محمد عالم زاده<sup>۱</sup>

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد قائم‌شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم‌شهر، ایران.  
Email: m.alemzadeh@qaemiau.ac.ir

## چکیده:

در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی هرگاه قانون خارجی قابل اعمال، مخالف نظم عمومی کشور مقرر دادگاه باشد از اجرای آن جلوگیری می‌شود. در مورد معیار تشخیص مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی مقرر دادگاه ابتدا در مؤسسات و کنفرانس‌های بین‌المللی تلاش‌هایی در جهت احصای موضوعات مربوط به نظم عمومی صورت گرفت، لیکن به دلیل تفاوت فرهنگ، مذهب و تمدن کشورها این تلاش‌ها ثمربخش نبوده است، از این‌رو امروزه تشخیص این موضوع به مراجع قضایی واگذار شده است که از این شیوه، به روش تعیین استقرایی یاد می‌شود؛ اما اختیار وسیع قضات در اجرای این روش موجب گردید تا علمای حقوق بین‌الملل خصوصی راه‌حلی را جهت تحدید اختیار قضات ارائه نمایند. طرح دکترین حقوق مکتسبه، نظریه اثر خفیف نظم عمومی و دکترین شدت ارتباط با مقرر دادگاه از جمله این تلاش‌ها بوده است. ماحصل نظریات یادشده این است که چنانچه اعمال قانون خارجی صرفاً در عمل مخالف با نظم عمومی کشور

## کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0 منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:  
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2022.326024.1937

تاریخ دریافت:  
۲۸ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:  
۱۴ بهمن ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:  
۲۰ خرداد ۱۴۰۲



مقر دادگاه باشد قاضی مقر دادگاه از اجرای قانون خارجی جلوگیری می‌نماید. این طرز تلقی از نظم عمومی با طبع استثنایی قاعده نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نیز هماهنگی دارد.

### کلیدواژه‌ها:

نظم عمومی، قانون خارجی، حقوق مکتسبه، روش استقرایی، اخلاق حسنه.

### حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

### مشارکت نویسندگان:

محمد عالم زاده: مفهوم‌سازی، روش شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی، نظارت، مدیریت پروژه.

### تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسنده این مقاله تعارض منافع ندارد.

### استناددهی:

عالم زاده، محمد «روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۲، ش. ۵۳ (۲۰ خرداد ۱۴۰۲): ۱۴۵-۱۷۰.

## مقدمه

در حقوق بین‌الملل خصوصی، اصطلاح نظم عمومی<sup>۱</sup> به عنوان یکی از موانع اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار مورد بحث قرار می‌گیرد. در این قلمرو منظور از نظم عمومی آن دسته از قواعد و اصول اساسی حقوق هر کشور است که هرگاه قانون خارجی و یا قراردادهای خصوصی با این اصول و قواعد در تعارض باشد اجرا نخواهد شد.<sup>۲</sup> در نتیجه نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی معنا و قلمرو محدودتری از حقوق داخلی دارد.<sup>۳</sup> به عقیده برخی از مؤلفین<sup>۴</sup>، نظم عمومی در حقوق انگلیس قلمرو محدودتری از حقوق فرانسه دارد، به این دلیل که محاکم انگلیسی در بیشتر دعاوی مربوط به طلاق، حجر و فرزندخواندگی که به منافع عمومی ارتباط دارد قانون انگلیس را اجرا می‌کنند<sup>۵</sup> و مجالی برای اجرای قانون خارجی باقی نمی‌ماند تا به نظم عمومی استناد شود.

در ارتباط با ضرورت پرداختن به موضوع این نوشتار باید گفت که اگرچه پیرامون نظم عمومی از لحاظ مفهوم و کارکرد آن در حوزه حقوق داخلی و یا حقوق بین‌الملل خصوصی و حقوق بین‌الملل عمومی، تحقیقات و مطالعات گوناگونی در قالب مقاله و یا پایان‌نامه صورت گرفته است؛ اما در خصوص روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی به ویژه در حقوق بین‌الملل خصوصی، مطالعات کتابخانه‌ای انجام نشده است. از این‌رو نگارنده، در این نوشتار با استفاده از روش کتابخانه‌ای و به شیوه تحلیلی -

### 1. The method of determination a priori

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰)، ۷۱۷؛ نجادعلی الماسی، تعارض قوانین (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۹۵)، ۱۳۱؛ کوپنول لافورس، حقوق بین‌الملل خصوصی، ترجمه مهدی حدادی (قم: مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۹)، ۵۳.

۳. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۲-۱۳۱؛ حسن افشار، کلیات حقوق تطبیقی (تهران: مجموعه حقوق تطبیقی، ۱۳۴۶)، ۱۵۷؛ محمود سلجوقی، بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی (تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶)، ۲۵۹-۲۵۸.

۴. جهت اطلاع بیشتر از مفهوم و جایگاه نظم عمومی در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی و نیز اقسام نظم عمومی؛ نک: - مهدی حدادی، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین‌الملل با نظام‌های حقوقی ملی»، مجله حقوق خصوصی، دانشگاه تهران ۷ (۱۶) (۱۳۸۹)، ۱۶۴-۱۶۲.

- مرتضی شهبازی‌نیا، محمد عیسایی تفرشی و حسین علمی، «مفهوم نظم عمومی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۴۳ (۱) (۱۳۹۲)، ۹۶-۱۰۱.

- محمد عالم‌زاده، «نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳)، ۳۴-۱۳.

5. J. Collier, *Conflict of Laws* (Great Britain: Cambridge University Press, 2004), 361.

توصیفی و استنباطی، در صدد بررسی و تبیین این موضوع برآمده است. در مورد تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی، روش‌های متفاوتی وجود دارد که متناسب با آن دیدگاه‌های گوناگونی مطرح شده است که بررسی این روش‌ها و دیدگاه‌ها و نیز آثار و نتایج آن در قوانین کشورهای و کنوانسیون‌های بین‌المللی و از جمله در حقوق ایران، موضوع این نوشتار را تشکیل می‌دهند.

## ۱- مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی

یکی از مفاهیم بنیادین در علم حقوق، اصطلاح نظم عمومی است که درباره آن تعاریف و دیدگاه‌های گوناگونی از سوی دکترین حقوق در رشته‌های مختلف بیان شده است؛ از جمله اینکه مفهوم این اصطلاح در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی متفاوت است. در حقوق داخلی به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان، «نظم عمومی مجموعه تأسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی‌توانند برخلاف آن قرارداد ببندند.»<sup>۶</sup> به اعتقاد برخی دیگر، در حقوق داخلی نظم عمومی شامل آن دسته از قواعدی است که اصطلاحاً قواعد امری نامیده می‌شوند اعم از اینکه قواعد مزبور مربوط به حقوق خصوصی و یا حقوق عمومی باشد.<sup>۷</sup> اما درباره مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی اتفاق نظر وجود ندارد؛ چراکه بعضی از حقوق‌دانان برای نظم عمومی مفهوم وسیعی قائل هستند و در واقع از دیدگاه این عده، نظم عمومی به عنوان اصل مطرح می‌گردد و برخی دیگر آن را در معنای محدودتری به کار برده و به عنوان استثنایی بر اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار تلقی می‌کنند که در ادامه به مفهوم نظم عمومی برحسب دیدگاه‌های فوق در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی اشاره خواهیم کرد.

### ۱-۱- دیدگاه اصل بودن نظم عمومی

به اعتقاد طرفداران اصل بودن نظم عمومی، قوانین نظم عمومی قوانینی هستند که دارای عمومیت می‌باشند؛ به عبارت دیگر، مقررات نظم عمومی قوانین درون‌مرزی هستند که در داخل مرزهای کشور درباره همه افراد اجرا می‌شوند. مانچینی<sup>۸</sup> مؤسس مکتب جدید ایتالیایی و دیگر طرفداران این مکتب قائل به اصل شخصی بودن قوانین هستند. به این معنی که قوانین اصولاً با اشخاص تغییر مکان

۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی، «تأثیر اراده در حقوق مدنی»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، (۱۳۴۱)، ۲۳۸.

۷. ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۷۲)، ۱۶۷.

8. Mancini



می‌دهند و درباره بیگانگان باید قانون شخصی یعنی قانون دولت متبوع آنان اجرا گردد. با این حال، این مکتب استثنائی را بر این اصل وارد نموده است: ۱- قوانین مربوط به نظم عمومی مانند قوانین راجع به رژیم اموال، قوانین مسؤولیت مدنی، قوانین مربوط به حقوق عمومی. مکتب ایتالیایی صورتی از قوانین نظم عمومی به دست می‌دهد که شامل یک سلسله از قوانینی است که صلاحیت آنها مطابق نظریه مانچینی و طرفداران وی محلی و درون مرزی است؛<sup>۹</sup> ۲- قراردادهای که تابع قانون حاکمیت اراده یعنی قانونی است که طرفین قرارداد تعیین کردند؛ ۳- تشریفات مربوط به شکل اسناد که تابع قانون مربوط به محل تنظیم هستند. بر این نظریه ایراداتی وارد شده است از جمله اینکه کلیه قوانین درون مرزی را نمی‌توان مربوط به نظم عمومی به معنایی که در روابط بین‌المللی استعمال می‌شود، دانست. مثلاً قوانین مربوط به رژیم مالکیت، درون مرزی هستند ولی الزاماً مربوط به نظم عمومی نیستند و بدین جهت قاضی می‌تواند قانون کشور دیگری را درباره اموال واقع در آن کشور اجرا نماید. انتقاد دیگر بر این دیدگاه این است که نظم عمومی مطابق این نظریه اصل است نه استثنا، زیرا قوانین نظم عمومی از این دیدگاه همان قوانین درون مرزی است و اگرچه به شکل استثنا بیان شده‌اند ولی به قدری دامنه آنها وسیع است که نظم عمومی به شکل اصل جلوه‌گر می‌شود؛ حال آنکه امروزه اکثریت علمای حقوق و قوانین اکثر کشورها به نظم عمومی به مفهومی که در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌گردد به عنوان استثنائی بر اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار می‌نگرند.<sup>۱۰</sup>

## ۱-۲- دیدگاه استثنا بودن نظم عمومی

اما طرفداران استثنا بودن نظم عمومی، این نظریه را در قالب مکاتب نزاکت<sup>۱۱</sup> و اشتراک حقوقی و شخصی بودن قوانین مطرح نمودند. از میان این مکاتب، مکتب شخصی بودن قوانین را در زمره طرفداران نظریه اصل بودن نظم عمومی برشمردیم؛ چراکه این مکتب اگرچه نظم عمومی را به عنوان استثنا بر اصل شخصی بودن قوانین قلمداد نموده لیکن دامنه این استثنا چنان وسیع است که آن را به شکل اصل ظاهر می‌سازد؛ اما بر اساس مکتب نزاکت، قانون خارجی به دلایل نزاکت بین‌المللی اعمال می‌شود، دلایلی که قطعاً اعمال قواعد، مقررات یا سنت‌های کشورهای دیگر را هنگامی که مخالف

9. Mosconi, Franco, "Exceptions to the operation of choice of Law rules", ( Hague, R.C.A.D.I) Vol.V,1989), 34.

۱۰. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۰.

11. Comity

سنت‌ها، مصالح و نظم مقر دادگاه باشد مجاز نمی‌شود.<sup>۱۲</sup> بر این اساس تئوری نظم عمومی به عنوان استثنایی بر اصل نزاکت و اجرای قانون خارجی هنگامی که اجرای قانون خارجی مخالف منافع و مصالح کشور مقر دادگاه باشد، عمل می‌نماید. بر اساس مکتب اشتراک حقوقی اجرای قانون ملی در مواردی که اشتراک حقوقی وجود دارد منصفانه است، «اما گاهی در مورد مسائل مربوط به قوانین کشورهای مختلف راه‌حل مشترکی موجود نیست که در این صورت باید دید آیا راه‌حل قانون خارجی با راه‌حل قانون داخلی مخالف است یا خیر؟ اگر میان راه‌حل‌های مذکور تضادی وجود داشته باشد در این صورت از اجرای قانون خارجی به نفع قانون داخلی جلوگیری به عمل می‌آید».<sup>۱۳</sup>

قطع نظر از اینکه در مورد نحوه توجیه مسأله نظم عمومی از دیدگاه این مکاتب انتقاداتی وارد شده است باید گفت امروزه مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی به عنوان استثنایی بر اجرای قانون خارجی صلاحیت‌دار پذیرفته شده است. توضیح اینکه بر اساس نظریه استثنا بودن نظم عمومی، هنگامی که قانون خارجی بر اساس قواعد حل تعارض مقر دادگاه به عنوان قانون صلاحیت‌دار تعیین می‌گردد لیکن اجرای آن منافی مصالح و تأسیسات حقوقی اساسی کشور مقر دادگاه است، قاضی مقر دادگاه به استناد نظم عمومی از اجرای قانون مذکور خودداری خواهد کرد. این طرز تلقی از مفهوم نظم عمومی تفاوت نظم عمومی در حقوق داخلی را با نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی روشن می‌سازد. در حقوق داخلی نظم عمومی شامل قواعدی است که افراد نمی‌توانند به وسیله قراردادهای خصوصی آن را نقض کنند. قواعد مربوط به وضعیت و اهلیت اشخاص از این قبیل هستند. بنابراین اراده افراد نمی‌تواند سن قانونی برای اهلیت انعقاد قرارداد را تغییر دهد یا در شرایط مربوط به قواعد امری نکاح و طلاق دخل و تصرفی نماید. لیکن نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهومی محدودتر از نظم عمومی در حقوق داخلی دارد و قراردادی که بر اساس قانون خارجی صحیح است جز در صورت مخالفت با اصول غیرقابل نقض اخلاقی، اجتماعی و سیاسی توسط مقر دادگاه باطل تلقی نخواهد شد.<sup>۱۴</sup> به عقیده باتیفول<sup>۱۵</sup>، استاد فرانسوی، نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نقشی متفاوت از نظم عمومی در حقوق داخلی ایفا می‌نماید. در حقوق داخلی یک قانون مربوط به نظم عمومی بر اساس ماده ۶ قانون مدنی فرانسه، قانونی است که اشخاص نمی‌توانند به وسیله قرارداد آن را نقض

12. Mosconi, op.cit, 31.

۱۳. عبدالغنی احمدی واستانی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، (تهران: انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۴۲)، ۸۹.

14. Cheshire and North, *private international law* ( London: Butterworth, 1987), 131.

15. Batiffol

نمایند و در حقوق بین‌الملل خصوصی قانونی است که مخالف اعمال قانون خارجی متعارض است.<sup>۱۶</sup> اگر نظم عمومی در حقوق داخلی، همان معنا را در حقوق بین‌الملل خصوصی داشت، یعنی مخالفت با نظم عمومی عبارت از نقض قواعد امری بود، می‌بایست از اجرای قوانین خارجی مربوط به وضعیت و اهلیت به طور کلی جلوگیری شود که در این صورت حقوق بین‌الملل خصوصی فلسفه وجودی خود را از دست می‌داد، چه در تعارض قوانین مرتباً به قوانین خارجی مربوط به وضعیت و اهلیت که ناقض قواعد امری کشور متبوع دادگاه است ترتیب اثر می‌دهند و در واقع وضعیت و اهلیت در اکثر کشورها از جمله ایران و فرانسه زمینه اصلی و مهم‌ترین مورد اجرای قانون خارجی تلقی می‌شود. پس نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی باید معنا و قلمرو محدودتری داشته باشد.<sup>۱۷</sup> با توجه به همین مفهوم برخی از حقوق دانان نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی را چنین تعریف کرده‌اند: «مجموعه سازمان‌ها و قواعدی که ارتباط آنها با تمدن یک کشور طوری است که قضات آن کشور ناگزیر به تقدیم آنها بر قوانین خارجی (در صورت تعارض و تزامم) می‌باشند.»<sup>۱۸</sup> در واقع از این دیدگاه منظور از نظم عمومی در تعارض قوانین، مجموعه سازمان‌ها و قواعدی است که آن‌چنان با اصول تمدن و نظام حقوقی یک کشور بستگی دارد که دادگاه‌های آن کشور ناچارند اجرای آن را بر اجرای قانون خارجی مقدم شمارند؛ اگرچه قانون مزبور مطابق قواعد عادی حل تعارض قانون صلاحیت‌دار باشد.<sup>۱۹</sup> با این تعریف و مقایسه آن با تعریف نظم عمومی در حقوق داخلی باید گفت که نخست، نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی به منزله وسیله و یا علاجه است که برای اجتناب از ناراحتی یا دردی که بر اثر اجرای قانون خارجی به وجود می‌آید تعبیه شده است و به گفته نیبویه<sup>۲۰</sup> نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی در واقع مانند سدی است که جلوی اجرای قانون خارجی را می‌گیرد و قاضی را ناگزیر می‌سازد تا قانون دولت متبوع خود را به اجرا گذارد؛ ثانیاً، بین نظم عمومی در حقوق داخلی و نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی از نظر منطقی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد یعنی هر چه مخالف نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی است مخالف نظم عمومی در حقوق داخلی نیز است و حال آنکه هر چه مخالف نظم عمومی در حقوق داخلی است الزاماً مخالف نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نیست.

16. Henri Batiffol, *Droit international Prive*, (Paris: librairie Generale de droit et de Jurisprudndense, 1970), 433.

۱۷. افشار، پیشین، ۱۵۶ و ۱۵۷.

۱۸. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، ۷۱۷.

۱۹. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۱.

20. Niboyet

چنانکه در موضوع اهلیت، وضعیت، ارث و وصیت غالباً قوانین خارجی را که ناقض قوانین کشور متبوع قاضی است اجرا می‌کنند و آن قوانین خارجی را مخالف نظم عمومی تلقی نمی‌کنند و این خود کاشف از آن است که نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی مفهوم و دایره شمول محدودتری دارد.<sup>۲۱</sup> اما در مورد ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه و یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد هر چند اجرای قوانین مذکور اصولاً مجاز باشد». باید گفت از طرز تنظیم ماده مذکور و در یک ردیف قرار دادن قوانین خارجی با قراردادهای خصوصی چنین به نظر می‌رسد که قانونگذار ایران قائل به تفکیک بین نظم عمومی در حقوق داخلی و نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نبوده است، حال آنکه چنانکه گفتیم، معنای نظم عمومی در حقوق داخلی کاملاً متفاوت از مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی است. برای نشان دادن این تفاوت باید گفته شود که این خود مسلم است که در حقوق داخلی قوانین مربوط به امور خانوادگی به طور کلی از قوانین مربوط به نظم عمومی هستند و با هیچ‌گونه قرارداد خصوصی نمی‌توان از احکام آمره قانونی در این موارد سرپیچی کرد. چنان‌که هر گونه قرارداد خصوصی راجع به اعطای اهلیت و یا تغییر در احکام مربوط به نسب فاقد ارزش حقوقی و اعتبار قانونی بوده و محاکم این قبیل قراردادها را به علت مابینت با نظم عمومی فاقد اثر می‌دانند. پس اگر در حقوق بین‌الملل خصوصی نظم عمومی چنین معنایی را می‌داشت و مخالفت با نظم عمومی عبارت از نقض قواعد آمره بود حقوق بین‌الملل خصوصی فلسفه وجودی خود را از دست می‌داد چراکه در این رشته از حقوق مرتباً به قواعد خارجی که ناقض مقررات آمره کشور است در موضوع وضعیت، اهلیت و ارث ترتیب اثر می‌دهند و آنها را مخالف نظم عمومی محسوب نمی‌کنند و این امر خود مبین آن است که در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی نظم عمومی فقط از لحاظ لفظ یکی است و معنای آنها متفاوت است.<sup>۲۲</sup>

۲۱. همان، ۱۳۱.

۲۲. محمد نصیری، حقوق بین‌الملل خصوصی، جلد اول و دوم (تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۷۲)، ۱۸۷.

## ۲- روش‌های تعیین مصادیق نظم عمومی

### ۲-۱- روش تعیین قیاسی

طرفداران روش تعیین قیاسی<sup>۲۳</sup> معتقدند که مصادیق نظم عمومی قابل تعیین است و این موارد می‌تواند توسط قوانین و نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی احصا گردد، اگرچه تلاش‌ها در این خصوص به دو صورت شکل گرفته است:

الف- احصای همه موارد مداخله نظم عمومی

بعضی از علمای حقوق بین‌الملل خصوصی از جمله پیه<sup>۲۴</sup> معتقد بودند که می‌توان قوانین مربوط به نظم عمومی را شمارش و تعیین نمود. به عقیده وی هشت قسم قانون مربوط به نظم عمومی وجود دارد که عبارتند از: «قوانین نظم عمومی (داخلی)، قوانین جزایی، قوانین راجع به مالکیت، قوانین مربوط به اعتبارات عمومی، قوانین اجرایی، قوانین مالی، قوانین اخلاقی و قوانین انتظامی». در مورد پنج قسم اولی که «پیه» شمارش نموده باید گفت اصلاً نیازی به توسل به قاعده نظم عمومی نداریم و قوانین مزبور قوانین صلاحیت‌دار جهت اجرا می‌باشند.<sup>۲۵</sup> همچنین تنها نمایندگان کشورهای مختلف در کنفرانس‌های لاهه راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی و در مؤسسه حقوق بین‌الملل سعی کردند تا بتوانند موارد اعمال قاعده نظم عمومی را قبلاً تعیین و شمارش نمایند، اما این تلاش‌ها به جایی نرسید. در کنفرانس لاهه ۱۸۹۴ که دول، مشغول تنظیم قراردادهای راجع به حقوق بین‌الملل خصوصی به‌ویژه در مورد ارث بودند، بعداً به این مشکل برخوردند که ممکن است بعضی از ممالک اجازه ندهند که قانون ملی متوفی در مملکت آنها اجرا شود، بنابراین به این فکر افتادند که موارد نظم عمومی را تعیین نمایند. نمایندگان دولت آلمان این فکر را پیشنهاد کردند. به موجب ماده ۴ پیشنهاد مذکور، قانون ملی متوفی در مورد ارث، قانون صلاحیت‌دار محسوب می‌شود ولی در مورد قوانین مربوط به حقوق عمومی، اهلیت و آزادی موصی می‌توان قانون محلی را به موقع اجرا گذارد و بدین ترتیب موارد استثنایی را شمارش نموده است. ممالکی که در کنفرانس شرکت کردند از قبول ماده ۳ و استثنائات آن به علت کامل نبودن آن خودداری کردند.<sup>۲۶</sup> در دومین کنفرانس که در سال ۱۹۰۰ تشکیل گردید، نمایندگان هلند و بلژیک طریقه

23. Deductive method

24. Pillet

۲۵. خسرو اقبال، «قاعده نظم عمومی»، مجله مجموعه حقوقی ۳(۲۶)(۱۳۳۰)، ۱۱۰۰-۱۰۹۹.

۲۶. همان، ص ۱۱۰۱.

دیگری را پیشنهاد کردند که متکی بر این اصل بود که: «نظم عمومی مشترک میان ممالک مختلف موجود نیست». به موجب این نظر ممالک مختلف باید به موجب قانون مخصوصی، موضوعاتی را که جنبه نظم عمومی دارند تعیین نمایند و بنابراین قبول نمودند که نظم عمومی تابع قانون مقر دادگاه است و به این نتیجه رسیدند که موارد مختلف نظم عمومی را به وسیله عهدنامه نمی‌توان تعیین نمود. این پیشنهاد نیز از این جهت که تشریفاتی داشت و پارلمان‌های دول می‌بایست برای تعیین موارد نظم عمومی تشکیل گردد خیلی پیچیده بود و مورد قبول واقع نشد.<sup>۲۷</sup>

در کنفرانس سال ۱۹۰۴ طریق دیگری پیشنهاد شد و مقرر شد هر دولتی باید از مجرای سیاسی موارد نظم عمومی را بدون تصویب قانون مخصوصی تعیین نماید. البته اتخاذ این طریقه مخالف جنبه ملی نظم عمومی بود، لذا در کنفرانس‌های سال‌های ۱۹۲۴ و ۱۹۲۵ پیشنهاد دیگری جانشین پیشنهادهای فوق گردید. مطابق این پیشنهاد، ماده ۳ سابق به این طریق اصلاح شد که در مورد ارث، قانون ملی متوفی در صورتی که مخالف نظم عمومی نباشد به موقع اجرا گذاشته خواهد شد و در سال ۱۹۲۸ عقیده احصای موارد نظم عمومی به کلی متروک گردید.<sup>۲۸</sup>

مزیت تعیین تمام موارد مداخله نظم عمومی غیر قابل انکار است، چراکه امنیت قضایی را تأمین نموده و علم به قابل اعمال بودن یا نبودن قانون خارجی را به دنبال خواهد داشت، لیکن تجربه نشان داده است که این پیشنهاد عملی نیست و عملاً قانونگذاران سعی نداشته‌اند که همه موارد نظم عمومی را احصا نمایند و اکثر فهرست‌هایی که برای تعیین مصادیق نظم عمومی تهیه شده عقاید تهیه‌کنندگان آنها را بیان می‌کنند و لذا از الزام حقوقی برخوردار نیستند.<sup>۲۹</sup>

#### ب- احصای طبقات

عدم امکان احصای همه موارد مربوطه به نظم عمومی بین‌المللی موجب شد تا تلاش‌های نویسندگان حقوقی در جهت تعیین معیارها و به عبارتی احصای طبقات<sup>۳۰</sup> و دسته‌هایی (از موضوعات مربوط به نظم عمومی) سوق داده شود. این روند، تأثیرات عمیقی را در تعالیم مکاتب ایتالیایی و فرانسوی<sup>۳۱</sup> به جا گذاشت و به وسیله مجموعه مقررات مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی مصوب هاوانا ۱۹۲۸ که به

27. G. Parra- Arranguren, "General Course on Private international Law", *Recueil des Course de Lacademie de droit international de La Haye*, Vol. III, (Hague, R,C,A,D,I, 1988), 4.

28. Mosconi, op.cit, 36.

29. Parra- Arranguren, op.cit, 92.

30. The Enumeration by Classes.

۳۱. در مورد مکاتب ایتالیایی و فرانسوی نک: الماسی، پیشین، تعارض قوانین، ۳۸-۷۳.

«کد بوستا مانت»<sup>۳۲</sup> مشهور است مورد تبعیت قرار گرفت.<sup>۳۳</sup> ماده ۳ این مجموعه مقررات به تفاوت میان قواعد نظم عمومی بین‌المللی و نظم عمومی داخلی تصریح می‌نماید.

مطابق ماده ۳: «از نظر اجرای حقوق مدنی، قوانین کشورها به سه دسته ذیل تقسیم می‌شوند:

- ۱- قوانینی که نسبت به اشخاص به مناسبت اقامتگاه یا تابعیت آنها اجرا می‌شود و آنها را ولو با تغییر کشور محل اقامت، تعقیب می‌نمایند و به قوانین شخصی یا نظم عمومی داخلی موسوم‌اند؛
- ۲- قوانینی که درباره مقیمان یک کشور اجرا می‌گردند، خواه اتباع داخلی باشند و خواه بیگانه و قوانین درون مرزی و محلی یا نظم عمومی بین‌المللی نامیده می‌شوند؛
- ۳- قوانینی که جهت تفسیر یا فرض اراده طرفین یا یکی از آنها اجرا می‌شوند و قوانین راجع به اراده یا نظم خصوصی نامیده شده‌اند.<sup>۳۴</sup>

در ادامه این مقررات سعی داشته است تا با توصیف معیارهای اساسی و نیز حقوق سیاسی و اداری مربوط به حمایت اشخاص، مقررات مربوط به نظم عمومی بین‌المللی را تعیین نماید؛ اما روش احصای طبقات نیز همه مشکلات را حل نمی‌کند و در این میان هنوز این پرسش مطرح بوده است که چگونه یک قاعده خاص، تحت شمول طبقه‌بندی‌های مربوط به نظم عمومی بین‌المللی قرار می‌گیرد. به هر حال «کد بوستا مانت» نیز در احصای موارد مربوط به نظم عمومی موفق نبوده است و در نتیجه اتحاد شکل بین مقررات کشورهای آمریکایی که هدف این مقررات بوده عملاً حاصل نشده است. چنانکه ماده ۶ این مقررات نیز بر این موضوع صحنه گذارده و در مواردی که به وسیله «کد بوستامانت» پیش‌بینی نشده است هر یک از دول طرف قرارداد حق تعیین آنها را دارند.<sup>۳۵</sup> در هر حال تلاش برای تعیین مصادیق نظم عمومی در سطح بین‌المللی با موفقیت همراه نبوده است، به عقیده برخی از مؤلفین علت این است که نظم عمومی به مفهوم حقوق بین‌المللی خصوصی چیزی بیشتر از یک نظم عمومی داخلی که در صحنه بین‌المللی جلوه‌گر می‌شود، نیست.<sup>۳۶</sup>

32. Code Bustamant

33. Parra- Arranguren , op.cit, 91.

۳۴. احمدی و استانی، پیشین، ۸۷-۸۶.

35. Parra- Arranguren , op.cit, 94.

36. Dennis Lloyd, *Public Policy- Comparative study between English and French Law*, 1hed (London: The Athlon Press, 1953), 8.

## ۲-۲- روش تعیین استقرایی

در این مبحث ابتدا، مفهوم روش تعیین استقرایی<sup>۳۷</sup> و انتقاد وارد بر این روش و سپس راه‌حل‌هایی که برای تعدیل آن پیشنهاد شده است مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف- مفهوم روش تعیین استقرایی و انتقاد وارد بر آن

نسبیت مفهوم نظم عمومی و به عبارتی قابلیت تغییر اصول اساسی کشور مقرر دادگاه موجب گردید تا روش قیاسی که درصدد احصای همه موارد نظم عمومی یا طبقات آن بود موفق نباشد، چراکه کشورها همواره اصول مشابهی را دنبال نمی‌کنند، بنابراین نه‌تنها تهیه فهرستی از تمام مصادیق نظم عمومی دشوار است، بلکه به فرض چنین فهرستی، ضروری است که با گذشت زمان این فهرست تغییر یابد. لذا عدم توفیق در احصای موارد مداخله نظم عمومی موجب شد تا روش تعیین استقرایی مطرح گردد. بر اساس این روش تعیین اصول اساسی و موارد مداخله نظم عمومی باید به عهده دادگاه واگذار شود، یعنی هنگامی که در هر مورد دعوی در دادگاه مطرح می‌گردد و قاضی مقرر دادگاه، قانون خارجی را مطابق قواعد حل تعارض، صلاحیت‌دار شناخته است، قاضی باید تصمیم بگیرد که آیا اعمال قانون خارجی مخالف اصول اساسی مقرر دادگاه است یا خیر؟<sup>۳۸</sup> روش تعیین استقرایی نیز مورد انتقاد واقع شده است، زیرا این روش دست دادگاه‌ها را باز گذاشته و قاضی را به انجام هر آنچه برای حفظ اصول اساسی سیستم حقوقی خود مناسب می‌داند مخیر می‌سازد و دادگاه‌ها ترجیح می‌دهند مفهوم نظم عمومی را به عنوان روشی برای اعمال قانون داخلی خود، به هنگامی که نمی‌توانند از همه مسائل مربوط به اعمال سیستم خارجی اجتناب نمایند، به کار برند.<sup>۳۹</sup>

ب- تعدیل روش استقرایی

برای جلوگیری از سوء استفاده قضات در اعمال روش استقرایی که اختیارات وسیعی را به آنها اعطا می‌نماید راه‌حل‌ها و نظریاتی پیشنهاد شده است تا تعدیلی در اجرای این روش به وجود آید؛ لذا ابتدا نظریات راجع به تعدیل این روش را مورد بحث قرار داده و سپس تحول قوانین کشورها و کنوانسیون‌های بین‌المللی را از جهت تعدیل این روش بررسی نموده و در نهایت وضعیت حقوق ایران در این زمینه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

37. The method of determination a Posteriori

38. Ibid, 94.

39. Ibid, 96.



### ۲-۳- روش ارزیابی نتیجه اعمال قانون خارجی

این نظریه، تحلیلی است که پل لاگارد<sup>۴۰</sup> حقوق دان فرانسوی ارائه داده است. بر اساس این نظر برای تشخیص اینکه قانون خارجی مخالف نظم عمومی است یا خیر؟ نباید به نحو ذهنی و انتزاعی میان محتویات قانون خارجی و نظم عمومی مقرر دادگاه مقایسه صورت گیرد،<sup>۴۱</sup> بدین معنی که نباید ملاحظه کرد که آیا قواعد قانون خارجی مخالف با مفاهیم و قواعد کشور مقرر دادگاه است بلکه صرفاً باید دید که آیا اعمال قانون خارجی در هر مورد مخالف نظم عمومی کشور مقرر دادگاه است یا خیر؟ به عبارت دیگر باید به نتیجه اعمال قانون خارجی در کشور مقرر دادگاه توجه شود و چنانچه اعمال و اجرای قانون خارجی به نتیجه‌ای مخالف نظم عمومی منجر شود، از اجرای آن جلوگیری نماید. توضیح اینکه برخی سیستم‌های حقوقی در مقررات داخلی خود قوانین خارجی مخالف نظم عمومی را غیرقابل اجرا اعلام می‌کنند، از جمله ماده ۱۲ قانون سوئد در مورد ارث مصوب ۱۹۲۷ مقرر می‌دارد: «مقررات قانون خارجی که به وضوح مخالف اصول اساسی قانون پادشاهی سوئد باشد قابل اجرا نخواهد بود.» یا ماده ۱۵ قانون مدنی مکزیک مصوب ۱۹۸۸ نیز از این دسته است. مطابق ماده مذکور: «هنگامی که قواعد قانون خارجی یا نتیجه اعمال آنها مخالف با اصول اساسی یا تأسیسات نظم عمومی مکزیک است. دادگاه اعمال مقررات قانون خارجی را نمی‌پذیرد.»<sup>۴۲</sup> لیکن در برخی دیگر از مقررات کشورها، تحت تأثیر نظریه ارزیابی نتیجه اعمال قانون خارجی، به این موضوع توجه داشته‌اند که آیا نتیجه اعمال قانون خارجی با نظم عمومی مقرر دادگاه تعارض دارد یا خیر؟ ماده ۱۷ قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۹۸۷ در این راستا مقرر می‌دارد: «اعمال قانون خارجی در صورتی که نتیجه‌اش مخالف نظم عمومی سوئیس باشد ممکن نیست.»<sup>۴۳</sup> ذیل ماده ۶ قانون جمهوری فدرال آلمان مصوب ۱۹۸۶ نیز اشعار می‌دارد: «مقررات قانون کشور خارجی اعمال نخواهد شد، اگر اعمال آن صریحاً مخالف حقوق و قوانین اساسی آلمان باشد.» لیکن به نظر می‌رسد رویه قضایی در همه کشورها مطابق مواد قانونی و راه‌حل پیشنهاد شده عمل نمی‌کند. به عنوان مثال، علی‌رغم حکم ماده ۱۷ قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس، دیوان فدرال سوئیس در یک دعوا، از پذیرش طلاق که جدایی از همسر بر اساس قانون اسلامی است به عنوان

40. Paul L'argarde

41. Ibidem.

42. F. Visser, *General Course on Private international Law* (R.C.A.D.I), Vol.1, (Hague: Recueil des Cours de L'Academie de droit international de La Haye, 1992), 101.

۴۳. علی محمد مکرمی، «بررسی قانون حقوق بین الملل خصوصی سوئیس»، نشریه حقوق، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری ۱(۴ و ۵) (۱۳۷۱)، ۷۹.

یک طلاق معتبر امتناع نمود، به این علت که این عمل مخالف نظم عمومی و مفهوم طلاق در سوئیس است. در این دعوا زوجه تبعه سوئیس بود و با یک افسر مصری ازدواج کرده بود. دادگاه درخواست زوجه را برای رونوشت برداشتن از اسناد طلاق که نزد کنسول مصر در مسکو واقع شده بود رد کرد. نتیجه این رأی آن شد که شوهر مصری که بر اساس قانون مصر طلاق داده بود، برای ازدواج مجدد آزاد باشد، لیکن زوجه بر اساس قانون سوئیس کماکان مزدوج تلقی شود و مجبور باشد مطابق مقررات سوئیس تقاضای طلاق کند.<sup>۴۴</sup> در واقع، دیوان فدرال سوئیس با عدم پذیرش طلاق اسلامی با یک ارزیابی ذهنی و بدون توجه به اینکه اعمال قانون خارجی در این مورد غیرقابل پذیرش و به عبارت بهتر مخالف نظم عمومی است، برخلاف ظاهر ماده ۱۷ قانون حقوق بین‌المللی خصوصی سوئیس به تحلیل درستی از موضوع نپرداخته است. به عقیده برخی از مؤلفین این ارزیابی ذهنی از نظم عمومی با توجه به شرایط و احوال دعوی می‌تواند به نتایج غیرعادلانه‌ای منجر گردد.<sup>۴۵</sup>

#### ۴-۲- دکترین اثر خفیف استثنای نظم عمومی<sup>۴۶</sup>

بر اساس این نظریه برای تحدید اختیارات وسیع قضات و اعمال استثنای نظم عمومی باید بین مرحله ایجاد حق و تأثیر حق در مقر دادگاه قائل به تفکیک بود، زیرا نظم عمومی در مرحله تأثیر حق اثر خفیف خواهد داشت.<sup>۴۷</sup> بر اساس نظریه «پیه» و لودویک فون بار<sup>۴۸</sup> شرایط اعمال نظم عمومی همیشه یکسان نیست، اگر دعوی مربوط به وضعیتی باشد که قبلاً در خارج از مقر دادگاه ایجاد شده باشد این مورد با موردی که وضعیت جدیدی در مقر دادگاه ایجاد می‌شود، متفاوت است.

«فون بار» حقوق‌دان آلمانی با بیانی استعاری اعمال این دکترین را چنین تشریح می‌کند: «هر کشور حق دارد شاخه‌های یک درخت خطرناک را که از حدود خود تجاوز نموده است قطع کند، اما تنه‌ای که در قلمرو سیستم حقوقی خارجی واقع شده، قطع نخواهد شد.»<sup>۴۹</sup>

قدیمی‌ترین رویه قضایی که در این مورد وجود دارد راجع به دعوی «ویتینگ علیه مک کاسگیل»<sup>۵۰</sup> است که دعوایی مربوط به کشور آمریکا به سال ۱۹۱۳ است. این دعوی مربوط به ارثیه غیرمنقول یک

44. Visher, op.cit, 101.

45. Ibid, 102.

46. Attenuated effect of the exception

47. Yvon Loussouarn and Pierre Bourel, *Droit international Prive*, (Paris, Dalloz, 2001), 320.

48. Ludwig von bar

49. Parra- Arranguren, op.cit, 96.

50. Witting V. Mc CaskiLL

زن رنگین‌پوست در ایالت فلوریدا است. «الیزابت اندرسن»<sup>۵۱</sup> تا قبل از مرگش در ایالت کانزاس جایی که مطابق قانون محلی آنجا با مردی سفیدپوست ازدواج کرده بود، زندگی می‌کرد. پس از مرگش شوهر او دارای غیرمنقول وی را در فلوریدا ادعا کرد؛ اما قضات این ایالت دعوی شوهر را بر این اساس که ازدواج میان اشخاص با نژاد متفاوت مطابق قانون اساسی فلوریدا ممنوع است، رد کردند. این رأی توسط دیوان عالی مورد تجدیدنظر قرار گرفت. رأی اخیر مقرر داشت: تا زمانی که ازدواج در کانزاس که محل انعقاد آن بود معتبر است نه قانون اساسی و نه نظم عمومی فلوریدا نمی‌تواند تا حدی که دعوی به ارثیه غیرمنقول واقع در فلوریدا مربوط است این ازدواج را ابطال نماید.»<sup>۵۲</sup>

اما دعوی که به عنوان نمونه‌ای کلاسیک از دکنترین اثر خفیف تلقی می‌شود دعوی «ریوبر»<sup>۵۳</sup> و مربوط به رویه قضایی فرانسه است. این دعوی مربوط به طلاق بود که در اکوادور میان یک زن فرانسوی و یک مرد متعددالزوجه روسی که بعداً تابعیت اکوادور را کسب کرده بود واقع شد. دیوان کشور فرانسه قانون اکوادور را که هم‌زمان قانون اقامتگاه مشترک زوجین و قانون ملی شوهر بود قابل اعمال شناخت.<sup>۵۴</sup> بدین طریق دیوان کشور اجازه داد که طلاق واقع شده در اکوادور در فرانسه نیز معتبر و تأثیرگذار باشد. دیوان کشور در این رأی اعلام داشته است:

«عکس‌العمل نظم عمومی در قبال مقررات قانون خارجی یکسان نیست و برحسب اینکه در فرانسه مسأله ایجاد حق و یا مسأله حقی که در خارجه بدون تقلب و بر اساس قانون صلاحیت‌دار تعیین شده توسط حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه به وجود آمده است، مطرح باشد، عکس‌العمل مزبور متفاوت است.»<sup>۵۵</sup> به ویژه دیوان در ادامه مقرر داشت: «استثنای نظم عمومی نمی‌تواند برای رد دعوی نفقه که علیه شوهر دارای چند زن و به وسیله همسر دومش اقامه شده است مورد استناد قرار گیرد.»<sup>۵۶</sup>

## ۲-۵- دکنترین آلمانی شدت ارتباط با مقر دادگاه

بر اساس این نظریه برای تحدید اختیار قضات باید درجهٔ مداخلهٔ نظم عمومی در یک دعوی خاص تعیین گردد. این دیدگاه بر شدت ارتباط موضوع با مقر دادگاه<sup>۵۷</sup> تکیه دارد. این دکنترین در مورد این سؤال

51. Elizabeth Anderson

52. Mosconi, op.cit. 88.

53. Rivier

54 - Ibid, 102.

۵۵. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۳۶.

56. Mosconi, op.cit. 89.

57. Inlandsbeziehung

که چه زمانی باید نظم عمومی اعمال شود پاسخی کلی ندارد و تعیین نهایی باید توسط دادگاه و با در نظر گرفتن شرایط خاص هر دعوی صورت گیرد.<sup>۵۸</sup> این راه‌حل در دعوی دوم بانک عثمانی<sup>۵۹</sup> مورد اشاره قرار گرفته است. توضیح اینکه بانک عثمانی با انعقاد یک قرارداد امتیاز میان امپراطوری عثمانی و گروه‌های خارجی (و از جمله اتباع فرانسوی) ایجاد شد. سپس بر اساس اساسنامه به شرکت شخصیت حقوقی اعطا شد و مرکز قانونی آن در استانبول تعیین گردید و مقرر شد که شرکت به وسیله دو هیأت مدیره که در ارتباط با هم در پاریس و لندن مستقر می‌شوند، اداره شود و مجامع سهام‌داران در شهر اخیر برگزار شود. اولین دعوی در سال ۱۹۶۵ برای ابطال تصمیمات مجامع سهام‌داران متشکله در لندن مطرح گردید که در آن زمان دادگاه استیناف پاریس به استناد اثر خفیف نظم عمومی دعوی را رد کرد. لیکن دومین دعوی به بحث ما مربوط است، در سال ۱۹۸۵ دعوی مطرح گردید که بانک به قدر کفایت، سهام‌دارانش را از وضعیت سهام مطلع نکرده است. دعوا به وسیله کمیته‌ای از سهام‌داران، یکی از مؤسسات که دفتر ثبت آن در پاریس بود و نیز سهام‌داران فرانسوی مقیم فرانسه به طور مشترک اقامه شده بود.

در این دعوی نیز دادگاه استیناف پاریس مدافعات بانک را پذیرفت. دادگاه در این رأی مقرر داشت که اساسنامه بانک عثمانی تحت حکومت قانون فرانسه نیست و اینکه در واقع بر اساس اساسنامه، کمیته در مورد میزان و روش اطلاع دادن به سهام‌داران در مورد حساب‌های بانک اختیار داشته است. این رأی مقرر می‌دارد: «وقتی که اثر بخشیدن به اعمال حقوقی انجام شده در خارج از دادگاه درخواست می‌شود این وضعیت با نظم عمومی برخورد نخواهد داشت».<sup>۶۰</sup> در واقع در این دعوی دادگاه با استناد به ابهام ارتباط دعوی با مقرّ دادگاه از توسل به نظم عمومی امتناع نموده است. مورد دیگری از اعمال نظریه شدت ارتباط با مقرّ دادگاه را می‌توان در رأی دیوان عالی ایالات متحده در سال ۱۹۳۰ و در دعوی «هومس اینس. کو علیه دیک»<sup>۶۱</sup> مشاهده کرد. این رأی مقرر می‌دارد: «این امر تخلفی از مقررات قانونی خواهد بود که دولتی به مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی خود استناد نماید، در حالی که این دولت هیچ رابطه منطقی با قرارداد و طرفین آن نداشته است».<sup>۶۲</sup> پس باید رابطه‌ای میان مقرّ دادگاه و دعوی موجود باشد تا بتوان به نظم عمومی استناد کرد؛ اگرچه این نظریه دلیل روشنی در خصوص تعیین موارد

58. Parra- Arranguren, op.cit, 95-96.; Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (London: Sweet and Maxwell, 1993), 88.

59. Ottoman Bank

60. Mosconi, op.cit, 96-97.

61. HoLmes Ins. Co. V. Dick

62. Ibid, 102.

دخالت نظم عمومی ارائه نمی‌دهد لیکن می‌تواند به عنوان معیار و راهنمایی در استناد به نظم عمومی به کار گرفته شود و بدین طریق از سوء استفاده قضات در تعیین اصول اساسی مقر دادگاه و به عبارت روشن‌تر، مصادیق نظم عمومی جلوگیری نماید.

## ۲-۶- دکترین حقوق مکتسبه

نظریه حقوق مکتسبه<sup>۶۳</sup> در حقوق داخلی به این معنی است که حقوقی که تحت شرایط قانونی معین به دست آمده است و آن شرایط قانونی عوض شده است، با این حال آن حقوق باید به اعتبار زمان حدوث آنها معتبر شناخته شود.<sup>۶۴</sup>

در قلمرو حقوق داخلی، این نظریه در بحث از عطف به ماسبق نشدن قوانین مورد توجه قرار می‌گیرد، لیکن در حقوق بین‌الملل خصوصی در بحث از تعارض‌های متحرک مطرح می‌شود. در این‌گونه تعارض‌ها این سؤال مطرح است که حقی که در یک کشور ایجاد می‌شود آیا می‌تواند در کشور دیگر مؤثر باشد یا خیر؟ برای اینکه حقی از لحاظ بین‌المللی مکتسب محسوب گردد و بتواند در کشور دیگر معتبر شناخته شود وجود دو شرط لازم است: اولاً، حق باید بر طبق قانونی ایجاد شده باشد که قاعده حل تعارض مقر دادگاه آن را صلاحیت‌دار می‌داند. ثانیاً، حق باید به طور کامل و با تمام شرایطی که برای تشکیل آن لازم است به وجود آمده باشد. لیکن حقی که با دو شرط مذکور حاصل شده در حدود خاصی مؤثر خواهد بود، اول حدودی که از جانب قانون محل ایجاد معین می‌شود و آن این است که حق مذکور نمی‌تواند در کشور محل تأثیر اثری بیشتر یا کمتر از آنچه در کشور محل تشکیل خود دارد تولید نماید؛ دوم حدودی که از سوی قانون محل تأثیر معین می‌شود و از جمله این حدود آن است که اجرای حق ایجاد شده مخالف نظم عمومی محل تأثیر نباشد.<sup>۶۵</sup> به نظر می‌رسد دکترین اثر خفیف نظم عمومی در واقع بر مبنای نظریه حقوق مکتسبه استوار باشد. به هر حال دکترین حقوق مکتسبه نیز تا حدودی نامعین است و نظم عمومی حتی در مقابل حقوق مکتسبه نیز می‌تواند مورد استناد باشد و اصولاً صرف نظر از تأثیر این نظریه در ایجاد دکترین اثر خفیف نظم عمومی که در رویه قضایی برخی کشورها و از جمله فرانسه وارد گردیده است، در قوانین کشورها به تفاوت کارکرد نظم عمومی در مرحله تأثیر حق اشاره‌ای نمی‌شود. به عکس در برخی از قوانین از جمله در ماده ۲۰۵۰ قانون مدنی پرو تصریح گردیده حقوقی که بر اساس

63. Doctrine of vested rightS

۶۴. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، ۲۳۹.

۶۵. الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۱۲-۱۰۷.

قانون خارجی مطابق قواعد تعارض پرو صلاحیت‌دار شناخته شده، به وجود آمده است همان قدرت اجرایی را در پرو خواهد داشت مشروط بر اینکه موافق با نظم عمومی بین‌المللی و اخلاق حسنه باشد.<sup>۶۶</sup> پس در این مرحله نیز قاضی تشخیص می‌دهد که آیا حق ایجاد شده می‌تواند در کشور مقر دادگاه مؤثر باشد یا خیر؟ به‌علاوه دکتترین حقوق مکتسبه هنگامی که مسأله ایجاد حق در مقر دادگاه مطرح است راه‌حلی ارائه نمی‌دهد.<sup>۶۷</sup>

## ۲-۷- راه‌حل نویسندگان آلمانی

نویسندگان آلمانی به عنوان نتیجه مداخله نظم عمومی به ویژه بر این نکته تأکید دارند که تنها قاعده حقوقی خاص که مخالف اصول اساسی مقر دادگاه است اجرا نخواهد شد و در نتیجه تا آنجا که ممکن است بقیه مقررات سیستم حقوقی خارجی کنترل وضعیت را حفظ می‌کنند. این راه‌حل در رأی صادره مورخ ۱۹ دسامبر ۱۹۲۲ دیوان عالی آلمان<sup>۶۸</sup> مشاهده می‌شود: در این رأی، دیوان مذکور طولانی‌ترین مدت مرور زمان قانون سوئیس را که ۱۰ سال بود به جای راه‌حل قانون سوئیس که در مورد موضوع دعوی مرور زمانی مقرر نکرده بود اعمال کرده است.<sup>۶۹</sup> به نظر می‌رسد در این رأی، دیوان عالی، قانون سوئیس را به دلیل اینکه در مورد دعوای مربوطه قائل به مرور زمان نبوده، مخالف نظم عمومی دانسته است لیکن به تشخیص خود طولانی‌ترین مدت مرور زمان در مقررات سوئیس را در مورد موضوع دعوی اعمال نموده است و بدین ترتیب بر این موضوع تأکید نمود که تا آنجا که ممکن است باید قانون خارجی را اعمال کرد. همین راه‌حل در بند ۲ ماده ۲۲ قانون مدنی پرتغال نیز مقرر گردیده است، چراکه مطابق این ماده قاضی ابتدا باید در سیستم حقوقی خارجی در پی راه‌حلی باشد و در وهله آخر باید قانون مقر دادگاه را اعمال نماید.<sup>۷۰</sup>

به نظر می‌رسد این نظریه در مرحله تعیین مصادیق نظم عمومی تحدیدی در اختیار قضات وارد نمی‌کند و قاضی آزادانه موارد اعمال نظم عمومی را تعیین می‌کند و پس از آن سعی می‌کند بر اساس قانون خارجی صلاحیت‌دار راه‌حلی را که مخالف نظم عمومی مقر دادگاه نباشد، برگزیند؛ بنابراین، نظریه مذکور در مورد آثار نظم عمومی قابل بحث و بررسی خواهد بود.

66. Mosconi, op.cit, 94.

۶۷. در این مورد نک: الماسی، تعارض قوانین، پیشین، ۱۱۵.

68. Reichsgericht

69. Parra- Arranguren, op.cit, 99.

70. Ibid, 99.

### ۳- روش تعیین مصادیق نظم عمومی در حقوق بین‌المللی خصوصی ایران

نقش نظم عمومی به عنوان مانع اجرای خارجی در ماده ۹۷۵ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. این ماده مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مذکور اصولاً مجاز باشد.»

با توجه به اینکه مصادیق نظم عمومی و مقررات مربوط به این موضوع در قوانین احصا نگردیده است بدیهی است که روش قیاسی مورد پذیرش قانونگذار ایران قرار نگرفته است و روش استقرایی مورد توجه قانونگذار است؛ بدین معنی که در هر دعوی قاضی به ارزیابی قانون خارجی پرداخته و در صورت مخالفت با نظم عمومی، از اِعمال آن جلوگیری خواهد کرد. اگرچه، برخی از حقوق‌دانان معتقدند: «دادرس در این باره به جای تفسیر شخصی و سلیقه‌ای باید به اندیشه حاکم بر جامعه و مصالح کشور خود مراجعه کند.»<sup>۷۱</sup> مطابق ظاهر ماده مذکور، آنچه در مخالفت قوانین خارجی با نظم عمومی ایران مدنظر است اینکه متن قوانین مذکور نباید مخالف نظم عمومی ایران باشد در حالی که این روش یعنی ارزیابی ذهنی تفاوت قانون خارجی با نظم عمومی مقرّ دادگاه امروزه در اکثر کشورها متروک گردیده است و آنچه مورد قبول است اینکه آیا اِعمال قانون خارجی در هر دعوی و در عمل نتیجه‌ای مخالف با نظم عمومی مقرّ دادگاه ایجاد می‌نماید یا خیر؟

ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی نیز در مورد اعتبار اسناد تنظیم شده در کشورهای خارج در محاکم ایران از جمله به عدم مخالفت مفاد آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران اشاره کرده است و مواد ۱۶۹ و ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز در مورد شرایط اجرای احکام خارجی اسناد لازم‌الاجرای تنظیم شده در خارج به عدم مخالفت مفاد حکم یا سند با قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران تأکید کرده است که همانند ماده ۹۷۵ قانون مدنی مبتنی بر دیدگاه سنتی بوده است و صرفاً مخالفت متن قانون خارجی با نظم عمومی مقرّ دادگاه را مورد توجه قرار می‌دهد؛ بنابراین، به نظر می‌رسد همگام با دیدگاه‌های جدید در تعدیل روش استقرایی و قوانین کشورها و کنوانسیون‌های بین‌المللی مواد فوق‌الذکر باید بدین نحو اصلاح گردند که چنانچه اِعمال قانون خارجی یا احکام خارجی و یا اجرای اسناد تنظیم شده، در خارج به نتیجه‌ای مخالف با نظم عمومی مقرّ دادگاه منجر شود محکمه ایرانی از اِعمال آنها

۷۱. محسن صادقی، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی...»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی

دانشگاه تهران ۶۸ (۱۳۸۶)، ۹۲.

امتناع می‌نماید و بدین ترتیب از اختیار وسیع قضات در تعیین مصادیق نظم عمومی می‌کاهد چراکه نظم عمومی به عنوان قاعده‌ای استثنایی در حقوق بین‌الملل خصوصی تلقی می‌گردد و تفسیر قواعد استثنایی نیز باید به نحو مضیق صورت گیرد.

## نتیجه‌گیری

در مورد تعیین مصادیق نظم عمومی در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی ابتدا در کنوانسیون‌های بین‌المللی روش تعیین قیاسی مورد توجه قرار گرفت. بر اساس این روش باید فهرستی از مصادیق مقررات مربوط به نظم عمومی تهیه و هرگاه قانون خارجی با این مقررات در تعارض بود از اعمال قانون خارجی اجتناب نمود. لیکن با توجه به نسبییت مفهوم نظم عمومی از لحاظ زمانی و مکانی، از قرن بیستم به بعد روش تعیین استقرایی معمول گردید. بر اساس این روش، قاضی مقر دادگاه در هر دعوی مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی را تشخیص داده و از اجرای آن خودداری می‌نماید؛ اما با توجه به اختیار وسیع قضات در این شیوه و به منظور تعدیل این روش و تحدید اختیار قضات در تشخیص مصادیق نظم عمومی نظریاتی مطرح گردیده است؛ از جمله این نظریات، دکترین شدت ارتباط با مقر دادگاه، دکترین حقوق مکتسبه، دکترین ارزیابی نتیجه اعمال قانون خارجی و دکترین اثر خفیف استثنای نظم عمومی است. ماحصل نظریات این است که با توجه به استثنایی بودن قاعده نظم عمومی در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی، تنها زمانی که اعمال قانون خارجی به وضوح مخالف اصول اساسی مقر دادگاه باشد از اجرای قانون خارجی جلوگیری می‌شود و اساساً مسأله ارزیابی مخالفت قانون خارجی با مفاد قانون مقر دادگاه مطرح نیست و نتیجه اعمال قانون خارجی در کشور مقر دادگاه مدنظر قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، در مقام تردید از استناد به قاعده نظم عمومی خودداری نموده و مطابق اصل، قانون خارجی اعمال می‌گردد.



## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

- احمدی واستانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۴۲.
- افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، چاپ اول، تهران: مجموعه حقوق تطبیقی، ۱۳۴۶.
- اقبال، خسرو، «قاعده نظم عمومی»، مجله مجموعه حقوقی ۳(۲۶)(۱۳۳۰): ۱۰۳۵-۱۰۳۸.
- الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، چاپ پنجم، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۹۵.
- الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، نرمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «تأثیر اراده در حقوق مدنی»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۱.
- حدادی، مهدی، «مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین الملل با نظام‌های حقوقی ملی»، مجله حقوق خصوصی، دانشگاه تهران ۷(۱۶)(۱۳۸۹): ۱۵۷-۱۸۴.
- سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق بین الملل خصوصی، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- شهبازی‌نیا، مرتضی، محمد عیسایی تفرشی و حسین علمی. «مفهوم نظم عمومی و جایگاه آن در دایره تجاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۳۴(۱)(۱۳۹۲): ۹۳-۱۱۱.
- صادقی، محسن، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی...»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۶۸(۱۳۸۶): ۹۳-۱۱۱.
- عالم زاده، محمد، «نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
- کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۷۲.
- لافورس، کوپنول، حقوق بین الملل خصوصی، ترجمه مهدی حدادی، قم: مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۹.
- مکرمی، علی محمد، «بررسی قانون حقوق بین الملل خصوصی سوییس»، ن‌شریه حقوق، دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری ۱(۵و۴)(۱۳۷۱): ۷۹-۸۴.
- نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، جلد اول و دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۷۲.

### ب) منابع خارجی

- Batiffol, Henri, "Droit international Prive", librairie Generale de droit et de Jurisprudndense, paris: librairie Generale de droit et de Jurisprudndense, 1970.
- Collier, J, *Conflict of Laws* , 3<sup>th</sup> Ed; Great Britain, Cambridge univercity press, 2004.
- Cheshire and North, *private international law* 11<sup>th</sup> Ed., Butterworth, London: Butterwprth, 1987
- Dicey and Morris, *the Conflict of Laws* , *Sweet and Maxwell* , 12<sup>th</sup> Ed., London: Sweet and Maxwell, 1993
- Parra- Arranguren , G, *General Course on Private international Law, Recueil des Course de Lacademie de droit international de La Haye (R,C,A,D,I)*, VOL , III, 1988.

- Lloyd, Dennis, *Public Policy- Comparative study between English and French Law*, London: The Athlon Press, 1<sup>th</sup>ed, 1953.
- Loussouarn, Yvon & Pierre BoureL, *Driot international Prive*, 7<sup>th</sup> Ed, Paris: Dalloz, 2001.
- Mosconi, Franco, *Exceptions to the operation of choice of Law rules*, (R.C.A.D.I) Vol. V, 1989.
- Visher, F, *General Course on Private international Law*, (R.C.A.D.I), Vol.1, 1992