

نظم عمومی

و جایگاه آن در قانون مدنی



مؤلف:

دکتر سارا نیکبخت

فهرست مطالب

مقدمه	۱۳
فصل اول: کلیاتی در باب نظم عمومی	۱۷
۱-۱ تعریف نظم عمومی	۱۷
۱-۱-۱ نسبت مکانی	۲۰
۱-۱-۲ نسبت زمانی	۲۱
۲-۱ تاریخچه نظم عمومی	۲۱
۳-۱ ماهیت نظم عمومی	۲۳
۴-۱ مبانی نظم عمومی	۲۵
منابع نظم عمومی	۲۷
منابع مدون نظم عمومی	۲۷
قانون	۲۷
۱-۱-۱-۵-۱ درجه‌های اجبار ناشی از قانون	۲۸
۲-۱-۱-۵-۱ قانون امری	۲۸
۳-۱-۱-۵-۱ قانون تکمیلی	۲۹
۴-۱-۱-۵-۱ معیار تشخیص آمره بودن قانون	۲۹
قراردادها و اسناد بین المللی	۳۰
منابع غیر مدون نظم عمومی	۳۰
اخلاق حسنه	۳۰
عرف و عادت	۳۰
۱-۲-۲-۵-۱ رکن مادی	۳۱
۲-۲-۲-۵-۱ رکن معنوی	۳۲
موارد رجوع صریح به عرف	۳۳

- موارد رجوع ضمنی به عرف ۳۳
- رویه قضایی ۳۴
- موارد دخالت رویه قضایی در قانون ۱-۳-۲-۵-۱ ۳۵
- نقص قانون ۲-۳-۲-۵-۱ ۳۵
- سکوت قانون ۳-۳-۲-۵-۱ ۳۵
- اجمال قانون ۴-۳-۲-۵-۱ ۳۶
- تناقض قانون ۴-۳-۲-۵-۱ ۳۷
- ۶-۱ قلمرو نظم عمومی ۳۷
- ۱-۶-۱ قلمرو قواعد نظم عمومی سیاسی ۳۸
- ۲-۶-۱ محدوده قواعد نظم عمومی اقتصادی ۳۹
- ۷-۱ مصادیق نظم عمومی ۴۰
- ۸-۱ نظم عمومی و اخلاق حسنه ۴۱
- ۱-۸-۱ تمیز اخلاق حسنه ۴۴
- ۲-۸-۱ قراردادهای مخالف اخلاق ۴۵
- ۹-۱ اصل بودن نظم عمومی در حقوق خصوصی ۴۷
- فصل دوم: جایگاه نظم عمومی در نکاح ۵۱
- ۱-۲ خواستگاری ۵۱
- ۱-۱-۲ خواستگاری از زن شوهردار و مطلقه رجعیه ۵۴
- ۲-۱-۲ خواستگاری از زنی که در عده طلاق باین است ۵۴
- ۳-۱-۲ خواستگاری از زن مطلقه در ایام عده و زنی که در عده وفات است ۵۵
- ۴-۱-۲ خواستگاری از نامزد دیگری ۵۶
- ۵-۱-۲ مسئولیت ناشی از خواستگاری غیر مجاز ۵۷
- ۲-۲ نامزدی ۵۹
- ۱-۲-۲ شرایط صحت نامزدی ۶۰
- ۲-۲-۲ آثار نامزدی ۶۱
- ۳-۲-۲ نکاح موقت در دوران نامزدی ۶۵
- ۴-۲-۲ بررسی وضعیت هدایای دوران نامزدی ۶۵
- ۱-۴-۲-۲ وضع هدایای مصرف شدنی ۶۶
- ۲-۴-۲-۲ وضع هدایایی که عادتاً نگهداری می‌شود ۶۶

- ۶۷..... ۲-۵ وضعیت نامه‌های مبادله شده در دوران نامزدی
- ۶۷..... ۲-۶ انحلال نامزدی در اثر فوت یکی از نامزدها
- ۶۸..... ۲-۳ لزوم ارائه گواهی پزشک مبنی بر عدم ابتلاء به امراض مسری
- ۷۰..... ۲-۴ سن بلوغ
- ۷۱..... ۲-۴-۱ بلوغ از دیدگاه قرآن
- ۷۱..... ۲-۴-۲ سن بلوغ در قوانین
- ۷۳..... ۲-۴-۳ نکاح پیش از سن ازدواج
- ۷۶..... ۲-۴-۳-۱ اذن پدر در ازدواج
- ۷۶..... ۲-۴-۳-۲ ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بدون اذن ولی
- ۷۹..... ۲-۴-۳-۳ موارد سقوط اعتبار اذن ولی
- ۸۰..... ۲-۴-۳-۴ فوت یا حجر ولی
- ۸۰..... ۲-۴-۳-۴-۲ عدم دسترسی به ولی
- ۸۱..... ۲-۴-۳-۴-۳ منع غیر موجه ولی
- ۸۲..... ۲-۵ موانع نکاح
- ۸۳..... ۲-۵-۱ قرابت
- ۸۳..... ۲-۵-۱-۱ محارم نسبی
- ۸۴..... ۲-۵-۱-۲ محارم سببی
- ۸۵..... ۲-۵-۱-۳ محارم رضاعی
- ۸۶..... ۲-۵-۲ شوهر داشتن زن
- ۸۷..... ۲-۵-۳ عده زن
- ۸۸..... ۲-۵-۴ مطلقه بودن به سه طلاق و نه طلاق
- ۸۹..... ۲-۵-۵ کفر
- ۹۰..... ۲-۵-۶ احرام
- ۹۰..... ۲-۵-۷ لعان
- ۹۱..... ۲-۵-۸ ازدواج با اتباع بیگانه
- ۹۴..... ۲-۵-۹ استیفاء عدد
- ۹۵..... ۲-۶ شروط ضمن عقد نکاح
- ۹۶..... ۲-۶-۱ شروط فاسد
- ۹۶..... ۲-۶-۱-۱ شرط خلاف مقتضای عقد

- ۲-۶-۱-۲ شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌گردد..... ۹۷
- ۲-۶-۲ شروط فاسد و غیر مفسد عقد ۹۷
- ۲-۶-۲-۱ شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد ۹۷
- ۲-۶-۲-۲ شرطی که در آن نفع و فایده نباشد ۹۷
- ۲-۶-۲-۳ شرطی که نامشروع باشد ۹۸
- ۲-۶-۲-۳-۱ شرط خیار ۹۸
- ۲-۶-۲-۳-۲ شرط عدم ازدواج مجدد از طرف زوجه علیه زوج ۹۹
- ۲-۶-۲-۳-۳ شرط نداشتن روابط زناشویی برای مدت معین یا دائمی ۱۰۰
- ۲-۶-۲-۳-۴ شرط پرداخت مهر در مدت معین و در صورت عدم پرداخت فسخ یا بطلان نکاح ۱۰۱
- ۲-۶-۲-۳-۵ شرط عدم پرداخت نفقه در نکاح دائم ۱۰۱
- ۲-۶-۲-۳-۶ شرط عدم ریاست مرد بر خانواده ۱۰۱
- ۲-۶-۲-۳-۷ شرط عدم اشتغال زن ۱۰۲
- ۲-۶-۲-۳-۸ شرط دادن حق طلاق به زن ۱۰۶
- ۲-۶-۳ شروط صحیح ۱۰۶
- ۲-۶-۳-۱ شرط صفت ۱۰۷
- ۲-۶-۳-۲ شرط نتیجه ۱۰۷
- ۲-۶-۳-۳ شرط فعل ۱۰۸
- فصل سوم: جایگاه نظم عمومی در انحلال نکاح ۱۰۹
- ۳-۱-۳ فسخ ۱۱۰
- ۳-۱-۱-۱ موجبات فسخ نکاح ۱۱۱
- ۳-۱-۱-۱-۱-۱ خیار عیب ۱۱۱
- ۳-۱-۱-۱-۱-۲ عیوب مرد ۱۱۱
- ۳-۱-۱-۱-۲ عیوب زن ۱۱۲
- ۳-۱-۱-۲ جنون زن و مرد ۱۱۳
- ۳-۱-۱-۳ تدلیس و تخلف از شرط صفت ۱۱۴
- ۳-۱-۱-۳-۱ تدلیس ۱۱۴
- ۳-۱-۱-۳-۲ تخلف از شرط صفت ۱۱۵
- ۳-۱-۲ تأثیر فسخ در شروط ضمن عقد نکاح ۱۱۵

- ۲-۳ طلاق ۱۱۷
- ۱-۲-۳ طلاق با اراده مرد ۱۱۸
- ۱-۱-۲-۳ ارجاع به داوری ۱۱۹
- ۲-۱-۲-۳ لزوم دخالت دادگاه و اجازه دادگاه ۱۲۰
- ۳-۱-۲-۳ شرایط اجرای صیغه طلاق ۱۲۲
- ۱-۳-۱-۲-۳ به کار گیری الفاظ خاص ۱۲۲
- ۲-۳-۱-۲-۳ حضور شاهد در اجرای صیغه طلاق ۱۲۳
- ۲-۲-۳ طلاق به درخواست زن ۱۲۴
- ۱-۲-۲-۳ ماهیت طلاق قضایی ۱۲۴
- ۲-۲-۲-۳ موارد طلاق قضایی ۱۲۵
- ۱-۲-۲-۲-۳ عجز شوهر از پرداخت نفقه ۱۲۶
- ۲-۲-۲-۲-۳ طلاق زوجه غایب مفقودالاثار ۱۲۶
- ۳-۲-۲-۲-۳ طلاق به دلیل عسر و حرج زن ۱۲۷
- ۳-۲-۳ طلاق توافقی ۱۲۸
- ۴-۲-۳ وکالت زن در طلاق ۱۳۰
- ۳-۳ حقوق زوجین پس از طلاق ۱۳۲
- ۱-۳-۳ حقوق مالی زوجین پس از طلاق ۱۳۲
- ۱-۱-۳-۳ نفقه ۱۳۲
- ۱-۱-۱-۳-۳ نفقه زن در عده طلاق رجعی ۱۳۳
- ۲-۱-۱-۳-۳ نفقه زن در عده طلاق بائن ۱۳۳
- ۲-۱-۳-۳ ارث زوجین ۱۳۴
- ۱-۲-۱-۳-۳ میراث زوجه در طلاق رجعی ۱۳۵
- ۲-۲-۱-۳-۳ طلاق در حال بیماری ۱۳۵
- ۳-۱-۳-۳ مهریه ۱۳۶
- ۴-۱-۳-۳ تنصیف دارایی ۱۳۶
- ۲-۳-۳ حقوق غیر مالی زوجین بعد از طلاق ۱۳۶
- ۱-۲-۳-۳ رجوع ۱۳۶
- ۲-۲-۳-۳ حضانت ۱۳۷
- ۳-۳-۳ موارد سقوط حقوق زوجین ۱۳۸

- ۱۳۸ سقوط حق حضانت ۱-۳-۳-۳
- ۱۳۸ جنون ۱-۱-۳-۳-۳
- ۱۳۹ ازدواج مجدد مادر ۲-۱-۳-۳-۳
- ۱۳۹ کفر ۳-۱-۳-۳-۳
- ۱۳۹ عدم صلاحیت اخلاقی ۴-۱-۳-۳-۳
- ۱۴۰ عدم استطاعت مالی ۵-۱-۳-۳-۳
- ۱۴۰ سقوط نفقه ۲-۳-۳-۳
- ۱۴۱ نشوز ۱-۲-۳-۳-۳
- ۱۴۱ زوجه صغیره ۲-۲-۳-۳-۳
- ۱۴۱ ارتداد زوجه ۳-۲-۳-۳-۳
- ۱۴۱ زوج صغیر ۴-۲-۳-۳-۳
- ۱۴۱ سقوط ارث ۳-۳-۳-۳
- ۱۴۱ کفر ۱-۳-۳-۳-۳
- ۱۴۲ قتل ۲-۳-۳-۳-۳
- ۱۴۲ لعان ۳-۳-۳-۳-۳
- ۱۴۳ مفقودالاثربودن ۴-۳-۳-۳-۳
- ۱۴۵ نتیجه گیری ۱-۳-۳-۳-۳
- ۱۴۹ منابع فارسی ۱-۳-۳-۳-۳
- ۱۴۹ کتب ۱-۳-۳-۳-۳
- ۱۵۰ مقالات ۱-۳-۳-۳-۳
- ۱۵۲ منابع عربی ۱-۳-۳-۳-۳

مقدمه

نظم عمومی از مهم‌ترین نهادهای حقوقی است که در نظام حقوقی تمام کشورهای جایگاه ویژه‌ای دارد. این نهاد رابطه بسیار تنگاتنگی با منافع اجتماع دارد و حتی بسیاری از حقوقدانان در تعریف نظم عمومی آن را به منافع جامعه تعریف کرده‌اند. از آن جایی که منافع از مفاهیم نسبی بوده و تغییر زمان و مکان باعث تغییر مفهوم آن می‌گردد از همین رو ماهیت نظم عمومی نیز امری متغییر و نسبی جلوه‌گر می‌شود که قلمرو آن با توجه به تغییرات شرایط اجتماعی و اقتصادی، گسترده و تنگ می‌شود و همین نسبی بودن ماهیت آن، باعث اختلاف نظرهای فراوانی راجع به تعریف، مبنا و قلمرو نظم عمومی گردیده است. می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین و اساسی‌ترین مصداق‌های نظم عمومی برقراری نظم و امنیت در جامعه است و یا جلوگیری از هرگونه هرج و مرج، تخلفات و جرایم است.

نظم عمومی در اغلب موارد منطبق بر قانون است. با این نگرش نظم عمومی مفهومی است که بی‌شک همزاد آزادی است. هر چیزی که زاده می‌شود در ظرفی مناسب خود زاده می‌شود. ظرفی که هم محافظ آن است و هم مرزهای آن را مشخص می‌کند و به آن عینیت می‌بخشد. پذیرش اصل آزادی به معنای نفی حاکمیت قانون نیست، بلکه به این معناست که قانون‌گذار به جهت نتایج عملی، احترام به تراضی افراد را پذیرفته است تا آزادی به عنوان یک اصل تلقی شود. لذا دیده می‌شود که قانون‌گذار در ماده ۱۰ قانون مدنی تراضی حاصل از آزادی را تا جایی نافذ و محترم می‌شمارد که مخالف قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و در ماده ۹۷۵ همان قانون، محاکم را موظف دانسته است تا از اجرای قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه جلوگیری نماید.

بنابراین، مبنای اصل آزادی، منافع و مصالح عمومی است. زیرا خرد عمومی با آزمون و خطاهای بسیار، سرانجام دریافته است که آزادی قراردادی سبب می‌شود که روابط مالی و غیر مالی مردم به صورت عادلانه تنظیم شود. از این رو، حقوق به جای وضع قاعده در هر رابطه، تراضی اشخاص را با هم، دارای اثر حقوقی می‌داند. بر این اساس، اصل آزادی، ابزاری در خدمت مصالح و منافع اجتماعی است؛ به این معنا که اراده فردی در خدمت شکل‌گیری حقوق جمعی است، نه اینکه حقوق کارگزار اراده فردی باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، صص ۱۴۵ و ۱۴۶) در صورتی که نتوان از اصل آزادی استفاده مطلوب کرد، عقل حکم می‌کند که محدود شود. لذا امروز در اکثر سیستمهای حقوقی شاهد آنیم که به استناد مخالفت با قانون آمره و یا اخلاق حسنه و یا نظم عمومی، از اجرا یا انعقاد قرارداد ممانعت می‌شود. این سه عامل، آزادی انسان را در انعقاد پیمان محدود می‌سازد.

به نظر نمی‌رسد، تحدید آزادی به مرز مخالفت با نظم عمومی، با عدالت تعارض و تنافی داشته باشد، ولی نسبی بودن مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه و تعاریف و تفسیرهای گوناگون از آن دو، دغدغه‌هایی ایجاد می‌کند که نکند از این طریق عدالت پایمال گردد. اگر بر رفتار دولت‌ها و جوامع نظری افکنده شود، به روشنی درک خواهد شد که در اکثر کشورها دخالت روز افزون دولت‌ها در امور اقتصادی سبب شده است تا مفهوم نظم عمومی گسترش یابد و به همان میزان آزادی افراد در انعقاد قراردادها کاسته شود. قانون بسیاری از قراردادها را باطل اعلام می‌نماید و یا شرایط ناخواسته‌ای را بر طرفین تحمیل می‌کند، تا حدی که برخی از حقوقدانان «انطباق عقد با ضرورت‌های اجتماعی و نظم عمومی» را بر جمله شرایط اساسی صحت عقد افزوده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۴۸)

در زمینه جایگاه نظم عمومی در نکاح و همچنین در انحلال آن باید اذعان داشت که، نکاح تأسیس حقوقی ویژه‌ای است که بر مبنای رابطه عاطفی و جنسی مرد و زن با زندگی قانونمند در جوامع مختلف به وجود آمده است. بر طبق قواعد حاکم در این زمینه، اشخاص در انتخاب همسر آزادی کامل دارند اما به جهت تأسی قواعد شکلی و ماهوی مذهبی این انتخاب در

چهارچوب‌های خاصی قرار گرفته است و لذا حقوق در بسیاری از موارد حاکمیت اراده افراد را در این موارد محدود می‌نماید، این مقررات بعضاً چنان از نظر مقنن واجد اهمیت بوده که تخطی از آنها را ممنوع اعلام نموده است و در بعضی از موارد حتی برای آن، ضمانت اجرایی مقرر نکرده است. از سوی دیگر نکاح به عنوان یک عقد مستلزم اراده طرفین بوده و در طلاق علاوه بر اراده تشریفاتی نیز قائل شده است، ترکیب اراده و مقررات عمومی این تردید را در مباحث حقوق مدنی از یک طرف و قوانین دیگر از طرف دیگر ایجاد نموده است که چگونه میتوان بین نظامات قانونی و اراده طرفین در این قضیه هماهنگی ایجاد نمود.

نکاح و طلاق عقود هستند که دارای طبیعت و ماهیتی متفاوت از سایر عقود دیگر هستند. اگرچه انجام نکاح و طلاق با تراضی طرفین است اما همیه آثار آن را ایجاد نمی‌کنند. خانواده سالم، پایه گذار اجتماعی سالم است، لذا واگذار نمودن شرایط و مقررات آن به صرف توافق طرفین قرارداد، مخالف نظم و مصلحت عمومی است و مقنن با پیشرفت جوامع، ناگزیر احکام آمره خود را بر توافق زوجین سایه گستر می‌کند.



فصل اول: کلیاتی در باب نظم عمومی

۱-۱ تعریف نظم عمومی

یکی از مفاهیم بنیادینی که در علم حقوق واجد آثار مهم، اما مبهمی است، مفهوم نظم عمومی است. این مفهوم هرچند دارای آثار و تبعات گوناگونی در رشته‌های مختلف حقوقی است؛ اما هیچ‌گاه به‌طور خاص مورد تعریف دقیق قرار نگرفته است. نظم عمومی از قواعد محدود کننده آزادی اراده است که در کلیه نظام‌های حقوقی، از جایگاه ویژه و قابل تاملی برخوردار است. این واژه مرکب از دو بخش (نظم) و (عمومی) است. نظم به معنی قرار گرفتن هر چیز در جای خود است و عمومی دلالت بر شمول و فراگیری، نقطه مقابل خصوصی است؛ نظم عمومی در اصطلاح، شرایطی است که در آن انضباط اجتماعی حاکم و همه چیز چنانچه بایسته است، در جای خود (بر مدار قانون) مستقر گردیده است. نظم عمومی رابطه مستقیمی با منافع عمومی دارد. وجود نظم در جامعه از مستقرات عقل عملی و مورد قبول هر عاقلی است. روابط میان مردم با یکدیگر و یا روابط مردم با دولت را از حیث گستره به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: