

**Journal iranian political sociology**  
**Vol. 4, No 4, winter 2021**

The position and characteristics of the "custom of the interpreter" in the order of explaining public

<https://doi.org/10.30510/psi.2022.269704.1477>

**Public order" is a universal term in the subject law that is the source of many works in various legal fields. However, the sensitivity of criminal law has highlighted the explanation of this concept in this field of legal knowledge more than other legal fields. In order to explain the nature of legal order, two theories of natural law and positivist law have been proposed. The followers of the school of natural law consider public order to be derived from social structures and the result of the rules of social life, while those who believe in the positive school consider public order to be merely a product of subject law and see its source of existence and validity in law. However, public order seems to be inherently a mediator between a lawless society and a legal society, which on the one hand is the consolidator of the laws of the society and on the other hand is consistent with the laws and legal requirements, and accordingly It develops between the views of the two aforementioned schools. Public order is a complex and ambiguous concept that can not be deciphered from its examples and implications except by referring to the custom of life and behavior of citizens, and this issue makes the study of custom important in order to interpret public order.**

فصلنامه علمی (مقاله علمی-پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال چهارم، شماره

چهارم (پیاپی ۱۶) زمستان ۱۴۰۰، صص ۸۸۹-۸۷۱

جایگاه و ویژگی‌های «عرف مفسر» در تبیین نظم عمومی

حجتی، سیدمهدی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۱

وطنی، امیر<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۱

### چکیده

«نظم عمومی» اصطلاحی است فراگیر در حقوق موضوعه که در عرصه‌های مختلف حقوقی منشا آثار متعدد است با این حال حساسیت حقوق کیفری، تبیین این مفهوم در این عرصه از دانش حقوق را بیش از دیگر حوزه‌های حقوقی برجسته ساخته است. در جهت تبیین ماهیت نظم حقوقی دو نظریه حقوق طبیعی و حقوق اثبات گرا مطرح شده است. پیروان مکتب حقوق طبیعی نظم عمومی را برآمده از ساختارهای اجتماعی و معلول قواعد زندگی اجتماعی می‌دانند حال آنکه قائلان به مکتب اثباتی، نظم عمومی را صرفاً زائیده‌ی حقوق موضوعه دانسته و منشا وجود و اعتبار آن را در قوانین می‌بینند. با این حال به نظر می‌رسد نظم عمومی ماهیتاً حد واسطی است میان جامعه‌ی بدون قانون و جامعه قانونی که از طرفی قوام دهنده‌ی قوانین جامعه است و از طرف دیگر خود از قوانین و الزامات حقوقی قوام می‌گیرد و بر این اساس در میانه‌نظرات دو مکتب پیش‌گفته تکوین می‌یابد. نظم عمومی مفهومی است پیچیده و مبهم که رازگشایی از مصادیق و دلالت آن جز با مراجعه به عرف زندگی و رفتار شهروندان ممکن نیست و این مساله خود سبب اهمیت یافتن مطالعه عرف در جهت تفسیر نظم عمومی می‌گردد. عرف مفسر بایستی دارای عنصر مادی و معنوی و نیز شرط الزام‌آوری و عمومیت باشد که شرح مفصل آن در متن مقاله منعکس گردیده است.

واژگان کلیدی: نظم عمومی، نظم اجتماعی، عرف، عرف مفسر.

دانشجو

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی

امروزه مفهوم نظم عمومی<sup>۱</sup> در نظام های حقوقی به عنوان امری موثر که در حوزه های مختلف حقوقی اعم از حقوق عمومی، خصوصی، حقوق کیفری و ... دخالت دارد شناخته می شود. در حقوق ایران اگرچه تلاش های بسیاری جهت تعیین مفهوم و مصادیق نظم عمومی شده است با این حال این تلاش ها توفیق لازم را نداشته و آنچه تاکنون از مجموعه تعاریف برآمده، معنایی هم تراز با امنیت اجتماعی بوده است که اگرچه بازنمایی از واقعیت موضوع می باشد با این حال معنایی جامع و مانع از نظم عمومی ارائه نمی دهد و همین مساله نظام حقوقی کشور را با دشواری هایی مواجه کرده است. انصراف معنای نظم عمومی در امنیت اجتماعی در کیفرخواست های متعددی که پیرو تعقیب جرایم گوناگون صادر شده اند متبلور است که بعضا قضات دادگاه نیز نظم عمومی را برابر با امنیت اجتماعی دانسته و در مواردی قائل به تفکیک شده اند.<sup>۲</sup>

در حقوق کیفری ایران، نظم عمومی گاه به عنوان نتیجه و گاه به عنوان عنصر روانی جرم (قصد اخلال در نظم) مورد توجه قرار گرفته است و هیچگاه مستقیماً به عنوان موضوع مطرح نبوده است و همین عامل باعث شده که نظم عمومی و مصادیق آن مفهوم روشنی نداشته باشد. البته تهافت در تعریف و بیان مصادیق نظم عمومی اختصاصی به نظام حقوق داخلی ندارد و در حقوق خارجی نیز مسوق به سابقه است آنچه آن که در برخی تعاریف، نویسندگان نظم عمومی را عبارت از مجموعه نهادها و قواعدی دانسته اند که با هدف حمایت از حقوق و آزادی های افراد، اموال و سایر ارزش های جامعه شکل گرفته است؛ حال آنکه در برخی دیگر از تعاریف، نظم عمومی مفهومی شناخته شده است که مخالفت با آن به معنای مخالفت با قواعد و ارکان جامعه تلقی می گردد. همانطور که ملاحظه می شود تعریف اول صبغه فرد گرایانه داشت حال آنکه تعریف دوم با اتکا به نگرش های جامعه گرایانه (سوسیالیستی) به بیان موضوع پرداخته است (Lloyd, D, ۱۹۹: ۴).

امروزه نظم عمومی در ارتباط با سازمان ها و نهادهای متولی امور کیفری همچون اعضای دادرها، کارکنان و ضابطین قضایی و ... اهمیت به سزایی پیدا کرده است؛ زیرا از یک سو

<sup>۱</sup> Public order

<sup>۲</sup> از جمله نگاه کنید به: دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۱۸۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۰ شعبه ۴۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که استدلال دادستان مبنی بر آنکه انجام حرکات خطرناک با خودرو (مارپیچ) و رانندگی پس از مصرف الکل را اخلال در نظم عمومی به شمار نیاورده است.

عمل این نهادها بایستی با تمسک به اجرای نظم عمومی باشد و این نظم عمومی است که حوزه مداخله و اعمال قدرت آنها را مشخص می کند و از طرف دیگر هنگام بروز پدیده های نوظهور یا غیرمترقبه همانند بروز زمینه مجرمانه جدید و وقوع جرایم نوین علیه امنیت، فعالیت نهادهای مذکور ملازمه با قدرت کافی جهت حفظ و برقراری نظم عمومی است که همین مساله می تواند سبب تجاوز به حقوق و آزادی های فردی یا سهل انگاری در دفاع از منافع اجتماعی را فراهم آورد (میشل بست، ۱۳۷۲: ۳۶)؛ لذا همانطور که بیان گردید بر همین اساس نظم عمومی مفهومی است بسیار پیچیده و مرز میان آن با بی نظمی عمومی در عرصه عملی بسیار باریک و تفکیک آن دشوار است.

به طور کلی در عرصه 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 به واسطه ارتکاب آن جرم توسط دادرس در مرحله رسیدگی و صدور حکم؛ بدین معنی که هر مقدار که رفتار مجرمانه ارتكابی، اخلال بیشتری در نظم حاکم ایجاد کند، نتیجتاً واکنش اجتماعی در قبال آن نیز شدید تر و مجازات موضوعه آن سنگین تر بوده و بالعکس هر مقدار که رفتار ارتكابی، نظم حاکم را کمتر به چالش کشیده و اخلال کمتری ایجاد کند، مجازات موضوعه و واکنش اجتماعی نیز در قبال آن خفیف تر و اعمال آن مبتنی بر مدارا یا تسامح خواهد بود (گارو، ۱۳۸۴: ۷۹) وانگهی در این زمینه توجه به این مساله ضروری است که عرف مبین نقش عدالت کیفری و ارتباط آن با نظم عمومی است و دادرس در مقام کشف واقع جهت استقرار عدالت کیفری از عرف بهره می جوید.<sup>۳</sup>

از منظری دیگر، نظم عمومی ممکن است خود مستیما به عنوان هدف ارتکاب جرم مورد مطالعه قرار گیرد. بدین معنی که ممکن است در مواردی، قانونگذار انجام برخی از رفتارها را صرفاً در راستای حفظ مصالح عمومی افراد جامعه تحت عنوان «جرایم علیه نظم عمومی» به

<sup>۳</sup> به عنوان مثال اگرچه اقدام گروهی به روشن کردن آتش و ترقه پرانی در ایام عادی سال عرفا اخلال در نظم عمومی است با این حال انجام همین اعمال در شب چهارشنبه سوری که افکار عمومی انتظار روشن کردن آتش و ترقه پرانی را دارد خلاف عرف نخواهد بود. این مفهوم با همین مثال در رای شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۶۵۸ مورخ ۹۱/۱۲/۲۰ شعبه ۴۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران تبلور یافته است.

قید مجازات ممنوع کرده و رفتارهایی را که ماهیتاً به نظم عمومی آسیب می رسانند را مورد جرم انگاری قرار دهد.

از بعدی دیگر، نظم عمومی سنج 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 و یا قبل از نسخ قانون کیفری ماهوی که منتهی به جرم زدایی جزئی یا کلی از بزه های وضع شده در گذشته می گردد؛ 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 (علی دوست، ۱۳۸۵: ۶۴)

مطالب مقاله حاضر در سه بخش گردآوری شده اند، نخست ابهام موجود در مفهوم نظم عمومی و نیازمندی این مفهوم به تفسیر قضایی مورد واکاوی قرار گرفته است زیرا مادام که ابهام در مفهومی وجود نداشته باشد نسازی به تفسیر و مفسر نخواهد بود بنابراین شناخت روش تفسیر نظم عمومی و عرف مفسر آن بدون درک ابهام در مفهوم نظم عمومی میسر نیست. در بخش دوم مبانی نظم عمومی بررسی شده اند تا نشان داده شود مجموعه مبانی نظم عمومی نیز خود حاجتمند تغییر اند و در هنگام تعیین مصادیق با همان ابهام موجود در مفهوم عمومی مواجه اند. قانون، اخلاق حسنه و عدم اضرار و نیز حیطة استفاده از هرکدام در قوام دادن نظم عمومی نیازمند تفسیر اند. در بخش انتهایی مقاله نیز به پرسش اساسی مقاله مبنی بر شناخت ویژگی های عرف مفسر پرداخته شده است و مطابق با رویه قضایی و تاملات فیلسوفان حقوق ویژگی های عرف مفسر معرفی و بررسی شده اند.

#### ۱. روش تحقیق

روش ما در این پژوهش در رابطه با مبانی نظم عمومی در حقوق کیفری ایران صورت گرفته است؛ از جمله تحقیقات بنیادین است که سعی در شناسایی مبانی نظم عمومی در حقوق کیفری ایران و تحقیق در خصوص هر یک از این مبانی دارد. در این پژوهش نگاه ما به مبانی تشکیل دهنده نظم عمومی مختص به قلمرو حقوق کیفری ایران است؛ از این رو قصد کنکاش مبانی نظم عمومی را در حقوق کیفری به معنی عام نداریم بلکه قلمرو بحث مختص به حقوق ایران خواهد بود هرچند که قطعاً اشتراکاتی با حقوق کیفری به معنی عام نیز خواهد داشت.

#### ۲. چارچوب نظری پژوهش

## ۱-۲. ابهام نظم عمومی و نیازمندی به تفسیر قضایی

همانگونه که بیان شد تعریف نظم عمومی آسان نیست و این دشواری ریشه در دو امر ذیل دارد:

### الف: نظم عمومی مفهومی نسبی در زمان و مکان است .

نظم عمومی مفهومی است در زمان و مکان نسبی. نظم عمومی پیوندی وثیق با سیاست، فرهنگ، ایده ها و اندیشه های عمومی جامعه دارد و از آنجا که ذهنیت جامعه نسبت به امور فوق همواره در حال تحول است، «مفهوم نظم عمومی» در بعد زمانی مفهومی نسبی خواهد بود؛ زیرا تحول نگرش جامعه به سیاست و فرهنگ سبب می شود نگرش جامعه به مفهوم نظم نیز دگرگون گردد.

از طرف دیگر نظم عمومی در بعد مکانی نیز نسبی است؛ زیرا جغرافیا به نگرش شهروندان اثر گذاشته و مرزهای سیاسی - اجتماعی مختلف ایجاد می کند. به عنوان مثال شرب مسکرات در یکی از شهرهای شمال ایران که در همسایگی ارمنستان است به سبب مذهب رایج میان مردم، امری خلاف نظم عمومی (با تمسک به ادله شرعی) شناخته می شود؛ حال آنکه در فاصله مکانی نزدیک به همین نقطه در کشور ارمنستان عمل مذکور ماهیتی متفاوت و مبتنی بر اباحه دارد، در نتیجه نسبی بودن مفهوم نظم عمومی در بعد زمان و مکان ارائه تعریفی جامع از آن را دشوار می نماید و این دشواری در تعریف، باب نیازمندی به تفسیر را می گشاید (عالی پور، ۱۳۸۷: ۳۳).

### ب: نظم عمومی در حقوق داخلی کشورها معنا می یابد .

از نظر ماهوی، نظم عمومی از جمله مفاهیم مشترک نظام های حقوقی جهان و حاکی از ارزش های 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 ویژگی های اجتماعی، سیاسی و فرهنگی هر جامعه تعریف شده و از حیث ماهوی مبتنی 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.

یافته های حقوق تطبیقی نیز عموماً هنگامی موثرند که مفهومی از حقوق یک کشور به کشوری دیگر انتقال یافته و ریشه در یک مبدا داشته باشد، همانند مفاهیم حقوق تجارت و حقوق کیفری یا حقوق عمومی؛ اما آنگاه که مفهومی حقوقی در یک کشور متفاوت از آن

مفهوم یا تاسیس در کشوری دیگر است و میان حقوق دو کشور تنها اشتراکی لفظی بر سر واژه ها برقرار شده باشد، نمی توان با مطالعه مفهوم مذکور در حقوق یک کشور ماهیت آن را در کشور دوم تبیین کرد؛ پس بدین ترتیب مطالعه تطبیقی مفهوم نظم عمومی از آنجا که ذاتا این مفهوم در بستر جغرافیای ملی خاص تکوین می یابد و مجزا از حقوق دیگر کشور ها رشد و نمو می پذیرد ممکن نیست و این خود دومین عامل دشواری ارائه تعریف و تبیین نظم عمومی و گشایش باب تفسیر در مورد آن است. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۹۷)

بنابراین لازم است یادآوری کرد که هرگاه اصطلاح نظم عمومی ذکر می گردد منظور «نظم عمومی داخلی» است و در حقیقت نظم عمومی در پرتو «مقررات داخلی یک کشور» منظور نظر است.

از آنجا که نظم عمومی ارتباط مستقیم با افکار و باورهای عمومی دارد؛ در تفسیر قضایی آن همواره بایستی توجه نمود که تفسیر نظم عمومی نباید منحصر به مقررات آمره مصوب نهادهای قانونگذار گردد؛ بلکه همیشه تفسیر نظم عمومی نیازمند توجه به اخلاق پرهیزکاران جامعه (اخلاق حسنه) علاوه بر مقررات عمومی است و به عبارت دیگر تفسیر نظم عمومی نباید در دام تعبد صرف به قوانین افتد، زیرا اولاً قانون خود دستوری است بر روی کاغذ و نه همواره مطابق با واقعیت، از طرف دیگر قانون عموماً مصادیق نظم عمومی را بیان نمی سازد و شناخت مصادیق آن را به عرف واگذار می نماید.

شاید به همین دلیل است که در ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران، الفاظ عقود محمول بر معانی عرفیه شده و در ماده ۲۲۰ همان قانون، طرفین قرارداد به کلیه نتایجی که به موجب عرف از عقد حاصل می شود ملتزم شده اند. این نظریه بیشتر نزد حقوق دانان طرفدار مکتب حقوقی طبیعی طرفدار دارد و طی آن نظم عمومی به عنوان واقعیتی غیر قابل انکار که پیش از وضع قانون، میان پدیده های اجتماعی برقرار بوده است و حقوق موضوعه تنها در جهت تضمین آن به وجود آمده شناخته می شود.

در مقابل ذهنی گرایان، مفهوم نظم عمومی را کاملاً برعکس پیروان نظریه "عینی بودن نظم عمومی" معرفی می نمایند. اینان معتقدند نظم عمومی وجود خارجی ندارد بلکه این مقررات و قوانین جاری کشورهاست که سبب ایجاد حدود و ثغور نظمی اجتماعی شده است.

مطابق با این نظریه و بر خلاف نظریه مبتنی بر عینیت، نظم عمومی مفهومی پایدار نیست بلکه مادام که قانون مرتبط با آن وجود داشته باشد پایدار است و به مجرد نسخ قانون، نظم عمومی منسوب به آن قانون نیز از میان خواهد رفت. مطالعه نظریات فوق بیانگر آن است که هر یک از دو دیدگاه، بخشی از واقعیت نظم عمومی را منعکس ساخته اند. نه آنچنان که

پیروان مکتب عینی معتقدند نظم حقوقی صورت خارجی دارد و نه آنچه‌ان که پیروان مکتب شخصی (ذهنی) دیدگاه نسبی به نظم عمومی داشته اند منطبق با واقعیت است. در حقیقت باید معتقد بود که حقوق کیفری علاوه بر آنکه موجب نظم عمومی است؛ نظم خودجوش ناشی از سنت های اجتماعی را نیز حمایت می کند. روی هم رفته تعارض آراء فیلسوفان حقوق در این عرصه خود بیانگر پیچیدگی و اهمیت مساله نظم عمومی است (الف، ۱۳۹۶: ۲۶).

حاکمیت قانون و توجه به دادرسی منصفانه همواره به پشتوانه نظم عمومی محقق می گردد. بدین ترتیب که قانونگذار و دستگاه قضایی اعمال و اقدامات خود را مستند به ایجاد نظم در جامعه و تحقق نظم عمومی می دانند؛ بنابراین اثر نظم عمومی در حقوق کیفری در دو جنبه قابل مطالعه و بررسی است:

از طرفی نظم عمومی به مثابه قاعده امری مقررات گذاری کیفری است. قانونگذار در مقام تصویب قوانین، ارزش های اجتماعی و فرهنگی جامعه را مد نظر قرار داده و باتوجه به آن ارزش ها اقدام به وضع قانون می نماید. نظم عمومی یکی از مهم ترین مولفه هایی است که ارزش های حاکم بر یک جامعه را از طرفی قوام داده و از طرفی خود از آن ها قوام می گیرد. این مسئله هم در جرم انگاری جرائم عمومی و هم در جرم انگاری جرایم خصوصی که فاقد جنبه های اجتماعی هستند متبلور است. قانونگذار با تمسک به ارزش های اجتماعی جامعه که نظم عمومی موجود را تشکیل می دهد، انجام رفتاری را مجرمانه اعلام می نماید و یا یک نهاد قضایی با تمسک به اینکه در صدد حفاظت از نظم عمومی است با روابط خارج از ازدواج افراد مقابله می نماید. بدین ترتیب همانگونه که ذکر شد مفهوم نظم عمومی از طرفی قوام دهنده مقررات کیفری و واقعیات عینی است و از طرف دیگر مجریان حقوق کیفری (دادسراها، قضات، نیروهای انتظامی) اعمال خود در اجرا و تفسیر قانون را مستند به اجرای نظم عمومی می نمایند (مرسلی، ۱۳۸۹: ۵۴).

نظم عمومی علاوه بر موارد فوق در بردارنده ارزشهای انسانی است و عدم توجه به ارزش های انسانی می تواند عاملی در جهت خلاف تحقق نظم عمومی در جامعه تلقی شود. به عنوان مثال جرم انگاری عمل خودداری اشخاص از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی که در حقوق کشورهای مختلف از جمله در حقوق ایران به موجب قانونی به همین نام در ۵۴/۳/۲۵ به تصویب رسیده است خود در اثر توجه به نظم عمومی بوده که لازمی این نظم توجه به ارزش های انسانی است (ولیدی، ۱۳۹۲: ۷۵).

اما توجه به این امر ضروری است که آنچه بیانگر روحیات و اندیشه های حاکم بر جامعه است و مفهوم نظم عمومی را شکل داده و الزامات سیاست‌گذار کیفری را فراهم می‌سازد

مفاهیم عرفی است. عرف است که رفتاری را در دوره ای خلاف نظم عمومی تشخیص داده و همان رفتار را در برهه زمانی دیگری مجاز به‌شمار می‌آورد. نگاهی به تاریخ حقوق کیفری ایران خود حاکی از این مسئله است که در دوره ای وجود تبعیض در میزان دریافت وجه دیه یا بدل از آن، خلاف نظم عمومی تشخیص داده نشده و بنا بر همین فرض، دیه ایرانیان مسلمان با غیر مسلمان با تبعیض فاحش، قانونگذاری شده بود؛ اما مدتی بعد و پس از گذشت چند دهه، قانونگذار با توجه به عرف اجتماعی که قوام دهنده نظم عمومی است وجود تبعیض و نابرابری در میزان دیه را چه میان زن و مرد و چه میان مسلمان و غیرمسلمان مغایر نظم عمومی تشخیص داده و در جهت از میان بردن این تبعیض اقدام کرده است (علی دوست، ۱۳۸۷: ۶۶).

بدین ترتیب تأثیر و نقش به‌سزایی که افکار عمومی و اراده شهروندان که از آن می‌توان به عرف ذهنی شهروندان تعبیر کرد نقش بی‌بدیلی در شکل دهی به نظم عمومی، حفظ ارزشها و تبعاً جرم‌انگاری و جرم‌زدایی به ویژه در حوزه تعزیرات دارد؛ به گونه ای که حاکمیت را از وضع قوانینی که در حوزه حقوق کیفری الزامات و تکالیف مالایطاق و یا غیر قابل پذیرش برای شهروندان ایجاد می‌کند منع می‌کند و در صورتی که حاکمیت بدون در نظر گرفتن عرف اجتماعی اقدام به وضع قانونی نماید که مورد اقبال عموم شهروندان قرار نگیرد؛ آن قانون مستمراً و به صورت گسترده توسط شهروندان نقض شده و مورد احترام ایشان قرار نمی‌گیرد و گستردگی نقض قانون به اندازه ای خواهد بود که حتی دولت نیز توانایی مبارزه با آن را نخواهد داشت و به تدریج به قانونی متروک تبدیل می‌شود (قاضی، ۱۳۹۲: ۱۱۸).

از سوی دیگر نظم عمومی به مثابه مجوز اجرا یا عدم اجرای قوانین کیفری به شمار می‌آید. اگرچه فرض بر آن است که هر آنچه توسط نهاد قانونگذار به تصویب می‌رسد بایستی به موقع اجرا گذاشته شود؛ با این حال مطالعه رویه قضایی کشورها حاکی از آن است که در نظام های حقوقی متعدد، همواره میل به مسکوت گذاشتن برخی قوانین و عدم اجرا یا تسهیل در اجرای برخی قوانین وجود دارد.<sup>۴</sup> مسکوت گذاشتن اجرای بعضی مجازات حدی در نظام حقوقی کیفری ایران خود حاکی از همین امر است (گلدوزیان، ۱۳۸۲: ۶۳).

<sup>۴</sup> به عنوان مثال نگاه کنید به: دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۰۸۷ مورخ ۲۸ / ۰۱ / ۹۲ شعبه ۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران که عملاً حکم بر تعطیلی مقررات قانون مدنی در زمینه روابط زوجین و الزامات فقهی در رابطه با ریاست مرد بر خانواده نموده است و حکم خود را مستند به نظم عمومی و درک عرفی از آن ساخته است.

گذشت زمان تمایل دستگاه قضایی کشور را به اجرای قوانین، دست خوش تغییر می نماید و باعث می شود که نظام قضایی به عنوان مجری مقررات کیفری در هر دوره ای نسبت به اجرای برخی قوانین آسان گیر شود.

علی القاعده گذر زمان، نگرش های اجتماعی را تغییر می دهد و تغییر نگرش های اجتماعی سبب تغییر قضاوت عمومی از دستگاه های اجرایی می گردد. اگر چه در سال های نخستین انقلاب اسلامی اجرای مجازات شلاق در ملاعام نشانه ای از صلابت و قدرت نظام قضایی شناخته می شد؛ اما رفته رفته با عبور از شرایط انتقالی آغاز انقلاب، نگرش های اجتماعی به اجرای مجازات بدنی در ملاعام دگرگون شد و بستر اجتماعی که پذیرای تماشای این مجازات باشد از میان رفت. به همین سبب شعب اجرای احکام کیفری کمتر تمایل به اجرای این مجازات در ملاعام از خود نشان دادند (همان، ۷۹)

پیوستن به معاهدات بین المللی و یا قرار گرفتن کشوری در معرض اتهامات حقوق بشری نیز می تواند جدیت در اجرای مقررات کیفری را با تردید مواجه کند. مطابق اصول حقوق بین الملل عمومی و نیز مقررات داخل کشورهای متعدد معاهدات بین الملل که به امضای نمایندگان کشورها می رسد بایستی به تصویب مجالس قانونگذاری آن کشورها نیز برسد تا عضویت کشوری در معاهده ای خاص احراز گردد. با این حال در بازه زمانی امضای معاهده تا تصویب معاهده در مجلس آن کشور، دولت متبوع بایستی از اقدام به رفتارهایی که نقض صریح و جدی معاهده می باشد پرهیز کند. طبیعتاً در این بازه زمانی اگرچه معاهده مذکور در حکم مقررات داخلی آن کشور نیست؛ اما اقدامات و عمل دستگاه های قضایی و اجرایی را تحت تاثیر آن قرار خواهد گرفت. این عوامل خود حکایت از ذات دو وجهی قوام دهنده و قوام گیرنده نظم عمومی نسبت به مقررات کیفری دارد که از طرفی خود زاییده ی نظم عمومی است و از طرفی به قوام نظم عمومی کمک می کند و تبیین و رمز گشایی حدود و ثغور آن جز با مراجعه به عرف به عنوان مفسر اصلی نظم عمومی امکان پذیر نخواهد بود (Dicey, ۱۹۹۷, Morris & ۲۰۶)

به طور کلی هرگونه جرم انگاری و جرم زدایی از رفتار شهروندان، با هر دلیل و انگیزه ای که از ناحیه دولت صورت گیرد، نمی تواند بی توجه به ضابطه و معیار «نظم عمومی» باشد. در واقع هر دولتی ممکن است که بواسطه تغییر شرایط اقتصادی و یا سیاسی و یا بنا بر سایر مصالح، رفتاری را جرم انگاری و از رفتاری دیگر جرم زدایی نماید؛ اما این امر بدان معنی نخواهد بود که نظم عمومی در روند این تغییر و تحول مدخلیتی نداشته است؛ زیرا در هر حال نظم عمومی سنجه اصلی و اساسی جرم انگاری و جرم زدایی است و جرم، رفتاری است که

به هر حال مغل نظم عمومی است و آن دسته از دلایل اقتصادی یا انگیزه های سیاسی و... که منجر به خلق جرم یا اباحه رفتارهای مجرمانه سابق می گردند، بدون پیش فرض و زمینه اصلی آن که ایجاد یا تأمین نظم عمومی است، به تنهایی تأثیری در این فرایند نداشته و اصولاً در نبود معیار نظم عمومی، موضوع از حیثه مباحث حقوق کیفری خارج خواهد شد (نجفی ایراندآبادی، ۱۳۷۶: ۵۲)

## ۲-۲ تفسیر نظم عمومی در پرتو واکاوی مبانی آن

مبانی نظم عمومی نزد فیلسوفان فردگرا و جامعه گرا متفاوت است. از طرفی فیلسوفان فردگرا نظم عمومی را نظم موجود در ساختار اجتماعی می دانند حال آنکه قائلان به دکترین پوزیتویسم حقوقی، وجود هر گونه نظم جدا یا فراتر از قانون را انکار می نمایند. با این حال از خلال سخن متفکران مختلف می توان قدر متیقن سه مبنا را برای نظم عمومی بیان کرد: یکی از مبانی غیرقابل انکار نظم عمومی که حتی در آثار حقوقدانان اثبات گرا نیز متبلور است، اخلاق حسنه است. فیلسوفان اثبات گرا اگرچه دولت را منبع اصلی قانون و قانون گذاری می دانند با این حال تأکید دارند که دولت همواره مایل است قوانین مرتبط و سازگار با روحيات عمومی را به تصویب برساند و این روحیه عمومی که قانون با معیار آن سنجیده می شود چیزی غیر از اخلاق حسنه نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۱۵).

اینکه ماهیت اخلاق حسنه چیست نیز خود محل اختلاف است. از خاطر نباید برد که مفهوم اخلاق حسنه به عنوان ایده ای منشا اثر در حقوق موضوعه، ریشه ای رومی دارد و نخستین بار حقوقدانان رومی بودند که با وضع اصطلاح حسنه در برابر اخلاق سیئه، مناطی جهت اعتبار یا عدم اعتبار اعمال حقوقی شهروندان به وجود آوردند که پس از آن، سه رویکرد حقوقی، فلسفی و جامعه شناختی به اخلاق حسنه به وجود آمده است (هانری، ۱۳۸۳: ۱۴۲) در رویکرد فلسفی، اخلاق حسنه امری است شخصی و اشاره به رفتارهای ایدئال فردی دارد حال آنکه در نگرش جامعه شناختی و حقوقی، اخلاق حسنه به عنوان «سبک رفتارهای رایج میان مردم» شناخته شده است ولو آنکه آن رفتارها آرمانی و ایده آل نباشند.

پس از شناخت مبانی اخلاق حسنه، نسبت این مفهوم با مفهوم نظم عمومی مطرح می شود. دو نسبت عموم و خصوص مطلق و عموم و خصوص من وجه برای تعیین رابطه ی این دو مفهوم از جانب پژوهشگران ارائه شده است. در نظریه فلسفی که رویکرد فردگرایانه نیز دارد اخلاق حسنه بخشی دائمی و همیشگی از نظم عمومی معرفی می شود. به همین سبب، رابطه میان آن دو عموم و خصوص مطلق دانسته شده است؛ حال آنکه در نگرش حقوقی، رابطه ی میان میان اخلاق حسنه و نظم عمومی، رابطه عموم و خصوص من وجه است؛ زیرا

حقوق با رفتارها و عادات انسانی سرکار دارد و نه صرفاً با اخلاق و ذهنیات او و به همین سبب بعضی مفاهیم اخلاق حسنه در دایره نظم عمومی قرار نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۱۸). منبع اصلی سنجش و تشخیص نظم عمومی، وجدان عمومی جامعه است؛ زیرا اجرای نظم عمومی دو مسئول اصلی دارد: دادرس در امور حقوقی و ضابط قضایی در امور کیفری. دادرسی که با استناد به رعایت اخلاق حسنه در پی اعتبار بخشیدن یا بی اعتبار کردن قراردادی است برای احراز اخلاق حسنه به عنوان رکن اصلی نظم عمومی نمی‌تواند به حقیقت نظم عمومی پی ببرد مگر با مراجعه به عرف رایج. از طرفی، ضابطی که پوشش خاصی را مخالف با اخلاق حسنه می‌داند نیز باید پوشش فرد را با عرف مطابقت دهد تا در صورت مخالفت عرف با چنان پوششی، آن را خلاف اخلاق حسنه محسوب و در غیر این صورت، آن را موافق با اخلاق حسنه محسوب کند. بر این اساس درک مفهوم نظم عمومی جز از طریق درک اخلاق حسنه که مبتنی بر مؤلفه های عرفی است ممکن نیست و انگهی شناخت اخلاق حسنه مناظ و معیاری جز مراجعه به وجدان عمومی ندارد.

مبنای دیگری که نظم عمومی در پرتو آن تفسیر شده است قانون است. مبنای نظم عمومی از جمله مبنای قانونی، همگی ریشه در اخلاق حسنه دارند. مبنای قانونی در حقیقت تعریفی دیگر از مفهوم اخلاق حسنه است و نکته بسیار مهم که دادرس و ضابط قضایی به ویژه در امور کیفری نباید از خاطر ببرد آن است که قانون به خودی خود نمی‌تواند موجد و مبنای نظم عمومی باشد؛ بلکه این قابلیت تنها زمانی به وجود می‌آید که مهر تایید اخلاق حسنه نیز بر قانون قرار گیرد (زمانی، ۱۳۹۱: ۳۱) و قانون مصوب، منطبق با اخلاق حسنه و یا حداقل مخالف با آن نباشد.

حقوقدانان، ضمن آنکه قانون را یکی از مبنای نظم عمومی می‌دانند تأکید دارند که قانون به این خاطر جزو مبنای نظم عمومی به شمار می‌آید که فرض بر آن است که قانونگذار همواره مفهومی را تبدیل به قانون می‌نماید که به لحاظ اخلاقی موجه است. محل تلاقی اخلاق حسنه و قانون را می‌توان عرف در معنای حقوقی اش دانست؛ زیرا چنانچه اخلاق حسنه اجرایی گردد بدل به عرف خواهد شد و بدین ترتیب اهمیت عرف در تفسیر نظم عمومی هویدا می‌گردد (پاد، ۱۳۸۶: ۶۳) و در واقع قانون مبتنی بر اخلاق حسنه، مورد استقبال شهروندان نیز قرار گرفته و در مدت کوتاهی، عرف جدیدی را در جامعه پدید می‌آورد به نحوی که همین عرف، بعداً حدود و ثغور و قلمرو نفوذ قانون را تعیین و تبیین می‌کند و دادرس را در مقام تفسیر قانون به عرف احاله می‌دهد.

ممکن است قانون غیر عادلانه یا خلاف مصالح اجتماعی باشد و یا سبب محرومیت شهروندان از بعضی حقوق گردد؛ در این حالت نمی توان مخالفت با قانون را مخالفت با نظم عمومی دانست؛ زیرا وظیفه دادرس احقاق حق و تحقق عدالت است و نه تبعیت مقلدانه و چشم بسته از قانون و همانطور که در بخش قبلی بیان شد درک این واقعیت که عمل ارتكابی خلاف اخلاق حسنه هست یا نیست راهی جز مراجعه به وجدان عمومی ندارد و این وجدان عمومی بنا بر تعریفی که در نگرش حقوقی - جامعه شناختی از آن شده است امری جز عرف نیست (سلجوقی، ۱۳۴۰: ۷۹) و این، عرف است که با نقشی که به عنوان یک تفسیر گر از رفتارهای انسانی ایفا می کند، معین می نماید که رفتار ارتكابی، مخالف با اخلاق حسنه یا نظم عمومی محسوب می شود یا خیر؟

علاوه بر مبانی فوق اصل لاضرر به عنوان یکی دیگر از مبانی نظم عمومی در نظام های حقوقی مختلف شناسایی و معرفی شده است. اصل عدم ضرر رسانی به دیگران، اصلی کهن و ریشه دار در حقوق کیفری و حقوق مدنی است و خود یکی از منشاهای قانون به شمار می رود. رعایت اخلاق حسنه در این اصل نیز مستتر است؛ زیرا بدیهی است که مقدمه زیست اخلاقی در عرصه فردی و اجتماعی رعایت حدود شخصی و عدم زیان رسانی به دیگران است و هیچ یک از نظام های اخلاقی زیان رساندن به دیگران بدون مجوز حقوقی را مجاز نمی شمارد. رعایت اصل عدم اضرار به عنوان یکی از مبانی نظم عمومی بیشتر در حیطه وظایف دولتی و بویژه در مساله پیشگیری از جرایم به منصفه ظهور می رسد. در واقع این دولت است که باید در راستای حفاظت از نظم عمومی، از تمامی امکانات و ابزار مشروع برای پیشگیری از وقوع آسیب به شهروندان استفاده کند و هرگونه قصوری در این راستا، طبعاً منافع کلان اجتماعی را به چالش می کشد. به عنوان مثال پیشگیری وضعی از طرق شناخته ای مانند نصب دوربین های مدار بسته در سطح شهر و یا روشن نگاه داشتن معابر در تاریکی شب، در همین راستا و برای جلوگیری از حدوث ضرر نسبت به شهروندان از طریق ارتكاب جرایمی مانند کیف قاپی یا سرقت مقرون به آزار است.

### ۲-۳ ویژگی های عرف مفسر در تفسیر نظم عمومی

حقوق، پیش از آنکه توسط نهادهای قانونگذار یا بر اساس قراردادهای دوطرفه به وجود آید حاصل توافق گروهی (قرارداد اجتماعی) آدمیان است. شهروندان همواره در میان خود قواعدی را به عنوان مقدمات زیست سالم و ایمن مقرر می نمایند که از آن به عرف تعبیر می شود. عرف عنصر اصلی عمل انسان ها از دوران های کهن تا به امروز است که به صورتی قراردادی از پیش تعیین شده بر روابط اشخاص حکومت می کند و بعضاً قانون را به تبعیت از

خود وا می دارد و بدین ترتیب عرف تبدیل به قانون می شود. نمونه بارزی از رسوخ عرف به عرصه قانون در احکام فقهی هویدا است. عموم احکام فقهی بنا بر اذعان محققان، «احکام امضایی» هستند و این بدان معناست که عرف به عرصه احکام شرعی نیز وارد شده است. علاوه بر موارد فوق عرف در عرصه تفسیر احکام شرعی نقش مهم و منحصر به فردی دارد. الفاظ شرعی که مبین احکام فقهی در مسائل مختلف هستند بر مبنای «دلالت عرفی» تفسیر می شوند و در حقیقت این عرف است که شریعت و احادیث فقهی را تفسیر می نماید (سلطان احمدی، ۱۳۸۹: ۲۰۰).

در عرصه علوم اجتماعی و جامعه شناسی نیز عرف اهمیت به سزایی دارد به گونه ای که عموماً مصداقی از رفتار سالم در جامعه رفتار عرفی شناخته می شود و در موارد بسیاری تخلف از عرف به عنوان ناهنجاری مورد شناسایی قرار می گیرد.

در عرصه مطالعات جامعه شناسی، عرف به رسومی اطلاق می گردد که دلالت بر امور شایست و ناشایست دارد (شامبیاتی، ۱۳۹۱: ۵۲) و در واقع مرز رفتارهای بهنجار و ناهنجار را مشخص می نماید. همانگونه که مشخص است عرف اهمیت بسیار زیاد در شناخت طبقات رفتاری اجتماعی یافته و یک منشا بسیار مهم برای درک اثبات گرایانه (پوزیتویستی) جرم است. در نگاه جامعه گرایانه به عرف، بعضاً قانون نیز صورتی از عرف شناخته می شود و قائلان به نظریات مکتب اجتماعی حقوقی، قانون را از این نظر قابل احترام و اطاعت دانسته اند که از عرف ضمانت می نماید.

عرف نیز همانند دیگر مفاهیم حقوقی در تنگنای تعریفی جامع و مانع مانده است. از دوران باستان تا به امروز، فیلسوفان و متفکران اجتماعی تعاریف گوناگون از عرف ارائه داده اند. ژولین حقوقدان روم باستان در تعریف عرف بر عنصر «دیرنیگی» تأکید ورزیده و بیان می دارد که عرف عبارت از حقوقی است که از آداب زندگی مردم پدید آمده و اثر قانون را دارد (صابری، ۱۳۹۰: ۲۶).

شاید بتوان بهترین تعریف از عرف را بر محور «توقع جمعی» ارائه داد. به عبارت دیگر امری را می توان عرفی تلقی نمود که عمل یا عدم عمل به آن توقع جمعی ایجاد کرده یا توقع جمعی را از بین می برد. تأکید بر عنصر توقع جمعی برابر تبیین مفهوم عرف در هنگام تفسیر نظم عمومی از طریق عرف اهمیت دوچندان می یابد؛ زیرا نظم عمومی همواره بر بستر توقعات و آراء و عواطف عمومی شکل می گیرد و از این منظر ارتباط تنگاتنگی با عرف می یابد و عرف تنها در صورتی می تواند نقش مفسر نظم عمومی را داشته باشد که مبتنی بر توقعات عمومی و اجتماعی شکل گرفته و تبیین شده باشد.

بنابر مطالب فوق دو ویژگی اصلی عرف مفسر موارد ذیل هستند:

اولاً نظم عمومی عمومیت دارد. نظم عمومی تنها می تواند با عرفی تفسیر شود که احراز گردد عرف مزبور عمومیت لازم را دارد و به عبارتی، عرف رایج است. این عمومیت بایستی به قدری توسعه یافته باشد که به منزله یک قرارداد اجتماعی شناخته شود و متضمن مفهوم اخلاق حسنه باشد. در آن صورت می توان وضعیت عمومی یک جامعه را بر اساس این عرف تفسیر نمود. به عبارت دیگر عرف پدیده ای است که نوع مردم را تحت تاثیر قرار می دهد و عمل یا عدم عمل به آن، باعث انبساط خاطر یا تکدر خاطر جمعی می گردد (جلال الدین و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۱۸)

ثانیاً نظم عمومی مفهومی الزام آور است. هنگامی که از نقش عرف در تفسیر نظم عمومی سخن می گوئیم بایستی توجه کرد که منظور «عرف الزام آور» است. فیلسوفان حقوق که عرف را به عنوان یکی از منابع حقوق در کنار قانون و رویه قضایی قید کرده اند بر همین جنبه ی عرف تاکید داشته و نقش قوه ی الزام آور در آن را پررنگ دانسته اند. اگر مفهومی در میان مردم فراگیر باشد اما عمل به آن الزامی تلقی نگردد نمی توان به استناد آن نظم عمومی را تفسیر نمود یا حداقل باید قائل بر آن شد که چنین تفسیری واقع بینانه نخواهد بود (نوربها، ۱۳۸۸: ۶۹)

در حقوق موضوعه، عرف حداقل دو عنصر مادی و معنوی دارد. حقوقدانان پوزیتیویست که همه چیز علم حقوق را بسته به تصمیم دولت می دانند علاوه بر دو عنصر فوق، عنصر سومی تحت عنوان عنصر قانونی نیز بدان افزوده اند. به این معنا که نزد این حقوقدانان عرف تنها زمانی به عنوان منبع حقوق و مصداقاً به عنوان ابزاری جهت تفسیر نظم عمومی مورد کاربرد قرار خواهد گرفت که این عرف از جانب قانونگذار تایید شده باشد.

عرف در رفتار تجسم می یابد و تصور عرف بدون تصور رفتاری که حامل این عرف باشد دشوار است. پس لازمه ی تحقق عرف مفسر، رفتار یا مجموعه رفتارهایی است که عرف را شکل می دهند. عنصر مادی در واقع ظرفی است که عرف را حمل می کند. هر عرفی در رفتار تجسم می یابد. این رفتار عموماً عملی ایجابی و مثبت است و به ندرت پیش می آید که رفتاری سلبی به عرف بدل گردد.

ویژگی مهم عنصر مادی همانگونه که سابقاً بیان گردید آن است که بایستی پایدار و عمومی باشد. پایدار بودن عرف به این معناست که عملی که دادرس یا ضابط قضایی در مقام تفسیر نظم عمومی به آن استناد می نماید نباید تحت تاثیر «مد» یا جریانهای زودگذر دیگر

شکل گرفته باشد بلکه بایستی سابقه طولانی و دیرینه در حیات اجتماعی یک گروه اجتماعی باشد (علوی، ۱۳۸۱: ۴۷)

لازمه ی تحقق عرف وجود وصف الزام آوری آن است. بسیاری از رفتارهای اجتماعی همانند آداب و معاشرت همواره تکرار شده و دارای رکن مادی عرف هستند؛ لیکن وصف الزام آوری ندارند و عدم اجرای آنها صرفاً موجب تقبیح اجتماعی می گردد و نه مجازات عمومی (همان: ۴۷).

این رفتارها ممکن است مصداق عادات یا نزاکتهای اجتماعی باشند اما در معنای واقعی کلمه، «عرف» نیستند و دادرس یا ضابط قضایی در مقام تفسیر نظم عمومی نمی تواند به چنین رفتارهایی استناد کند؛ از این رو عنصر معنوی عرف را باید در اعتقاد عمومی به قاعده ای مرسوم جستجو کرد که رعایت آن را، سبب تکدر خاطر اجتماعی گردد. همین عنصر است که باعث می شود عرف، دارای ویژگی الزامی بودن شود و ذهنیت عموم، عدم انجام رفتار عرفی را موجب تقبیح و تکدر دانسته شود و فرد کاهل را در معرض اتهام قرار دهد.

### نتیجه گیری

نظم عمومی مفهومی دیرپا در عرصه حقوق است که در حوزه حقوق کیفری اهمیتی دوچندان می یابد. اهمیت مفهوم نظم عمومی در عرصه حقوق کیفری از این روست که اساساً «جرم» به عنوان موضوع اصلی حقوق کیفری در تقابل با نظم عمومی به وجود می آید؛ بدین ترتیب که هر رفتاری که محل نظم عمومی تشخیص داده شود بایستی ارتکاب آن به قید مجازات، ممنوع شود.

ماهیت حقوقی نظم عمومی مورد مناقشات فراوان قرار گرفته است. در مکتب حقوق تحقیقی از آنجا که همه ی ساختار حقوقی و قضایی به عنوان بخشی از اراده ی حاکمیت تلقی می گردد؛ نظم عمومی برآمده از اراده ی دولت و معلول تصویب قانون شناخته می شود. از منظر فیلسوفان اثبات گرا، پیش از آنکه قانون به تصویب رسد اراده ای از جانب دولت وجود ندارد و بر همین اساس نمی توان قائل به وجود نظم عمومی شد؛ اما به مجرد آنکه قانونی به تصویب برسد از آنجا که تصویب قانون به منزله اعلام اراده ی دولت است نظم عمومی نیز ایجاد می گردد.

در مقابل فیلسوفان قائل به اصول حقوق طبیعی، معتقدند که نظم عمومی نه تنها برابند وضع قانون نیست، بلکه خود مولد قانون است و قانون از آن قوام می گیرد. اینان معتقدند پیش

از آنکه قانون به تصویب رسد نظم عمومی وجود داشته و قانون تنها به تضمین نظم که از پیش وجود داشته است اقدام می‌نماید .

با این حال آنچه به نظر درست‌تر می‌آید آن است که نظم عمومی از جهتی زاینده ی قانون و از طرفی مولد آن است . جای شک نیست که پیش از تصویب قانون، نظم خودجوش در جامعه وجود داشته است و در موارد متعددی قانون به تایید و امضای این نظم مبادرت ورزیده؛ اما این امر مانع از آن نیست که قانون را در تفسیر نظم عمومی و تبیین حدود و ثغور آن موثر بدانیم .

آنچه از بررسی اقوال فیلسوفان طبیعت‌گرا و اثبات‌گرا به دست می‌آید آن است که نظم عمومی دارای ارکانی است که مهم‌ترین رکن آن بنا بر اتفاق نظر پژوهشگران «اخلاق حسنه» است . اخلاق حسنه ریشه ی اصلی نظم عمومی و نیز ریشه ای برای دیگر ارکان آن است . البته لازم به ذکر است که مفهوم اخلاق حسنه نیز در میان رویکردهای مختلف اجتماعی ، حقوقی و فلسفی با تعدد تفسیر و معنا مواجه گردیده، اما اتفاق نظر بر آن است که اخلاق حسنه جز با مراجعه به عرف قابل درک نخواهد بود .

عرف نیز ماحصل اختلاط ذهن و رفتار شهروندان و تبلور اراده آنان و مهم‌ترین دریچه برای درک مفهوم نظم عمومی است . این عرف که از آن به «عرف مفسر» تعبیر می‌نماییم دارای دو رکن مادی و معنوی و دو وصف «الزامی» و «عمومیت» است . عرف مفسر بایستی دارای رکن مادی باشد یعنی به طور مداوم در هنگام روبرو شدن با یک رویداد خاص، تکرار گردد و نیز لازم است که دارای عنصر معنوی باشد یعنی مردم تابع آن عرف، رعایت آن را الزام آور دانسته به گونه ای که عدم رعایت آن، سبب تکدر خاطر اجتماعی گردد . عنصر روانی، باعث می‌شود که عرف مفسر، دارای ویژگی الزامی بودن شود بدین معنا که در ذهنیت عموم ، عدم انجام رفتار عرفی موجب تقبیح و تکدر شود و نسبت به فرد کاهل ایجاد اتهام نماید . وصف «عمومیت» نیز همانگونه که از آن هویداست مبین آن است که عرف مفسر، نماینده ی فرهنگی جامعه ی خود است و از سطح خرده فرهنگ ها و هنجارهای گروهی فراتر رفته و دقیقا به همین دلایل است که می‌تواند در تبیین و تفسیر نظم عمومی و تعیین حدود و ثغور آن مورد استناد قرار گرفته و نقش تفسیری خویش را در ابعاد مختلف ایفا کند.

کتابنامه

الف ( فارسی

- ۱) الفت ، علیرضا .(۱۳۹۱)، نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد ، مجله تحقیقات فقه و حقوق ، سال پنجم ، شماره دوم .
- ۲) یاد، ابراهیم.(۱۳۸۶)، حقوق کیفری اختصاصی، تهران: چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳) جعفری لنگرودی ، جعفر.(۱۳۸۵) ، فلسفه ی حقوق مدنی ، تهران ، انتشارات گنج دانش.
- ۴) زمانی، محمود.(۱۳۹۱)، عرف و عادت در نظر حقوقی ایران، تهران ، انتشارات جاودانه جنگل.
- ۵) ساریخانی، جلال الدین.(۱۳۸۸)، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۶) سلجوقی، محمود(۱۳۴۰)، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، ، تهران: چاپخانه بانک ملی.
- ۷) سلطان احمدی، جلال.(۱۳۸۹)، نقش عرف در قرار دادها، تهران: جنگل.
- ۸) شامبیاتی، هوشنگ.(۱۳۹۱)، حقوق کیفری اختصاصی(جرائم علیه اشخاص)، تهران، انتشارات امیرکبیر
- ۹) صانعی ، پرویز.(۱۳۹۵) ، حقوق و اجتماع ، انتشارات دانشگاه ملی .
- ۱۰) صابری، حسین.(۱۳۹۰)، فقه و مصالح عرفی، قم: انتشارات تبلیغات اسلامی.
- ۱۱) عالی پور ، حسن.(۱۳۸۷)، توازن میان امنیت ملی و آزادی های فردی در مقابله با جرایم تروریستی ، رساله دکتری دانشگاه شهید بهشتی .
- ۱۲) علوی،سید محمد تقی، تاملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ی ایران ، مجله :دانشکده ادبیات و علوم انسانی تبریز، شماره ۸۲ ، بهار ۱۳۸۱ .
- ۱۳) علی دوست ، ابوالقاسم ، فقه و عرف ، چاپ چهارم ، قم ، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ، ۱۳۸۵.
- ۱۴) علی دوست ، ابوالقاسم ، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق ، قم ، انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت) با همکاری پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی ، ۱۳۸۷.
- ۱۵) قاضی ، ابوالفضل ، بایسته های حقوق اساسی ، تهران ، نشر میزان ، ۱۳۹۲.
- ۱۶) کاتوزیان ، امیرناصر ، مقدمه علم حقوق ، تهران ، شرکت سهامی انتشار ، ۱۳۹۵.

- ۱۷) کاتوزیان ، امیرناصر ، فلسفه حقوق ، تهران ، شرکت سهامی انتشار، جلد اول ، ۱۳۹۲.
- ۱۸) گارو ، رنه ، مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا ، ترجمه ضیالالدین نقابت ، ج ۱ ، چاپ ششم ، ۱۳۸۴ .
- ۱۹) گلدوزیان ، ایرج (۱۳۸۲)، بایسته های حقوق جزای عمومی ، تهران ، نشر میزان ، چاپ هفتم .
- ۲۰) لازرژ ، کریستین. (۱۳۷۶)، سیاست جنایی ، ترجمه علی حسین نجفی ابراندآبادی ، تهران ، نشر یلدا ص ۵۲.
- ۲۱) لوی برول ، هانری. (۱۳۸۳) ، جامعه شناسی حقوق ، ترجمه سیدابوالفضل قاضی ، تهران ، نشر میزان ، چاپ پنجم
- ۲۲) مرسلی ، یدالله. (۱۳۸۹) ، نظم عمومی در اعمال حقوق ، تهران ، انتشارات جاودانه.
- ۲۳) میشل بست ، جان. (۱۳۷۲) ، جامعه شناسی جنایت ، ترجمه فریدون وحیدا ، انتشارات مرکز پژوهش های آستان قدس رضوی .
- ۲۴) نوربها، رضا. (۱۳۸۸)، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: گنج دانش.
- ۲۵) ولیدی، محمدصالح. (۱۳۹۲)، دوره حقوق جزای اختصاصی، جلد دهم ، جرائم علیه اجرای عدالت قضائی و اقتدار و نظم عمومی، تهران، انتشارات جنگل.

ب) انگلیسی

- ۲۶) Dicey and morris . ( ۱۹۹۷) ., Conflict of laws, vol. ۱. london, steven and son, Ltd.
- ۲۷) LLoyd, D.( ۱۹۹۵),Public Policy." A Comparative Study in English and French Law, Londres .

## The Position and Characteristics of the Interpreter in the Explaining of Public Order

### *Abstract*

"Public order" is a term encompassed in the field of law that is the source of numerous effects in various legal fields, yet the sensitivity of criminal law has exemplified this notion in this area of legal knowledge more than any other legal field. In order to explain the nature of the legal order, two theories of natural and positivist law have been proposed. Proponents of natural law consider public order to be the result of social structures and the disruption of the rules of social life, while affirmatives view public order as merely a matter of law and see its source and validity in the laws, nevertheless. The public order appears to be an intermediary in nature between a lawless society and a legal society which, on the one hand, is the consolidator of the laws of society and, on the other, derives itself from the laws and legal requirements, and is therefore in the midst of opinions. Two aforementioned schools are emerging. Public order is a complex and ambiguous concept that cannot be resolved except by reference to the habits of life and behavior of citizens, which in turn makes it important to study custom in interpreting public order. The interpreter's custom must have a material and spiritual element as well as a binding and general condition that is detailed in the text of the article.

**Key words:** Public order, social order, custom, interpreter custom.