

نقش قرار دادهای خصوصی در نکاح

طرح بحث و تقسیم مسائل:

نکاح " سازمان حقوقی " ویژه ای است که بر مبنای رابطه جنسی و عاطفی زن و مرد ایجاد شده است. بر طبق قواعد حاکم در این سازمان، اشخاص در انتخاب همسر آزادی کامل دارند و عقد نکاح نیز مانند سایر قراردادها، وابسته به قصد و رضای طرفین آن است ولی، آثار این عقد از طرف قوانین معین میشود و حقوق جایی برای حاکمیت اراده آنان باقی نمیگذارد. بندرت می توان موردی را یافت که زن و شوهر بتوانند آثار متعارف نکاح را بر طبق قرار داد دگرگون سازند یا حکمی از قانون را تغییر دهند. بهمین جهت، در این زمینه اصل محدود بودن اراده طرفین به قوانین یا امری بودن قوانین است و همین نکته نکاح را از معاملات جدا می سازد (۱).

توافق در باره مهر را نباید با عقد نکاح مخلوط کرد. آزادی طرفین در مورد مهر کم و بیش مانند سایر قرار دادهای محدود کردن این اراده امری استثنایی و خلاف اصل است. با وجود این، ارتباط مهر با نکاح در این باره نیز وضع خاصی بوجود می آورد که باید مورد نظر قرار گیرد و اجرای قواعد عمومی معاملات در آن با احتیاط انجام شود. توافقی که بمنظور تغییر آثار قرار داد انجام می شود، اگر ضمن همان قرار داد باشد، در اصطلاح " شرط " نامیده می شود. برای مثال، اگر زن و شوهر ضمن عقد نکاح قرارگذارند که محل سکونت مشترک آنان را زن معین کند، می گویند ضمن عقد نکاح شرط شده است که تعیین محل سکونی با زن باشد. همچنین، اگر بموجب قرار دادی که تابع عقد نکاح شده است انجام کاری بر عهده یکی از طرفین قرار گیرد با وصفی در مهر یا یکی از زوجین شرط شود

۱ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱، اموال و مالکیت و کلیات قرار دادهای، شماره ۲۲۷.

با منظور بدست آمدن نتیجه قرار داد تبعی (مانند وکالت) ضمن نکاح باشد، این قرارداد را "شرط" می‌نامند؛ مانند این که شرط شود که زن دوشیزه باشد (وصف) یا شوهر املاک زن را اداره کند (انجام کار) یا زن وکیل شوهر در فروش خانه او یا طلاق دادن خود باشد (نتیجه) (۱)

در فقه، چون الزام آور بودن این گونه قرار دادها مشروط بر این است که ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری در آید، مرسوم شده بود که نقش قرار دادهای خصوصی در نکاح را زیر عنوان "شروط ضمن عقد" بررسی کنند. امروز این ضرورت وجود ندارد، زیرا قرار دادهای بی نام نیز ممکن است بطور مستقل واقع شود و همان اثر "شرط" را دارد. برای مثال، همان گونه که ضمن عقد نکاح می‌توان حق سکنی را برای زن شرط کرد، دادن این حق بموجب قرارداد مستقل، پیش از عقد نکاح یا بعد از آن، نیز امکان دارد. همچنین، اگر قبول کنیم که ضمن عقد نکاح نمی‌شود حق حضانت کودک را از مادر او گرفت، این سلب حق بوسیله قرار داد مستقل نیز ممکن نیست.

با وجود این، از آنجا که تاءثیر این گونه توافق‌های فرعی در اصل نکاح نیاز به بررسی جداگانه‌ای دارد که ویژه مباحث مربوط به عقد زواج است و از این جهت که طبیعت بسیاری از این توافق‌ها ایجاب می‌کند که ضمن عقد نکاح آورده شود (مانند شرط صفت در یکی از زوجین)، ما نیز سنت پیشینیان را ادامه می‌دهیم و آثار قراردادهای خصوصی در نکاح را زیر عنوان "شرط ضمن عقد" مطرح می‌سازیم.

شرط ضمن نکاح را می‌توان به دو گروه اصلی تقسیم کرد: ۱- شروطی که موضوع آنها یکی از احکام قانونی یا عرفی عقد نکاح است و طرفین بدین وسیله می‌خواهند حدود و شرایط آن احکام را تغییر دهند ۲- شروطی که بطور مستقیم مربوط به نکاح نیست و زن و شوهر به دلایلی آن را در زمره توابع عقد آورده‌اند. به همین مناسبت نیز نقش قرار داد های خصوصی در نکاح ضمن دو گفتار جداگانه مطرح می‌شود.

گفتار نخست - شروط ناظر به احکام نکاح

اقسام این شروط:

شروطی که طرفین نسبت به احکام نکاح می‌کنند ممکن است ناظر به یکی از این امور

۱- همان کتاب، شماره ۳۷۹ بعد.

باشد :

الف - انعقاد نکاح ب - آثار نکاح ج - انحلال نکاح د - مهر . پس ، به پیروی از این تحلیل منطقی ، ما نیز آثار واحکام این شروط چهار گانه را جداگانه مطرح می سازیم و ویژگی های هر یک را در نکاح یاد آور می شویم :

الف - شروط مربوط به انعقاد نکاح :

با اینکه حق مربوط به انتخاب طرف قرار داد و تصمیم گرفتن در باره شرکت در آن از بدیهی ترین نتایج اصل آزادی قرار دادهاست ، شرایط انعقاد و درستی عقد را قانون معین می کند و به طرفین اصولاً " اجازه نمی دهد که در این زمینه نیز چنانکه می خواهند تصمیم بگیرند . قواعد مربوط به شرایط اساسی قراردادهای بیشتر به منظور حفظ سلامت اراده طرفین عقد و حمایت از نظم عمومی در برابر قراردادهای خصوصی وضع می شود و بهمین دلیل نیز امری است . این اصل ، در عقد نکاح که جنبه اجتماعی آن نیز اهمیت بسزا دارد بیشتر تقویت می شود و بندرت می توان موردی را یافت که طرفین بتوانند نظم متعارف عقد را بر هم زنند .

توجه به احکامی که در باره نکاح آمده است معنی آنچه را یاد آور شدیم روشن تر

می سازد :

۱ - سایر قراردادهای ممکن است معلق باشد ، یعنی توافق طرفین منوط به وقوع حادثه خارجی شود . ولی ، قانونگذار نکاح معلق را اجازه نداده است ، زیرا تشکیل خانواده را نمی توان پا در هوا گذاشت و با تردید در باره آن تصمیم گرفت . زن و شوهر باید در این راه جازم باشند و دودل باقی نمانند . بهمین جهت ، اگر در عقد پیوند زناشویی معلق به امری شود نکاح باطل است . شرطی را که بدین گونه اثر عقد را معلق سازد " شرط تعلیق " گویند .

۲ - در سایر قراردادهای ، هر گاه وجود صفتی در طرف عقد در روابط بین آنان علت

عمده عقد باشد ، اشتباه در این وصف سبب بطلان عقد می شود . چنانکه ، اگر کسی اموال خود را بگمان این که دپگری فرزند یا همسر اوست به او بیخشد و بعد نادرستی این پندار معلوم شود ، هبه باطل است . ولی ، در نکاح اشتباه در هیچ صفتی باعث بطلان عقد نمی شود و فقط برای کسی که در اشتباه بوده است حق فسخ ایجاد می کند (مواد ۱۱۲۱ ببعد قانون مدنی) .

۳ - انجام یا خود داری از انجام سایر معاملات می تواند موضوع تعهد قرار گیرد و حتی

شخص اختیار دارد حقی را که در این باره دارد ، بطور موقت یا در رابطه خاص ، از خود

سلب کند (مفاد ماده ۹۵۹ ق.م.ا.م.). برای مثال ، مالک می تواند ملترم شود که خانه خود را بفروشد ، یا تعهد کند تا مدتی آن را اجاره ندهد یا منتقل نسازد ، یا حق انتقال آن را در مدت معین (بطور جزئی) از خود سلب کند (۱) . ولی ، در مورد نکاح ، درستی این گونه قرار دادها و آثار الزام آور آنها به شدت مورد تردید است :

در مورد التزام به زناشویی ، پیمان نامزدی هیچیک از نامزدها را ناگزیر به انعقاد نکاح نمی کند (ماده ۱۰۳۵ ق.م.ا.م.) . پس ، هیچکس را نمی توان به استناد قراردادهای گذشته وادار به همسری دیگری کرد . عکس این فرض نیز درست است ، یعنی نکاحی را که تمام شرایط قانونی را دارا است ، نمی توان به استناد قراردادهای گذشته یکی از همسران باطل دانست . حق نکاح کردن از حقوق مربوط به شخصیت انسان است و با هیچ قراردادی ساقط نمی شود ، هر چند محدود به زمان یا رابطه خاص باشد . بنابراین ، اگر کسی در قراردادی حق نکاح با زنی را برای مدت پنج سال از خود سلب کند و در همین مدت زن را به همسری بگیرد ، هیچ دادگاهی حق ندارد آن دورا زن و شوهر شناسد (ماده ۹۷۵ ق.م.ا.م.) .

لیکن در مورد آثاری که بر التزام شخص به خودداری از نکاح بار می شود ، باید گفت اصولاً چنین قراردادهایی ، تاجایی که با نظم عمومی و اخلاق حسنه منافات ندارد ، از حیث حیران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد و پرداختن وجه التزام نافذ است . زیرا ، هرکس می تواند تعهد کند که کار مباحی را انجام ندهد . تنفیذ چنین قراردادی بمعنی تجاوز از قوانین امری و تبدیل نظم اخلاقی موجود نیست ، چرا که هیچ حلالی را حرام نمی سازد و اثر آن محدود به روابط بین طرفین قرارداد است . بنابراین ، اگر کسی تعهد کند که در صورت نکاح با دختر خاصه وجه التزامی بپردازد ، یا کارمندی متعهد شود که تا پایان پیمان کار ازدواج نکند ، قرارداد الزام آور است و متخلف باید خسارت ناشی از عهد شکنی را بدهد و تجاوز از مفاد قرارداد کار فرما را از تعهد استخدام معاف می کند (۲) .

با وجود این ، هرگاه الزام به خودداری از نکاح و پرداختن وجه التزام سنگین مقرون

۱ - ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی ، عقود معین (۱) ، شماره ۳۵ بعد

۲ - در حقوق آمریکا نیز ، اگر استخدام زنی برای مدت معین مشروط به ازدواج نکردن او باشد شرط نافذ است و هرگاه ازدواج کند کار فرما از تعهد خود بری می شود (کوربن corbin فرار دادها ، ج ۶ الف ، شماره ۱۴۷۴ ، ص ۶۱۲) ولی گفته شده است که شرط صریح درباره منع ازدواج ، بدون این که در اصل قرارداد اثر داشته باشد ، نافذ نیست (همان کتاب ، ص ۲۱۱) .

به هدفهای نامشروع و غیر اخلاقی باشد، چنانکه بخواهند زنی را برای انجام مقاصد نامشروع در استخدام بگیرند یا از ازدواج دوفردون علت مشروع جلوگیری کنند، دادگاه می تواند به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی قرارداد را باطل بداند. اخلاقی بودن چنین پیمانهای از اموری است که باید در هر مورد خاص بوسیله دادرس بازرسی شود و برای آن قاعده نمی توان بدست داد.

ب - شروط مربوط به آثار نکاح :

تفاوت عمده نکاح با سایر قراردادها در باره نقش توافق طرفین نسبت به تعیین آثار عقد است. بر طبق اصل آزادی قراردادها، بطور معمول آثار عقدا طرفین آن معین می کنند و التزاماتی که از عقد بوجود می آید خواسته خود آنان است. در تعیین این خواسته، در مرحله نخست به مفاد عقد و عبارتهایی که در آن بکار رفته است توجه می شود و، در مرحله دوم، سکوت آنان در برابر لوازم عرفی و قانونی عقد به منزله توافق ضمنی در باره اجرای همان احکام بشمار می رود. بدون تردید، در حقوق کنونی که دولت در همه مظاهر زندگی اجتماعی جای پای برای خود باز کرده است و، به عنوان حفظ نظم عمومی، تمام روابط گوناگون را زیر نظر دارد، این قاعده نیز به وسعت سدهای پیشین بجای نمانده است. ولی باز هم می توان از حاکمیت اراده بر آثار عقد، دست کم به عنوان اصلی که استثنای آن فراوان یافته است، سخن گفت (۱).

اما در نکاح، این اصل از آغاز قانونگذاری نو در اخلاق و حقوق وارونه بوده است. زن و شوهر در ایجاد رابطه زناشویی آزادی کامل دارند، لیکن ناگزیرند تا آثار عقد را، چنانکه حقوق معین کرده است، بپذیرند و بهمین دلیل است که پاره ای از استادان پیمان زناشویی را به حق "سازمان حقوقی نکاح" نامیده اند (۲) و این اصطلاح را دست کم در باره آثار نکاح باید پذیرفت.

بنابر این، زن و شوهر نمی توانند در نکاح شرط کنند که، ریاست خانواده با شوهر نباشد، یا شوهر نتواند با مشاغل منافی مصالح خانوادگی زن مخالفت کند، یا زن و شوهر از سکونت مشترک با هم و حسن معاشرت و معاضدت معاف باشند، یا زن الزامی به تمکین از مرد نداشته باشد، یا شوهر بتواند خانواده را ترک گوید و نفقه ندهد و مادر را از حضانت

۱ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱، اموال و مالکیت و کلیات قراردادها، شماره ۲۲۷.

۲ - رپیروبولانزه، ج ۱، شماره ۱۱۱۶.

فرزندان خود باز دارد و مانند اینها .

حق تعیین مسکن را نباید در زمره آثار الزامی نکاح آورد . زیرا در ماده ۱۱۴ آمده است که: " زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی نماید ، مگر اینکه اختیار منزل به زن داده شده باشد . " بدین ترتیب ، تعیین محل سکنی ، اگر در حدودی باشد که مصالح خانوادگی و حیثیت طرفین را به خطر نیندازد ، از امور مربوط به نظم عمومی نیست و تابع قرار داد خصوصی بین زن و شوهر است . پس ، ممکن است در نکاح شرط شود که شوهر باید محل سکنی را در شهر معین قرار دهد یا بهر جا که زن میل دارد برود (۱) .

منتها ، باید افزود که تعیین محل سکونت را با الزام به سکونت مشترک نباید اشتباه کرد . زیرا ، حکم مربوط به سکونت مشترک از قواعد مربوط به نظم عمومی است و همسری که حق تعیین مسکن را دارد نمی تواند از پذیرفتن دیگری خودداری کند یا همسری که حق تعیین این محل را ندارد به خانهای که دیگری تعیین کرده است نرود (مفهوم مواد ۱۱۹۴ تا ۱۱۹۶ ق . م .)
پاره ای از استادان داشتن رابطه جنسی را نیز از این قبیل شمرده اند (۲) . در تأیید این نظر گفته شده است که نزدیکی بین زن و شوهر از حقوق مربوط به آنان است و می توانند بهر گونه بخواهند در این باره توافق کنند . ولی ، بنظر می رسد که نفوذ این شرط با تکالیفی که قانون برای همسران مقرر کرده است منافات دارد (مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۸ و بند ۱ از ماده ۱۱۳۰ ق . م .) .

رعایت تمایل جنسی همسر از اموری است که اخلاق و عرف لازم می شمرده و مقام انسان بالاتر از آن است که در این گونه امور عاطفی بتوان او را مجبور ساخت . حقوق نیز چنین حکم نمی کند ، زیرا در هنر داد گستری مسلم است که شیوه اداره هر رابطه باید متناسب با طبیعت آن باشد . اما ، نکاح نیز آثار و لوازمی دارد که باید از دسترس خودخواهی ها بدور ماند و هر کس آن را می پذیرد به این آثار و لوازم پای بند شود .

جمع بین مصلحت مربوط به آزادی جنسی و مصلحت ناظر به حفظ لوازم نکاح با ضمانت اجرای ویژه ای فراهم آمده است که نافذ شناختن شرط به معنی زودودن همه آن ها است . تضمین های قانونی با استواری خانواده و حمایت حقوق از انسان ها ارتباط نزدیک دارد و بی اثر ساختن آنها با روح قوانین کنونی سازگار نیست . بنا بر این ، هیچ زن و مردی حق ندارد ، به استناد شروطی که در نکاح آمده است ، به خواسته های مشروع همسر خود بی اعتنا بماند .

۱ - دکتر سید حسن امامی ، ج ۴ ، ص ۳۷۷ .

۲ - دکتر امامی ، همان کتاب - دکتر سید حسین صفائی پلی کیی درس حقوق خانواده ،

حاکمیت قرارداد را اخلاق عمومی مانع مشروع نمی‌داند. حقوق نیز برای زن و شوهر این اختیار را نمی‌شناسد که آنچه را قانون مباح شناخته است در روابط خود حرام سازند. پس، زن فاشتر حق گرفتن نفقه ندارد (ماده ۱۱۰۸ ق.م.و.ا) و دادگاه نمی‌تواند درخواست طلاق یا گرفتن همسر دوم از طرف شوهر او را نپذیرد (بند ۳ از مواد ۸ و ۱۶ قانون حمایت خانواده). همچنین بی‌اعتنایی شوهر بزمین‌نیز به او حق می‌دهد که به عنوان سوء معاشرت یا عدم ایفای وظایف زناشویی از دادگاه طلاق بخواهد و استناد شوهر به شرط ضمن عقد این آثار قانونی را از بین نمی‌برد (بند ۲ و ۴ از ماده ۸ قانون حمایت خانواده).

در فقه، نفوذ این‌گونه شروط در مورد امتناع زن از تمکین خاص مطرح شده است. در آن نظام، اعتقاد به اعتبار شرط عدم نزدیکی دشواری زننده‌ای در روابط زن و شوهر ایجاد نمی‌کرد. زیرا شوهر می‌توانست زن دیگر بگیرد و هرگاه بخواهد همسر ناخوشایند را طلاق دهد (۱). ولی، در نظام کنونی که شوهر از این اختیار محروم گشته است، آیا می‌توان، به استناد شرطی که نزدیکی بین زن و شوهر را منع کرده است، او را از حق درخواست طلاق و گرفتن زن دیگر محروم ساخت و استدلال کرد که امتناع زن از نزدیکی خودداری از تمکین محسوب نمی‌شود؟ (۲)

شرط خلاف مقتضای عقد نکاح :

در تعریف مقتضای عقد می‌توان گفت : " موضوع اساسی است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود و بدون آن ماهیت خود را از دست می‌دهد " (۳). بنابراین، شرطی با مقتضای عقد مخالف است که ذات و اثر اصلی آن را نفی کند، و رعایت مفاد شرط ماهیت عقد را دگرگون سازد. به همین مناسبت نیز چنین شرطی را " خلاف مقتضای ذات عقد " گفته‌اند. برای مثال، اگر در بیع شرط شود که مورد معامله به ملکیت خریدار در نیاید، دیگر نمی‌توان عقدی را که

- ۱ - بنابراین، پذیرفتن نفوذ شرط از طرف بعضی از فقها (شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۴۹ و ۵۵۰ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، احکام مهر) نمی‌تواند نفوذ حقوقی آن را در وضع کنونی تأیید کند.
- ۲ - زیرا، مشروع شناختن شرط عدم نزدیکی به معنی این است که آثار عدم تمکین بر امتناع زن بار نشود.

۳ - ناصر کاتوزیان، همان کتاب، شماره ۳۸۹.

باعث ایجاد مالکیت نمی‌شود " بیع " نامید . پس ، آوردن چنین شرطی در بیع نشان می‌دهد که طرفین ارادهٔ خرید و فروش نکرده‌اند و باعث بطلان آن است .

تعیین مقتضای پاره‌ای از عقود آسان است ، زیرا غرض و اثر اصلی عقد را به روشنی می‌توان تمیز داد . چنانکه انتقال بیع اثر اصلی عقد بیع و انتقال منافع مورد اجاره اثر اصلی عقد اجاره است و هر شرط که این آثار را نفی کند با مقتضای ذات عقد منافات دارد . ولی ، در پارهٔ دیگر عقود ، از جمله نکاح ، به دشواری ممکن است اثری را که وابسته به ذات و ماهیت عقد است تشخیص داد .

دشواری از آنجا است که در نکاح و انسان تصمیم می‌گیرند که با هم زندگی مشترک داشته باشند . این زندگی مظاهر و لوازم گوناگونی دارد که هر کدام بنوبهٔ خود کمال اهمیت را دارا است . تمیز این که کدام اثر عقد جنبهٔ اساسی دارد و به ماهیت عقد وابسته است و کدام فرعی است به بررسی و تلاش فراوان نیاز دارد .

آنچه بنظر مسلم می‌رسد این است که التزام به دادن مهر را باید از ماهیت نکاح جدا کرد . قانون مدنی به صراحت شرط عدم مهر را موجب بطلان نکاح قرار نمی‌دهد (مادهٔ ۱۰۸۷ ق . م .) . همچنین ، برای رفع هر گونه توهم ، می‌افزاید : " اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تادیهٔ مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است " (مادهٔ ۱۰۸۱ ق . م .) .

دادن نفقه نیز مانند مهر است و نمی‌توان ادعا کرد که ، اگر در عقد نکاح شرط شود که مرد به زن نفقه ندهد ، از جمع بین شرط و عقد چنین بر می‌آید که آنچه طرفین خواسته‌اند در نظر عرف یا قانون نکاح نیست : عقد بدرستی واقع می‌شود ، ولی چون شرط با قانون امری مخالف دارد باطل است .

ولی ، در بارهٔ آثار غیر مالی نکاح ، که هدف‌های اصلی پیوند زناشویی است ، داوری دشوار است و باید دید کدام اثر با ماهیت عقد ارتباط ناگسستنی دارد ؟

در این زمینه نیز ، اگر طرفین بر خلاف همهٔ آثار غیر مالی شرط کنند ، بدین گونه که مرد سرپرست خانواده نباشد و زن و مرد در خانهٔ مشترک بسر نبرند و با هم رابطهٔ جنسی نداشته باشند ، هیچ تردیدی در بطلان عقد وجود ندارد . زیرا ، آنچه طرفین خواسته‌اند در زبان عرف و قانون زناشویی نیست .

در این باره نیز که شرط خلاف آثار ناشی از ریاست شوهر بر خانواده یا سکونت مشترک با حسن معاشرت یا وفاداری به تنهایی مفهوم عرفی نکاح را از بین نمی‌برد و فقط شرط باطل است تردید نباید کرد . لیکن ، در بارهٔ رابطهٔ جنسی بین زن و شوهر چنین داوری نمی‌شود . زیرا ، هدف

اصلی نکاح تشکیل خانواده است. قانونگذار بدین وسیله می خواهد چار چوبی برای روابط جنسی زن و مرد فراهم کند و عشق و هوس را با وظیفه در آمیزد و کانونی برای رشد جسمی و عاطفی فرزندان ناشی از این رابطه بوجود آورد. پس، اگر زن و مرد اتحادی تشکیل دهند که در آن رابطه جنسی تحریم شده باشد، رابطه آنان با سازمان حقوقی و عرفی نکاح شباهت ندارد. در فقه نیز چنین شرطی مبطل نکاح شناخته شده است (۱). منتها، در این که آیا شرط عدم نزدیکی نیز عقداً باطل می سازد یا نامشروع است یا نفوذ حقوقی دارد اختلاف شده است مشهور بین فقها، به استناد روایاتی که در این باره آمده، نفوذ شرط است (۲).

ولی جمعی از بزرگان فقها نیز آن را مخالف مقتضای عقد دائم دانسته اند (۳). در تأیید این نظر گفته شده است که، چون هدف اصلی نکاح دایم تولد و تناسل است، شرط عدم نزدیکی با ذات عقد منافات دارد. در حقوق مدنی نیز باید این نظر را پذیرفت. زیرا، نه تنها این شرط با قوانین امری مربوط به روابط زن و شوهر منافات دارد، با مفهوم عرفی زناشوئی نیز تعارض دارد، به بیان دیگر، عرف زن و مردی که نزدیکی بین خود را بدون مانع مشروع نیز ممنوع ساخته اند زن و شوهر نمی شناسد.

ممکن است ایراد شود که، اگر امکان نزدیکی بین زن و شوهر مقتضای نکاح باشد، باید نکاح بین پدر و مرد و پسر زنی که توجه به رابطه جنسی بین خود ندارند باطل باشد. ولی، به این ایراد به آسانی می توان پاسخ داد. زیرا، مباح شدن نزدیکی اثری است که نمی توان از عقد جدا کرد و در این مثال نیز نزدیکی تحریم نشده است و عدم امکان نزدیکی و ناتوانی زن یا شوهر بالزوم مباح شدن آن منافات ندارد (۴).

۱ - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۸۱ - میرزا نائینی و شیخ موسی خونساری، منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۱۲ - عبدالله مامقانی، نهایت المقال، ص ۱۵۸.

۲ - علاوه بر مسالک و جواهر که پیش از این گفته شد، رجوع شود به، منیه الطالب، همان جلد و صفحه - شرایع، کتاب نکاح، در احکام مهر.

۳ - علامه حلی، قواعد، ج ۲، ص ۳۸ و همچنین نقل شده از مختلف (مسالک، ج ۱، ص ۵۵) سید علی طباطبایی ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، در احکام مهر (که این قول به عده کثیری از فقها نسبت داده شده است).

۴ - با وجود این، هرگاه در مواردی که امتناع زن از نزدیکی با مرد به حکم اخلاق و قانون مشروع است بصورت شرط ضمن عقد نکاح آید، در نفوذ آن نباید تردید کرد. زیرا، در چنین موردی مفاد شرط در واقع تأکید حکم قانون است و به مقتضای عقد خلل نمی رساند برای مثال: اگر زن بیماری هنگام نکاح شرط عدم نزدیکی با شوهر کند، در نفوذ شرط و درستی عقد تردید نیست.

ج - شروط مربوط به انحلال نکاح :

انحلال نکاح بهمان از امور مربوط به نظم عمومی است. بنابراین قواعدی که در قوانین نسبت به انحلال نکاح آمده در زمره قوانین امری است. این قواعد را باید تفسیر محدود کرد :

یعنی، به وسیله قیاس و استحسان نمی توان موجب تازه‌ای بر موارد انحلال افزود. زن و شوهر نیز حق ندارند به تراضی عقد را اقاله کنند (۱) یا در نتیجه شرط موردی را برای انحلال نکاح پیش‌بینی کنند که در قوانین نیامده است. برای مثال، نمی توان در نکاح دائم شرط کرد که طلاق به اراده مرد یا زن انجام گیرد و نیازی به رجوع به دادگاه و گرفتن "گواهی عدم امکان سازش" نباشد. همچنین "اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تادیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود..... شرط باطل است" (ماده ۱۰۸۱ ق.م.ا.) بهمین قیاس شرط انفساخ نکاح یا داشتن حق فسخ برای زن نفوذ حقوقی ندارد و شرط خیار فسخ نیز، خواه برای همیشه یا مدت محدود باشد، در نکاح امکان ندارد (ماده ۱۰۶۹). در قانون مدنی تنها شرط خیار باطل است و عقد نفوذ حقوقی دارد، ولی گروهی از فقیهان عقد خیار را نیز باطل دانسته‌اند.

استدلال گروه اخیر این است که مجموع عقد و شرط مقصود طرفین بوده است و نمی توان شرط را باطل و عقد را نگاه داشت. با اضافه، نکاح جنبه عبادی دارد و شرط خیار آن را از وضع معنوی خود خارج می سازد و با مقتضای آن مخالف است (۲).

کاستن از موارد انحلال نکاح نیز به استناد قرارداد خصوصی طرفین ممکن نیست. زیرا، چنانکه اشاره شد، در استوار ماندن یا امکان برهم زدن پیمان زناشویی جامعه نیز نظر دارد و نباید آن را در شمار روابط خصوصی بین زن و شوهر آورد. پس، نمی توان در نکاح شرط کرد که زن در هیچ صورت حق درخواست طلاق ندارد یا ازدواج دوباره شوهر و ترک انفاق از طرف او چنین حقی به زن نمی دهد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که حاکمیت اراده در انحلال نکاح هیچ اثری ندارد. گذشته از موردی که طرفین با توافق در خواست طلاق می کنند (بند ۱ از ماده ۸ قانون حمایت خانواده) و خارج از مبحث شرط است، در دو مورد شرط ضمن عقد در فسخ نکاح مؤثر است :

۱ - جواهر، جلد نکاح، کتاب نکاح.

۲ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۵۱ (که اقوال گوناگون را نقل کرده و خود صحت نکاح را ترجیح داده است) - جواهر، همان کتاب.

۱ - دربارهٔ فسخ نکاح، امکان برهم زدن عقد به منظور جبران ضرر از کسی است که چنین پیمانی را نفهمیده امضاء کرده است. ارتباط قواعد حاکم بر فسخ نکاح با حمایت زیان دیده و آزادی اراده و انکارناپذیر است. چنانکه، دانستن بیماری همسر در زمان عقد این حق را از زیان دیده می‌گیرد. پس از عقد نیز او می‌تواند از این حق استفاده نکند یا آن را ساقط کند (مستفاد از ماده ۱۳۱ ق. ۱۰ م). بنابراین، چرا باید در امکان اسقاط آن پیش از عقد یا بوسیلهٔ شرط ضمن آن تردید کرد؟ در واقع، خیار فسخی که برای زن یا شوهر پیش بینی شده است، از حیث احکام و آثار، با خیار فسخ در سایر معاملات شباهت کامل دارد. پس، همان گونه که در معاملات "سقوط تمام یا بعضی از خسارات را می‌توان در ضمن عقد نمود" (ماده ۴۴۸ ق. ۱۰ م.)، در نکاح نیز قرارداد خصوصی بین آنان محترم است و شرط سقوط حق فسخ را باید نافذ شمرد (ماده ۱۰ ق. ۱۰ م.) (۱)

۲ - بموجب ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی: "هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرفین فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل فسخ خواهد بود...". تعیین این اوصاف محدودیت ویژه‌ای در قانون ندارد و ارادهٔ طرفین می‌تواند زمینه را، چنانکه می‌خواهند، برای اجرای حکم ماده ۱۱۲۸ فراهم آورد.

د - شروط مربوط به مهر:

دربارهٔ مهر ارادهٔ طرفین حکومت بیش‌تری دارد. برخلاف آنچه بیگانگان می‌پندارند، در

۱ - در تأیید این نظر رجوع شود به، دکتر حسن امامی، ج ۴، ص ۴۷۴ - با وجود این، از نظر منطقی حقوقی نمی‌توان از نگوهرش این راه حل، که از مفاد مواد قانون مدنی بر می‌آید، چشم پوشید. پای بند شناختن شخص به همسری کسی که یکی از عیوب پیش‌بینی شده در قانون را دارا است، بمعنی محکوم ساختن او به کیفری است که جز حاکمیت اراده دلیلی برای آن وجود ندارد. نکاح در زمرهٔ سایر معاملات نیست. در این عقد، حقوق و عواطف انسانی مطرح است، و همچنانکه آثار نکاح و طلاق را قانون اداره می‌کند، فسخ نکاح نیز باید دور از داد و ستد های زندگی اجتماعی باشد. برای مثال، نمی‌توان انسانی را به استناد این که خود خواسته است محکوم ساخت که تا پایان عمر همسر دیوانه یا بیماری باشد که باید از آن احتراز کرد. احترام به حاکمیت اراده و قرار داد نیز ظلم را توجیه نمی‌کند و با قانونگذار، یا در صورت لزوم رویهٔ قضائی است که آن را به گونه‌ای جبران سازد. خوشبختانه توسعه دادن موارد طلاق در ماده ۸ قانون حمایت خانواده این امکان را بوجود آورده است. به ویژه، بندهای ۶ و ۱۳ می‌تواند بخش مهمی از عیوب را در زمرهٔ موارد طلاق آورد.

حقوق اسلام و ایران، مهردر نکاح دایم نقش مؤثری ندارد. قرارداد مالی است که به عنوان امر فرعی و تبعی بانکاح ارتباط دارد و آثار آن تابع خواسته طرفین است. بهمین جهت پاره‌ای از شروط که در نکاح ناروا و باطل است در مهر نفوذ حقوقی دارد.

برای مثال، شرط خیار در مهر مؤثر است و می‌توان برای زن یا شوهر یا شخص ثالث در مدت معین اختیار فسخ قرارداد را جاع به مهر را شرط کرد. چنانکه در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی آمده است که "... در نکاح دایم شرط خیار نسبت بصداق جایز است، مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آنست که اصلاً "مهر ذکر نشده باشد".

از مفاد ماده ۱۰۶۹ چنین برمی‌آید که، هرگاه توافق درباره مهر به استناد شرط فسخ منحل شود، نکاح در حکم موردی است که بدون مهر واقع شده. پس، زن پس از نزدیکی حق گرفتن مهر را پیدا می‌کند (۱).

این راه حل با آنچه در مورد بطلان مهرالمسمی در قانون مدنی آمده است تعارض پیدا می‌کند. زیرا، در صورتی که قرار داد راجع به مهر فسخ شود، از بین رفتن توافق حد اکثر مانند بطلان آن است. در بطلان مهر، نویسندگان قانونی از نظر مشهور در فقه پیروی نکرده‌اند و زن را گاه بدون شرط نزدیکی مستحق مهر المثل و گاه دیگر طلبکار مثل یا قیمت مهر موضوع توافق دانسته‌اند (ماده ۱۱۰۰ ق. م. و. پ. س، چگونه می‌توان ادعا کرد که در صورت بطلان مهر، زن پیش از نزدیکی استحقاق گرفتن مهر را دارد، ولی، در مورد فسخ مهر، حق او منوط به وقوع نزدیکی است؟

در توجیه این تفاوت ممکن است گفته شود: در موردی که مهرالمسمی بدلیلی باطل است چون مفاد توافق طرفین این بوده است که نکاح بدون مهر انجام نشود، قانونگذار این تبانی، هر چند که در مورد مهر معین نتواند نفوذ حقوقی پیدا کند، احترام گذارده و نکاح را در حکم موردی نیاورده است که بدون مهر واقع شده. ولی، در جایی که طرفین برای انحلال مهر شرط خیار کرده‌اند، در قصد مشترک آنان (به ویژه زن) این فرض نیز آمده است، که در صورت استفاده از خیار، نکاح بدون مهر باقی بماند.

لیکن، باید انصاف داد که این توجیه نیز منطقی بنظر نمی‌رسد. زیرا، پیش بینی فسخ مهر بمعنی توافق درباره نکاح بدون مهر نیست. بطور مسلم، طرفین خواسته‌اند که مهرالمسمی در عقد معین شود و در آنچه جازم نبوده‌اند موضوع این مهر است. شرط خیار نیز برای این است که صاحب خیار بتواند تملیک آن مال را به عنوان مهر المسمی بر هم زند و بجای آن مالی را که استحقاق دارد بگیرد. پس، در مورد فسخ نیز، مانند بطلان مهر،

۱ - شهید ثانی، مسالک، ج ۱ ص ۵۵۲ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، همان کتاب.

طرفین خواسته‌اند که نکاح با مهر باشد و توافق درباره موضوع معین منحل شده است .
برای جمع دو حکم ، باید گفت ، مقصود از بخش اخیر ماده ۱۰۶۹ این است که هیچ مالی را نمی‌توان به استناد توافق طرفین ، مبنای تعیین مهر قرار داد و ناچار باید مهر المثل را جانشین مهر المسمی کرد . منتها ، چنانکه در ماده ۱۱۰۰ آمده است ، استحقاق گرفتن این مهر المثل منوط به وقوع نزدیکی نیست .

شرط صفت در مهر :

هرگاه وصف معینی در مهر شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که آن وصف در مهر نبوده است ، کسی که شرط به سود او شده است حق دارد توافق درباره مهر را فسخ کند (ماده ۲۳۵ ق.م.ا. .) . برای مثال ، فرض کنیم گلویند طلایی که مرد ادعا می‌کند ۱۸ عیار است به عنوان مهر از طرف او پیشنهاد می‌شود . زن این مهریه را ، به این شرط که طلای آن ۱۸ عیار باشد ، می‌پذیرد . ولی ، بعد از عقد معلوم می‌شود که طلا چهارده عیار است و زن ، به استناد اختیار تخلف از شرط صفت ، مهر را فسخ می‌کند و گلویند را پس می‌دهد . اکنون باید دید زن استحقاق گرفتن چه مالی را به عنوان مهر دارد ؟ مهر المثل یا قیمت یا مثل گلویند ؟

بدون تردید مبنای طرفین این نبوده است که نکاح به تفویض و بدون مهرانجام شود . پس ، اگر قاضی را در حکم موردی پنداریم که نکاح بدون مهر واقع شده است ، اراده مشترک آنان را ندیده گرفته‌ایم . احترام به این اراده ایجاب می‌کند که به مجرد نکاح زن مستحق مهری بشود و میزان آن نیز از آنچه موضوع توافق بوده است زیاد و کم نباشد .
مفاد قرارداد طرفین این بوده است که گلویندی به وزن و ساخت و عیار معین موضوع مهر باشد . بنابراین ، در فرض ما که گلویند پیشنهاد شده مرد اوصاف مورد نظر را نداشته است ، بایستی بدل آن را جانشین کرد . در صورتی که گلویند موصوف مثلی باشد ، مثل آن مناسب‌ترین بدل است و هرگاه مثل آن یافته نشود ناچار قیمت گلویند بدل آن است . به همین دلیل است که در ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی ، هرگاه مال غیر به عنوان مهر معین شود و مالک آن را تنفیذ نکند ، مثل یا قیمت آن مال بدل مهر مورد توافق می‌شود .

گفتار دوم - شروط ناظر به امور خارجی

اقسام این شروط :

در آغاز این بحث گفته شد که گاه منظور از شروطی که ضمن نکاح می شود در گون ساختن آثار و احکام آن نیست . زن و شوهر به دلایلی لازم می دانند که پاره‌ای از التزامات خود را در برابر یکدیگر تابع نکاح قرار دهند . این امور ، گاه مربوط به شیوه زندگی زناشویی و سلوک طرفین باهم است و گاه نیز ناظر به کارهایی است که به زندگی مشترک آنان ارتباط ندارد ، ولی وصف مشترک هر دو گروه این است که بطور مستقیم به انعقاد یا آثار عقد ناظر نیست. برای این گونه شروط مانده‌های فراوان وجود دارد : چنانکه مرد تعهد می کند که زن دیگر اختیار نکند ، یا به زن وکالت می دهد که هرگاه تادوماه به او نفقه ندهد یا خانواده اش را ترک گوید زن وکیل در طلاق دادن خود باشد ، یا تعهد می کند که املاک همسر خود را در برابر دستمزد ناچیزی اداره کند

قواعد عمومی مربوط به نفوذ و ضمانت اجرای این شروط را باید در کلیات قراردادها مطالعه کرد (۱) . ولی ، این قواعد در پاره‌ای امور ، بلحاظ طبیعت ویژه نکاح ، خصوصیت هایی پیدا می کند که باید جداگانه بررسی شود . همچنین ، نفوذ و آثار بعض از شرایط وابسته به اجرای احکام مربوط به خانواده است و از این لحاظ در زمره مسایل ویژه آن قرار می گیرد.

ضمانت اجرای تخلف از این شروط :

تخلف از شرط ، خواه مربوط به وصف مورد معامله یا انجام کار معین (فعل) یا بدست آمدن نتیجه مورد نظر باشد ، سرانجام به مشروط له حق می هد که برای جبران زیان خویش عقد اصلی را فسخ کند (مواد ۲۳۵ و ۲۳۹ و ۲۴۰ و ۲۴۲ و ۲۴۳ ق . م .) . این ضمانت اجرا در مورد شرط صفت در یکی از زوجین پذیرفته شده است ، چنانکه ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می دارد : " هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود " ولی آیا به قیاس شرط صفت ، می توان ادعا کرد که تخلف از شرط فعل و نتیجه نیز ، در حدود قواعد عمومی و در همان شرایط ، برای کسی که شرط به سود او است حق فسخ می آورد ؟ نویسندگان حقوق مدنی به حق پاسخ منفی به این پرسش داده اند (۲) . در تأیید

۱ - ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی ، ج ۱ ، شماره ۳۷۸ بعد .

۲ - دکتر سید حسن امامی ، ج ۴ ، ص ۳۷۲ و ۳۷۳ - دکتر سید حسین صفایی ، پلی کیی خانواده ، شماره ۴۸ و ۵۰

این نظر، چنانکه در شروط مربوط به انحلال نکاح آمد، باید گفت "سازمان حقوقی خانواده" را تنها به حکم قانون و در موارد خاص می توان از بین برد و حاکمیت اراده در این زمینه استثنایی است.

وکالت زن در طلاق - سابقه تاریخی:

بموجب ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی: "طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگری نمایند، مثل اینکه شرط شود، هرگاه شوهر زن دیگری بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه زن سوء قصد کند و یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها را یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که، پس از تحقق اثبات شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد" (۱).

اجرای این ماده، پیش از تصویب قانون حمایت خانواده، با اشکال مهمی روبرو نبود. زیرا، بموجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، شوهر حق داشت هرگاه بخواهد زن خود را طلاق دهد و می توانست برای این حق خویش وکیل بگیرد. ولی، پس از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶، این پرسش بمیان آمد که آیا ماده ۱۱۳۳ نسخ ضمنی شده و دیگر شوهر اختیار طلاق دادن زن را ندارد یا این حق همچنان باقی است؟

پرسش یاد شده از این لحاظ به ماده ۱۱۱۹ ارتباط پیدا می کرد که در ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده آمده بود که: "مقررات ماده ۱۱۱۹ (موجبات درخواست طلاق) به صورت شرایط ضمن العقد در ورقه عدد ازدواج قید و در این موارد وکالت زن برای اجرای طلاق تصریح خواهد شد." پس، مخالفان نسخ ضمنی ماده ۱۱۳۳ استدلال می کردند که "بنظر قانونگذار مرد حق طلاق دادن زن را دارد و از این بعد بایستی او را نماینده خود سازد، تا در موارد مقرر در ماده ۱۱، بتواند بوکالت از طرف شوهر خود را طلاق دهد. زیرا، چگونه ممکن است کسی که خود عقی ندارد بتواند برای اجرای آن بدیگری وکالت دهد (۲). ولی، آنان که ماده ۱۱۳۳ را فسخ شده می پنداشتند، ادعا می کردند که شوهر تنها در حدود ماده ۱۱ اختیار طلاق دارد و در همان موارد به زن وکالت می دهد تا طلاق صورت شرعی بیاید. حقوق کنونی:

قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ به این گفتگوها پایان داد. زیرا مفاد ماده ۱۷ از در قانون جدید نیارود. قانونگذار دیگر خود را نیازمند به تظاهر احترام به قواعد شرعی نیز ندید

۱ - مفاد این ماده در ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ نیز آمده بود که با پاره ای تغییرهای مختصر، مانند افزودن کلمات "زن دیگر بگیرد" در آغاز ماده و تغییر حکم قطعی به "حکم نهایی" در پایان ماده، در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی تکرار شده است.

۲ - ناصر کاتوزیان، پلی کبی درس حقوق مدنی سال دوم دانشکده حقوق دانشگاه ملی

و در موجبات طلاق اشاره به قانون مدنی را لازم نشمرد .

ولی ، مفاد ماده ۹ همین قانون ، بحث مربوط به حدود اختیار شوهر در وکالت دادن به زن را به گونه‌ای دیگر مطرح می‌سازد . بر طبق این ماده ؟ "در مورد ماده ۴ قانون ازدواج ، هرگاه یکی از طرفین عقد بخواهد از وکالت خود در طلاق استفاده نماید ، باید طبق ماده قبل به دادگاه مراجعه کند و دادگاه ، در صورت احراز تخلف از شرط ، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد ."

با اصلاحات تازه‌ای که در قانون حمایت خانواده شده است ، دیگر تردیدی وجود ندارد که انحلال " سازمان حقوقی " خانواده تنها به حکم دادگاه ، در حدود موارد پیش‌بینی شده در قانون امکان دارد و شوهر حتی خارج از آن ندارد . موجبات طلاق نیز در ماده ۸ قانون برای زن و شوهر مقرر شده است . پس ، حکم ماده ۹ دیگر چه فایده‌ای دارد و منظور از اشاره آن به ماده ۴ قانون ازدواج چیست ؟ آیا می‌توان ادعا کرد که شوهر همچنان می‌تواند به زن خود وکالت در طلاق دهد و نفوذ این شرط تابع قرارداد آنان است یا باید آن را محدود به موارد مقرر در ماده ۸ قانون حمایت خانواده کرد ؟

پاره‌ای از نویسندگان ، با اینکه ، حق طلاق را از آن شوهر نمی‌دانند ، عقیده دارند که اگر شوهر به زن وکالت دهد که در صورت تحقق شرط خاصی خود را طلاق دهد ، این وکالت نافذ است ، هر چند که آن شرط در قانون پیش‌بینی نشده باشد .

در تأیید این نظر استدلال شده است که ، هرگاه امکان وکالت دادن به زن محدود به مواردی شود که در ماده ۸ قانون حمایت خانواده پیش‌بینی شده است ، دیگر ماده ۹ هیچ فایده‌ای ندارد . پس ، برای این که کار عبث به قانونگذار نسبت داده نشود ، ناچار باید گفت ، این شرط یکی از موجبات طلاق در حقوق جدید است (۱) .

ولی ، باید انصاف داد که پیروی از این نظر با اصول حقوقی منافات دارد و نتایج ناگواری به بار می‌آورد که پیروان نفوذ شرط وکالت نیز در التزام به آنها تردید دارند . دلایل این ادعا را بدین شرح می‌توان خلاصه کرد :

۱ - نافذ شناختن شرط وکالت و محدود کردن حق شوهر این تناقض منطقی را به همراه دارد که محروم از حق اعطا کننده آن قرار می‌گیرد . اختیار وکیل ناشی از نمایندگی است که موکل به او داده است ، ماده ۶۶۲ قانون مدنی نیز در بیان همین اصل اعلام می‌کند : " وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد " پس ، چگونه ممکن است

قانونگذار ، در ماده ۸ شوهر را از طلاق دادن زن در خارج از موارد قانونی محروم سازد ، ولی در ماده ۹ برای نماینده او چنین حقی را بشناسد ؟ قانونگذار می تواند بطور مستقل بر موجبات طلاق بیفزاید ، ولی افزودن بر حقوق و کیلی که موکل او از آن محروم شده تناقضی است آشکار که در مقام تفسیر قانون باید از آن پرهیز کرد .

۲- ماده ۹ قانون حمایت خانواده تنها ناظر به زنی نیست که وکالت از طرف شوهر در خواست طلاق می کند . بر خلاف آنچه در ابتدا بنظر می رسد ، این ماده فقط به فرض پیش بینی شده در ماده ۴ قانون ازدواج توجه ندارد و موردی را نیز شامل می شود که شوهر ، به استناد وکالت از جانب زن ، گواهی عدم امکان سازش می خواهد . پس ، اگر شرط وکالت در طلاق را در همه موارد نافذ بدانیم ، بدین معنی است که قانون حمایت خانواده در مورد طلاق با همه هیاهویی که به همراه دارد ، دسته ای قواعد تکمیلی است که طرفین می توانند بوسیله قرار داد خصوصی آنها را بی اثر سازند .

این نتیجه با مبنای قانون منافات دارد ، زیرا نه تنها از طلاق های نابجا و خودسرانه مرد نمی گاهد ، وسیله ای فراهم می آورد تا زن نیز ، به استناد قرارداد خصوصی خود با شوهر ، از دادگاه طلاق بخواهد .

۳- اگر پذیرفته شود که انتخاب شرطی که اجرای وکالت در طلاق منوط به تحقق آن است در اختیار طرفین قرارداد ، منطق حکم می کند که دادن وکالت بطور مطلق نیز مجاز باشد . زیرا ، فرض این است که ، در انتخاب شرط ، طرفین هیچ محدودیتی ندارند و می توانند آن را تا هر اندازه که بخواهند گسترش دهند و برای مثال اجرای وکالت را موکول به احساس بی میلی و تنفر در خود یا گذشتن مدت معین سازند ، تفاوت این گونه وکالت های مشروط با وکالت مطلق تنها جنبه نظری دارد و باید آنها را تابع یک حکم قرارداد (۱) .

پذیرفتن این نتیجه نیز از نظر حمایت خانواده و محدود ساختن طلاق دشوار است و با ظاهر ماده ۹ قانون نیز منافات دارد و تبعیض بین این دو فرض تناقض دیگری است که باید از آن پرهیز کرد .

۴- برخلاف آنچه ادعا شده است ، اگر نفوذ شرط وکالت در طلاق محدود به موارد پیش بینی شده در ماده ۸ قانون حمایت خانواده شود ، انشای ماده ۹ کاری لغو و بیهوده نخواهد بود . زیرا ، تغییرهایی که ماده ۹ ، بر آثار نهاد حقوقی " وکالت در طلاق " و مفاد مواد ۴ قانون ازدواج (۱۱۱۹ قانون مدنی) داده است فلسفه وجود آن را آشکار و تشبیه

۱- استاد حسن امامی ، ج ۴ ، ص ۳۷۳ بعد .

می‌کند. از مقایسه این مواد با آنچه در ماده ۹ آمده است معلوم می‌شود که :

الف - بموجب قانون مدنی، چون شوهر اختیار داشت که هرگاه بخواهد زن خود را طلاق دهد، می‌توانست برای اجرای این حق وکیل بگیرد و شرایط اعمال وکالت را آزادانه معین کند. ولی، در ماده ۹ زن و شوهر از حیث محدود بودن به حکم ماده ۸ با هم برابرند به همین جهت، زنی که به استناد وکالت خود در طلاق مایل به جدایی باشد، " باید طبق ماده ۸ قبل (۸) به دادگاه مراجعه کند " و گواهی عدم امکان سازش بگیرد.

ب - مواد ۱۱۱۹ قانون مدنی و ۴ قانون ازدواج ناظر به دادن وکالت از طرف شوهر به زن است، ولی در ماده ۹ وکالت زن به شوهر نیز پیش‌بینی شده است. منتها، باید افزود که چون اجرای صیغه طلاق و انشای این ایقاع با شوهر است، این وکالت ناچار ناظر به رجوع به دادگاه و توافق در باره صدور گواهی عدم امکان سازش است. بدین ترتیب که زن به شوهر وکالت می‌دهد که، هرگاه از تمکین خودداری کند یا زندگی خانوادگی را ترک گوید، شوهر بتواند به وکالت از طرف او نیز در خواست طلاق کند.

ممکن است پرسیده شود که ماده ۹ در چنین فرضی چه فایده دارد و چرا قانونگذار خود را نیازمند به انشای آن دیده است؟ پاسخ این است که، اگر ماده ۹ نبود شوهر می‌توانست به نمایندگی از طرف زن و نیز به عنوان اصیل در درخواست طلاق توافق کند. ولی ماده ۹ احراز تخلف از شرط را با دادگاه قرار داده است. بنابراین هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند به استناد این گونه وکالت‌ها به مقررات قانون (ماده ۸) تجاوز کند.

ج - در ماده ۴ قانون ازدواج باید تحقق شرط بموجب حکم قطعی احراز شود تا زن بتواند به وکالت از طرف شوهر خود را طلاق دهد. دعاوی حقوقی اصولاً " در دو مرحله ابتدائی و پژوهشی رسیدگی می‌شود (ماده ۴۷۵ قانون آئین دادرسی مدنی) و مقصود ماده ۴ حکم مرحله پژوهشی است. در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی طلاق موکول به " صدور حکم نهایی " شده است. یعنی، حکم قطعی باید در دیوان کشور نیز تأیید شود تا دادن طلاق ممکن باشد (۱).

ولی، در ماده ۴ قانون حمایت خانواده، دادگاه پس از احراز تحقق شرط، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند. تصمیم دادگاه در این باره قطعی است (بند اول از ماده ۱۹ قانون حمایت خانواده) و دادگاه پژوهش امکان بازرسی حکم نخستین در باره تحقق شرط

۱ - بموجب تبصره ۲۲ قانون ثبت: " حکم نهایی عبارت از حکمی است که بواسطه طی مراحل قانونی و یا بواسطه انقضاء مدت اعتراض و استیناف و تمیز دعوایی که حکم در آن موضوع صادر شده از دعاوی مختومه محسوب شود. "

(مقدمه) تصمیم مربوط به صدور گواهی عدم امکان سازش (را نمی یابد . پس ، بجای حکم نهایی ، بمعنی مرسوم خود ، در حقوق کنونی حکم دادگاه ابتدایی در باب تحقق شرط کافی است و محکوم علیه حق در خواست پژوهش از آن را ندارد .

بنابر این ، با توجه به وضع مواد ۹۰۸ قانون حمایت خانواده ، باید پذیرفت که وکالت در طلاق محدود به موارد پیشبینی شده در قانون است و وکالتی که از این حد تجاوز کند ، بعلت مخالفت با قانون ، نامشروع و باطل است .

شرط ناظر به خودداری از نکاح با زن دیگر :

در فقه امامیه ، زن و شوهر نمی توانند شرط کنند که مرد حق ندارد ، تا زمانی که :

نکاح باقی است ، زن بگیرد (۱) . پاره ای از نویسندگان حقوق مدنی نیز این توافق را در زمره شروط نامشروع آورده اند (۲) . ولی ، بعضی دیگر خواستماند از مبانی قانون حمایت خانواده برای نفوذ این شرط محملی ببینند و آن را به عنوان وسیله جلوگیری از تعدد زوجات الزام آورشناسند . در تأیید این نظر گفته شده است که ، هدف قانونگذار کنونی محدود ساختن مواردی است که شوهر می تواند زن دوباره بگیرد . پس ، اگر زن و شوهر با قرارداد خصوصی میان خود به تحقق این هدف کمک کنند ، نمی توان ادعا کرد که خواسته ایشان با نظم عمومی مخالف است . با اضافه ، چون سلب حق مربوط به ازدواج مجدد محدود به زمانی است که نکاح کنونی منحل نشده است ، توافق در این باره با مفاد ماده ۹۵۹ قانون مدنی ، که سلب حق بطور کلی را منع کرده است ، منافات ندارد (۳) .

این استدلال از دو جهت قابل انتقاد است :

۱ - بر طبق ماده ۹۵۹ قانون مدنی : " هیچکس نمی تواند بطور کلی حق تمتع یا اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند . " در این نکته تردید نیست که آنچه را قانون منع می کند سلب حق بطور کلی است نه جزئی . پس اگر موکلی حق عزل وکیل خود را سلب کند یا در قراردادی حق خیار یکی از طرفین یا هر دو ساقط شود ، شرط الزام آور است (۴) . ولی ، این پرسش باقی است که آیا مفاد شرط ، به گونه ای که طرح شده ، سلب حق بطور جزئی

۱ - اذا شرط فی العقد ما یخالف المشروع مثل اشتراط ان لا یتزوج علیها . . . بطل الشرط اتفاقاً " کفای کشف اللثام . . . " (جواهر ، کتاب نکاح) مسالک ، ج ۱ ص ۵۴۹ - قواعد

ج ۲ ، ص ۲۸ .

۲ - دکتر سید حسن امامی ، ج ۴ ، ص ۳۶۶ .

۳ - دکتر صفائی ، همان پلی کبی ، ص ۴۷ .

۴ - ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی ، عقود معین ، ج ۱ ، شماره ۳۹ .

است؟

یکی از راه‌های جزئی کردن اسقاط حق محدود ساختن آن به زمان معین است همه چیز در جهان مادی پایدار و دایمی نیست ، لیکن در زبان حقوقی امری را موقت و ناپایدار می‌شماریم که بنا بر متعارف سیر طبیعی امور تا پایان عمر به درازا نکشد و محدود به زمان معین باشد (۱) . نکاح دائم از این گونه امور نیست و شرط ضمن آن را نیز عرف موقت نمی‌شناسد . بنا بر این ، چگونه می‌توان ادعا کرد که ، چون سلب حق محدود به زمانی است که نکاح منحل نشده است ، باید آن را جزئی به‌شمار آورد؟

۲- با این که قانون حمایت خانواده اختیار مرد را در تعدد زوجات محدود ساخته است ، در ماده ۱۶ این نهاد حقوقی به‌عنوان یک راه حل استثنایی حفظ شده است . در همین موارد استثنایی ، انتخاب همسر دوم در زمره حقوق مدنی شوهر است و نمی‌تواند بطور کلی از او گرفته شود .

باضافه ، از تحلیل مواردی که اختیار همسر دوم مباح شناخته شده است بخوبی برمی‌آید که قانونگذار خواسته است بدین وسیله از انحلال نکاح نخست جلوگیری کند ؛ در مواردی که شوهر می‌تواند برای طلاق زن به دادگاه رجوع کند ، به او اجازه داده است که همسر دیگر بگیرد و خانواده کنونی را منحل نسازد . از بین بردن این وسیله ، تمهیدی را که قانونگذار برای حمایت خانواده اندیشیده است بی اثر می‌سازد و از این لحاظ مخالف نظم عمومی است .

بنا بر این ، اگر شوهری که ضمن نکاح حق زن گرفتن مجدد را از خود سلب کرده یا ملتزم شده است که هیچگاه از این حق استفاده نکند ، به استناد جنون یا عقیم بودن زن ، در خواست اجازه برای اختیار همسر دوم بکند ، دادگاه نمی‌تواند از اجرای ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده خودداری کند و مفاد قرارداد طرفین را حاکم بر آن بشناسد .