

قسمت اول

بررسی قانون مدنی - بخش حقوق خانواده

اصلاح مواد قانونی در راستای کاهش تهاقت آرا؛ ضرورتی انکار ناپذیر

* دکتر محمدیار ارشدی

چکیده

لزوم فراگیری یک مجموعه قانونی، صراحت بخشی هر چه تمامتر به مفاد مواد قانون و اصلاح آن در صورتی که واجد معنای اشتباه یا کهنه و ناکارآمدی باشد، ضرورتی انکار ناپذیر است. بدیهی است که کارایی قانون در وهله اول، بستگی به داشتن درک و برداشتی صحیح و یکسان از مفاد آن، توسط مراجع ذی ربط، دارد. امری که فقدان آن نه تنها کارکرد قانون را لوٹ می کند بلکه خود باعث مشکل زایی در بخشی از روابط کارگزاران در یک جامعه می شود که با فلسفه تقنین و قانونگذاری در تناقض است.

قانون مدنی ایران نیز یکی از این مجموعه های قانونی است که بعضا از عدم فراگیر بودن در حیطه مسایل مربوط، عدم صراحت در برخی از مواد آن، وجود الفاظ اضافی و بعضا اشتباه که اکثرا در اثر استتساخ بدان راه پیدا کرده است و نیز برخی تناقضات بین مواد آن، رنج می برد.

از بین مواد قانون مدنی، در این مقاله، تنها به مواد مربوط به حقوق خانواده، شامل نکاح و انحلال آن پرداخته شده و ضمن دست گذاشتن روی موادی که از جهتی دارای ضعفند، متن جایگزین نیز در اکثر موارد، پیشنهاد شده است.

کلید واژه ها (در این قسمت): قرابت، هدایای نامزدی، نکاح، اجازه ولی، حرام مؤبد، متعاهد، عاقد، مهر، ضمان

مقدمه

قانون مدنی ایران که در سه دوره قانونگذاری در سالهای ۱۳۰۷، ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ به تصویب مجلس شورای ملی رسید، در بعد از پیروزی انقلاب اسلامی (بهمن ماه سال ۱۳۵۷) که منجر به تأسیس و تشکیل جمهوری اسلامی شد، تاکنون دو بار مورد بررسی مجلس شورای اسلامی

قرار گرفته است. اصلاحات وارده تحت عنوان «قانون اصلاح برخی مواد قانون مدنی»، ابتدا در سال ۱۳۶۱ از سوی کمیسیون قضایی مجلس و به طور آزمایشی برای مدت پنج سال، و نهایتاً در سال ۱۳۷۰ در صحن علنی مجلس با اعمال اصلاحاتی جدید، به تصویب رسیده است. مع ذلک، علی رغم دو بار بازبینی مذکور، هنوز کم نیستند موادی که نیاز به اصلاح و صراحت بیشتر دارند تا مانع از تهاافت آرای حقوقی و قضایی شود که برعکس تضارب آراء که در تکامل حقوق و قانون، نقش مثبتی دارد، در یک سیستم و نظام منسجم، امر پسندیده ای محسوب نمی شود. در این مقاله صرفاً به بررسی مواد مربوط به حقوق خانواده (مواد ۱۰۳۴ الی ۱۲۰۶ ق م) به علاوه دو ماده ۱۰۳۲ الی ۱۰۳۳ مربوط به «قرابت» پرداخته شده است.

درست است که در موارد عدم صراحت قانون، اتخاذ رویه ای واحد پس از طی مراحل، تحت عنوان «رأی وحدت رویه» که هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر می گزیند، امکان پذیر است اما تلاش برای هر چه کمتر کردن مواردی از این دست، بسیار بجا و مغتنم خواهد بود. زیرا از طرفی رأیی که نهایتاً از سوی هیأت مزبور صحیح و منطبق با اصول و ضوابط قانونی تشخیص داده می شود، صرفاً در موارد مشابه آتی قابل اعمال است و این بدان معناست که در مورد دعاوی سابق، فصل دادرسی که مغایر با رأی وحدت رویه به عمل آمده باشد، مطابق با منظور قانونگذار صورت نگرفته است. از طرف دیگر شورای نگهبان از حیث انطباق آراء وحدت رویه که در حکم قانون تلقی می شوند، با شرع انور و قانون اساسی نظارت و اختیاری ندارد و این خود با توجه به مفاد و روح اصلهای چهارم و نود و یکم قانون اساسی، نقض غرض قانونگذار به شمار می رود.^۱ به بیان دیگر اختیار هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این وادی، از اختیار مجلس شورای اسلامی فراتر است!

همچنین امیدواریم که قانونگذار مسأله اعراب گذاری و نشانه های نقطه گذاری^۲ را در تفریر و تصویب قوانین رعایت کند که نقش مؤثری در از میان بردن اختلاف برداشتها از متن قانون دارد.

به امید آن بعد از اصلاح قانون تجارت که لایحه آن تقدیم مجلس شده است، در آینده نزدیک شاهد اصلاح قانون مدنی کشور نیز باشیم و این ابراز نظر در این راه، مفید افتد. اینک، به ترتیب مواد قانون مدنی به ابراز نظر در خصوص بخشهای اشاره شده از همان قانون، می پردازیم:

۱- ر.ک. ماده ۲۷۰ ق آ د.ک. مصوب ۱۳۷۸ که رأی اکثریت اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور را در صورتی ملاک عمل می داند که منطبق با موازین شرعی باشد اما نحوه و مرجع تشخیص این تطابق را معین نکرده است.

ماده های ۱۰۳۲ و ۱۰۳۳ ق م

در مورد نحوه تعیین درجات قرابت نسبی بین مفاد ماده های ۱۰۳۲ و ۱۰۳۳ ق م، اختلاف وجود دارد. مثلاً خواهر یا برادر، طبق تقسیم بندی ماده ۱۰۳۲ ق م، درجه اول از طبقه دوم محسوب می شود در حالی که وفق ماده ۱۰۳۳ ق م، قرابت بین این دو، درجه دو محسوب می شود! با توجه به این که در اکثر مواد قانونی، تقسیم بندی ماده ۱۰۳۲ مورد توجه قرار گرفته^۲، بهتر است که قانونگذار یا تعیین درجه قرابت را (در غیر مورد ارث)، بر اساس «طبقات» قرار ندهد و لذا تمام مواد قانونی که در آنها، ملاک مصرح در ماده ۱۰۳۲ ق م را در تعیین درجه قرابت به کار برده است، اصلاح کند یا متن ماده ۱۰۳۳ را بدین گونه تغییر دهد تا تعارض اشاره شده، رفع شود:

«هرکس در هر طبقه و به هر درجه که با یک نفر قرابت نسبی داشته باشد در همان طبقه و به همان درجه، قرابت سببی با زوج یا زوجه او خواهد داشت. بنابراین پدر و مادر زن یک مرد از اقربای سببی درجه اول از طبقه اول آن مرد و برادر و خواهر شوهر یک زن از اقربای سببی درجه اول از طبقه دوم آن زن خواهند بود».

ماده ۱۰۳۵ ق م

در ابتدای ماده ۱۰۳۵ ق م، قانونگذار متعرض مطلبی می شود که ذکر آن ضرورتی ندارد. به عبارت دیگر مفهوم ماده آنست که وعده به انجام برخی عقود، ایجاد علقه آن عقد را می کند ولی استثنائاً در مورد نکاح، قانونگذار اراده کرده است که چنین نباشد! در حالی که می دانیم در نظام حقوقی ایران، صرف وعده به انعقاد هیچ عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع، اثر آن عمل حقوقی را ندارد^۳.

از طرف دیگر بهتر است برای پایان دادن به اختلاف نظرات شارحین قانون مدنی در خصوص مفهوم «وعده ازدواج»، این اصطلاح به «تعهد بر ازدواج» تغییر کند و قانونگذار به ذکر اثر یا آثار آن در این ماده قانونی بپردازد. لذا با توجه به وضعیت خاص نکاح و تأثیر فراوان نهاد خانواده در جامعه از منظر های مختلف امنیتی، معیشتی، فرهنگی و غیرهم که باعث شده این عقد در مقایسه با دیگر عقود، احکام ویژه ای را به خود اختصاص دهد و نیز با عنایت به لزوم آزادی اراده طرفین برای ورود به این عقد تا آخرین لحظات، که منجر به حذف ماده ۱۰۳۶ ق م، در جریان اصلاحات سال ۱۳۷۰ شد، و با در نظر گرفتن این امر که باید خانواده ها را متوجه کرد که دوران نامزدی دختر یا پسرشان هر آن ممکن است با منصرف شدن یک یا هر دو طرف پایان پذیرد، لذا از دادن آزادی عمل به طرف مقابل در

۲- ر.ک. ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹ و ماده ۳۱ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران، مصوب ۱۳۵۴.

۳- ر.ک. دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۸، صص ۲۴-۲۳؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، صص ۷-۸.

ملاقات‌ها باید خودداری شود تا حتی‌الامکان به هم خوردن نامزدی موجب تألمات روحی و ورود خسارات معنوی به عزیزشان نشود. همچنین اولیاء اقرابای طرفین نیز در صورت مال خویش برای برگزاری و بزرگداشت این دوران، باید متوجه همین نکته باشند. به عبارت دیگر تخطی از اتخاذ منشی منطقی و معتدل در برخورد با دوران نامزدی، از سوی هر طرف صورت گیرد، اقدامی است که وی بر ضرر خویش کرده و از منظر حقوق جبران آن بر عهده دیگری نخواهد بود و تنها طبق قاعده کلی بر هم زدن نامزدی اگر مصداق سوء استفاده از حق قرار گیرد برای برهم زنده مسئولیت حقوقی به دنبال خواهد داشت. لذا پیشنهاد می‌شود که متن ماده ۱۰۳۵ ق م، بدین گونه تغییر کند:

«تعهد بر ازدواج، اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده، پرداخت شده باشد، هیچیک از طرفین را تا آخرین لحظه، ملزم به ورود به عقد نکاح نمی‌کند. امتناع یک طرف از انعقاد نکاح، گرچه تعهد به آن کرده باشد، به دیگری حق مطالبه خسارت از ممتنع یا کسان وی را نمی‌دهد».

مادتین ۱۰۳۸ ق م

چه نظام حقوقی حاکم بر هدایا را مطابق با هبه بدانیم^۵ یا نه، حکم مصرح در ماده ۱۰۳۸ ق م، قابل توجیه و دفاع نیست زیرا یا انحراف از قواعد مربوط به هبه است یا آن که دارا شدن بدون سبب را بدنبال دارد.^۶ لذا بهتر است که ماده اخیر الذکر که با اندکی تغییر، از قانون خارجی اقتباس شده است، حذف شود.^۷

ماده ۱۰۴۱ ق م

کلمه «ولی» در ماده ۱۰۴۱ ق م، بدون هرگونه اضافه‌ای است و از این رو هم ولی قهری و هم ولی غیر قهری (وصی و حاکم) را شامل می‌شود. در صورتی که رأی مشهور فقهاء که در موارد اختلافی، معمولاً مورد تبعیت قانونگذار قرار گرفته، در این خصوص چیز دیگری است. بدین معنی که حاکم در این جا ولایت ندارد و وصی نیز وقتی حق خواهد داشت که صغیره را به ازدواج دهد و برای صغیر، نکاح کند که در وصایت نامه چنین اجازه‌ای به او داده شده باشد.^۸

ماده ۱۰۴۳ ق م

۱- با توجه به رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره و تاریخ ۱/۲۹/۱۳۶۳/۱ ردیف ۶۲/۶۲، مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط سقوط اذن ولی قهری نیست

۵- همان (منبع اول)، ش ۲۶، ص ۴۴.

۶- ر.ک. دکتر لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، توضیحات ذیل ماده ۱۰۲۷ ق م.

۷- ر.ک. دکتر لنگرودی، حقوق خانواده ش ۱۵، ص ۱۳.

۸- ر.ک. دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ش ۱۵، ص ۱۳.

۹- ر.ک. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، کتاب النکاح، ص ۲۷۶.

لذا دختر و پسری که می دانند موفق به کسب اجازه ولی یا دادگاه نمی شوند، می توانند ابتدا مرتکب فعل حرام زنا (به شرط دخول منجر به ازاله بکارت) شوند و بعد با ارائه گواهی پزشکی قانونی مبنی بر عدم باکره بودن دختر، قانوناً مبادرت به انعقاد نکاح کنند بدون آن که نیازی به اذن ولی قهری یا اجازه دادگاه باشد.

این رأی به درستی مورد انتقاد برخی حقوقدانان قرار گرفته است^{۱۰} زیرا راه تقلب نسبت به قانون را باز می کند که طبعاً با فلسفه تشریح قانون منافات دارد. بنابراین مقتضی است که قانونگذار چنان چه موافق رأی مزبور نیست، نظر نهایی خود را در این باره اعلام کند. ۲- دختری که باکره نباشد ولی عدم بکارت او نتیجه دخول نبوده بلکه موجب دیگری داشته باشد، همچنان صحت ازدواجش موکول به اذن یا اجازه ولی قهری اوست^{۱۱}.

۳- ماهیت حقوقی اذن ولی در این ماده مشخص نیست. لذا بهتر است برای از میان بردن اختلاف نظری که در این باره بین حقوقدانان و شارحین قانون مدنی و به تبع بین قضات وجود دارد و برخی اذن یا اجازه ولی را شرط صحت نکاح و برخی دیگر صرفاً شرط کمال آن می دانند^{۱۲}، قانون در این باره صراحت داشته باشد.

۴- ولی قهری می تواند نکاحی که بدون اذن او صورت گرفته را نیز تنفیذ کند.

۵- نظر غالب بین فقهاء آنست که ولایت پدر و جد پدری، در عرض هم است^{۱۳}. گرچه در زمان قدیم با توجه به این که خانواده دارای مفهوم وسیعتر از زمان حاضر بود، این نظر قابل توجیه بود، اما اکنون که خانواده معنای کوچکتري پیدا کرده، چنین حکمی کاملاً با عرف در ناهماهنگی است. تصور کنید پدر بزرگی نوه صغیرش را در غفلت یا حتی مخالفت پدر دختر، به نکاح مردی دهد. یا دختر موضوع ماده ۱۰۴۳ به جای پدری که مخالف ازدواجش است، پدر بزرگ را به دفترخانه ازدواج ببرد تا به آن ازدواج اذن دهد، چه آشوبی به پا خواهد شد!

۵- «دادگاه مدنی خاص» جای خود را به «دادگاه صالح» دهد تا با تغییر اسامی دادگاهها، نیاز به اصلاح قانون پیش نیاید^{۱۴}.

با توجه به نکات فوق، متن ذیل به عنوان جایگزین متن فعلی ماده ۱۰۴۳ ق م، پیشنهاد می شود: «اذن یا اجازه ولی قهری، شرط صحت نکاح دختر بالغه باکره یا ثبیه ای است که عدم بکارت او ناشی از وظی یا وظی حرام یا به شبهه هباشد. هر گاه ولی، بدون دلیل موجه از

۱۰- ر.ک. دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۴۶، ص ۸۲.

۱۱- ر.ک. دکتر صفایی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۸۰.

۱۲- ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۸۵؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۲۶؛ دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، صص ۸۱ و ۸۴؛ دکتر محقق داماد، حقوق خانواده، صص ۵۴-۵۲؛ دکتر حسین مهرپور، مباحثی از حقوق زن، صص ۸۲، ۷۴ و ۸۵.

۱۳- ر.ک. دکتر محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۵۸؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۲۳.

۱۴- در حال حاضر «دادگاه خانواده» جای «دادگاه مدنی خاص» را گرفته است. (ر.ک. ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاههای موجود به دادگاههای موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی دادگاه خانواده مصوب ۱۳۷۶/۵/۸)

دادن اذن ~~بمرد~~ مضایقه کند، این حق او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی مردی که می خواهد با او ازدواج کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه صالح، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام کند تبصره ۵ - ولایت پدر مقدم بر ولایت جد پدری است».

ماده ۱۰۴۴ ق م

ماده ۱۰۴۴ ق م و تبصره ذیل آن می تواند به این صورت آید: «در صورتی که ولی قهری در محل حاضر نباشد و استیذان از وی عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز به ازدواج احتیاج داشته باشد، مشارالیها می تواند با اجازه دادگاه، اقدام به ازدواج کند».

ماده ۱۰۴۹ ق م

۱- ممکن است که مردی ابتدا با خواهر زاده یا برادر زاده زنی نکاح کند و سپس با زنی که خاله یا عمه همسر اولش است، بدون آگاهی آن زن و حتی خود مرد از این امر، ازدواج کند. در این صورت طبق نظر مشهور، زوجه دوم خیار فسخ نکاح خود را خواهد داشت.^{۱۵}
۲- آیا منظور قانونگذار، خواهرزاده و برادر زاده بی واسطه است یا نوه دختری آن دو نیز شامل همین حکم خواهند بود؟ گرچه در این زمینه نظرات شارحین قانون مدنی متفاوت است اما اکثراً جواب منفی به این سؤال داده اند.^{۱۶}

لذا پیشنهاد می شود که متن ذیل به ماده ۱۰۴۹ ق م، اختصاص یابد:

«هیچ کس نمی تواند دختر صلبی خواهر یا برادر زن خود را بگیرد مگر با اذن یا اجازه زن. تبصره - چنانچه زن به نکاح مرد درآید و سپس متوجه شود که در زمان نکاح، دختر برادر یا خواهرش نیز در نکاح مرد بوده است، حق فسخ نکاح خود را دارد».

ماده ۱۰۵۰ ق م

۱- واژه «مطلقاً» در قسمت اخیر ماده ۱۰۵۰ ق م، چون واجد معنای مشخصی نیست، بهتر است حذف شود.^{۱۷}

۲- «عده شبیهه» نیز به بعد از «عده طلاق یا عده وفات» اضافه شود. زیرا وطی به شبیهه، وطی محترمی است که عده دارد.^{۱۸}

۳- اگر زن در عده طلاق یائین (غیر از طلاق سوم) باشد و همان زوج سابق با او در عده، نکاح کند ازدواج صحیح است.^{۱۹}

۱۵ - ر.ک. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۵۹.

۱۶ - ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۲۲؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، صص ۶۴-۶۳؛ دکتر محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۱۰۰.

۱۷ - ر.ک. دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۶۵.

۱۸ - ر.ک. دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۱۰؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۶۶.

۱۹ - همان (منبع اول)، ش ۶۱، ص ۱۱۰.

با توجه به این نکات، متن ذیل به عنوان ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی مناسب است:

«هر کس زن شوهر دار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا عده وفات یا عده شبهه است با علم به عده و حرمت نکاح، برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن بر آن مرد حرام مؤبد می شود.

تبصره - چنان چه شوهر سابق با زن در عده طلاق بائن با استثنای طلاق سوم نکاح بندد، نکاح صحیح خواهد بود».

ماده ۱۰۵۴ ق م

در مقایسه با مفاد ماده ۱۰۵۰ ق م، قانونگذار در ماده ۱۰۵۴، دایره حرمت ابدی را نسبت به ارتکاب زنا، محدودتر کرده است؛ بدین معنی که اگر مردی جاهلا با زنی که در عده طلاق بائن یا وفات دیگری است نکاح کند که منجر به وطی شود، نه تنها نکاحشان باطل است بلکه میانشان حرمت ابدی نیز برقرار می شود ولی اگر همین مرد با چنین زنی زنا کند، می تواند بعدا با وی ازدواج کند. با آن که به نظر می رسد، قبح زنا در مقایسه با نکاح بستن با زن که از روی جهل به وضعیت وی، صورت گرفته، بیشتر است.^{۲۰} لذا به نظر می رسد که متن ذیل جایگزین متن فعلی ماده ۱۰۵۴ ق م شود:

«زنا با زن موضوع ماده ۱۰۵۰ ق م نیز موجب حرمت ابدی می شود».

ماده ۱۰۵۶ ق م

۱- با توجه به اختلاف نظر فقهای شیعه در باره ضرورت وجود وصف بلوغ در فاعل و عدم بلوغ در مفعول تا حکم حرمت نکاح فاعل با مادر، خواهر و دختر مفعول محقق شود، و با توجه به این که قانونگذار در مورد مفعول از لفظ «پسر» استفاده کرده که ظهور در عدم بلوغ وی و ضعیف بودن در برابر فاعل دارد، بهتر است قانونگذار جهت رفع اختلاف در این باره، صراحتا اظهار نظر کند.

۲- قانونگذار نباید در پرده ابهام و ابهام سخن گوید و بهتر است منظور از «عمل شنیع» را با استفاده از لفظی روشن، بیان دارد، همچنان که در قانون مجازات اسلامی چنین کرده است.^{۲۱}

۳- مادر، خواهر و دختر رضاعی مفعول نیز شامل حکم مزبور می شوند. همچنین مادر و دختر دختر یا دختر پسر مفعول نیز بر فاعل حرام مؤبد است.^{۲۲}

۴- با توجه به فلسفه ای که برای چنین حرمتی نقل می شود، وطی میت را باید خارج از شمول این حکم دانست.^{۲۳}

۲۰- همان، ش ۶۲، ص ۱۱۱-۱۱۰.

۲۱- ر.ک. مواد ۱۰۸ الی ۱۱۱ ق م ا.

۲۲- ر.ک. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، مسئله ۲۴، ص ۵۰۲؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۸۶.

۲۳- ر.ک. دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ش ۱۰۵، ص ۸۶.

۲۴- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، مسئله ۲۵، ص ۵۰۲.

۵- وفق قاعده «الحرام البعدی لا یحرم الحلال القبلی»، اگر بعد از نکاح، چنین عمل قبیحی صورت پذیرد، نکاح را برهم نمی زند.^{۲۴}

لذا دو متن ذیل از باب پیشنهاد عرضه می شود تا یکی از آنها جایگزین متن فعلی ماده ۱۰۵۶ ق م، شود:

۱) «اگر مردی پسری را وطی کند، نمی تواند متعاقبا با مادر یا خواهر یا دختر نسبی یا رضاعی او تزویج کند.

تبصره ۵ - وطی میت شامل چنین حکمی نمی شود».

۲) «لواط مانع از آنست که فاعل با مادر یا خواهر یا دختر نسبی یا رضاعی مفعول تزویج کند.

تبصره ۵ - وطی میت شامل چنین حکمی نمی شود».

ماده ۱۰۵۹ ق م

مفهوم این ماده تماما مصداق ندارد. به عبارت دیگر نمی توان گفت که نکاح مسلم با غیر مسلمه در همه حال جایز یا ناجایز است! بلکه با توجه به نظر مشهور، نکاح دائم مسلم با غیر مسلمه ممنوع ولی نکاح موقت مسلم با زنان اهل کتاب صحیح خواهد بود.^{۲۵} ضمن آن که اگر از بین زوجین اهل کتاب، فقط زوج مسلمان شود، به اعتبار نکاحشان خدشه ای وارد نمی شود.^{۲۶} پس بهتر است متن ماده مزبور بدین گونه اصلاح شود:

«نکاح مسلمه با غیر مسلم و نکاح دایم مسلم با غیر مسلمه جایز نیست.

تبصره یک - مرد مسلمان می تواند با زن کتابیه که خالی از موانع نکاح باشد، از دواج موقت کند.

تبصره دو - چنان چه زوجین اهل کتاب باشند و فقط مرد مسلمان شود، نکاحشان به

قوت خود باقی است»

استیفای عدد و غیر همجنس بودن زوجین

در بخش موانع نکاح از قانون مدنی، جای ماده ای که به شرط «استیفای عدد» (یعنی هر مرد می تواند تحت شرایطی حداکثر چهار زوجة دائمه در قبالة نکاح خود داشته باشد) و «غیر همجنس بودن زوجین» بپردازد، خالی است. گرچه موادی چون ماده ۱۰۳۵، ۱۰۶۳ و ۱۰۷۱ ق م، به طور ضمنی به شرط اخیر الذکر اشاره دارد، لکن بهتر است که قانونگذار در خصوص دو منع نکاح یادشده، ماده ای را به قانون مدنی اضافه کند.

تعریف نکاح و ماهیت آن

قانون مدنی برخلاف برخی عقود دیگر، تعریفی از نکاح بدست نمی دهد و این که آیا نکاح یک عقد مالی و معوض است یا خیر. موضعگیری قانونگذار در خصوص مورد اخیر می تواند به مناقشات بسیاری در باره این که آیا بضع مال محسوب می شود و عوض از برای مهر است یا

۲۵- ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۴، صص ۲۴۶-۲۴۵؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۹۲.

۲۶- ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۴۵.

آن که با این استدلال که انسان هیچگاه موضوع حق قرار نمی گیرد، بین مهر و تمکین خاص رابطه عوض و معوض برقرار نیست و صرفاً یک الزام و التزام قانونی اند^{۲۷}، پایان دهد.

ماده ۱۰۶۴ ق م

قانونگذار در ماده ۱۰۶۴ ق م، در بیان اوصاف «عاقده»، متعرض وصف «رشد» نشده است. لذا از آنجا که عاقد در این ماده اعم از متعاقد و شخص ثالث است، غیر رشید نیز می تواند خود مستقلاً وارد نکاح دائم شود^{۲۸} زیرا از طرفی نکاح دائم ممکن است بدون تعیین مهر صحیحاً منعقد شود و از طرف دیگر فساد مهر در صحت نکاح، خللی وارد نمی کند. البته در نکاح موقت که مهر رکن عقد محسوب می شود، نه تنها ذکر مهر ضروری است بلکه فساد مهر به بطلان نکاح نیز می انجامد. از این رو با توجه به این که تعیین مهر یک امر مالی است، پس در نکاح موقت، عاقد حتماً باید رشید باشد، مگر آن که متعاقدین که دارای کمال (بلوغ، عقل، رشد) اند، صرفاً جری صیغه متعه را با شرایط مرضی الطرفین در مورد مدت و مهر در نکاح و غیرهما، به ثالث (عاقد) وکالت داده باشند که در صورت اخیر، همان وجود اوصاف سه گانه بلوغ، عقل و قصد در عاقد کفایت می کند. گرچه برخی بر این نظرند که چون غیر رشید تصرفاتش صرفاً در امور مالی خود نافذ نیست^{۲۹}، پس می تواند در امور مالی دیگران تصرف کند و لذا در فرض مطروحه چنانچه متعاقدین امر تعیین مهر را نیز به عاقد غیر رشید واگذار کنند، اشکالی ندارد^{۳۰}. اما به نظر می رسد که چون از طرفی حجر غیر رشید یک حجر حمایتی است و از طرف دیگر ممکن است در شرایطی، غیر رشید که در مقام وکالت موظف به رعایت مصلحت موکل یا موکله است اگر از این امر غفلت کند، ضامن گردد، عدم اعتبار چنین نظری مبنی بر صحت تصرف غیر رشید در امور مالی دیگران، به تأمین نظر قانونگذار از اعلام حجر غیر رشید که به قصد حمایت از اوست، نزدیکتر باشد^{۳۱}. با این استدلال و با استفاده از ملاک ماده ۱۲۱۲ ق م و با توجه به ذکر و وصف بلوغ در ماده ۱۰۶۴، می توان به غیر نافذ بودن نکاح صغیر ممیز نیز رأی داد که حسب مورد با تنفیذ ولی یا قیم و موکلین وی، صحیح تلقی می شود. با توجه به آن چه گذشت، اصلاح ماده ۱۰۶۴ از قرار ذیل پیشنهاد می شود:

«عاقد باید عاقل، بالغ و قاصد باشد.

تبصره یک- در نکاح موقت، عاقد باید رشید نیز باشد، مگر مدت و مهر توسط متعاقدین قبلاً تعیین شده باشد یا متعاقباً مورد تنفیذ آن دو قرار گیرد و اگر برای خود نکاح کرده ولی یا قیم او اجازه دهد».

۲۷- ر.ک. دکتر صفایی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۱۴، ص ۲۱؛ دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، قرائت و ترمین، ص ۲۸ و

ش ۸۴، صص ۱۳۹-۱۳۸؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ش ۱۵۲، ص ۱۲۳.

۲۸- ر.ک. دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، صص ۸۷-۸۴.

۲۹- ر.ک. ماده ۱۲۱۴ ق م.

۳۰- ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۱۷، ج ۵، ص ۲۵۸.

۳۱- ر.ک. دکتر صفایی و دکتر قاسم زاده، حقوق مدنی اشخاص و مجبورین، ص ۲۱۱.

تبصره دو - نکاحی که توسط صغیر ممیز واقع شود، غیر نافذ است.

ماده ۱۰۶۷ ق م

منظور از شبهه در شخص طرف که در انتهای ماده ۱۰۶۷ ق م، آمده است مشخص نیست که آیا فقط شبهه در اتحاد مادی هر یک از زوجین را در بر می گیرد یا شبهه در وضع مدنی وی را نیز شامل می شود. شبهه در اتحاد مادی مثل آنست که مردی بخواهد با دختری که دیده یا وصف و اسمش را شنیده، ازدواج کند ولی روز عقد، جاهلا با خواهر وی نکاح بندد. شبهه در وضعیت مدنی یا اتحاد حقوقی مثل آنست که زنی مردی را ببیند و با باور کردن ادعای وی مبنی بر این که وی همان فلان فرد معروف است، به نکاح با وی رضایت دهد و سپس خلاف مدعی کشف شود. آیا این نکاح نیز با این که زن، مرد را قبل از نکاح دیده بوده، باطل است؟ گرچه برخی پاسخ مثبت به این سؤال می دهند^{۲۲} ولی با توجه به نظر قانونگذار که حتی الامکان قصد بر حفظ صحت نکاح واقع شده را دارد^{۲۳}، چنین نکاحی نیز بسان وقتی که تخلفی در شرط صفت می شود، موضوع ماده ۱۱۲۸ ق م، صرفا قابل فسخ باشد و نه باطل. لذا بهتر است که قانونگذار در این خصوص، رفع اختلاف کند.

ماده ۱۰۶۸ ق م

اگر ترجمه ای از این ماده به عمل آید، برای غیر فارسی زبانان گمراه کننده خواهد بود. زیرا عقد در این ماده به صورت مطلق آمده و قاعدتا هر عقدی را در بر می گیرد در حالی که منظور از عقد در این جا، صرفا «نکاح» است و گرنه در نظام حقوقی ایران، عقد معلق عقدی باطل محسوب نشده است^{۲۴}. ثانيا در مورد این که آیا هر گونه تعلیق و لو تعلیق اگر واقعی نباشد یا تعلیق بر شرایط صحت نکاح نیز مبطل نکاح است یا خیر، بین حقوقدانان اختلاف نظر است. لذا بهتر است که قانونگذار با توجه به سیاستی که در بخش ازدواج در پیش گرفته مبنی بر ابقاء نکاح تا سرحد امکان، و با عنایت به ماده ۷۰۰ ق م، در این مورد هم علاوه بر تغییر لفظ «عقد» به «نکاح»، از قرار ذیل ابراز نظر کند:

«تعلیق در عقد نکاح موجب بطلان است.

تبصره - تعلیق ظاهری مانند تعلیق بر شرایط صحت نکاح، موجب بطلان نیست.»

ماده ۱۰۶۹ ق م

در این که آیا شرط خیار در مهر در نکاح موقت، مبطل نکاح نیز محسوب می شود یا صرفا شرط، باطل است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی با این استدلال که چون مهر در متعه (نکاح موقت)، رکن عقد است نتیجه گیری می کنند که چنین شرطی به بطلان نکاح

۲۲ - ر.ک. دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۵۲، ص ۹۲.

۲۳ - ر.ک. دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ش ۱۲۱، ص ۱۱۰؛ دکتر صفایی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۴۹، ص ۵۹.

۲۴ - ر.ک. مادتين ۱۸۴ و ۱۸۹ ق م.

موقت می انجامد. در صورتی که این استنتاج نه با برداشت از ظاهر کلام ماده همخوانی دارد و نه با سیاستی که قانونگذار در راستای ابقای نکاح با فاصله گرفتن از قواعد مربوط به سایر عقود، اتخاذ کرده است.^{۲۵} مفاد ماده ۱۰۹۵ نیز برخلاف نظر برخی اساتید^{۲۶}، صراحتی در این زمینه ندارد و به نظر می رسد که رأی صحیحتر آن باشد که برعکس نکاح دائم، شرط خیار در مهر در نکاح موقت، باطل باشد ولی نکاحی که مدت و مهر در آن صحیحا قید شده بوده است، به حیات خود ادامه دهد. به عبارت دیگر «تعدد مطلوب» که برخی با استناد به آن فساد شرط را در صحت نگاه دائم تسری نمی دهند^{۲۷}، در مورد نکاح موقتی که صحیحا واقع شده و دارای شرط باطلی است، نیز قابل اعمال است^{۲۸}. بر این اساس بهتر است که به اضافه کردن تبصره ای به ماده مزبور، قانونگذار به این مناقشه پایان دهد:

«تبصره - شرط خیار نسبت به صدق در نکاح موقت، باطل است ولی مبطل نکاح موقت که صحیحا واقع شده است، نخواهد بود».

ماده ۱۰۷۰ ق م

بهرتر است قانونگذار بین «متعاعد» و «عاهد» تفاوت قایل شود تا مواد مربوطه صراحت لازم را بیابند. توضیح آن که یک لفظ واحد در یک مجموعه قانونی باید ترجیحا دارای یک معنی و مفهوم مشخص و یکسانی باشد. مثلا اگر «عاهد» هم شامل متعاهد و هم شامل شخص ثالثی که صیغه عقد را اجرا می کند، باشد، در تمام مواد قانونی که لفظ عاهد در آنها آمده است، همین معنی را باید بدست دهد. در حالی که در ماده ۱۰۶۴ ق م، منظور از عاهد، مجری صیغه است و نه الزاما متعاهد^{۲۹} ولی در ماده ۱۰۷۰ از همان قانون، باید عاهد را که در انتهای ماده مزبور آمده است، منحصر به متعاهد بدانیم و نه شخص ثالثی که صیغه عقد را جاری کرده است^{۳۰} وگرنه در جایی که زوجین با شرایط تعیین شده، به ازدواج راضی اند و صرفا عاهد به اجرای صیغه نکاح مکره شده است، لازم می آید که تا تنفیذ عقد به توسط عاهد مکره، نکاح نافذ نباشد و در صورت عدم تنفیذ وی نیز نکاح باطل اعلام گردد!

لذا بنا به توضیحات فوق بهتر است که لفظ «عاهد» در انتهای ماده ۱۰۷۰ ق م، جای خود را به «متعاهد» یا «طرف عقد» دهد.

ماده های ۱۰۷۲

اکثر شارحین قانون مدنی بر این باورند که، چون در عقد نکاح شخصیت طرف عقد علت عمده عقد است (ماده ۲۰۱ ق م)، در وکالت عام نیز چنانچه موکله صراحتا قید نکرده باشد، وکیل

۲۵- ر.ک. پانوش ش ۲۷.

۲۶- ر.ک. دکتر محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۱۸۹.

۲۷- ر.ک. دکتر صفایی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۴۹، ص ۵۹.

۲۸- در تأیید این نظر ر.ک. دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ش ۱۳۲، ص ۱۱۱.

۲۹- ر.ک. دکتر صفایی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۳۰، ص ۳۹.

۳۰- ر.ک. دکتر محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۱۹۲؛ دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۵۲؛ حسین تلجانی، تلخیص المکاسب، ص ۸۲.

حق ندارد موکله را برای خود تجویز کند. لذا بهتر است که متن ماده این طور تنظیم شود: «وکیل در هر صورت نمی تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر این اذن صریحا به او داده شده باشد».

ماده های ۱۰۷۳ و ۱۰۷۴

همان طور که برخی اساتید ابراز نظر کرده اند^{۴۱}، مفاد ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی به یک اصل کلی در باب وکالت اشاره دارد و مخصوص وکالت در نکاح نیست. لذا بهتر است مفاد آن در ماده ۱۰۷۳ ق م، ادغام و ماده ۱۰۷۴ ق م حذف گردد. در ثانی جای ماده ای که صراحتا به نکاح فضولی بپردازد در مجموعه حقوق خانواده ایران خالی است که در ذیل همین ماده، جای مناسبی است تا در قالب تبصره ای طرح شود:

ماده ۱۰۷۳ ق م: «اگر وکیل از آن چه ... تخلف کند یا در صورتی که وکالت دارای قید و شرطی نباشد، رعایت مصلحت موکل را نکند، صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود. تبصره- نکاح فضولی غیر نافذ است و صحت آن موکول به تنفیذ طرف اصلی نکاح خواهد بود».

ماده ۱۰۷۵ ق م

مفهوم این ماده به کمک آن دسته از شارحین قانون مدنی آمده است که معتقدند اگر متعاقبین در نکاح موقت از ذکر مدت غفلت کنند، نکاحشان دایم خواهد بود^{۴۲}. در صورتی که به نظر دسته دیگر، رعایت قاعده «العقود تابعه للقصود» اقتضای آن دارد که اگر زوجین قصد نکاح دایم نداشته اند، غفلت از ذکر مدت، نمی تواند از دواج آن دو را به نکاح دایم بدل سازد^{۴۳}. نظر اول به سیاست قانونگذار که سعی کرده تا آنجا که امکان دارد با فاصله گرفتن از اصول و قواعد عمومی مربوط به عقود و معاملات، موجب ابقای نکاح گردد^{۴۴}، نزدیکتر است. در مانحن فیه نیز چنان چه نکاح مزبور مرضی آنان نباشد، از راه خودش می توانند به عمر آن پایان دهند. در هر حال بر قانونگذار است که حل و فصل قضیه را به زمان بروز تهاقت آراء و اقدام دیوان عالی کشور، موکل نکند و با صراحت بخشی به متن قانون در قالب یک تبصره، اختلاف نظر را بر طرف کند:

ماده ۱۰۷۵ ق م

«...تبصره- چنان چه در نکاح موقت به هر دلیلی مدت ذکر نشود، نکاح دایم خواهد بود».

ماده ۱۰۷۶ ق م

حذف این ماده اشکالی تولید نخواهد کرد زیرا حکم جدیدی در بر ندارد و در ماده قبل به لزوم «معین بودن مدت» اشاره رفته است. در صورت ضرورت، قانونگذار می تواند شماره این ماده را به متن و حکم جدیدی در باره نکاح منقطع اختصاص دهد.

۴۱- ر.ک. دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ش ۱۳۸، ص ۱۱۷-۱۱۶.

۴۲- ر.ک. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، نکاح موقت، مسئله ۹.

۴۳- ر.ک. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، صص ۲۱۹-۲۱۸.

۴۴- ر.ک. پانوش ش ۲۶.

ماده ۱۰۷۸ ق م

با توجه به اختلافی که بین اصحاب نظر در این باره وجود دارد که آیا باید مهر حتما ملک شوهر باشد یا شخص ثالث نیز می تواند مال خود را مهر قرار دهد^{۴۵}، تبصره ذیل به عنوان تبصره ماده ۱۰۷۸ ق م، پیشنهاد می شود:

«تبصره. شخص ثالث نیز می تواند ملک خود را مهر زوجه قرار دهد».

تبصره ماده ۱۰۸۲ ق م

علی رغم این که هیأت عمومی دیوان عالی کشور با استدلالی، مفاد این تبصره را عطف بما سبق کرده است^{۴۶} ولی چون به نظر می رسد که چنین برداشتی چندان موافق با ماده ۴ ق م نباشد، بهتر است که قانونگذار خود با اضافه کردن جمله ای، این مسئله را قانونی کند. همچنین تصریح بر این نکته که زنانی که مهر خود را قبلا گرفته یا آن را به زوج بخشیده باشند، حکم این تبصره در موردشان مجری نخواهد بود^{۴۷}. لذا تبصره ماده ۱۰۸۲ ق م، این گونه تمام شود: «... مگر این که زوجین در حین اجرای عقد، ولو زمان آن قبل از لازم الاجرا شدن این تبصره باشد، به نحو دیگری تراضی کرده یا زوجه قبلا مهریه خود را دریافت کرده یا بخشیده باشد».

ماده ۱۰۸۴

در این ماده، قانونگذار نوع ضمان زوج را معین نکرده و همین امر موجب اختلاف نظر شده است^{۴۸}. شفاف سازی قانونگذار در این باره باعث رفع این اختلاف نظر خواهد شد. ضمن آن که ماده مزبور در مورد ضمان تلف مهر قبل از نکاح ساکت است. مثل آن که مرد مالی از خود را روز قبل از ازدواج به عنوان مهر به زن نشان دهد و موافقت زن را به این امر کسب کند و فردا نکاح واقع شود حال آن که قبلا آن مال تلف شده باشد و آن دو ندانند! در بادی امر، دلیل این سکوت قانونگذار آن می نماید که وقتی مالی قبل از وقوع نکاح تلف می شود دیگر عنوان مهر بر آن صادق نیست تا تلف آن موجب ضمان مرد شود. اما بهتر است قانونگذار در این مورد نیز و با کسب ملاک از قسمت اخیر ماده ۱۱۰۰ ق م، مسئولیت مرد را مشخص کند و این مورد را به سان نکاحی قلمداد نکند که گویی بدون ذکر مهر واقع شده باشد! متن ذیل به عنوان تکمیل ماده مزبور پیشنهاد می شود:

ماده ۱۰۸۴ ق م: «... شوهر ضامن عیب و تلف است. ضمان شوهر در مورد اول و سوم شامل مثل یا قیمت و در مورد دوم شامل ارزش خواهد بود.

تبصره. اگر مال تعیین شده به عنوان مهر قبل از وقوع نکاح ~~تلف شود~~ تلف شود، ضمان شوهر ~~در مورد اول و دوم~~ شامل مثل یا قیمت خواهد بود».

۴۵- ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۸۷؛ دکتر محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۲۳۱.

۴۶- ر.ک. رأی وحدت رویه ۶۴۷-۲۸/۱۰/۱۳۷۸.

۴۷- ر.ک. نظریه ۷/۳۶۶۱-۱۳۸۲/۵/۴ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۴۸- ر.ک. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۹۲؛ دکتر محقق داماد، حقوق خانواده، صص ۲۴۱-۲۳۶؛ دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ش ۹۲، ص ۱۵۲؛ دکتر صفایی، حقوق خانواده، ج ۱، صص ۱۷۵-۱۷۴؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۱۲۱.