



شروط ضمن عقد نکاح

پدیدآورنده (ها) : مهدوی کنی، صدیقه

- ۵۷۳۱ حقوق :: نشریه فقه و حقوق خانواده :: تابستان ۲ (ISC)

از ۱۱ شماره

آدرس : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/۲۵۸۲۱>

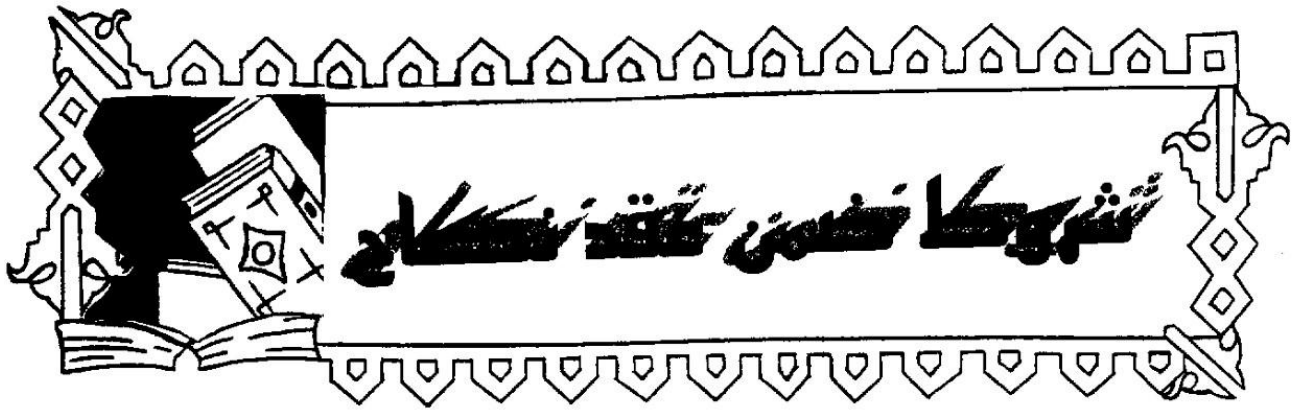
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگردقانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی



صدیقه مهدوی کنی - عضو هیئت علمی

شروط ضمن عقد:

عقد مجموعه‌ای هماهنگ است. هر چه در این مجموعه گنجانیده می‌شود جزئی از عقد است، خواه در شمار تعهدهای اصلی باشد یا تبعی.

شروط ضمن عقد چیزی جدا و مستقل از مفاد عقد نیست بنابراین چون در حقوق، شرط بطور معمول به تعهدهای فرعی و تبعی گفته می‌شود و به این اعتبار از اصل قرار داد فاصله می‌گیرد، خود نظریه خاصی را به وجود آورده است و رابطه عقد و شرط بویژه در جایی که یکی از آن دو فاسد است یکی از مباحث پیچیده و مورد اختلاف حقوقی را تشکیل می‌دهد.

مطالب مربوط به شرط را می‌توان در چهاربخش مطالعه کرد:

- الف - مفهوم و ماهیت حقوقی شرط
- ب - اقسام شرط
- ج - صحت و فساد شرط
- د - اجرای شرط و نتیجه تخلف از آن

الف - مفهوم و ماهیت شرط:

واژه شرط معانی گوناگونی دارد از جمله وصف، امری است که از عدم آن

عدم لازم می‌آید بدون اینکه وجودش لازمه وجود باشد برای مثال نزدیکی به آتش شرط سوختن است بدون اینکه سبب آن باشد هم چنین الزام و التزام خواه ضمن عقد باشد یا خارج آن که به معنی عقد نامعین است. ولی، در اصطلاح حقوقی، شرط یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱ - امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. مثلاً وجود قصد و رضا هر کدام شرط صحت معامله است.

۲ - توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین در شمار توابع عقد دیگری در آمده است. شرط بدین مفهوم خود نیز دو قسم است گروهی بر حسب طبیعت موضوع آن که خود التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی است (شرط صفت) یا زمان وفای به عهد را معین می‌کند (شرط اجل). این شرط در واقع به کمال و روشنی شیوه اجرای تعهد کمک می‌کند و خود التزامی جداگانه نیست.

گروه دیگر که می‌تواند به عنوان قرار داد مستقل مورد توافق باشد، ولی دو طرف به ملاحظاتی آن را تابع عقد دیگر ساخته‌اند تا نام شرط بر آن نهاده شود مانند وکالتی که ضمن نکاح، شرط شود یا مضاربه‌ای که در قرار داد بیع می‌آید. در این فرض آنچه مورد تراضی قرار می‌گیرد، عقدی است مرکب از دو قرار داد، با این قید که یکی از آن دو، جنبه اصلی دارد و دیگری فرعی و تبعی.

آنچه در این گفتار مطرح شد و به عنوان نظریه شرط ضمن عقد شهرت یافته معنای اخیر شرط است: یعنی، التزامی که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار گرفته، حدود و شرایط آن تعهدها را کامل ساخته یا دگرگون کرده است. شرط ضمن عقد را به دو دسته تقسیم می‌کنند: ۱ - صریح: تراضی به صراحت بیان می‌شود.

۲ - ضمنی: از طبیعت عقد و عرف و عادت بطور ضمنی استنباط می‌شود. بنابراین به تعهدی شرط ضمن عقد گفته می‌شود که در نتیجه طبیعت تعهد یا تراضی دو طرف، بین عقد و آن تعهد علاقه و ارتباطی مانند اصل و فرع موجود

باشد، خواه عقد بر مبنای آن واقع شود یا مفاد شرط را دو طرف ضمن عقد بیاورند یا بعد از عقد به آن ضمیمه کنند. آنچه اهمیت دارد وجود و علاقه و ارتباط شرط با عقد است نه زمان وقوع آن^(۱)، زیرا نیروی «قصد مشترک» این توان را دارد که امری خارجی را به عقد پیوند زند و آن را در شمار مفاد عقد آورد. پس اگر شرطی که ضمن عقد آمده است از دیدگاه قصد مشترک ربطی به عقد نداشته باشد باید آن را التزامی مستقل یا تعهدی ابتدایی شمرد.

اصطلاح شرط ضمنی برای اموری به کار می‌رود که مدلول التزامی الفاظ قرار گرفته است. یعنی به حکم عقل یا قانون یا عرف لازمه مفاد توافق یا طبیعت قرار گرفته است.

برای مثال: خانه‌ای اجاره داده می‌شود و در خلال مدت نیاز به تعمیر جزئی پیدا می‌کند، اتفاقاً باید رنگ شود و قفل درهای ورودی روغن کاری و تنظیم گردد. عرف موجر را به تسلیم عین مستاجر متعهد می‌داند و مستاجر را به انجام تعمیرهای جزئی. پس می‌توان گفت اجاره حاوی شرط ضمنی مربوط به تسلیم مورد اجاره از سوی مالک و انجام تعمیرهای جزئی از طرف مستاجر است.

شرط ضمن عقد جایز:

مشهور است «وفای به شرطی واجب است که ضمن عقد لازم شرط شده باشد» در اینجا این سوال مطرح است که آیا شرط ضمن عقد جایز^(۲) هیچ الزامی بوجود می‌آورد؟ و آیا به وسیله شرط

می‌توان عقد جایزی را الزام آور کرد یا باید شرط ضمن عقد لازم^(۳) آورده شود؟ در جواب سؤال اول بعضی از نویسندگان معتقدند: اگر ضمن عقد جایز انجام فعلها بر یکی از دو طرف شرط شود می‌توان الزام او را از دادگاه خواست. خواننده دعوی می‌تواند با فسخ عقد اصلی، خود را از آن قید و التزام رها سازد، ولی پیش از این اقدام، انجام کار مشروط بر عهده او است.^(۴)

در پاسخ دوم: از ظاهر بعضی مواد چنین برمی‌آید که نویسندگان مدنی از نظر مشهور در فقه پیروی کرده‌اند و شرط در عقد جایز را کافی نشمرده‌اند. این ظهور را پاره‌ای از نویسندگان نیز تایید کرده‌اند.^(۵) در مقابل مخالفینی نیز دارند از جمله دکتر کاتوزیان در کتاب خویش می‌گوید اگر خواست مشترک دو طرف بتواند ایجاد التزام کند و قالب و تشریفات معین نداشته باشد چه تفاوت می‌کند که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا در خود عقد؟ پس می‌توان گفت مفاد این مواد ناظر به مورد شایع است. بدون اینکه مفهوم آن لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند.

ب - اقسام شرط:

شرط را به اعتبارهای گوناگون تقسیم کرده‌اند:

- به اعتبار اثری که در عقد می‌نامند به سه گروه تعلیقی - فاسخ - تقییدی
- به اعتبار چگونگی بیان اراده به صریح و ضمنی
- به اعتبار شیوه ارتباط با عقد به

ضمن عقد و خارج از آن (ابتدایی) - به اعتبار نفوذ شرط به صحیح و فاسد تقسیم شرط به اعتبار موضوع را قانون مدنی در ماده ۲۳۴ چنین بیان کرده است:

- ۱ - شرط صفت
- ۲ - شرط نتیجه
- ۳ - شرط فعل

- ۱- فالشرط بالمعنی المصدری عبارة عن جعل شی مرتبطاً بامر آخر (قواعد فقه بجنوردی ج ۳ ص ۲۲۴)
- ۲- در اصطلاح فقه به عقدی جایز گفته می‌شود که طرفین یا یکی از آن دو هر وقت بخواهد تا وقتی عین باقی است بتوانند عقد را به هم بزنند و آن را فسخ کنند. (مبایذ فقه و اصول ص ۱۵۴)
- ۳- لزوم در اصطلاح فقه در مورد عقود بدین معنی است که مقتضای عقد غیر قابل تغییر و تبدیل است و تزلزل و عدم ثبات در آن راه ندارد و متعاقبین قدرت بر فسخ آن ندارند، و اگر احیاناً بخواهند فسخ کنند، اثری ندارد و فسخ نمی‌شود و این طبیعت و ماهیت عقود لازم است مگر آنکه از خارج، شارع عاملی را قانونگذاری کند که با آن بطور موقت جلوی لزوم را بگیرد مانند جعل خیار. (مبایذ فقه و اصول ص ۱۵۴)
- ۴- حاشیه مرحوم طباطبائی یزدی بر مکاسب ص ۱۲۴ به نقل از حقوق مدنی (قواعد عمومی و قرار داده‌ها) ج ۳ ص ۱۲۳
- ۵- حقوق مدنی، ج ۴ ص ۳۷۴ (دکتراسامی) - ایشان در مبحث نکاح، شرط ضمن عقد را در عقد لازم صحیح دانسته‌اند.

ج - صحت و فساد شرط

شرایط صحت شرط در فقه

در فقه نسبت به شرایط صحت شرط، اتفاق نظر وجود ندارد و این شرایط تحولاتی را پیموده است. در کتابهای فقهی اختلافها صوری است. در کتابهای فقهی دیده می‌شود که شرط اگر ۱ - مخالف کتاب و سنت نباشد و ۲ - به جهالت در مبيع و ثمن منتهی نگردد و ۳ - مخالف با مقتضای عقد نباشد و ۴ - غیرمقدور نباشد شروط دیگر جایز شمرده شده است. (۱)

شروط باطل

۱ - شرط غیرمقدور

هدف نهایی هر التزام اجرای آن است. تعهدی را که نتوان ایفاء کرد در دید عرف امری لغو و بیهوده است. قانون نیز توانایی برتسلیم را از شرایط عمومی درستی قرارداده‌ها می‌داند. برای مثال، برفروشنده زمین شرط شود که زراعتی را به خوشه برساند، این شرط در توان او نیست بلکه به خداوند منسوب می‌شود. (۲) و یا شرط کند در ضمن ازدواج بدون طلاق از همسر جدا شود. (۳)

۲ - شرط بی فایده

منظور از بی فایده بودن این است که در شرط هدفی معقول منظور نباشد.

۳ - شرط نامشروع

هر شرطی را که مخالف کتاب و سنت باشد فقهی جزء شروط نامشروع آورده‌اند. و حقوقدانها شروط نامشروع را مطابق با ماده ۳۳۲ ق.م. به دو گروه تقسیم می‌کنند.

۱ - شرط خلاف قانون و شرع

۲ - شرط خلاف اخلاق و نظم عمومی

۴ - شرط خلاف مقتضای عقد

در مسأله مقتضای عقد بین فقها و هم چنین حقوقدانها نظرات متفاوتی وجود دارد. مرجع شناسایی را هر یک چیزی دانسته‌اند. آنچه کم و بیش همه پذیرفته‌اند این است: «مقتضای» چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر شرط گرفته شود جوهر عقد نیز از دست می‌رود و در دید عرف یا شرع موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند.

مخالفت شرط با مقتضای عقد ممکن است به چند صورت انجام پذیرد:

۱ - مخالفت با مضمون یا مفاد اصلی عقد، یعنی موضوعی که به تراضی انشا شده است. مثلاً در نکاح شرط شود که شوهر حق ندارد با همسرش رابطه جنسی داشته باشد.

۲ - گناه شرط یا مفاد عقد (قصد مشترک) تعارض ندارد لیکن احکامی را که قانونگذار از اسباب و لوازم تحقق آن مفاد قرار داده است نقی می‌کند مانند اینکه شرط شود که وقف هیچگاه به تصرف موقوف علیه داده نشود.

۳ - گناه با هدف نهایی که در تراضی ملحوظ بوده است تعارض دارد در نتیجه می‌توان گفت مبنای اصلی مورد توافق و اثر مطلوب را نقی می‌کند.

آیا فساد شرط به عقد نیز سرایت می‌کند یا عقد می‌تواند در کنار باطل محفوظ بماند؟

۱ - گروهی بطلان شرط را در همه

موارد باعث بطلان عقد می‌دانند. (۴)

۲ - گروه دیگر معتقدند بطلان شرط در هیچ صورت سه ب بطلان عقد نمی‌شود. (۵)

۳ - گروه سوم اعتقاد دارند هر جا که بطلان شرط به رکنی از عقد صدمه برساند آن را باطل می‌کند و در سایر موارد بطلان شرط مانع از نفوذ عقد نیست. (۶)

بعضی از حقوقدانها شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود را جزء شروط مفسده عقد دانسته‌اند و بقیه شروط را مفسد عقد نمی‌دانند بلکه فقط مفسد شرط می‌دانند زیرا تعارض میان قصد موجد شرط بوجود آورنده ببع منجر به سقوط هر دو قصد و بالتیجه موجب

۱- شرایع الاسلام ج ۲ ص ۲۸۸

۲- شرح لمعه ج ۳ ص ۵۰۵

۳- جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۱۹۹

۴- منهاج الصالحین ج ۲ ص ۴۲

۵- شرح لمعه ج ۳ ص ۵۰۵

۶- حقوق مدنی ج ۳ (فواعد عمومی و قراردادهای) ص ۱۷۰ به نقل از منهاج المتقین ص ۲۳۳

۷- شرح لمعه ج ۳ ص ۵۰۵

۸- بیضاح الفوائد ج ۱ ص ۵۱۲

۹- منهاج الصالحین (مرحوم حکیم) ج ۲ ص ۲۱۲ مسئله ۳

۱۰- مشهورترین طرفداران این نظریه در میان متقدمان شیخ طوسی است) به نقل از حقوق مدنی ج ۳ کاتوزیان ص ۹۲

۱۱- جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۲۱۵

بطلان عقد و شرط می‌گردد.^(۱)

د - اجرای شروط و نتیجه تخلف از آن :

آن شرطی، جزئی از قرار داد است که لزوم وفای به کل عقد شامل آن نیز بشود. در مورد شروط فعل^(۲) این الزام آسان است طرفی که ملتزم به انجام آن است باید آن را بجا بیاورد. و در صورت تخلف، طرف دیگر می‌تواند تقاضای اجبار او را به دادگاه بکند (ماده ۲۳۷ ق.م. و لی بعضی از فقها^(۳) و حقوقدانها معتقدند به محض خودداری از انجام شرط ذی نفع خیار فسخ دارد زیرا خیار برای جبران ضرر است هر چند ممکن است ذی نفع با مراجعه به محکمه و اجبار حاکم شرط مزبور را اجرا کند ولی باید توجه داشت که مراجعه به محکمه و دادخواهی کار آسانی نیست و خود خالی از ضرر نمی‌باشد.

ولی شرط صفت^(۴) و نتیجه اجرای آن چهره دیگری دارد این دو شرط یا با تحقق عقد خود بخود وفا می‌شود یا معطل می‌ماند و ناچار ضمانت اجرای آن به لزوم عقد باز می‌گردد و زیان از دست رفتن شرط به گونه‌ای غیرمستقیم جبران می‌شود.

شروط ضمن عقد نکاح :

نکاح سازمان حقوقی ویژه‌ای است که برمبنای رابطه جنسی و عاطفی زن و مرد ایجاد شده است. 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 می‌توان موردی را یافت که زن و شوهر بتوانند آثار متعارف نکاح را بر طبق قرارداد 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 می‌سازد.^(۵)

توافقی که بمنظور تغییر آثار قراردادی انجام می‌شود، اگر ضمن همان قرار داد باشد در اصطلاح شرط نامیده می‌شود.

برای مثال، اگر زن و شوهر ضمن عقد نکاح قرار گذارند که محل سکونت مشترک آنان را زن معین کند، می‌گویند ضمن عقد نکاح شرط شده است که تعیین محل سکونی با زن باشد یا وصفی در مهر یا یکی از زوجین شرط شود یا منظور بدست آمدن نتیجه قرار داد تبعی (مانند وکالت) ضمن نکاح و یا ضمن عقد لازم دیگری باشد این قرارداد را شرط می‌نامند.^(۶)

شروط 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 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.

گفتار نخست: شروط ناظر بر احکام نکاح

شروطی که طرفین نسبت به احکام نکاح می‌کنند ممکن است ناظر بر یکی این امور باشد.

الف - انعقاد نکاح

ب - آثار نکاح

ج - انحلال نکاح

۱- حقوق مدنی ج ۴ ص ۳۶۸ (دکترامامی)

۲- شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخصی خارجی شرط شود. مثلاً هرگاه برزوج شرط شود که زن را در طلاق دادن خود وکیل کند یا وقوع نکاح وکالت ایجاد نمی‌شود و زن نیابت پیدا نمی‌کند عقد نکاح زوج را ملتزم می‌سازد که به زن وکالت دهد، درحالی که اگر نیابت به صورت شرط نتیجه در می‌آید پس از عقد زن خود به خود وکیل شوهر می‌شود و در طلاق نیابت داشت (حقوق مدنی - قواعد عمومی و قراردادها ج ۳ ص ۱۵۷)

۳- منهاج الصالحین (مرحوم خوئی) ج ۲ ص ۴۳ مسئله ۱۶۷

۴- مورد معامله دارای اوصافی است که مجموع آنها در برانگیختن دو طرف به انجام معامله و ایجاد تعادل بین دو عوض اثر قاطع دارد. برای مثال خریدار خانه قبل از هرگفتگو اول آن را می‌بیند تا مطمئن شود آنچه را می‌جسته، یافته است (حقوق مدنی - قواعد عمومی و قراردادها ج ۳ ص ۱۴۸)

۵- دوره مقدماتی حقوق مدنی ج ۱، اموال و مالکیت و کلیات قرار دادها ش ۲۲۷ (کاتوزیان)

۶- حقوق مدنی (خانواده ج ۱ ص ۳۴۵ (کاتوزیان)

د - مهر

الف - شروط مربوط به انعقاد نکاح

با اینکه حق مربوط به انتخاب طرف قرارداد و تصمیم گرفتن درباره شرکت در آن از بدیهی ترین نتایج اصل آزادی قراردادهاست اما شرایط انعقاد و درستی عقد را قانون معین می‌کند و به طرفین اجازه نمی‌دهد که در این زمینه نیز چنانکه می‌خواهند تصمیم بگیرند. این اصل در عقد نکاح که جنبه اجتماعی آن نیز اهمیت بسزا دارد بیشتر تقویت می‌شود و بندرت می‌توان موردی را یافت که طرفین بتوانند نظم متعارف عقد را بر هم زنند.

حق نکاح کردن از حقوق مربوط به شخصیت انسان است و با هیچ قراردادی ساقط نمی‌شود. بنابراین اگر کسی در قراردادی حق نکاح با زنی را برای مدتی از خود سلب کند و در همین مدت زن را به همسری بگیرد، هیچ دادگاهی حق ندارد آن دو را زن و شوهر نشناسد.

ب - شروط مربوط به آثار نکاح

تفاوت عمده نکاح با سایر قراردادها درباره نقش طرفین نسبت به تعیین آثار عقد است. در دیگر قرار دادها، آثار عقد را طرفین معین می‌کنند و التزاماتی که از عقد بوجود می‌آید خواسته خود آنان است، اما در نکاح ناگزیرند آثار عقد را چنانکه حقوق معین کرده است بپذیرند. بنابراین زن و شوهر نمی‌توانند در نکاح شرط کنند که ریاست خانواده با شوهر نباشد یا شوهر نتواند با مشاغل منافی خانوادگی زن مخالفت کند.

ج - شروط مربوط به انحلال نکاح

گذشته از موردی که طرفین با توافق در

خواست طلاق می‌کنند و خارج از مبحث شرط است در دو مورد شرط ضمن عقد در فسخ نکاح موثر است:

۱ - درباره فسخ نکاح، امکان بر هم زدن عقد به منظور جبران ضرر از کسی است که چنین پیمانی را، نفهمیده امضا کرده است.

حال اگر ضمن عقد نکاح، اسقاط اختیار فسخ نکاح شود دیگر حقی برای طرف ضرر دیده باقی نمی‌ماند.^(۱)

اما بعضی از حقوقدانها^(۲) این قانون را به دور از منطق حقوقی دانسته و چنین گفته‌اند:

پایبند شناختن شخص به همسری کسی که یکی از عیوب پیش بینی شده در قانون را داراست به معنی محکوم ساختن او به کیفری است که جز حاکمیت اراده دلیلی بر آن وجود ندارد.

نکاح در زمره سایر معاملات نیست. در این عقد، حقوق و عوطف انسانی مطرح است. برای مثال نمی‌توان انسانی را به استناد اینکه خود خواسته است محکوم ساخت تا پایان عمر همسر دیوانه یا بیماری باشد که باید از آن احتراز کرد.

۲ - به موجب ماده ۱۱۲۸ ق.م. «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که فاقد آن وصف مقصود بوده است، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود.» تعیین این اوصاف محدودیت ویژه‌ای در قانون ندارد و اراده طرفین می‌تواند زمینه را چنانکه می‌خواهند برای اجرای حکم ماده ۱۱۲۸ فراهم آورد.

گفتار دوم - شروط ناظر به**امور خارجی**

زن و شوهر به دلایلی لازم می‌دانند که پساره‌ای از التزامهای خود را در برابر یکدیگر تابع نکاح قرار دهند این گونه شروط بطور مستقیم به انعقاد و آثار عقد ناظر نیست.

برای اینگونه شروط مثالهای فراوانی می‌توان زد: چنانکه مرد متعهد شود که زن دیگر اختیار نکند و یا زن خود را از شهر معینی خارج نکند و یا زن را وکیل در طلاق دادن خود کند.

شرط وکالت در طلاق

چون طبق ماده ۱۱۳۳ ق.م. مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد و زن فقط در موارد مذکور در مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ ق.م. می‌تواند از دادگاه در خواست کند که شوهر را مجبور به طلاق کند، فقه چاره‌ای اندیشیده تا زن هم بتواند طلاق بگیرد و آن شرط وکالت از طرف شوهر به زن می‌باشد که خود را طلاق دهد و البته در این مسأله اقوال مختلف است ولی غالب فقها وکالت را صحیح می‌دانند چه به زوجه و چه به غیرزوجه.^(۳) علامه در تحریر و شیخ در

۱- حقوق مدنی ج ۴ ص ۴۷۳

۲- حقوق مدنی خانواده (کاتوزیان) ج ۱ ص ۲۵۸

۳- شرایع الاسلام ج ۲ ص ۱۹۷

- ملحقات عروة الوثقی ج ۲ ص ۱۳۸ مسئله ۳

- شرح لمعه ج ۶ ص ۲۳

- منهاج الصالحین (مرحوم حکیم) ج ۲ ص ۲۱۲

مسئله ۳

تحریر الوسیله ج ۲ کتاب وکالت و طلاق

وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او بدست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.

بنظر می‌رسد که بهتر بود به جای «زوجه شرط نمود» نوشته می‌شد «طرفین شرط نمودند» چون درست است که مشروط لها زوجه است ولی شرط مربوط به طرفین و ناشی از توافق اراده و قصد و رضای دو طرف است.

۱- ضمن عقد نکاح زوج به عقد خارج لازم زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیرداد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول نماید.

مواردی که زن می‌تواند حسب مورد تقاضای صدور اجازه طلاق نماید بشرح

۱- تحریر الاحکام ص ۵۱

نهایه ج ۲ ص ۵

۲- برای اطلاع بیشتر به ترجمه شرایع الاسلام

جلد ۲ ص ۷۶۰ مراجعه کنید

۳- دکتر کاتوزیان درباره حق وکالت در سالهای

پیشین چنین می‌گوید: با تصویب قانون حمایت

خانواده مصوب ۱۳۵۳ وضع شوهر نسبت به

اختیار طلاق فرق کرد. با حذف حق طلاق

بدست مرد، حق وکالت مرد در طلاق را هم از او

گرفت زیرا چگونه ممکن است کسی که خود

حقی ندارد بتواند برای اجرای آن به دیگری

وکالت دهد.

(حقوق مدنی ج ۱ ص ۳۶۰ و ص ۲۶۴)

شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر شرط بنماید، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود و یا ترک انفاق نماید یا بر علیه زن سوء قصد کند و یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها با 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.»

شرایط مندرج در نکاحیه:

شورای عالی قضایی طی مصوبه ۱/۳۴۸۲۳ - ۶۱/۷/۱۹ - و ۱/۳۱۸۲۳ - ۶۲/۶/۲۸ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ کرده است که در دفترچه های نکاحیه که در اختیار سردفتران قرار می‌گیرد شریعی بعنوان شرایط ضمن عقد یا عقد خارج لازم درج شود و سر دفتر حین نکاح آن شرایط را مورد به مورد به زوجین تفهیم کند و شرطی که مورد توافق زوجین واقع و به امضا آنها رسیده باشد به عنوان شرط ضمن عقد معتبر خواهد بود. آن شرایط که در دفترچه های نکاحیه فعلی چاپ شده به شرح زیر است:

شرایط ضمن عقد یا عقد

خارج لازم:

۱- ضمن عقد نکاح زوج به عقد خارج لازم شرط نمود هرگاه طلاق بتابه درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از

نهایه^(۱) وکالت از حاضر را صحیح ندانسته و گفته‌اند طلاق واقع نمی‌شود. شیخ دلائل خود را چنین بیان می‌کند:

۱- زن قابل طلاق است پس نمیتواند فاعل آن بوده باشد زیرا یک چیز نمی‌تواند هم قابل باشد و هم فاعل

۲- این قول پیامبر(ص) «الطلاق بید من اخذ بالساق» عدم صحت نیابت در طلاق را اقتضا می‌کند.

ابن ادریس و متأخرین هم این قول را قبول دارند اما دلائل شیخ را رد کرده و دلائل دیگری برای آن می‌آورند.^(۲)

وکالت ضمن عقد ازدواج یا ضمن عقد خارج لازم به سه صورت ممکن است:

اول - در نکاح یا عقد خارج لازم شرط وکالت برای زن می‌شود که در مدت معینی هرگاه بخواهد خود را وکالتاً طلاق دهد. در این صورت زن وکیل مطلق از طرف شوهر خود می‌باشد که هر وقت بخواهد به وکالت از طرف شوهر خود را مطلقه کند.

دوم - در عقد نکاح یا عقد خارج لازم شرط وکالت برای زن می‌شود که در صورت تحقق امری در خارج خود را طلاق دهد. در این صورت هر زمان که زن علم پیدا کرد که آن امر در خارج محقق شده است می‌تواند به سمت وکالت از طرف شوهر خود را طلاق دهد.

سوم - در عقد نکاح یا عقد خارج لازم شرط وکالت برای زن می‌شود که پس از تحقق امر معینی در خارج و اثبات آن در دادگاه او بتواند خود را طلاق دهد.^(۳) این امر را ماده ۱۱۱۹ ق.م.تذکر می‌دهد «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر

تقاضای صدور اجازه طلاق نماید بشرح زیر است:

۱ - استنکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت ۶ ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تادیه نفقه و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجب زن را به مدت ۶ ماه وفا نکند و اجبار او به ایفا هم ممکن نباشد.

۲ - سوء رفتار و یا سوء معاشرت زوج بحدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید.

۳ - ابتلاء زوج به امراض صعب العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره آمیز باشد.

۴ - جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد.

۵ - عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح منافی با مصالح خانواده و حیثیت زوجه باشد.

۶ - محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به ۵ سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به ۵ سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم و مجازات در حال اجرا باشد.

۷ - ابتلای زوج به هرگونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد.

۸ - زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی و تشخیص عذر موجه

از نظر دادگاه است و یا شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت نماید.

۹ - محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم و اجرای هرگونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شؤون زوجه باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت و شؤون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زوجه و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۰ - در صورتی که پس از گذشت ۵ سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر زوج، صاحب فرزند نشود.

۱۱ - در صورتی که زوج مفقودالاثار شود و ظرف ۶ ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.

۱۲ - زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت نکند.

آیا امکان دارد وکالت به زن محدود به نمونه های پیش بینی شده در قانون باشد؟

آنچه در ماده ۱۱۱۹ ق.م.آ.م آمده است نمونه و مثال است و جنبه انحصاری ندارد. تامل در مثالها نشان می دهد که همه ناظر به مواردی است که زندگی زناشویی را برای زن دشوار می سازد و برای او عسرو حرج به وجود می آورد. لیکن در این وکالت تراضی و قرارداد حکومت می کند. نه قانون و عرف. پس طرفین می توانند هر شرطی را که مخالف شرع و مقتضای

عقد نباشد در این عقد شرط نمایند.^(۱)
آیا زوجه با داشتن وکالت می تواند بدون رجوع به دادگاه خود را مطلقه سازد؟

به موجب تبصره ۴ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص زوج نمی تواند بدون اجازه دادگاه و پیش از رجوع اختلاف به داوری زن خود را طلاق دهد وکیل او نیز چنین اختیاری ندارد.

زنی که وکالت در طلاق دارد، تنها در صورتی از رجوع به دادگاه معاف است که به هنگام وقوع طلاق شوهر نیز با او همداستان باشد.^(۲)

آیا این وکالت لازم است یا جایز؟

وکالت خود عقدی جایز است. بنابه نقل بسیاری از فقها اگر ضمن عقد لازم دیگری شرط شود وکالت لازم می گردد و اگر به عقد جایزی شرط شود عمل به آن مادامی که عقد باقی است لازم می آید به فسخ عقد وکالت نیز منفسخ می گردد. صاحب عروه قول مشهور را به این صورت بیان کرده در ضمن عقد جایز وکالت نیز جایز است.^(۳)

اما آیت الله بروجردی در یکی از درسهایشان فرموده اند: «عقد جایز جزء ماهیت و مقتضای عقد وکالت است چطور می توان چیزی را برخلاف ماهیت ادامه مبحث در صفحه ۴۰»

۱- حقوق مدنی خانواده (کاتوزیان) ج ۱ ص

۲۶۷-۲۶۸

۲- همان منبع

۳- ملحقات عروه الوثقی ج ۲ ص ۱۲۲ مسئله