مطالعه تطبیقی نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی و فقه و حقوق اسلامی

مصطفی دانش‌پژوه، دانشیار، گروه حقوق و فقه اجتماعی، پژوهشکده علوم اسلامی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران
Email: mdanesh@rihu.ac.ir

چکیده

با این که اصل اولیه بر آن است که قانون مقر دادگاه بر کلیه دعاوی اقامه شده در هر دولتی حکومت می‌کند، اما گاه در دعاوی حقوق خصوصی بین المللی، به استناد قواعد حل تعارض مقر دادگاه، قانون خارجی صلاحیتدار بوده و مبنای رسیدگی و صدور حکم قرار می گیرد. اجرای قانون خارجی صلاحیتدار، به چند شرط عدمی مشروط است که یکی از آن ها، «عدم مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی مقر دادگاه» است و از این جا است که نظم عمومی به عنوان یکی از مباحث مهم «تعارض قوانین» در حقوق بین الملل خصوصی مورد بحث قرار می گیرد.

با این پیش فرض که در فقه و حقوق اسلامی، به استناد قاعده الزام و تقریر، گاه قانون خارجی(غیر اسلامی) مبنای رسیدگی در دادگاه اسلامی واقع می شود، این پرسش پدید می آید که آیا در فقه و حقوق اسلامی هم، مفهومی مانند نظم عمومی وجود دارد که جلو اجرای قانون خارجی صلاحیتدار غیر اسلامی را به استناد مخالفت با نظم عمومی بگیرد؟ در جستجوی پاسخ این پرسش، این مقاله بدین نتیجه رسیده است که عنوان «**ما لایرضی به الشارع**» و دیگر عناوین همانند، نقش مفهوم نظم عمومی را ایفا می‌کنند.

واژگان کلیدی: حقوق بین الملل خصوصی. تعارض قوانین. موانع اجرای قانون خارجی. مخالفت با نظم عمومی. تعارض متحرک. شناسایی بین المللی حقوق مکتسبه

نسخه پیش از انتشار اصلاح داوری شده

۱. مقدمه

هرچند عده‌ای از علمای حقوق وجود مفهوم نظم عمومی (Ordre Public or Public Policy) را زائد می‌دانند و معتقدند که این همان مفهوم حقوق عمومی (Public Law) است که از قدیم‌الایام استعمال می‌شده و برای حفظ منافع عمومی به کار می‌رفته است و اختلاف اصطلاحات و الفاظ موجب تغایر معانی و مفاد آنها نمی‌تواند باشد، اما اکثریت قریب به اتفاق حقوق‌دانان به هستی مفهوم نظم عمومی و سودمند بودن آن معترف‌اند و آن را از ضروریات حقوق جدید تلقی می‌نمایند(احمدی واستانی، بی تا: ۲۷ و ۲۸ و ممدوح، ۲۰۰۵م: ۳۱۷.)

و تقریباً همه آنان در این مطلب اتفاق نظر دارند که قانون خارجی صلاحیتدار را باید پس از بررسی و احراز عدم مخالفتش با نظم عمومی به اجرا درآورد (عامری، ۱۳۶۲: ۱٤۰) و در صورت مخالفتش با نظم عمومی از اجرای آن خودداری کرد(ارسطا، ۱۳۸۰: ۲۱۰ و ممدوح، ۲۰۰۵م: ۹۹۵) و بدین‌گونه مفهوم نظم عمومی را ــ و به عبارت دقیق‌تر، وجود مخالفت با نظم عمومی را ــ ابزار عدم اجرای قانون خارجی (عامری، ۱۳٦۲: ۱٤۰ و حفیظه، ۲۰۰۲م: ۲٦۰) و متقابلاً ابزاری برای اثبات صلاحیت قانون سرزمینی و اجرای قانون داخلی، دانسته[1] و فلسفه اصلی آن را در حمایت از نظم داخلی دیده‌اند.(عامری، ۱۳٦۲: ۱٤۰)

با این همه اکثر آنان به وجود اختلاف نظر درباره چیستی و ماهیت مفهوم نظم عمومی، و درنتیجه دشواری ارائه تعریف جامعی که مقبولیت همگانی داشته باشد، اعتراف دارند (ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱۵۰،ج۲ ، شیخ الاسلامی، ۱۳۸٤: ۲٤۷، سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۷۹، ج۲، ممدوح، ۲۰۰۵م: ۱۹٦، و نیز: ۱۹۷۳م: ۳۱۸، حفیظه، ۲۰۰۲م: ۲٦۵، فدوی، ۱۳۸۵: ۱۸۰ و احمدی واستانی، بی تا: ۳۲.) و از فقدان یک ضابطه قطعی برای تبیین نظم عمومی سخن می‌گویند (ارفع نیا، ۱۳۷٦: ۱۵۱) و مبانی نظری متعددی را ــ از جمله دو نظریه «شخصی» و «نوعی» را ــ برای توضیح آن مطرح می‌کنند (عامری، ۱۳٦۲: ۱٤۳، ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱۵۱، شیخ الاسلامی، ۱۳۸٤: ۲٤۸، نصیری، ۱۳۷۲: ۱۸۹، احمدی واستانی، بی تا: ۳۳.) و به سیال بودن مفهوم نظم عمومی و نسبی بودن مصادیق آن، هم به لحاظ زمانی و هم به لحاظ مکانی، باور دارند. (عامری، ۱۳٦۲: ۱٤٤، فدوی، ۱۳۸۵: ۱۸۰، ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱۵۱، سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۸۳ یا ۱۸٤ و ممدوح، ۲۰۰۵م: ۱۹۵).

بدیهی است اختلاف دیدگاه‌های مذکور در تعیین قلمرو شمول نظم عمومی و چگونگی استناد به آن، به عنوان یک اصل یا یک استثناء و نیز کیفیت آثار استناد به نظم عمومی تأثیرگذار است.

---

۱. ماده ۳۲ مقرره اتحادیه اروپا راجع به قانون حاکم بر تعهدات غیر قراردادی صراحتا مخالفت با نظم عمومی کشور مقر دادگاه رسیدگی کننده را از موانع إعمال قانون خارجی برشمرده است. همچنین، نه تنها ماده ۱۱ «اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین المللی»، مصوب سازمان کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه مورخ ۱۹ مارس ۲۰۱۵ میلادی، بر این مطلب تأکید و تصریح کرده است، بلکه می توان گفت که در تمامی عهدنامه های پنجاه سال گذشته سازمان کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه، قابل مشاهده است. (سازمان کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه، اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین الملل، ترجمه: فرهاد پیری با همکاری مرکز داوری اتاق بازرگانی تهران، ص ۱۴۷ و ۱۵۱). تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۷.

۲. مبحث اول: مفهوم عام، خاص و اخص «نظم عمومی»

پیش از تبیین مفاهیم مختلف نظم عمومی یادآوری این نکته خالی از فایده نیست که گاه در کنار واژه «نظم عمومی» یا به جای «نظم عمومی» از واژگان و اصطلاحات نزدیک، مشابه یا موازی، مانند: «نظم اجتماع، نظم خارجی، نفع دولت» و به‌ویژه و بیش از همه، «اخلاق حسنه» استفاده می‌شود. (ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱٤۸.)

در این میان، به نظر می‌رسد رابطه نظم عمومی با اخلاق حسنه، عموم و خصوص مطلق است و اخلاق حسنه مصداقی از نظم عمومی به شمار آید. بنابراین هر گاه فقط از نظم عمومی سخن به میان آید، اخلاق حسنه را نیز دربر می‌گیرد و هر گاه فقط از اخلاق حسنه یاد شود به مصداقی از نظم عمومی اشاره شده است و هر گاه پس از نظم عمومی، از اخلاق حسنه نیز گفتگو شود از باب تأکید بر خاص، پس از ذکر عام است، با این هدف که دادرس هنگام تشخیص نظم عمومی، فقط بر مصالح سیاسی و اقتصادی تکیه نکند و ارزش‌های اخلاقی را نیز در نظر داشته باشد. (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱٤۸).

به هر حال اصطلاح «نظم عمومی»، واژه پرمصداق و پرکاربردی است که در همه شاخه‌های اصلی حقوق، یعنی حقوق عمومی، حقوق خصوصی، و حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی و زیرشاخه‌های فرعی آنها مورد استفاده قرار می‌گیرد که هرچند منطقاً ممکن است ــ و یا چنین است ــ که در هر شاخه‌ای مفهومی و تعریفی تا اندازه‌ای متفاوت با دیگر شاخه‌ها دارد، اما مجموعه آنها را (ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱۵۱، شیخ الاسلامی، ۱۳۸٤: ۲٤۷، جعفری لنگرودی، ۱۳٦۷: ۷۱۷، سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۷۹-۱۸۱ و ۱۹۳-۱۹۲، ج۲، ممدوح، ۲۰۰۵م: ۱۹٦، حفیظه، ۲۰۰۲م: ۲۵۷، فدوی، ۱۳۸۵: ۱۸۰-۱۸۱.)، شاید بتوان در یک مفهوم حداقلی و مشترک، که درواقع مفهوم عام، مشترک و فراحقوقی است این‌گونه جمع‌بندی و تعریف کرد «نظم عمومی، مجموعه ارکان و مصالح بنیادین اعتقادی، سیاسی، اجتماعی، خانوادگی و اخلاقی است که کیان و قوام جامعه بر آن استوار است». (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱٤۸).

نظم عمومی بدین مفهوم، هر گاه در قوانین و نظام حقوقی یک جامعه تجلی و انعکاس یابد، «مفهوم خاص حقوقی» نظم عمومی را پدید می‌آورد و هر گاه در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح شود، «مفهوم اخص حقوقی» آن، مراد است.

توضیح آنکه معمولاً مجموعه قواعد حقوقی و قوانین هر کشوری به دو دسته قوانین آمره و تکمیلی تقسیم می‌شود. بدیهی است قوانین تکمیلی که اراده افراد بر آن فائق است و می‌توانند برخلاف آن توافق و عمل کنند، هیچ نسبتی با نظم عمومی ــ به مفهومی که گذشت ــ ندارند، اما قوانین آمره که به‌طور مطلق و نامشروط الزامی‌اند و توافق و یا عمل برخلاف آنها به‌هیچ‌وجه جایز نیست، مصادیق نظم عمومی به شمار می‌آیند. بنابراین در عرصه حقوق داخلی ــ اعم از حقوق عمومی و حقوق خصوصی ــ قوانین آمره مصادیق نظم عمومی به شمار می‌آیند، گرچه نظم عمومی به قوانین آمره محدود و منحصر نمی‌شود و اخلاق حسنه بنیادین را هم که قانون به نحو ریز و جزئی نسبت به آن ساکت است، شامل می‌شود.

در عرصه حقوق بین‌الملل عمومی هم، نظم عمومی تقریباً به همین معنی است، یعنی قواعد آمره بین‌الملل عمومی، مصادیق نظم عمومی هستند که توافق یا عمل برخلاف آنها، مجاز نمی‌باشد.

اما در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی، وضع اندکی متفاوت است و دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. برخی از نویسندگان که برای نظم عمومی مفهومی وسیع قائل‌اند، آن را هم معنای نظم عمومی در حقوق داخلی می‌دانند (الماسی، ۱۳٦۸: ۱۲۹) و بنابراین مجموعه قوانین آمره در حقوق خصوصی داخلی را، مصداق نظم عمومی به شمار می‌آورند لازمه این سخن و این تعریف آن است که هیچ قانون خارجی که مخالف قوانین آمره داخلی باشد، امکان اجرا نخواهد یافت و درنتیجه گویا اصل بر این است که قانون خارجی صلاحیتدار مخالف قوانین آمره داخلی توسط مقامات داخلی به اجرا درنیاید، در حالی که فرض بر آن است که اصل بر اجرای قانون خارجی صلاحیتدار است و مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی، به عنوان یک استثناء، جلو اجرای قانون خارجی را می‌گیرد(الماسی، ۱۳٦۸: ۱۳۰، سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۸۷-۱۸۹، ممدوح، ۲۰۰۵م: ۱۹۹، و ۱۹۷۳م: ۳۲٤). بدین منظور باید برای نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی، مفهومی اخص و محدود در نظر گرفت، تا استناد به مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی، به عنوان یک استثناء عمل کند و جلوی جریان قانون خارجی را سد کند.

از این منظر باید توجه داشت هرچند درست است که همه قواعد و قوانین آمره در عرصه حقوق داخلی، مصادیق نظم عمومی به شمار می‌آیند و توافق و عمل برخلاف آنها جایز نیست، اما همه این قواعد آمره، با نظم عمومی به مفهوم عام آن نسبت همانند و یکسانی ندارند. پاره‌ای از آنها، همچون بیع با صغار، اگرچه ممنوع و باطل است، اما خلاف نظم، به معنای مذکور نیست، اما پاره‌ای دیگر، چون نکاح با محارم، افزون بر ممنوعیت و بطلان، خلاف نظم عمومی به معنای مذکور نیز هست (شیخ الاسلامی، ۱۳۸٤: ۲٤۸). در فضای حقوق بین‌الملل خصوصی، مراد از نظم عمومی همین معنای اخیر است و بنابراین رابطه قوانین آمره و نظم عمومی، رابطه موازی و تساوی نیست(سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۸۱-۱۸۳)، تا از اجرای هر قانون خارجی صلاحیتدار مخالف قوانین آمره جلوگیری به عمل آید تا درنتیجه تقریباً جایی برای اجرای قانون خارجی باقی نماند، بلکه رابطه قوانین آمره و نظم عمومی، یک رابطه عموم و خصوص مطلق است و بنابراین، اصل بر اجرای قانون خارجی صلاحیتدار است، اگرچه حتی مخالف قوانین آمره داخلی باشد(مثل اجرای قوانین خارجی مربوط به سهام ارث که مخالف قوانین آمره داخلی مربوط به تعیین سهام باشد)، مگر آنکه صرفاً با آن دسته از قوانین آمره داخلی مخالف باشد، که با مصالح بنیادین آن جامعه سروکار دارد. در اینجا است که نظم عمومی به عنوان یک استثناء ظاهر شده و با استناد به آن از اجرای قانون صلاحیتدار خارجی ـــ که اصل بر اجرای آن است ـــ جلوگیری می‌شود. بنابراین اگر بتوان از این دو دسته از قوانین آمره، با عناوین قوانین آمره عادی و قوانین آمره بنیادین یاد کرد، نظم عمومی در مفهوم اخص آن در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی، تقریباً مترادف با قوانین آمره بنیادین کشوری است که بنا است قانون خارجی صلاحیتدار در آن کشور به اجرا درآید(کشور مقر دادگاه)، که در صورت مخالفت با این قوانین، از اجرای قانون خارجی

خودداری می‌شود. در حالی که نظم عمومی در حقوق داخلی مترادف با مجموعه قوانین آمره ـــ اعم از عادی و بنیادین ـــ است. البته اخیرا مخالفت با حقوق بشر نیز به عنوان یکی از مصادیق مخالفت با نظم عمومی محسوب شده و در نتیجه «اگر قانون صالح خارجی مغایر با نظم عمومی منبعث از حقوق بشر باشد، قانون صالح خارجی اعمال نخواهد شد. (اصغریان،۱۳۹۷: ۱۶۳).

البته باید توجه داشت که همه قوانین آمره بنیادین ـ که مصداق نظم عمومی به شمار می‌آیند ـ از اهمیت مساوی و همانند برخوردار نیستند، بلکه می‌توان آنها را به دو دسته قواعد آمره بنیادین معمولی و قواعد آمره بنیادین مهم تقسیم نمود: قواعد آمره بنیادین معمولی، فقط جلو اجرای قانون خارجی مخالف را می‌گیرند، اما اگر قانون خارجی قبلاً و در خارج کشور اجرا شده و براساس آن حقی شکل گرفته باشد، مانع شناسایی آن حق نمی‌شوند(مثل ممنوعیت تشکیل نکاح دوم در فرانسه و شناسایی آن، اگر قبلاً و در خارج فرانسه واقع شده باشد)، ولی قواعد آمره بنیادین مهم، افزون بر آنکه سبب عدم اجرای قانون صلاحیتدار خارجی می‌شوند، موجب عدم شناسایی حق قبلاً تشکیل شده نیز می‌گردند. مثلاً ممنوعیت نکاح با همجنس در ایران، نه‌تنها سبب می‌شود که اتباع دولت‌هایی که آن را به رسمیت می شناسند نتوانند در ایران چنین نکاحی داشته باشند، بلکه حتی اگر قبلاً و در کشور خود نیز اقدام به چنین نکاحی کرده باشند، از نظر حقوق ایران، رابطه آنها به رسمیت شناخته نمی‌شود. بدیهی است همیشه مواردی وجود دارد که روشن نیست مصداق کدام‌یک از انواع قوانین آمره می‌باشد، به عنوان مثال از ازدواج همزمان با دو خواهر می‌توان یاد کرد که معلوم نیست آیا از قوانین آمره عادی یا قوانین آمره بنیادین است تا درنتیجه بتوان در ایران اجازه چنین ازدواجی را داد، یا آنکه باید از آن جلوگیری کرد.

به همین جهت و نیز به جهت تفاوت‌های چندگانه‌ای که بین نظم عمومی در حقوق داخلی با نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی وجود دارد(ارسطا، ۱۳۸۰: ۲۲۲ و ۲۳۳، نیز، ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۱۵۵-۱۵۸، سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۷۹، ممدوح، ۲۰۰۵م: ۲۰۱ و ۱۹۷۳: ۳۱۹)، اکثر حقوقدانان به تفکیک این دو مفهوم از نظم عمومی توجه و بر لزوم آن تأکید دارند(ارفع‌نیا، ۱۳۷۶: ۱۵۳، شیخ الاسلامی، ۱۳۸٤: ۲٤۷، سلجوقی ۱۳۸٦: ۱۷۸، نصیری، ۱۳۷۲: ۱۸۷، ممدوح، ۲۰۰۵م: ۱۹۸، حفیظه، ۲۰۰۲: ۲٦۷، فدوی، ۱۳۸۵: ۱۷۹ و ۱۸٤، الماسی، ۱۳٦۸: ۱۳۱) و بدین منظور اصطلاحاتی همچون «نظم عمومی داخلی» و «نظم عمومی نسبی» را برای روابط داخلی و «نظم عمومی بین‌المللی» و «نظم عمومی مطلق» را برای روابط بین‌المللی پیشنهاد کرده‌اند(الماسی، ۱۳٦۸: ۱۳۲)، که البته بدلیل نارسایی آنها و سایر انتقادات وارده، مقبولیتی نیافته‌اند و به همین دلیل برخی پیشنهاد کرده‌اند «در موردی که مفهوم دوم را در نظر داریم نظم عمومی را به‌طور اطلاق ذکر نکنیم و با اضافه کردن قیدی معنی آن را روشن نماییم، مثلاً بگوییم «نظم عمومی در روابط بین‌المللی» و یا از اصطلاح «استثناء نظم عمومی» استفاده کنیم.(همان جا)

نسخه پیش از انتشار آزمایشی

۳. مبحث دوم: دایره شمول، مرجع تشخیص و چگونگی تشخیص نظم عمومی

اصطلاح نظم عمومی به‌طور کلی یا حداقل نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی، مفهومی نسبی، سیّال و شناور دارد و تلاش کسانی که سعی کرده‌اند با ارائه ضوابط و معیارهایی همچون «جامعه مشترک حقوقی» یا «درجه تمدن کشورها» (همان: ۱۳۲-۱۳٤) نوعی ثبات به آن ببخشند به جایی نرسیده است و نه‌تنها مصادیق نظم عمومی در دو کشوری که متعلق به دو جامعه مشترک حقوقی متفاوت یا متعلق به تمدن‌های مختلف می‌باشند، متفاوت است، بلکه حتی در میان کشورهایی که صاحب تمدنی همانند و متعلق به یک جامعه مشترک حقوقی‌اند، نیز اختلاف در مصادیق نظم عمومی دیده می‌شود. بلکه حتی بالاتر، گاه در یک کشور واحد، مصادیق نظم عمومی تغییر می‌یابند، مثلاً طلاقی که ممنوع بوده است، مجاز به شمار می‌آید و یا تعدد زوجاتی که مجاز بوده است، ممنوع می‌شود. البته بدیهی است که هر قدر اشتراک بین دو نظام حقوقی بیشتر باشد، علی‌القاعده و منطقاً، مخالفت قوانین آن دو کشور با نظم عمومی آن دیگری، کاهش خواهد یافت(سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۹۵-۱۹٦).

بنابراین برای نظم عمومی، نباید دایره شمول واحد و قلمروی مشترک را انتظار داشت، بلکه هم به لحاظ جغرافیایی، از یک کشور تا کشور دیگر و هم بلحاظ تاریخی در یک کشور واحد، از یک مقطع زمانی تا مقطع زمانی دیگر، مصادیق نظم عمومی ممکن است متفاوت باشد و نسبیت نظم عمومی، بدین معنی مورد توجه و پذیرش تقریباً همهٔ حقوق‌دلنان است(عامری، ۱۳٦۲: ۱٤٤، ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱۵۱، سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۸۳، ممدوح، ۲۰۰۵م: ۱۹۵).

شاید به همین دلیل ــ و نیز به دلیل دشواری تعریف ــ است که معمولاً قانونگذاران کشورها برای اجرای قانون خارجی، به بیان شرط «عدم مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی» بسنده کرده و به تعریف آن نمی‌پردازند و تعریف غیر رسمی و تشخیص مصادیق آن را بر عهده قاضی می‌نهند[۲] و البته بدیهی است که قاضی در کار خویش باید اعتدال را رعایت کند(عامری، ۱۳٦۲: ۱٤۵) و به افراط و تفریط درنیفتد و هر قانون خارجی صلاحیتدار را به اجرا درنیاورد یا برعکس با کمترین برخورد و مخالفت قانون خارجی صلاحیتدار با قوانین مادی داخلی، به بهانه مخالفت با نظم عمومی از اجرای آن خودداری نورزد، بلکه با شم قضایی معتدلانه به بررسی چگونگی مخالفت قانون خارجی، با قوانین مادی مقر دادگاه بپردازد، اگر آنها را مخالف قوانین آمره بنیادین یافت، از اجرای آن امتناع ورزد وگرنه براساس آن رسیدگی کرده و رأی صادر کند. و البته برای رسیدن به این تمیز و تشخیص، افزون بر توجه به اصول اعتقادات و ارزش‌های دینی و اخلاقی جامعه و

---

۲. ممدوح، همان‌جا. به عنوان مثال ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران اعلام می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علّت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد. اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» یا ماده ۲۹ قانون مدنی اردن مقرر می‌دارد: «اجرای قانون بیگانه‌ای که مواد پیشین آن را معین کرده است در صورتی که مخالف با نظم عمومی و یا اخلاق حسنه در کشور اردن هاشمی باشد، جایز نیست». (هداوی، همان، ص۲۱۸).

مصالح و منافع عمومی و بنیادین آن،(دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۰،)[۳] به زبان نگارش قوانین توجه کند (دانش‌پژوه، شناسه حقوق، ص۱۵۰) و به عنوان مثال اگر قانون داخلی ممنوعیت فعل یا ترک فعلی را که قانون خارجی مجاز می‌داند به صورت ضمنی یا صریح، عادی و معمولی اعلام کرده باشد، آن را مخالف نظم عمومی به شمار نیاورد، اما اگر قانون داخلی ممنوعیت مذکور را با تأکید و تشدید و احیاناً همراه با تنبیه و مجازات، اعلام کرده باشد، آن را مخالف نظم عمومی تلقی کند و از اجرای آن خودداری ورزد.(فدوی، ۱۳۸۵: ۱۸۳ و ۱۹۰).

٤. مبحث سوم: آثار مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی

آثار مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی کشور مقر دادگاه و به عبارت صحیح‌تر و دقیق‌تر، آثار مخالفت نظم عمومی کشور مقر دادگاه با قانون خارجی صلاحیتدار، دست‌کم از دو جهت قابل بحث است: یکی به لحاظ کیفیت و نوع تأثیر و دیگر به لحاظ درجه شدّت تأثیر.

٤-١. بند یک: کیفیت تأثیر

مخالفت نظم عمومی مقر دادگاه با قانون خارجی صلاحیتدار دارای دو نوع اثر و به عبارت دقیق‌تر دارای دو مرتبه از اثر است: اثر منفی تنها و اثر متوالی منفی و مثبت(عامری، ۱۳٦۲: ۱٤٦-۱٤۷).[٤]

٤-١-١. الف) اثر منفی تنها: مقصود از اثر منفی تنها، که اثری حداقلی، همیشگی و همه جایی است این است که قاضی از اجرای قانون خارجی که با نظم عمومی کشورش مخالف است، خودداری ورزد و آن را اجرا نکند و بیش از این، وظیفه دیگری بر عهده ندارد. اثر منفی تنها، معمولاً در مواردی پدید می‌آید که قانون خارجی چیزی(وجود حق، ایجاد حق، آثار حق) را پذیرفته است که نه‌تنها در نظام حقوقی مقر دادگاه پذیرفته نشده است، بلکه مخالف نظم عمومی آن به شمار می‌آید. به عنوان مثال اگر قانون خارجی نکاح با محارم را جایز شمرد و قانون مقر دادگاه آن را ممنوع و مخالف نظم عمومی بداند، مقامات داخلی وظیفه دارند از اجرای آن جلوگیری کنند و اجازه چنین ازدواجی را به اتباع آن دولت ندهند و بیش از این وظیفه‌ای بر عهده ندارند و مثلاً موظف نیستند که بر مبنای قوانین خود، مقدمات اجرای ازدواجی با غیر محارم را فراهم کنند.

٤-١-٢. ب) اثر متوالی منفی و مثبت: گاه قاضی افزون‌بر عدم اجرای قانون خارجی، که اثری همیشگی است، وظیفه دارد که قانون خود را به جای قانون خارجیِ اجرانشده به اجرا درآورد و این معمولاً در مواردی است که قانون خارجی، امری را نپذیرفته در حالی که قانون داخلی نه‌تنها آن را پذیرفته، بلکه آن را از مصادیق

---

۳. برخی از نویسندگان موارد مخالفت با نظم عمومی را این گونه تحلیل و شمارش کرده‌اند: «۱. مخالفت با مبانی عدالت ۲. مخالفت با اخلاق حسنه ۳. مخالفت با کیان دولت و مصالح بنیادین آن ۴. ایجاد ضرر در حسن روابط بین‌المللی و تجاری ۵. مخالفت با حقوق بشر ۶. مخالفت با مصلحت داخلی اهم» ممدوح، القانون الدولی الخاص، ص۳۲۰-۳۲۴.

٤. تعبیر مرحوم عامری، از تعبیر کسانی که آثار نظم عمومی را به دو دسته «آثار منفی» و «آثار مثبت» تقسیم کرده‌اند، دقیق‌تر است، چرا که تعبیر به آثار منفی (سلبی) و آثار مثبت (ایجابی) ممکن است سبب این سوء تفاهم شود، که مخالفت با نظم عمومی یا موجب پیدایش اثر منفی است یا اثر مثبت. در حالی که همان‌طور که توضیح داده شد، اثر منفی، اثر حداقلی و همیشگی است اما اثر مثبت، اثری گهگاهی است که بدنبال اثر منفی در پاره‌ای از موارد ظاهر می‌شود.

نظم عمومی به شمار آورده که به‌هیچ‌وجه به ترک آن و مخالفت با آن راضی نیست. در چنین مواردی، صرف عدم اجرای قانون خارجی نمی‌تواند پایان بخش رسیدگی قضایی و حل و فصل دعوا گردد، از همین‌رو ضروری است به جای قانون خارجی، که صلاحیت قانونگذاری اصالتاً از آن اوست، قانون داخلی بالعرض صلاحیتدار شناخته شده و به اجرا درآید. به عنوان مثال: اگر قانون خارجی لزوم پرداخت نفقه به برخی از اقارب را نپذیرفته باشد ولی قانون مقر دادگاه آن را به عنوان مصداقی از نظم عمومی پذیرفته باشد، بر قاضی لازم خواهد بود که نه‌تنها از اجرای قانون خارجی صلاحیتدار خودداری کند، بلکه به جای آن بر طبق قانون مقر دادگاه عمل کرده و خوانده را به پرداخت نفقه ملزم سازد(ارسطا، ۱۳۸۰: ۲۲٦ و الماسی، ۱۳٦۸: ۱۳۵، نیز ر.ک: سلجوقی، ۱۳۸٦: ۱۹٦ و حفیظه، ۲۰۰۲م: ۲۷۰– ۲۷۳).

٤-۲. بند دو: شدّت تأثیر

در مبحث «تعارض متحرک» (Conflict Mobiles) یا شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه گفته می شود که هر حقی از یک نگاه دو مرحله دارد: یکی مرحله تشکیل حق(تأسیس حق، ایجاد حق یا کسب حق) و دیگر مرحله اثرگذاری حق (شناسایی حق تشکیل شده و آثار آن) و گفته می شود که اصولا حق و آثار آن تا جایی مورد شناسایی قرار می گیرد که مخالف نظم عمومی نباشد. در این میان تأثیر مخالفت نظم عمومی بر عدم اجرای قانون خارجی در مرحله تشکیل حق، شدید و در مرحله اثرگذاری حق، خفیف خواهد بود. بدین معنی که اگر بنا است براساس قانون خارجی در داخل کشور حقی شکل گیرد و یا آثاری از آن به اجرا درآید که مخالف نظم عمومی است، اصولاً اجاره شکل‌گیری چنین حقی داده نمی‌شود تا نوبت به آثار آن برسد. مثلاً در ایران به اتباع دولت‌هایی که نکاح با محارم را قانونی می‌دانند، اجازه نکاح با محارم داده نمی‌شود و به استناد مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی از اجرای این قانون جلوگیری می‌شود.

چنان که به‌طور معکوس در فرانسه، به اتباع ایران یا سایر دولت‌های اسلامی که تعدد زوجات را پذیرفته‌اند اجازه نمی‌دهند که به استناد قوانین دولت‌های متبوعشان ازدواج مجدّد کنند چرا که آن را مخالف نظم عمومی خود می‌دانند. پس در مرحله ایجاد و شکل‌گیری حق، مخالفت نظم عمومی با قانون خارجی به‌شدّت و تقریباً به‌طور مطلق اثرگذار بوده و به‌طور کلی مانع اجرای قانون خارجی می‌شود.

اما اگر افراد مذکور و یا کسانی دیگر در دولت‌های متبوع خود و براساس قوانین ملی خود و به‌درستی و با رعایت تمام شرایط ازدواج کنند و سپس در کشور دیگری درباره نفقه، تمکین و سایر آثار نکاح طرح دعوا کنند، اصولاً حقوق شکل گرفته براساس آن قوانین که قبلاً و در خارج از کشور واقع شده، شناسایی و به رسمیت شناخته خواهد شد، مگر آنکه با قوانین آمره بنیادین مهم، مخالف باشند. اما در مورد آن بخش از آثار حقوق مکتسبه شناسایی شده مذکور، که می‌خواهد در داخل کشور تحقق یابد، بسته به مورد(موافقت یا مخالفت با نظم عمومی)، ممکن است اجازه اجرای قانون خارجی داده شود یا از اجرای آن ممانعت به عمل آید.

توضیح آنکه در دعاوی نفقه، تمکین و سایر آثار نکاح شکل‌گرفته براساس قانون خارجی، فارغ از اینکه قانون صلاحیتدار حاکم بر آنها همان قانون خارجی باشد(شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه به معنای عام)، یا قانون خارجی دیگری صلاحیتدار باشد(تعارض متحرک دقیق و خنثی)، یا قانون داخلی صالح باشد(تعارض متحرک دقیق و مثبت) و فارغ از اینکه قانون خارجی حاکم بر آثار، موافق نظم عمومی یا مخالف آن باشد، رسیدگی مشروط به آن است که نفس شکل‌گیری نکاح، پیشتر مورد شناسایی قرار گرفته و به رسمیت شناخته شود تا سپس نوبت رسیدگی به آثار آن برسد. نکته قابل توجه در اینجا تفکیک دو مرحله شکل‌گیری و اثرگذاری حق است تا درنتیجه، از یک طرف مخالفت احتمالی نظم عمومی با قانون صلاحیتدار خارجی حاکم بر آثار نکاح، مانع شناسایی اصل نکاحی که مخالف نظم عمومی نیست، نگردد. مثلاً مخالفت حق همبستری با خواهر زن یا برادر شوهر با نظم عمومی ــ به عنوان یکی از آثار نکاح ــ مانع شناسایی اصل نکاح زوجین نشود، و از طرف دیگر ممنوع و مخالف نظم عمومی بودن شکل‌گیری نکاح یا برخی آثار آن در کشور مقر دادگاه، اصولاً مانع شناسایی نکاح‌های مذکور یا برخی آثار آن، که پیشتر و در دولت متبوعشان واقع گردیده، نشود. شاید به همین دلیل است که برخی از تأثیر نظم عمومی در مرحله اثرگذاری حق، با عنوان «اثر تخفیف یافته» (ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱۵۹) و برخی با عنوان «اثر کاهش یافته» (شیخ الاسلامی، ۱۳۸٤: ۲۵۹) و برخی با عنوان «تعدیل اثر نظم عمومی» (ارسطا، ۱۳۸۰: ۲۲٦) یاد کرده‌اند.

مثلاً محارمی که در دولت‌های خود ازدواج کرده و درباره آثار نکاح خود به دادگاه ایران مراجعه کرده‌اند، یا اتباع دولت‌های اسلامی که در دولت متبوع خود ازدواج مجدد داشته و سپس درباره آثار آن در دادگاه‌های فرانسه اقامه دعوا کرده‌اند ـــ فارغ از آنکه آثار آن نکاح که در قانون خارجی پیش‌بینی شده است، در حقوق داخلی پذیرفته شده یا نشده باشد ـــ اصل ازدواجشان به رسمیت شناخته می‌شود (شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه)، مگر آنکه حق مکتسبه مذکور آن‌قدر خلاف نظم عمومی باشد که نه‌تنها شکل‌گیری آن، بلکه حتی شناسایی آن نیز امکان‌پذیر نباشد. به عنوان مثال نه‌تنها به دو همجنس آلمانی اجازه ازدواج در ایران داده نمی‌شود، بلکه اگر آنان در کشور خود ازدواج کرده و در دادگاه ایرانی خواستار اجرای آثار آن نکاح شوند، اصولاً اصل این ازدواج به رسمیت شناخته نمی‌شود تا نوبت به آثار آن برسد، هرچند آن آثار خلاف نظم عمومی هم نباشد.

بنابراین مخالفت نظم عمومی با قانون خارجی در مرحله تشکیل حق شدید است و اصولاً و به‌طور کلی اجازه اجرای قانون خارجی را نمی‌دهد اما در مرحله اثرگذاری حق، اثر خفیف داشته و اصولاً مانع شناسایی حق شکل‌گرفته و مکتسب نمی‌شود مگر آنکه حتی این شناسایی نیز مخالف نظم عمومی باشد.

به هر حال، پس از شناسایی اصل حق مکتسبه (نکاح)، نوبت به اجرای قانون خارجی درباره آثار آن نکاح می‌رسد و نمی‌توان به بهانه مخالفت نظم عمومی با شکل‌گیری آن نکاح در کشور مقر دادگاه، از اجرای قانون خارجی درباره آثار آن نکاح خودداری کرد؛ بلکه آثار نکاح باید مستقلاً مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرند، اگر مخالف نظم عمومی‌اند، از اجرای قانون خارجی امتناع شود، مثل دعوای درخواست تمکین از محارم در

نسخه پیش از انتشار اثر مذکور

ایران یا درخواســت تمکین از زوجه دوم در فرانســه. اما اگر همچون در خواســت نفقه، خلاف نظم عمومی نباشــد، قانون خارجی اجرا می شــود. عدم اجرای قانون خارجی مخالف با نظم عمومی، به مواردی مانند مثال‌های مذکور که مراحل شکل‌گیری نکاح در کشور مقر دادگاه ممنوع و مخالف نظم عمومی است، محدود نشده، بلکه حتی موردی را هم که اصل شکل‌گیری نکاح مجاز است، اما آثار آن خلاف نظم عمومی است، نیز شــامل می‌شــود، مثلاً قانون خارجی در دعوای درخواســت تمکین از خواهر زن یا برادر شــوهر، به دلیل مخالفتش با نظم عمومی به اجرا در نمی‌آید، اگرچه اصولاً اصل ازدواج زوجین اصلی هیچ‌گونه مشکلی ندارد.

اما اگر در نکاح‌های مذکور دعوایی در خصوص پرداخت نفقه مطرح شود، اصولاً دادگاه‌های ایران و فرانسه در مثال‌های مذکور، اجرای قانون خارجی را، خلاف نظم عمومی تلقی نکرده و براساس قانون خارجی حکم کرده و خوانده را به پرداخت نفقه الزام یا از پرداخت نفقه معاف می‌کنند.

خلاصــه کلام آنکه اگر اجرای قانون خارجی مخالف با نظم عمومی (نکاح با محارم)، به مرحله تشــکیل حق مربوط شود، مخالفت با نظم عمومی به‌شدّت با آن برخورد کرده و به‌طور کلی جلو اجرای آن را می‌گیرد، اما اگر به مرحله اثرگذاری مربوط شود که قانون مذکور قبلاً به اجرا درآمده است، اصولاً اجرای پیشین آن به رسمیت شناخته می‌شود مگر آنکه حتی شناسایی آن هم، مخالف نظم عمومی باشد(مثل نکاح با همجنس). اما قوانین خارجی مربوط به آثار حق بســته به مورد (موافقت یا مخالفت با نظم عمومی)، ممکن اســت به اجرا درآیند یا از اجرای آنها خودداری شود.

۵. مبحث چهارم: نظم عمومی در فقه و حقوق اسلامی

۵-۱. بند یک: طرح بحث

در ادبیات فقهی اســلام و متون فقهی کهن و رایج، عنوان «نظم عمومی» مشــاهده نمی‌شــود،[۵] و به همین جهت انتظار وجود بحثی مســتوفی و منقح درباره نظم عمومی، به‌ویژه در مفهوم موضــوع بحث، یعنی مفهوم اخص آن، کم یا بیش دور از واقعیت اســت. تنها و خیلی اندک، در برخی کتب حقوقی که اخیراً به وســیله حقوق‌دانان مسلمان نگاشته شده است، به مناسبت و به‌اختصار اشاره‌ای به نظم عمومی از دیدگاه اسلامی شده اســت، که بعضــاً به موضــوع بحث حاضــر، چندان ارتباطی ندارد. از جمله آنکه برخی از نویســندگان، پس از تصــریح به آنکه: «... در حقوق اســلام تحت عناوین نظم عمومی و اصــل آزادی اراده، گفتگویی به عمل نیامده ولی ماحصل مباحث متفرّق و گرانبهایی که حقوق‌دانان اسلامی راجع به مسائل مختلف به میان آورده‌اند ما را به این نکته ارشاد می‌نماید که چنین مسائلی بلاتردید ماهیتاً (نه عنواناً) مورد توجه ایشان بوده است»(احمدی واســتانی، بی تا: ۲۴۱)، به تبیین حق و حکم و تفاوت‌های آنها پرداخته و حق را مظهر اصــل «آزادی اراده» و

---

۵ . البته برخی از محققان، واژه «نظم» در عبارت «نظم عمومی» را به معنای واژه «نظام» مذکور در عبارت قاعده «وجوب حفظ نظام» یا قاعده «حرمت اختلال نظام» گرفته و با توجه به پرسابقه بودن این دو قاعده، نتیجه گرفته است که «اصطلاح نظم عمومی در فقه و حقوق، اصطلاح شناخته شده ای است و متون فقهی و حقوقی بسیاری، دربردارنده این واژه است» و سپس ادامه می دهد: «در بسیاری از متون فقهی، فقها به گونه‌ای از مفهوم نظم عمومی و آثار مخالفت با آن در زندگی مردم نام برده اند و به استناد آن، از اجرای امور مخالف با نظم عمومی ممانعت نموده‌اند» و به دنبال آن نمونه هایی از سخنان آن را مبنی بر ممنوعیت و حرمت اختلال نظام نقل می کنند(الفت، ۱۳۹۴: ۳۴-۳۷). ولی روشن است مراد از نظم عمومی که در متن مخالفت با آن به عنوان یکی از موانع اجرای قانون خارجی شمرده است، چیزی غیر از قاعده وجوب حفظ نظام یا حرمت اختلال نظام است.

زیر بنای قوانین تکمیلی و حکم را مظهر «نظم عمومی» و زیر بنای قوانین آمره دانسته و در جمع‌بندی نهایی به این نتیجه می‌رسد که: «با توجه به همه مراتب مذکوره مسلم است که در حقوق اسلام هرچه که ماهیتاً یا آثاراً حکم باشد، مربوط به نظم عمومی است و تخلف از آن مجاز نخواهد بود». (همان، ص۲٤۹). اما بدیهی است که مراد نویسنده مذکور از نظم عمومی، مفهوم خاص نظم عمومی است که مترادف با قوانین آمره است، در حالی که موضوع بحث حاضر، مفهوم اخص نظم عمومی است که در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شود و صرفاً شامل آن دسته از قواعد آمره می‌شود که می‌توان از آنها با عنوان قواعد آمره «بنیادین» یاد کرد. آن بخش از قواعد آمره، که می‌تواند مانع اجرای آن دسته از قوانین خارجی ذاتاً صالح شود که مخالف آنها است. به‌عبارت دیگر، گرچه در حقوق داخلی می‌توان حکم به معنای مجموعه قواعد آمره را ــ در برابر حق به معنای قواعد تکمیلی ــ مترادف نظم عمومی دانست، اما مترادف نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی به شمار نمی‌آید. شاهد بر این مطلب آن که اگر بنا باشد که حکم، به معنای مطلق قوانین آمره، معیار نظم عمومی باشد، اصولاً نوبت به اجرای هیچ‌گونه قانون غیر اسلامی مخالف احکام اسلامی نمی‌رسد، در حالی که بالبداهه چنین نیست، بلکه در روابط مربوط به احوال شخصیه غیر مسلمانان اصولاً قوانین خود آنها حاکم است و علی‌القاعده محتوای بسیاری از قوانین آنها با احکام اسلامی ــ که قوانین آمره‌اند ــ مخالف است ولی این مخالفت مانع اعتبار و اجرای قوانین غیر اسلامی نسبت به پیروان آن ادیان و مذاهب نمی‌شود. (دانش پژوه، ۱۳۹٤: ۲۹-۵۰).

۵-۲. بند دو: اصطلاحات فقهی مترادف با نظم عمومی:

۵-۲-۱. الف و ب) لاضرر و افساد فی‌الارض: حقوق‌دانانی که به مبحث «تعارض قوانین» پرداخته‌اند، نظم عمومی را به مفهوم اخص و از دریچهٔ حقوق بین‌الملل خصوصی مورد بحث قرار داده‌اند، اما فقط اندکی از آنان به فقه اسلامی اشارتی کرده‌اند. از جمله آنکه برخی این‌گونه اظهار نظر کرده‌اند: «درحقیقت آنچه را که امروز تحت عنوان «نظم عمومی» مورد تمسک قرار می‌دهند، در فقه اسلامی تحت دو عنوان بسیار کلی (۱. لاضرر؛ ۲. فساد فی‌الارض یا افساد در کشور) مورد تمسک واقع می‌شود» (الماسی، ۱۳٦۸: ۱۲۸).

در این عبارت به این حقیقت که مسئله نظم عمومی ــ هرچند بدون این عنوان ــ در فقه اسلامی سابقه داشته و مورد استناد بوده است، تصریح شده و دو عنوان «لاضرر» و «فساد فی‌الارض» را تقریباً مترادف نظم عمومی دانسته شده است.

به نظر می‌رسد، با توجه به مفهوم اخص نظم عمومی در ادبیات حقوقی، نتوان عنوان «لاضرر» را مترادف نظم عمومی دانست، چرا که براساس مفهوم اخص نظم عمومی، صرفاً جلو اجرای آن دسته از قوانین خارجی گرفته می‌شود که مخالف قوانین آمره بنیادین باشد، در حالی که دایره استناد به «لاضرر» اعم از آن است، زیرا به استناد قاعده لاضرر، نه‌تنها جلو اجرای قوانین خارجی مخالف قوانین آمره بنیادین دولت اسلامی گرفته می‌شود، بلکه جلو اجرای آن دسته از قوانین خارجی که مخالف قوانین آمره غیر بنیادین هست نیز گرفته می‌شود.

همین انتقاد نسبت به مترادف سازی «فساد فی‌الارض» با نظم عمومی، تا حدود زیادی وجود دارد، افزون بر آن که اصولاً مفهوم «فساد فی‌الارض» بیشتر یک مفهوم حقوقی در عرصه حقوق عمومی است تا حقوق خصوصی. بنابراین هرچند در حقوق بین‌الملل خصوصی، قوانین خارجی مخالف نظم عمومی به اجرا درنمی‌آید، اما دلیل عدم اجرای آن به خاطر آن نیست که اجرای قانون خارجی مصداقی از «فساد فی‌الارض» به شمار می‌آید، بلکه ممکن است هیچ‌گونه ارتباطی با این عنوان نداشته باشد.

۵-۲-۲. ج و د) علوّ اسلام و نفی سبیل: به نظر می‌رسد، بهتر باشد که عنوان «علو اسلام» مستفاد از روایت نبوی «الاسلام یعلوا ولا یعلی علیه»(حرعاملی،۱٤۱٦ق: ج۲٦: ١٤) و عنوان «نفی سبیل»، مستفاد از آیه شریفه «لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلا»(نساء: ١٤١)، که هر دو به فروانی در روابط مسلمانان و غیرمسلمانان، مورد استناد قرار می‌گیرند، مترادف نظم عمومی به شمار آید. زیرا این دو قاعده، مانعی کلی بر سر راه اجرای هر قانون خارجی (غیر اسلامی) به شمار نمی‌آیند و درنتیجه حتی با وجود این دو قاعده بسیاری از قوانین خارجی (غیر اسلامی)، که مخالف قوانین اسلامی باشند نیز، می‌توانند در سرزمین اسلامی (دارالاسلام) به اجرا درآیند، مثل قوانین مربوط به ارث و وصیت، و به استناد این دو قاعده، صرفاً آن دسته از قوانین خارجی (غیر اسلامی) که با «علو اسلام» منافات داشته و یا سبب سلطه کفار بر مسلمانان ـــ یا سبب سلطه کافری بر مسلمانی ـ شود، اجرایشان ممنوع به شمار می‌آید.

بنابراین لازم است دو عنوان «علو اسلام» و «نفی سبیل»، بیشتر تبیین شود و بهتر مورد بحث و تدقیق قرار گیرد و مصادیق آن ـــ به‌ویژه در عرصه حقوق بین‌الملل خصوصی ـــ معین گردد. اما همان‌طور که در حقوق عرفی تعریفی واحد و مصادیقی همگون، برای نظم عمومی ارائه نشده یا اصولاً قابل ارائه نیست، همین‌طور انتظار ارائه تعریف واحد و مصادیقی همگون، برای دو عنوان «علو اسلام» و «نفی سبیل» در فقه اسلامی، چندان صحیح نیست و این به خاطر سیال و نسبی بودن مفهوم نظم عمومی و نیز مفهوم «علو اسلام» و «نفی سبیل» است و شاید اختلاف موجود در فتاوی برخی از فقها در جواز یا عدم جواز انجام پاره‌ای از کارها، یا جواز و عدم جواز اجرای قانون غیر اسلامی در پاره‌ای از موارد که با مسئله «نفی سبیل» ارتباط پیدا می‌کند، حاکی از همین حقیقت باشد. اما ظاهراً در کلیت این سخن جای تردید نیست که اگر اجرای قانون خارجی سبب سلطه کفار شود، اجرای آن ممنوع است.

با این همه به نظر می‌رسد عناوین «علو اسلام» و «نفی سبیل» در فقه اسلامی، همچون عنوان «اخلاق حسنه» در حقوق عرفی، بیان مصداقی از نظم عمومی است و همه مفهوم آن را نشان نمی‌دهد، پس باید در جستجوی عنوانی بود که بهتر و بیشتر بتواند همه مصادیق نظم عمومی را شامل شود و مواردی را که مشمول عنوان «علو اسلام» و «نفی سبیل» نیست، اما در عین حال مصداق نظم عمومی به شمار می‌آید، دربر گیرد.

۵-۲-۳. ه) مالا یرضی به الشارع: شاید عنوان «ما لا یرضی به الشارع» و مانند[٦] آن که بعضاً مورد استناد فقها قرار می‌گیرد، به عنوان یک قاعده اصطیادی که عبارت آن در متون روایی وجود ندارد، بهترین عنوانی

٦. «ما لایرضی به الشارع» (لاری،۱۴۱۸: ج۱، ۴۸۴)، «ما لا یرضی به المولی»، (شهیدی، بی تا: ج۲، ۲۲۷)، «ما لا یرضی بترکه»، (اشتهاردی، ۱۴۱۶ق: ج۲، ۷۳ و فاضل، ۱۴۳۰: ج۲، ۸۸)، «ما لا یرضی بفعله»، (بجنوردی، ۱۳۷۱: ج۷، ۳۵۴)، «ما لا

باشـد که قابل انطباق با مفهوم نظم عمومی به نظر می‌رسـد، اما همان‌طور که مفاهیم عام، خاص و اخص نظم عمومی متفاوت بوده عنوان «ما لا یرضی به الشارع» نیز چنین است.

توضیح آنکه مقصود از «ما لا یرضی به الشارع»، دستوراتی است که خداوند متعال به‌هیچ‌وجه، مخالفت با آن را نمی‌پذیرد و اجازه اجرای قانون خلاف آن را نمی‌دهد. اما همه بحث در دایره شمول این عنوان است که به صور ذیل قابل تبیین است.

۱. پاره‌ای دستورات خداوند و احکام الهی ــ هرچند آمره ــ مخصوص مسلمانان است و غیر مسلمانان را دربر نمی‌گیرد. بنابراین خداوند مخالفت با این دستورات را ــ چه ترک عملی واجب باشد و چه انجام عملی ممنوع ـ برای مسلمانان نمی‌پذیرد. مثل شرب خمر، معامله ربوی و نکاح با خواهرزن.

۲. اما پاره‌ای دیگر از دستوارت به گونه‌ای است که نه‌تنها مسمانان حق مخالفت با آنها را ندارند بلکه غیر مسـلمانانی که در جامعه اسـلامی زندگی می‌کنند نیز حق انجام آن را ندارند. هرچند اصـولاً انجام آن کار براسـاس دین و آیینشـان مجاز باشـد. نکاح با محارم مثال خوبی برای این دسـته از دسـتورات اسـت. نه‌تنها مسـلمانان و غیر مسـلمانانی که نکاح با محارم را جایز نمی‌شـمرند، حق ازدواج با محارم را ندارند، بلکه غیر مسـلمانانی که آن را جایز می‌دانند نیز در جامعه اسـلامی حق چنین ازدواجی ندارند. به عبارت دیگر خداوند متعال راضی به انجام نکاح با محارم نیست چه طرفین مسلمان باشند و چه غیر مسلمان. این مفهوم از «ما لا یرضی به الشارع» است که با مفهوم نظم عمومی در حقوق بین‌الملل خصوصی نزدیک و بلکه منطبق بر آن است و به عنوان یک اسـتثناء در برابر اجرای قانون خارجی (غیر اسـلامی) ظاهر می‌شـود، یعنی با اینکه غیر مسـلمانانی که براسـاس قوانین خودشـان حق ازدواج با خواهرزن را دارند، از انجام چنین نکاحی ممنوع نمی‌شوند، ـ چرا که مفروض این است که خداوند با انجام این نکاح از طرف غیر مسلمانان مشکل ندارد ـ اما از نکاح با محارم خویش بازداشته می‌شوند، زیرا مفروض آن است که نکاح با محارم آن‌قدر زشت و خلاف فطرت اصیل انسانی است که نه‌تنها مسلمانان جامعه اسلامی، بلکه حتی غیر مسلمانانی که آیین آنها، نکاح با محارم را اجازه داده اسـت نیز، حتی با اسـتناد به قوانین شـرعی خود، حق و اجازه چنین ازدواجی را ندارند. البته اگر غیر مسـلمانان قبلاً و در خارج از دارالاسـلام و با مراعات کامل قوانین خود چنین ازدواجی را انجام دهند و سـپس در دولت اسـلامی دربارهٔ آثار آن نکاح دعوایی اقامه کنند، اصـولاً براسـاس اصـل «شـناسـایی بین‌المللی حقوق مکتسـبه»، این ازدواج به رسـمیت شـناخته می‌شـود به گونه‌ای که حتی اگر قانون خارجی حاکم بر آثار نکاح، خلاف نظم عمومی باشـد و به همین دلیل نتواند مورد اسـتناد قاضـی قرار گیرد، باز هم شـناسـایی اصـل نکاح به قوت خود باقی اسـت(شـناسـایی بین‌المللی حقوق مکتسـبه به معنای عام) و مخالفت نظم عمومی با قانون خارجی حاکم بر آثار نکاح، نمی‌تواند مانع شناسایی اصل نکاح شود. و بالاتر از این آنکه

یرضی به الشرع»، (مومن قمی، ۱۳۸۰: ج۱، ۴۱۵)، «ما لا یرضی الشرع المقدس به»، (همان،:۴۱۹)، «ما لا یرضی الشارع عنه لصاحبه»، (خویی، ۱۴۱۶: ج۳، ۳۰۶)، «ما لا یرضی به الله سبحانه»، (همو، ۱۴۳۰ق: ج۶، ۳۴)، «ما لا یرضی الشارع بوقوعه»، (همان: ۱۷۶). عبارت‌های فوق، گرچه ممکن است، نظم عمومی به مفهوم اخص را نیز شامل شود، اما بیشتر ناظر بر مفهوم عام و خاص نظم عمومی است. اما در عبارت زیر، بیشتر با مفهوم اخص نظم عمومی قابل انطباق است: «ما لا یرضی به الشارع علی ای حال»، (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۸: ج۲، ۱۱۵)، و بویژه این عبارت همراه با توضیح: «... لأن المفاسد علی قسمین، فمنها ما لا یرضی وقوعه فی الخارج بأی نحو کان ... و منها ما لا یرضی وقوعه بالنسبه الی فاعل خاص ...» (آملی، ۱۴۰۶ق: ج۱، ۲۳۵).

محارم غیر مسلمانی که با یکدیگر ازدواج کرده‌اند، با اینکه اگر مسلمان شوند، بلافاصله نکاحشان منفسخ می‌گردد اما باز هم اصل نکاحشان شناسایی می‌شود و به عنوان مثال، فرزندانشان مشروع به شمار آمده و رابطه ابوت و بنوت بین آنها برقرار است، اگرچه خود زوجین بلافاصله پس از مسلمان شدن از یکدیگر جدا می‌شوند(تعارض متحرک یا شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه به معنای خاص).[۷] بنابراین اثر منفی «ما لا یرضی به الشارع» در مرحله شکل‌گیری حق و اجرای قانون خارجی در داخل، اثر شدید است، اما در مرحله اثرگذاری حق و نسبت به قانون خارجی قبلاً اجراشده، اثر خفیف است، همان‌گونه که در نظم عمومی در حقوق عرفی چنین است.

۳. البته پاره‌ای از دستورات شارع در مورد «ما لا یرضی به الشارع»های مشترک بین مسلمانان و غیر مسلمانان، به افعالی مربوط می‌شود که آن‌قدر زشت و مبغوض خداوند است که نه‌تنها اجرای آنها توسط مسلمانان و غیر مسلمانان را اجازه نمی‌دهد، بلکه بالاتر، اجرای قبلاً شکل‌گرفته آن نیز به رسمیت شناخته نمی‌شود. بنابراین، اگر قانون خارجی فرضاً نکاح با همجنس را مجاز بدلند، نه‌تنها هیچ مسلمان و غیر مسلمانی حق چنین ازدواجی را در دارالاسلام ندارد(مثل نکاح با محارم)، بلکه اگر در دارالکفر هم چنین ازدواجی کند و سپس به دارالاسلام وارد شود و دربارهٔ آثار این نکاح به دادگاه اسلامی مراجعه کند، اصولاً اصل این ازدواج به رسمیت شناخته نمی‌شود تا نوبت به آثار آن برسد. برخلاف نکاح با محارم که حداقل نسبت به گذشته‌اش شناسایی می‌شود.

مترادف دانستن مفهوم نظم عمومی در حقوق عرفی با «ما لا یرضی به الشارع» مشترک بین مسلمان و غیر مسلمان در فقه اسلامی، گرچه با سخن برخی از حقوق‌دانان مسلمان که معیار نظم عمومی در فقه و حقوق اسلامی را عبارت از «موقعیت مساوی و اشتراک مسلمان و غیر مسلمان» نسبت به دستورات شریعت اسلامی دانسته‌اند (مصطفی جمال، ۲۰۰۲م: ۱۵۱). تا حدودی نزدیک است، اما با آن متفاوت است. زیرا: اولاً ممکن است دستوری که مسلمان و غیر مسلمان نسبت به آن مشترک باشند، از نوع قوانین تکمیلی ـــ و نه قوانین آمره ـ باشد، مثل قوانین مربوط به برخورداری متعاملین از حق خیار عیب و مانند آن.

ثانیاً، عدم اجرای قانون غیر اسلامی، در پاره‌ای از این موارد، نه به دلیل مخالفت با نظم عمومی است بلکه به دلیل تعارضشان با قوانین مادی اسلامی است و بدیهی است که در تعارض قوانین مادی داخلی و خارجی، اصل اولیه بر ترجیح قانون داخلی است و این ترجیح، لزوماً ربطی به موافقت یا مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی ندارد. چنان که اولین مثالی را که نویسنده برای تبیین مقصود خود آورده است نشان‌دهندهٔ همین حقیقت است. مثال مذکور این است که از قوانین شریعت مسیحیت یکی این است که نکاح زوجین مسیحی با مسلمان شدن زوج منحل می‌شود، اما در عین حال در کشورهای اسلامی، از اجرای این قانون مسیحی

۷. «العقد الواقع بین الکفار لو وقع صحیحاً عندهم و علی طبق مذهبهم، یترتب علیه آثار الصحیح عندنا، سواءٌ کان الزوجان کتابیین أوَ وَ ثنیین أوْ مختلفین، حتی أنّه لو اسلما معاً دفعة، أقّرا علی نکاحهما الأول و لن یحتج الی عقد جدید، و کذا لو اسلم احدهما ایضاً فی بعض الصور الآتیة. نعم لو کان نکاحهم مشتملاً علی ما یقتضی الفساد ابتداءً، کنکاح احدی المحرّمات عیناً أو جمعاً، جری علیه بعد الإسلام، حکم الاسلام» (خمینی،۱۳۷۹: ج۲: ۳۷۲)

ممانعت می‌شود، زیرا این قانون، با شریعت اسلامی که حق ادامه نکاح را برای زوج مسلمان به رسمیت می‌شناسد منافات دارد.

بدیهی است عدم اجرای قانون مسیحی در این مورد، لزوماً به دلیل مخالفت آن با نظم عمومی نیست بلکه به دلیل مخالفت با قانونی اسلامی است که آن قانون حق ادامه نکاح را برای مسلمان به رسمیت می‌شناسد و منطقی است که در این تعارض، اولویت و ترجیح از آن قانون اسلامی باشد(شرط عدم وجود یا ایجاد حقی مخالف براساس قوانین داخلی، همزمان با شکل‌گیری حق براساس قانون خارجی برای شناسایی بین‌المللی حقوق مکتسبه)، (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۱۱).

نکته قابل توجه اینکه، همان‌گونه که در حقوق عرفی، نظم عمومی تعریف نشده و تبیین مفهوم و تعیین مصادیق آن به قاضی واگذار شده است، در فقه نیز تعریف مشخصی از «ما لا یرضی الشارع به» وجود ندارد، و هر فقیهی با احاطه فقهی و شمّ فقاهتی خویش مصادیق آن را چه در مفهوم عام و چه مفهوم خاص و چه مفهوم اخص ــ که موضوع بحث ما است ــ تعیین می‌کند. و به همین دلیل اجرای قانون خارجی را ــ هرچند بدون تصریح ــــ مجاز نمی‌شمرد، گرچه اصولاً آن را مجاز می‌داند. و به همین جهت ممکن است دیدگاه فقیهان در مورد اجرای قانون غیر اسلامی در پاره‌ای موارد متفاوت و فتاوی آنان مختلف باشد.

به هر حال به نظر می‌رسد پاره‌ای از محدودیت‌ها، محرومیت‌ها و یا ممنوعیت‌ها که در فتاوی برخی از فقیهان که در قالب قوانین «مادی ـ بین‌المللی» تجلی یافته، در مخالفت قانون غیر اسلامی با «ما لا یرضی به الشارع» و مصادیق مختلف آن، مثل لزوم حفظ «علو اسلام و مسلمین» و «نفی سبیل کافرین» ریشه دارد، که عملاً قاضی مسلمان را از استناد به قاعده استثنائی «نظم عمومی» بی‌نیاز ساخته است، اما به هر حال، این منطق سبب می‌شود در جایی که در متن قوانین مادی، نظم عمومی مورد ملاحظه قرار نگرفته باشد، قاضی در اجرای قانون خارجی و غیر اسلامی آن را مورد ملاحظه قرار دهد. اشاره به نمونه‌هایی از فتاوی «مادی ـ بین‌المللی» که نوعی محدودیت، محرومیت و یا ممنوعیت را برای غیر مسلمانان ایجاد می‌کند، می‌تواند تا اندازه‌ای روشن‌کننده فضای عمومی فقه اسلامی دربارهٔ نظم عمومی باشد، با تذکار مجدد این نکته که به دلیل تفاوت دیدگاه فقها دربارهٔ نظم عمومی ـ همچون تفاوت دیدگاه‌های قضایی در حقوق عرفی ـ این فتاوی لزوماً مورد قبول همه فقیهان نیست:

۱. احیاء زمین موات، یکی از اسباب تملک است، اما برخی از فقیهان، احیاء غیر مسلمانان را ــ حداقل در مورد اراضی در موات دارالاسلام، سبب مالکیت آنان نمی‌دانند؛[۸]

۲. در مورد شفعه، اگر خریدار مسلمان و شفیع غیر مسلمان باشد، بیشتر فقیهان حق شفعه را برای غیر مسلمان نمی‌پذیرند؛ (دانش پژوه، ۱۳۸۱: ۳۶۲-۳۶۵).

۳. اگر مستأجر غیر مسلمان و موجر یا اجیر مسلمان باشد، اجاره معبد یا اجاره خدمت ـ به‌ویژه اگر همراه با اذلال مسلمان باشد ـ ممنوع و باطل است؛ (همان، ص۳۶۶-۳۶۹).

---

۸. برای دیدن فتوای مذکور در متن و نیز فتاوی مخالف، در همه موارد: ر.ک: دانش‌پژوه، مصطفی، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، ص۳۵۹-۳۶۱.

٤. در موضـوع وکالت، وکالت غیر مسـلمان برای اجرای عقد مسـلمانان، یا در وکالت در دعاوی، وکالت غیر مسـلمان علیه مسـلمان و حتی وکالت مسـلمان علیه مسـلمان و به نفع غیر مسـلمان، بنا بر برخی فتاوی ممنوع و باطل است؛ (همان، ص٣٦٩-٣٧٣).

٥. در خصوص نکاح، غیر مسمانان حق نکاح با محارم خویش را ندارند، حتی اگر قوانین خودشان آن را مجاز بداند (همان، ص٣٧٩-٣٨٤) همچنان‌که مرد غیر مسـلمان نمی‌تواند با زن مسـلمان ازدواج کند؛ (همان، ص٣٨٧-٣٩٢).

٦. در دعاوی مربوط به مهریه، اگر موضـوع مَهر خلاف نظم عمومی باشـد، مهرالمثل جایگزین آن خواهد شد؛ (همان، ص٣٩٧-٤٠٣).

٧. اگر طفل مسـلمان باشـد و پدر و مادرش یا یکی از آنان غیر مسـلمان باشـند، طرف غیر مسـلمان حق حضانت ندارد؛ (همان، ص٤١٥-٤١٦).

٨. پدر غیر مسـلمان ولایتی بر نکاح دختر مسـلمانش ندارد، همچنان که بر اموال فرزند مسـلمانش نیز ولایتی ندارد؛ (همان، ص٤١٦-٤١٨).

٩. در صـورتی که زوجین غیر مسـلمان، همزمان مسـلمان شـوند، در موارد ذیل نکاح به‌طور کلی یا نسـبی منحل خواهد شد: الف) نکاح با محارم؛ ب) نکاح با خواهر زن؛ ج) نکاح با بیش از چهار همسر دائم. (همان، ص٤١٨-٤١٨). همچنین در صـورتی که فقط زوجه مسـلمان شـود و زوج از پذیرش اسـلام امتناع ورزد نیز نکاح منحل خواهد شد؛(همان، ص٤٢٤-٤٢٧).

١٠. در وصایت عهدی، غیر مسلمان نمی‌تواند نسبت به مولّی‌علیه مسلمان به عنوان وصی قرار گیرد، هم چنان که اگر «موصـی به» به از نظر شـریعت اسـلامی ممنوع باشـد، وصـایت باطل اسـت هرچند طرفین هر دو غیر مسلمان باشند؛ (همان، ص٤٣٢-٤٣٥).

١١. تقریباً به اجماع همه فقیهان، وارث غیر مسلمان از مورّث مسلمان ارث نمی‌برد؛ (همان، ص٤٤٢).

١٢. اجمالاً وقف غیر مسـلمانان نه‌تنها برای اماکن فسـاد، بلکه برای معابد خویش نیز ممنوع و باطل اسـت. (همان، ص٤٤٩-٤٥٣).

٦. مبحث پنجم: نظم عمومی در حقوق ایران

در حقوق ایران، ماده ٩٧٥ قانون مدنی به‌صـراحت از نظم عمومی سـخن گفته و محکمه را از اجرای قرار دادهای خصوصی و قانون خارجی اصولاً صلاحیتدار مخالف نظم عمومی باز داشته و مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصـوصـی را که برخلاف اخلاق حسـنه بوده و یا به واسـطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصـولاً مجاز باشـد». در این عبارت قانونگذار، برای نظم عمومی مفهومی وسیع و عام در نظر گرفته و از اخلاق حسنه و احساسات مذهبی به عنوان مصادیقی از نظم عمومی سخن گفته است.

نسخه پیش از انتشار ارائه شده است

تأثیر نظم عمومی به اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین خارجی محدود نشده، بلکه اعتبار اسناد خارجی و اجرای محتوای آنها را نیز شامل می‌شود. از این‌رو قانوگذار در ضمن بیان شرایط اعتبار اسناد خارجی و امکان اجرای مفاد آنها، در ماده ۱۲۹۵ مقرر می‌دارد: «محاکم ایران به اسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشور که در آنجا تنظیم شده دارا می‌باشد، مشروط به آنکه... ثانیاً: مفاد آنها مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد...» و در ماده ۱۷۷ قانون اجرای احکام مدنی نیز بر همین نکته تأکید می‌ورزد.

شارحان قانون مدنی هم در مقام شرح این ماده، مواردی همچون نکاح با محارم (الماسی، ۱۳٦۸: ۱۲٦؛ ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱٦۰؛ نصیری، ۱۳۷۲: ۱۸۷)ا اثبات نسب نامشروع (الماسی، ۱۳٦۸: ۱۳٦؛ ارفع‌نیا، ۱۳۷٦: ۱٦۳) را به عنوان مصادیقی از مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی جامعه ایرانی مثال می‌آورند.

به نظر می‌رسد داشتن نگاهی فقهی به مفهوم نظم عمومی و توجه به معیار «ما لایرضی الشارع به» در تفسیر این ماده و تعیین مصادیق آن می‌تواند مؤثر واقع شود.

به عنوان مثال قاضی ایرانی به استناد ماده ۷ قانون مدنی، می‌تواند ـــ و یا باید ـــ درباره احوال شخصیهٔ بیگانگان قانون ملی آنان را به اجرا درآورد. حال اگر بیگانگانی که به دادگاه ایرانی مراجعه کرده‌اند مسیحی باشند و قانون ملی آنان هم، درست برخلاف تعالیم آیین مسیحی باشد، علی‌القاعده قاضی ایرانی نباید براساس این قانون خارجی حکم کند، زیرا قاضی ایرانی که علی‌القاعده قاضی مسلمان است باید به استناد رهنمود قرآنی: «**فَاحْكم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللهُ**» (مائده: ٤٨)، تنها بر مبنای «ما انزل الله» حکم کند، یعنی وظیفه دارد که در درجه اول قوانین اسلامی ـــ که مصداق قطعی ما انزل الله است و در قوانین ایران نیز منعکس شده است ـــ را به اجرا درآورد؛ و در درجه دوم دربارهٔ مسیحیان به صورت استثنائی می‌تواند قوانین مسیحی (خارجی) را مستند حکم قرار دهد. اما اگر قوانین خارجی مخالف تعالیم مسیح باشد چنین حقی نخواهد داشت. زیرا از دیدگاه اسلامی، وقتی خود مسیحیان موظف باشند که یا قانون اسلام را اجرا کنند یا قوانین مسیحی[۹] را و حق اجرای قوانین غیر مسیحی را نداشته باشند، به طریق اولی قاضی مسلمان نمی‌تواند قانون ملی مسیحی بیگانه را، که با تعالیم مسیحی مخالف است، اجرا کند. زیرا مسلماً خداوند به اجرای این قوانین راضی نیست، چرا که خداوند کسانی را که به «غیر ما انزل الله» حکم کنند، ـــ و با این پیش‌فرض که تعالیم حضرت مسیح، حداقل از نگاه خودشان، «ما انزل الله» به شمار آید، ـــ کافر،[۱۰] ظالم[۱۱] و فاسق[۱۲] معرفی کرده است و در جای‌جای قرآن کریم از کفر و فسق و ظلم، نهی فرموده است. بنابراین حداکثر آن است قاضی مسلمان بتواند به استناد قاعده الزام بر طبق آیین مسیح حکم کند، اما دلیلی برای اجرای احکام مخالف با تعالیم حضرت مسیح نسبت به مسیحیان در دست ندارد و بدین‌گونه مفهوم «ما لا یرضی الشارع به» جلو اجرای قانون خارجی را که علی‌القاعده نسبت به مسیحیان بیگانه، صلاحیتدار است، می‌گیرد، بلکه شاید بتوان

۹. «**وَلْيَحْكمْ أَهْلُ الإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللهُ فِيهِ**» (مائده، ۴۷).
۱۰. «**وَمَن لَّمْ يحْكم بِمَا أَنزَلَ اللهُ فَأُوْلَـئِک هُمُ الْكافِرُونَ**» (مائده، ۴۴).
۱۱. «**وَمَن لَّمْ يحْكم بِمَا أَنزَلَ اللهُ فَأُوْلَـئِک هُمُ الظَّالِمُونَ**» (مائده، ۴۵).
۱۲. «**وَمَن لَّمْ يحْكم بِمَا أَنزَلَ اللهُ فَأُوْلَـئِک هُمُ الْفَاسِقُونَ**» (مائده، ۴۷).

گفت اصولاً از این قانون خارجی سلب صلاحیت می‌کند. آنچه گفته شد نسبت به پیروان سایر ادیان الهی و توحیدی نیز، مصداق دارد. اما پیروان سایر ادیان یا کسانی که اصولاً متدین به هیچ دینی نیستند از شمول این آیات خارج‌اند و اجرای قوانین آنها مشروط به عدم مخالفت با نظم عمومی، با اشکالی مواجه نیست.

۷. نتیجه نهایی:

در حقوق عرفی و در فضای حقوق بین الملل خصوصی، گاه اصل بر اجرای قانون صلاحیتدار خارجی است، اما اجرای قانون خارجی، مشروط به عدم مخالفت قانون خارجی با نظم عمومی مقر دادگاه است. همین سان در فقه و حقوق اسلامی نیز، در پاره ای موارد، اصل بر اجرای قانون خارجی(غیر اسلامی) است. در این گونه موارد قانون خارجی در صورتی اجرا می شود که از مصادیق «ما لا یرضی الشارع به» نباشد. این حقیقت گویای آن است که عنوان «ما لا یرضی الشارع به» در فقه و حقوق اسلامی همان نقشی را ایفا می کند که عنوان «مخالفت با نظم عمومی» در حقوق عرفی ایفا می کند و در نتیجه می توان این عنوان را معادل نظم عمومی در حقوق عرفی به شمار آورد و از تاکید فقه اسلامی بر عدم مخالفت قانون غیر اسلامی با نظم عمومی جامعه اسلامی، به عنوان شرط اجرای قانون خارجی(غیر اسلامی) سخن گفت.

نسخه پیش از انتشار ناوودراسته

منابع

- **قرآن کریم**

۱. آملی، میرزا هاشم، *المعالم المأثور*، ج۱، قم: محمد علی الاسماعیل پور قمشه ای قمی، ١٤٠٦ق.

۲. احمدی واستانی، عبدالغنی، *نظم عمومی در حقوق خصوصی*، [بی‌جا: بی‌نا، بی‌تا].

۳. اشتهاردی، علی پناه، تقریرات بحث آیت الله بروجردی، ج۲، حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، ١٣٧٤ش.

۴. ارسطا، محمد جواد، «موانع اجرای قانون بیگانه»، بصیرت، شماره ۲۵ و ۲۶، ص۲۰۹-۲۲۹)، دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق، ۱۳۸۰ش.

۵. ارفع نیا، بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، ج۲، تهران: بهتاب، ١٣٧٦ش.

۶. اصغریان، مجتبی، درس هایی از حقوق بین الملل خصوصی پیشرفته، چاپ سوم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۷ش.

۷. الفت، نعمت الله، «نظم عمومی و الزام به انعقاد قرار دادها»، در مجموعه قراردادها، به کوشش حسینعلی بای. ١٣٩٤ش.

۸. الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ١٣٦٨ش.

۹. بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، ج۷، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان،۱۳۷۱ش (١٤١٣ق).

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ١٣٦٧ش.

۱۱. حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، ج٢٦، قم: مؤسسهٔ آل‌البیت، ١٤١٦ق.

۱۲. حفیظه السید الحداد، القانون الدولی الخاص، الکتاب الاول؛ تنازع القوانین، بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه، ۲۰۰۲م.

۱۳. خمینی، روح‌الله، *تحریر الوسیله*،ج۱-۲، تهران: مؤسسه التنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ۱۳۷۹ش.

۱۴. مؤمن قمی، محمد، *مبانی تحریر الوسیله*، ج۱، تهران: مؤسسه التنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ۱۳۸۰ش/١٤٢٢ق.

۱۵. خویی، *موسوعهٔ الامام الخویی*، ج٦، قم: موسسه احیاء آثار ارلامام الخویی، ١٤٣٠ق.

۱۶. خویی،سید ابو القاسم، *صراة النجاة فی اجوبه الاستفتائات، قم: دفتر نشر برگزیده*، ١٤١٦ق.

۱۷. دانش‌پژوه، مصطفی، *اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی*، قم و تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و وزارت امور خارجه، ۱۳۸۱ش.

۱۸. دانش‌پژوه، مصطفی، *شناسه حقوق*، قم و تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات جنگل، ۱۳۹۱ش.

۱۹. دانش پژوه، مصطفی، «اجرای قاعده "الزام" در دعاوی بین المللی، به مثابه قاعده حل تعارض»، حقوق تطبیقی، شماره ۱۰۳، ص۲۹-۵۰، بهار و تابستان ۱۳۹٤.

نسخه پیش از انتشار ارائه شده

۲۰.سازمان کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه، سازمان کنفرانس حقوق بین الملل خصوصی لاهه، اصول انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین الملل، ترجمه: فرهاد پیری با همکاری مرکز داوری اتاق بازرگانی تهران، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۹۷ش.
۲۱.سلجوقی، محمود، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، ج۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸٦ش.
۲۲.سیفی، علی اکبر، مبانی الفقه الفعال فی القواعد الفقهیه الاساسیه،ج۲، قم: موسسه النش الاسلامی، ۱٤۲۸ق.
۲۳.شیخ الاسلامی،سید محسن، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: گنج دانش،۱۳۸٤ش.
۲۴.عامری، جواد، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: موسسه انتشارات آگاه،۱۳٦۲ش.
۲۵.شهیدی تبریزی، میر فتاح، *هدایه الطالب الی اسرار المکاسب*، ج۲، قم: دارالکتاب، [بی تا].
۲۶.فاضل موحدی لنکرانی، محمد، نهایه التقریر، ج۲، بی‌جا، بی‌نا، ۱٤۰۳ق.
۲۷.فدوی، سلیمان، تعارض قوانین در حقوق ایران با تاکید بر احوال شخصیه،تهران: طرح اندیشه نوین، ۱۳۸۵ش.
۲۸.نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: موسسه انتشارات آگاه، ۱۳۷۲ش.
۲۹.اللاری، عبد الحسین، *التعلیقه علی المکاسب*، ج۱، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱٤۱۸ق.
۳۰.مصطفی جمال، *الاحوال الشخصیه لغیر المسلمین*، بیروت: منشورات االحلبی الحقوقیه، ۲۰۰۲م.
۳۱.ممدوح، عبدالکریم، *القانون الدولی الخاص، تنازع القوانین*، عمان: دارالثقافة للنشر والتوزیع، ۲۰۰۵م.
۳۲.ممدوح عبدالکریم حافظ، القانون الدولی الخاص، بغداد: دارالحریه للطباعه، ۱۹۷۳م.
۳۳.هداوی، حسن، تنازع القوانین و احکامه فی القانون للدولی الخاص الکویتی، کویت: مصبوعات جامعه الکویت، ۱۹۷٤م.

نسخه پیش از انتشار داوری شده