

تحلیل قوانین حقوقی زنان از تصویب تا اجرا شروط ضمن عقد

لیلا سادات اسدی*

چکیده:

مطابق ماده ۱۱۳۳ ق.م.مرد هرگاه بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق دهد. اما زنان غیر از موارد استثنائی از جمله وقوع عسر و حرج، عدم پرداخت نفقه و مفقود الاثر شدن زوج به مدت طولانی از داشتن حق طلاق محروم هستند. هرچند ماده ۱۱۱۹ ق.م. امکان گنجاندن شروط در ضمن «عقد نکاح» یا «عقد خارج لازم دیگر» را به زوجین داده است، اما عدم عنایت عموم به این ماده و آثار سوء محروم بودن زنان از حق درخواست طلاق، شورای عالی قضایی را بر آن داشت که شروطی را در نکاحیه‌های رسمی بگنجانند؛ تا از یک سو در شرایطی برای زوج حق طلاق ایجاد شود و از سوی دیگر از زوجه‌ای که وظایف زناشویی خویش را به نحو احسن انجام داده ولی همسرش قصد طلاق وی را نموده است، حمایت مالی نماید. این مقاله درصدد است که شروط ضمن عقد را مورد بحث و مناقشه قرار دهد، به خلأهای عملی آن اشاره نماید و با ارائه پیشنهادات قانونی برای استفاده بهتر از شروط ضمن عقد، ابهامات آن را مرتفع گرداند.

واژگان کلیدی:

شروط ضمن عقد، نفقه، زوج، زوجه، محکومیت کیفری، تنصیف دارایی، فسخ نکاح، تجدید فراش، ازدواج مجدد، عقیم بودن، سوء معاشرت، امراض صعب العلاج، جنون، اشتغال، حبس، اعتیاد، مفقود الاثر.

* - کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، قاضی دادگستری.

نکاح ایجاد علقه زوجیت بین زن و مردی است که قصد اتحاد به منظور تشکیل خانواده و زندگی مشترک دارند. نکاح از عقود رضایی است و زن و مرد با بیان صریح اراده خویش با توافق یکدیگر آن را به وجود می‌آورند. البته مقنن به منظور حفظ نظم عمومی و سهولت اثبات عقد نکاح که آثار مهمی در جامعه دارد، مقرراتی را در جهت ثبت آن در نظر گرفته و جنبه تشریفاتی به عقد نکاح داده است. زن و مرد در هنگام توافق بر عقد نکاح می‌توانند آنچه را که می‌خواهند به عنوان شروط ضمن عقد نکاح در آن بگنجانند. اما بر خلاف اصل آزادی قراردادهای در حقوق خصوصی، نکاح به لحاظ وضعیت خاص خود، از جمله عقود است که آزادی طرفین در تعیین شروط ضمن آن بی‌حد و حصر نیست و چه بسیار قواعد و مقرراتی است که لازمه عقد نکاح بوده و هیچ یک از طرفین حق توافق بر خلاف آن را ندارند. مانند ریاست شوهر در خانواده، حق طرفین بر حسن معاشرت، الزام زن به تمکین یا عدم نشوز زوج و زوجه، لذا زن نمی‌تواند با شرط، ریاست خانواده را از مرد بگیرد یا زوج نمی‌تواند با شرط حق ترک زندگی را برای خود ایجاد نماید.

بر خلاف انعقاد عقد نکاح که منوط به رضایت و توافق طرفین است، در انحلال آن زوج دارای اختیارات بیشتری است. انحلال عقد نکاح تحت عنوان «طلاق» از حقوق زوج می‌باشد، در واقع طلاق ایقاعی یک طرفه از ناحیه زوج است. البته ایقاع بودن طلاق بدین معنا نیست که زن هیچگاه نمی‌تواند درخواست طلاق نماید. بلکه در موارد مصرح در قانون مانند ماده ۱۱۲۹ ق.م. (ترک انفاق) و ماده ۱۱۳۰ ق.م. (عسر و حرج برای زن در زندگی مشترک) و بالاخره تحقق شروط مورد توافق زوجین در هنگام انعقاد عقد نکاح که طی آن حق طلاق به زوجه داده شده است و زن می‌تواند در این موارد متقاضی طلاق شود.

نظر به اینکه مطابق حدیث نبوی «الطَّلَاقُ بَیْدُ مِنْ اِخْذِ بِالسَّاقِ» و ماده ۱۱۳۳ ق.م. طلاق به دست مرد است و زن فقط حق فسخ نکاح در موارد معین در ماده

۱۱۲۲ ق.م. را دارد که وقوع آنها بسیار نادر است، لذا اهمیت جایگاه شروط ضمن عقد نکاح در رفع این نقیصه برای زن بسیار روشن است. امروزه بیش از هشتاد درصد طلاق‌های واقع شده، به واسطه تحقق شروط ضمن عقد نکاح می‌باشد.

البته نقش شروط ضمن عقد نکاح فقط در تسهیل «طلاق» با درخواست زوجه نیست، بلکه شروط می‌توانند معین‌کننده روابط و حقوق زوجین در دوران زناشویی باشند، مانند: اعطای حق تعیین مسکن به زوجه و ...

شرط

مفهوم شرط

شرط عبارت است از: «وصف امری که از عدم آن عدم لازم آید، بدون اینکه وجودش لازمه وجود باشد»^۱. مانند نزدیکی به آتش که شرط سوختن است. در اصطلاح حقوقی شرط دارای دو مفهوم می‌باشد:

- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. مثل بیان شرایط اساسی صحت معامله در ماده ۱۹۰ ق.م. که قصد و رضا، اهلیت، مشروعیت جهت و معین بودن موضوع را از شرایط صحت معامله برشمرده است.

- توافقی که برحسب طبیعت خاص موضوع یا تراضی طرفین در شمار توابع عقد آمده است.^۲

بنابراین شرط تعهدی است که ضمن تعهد دیگر درج می‌گردد و در اثر این امر، رابطه بین آن دو تعهد پیدا می‌شود که شرط صورت تبعی به خود می‌گیرد و از جهت معنی مورد یا جزء مورد معامله اصلی می‌شود.^۳

آثار تخلف از شرط

کسی که شرط به نفع او باشد، «مشروط له» و شخصی که متعهد به انجام شرط می‌شود یا شرط بر علیه او شده، «مشروط علیه» است. مشروط له همیشه می‌تواند از حق خود که بر مبنای شرط ایجاد شده، صرف نظر نماید؛ مگر اینکه «شرط نتیجه»^۴

1- کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۲۱.

2- همان، ص ۱۲۳.

3- امامی، ج ۱، ص ۲۷۲.

4- شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. بدین ترتیب طرفین عقد با تراضی خود امری را

باشد. در ماده ۲۴۴ ق.م. آمده است: «طرف معامله که شرط به نفع او شده می تواند از عمل به آن شرط صرف نظر کند در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد، لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست».

«شرط صفت»^۱ نیز قابل اسقاط نیست. زیرا شرط صفت تعهدی ایجاد نمی کند تا بتوان آن را اسقاط نمود. اما مشروطاً له می تواند حق فسخ ناشی از تخلف وصف را از خود ساقط نماید. در ماده ۲۴۵ ق.م. بیان شده: «هرگاه شرطی که در ضمن عقد شده است، شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ خواهد داشت». «شرط فعل»^۲ مستنداً به ماده ۲۴۴ ق.م. قابل اسقاط است.

با توجه به مراتب فوق، چنانچه زوج در حین عقد نکاح شرط نماید؛ زوجه باکره باشد. (شرط صفت) با اثبات خلاف آن، برای زوج حق فسخ نکاح بوجود می آید و زوج به عنوان مشروطاً له می تواند، حق فسخ را از خود ساقط نماید و همچنان به زندگی مشترک با زوجه ادامه دهد یا صراحتاً اعلام نماید از حق فسخ خود صرف نظر نموده است. اگر زوجه شرط نماید در صورت ازدواج مجدد زوج، وی وکیل زوج در اجرای طلاق باشد (شرط نتیجه)، این شرط قابل اسقاط نیست؛ اما مشروطاً له می تواند، حق فسخ ناشی از شرط نتیجه را از خود ساقط نماید.

محقق می سازند. مثل اینکه شرط شود چنانچه زوج، معتاد به مواد مخدر شود زوجه وکیل در اجرای طلاق از طرف وی شود. در این حالت با اعتیاد زوج، نتیجه یعنی وکالت زن در اجرای طلاق از ناحیه زوج ایجاد می شود اما از آنجا که اجرای این حق نیاز به تشریفات (اخذ حکم دادگاه مبنی بر احراز شرط و معرفی وی به دفترخانه جهت اجرای طلاق) دارد لذا انجام این تشریفات لازم است.

- 1- شرط صفت شرطی است که راجع به چگونگی مورد معامله (کیفیت یا کمیت) است. مانند اینکه در حین عقد نکاح شرط شود که زوج دارای مدرک کارشناسی ارشد باشد یا زوجه دارای سلامت کامل جسمی باشد.
- 2- شرط فعل عبارت است از اینکه انجام عمل یا عدم انجام فعلی بر یکی از متعاملین یا فرد ثالثی شرط شود. مانند اینکه زوجه شرط کند که زوج از اشتغال به کارگری خودداری کند یا زوج بر زوجه شرط کند که کلیه کارهای خانه را رأساً و تبرعاً انجام دهد.

ضمانت اجرای تخلف از شرط

در صورت تخلف از شرط، چه حقی برای مشروط له به وجود می‌آید و ضمانت اجرای ناشی از تخلف از شرط چیست؟ در مورد شرط نتیجه و تخلف از آن ماده ۲۳۶ ق.م. چنین مقرر داشته است: «شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود». مثلاً اگر زوجه شرط نماید به محض ایراد صدمه بدنی عمدی از ناحیه زوج به وی، طلاق بین آنها حاصل شود؛ چون برای اجرای طلاق تشریفات خاصی لازم است، لذا به محض تحقق شرط، نتیجه حاصل نخواهد شد؛ بلکه با انجام تشریفات خاص، باید به طلاق دست یافت.

تخلف از شرط صفت، صرفاً ایجاد حق فسخ نکاح برای مشروط له می‌نماید. پس چنانچه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط نماید، زوج دکتراى حقوق داشته باشد در صورت عدم چنین وصفی، برای زوجه حق فسخ نکاح به وجود می‌آید.

ضمانت اجرای شرط فعل، متفاوت از شرط صفت و نتیجه است. زیرا شرط فعل از نوع تعهد است. در حالی که شرط صفت در زمان معامله موجود یا مفقود است. اگر شرط صفت در زمان عقد مفقود باشد، تخلف از شرط حاصل می‌شود و به تبع آن حق فسخ برای زوجه ایجاد می‌گردد و نمی‌توان زوج را اجبار به تحصیل در رشته حقوق تا اخذ مدرک دکترا نمود. اما در شرط فعل (نفیاً یا اثباتاً) الزام مشروط علیه به فعل یا ترک آن ممکن است، لذا به محض امتناع مشروط علیه از اجرای شرط، حق فسخ برای مشروط له به وجود نمی‌آید؛ بلکه ابتدا باید مشروط علیه را به انجام شرط الزام نمود و در صورتی که الزام مشروط علیه ممکن نباشد و شخص دیگری نیز غیر از او نتواند شرط را به جای آورد، نوبت فسخ می‌رسد. مطابق ماده ۲۳۸ ق.م. هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور، ولی انجام آن توسط دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن فعل را فراهم آورد و مطابق ماده ۲۳۹ ق.م. چنانچه فعل مشروط از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب مشروط علیه واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت. مثلاً اگر زوجه شرط نماید که زوج متکفل مخارج و نگهداری والدین پیر وی شود و زوج از اجرای شرط تخلف نماید؛ زوجه با مراجعه به حاکم، درخواست الزام زوج به اجرای تعهد را نموده و چنانچه الزام ممکن نباشد اجرای شرط توسط زوجه یا ثالث به خرج

مشروط علیه صورت می‌پذیرد و در صورت عدم امکان چنین اقدامی، حق فسخ نکاح برای زوجه به وجود می‌آید.

شروط ضمن عقد نکاح

مقنن قبل از انقلاب اسلامی در ماده ۴ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰ با توصیه شروط ضمن عقد به زوجین، آنان را در نهادن راهی برای طلاق به درخواست زوجه هدایت نموده بود. اما شاید عدم توجه زوجین به جعل این شروط، مقنن را وادار نمود، خود رأساً، شروطی را به عنوان قواعد آمره در قانون حمایت خانواده بگنجانند که بدون توجه به اراده طرفین، برای آنان (به خصوص زوجه) حق درخواست طلاق قرار دهد.

نظر بر اینکه مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی و غیره باید بر اساس موازین اسلامی باشد و با توجه به اوامر مورخ ۱۳۶۱/۵/۳۱، حضرت امام خمینی (ره)، که فرمودند: «به قوانین سابق که مخالف شرع است نمی‌توان عمل نمود.» همچنین تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ صراحتاً مقرر داشت: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده...» به طور ضمنی ماده ۸ قانون حمایت خانواده را فاقد اثر دانست. مشکلات عدیده‌ای که از حق یکطرفه مرد در طلاق، عدم آشنایی عامه به حقوق خود در وضع شروط ضمن عقد نکاح که به زوجه اختیار انتخاب طلاق را بدهد، همگی موجب شد که شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۱ و ۱۳۶۲، شروطی را در متن نکاحیه‌های رسمی بگنجانند تا در هنگام ازدواج به امضای زوجین برسد. متن نکاحیه با شروط ذیل به تصویب شورای عالی قضایی رسید و طی دستورالعمل‌های به شماره ۱/۳۴۸۲۳ مورخ ۶۱/۷/۱۹ و شماره ۱/۳۱۸۲۴ مورخ ۶۲/۶/۲۸ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ گردید. شروط فوق در دو بند «الف» و «ب» ذکر شده و در بند «الف» به حقوق مالی زوجه‌ای که زوج بدون دلیل موجهی وی را مطلقه می‌سازد توجه شده است و در بند «ب» نیز شروطی را احصاء نموده که در صورت تحقق هر

یک از آنها، زوجه حق رجوع به دادگاه و اخذ مجوز اجرای طلاق به وکالت از زوج را کسب می‌نماید.

در این مقاله شرط ناظر به امور مالی زوجین و شروط ناظر به طلاق مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

شرط ناظر بر امور مالی زوجین

مطابق بند «الف» از شرایط ضمن عقد، چنانچه طلاق به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه، تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده باشد، زوج مکلف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید. شرایط تحقق بند «الف» عبارت است از:

(۱) - امضای شرط فوق در هنگام عقد نکاح یا ضمن عقد خارج لازم دیگر؛ چنانچه زوجین (خصوصاً زوج) که مشروطاً علیه شرط فوق می‌باشد، ذیل شرط را امضاء نکرده باشند، تنصیف دارایی زوج فاقد دلیل خواهد بود.

(۲) - عدم درخواست طلاق توسط زوجه؛ برای برخوردار شدن زوجه از چنین امتیازی، متقاضی طلاق باید زوج باشد. زیرا در طلاق‌های توافقی که به درخواست زوجین است، زوجین درخصوص کلیه موارد از جمله مهریه، نفقه و حقوق مالی دیگر به توافق می‌رسند و دیگر جایی برای اعمال بند «الف» و تنصیف دارایی زوج نمی‌باشد. اگر طلاق به درخواست زوجه باشد، بند «الف»، به صراحت زن را از چنین امتیازی محروم می‌کند.

(۳) - عدم تأثیر سوء رفتار و سوء اخلاق زوجه در درخواست طلاق؛ صرف اینکه متقاضی طلاق زوج باشد، کافی نیست. بلکه عامل طلاق، نباید سوء رفتار و سوء اخلاق زوجه باشد، به عنوان مثال هرگاه حکم دادگاه، زوجه‌ناشزه را ملزم به تمکین نماید و به علت امتناع زوجه، حکم قابل اجرا نباشد، درخواست طلاق زوج ناشی از سوء رفتار و اخلاق زوجه محسوب می‌گردد.

(۴) - وقوع طلاق؛ شرط مندرج در بند «الف» صراحتاً به زمان تنصیف دارایی و چگونگی درخواست زوجه، اشاره نکرده است. زیرا اولاً: متن شرط به گونه‌ای است که این شائبه را در ذهن ایجاد می‌نماید که دادگاه ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش،

به تنصیف دارایی زوج نیز حکم می‌دهد و اجرای صیغه طلاق را منوط به تأدیبه آن می‌نماید. اما پذیرش این نظر در عمل ایجاد مشکل می‌کند. چون تعیین میزان دارائی‌های زوج که در ایام زناشویی با زوجه به دست آورده است، کاری مشکل و مستلزم رعایت تشریفات حقوقی، تقدیم دادخواست و رسیدگی توسط دادگاه است. ثانیاً: اگر زوج نسبت به میزان دارائی‌های کسب شده در طول زندگی مشترک با زوجه به توافق برسد در اجرای شرط فوق دو عمل می‌تواند انجام دهد.

اول: نصف عین اموال موجود خود را به زوجه تملیک نماید که این امر مستلزم رعایت تشریفات ثبتی در مورد املاک و برخی اموال منقول مثل خودرو است. دوم: معادل نصف دارایی خود را که می‌تواند مثل یا بهای آن باشد به زوجه بدهد که این امر نیز مستلزم تقویم بهای اموال می‌باشد. در هر دو حالت نیز چنانچه اجرای شرط فوق را همانند: تأدیبه مهریه، نفقه ایام عده، اجرت المثل و نحله، قبل از اجرای صیغه طلاق لازم بدانیم. لذا هرگاه پس از تملیک نصف دارایی، زوج از اجرای صیغه طلاق پشیمان شود یا پس از اجرای آن، در ایام عده به زوجه رجوع نماید، تملیک نصف دارایی به زوجه، بی‌دلیل صورت گرفته است پس اجرای شرط فوق باید بعد از وقوع طلاق صورت گیرد، البته در عمل نیز رویه قضایی بر این نظر است و زوجه با تقدیم دادخواست حقوقی و معرفی اموال در دوران زندگی مشترک، از دادگاه درخواست صدور حکم می‌نماید.

شروط ناظر به حق طلاق زوجه

در بند «ب» شروط مندرج در نکاحیه‌های رسمی در دوازده مورد به زوجه وکالت بلاعزل داده شده تا با اخذ مجوز از دادگاه صالح خود را مطلقه نماید. در رابطه با اعمال بندهای زیر وجود مقدمات ذیل لازم است:

(۱) - امضای هر شرط توسط زوجین؛ شروط مذکور، پیشنهادی بوده و باتوجه به غیر آمره بودن، زوجین در امضاء یا عدم پذیرش آن مختار می‌باشند و زوجه در صورتی می‌تواند به استناد آن شروط به وکالت از زوج، طلاق را اجرا نماید که شرط توسط زوج امضاء شده باشد.

۲- اثبات تحقق شرط در دادگاه؛ از آنجا که وکالت زوجه در اجرای طلاق، خلاف اصل است و «اصل عدم»^۱ به عدم تحقق شروط مندرج در عقدنامه حاکمیت دارد و با عنایت به اینکه زوجه چون ادعای تحقق یکی از این شروط را دارد، باید به عنوان مدعی بتواند با ادله اثبات دعوی، ادعای خویش را به اثبات برساند و این اثبات که نتیجه آن اعطای حق وکالت به زوجه در اجرای طلاق با انتخاب نوع آن است، باید با تشریفات آئین دادرسی مدنی و با تقدیم دادخواست «مرجع صالح»^۲ صورت گیرد.

۳- صدور گواهی عدم امکان سازش با رعایت قواعد آمره؛ مطابق قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱، مجمع تشخیص مصلحت نظام، زوجینی که قصد طلاق دارند باید جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. دادگاه موظف است با تعیین داور از طرف هر یک از زوجین، سعی در اصلاح ذات البین نماید و چنانچه اختلاف زوجین به سازش منتهی نگردد، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه، دستور اجرا و ثبت واقعه طلاق را می‌دهد.

۴- مراجعه به دفاتر رسمی طلاق در مهلت قانونی جهت اجرا و ثبت واقعه طلاق؛ گواهی عدم امکان سازش که توسط دادگاه صادر می‌گردد، دارای مدت اعتبار محدودی است و مطابق ماده واحده قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۱، زوجه‌ای که با مراجعه به دادگاه و اثبات تخلف زوج از شروط مندرج در عقدنامه، موفق به اخذ گواهی عدم امکان سازش از دادگاه گردد؛ باید ظرف سه ماه از تاریخ ابلاغ آن، به دفتر ثبت طلاق مراجعه و درخواست اجرای آن را نماید. شروط مندرج در بند «ب» نکاحیه‌های رسمی عبارت است از:

شرط اول:

استنکاف شوهر از دادن نفقه زن یا ایفای حقوق واجبه وی به مدت شش ماه.

1- اصل، عدم چیزی است تا وجودش ثابت شود و برای اثبات عدم نیازی به دلیل و برهان نیست فقط اثبات وجود هر چیز نیاز به دلیل دارد.

2- مرجع صالح برای رسیدگی به دعوی طلاق مطابق قانون، تخصیص تعدادی از شعب دادگاه‌های عمومی به دعاوی خانوادگی مصوب ۱۳۷۶، دادگاه خانواده است.

«نفقه» اسم مصدر، جمع آن «نفقات» به معنی صرف کردن و خروج است.^۱ در تعریف حقوقی آن آمده است: «صرف هزینه خوراک، پوشاک، مسکن، اثاث خانه و خادم در حدود مناسبت عرفی با وضع زوجه».^۲

دلایل وجوب نفقه آیات^۳، روایات^۴ اجماع^۵ تمام فقها است.

مصادیق نفقه زوجه در ماده ۱۱۰۷ ق.م. ذکر شده که عبارت از: «مسکن، البسه، غذا، اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء» می باشد. قانون مدنی نسبت به وجوب خادم، استطاعت مالی شوهر را مورد توجه قرار نداده است در صورتی که در غیر از مورد بیماری زوجه که وجوب خادم را شامل می شود، واجب گرداندن استخدام خادم برای زوجه ای که در منزل پدر عادت به خادم داشته است تا حدی دور از ذهن است. از آنجا که زوجه هنگام انتخاب زوج، با توجه به وضعیت مالی زوج پاسخ مثبت به درخواست ازدواج مرد می دهد و راضی به تشریک مساعی با وی در ساختن زندگی مشترک می گردد، لذا باید خود را آماده برای تطبیق با وضعیت اقتصادی زوجه نماید. مطابق ماده ۱۱۰۴ ق.م. زوجین باید در تشیید مبانی خانواده سعی و کوشش نمایند، لذا تصور اینکه زوج فقیری را ملزم به استخدام خادم برای زوجه نمائیم، منافی با مصالح و روابط اخلاقی و عاطفی خانواده است. همچنین عرف جامعه نیز خادم را از ضروریات زندگی نمی داند.

با توجه به تحولاتی که در زندگی انسان و به ویژه نیازهای نوع بشر به وقوع می پیوندد، نمی توان مصادیق نفقه را محصور در ماده ۱۱۰۷ ق.م. نمود. به نظر یکی از حقوقدانان «آنچه اهمیت دارد این است که شوهر باید به عنوان ریاست خانواده، تأمین

1- القبانجی، ص ۵۲۱.

2- جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۷۱۸.

3- «اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم و لا تضاروهن لتضیقوا علیهن و ان کنن اولات حمل فانفقوا علیهن حتی یضعن حملهن»، (طلاق، ۶)؛ «و علی المولود رزقهن و کسوتهن بالمعروف» (بقره، ۲۳۳).

4- پیامبر (ص) در حجة الوداع فرمودند: «الا وحقهن علیکم ان تحسنوا فی کسوتهن و طعامهن». (القبانجی، ص ۵۲۱).

5- نجفی، ج ۱۱، ص ۱۹۴.

معاش زن و فرزندان خود را عهده‌دار شود. تحول شیوه زندگی هر روز نیازهای تازه به وجود می‌آورد. این نیازها را نمی‌توان در چارچوب معینی محصور کرد به ناچار باید داوری را به عرف گذارد.^۱ استناد به نصّ شریفه «عاشروهن بالمعروف»^۲ نیز به عنوان دلیلی بر این نظر آورده شده است. بنابراین می‌توان مدعی شد، منظور از نفقه زوجه آن چیزی است که زن برای گذران زندگی به آن نیاز دارد و تشخیص این نیاز توسط عرف جامعه صورت می‌گیرد و همچنین وضعیت و شخصیت زن نیز تا حدی باید مورد توجه قرار گیرد. تکلیف زوج به دادن نفقه، منوط به شرط احتیاج زوجه نبوده (برخلاف نفقه اقارب) و زن هر چند ثروتمند باشد، باز واجب‌النفقه است و شرط وجوب نفقه زوجه صرفاً وجود عقد نکاح دائم فیما بین طرفین و تمکین زوجه (مواد ۱۱۰۶ و ۱۱۰۸ ق.م.) است.

ابهامات شرط اول

در راستای اجرای این شرط و احراز تحقق آن ابهامات و سؤالات ذیل قابل طرح است:

تفاوت ماده ۱۱۲۹ ق.م. با شرط اول

آیا شرط فوق منافاتی با ماده ۱۱۲۹ ق.م. دارد و محدوده اجرای آن دو یکسان است یا خیر؟ از نظر فقهی، ترک انفاق از جانب زوج، از مصادیق نشوز زوج محسوب شده و در مقابل چنین عملی، ضمانت‌های اجرائی مدنی و جزایی هر دو مقرر گردیده است. ضمانت اجرائی مدنی به این معنا که حاکم، منفق را مجبور به تأدیه نفقه می‌نماید و در صورت عدم امکان اجبار، از مال وی به اندازه نفقه برداشت و به منفق علیه پرداخت می‌نماید. محقق حلی چنین آورده است: «هرگاه کسی که نفقه اقارب بر او واجب است، از نفقه دادن سرباز زند، حاکم او را مجبور می‌کند پس اگر امتناع نمود، حاکم او را حبس می‌کند و اگر مالی برای او باشد جایز است که حاکم از مالش به اندازه‌ای که

1- کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۷.

2- نساء، ۱۹.

صرف در نفقه، کند بردارد»^۱ ماده ۱۱۱۱ ق.م. در الزام زوج به پرداخت نفقهٔ زوجه چنین مقرر می‌دارد: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد». ماده ۱۱۲۹ ق.م. در خصوص نتیجهٔ عدم امکان اجرای ماده ۱۱۱۱ چنین مقرر داشته است: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». همچنان که ملاحظه می‌گردد در این ماده، حاکم تنها زوج را اجبار به طلاق می‌نماید و خود رأساً مبادرت به اجرای طلاق به ولایت از ممتنع نمی‌کند و هرگاه نتوان زوج را مجبور به طلاق زوجه نمود، حاکم نمی‌تواند صرفاً به واسطهٔ عدم پرداخته نفقه، طلاق را جاری سازد؛ مگر اینکه عدم پرداخت نفقه، موجب عسرو حرج زوجه شده و زوجه درخواست طلاق به استناد عسرو حرج نماید. (ماده ۱۱۳۰ ق.م.) با توجه به مراتب فوق، حکم ماده ۱۱۲۹ ق.م. با آنچه در شرط اول ضمن عقدنامه‌ها آمده است، دارای دو تفاوت می‌باشد:

الف) - اجرای ماده ۱۱۲۹ ق.م. نیازی به تصریح ضمن عقد به عنوان شرط ندارد، اما اعطای وکالت به زوجه در اجرای طلاق به واسطه عدم پرداخت نفقه، نیاز به تصریح در عقد نکاح یا ضمن عقد خارج لازم دیگری دارد.

ب) - از مفاد ماده ۱۱۲۹ ق.م. این گونه برداشت می‌شود که هرگاه زوج را نتوان ملزم به پرداخت نفقه نمود؛ ولی شخص دیگری مباشر پرداخت نفقهٔ زوجه گردد، زن نمی‌تواند از محکمه تقاضای طلاق کند. زیرا ضروری که از ترک انفاق بر زوجه وارد می‌شود، جبران می‌گردد.^۲ هر چند عده‌ای معتقدند در صورتی که شخص دیگری غیر از زوج، نفقهٔ زوجه را پرداخت نماید، باز زوجه می‌تواند درخواست طلاق از محکمه نماید. زیرا از ظاهر فقه چنین استنباط می‌گردد که الزام دادگاه نسبت به طلاق، فرع به عسرو حرج نمی‌باشد و طلاقی که نهایتاً توسط دادگاه انجام می‌شود، به سبب ولایت بر

1- ابوالقاسم بن احمد، ج ۲، صص ۷۴۵-۷۴۴.

2- دایرة المعارف علوم اسلامی، جعفری لنگرودی، ج ۳، ص ۱۴۵۵.

ممتنع بوده و به علت عسرو حرج زوجه نیست. بنابراین چنانچه نفقه زوجه، از محل درآمد خویشان او تأمین گردد، باز هم می‌تواند درخواست طلاق نماید.^۱ البته طبق نظر اکثر فقها صرف ندادن نفقه و اینکه منفق غیر از زوج نیز وجود نداشته باشد، جواز اجرای طلاق از طرف حاکم نیست بلکه تنها وقتی می‌توان عسرو حرج را احراز نمود که زن در معرضیت فساد به واسطه نداشتن شوهر باشد. اما در اجرای شرط اول مندرج در عقدنامه‌ها، چنانچه ثالثی حاضر به تأدیه نفقه زوجه گردیده باشد، ناقض حق زوجه در درخواست طلاق به واسطه تحقق شرط اول نمی‌باشد، زیرا در شرط فوق، صراحت عبارت «استنکاف شوهر» جای ابهام باقی نگذاشته است.^۲ ماده ۱۱۲۹ ق.م. مقید به زمان نبوده و مدتی را به عنوان شرط لازم برای اعمال آن قرار نداده است؛ اما شرط اول ضمن نکاحیه، عدم پرداخت نفقه به مدت شش ماه را به عنوان شرطی برای درخواست طلاق توسط زوجه قرار داده است.

شرایط وجوب نفقه

آیا عدم پرداخت نفقه زوجه‌ای که عقد نکاح فیما بین او و زوج جاری گردیده، اما هنوز نزدیکی صورت نگرفته نیز حق طلاق ایجاد می‌نماید؟ و آیا اصولاً زوجه غیر مدخوله مستحق نفقه می‌باشد یا خیر؟ شرط وجوب نفقه، عقد «نکاح دائم» و «تمکین» زوجه است. در ماده ۱۱۰۸ ق.م. تمکین را به عنوان شرط وجوب نفقه تصریح نموده است. بدین معنی که زن «ناشزه» مستحق نفقه نمی‌باشد. در فهم معنای «ناشزه» باید به معنای «تمکین» مراجعه نمود. «نشوز» در لغت به معنای ارتفاع و بلند شدن است و شرعاً به معنای «خروج از طاعت یعنی بیرون رفتن یکی از زوجین از دایره فرمان و اطاعت دیگری است».^۳ «تمکین» طبق نظر مشهور فقها به معنی جایز بودن استمتاع در هر زمان و هر مکان می‌باشد.^۴ صاحب جواهر در توضیح این جمله فرموده، تمکین باید

1- محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۳۷۲.

2- کریمی، ج ۱، ص ۱۳۹، مسئله ۱۷.

3- جابری عربلو، ص ۱۷۳.

4- «و هو التخلية بينها و بينه یبحث لا تخص موضعا ولا وقتا»، (محقق حلی، ج ۲، ص ۳۴۷).

به صورتی باشد که عدم نشوز زن بدون هیچ خلافی تحقق یابد.^۱ در تعریف تمکین باید به معنای عام و خاص آن توجه نمود. معنای خاص همان بود که ذکر آن گذشت و معنای عام یعنی زوجه مکلف به تبعیت از اراده زوج در کلیه مسائل زندگی باشد. نشوز، ضد تمکین است، یعنی «خروج از اطاعت زوج چه در استمتاع و چه در غیر آن»^۲، مانند اشتغال به کاری که مخالف با حیثیت خانوادگی باشد یا بدون اجازه زوج، از منزل خارج شوند.

حال سؤال این است چه نوع تمکینی زوجه را مستحق نفقه می‌سازد. تمکین عام یا خاص؟ آیا زوجه غیر مدخوله که تمکین خاص ننموده و دارای حق حبس است،^۳ نیز واجب‌النفقه است؟ مشهور فقها معتقدند شرط وجوب نفقه، تمکین کامل زوجه است.^۴ امام خمینی (ره) می‌فرماید: «زن بدون تمکین کامل حق نفقه ندارد».^۵ در حقوق موضوعه، ماده ۱۱۰۲ ق.م. وقوع عقد نکاح را موجب حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر دانسته و به این ترتیب زوج را به مجرد وقوع عقد، ملزم به پرداخت نفقه زوجه نموده است و در ماده ۱۱۰۶ ق.م. نفقه زن را در عقد دائم به طور مطلق بر عهده زوج قرار داده است. در ماده ۱۱۰۸ ق.م. نیز صراحتاً نشوز را از موانع حق النفقه دانسته و زنی که بدون مانع شرعی از ادای وظایف زوجیت امتناع نماید را مستحق نفقه ندانسته است. همچنین طبق یکی از نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به این سؤال که آیا بلافاصله پس از نکاح، زوجه حق مطالبه نفقه و تعقیب زوج را دارد با استناد به مفاد ماده ۱۱۰۲ ق.م. چنین نظر داده: «همین که نکاح به صحت واقع شد، حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار گردیده و به محض وقوع نکاح هم

1- نجفی، ج ۱۱، ص ۱۹۵.

2- همان، ص ۱۹۶.

3- یکی از حقوقی که زن قبل از تمکین به معنای خاص آن دارد، حق حبس است. حق حبس عبارت است از اینکه زوجه تا دریافت کلیه مهریه خود از تمکین خودداری نماید و چنین حقی در فقه و قوانین موضوعه مورد پذیرش قرار گرفته است. ماده ۱۰۸۵ ق.م. چنین مقرر می‌دارد: «زن می‌تواند تا مهریه به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند».

4- «و في وجوب النفقه بالعقد أو بالتمکين تردد، اظهره بين الاصحاب وقوف الوجوب على التمکين»، (نجفی، ج ۱۱، ص ۱۹۶).

5- کریمی، ص ۱۴۱، مسأله ۲۴.

زوج حق دارد، تمکین زوجه را بخواهد و هم زوجه حق مطالبه نفقه و تعقیب را خواهد داشت»^۱ در عمل نیز محاکم، زوجه را قبل از تمکین و به محض عقد هرچند هنوز به منزل زوج نرفته باشد، مستحق نفقه می‌دانند. بنابراین استنکاف زوج از پرداخت نفقه زوجه غیر مدخوله، موجب تحقق شرط ضمن عقد نکاح از جهت استنکاف زوج از پرداخت نفقه و ایجاد حق طلاق برای زوجه می‌گردد.

نقصان در پرداخت نفقه

آیا چنانچه زوج، نفقه را به طور ناقص پرداخت نماید، زوجه می‌تواند به استناد شرط فوق درخواست طلاق کند؟ مطابق ماده ۱۱۰۷ ق.م. نفقه عبارت از: مسکن، البسه، غذا، اثاث البیت و خادم در صورت نیاز زن به واسطه مرض یا عادت است. معیار تشخیص میزان نفقه، وضعیت و شأن اجتماعی زوجه می‌باشد. حال اگر زوج نفقه را به طور کامل تأمین نکند، عنوان «پرداخت نفقه» تحقق نمی‌یابد. نفقه متشکل از اجزایی است که صرفاً با تجمیع آن اجزاء، قابلیت وجودی می‌یابد. لباس، خوراک و مسکن، هیچ یک به تنهایی نفقه نمی‌باشند. بلکه جمع آنها به همراه ضروریات دیگر زندگی، به وجود آورنده نفقه است. پس چنانچه زوج برخی از مصادیق نفقه را تهیه کند و از تعدادی دیگر فروگذاری نماید، مستنکف از تأدیه نفقه و مشمول شرط اول ضمن عقد نکاح می‌باشد.

عجز زوج از پرداخت نفقه

اگر علت عدم پرداخت نفقه، عجز زوج از پرداخت باشد، آیا شرط ضمن عقد تحقق می‌یابد یا خیر؟ با توجه به اینکه «اصل عدم» بر عدم تحقق شرط ضمن عقد دلالت دارد و اصل بر این است که زوجه حق درخواست طلاق ندارد و با عنایت به اینکه شروط را باید در صراحت و اثره‌هایش معنی کرد و در موارد ابهام بر عدم تحقق آن حکم نمود و نظر بر اینکه واژه استنکاف به معنای «سرباز زدن و خودداری کردن از

1- شهری و جهرمی، ج ۲، ص ۳۱۵، نظریه شماره ۷/۶۲۱، مورخ ۷۳/۲/۱۳.

امری» است،^۱ لذا در مواردی که زوج، عاجز از پرداخت نفقه است، امتناع و سرباز زدن تحقق نمی‌یابد. به بیان دیگر امتناع از امری هنگامی قابل تحقق است که قابلیت انجام آن امر در شخص موجود باشد. ضمناً ذکر عبارت «به هر عنوان» بعد از «استنکاف شوهر از دادن نفقه به مدت شش ماه» نیز افاده بر معنی «به هر دلیل» نمی‌کند. زیرا شرط فوق با به کار بردن لفظ «استنکاف» و بدون توجه به علت آن، معنای عام دارد و دلالت بر ظهور «عدم پرداخت» در ظاهر داشته بدون اینکه به علت وجودی آن توجه کند و چنانچه نظر بر مقید نمودن آن به تمکن زوج داشت (همچنان که در اعطای وصف کیفری به عمل تارک انفاق در ماده ۶۴۲ ق.م.ا. عمل شده است) شرط «استطاعت مالی» منفق را ذکر می‌نمود. ضمناً ذکر عبارت «به هر عنوان»، دلالت بر عدم تأثیر علت عدم پرداخت نفقه در تحقق شرط دارد.

یکی از ابهامات شرط اول مندرج در عقدنامه‌ها، جمله «عدم ایفاء حقوق واجبه زن به مدت شش ماهه و عدم امکان اجبار زوج به ایفاء حقوق واجبه»، است. هرچند در عمل این قسمت شرط متروک مانده و زنان بیشتر از شرط عدم پرداخت نفقه به علت سهولت اثبات آن استفاده می‌نمایند، اما چون عبارت دارای معنای وسیع است، لذا در شرط ضمن عقد می‌تواند با برداشت‌های مختلف، آثار سوء به جای گذارد. در تفسیر «حقوق واجبه»، مواد ۱۱۰۲ الی ۱۱۰۹ ق.م. در فصل هشتم با عنوان حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر، حسن معاشرت، نفقه، مهریه، درخواست مسکن علیحده از شوهر در صورتی که خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی از زندگی در یک منزل با شوهر وجود داشته باشد و تصرف زن در دارایی خود به طور مستقل را از حقوق زوج برشمرده است. اما شرع مقدس اسلام حقوق واجب دیگری را از جمله وجوب عدم ترک زن، به سر بردن و هم خوابگی با وی^۲ را برای زوج در نظر گرفته است.

شرط دوم:

1- عمید، ص ۱۰۸۹.

2- امام خمینی (ره)، ج ۳، ص ۵۴۱.

سوء رفتار و یا سوء معاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید.

مطابق ماده ۱۱۰۳ ق.م. زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند. واژه‌های «حسن معاشرت» و «سوء رفتار» دارای معنای وسیع بوده که بر مبنای عرف جامعه تغییرپذیرند. تشخیص سوء رفتار و سوء معاشرت، با توجه به عرف و شخصیت زوجه، با دادگاه می‌باشد. البته عبارت، «به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید» قابل مذاقه است. بر مبنای قاعده نفی عسروحرج و وفق ماده ۱۱۳۰ ق.م. هرگاه ادامه زندگی به هر علتی موجب عسروحرج زوجه باشد؛ وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. مطابق قاعده فوق در مواردی که انجام اعمالی (اعم از فعل یا ترک فعل) با مشقت تمام همراه باشد. مانند: روزه گرفتن در حالت بیماری، تکلیف به انجام آن منتفی می‌باشد. مبنای این قاعده، علاوه بر نص صریح قرآن^۱، روایات مختلف به خصوص حدیث رفع^۲ می‌باشد.

با توجه به مفهوم عسروحرج، چنانچه دوام زناشویی برای زوجه با مشقت زیاد همراه باشد، تکلیف زوجه به ادامه چنین زندگی، برخلاف مصلحت و عقل بوده و با عنایت به ملازمه عقل و شرع^۳ باید به زوجه حق در خواست انحلال عقد نکاح را داد. با توجه به مفاد ماده ۱۱۳۰ ق.م. این گونه به نظر می‌رسد که جعل شرط دوم در عقدنامه‌ها، تحصیل حاصل است، زیرا بروز عسروحرج به هر علتی می‌تواند حق درخواست طلاق برای زوجه با استناد به ماده ۱۱۳۰ ق.م. ایجاد نماید. تفاوت ماده ۱۱۳۰ ق.م. با شروط ضمن عقد نکاح این است که با تحقق عسروحرج وفق ماده فوق‌الذکر حاکم، به ولایت از زوج ممتنع، زوجه را طلاق می‌دهد. اما چنانچه سوء رفتار زوج به عنوان شرط ضمن عقد قید شده باشد، زوجه با اثبات تحقق شرط در مرجع

1- «ما جعل علیکم فی الدین من حرج» (حج، ۷۷). «یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر». (بقره، ۱۸۵).

2- قال النبی (ص): «رفع عن امتی تسعة . . . مالا یطیقون». (شیخ صدوق، ج ۱، ص ۵۹).

3- کَلَمَّا حَکَمَ بِهَ الشَّرْعِ حَکَمَ بِهَ الْعَقْلِ وَ کَلَمَّا حَکَمَ بِهَ الْعَقْلِ حَکَمَ بِهَ الشَّرْعِ.

قضایی ذیصلاح، خود به وکالت از زوج با انتخاب نوع طلاق، صیغه آن را جاری می‌سازد یا به دیگری وکالت در اجرای صیغه طلاق می‌دهد. در عمل احراز سوء رفتار و سوء معاشرت زوج، با محکومیت وی به اتهام ضرب و جرح زوجه، هتک حرمت و افترا نسبت به وی و غیره اثبات می‌گردد.

شرط سوم:

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

انحلال عقد نکاح دائم با فسخ یا طلاق صورت می‌گیرد. قانون مدنی، امراض و معایبی را برای زوجین، از موارد فسخ نکاح دانسته و در این موارد به طرف دیگر حق فسخ نکاح داده است. فسخ و طلاق هر دو از ایقاعات بوده با این تفاوت که فسخ در کل عقود است. اما طلاق مختص عقد نکاح دائم می‌باشد. در فسخ نکاح، رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است شرط نیست و بدون رعایت تشریفات صوری که در هنگام اجرای طلاق لازم است (از جمله صیغه خاص، حضور عدلین، نبودن در طهر موقعه و عادت زنانگی) صورت می‌گیرد. همچنین فسخ نکاح با قصد انشاء کسی که حق فسخ دارد (زوج یا زوجه) محقق می‌گردد و احتیاج به اذن یا حکم دادگاه نیست.^۱ همچنین برخلاف طلاق، فسخ نکاح در نکاح موقت نیز قابلیت اعمال دارد و بالاخره فسخ حق زوجین است، اما طلاق تنها به وسیله مرد یا نماینده قانونی وی صورت می‌گیرد.

مواردی که زوجه می‌تواند بر مبنای آن نکاح را فسخ نماید وفق ماده ۱۱۲۱ و ۱۱۲۲ ق.م. عبارتند از: جنون، خصاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی. همچنین مطابق ماده ۱۱۲۸ ق.م. هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی (به عنوان مثال سلامت جسمی

1- مطابق قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب ۱۳۷۱ کلیه طلاق‌ها باید با حکم و اذن دادگاه صورت گیرد. فسخ نکاح جنبه اعلامی دارد اگر چه در صورت بروز اختلاف در تحقق علت موجب حق فسخ، رفع اختلاف با دادگاه است.

کامل) شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که طرف عقد فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود.

در شرط سوم به طور کلی، تمامی امراض صعب العلاج را با این شرط که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره آمیز باشد، از مواردی دانسته که به زوجه حق طلاق می‌دهد. حال باید معلوم شود که امراض صعب العلاج چه امراضی هستند و مرجع تشخیص دهنده آنها کیست؟

اگر چه در بسیاری از بیماری‌ها مثل سرطان و ایدز، در صعب العلاج بودن آن تردیدی نیست؛ اما در خصوص بیماری‌های دیگر، تشخیص صعب العلاج بودن با نظر کارشناس است و کارشناس می‌تواند پزشکی قانونی یا خبره دیگری به تشخیص دادگاه رسیدگی کننده به دعوی باشد.

آیا اگر این امراض قبل از عقد موجود باشد و زوجه از آن آگاهی داشته باشد، برای وی حق شرط است؟ استناد به شرط سوم به عنوان مفروضی از زندگی زناشویی، هنگامی ممکن است که زوجه از وجود مرض در هنگام عقد آگاه نباشد و در غیر این صورت نمی‌توان برای وی حق طلاق قرار داد. با توجه به اینکه پیشنهاد و ایجاب در عقد نکاح از سوی زوجه است و زوجه با شناخت از وضعیت جسمی زوج، چنین ایجابی را داده است، لذا اعطای چنین حقی به وی که هر زمان خواست بتواند به واسطه وجود مرض صعب العلاجی در زوج، از وی درخواست طلاق کند، غیر منطقی است. ماده ۱۰۶۹ ق.م. شرط خیار فسخ را نسبت به عقد نکاح باطل دانسته و بدین ترتیب بین عقد نکاح و سایر عقود، تفاوت قائل شده است.

سؤال دیگر آن است که آیا زوجه می‌تواند به جای فسخ نکاح از شرایط مندرج در عقد نکاح استفاده نماید؟ فسخ حقی قابل اسقاط است. مطابق ماده ۱۱۳۱ ق.م. خیار فسخ فوری بوده و اگر طرفی که حق فسخ دارد، بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می‌شود به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. پس چنانچه زوجه با اطلاع از وجود بیماری زوج، استفاده از شرط ضمن عقد را برای گسستن علقه زوجیت انتخاب نماید؛ عمل فوق به منزله اسقاط حق فسخ بوده و از جنبه قانونی، ایرادی بر آن وارد نیست.

حق درخواست طلاق توسط زوجه پس از اطلاع از وجود بیماری در زوج فوری است. موارد فوری بودن اعمال حق را مقنن تصریح نموده، ماده ۴۴۰ ق.م. درخصوص فوریت خیار تدلیس است. «طبق قاعده کلی پس از آنکه حقی به سببی از اسباب برای کسی به وجود آید به خودی خود ساقط نمی‌شود؛ مگر آنکه طبق نص قانونی در موارد معینی ساقط گردد، یا آنکه دارنده حق آن را اسقاط کند. بنابراین در هر موردی که حق خیار به جهتی از جهات برای فرد ایجاد شود، چنانچه آن را از خود ساقط نماید می‌تواند هر زمان اعمال کند مگر آنکه قانون، فوری بودن آن را لازم دانسته باشد».^۱ به همین دلیل، در مواردی که حق فسخ فوری است، چنانچه دارنده حق در اثر جهل به حکم (مثل جهل زن به وجود حق فسخ در بروز جنون زوج)، یا جهل به فوریت در اعمال آن حق، فسخ را به تأخیر اندازد، وفق مفهوم ماده ۱۱۳۱ ق.م. حق وی ساقط نگردیده و پس از رفع جهل می‌تواند فسخ را اجرا نماید. ضمناً تشخیص مهلتی که برای فسخ لازم است، مطابق عرف و عادت می‌باشد.

شرط چهارم:

جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد.

وفق ماده ۱۱۲۱ ق.م. «جنون» از موارد فسخ نکاح است. مطابق این ماده جنون زوج در مرحله قبل و بعد از ازدواج از موارد فسخ نکاح برای زوجه می‌باشد؛ به شرط اینکه زوجه بعد از عقد آگاه شود. جنون مندرج در ماده ۱۱۲۱، اعم از مستمر یا ادواری^۲ است. جنون از نظر لغوی به معنای دیوانگی، بیماری دماغی و زائل شدن عقل^۳ است. در اصطلاح پزشکی، جنون بیماری است که مبتلا به آن قدرت تمیز نیک و بد را از دست می‌دهد و سود و زیان گفتار و کردار خویش را تشخیص نمی‌دهد و دارای مفهوم نسبی و مرتبط با محیط زندگی فرد می‌باشد.^۴ در اصطلاح حقوقی جنون، زوال عقل و فقدان شعور است و مبین نوعی زوال و اختلال در قوای دماغی است به طوری که

1- امامی، ص ۵۴۲.

2- کسی که جنون او متناوب باشد.

3- عمید، ص ۴۶۱.

4- رحمت، ص ۱۳۵.

اعمال مجنون فارغ از اختیار و اراده آزاد است.^۱ جنون باید ثابت شود، زیرا: «جنون فرض و اماره قانونی نیست، لذا باید در هر مورد وجود آن اثبات شود».^۲ به این معنا که مرز بین جنون و عقل را با استفاده از علم پزشکی و تفسیر عرف از دیوانگی می‌توان باز شناخت. البته اعمال این شرط وقتی است که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد. شرایطی که مقنن برای فسخ در نظر گرفته عبارت است از:

(۱) فوریت؛ به این معنا که هرگاه زن یا مرد به عیبی در دیگری علم پیدا کنند و به فسخ مبادرت نکنند، عقد لازم می‌شود.^۳

(۲) - عدم آگاهی؛ فسخ کننده نباید بر وجود عیب قبل از عقد علم داشته باشد.^۴

(۳) - استقرار جنون؛ به معنای غیر قابل درمان بودن جنون است.

بنابراین چنانچه زوجه پس از اطلاع از جنون زوج، فوراً درخواست فسخ ننماید، حق فسخ وی ساقط می‌گردد، اما می‌تواند به استناد شرط فوق درخواست طلاق نماید. حتی جنون ادواری نیز باید عارضه‌ای دائمی در فرد ایجاد نماید، تا بتوان آن را از موارد فسخ دانست. زیرا مبنای حق فسخ رفع ضرر است و چنانچه جنون زودگذر و قابل درمان باشد، ضرر غیر قابل دفع وجود ندارد تا حق فسخ ایجاد نماید. یکی از حقوق دانان معتقد است: «اگر جنون عارضه‌ای زودگذر باشد و در بیمار باقی نماند حق فسخ برای همسر وی ایجاد نمی‌کند، زیرا ضرر ناشی از آن به دیده عرف تحمل‌پذیر است و پیوند زناشویی این ارزش را دارد که برای نگاهداری آن چنین ناملامی پذیرفته شود. به همین جهت ماده ۱۱۱۲ ق.م. شرط ایجاد حق فسخ را استقرار جنون قرار داده است ولی جنونی که در شخص مستقر است به هر درجه که باشد موجب حق فسخ است هر چند که بیمار همیشه به یک حال باقی نماند و گاه نیز بهبود یابد و دوباره دیوانه شود یا دیوانه‌ای بی‌آزار و خاموش باشد».^۵ حال چنانچه جنون زوج مستقر نباشد، شامل شرط چهارم مندرج در عقدنامه‌ها می‌گردد. زیرا مبنای شروط فوق،

1- گلدوزیان، ج ۲، ص ۱۷۰.

2- همان.

3- یزدی، ج ۲، ص ۵۶۶.

4- رک. کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۸۴.

5- رک. کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۲۸۴-۲۸۳.

صرفاً توافق طرفین بر شرط صحیح است و منظور جلوگیری از عسرو حرج و ضرر زوجه نمی‌باشد.

شرط پنجم:

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

مطابق ماده ۱۱۱۷ ق.م. شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه و صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند. مبنای این حق برای زوج، حق ریاست وی در جهت تأمین مصالح خانواده است. مطابق ماده ۱۱۰۵ ق.م. «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص مرد است». لذا زوج حق دارد در محدوده عادات، رسوم و قانون، حق ریاست خود را اعمال نماید. در واقع حق ریاست مرد به علت تکالیفی است که بر عهده وی گذارده شده که در راستای انجام وظیفه خود در قبال زوجه و فرزندان است. البته این ریاست را اگر حقی برای زوج بدانیم باید آن را بر مبنای قاعده «لاضرر»^۱ و اصل ۴۰ قانون اساسی^۲ قابل اجرا دانست که موجب تضییع زوجه نگردد. البته چون قانون مدنی، تصریحی به وجود چنین حقی برای زوجه ندارد و از آنجا که مرد مکلف به تأدیه نفقه زوجه و فرزندان مشترک می‌باشد، لذا دادن چنین حقی به زوجه که بتواند زوج را از اشتغال منع کند، خلاف قاعده است. زیرا ترک انفاق مطابق ماده ۶۴۲ ق.م.ا. جرم بوده و قابل مجازات است. حتی زوجه، می‌تواند نفقه معوقه را از زوج درخواست نماید. بنابراین چگونه می‌توان مردی را از اشتغال به کار و کسب حلال که مورد نهی قانونگذار قرار نگرفته است، منع نمود. در حالی که قانون زوج را مکلف به پرداخت نفقه نموده است. برخی از حقوقدانان^۳ معتقدند منع شوهر از

1- مطابق این قاعده اولاً: احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی مبتنی بر نفی ضرر بر مردم وضع گردیده و ثانیاً: چنانچه شمول قوانین و مقررات اجتماعی در موارد خاصی موجب زیان بعضی به بعض دیگر گردد آن قوانین مرتفع است. (محقق داماد، قواعد فقه، ص ۱۵۷).

2- اصل ۴۰ قانون اساسی: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

3- کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، صص ۲۳۸-۲۳۹.

شغلی که دارد، هرچند منافی مصالح خانوادگی و حیثیت طرفین باشد، در صورتی امکان دارد که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود. زیرا مسئولیت مربوط به تأمین مخارج خانواده که از لوازم عرفی ریاست شوهر بر خانواده است به او اختیار بیشتری در انتخاب شغل می‌دهد. لازم به ذکر است که خواسته در دعاوی باید مستند به قانون باشد یعنی قانون چنین حقی را به مدعی داده باشد تا بتواند ادعای خویش را در دادگاه، اقامه نماید. دادخواست زوج به طرفیت زوجه به خواسته منع زوجه از اشتغال به مشاغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات زوج یا زوجه باشد مستنداً به ماده ۱۱۱۷ ق.م. قابل تقدیم و پذیرش توسط دادگاه است. اما زوجه به استناد کدام یک از موارد قانونی می‌تواند چنین منعی را از دادگاه بخواهد؟

این شرط عاملی برای اعطای حق طلاق به زن است. اما این سؤال که دادگاه بر مبنای کدام ماده قانونی به چنین منعی حکم می‌کند تا با عدم رعایت دستور دادگاه، شرط فوق محقق شود هنوز باقی است؟ نظر بر اینکه شرط فوق با امضای زوجین مورد توافق قرار گرفته است، لذا برای مشروطاً له (زوجه) این حق به وجود می‌آید که زوج را از اشتغال به مشاغل نافی حیثیت زوجه، منع نماید و در این حالت زوجه دادخواستی به طرفیت زوج به خواسته طلاق به لحاظ تحقق شرط فوق تقدیم دادگاه نموده، دادگاه با توجه به شأن زوجه و عرف، نسبت به این که شغل مورد تصدی زوج، خلاف مصلحت و حیثیت زوجه است یا خیر اتخاذ تصمیم نموده و در همان پرونده دستور منع زوج از اشتغال به آن شغل را صادر می‌نماید. پس از تفهیم دستور دادگاه به زوج و مضي مدت متناسب عرفی (که برای ترک شغل لازم است)، چنانچه زوج همچنان به شغل فعلی خود مبادرت ورزد با احراز تحقق شرط چهارم، حکم به اجرای طلاق توسط زوجه به وکالت از زوج صادر می‌نماید. همچنان که در متن شرط نیز تصریح گردیده، عدم رعایت «دستور» و نه «حکم» دادگاه، موجب تحقق شرط فوق می‌گردد و بر این مبنا، همچنان که در اجرای ماده ۱۱۱۷ ق.م. ضروری است، نیازی به تقدیم دادخواست مجزا به خواسته منع زوج از اشتغال، نمی‌باشد.

شرط ششم:

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 مجازات در حال اجرا باشد.

شرایط اعمال شرط ششم عبارت است از:

(۱) - محکومیت قطعی زوج؛ به این معنا که باید حکم بر محکومیت زوج صادر شده باشد. بنابراین چنانچه زوج به دلایلی از جمله صدور قرار بازداشت موقت در جرائمی مثل قتل عمد، بیش از پنج سال در حبس باشد، چنین حقی برای زوجه ایجاد نخواهد شد. هرچند زوجه می‌تواند در صورت اثبات عسروخرج خویش به واسطه بازداشت زوج، وفق ماده ۱۱۳۰ ق.م. درخواست طلاق نماید.

(۲) - میزان محکومیت منجر به پنج سال حبس؛ نوع محکومیت (حبس یا جریمه) در شرط فوق مدّ نظر نمی‌باشد، بلکه ملاک این است که مجموع حبس با بازداشتی که مطابق ماده یک قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی^۱ مصوب ۱۳۷۷، به لحاظ عجز از پرداخت جریمه صورت می‌گیرد، باید حداقل پنج سال باشد. تا زوجه بتواند بر مبنای آن درخواست طلاق نماید. لذا مواردی که نوع محکومیت آن حبس است، جای ابهام نمی‌باشد. زیرا متن حکم صادره، میزان حبس را تعیین نموده است. اما اگر محکوم‌علیه، محکوم به جریمه یا حبس به همراه جریمه گردید، نظر بر اینکه مطابق ماده یک قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در صورت عجز محکوم‌علیه از پرداخت جریمه و عدم اطلاع از اموال وی، با مجوز دادگاه، بازداشت بدل از جریمه شروع می‌شود و در اثنای بازداشت هر زمان محکوم‌علیه مابقی جزای نقدی را که تحلیل نرفته است، بپردازد یا اموالی از او یافت شود که تکافوی جریمه را بنماید، بازداشت بدل از جریمه

1- ماده یک: «هرکس به موجب حکم دادگاه در امور جزایی به پرداخت جزای نقدی محکوم گردد و آن را نپردازد و یا مالی غیر از مستثنیات دین از او به دست نیاید به دستور مرجع صادر کننده حکم به ازای هر پنجاه هزار ریال یا کسر آن یک روز بازداشت می‌گردد». مبلغ فوق طی پیشنهاد شماره ۱۱۱/۰۲/۲۰۰۶ مورخ ۸۱/۶/۱۰ وزیر محترم دادگستری و موافقت مورخ ۸۱/۶/۲۶ ریاست محترم قوه قضائیه وفق تبصره ماده یک از تاریخ ۸۱/۶/۲۶ به یکصد هزار ریال افزایش یافت.

متوقف می‌گردد، حال چگونه می‌توان مطمئن بود که محکوم علیه، بازداشت بدل از جریمه را به طور کامل تحمل خواهد کرد؟ و سؤال دیگر اینکه در مواردی که محکوم علیه به پنج سال حبس یا بیشتر محکوم شده است؛ عواملی از جمله رضایت شاکی و اعمال ماده ۲۷۷ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸،^۱ آزادی مشروط^۲ و عفو موردی^۳ یا عفو خصوصی،^۴ می‌تواند منجر به تخفیف مجازات حبس یا عفو قسمتی از آن گردد. آیا در این موارد چنانچه با اعمال موارد فوق الذکر، میزان محکومیت به طور کامل اجرا نشود و مدت حبس کمتر از پنج سال شود، زوجه حق درخواست طلاق به واسطه این شرط را دارد؟ با توجه به نص شرط به نظر می‌رسد، ملاک، حکم قطعی دادگاه است. بنابراین چنانچه حکم بر محکومیت پنج سال حبس داده شده باشد، همین میزان زوجه را ذیحق در اقامه دعوی طلاق می‌نماید و در موردی که نوع محکومیت جزای نقدی یا حبس به همراه جزای نقدی باشد، با محاسبه میزان بازداشتی که در صورت عجز از پرداخت جریمه باید تحمل شود، تحقق شرط فوق سنجیده می‌شود و پرداخت جریمه که موجب آزادی محکوم علیه از حبس می‌شود، تأثیری در تحقق شرط ندارد.

۳- اجرا شدن حکم مجازات؛ درخواست طلاق زوجه منوط به بازداشت زوج است، پس چنانچه حکم صادر شود، اما اجرای آن هنوز شروع نشده باشد، یا در مواردی که اجرای حکم به اتمام رسیده است، زوجه نمی‌تواند به استناد شرط فوق،

1- ماده ۲۷۷: «هرگاه شاکی یا مدعی خصوصی در جرائم غیر قابل گذشت بعد از قطعی شدن حکم از شکایت خود صرف نظر نماید، محکوم علیه می‌تواند با استناد به استرداد شکایت از دادگاه صادر کننده حکم قطعی، درخواست کند که در میزان مجازات تجدید نظر نماید. در این موارد دادگاه به درخواست محکوم علیه در وقت فوق العاده رسیدگی نموده و مجازات را در صورت اقتضاء در حدود قانون تخفیف خواهد داد».

2- مطابق ماده ۳۸ ق.م.ا. هر کس برای بار اول به علت ارتکاب جرمی به مجازات حبس محکوم شده و نصف مجازات را گذرانده باشد دادگاه صادر کننده دادنامه محکومیت قطعی می‌تواند در صورت وجود شرایطی از جمله حسن اخلاق زندانی، جبران ضرر و زیان مدعی خصوصی حکم به آزادی مشروط صادر نماید.

3- مطابق آئین‌نامه کمیسیون عفو و بخشودگی این کمیسیون در اجرای مواد مربوطه در قانون مجازات اسلامی به ریاست معاون قضایی رئیس قوه قضائیه و مدیرکل امور قضایی، رئیس سازمان زندان‌ها و رئیس اداره سجل احوال کیفری در مناسبت‌های ملی و مذهبی تشکیل شده و درخصوص درخواست‌های عفو ارسالی از سوی محکومین و زندانیان اتخاذ تصمیم می‌نمایند.

4- مرجع اعطای عفو خصوصی وفق ماده ۲۴ ق.م.ا.، پس از پیشنهاد رئیس قوه قضائیه، مقام رهبری است.

درخواست طلاق نماید. در بازداشت بدل از جریمه نیز باید زوج در حال تحمل بازداشت بدل از جریمه باشد و پرداخت مابقی جزای نقدی که تحلیل نرفته است، نافی حق زوجه نمی‌باشد.

شرط هفتم:

ابتلاء زوج به هر گونه اعتیاد مضرى که به تشخیص دادگاه، به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد.

اعتیاد در لغت به معنای «عادت کردن و خو گرفتن»^۱ می‌باشد، معتاد کسی است که عادت به مصرف دارو دارد و اعتیاد را می‌توان یک مسمومیت مزمن دانست.^۲ سازمان بهداشت جهانی اعتیاد و معتاد را چنین تعریف کرده است: «معتاد فردی است که در اثر مصرف مکرر و مداوم متکی به مواد مخدر و یا دارو شده است در حقیقت اعتیاد عبارت است از یک حالت مزمن که در اثر تکرار مصرف مواد مخدر یا دارو که دارای مشخصات چهارگانه می‌باشد: اول: در اثر مصرف مکرر مواد یا دارو، عادت روحی ایجاد شود و این عادت فرد را به علت نیاز و تمایل روانی به سوی مصرف مواد مخدر یا دارو به حد وسواس تشویق و ترغیب نماید. دوم: برای نگهداری اثری که منظور و مطلوب معتاد است مقدار مصرفی مرتباً رو به افزایش رود. سوم: در اثر قطع مواد مخدر یا دارو، علائم خاصی در بیمار (معتاد) ظاهر می‌گردد که آن علائم بستگی به نوع مواد مخدر یا داروی مصرفی دارد مانند: تشنج در قطع باربیتوریت‌ها، لرزش و درد عضله‌ای در تریاک و مشتقات آن. چهارم: اعتیاد به مواد مخدر یا دارو برای فرد یا جامعه زیان‌آور باشد».^۳ بنابراین توتون و سیگار نیز که جزء مواد مجاز هستند باید جزء مواد مخدر به حساب آیند چون عوارض جسمی و روانی نامساعدی دارند.^۴

علت جعل شرط فوق در عقدنامه‌ها، اثرات سوء اعتیاد بر رفتارهای اجتماعی معتاد مانند فقدان احساس مسئولیت پذیری وی می‌باشد. اما آنچه در شرط فوق قابل توجه

1- عمید، ص ۱۵۳.

2- فرجاد، ص ۱۴۷.

3- دانش، صص ۲۲۳-۲۲۲.

4- فرجاد، ص ۱۵۰.

است، عدم ذکر نوع اعتیاد می‌باشد. زیرا اعتیاد به معنی عادت کردن است که می‌تواند نسبت به مواد مجاز مثل چای و قهوه نیز ایجاد شود. مواد مخدر نیز خود به انواع مجاز مانند: سیگار و غیر مجاز مانند: هرئین و تریاک، اطلاق می‌گردد. ذکر کلمه اعتیاد به طور مطلق و مقید نمودن آن به کلمه «مضر» موجب ابهام می‌شود. توضیح اینکه مصرف مواد تخدیر کننده با توجه به ایجاد وابستگی و عادت به آن و ایجاد ضایعات جسمی و روانی در صورت قطع مصرف، به هر حال مضر می‌باشد. بنابراین تقیید واژه اعتیاد به کلمه «مضر» با توجه به نسبی بودن مفهوم آن صحیح نبوده و بهتر است در شرط فوق «مواد مخدر» را که به طور خاص دربرگیرنده مصادیق مواد تخدیرکننده غیر مجاز است گنجانده می‌شد.

این شرط، اعتیادی را موجب حق طلاق برای زوجه می‌داند که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد. بنابراین اعتیادی که موجب عجز زوج از انجام وظایف زناشویی به معنای خاص (نزدیکی) و تکالیف وی نسبت به زوجه از جمله پرداخت نفقه، معاضدت در تشیید مبانی خانواده گردد، محقق کننده شرط هفتم و موجد حق درخواست طلاق برای زوجه است. قسمت اخیر شرط هفتم قید «دشوار بودن ادامه زندگی برای زوجه» را به همراه ایجاد اختلال در زندگی زناشویی لازم دانسته و با قرار دادن حرف ربط «و»، اختلال در زندگی زناشویی که دشواری برای زوجه ایجاد کند را موجب تحقق شرط هفتم قرار داده است. لفظ دشواری در این بند به معنای «عسرو حرج» نبوده و مراتب خفیف‌تر از آن را دربرمی‌گیرد. زیرا اثبات عسرو حرج زوجه به هر دلیلی، حق استفاده از ماده ۱۱۳۰ ق.م. را ایجاد می‌نماید و دیگر نیازی به گنجاندن آن به عنوان شرط ضمن عقد نمی‌باشد.

شرط هشتم :

زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند و یا شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت نماید.

مواد ۱۰۲۹ و ۱۰۳۰ ق.م. به چگونگی حق طلاق زن در صورت غیبت زوج پرداخته است. مطابق ماده فوق هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب باشد، زوجه

می‌تواند، تقاضای طلاق نماید. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می‌دهد. در این ماده احکام صدور حکم فوت فرضی غایب بیان گردیده و مطابق آن برای صدور حکم فرضی، محکمه باید در یکی از جراید محلی و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران سه بار متوالی به فاصله یک ماه اعلان نماید و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبر داشته باشند دعوت نماید تا خبر خود را به اطلاع محکمه برسانند و اگر یک سال پس از تاریخ اولین اعلان، حیات غایب ثابت نشود حکم فوت فرضی او صادر می‌گردد. ماده ۱۰۲۹ ق.م. و شرط هشتم مندرج در عقدنامه‌ها تفاوت‌هایی دارند که عبارت است از:

(۱) - ماده ۱۰۲۹، حق درخواست طلاق برای زوجه را منوط به غیبت زوج نموده است. «غایب به کسی گویند که از محل سکونت خود مدت نسبتاً مدیدی دور شده و خبری از او برای احدی از کسان و آشنایان وی نمی‌رسد»^۱ ماده ۱۰۱۱ ق.م. غایب مفقودالآثر را کسی می‌داند که از غیبت وی مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد. شرط هشتم ترک زندگی و غیبت زوج را موجد حق درخواست طلاق برای زوجه می‌داند، تفاوت غیبت مندرج در این شرط با غیبت مندرج در ماده ۱۰۱۱ و ۱۰۲۹ ق.م. در مدت آن می‌باشد. در قانون مدنی مدت غیبت به طور نسبی و با توجه به وضعیت شغلی و کاری فرد، معین شده است و صدور حکم فوت فرضی نیز برای چنین فردی با توجه به مدتی که شخص عادتاً زنده فرض نمی‌شود و با عنایت به چگونگی غیبت و وضعیت وی در غیبت مشخص می‌گردد. اما غیبت مندرج در شرط هشتم مقید به مدت شش ماه است و علت تفاوت نیز در چگونگی درج غیبت به عنوان شرطی برای طلاق در عقدنامه‌ها و قانون مدنی است. زیرا شروط ضمن عقد نکاح با توافق زوجین جعل می‌گردد؛ اما در طلاق زوجه غایب، توافقی بین زوجین صورت نگرفته و مطابق اصول کلی، حق طلاق هنوز به مرد اختصاص دارد. لذا این حاکم است که برای جلوگیری از عسرو حرج زوجه به ولایت از زوج، طلاق را جاری می‌سازد. ماده ۱۰۲۳ ق.م. با عبارت «حاکم او را طلاق می‌دهد»، به این معنا اشاره دارد.

1- جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۸۶.

علت دیگری که در شرط هشتم موجد حق طلاق می‌گردد، «ترک زندگی» است که مفهومی متفاوت از غیبت دارد. «عمل ارادی نافی»^۱ را ترک گویند در «ترک زندگی» برخلاف «غیبت» از زوج خبری در دست است و حتی می‌تواند محل زندگی او مشخص باشد؛ اما وی زندگی مشترک و زوجه را ترک نموده است و در جای دیگر به دور از آنها زندگی می‌کند. حتی اگر زوج که زندگی را ترک نموده، مخارج زندگی زوجه را تأمین کند باز تأثیری در تحقق شرط هشتم ندارد. زیرا زوجه دارای حقوق واجبه دیگری از جمله حق قسم و همخوابگی می‌باشد که با ترک زندگی، آنان نیز فوت می‌شود.

۲- وفق شرط هشتم، درخواست طلاق منوط به عدم ارائه عذر موجه از طرف زوج در توجیه غیبت خویش می‌باشد. بنابراین چنانچه غیبت زوج به دلایلی از جمله حبس و توقیف، بیماری یا سفری که به علل غیر ارادی تا به حال بازنگردیده باشد، موجهی برای طلاق نمی‌گردد. اما قانون مدنی در ایجاد حق درخواست طلاق برای زوجه غایب، علت غیبت را مورد توجه قرار نداده است.

۳- در این شرط، بازگشت زوج به زندگی پس از انقضای مدت مربوطه، تأثیری در تحقق شرط نداشته و حق مکتسبه زوجه را در اجرای حق طلاق از بین نمی‌برد. اما مقررات قانون مدنی تا زمانی است که طلاق جاری نشده یا مدت عده منقضی نگردیده، لذا هر گاه زوج غایب مراجعت نماید در صورت عدم اجرای طلاق، حق زوجه ساقط می‌گردد و اگر طلاق جاری شود، اما مدت عده هنوز منقضی نشده باشد، زوج حق رجوع به زوجه را دارد.

۴- با توجه به مدلول ماده ۱۰۳۰ ق.م. طلاق زوجه غایب مفقودالاثرا از نوع رجعی^۲ است. اما نوع طلاق مندرج در شروط ضمن عقد نکاح وفق صدر بند «ب»^۳ به انتخاب زوجه است.

1- همان، ص ۱۴۸.

2- طلاق که در مدت عده برای شوهر حق رجوع باشد، طلاق رجعی است.

3- بند ب، شروط ناظر به حق طلاق زوجه: «ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در موارد مشروطه زیر (شروط دوازده گانه) با رجوع به دادگاه واخذ مجوز از دادگاه، پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه می‌نماید...»

۵- طلاق زوجه غایب مفقودالاثراً توسط حاکم از طرف زوج غایب اجرا می‌شود. اما طلاق ناشی از شروط ضمن عقد، رأساً یا با توکیل به غیر، اجرا می‌شود. با وجود تفاوت‌های فوق‌الذکر معلوم می‌شود، احکام طلاق زوجه غایب مفقودالاثراً با شرط هشتم مندرج در عقدنامه‌ها از این جهت که در هر دو حالت باید غیبت زوج متوالی و غیر منقطع باشد شبیه یکدیگر است.

شرط نهم:

محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم و اجراء هرگونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد.

منظور از محکومیت قطعی، صدور حکم بر محکومیت شخص است، به گونه‌ای که امکان اعتراض به آن، طبق روال عادی ممکن نباشد. مطابق ماده ۲۳۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، اصل بر قطعی بودن آراء صادره از محاکم است؛ مگر مواردی که استثناء شده است. محدوده استثنائات مصرّحه در ماده ۲۳۲، آن چنان گسترده است که اکثریت قریب به اتفاق آراء صادره، قابلیت تجدید نظر دارند. همچنین آراء غیابی^۱ وفق ماده ۲۱۷، پس از ابلاغ واقعی، ظرف ده روز قابل واخواهی در دادگاه صادر کننده حکم بوده و پس از آن نیز ظرف بیست روز قابل تجدید نظر در مرجع مربوطه می‌باشد. احکام غیر قطعی دادگاه‌های عمومی و انقلاب پس از طی مراحل فوق و انقضای مهلت‌های مذکور و عدم وصول لایحه و واخواهی یا تجدید نظر از حکم (حسب مورد) قطعی می‌گردد. اگرچه آراء قطعی محاکم، به طرق استثنایی از جمله اعلام اشتباه قاضی^۲ و اعاده دادرسی^۳ قابلیت بازنگری مجدد دارند؛

1- هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشده و یا لایحه نفرستاده باشند، رأی صادره غیابی است. در کلیه جرائم مربوط به حقوق الناس و نظم عمومی که جنبه حق‌اللّهی ندارند دادگاه می‌تواند رأی غیابی صادر نماید.

2- ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱: «... در مورد آراء قطعی جز از طریق اعاده دادرسی یا اعتراض ثالث به نحوی که در قوانین مربوط مقرر است نمی‌توان رسیدگی مجدد نمود مگر اینکه رأی خلاف بین قانون یا شرع باشد که در آن صورت به درخواست محکوم علیه (چه در امور مدنی و چه در امور کیفری) یا دادستان مربوطه (در امور کیفری) ممکن است مورد تجدید نظر قرار گیرد...».

3- موارد اعاده دادرسی از احکام قطعی دادگاه‌ها اعم از اینکه حکم اجرا شده باشد یا خیر در ماده ۲۷۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در هفت بند احصاء گردیده است.

اما منظور از محکومیت قطعی، همانا قطعیت حکم و طی شدن مراحل عادی اعتراض می‌باشد. حال چنانچه پس از صدور حکم قطعی بر محکومیت زوج، زوجه از دادگاه، درخواست طلاق نماید و پس از صدور حکم طلاق و قطعیت آن، حکم محکومیت زوج از طرق استثنایی نقض گردد، تکلیف حکم صادره مبنی بر طلاق چیست؟ به نظر می‌رسد، اگر چه شرط نهم، «محکومیت قطعی زوج» را مبنای ایجاد حق طلاق قرار داده؛ البته محکومیتی که صحیح باشد. بنابراین چنانچه حکم صادره به عللی از جمله اعلام اشتباه قاضی یا اعاده دادرسی، نقض گردد، چنین محکومیتی موجد حق درخواست طلاق برای زوجه نمی‌باشد. قسمت اخیر شرط که فلسفه حق را «مغایرت جرم و مجازات با حیثیت و شئون زوجه» برشمرده، مؤید این نظر می‌باشد و با توجه به اینکه مبنای صدور حکم طلاق، احراز تحقق شرط بر اساس حکم اشتباه بوده، حکم طلاق نیز اشتباه و قابل نقض است.

این شرط، با محکومیت زوج و اجرای هرگونه مجازات اعم از حد و تعزیر محقق می‌گردد. ماده ۱۲ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲، مجازات‌های مندرج در قانون را حدود، قصاص، دیات و تعزیرات می‌شمارد. شرط فوق، محکومیت به جرائم مستوجب قصاص (قتل یا جرائم علیه تمامیت جسمانی که به عمد واقع می‌شود) یا جرائم مستوجب دیه، (جرائم علیه تمامیت جسمانی که به نحو خطائی^۱ یا شبه عمد^۲ واقع می‌شوند) را موجب تحقق حق طلاق برای زوجه نمی‌داند که این موضوع جای بحث دارد. زیرا جرائمی مانند قتل عمد بیشتر مورد تقبیح وجدان عمومی جامعه است تا جرائم قابل تعزیر، مثل خیانت در امانت. انتخاب مجازات حد و تعزیر در شرط نهم و عدم اشاره به مجازات‌های قصاص و دیه (با توجه به اینکه در جرائم علیه تمامیت جسمانی که به طور عمد واقع می‌شود در مواردی از جمله موضوع مواد ۲۲۰، ۲۲۲ و

1- در جرائم علیه تمامیت جسمانی که مرتکب در ارتکاب جرم، اراده آگاه نسبت به انجام فعل بر مجنی علیه را نداشته و نتیجه حاصله را پیش بینی نمی‌کرده و خواستار نبوده است، جرم از نوع خطائی است (بند الف، ماده ۲۹۵ ق.ا.م.).

2- در این نوع جرم، جانی قصد فعلی را که نوعاً سبب جنایت نمی‌شود داشته ولی قصد جنایت نسبت به مجنی علیه را ندارد. (بند «ب» ماده ۲۹۵ ق.ا.م.).

۲۷۷ ق.م.ا. به علت عدم امکان قصاص، دیه به عنوان مجازات بدلی در نظر گرفته شده است.) ترجیح بلامرجه می‌باشد.

مقنن در سال ۱۳۷۰ نوع دیگری از مجازات‌ها را متذکر گردید. ماده ۱۲ این قانون، مجازات‌های بازدارنده را به عنوان نوع پنجم مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی در نظر گرفت و ماده ۱۷ قانون فوق‌الذکر، در تعریف مجازات بازدارنده، آن را تأدیب یا عقوبتی دانسته که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع، در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب و غیره تعیین می‌گردد.

فرق مجازات‌های بازدارنده با تعزیری در این است که مجازات تعزیری مربوط به فعل یا ترک فعلی است که بر حرمت آن در شرع تأکید شده است؛ مانند: ترک انفاق. اما مجازات بازدارنده برای فعل یا ترک فعلی تعیین می‌گردد که دارای سابقه فقهی نبوده و بر اساس مصالح و مقتضیات اجتماعی و حکومتی مورد نهی قانون‌گذار قرار گرفته است؛ مانند: فک پلمپ.

اگر زوج محکوم به مجازات بازدارنده‌ای شود که منافی حیثیت خانوادگی و شئون زوجه است، آیا زوجه می‌تواند بر مبنای آن درخواست طلاق نماید؟ به این سؤال دو پاسخ می‌توان داد، اول: چون «اصل عدم» بر عدم تحقق شرط دلالت دارد، اعطای حق وکالت در طلاق به زوجه، استثناء و محصور به شروط است و استثناء را باید به طور مضیق تفسیر نمود. پس محکومیت زوج به مجازات بازدارنده، نمی‌تواند موجب حق طلاق برای زوجه باشد. دوم: زمان تصویب و گنجاندن شروط مورد بحث در متن نکاحیه‌های رسمی (سال ۱۳۶۲ - ۱۳۶۱) مقنن قانون مجازات اسلامی ماهیت بازدارنده را تحت عنوان تعزیری مورد بحث قرار داده بود، پس محکومیت زوج به جرائم بازدارنده نیز موجب تحقق شرط نهم است.

هرچند پاسخ دوم از مبانی عقلی و منطقی قوی‌تری برخوردار است؛ اما احتیاط در رعایت نظر اول است. حداقل نسبت به عقود نکاحی که در زمان حاکمیت قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ و قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، منعقد شده، باید محکومیت زوج به مجازات بازدارنده، موجب حق طلاق برای زوجه می‌شود. اما عقودی که در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ منعقد گردید، باتوجه

به تفکیک مقنن بین مجازات‌های تعزیری و بازدارنده، باید در احراز تحقق شرط نهم، به مفهوم تعزیری در معنای مندرج در قانون مراجعه نمود. البته تصحیح شرط نهم و درج مجازات‌های بازدارنده، قصاص و دیه در آن نیز می‌تواند در رفع این ابهام مؤثر باشد.

تشخیص مغایرت جرم با حیثیت خانواده و شئون زوجه با توجه به نوع جرم، ماهیت ارتكابی آن، قضاوت عرف و همچنین با عنایت به وضعیت خانوادگی و شأن زوجه، با دادگاه است.

شرط دهم:

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.

بقای نسل و توالد، یکی از اهداف عقد ازدواج بوده و به همین جهت مقنن یکی از تکالیف زوجین را معاضدت در تربیت اولاد دانسته است. شرط فوق در عقدنامه‌ها از اهمیت زیادی برخوردار است. زیرا گنجاندن صفت بارور بودن برای زوج در ضمن عقدنامه خلاف رویه معمول است و اثبات عسرو حرج به جهت عقیم بودن زوج در دادگاه امری مشکل است. تحقق این شرط، منوط به عقیم بودن زوج یا بچه‌دار نشدن او به علت عوارض جسمی است و چنانچه زوج بدون وجود نقص جسمی، خود مایل به بچه‌دار شدن نباشد، تمسک زوجه به این شرط ممکن نمی‌باشد.

شرط یازدهم:

در صورتی که زوج، مفقودالثر شود و ظرف شش ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.

شرط یازدهم مفقودالثر بودن زوج را با شرایطی دیگر موجب استحقاق زوجه برای درخواست طلاق دانسته است. تفاوت شرط هشتم با یازدهم به شرح ذیل است:
(۱) - مدت غیبت در شرط هشتم شش ماه متوالی است. در حالی که در شرط یازدهم، غیبت زوج باید شش ماه از تاریخ مراجعه زوجه به دادگاه ادامه یابد. لذا در این

شرط طول غیبت مدنظر نمی‌باشد. در شرط هشتم زمان مراجعه‌ی زوجه به دادگاه مدخلیتی ندارد و آنچه مهم است؛ غیبت شش ماهه‌ی زوج است. حال چه قبل از مراجعه‌ی زوجه به دادگاه یا بعد از آن باشد.

۲- بازگشت زوج پس از انقضای مدت شش ماه از صدور حکم طلاق یا اجرای آن، در شرط هشتم، تأثیری در حق طلاق زوجه ندارد و چنانچه زوجه بتواند غیبت شش ماهه‌ی زوج را ثابت نماید، شرط، تحقق می‌یابد. اما در شرط یازدهم، دادگاه با دریافت درخواست طلاق زوجه، باید پرونده را در وقت نظارت قرار دهد تا مدت شش ماه از تاریخ مراجعه‌ی زوجه به دادگاه منقضی شود و چنانچه پس از این مدت، غیبت زوج ادامه یابد، استحقاق زوجه بر حق طلاق احراز می‌گردد و بازگشت زوج در خلال این مدت مانع از تحقق شرط می‌شود.

۳- علت غیبت در شرط هشتم مورد توجه قرار گرفته است، لذا اگر زوج بتواند عذر موجهی بر غیبت خویش اقامه نماید، شرط فوق محقق نمی‌گردد. اما در شرط یازدهم، توجهی به علت غیبت نشده است و صرف ادامه‌ی غیبت پس از شش ماه از مراجعه‌ی زوجه به دادگاه، موجب حق طلاق برای وی می‌باشد.

شرط دوازدهم:

زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه، نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید.

آیا منظور از «زوج همسر دیگری» اختیار کند، با عقد نکاح دائم یا عقد منقطع است؟ دو پاسخ متفاوت می‌توان ارائه نمود:

الف- عقد منقطع برای مدت معینی واقع می‌شود و از جهت حقوق و وظایف زوجین، تفاوت‌هایی با عقد دائم دارد که در قانون مدنی به آن تصریح شده است. لفظ «ازدواج»، هرگاه به طور عام به کار برده شود، در عرف انصراف به ازدواج دائم دارد؛ مگر قرینه‌ای بر انصراف آن از معنای عرفی وجود داشته باشد؛ زیرا مطابق ماده ۲۲۴ ق.م. الفایض عقود به معنای عرفیه حمل می‌شود. بنابراین قرار دادن چنین حقی برای زوجه، خلاف اصل است و در تعیین قلمرو آن باید تفسیر مضیق صورت گیرد، پس در

صورتی زوجه می‌تواند با استناد به شرط، خود را مطلقه کند که زوج اقدام به ازدواج مجدد به طور دائم نموده باشد.

ب- در این شرط لفظ «ازدواج» به طور مطلق به کار برده شده است، لذا مشروط نمودن حق زن به ازدواج دائم، صحیح نیست. البته از آنجا که منظور از لفظ «ازدواج»، جاری کردن صیغه عقد نکاح بین زن و مرد به گونه‌ای است که روابط زناشویی برقرار گردد، لذا دائم یا موقت بودن این رابطه مهم نیست و محدود ساختن حق زوجه اول به تحقق ازدواج مجدد زوج به نحو دائم، خلاف موازین حقوقی و انصاف قضایی بوده و پذیرش نظر دوم اقرب به صواب است.

ابهام دیگر آنکه آیا ازدواج مجدد زوج باید به طور رسمی باشد یا ازدواج با سند عادی نیز موجب چنین حقی برای زوجه اول می‌شود؟ آنچه در شرط ازدواج مجدد زوج، مدنظر مشروط له و مشروط علیه است، نفس ازدواج می‌باشد و فرقی بین وقوع آن به واسطه سند رسمی یا عادی نمی‌باشد. البته اثبات تحقق عقد نکاح ثانوی به موجب سند عادی برای زوجه اول سخت‌تر است؛ زیرا وی مدعی و محتاج به بیینه محکمه پسند دارد.

سؤال دیگر این است که اگر اجازه ازدواج مجدد از سوی دادگاه صالح برای زوج صادر شده باشد، آیا زوجه اول حق اجرای شرط ضمن عقد را دارد؟ در جواب به این سؤال دو نظر می‌باشد، نظر اول: این شرط به طور عام و بی‌هیچ قیدی، حق طلاق را به زن اعطاء کرده است پس در چنین حالتی، حق زن برای استفاده از شرط ضمن عقد محفوظ است. نظر دوم: زوجه در صورتی می‌تواند به شرط ضمن عقد متمسک شود که خود عامل به وجود آورنده تخلف از شرط نباشد، لذا اگر زوج نشوز زوجه را ثابت نماید و در نتیجه حکم بر الزام به تمکین زوجه، از ناحیه دادگاه صادر گردد، اما دادگاه در اجرای حکم، موفق نباشد و در نتیجه دادگاه حکم به صدور مجوز ازدواج مجدد یا اعلام رضایت همسر اول به تجدید فراش نماید، زوجه نمی‌تواند به این شرط استناد نماید. با توجه به تالی فاسد نظر اول باید گفت نظر دوم اقرب به صواب است، زیرا در صورت تمسک به نظر اول، به زوجه اجازه داده می‌شود با در پیش گرفتن رفتار سوء و سوق دادن زوج به تجدید فراش، مبادرت به مطلقه ساختن خویش نماید.

سؤال دیگر آن است که چنانچه زوجه مجوز طلاق را براساس این شرط کسب نماید، آیا باید حقوق خویش را بذل کند یا مستحق دریافت آن است؟ عده‌ای^۱ را نظر بر آن است که اصل بر رجعی بودن طلاق است و طلاقی که توسط دادگاه به واسطه عسرو حرج زوجه و یا طلاقی که زوجه به وکالت از زوج جاری می‌سازد از نوع رجعی است و زوج در مدت عده حق رجوع دارد. اما با در نظر گرفتن فلسفه چنین طلاقی توسط به این نظر صحیح نبوده و موجب عبث شدن چنین وکالتی می‌شود. از آنجا که هر گاه زوجه با اثبات تحقق شرط ضمن عقد به مفری برای رهایی از ادامه زندگی زناشویی دست یابد پس از جاری نمودن صیغه طلاق به وکالت از زوج، وی با رجوع خود، عمل زوجه را بی‌اثر می‌سازد. یکی از فقها در مورد طلاقی که به واسطه عدم پرداخت نفقه به حکم دادگاه واقع می‌شود چنین می‌فرماید: «هرگاه زوج از پرداخت نفقه خودداری نماید در صورتی که زوجه استحقاق دریافت نفقه را دارد و زوجه نزد حاکم شکایت برد، حاکم در ابتدا زوج را امر به پرداخت نفقه یا طلاق می‌نماید و اگر زوج از انتخاب یکی از دو امر امتناع نمود حاکم زن را طلاق می‌دهد و ظهور بر این است که این طلاق بائن است و زوج در مدت عده اجازه رجوع ندارد»^۲.

یکی از حقوقدانان معتقد است: «طلاقی که زن خود را به عنوان وکالت ضمن عقد می‌دهد بائن است و زوج نمی‌تواند در عده به آن رجوع نماید زیرا منظور طرفین از شرط وکالت زوجه در طلاق ضمن عقد، طلاق غیر قابل رجوع بوده و عقود تابع قصد طرفین می‌باشد»^۳. همچنین بر این استدلال که اصل بر رجعی بودن طلاق است و طلاق‌های بائن، محصور در ماده ۱۱۴۵ ق.م. می‌باشد، چنین پاسخ داده‌اند: «ایراد به قانون مدنی که طلاق مذکور را در ردیف طلاق‌های بائن در ماده ۱۱۴۵ ق.م. به شمار نیاورده است وارد نمی‌باشد؛ زیرا ماده فوق در مقام بیان طلاق‌هایی است که طبیعتاً بائن است و طلاق‌هایی که زن در اثر شرط وکالت خود می‌دهد به جهات خارجی بائن است»^۴.

1- جعفری لنگرودی، ارث، ج ۱، ص ۲۱۹.

2- خوئی، ج ۲، مسأله ۱۶۴۹.

3- امامی، ج ۴، ص ۳۷۵.

4- همان.

البته وکیل دارای کلیه اختیارات تفویض شده موکل است، پس نوع طلاق به انتخاب زوجه می‌باشد و وی می‌تواند با انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه کند و در صورت انتخاب طلاق خلع و بذل فدیة که معمولاً قسمتی از مهریه یا نفقه معوقه است، از جانب زوج، قبول بذل نموده و خود را مطلقه نماید و اگر زوجه طلاق رجعی را انتخاب نمود، می‌تواند کلیه حقوق خویش را مطالبه کند. در عوض برای زوج نیز امکان رجوع در ایام عده محفوظ است، هرچند در عمل هیچ‌گاه زوجه چنین انتخابی نمی‌نماید و با بذل قسمتی (هرچند ناچیز) از مهریه خویش، امکان رجوع را از زوج سلب می‌کند.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

با توجه به اصل آزادی اراده اشخاص در تنظیم قراردادها، وفق ماده ۱۰ ق.م. باید به زوجین حق داد تا بتوانند در هنگام انعقاد نکاح، هر شرطی که مورد توافق آنهاست در ضمن عقد نکاح بگنجانند تا به این ترتیب حق و تکلیفی مازاد بر آنچه در قانون آمده است برای طرفین قرار دهند. اما آنچه در مورد شروط ضمن عقد مندرج در نکاح‌نامه‌های رسمی جای بحث دارد، لزوم آگاهی زوجین از متن شروط و امضای شروط با رضایت و اراده کامل است. شورای عالی قضایی بعد از انقلاب اسلامی در راستای رفع مشکلات خانوادگی، خود به درج شروطی در ضمن عقد نکاح اقدام نمود تا بدین طریق با مبنای شرعی از یک سو حق طلاق، اضافه بر آنچه در قانون مدنی آورده شده است، برای زوجه قرار دهد و از سوی دیگر به حفظ حقوق زوجه‌ای که شوهرش بدون قصوری از ناحیه وی در انجام تکالیف زناشویی، قصد طلاق وی را نموده است، اقدام ورزد. هرچند اقدام شورای عالی قضایی در گنجانیدن شروط فوق در نکاحیه‌های رسمی در عمل آثار و نتایج بسیار خوبی به بار آورده است اما به دلایل ذیل جای سؤال دارد:

۱- از آنجا که مطابق ماده ۱۱۱۹ ق.م. طرفین عقد نکاح می‌توانند هر شرط صحیحی را ضمن عقد بگنجانند، دیکته نمودن تعدادی شرط به زوجین منافات با اصل آزادی اراده آنها دارد.

۲- هرچند صدر مصوبه شورای عالی قضایی در نکاح‌نامه‌های رسمی، سردفتر ازدواج را مکلف به تفهیم مورد به مورد شروط ضمن عقد به زوجین نموده است؛ اما در عمل چنین تفهیمی صورت نمی‌گیرد و با توجه به جو حاکم بر زمان انعقاد عقد نکاح، زوجین و خصوصاً زوج، بدون توجه به مفهوم شروط و حتی بدون اینکه متوجه باشد که در حال امضای شروط الزام آور است، نسبت به امضای متن اقدام می‌نماید و از آنجا که اراده فرد به شروط ضمن عقد نکاح مشروعیت می‌بخشد، نه صرف رسم خطوطی به عنوان امضا، لذا در مشروعیت استناد به شروط مندرج در عقدنامه‌های رسمی و حق ناشی از آن برای زوج، محل شک است. به نظر نگارنده هرچند درج شروط فوق در عقدنامه‌ها در ظاهر آثار مطلوبی به بار آورده است؛ اما پیشنهاد می‌شود در ابتدا زنان جامعه را به اثرات شرط ضمن عقد و تأمین حقوق خویش از این طریق آگاه نمائیم، به گونه‌ای که زوجین قبل از نکاح، بر شروطی که مد نظر دارند توافق واقعی نمایند؛ تا نتیجه معقول‌تری بدست آید. همچنین پیشنهاد می‌شود سردفتران ازدواج در تفهیم شروط مندرج در عقدنامه‌ها به زوجین قبل از اخذ امضای آنان دقت لازم را مبذول دارند تا ضمن احترام به اراده آزاد زوجین، این شروط با آگاهی بیشتر آنان امضا شود.

البته رفع ابهامات موجود در شروط و تعیین صریح حدود و ثغور هر شرط که در این مقاله تا حدی مورد بحث قرار گرفت، نیز می‌تواند از تفسیرهای مختلف، متعارض و صدور آراء سلیقه‌ای توسط قضات، جلوگیری نماید.

فهرست منابع:

- ◀ قرآن کریم.
- ◀ خوئی، سید ابوالقاسم: «**منهاج الصالحین**»، انتشارات دارالزهراء، بیروت، چ بیستم.
- ◀ امام خمینی (ره)، روح الله: «**تحریر الوسیله**»، دفتر انتشارات اسلامی، چ اول، ۱۳۶۶.
- ◀ القبانجی، حسن السید علی: «**شرح رساله الحقوق**»، الامام علی بن حسین، دارالاضواء، بیروت، لبنان، چ دوم، ۱۴۰۶.
- ◀ امامی، سید حسن، «**حقوق مدنی**»، انتشارات اسلامی، چ هفتم، ۱۳۶۸.
- ◀ جابری عربلو، محسن: «**فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی**»، نشر سپهر، چ اول، ۱۳۶۲.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمد جعفر: «**ارث**»، انتشارات گنج دانش، چ اول، ۱۳۶۳.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمد جعفر: «**دائرة المعارف علوم انسانی**»، انتشارات گنج دانش، چ اول، ۱۳۶۱.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمد جعفر: «**ترمینولوژی حقوق**»، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸.
- ◀ دانش، تاج زمان: «**مجرم کیست؟ جرم شناسی چیست؟**»، انتشارات کیهانی، چ اول، ۱۳۶۶.
- ◀ رحمت، سعید: «**روانشناسی جنایی**»، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۴۶.
- ◀ شهری، غلامرضا و جهرمی، ستوده: «**مجموعه نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری**»، روزنامه رسمی کشور، چ اول، ۱۳۷۳.
- ◀ شهید ثانی: «**الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**»، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت - لبنان.
- ◀ شیخ صدوق: «**من لا یحضره الفقیه**»، انتشارات اسلامی.
- ◀ عمید، حسن: «**فرهنگ فارسی عمید**»، انتشارات ابن سینا، چ اول، ۱۳۴۳.
- ◀ فرجاد، محمد حسین: «**آسیب شناسی اجتماعی و جامعه شناسی انحرافات**»، نشر بدر، چ دوم، ۱۳۵۸.
- ◀ کاتوزیان، ناصر: «**حقوق خانواده**»، انتشارات به نشر، چ دوم، ۱۳۶۸.
- ◀ کاتوزیان، ناصر: «**حقوق مدنی خانواده**»، نشر یلدا، چ اول، ۱۳۷۰.
- ◀ کاتوزیان، ناصر: «**قواعد عمومی قراردادها**»، انتشارات به نشر، چ اول، ۱۳۶۸.
- ◀ کریمی، حسین: «**موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره)**»، انتشارات شکوری، قم، چ اول، ۱۳۶۵.
- ◀ گلدوزیان، ایرج: «**حقوق جزای عمومی ایران**»، نشر ماجد، چ اول، ۱۳۷۲.
- ◀ محقق داماد، سید مصطفی: «**حقوق خانواده**»، نشر علوم اسلامی، چ دوم، ۱۳۶۷.

- ◀ محقق داماد، سید مصطفی: «قواعد فقه»، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، چ دوم، ۱۳۶۶.
- ◀ محقق حلی: «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»، دارالزهراء، بیروت - لبنان، چ دوم، ۱۴۱۲.
- ◀ نجفی، محمد حسن: «جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام»، مؤسسه المرتضی العالمیه، بیروت - لبنان، ۱۴۱۲.
- ◀ یزدی، ابوالقاسم بن احمد: «ترجمه فارسی شرایع الاسلام»، انتشارات دانشگاه تهران، چ چهارم، ۱۳۶۴.