

نقدی بر تئوری نظم عمومی داخلی در حقوق عمومی ایران

نوربخش ریاحی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۰

چکیده

نظم عمومی از اصطلاحات رایج نظام‌های حقوقی غرب بوده و هدف آن از یک سو سامان‌بخشی به زندگی اجتماعی از طریق صیانت از حقوق و آزادی‌های شهروندان و از سوی دیگر حفظ اقتدار دولت‌ها به منظور تحدید عمل حقوق و آزادی‌های شهروندان بوده است. از این رو در تعارض آزادی‌ها و اقتدار دولت‌ها، تبیین تئوری نظم عمومی و شناسایی چالش‌های احتمالی نظم عمومی امری ضروری است. حال پرسش اصلی این است که آیا نظم عمومی داخلی در حقوق ایران متضمن حقوق و آزادی‌های شهروندی و یک تئوری منسجم حقوقی است؟ این تحقیق به روش توصیفی - تحلیلی بر این فرضیه استوار است که نظم عمومی داخلی در ایران مفهومی سطحی و سیال است و دارای معانی، مبانی، منابع، عناصر و موارد گنگ و متغیر است. در نتیجه، نظم عمومی، حقوق و آزادی‌های شهروندی را با ابهام مفهومی پردامنه‌ای مواجه می‌سازد. لذا یافته‌ی تحقیق، حذف واژه نظم عمومی از لسان حقوقی است.

واژگان کلیدی: آزادی‌های عمومی؛ حقوق شهروندی؛ حکومت؛ نظم عمومی.

* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز.

مقدمه

در بیان مسئله اصلی می‌توان گفت اصطلاح نظم عمومی برخاسته از فرهنگ و نظام حقوق غرب و هدف آن سامان بخشیدن به زندگی اجتماعی بوده است؛ ولی نظم عمومی از یک طرف «بدون رعایت حقوق و آزادی‌های فردی، امکان‌پذیر نیست» (منصوریان، ۱۳۹۵، ص ۱۷) و از طرف دیگر «از ابزارهای حکومت‌ها برای تحدید عمل آزادی شهروندان است» (مدنیان و دیگران، ۱۳۹۰، ص ۱۵۰). از نگاه غالب حقوقدانان، نظم عمومی مفهومی سیال و وابسته به مکان و زمان است و می‌توان آن را در معانی، مبانی، منابع، عناصر و مصادیق مفهومی متغیر دانست. در نتیجه، نظم عمومی، حقوق شهروندان را با ابهام مفهومی و منابع پر دامنه‌ای مواجه می‌سازد. در واقع با توسل به مفاهیم و منابع گنگ نظم عمومی و «با وسعت بخشیدن به دامنه نظم عمومی، دولت می‌تواند عملاً حقوق و آزادی‌های شهروندان را نادیده گرفته» (گرگی ازندریانی و مرتضوی، ۱۳۹۷، ص ۲۹) و قضاوت‌های نادرست و تضییع حقوق شهروندان را در پی داشته باشد.

در ایران هم به پیروی از نظام غرب، «مقوله نظم عمومی داخلی برای نخستین بار در ماده ۶ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۳۲۹ مطرح گردیده است» (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۹۳). حال تحقیق حاضر به دنبال پاسخ این پرسش است که آیا نظام حقوقی ایران دارای یک تئوری منسجم در نظم عمومی است؟ به عبارتی، آیا میان مفاهیم و منابع نظم عمومی و آزادی‌ها و حقوق شهروندان، تعادل و توازن لازم برقرار می‌باشد؟ فرضیه تحقیق این است که مفهوم، مبانی و منابع و موارد مشابه نظم عمومی در ایران از صراحت و شفافیت لازم برخوردار نیست و لذا اهمیت تحقیق، شناسایی چالش‌ها و جلوگیری از سلیقه‌گرایی و قضاوت‌های متفاوت نسبت به نظم عمومی و صیانت از حقوق و آزادی‌های شهروندی، یعنی «تضمین همه آزادی‌هایی است که مطابق اصل ۹ قانون اساسی در مقابل استبداد داخلی قرار دارد.» (کعبی، ۱۳۹۴، ص ۱۰).

در خصوص پیشینه موضوع این تحقیق پژوهش‌هایی صورت گرفته است، از جمله مقاله‌ای است با عنوان «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران» نوشته فائده چلبی و همکاران که در فصلنامه قضاوت، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۶ چاپ شده است. نویسندگان این مقاله معتقدند که در نظام حقوقی کشور ما مکان‌محوری و زمان‌محوری نظم عمومی عامل محدودکننده حقوق و آزادی‌های شهروندان است و لذا باید تعادلی میان حقوق شهروندان و نظم عمومی برقرار کرد. حسن محمدی نیز در مقاله «رویه

شورای نگهبان در تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها» که در فصلنامه جستارهای حقوق عمومی، شماره ۲، پاییز ۱۳۹۶ منتشر شده، روبه قضایی را مناسب‌ترین ابزار برای تعیین دامنه و مصادیق نظم عمومی دانسته است. مصطفی منصوریان در گزارش پژوهشی برای پژوهشکده شورای نگهبان تحت عنوان «بررسی مفهوم نظم عمومی» به شماره مسلسل ۱۳۹۴۰۱۷۳ به تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۶ می‌گوید که تفسیر و تعیین مصادیق نظم عمومی در ایران روشن نشده است، لیکن وی معتقد است میان نظم عمومی و آزادی‌های عمومی تعادل نسبی برقرار است. مقاله دیگر با عنوان «واکاوی مفهومی نظم عمومی و حفظ نظام» اثر محمدمهدی غمامی است که در مجله فقه حکومتی، شماره ۵، تابستان ۱۳۹۷ به چاپ رسیده است. نویسنده معتقد است که در نظام حقوق ما، نظم عمومی باید مبتنی بر مبانی دینی باشد.

محققان مذکور به چالش‌ها و تبعات مفهوم و مبانی قانونی نظم عمومی داخلی در حقوق ایران در رابطه با حقوق و آزادی‌های شهروندان پرداخته‌اند. لذا برجسته‌سازی ناکارآمدی مفهومی و تشتت قوانین مربوط به نظم عمومی از نوآوری این نوشتار محسوب می‌شود. این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی به این مسئله می‌پردازد و ضرورت بازاندیشی در اصطلاح نظم عمومی در کشورمان را نتیجه‌گیری می‌کند و پیشنهاد می‌دهد.

۱. مفهوم نظم عمومی

اصطلاح نظم عمومی اولین بار با بروز انقلاب فرانسه به کار گرفته شد (صادقی، ۱۳۸۴، ص ۹۳). لذا نظم عمومی اساساً مفهومی اروپایی با خوانش فرانسوی است (غمامی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۶)، ولی در قوانین موضوعه بسیاری از کشورها تعریف نشده و حقوقدانان را در ارائه تعریفی جامع و روشن از آن به زحمت انداخته، به طوری که تاکنون ۲۲ تعریف از نظم عمومی ارائه شده است. مطالعه تطبیقی در سایر کشورها چندان راهگشا نیست؛ چراکه اکثر قوانین از ارائه این تعریف خودداری می‌کنند (صادقی، ۱۳۸۴، صص ۹۰-۹۱) و برای تشخیص مصادیق نظم عمومی ضابطه دقیقی ارائه نشده است (الفت، ۱۳۸۴، ص ۸۲). بین حقوقدانان هم تعریف روشنی از مفهوم نظم عمومی وجود ندارد و دامنه اختلافات آنان چه در ایران و چه در سایر کشورها وسیع و بی‌انتهاست (مدنیان و دیگران، ۱۳۹۰، ص ۱۴۹). نظم عمومی در شاخه‌های مختلف حقوق نیز دارای تنوع مفاهیم است و همین سبب تنوع دیدگاه‌های متخصصان هر رشته

به مفهوم نظم عمومی و شکل‌گیری اقسام گوناگونی برای آن شده است (شهبازی‌نیا و دیگران، ۱۳۹۲، ص ۱۰۹). بنابراین به نظر می‌رسد که برای نظم عمومی نتوان تعریف افناعتی ارائه داد، بلکه تعاریف به قدری متشتت است که امکان رسیدن به توافق حداقلی وجود ندارد، هرچند که «عده‌ای اعتقاد دارند این مفهوم قابل تعریف است و می‌تواند در گستره علم حقوق تسری داشته باشد.» (مدنیان و دیگران، ۱۳۹۰، ص ۱۳۶). اما در حقیقت، «ارائه تعریفی که ملاک‌ها را برای قاضی مشخص کند» (الماسی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۶) و معیار قابل فهمی از نظم عمومی در اختیار شهروندان قرار دهد تقریباً غیر ممکن به نظر می‌رسد؛ زیرا در تعریف نظم عمومی می‌توان این‌طور پرسید که آیا نظم عمومی به مثابه یک بسته نرم‌افزاری با عنوان واحد ولی محتوایی گوناگون - مثلاً از قبیل ویندوز، آنتی‌ویروس، گرافیک، مرورگر و غیره در علم کامپیوتر - است که هر کدام نام و کاربرد خاصی دارند؟

در صورت مثبت بودن پاسخ، آنگاه امنیت عمومی، عفت عمومی، منفعت عمومی، اختلال نظام، قواعد آمره، اخلاق حسنه و ده‌ها مفهوم دیگر را هم می‌توان عناصر تشکیل‌دهنده یا مبانی نظم عمومی نامید که هر کدام مفهوم و جوهره خاص خود را دارند، ولی در عین حال عنوان کلی آنها مفهومی جز نظم عمومی نیست. برای مثال، بر اساس ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ «هرکس به طور گسترده، مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اختلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد به گونه‌ای که موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه فساد یا فحشا در حد وسیع گردد مفسد فی الارض محسوب و به اعدام محکوم می‌گردد ...» حال جای این پرسش است که مفهوم و جایگاه نظم عمومی در این تعریف چیست و چه کمکی به حقوق و آزادی‌های شهروندان می‌کند؟!

به بیان دیگر اگر شهروندی به عنوان مثال، مراکز فساد و فحشا ایجاد کند یا علیه امنیت و نظم اقتصادی اقدام کند یا جنایتی علیه تمامیت جسمانی کند، به دلیل اختلال در نظم عمومی اعدام می‌شود یا به سبب اقدام علیه امنیت، ایجاد فاحشه‌خانه، اختلال در هنجار اقتصادی، قتل یا فساد فی الارض؟ همچنین اگر شهروندی اخلاق حسنه، عفت

عمومی، منافع عمومی، قواعد آمره و غیره را زیر پا گذارد، سلب آزادی او به خاطر رعایت نکردن اخلاق حسنه است یا منافع عمومی یا قواعد آمره یا به خاطر رعایت نکردن نظم عمومی؟

در اینجا معلوم است که نظم عمومی جز همان بسته ظاهری بی‌خواص، نقش یا مفهوم دیگری ندارد و چه بسا دولت می‌تواند با تمسک به این عنوان گنگ و بی‌خاصیت، حقوق شهروندان را نادیده بگیرد؛ زیرا اساساً میان این مفهوم از نظم عمومی و مصادیق آن، رابطه معنادار و قابل توجهی حاکم نیست.

در تعریف دوم از نظم عمومی می‌توان این‌طور پرسید که آیا نظم عمومی مفهومی مستقل از آن بسته نرم‌افزاری در مثال بالاست؟ یعنی خود نظم عمومی به تنهایی مفهوم، کاربرد و خصلتی ویژه دارد؟ به طور مثال، به موجب قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳، «قراردادهای حمل و نقل دریایی نیاستی مخالف نظم عمومی باشد.» حال این پرسش مطرح است که این نظم عمومی دارای چه معیار و مصادیقی است؟ یعنی اگر قرارداد حمل و نقل مخالف نظم عمومی بود، این قرارداد مشخصاً مخالف کدام مقررۀ قانونی است و قاضی به اعتبار نقض کدام تخلف یا جرم (امنیت ملی، اخلال در نظام اقتصادی، پخش مواد سمی و ...) تصمیم می‌گیرد؟ روشن است که چون قانونگذار نمی‌داند تعریف دقیق نظم عمومی چیست، تنها به ذکر یک عنوان مبهم و کلی به نام نظم عمومی اشاره کرده و باب تفسیر و سلیقه را باز نموده است و محاکم می‌توانند متهم را به سبب مصادیق ذهنی و مبهم نظم عمومی بازخواست کنند.

در هر حال این تصور که نظم عمومی یک برگ برنده در اختیار دولت‌هاست و آنها قادرند هر نتیجه دلخواهی از آن به دست آورند، صحیح به نظر نمی‌رسد، بلکه حاق واقع، نظم عمومی چیزی جز قاعده صحیح حرکت ماشین دولت در مسیر حقوق و آزادی‌های شهروندی نیست. به طور مثال، «نظم عمومی اقتصادی باید بر این مبنا استوار باشد که جایی که دو طرف قرارداد در سطح اقتصادی برابر نیستند یا یکی از آن دو به انحصار کالا یا خدمتی را در اختیار دارد، به ظلم نینجامد، بلکه به حمایت از طرف ضعیف در برابر شروط ناعادلانه قراردادی یعنی توزیع عادلانه ثروت اقدام کند.» (کرمی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۵). همین‌طور است قراردادهای الحاقی از قبیل بیمه‌ها، تسهیلات بانکی، انشعابات خانگی، عوارض شهرداری و غیر ذلک. همچنین «نمی‌توان سرنوشت تمام روابط و قراردادهای اشخاص را به دست قاضی» (مدنیان و دیگران، ۱۳۹۰، صص ۱۴۰ و

۱۴۹) و رویه قضایی سپرد و در لوای مفهوم گنگ و کلیشه‌ای نظم عمومی، حقوق شهروندان را مورد تعرض قرار داد.

نمونه این تعرض، برخورد دیوان اروپایی حقوق بشر با شهروندی به نام لیلیا شاهین در کشور ترکیه است. بر اساس بند اول ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی ۱۹۵۰، هر شخصی حق آزادی اجرای شاعر دینی را به تنهایی یا گروهی دارد. بر این اساس نام‌برده «بیان داشت که ممنوعیت پوشش اسلامی در مؤسسات آموزش عالی ترکیه منجر به دخالتی غیر مشروع در حق او بر آزادی دین و به طور خاص در اظهار دین شده است، ولی از منظر دیوان دخالت مزبور در تعقیب مقاصد مشروع مقرر در بند دوم ماده ۹ کنوانسیون بوده است.» (زمانی و حسینی آزاد، ۱۳۹۳، ص ۳۸). به موجب بند ۲ ماده ۹ این کنوانسیون، حق آزادی اجرای شاعر دینی مشروط به رعایت نظم عمومی شده است. در واقع دیوان زمانی که خود را از بیان استدلال کافی در زمینه جلوگیری از پوشش اسلامی عاجز یافت، به مفهوم گنگ نظم عمومی روی آورد. ذکر مثال‌هایی از این قبیل نشان می‌دهد که به بهانه نظم عمومی و مفهوم موسع و سیال آن، می‌توان موجبات تضییع حقوق شهروندان را فراهم کرد. در واقع ابهام ذاتی مفهوم نظم عمومی مانع تشکیل یک تئوری در نظم عمومی است.

۲. مبانی و منابع نظم عمومی

به نظر نگارنده، مبانی، عناصر ذهنی و مولد یک پدیده یا مفهوم اجتماعی است ولیکن منابع، آن دسته از مراجع عینی و در حقیقت، محل تمرکز آن پدیده است؛ مثل مبانی تولید آب که شامل اکسیژن، هیدروژن، ابرها، عمل میعان و سایر اعمال فیزیکیوشیمیایی است؛ ولی منابع آب عبارت است از محل‌های ذخیره، جمع‌آوری و قابل دسترسی به آب، یعنی سفره‌های زیرزمینی و دیگر منابع آن. حال منظور نگارنده از مبانی نظم عمومی، عناصر ذهنی و نرم‌افزاری خالق یک نظم عام و توافق کلی است. به طور مثال، اعتقاد عموم یا اغلب یک جامعه به روزه‌داری و جامعه دیگر به رعایت تک‌همسری می‌تواند نظمی را به وجود آورد که روزه‌خواری یا چندهمسری خلاف آن نظم مشترک و عام باشد. نگارنده به این اعتقاد عام و مشترک، اخلاق حسنه می‌گوید؛ یعنی اخلاق و باوری که از دید همگان قابل قبول باشد و بتواند یک توافق عام ایجاد کند چه قانون موضوعه از این توافق عام حمایت کند، چه نکند. اگر این توافق عمومی وارد قانون شد در آن صورت، قانون منبع نظم عمومی است، اما مبانی چنین نظمی اخلاق حسنه است نه قانون.

با مسامحه از مرز ظریف میان مبانی و منابع و با توجه به اینکه «تنوع و تشتت عبارت قانونگذار در به‌کارگیری اصطلاح نظم عمومی در مواد مختلف به گونه‌ای است که قلمروی این نهاد حقوقی را از حیث منابع دشوار می‌سازد» (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۷، ص ۱۵۸)، می‌توان منابع و مبانی این نظم را به طور کلی عوامل مادی مدون (قوانین و قراردادها) و عوامل مادی غیر مدون و به تعبیر فرهنگ حقوقی آکسفورد، «هر نوع عوامل فتنه، شورش، اختلال و تعرض، مزاحمت و مخل صلح که مانع زندگی آرام باشد» (غمامی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲) دانست که البته برداشت حکومت‌ها نسبت به این عوامل متفاوت است.

«بر اساس مکتب فردگرایی، منابع مربوط به نظم عمومی تنها به قوانین کیفری، اساسی، مالیاتی و اداری اختصاص دارد، ولی قوانین حقوق خصوصی از تجاوز قواعد نظم عمومی مصون می‌مانند و آزادی اشخاص در این زمینه مطلق است. مطابق نظر فردگرایان، استناد به نظم عمومی استثناست و در موارد تردید مخالفت با نظم عمومی، اصل بر صحت عمل حقوقی انجام شده است، اما بر اساس نظر جمع‌گرایان، در موارد مشکوک، به فساد عمل انجام شده حکم می‌شود.» (الفت، ۱۳۸۴، صص ۸۸-۸۷). نظم عمومی در نظام حقوقی آمریکا و پس از آن در انگلستان، مبین دیدگاه مضیق آنها نسبت به نظم عمومی در حوزه حقوق کیفری است و در نظام‌های آنگلو ساکسون در حد یک جنایت محسوب می‌گردد (غمامی، ۱۳۹۲، ص ۱۴۲). در کشورهای عضو اتحادیه اروپا هم دو معیار متحدالشکل برای هر قاعده‌ای که قرار باشد به عنوان نظم عمومی توصیف شود، لازم است: اولاً باید حاوی یک خطر واقعی و کاملاً جدی باشد و نه فقط هر تجاوزی به یک قاعده. ثانیاً هدف نظم عمومی باید حمایت از منافع اساسی جامعه مورد نظر باشد (کسجیان، ۱۳۸۷، ص ۱۸۸). بنابراین از منظر مکتب فردگرایی، منبع نظم عمومی تنها قانون است، ولی از منظر مکتب جمع‌گرایان، غیر از قانون، اخلاق حسنه، عرف و عادت هم در زمره منابع نظم عمومی است. روشن است که قانونگذار ایران در اغلب قواعد مربوط به احوال شخصیه و حقوق اموال و مالکیت، از مبانی فکری مکتب فردگرایی پیروی نکرده و این امور را با نظم عمومی محدود کرده است (الفت، ۱۳۸۴، صص ۸۸-۸۷). به اعتقاد نگارنده، ماده ۹۷۵ قانون مدنی با ذکر عبارت «یا به علت دیگر» نشان می‌دهد که منابع نظم عمومی ایران بسیار گسترده است به طوری که در مسئله «کالبدشکافی و تحلیل نظم عمومی ما با چندین واژه دیگر

سر و کار پیدا می‌کنیم که خواه و ناخواه باید آنها را در قیاس با نظم عمومی ارزیابی کنیم. این چند واژه عبارتند از قواعد آمره، عفت عمومی، سیاست عمومی، منافع ملی، خدمات عمومی» (نوین، ۱۳۸۸، ص ۴۳) و بسیاری عناوین دیگر که ذیلاً فقط تعدادی از آنها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱. اخلاق عمومی

به طور کلی اخلاق تفکر، منش و بینشی است که دربارهٔ درست یا نادرست بودن امور از جمله باورها، رسوم، فرهنگ، آداب، خوراک، پوشاک، حق، قانون، ارتباطات جنسی، معاشرت‌ها و غیره قضاوت می‌کند. «گاهی اخلاق برخی مواد قانون را غیر اخلاقی می‌داند. مثلاً احتمال دارد قانون تنبیه همسر را تجویز نماید در حالی که عملی غیر اخلاقی است. برخی وجوه اخلاق در دایرهٔ قانون نمی‌گنجد. مثلاً دروغگویی کاری است غیر اخلاقی ولی نمی‌توان قانون عامی در باب منع دروغگویی وضع کرد.» (زاگزیسکی، ۱۳۹۲، ص ۵۷). بنابراین آن‌چنان که شایع است رابطهٔ اخلاق و قانون مثل رابطهٔ زن و شوهری است که گاه موافق و در کنار یکدیگر و گاه مخالف و در متارکه زندگی می‌کنند. ولی آنچه مسلم است امور غیر اخلاقی را نمی‌توان به عنوان قانون و نظم عمومی پذیرفت.

جلوه‌های اخلاق عمومی یکی از منابع نظم عمومی در قوانین ما است، اما بسیار گوناگون و متهافت به نظر می‌رسد. مطابق اصل ۱۲۱ قانون اساسی، رئیس‌جمهور سوگند یاد می‌کند که مروج دین و اخلاق باشد. طبق اصل ۱۰، همه قوانین مربوط به خانواده باید بر پایهٔ اخلاق اسلامی باشد. برابر اصل ۱۴، دولت و مسلمانان باید بر اساس اخلاق حسنه با غیر مسلمانان رفتار کنند. مستنبط از اصل ۱۶۵، محاکمات علنی که خلاف نظم عمومی و عمل اخلاقی (عفت عمومی) باشد، پذیرفته نیست. ماده ۱۸ قانون بازسازی نیروی انسانی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت مصوب ۱۳۶۰ مقرر می‌دارد که اعمال خلاف اخلاق عمومی عبارت است از: ۱. اعمال منافی عفت عمومی ۲. تجاهر به فسق و فجور ۳. استعمال مشروبات الکلی و مواد مخدر ۴. اعمال و رفتار خلاف حیثیت و شرافت و شئون شغلی ۵. عدم رعایت حجاب اسلامی ۶. نشر و توزیع نوارهای مبتذل و یا عکس‌های مستهجن و صور قبیحه.

مواد ۹۶۰ و ۹۷۵ و ۱۲۹۵ قانون مدنی نیز از اخلاق حسنه به عنوان یکی دیگر از مبانی نظم عمومی در ایران سخن می‌گویند، ولی موقعیت اخلاق حسنه نسبت به نظم

عمومی هم چندان روشن نیست. بر اساس ماده ۹۶۰ ق.م. «هیچ کس نمی تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرفنظر کند.» در این ماده، اخلاق حسنه هم شأن قانون است. به همین سبب ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی مقرر می دارد که مفاد سند اگر مخالف قوانین موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، سردفتر نمی تواند سند را تنظیم و ثبت نمایند. مطابق ماده ۱۲۹۵ ق.م مفاد اسناد خارجی نباید مخالف قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران باشد. در اینجا اخلاق حسنه هم شأن نظم عمومی است و لذا از دیدگاه برخی حقوقدانان، «اخلاق حسنه را باید منبعی جدا از نظم عمومی به شمار آورد؛ زیرا نظم عمومی منسوب به حاکمیت است و وارد قلمروی حقوق شده، ولی اخلاق حسنه ریشه در خواست اخلاقی اکثریت جامعه دارد و نهادی مردمی است که به هر دلیل تاکنون وارد قلمروی حقوق نشده است.» (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۷، ص ۱۶۳).

بر مبنای ماده ۹۷۵ ق.م قوانینی که بر خلاف اخلاق حسنه بوده یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی است، ضمانت اجرا ندارد. در این ماده، اخلاق حسنه از عناصر و منابع نظم عمومی است و لذا برابر ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.» اما عبارت پایانی ماده اخیر هم اشاره دارد به اینکه اخلاق حسنه نباید مخالف موازین شرع باشد. به عبارتی، اخلاق حسنه اخلاق عرفی و عقلایی جامعه نیست، بلکه اخلاق مذهبی است. این در حالی است که «اخلاق حسنه گاهی می تواند ریشه عرفی و گاهی ریشه مذهبی داشته باشد.» (نویسن، ۱۳۸۸، ص ۴۳). تفاوت این دو را می توان در مورد نگهداری سگ در خانه مثال زد که از نگاه مذهب، عملی غیر اخلاقی است ولی از دید برخی از عقلا و متخصصان جامعه، غیر اخلاقی نیست.

بنابراین قوانین مختلف به تحدید عمل آزادی شهروندان به دلیل رعایت نکردن نظم عمومی از منظر یکی از مبانی این نظم، یعنی اخلاق که خود طیف وسیعی از مفاهیم اخلاقی از قبیل اخلاق عمومی، اخلاق اسلامی (مذاهب اسلامی)، اخلاق حسنه و ... را در بر می گیرد، پرداخته است؛ یعنی بدون شک موارد اخلاقی فوق از منابع قانونی نظم عمومی در ایران است. اما اخلاق منحصر به دین نیست، بلکه اغلب ادیان معیارهای

اخلاقی والایی را ارائه می‌کنند و رفتار اخلاقی تنها محدود به دینداران نمی‌شود. «حتی آن کسی که دیندار نیست می‌تواند طبق موازین اخلاقی سیر و سلوک کند و ضرورتی ندارد اصول اخلاقی نیز مبتنی بر وحی و حکم الهی باشند.» (زاگزیسکی، ۱۳۹۲، ص ۵۷). از طرف دیگر بخشی از اعمال خلاف اخلاق عمومی از سنخ اخلاق اسلامی (مانند رعایت نشدن حجاب اسلامی) و بخشی دیگر خلاف اخلاق عرفی اکثر جوامع است (مانند نوشیدن مشروبات الکلی). لذا اخلاق عمومی در ایران دایره بسیار وسیعی از مفاهیم اخلاقی - اما متشتمت - را در بر می‌گیرد و به عبارتی، دایره نظم عمومی از منظر اخلاق را بسیار وسیع‌تر از سایر نظام‌های حقوقی گسترش داده است.

پس بنا بر مواد قانونی فوق، گستره اخلاق عمومی در رابطه با نظم عمومی در ایران وسیع‌تر از هر اخلاقی است؛ زیرا مجازات اخلاقی آن محدود به نکوهش وجدان نمی‌شود، بلکه مجازات دنیوی و اخروی به دنبال دارد و می‌تواند مفهوم جرم و گناه را در هم آمیزد. به طور مثال، فرق‌پذیری تحصیل اذن پدر در ازدواج پسر و دختر، امکان ازدواج دختر نابالغ با اذن پدر، تجویز ازدواج موقت مرد مسلمان با زن غیر مسلمان و عدم امکان آن در مورد زن مسلمان با مرد غیر مسلمان، قصاص نشدن پدر به دلیل قتل فرزند، خروج زن از منزل با اذن شوهر، تبعیت زن از اقامتگاه شوهر، تمکین جنسی زن از شوهر و عدم خلاف آن و بسیاری از این قبیل حق‌های شهروندی، مسائلی است که اخلاق عمومی از آن پشتیبانی نمی‌کند، ولی از مظاهر نظم عمومی در ایران به شمار می‌رود. این در حالی است که در سایر کشورها زنان و مردان در برابر این قبیل موارد اخلاقی برابر هستند. لذا از آنچه گفته شد معلوم می‌شود که می‌توان حقوق شهروندان را در لوای مفهوم گنگ نظم عمومی از دریچه یکی از مبانی قانونی آن، یعنی اخلاق عمومی، نادیده گرفت.

۲-۲. احساسات عمومی

برخی بر این نظرند که احساسات عمومی منبع نظم عمومی نیست، بلکه یکی از شقوق اخلاق عرفی است. بسیاری از مردم هم عموماً اخلاق را با احساساتشان برابر می‌دانند. ولی ماده ۹۷۵ قانون مدنی با سبک و سیاق واحد اما در قالب دو عبارت جداگانه درباره اخلاق حسنه و احساسات عمومی می‌نویسد که «محکمه نمی‌تواند ... که بر خلاف 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 ...». بنابراین قانونگذار احساسات عمومی را جدا از اخلاق حسنه، به عنوان یکی دیگر از منابع نظم عمومی در ایران به رسمیت شناخته است.

به موجب ماده ۴۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، احساسات عمومی از جایگاه نظم عمومی برخوردار است. لذا به پیروی از برداشت قانون می‌توان گفت که احساسات عمومی مفهومی مستقل از اخلاق عمومی است. «جامعه‌شناسی هم توافق یکپارچه‌ای بر سر تعریف واژگان احساسات ندارد، ولی کلیفورد گیرتز معتقد است احساسات مخلوقاتی فرهنگی‌اند. به همین دلیل نمایش احساسی یک زن ایرانی به هنگام مرگ شوهرش با یک زن اروپایی در موقعیت مشابه فرق می‌کند و این فرهنگ جامعه است که به هر یک از آنها می‌گوید چگونه احساسات خود را پرورش و بروز دهد.» (ربانی خوراسگانی و کیانپور، ۱۳۸۸، صص ۳۸-۳۹). مهم‌ترین وجه اختلاف احساسات با اخلاق، موقتی بودن احساس و غیر موقتی بودن رفتار اخلاقی است. مثل احساس موقت و تجمع کردن به منظور گرامیداشت هنرمند محبوبی که به تازگی از دنیا رفته است. البته احساس فردی از احساس گروهی متفاوت است و همیشه و همه‌مسائل اجتماعی نمی‌تواند پیونددهنده احساسات فردی برای هماهنگی و تشکیل احساسات جمعی باشد. مثل احساس نسبت به خوشبختی، ناامنی، حوادث، جرایم، بی‌عدالتی، آرامش، گرانی و تورم قیمت کالاها که به همه کس دست نمی‌دهد. اما احساسات ممکن است فاقد عقلانیت کافی باشد؛ یعنی کسی که از احساساتش پیروی می‌کند ممکن است از انجام کار درست بازماند، نظیر تخریب اموال عمومی در اعتراضات و تجمعات عمومی. همچنین می‌توان از احساسات عمومی در جهت مثبت یا منفی استفاده کرد که نمونه واضح آن استفاده از آرای عمومی به نفع نامزدی است که صلاحیت و لیاقت کافی ندارد ولی توانسته است با خطابه‌های انتخاباتی، در مردم شور و احساسات کاذب ایجاد کند. احساسات هم نظیر اخلاق، از جامعه‌ای به جامعه دیگر یا از مکانی به مکان دیگر متفاوت است. نتیجه اینکه در حالی که احساسی نظیر تظاهرات یا حتی تخریب اموال عمومی در اعتراضات اجتماعی از یک طرف خلاف نظم عمومی شمرده می‌شود، از طرف دیگر کسی (از جمله دولت) نمی‌تواند اقدامی بر خلاف عواطف و احساسات جامعه صورت دهد و لذا تحدید حقوق شهروندان با تمسک به احساسات عمومی به عنوان یکی دیگر از مبانی نظم عمومی محل تأمل است.

۲-۳. عفت عمومی

غالباً دیده می‌شود که قانونگذاران و حقوقدانان اخلاق حسنه و عفت عمومی را نیز مترادف یکدیگر به کار می‌برند. البته عفت عمومی قلمروی محدودتری از اخلاق حسنه

دارد و غالباً شامل ارائه مسائل جنسی می‌شود که وجدان جامعه را متأثر و ناراحت می‌کند. به عنوان مثال می‌توان ذکر کرد که در چند کشور، اگر زوج به علت اشتغال فراروان شغلی و مسافرت‌های فراروان خود نتواند حتی آخر هفته‌ها را با همسر خود به سر برد و زوجه آخر هفته خود را در بطالت و بیهودگی ببیند، می‌تواند از دادگاه درخواست کند که به وی اجازه دهد تا برای خود یک دوست خانوادگی به نام House friend انتخاب کند و با او به پیاده‌روی، سینما، تئاتر یا به رستورانی برای شام برود بدون آنکه کوچکترین تخطی از موازین اخلاقی یا شئونات خانوادگی صورت گیرد. ملاحظه می‌شود که این قاعده عرفی می‌تواند در بسیاری از کشورها حتی جرم تلقی شود (نویسن، ۱۳۸۸، صص ۴۳-۴۴).

مرور برخی قوانین مؤید همین برداشت از عفت عمومی است. بر مبنای ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، «هرگاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد ...». و مطابق ماده ۶۳۸ این قانون «هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، ... که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید ... محکوم خواهد شد.» و در تبصره این ماده مقرر داشته: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند به حبس ... محکوم خواهند شد.» برابر ماده ۳۰۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، به جرایم زنا و لواط و سایر جرایم منافی عفت به طور مستقیم در دادگاه صالح رسیدگی می‌شود. به موجب ماده ۱۲۲ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۹۰، صوت و تصویر ضبط شده، کتاب، مجله، روزنامه، صور، علامات، کالا و هر نوع نوشته که به تشخیص وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مخالف نظم عمومی یا شئون ملی یا عفت عمومی یا مذهب رسمی کشور باشد، ممنوع‌الورود خواهد بود. قانون نحوه رسیدگی به تخلفات و مجازات فروشندگان لباس‌هایی که استفاده از آنها در ملأ عام خلاف شرع است یا عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند نیز به مفهوم عفت عمومی در قالب مسائل جنسی مدد می‌رساند.

آنچه از این مواد و اصل ۱۶۵ قانون اساسی برداشت می‌شود این است که عفت عمومی از یک طرف مترادف با نظم عمومی است و از طرف دیگر به عنوان یکی دیگر از عناصر و مظاهر نظم عمومی کیفری واجد مفهومی موسع است و تقریباً هرگونه روابط

جنسی خارج از شرع و سنت از قبیل بدحجابی و بی‌حجابی، آرایش، لباس‌های بدن‌نما، استعمال الفاظ جنسی و ... را در بر می‌گیرد. ضمن آنکه برای برخی از این مفاهیم، معیار و تعریف دقیقی ارائه نشده است. نظیر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (فصل هجدهم) که اخلاق عمومی و عفت عمومی را به معنای یکسان به کار برده است. یا نظیر حجاب اسلامی که از یک طرف رعایت نکردن آن منجر به کیفر می‌شود و از طرف دیگر محدوده و کیفیت آن در قانون مشخص نشده که ممکن است از دیدگاه عوامل اجرایی مانند نیروی انتظامی، عوامل قضایی نظیر دادستانی‌ها و قضات دادگستری، عوامل قانونگذاری و نیز فقهای مختلف، متفاوت باشد. لذا نمی‌توان آن را به تشخیص عرف واگذار کرد. اما در هر حال می‌توان در لوای کشدار عفت عمومی و به عنوان یکی دیگر از منابع نظم عمومی، حقوق شهروندان را نادیده گرفت. از منظر حقوق شهروندی در بسیاری از کشورها عفت عمومی مخالفت جدی با نظم عمومی ندارد. برای مثال، «قانونی کردن روسپی‌گری به عنوان سیاست حاکم در برخی کشورها، فحشا را اجتناب‌ناپذیر و حتی مفید می‌داند. مطابق این نظریه، فحشا نوعی شغل محسوب می‌شود که باید تحت نظارت و کنترل متمرکز دولت بوده و دارای مزایای شغلی باشد. این رویه اکنون در کشور هلند و استرالیا به اجرا درمی‌آید. در آلمان در ژانویه سال ۲۰۰۲، این عمل نیز به عنوان شغلی کاملاً قانونی به تصویب رسیده است.» (ریموند، ۱۳۸۲، صص ۲۵۵-۲۵۲).

۲-۴. بهداشت عمومی

بهداشت عمومی به طور کلی عبارت است از کاهش خطرات بیماری‌هایی که مستقیماً از آلودگی‌های محیطی ناشی می‌شود (جلالی و کامیاب، ۱۳۹۴، ص ۱۴۲). بهداشت عمومی از مظاهر نظم عمومی به شمار می‌رود، اما در ایران رابطه آن با نظم عمومی از جایگاه حقوقی روشنی برخوردار نیست. این در حالی است که در برخی کشورها «دولت به عنوان محور اصلی در خصوص بهداشت عمومی جامعه، مقصر اصلی و مسئول می‌باشد و بدین طریق در اکثر آراء صادره از دادگاه‌های کشورهای مختلف، دولت‌ها در دادگاه‌ها محکوم شناخته شدند. مثلاً در حقوق فرانسه، در دعوی که یکی از بیماران هموفیلی که در اثر انتقال خون آلوده به بیماری ایدز مبتلا شده بود، علیه دولت فرانسه مطرح کرده بود، دیوان اروپایی حقوق بشر دولت فرانسه را محکوم به جبران خسارت نمود» (محمدی، ۱۳۸۷، صص ۱۰۷ و ۱۱۵)، ولی در ایران دولت در قبال ویروس کشنده کرونا خود را ملزم به جبران خسارت ندیده است.

۲-۵. امنیت عمومی

در یک جامعه دموکراتیک محدودیت‌هایی که زیر لوای تأمین امنیت عمومی اعمال می‌شود، مانند قوانین جزایی که خشونت علیه تمامیت جسمانی یا اموال را جرم‌انگاری می‌کنند، کاهش خطرات و تهدیدات مثل نصب دوربین مداربسته، پیشگیری یا تقلیل آثار نامطلوب بلایای طبیعی، محدودیت حق اعتصاب در دستگاه‌های اداری، پناه دادن به افراد بی‌سرپناه در فصل سرما، در حقیقت در راستای تضمین اجرای حقوق و آزادی‌ها توجیه می‌شود (جلالی و کامیاب، ۱۳۹۴، صص ۱۴۲-۱۴۰).

موارد بالا جلوه‌هایی از تأمین امنیت عمومی به عنوان یکی از عناصر و منابع نظم عمومی است که از وظایف اصلی دولت‌ها در یک جامعه مردم‌سالار محسوب می‌شود؛ اما قانونگذار ایرانی با برداشت‌های اشتباه، نظم یا امنیت عمومی را در برخی موارد به مثابه یک نظم بسیار ساده می‌داند. مثلاً اگر «راننده تاکسی مردم را از سوار کردن تاکسی بازدارد، این عمل را اختلال در نظم عمومی تلقی می‌کند.» (نوین، ۱۳۸۸، ص ۴۳). مثال دیگر ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ است که به موجب آن می‌توان هرکس را به صرف ایجاد هیاهو و جنجال ساده یا حرکات غیر متعارف، مخل نظم عمومی دانست، حتی در صورتی که قصد او اختلال در نظم عمومی نبوده بلکه به واسطه مسائلی از قبیل غرور جوانی، عصبانیت، اختلافات خانوادگی و جزئی، دعوایی راه انداخته باشد. مثال بعدی ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی است که اگر ریاست خانواده به زن داده شود، نظم عمومی مختل می‌گردد. «تحدید حق بر مبنای حفاظت از نظم عمومی تنها زمانی موجه خواهد بود که اعمال حق مزبور قطعاً موجبات بر هم خوردن نظم کلان اجتماعی را فراهم سازد.» (بیات کمیته‌ی، ۱۳۹۴، ص ۴۹).

مطابق اصل ۲۷ قانون اساسی، تشکیل اجتماعات حتی بدون حمل سلاح نیز مصداق اختلال در نظم عمومی به شمار می‌رود، ولی در مواردی دیگر، قتل را که بدون شک مخل نظم عمومی است، از دایره امنیت عمومی خارج می‌سازد. برای مثال، طبق قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، قتل ممکن است موجب اختلال در نظم جامعه نگردد. اگرچه این قانون به موجب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ منسوخ شده، ولی باز به موجب مواد ۳۶ و ۲۸۶ قانون اخیر، مواردی از قبیل محاربه، جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد و پخش مواد سمی و میکروبی و خطرناک نیز ممکن است مخل نظم عمومی تلقی نشود. این در حالی است که «در نظام حقوقی فرانسه برداشت‌های متفاوتی از نظم عمومی وجود دارد، ولی هیچ یک نظم عمومی را یک مفهوم بسیط و سطحی

معادل نظم ساده نمی‌داند.» (غمامی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۱).

۳. موارد مشابه نظم عمومی

۳-۱. منافع عمومی

منافع همه چیزهایی است که به وسیله همگان (افراد و جامعه) ارزشمند به حساب می‌آید و همگان شامل وسیع‌ترین دامنه ممکن جامعه است (مکرمی، ۱۳۹۴، صص ۴۸-۴۹). منافع عمومی ارزش‌هایی است که «همگان امکان استفاده بالقوه از آن را داشته باشند.» (حاج‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۷). البته در مواردی «منافع عمومی عذر موجهی در اختیار دولت‌ها قرار می‌دهد تا منافع ملموس افراد و گروه‌های خاص را پایمال سازد.» (آربلاستر، ۱۳۶۸، ص ۱۱۵). اما در اندیشه پسامدرن، قواعد مربوط به نظم عمومی در جامعه نباید همسو با فرهنگ خاص (فرهنگ اکثریت حاکم بر جامعه) و مانع آزادی سایر فرهنگ‌ها شود؛ چراکه در نهایت، حقوق و آزادی‌ها به نام منافع همگان در جامعه محدود می‌گردد (گرچی از ندریانی و مرتضوی، ۱۳۹۷، صص ۲۵ و ۲۹). لذا منافع عمومی را اغلب می‌توان همان سیاست‌ها و خط مشی عمومی دولت دانست که در ابعاد مختلف برای راهبری جامعه و خواسته مردم مورد استفاده قرار می‌گیرد. «سیاست‌های عمومی دولت شامل قوانین و مقرراتی می‌شود که پس از تهیه در قوه مجریه و تصویب در قوه مقننه، در بخش بزرگی از جامعه جاری و ساری می‌گردد؛ مانند مقررات مربوط به اخذ مالیات.» (نوین، ۱۳۸۸، ص ۴۴). خط مشی عمومی در واقع بیان آنگلو ساکسونی از نظم عمومی است. حقوقدانان آنگلو ساکسون از باب تسامح یا حتی با دقت بر مفهوم اعمی نظم عمومی، آن را با خط مشی عمومی یکسان دانسته‌اند (غمامی، ۱۳۹۲، صص ۱۴۳-۱۳۹). ولی در ایران بر اساس ماده ۱۸ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب ۱۳۹۵، احزاب نباید اقدامی انجام دهند که امنیت ملی و وحدت ملی را به گونه‌ای نقض نمایند که در منافع عمومی و نظم عمومی اخلاقی ایجاد شود. در اینجا دیده می‌شود که از یک طرف منافع عمومی همسنگ با نظم عمومی است و از طرف دیگر امنیت عمومی و وحدت ملی از عناصر نظم عمومی است. اما طبق بند بعدی در همین ماده، اعمال خلاف قانون اساسی و نقض حقوق ملت جدا از نظم عمومی به کار رفته که نشان می‌دهد در ایران درک درستی از رابطه منافع عمومی با نظم عمومی وجود ندارد. نظم عمومی گویا خمیر بازی است که به هر شکلی درخواهد آمد و در عین حال خود شأن مستقلی ندارد.

۳-۲. مصلحت عمومی

شاید به نظر برسد که مصلحت عمومی همان منافع عمومی است؛ ولی میان مصلحت و منفعت تفاوت‌هایی وجود دارد، از جمله اینکه منافع اغلب عینی و مادی و در عین حال که همگانی است ممکن است برخی شهروندان از آن استفاده نبرند (نظیر پارک، بیمارستان و دانشگاه). اما در حقوق ایران، مصلحت ذوالجنبتین (اخروی و دنیوی) است و عدم رعایت آن بعضاً جنبه کیفری به دنبال دارد و فواید آن متوجه عموم جامعه است. برابر ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، مجازات بازدارنده تأدیبه یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم عمومی و مراعات مصلحت عمومی در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد. بر اساس ماده ۴۲۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در مواردی که جنایت، نظم و امنیت عمومی را بر هم زند یا احساسات عمومی را جریحه‌دار کند و مصلحت در اجرای قصاص باشد، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود. همچنین بر اساس ماده ۲۱۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اگر ابراز سند در دادگاه بر خلاف مصالح عامه باشد، دادگاه آنچه را راجع به مورد اختلاف است خارج‌نویس می‌نماید. اصل ۲۸ قانون اساسی مقرر می‌دارد که هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. در ماده و اصل اخیر به نظم عمومی اشاره‌ای نشده، ولی از مفاهیم فوق چنین استنباط می‌گردد که مصلحت عمومی از موارد مشابه نظم عمومی به شمار می‌رود و مصلحت عمومی ناظر به چگونگی تمکین شهروندان از مقررات حکومت است؛ ولیکن اصولاً در خصوص اینکه مصلحت در رابطه با نظم عمومی به چه معناست، در منابع فقه و حقوق ایران اتفاق نظری وجود ندارد. برخی می‌گویند: «منظور از مصلحت جلب منفعت دنیوی نیست، بلکه منظور حفظ مقاصد شرع است.» (عظیمی گرگانی، ۱۳۸۴، ص ۵۳). مصلحت از دید امام خمینی دو ضابطه دارد: یکی آنکه مخالف احکام شرع نباشد و دیگر آنکه اهم و مهم در آن مراعات شده باشد. ضابطه اول وظیفه شورای نگهبان و وظیفه دوم بر عهده مجمع تشخیص مصلحت است (ابن‌تراب و عراقی‌نسب، ۱۳۸۸، صص ۱۳ و ۱۴). لذا دو نهاد متفاوت برای تشخیص و چپستی مصلحت عمومی وجود دارد. از طرفی «مصلحت عمومی در فقه شیعه نیز در معانی متعددی از جمله ضرورت حفظ نظام، حاکمیت اسلام، رعایت مصلحت عمومی در برابر مصالح فردی، مصلحت احکام اسلامی (مانند مصلحت جان و مال و حیثیت افراد) و همچنین نظم عمومی به کار می‌رود.» (چلبی و دیگران، ۱۳۹۶، ص ۱۰۷).

۳-۳. حفظ نظام

از یک طرف گفته می‌شود که «در فقه، مقصود از نظام، کلیت اجتماع و نظام معیشتی و اجتماعی مردم است و نه فقط نظام حکومتی» (امیدی‌فرد و باقی‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۵۸) و مقصود از قاعده نفی اختلال نظام، کنار گذاشتن هر امری است که موجب اختلال در نظام معیشت مردم شود (خورسندیان و شرعی، ۱۳۹۵، صص ۸۵ و ۹۹). از طرفی گفته می‌شود که «حفظ نظام از واجباتی است که شارع مقدس به هیچ وجه راضی به ترک آن نیست. از این رو حاکم جامعه اسلامی موظف است در مقام تزاحم حفظ نظام معیشتی مردم با سایر احکام، حفظ نظام را مقدم بدارد.» (مهوری، ۱۳۸۰، صص ۱۰۷-۱۰۵). احکام حکومتی و اختیارات مطلقه ولایت فقیه نیز به پیروی از قاعده حفظ نظام است. «قاعده حفظ نظام از گستردگی بسیاری برخوردار است به طوری که جریان‌یافتنی در همه ابواب فقهی است و فقیهان می‌توانند احکامی مانند محدود شدن حقوق خصوصی، اعمال حدود و اجرای مجازات و ... را از آن استنباط کنند.» (الماسی و دیگران، ۱۳۹۵، صص ۱۳-۱۲) و شامل حکم اولی و ثانوی می‌گردد (خورسندیان و شرعی، ۱۳۹۵، صص ۸۵ و ۹۹).

قلمرو و گستردگی منابع (قرآن، سنت، اجماع، عقل و سیره عقلا) قاعده حفظ نظام به قدری است که برخی آن را معادل نظم عمومی و برخی حتی برتر از آن می‌دانند. بنابراین منابع گسترده این دو قاعده و عدم تعیین رابطه این دو، نظم عمومی را با یک معنای کشدار و قلمروی وسیع مواجه می‌سازد. به عنوان مثال، بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است حکم هر دعوا را در سکوت قانون، در منابع شرعی بیابد؛ ولی طبق اصل ۳۶، حکم به اجرای مجازات باید بر مبنای قانون باشد و لذا کشاکش میان قاعده حفظ نظام و قاعده نظم عمومی خالی از ایراد به نظر نمی‌رسد؛ چراکه «بر خلاف قاعده نفی اختلال نظام که بر یک نظام تکلیف‌محور حاکم است، نظم عمومی بر یک نظام حق‌محور اعمال نفوذ می‌کند» (الماسی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۱۷) به طوری که شورای دولتی فرانسه حتی کرامت و منزلت انسانی را به عنوان یکی از عناصر نظم عمومی تلقی کرده است (چلبی و دیگران، ۱۳۹۶، ص ۱۰۱).

۳-۴. موازین اسلام

یکی از مبانی اصلی و اساسی نظم عمومی در حقوق ایران موازین اسلام می‌باشد (چلبی و دیگران، ۱۳۹۶، ص ۱۰۲). طبق اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس «موازین اسلام» باشد. این اصل بر تمام اصول قانون اساسی برتری دارد.

به عبارتی، تمام منابع و عناصر نظم عمومی خارج از موازین نظام کآن لم یکن تلقی می‌شود، ولی دست‌کم در بحث از مصلحت نظام و حفظ نظام مشاهده شد که این مفاهیم در عین اساسی بودن، حتی از دایره نظم عمومی گسترده‌تر است. از طرفی، تشخیص خروج از موازین اسلام بر عهده فقهای شورای نگهبان است، در حالی که مراقبت از حفظ نظام و مصلحت نظام در اختیار مراجع دیگری است. به موجب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، جرمی که دارای جنبه الهی (موازین اسلام) است، می‌تواند دو حیثیت داشته باشد: حیثیت عمومی از جهت اخلال در نظم عمومی و حیثیت خصوصی از جهت تعدی به حقوق اشخاص معین. با این حال «عبارت موازین اسلام قابلیت تفاسیر متعددی دارد و فقها در مورد آن نظر واحدی ندارند» (چلبی و دیگران، ۱۳۹۶، صص ۱۰۶-۱۰۵)؛ یعنی چنانچه در مورد بعدی خواهیم دید، رابطه موازین اسلام به عنوان یکی از مظاهر نظم عمومی با احکام اسلام (دستورهای قطعی) تفسیر برانگیز است.

۳-۵. احکام اسلام

بر مبنای اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین باید بر اساس «موازین اسلام» باشد، اما بر مبنای اصل ۷۲، قوانین نباید با «احکام اسلام» و مذهب مغایرت داشته باشد. برابر اصل ۹۱، تشخیص «عدم مغایرت» مصوبات مجلس با احکام اسلام است، ولی حسب اصل ۹۴، مصوبات مجلس از بُعد «انطباق» بر موازین اسلام بررسی می‌شود؛ یعنی این اصول دو مبنا و دو روش را به ذهن متبادر می‌سازد: مبنای اول «موازین اسلام» و مبنای دوم «احکام اسلام». روش اول «عدم مغایرت» و روش دوم «تطبیق و انطباق» است و این دو مبنا و دو روش برای هدایت قانون و ارتباط آن با نظم عمومی که قرار است اعمال و رفتار شهروندان را کنترل کند، محل تأمل است. به عنوان مثال، «بنا بر مشهور اصولیان و فقها، حفظ نظام و مصلحت نظام جزو احکام ثانویه است» (حق‌پناه، ۱۳۹۰، ص ۱۱۳)، در حالی که به نظر برخی، جزو احکام اولیه و به گمان دسته‌ای دیگر، احکام مستقلی هستند. لذا این پیچیدگی و پراکندگی به طور قطع در شناخت، هدایت و راهبرد نظم عمومی مؤثر خواهد بود. برای نمونه، بر اساس ماده ۴ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶، اختراعاتی که بهره‌برداری از آنها خلاف موازین شرعی یا نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد مورد حمایت قانون واقع نمی‌شود. مسئله‌ای که مطرح شدنی است تبیین چیستی، مبنا، روش و تفاوت موازین اسلام از احکام اسلام در رابطه با تعیین نظم عمومی است.

۳-۶. قاعده آمره

قاعده آمره شامل هر قانون یا قاعده‌ای است (نوین، ۱۳۸۸، ص ۴۳) که طرفین نمی‌توانند از آن شانه خالی کنند (کسجیان، ۱۳۸۷، ص ۱۹۸). لذا برخی نظم عمومی را مترادف با قواعد امری می‌دانند. بنا به تعریف آیین‌نامه شورای عالی کار (آیین دادرسی کار مصوب ۱۳۹۱/۱۱/۷)، قواعد آمره قواعدی هستند که با توافق نمی‌توان از اجرای آنها خودداری نمود از قبیل رعایت حداقل مزد قانونی (موضوع تبصره ماده ۴۱ قانون کار) و رعایت حداکثر ساعات قانونی کار (موضوع تبصره ۱ ماده ۵۱ قانون کار).

از ظاهر مطالب فوق برمی‌آید که قاعده آمره قاعده‌ای مستقل است. از طرف دیگر، «قرارداد مغایر با نظم عمومی در حقوق ایران به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی در امور مدنی باطل است.» (ابدالی و تفرشی، ۱۳۸۳، صص ۱۱-۱۲). بنابراین باید میان قاعده آمره و قاعده نظم عمومی رابطه‌ای حاکم باشد. در توجیه این ارتباط می‌توان از ماده ۱۹۰ قانون مدنی یاری جست و آن را معیاری برای تحلیل روابط فی‌مابین این دو قاعده دانست. بند ۴ این ماده یعنی عدول از مشروعیت جهت معامله، مصداق قاعده آمره است و ضمانت رعایت نکردن این قاعده، بر مبنای مدلول ماده ۲۱۷ قانون مدنی «بطلان» است و چون ضمانت بطلان دارد، علی‌القاعده نمی‌تواند از صافی نظم عمومی عبور کند. به عبارتی، این ضمانت بطلانی که به قاعده آمره تعلق گرفته است ناشی از پشتیبانی قاعده نظم عمومی است؛ ولی بند اول همین ماده، یعنی ضمانت عدول از قصد و رضا که باز مصداق قاعده آمره است، بر مبنای مدلول ماده ۲۰۳ قانون مدنی، «عدم نفوذ» است؛ یعنی ضمانت عدم رعایت قاعده آمره در اینجا دیگر بطلان نیست، بلکه ضمانت عدم نفوذ است؛ چراکه این ضمانت خفیف ناشی از عدم پشتیبانی قاعده نظم عمومی است. به عبارتی، قاعده آمره زمانی از پشتیبانی نظم عمومی برخوردار است که جوهره بطلان و زمانی مستقل از نظم عمومی عمل می‌کند و اثر عدم نفوذ یعنی اثر خفیف پیدا می‌کند. بنابراین «نقض قوانین آمره به طور الزامی به معنای مخالفت با نظم عمومی نیست.» (منصوریان، ۱۳۹۵، ص ۵). با این حال رابطه قاعده آمره با نظم عمومی در حقوق ایران چندان شفاف به نظر نمی‌رسد، بدین توضیح که یک عده معتقدند «نظم عمومی جزء منابع قاعده آمره می‌باشد» (نوین، ۱۳۸۸، ص ۴۳)، در حالی که عده‌ای دیگر بر این باورند که «همه قواعد امری نظم عمومی نیستند، بلکه قواعدی نظم عمومی هستند که با اساس جامعه و الزامات اساسی آن به‌ویژه امنیت و پایداری مرتبط می‌شوند.» (غمامی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۶).

نتیجه

هدف نظم عمومی تثبیت هنجارهای مقبول در یک جامعه با قصد سامان بخشی به زندگی اجتماعی از طریق صیانت از حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان از یک طرف و حفظ اقتدار حکومت‌ها برای تحدید عمل آزادی‌های نامعقول شهروندان (حتی تحدید آزادی‌های مشروع البته به طور موقت و در شرایط اضطراری) از طرفی دیگر بوده است. لذا تبیین این مفهوم و رفع چالش‌های احتمالی آن امری ضروری است؛ لیکن از نگاه غالب حقوقدانان، نظم عمومی و منابع آن مفهومی گنگ و متغیر است و حقوق شهروندان را نادیده می‌گیرد. در ایران مفهوم و مبانی نظم عمومی و رابطه نظم عمومی با حقوق و آزادی‌های شهروندان مخدوش است و در واقع نظم عمومی از یک تئوری منسجم حقوقی پیروی نمی‌کند و همین امر موجب سلیقه‌گرایی و قضاوت‌های سطحی و متفاوت نسبت به مفهوم نظم عمومی در رابطه با حقوق شهروندان می‌شود؛ یعنی در کشور ما به دلیل ابهام در جایگاه، مفهوم و منابع نظم عمومی، دولت می‌تواند با تزییق و توسعه نظم عمومی و عدم ملاک متیقن برای قضاوت و فقدان فهم قابل قبولی از آن برای شهروندان، عملاً حقوق و آزادی‌های شهروندان را نادیده بگیرد. لذا مواردی نظیر تحصیل همزمان مسلمانان و اقلیت‌ها، عربده‌کشی یک جوان در خیابان، عبور از چراغ قرمز، شب‌نشینی همسایه‌ها، ایجاد سر و صدا توسط اربابان رجوع در ادارات، ترقه‌بازی در برخی مناسبت‌ها، نقض یک قرارداد خصوصی و امثال اینها در حقوق ایران اختلال در نظم عمومی محسوب می‌شوند، در حالی که معمولاً دادگاه‌های ایران افزایش بی‌قاعده مالکیت خصوصی، حقوق‌های نجومی، تکثر دارایی و ثروت مسئولان دولتی، ایجاد جامعه طبقاتی، افشا و اشاعه فحشا، نابرابری در استخدام دولتی، استفاده بی‌رویه از آب‌های زیرزمینی، رابطه‌بازی اداری، رانت‌خواری، تحصیل همزمان دو تابعیت، خلف وعده‌های انتخاباتی، کاربرد وسیع مواد سمی در تولید مواد خوراکی و بسیاری دیگر را مصداق اختلال در نظم عمومی نمی‌دانند. لذا می‌توان گفت اصطلاح نظم عمومی در حقوق داخلی ایران نه تنها مفهوم و جایگاه روشنی ندارد، بلکه مردم نیز درک درستی از نظم عمومی ندارند و نمی‌توانند به واسطه آن، از حقوق و تکالیف خود فهم درستی به دست آورند. نظم عمومی در کشور ما هیچ‌گاه نتوانسته یک ضابطه قطعی و روشن داشته باشد. بنابراین حذف واژه نظم عمومی از لسان حقوقی ایران پیشنهاد این مقاله است.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. آربلاستر، آنتونی، *ظهور و سقوط لیبرالیسم غرب*، ترجمه عباس مخبر، نشر مرکز، تهران، ۱۳۶۸.
۲. کعبی، عباس، *تحلیل مبانی اصل نهم قانون اساسی*، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۴.
۳. منصوریان، مصطفی، *بررسی مفهوم نظم عمومی*، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵.

ب. مقاله‌ها

۴. ابدالی، مهرزاد و تفرشی، محمدعیسی، «بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، *مدرس علوم انسانی*، شماره ۲۰ (۳۷ پیاپی)، پاییز ۱۳۸۳.
۵. ابن تراب، مریم و عراقی‌نسب، افسانه، «نظریهٔ مصلحت در اندیشهٔ امام خمینی»، نامه الهیات، شماره ۹، زمستان ۱۳۸۸.
۶. الفت، نعمت‌الله، «نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد»، *فقه و حقوق*، شماره ۷، زمستان ۱۳۸۴.
۷. الماسی، نجادعلی، علیزاده، عبدالرضا و کریم‌پور، صالح، «نظم عمومی در رویکرد حقوقی، فقهی و جامعه‌شناختی»، *پژوهش‌های فقهی*، دوره ۱۲، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵.
۸. امیدی‌فرد، عبدالله و باقی‌زاده، محمدجواد، «دلیل عقلی قاعدهٔ منع اختلال نظام»، *پژوهش‌های اخلاقی*، شماره ۸، تابستان ۱۳۹۱.
۹. بیات کیمیتکی، مهناز، «حق بر آزادی ابراز عقیده در مصاف با نظم عمومی (بررسی پروندهٔ لیلا شاهین به طرفیت دولت ترکیه)»، *فصلنامه رأی: مطالعات آرای قضایی*، دوره ۴، شماره ۱۰، بهار ۱۳۹۴.
۱۰. جلالی، محمد و کامیاب، میثا، «پلیس اداری، قالبی مفهومی برای تأمین نظم عمومی: مطالعهٔ مفهوم نظم عمومی در حقوق فرانسه»، *دوفصلنامه حقوق اداری*، دوره ۳، شماره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۴.
۱۱. چلبی، فائقه، قاسم‌آبادی، مرتضی و آقاپور، کمال، «تحلیلی بر جایگاه نظم عمومی در نظام حقوقی ایران»، *قضاوت*، دوره ۱۷، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۶.
۱۲. حاج‌زاده، هادی، «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، بررسی مفهوم منفعت عمومی» (گزارش پژوهشی)، پژوهشکده شورای نگهبان، تیر ۱۳۹۳.

۱۳. حق پناه، رضا، «احکام اولی و ثانوی در قرآن، معیار و نمونه‌ها»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۰.
۱۴. خورسندیان، محمدعلی و شرعی، الهام، «مبانی قاعده نفی اختلال نظام در فقه اسلامی و حقوق موضوعه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، بهار ۱۳۹۵.
۱۵. ربانی خوراسگانی، علی و کیانپور، مسعود، «جامعه‌شناسی احساسات»، جامعه‌شناسی کاربردی، دوره ۲۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸.
۱۶. ریموند، جنیس جی، «غرب و پیامدهای قانونی کردن روسپیگری»، ترجمه علی گل محمدی، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان)، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۸۲.
۱۷. زاگزیسکی، لیندا، «اخلاق چیست»، ترجمه معصومه نظری، کتاب ماه دین، شماره ۱۹۶، بهمن ۱۳۹۲.
۱۸. زمانی، قاسم و حسینی آزاد، سید علی، «تأملی در برخورد دیوان اروپایی حقوق بشر با ماده ۹ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بر پایه پرونده لایلا شاهین»، مطالعات حقوق بشر اسلامی، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
۱۹. شهبازی‌نیا، مرتضی، عیسانی تفرشی، محمد و علمی، حسین، «مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی و جایگاه آن در داوری تجاری بین‌المللی»، حقوق و علوم سیاسی تهران، دوره ۴۳، شماره ۱، بهار ۱۳۹۲.
۲۰. صادقی، محسن، «مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلوه‌های نوین آن»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴.
۲۱. عظیمی گرگانی، هادی، «جایگاه فقهی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام»، فقه و مبانی حقوق، شماره ۲، ۱۳۸۴.
۲۲. غمامی، سید محمد مهدی، «مطالعه تطبیقی نظم عمومی و خط مشی عمومی در نظام‌های حقوقی موضوعه و آنگلو ساکسون»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.
۲۳. غمامی، محمد مهدی، «واکاوی مفهومی نظم عمومی و حفظ نظام»، فقه حکومتی، شماره ۵، تابستان ۱۳۹۷.
۲۴. کرمی، سکینه، «نظم عمومی ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۴.

۲۵. کسجیان، کاترین، «نظم عمومی در حقوق اروپا»، ترجمه فیض‌الله جعفری، مجله حقوقی، شماره ۳۸، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
۲۶. گرجی ازندیانی، علی‌اکبر و مرتضوی، هدی، «مفهوم قدرت و نظم عمومی در اندیشهٔ پسامدرن»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۹، تابستان ۱۳۹۷.
۲۷. محمدی، حسن، «رویهٔ شورای نگهبان در تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها»، جستارهای حقوق عمومی، شماره ۲، پاییز ۱۳۹۶.
۲۸. محمدی، سمیرا، «ایدز و مسئولیت مدنی دولت»، حقوق پزشکی، دوره ۲، شماره ۵، تابستان ۱۳۸۷.
۲۹. مدنیان، غلامرضا، رحمت‌اللهی، حسین و خالقی دامغانی، احمد، «امکان یا امتناع تبیین نظم عمومی در حقوق (مطالعه در کشورهای ایران، انگلیس و فرانسه)»، پژوهش‌های تطبیقی، شماره ۳ (پیاپی ۷۳)، پاییز ۱۳۹۰.
۳۰. مکرمی، یدالله، «تعریف منافع همگانی»، حسابرس، شماره ۷۶، ۱۳۹۴.
۳۱. مهوری، محمدحسین، «حفظ نظام (۱)»، حکومت اسلامی، شماره ۲۰، ۱۳۸۰.
۳۲. میرزانژاد جویباری، اکبر، «بحثی پیرامون منبع نظم عمومی در حقوق قراردادهای ایران با مطالعه تطبیقی در حقوق آمریکا، انگلیس و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره ۱، بهار ۱۳۹۷.
۳۳. نوین، پرویز، «نظم عمومی در حقوق»، قضاوت، شماره ۵۸، مرداد و شهریور ۱۳۸۸.

A Critique of the Theory of Public Internal Order in Iranian Public Law

Nourbakhsh Riahi*

Received: 22/09/2019

Accepted: 10/01/2020

Abstract

Public order is a common term in Western legal systems and aims to regulate social life on the one hand by protecting the rights and freedoms of citizens and on the other hand to maintain the authority of governments to restrict the practice of citizens' rights and freedoms. Therefore, in the conflict between the freedoms and the authority of states, it is necessary to explain the theory of public order and identify the possible challenges of public order. Now the main question is whether the internal public order in Iranian law guarantees civil rights and freedoms and a coherent legal theory? This research is based on a descriptive-analytical method on the hypothesis that internal public order in Iran is a superficial and fluid concept and has vague and variable meanings, principles, sources, elements and items. As a result, public order, civil rights and freedoms are confronted with a broad conceptual ambiguity. Therefore, the research finding is the removal of the word public order from the legal language.

Key words: Public Freedoms; Civil Rights; Government; Public Order.

* PhD Student of Public Law at Shiraz Branch of Islamic Azad University.
n_riahy@yahoo.com