فهرست مطالب

مقدمه ۱۱

فصل اول: ماهیت و مفاهیم، منابع و قلمرو نظم عمومی ۲۳

مبحث نخست: ماهیت نظم عمومی ۲۴

گفتار نخست: واکاوی تاریخی نظم عمومی ۳۵

بند نخست- نظم عمومی در جوامع بَدَوی ۳۶

بند دوم- نظم عمومی در دوره دادگستری خصوصی و آغاز دادگستری عمومی ۳۹

بند سوم- نظم عمومی در تمدن‌های باستانی تا دوره رنسانس ۴۳

بند چهارم- نظم عمومی پس از انقلاب فرانسه و در اندیشه کلاسیک ۵۳

گفتار دوم: سابقه فقهی نظم عمومی ۵۹

بند نخست- مفهوم نظم عمومی در فقه ۶۰

بند دوم- حدود مداخله فقه در قلمرو نظم عمومی ۶۲

گفتار سوم: واژه شناسی اصطلاح «نظم عمومی» ۶۵

بند نخست: تعریف مفاهیم ۶۷

بند دوم: نظم عمومی در لغت ۶۹

الف- «نظم» در لغت ۶۹

ب-«عمومی» در لغت ۷۳

بند سوم- انواع نظم ۷۵

الف- نظم اجتماعی ۷۶

ب- نظم درون زا ۸۱

پ- نظم برون زا ۸۵

بند چهارم- چالش در تعریف اصطلاح نظم عمومی ۸۷
بند پنجم- دلایل موافقان و مخالفان تعریف نظم عمومی ۹۲
الف- دلایل مخالفین تعریف نظم عمومی ۹۲
ب- دلایل موافقین تعریف نظم عمومی ۹۶
۱- نظریه شخصی یا تشریعی بودن نظم عمومی ۹۷
۳- نظریه مختلط بودن نظم عمومی ۱۰۲
بند ششم: تعریف نظم عمومی ۱۰۳
۱- تعریف نظم عمومی در حقوق برخی از کشورها ۱۰۴
۲- تعریف نظم عمومی در حقوق ایران ۱۰۸
۳- اشکال در تبیین و ارائه تعریف جامع و مانع از نظم عمومی ۱۱۱
۴- تعریف نظم عمومی از دیدگاه نگارنده ۱۱۵
بند هفتم- تعریف نظم عمومی در اندیشه پسامدرن ۱۱۷
مبحث دوم: منابع نظم عمومی ۱۲۲
گفتار نخست: منابع مدون و رسمی نظم عمومی ۱۲۸
بند اول- قانون ۱۲۹
۱- نظم عمومی از مفاهیم حقوق خصوصی ۱۲۹
۲- قوانین محلی یا درون مرزی ۱۳۰
۳- قوانین راجع به نظم عمومی ۱۳۰
۴- نظریه تفکیک قوانین ۱۳۰
۱-۴- قوانین راجع به نفع عمومی ۱۳۱
۲-۴- قوانین آمره ۱۳۱
۳-۴- اختصاص مفهوم نظم عمومی به حقوق بین الملل خصوصی ۱۳۱
بند دوم- قراردادها و اساسنامه‌های بین المللی ۱۳۲
گفتار دوم: منابع غیر مدوّن و غیر رسمی نظم عمومی ۱۳۳
مبحث سوم: قلمرو و محدوده نظم عمومی ۱۳۶
گفتار نخست- قلمرو نظم عمومی بر مبنای نظریه تمایز حقوق عمومی و حقوق خصوصی... ۱۳۶
گفتار دوم- قلمرو نظم عمومی در حریم خصوصی ۱۴۳
مبحث چهارم: مفاهیم مشترک با نظم عمومی ۱۴۷

گفتار نخست: ارتباط و وجوه افتراق نظم عمومی با سایر مفاهیم ۱۴۷
بند نخست: ارتباط نظم عمومی با مفاهیم نزدیک به آن ۱۴۷
الف: ارتباط نظم عمومی با منفعت یا نفع عمومی ۱۴۸
ب: ارتباط نظم عمومی با مصالح عمومی ۱۵۳
پ: ارتباط نظم عمومی با آسایش عمومی ۱۵۹
ت: ارتباط نظم عمومی با عفت عمومی ۱۶۰
گفتار دوم: وجه افتراق نظم عمومی با سایر مفاهیم ۱۶۲
بند نخست: تفاوت نظم عمومی با نظم اجتماعی ۱۶۲
بند دوم: تفاوت نظم عمومی با نظم حقوقی ۱۶۵
بند سوم: تفاوت نظم عمومی با امنیت عمومی ۱۶۶
خلاصه مباحث فصل نخست کتاب ۱۶۹

فصل دوم: مبانی نظم عمومی در حقوق کیفری ایران ۱۷۳
مبحث نخست: مبانی فقهی نظم عمومی ۱۷۶
گفتار نخست : ادله عقلی استنادی فقها در مساله لزوم حفظ نظم عمومی ۱۷۶
بند نخست: الزام عقلی تشکیل حکومت به عنوان بستر ایجاد نظم عمومی ۱۷۷
بند دوم : حفظ نظم عمومی به مثابه اجرای مهمات عقلیه ۱۸۰
بند سوم : وجوب عقلی رفع نیازهای عمومی جامعه ۱۸۲
گفتار چهارم : تشریع قاعده وجوب حفظ نظام ۱۸۴
بند نخست: کلیت قاعده حفظ نظام ۱۸۴
بند دوم : وجوب قاعده حفظ نظام با هدف تأمین نظم عمومی ۱۸۷
بند سوم : حفظ نظم عمومی به مثابه مقدمه واجب (مقدمه حفظ نظام) ۱۹۰
بند چهارم : تعین مجازات برای برهم زنندگان نظم عمومی (تشریع در راستای حفظ نظام) ... ۱۹۱
بند پنجم : تأسیس عنوان احکام ثانویه در جهت حفظ نظم عمومی ۱۹۷
گفتار پنجم : تشریع احکام ویژه «مصلحت» در جهت حفظ نظم عمومی ۱۹۹
بند نخست : ماهیت فقهی حقوقی مصلحت ۱۹۹
بند دوم : بناء احکام شرعی و الزامات قانونی بر جلب مصلحت عمومی ۲۰۲

بند سوم: رهیافت فقهی نظم عمومی در نظام حقوقی ایران ۲۰۹
الف- حفظ نظام به عنوان مؤلفه اصلی نظم عمومی در فقه ۲۱۱
ب- نظم عمومی در مباحث مربوط به احکام ثانویه و مصلحت عمومی ۲۱۵
پ- قانونگذاری با دومؤلفه شرع و نظم عمومی ۲۲۰
بند چهارم: نظم عمومی، زمینه ساز تعارض و هم‌گرایی شرع و قانون ۲۲۶
الف- حاکمیت قانون در حقوق کیفری ۲۲۶
۱- دکترین حاکمیت قانون ۲۲۶
۱-۱ : تعریف و ویژگی‌های حاکمیت قانون ۲۲۶
۲-۱- نظم عمومی و حاکمیت شرع ۲۳۲
۱-۲-۱ - دکترین مورد قبول حاکمیت شرع در حقوق ایران ۲۳۲
۲-۲-۱- یکسان پنداری شرع و قانون و عدم تأمین نظم عمومی ۲۳۶
ب- چاره جویی حل اختلاف شرع و قانون در راستای تامین نظم عمومی ۲۳۸
مبحث دوم: سایر مبانی نظم عمومی در حقوق کیفری ایران ۲۴۲
گفتار نخست: مبانی تاریخی نظم عمومی در حقوق کیفری ایران ۲۴۲
گفتار دوم: مبانی قانونی نظم عمومی در حقوق کیفری ایران ۲۵۲
بند نخست- نظم عمومی در پرتو قوانین امری و تکمیلی ۲۵۴
بند دوم- نظم عمومی در پرتو قانون خوب یا بد ۲۵۷
بند سوم- نظم عمومی در پرتو قوانین متضمن حقوق ذاتی و اعتباری ۲۶۵
الف: قانون اساسی ۲۶۹
۱-قانون اساسی تکاملی ۲۷۱
۲-قانون اساسی تدوینی ۲۷۱
۱- قدرت مؤسس و مقوله نظم عمومی ۲۷۷
۲-قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مقوله نظم عمومی ۲۸۴
ب: قوانین عادی ۲۹۲
گفتار سوم: اخلاق حسنه ۲۹۶
بند نخست: رابطه اخلاق حسنه و نظم عمومی ۳۰۲
بند دوم- نظریه انفکاک و ارتباط نظم عمومی با اخلاق حسنه ۳۰۵
الف- نظریهٔ انفکاک ۳۰۵

ب- نظریه ارتباط ۳۰۵
گفتار چهارم: موازین شرع ۳۰۹
گفتار پنجم: عرف و عادت ۳۱۲
بند نخست: ویژگی‌های عرف ۳۱۶
۱-عمومیت ۳۱۷
۲- الزام ۳۱۷
بند دوم: عناصر تشکیل دهنده عرف ۳۱۷
۱- عنصر مادی عرف ۳۱۸
۲- عنصر معنوی عرف ۳۱۸
گفتار ششم: افکار عمومی ۳۲۵
گفتار هفتم- رویه قضایی ۳۳۴
نتیجه گیری مباحث فصل دوم ۳۳۷

فصل سوم: آثار نظم عمومی در حقوق کیفری ایران ۳۴۱
مبحث نخست: اثر نظم عمومی بر حقوق کیفری ماهوی ۳۴۲
گفتار نخست: نظم عمومی و مبانی جرم انگاری ۳۴۳
بند نخست: مفهوم ضرر ۳۴۴
الف- گستره جرم انگاری بر مبنای اصل ضرر ۳۴۶
۱-مدل جرم انگاری خطر آفرینی ۳۴۸
۲- مدل جرم انگاری ضررهای شدید ۳۵۰
بند دوم- گستره و سطوح جرم انگاری در تعامل با قاعده مصلحت عمومی ۳۵۲
الف- گستره جرم انگاری بر مبنای قاعده مصلحت عمومی ۳۵۲
ب- سطوح جرم انگاری بر مبنای قاعده مصلحت عمومی ۳۵۴
۱- منافع عمومی عقلایی ۳۵۵
۲- منافع عمومی اجبار کننده ۳۵۷
گفتار دوم: اثر نظم عمومی بر جرم انگاری ۳۵۹
گفتار سوم- اثر نظم عمومی بر ارکان مادی و معنوی جرم ۳۷۳

گفتار چهارم- اثر نظم عمومی بر جرم زدایی ۳۷۷
گفتار پنجم: اثر نظم عمومی بر کیفر گذاری و کیفر زدائی ۳۸۳
بند نخست : نظم عمومی و ایجاد مجازات‌های جامعه محور ۳۸۸
بند دوم : نظم عمومی و عدالت ترمیمی ۳۹۱
مبحث دوم: تأثیر نظم عمومی بر حقوق کیفری شکلی ۳۹۴
گفتار نخست: تأثیر نظم عمومی بر دعوی عمومی ۳۹۶
گفتار دوم: تأثیر نظم عمومی بر دعوی خصوصی ۴۰۵
گفتار سوم: اثر نظم عمومی بر قضا زدایی ۴۰۷
نتیجه گیری مباحث فصل سوم ۴۱۴

نتیجه گیری و پیشنهادها ۴۱۷

منابع و مآخذ ۴۳۳
الف- منابع به زبان فارسی ۴۳۴
۱-کتاب ها ۴۳۴
۲- مقاله ها ۴۴۴
۳- رساله و پایان نامه ها ۴۵۳
۴- منابع اینترنتی ۴۵۵
ب- منابع به زبان عربی ۴۵۶
ج- منابع به زبان انگلیسی و فرانسه ۴۵۹

مقدمه

نظم عمومی عمری به بلندای عمر زندگی اجتماعی انسان دارد؛ لیکن علی رغم سابقه طولانی این مفهوم در طول زندگی بشر، از جمله مفاهیم مبهمی است که در عین کاربرد گسترده آن در مناسبات حقوقی، همواره به عنوان مقوله‌ای چالشی از ابعاد مختلف مورد مطالعه و تجزیه و تحلیل قرر گرفته است.

اساس مباحث مربوط به نظم عمومی، اجتماعی بودن انسان و خاصیت زندگی جمعی گروه‌های انسانی است که حاکمیت نظم را بر زندگی اجتماعی ایشان ضروری می‌نماید. در واقع هیچ شکلی از حیات گروهی و تشکّل اجتماعی، بدون نظم و همبستگی و اتحاد اجتماعی و بدون هماهنگی از پیش تعیین شده ممکن و میسر نیست.

به همین دلیل است که گفته شده "نظم عمومی" از جمله مفاهیمی است که از دیرباز با جوهره هستی انسان‌ها در زندگی فردی و اجتماعی پیوندی ناگسستنی دارد؛ زیرا تجربه ثابت کرده است که ادامه حیات انسان‌ها در زندگی اجتماعی و هرگونه رشد و توسعه در زمینه‌های مختلف اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی در هر جامعه ای ملازمه با برقرار نظم دارد و نظم عمومی، شرط لازم زندگی اجتماعی است.[1]

در واقع می‌توان گفت که نظم عمومی، دغدغه مشترک تمامی جوامع انسانی از بدوی تا مدرن بوده است و دولت‌ها در تمامی اشکال خویش، با تلقی خاص خود از مقوله نظم عمومی، به زعم خویش به دنبال بهترین شیوه حکمرانی بوده‌اند.[2]

۱- ولیدی، محمدصالح، ۱۳۸۹، جرایم علیه عدالت قضایی و اقتدار و نظم عمومی، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ص۹.

۲- مدنیان، غلامرضا، ۱۳۹۳. نظم عمومی در حقوق اساسی ایران، تهران، نشر میزان، ص۱۲۰.

در همین راستا از زمانی که افراد بشر زندگی جمعی خود را در کنار هم آغاز کردند، گروه‌های مختلفی مانند خانواده، قبیله، قوم و اجتماعات بزرگتری مانند شهر و کشور شکل گرفت و در فرایند شکل گیری این تشکّل‌های اجتماعی، ارزش‌ها و مصالح عالی نیز به تدریج پا به عرصه وجود نهادند که ریشه‌های مذهبی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی داشته و عمدتاً از جامعه ای به جامعه دیگر شکل متفاوتی به خود گرفته اند و در قالب «نظم عمومی» در نظام‌های مختلف حقوق به رسمیت شناخته شده ومورد حمایت دولت‌ها قرار گرفته‌اند.[۱]

نخستین اجتماعات انسانی و جوامع کوچک ابتدائی نیز بر پایه همین نظم و همبستگی اولیه به وجود آمده و به حیات خود ادامه داده اند و بدیهی است که هیچ اجتماعی در حالت آشوب و بی نظمی قادر به بقا نبوده و محکوم به نابودی است؛ بنابراین وضعیت وجودی ما انسان‌ها بر روی زمین، مستقیماً به تجریه نظم می‌انجامد.

به بیانی دیگر گروه‌های انسانی و اجتماعات اولیه نیز علی رغم تعداد اندک و ساختار ساده ای که با هدف پاسخگویی و ارضای نیازهای فوری و حیاتی تشکیل شده بودند از نوعی نظم درونی و تشکل منطقی برای بقا برخوردار بودند و تداوم همین نظم در زندگی بشری باعث شد تا بشر مرحله به مرحله با کنشهای خلاق خود وارد سپهری از جهش های فکری و خلاقیت های مهم و بی بدیل شود که با اندیشه نظم و شعور نظم آگاه انسان ارتباط غیرقابل انکاری دارد[۲] و در سایه همین شعور و خرد بشری است که بنیان‌های اجتماعی زندگی بشر با نظمی مطلوب شکل گرفته‌اند.

بدین ترتیب جوامع انسانی در شکل و شمایل قبیله‌ای نیز بدون نظم و قانون نزیسته‌اند. زندگی قبیله ای نیز مانند سایر زندگی های اجتماعی انسانی مبتنی بر ضوابط و اصول

۱- حدادی، مهدی ۱۳۸۹. مقایسه مفهوم و کارکرد نظم عمومی در نظام حقوق بین الملل با نظام های حقوقی ملی، تهران: فصلنامه حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۱۶، ص ۱۵۸.

۲- ملاصالحی، حکمت اله، ۱۳۹٤،جستاری در دیرینه شناسی (آرکئولوژی) نظم، مجموعه مقالات منتخب نوزدهمین همایش حکیم ملاصدرا با موضوع فلسفه و نظم عمومی، تهران، ص ۹٤.

تعیین شده ای بود که مورد احترام اعضای قبیله قرار داشت و انسان‌ها در قبیله یا در جوامع کوچکتری که پیش از زندگی قبیله ای در تاریخ زندگی اجتماعی انسان‌ها شکل گرفته بودند، مبتنی بر قانون و با تکیه بر اصولی که نظم عمومی را در آن جوامع ایجاد می‌کرد ادامه حیات می‌دادند.

هر چند قوانین موجود در این جوامع اغلب به صورتی شکل می‌گرفت که تنها بر آورنده نیازهای قومی و قبیله ای افراد بوده و تامین منابع عمومی یا رعایت حقوق سایر قبیله‌ها را در بر نمی گرفت؛ اما به هر حال وجود همین قواعد و مقررات حاکم بر زندگی اجتماعی جوامع اولیه، مبیّن ضرورت نظم دهی به زندگی اجتماعی حتی در واحدهای کوچکی مانند قبیله بوده است.

اگر بپذیریم که حیات جمعی توأم با امنیت و عدالت مطلوب بشر باشد؛ آن گاه به طور منطقی، وجود نظم مقتضای ضروری یا شرط لازم چنان حیاتی خواهد بود.منشاء این ضرورت آن است که در نبود نظم، هرج و مرج بروز خواهد کرد که مضر و مخل به آسایش و آرامش مطلوب ذات بشر است [1] و بدیهی است که بدون نظم عمومی ادامه حیات اجتماعی بشر منتفی است.

طراحی، مهندسی، معماری و تدبیر نظم‌ها و انتظام‌ها در جامعه بشری و تشکیل اجتماعات بشری، از شاخصه‌های مهم همین شعور و خرد بشری هستند که شیوه بودن و زیستن در جهان به معنای انسانی آن را ترسیم می‌کنند. شعوری که هم به صورت اکتسابی حرکت و عمل می‌کند و هم مبدع و مبتکر و مدبر نظم‌ها و قاعده‌ها و قالب‌های جامعه و جهان بشری خویش است و هم آنکه در معرض بی نظمی‌ها و آشوب‌ها و بی خردی‌های جنون آمیز و رفتارهای متناقض نیز قرار گرفته و می‌تواند آشوب ها، بی نظمی‌ها و ویرانی‌های گسترده ای را دامن بزند و ساختار و نظم حاکم را نابود کند. در حقیقت نظم‌ها بیانگر

۱- شریفی طرازکوهی، ۱۳۹۰، نظم و امنیت عمومی در پرتو استلزامات حقوق شهروندی، مجله سیاست دفاعی، سال نوزدهم، شماره ۷۵، ص۵۱.

وحدت بوده و در عین تکثر رو به سوی وحدت دارند؛ لیکن بالعکس، بی نظمی‌ها به کثرت دامن زده و رو به سوی تفرق بیشتر دارند.[۱]

بدین ترتیب نظم عمومی آموزه ای است که هر جامعه ای در هر دوره ای و با هر گونه فرهنگی بنیان خود را بر آن استورا کرده و از طریق استقرار آن و یا حفاظت از آن، اهداف مورد نظر خویش را تعقیب می‌کند.

باید توجه داشت که نظم عمومی پدیده جدا از جامعه نیست و قرار نیست نظم عمومی را در قالب سخت افزاری تحلیل نمائیم؛ بلکه نظم عمومی، موضوعی است که در رابطه با جامعه انسانی و پیچیدگی‌های آن مورد تحلیل قرار می‌گیرد. نظم عمومی با سیستم ارزشی و معیارهای مقبول اجتماعی نسبتی پایدار و محکم دارد و از همین روی است که از هر جامعه ای به جامعه دیگر متفاوت است؛ بنابراین نظم عمومی در هر جامعه ای باید سازمان بخش جامعه و حافظ صلح اجتماعی باشد.

اما آنچه که باعث می‌شود امروز ضرورت بحث درخصوص نظم عمومی در جوامع متمدن و معاصر بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد نیاز انسان به امنیت و آرامش است. در واقع اگرچه امنیت و آرامش از ابتدائی ترین نیازهای فطری انسان است که همواره با خلقت بشر همراه بوده است؛ اما در دنیایی که پیچیدگی‌های زندگی اجتماعی بر خلاف ادوار اولیه زندگی بشر باعث غامض شدن اداره امور اجتماع و ایجاد ممنوعیتها و محدودیتهای متعددی برای شهروندان شده و نتیجتاً حقوق و آزادی های افراد به بهانه اداره امور اجتماع و حفظ نظم عمومی در معرض آسیبهای جدی قرار می‌گیرد، طبیعی است که پرداختن به موضوع نظم عمومی بالاخص در حوزه حقوق کیفری که توأم با وضع ممنوعیت به قید

۱- همان، ص ۸٦.

مجازات بوده و تحدید حقوق وآزادی‌های فـردی را بـا اعمـال اقـدامات قهـری در بـر دارد، ضروری به نظر می‌رسد. [۱]

از طرفی باید توجه دشت که ضروری است جامعه، محدودیتهایی که لازمه حیات اجتماعی است را بر آزادی‌های انسان بار نماید و یکی از مهمترین دلایل ایجاد این محدودیتها، نظم عمومی است که به عقیده بسیاری از اندیشمندان هدف اصلی تشکیل دولتها بـوده اسـت؛ از این روبدون شک بقای جامعه بدون نظم عمومی ممکن نیست و ایـن عامـل، اصـلی تـرین توجیه محدود کردن آزادیهای مردم است. این نکته بدیهی است که نفس زندگی اجتمـاعی و وجود حکومت‌ها و نهادهای مختلف قانونی به منزله پذیرش نظم و قاعده و چهـارچوب‌هـا از سوی حاکمان و مردم و در نتیجه محدود شدن هر دو آنان می‌باشد. همـه حکومـت‌هـا و ملت‌ها به منظور نیل به مصالح عالی تر واقعیتی بـه نـام «محـدودیت» را پذیرفتـه و صـرفاً تفاوت حکومت‌ها و ملت‌ها در میزان و ظرفیت پذیرش این محدودیت‌ها اسـت. زیـرا آزادی از همه چیز بدون هر گونه قیدی، به هرج و مرج و بی نظمی می‌انجامد.

معذلک باید توجه داشت که نظم عمومی در حقوق کیفری با توسعه و پیشرفت نظـام‌هـای مختلف حقوقی، ضابطه مند شده و حدود و ثغور بیشـتری نسـبت بـه گذشـته پیـدا کـرده است و قوانین برخی از کشورها در بخش هایی، به صورت ویژه به نظـم عمـومی اختصـاص پیدا کرده و حتی گاه فصلی از قوانین برخی از کشورها مانند انگلسـتان بـه جرایمـی تحـت عنوان جرایم علیه نظم عمومی اختصاص پیدا کرده است.

بعلاوه اندیشمندان حقوقی نیز با بررسی مبانی نظم عمومی، تقسیمات گوناگون و متفـاوتی را برای آن مطرح کرده‌اند و انواع نظم را در قالب نظم قانونی، نظم قراردادی، نظـم طبیعـی، نظم عرفی، نظم تکوینی و تشریعی، نظم درون زا و برون زا مورد مطالعه و بررسی قـرار داده و به شرح و بسط مجزای هر یک از آنها پرداخته‌اند و آثـار و نتـایج هـر یـک را بـه صـورت

۱- محمدزاده، رضا، ۱۳۷۸-۱۳۷۷. نظم عمومی در حقوق کیفری، پایان نامه ارشد حقوق جزا و جرم شناسـی دانشگاه شهید بهشتی، ص ۲.

مستقل مورد بررسی قرار داده‌اند. تحلیل مصادیق نظم عمومی در عرصه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی، اداری و غیره نیز در نوشته‌های راجع به این مفهوم، مشهود است.

به همین خاطر است که گاهی گفته می‌شود نظم عمومی مفهومی فراتر از حقوق دارد و موضوعی کلی و قابل انطباق بر امنیت اجتماعی و صیانت حیات و آزادی فردی، حفظ جان، ناموس و مال است و بسته به وضعیت جامعه، شدت و ضعف و مصادیقش متفاوت است؛ از این رو نظم عمومی به وجود نظام اجتماعی و تفکر فلسفی و به اصطلاح جهان‌بینی آن وابسته است، بنابراین از مبانی فکری نظام اجتماعی سرچشمه می‌گیرد.

اما آنچه ضرورت پرداختن به این بحث را ایجاب می‌کند، همانا وجود چالشهای نظری بسیار و لزوم تبیین نسبی این مفهوم در حقوق کیفری با توجه به اهمیت آن در ابعاد مختلفی است که حقوق جزا با آن سر و کار دارد؛ زیرا با آنکه یکی از ویژگی‌های حقوق کیفری، ارتباط مستقیم آن با نظم عمومی است و هنگام برشمردن ویژگیهای دعوای عمومی، یکی از خصایص آن را ارتباط با نظم عمومی ذکر می‌کنند و این اصطلاح در قوانین کیفری موضوعه، هم از منظر شکلی و هم ماهوی، مورد کاربست بسیار واقع شده است؛ لیکن واقعیت آن است که هیچگاه مفهوم، مبنا، گسترهِ متغیر زمانی و مکانی و ویژگیهای بنیادین و آثار نظم عمومی، به درستی در محدوده حقوق کیفری مشخص نشده است؛ این مسأله بی‌گمان حقوق و آزادیهای فردی اشخاص را در تقابل با حقوق اجتماعی و مصالح عمومی با خطر روبرو خواهد ساخت.[۱]

از طرفی دیگر نظم، نخستین شاکله تضمین حفظ و ماندگاری در جامعه انسانی است و بدون آن، بنیان‌های زندگی اجتماعی از بین خواهد رفت ولذا قدرت سیاسی ناگزیر است که برای حفظ و تأمین نظم و امنیت جامعه تحت مدیریت خویش، از ابزارهای لازم برای

۱- موسوی مجاب، سید درید، نظم عمومی در حقوق کیفری، دسترسی در ۱۳۹۵/۵/۲۵.
http://qbcenter.ir/index.php/1076 (موسوی مجاب ۱۳۹۵)

تأمین این هدف بهره برداری کند و حقوق و بالاخص حقوق کیفری در زمره مهمترین این ابزارها و یکی از بازوهای وزین حاکمیت در این راستا است.[۱]

به طور کلی اگر بخواهیم کاربست نظم عمومی را در عرصه حقوق کیفری مورد مطالعه قرار دهیم خواهیم دید که در قلمرو حقوق کیفری، مقوله نظم عمومی از سه زاویه قابل مطالعه و بررسی است. از یک زاویه، نظم عمومی مقوله ای است که در عرصه عدالت کیفری مورد بحث و بررسی قرار گرفته و معیاری است برای سنجش میزان اخلال رفتار مجرمانه در نظم حاکم بر جامعه و وضع مجازاتی سازگار با آن توسط قانونگذار و تعیین مجازاتی متناسب با میزان نظم عمومی مختل شده بواسطه ارتکاب آن جرم توسط دادرس در مرحله رسیدگی و صدور حکم؛ بدین معنی که هر مقدار که رفتار مجرمانه ارتکابی، اخلال بیشتری در نظم حاکم ایجاد کند، نتیجتاً واکنش اجتماعی در قبال آن نیز شدید تر و مجازات موضوعه آن سنگین تر خواهد بود و بالعکس هر مقدار که رفتار ارتکابی، نظم حاکم را کمتر به چالش کشیده و اخلال کمتری ایجاد کند، مجازات موضوعه و واکنش اجتماعی نیز در قبال آن خفیف‌تر و اعمال آن مبتنی بر مدارا یا تسامح خواهد بود.

بدین ترتیب از این زاویه، نظم عمومی سنجه ای برای تعیین میزان اخلالِ جرایم ارتکابی توسط شهروندان در نظم عمومی است که در مقام واکنش اجتماعی از طریق اعمال مجازات نیز می‌تواند در تعیین حداقل و حداکثر مجازات قانونی و یا اعمال کیفیات مخففه یا سایر تأسیسات مفید به حال مرتکب مورد توجه دادرسان قرار گیرد .

از منظری دیگر، نظم عمومی ممکن است خود به عنوان آماج جرم مورد مطالعه قرار گیرد.بدین معنی که ممکن است در مواردی، قانونگذار انجام برخی از رفتارها را صرفاً در راستای حفظ مصالح عمومی جامعه تحت عنوان «جرایم علیه نظم عمومی» به قید مجازات ممنوع کرده و رفتارهایی را که ماهیتاً به نظم عمومی آسیب می‌رسانند را مورد جرم انگاری قرار دهد.

۱- ساعد، محمدجعفر، ۱۳۹۳، حقوق کیفری و اخلاق زیستی، تهران، انتشارات شهر دانش، چاپ اول، ص ۱۲۶.

جرایمی مانند ولگردی یا تکدی و جرایم علیه محیط زیست و اصولاً جرایم بدون بزه دیده از جمله این جرایم هستند که اگرچه بزه دیده خاص ندارند لیکن از نظر قانونگذار، ارتکاب آنها باعث اخلال در نظم عمومی جامعه شده ولذا به عنوان رفتاری علیه نظم عمومی مورد جرم انگاری قرار گرفته‌اند.

اما از زاویه ای دیگر، نظم عمومی سنجه و معیاری است برای جرم انگاری و جرم زدایی از رفتار شهروندان؛ بدین معنی که قانونگذار باید قبل از وضع قانون کیفری و جرم انگاری رفتارهای انسانی ویا قبل از نسخ قانون کیفری ماهوی که منتهی به جرم زدایی جزئی یا کلی از بزه یا بزه‌های وضع شده در گذشته می‌گردد؛ اخلال یا عدم اخلال چنین رفتارهایی را به نظم عمومی مورد سنجش قرار داده و در صورتی که رفتاری را مخل نظم عمومی و درخور واکنش قهرآمیز کیفری تشخیص داد، آن را جرم انگای و در صورتی که جرایم موضوعه سابق را بواسطه عدم ایجاد اخلال در نظم عمومی در زمان حاضر، قابل جرم زدایی دانست نسبت به نسخ جزئی یا کلی قوانین مربوط به آن اقدام نماید.

این بُعد از نظم عمومی؛ مهمترین و مبنایی ترین بعد از ابعاد مختلفی است که می‌تواند در قلمرو حقوق کیفری مورد مطالعه قرار گیرد؛ چراکه حکومتها همواره به بهانه ایجاد نظم و حفظ نظم عمومی موجود از طریق وضع قانون کیفری؛ مبادرت به جرم انگاری رفتارهای شهروندان کرده و با این ابزار، حقوق و آزادی‌های مردمان خویش را مستمراً به چالش می‌کشند.

تصور عمومی نیز بر این است که تمرکز اصلی حقوق کیفری بر حفظ نظم عمومی است و جرم انگاری‌ها و تنبیهات قانونی، در همین راستا صورت می‌گیرد.

عمده دستاویز حکومتها نیز برای وضع قانون کیفری، تعارض شماری از رفتارهای شهروندان با نظم عمومی حاکم بر جامعه و ضرورت واکنش متناسب قهری با چنین رفتارهایی است.به همین جهت همانگونه که تاریخ گواهی می‌دهد، بسیاری از دولتها از ابتدای تشکیل جوامع تاکنون از این عنوان در راستای فربه کردن و وسعت دادن به اختیارات خویش و متقابلاً محدود نمودن دایره آزادیهای فردی و گروهی شهروندان

سوءاستفاده نموده اند و ارتکاب هر رفتارهای که به زعم این دولتها باعث اخلال در نظم عمومی حاکم می‌گردد را جرم انگاری نموده‌اند.

با این حال در بسیاری از موارد، توجیه اخلال در نظم عمومی برای جرم انگاری رفتارهای انسانی نه تنها انطباقی با واقع ندارد بلکه حتی مخالف با نظم عمومی نیز قلمداد می‌شود.به عبارتی دیگر درست است که نظم عمومی پیشنیاز توسعه و توانمندی یک جامعه و شرط لازم برخورداری از بسیاری مصادیق حقوق شهروندی است؛ لیکن البته این مطلوبیت نباید مستمسک تعرض به دیگر حقوق قرارگیرد؛ از این رو در شماری از موارد، توسل به دستاویز نظم عمومی برای خلق و ایجاد جرم نه تنها موجه تلقی نمی‌شود و صرفاً تورم قوانین کیفری را در پی دارد، بلکه خود به عاملی مخلّ بروز توانمندی‌های یک جامعه و به نظم عمومی تبدیل شده و با تحدید تدریجی حوزه حقوق و آزادی‌های فردی، نظم عمومی را در مخاطره قرار می‌هد و باعث شورش یا مخالفت علنی و یا مبارزه مدنی شهروندان خواهد شد.

به تعبیری دیگر حاکمیت باید در راستای حفظ و حمایت از نظم عمومی موجود و یا در مقام ایجاد نظم عمومی مورد نظر خویش، به وظیفه مهم قانونگذاری که همانا ایجاد قواعد و مقررات جامع و مانع جهت پرهیز از هرج ومرج و بی نظمی بوده، توجه زیادی به خرج دهد. در واقع اگر مقنن به جهت عدم درک صحیح از نظم عمومی یا عدم حراست کافی از آن، اقدام به تدوین مقرراتی نماید که خود جرم زا بوده یا زمینه برهم خوردن نظم عمومی را فراهم آورد، به مانند همان شهروندانی خواهد بود که به نقض قواعد حاوی نظم عمومی پرداخته‌اند [۱].

بدین ترتیب نظم عمومی که باید معیار اصلی و اساسی برای جرم انگاری رفتارهای انسانی باشد، ممکن است توسط دولتها مورد سوء استفاده قرار گرفته و قانونگذار با دستاویز آن و بنا

۱- مجیدی، سید محمود، ۱۳۹۳. جلوه های گرایش به نظم عمومی در مقررات قصاص نفس در قانون مجازات ۱۳۹۲، تهران، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره ششم، ص ۱۶۷.

بر مصالح خویش، شروع به شناسایی آن دسته از رفتارهای شهروندان به عنوان رفتارهای ناقض نظم عمومی کند که واقعاً خللی به نظم عمومی وارد نمی‌آورند و بدین ترتیب با چنین رویکردی روز به روز دایره حقوق و آزادی های شهروندان، محدود و محدودتر شود. این در حالی است که اگر رفتاری باعث اخلال در نظم عمومی حاکم نمی‌شود؛ نتیجتاً قابلیت جرم انگاری و واکنش قهرآمیز کیفری را نیز توسط حاکمیت نخواهد داشت؛ مگر آنکه حاکمیت، درمقام وضع و ایجاد نظم عمومی مورد نظر خویش باشد و در این راستا توجهی به هنجارهای پذیرفته شده در جامعه نداشته باشد که در این صورت، اصولاً خواست و اراده عمومی و نظم عمومی موجود، نادیده انگاشته خواهد شد و قانونگذار با وضع قانون کیفری مورد نظر خویش در پی ایجاد نظم عمومی طراحی شده از ناحیه خویش خواهد بود؛ در حالیکه آزادی مطلق است و آزادی‌ها نمی توانند به جز در موارد حفظ حقوق دیگران، اخلاق حسنه و نظم عمومی و رفاه همگانی محدود شوند. به همین لحاظ نظم عمومی مقوله ای است که مورد بیشترین سوء استفاده توسط حاکمیت‌ها قرار گرفته و با توسل به آن بسیار از حقوق و آزادی‌های شهروندان محدود و سرکوب شده است.

در واقع حقوق کیفری، گاه با رویکردهای سیاست گذاران کیفری و با دستاویز حفاظت از نظم عمومی، عناوین مجرمانه را آنچنان توسعه می‌دهد که نتیجه آن تبدیل حقوق و آزادی‌های شهروندان به جرم است. برای نمونه حقوق کیفری از اجرای حق شرکت در یک راهپیمایی مسالمت آمیز علیه سیاست‌های دولت؛ عناوین مجرمانه ای همچون اجتماع و تبانی برای برهم زدن امنیت کشور، اغتشاش و یا برهم زدن نظم عمومی خلق می‌کند و یا از اجرای حق آزادی بیان، جرایمی مانند تشویش اذهان عمومی، افشای اسرار دولتی، اهانت و نشر اکاذیب می‌آفریند و بدین سان نظم عمومی در کنار حقوق کیفری، به ابزاری برای محدود کردن آزادی‌های مردم و اجرای حقوق و آزادی‌های ایشان تبدیل می‌شود. به همین دلیل است که گفته می‌شود حقوق کیفری با سه رویکرد اقتدار گرایی، امنیت

گرایی و اخلاق گرایی و با دستاویز اخلال رفتارهای شهروندان در نظم عمومی، می‌تواند به مانعی برای اجرای آزادی بیان و مشارکت سیاسی و اجتماعی تبدیل گردد.[۱]

از این منظر و با توجه به چنین تعاملی میان حقوق کیفری و نظم عمومی، دو رسالت بلند مدّت حقوق کیفری باید حفظ نظم عمومی و حفظ حقوق و آزادی‌های فردی باشد و هیچ یک از این دو هدف نباید دیگری را تحت الشعاع خویش قرار دهد.

به عبارتی دیگر نظم عمومی علاوه بر نقشی که در محدود نمودن حقوق و آزادی‌های افراد دارد؛ با ایجاد و نهادینه کردن نظم و امنیت در جامعه، بستری برای تحقق آزادی نیز هست.[۲] در چنین رویکردی آزادی و نظم عمومی لازم و ملزوم یکدیگر محسوب می‌شوند و بدون نظم عمومی، آزادی برای همه یا اکثریت مردم فراهم نمی‌شود.

به همین خاطر است که اغلب وقتی از نظم عمومی سخن گفته می‌شود، بی درنگ وظیفه و تعهد انسان نسبت به خدشه دار نساختن آن پیش کشیده می‌شود؛ در حالی که اما همانگونه که در اصول سیراکوزا بیان شده است، نظم عمومی"به مجموعه قواعدی که کارکرد جامعه را تضمین می‌کند، یا دسته ای از اصول بنیادین که جامعه بر پایه آن بنا شده است "گفته می‌شود و" رعایت حقوق بشر بخشی از نظم عمومی "و یکی از عناصر آن قلمداد می‌گردد [۳]. در چنین برداشتی از نظم عمومی این تنها افراد نیستند که به هنگام بهره مندی از حقوق خویش متعهد به رعایت آن هستند بلکه دولت‌ها نیز به طور متقابل تعهداتی نسبت به حفظ نظم عمومی بر عهده دارند.

به هر شکل، واقعیت آن است که نظم عمومی و امنیت همگانی از پشتوانه های اساسی رشد و بالندگی یک اجتماع پویاست و در سایهٔ نظم عمومی، حریم حقوق متقابل اشخاص

۱- نوبهار، رحیم، ۱۳۸۷، حمایت حقوق کیفری از حوزه های عمومی و خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات جنگل، ص۱۷۸.

۲- خلخالی، فرید، ۱۳۸٤، نظم عمومی و آزادی تشکل و تجمع، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، ص ۵۳.

۳- پرویز، نوین، ۱۳۸۷، مفهوم نظم عمومی در حقوق، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۰، سال پنجم، ص ۱۷۸.

و جامعه، تعیین و تضمین می شود؛ از همین روی، سیاست جنایی دولتها باید به گونه‌ای برنامه ریزی شود که از یک سو، آزادیهای فردی با رعایت فضای پذیرفته شدهٔ قانونی تأمین گردد و از سوی دیگر، با هر گونه بی‌نظمیِ مخلّ منافع عمومی مقابله شود.[۱] این امر، موضوعی دو سویه است که از هر دو جهت باید مورد توجه قرار گرفته و به کیفیتی تبیین و اعمال گردد که نظم عمومی نه به ابزاری برای تحدید آزادی‌های شهروندان با وضع قوانین کیفری بدل شود و نه به بهانه ای برای جلوگیری از دخالت دولتها برای تنظیم و تنسیق امور جامعه تبدیل شود.

از این رو پر بیراه نبوده است که برخی، هدف اصلی دانش حقوق را ترسیم و پاسداری از نظم عمومی توصیف کرده وعنوان داشته اند که هیچ مکتبِ مدعی اداره زندگی بشر، نمی‌تواند خود را از داشتن و ارائه نظریه ای منسجم در رابطه با نظم عمومی، مستغنی بداند[۲] و برخی دیگر نیز نظم عمومی را از بدو تا ختم قلمرو حقوق جاری دانسته و معتقدند که نظم عمومی در تلاش است که سیطره خود را بر تمامی عرصه‌های حقوق حفظ کند و تمامی بخشهای حقوق خصوصی و حقوق عمومی،وجود آن را امری بدیهی می‌دانند. [۳]

پژوهش حاضر که به صورت تخصصی در مورد نظم عمومی و مبانی و آثار آن صورت گرفته در دانشگاه خوارزمی و با همراهی و مساعدت اساتید ارجمندی چون دکتر امیر وطنی انجام شده و در پی ارئه معیار صحیح و دقیقی از نظم عمومی در قلمرو حقوق کیفری است.

۱- غمامی، محمدمهدی،۱۳۹۲، مطالعه تطبیقی نظم عمومی در حوزه حقوق جمهوری اسلامی ایران، تهران: سال دوم، شماره ۳، ص ۱۴۲.

۲- اسماعیلی، محسن، ۱۳۷۹، درآمدی بر طرح تدوین "فقه انتظامی" امنیت ملی از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی، تهران، دانش انتظامی، شماره ۷ و ٦، ص۲۹.

۳- خدابخشی، عبدالله، ۱۳۹۲، تمایز بنیادین حقوق مدنی و حقوق کیفری، چاپ اول، تهران، انتشارات شهر دانش، ص۸٤

فصل اول:

ماهیت و مفاهیم، منابع و قلمرو نظم عمومی

❖ مبحث نخست: ماهیت نظم عمومی

نظم عمومی از جمله مفاهیم مشترک نظام‌های حقوقی جهان و حاکی از ارزش‌های اساسی اجتماعات انسانی است که علی رغم اشتراکات زیادی که در ماهیت وجودی آن از حیث عناصری مانند امنیت، آرامش، منافع مادی همگانی، اخلاق عمومی و...دارد از یک جامعه به جامعه ای دیگر متفاوت است. علت این امر نیز آن است که نظم عمومی با توجه به ویژگی‌های اجتماعی، سیاسی و فرهنگی هر جامعه تعریف شده و از حیث ماهوی مبنتی بر ارزشهای اساسی و شناخته شده در هر جامعه است که ممکن است پیش از ایجاد نظام حقوقی وجود داشته و یا به واسطه حاکمیت یک نظام حقوقی به وجود آمده باشند.

نظم عمومی به معنا و مفهومی که امروزه بکار می‌رود، در هر فرهنگ و نظام حقوقی شناخته شده ای ولو به صورت همزمان، در قالب اصطلاح بخصوصی بیان و تبیین شده است؛ از این رو برای تبیین و تشریح ماهیت نظم عمومی نباید این واقعیت را از نظر دور داشت که نظم عمومی در تعامل با نظام‌های حقوقی متفاوت و فرهنگ‌های حاکم بر جوامع، محتوایی متفاوت به خود گرفته است و به همین خاطر هم هست که باید محتوی نظم عمومی را بدواً در متون حقوقی گذشته جستجو کرد تا بر مبنای آن بتوان درک درستی از ماهیت نظم عمومی به دست آورد.[1]

از قرن دوم قبل از میلاد که تحولاتی در افکار و دیدگاه‌های قضایی رومی‌ها شکل گرفت، به تدریج اصطلاحاتی همچون «اخلاق» و «اخلاق حسنه» وارد ادبیات حقوقی رومی‌ها شد که این اصطلاحات بعدها عیناً در حقوق فرانسه نیز وارد شد و تحت تأثیر حقوق کلیسایی، اصطلاحات دیگری نیز که نزدیک به مفهوم نظم عمومی است به آنها افزوده شد.

البته همانطور که گفته شد باید توجه داشت که «نظم عمومی» به آن معنایی که امروز به کار می‌رود، در هر دوره و در هر فرهنگی در قالب اصطلاح بخصوصی بیان شده است. به

۱- خلخالی، سید فرید، ۱۳۸۰-۱۳۷۹، آزادی و نظم عمومی، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهیدبهشتی، ص۱۱۵

عنوان مثال در حقوق کامن لا، نظم عمومی در قالب اصطلاحی «سیاست عمومی[1]» یا «خط مشی عمومی» مورد مطالعه قرار می‌گیرد و عنوان شده است که این اصطلاح، معادل با نظم عمومی در حقوق نوشته است.

با این حال و علی رغم اشتراک مفهومی نظم عمومی در اجتماعات انسانی و نظام‌های حقوقی متفاوت، معیارهای آن متناسب با ارزش‌های خاص و متغییر هر اجتماع تعریف می‌شود و از نظر زمانی و مکانی امری نسبی به شمار می‌رود.

اصطلاح «نظم عمومی» برای اولین بار در ماده ۶ قانون مدنی فرانسه اشاره قرار گرفت و این اولین بار بود که این اصطلاح در متن یک قانون درج گردید و بدین ترتیب اصطلاح نظم عمومی، جای خود را در نظام حقوقی جدید باز کرد و به سرعت در نتیجه توسعه تعاملات و روابط بین المللی که خود مولود جنگ، روابط تجاری و بازرگانی و استعمار بود، در حقوق سایر کشورها نیز وارد شد به نحوی که می‌توان ادعا کرد که امروزه مفهوم نظم عمومی جنبه ای جهانی پیدا کرده است[2] و حتی در فرایند جهانی شدن حقوق کیفری نیز، شکل گیری تدریجی مفاهیمی همچون نظم عمومی جهانی، وامدار اصطلاحی است که در حدود چهار قرن پیش در فرانسه متولد گردید و از این حیث باید نظم عمومی را در حقوق معاصر، از واقعیات مسلّم حقوقی به شمار آورد هر چند که محتوای آن طبعاً از جامعه ای به جامعه دیگر متفاوت است.

به همین واسطه پر بیراه نبوده است که برخی از نویسندگان، از نظم عمومی «مکان محور» و «زمان محور» سخن گفته و ساختار نظام‌های حقوقی و تأثیرپذیری آنها از

1- Public Policy

۲- همان، ص ۱۱.

اندیشه‌های دینـی، مـذهبی و قـومی را در تعریـف نظـم عمـومی را بسـیار حـائز اهمیـت دانسته‌اند.[۱]

به طور کلی فصل ممیز نظم عمومی در جوامع مختلف، هنجارها و ارزشهایی است کـه هـر جامعه‌ای در بطن خود دارد و در آن جامعه به عنوان نفـع برتـر تلقـی مـی‌شـود و جایگـاه مهمی در شکل گیری نظم عمومی دارد و همین امر منجر به نسبیت مفهوم و ماهیت نظـم عمومی می‌شود.[۲] در واقع نظم عمـومی زائیـده مـذهب، اخـلاق، نظـام حقـوقی و سیاسـی حاکم، ساختار اقتصادی، و فرهنگ ملّی و آداب و رسوم هر جامعه است که با جوامـع دیگـر تفاوت‌های بنیادین دارد؛ چنانکه محتوی نظم عمومی در جامعه ای مبتنی بر اندیشـه‌هـای دینی و یا جامعه ای کاپیتالیستی با محتوی نظم عمومی حاکم بر جامعه مبتنی بـر اندیشـه سوسیالیستی یکسان نیست؛ زیـرا قواعـد و ارزش‌هـای مبنـایی نظـم در آن‌هـا متفـاوت و گوناگون است[۳] و آداب و رسوم حاکم بر هر اجتماعی نیز که تأثیر بسزایی در شـکل گیـری نظم عمومی دارد، از جامعه ای به جامعه دیگر متفـاوت بـوده و مـی‌توانـد در هـر کشـوری مفهوم مختص به خود را داشته باشد. بدین ترتیـب عـادات و رسـوم محلـی نیـز مـی‌توانـد مبنای دیگری برای توجیه مکان محوری نظم عمومی باشد.

برای مثال در کشور اسپانیا، مطابق با یـک رسـم قـدیمی و سـنّتی، همـه سـاله فسـتیوالی مشهور به فستیوال "سن فرمین" یا جشن گاوبـازی برگـزار مـی‌شـود و افـراد زیـادی را از سرتاسر دنیا به اسپانیا می‌کشاند. این مراسم که همواره توأم بـا جشـن و پـایکوبی و فـرار از دست گاوهای وحشی و عصبانی و کشتن و زخمـی کـردن آنـان اسـت از نخسـتین سـال

۱- چلبی، فائقه و دیگران، ۱۳۹۶. تحلیلی بر جایگاه نظـم عمـومی در نظـام حقـوقی ایـران، تهـران: فصـلنامه قضاوت، شماره۹۱، ص۸۹-۱

۲- حسینی، سیدعلی، ۱۳۸۶، نظم عمومی و حاکمیت قانون در اسلام، چـاپ اول، انتشـارات سـلوک جـوان، قم، ص۲۹.

۳ -کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۷۱، اعمال حقـوقی: قـرارداد-ایقـاع، چـاپ دوم، شـرکت سـهامی انتشـار، تهـران، ص۵۱.

برگزاری در ۱۵۹۱ میلادی تا کنون، همواره مورد اعتراض هواداران محیط زیست و حیوانات بوده؛ لیکن همچنان محبوبیت خود را حفظ کرده است[۱]. با همه این اوصاف، برگزاری این مراسم با نظم عمومی حاکم بر کشور اسپانیا تعارضی ندارد و دولت نیز قوانین لازم را برای برگزاری این جشن موردپیش بینی قرار داده است؛ لیکن برگزاری چنین فستیوالی در کشور دیگری مثل ایران، طبعاً با نظم عمومی حاکم بر کشور ایران در تعارض بوده و بدیهی است که آداب و رسوم کشورها نیز در نسبیت نظم عمومی از نظر مکانی تأثیر گذار است.

بدین ترتیب علی رغم اشتراک مفهومی نظم عمومی در اجتماعات انسانی، معیارهای آن متناسب با ارزش‌های خاص هر جامعه تعریف می‌شود و از نظر مکانی، نظم عمومی از نظر ماهوی، موضوعی نسبی و در عین حال پویا و غیرایستا به شمار می‌رود.

بدین ترتیب می‌توان گفت که «نظم عمومی» مفهومی است که تعریف و تشخیص عناصر سازنده آن، جنبه بومی و محلی دارد؛ یعنی از آن جهت که در کشور ویا در منطقه ای اکثریت مردم دارای فرهنگ، عادات و اندیشه‌های مذهبی هستند، در تعریف نظم عمومی و عناصر سازنده آن باید لاجرم این موارد را نیز در نظر گرفت و به این اعتبار، شاید سخن گفتن از نظم عمومی دینی ایرانی و دیگر جوامع مذهبی یا غیر مذهبی، پر بیراه نباشد؛ زیرا نظم عمومی در گذر زمان دچار تحوّل شده و مصادیق آن در فضاهای مکانی تطور یافته است.[۲]

برای مثال در ایران که نظم عمومی مبتنی بر مبانی شرعی و اسلامی است، نظم حاکم از مصادیق نظم عمومی دینی است که در سرتاسر گستره جغرافیای ایران حاکم است ولذا هر رفتاری که با این نظم در تضاد قرار گیرد، قابل واکنش است؛ حتی اگر به لحاظ فردی و شخصی و یا تابعیت و یا نوع مذهب یا دین مرتکب، مباح باشد.

۱- ویکی پدیا، دانشنامه آزاد، واژه « فستیوال سن فرمین».

۲- گرجی ازندریانی، علی اکبر، ۱۳۸۸، مبانی حقوق عمومی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ص۱۰۶.

برای نمونه ماده ۲۶۶ قانون مجازات اسلامی مقـرر داشـته: « غیرمسـلمان تنهـا در صـورت تظاهر به مصرف مسکر، محکوم به حد می‌شود.» و در تبصره همین ماده مقرر شـده: «اگـر مصرف مسکر توسط غیرمسلمان علنی نباشد لکـن مرتکـب در حـال مسـتی در معـابر یـا اماکن عمومی ظاهر شود به مجازات مقرر برای تظاهر به عمل حـرام محکـوم مـی‌گـردد.» بدین ترتیب اگرچه شرب خمر در دیانتِ فرد مرتکب دارای قبح شرعی هـم نباشـد؛ لـیکن چون ارتکاب چنین رفتاری در علن و یا رفتارهـای مسـتانه در مـلاء عـام مخـالف بـا نظـم عمومی دینی حاکم بر کشور ایران است؛ لذا ارتکاب چنین رفتاری با واکنش کیفری مواجه خواهد شد در حالی که ارتکاب همین رفتار در کشور دیگری که نظم عمومی حـاکم بـر آن غیر دینی است، واکنشی در پی نخواهد داشت.

در واقع باید گفت که نظم عمومی، مفهومی کاملاً انعطاف پذیر از نظـر مکـانی و جغرافیـای است که بواسطه تعامل با اصول و معیارهای اخلاقی و مذهبی و مناسـبات عـدالت و آزادی که دائم در حال تغییر و تحول می‌باشند؛ مسـتمراً در حـال تـأثیر گـذاری بـر هـم و تـأثیر پذیری از یکدیگر بوده و هیچ یک نمی‌تواننـد از تـأثیر دیگـری در امـان بـوده و نسـبت بـه یکدیگر تأثیر متقارنی نداشته باشند.[1] به همین دلیل هم است کـه گفتـه مـی‌شـود نظـم و تغییر دو مؤلفه اساسی در تمـامی جوامـع هسـتند کـه دوشـادوش یکـدیگر در حرکتنـد و جامعه نیازمند ترکیب ماهرانه این دو مؤلفه با یکدیگر است و چنانچه جامعه در ایـن مسـیر توفیقی حاصل نماید؛ می‌توان گفت که نظمی پویا و انعطاف پذیر در جامعه حاکم است کـه در طول زمان، خاصیت تغییر پذیری خود را نیـز حفـظ خواهـد کـرد والّـا نظـم خشـک و متصلبی که بخواهد با ازبین بردن آزادی‌های مشروع افـراد و گـروه‌هـا و مقاومـت در برابـر

۱- محمدزاده، رضا، همان، ص ۲۸.

هرگونه تغییر و با به رسمیت نشناختن تنوع وتفاوت چندگونگی برقرار شود، همواره آسیب پذیر و در معرض اضمحلال و اختلال می‌باشد و نمی‌تواند هدف حقوق را تأمین نماید.[۱]
فیلسوف شهیر، خواجه نصیرالدین طوسی در این باره در کتاب اخلاق ناصری چنین می‌نویسد:« مساعی و افعالی که انسان در ساحت فردی یا اجتماعی انجام می‌دهد، هر کدام را اثر و حکمی است که حدود آن را حقوق و قوانین تعیین می‌کند و این حقوق و قوانین، یا بر وضع مبتنی است یا بر طبع. سبب وضع، اتفاق و روش جماعتی است که منشاء رسوم و عادات و آداب است و یا نهادن قانون به وسیله قانونگذاری که آن سرچشمه شئون تحققی انسانیت از جهت شخص، مربوط به اخلاق و از جهت ارتباط با خداوند، مربوط به عبادات و از جهت ارتباط با مردم، مربوط به عقود و ایقاعات و قواعد کیفری است و اما چون هر دو جنس اعمال (عرف و قانون) وضعی می‌باشند؛ به تغلب احوال و تغلب رجال و تطاول روزگار و تفاوت ادوار و تبدل ملل و دول، دستخوش تغییر و حرکت می‌شوند»[۲].

از این رو تردیدی وجود ندارد که نظم عمومی مفهومی ثابت و ایستا نیست بلکه مفهومی پویا و نسبی است که نمی‌توان همواره معنا و مفهوم ثابتی برای آن در نظر گرفت؛ اما بدیهی است که نسبیت نظم عمومی نیز تنها متأثر از عنصر مکان نیست، بلکه همچنانکه زمان، عامل تغییر بسیاری از اصول و مفاهیمی است که در علم حقوق شکل گرفته است؛ ماهیت نظم عمومی نیز به گونه ای است که در بستر زمان متحول می‌گردد؛ بدین معنی که نظم عمومی در طول زمان و با توجه به تحولات اجتماعی و سیاسی در یک جامعه تغییر پیدا کرده و هویت دیگری پیدا می‌کند.

۱- فراستخواه، مسعود، نگاهی جامعه شاختی به آزادی و تکثر یا نظم و تغییر، روزنامه توس، شماره ۳۶، مورخ ۱۳۷۷/٦/۱٤، ص ٦.

۲- نقل از گلستانی، اسماعیل، ۱۳۸٦. مقدمه کتاب فلسفه قانون گذاری در اسلام تألیف صبحی رجب ممحصانی، تهران: انتشارات آثار اندیشه، ص ۵.

این تغییر و تحول در اثر پیشرفت‌ها و دگرگونی‌های زندگی بشری حادث می‌شود و مفاهیم کلاسیک حقوق، به خاطر آن که از مسائل روز و تغییرات گسترده جوامع بشری جا نمانند، خود را با آن وفق داده و متناسب با تغییرات، تعاریف جدید و نویی به خود می‌گیرند؛ از این رو سخن گفتن از زمان محوری نظم عمومی نیز امری بدیهی است؛ چرا که نظم عمومی نیز در اثر تغییرات و تحولات و پیشرفت‌های جامعه بشری، دائماً ماهیتی متفاوت از قبل به خود گرفته و تعریف جدیدی از خود بروز می‌دهد. به همین لحاظ است که گفته شده نظم عمومی مفهومی ثابت و منجمد نیست که در یک چهارچوب خاص و نفوذ ناپذیر قرار داشته باشد؛ بلکه در گذر زمان دچار سیالیّت شده و مصادیق عینی آن در فضاهای زمانی گوناگون تطور یافته است.[1] به تعبیری دیگر، نظم عمومی دربرگیرنده مجموعه‌ای از عناصر عینی و ذهنی است که در این مجموعه متنوع می‌توان مؤلفه‌هایی مانند دین، مذهب، عرف و عادت و...را دید؛ از این تردیدی وجود ندارد که نظم عمومی از عناصر مختلف و متفاوتی تشکیل شده است که خود این عناصر نیز در بستر زمان دائماً در حال تغییر و تحول اند؛ ولذا عنصر ثابتی برای تعریف نظم عمومی وجود ندارد تا بتوان با تکیه بر همان عنصر ثابت، آن را تبیین کرد. بر این فرض نیز که عنصر ثابتی در میان عناصر سازنده نظم عمومی وجود داشته باشد؛ باز هم نمی‌توان ماهیت نظم عمومی را بر پایه همان تک عنصر ثابت تبیین و تعریف کرد؛ زیرا این امر به معنای تقلیل نظم عمومی و توصیف آن با یکی از عناصر تشکیل دهنده آن خواهد بود؛ لیکن بر حسب مقتضیات زمانی، برخی از عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی وجهه پررنگ تری پیدا می‌کنند.[2]

برای مثال سابقاً امکان تکثیر فیلم یا عکس بر روی لوح‌های فشرده و یا سایر اقلام ذخیره تصویر وجود نداشت؛ لیکن متعاقباً که این امکان در اثر پیشرفت تکنولوژی فراهم شد؛ برخی مبادرت به تکثیر صور قبیحه و یا فیلم‌ها و تصاویر مبتذل و مستهجن بر روی

۱- چلبی، فائقه و دیگران، همان، ص ۱۱۳.

۲- گرجی ازندریانی، علی اکبر، همان، ص۱۰۷.

لوح‌های فشرده و نوارهای ویدیویی نمودند. همین امر باعث شد تا عنصر اخلاق حسنه به عنوان یکی از عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی وجهه پررنگ تری در این موارد پیدا کرده و قانونگذار برای جلوگیری از اخلال در نظم عمومی، مبادرت به جرم انگاری این رفتار در کشور با وضع قانون "نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز دارند" نماید.

از این رو ممکن است در یک جامعه، رفتاری در یک زمان مخلّ نظم عمومی محسوب شده و بر همین مبنی نیز مورد جرم انگاری قرار گیرد؛ لیکن همان رفتار در زمانی دیگر و با تغییر اوضاع و احوال و شرایط حاکم بر همان جامعه و تعریف متفاوتی که از مبتذل بودن یک فیلم یا تصویر به عمل می‌آید، دیگر مخل نظم عمومی محسوب نشده و واکنشی را ایجاد ننماید و بالعکس.

بدین ترتیب در اینکه نظم عمومی از نظر دخالت عنصر زمان و مکان در مفهوم آن، امری نسبی و انعطاف پذیر است نه مطلق تردیدی وجود ندارد و مصادیق این مفهوم، به اعتبار کم و کیف تأسیسات حقوقی هر جامعه، در هر زمان افزایش یا کاهش می‌یابد؛ چراکه تأسسیات حقوقی، تابع کیفیات و شرایط و اوضاع و احوالی هستند که بر جامعه حاکم است و با توجه به اینکه شرایط و اوضاع و احوال اجتماعی دائماً در حال تغییر و تحول اند؛ از این رو تأسیسات مذکور نیز هم پای تغییرات صورت گرفته دچار تحول و دگرگونی می‌گردند و به همین دلیل است که رفتاری معین در یک جامعه یا در یک زمان، مخل نظم عمومی محسوب می‌شود و همان رفتار در جامعه یا زمانی دیگر اخلالی در نظم عمومی ایجاد نمی‌کند.[۱]

به عنوان مثال تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران، شرب خمر و یا عدم رعایت حجاب اسلامی و یا روابط نامشروع، خللی به نظم عمومی حاکم بر زمان خویش ایجاد نمی‌کرد؛

۱- احمدی واستانی، عبدالغنی، ۱۳٤۱، نظم عمومی در حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ص٤۲.

لیکن متعاقب پیروزی انقلاب اسلامی و ایجاد تحولات عمیق سیاسی، اجتماعی و فرهنگی درکشور، شرب خمر، رابطه نامشروع و عدم رعایت حجاب اسلامی توسط بانوان، مخل به نظم عمومی حاکم بر زمان بعد از انقلاب محسوب شد و واکنش اجتماعی در پی دارد.

شاید به همین واسطه است که گفته می‌شود هیچ کس نمی‌داند نظم عمومی، فردا یا چند سال دیگر چه خواهد بود[۱] و شاید به دلیل همین نسبیت و پویایی نظم عمومی است که کاردوسو، نویسنده معروف امریکایی معتقد است که: «تعریف نظم عمومی مغایر با نظم عمومی است.»[۲]

از نظر فقهی نیز دخالت عنصر زمان و مکان بر امر اجتهاد اثرگذار تلقی شده و فتاوای فقها به لحاظ شرایط متفاوت مستحدثه و جاری می‌تواند دستخوش تغییر و تحول قرار گیرد. در واقع از نظر فقهی، حفظ نظام که در مطالب آتی به شکلی مفصل بدان خواهیم پرداخت و جلوگیری از اختلال در آن اقتضا دارد تا فقها نیز در فتوای و اجتهاد خویش انعطاف پذیر بوده و با توجه به مسدود نبودن باب اجتهاد، فتاوایی را بر مبنای شرایط و اوضاع و احوال اجتماعی حاکم بر جامعه اسلامی صادر نمایند. به همین دلیل موضوع «النظام العام» و قاعده حفظ نظام که در لسان فقهی به همان مفهوم نظم عمومی در حقوق است نیز واجد خصوصیت نسبیت بوده و ماهیتی نسبی دارد.

شهید اول در این رابطه می‌نویسد: «تغییر احکام به سبب تغییر عادات اجتماعی مردم جایز است، چنانکه در پول‌های رایج و اوزان متداول و نفقه همسر و نزدیکان، چنین است؛ چون در این موارد احکام، تابع عادت و شیوه زندگی مردم در هر زمان است.»[۳]

۱- کسجیان، کاترین، ۱۳۸۷، نظم عمومی در حقوق اروپا، ترجمه فیض اله جعفری، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۳۸، ص ۱۹۷.

۲- نصیری، محمد، ۱۳۸۳۳، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۱ و ۲، چاپ نوزدهم، انتشارات آگاه، تهران، ص ۸۳

۳- شهید اول، بی تا، القواعد والفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، جلد ۱، قم، منشورات مکتبه المفید، ص۱۵۲.

محقق اردبیلی نیز در این رابطه فرموده است: «هیچ حکمی کلیت ندارد؛ زیرا روشن است که احکام به اعتبار خصوصیات، اوضاع، احوال، زمان ها، مکان‌ها و اشخاص مختلف تغییر می‌کنند و امتیاز عالمان و فقیهان از غیر آنها به واسطه استخراج همین اطلاعات و انطباق آن بر مصادیقی است که از شرع مقدّس گرفته می‌شود.»[۱]

امام خمینی قدّس‌سرّه نیز در این رابطه در کتاب صحیفه نور می‌نویسد: «من به فقه رایج میان فقیهان و اجتهاد به شیوه مرحوم صاحب جواهر اعتقاد دارم؛ این نوع فقه و اجتهاد اجتناب ناپذیر است؛ اما این بدان معنی نیست که فقه اسلامی بر نیازهای زمان منطبق نیست؛ بلکه عنصر زمان و مکان در اجتهاد، مؤثر است؛ چه بسا یک واقعه در یک زمان دارای حکمی باشد امّا همین واقعه در پرتو اصول حاکم بر جامعه و سیاست و اقتصادش حکمی دیگر پیدا کند.»[۲]

نسبیت نظم عمومی در اندیشه پسامدرن[۳]، به شکل موسع تری مطرح می‌شود؛ بدین نحو که گفته می‌شود اگرچه نظم عمومی مربوط به به منافع و مصالح و نظامات جامعه در کلیت آن است و به دنبال انسجام بخشی و ثبات هر چه تمامتر آن است؛ لیکن در اندیشه پسامدرن چنین مفهومی به لحاظ شرایط جامعه و تغییر صورت بندی‌های اجتماعی مستلزم بازاندیشی از سوی نظام‌های حقوقی است. در حقیقت، خود نظم عمومی با

۱- مقدس اردبیلی، ملااحمد، ۱۳۷۹، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد ۳، قم، الجماعه المدرسین بقم المشرفه، موسسه النشر الاسلامی، چاپ سوم، ص٤٣٦.

۲- خمینی، روح اللّه، ۱۳٦۸، صحیفه نور، جلد ۲۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدّس‌سرّه ص۲۱۷.

۳- پسامدرن به عنوان ایده و شکلی از تفکر، محصول روشنفکران منتقد و جناح چپ مدرن است. این اندیشه همزمان با تغییرات عینی دهه شصت در غرب، بحث های متنوعی در حوزه های مختلف از فلسفه تا علوم سیاسی، از هنر تا ادبیات و نقد ادبی مطرح کرد. در واقع مسأله پسامدرن در تمامی حوزه‌ها بیشتر فرصتی بود تا مدرنیته و مدرنیسم از نو ارزیابی شود. به طور کلی پسامدرنیته را می‌توان جریانی برآمده از دل مدرنیته و تلاشی برای پاسخ دادن به معضلات مدرنیته و خروج از این بن بست قلمداد کرد.(لایون، دیوید، ۱۳۸۰، پسامدرنیته، ترجمه محسن حکیمی، چاپ دوم، تهران، انتشارات آشیان، صص ۱۷ تا۱۱).

مفهومی که اکنون از آن قصد می‌شود چندان روشن نیست و بعضاً ابهام برانگیز و حتی مصادیق آن تشکیک پذیرند؛ ولذا چنین مفهومی در شرایط پسامدرن نیز نمی‌تواند تاب کلیت و تعمیم یافتن داشته باشد؛ چرا که ایده مهم و مورد لحاظ در وضعیت پسامدرنیته توجه به تفاوت هاست؛ از این رو در مجموع باید گفت که نظم عمومی گرچه در اندیشه مدرن، به عنوان امری متغییر تابع مکان و زمان می‌شود اما در نسبت با افراد انسانی نیز این نسبت باید لحاظ شود، تا اینکه موجب حذف تفاوت‌ها نشود. در واقع این سنخ نسبی بودن در اندیشه مدرن، خود دوباره در قالب کلیت نظم عمومی به گروههای اجتماعی در جامعه تعمیم می‌یابد؛ لذا نسبیت مفهوم نظم عمومی به عنوان مقوله مکانی و زمانی، نه تنها در میان جوامع مختلف بلکه در درون آنها و میان گروههای جامعه نیز باید لحاظ گردد. بر این اساس می‌توان از نسبیت مضاعف چنین مفهومی در وضعیت و جامعه پسامدرن، سخن به میان آورد[1] و عنوان داشت که نظم در جامعه پسامدرن، نه بر اساس اصل وحدت بخشی، بلکه بر اساس اصل تفاوت، تکثر و خاص بودگی افراد و گروه هاست و می‌تواند از بی نظمی، نوعی نظم خلق نماید.

از این رو دیدگاه پسامدرن در خصوص نظم، نه به دنبال تضمین نظم طبیعی یا تکوینی است و نه اینکه نظم تأسیسی نظام حقوقی را می‌پذیرد؛ بلکه در این اندیشه به لحاظ انکار هرگونه ذات و جوهر، اساساً نمی‌توان برای نظم چه در مفهوم طبیعی و چه در مفهوم تأسیس آن، ذات و ماهیت وحدت بخشی قائل شد.[2] بر این مبنا در اندیشه پسامدرن، مفاهیمی همچون منفعت یا نفع عمومی به عنوان پایه و اساسی برای نظم عمومی در

۱- گرجی ازندریانی، علی اکبر، ۱۳۹۷، مفهوم قدرت و نظم عمومی در اندیشه پسامدرن، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۹، صص ۲۸ و ۲۷.

۲- مرتضوی، هدی، ۱۳۹۲، مفهوم قدرت و نظم عمومی در اندیشه پسامدرن، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ص۷۹.

جامعه و نیز استناد نظم حقوقی به نظم عمومی برای حراست و پاسداری از آن، جایگاهی نخواهد داشت.

با این مقدمه و با اشراف بر نسبی بودن ماهیت و مفهوم نظم عمومی در فقه و حقوق باید گفت که بررسی این اصطلاح از نظر ماهوی با چالش مواجه گردیده و همین امر نیز باعث شده است که اتفاق نظری در رابطه با تعریف نظم عمومی میان صاحبنظران وجود نداشته باشد؛ کما اینکه بسته به آنکه نظم عمومی را «ایجادی» بدانیم یا «وجودی» و یا آن را ترکیبی از این دو محسوب نماییم، ماهیت نظم عمومی صرفنظر از نسبی بودن آن، از نظر تئوریک نیز دستخوش تغییر خواهد شد.

از این رو ضروری است که تا قبل از ورود به موضوع «تعریف نظم عمومی» و بر مبنای ماهیتی که از آن تبیین شد؛ بدواً موضوع نظم عمومی از منظر تاریخی نیز مورد واکاوی قرار گیرد و سپس با اشراف بر مبانی تاریخی آن، به تعریف نظم عمومی بپردازیم.

گفتار نخست: واکاوی تاریخی نظم عمومی

در مقدمه این کتاب گفته شد که نظم عمومی زائیده زندگی اجتماعی و از جمله مقولاتی است که عمری به درازای عمر بشر دارد و سابقه آن به قبل از ظهور تمدن‌های بشری باز می‌گردد. در واقع از همان آغاز پیدایش جلوه‌های اولیه زندگی اجتماعی در میان انسان‌های بَدَوی، یکی از دغدغه‌های مشترک تمامی جوامع انسانی حفظ نظم و نظام حاکم بر زندگی اجتماعی جهت اداره هر چه مطلوب تر اجتماع انسانی در قالب‌های مختلف گروه، قبیله، شهر و کشور بوده است.

در واقع از زمانی که بشر شروع به زندگی زندگی جمعی نمود، گروه‌ها ی مختلف اجتماعی در قالب خانواده، قوم، قبیله...کشور شکل گرفتند. از این میان تشکیل کشور مهم ترین رویداد زندگی بشرمحسوب می‌شود. از دیدگاه جامعه شناسی این جایگزین ساختن قدرت جامعه به جای قدرت فرد، گامی قاطع به سوی تمدن محسوب می‌گردد. تمرکز ی که

بدون تردید پیشرفت تاریخی مهمی محسوب می‌شود. در فرایند شکل گیری این تشکّل اجتماعی، ارزش‌ها و مصالح عالی متعددی نمود پیدا کردند که دارای ریشه های مذهبی،سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بوده و جوامع به هیچ عنوان حاضر به چشم پوشی از این ارزش‌ها نیستند. امروزه این ارزش‌ها و مصالح که از جامعه ای به جامعه دیگر متفاوت می‌باشند، در قالب مفهوم نظم عمومی در نظام های حقو قی ملی مورد حمایت قرار می‌گیرند.[۱]

بند نخست- نظم عمومی در جوامع بَدَوی

اگر بخواهیم سابقه نظم عمومی را با تفصیل مورد واکاوی قرار دهیم، ضروری است که از مفهوم پیچیده امروزی آن فاصله گرفته و آن را از ابتدای خلقت بشر مورد تدفیق قرار دهیم.
خلقت اولیه و زندگی اجتماعی بشر همواره توأم با نظم طبیعی حاکم بر آن بوده است. قانون کائنات و حرکت‌های اتم‌های یک جسم، تغییر فصول، حرکت زمین، جاری بودن آبها و رشد گیاهان همه و همه از یک نظم خاص حکایت دارد که از آن به نظم تکوینی یاد می‌شود.
قرآن نیز در آیات متعددی به وجود این نظم اشاره کرده و نظم حاکم بر جهان آفرینش را مورد تشریح قرار داده است و به انسان سفارش می‌کند که درباره آن بیاندیشد. در واقع آیات زیادی در قرآن وجود دارند که دلالت بر وجود نظم و هماهنگی در دستگاه خلقت و آفرینش دارند. «الذی اتقن کل شی ء»[۲]یا «الذی احسن کل شی ء خلقه»[۳]یا «الذی خلق فسوی»[۴]یا «اِنَ فی خلق السماوات والاَرض و اختلاف اللیل و النهار لآیاتِ لاُولی الالباب»[۵]

۱- حدادی، مهدی، همان، ص ۱۵۸.
۲-سوره نمل، آیه ۸۸.
۳- سوره سجده، آیه ۷.
٤- سوره اعلی، آیه ۲.
۵- سوره آل عمران، آیه ۱۹۰

یا «انّا کل شی ء خلقناه بقدره» [۱] و برخی آیات که نافی ناهماهنگی و بی نظمی در نظام خلقت است مانند «اولم ینظروا فی ملکوت السماوات والارض و ما خلق الله من شی ء» [۲].

انسان اولیه نیز اگرچه درک درستی از نظم حاکم بر امور طبیعت نداشت؛ لیکن به تدریج که به سلاح تفکر و تعقل مجهّز شد، تفکر در خصوص نظم و نسق حاکم بر پدیده‌های طبیعی را آغاز کرد؛ لیکن به علت عدم بلوغ فکری و نقص دانش بشری، وجود چنین نظمی را به ارواح و نیروهای مرموز در طبیعت و غیره منسوب می‌کرد.

بعدها و با افزایش دانش بشری، فیلسوفان و جهان شناسان بشری به وجود نوعی هماهنگی و نظم در پدیده‌های طبیعت دست یافتند که این امر متعاقباً منتهی به ارائه نظریه رابطه علیّت و برهان نظم شد.

فیلسوفان یونان باستان، نخستین اندیشمندانی بودند که در راستای تفسیر نظم و نظام حاکم بر هستی از طریق کشف طبیعت موجودات، گام‌های اولیه را برداشتند و با ارائه نظرات و عقایدی که بعدها مبنای نظریه پردازی دیگر اندیشمندان در عرصه علوم انسانی نیز گردید؛ در رابطه با نظم حاکم بر هستی و طبیعت تفاسیر فلسفی خویش را ارائه دادند.

فیثاغوریان معتقد بودند که همه عالم مانند یک نغمه هماهنگ موسیقی است و بر آن نظمی کلی حاکم است، مشاهده این نظم دقیق آنان را بدانجا کشاند که صریحاً اعلام کردند که اشیاء همان اعدادند. افلاطون نیز نه تنها در اجسام و اشیای مادی عالمِ محسوس قائل به نظم بود، بلکه در عالم بالا (عالم مُثُل) نیز نظم را حاکم می‌دانست و نظم این عالم را اثر و نشانه نظام عالم بالا به شمار آورد. [۳]

۱- سوره قمر، آیه ٤٩.

۲- سوره اعراف، آیه ۱۸۵.

۳- ملاصالحی، همان، ص ۹۱.

همین جریان در طول قرون و اعصار ادامه یافت و الهیون، برهان نظم را که راهی تجربی و مبتنی بر مطالعه در جهان طبیعت بود، به عنوان معروفترین برهان برای اثبات وجود خدا به کار بردند.

اما صرفنظر از نظم طبیعی حاکم بر اشیاء و طبیعت، تاریخ پیدایش "نظم عمومی" به جوامع بشری اولیه ای باز می‌گردد که تعاملات انسانی درآنها از طریق تعامل چهره به چهره اتفاق می‌افتاد. در این جوامع که اندازه معمول جوامع انسانی، دسته‌های کم جمعیتی است؛ همه روابط، شخصی محسوب می‌شدند نه عمومی ولذا اگر نظمی هم در چنین جوامعی قابل مشاهده باشد، مبتنی بر نوعی از نظم فردی یا شخصی است نه نظم عمومی که البته همین نظم، زیر ساخت پیدایش نظم عمومی قرار می‌گیرد.

بدین ترتیب اگرچه نظم شخصی در عرصه حقوق به طور مستقیم جایگاهی ندارد ولی از آنجا که در زمینه مسائل اخلاقی و تربیتی از اهمیت زیادی برخوردار است و با چگونگی رفتار اجتماعی شخص ارتباط نزدیک دارد و به اشکال مختلف در پدید آمدن نظم عمومی اثر می‌گذارد؛ لذا پایه نظم عمومی محسوب می‌شود.

با این وجود نظم شخصی به تنهایی نمی‌تواند منجر به ایجاد نظم عمومی شود ولذا وقتی که جوامع انسانی چه از نوع بَدَوی و چه از نوع پیشرفته شکل می‌گیرند، قطعاً برای اداره امور آن به وجود نوع دیگری از نظم نیاز است که باید مبتنی بر نوعی توافق جمعی باشد. معذلک مفهوم نظم عمومی به هیچ وجه در جوامع بَدَوی و اولیه شناخته شده نیست و چنین مؤلفه ای را نمی‌توان در جوامع اولیه که به صورت گروه‌های کوچک با حوائج مشترک در کنار یکدیگر زیست می‌کردند پیدا کرد و بشر در این دوران، فاقد درکی از مقوله نظم عمومی برای تدام زندگی گروهی خویش است ومؤلفه هایی غیر از مؤلفه نظم عمومی بر زندگی آنها حاکم بوده که ناشی از اراده رئیس یا ریش سفید قبیله یا عشیره بوده است.

بند دوم- نظم عمومی در دوره دادگستری خصوصی و آغاز دادگستری عمومی

در دوره هایی از تاریخ بشر که از آن به دوران دادگستری خصوصی یاد می‌شود و بخشی طولانی از حیات بشر را به خود اختصاص داده است، هر کس برای تعدیاتی که نسبت به وی صورت می‌گرفت و برای احقاق حق خویش، رأساً اقدام به انتقام از متعدی می‌کرد و حتی مسئولیت کیفری بواسطه برخی تعدیات، جمعی بود. در این دوران همه چیز در پرتو منافع شخص و قبیله‌ای تفسیر می‌شد و در مواردی هم که رفتار عضوی از افراد قبیله، مناسبات داخلی آنها را در خطر قرار می‌داد؛ این رئیس قبیله بود که مجری عدالت تلقی می‌شد و بر مبنای منویات و تشخیص خویش، مرتکب را عفو ویا به میل خود مجازات می‌کرد و چنانچه مرتکب جرم، فردی خارج از قبیله مرتکب بود، بر مبنای مسئولیت جمعی، کل قبیله متبوع فرد مرتکب جرم را مورد تهاجم قرار می‌دادند.

در این دوره اگرچه هیچ اصل و قاعده ای بر اجرای کیفر حاکم نبود؛ لیکن به اعتقاد برخی از اندیشمندان، ترس از انتقام و نتایج آن برای قبیله، به مثابه تضمینی برای حفظ نظم وخودداری از ارتکاب جرم بالاخص در روابط بین قبایل بود.[۱]

بدین ترتیب مبنای رفتارهای مجرمانه و پاسخ به آنها در این دوران، مقوله نظم عمومی نیست؛ بلکه حسب مورد حس انتقام جویی و حس سلطه طلبی و سلطه جویی رؤسای قبایل است که بر مبنای آن، رفتاری را به میل خود جرم می‌شناخته و بنا بر اراده مطلقه خویش، مرتکب را عفو ویا به شدیدترین شکل ممکن مجازات می‌کردند و در روابط بین افراد نیز، انتقام خصوصی ملاک پاسخگویی به پدیده مجرمانه بود.

از این رو علاوه بر آنکه مبنای جرم انگاری در دوران نخستین بشر، منافع شخصی و خصوصی است؛ واکنش‌های نخستین بشر نیز نسبت به جرم، واکنشی خشن، سخت گیرانه و غیر انسانی است.

۱- استفانی، گاستون، لواسور، ژرژ، بولوک، برنار، ۱۳۸۸، حقوق جزای عمومی، ترجمه دکتر حسن دادبان، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، چاپ دوم، ص۵۵.

با این حال وقتی که با ظهور دین یهود، حضرت موسی (ع) برای نخستین بار در تورات، قصاص را تشریع نمود؛ مسئولیت جمعی تا اندازه ای فروکش کرد و نفس در مقابل نفس و عضو در مقابل عضو، ملاک سزادهی قرار گرفت؛[۱] لیکن در شریعت موسی نیز مبنای جرم و مجازات، همچنان منافع شخصی و به نوعی همان جرایم طبیعی است و قاعده مشخصی برای جرم انگاری و تعیین شدت مجازات‌ها از حیث اخلالی که در نظم حاکم بر جامعه ایجاد می‌کنند وجود ندارد.

تاریخ حقوق کیفری حاکی از آن است که با ظهور دولت‌ها و تشکیل قدرت‌های مرکزی و ازاله تدریجی قدرت قبایل و عشایر، انتقام خصوصی و شخصی ممنوع شد و به تدریج کیفر همگانی جایگزین آن شد. مسئولیت جمعی تعدیل شد و این شخص بزهکار بود که باید پاسخگوی کردار بد خود بود و بار مکافات را بر دوش می‌کشید. واکنش‌های انتقام جویانه افراد کم کم تحت نظم و ضابطه مشخص درآمد و انتقام خصوصی و جنگ‌های بین قبایل جای خود را به نوعی دادگستری یعنی اجرای محدود مجازات متناسب با زیان و صدمه وارد شده گردید. با این وصف، دادگستری هنوز جنبه خصوصی داشت؛ زیرا ابتکار پیگرد و مجازات مرتکب جرم در اختیار بزه دیده بود و وظیفه قدرت عمومی در استقرار سازمان قضایی و کاستن از مداخله دیگران در امر قضا خلاصه می‌شد.[۲]

بدین ترتیب در این دوران نیز مقوله نظم عمومی مقوله ای ناشناخته است؛ زیرا اصولاً جرم، خللی به نظم عمومی جامعه وارد نمی‌کند و مادامی که زیان دیده از جرم، تعقیب و مجازات بزهکار را درخواست نمی‌کرد؛ دولت نیز خود را ملزم به تعقیب و مجازات بزهکار نمی‌دانست مگر در مواقعی که دولت، خود بزه دیده جرمی قرار می‌گرفت که در این صورت نیز به شدیدترین وجه ممکن با مرتکب برخورد می‌گردید. در واقع در این دوران، جرم همچنان دارای جنبه خصوصی است و دولت حیثتی تحت عنوان حیثیت عمومی

۱- آقایی جنت مکان، حسین، ۱۳۹۱، حقوق کیفری عمومی، جلد نخست، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ص ٦٨.

۲- اردبیلی، محمد علی، ۱۳۸۲، حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ص٦٣.

برای جرایم قائل نیست و به همین دلیل نیز خود را موظف نمی‌داند تا در صورت ارتکاب جرم، بدون درخواست بزه دیده؛ رأساً آن را تعقیب و مرتکب جرم را مجازات نماید.

البته در این دوران جرم با مفهوم مذهبی آن نیز بسیار عجین شده بود و پادشاه که خود را فرستاده خدا و عالیترین مقام مذهبی می‌دانست، می‌توانست به بهانه عدم رعایت آداب و تشریفات مذهبی و بواسطه آنکه چنین رفتاری را مخالف نظم عمومی جامعه می‌دانست، مرتکب را از کلیه حقوق و امتیازات اجتماعی محروم سازد. در واقع در این دوران، نظم عمومی در وجود رئیس حکومت و پادشاه خلاصه می‌شد و او که فرستاده عالم غیب بود، مردم تحت حاکمیت خویش را مجبور می‌کرد تا از اوامر دینی و مذهبی حاکم بر جامعه تبعیت و اطاعت نمایند و رعایت دستورات دینی را ضامن حفظ نظم حاکم بر جامعه تلقی می‌کرد؛ از این رو نظم به مفهوم روح اصول و ارزش‌های حاکم بر جامعه متمدن به معنای امروز خود به هیچ وجه در آن دوران مطرح نبوده است.[۱]

با توسعه بیشتر جوامع بشری و توسعه روزافزون شهرنشینی و سازمان یافتگی بیشتر دولت ها، دوره دادگستری خصوصی به تدریج به سمت و سوی ایجاد سیستم دادگستری عمومی سوق پیدا می‌کند. در واقع به تدریج در بستر زمان، افکار فلسفی و تعالیم ادیان آسمانی توانست از شدت انتقام خصوصی کاسته و ضمن نکوهش آن، نیاز به برقرار نظم در جامعه را توسط دولت‌ها با وضع قانون و دخالت انحصاری دولت در قلمرو جرم و مجازات، تقویت کند.[۲]

شاید بتوان مهمترین دستاورد دوره دادگستری عمومی را ضرورت دخالت دولت در قبال رفتارهایی دانست که قطع نظر لطمه ای که به منافع خصوصی متضرر از جرم، بواسطه لطمه‌ای که به منافع عمومی جامعه وارد می‌نمایند؛ مستقیماً توسط دولت قابل تعقیب شناخته شدند. در واقع دوره دادگستری عمومی را باید متقارن با شناسایی حیثیت عمومی برای جرایم دانست.

۱- محمدزاده، رضا، همان، ص ۱۳۱.

۲- آقایی جنت مکان، حسین، همان.

در آغاز این دوره از دوران دادگستری، بر خلاف گذشته فقط افراد، متضرر از جرم محسوب نمی‌گردند بلکه جامعه نیز خود را به خاطر اخلال در نظم حاکم و ضرورت حفظ شرایط تداوم زندگی اجتماعی، ذینفع دانسته و بدون نیاز به درخواست و شکایت متضرر از جرم، خود را محق به تعقیب کیفری افرادی می‌داند که ممنوعیت‌های قانونی را نادیده انگاشته و مرتکب رفتاری شده اند که از طرف دولت به قید مجازات منع شده است.[۱]

بدین ترتیب با آغاز دوران دادگستری عمومی که تا زمان حاضر نیز تداوم پیدا کرده است، مفهوم نظم عمومی در قسمتی از قلمرو حقوق کیفری که واکنش در قبال پدیده مجرمانه است به صورت ضمنی مورد پذیرش قرار گرفت، هر چند که از نظر اصطلاحی، ناشناخته بود. در واقع نفسِ در نظر گرفتن حیثیت عمومی برای جرایم بدین معنی بود که در آغاز این دوران، جرم دیگر رفتاری نیست که صرفاً به منافع خصوصی افراد لطمه وارد کند؛ بلکه جرم پدیده ای است که ارتکاب آن، علاوه بر لطمه به منافع خصوصی متضرر از جرم، باعث اخلال در **نظم عمومی** حاکم بر جامعه نیز که حفاظت از آن برای حکمرانی مطلوب حاکمان، ضرورتی اجتناب ناپذیر بود می‌شود ولذا دولت‌ها برای حفظ اقتدار خویش و اعمال حاکمیت در قلرو تحت سیطره خود مصمم شدند تا هرگونه تخطی از مقررات موضوعه خویش که هیمنه اقتدار ایشان را در هم می‌شکست و یا تضعیف می‌کرد را با پاسخی سرکوبگر مواجه سازند تا بدین ترتیب بتوانند با برقراری نظم عمومی در سطح جامعه تحت حاکمیت خویش، راحت تر به اداره امور بپردازند.

با این حال همچنانکه گفته شد، در دوران اولیه و کومون دادگستری عمومی، نظم عمومی به صورت ضمنی صرفاً ناظر بر قسمتی از قلمرو حقوق کیفری که حافظ منافع حاکمیت محسوب می‌گردید بود. در واقع در این دوران، قانون کیفری صرفاً برای حفظ اقتدار و نظم مورد نظر حاکمان وضع می‌شد و علت جرم انگاری رفتارهای انسانی، تعارض آنها با مقوله نظم عمومی نبود؛ بلکه تعارض این رفتارها با منویات و حوائج پادشاه یا حاکمان وقت بود. به علاوه مجازات‌های بسیار خشن و غیر انسانی بود و میزان اخلال در نظم عمومی بواسطه

۱- سلیمی، صادق، ۱۳۹۲، چکیده حقوق جزایی عمومی، تهران: انتشارات جاودانه، چاپ دوم، ص٦.

جرم ارتکابی، معیار تعیین میزان مجازات نبود و از این رو قضات با اختیارات بسیار وسیعی که داشتند، بی توجه به میزان اخلالی که جرم ارتکابی به نظم حاکم بر جامعه وارد کرده بود؛ مبادرت به تعیین مجازات‌های بسیار شدید و خشن در مورد مرتکبین جرم می‌کردند و از اعمال و اجرای مجازات، هیچ فایده اجتماعی مگر ارعاب تعقیب نمی‌شد.

بند سوم- نظم عمومی در تمدن‌های باستانی تا دوره رنسانس

علی رغم پیشینه طولانی نظم عمومی در جوامع انسانی، شناسایی آن به عنوان یکی از مؤلفه‌های اصلی و اساسی اداره زندگی اجتماعی، قرن‌ها به طول انجامیده و بشر در طول کمی بیش از دو قرن اخیر است که این مفهوم را علی رغم وجود روح آن در حقوق قدیم، شناسایی و نقش آن را در اداره امور اجتماع دریافته است و در راستای ترسیم مفهومی دقیق و ملموس از نظم عمومی گام بر داشته است و این مفهوم به تدریج واجد تفکری فلسفی در ورای معنای ظاهری و لغوی آن گردیده است.

بدین ترتیب به مانند سایر مقولات، شکل گیری و نسج مفهوم نظم عمومی نیز بالاخص در علم حقوق وابسته به وجود تفکرات فلسفی و عقاید اجتماعی ناشی از آن است و به همین لحاظ مفهوم آن از مبانی فکری نظام اجتماعی شکل می‌گیرد [1] ولذا تبیین و ترسیم مفهوم نظم عمومی بی توجه به سابقه شکل گیری و مبانی فلسفی و تاریخی موجود در ورای آن میسر نخواهد بود و به همین دلیل هم است که اغلب پژوهشگران، نظم عمومی را با رویکردی تاریخی و نظری مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار داده اند؛ چراکه شناخت و درک واقعی این تأسیس، بدون مطالعهٔ زمینهٔ تاریخی آن ممکن نیست.

بطور کلی «نظم عمومی» از آموزه هایی است که از حدود دو قرن پیش در دنیای غرب و عمدتاً در کشور فرانسه مطرح و به تدریج به سامانه حقوقی و نظام هنجاری جوامع

۱- حبیب زاده، دکتر محمدجعفر، ۱۳۷۷، رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۳، ص ۳۸.

گوناگون وارد گردید؛[1] لیکن نظم عمومی به لحاظ تاریخی، سابقه ای بسیار طولانی تر از آنچه دارد که در سده‌های اخیر در نظام حقوقی فرانسه و سپس سایر نظام‌های حقوقی مطرح شده است.

بررسی‌های تاریخی در این خصوص حاکی از آن است که ریشه و اساس نظم عمومی را در بستر زمان باید در حقوق روم باستان جستجو کرد. با این حال تمدن‌های بزرگ باستانی شامل ایران، مصر، یونان و روم بعنوان مربعی تاریخی، نقش بسزایی در جهت دهی به قواعد مکتوب قانونی مربوط به نظم عمومی داشته اند و نظم عمومی را دچار تحولاتی شگرف نموده‌اند. بررسی اندیشه‌های سیاسی جهان حاکی از آن است که تا حدود قرن نهم میلادی، نظریه پردازی در خصوص نظم عمومی صرفاً در اختیار فلاسفه، اندیشمندان و نظریه پردازان غربی بوده است؛ اما پس از قرن نهم میلادی و همزمان با قرن دوم هجری، با گسترش اسلام و استفاده اندیشمندان اسلامی از فلسفه غرب، افرادی مانند فارابی، ابن رشد و بوعلی سینا نظریاتی فلسفی توأم با رویکردهای اجتماعی ارائه داده‌اند.[2]

در یونان باستان، علی رغم پیشرفته بودن این تمدن نسبت به تمدن روم، ذکری از نظم عمومی در هنگام وضع قوانین مکتوب که به «سُلِن»[3] اشتهار داشت به میان نیامده است؛[4] اما یونانی‌ها بدون آنکه واژه نظم عمومی را مورد کاربست قرار دهند، برای هریک از انواع نظم معنی خاصی را درنظر گرفته و نامی تخصصی برای هریک از انواع نظم درنظر گرفته بودند؛ بدین ترتیب که برای نظم خود انگیخته یا همان نظم تکوینی از عبارت

۱- زارعی، محمدحسین، ۱۳۸۵، حقوق عمومی؛ کارکردها و چالش ها، تهران: نشریه حقوق عمومی، شماره ۲، ص ۱۰.

۲- مدنیان، غلامرضا، همان، ص۱۲۷.

3 -Solen.

٤- خلخالی، فرید، نظم عمومی و آزادی تجمع و تشکل، همان، ص۱۱۵.

«کوسموس»[1] بهره می‌بردند و برای نظم ایجادی مانند نظمی که برای جنگ در سپاه به وجود می‌آوردند از واژه «تاکسیس»[2] بهره می‌بردند.[3]

در حقوق روم نیز به هیچ وجه نامی از «نظم عمومی» برده نشده است، اما پس از قرن دوم قبل از میلاد، به تدریج مفاهیمی همچون «اخلاق» و «اخلاق حسنه» وارد حقوق روم شده است که با نظم عمومی به مفهوم امروزی ارتباط بسیار نزدیکی دارد؛ ولذا از نقطه نظر تاریخی همچنانکه بسیاری از اصول حاکم و متداول در حقوق فعلی دنیای غرب ناشی از تأثیراتی است که به طور مستقیم یا غیر مستقیم متأثر از حقوق روم بوده است، می‌توان استفاده از مفهوم نظم عمومی را در ادبیات حقوقی روم جستجو کرد.[4]

در واقع، حقوق روم باستان به لحاظ مبانی فلسفی و داشتن قوانین مدوّن برای اداره امور قلمرو وسیع امپراطوری روم، نسبت به زمان خویش بسیار غنی و پیشرفته بود و همین ویژگی نیز باعث می‌شد تا قواعد حقوقی و اصول حاکم بر فلسفه قانونگذاری در این امپراطوری نیز اصول و قواعدی ویژه و پرمغز باشند به نحوی که سایر ملل نیز از همان اصول و قواعد حقوق روم باستان پیروی می‌کردند.

بدین ترتیب اگرچه در حقوق روم، به هیچ وجه نامی از نظم عمومی برده نشده است؛ اما از قرن دوم قبل از میلاد که افکار قضایی رومی‌ها رو به تحول و تکامل گذاشت، به تدریج و رفته رفته اصطلاحات اخلاق و اخلاق حسنه بوجود آمد که به تدریج جای خود را در متون قدیمی باز کرد و مورد استفاده قرار گرفت.

تنها سندی که وجود ضمنی نظم عمومی را در روم باستان ثابت می‌کند، مجموعه متونی پنجاه جلدی مشهور به «دیژست»[5] است که در مجموعه حقوق قدیم روم موجود بوده که

1. Kosomos.
2 .Taxis.

٣- مدنیان، همان، ص ١٣١

٤- واستانی، عبدالغنی، همان، صص ٩و٨

5 .Digest

شامل کلیه احکام و عقاید قضات و حقوقدانان و مقررات قدیم روم است.[1] مندرجات این متون حقوقی و قواعد و مقررات مذکور در آنها به کیفیتی است که چیزی جز قواعد مربوط به ایجاد و حفاظت از نظم عمومی را به ذهن متبادر نمی‌سازد. برای نمونه در مواردی که این مقررات معامله سموم و خرید و فروش انسان آزاد و اشیای مقدس را ممنوع اعلام داشته است؛ تردیدی وجود ندارد که مبنای ایجاد چنین ممنوعیتی به طور ضمنی «نظم عمومی» و حفاظت از آن بوده است.

نباید این نکته را نیز از ذهن دور داشت که انتشار قواعد مربوط به حقوق روم در سایر کشورها، عملاً اختلافات میان آنان را کاهش می‌داد و این امر در بستر زمان و حتی تا زمان حاضر نیز تداوم یافته است و در قلمرو مربوط به مباحث نظم عمومی نیز، این موضوع به تأسی از حقوق روم در ذیل مفهوم نفع عمومی حتی در قرون وسطی نیز مورد توجه بوده است و تأثیر حقوق روم بر حقوق کلیسایی در این دوران به عینه مشهود است.[2]

از این رو تردیدی وجود ندارد که حقوق غرب و به تبع آن نظام‌های حقوقی دیگری که در دنیا از حقوق غربی اقتباس گردیده اند؛ بسیاری از اصول و قواعد حقوقی خویش را باید در حقوق روم باستان ریشه یابی کنند و «نظم عمومی» نیز از جمله همان مفاهیمی است که ریشه و اساس آن در حقوق روم باستان قرار دارد.

بعلاوه بعدها، اولپین[3] قاضی و دانشمند رومی نیز که در قرون دوم و سوم میلادی می‌زیسته است در نوشته‌های خویش به اصطلاح "Pus Publicum" اشاره نموده است که این اصطلاح، امروزه معادل با «حقوق عمومی» است و شامل «قوانین امری»، «نفع عمومی» و «نظم عمومی» می‌شده است.[4]

۱- الماسی، نجادعلی، کریم پور، صالح، ۱۳۹٤- نگاهی به مبانی نظم عمومی در علم حقوق، مجموعه مقالات منتخب نوزدهمین همایش حکیم ملاصدرا، تهران، انتشارات بنیاد حکمت اسلامی صدرا، ص۲٤۱.

۲- الماسی، نجادعلی، ۱۳۸۲، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: نشر میزان، ص ۱۸۱.

3 - Ulpien

٤- احمدی واستانی، همان، ص ۲۰.

همگی این مطالب حکایت از آن دارد که حقوق روم در طول تاریخ، بر تحولات مربوط به مفهوم و ماهیت نظم عمومی سیطره داشته و روح آن بالا خص در حوزه حقوق عمومی که حقوق کیفری نیز در زیر مجموعه آن قرار می‌گیرد؛ جریان داشته است.

با این حال برخی نیز مدعی شده اند که نمی‌توان در حقوق روم، برای نظم عمومی معادلی پیدا کرد که واجد اوصاف کامل نظم عمومی به مفهوم امروزی آن باشد[۱] لیکن همانطور که گفته شد درصورتیکه مفهوم نظم عمومی را با مفهوم «اخلاق حسنه» دارای اشتراک معنایی و ناظر بر یک معنی بدانیم، در این صورت تردیدی وجود نخواهد داشت که اصطلاح "Jillionres" را که در ادبیات حقوق رومی واجد معنای اخلاق حسنه است باید معادل عبارت نظم عمومی محسوب نمائیم؛ کما اینکه برخی بر این عقیده اندکه مفاهیم مربوط به اخلاق حسنه و حقوق عمومی عیناً از حقوق روم باستان وارد حقوق غرب گردیده و سپس تحت تأثیر حقوق کلیسایی و با استقرار دین مسیحیت، اصطلاحات دیگری نیز در کنار آنها رواج یافته که همگی این اصطلاحات ناظر بر مفهوم نظم عمومی است.[۲]

با زوال امپراطوری روم، به تدریج کسانی پیدا شدند که دست به شرح وتفسیر قوانین و مقررات رومی زدند که از آنها تحت عنوان شارحان قوانین روم یاد می‌شود[۳] که برجسته ترین آنها افرادی به نام "بارتول"[۴] و "بالد"[۵] هستند. این دو نفر مکتبی را تحت عنوان مکتب ایتالیایی بنیان نهادند که امروز به مکتب قدیم ایتالیا یا «شارحان» شهرت دارد و قوانین را به صورت عمده به دو دسته قوانین مناسب و قوانین نامناسب (منفور) تقسیم نمودند.

---

1 -W.w. Buvkland ,A Manual of Roman prinate Law, 2nd/ed, Cambridg at the University press, 1974.p.173.

۲- ابدالی، مهرزاد، ۱۳۸۵، مطالعه تطبیقی مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران، تهران، پژوهش نامه علوم انسانی، دانشگاه بین المللی امام خمینی، سال سوم، شماره ۲و۱، ص ۳.

۳- الماسی، نجادعلی، همان، ص۵۸.

4 -Bartole

5 -Baled

قوانین مناسب به تعبیر ایشان، قوانینی بودند که قابل اجـرا محسـوب مـی‌شـدند و قـوانین نامناسب یا منفور، قوانینی بودند که به لحاظ مغایرت با نظم عمومی غیرقابل اجرا محسـوب می‌گردیدند. بعلاوه از نظر آنان قوانین مناسب می‌تواند در محدوده جغرافیایی یک کشـور، مناسب تلقی گردد ولی اجرای همان قانون در خـارج از مرزهـای آن کشـور و در کشـوری دیگر ممکن است مغایر با نظم عمومی باشد.[۱]

بارتول در قرن سیزدهم و چهاردهم میلادی، با ارائه نظریه «نفع عمـومی»[۲] سـعی در حـل مسائل ناشی از تعارض قوانین با دیگر کشورها کرد و نفع عمومی را معیار و مـلاک ارزیـابی تناسب قوانین با نظم حقوقی حاکم بر هر کشور دانست. بدین ترتیـب از نظـر بـاتول، هـیچ دادگاهی نمی‌تواند قانونی را به اجرا درآورد که اجرای آن در تعارض با نفـع عمـومی بـوده و جامعه، اجرای آن را بر نتابد.

مطابق این نظریه، هر نوع قرارداد و توافقی که مخالف با «نفع عمومی» باشد، باطل و بلااثـر محسوب می‌شود هرچند که قانون حاکم بر آن قرارداد یا توافق، در محل وضع خـود دارای اعتبار و نفع عمومی باشد.[۳] در واقع آنچه که ملاک تـأثیر گـذاری قـانون بـر منـافع و نظـم عمومی است، محل وضع قـانون اسـت نـه محـل اجـرای آن کـه ممکـن اسـت بـه لحـاظ جغرافیایی با یکدیگر متفاوت باشند.

برخی نیز بر این عقیده اند که شاید این امر ناشی از مخالفت قانون موضوعه در محل وضـع با اخلاق حسنه در محل اجرای آن باشد که پیشتر بـه شـکل شـفاف تـری در حقـوق روم یافت می‌گردید[۴] و همان مباحث اساس ایجاد مفهومی تحت عنوان نظم عمومی گردیـد کـه اخلاق حسنه نیز یکی از مهمترین مبانی و مؤلفه‌های آن است.

۱- همان، صص ٦٤ و ۵۸.

2 -Interet public

۳- احمدی واستانی، همان، ص ۱۰.

٤- صادقی، محسن، ۱۳۸٤، مفهوم و اعمال نظم عمومی در مراجع قضایی و شبه قضایی و جلـوه هـای نـوین آن، تهران، فصلنامه دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ٦۹، ص ۹۲.

توماس هابز فیلسوف انگلیسی نیز ایجاد و بقاء جامعه و نظم اجتماعی را مبتنی بر وجود قرارداد اجتماعی با صرفنظر کردن شهروندان از بخشی از منافع و امتیازات شخصی می داند. به نظر او انسان موجودی خودخواه است و صرفاً به ارضای امیال فردی علاقه مند است؛ بنابراین روابط انسانی مبتنی بر اصل رقابت است؛ اما از طرفی ارضای امیال فردی نمی‌تواند باوجود هرج ومرج در جامعه امکان‌پذیر باشد و راه‌حل نهایی آن است که انسان‌ها با یکدیگر هم‌آوازه شده و یک قرارداد اجتماعی را به منظور حاکم شدن یک نظم عمومی بوجود آورند.

در این میان نباید از تأثیرات گسترده دین مسیحیت بر مبانی فلسفی و اجتماعی نظم عمومی غافل شد؛ زیرا درست است که ریشه نظم عمومی را باید در حقوق روم جستجو کرد؛ اما تحولاتی که با ظهور دین مسیحیت و بالاخص در قرون وسطی بر مبانی نظم عمومی و مفاهیمی همچون اخلاق حسنه تأثیر گذاشت قابل مسامحه نیست؛ زیرا پس از آنکه در اواخر قرن سوم میلادی و در طول حکومت امپراطور تئودوسیوس، مسیحیت به صورت دین رسمی امپراطوری روم درمی‌آید، این آئین با سرعت زیادی گسترش می‌یابد و همین امر به تدریج باعث قدرت گرفتن کلیسا و حاکم شدن جهان بینی عیسوی بر کلیه شئون زندگی فردی و اجتماعی اروپای آن زمان می‌گردد.

اگرچه مسیحیت در قرون اولیه برنامه منظم و فراگیری برای زندگی فردی، اجتماعی، فرهنگی و سیاسی مردم و جوامع انسانی نداشت و حتی بهره ای از قوانینی که دخالت مستقیم کلیسا را در امور سیاسی و اقتصادی تجویز نماید بی بهره بود؛ لیکن رفته رفته کلیسا در خدمت نظام سیاسی و اقتصادی قرار گرفت و نقش مشروعیت بخشی به نظام‌های امپراطوری و شاهنشاهی را ایفا کرد.[1] در این شرایط الهیون مسیحی، عملاً

۱- رهنمایی، سیداحمد، جزوه غرب شناسی، دسترسی در ۱۳۹٤/٤/٥.
https://kalk.ir/doc/package/762/

(رهنمایی ۱۳۹٤)

حاکمیت سیاسی جامعه آن زمان را در دست گرفتند و رویکردی جدید را بـا تلقـی بسـیار سختگیرانه از دین ارائه کردند. نظم عمومی مورد نظر آبـاء کلیسـا در ایـن دوره مبتنـی بـر احکامی بود که دین به اجرای آن فرمان می‌داد و در بینش این حاکمان دینی کـه خـود را نمایندگان بلافصل خدا در روی زمین می‌دانستند، عقـل الهـی و قـوانین مقـدس آسـمانی، معیار حاکم بر نظم جهان هستی محسوب می‌شد و بدین ترتیب، نظم الهی باید جای نظـم طبیعی و خودانگیخته حاکم بر جامعه را می‌گرفت و هرگونه نظم عمومی باید با معیارهـای این دین در اجتماع نهادینه می‌شد که ایـن رونـد بسـیار مشـابه حکومـت‌هـای توتـالیتر و تمامیت خواه امروزی بود.[۱]

با این حال تحولات مربوط به شناسایی مقوله نظم عمومی در حوزه حقوق خصوصی حتـی در دوران قرون وسطی ادامه داشت.

در قرن هفدهم میلادی و با پایان یافتن قرون وسطی و آغاز دوره رنسانس و تغییـر رویکـرد متفکران دوره روشنگری در تبدیل حقوق الهی به حقوق غیر الهی، حقوقدانی فرانسـوی بـه نام «ژان دوما »[۲] اصطلاح «نظم اجتماع»[۳]را جایگزین نفع عمومی کرد. وی اولـین کسـی است که در فرانسه با استعمال عبارت «نظم اجتماع» و «نظم خـارجی» بـه مفهـوم نظـم عمومی توجه کرد. در نظریـه وی تأکیـد مـی‌گرددکـه همـه چیـز در سـایه نفـع عمـومی نمی‌تواند قرار گیرد؛ زیرا در مواردی ممکن است که موضوعی در تضـاد بـا منـافع عمـومی باشد؛ لیکن لزوماً باعث اخلال در نظم اجتماعی نگردد. برای نمونه اگر کسی خانـه دیگـری را تخریب کند اگرچه منافع عمومی در اثر تخریب منزل دیگری در مخاطره قرار نمی‌گیـرد لیکن این اقدام، نظم اجتماع را مختل می‌کند.

اگر بخواهیم به صورت مختصر و خلاصه به نظریه دوما اشاره کنیم؛ باید بگوییم که خلاصـه نظر وی چنین است: « قرارداد، نتیجه طبیعی «نظم اجتماع» مدنی است و ارتبـاطی اسـت

۱- مدنیان، غلامرضا، همان، صص ۱۴۳ و ۱۴۲.

2 - Jean Domat

3 -Ordre de la societe