

---

## محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین

دکتر حمید رضا نیکبخت\*

### چکیده

موارد زیادی در سیستم حقوق بین‌الملل خصوصی یا تعارض قوانین کشورهای مختلف وجود دارد که اعمال قانون کشورهای دیگر (خارجی) را برای دادگاههای خود جایز می‌شمارند. در عین حال در همین سیستم‌های حقوقی قواعدی وجود دارد که در شرایطی مانع اعمال قوانین خاص تجویز شده می‌گردند. موضوع ممانعت که مورد نظر قواعد می‌باشد، اساساً نظم عمومی و قواعد آمره قانونی می‌باشند. به این صورت که چنانچه قواعد قانون خارجی که اعمال آن مجاز شمرده شده، مغایر با نظم عمومی یا مغایر با قواعد آمره قانونی مقر دادگاه باشد، دادگاههای این کشور آن قانون را اعمال نخواهند نمود. بنابراین، به رغم پذیرش قانون خارجی در داخل نظام حقوقی - قضایی یک کشور باید توجه داشت که این پذیرش مطلق و بدون محدودیت نیست.

**واژگان کلیدی:** حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، قواعد تعارض، آزادی و استقلال اراده، نظم عمومی، قواعد آمره، محدودیت‌های آزادی اراده، محدودیت‌های اعمال قانون خارجی.

---

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

## مقدمه

وقتی که به موجب قواعد حل تعارض یک کشور، اعمال قانون کشور دیگر (خارجی) مجاز یا الزامی می‌گردد، قواعد قانون خارجی ممکن است به دلایل متعدد در دادگاههای آن کشور پذیرفته نشوند؛ مثلاً ممکن است آنها خلاف اصول اخلاقی یا فرهنگی - اجتماعی یا کلاً مغایر اصول بشری مقرر دادگاه باشند، مانند قوانینی که برای نژاد یا گروه خاصی از افراد جامعه تبعیض ناروا قائل هستند مثل اینکه قانونی افرادی از جامعه را که از نژاد معین یا مذهبی خاص هستند از بعضی از حقوق و مزایای قانونی نظیر بعضی از عقود و قراردادهای منع نماید یا استفاده‌های غیراخلاقی و غیربشری از انسان را مجاز شمارد؛ یا ممکن است قانون خارجی مغایر منافع ملی یا منافع دولت مقرر دادگاه باشد، مانند قوانینی که تحریم صادرات یا واردات را برای کشور مقرر دادگاه برقرار می‌کنند یا قوانینی که نظم و کنترل اقتصاد ملی را بر هم می‌زنند یا به میراث ملی خلل وارد می‌آورند؛ یا قانون خارجی ممکن است ناقض حاکمیت مقرر دادگاه محسوب شود، مانند قوانینی که حقوقی را در اموال غیرمنقول یا املاک یا منابع و ذخایر طبیعی در مقرر دادگاه ایجاد می‌کنند؛ یا اینکه قانون خارجی ممکن است با منافع قشر خاصی از جامعه مانند کارگران یا مصرف‌کنندگان، که در مقرر دادگاه برای آنها قوانینی حمایتی وجود دارد، مغایرت داشته باشد.

بنابراین ضرورت داشته است که در سیستم‌های تعارض قوانین مختلف گرچه اعمال قانون خارجی را به‌طور مستقیم (مانند ماده ۶ قانون مدنی ایران) یا غیرمستقیم با به رسمیت شناختن آزادی یا حاکمیت اراده طرفین دعاوی (قسمت اخیر ماده ۹۶۸ ق.م.)<sup>۱</sup> می‌پذیرند، اما در عین حال برای زمانی که اعمال قانون

۱. ببینید: نیکبخت، دکتر حمیدرضا، ماده ۹۶۸ قانون مدنی و ماده ۲۸ قانون دآوری تجاری بین‌المللی ایران، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۹، شماره ۳۲-۳۱، ص ۱۲۵.

خارجی در مواردی مثل موارد فوق با قواعد و اصول گذشت‌ناپذیر مقرر دادگاه مغایرت داشته باشد، تمهیداتی را بیندیشند. از این رو مشاهده می‌گردد که در سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف قواعدی پیش‌بینی شده است که به موجب آنها چنانچه قانون خارجی اساساً با قواعد آمره و یا نظم عمومی کشور مقرر دادگاه مغایرت داشته باشد، آن قانون که اصولاً باید اعمال می‌شد، اعمال نخواهد شد.

در واقع موانع اعمال قانون خارجی در انواع و اشکال مختلف ظاهر می‌شوند، بعضی به صورت قانون و مدون هستند و بعضی به طور قضایی اعمال می‌شوند و ریشه در عرف و رسوم و نظم و اخلاق جامعه دارند؛ مثلاً در قانون مدنی ایران از یک طرف مقرر گردیده است که قانون خارجی در صورتی که مخالف با قوانین مخصوصه نباشد به اجرا گذاشته خواهد شد<sup>۲</sup> و از طرف دیگر نیز مقرر گردیده است که چنانچه قانون خارجی برخلاف اخلاق حسنه و یا مخالف با نظم عمومی باشد به موقع اجرا گذاشته نخواهد شد.<sup>۳</sup> به طور کلی در این مقاله محدودیت‌های اعمال قانون خارجی کلاً تحت دو عنوان «قواعد آمره قانونی» مقرر دادگاه و «نظم عمومی» مقرر دادگاه<sup>۴</sup> با تأکید بر محدودیت اعمال قانون خارجی در قرارداد<sup>۵</sup> مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. هر دو عنوان در

۲. ماده ۹۷۴ قانون مدنی ایران.

۳. ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران.

۴. گرچه معمولاً در حقوق بین‌الملل خصوصی گفته می‌شود قواعد آمره مقرر دادگاه بر یک رابطه حقوق بین‌الملل خصوصی، به رغم اینکه قانون حاکم یا قابل اعمال بر آن قانون خارجی باشد، اعمال خواهد گردید، و نظم عمومی مانع اعمال قانون حاکم یا قابل اعمال خارجی خواهد بود، اما در واقع در مواردی نیز که اعمال قانون خارجی با قواعد آمره مقرر دادگاه (به شرحی که بعداً خواهد آمد) مغایرت دارد، این قواعد مانع اعمال قانون خارجی خواهند گردید.

۵. برای مطالعه تعارض قوانین در قرارداد، ببینید: نیکبخت، دکتر حمیدرضا، تعارض قوانین در قرارداد (قانون حاکم بر تعهدات قراردادی و اصل حاکمیت اراده)، مجله حقوقی، ۱۳۸۴، شماره ۳۲، ص ۷.

قسمت اول مقاله مطالعه خواهد شد که در ضمن عنوان اول به اثر قواعد آمره قانونی کشور ثالث نیز اشاره خواهد گردید. در عنوان دوم حدود نظم عمومی مور توجه خواهد بود.<sup>۶</sup>

در قسمت دوم، به بررسی عناوین مطرح در قسمت اول در چند سیستم حقوقی ملی و بین‌المللی پرداخته خواهد شد و در پایان نتیجه‌گیری قسمت‌های بحث شده نگاشته خواهد شد.

---

۶. علاوه بر دو عنوان قواعد آمره قانونی و نظم عمومی مقر دادگاه، موضوعی دیگر با عنوان «تقلب نسبت به قانون» نیز می‌تواند مانع اعمال قانون خارجی محسوب شود. اما چون این موضوع در عمل به ندرت پیش می‌آید و بیشتر به عنوان موضوعی نظری (دکترین) مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد و کمتر جنبه قاعده قانونی دارد، لذا در این مقاله از محدودیت‌های اساسی و فراگیر همه سیستم‌های حقوقی بحث می‌شود. به علاوه، چنانچه چنین موضوعی در عمل مطرح شود، ممکن است بتوان آن را داخل دو عنوان دیگر قرار داده و تحت آن عناوین از اعمال قانونی خارجی ممانعت نمود.

## قسمت نخست

### مفهوم قواعد آمره و نظم عمومی

#### ۱- مفهوم قواعد آمره

قواعد قانونی سیستم‌های حقوقی مختلف به اعتبار حکم، یا آمره می‌باشند (قوانین امری) یا غیرآمره و اعلامی (قوانین تخییری). قواعد آمره قواعدی هستند که هدف از وضع آنها حمایت از یک یا دو طرف رابطه حقوقی یا شخص ثالث و یا به طور کلی حفظ منافع و نظم جامعه می‌باشد. افراد یا اطراف رابطه حقوقی نمی‌توانند با توافق از قواعد آمره صرف‌نظر نمایند یا تنها می‌توانند تحت شرایط خاصی از آنها عدول نمایند.

در یک معنای کلی، قاعده آمره، یک قاعده قانونی است که افراد نمی‌توانند با قرارداد یا توافق از اجرا یا اعمال آن جلوگیری نمایند، یا آن را تغییر دهند، یا محدود نمایند. قواعد آمره معمولاً دونوع‌اند، یک نوع قواعدی هستند که در سیستم حقوقی مربوطه دارای اهمیت ویژه‌ای بوده و برای اهداف کلی و حتی مبهم که ماهیت سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی خاص دارند وضع گردیده‌اند. این‌گونه قواعد عموماً در غالب سیستم‌های حقوقی یافت می‌شوند، مثل لزوم ایجاب و قبول برای تشکیل عقد یا شرایط اساسی برای صحت معاملات (مثل ماده ۱۹۰ قانون ایران). نوع دیگر از قواعد آمره معمولاً مختص یک سیستم حقوقی یا یک کشور خاص می‌باشد و در قالب قوانین خاص یا مخصوص که حاصل شرایط و اوضاع و احوال ویژه‌ای هستند، قراردادارند. این‌گونه قواعد هدف‌هایی خارج از محدوده معمول قواعد آمره کلی دنبال می‌کنند، مانند قوانینی که (قراردادهای مربوط به) صادرات کالایی خاص را بدون مجوز دولت ممنوع می‌کند یا قوانینی که (قرارداد) صادرات کالایی را به کشور خاصی ممنوع

اعلام می‌دارد (مثل قوانین مربوط به تحریم برخی از کشورها) یا قانون مربوط به کنترل ارز یا صادرات و واردات یک کشور به‌طور کلی، یا قواعد مربوط به حمایت از مصرف‌کنندگان یا قواعد مربوط به قانون حمایت از طرف‌های ضعیف برخی از قراردادها نظیر قراردادهای استخدام و به‌کارگیری افراد یا قراردادهای بیمه.<sup>۷</sup>

از طرف دیگر قواعد آمره از لحاظ قلمرو و محدوده نفوذ نیز دو دسته می‌شوند، یک دسته از آنها گستره داخلی دارند و قلمرو اعمالشان بر موضوعات داخلی است، لذا ارتباطی به تعارض قوانین ندارند. غالب قواعد آمره کلی یا عام در این دسته قرار می‌گیرند. دسته دیگر از قواعد آمره گستره فرامرزی یا بین‌المللی دارند و قلمرو اعمالشان علاوه بر موضوعات داخلی بر موضوعات خارجی نیز می‌باشد و در موارد بسیاری در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح می‌شوند. غالب قواعد قوانین خاص یا مخصوصه از این قبیل هستند.

در سیستم حقوقی کشورها غالباً قواعد آمره به‌صورت قوانین مدون و موضوعه مشخص شده‌اند و آمره بودن آنها ممکن است یا تصریح شده باشد یا می‌تواند قابل برداشت و تشخیص باشد؛ برای مثال، چنانچه در قانون ذکر شده باشد که نمی‌توان از مقررات این قانون عدول کرد یا طرفین نمی‌توانند به زیان یکدیگر یا شخص ثالث توافق کنند، یا در قانون امر یا نهی وجود داشته و از واژه‌هایی مانند «باید» و «مکلف است» یا «ممنوع است» استفاده شده باشد،<sup>۸</sup> همه دلالت بر امری بودن آن قانون دارند.<sup>۹</sup>

۷. باید توجه داشت که در غالب کشورها قواعد مربوط به این‌گونه قراردادها از قواعد حقوق خصوصی محسوب می‌شوند.

۸. کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، شماره ۹۳۰.

۹. به‌عنوان مثال: در ماده ۳۱ قانون کار مصوب ۱۳۳۷ آمده بود: «در قرارداد کار نمی‌توان مزایایی کمتر از آنچه در این قانون برای کارگر مقرر شده است منظور نمود»؛ یا ماده ۸ قانون کار (جدید) می‌گوید:

قواعد حقوق عمومی و حقوق مالیه (از قبیل قوانین مالیاتی، گمرکی، کنترل ارز)، و قوانین محدودکننده صادرات و واردات و کسب حقوق در املاک توسط خارجیان و قوانین حافظ منابع طبیعی و بومی و قوانین کارگری که به‌گونه‌ای در آنها اهداف تنظیم و کنترل اقتصاد ملی یا بازار نهفته است، یا از منافع ملی در حقوق املاک و تأمین و حفظ موازنه پرداخت‌ها و یا از میراث ملی یا فرهنگی حمایت به‌عمل می‌آید و آن دسته از قواعد حقوق خصوصی که اشخاص خاصی را در قراردادهای خصوصی‌شان حمایت می‌کنند (از قبیل کارگران، مصرف‌کنندگان، سرمایه‌گذاران، بیمه‌گزاران)، یا مربوط به نظم خانوادگی و احوال شخصیه هستند، همگی از قواعد آمره محسوب می‌شوند. گرچه به نظر می‌رسد بسیاری از موضوعات فوق در قواعد حقوق عمومی قرار دارند و نقض آنها ممکن است مجازات کیفری داشته باشد، اما ابطال قراردادهای مربوط به آنها (مغایر آنها)، یا حقوق اشخاص خصوصی طرف این قراردادها نیز مطرح است، که چنانچه عنصر خارجی در آنها باشد قطعاً بحث اعمال قانون خارجی و محدودیت‌های آن نیز مطرح خواهد بود.

چنانچه طرفین با توافق یکدیگر از یک قاعده آمره عدول نمایند، دادگاه در دعوای رخ داده بین آنها چنانچه توافق خلاف قسمتی یا شرطی از آن قرارداد باشد، همان قاعده آمره را اعمال خواهد نمود. بنابراین، نتیجه توافق طرفین لزوماً بی‌اعتباری قرارداد نیست (مگر توافق مخالف باعث مخالفت کل قرارداد با قانون

---

و شروط مذکور در قراردادهای کار یا تغییرات بعدی آن در صورتی نافذ خواهد بود که برای کارگر مزایایی کمتر از امتیازات مقرر در این قانون منظور ننماید. این دو ماده از قانون کار نشان می‌دهند که قواعد قانون کار برای کارگر و کارفرما آمره می‌باشند و آنها نمی‌توانند خلاف این قواعد با یکدیگر توافق کنند، اما چون منظور این قانون حمایت از کارگر است، طرفین می‌توانند توافقی کنند که بیشتر به نفع کارگر باشد (این قانون تنها در یک جهت آمره می‌باشد).

شود)،<sup>۱۰</sup> بلکه اثر آن این است که توافق یا شرط آنها در ارتباط با عدول از قاعده آمره بی‌اعتبار خواهد بود و همان قاعده آمره جایگزین آن توافق خواهد شد. در سیستم‌های حقوقی مختلف به همین روش عمل می‌شود.<sup>۱۱</sup> به عبارت دیگر، هرکدام از توافقات طرفین اگر معارض قاعده‌ای باشد که آنها نمی‌توانند از آن عدول نمایند (قاعده آمره)، آن قاعده غالب است.

قواعد غیرآمره یا اعلامی که به قوانین تفسیری یا تکمیلی نیز موسومند، قواعدی هستند که بوجود آمده‌اند تا عمدتاً راهنمای افراد باشند، یا راه‌حلی را برای اختلافات طرفین رابطه حقوقی (قراردادهای خصوصی) در مواردی که آنها خود چاره‌ای نیندیشیده‌اند، ارائه دهند. این قواعد در صورت وجود توافق مخالف طرفین به کنار گذاشته خواهند شد و به کار نخواهند آمد.

به عبارت دیگر، در هر سیستم حقوقی برخی قواعد در صورتی اجرا یا اعمال خواهند شد که افراد با توافق یا قرارداد خود مانع اجرای آنها نگردیده

۱۰. مثلاً در قراردادی که جهت معامله تصریح شده و آن جهت نامشروع است، گرچه طرفین بر آن توافق دارند اما این معامله باطل می‌باشد، زیرا مخالف ماده ۲۱۷ قانون مدنی است که آمره محسوب می‌شود؛ یا چنانچه کسی در مقابل دیگری (برحسب توافق یا قرارداد) از خود سلب حق تمتع یا سلب حریت نماید یا حق اجرای حقوق مدنی را از خود سلب نماید، این توافق یا قرارداد باطل و بلااثر خواهد بود، زیرا با مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی که آمره هستند مغایرت دارد.

ماده ۲۱۷ ق.م: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است».

ماده ۹۵۹ ق.م: «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

ماده ۹۶۰ ق.م: «هیچ‌کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف‌نظر نماید».

11. Diamond, Current Legal Problems, (1979) 32, 155, 172.



باشند؛ این قواعد آمره نیستند. گاهی اعلامی بودن قاعده قانونی از سیاق قاعده مشخص است و در خود قانون به صراحت بیان شده است که می‌توان خلاف آن توافق نمود، و گاهی با تفسیر قصد ضمنی قانونگذار می‌توان بدین نتیجه رسید؛ مثلاً ماده ۴۴۸ قانون مدنی با بیان این که «سقوط تمام یا بعضی از خیارها را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود»، دلالت دارد بر اینکه قواعد مربوط به خیارها جنبه آمره ندارند. همین‌گونه است ماده ۱۰۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کسی که حق الارتفاق در ملک غیر دارد مخارجی که برای تمتع از آن حق لازم شود به عهده صاحب حق می‌باشد مگر اینکه بین او و صاحب ملک بر خلاف آن قراری داده شده باشد». یا در خصوص محل تسلیم مبیع یا مخارج تسلیم آن یا موعد و محل تأدیه ثمن، به ترتیب مواد ۳۷۵، ۳۸۲ و ۳۹۴ قانون مدنی تصریح می‌نمایند که توافق طرفین غالب بر احکام پیش‌بینی شده در این مواد است. در نگارش قانون، واژه‌ها یا عباراتی چون طرفین «می‌توانند» یا «ممکن است» یا «اختیار دارند» که طبق قاعده مربوطه عمل کنند، از نشانه‌های قصد قانونگذار بر آمره نبودن آن قانون هستند. قسمت عمده قواعد حقوق خصوصی و به‌ویژه مجموعه کثیری از قانون قراردادها که در آنها اراده وسیع و منافع و ابتکارهای خصوصی مطرح هستند از قواعد اعلامی یا تفسیری محسوب می‌شوند.

### قواعد آمره کشور ثالث

رویه معمول آن است که قواعد آمره کشورها ارتباطی به دادگاههای کشورهای دیگر ندارند. اما در بعضی از سیستم‌های حقوقی در بعضی موارد که

می‌تواند شرایط استثنایی و خاص باشد، قواعد آمره کشور ثالث که ارتباطی با موضوع دارد نیز اعمال می‌گردد، حتی اگر قانون حاکم قانون مقرر دادگاه باشد.<sup>۱۲</sup> این حالت به‌ویژه در ارتباط با قانون (خارجی) قابل اعمال بر قرارداد ممکن است پیش آید که بعضی از عهدنامه‌های منطقه‌ای نیز آن را مورد توجه قرار داده‌اند.<sup>۱۳</sup>

علمای حقوق عموماً بر این اعتقادند که آن دسته از قواعد آمره مقرر دادگاه که گستره یا جنبه بین‌المللی دارند می‌بایست اعمال گردند. اما نسبت به اعمال قواعد آمره قانون کشور ثالث (یا قانون مرتبط) بین علمای حقوق اختلاف است. نظر غالب آن است که هرچه بیشتر به طرفین قراردادهای بین‌المللی اختیار و قدرت داده شود تا به طریقی که خود مایلند قواعد و قوانین را بر قرارداد خود

۱۲. به‌عنوان مثال، مواردی در انگلستان مشاهده می‌شود که دادگاههای انگلستان به قراردادی که انجام عملی را در کشور خارجی مقرر می‌کرده‌اند و در قانون آن کشور (خارجی) آن عمل غیرقانونی بوده است، ترتیب اثر نداده‌اند. برای نمونه ببینید:

*Regazzoni v. Sethina*, [1958] AC 301; [1957] 3 All ER 286; (England) *Surniam Currency case*, 12 January 1979 NJ 1980, 526; *Sensor case*, (*CEP v. Sensor Netherlands*), The Hague Regional Court, 17 September 1982, KG 1982 No. 167.

در سوئیس نیز از این روش حمایت شده است. رجوع شود به:

Schnyder, *Anwendung Ausländischer. Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte*. 59 (1995) *Rabels* 293, at 299-301.

بند ۱ ماده ۱۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس تصریح دارد بر اینکه «چنانچه به موجب مفاهیم حقوقی سوئیس منافع مشروع و مرجع یک طرف ایجاب نماید قاعده آمره قانونی غیر از آنکه توسط این قانون تعیین می‌شود، ممکن است، چنانچه اوضاع و احوال قضیه ارتباط نزدیک با آن قانون داشته باشد، مورد توجه قرار گرفته شود».

برای حمایت از این روش در کشورهای سیستم حقوق‌نویسته اروپایی دیده شود:

Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 2e Aufe., 1994; See: 3II., *Batiffol and Lagarde, Traité*, 4th ed., 1991, par. 123.

۱۳. برای مثال ببینید: عهدنامه ۱۹۸۰ رم درخصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، ماده (۳) و ۷(۱). توضیحات بیشتر در این خصوص را در صفحات بعد ببینید.

حاکم نمایند و از اعمال قوانین و مقررات الزامی خودداری گردد. هیچ تردیدی نیست که دولت‌ها یا دادگاه‌های آنها این امکان برای‌شان وجود دارد که همه قواعد آمره خود را از لحاظ بین‌المللی الزام‌آور بدانند؛ البته در این صورت قواعد حل تعارض از بین خواهد رفت. لذا، اعمال قواعد آمره از هر نوع، استقلال یا آزادی اراده را از بین می‌برد و باید در جهت هرچه محدودتر کردن اعمال این دسته از قواعد حرکت کرد.

## ۲- مفهوم نظم عمومی

گاهی محدودیت بر اعمال قانون خارجی یا بر اصل استقلال اراده به صورت نظم عمومی وارد می‌شود. نظم عمومی یک جامعه را مجموعه اصول بنیادین نهادهای اجتماعی اعم از اخلاقی، فرهنگی، سیاسی و اقتصادی تشکیل می‌دهند، به طوری که هرگونه عدول، تخطی و تجاوز نسبت به آنها نقض اصول اساسی و بنیان‌های زندگی اجتماعی جامعه محسوب شده و به هیچ صورت پذیرفته نخواهد بود. بنابراین، نظم عمومی ارتباط تنگاتنگی با منافع و مصالح عمومی دارد، و ارتکاب خلاف آن، تشنج و آشفتگی اجتماعی و اختلال در نظم جامعه را در پی خواهد داشت. نظم عمومی مورد بحث در قوانین موضوعه وجود ندارد، مع‌هذا نمی‌توان برخلاف آن عمل نمود یا توافق کرد، و این دادگاه است که مرجع تشخیص نهاد مربوطه (نظم عمومی) و خلاف انجام شده است. در موارد بسیاری قانونگذار اموری را که برخلاف نظم عمومی محسوب می‌شوند به صورت حکم یا منع قانونی مدون نموده است. در واقع اینها همان قوانین آمره هستند و توافقات مغایر با آنها برخلاف قانون به‌شمار خواهند آمد.<sup>۱۴</sup>

۱۴. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، بند ۸۸ به بعد؛ همو، مقدمه علم حقوق، چاپ چهاردهم، بند ۸۸ به بعد، و بند ۱۳۰ به بعد؛ الماسی، دکتر

نظم عمومی در قراردادهای صرفاً داخلی برای ممانعت از اجرای قرارداد یا شرایط قراردادی مخل نظم عمومی به‌طور کلی اعمال می‌گردد. چنانچه قراردادی بین‌المللی باشد و آن نیز ناقض نظم عمومی مقرر دادگاه باشد، نظم عمومی بر آن غالب بوده و در نتیجه به قرارداد ترتیب اثر داده نخواهد شد، حتی اگر قانون حاکم بر آن قرارداد هم قانون خارجی باشد. در مورد اخیر، می‌توان گفت که نظم عمومی یک موضوع اساسی در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهاست، با این توضیح که براساس دکترین نظم عمومی، در صورت تعارض بین قانون خارجی و یک مشی یا سیاست مهم کشور مقرر دادگاه، قانون خارجی مغلوب خواهد بود؛ یعنی قاعده حل تعارض قوانین (قاعده معمولی انتخاب قانون) یک کشور تحت تأثیر نظم عمومی آن کشور بوده و در فرض فوق حتی به‌کار نخواهد آمد.

در حقوق بین‌الملل خصوصی کشورها اصولاً اعمال قانون خارجی پذیرفته شده است و تنها در موارد اخلال در نظم عمومی قانون خارجی اعمال نخواهد گردید. نظم عمومی یک نهاد اساسی در کلیه سیستم‌های حقوق بین‌الملل خصوصی است. در کشورهایی که پای‌بندی به اصول اخلاقی مستحکم و آن اصول عمیقاً بر زندگی مردم (جامعه) حاکمیت دارند، نظم عمومی حساس و سریعاً متأثر می‌گردد و این قابل توجیه و پذیرفتنی است که نباید قوانین خارجی آن را بر هم زده و آشفته نماید، و قانونگذار و قضات وظیفه دارند از حریم آن پاسداری نمایند؛ قانونگذار با تکلیف لحاظ نمودن نظم عمومی و قضات با تفسیر و تعیین موارد و مصادیق آن.

نجادعلی، تعارض قوانین، جلد سوم، مرکز نشر دانشگاهی، ص ۱۲۵؛ احمدی و استانی، دکتر عبدالغنی، رساله نظم عمومی در حقوق خصوصی.

به هر حال مفهوم نظم عمومی برای امور داخلی یک کشور گسترده‌تر است تا برای امور خارجی؛ مثلاً قراردادهای خارجی (با قانون حاکم خارجی) زمانی در داخل محدوده نظم عمومی کشور مقرر دادگاه قرار خواهند گرفت که واقعاً تأثیری بر آن کشور داشته و با نظم عمومی آنجا تداخل نمایند. تنها در این صورت فرقی بین قراردادهای داخلی و بین‌المللی تابع قانون خارجی نخواهد بود. دادگاهها چنین قراردادهایی را اجرا نخواهند نمود، گرچه مغایرت و تناقضی هم با قوانین موضوعه مقرر دادگاه نداشته باشند؛ برای مثال می‌توان به قرارداد ارتکاب جرم یا قرارداد معامله با دشمن بیگانه در حال جنگ اشاره کرد. بنابراین، براساس دکترین نظم عمومی یک قاعده معمولی قانون خارجی چنانچه با مشی و سیاست مهمی از کشور مقرر دادگاه در تعارض باشد، آن قاعده نادیده گرفته خواهد شد؛ یا یک قرارداد بین‌المللی که تحت حاکمیت قانون خارجی است تنها در صورتی مغایر نظم عمومی مقرر دادگاه محسوب خواهد شد که اثر نامطلوب یا مفسده‌ای بر زندگی آن جامعه داشته باشد.

گرچه در بادی امر به نظر می‌رسد تمییز بین قواعد آمره و نظم عمومی مشکل باشد و نتوان مرزی بین این دو قائل شد، اما نزد دادگاهها تفاوت قواعد آمره با نظم عمومی در محدود نمودن اعمال قانون خارجی و استقلال اراده یا رد قرارداد یا شرطی از آن، در این است که دادگاهها وقتی قواعد آمره قانونی را اعمال می‌نمایند، در واقع قانون را اجرا می‌کنند، در حالی که نظم عمومی در جایی مورد استناد دادگاه قرار می‌گیرد که قانون ساکت است و مستند قانونی یافت نمی‌شود، اما در هر حال اصول کلی و نهادهای تشکیل‌دهنده نظم عمومی جامعه مورد تخطی قرار گرفته‌اند.<sup>۱۵</sup> این در حالی است که مبنای قواعد آمره و

۱۵. این است که ماده ۹۷۵ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب، نظم عمومی را به‌عنوان یک نهاد مستقل از قانون، معیار عدم پذیرش قرارداد می‌دانند.

نظم عمومی هر دو منافع و مصالح جامعه می‌باشند و به لحاظ حفظ منافع خاص بوده که قانونگذار قواعدی را به صورت امره وضع نموده است و لذا این نفع ایجاب می‌کند، همان‌گونه که در نظم عمومی مورد عمل می‌باشد، قواعد امره بر هر اراده و نهایتاً بر هر قاعده یا قانون (خارجی) دیگر غالب باشد<sup>۱۶</sup>، یا در کنار آن اعمال شود. بنابراین مینا و توجیه غالب بودن قواعد امره مقرر دادگاه بر قانون خارجی می‌تواند نظریه یا دکترین نظم عمومی باشد.<sup>۱۷</sup>

### قسمت دوم

#### قواعد امره و نظم عمومی در سیستم‌های حقوقی

##### ۱- قواعد امره و نظم عمومی در سیستم‌های حقوقی ملی

نظم عمومی و قواعد امره در سیستم‌های حقوقی مختلف دنیا به‌عنوان محدودکننده‌های اعمال قانون خارجی و اصل آزادی یا استقلال اراده در تعارض

۱۶. امروزه نظریه تحلیل منافع (Interest Analysis) به‌عنوان زیربنای بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مورد قبول شمار زیادی از علمای حقوق و قضات دادگاهها می‌باشد. اولین بار نظریه تحلیل منافع در آمریکا توسط براینرد کاریه در سال ۱۹۶۳ در کتابش با عنوان "Brainerd Currie, Selected Essays on the Conflict of Laws, 1963, Duke University Press" مورد بحث و بررسی قرار گرفت و در بین قضات و نویسندگان حقوقی آمریکا طرفداران بسیاری پیدا کرد. برای بررسی این موضوع در قراردادها رجوع شود به تصمیم دادگاه عالی آمریکا در قضیه: *Allstate Ins. Co. v. Hague*, 101 S Ct. 633 (1981); *Lilienthal v. Kaufman* 395, p. 2d 543 (1964); یا دیده شود:

*Bemkrant v. Fowler*, 360, p. 2d 906 (1961).

۱۷. برخی از حقوقدانان سیستم حقوق‌نویسته اروپایی نظریه خاصی را برای توجیه اعمال قواعد امره مقرر دادگاه مطرح می‌کنند؛ به اعتقاد ایشان این هدف اجتماعی و اهمیت ویژه و خاص قواعد امره است که زمینه اعمال بین‌المللی آنها را فراهم می‌آورد. به‌عنوان مثال ببینید:

L. I. de Winter, *Dwingend Recht bij Internationale Overeenkomsten*, (1964) 11 *Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 329, at p. 331.

قوانین در قراردادها پذیرفته شده‌اند. در ذیل به بررسی چند سیستم حقوقی می-پردازیم:

در سیستم حقوقی ایران، در موارد مختلفی که تعارض قوانین یا وجود عنصر خارجی در یک عمل یا واقعه حقوقی - قضایی مطرح می‌باشد مثلاً، در اعمال قانون خارجی، قرارداد، اجرای احکام خارجی، اسناد تنظیم شده در خارج، داوری تجاری بین‌المللی (آیین داوری و اجرای آرای داوری خارجی)، بحث از موانع نظم عمومی و قواعد آمره هم وجود دارد.

در مورد اعمال قانون خارجی، ماده ۹۷۴ قانون مدنی با پیش‌بینی دو نوع قاعده آمره خاص مقرر می‌دارد، قانون خارجی در صورتی در ایران اعمال خواهد شد که اولاً خلاف عهودی که ایران عضو آن است، و ثانیاً خلاف قوانین مخصوصه، نباشد.

ماده ۹۷۴ چنین است: «مقررات ماده ۷ و مواد ۹۶۲ تا ۹۷۴ این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهود بین‌المللی که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد».

در ماده ۹۷۵ قانون مدنی مانع اخلاق حسنه و نظم عمومی مطرح می‌شود. این ماده چنین مقرر می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به-موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

در این ماده همان‌طور که ملاحظه می‌گردد اخلاق حسنه به‌عنوان مانع اصلی و عمده مطرح است، و نظم عمومی به‌صورت فرعی و خاص مورد نظر می‌باشد. اخلاق حسنه می‌تواند معیار شخصی داشته و گستره آن بسیار وسیع

باشد، در حالی که نظم عمومی، احساسات جامعه و موارد مشابه آن است که ضرورتاً خلاف اخلاق حسنه نخواهد بود.

گرچه تمیز این دو مفهوم و تعیین مرز بین آنها آسان نیست، آنچه مسلم است، آنکه این دو واژه مترادف یکدیگر به کار گرفته نشده‌اند و به نظر می‌رسد قانونگذار غرض خاصی از استعمال هر یک از آنها داشته است. بدین گونه که نه تنها آنچه که مغایر اخلاق حسنه می‌باشد، بلکه آنچه که احساسات جامعه را جریحه‌دار می‌کند و به آن خلاف نظم عمومی اطلاق می‌شود و جامعه رعایت آن را لازم می‌داند و خلافتش را تقبیح می‌نماید، غیر قابل قبول است. بنابراین، در سیستم حقوقی ایران معنای گسترده یا دامنه وسیعی برای منهیات اجتماعی به - عنوان مانع اعمال قانون خارجی یا قراردادهای خارجی در نظر بوده است، به - گونه‌ای که نظم عمومی بر اخلاق حسنه به عنوان موضوعی محدود و اجتماعی اضافه گردیده است. در واقع خلاف نظم عمومی آن طور که در ماده ۹۷۵ قانون مدنی آمده است، احساسات جامعه را جریحه‌دار می‌کند، اما خلاف اخلاق حسنه اثرش در جامعه ممکن است خفیف‌تر بوده و هیجان یا تنش کمتری در اجتماع ایجاد کند؛ در واقع اثر خلاف اخلاق حسنه در حدی است که تنها برخی از مردم یا قشری از اجتماع آن را نمی‌پسندد و یا آن را غیراخلاقی می - داند؛ مثال خلاف اخلاق حسنه را ممکن است قراردادی دانست که به موجب آن مقرر می‌شود یک طرف قرارداد طرف دیگر را به لحاظ بعضی از ویژگی‌های خاص او در قفسی به نمایش عموم گذاشته و از او درآمد حاصل نماید، و برای خلاف نظم عمومی، قرارداد ارتکاب جرم مانند قرارداد اخذ رشوه یا قرارداد استفاده ابزاری از یک فرد را می‌توان مثال زد.



در مورد قراردادهای خارجی، قواعد آمره در ماده ۱۰ قانون مدنی مطرح می‌باشد، این ماده خلاف قواعد آمره را با عنوان «خلاف صریح قانون»<sup>۱۸</sup> بیان می‌دارد. ماده ۱۰ چنین مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است».

بحث خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی در ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی نیز ذکر گردیده است. این ماده مقرر می‌دارد: «... ثانیاً، مفاد آنها {اسناد تنظیم شده در کشورهای خارجه} مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا خلاف اخلاق حسنه ایران نباشد». همچنین ماده ۹۶۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند از خود سلب حریت کند و یا در حدودی که مخالف قوانین و یا اخلاق حسنه باشد از استفاده از حریت خود صرف‌نظر کند». در مورد قراردادها می‌توان به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب نیز اشاره کرد که چنین مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه است در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

در مورد اجرای احکام خارجی، قواعد آمره و نظم عمومی در ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶، به‌عنوان مانع اجرای احکام خارجی مطرح شده‌اند. این ماده مقرر می‌دارد که احکام مدنی صادره از دادگاههای خارجی در صورتی که واجد شرایط زیر باشند در ایران اجرا خواهند شد:

۱۸. دکتر سید حسن امامی می‌نویسد: «برای آنکه عقود معینه یا قرارداد صحیح واقع شود باید دارای شرایط زیر باشد: ۱- دارای شرایط صحت معامله باشد. ۲- مخالف صریح قانون نباشد. ۳- بر خلاف اخلاق حسنه نباشد. ۴- مخالف با نظم عمومی نباشد. ایشان توضیح می‌دهند که «منظور از قانونی که قرارداد باید مخالف آن نباشد، قوانین آمره است...». امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۴، کتاب فروشی اسلامی، ص ۴۸.

بند ۲ این ماده بحث از قواعد آمره می‌کند و چنین مقرر می‌دارد: «... ۲- مفاد حکم [خارجی] مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد».<sup>۱۹</sup>

همچنین بندهای ۳ و ۶ ماده ۱۶۹ اعلام می‌دارند: «... ۳- اجرای حکم مخالف با عهد بین‌المللی که دولت ایران آن را امضا کرده یا مخالف قوانین مخصوص نباشد ... ۶- رسیدگی به موضوع دعوا مطابق با قوانین ایران اختصاص به دادگاههای ایران نداشته باشد».

قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران، در باب توافقات مربوط به آیین داوری، در بند ۱ ماده ۱۹ تصریح می‌نماید که توافقات طرفین نباید خلاف قواعد آمره «این قانون» باشد: «۱- طرفین می‌توانند به شرط رعایت مقررات آمره این قانون در مورد آیین رسیدگی داوری توافق نمایند»؛ ماده ۳۴ این قانون نیز بیان می‌دارد: «... ۲- در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی یا اخلاق حسنه کشور و یا قواعد آمره این قانون باشد» اساساً باطل و غیرقابل اجراست.

در مورد اجرای آرای داوری خارجی نیز دو موضوع نظم عمومی و قواعد آمره مطرح می‌باشند. درخصوص این مورد، ایران در سال ۱۳۸۱ عضو عهدنامه ۱۹۵۸ نیویورک درخصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی شده است. این عهدنامه در ایران مجری می‌باشد و لذا بر اساس ماده ۹ قانون مدنی اکنون در سیستم حقوقی ایران در حکم قانون است و خود از قوانین آمره می‌باشد.

۱۹. در یک ماده (۹۷۵ ق.م.) اخلاق حسنه و نظم عمومی به‌عنوان نهاد حقوقی مورد اشاره قرار گرفته‌اند، در حالی که در ماده دیگر (ماده (۲) ۱۶۹ ق. اجرای احکام) از «قوانین مربوط به» نظم عمومی و اخلاق حسنه نام برده شده است.

طبق ماده (ب) (۲) ۵ این عهدنامه، چنانچه رأی داوری خارجی مخالف «نظم عمومی» کشور محل اجرا باشد ممکن است اجرا نگردد.<sup>۲۰</sup>

در سیستم حقوقی عرفی<sup>۲۱</sup> انگلستان، محدودیت اعمال قانون خارجی یا انتخاب قانون توسط طرفین از طریق مقررات قانونی (قانون موضوعه) اعمال می‌شود؛ مثل اینکه قانون موضوعه «کار» باید بر قراردادهای استخدامی (کار) اعمال شود، علی‌رغم هر قانونی که بر چنین قراردادی حاکم باشد.<sup>۲۲</sup> علاوه بر آن، چنانچه قانون موضوعه‌ای وجود نداشته باشد، انتخاب قانون صریح توسط طرفین نیز معتبر شناخته نخواهد شد، چنانچه با حسن‌نیت<sup>۲۳</sup> یا مشروع<sup>۲۴</sup> نباشد یا ناقض نظم عمومی<sup>۲۵</sup> انگلستان باشد.<sup>۲۶</sup> گفته شده است که از مصادیق عدم

20. Article V. 2 (b). "Recognition and enforcement of arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (b) The recognition and enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country".

بینید همچنین:

Harris and Meisel, Public Policy and Enforcement of International Arbitration Awards: Controlling the Unruly Hours, (1998) 1 LMCLQ; Belesing, Mark, Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration, (1997) 14 Journal of International Arbitration.

۲۱. انگلستان عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی است. این عهدنامه از سال ۱۹۹۱ میلادی در این کشور به صورت قانون داخلی انگلستان به اجرا در آمده است. این عهدنامه قواعد خاصی در خصوص نظم عمومی و قواعد آمره دارد که در صفحات بعد بدان اشاره خواهد شد.

Dicey and Morris Conflict of Laws, 10 ed., Sweet & Maxwell, 2000, p. 792; Cheshire and North, Private International Law, 12th ed., (1992), pp. 518-519

22. Employment Protection (Consolidation) Act 1987, s. 153(5); Unfair Contract Terms Act 1977, s.27(2);

در سیستم تعارض قوانین اتریش نیز قواعد آمره حمایت‌کننده از کارگر بر انتخاب هرگونه قانونی که به زبان کارگر باشد غالب خواهد بود - ماده (۳) ۴۱ قانون تعارض (Conflict Statute Act) اتریش.

23. *Bona fide*.

24. Legal.

25. Public Policy.

26. *Vita Food Products Ltd. v. Unis Shipping Co. Ltd.* [1039] A. C. 277, 290.

وجود حسن‌نیت آن است که انتخاب طرفین با قصد گریز (تقلب) از قانونی (یا هر قاعده‌ای از آن) باشد که دارای نزدیک‌ترین ارتباط با قرارداد است یا با هدف رد قواعد آمره قانونی باشد که در صورت فقدان انتخاب اعمال می‌گردد.<sup>۲۷</sup> همین‌گونه است شرط‌های انتخاب قانونی که طی آن قانونی را معین می‌نمایند که هیچ ارتباطی با قرارداد ندارد و در واقع منظور از آن مشکل نمودن و پیچیده کردن حل و فصل اختلاف آینده می‌باشد.<sup>۲۸</sup> به‌طور کلی در انگلستان ممکن است تحت سه عنوان از اعمال قانون خارجی حاکم بر قرارداد خودداری شود: عنوان نخست، در صورتی که قانون خارجی خلاف وجدان قضایی<sup>۲۹</sup> یا نظم عمومی یا سیاست خارجی انگلستان باشد.<sup>۳۰</sup>

عنوان دوم، در صورتی که قرارداد ناقض قوانین جزایی یا آمره کشور ثالث و به‌خصوص محلی باشد که قرار است قرارداد در آنجا اجرا شود (مثل قوانینی که تحریمی را برقرار می‌کنند).<sup>۳۱</sup>

27. Dicey and Morris, *op.cit.*, p. 792.

28. Mann (1978) 27 I.C.L.Q.661.

29. *Rousillon v. Rousillon* (1880) 14 ch. D.351.

۳۰. برای مثال ببینید: *Kaufman v. Grson* [1904] 1 K.B. 591. در این پرونده دادگاه انگلستان قراردادی را که تحت قانون فرانسه بود و بر اساس آن معتبر شناخته می‌شد، به‌عنوان اینکه در وضعیتی منعقد شده است که یک اصل اساسی عدالت را نقض نموده است، اجرا ننمود.

۳۱. مثلاً در پرونده *Foster v. Driscoll* [1929] 1, K.B. 470 قرارداد حمل نوعی ماده الکلی به امریکا به این دلیل که در آن زمان واردات این کالا به آنجا مغایر قانون منع ورود ماده الکلی امریکا بوده است (گرچه مغایر قانون انگلستان هم نبود)، باطل اعلام شد؛ یا در پرونده *Regazzoni v. Sethia* [1958] A.C. 301 قرارداد صادرات کالایی از هند به مقصد نهایی آفریقای جنوبی توسط دادگاه عالی انگلستان باطل اعلام شد، زیرا این قرارداد را ناقض قانون تحریم آفریقای جنوبی یافت که با نیرنگ و فریب دادن مسئولین هندی درخصوص مقصد نهایی کالا، مجوز صادرات را اخذ نموده بودند. بنابراین، در این پرونده دادگاه انگلستان قراردادی را که انجام عملی غیرقانونی را در کشور خارجی مقرر می‌نمود، اجرا نکرد.

عنوان سوم، در مواردی است که قانون انگلیس خود را در اعمال قواعد آمره خود ذینفع می‌داند.<sup>۳۲</sup> بنابراین، در انگلستان قانون خارجی حاکم بر قرارداد در موارد سه گانه فوق قابل اعمال نخواهد بود؛ مثلاً قرارداد تقسیم هزینه‌ها و عواید یک دعوای انگلیسی (مثل پرداخت حق‌الوکاله بدین صورت)، گرچه تابع قانون خارجی باشد، به‌عنوان قرارداد شرکت در دعوا یا شرخری، خلاف قواعد حقوق عرفی محسوب و دادگاه انگلیسی آن را نخواهد پذیرفت. همچنین قراردادی که در امر تجارت در انگلستان محدودیت ایجاد کند، به‌عنوان محدودیت تجاری غیرمعقول، خلاف قواعد حقوق عرفی (انگلستان) محسوب شده و بی‌اعتبار خواهد بود.<sup>۳۳</sup> دادگاههای انگلستان قراردادی را که محل اجرای آن در انگلستان است، چنانچه در صورت اجرا مقررات قانون کنترل ارز یا گمرک این کشور را نقض کند، قانون خارجی حاکم بر آن را قابل اعمال ندانسته و به جای آن قانون متبوع خود را اعمال خواهند نمود. بدیهی است که این امر را نمی‌توان با اصل نظم عمومی توجیه کرد.<sup>۳۴</sup> موارد عکس هم وجود دارد، یعنی دادگاه انگلستان از اجرای قراردادی انگلیسی که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم قانون محل اجرا را نقض می‌کند، خودداری خواهند کرد؛ مثل قضیه - ای که قرارداد موضوع آن تحت حاکمیت قانون انگلستان بود و به پرداخت کرایه یک کشتی در اسپانیا مربوط می‌شد، دادگاه انگلستان با این بیان که کرایه بیش از حد مجازی بوده که قانون اسپانیا مقرر می‌کرد، این قرارداد را اجرا ننمود.<sup>۳۵</sup>

۳۲. در واقع در این حالت قانون انگلستان براساس نظریه تحلیل منافع (Interest Analysis) عمل می‌کند و این نفع را به بر آوردن انتظارات تجارت بین‌الملل و تسهیل نمودن آن نیز تفسیر می‌دهد.

33. *Rousillon v. Rousillon* (1880) 14 ch. D.351.

34. Dicey and Morris, *op.cit.*, p. 792.

۳۵. غیرقانونی بودن به‌موجب قانون محل اجرا موضوعی است در اختیار قاضی و یک ارجاع بسیار محدود به قانون کشور ثالث می‌باشد.

در امریکا در ایالت کالیفرنیا، دادگاهی یک شرط قراردادی را که به موجب قانون حاکم بر قرارداد (قانون نیویورک) معتبر بود، به عنوان ناقض نظم عمومی کالیفرنیا نپذیرفت، اما قبول کرد که سایر جنبه‌های قرارداد تحت قانون منتخب قرار داشته باشند.<sup>۳۶</sup> در تجدید بیان قانون (دوم)<sup>۳۷</sup> امریکا، انتخاب طرفین پذیرفته شده است، مشروط بر اینکه کشور منتخب ارتباط اساسی با طرفین داشته، یا مبنای منطقی دیگری برای انتخاب آنها موجود باشد، یا اعمال قانون کشور منتخب مغایر با یک مشی اساسی کشوری نباشد که نفع ماهوی بیشتر در تصمیم‌گیری موضوع نسبت به کشور منتخب دارد و اینکه قانون آن کشور در صورت فقدان انتخاب قانون مؤثر قانون قابل اعمال باشد.<sup>۳۸</sup>

در ایتالیا، یکی از نکات کلیدی سیستم تعارض قوانین از سال ۱۸۶۵ توجه به نظم عمومی<sup>۳۹</sup> و اعمال محدودیت بر اجرای قواعد قانون خارجی به واسطه آن بوده است. در وضعیت کنونی سیستم حقوقی ایتالیا گرچه احترام زیادی بر انتخاب طرفین گذاشته می‌شود، اما قواعد حمایتی (آمره) مربوط به قراردادهای مقرر شده در قانون ایتالیا (مقر دادگاه) اعمال می‌شوند، هرچند این گونه قواعد اندک هستند.<sup>۴۰</sup>

در آلمان، نه تنها نظم عمومی و قواعد آمره به عنوان عوامل محدودکننده اراده طرفین قرارداد عمل می‌کنند، بلکه دادگاههای آلمان قواعد آمره و نظم

Dacey and Morris, *op.cit*; Cheshire and North, *op.cit*; F. A. Mann (1987) 36 I.C.I.Q. 437, 449.

36. *Fram v. Merrill Lynch 20 Cal. APP. 3d, 668, 97 Cal. Rptr. 811 (1971)*.

37. Second Restatement.

38. Second Reastement, Section 187.

39. Ordine Publico.

40. *Vita Dritto Internazionale Privato, I, 1972, 415 et seq*;

ایتالیا، عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی است؛ این عهدنامه که از سال ۱۹۹۱ میلادی در این کشور به صورت قانون داخلی به اجرا در آمده است، قواعد خاصی در خصوص نظم عمومی و قواعد آمره دارد که در صفحات بعد بدان اشاره خواهد شد.

عمومی کشوری را که قرارداد با آنجا ارتباط نزدیک (نزدیک‌ترین ارتباط) دارد نیز اعمال و بدین وسیله مانع اجرای قانون خارجی مخالف آن قواعد خواهند شد. به عنوان نمونه، دادگاه فدرال آلمان قرارداد فروش محصولات شیمیایی دارای اهمیت استراتژیک توسط یک فروشنده آلمانی به یک خریدار دانمارکی را به این دلیل که قرارداد ارتباط نزدیک با امریکا دارد و ناقض «قانون تجارت با دشمن» آن کشور می‌باشد، بی‌اعتبار اعلام نمود.<sup>۴۱</sup> یا در پرونده‌ای دیگر، قرارداد بیمه حمل دریایی کالایی که صادرات آن از کشور نیجریه ممنوع بود (به موجب قانون منع صادرات هنرهای باستانی (میراث فرهنگی) نیجریه) باطل اعلام شد، چون معامله اصلی این کالا مغایر قانون نیجریه بود.

در سوئیس، قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۹۸۶ این کشور عوامل محدودکننده اعمال قانون خارجی یا استقلال اراده و آزادی انتخاب طرفین قراردادها را به صورت جداگانه و مستقل نظم عمومی و قواعد آمره می‌داند.<sup>۴۲</sup> ماده ۱۷ قانون سوئیس در ارتباط با نظم عمومی مقرر می‌دارد: «اعمال مقررات قانون خارجی، چنانچه نتیجه‌ای مغایر با نظم عمومی سوئیس ایجاد نماید، ممنوع خواهد شد».<sup>۴۳</sup>

41. BGHZ 21.12.1960 BGHZ 34, 169;

آلمان، عضو عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی است؛ این عهدنامه که از سال ۱۹۹۱ میلادی در این کشور به صورت قانون داخلی به اجرا در آمده است، قواعد خاصی در خصوص نظم عمومی و قواعد آمره دارد که در صفحات بعد بدان اشاره خواهد شد. همچنین ببینید:

Knofel, Mandatory Rules and Choice of Law: A Comparative Approach to Article 7(2) of the Rome Convention [1999] JBL 239.

42. K.H., Nadelaman, Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on The Law Application to Contractual and Non-Contractual Obligations (1976)24 Am. Jo. Comp.L.1.

43. Art. 17: "The application of provisions of foreign law shall be precluded if it would produce a result which is incompatible with Swiss public policy".

در ارتباط با قواعد آمره در مفهوم تعارض قوانین، قانون سوئیس در ماده ۱۸ چنین مقرر می‌دارد: «این قانون تابع آن مقررات آمره قانون سوئیس است که، به دلیل هدف خاص آن، علی‌رغم قانون تعیین شده توسط این قانون، قابل اعمال می‌باشند».<sup>۴۴</sup>

بر اساس بند ۱ ماده ۱۹ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس، قاعده آمره قانون کشوری که دارای ارتباط نزدیک با قرارداد می‌باشد ممکن است بر انتخاب طرفین غالب بشود.<sup>۴۵</sup>

منع نظم عمومی و قواعد آمره در سیستم‌های حقوقی اروپای شرقی مثل چکاسلواکی،<sup>۴۶</sup> لهستان<sup>۴۷</sup> و آلمان شرقی<sup>۴۸</sup> نیز پذیرفته شده است. در این کشورها اصل استقلال اراده به‌طور محدود مورد نظر بوده است.

در بعضی از سیستم‌های حقوقی، قواعد آمره قانون خارجی به‌لحاظ اینکه حمایت بیشتری از طرف قرارداد (مثل کارگر به‌عنوان قشر ضعیف جامعه در مقابل کارفرما) می‌کند بر قانون مقر دادگاه ترجیح داده می‌شود، با این توجیه که عدم اعمال آن قواعد حمایتی مغایر نظم عمومی مقر دادگاه خواهد بود که

44. Art. 18: "This Code is subject to those mandatory provisions of Swiss law which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless of the law designated by this Code".

45. Art. 19: "1. If, pursuant to Swiss legal concepts, the legitimate and manifestly preponderant interests of a party so require, a mandatory provision of a law other than designated by this Code may be taken in to account if the circumstances of the case are closely connected with the law".

۴۶. ماده ۱۶ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۴ دسامبر ۱۹۶۳. متن این قانون را ببینید در: (1965) Rev. Crit. D. I. p. 615.

۴۷. ماده ۳۲ قانون مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی ۱۲ نوامبر ۱۹۶۵. متن این قانون را ببینید در: (1996) Rev. Crit. D. I. p. 323.

۴۸. در ماده ۲۷ قانون تعارض قوانین ۵ دسامبر ۱۹۷۵ آلمان شرقی، استقلال اراده در قراردادهای استخدامی (کار) پذیرفته نشده بود. متن این قانون را ببینید در: 25 Am. Jo. Comp L. (1977) 354.



هدفش برقراری عدالت بیشتر در جامعه و حمایت بیشتر از قشر ضعیف می‌باشد.<sup>۴۹</sup>

## ۲- قواعد آمره و نظم عمومی در عهدنامه‌های بین‌المللی

موانع نظم عمومی و قواعد آمره هر کدام به‌طور جداگانه در عهدنامه‌های بین‌المللی مربوط به تعارض قوانین قراردادهای مورد تأکید قرار گرفته‌اند. عهدنامه ۱۹۸۰ رم در خصوص قانون قابل اعمال بر تعهدات قراردادی، در ماده ۱۶ تصریح می‌نماید که قانون خارجی معارض با نظم عمومی مقرر دادگاه پذیرفته نخواهد شد.<sup>۵۰</sup>

قواعد آمره در عهدنامه ۱۹۸۰ رم در دو مفهوم داخلی و تعارض قوانین استعمال شده است. در مفهوم داخلی، قواعد آمره قواعدی هستند که نمی‌توان از آنها اجتناب نمود (ماده ۳(۳)). در این مفهوم از قواعد آمره که در ماده ۵ (مربوط به قراردادهای مصرف‌کننده) و ماده ۶ (مربوط به قراردادهای استخدامی «کار») نیز به کار می‌رود، یک معنای موسع مورد نظر است، به طوری که همه مقررات قانون داخلی را که نمی‌شود با قرارداد از آنها اجتناب نمود، از جمله قواعد مربوط به قانون حمایت از مصرف‌کننده و قانون کار، شامل شده و فرصت‌گریز از آنها را توسط یک بند انتخاب قانون سلب می‌نماید.

۴۹. مثلاً در پرونده Cass, civ. 29.1.1975 (1976) Rev. Crit. D.I.p. 338 پذیرش قانون خارجی منتخب طرفین توسط دادگاه فرانسوی به این دلیل بود که قانون منتخب بیشتر از قانون فرانسه از کارگر حمایت به عمل می‌آورد و بیشتر به نفع کارگر بود.

۵۰. ماده ۱۶ عهدنامه ۱۹۸۰ مقرر می‌دارد: «از اعمال قاعده‌ای از قانون هر کشوری که به وسیله این عهدنامه مشخص می‌شود، فقط در صورتی که آشکارا [صریحاً] مغایر با مشی عمومی (نظم عمومی) کشور مقرر دادگاه باشد، ممکن است امتناع شود.»

در مفهوم تعارض قوانین، این عهدنامه قواعدی را شامل می‌شود که نمی‌توان با انتخاب قانونی دیگر از آن قواعد اجتناب نمود (مواده ۷(۲) و ۹(۶)). این در واقع یک قاعده حقوق بین‌الملل خصوصی است و ممکن است با عنوان «قواعد آمره بین‌المللی» از آن یاد شود و این اجازه را به دادگاه می‌دهد که قانون مناسب هر چه که باشد و با انتخاب صریح و یا ضمنی معین شده باشد، قواعد قانون کشور مقرر دادگاه را اعمال نماید.<sup>۵۱</sup> بدیهی است که این دسته از قواعد در سیستم‌های حقوقی محدود و اندک هستند. همان‌گونه که از گزارش جولیانو و لاگارد در خصوص عهدنامه برمی‌آید، این ماده قواعدی از قانون مقرر دادگاه را در بر می‌گیرد که به‌ویژه به کارتل‌ها و عملیات رقابتی و محدودکننده، حمایت از مصرف‌کننده و قواعد خاص مربوط به حمل و نقل مربوط می‌شوند.<sup>۵۲</sup>

عهدنامه ۱۹۸۰ رم نه تنها قواعد آمره مقرر دادگاه (ماده ۷(۲)) بلکه قواعد آمره قانون کشور یا کشورهای دیگر را نیز به‌عنوان محدودکننده اراده طرفین قابل اعمال می‌داند. به‌موجب این عهدنامه قواعد آمره قوانین کشورهای خاصی در ارتباط با مصرف‌کننده و مستخدم (کارگر) (ماده ۵ و ۶)، قانون کشوری که همه عناصر رابطه حقوقی بدان ارتباط دارند (قانون کشور دارای تنها ارتباط - ماده ۳(۳))،<sup>۵۳</sup> قانون کشوری که ارتباط نزدیک با رابطه حقوقی دارد اما قانون

۵۱. به‌عبارت دیگر، قواعد مواد ۳(۳)، ۵(۲) و ۶(۱) اشاره دارند به قواعد آمره با گستره داخلی، اما قواعد مواد ۷(۱) و ۹(۶) اشاره دارند به قواعد آمره با گستره بین‌المللی.

52. O.J. 1980. C 28/28.

۵۳. مفهوم قواعد آمره در ماده ۷(۲) محدودتر از مفهوم آن در ماده ۳(۳) می‌باشد. در ماده ۳(۳) قواعد آمره به‌عنوان قواعدی که نمی‌توان از آنها با قرارداد عدول کرد تعریف می‌شوند، به‌عبارت دیگر قواعد آمره به‌موجب این ماده قواعدی هستند که بر تعهدات قراردادی علی‌رغم هر توافق مخالفی اعمال می‌گردند. اما در ماده ۷(۲) قواعد آمره قواعدی هستند که علی‌رغم قانون حاکم بر قرارداد، قواعد آمره محسوب می‌شوند نه همه قواعدی که با قرارداد نمی‌توان از آنها عدول نمود. این قواعد در انگلستان به-

حاکم نیست (قانون کشور دارای ارتباط نزدیک - ماده (۱) ۷) و قانون کشور محل وقوع مال غیرمنقول (ماده (۶) ۹) در نظر گرفته خواهد شد. به هر حال، قواعد امره فوق یکدیگر را دفع نمی‌کنند، بلکه ممکن است چند تا از آنها در یک زمان با یکدیگر اعمال شوند. به موجب ماده (۲) ۷، دادگاه می‌تواند قواعد امره مقرر خود را به جای قانون حاکم بر قرارداد اعمال نماید، بدون اینکه از ماده ۱۶ عهدنامه در خصوص نظم عمومی استفاده شود. در عهدنامه ۱۹۹۴ مکزیکو (بین کشورهای امریکایی) در خصوص قانون قابل اعمال بر قراردادهای بین‌المللی برخلاف عهدنامه همتای خود، عهدنامه ۱۹۸۰ رم، تنها به قواعد امره مقرر دادگاه و قواعد امره کشور ثالث (با تجویز قانون مقرر دادگاه)<sup>۵۴</sup> و نظم عمومی مقرر دادگاه<sup>۵۵</sup> به عنوان مانع اعمال قانون حاکم بر قرارداد به موجب آن عهدنامه، اشاره شده است.

در عهدنامه ۱۹۸۶ قانون حاکم بر بیع بین‌المللی، برخلاف عهدنامه ۱۹۸۰ رم، قواعد امره در مفهوم تعارض قوانین استعمال شده است<sup>۵۶</sup> و فقط به این نوع از قواعد امره مقرر دادگاه و نه کشور دیگری ترتیب اثر داده خواهد شد؛ از طرف دیگر همانند عهدنامه ۱۹۸۰ نظم عمومی مقرر دادگاه به عنوان مانع اجرای قانون حاکم پذیرفته شده است. ماده ۱۸ این عهدنامه مقرر می‌دارد، در صورتی که اعمال قانون حاکم خارجی آشکارا (به صراحت) برخلاف نظم عمومی مقرر

عنوان «قواعد غالب» (Overriding Rules) و در فرانسه به عنوان قواعد «Lois d'application immédiate» یا «Lois de police» معروف می‌باشند. Dacey and Morris *op.cit.*.

p. 1240.

54. Article 11: "Notwithstanding the provisions of the preceding articles, the provisions of the law of forum shall necessarily be applied when they are mandatory requirements. It shall be up to the forum to decide when it applies the mandatory provisions of the law of another state with which the contract has close ties".

55. Article 18: "Application of the law designated by this Convention may only be excluded when it is manifestly contrary to the public order of the forum".

۵۶. ماده ۱۷.

دادگاه باشد، آن قانون اعمال نخواهد شد. لذا به نظر می‌رسد از نظر این عهدنامه، قاعده اعمال نظم عمومی مقر دادگاه کافی خواهد بود تا قواعد امره مقر دادگاه در مفهوم داخلی را هم در بر بگیرد، البته مشروط به آنکه قائل به تفکیک بین این دو نوع قاعده نباشیم.

### نتیجه‌گیری

موانع یا استثنائات نظم عمومی و قواعد امره در سیستم‌های تعارض قوانین نظام‌های حقوقی مختلف به‌عنوان حفاظ یا سوپاپ اطمینان عمل می‌کنند. نظم عمومی یک کشور ممکن است با اموری داخلی مانند قراردادهای داخلی (اراده اشخاص) و اموری خارجی مانند قراردادهای بین‌المللی یا دارای عنصر خارجی و یا قوانین خارجی و یا احکام خارجی تراحم پیدا نماید. در چنین حالتی نه امور داخلی و نه امور خارجی تاب مقابله با نظم عمومی را نخواهند داشت. البته دامنه نظم عمومی و تفسیر آن در مقابل امور خارجی محدودتر و مضیق‌تر می‌باشد تا در مقابل امور داخلی.

به هر صورت این نهاد در تعارض قوانین (در حقوق بین‌الملل خصوصی)، باید به‌عنوان موضوعی استثنایی در اوضاع و احوال استثنایی به‌کار گرفته شود، یعنی در جایی که واقعاً قاعده قانون خارجی ضربه و صدمه مهلک بر اصول اساسی عدالت، وجدان حقوقی، منافع اساسی عمومی یا رفاه عمومی و اخلاق حسنه یک کشور (مقر دادگاه) وارد می‌آورد، از اعمال آن ممانعت به‌عمل آید (جلوگیری، صرف‌نظر یا خودداری شود). این مهم برعهده قاضی است که تشخیص دهد و اعلام دارد که چنین وضعیتی بوجود خواهد آمد و از اعمال آن جلوگیری یا خودداری نماید. به‌عبارت دیگر، نتیجه حاصل از اعمال قانون خارجی باید با مفاهیم حقوقی - اخلاقی و منافع غالب جامعه توسط قاضی

مقایسه شود تا اگر مغایرت و تضاد این دو زیاد و عمیق باشد و نتیجه نامطلوب و نامطبوع ایجاد نماید، قانون خارجی را نپذیرد. بدیهی است هرچه ارتباط موضوع با کشور قاضی کمتر و دورتر باشد، تأثیر آن بر نهادهای آن کشور از جمله نظم عمومی هم کمتر خواهد بود.

یک سری قواعد دیگر در سیستم‌های حقوقی وجود دارند که افراد به هیچ صورت نمی‌توانند مانع اجرای آنها شوند، نه با قرارداد و نه با انتخاب قانون خارجی، این‌گونه قواعد، امره نامیده می‌شوند. قواعد امره کشورها همیشه یک منظور و هدف خاصی را تأمین می‌کنند. آنها نمایانگر نفع خود دولت یا نفع خصوصی‌ای می‌باشند که دولت می‌خواهد از آن حمایت نماید. در واقع آنچه یک قانون را امره می‌سازد سیاستی است که اساس و مبنای این قواعد است. در حقوق بین‌الملل خصوصی بحث این نیست که آیا قاعده‌ای خصوصیت امره دارد یا خیر، بلکه سؤال حدود قلمرو قواعد امره است، یعنی آیا گستره آن در داخل یک کشور است یا گستره بین‌المللی دارد. از این قواعد آنهایی که دارای گستره بین‌المللی هستند، علی‌رغم قواعد معمولی حقوق بین‌الملل خصوصی آن سیستم حقوقی اعمال خواهند گردید. اما قواعد امره با گستره داخلی تابع قواعد معمول حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین) می‌باشند، و مانع اعمال قانون خارجی در آنجایی که باید اعمال گردد، نخواهند شد.

در تعارض قوانین، نظم عمومی و قواعد امره هم خصوصیت منفی دارند و هم خصوصیت مثبت؛ وقتی به‌طور منفی عمل می‌کنند از اعمال یک قاعده قانون خارجی که با آنها مغایرت دارد ممانعت به‌عمل می‌آورند و نتیجه مثبت آنها این است که قواعد حقوقی مقر دادگاه را که تحت قواعد حل تعارض قوانین معمولی قابل اعمال نیستند، قابل اعمال می‌نماید (معمولاً در چنین مواردی قواعد امره دادگاه علی‌رغم قانون خارجی حاکم بر قضیه اعمال خواهد شد).