

نظم مالی نکاح

در حقوق مدنی آلمان و سوئیس

« ۳ »

کلیات

خلاصه مطالب گذشته :

سناسبات مالی زوجین در حقوق مدنی آلمان و سوئیس و بطور کلی اروپا و آمریکا تابع مقررات خاصی است. این مقررات فصلی از کتاب خانواده قانون مدنی را تشکیل میدهد. حقوق مالی نکاح عهده دار بحث در پیرامون مقررات مزبور و امکانات یا اشکال گوناگون روابط مالی زن و شوهر (رژیمهای مالی زناشویی) و تشریح پدیده های وابسته بدانهاست .

مال بمعنای اعم و تقسیمات و احکام اصلی و اولی آن (منقول و غیر منقول و توابع) در قسمت اموال قانون مدنی بیان میگردد و در اینجا مورد بحث نیست . زناشویی و خانواده مقتضیات و خصائص دیگری دارد و مال بایستی زیر نفوذ این عوامل قرار گیرد. باین ترتیب نکاح دارای اثراتی است که در شمار آنها بایستی یکی همین نظم مالی را نام برد؛ بمجرد وقوع نکاح نظم خاصی بر سناسبات مالی زوجین حکمفرما میشود و بمحض تحقق رژیم دارائی زوجین تقسیمات ثانوی و جدیدی سپیدبرد. نظم مالی نکاح بر دو قسم است: قراردادی و قانونی. استقرار رژیم قراردادی متوقف بر تراضی نامزدها یا زن و شوهر است. هرگاه در این زمینه قرارداد مالی زناشویی در میان نباشد، نظم قانونی بخودی خود و بحکم قانون بر روابط مالی زوجین تسلط مییابد. در هر حال اصل آزادی قراردادهاست.

رژیم قانونی بمعنای موصوف درق.م.آلمان (سال ۱۸۹۶) « اداره و انتفاع مرد» خوانده میشود. بر قراری این نظم، بطوریکه از عنوان آن پیدا است، تأثیری بر دارائی شوهر نداشت، ولی اموال زوجه بمجرد تحقق آن به دو نوع تقسیم میگردد:

گرد آورده و حلفی.

گرد آورده عبارت بود از دارائی موجود زن در لحظه عروسی و همچنین محصلات مشارالیهها اعم از معوض و بی عوض در مدت زناشویی. گرد آورده زن در اداره و انتفاع شوهر بود.

ق. م. سوئیس رژیم قانونی خود را با عبارت «وحدت اموال» توصیف مینماید. قانون - گزار سوئیس در این نظم از دارائی زن و شوی ترکیبی نوظهور میسازد و آنرا «ثروت زناشویی» اصطلاح میکند. ثروت زناشویی مفید مالکیت مشترک نیست، بلکه تنها بین وحدت اقتصادی زوجین است. ثروت زناشویی شامل اقسام مختلف مال و مرکب است از گرد آورده زن، گرد آورده شوهر و مکتسبات معوضه. اموال اختصاصی زوجین از این ترکیب بیرون است. گرد آورده بخشی از ثروت زناشویی است که در لحظه نکاح به زن یا شوهر تعلق دارد یا هر یک از آندوطی ازدواج بوراثت یا از طریق دیگر بی عوض تحصیل مینماید. مکتسبات معوضه آنچه از ثروت زناشویی است که مال زن نمیشود. و از اینجا آنرا «باقی ثروت زناشویی» نیز نامیده اند. مکتسبات باین معنا عبارتست از محصولات در خلال زناشویی مشروط بدانکه اولاً معوض باشد، ثانیاً گرد آورده و مال اختصاصی نباشد. مکتسبات معوضه در ملکیت مرد و در نهایت امر نوع مستقلی از مال است، گو اینکه ق. م. سوئیس در تقسیمات مالی نکاح از این قسم به صراحت ناسی نمیرد. ثروت زناشویی و از جمله گرد آورده زن محکوم به اداره و انتفاع شوهر است. مال حفظی یا اختصاصی در هر دو رژیم مرتبه استثنائی دارد و عبارت است از آنچه که بموجب قانون یا بر حسب توافق زوجین یا بسبب دهش ثالث باین عنوان تخصیص مییابد. مال حفظی یا اختصاصی مشمول قواعد نظم جدائی اموال است. بنابراین زوجه (در حقوق مدنی سوئیس هر یک از زوجین) آنرا در اداره و انتفاع خویش دارد. و اینکه دنباله کلیات:

کلیات

فصل دوم - اداره (۱)

در نظم «اداره و انتفاع» شوهر گرد آورده زن را اداره مینمود. ق. م. سوئیس در بنای رژیم «وحدت اموال» خود باین قدر اکتفاء نمیکند و دامنه تصدی شوهر را باعتبار موضوع آن توسعه میدهد، چه در اینجا مرد بطور کلی مدیر «ثروت زناشویی» است. ثروت زناشویی متشکل از اقسام مال یعنی گرد آورده زن، گرد آورده شوهر و مکتسبات معوضه طی نظم قانونی است. بنابراین تصدی شوهر در رژیم وحدت اموال نه تنها در قلمرو ملکیت زوجه، بلکه همچنین بر دارائی خود او نیز تاثیر میکند. ولی مقصود از این فکر اشاره یدین نکته مسلم نیست که شوهر مدیر اموال خود باشد، چه تصدی باین معنا امری بدیهی و از مراتب مالکیت و حق هر شخص نسبت بملک خود میباشد. بلکه مراد آنست که بمجرد حلول نظم وحدت اموال دارائی خود مرد نیز زیر سلطه قواعدی درمیآید، چرا که شوهر مدیر اصلی ثروت زناشویی است و این واحد اقتصادی نیز بنوبه خود بخش اعظم دارائی وی را در برمیگیرد. از اینرو مشارالیه ناگزیر است بلباحاظ مدیریت خود به تصدی امور و تمهید و انجام برخی عملیات حقیقی یا حقوقی بپردازد و از اینجاست که قانونگزار سوئیس نفس اداره شوهر را بملاحظه بستگی اقتصادی زوجین در خور اهمیت و منشاء وظایفی دانسته آنرا یکی از مبادی احکام خود میسازد.

تعریف اداره - ق. م. آلمان اداره را تعریف نمیکرد و تنها در چند ماده احکام جزئی و اختصاصی آنرا از جنبه های گوناگون در مناسبات مالی، زناشویی بیان میداشت. از اینرو در شناسائی این پدیده اقوال مختلفی ابراز میگردد.

یکی از دانشمندان میگفت اداره بمعنای اعم عبارتست از هر گونه اقدام حقیقی یا حقوقی بمنظور تعاون در تصدی مال. و این مفهومی مطلق است. ولی اینگونه تصدی در نظم اداره و انتفاع مرد نمیتواند باین درجه از اطلاق باشد و ناگزیر بملاحظه قید زوجیت استثنائی میپذیرد (۱).

این تعریف صحیح بود، ولی دقت نداشت؛ چه در روشن ساختن معنای اصطلاحی کلمه باندازه کافی هدایت نمینمود و معلوم نمیکرد که رابطه اداره با انتقال چیست. اداره بر حسب این تعریف مشتمل بر هر نوع تصرفاتی اعم از تصدی و انتقال میگردد. و حال آنکه ق. م. آلمان در رژیم اداره و انتفاع در میان مفاهیم اداره و انتقال بقوت هر چه تمامتر فرق میگذاشت.

بهمین جهت یکی دیگر از اهل حل و عقد در بیان ارکان تعریفی این مؤسسه بحق به محتوی آن توجه مینمود و از نظری چنین استفاده میشد که عمل اداره بر دو گونه است:

مراقبت واقعی معضی که عبارتست از تصدی حقیقی مال. این قبیل اعمال همان اداره بمعنای اخص میباشد مثل مواظبت، محافظت، اصلاح، ترمیم یا تزئید اموال گرد آورده.

مراقبت حقوقی مانند معاملات یا طرح و تعقیب دعاوی مربوط به گرد آورده. این نوع اداره گاه انتقال و گاه تصدی محاکمات خوانده میشود و دارای مقررات خاصی است. در مراقبت حقوقی اختیارات شوهر بر خلاف قسم اول محدود است (۲).

و سرانجام قول مشهور اداره بمعنای اصطلاحی ماده ۱۳۷۴ پیشین ق. م. آلمان را چنین تعبیر مینمود:

اداره عبارتست از هر اقدامی که مالک بنحوی بعمل تواند آورد که وجود مال تغییری نیابد. و تعریف تصدی در نظم اداره و انتفاع نیز جز این نیست (۳). منتها در این رژیم مال معنای ثانوی خاصی دارد و از مالک بمعنای بسیط کلمه نیز سخنی در میان نیست، بلکه بحث در تصدی شوهر بر گرد آورده زن است.

بنابراین تعریف خصوص اداره آن نوع اعمالی است که در موجودیت مال گرد آورده و روابط حقوقی زوجه با آن از قبیل مالکیت و غیره تغییری حادث نکند. مثل حفظ و ترمیم اموال گرد آورده یا بعضی اعمال حقوقی شکلی مانند طرح یا تعقیب دعاوی مربوط به گرد آورده. ولی اگر عملیات مدیر از این اندازه بیرون رفت، چنانکه در مورد بیع و صلح و هبه و نظایر آن پیش میآید، دیگر اطلاق اداره بر آن جائز نیست. این امور انتقال بمعنای اخص و در حیطه نکاح دارای قواعد معین است.

۱ - نگاهی به Lehmann شماره ۱۶.

۲ - Opet ماده ۱۳۷۴.

۳ - نگاهی به Planck مقدمه بر شرح ماده ۱۳۷۳.

ق. م. سویس نیز در نظم وحدت اموال از اداره جز لفظی جامع چیزی بدست نمیدهد. فکر متداول آنست که اداره در این رژیم بر خلاف نظم اداره و انتفاع حقوق مدنی آلمان مفهومی کلی دارد و بر تصدی و انتقال هر دو شمول مییابد (۱) ، چه شوهر و در شرایطی هم زوجه حق اداره ثروت زناشویی را دارند و این امر بنویه خود تا حدودی مستلزم اختیار انتقال است. بعلاوه قانونگذار سویس در وضع احکام تصدی تا حد امکان از تفکیک اداره و انتقال پرهیز میکند.

با اینهمه حقوقدانان سویس نیز در بررسی اداره بیک اعتبار ناگزیر از تفصیل شده و گروهی در مقام اشاره به اداره بمعنای اخص به «تصدی واقعی» و «اقدام حفاظی» توجه نموده‌اند. اداره در این دلالت عبارت از نگهداری و تصدی ثروت زناشویی است. این نوع اداره بایستی بمنظور حفظ حقیقی و تصدی عقلانی گردآورده انجام پذیرد (۲).

از آنجا که موقعیت زوجین در جامعه زناشویی و خانواده یکی نیست ، اداره اموال بوسیله آندو نیز نمیتواند مشمول قواعد همسانی باشد و این حقیقت در عمق تعریفهای یادشده انعکاس یافته‌است. این است که در حقوق مدنی دو کشور و در هر دو رژیم اصول و قواعد تصدی زن و شوهر را جداگانه بررسی میکنند.

۱- اداره شوهر

تصدی گرد آورده بوسیله شوهر عبارتست از اعمالی که بمنظور حفاظت و تکثیر آن انجام میپذیرد. اینگونه عملیات در ماهیت و موجودیت حقوقی مال بی تأثیر است.

الف - مصادیق و عملیات اداره - اداره در روابط مالی زناشویی ق. م. آلمان شامل مراقبت واقعی مال مثل محافظت یا ترمیم یا تزئین گرد آورده و برخی از اقسام محافظت حقوقی مال مانند تصدی محاکمات میگردد. شوهر میتواند در اینگونه امور محاکماتی زوجه دخالت نماید و به طرح و تعقیب و دفاع دعاوی مشارالیها پردازد، مستنبط از ماده ۱۳۸ سابق ق. م. آلمان.

در حقوق مدنی سویس اداره بمعنای خاص محدود بهمان «مراقبت واقعی» است. عبارت دیگر مقصود از تصدی نگهداری حقیقی و اداره عقلانی خانه و زندگی بوسیله « پدر خوب خانواده » است ؛ شوهر گردآورده زن را حفظ میکند و آنرا در تصدی و تمتع خویش میگیرد (۳).

ولی در امر محاکمات ق. م. سویس به زن اهلیت دادرسی اعطاء میکند. مشارالیها میتواند مستقلاً اقامه دعوی کند یا طرف دعوی قرار گیرد ، بند ۱ ماده ۱۶۸ ق. م. سویس. باوجود این در حقوق مدنی سویس نیز ممکن است علقه زوجیت در اهلیت محاکماتی زن نفوذ کند. بطوریکه هرگاه دعوی زن برضد ثالث مربوط به گردآورده مشارالیها باشد ، شوهر بایستی در این دادرسی از زوجه نمایندگی کند ، بند ۲ ماده ۱۶۸ ق. م. سویس.

این امر از آثار شخصی نکاح و نتیجه آنست که مرد نماینده جامعه زناشویی میباشد (۴).

۱- همچنین A. Homberger ص ۸۶ .

۲- نگاهی نیز به Egger و Gmür ماده ۲۰۰ .

۳- Opet ماده ۱۳۷۴ - Gmür و Egger ماده ۲۰۰ .

۴- نظر R. Eichhorn ص ۱۸۴ .

راجع به بیمه گردآورده هیچک از دو قانون حاوی دستوری نیست ، ولی رویه قضائی دو کشور بیمه کردن گردآورده را از جمله عملیات اداری و جزء تکالیف شوهر تشخیص داده است .

دیوان کشور آلمان بسال ۱۹۱۱ رای براین داد که شوهر موظف است اشیاء گردآورده زن را بیمه کند . در این حکم استدلال شده بود که اولاً زوجین در انجام وظایف ناشی از رابطه زناشویی در برابر یکدیگر ضمان همان غبطه‌ای هستند که در امور شخصی خود رومیدارند ، ماده ۱۳۵۹ سابق ق . م . آلمان . ثانیاً - گردآورده زوجه بمجرد عروسی زیر تصدی شوهر قرار میگیرد ، ماده ۱۳۶۳ پیشین ق . م . آلمان . ثالثاً - مرد مکلف به اداره منظم گردآورده است ، ماده ۱۳۷۴ سابق ق . م . آلمان . رابعاً - شوهر طی بقاء نظم اداره و انتفاع در قبال زوجه موظف به تادیه مخارج بیمه اشیاء گردآورده میباشد ، شماره ۳ ماده ۱۳۸۵ پیشین ق . م . آلمان . و بالاخره مرد در مقابل بیمه گردآورده هزینه بیمه نامبرده است ، مستنبط از ماده ۱۳۸۸ سابق ق . م . آلمان (۱) . این قواعد من حیث مجموع بیمه گرد آورده از ناحیه شوهر را واجب میساخت .

در ادبیات حقوقی سویس نیز بیمه نمودن گردآورده زن یکی از وظایف تصدی شوهر بشمار میرود ، ولی نحوه و ماخذ فکر آنها فرق میکند . حقوقدانان سویس در اثبات تکلیف شوهر به بیمه گزاری گردآورده زن ضمن تمسک به «اصول عمومی» ق . م . سویس یکبار فتاوی خود را مستظهر به بند ۳ ماده ۳۳۲ (تضمین اموال گردآورده افراد خانواده بوسیله رئیس آن) مینمایند و دیگر بار به ماده ۷۶۷ همان قانون (بیمه گزاری مال مورد انتفاع از ناحیه منتفع و بسود مالک آن) استناد میجویند . ولی برطبق عقیده‌ای اصول و قواعد مدنی در احراز تکلیف مرد در امر بیمه کردن گردآورده زوجه به تنهایی کافی بنظر نمیرسد و در این موضوع بایستی به مبانی اقتصادی بیمه توجه نمود . زیرا منظور از بیمه محافظت شی از جنبه اقتصادی است نه حقوقی . و غایت بیمه نگهداری و حفظ شی در موارد «عادی» خسارت یا تلف است . بنابراین تاویل تادیه وجوه بیمه به بیمه گر حتی پرداخت هزینه‌های بیمه - زندگی در زمره عملیات تصدی بمفهوم بالاست ، ولی اینگونه پرداختها مشمول عنوان مخارج اداره نیست تا بر ذمه شوهر تعلق یابد (۲) .

دیگر از عملیات تصدی مرد میتوان وصول مطالبات زوجه ، دفتر داری یا حسابداری و نظایر آنها را نام برد .

ب - حق تکلیفی (۳) - اداره دارائی گرد آورده زن تکلیف وحق شوهر است . در نظم اداره و انتفاع ، گردآورده زوجه در دست مرد و تصرفات مشارالیه یعنی مالک گردآورده نسبت بان محدود بود . شوهر باقتضای این اصل میبایستی در اداره مال اقدام کند . ق . م . آلمان درباره «وظیفه» مرد بر تصدی مزبور حکم صریحی نداشت ، ولی این امر از «موقعیت شوهر در قبال زوجه خود نسبت به اموال گردآورده» نتیجه میشود .

۱ - ERGZ سال ۱۹۱۱ ص ۱۳۶ .

۲ - Egger ماده ۱۹۵ و Trüb ص ۱۱۱ . - BGE ۳۹ قسمت اول ۰۷ - ۵۰۶ و ۴۷ قسمت

درم ۱۳۷ .

۳ - Rechtspflicht .

در حقوق مدنی سویس نیز تکلیف شوهر در اداره اموال را ناشی از مقام مشارالیه در جامعه زناشویی میدانند، چه او بایستی برای خانواده «پدر خوبی» باشد، از این گذشته رابطه حقوقی شوهر با ثروت زناشویی و الزام قانونی وی در تادیه مخارج تصدی مستلزم شناسائی چنین وظیفه‌ای است.

با آنکه در رژیم اداره وانتفاع تصدی بمعنای یادشده تکلیف شوهر بود، با اینهمه زوجه نمیتوانست اورا به تقیل عملیات اداره وادار کند، مگر اینکه صیانت شخصی مشارالیها ترتیب دیگری را ایجاب مینمود، ماده ۲۰۴، سابق ف. م. آلمان.

درق. م. سویس نیز زن قدرت الزام شوهر را به تصدی ندارد. ولی در در حال وظیفه مشارالیه در اداره ثروت زناشویی از احکام آسره است (۱).

اداره ازسوی دیگر حق مرد است. حقی است زائیده مقام مخصوص او در خانواده. حق شوهری. در توضیح طبیعت این حق میتوان گفت که تصدی بدین معنا نوعی حق - خانوادگی، شخصی و مطلق و فرعی است. این امتیاز فرع شوهر بودن است.

خصایص مزبور مفید نکات زیر است:

اولاً - حق شوهر در اداره کرده آورده زن حق عینی نیست. این امر از مسلمات حقوقی دو کشور است. اما در حقوق مدنی آلمان طرز اثبات عینی نبودن این حق مختلف بود. اکثریت اصحاب فکر با توجه باطلاق عبارت قانون و تعریف حق عینی میگفتند حق تصدی شوهر «کلیه» گردآورده زن را در بر میگيرد و نمیتوان چنین پنداشت که برای مرد نسبت به یک یک اموال گردآورده حق اداره مستقل و مجزا و منفردی وجود داشته باشد. شوهر تنها یک اختیار کلی دارد و آنها هم حق تصدی تمام اموال «موجود و آتی» زوجه است، بشرط آنکه این دارائی گردآورده مشارالیها باشد.

اما قول دیگر که پیش از این در موارد گوناگون بان اشاره نمودیم (۲)، حاکی بود که عینی نبودن حق اداره شوهر را نمیتوان از آنجا استنتاج نمود که این اختیار به تعداد اموال زوجه (اشیاء و حقوق گردآورده) بنحو انفرادی موجود نیست. بعلاوه دارائی زن بمشابه «وحدت مالی» وی توجه به تعیین و تفرد آن نمیتواند موضوع حق غیر قرار گیرد. پس علت را بایستی در جای دیگر جستجو نمود. در حقیقت عینی نبودن این حق از اینجا سرچشمه میگيرد که اداره «حق شوهر بر شخص زوجه» است. حقی است بر صاحب دارائی. تنها به تبع همین انقیاد شخصی زن است که دارائی مشارالیها میتواند در اختیار کلی شوهر قرار گیرد و خصلت رژیم اداره و انتفاع نیز این معناراً تأیید میکند. از اینرو تصدی مرد حق عینی نیست و ماهیت آن آمیخته بخصایص خانوادگی است (۳).

ثانیاً - فرق اداره شوهر با اداره معمولی از قبیل اداره شرکت و غیره در آنست که تصدی مرد محتاج به اعطای نمایندگی از جانب زوجه نمیشد. اداره بمعنای مزبور نوعی اختیار کلی است که قانون به شوهر داده است. و در هر حال تالحمظه ختم رژیم اداره -

۱ - Sayns Kom. ماده ۱۳۷۴ - Gmür و Egger ماده ۲۰۰ و Denzler ص ۲۶.

۲ - نگاه به پاورقی شماره ۲ ص ۳۲ شماره ۸۱ همین مجله.

۳ - نگاه به Heinsheimer ص ۴۹ ببعده و ۶۰ ببعده.

وانتفاع یا وحدت اموال وجود دارد، ولی نه بشکل عینی، بلکه بصورت مطلق. و از اینجاست که در حقوق مدنی آلمان و سویس میگویند، حق اداره شوهر قائم بر موجودیت اشیاء یا منافع دارائی زن نمیباشد.

با اینهمه از عینی نبودن آن نبایستی اندیشید که حق مزبور بطور واقعی و انفرادی نمیتواند تجلی کند. این حق مستعد آنست که در مصادیق گوناگون مال گرد آورده زوجه تحقق و استقرار یابد و باین اعتبار ظهور و تشخیص و حدود و زوال آن در حیطه واقعیت سوئوف بر حقوق خود زن و مظاهر حقیقی آنست.

ثالثاً - اختیار شوهر در اداره گرد آورده زن حق شخصی است و انتقال پذیر نیست و این معنا در ماده ۱۴۰۸ پیشین ق. م. آلمان تصریح شده بود.

اصل مزبور در حقوق مدنی سویس نیز معتبر است، ولی ق. م. آن کشور در این باره آشکارا سخن نمیگوید.

از نتایج شخصی بودن این حق یکی آنکه هیچکس نمیتواند بسمت نماینده قانونی مرد تصدی حق اداره وی گردد. این منطبق ایجاب مینمورد که حجر شوهر از علل «ختم رژیم بموجب قانون» تلقی گردد، در حالیکه ق. م. آلمان از پذیرش این نتیجه روی تافته بود. در آن موارد قیم شوهر بزه‌ایندگی مشارالیه به استیفای حقوق و انجام تکالیف او میپرداخت و زن تنها میتوانست جهت الغاء نظم اداره و انتفاع مرد اقامه دعوی کند، ماده ۱۴۰۹ و شماره ۳ ماده ۱۴۱۸ سابق ق. م. آلمان.

در نظم وحدت اموال سویس نیز حقوق شوهر متکی بر اهلیت استیفای اونبست و آنجا هم قیم حافظ حقوق و مجری تکالیف وی میباشد. عجیب آنجاست که ق. م. سویس برخلاف مقررات پیشین ق. م. آلمان برای زوجه حتی حق اقامه دعوی بمنظور الغاء رژیم وحدت اموال بعلت حجر شوهر نمیشناسد (۱)!

از طرف دیگر انتقال ناپذیر بودن اختیار کلی شوهر در تصدی گرد آورده زن افاده معنای خاصی میکند. ثالث یا بر حسب مورد نماینده قانونی شوهر میتواند در موارد خاص و نسبت به امور معینه به نیابت وی اقدام کند. باین ترتیب دیگر جای توهم نیست و اجرای این حق، حق اداره شوهر را میتوان در موارد معینه به غیر واگذار نمود. در این صورت ثالث در انجام «اختیارات جزئی و منفرد محوله» مربوط به اداره زوج در امر مخصوص مباشرت میکند.

ج - شکل اجرای حق و تکلیف اداره - عملیات تصدی بنام چه کسی بایستی انجام پذیرد: باسم شوهر یا بنام زن؟ این امر در حقوق هر دو کشور مورد اختلاف است.

در حقوق مدنی آلمان گروهی چنین نظر میدادند که اعمال اداری مزبور تنها باسم مرد انجام پذیر تواند بود، چرا که شوهر نماینده قانونی زن نیست و دارای مقامی شبیه به مدیریت اجراء یا تصفیه و رشکستگی نیز نمیشد. و هرگاه مرد بخواهد بنام زن اقدام کند، بایستی از جانب مشارالیه و کالت داشته باشد. بعلاوه تصدی مرد در مناسبات داخلی زوجین

ناشی از عهود و الزامات از قبیل امر یا عقد خدمت نیست تا مشارالیه مخیر براین باشد که باسم خود یا از طرف زوجه عمل کند (۱).

اما رای غالب به این تعبیر اعتنائی نداشت و استدلال مینمود که اداره «در تماسیت خود» بحساب زوجه وقوع مییابد و در این شرایط مرد سزاوار حقی است که بملاحظه زوجیت مستقل و محفوظ مییابد. از اینرو شوهر میتواند هر یک از عملیات تصدی را باسم خود یا بنام زوجه تقبل نماید (۲).

در حقوق مدنی سویس نیز در این باره اتفاق نظر وجود ندارد. بنا بر عقیده‌ای مرد بایستی در عملیات تصدی بنام خود اقدام کند و این الزام را بایستی در قلمرو اداره شوهری فرض نمود، زیرا تصدی حق و تکلیف مرد است. اما قول دیگر مشارالیه را در انتخاب یکی از دوره مختار میدانند: عمل بنام خود یا از جانب زن (۳).

د - حدود اختیار اداره شوهر - اختیار نامحدود شوهر در اداره دارائی زن منجر به خسارات عظیم مشارالیها میگردد، چه در این شرایط مرد میتواند بانحاء مختلف موجب کاهش گرد آورده گردد یا آنرا حیف و میل کند و برخلاف اراده زوجه دیونی بر مشارالیها تحمیل و عهد و ویرا مشغول سازد.

از اینرو ق. م. آلمان به شوهر در اداره اموال زوجه آزادی مطلق نمیداد و مشارالیه را موظف مینمود که گرد آورده را بنحو «منظم و عادی» اداره کند، ماده ۱۳۷۴ سابق ق. م. آلمان.

ق. م. سویس در این موضوع صراحتی ندارد، ولی این سکوت بدان معنا نیست که شوهر در تصدی ثروت زناشوئی هر چه خواست بکند، بلکه اداره بایستی از روی دقت و دلسوزی صورت پذیرد و در قیام بان جنبه اخلاقی و مناسبات شخصی زوجین از نظر دور نماند (۴).

ضابطه تشخیص منظم بودن اداره در هر دو دستگاه حقوقی نحوه عمل «پدر خوب خانواده» (۵) است. پدر خوب کسی است که اقدام وی در اداره دارائی عادلانه و مرتب باشد و در این مهم غبطه خانواده را رعایت کند و از سیرت زناشوئی و همچنین مناسبات خصوصی خود با همسر خویش غافل نماند.

قید منظم بودن اداره در محدود ساختن قدرت شوهر لازم بود، ولی کافی نبود. بهمین علت قانونگذار آلمان در تعهد آزادی مرد راه دیگری نیز اندیشیده بود، بدین نحو که دائره اطلاق اداره را تا حد امکان کوچک مینمود و بقوت هر چه تمامتر فرق میگذاشت بین اداره از یکطرف و انتقال گرد آورده و الزام زوجه از طرف دیگر. شوهر در انتقال و ایجاد عهده دست بازی نداشت و آزادی وی در این زمینه مقرون بقید مضاعفی میگردد: یکی آنکه نمیتوانست زن را از طریق عملیات حقوقی متعهد سازد.

۱ - Lehmann شماره ۱۶ و Siebert-Vogel ص ۳۴.

۲ - نگاه به Opet ماده ۱۳۷۴ و منابع نامبرده در آنجا.

۳ - Egger ماده ۲۰۰ و Gmür ماده ۲۰۰.

۴ - نگاهی به P. Mutzner ص ۵۸ و Egger ماده ۲۰۲.

۵ - ordentlicher Hausvater = bonus paterfamilias

و دیگر آنکه حق نداشت بی‌اذن و رضای مشارالیها گردآورده او را انتقال دهد، ماده ۱۳۷۵ سابق ق. م آلمان.

ولی از آنجا که استثناء دوگانه بالا انجام وظایف را در امر انتقالات بر شوهر دشوار میساخت، قانون‌م منظور تسهیل تصدی و بطور ثانوی در سه مورد استثنائی دیگر مشارالیه را از جلب موافقت زن معاف میداشت، ماده ۱۳۷۶ پیشین ق. م آلمان.

این طریقه در اصطلاح «تعهد استثناء» نامیده میشود. قانونگذار با این تدبیر در گسترش و بست و بند قواعد یار دیگر در موارد معین به مبداء تقریر یعنی آزادی شوهر در اداره گردآورده زن باز میگشت.

ق. م. سوئیس در تقیید اختیار مطلق شوهر بلحاظ اداره «ثروت زناشویی» متوسل به تقسیم و درجه بندی تصدی میگردد. اداره در اینجا بطور کلی به «معمولی و غیر معمولی» یا آنطور که در ادبیات حقوقی سوئیس مصطلح است، «منظم و فوق معمولی» انقسام میپذیرد. هرگاه تصرفات شوهر نسبت به گردآورده زوجه بیش از حد اداره عادی یا بعبارت دیگر فوق - اداره معمولی باشد، در اینصورت مرد محتاج به اذن مشارالیها خواهد بود، ماده ۲۰۲ ق. م. سوئیس. اما ق. م. سوئیس در این باره که آیا شوهر حق تحمیل تعهدی بر زن دارد یا نه، خاموش است. با اینحال بایستی گفت که در نظم وحدت اموال نیز مرد چنین اختیاری ندارد و این فکر بزعم حقوقدانان سوئیس از «مقام شخصی زن و هدف حقوق اداره شوهر» نتیجه میشود، چه زوج نماینده زوجه نیست و حق الزام او را ندارد و برای ایجاد تعهدی بزبان مشارالیها محتاج به وکالت میباشد. در اینصورت مرد دیگر بسمت مدیر ثروت زناشویی عمل نمیکند، بلکه اقدام او اقدام وکیل و به نیابت از زوجه خواهد بود.

از این مختصر چنین برمیآید که در رژیم وحدت اموال نفس تقسیم اداره بنحوی که گذشت، حدود اختیارات تصدی شوهر را روشن میکند و چنانچه مشارالیه در اقدامات خویش از مرتبه اداره عادی پافرا تر نهد، نفوذ عملیات وی موقوف با اجازه یا تصویب زن میگردد. گذشته از این در حقوق مدنی سوئیس «منع سوء استفاده از حق» بمعنای منظور بند ۲ ماده ۲ ق. م. سوئیس و همچنین «مقصود از اختیار شوهری» را نیز از جمله حدود حق اداره مرد دانسته اند (۱).

۵ - مسئولیت شوهر بواسطه تصدی - در نظم اداره و انتفاع هرگاه شوهر گردآورده زن را بنحو غیر عادی و نامنظم اداره مینمود و باین سبب خساراتی پدید میآید، در قبال زوجه مکلف بجبران آن بود.

همانطور که پیش از این تعرض گردید، شوهر میبایستی در اداره گرد آورده بمشابه پدر خوبی رفتار کند و ضابطه این امر نیز «مراقبت در امور شخصی»^۲ بود؛ یعنی مرد در انجام تکالیف ناشی از روابط زناشویی پای بند همان دقت و غبطهای بود که در امور خصوصی خود بکار میبست. قانون باین ترتیب از تنزل شوهر از مقام پدری خانواده جلوگیری مینمود، مستنبط از ماده ۱۳۵۹ سابق ق. م آلمان.

در چهارچوب این قاعده مرد مسئول تک تک خسارات بود. بنابراین شوهر نمیتوانست

۱ - نگاهی نیز به Gmür و Egger ماده ۲۰۰.

۲ - culpa in concreto

زوجه را سربرگرداند و بجای رفع خسارات معین مشارالیه را با ملاحظه نفعی که در مورد یا بنحوی دیگر عاید گردیده ساکت کند یا نتیجه کلی تصدی خود را برخ او بکشد. چنانچه مرد جهت ایفای وظایف خود خادم یا کمکی را بکار میگیرد ، بازهم مسئول تقصیرات آنها در حدود همان غبطه در امور شخصی خویش بود ، ماده ۱۳۵۹ سابق و ماده ۲۷۸ ق.م.آلمان. این قبیل دعاوی خسارات را زن تنها پس از ختم نظم اداره و انتفاع میتواند مطالبه کند. ولی اگر بر اثر رفتار شوهر بیم آن بود که حقوق زوجه برگرد آورده خود در معرض تجاوز قرار گیرد ، مشارالیه میتواند از وی درخواست تضمین بکند و در این شرایط قانون بزوجه حق میدهد که خسارات نامبرده را در مدت بقاء رژیم استیفاء نماید ، مادتين ۱۳۹۱ + ۱۳۹۴ پیشین ق.م.آلمان (۱).

اینک به بینم در نظم وحدت اموال چه میگردد. سویسیها در وضع احکام جوابگوئی شوهر بواسطه اداره ثروت زناشوئی از «قواعد مسئولیت منتفع» (۲) سرمشق گرفته اند. باین تقدیر مرد گرد آورده زن را در تمتع خویش دارد و در اینجا مثل منتفع مسئول «هر تقصیری» (۳) میباشد ، بند ۱ ماده ۲۰۱ + بند ۱ ماده ۷۵۲ ق.م.سویس .

تقصیر در ق.م.سویس دارای مفهوم وسیعی است . نه تنها تلف شی ، بلکه هر گونه نقصان ارزش آن نیز گریبانگیر مرد میشود ، مگر آنکه مشارالیه ثابت کند که خسارات مزبور بی تقصیر وی حادث گردیده . شوهر مسئول میزان واقعی و تام و تمام خسارات است . حتی تحریر گرد آورده (۴) اعم از اینکه مقرون به تقویم اموال باشد یا نه ، نایستی موجب تغییر خسارات گردد . وظیفه اثبات خسارت بعهده زن است (۵).

از شرح بالا وجه تمایز قواعد مسئولیت دورژیم در امر تصدی مرد آشکار میشود . ق.م.آلمان در این زمینه مراقبت شوهر را در امور شخصی خود کافی میدانست ، ولی ق.م.سویس باتوجه باحکام انتفاع مسئولیت مرد را بلحاظ اداره ثروت زناشوئی توسعه میدهد . علت این تندروی چیست ؟ بعقیده یکی از دانشمندان سویس این امر را بایستی ناشی از «موقعیت شوهر» دانست ، زیرا مرد در رژیم وحدت اموال در اداره ثروت زناشوئی آزادتر است و قدرت وی از اختیار قیم یا مدیر عادی یا شوهری که در نظم اداره و انتفاع حقوق آلمان میزیست ، بمراتب بیشتر است (۶). پس وقتی آزادی او باین درجه میرسد ، مسئولیت وی نیز بایستی شدیدتر باشد .

۲ - اداره زن

تصدی زوجه در هر دو رژیم امری استثنائی است ، چه قانون باتوجه به خواص و مقتضیات نظم اداره و انتفاع یا وحدت اموال و نیز اختیارات شوهر حدودی تعیین و بیرون از این حدود هر گونه حق اداره ای را از زن سلب میکند .

۱ - Erman و Planck ماده ۱۳۷۴ .

۲ - انتفاع بمعنای اخص ، حق انتفاع .

۳ - omnis culpa . نگاهی نیز به پاورقی شماره ۵ ص ۲۰ شماره ۸۱ همین مجله .

۴ - نگاه به پاورقی شماره ۱ ص ۴۱ شماره ۸۲ همین مجله .

۵ - Gmür ماده ۲۰۰ ، Egger ماده ۲۰۱ و Tuor ص ۱۸۵ .

۶ - نظر Gmür ماده ۲۰۰ .

الف - امور خصوصی - در رژیم «اداره وانتفاع مرد» زوجه میتواندست به کسب و پیشه‌ای اشتغال ورزد و مرد حق منع ویرا نداشت و همانطور که دیدیم ، منافع زن از کار یا کسب مستقل او مال حفظی مشارالیهاتلقی میشود و در نتیجه شوهر برآن حقی نداشت و از اداره وانتفاع آن بی نصیب بود. زوجه تا این حد میتواندست دارائی حفظی خود را اداره کند ، مواد ۱۳۶۳ ، ۱۳۶۷ ، ۱۳۷۱ و ۱۴۰۵ سابق ق. م. آلمان .

مرد در این قبیل امور تنها در صورتی حق جلوگیری از فعالیت مستقل زن را داشت که عملیات مشارالیهها با انجام تکالیف زناشویی مبادینت داشته باشد (۱) .

از طرفی زوجه میتواندست انجام خدمتی را در مقابل ثالث بعهده گیرد. مثل اینکه زن وکیل دادگستری ، یا پزشک یا معلم بود و متعهدله شرط مینمود که دفاع یا معالجه یا تعلیم شخص را خودمشارالیهها انجام دهد ، بند ۱ ماده ۱۳۵۸ سابق + مواد ۶۱۱ ، ۶۱۳ ، ۶۲۲ ق. م. آلمان . همچنین زوجه میتواندست ایفاء امری را برای کسی تقبل کند. برای مثال اداره خانه غیر را در برابر دستمزد شخصاً بعهده میگرفت ، بند ۱ ماده ۱۳۵۸ سابق + مادتین ۶۶۴ + ۶۷۵ ق. م. آلمان .

در اینگونه «تقبل خدمات شخصی» تصدی خود زوجه شرط بود . ولی گاه امکان داشت که اقدامات مزبور با شئون زناشویی سازگار نباشد ، در اینصورت مرد میتواندست مشارالیهها را از این عملیات باز دارد . بدین نحو که شوهر میتواندست رابطه حقوقی مزبور را پس بخواند ، مشروط برآنکه مشارالیه این امر را از دادگاه قیمومت درخواست و دادگاه ویرا ماذون درفسخ نموده باشد . و هرآینه معلوم میگرددید که فعالیت زوجه به مصالح زناشویی خدشه وارد میاورد ، دادگاه قیمومت مکلف بود که این اختیار را بشوهر اعطاء کند ، بند ۱ ماده ۱۳۵۸ سابق ق. م. آلمان . ولی هرگاه مرد تعهد نامبرده را اجازه کرده یا اذن دادگاه قیمومت جانشین اجازه شوهر شده بود ، دیگر حق فسخ برای مرد متصور نبود ؛ اجازه دادگاه قیمومت در صورتی میتواندست جای اذن شوهر را بگیرد که بیماری یا غیبت مشارالیه مانع از اعلام اجازه او و تاخیر در این امر مستلزم خطری بوده یا اینکه خودداری شوهر از اجازه حکایت از سوءاستفاده وی از حق خود کرده باشد . بعلاوه مرد در حال تفرقه حق فسخ نداشت ، بند ۲ ماده ۱۳۵۸ پیشین ق. م. آلمان .

در چنین شرایطی زوجه در رژیم اداره وانتفاع مرد میتواندست به تصدی امور خصوصی خود بپردازد یا انجام خدماتی را عهده دار شود .

درنظم وحدت اموال نیزمشی اصلی اداره امور اختصاصی زن همین است . ولی ق. م. سویس در شناسائی حق منع شوهر نسبت به عملیات تصدی زوجه لحن ملایمتری دارد . چنانچه زوجه بخواهد از خانه داری یا حمایت مرد در حرفه او روی گرداند و دنبال کسب و کاری رود ، محتاج به اجازه صریح یا ضمنی شوهر خواهد بود ، مستتب از بند ۱ ماده ۱۶۷ ق. م. سویس . و این امر نه تنها نسبت به حرفه و کسب مستقل مشارالیهها از قبیل طبابت یا معلمی یا دکانداری و نظایر آن ، بلکه همچنین در مورد هر نوع رابطه استخداسی مانند کارگری در کارخانه یا فروشندگی و همچنین

روزمزدی مانند رختشویی و امثال آن صدق میکند. در حقوق مدنی سوئیس اشتغال زن بحرفه یا صنعت با رضای شوهر در هر رژیم امکان پذیر است. چنانچه تصدی مستقل مشارالیه تجارتی باشد، زوجه تاجر بشمار میرود و مشمول مقررات و ثبت تجارتی خواهد بود. هرگاه شوهر از موافقت با اشتغال زن سر باز زند، در اینصورت قاضی میتواند چنین اختیاری به مشارالیه تفویض کند؛ اما زوجه بایستی ثابت نماید که این امر بلحاظ مصلحت جامعه زناشویی یا خانواده ضرور است، بند ۲ ماده ۱۶۷ ق. م. سوئیس. مثل اینکه خانواده نیازمند به درآمد زن باشد یا اینکه بواسطه تربیت یا استعداد مخصوص زوجه ادامه تصدی مغازه موروثی بدست او منطقی بنظر برسد. در این قبیل موارد اجازه شوهر فرض میشود (۱). اما منع شوهر در هر شرایطی نافذ نیست، بلکه نسبت باشخاص ثالث که دارای حسن نیت اند، در صورتی مؤثر تواند بود که بوسیله مرجع صلاحیتدار انتشار یافته باشد، بند ۳ ماده ۱۶۷ ق. م. سوئیس.

و سرانجام بایستی اشاره نمود که در حقوق مدنی سوئیس نیز محصولات و منافع ناشی از کار و پیشه مستقل زوجه و دارائی بنگاه کسب او مثل مغازه و غیره مال اختصاصی مشارالیه و مشمول احکام رژیم جدائی اموال است. بنابراین زن سوئسی نیز در این عرصه محدود مدیر دارائی اختصاصی خود میباشد، شماره ۲ و ۳ ماده ۱۹۱ و بند ۱ ماده ۱۹۲ ق. م. سوئیس.

ب - کلید داری - در مقررات پیشین ق. م. آلمان حق تصمیم در کلیه امور مربوط به زندگی مشترک زناشویی باشوهر بود. بخصوص تعیین محل اقامت و مسکن از خصایص وی بشمار میرفت. ولی اگر تصمیم مرد حاکی از سوء استفاده وی از حق خود بود، زن مکلف به قبول و اطاعت آن نبود.

با ملاحظه این احکام زوجه حق و وظیفه داشت که بتصدی «امور مشترک خانه» یا خانه داری پردازد. بعلاوه زن ملزم به کار کردن در خانه یا کسب شوهر بود، مشروط بدانکه اینگونه فعالیت مشارالیه بر طبق اوضاع و احوال موجود معمول بوده باشد.

این قواعد آثار کلی نکاح را بیان میداشت و قبل از مبحث روابط مالی زوجین عنوان شده بود، مادتین ۱۳۵۴ و ۱۳۵۶ سابق ق. م. آلمان.

اما ق. م. آلمان در همین مقام برای زن اختیار مخصوص دیگری را نیز امضاء نموده بود. زوجه میتواندست در قلمرو کارهای خانگی در تمهید امور شوهر اقدام و از او نمایندگی کند، بند ۱ ماده ۱۳۵۷ پیشین ق. م. آلمان. این اختیار کلیدداری (۲) نام داشت. مفهوم کلیدداری در هر رژیمی یکی بود و تغییر نمیکرد.

در حقوق مدنی سوئیس نیز همین مراتب منتها بشکلی دیگر مورد حکم قرار گرفته است. چه در آنجا هم شوهر «رئیس اجتماع» است. و اوست که مسکن زوجیت را تعیین میکند. زوجه نیز در قول و فعل همدوش مرد است و از وی در مراقبت از جامعه زناشویی آنچه در قوه دارد، حمایت میکند.

۱ - نگاه به A. Homberger ص ۷۵.

۲ - نگاهی نیز به ص ۰۱ - ۱۰۰ شماره ۸۰ همین مجله.

خانه داری بازن است. و بالاخره زوجه کلیددار خانه و در تمهید حوائج جاری خانه داری در کنار مرد نماینده جامعه زناشویی است، ماده ۱۶۰، بند ۲ و ۳ ماده ۱۶۱ و بند ۱ ماده ۱۶۳ ق. م. سویس.

در حقوق سویس نیز کلید داری زن در قسمت آثار عمومی نکاح عنوان گردیده است و فارغ از نوع رژیم مالی زناشویی میباشد. ولی قانونگذار سویس این مؤسسه را یکبار دیگر بطور جداگانه در نظم وحدت اموال بلحاظ اداره مورد توجه قرار داده میگوید:

« اداره تا حدودی با زوجه خواهد بود که مشارالیها در نمایندگی از جامعه زناشویی محق باشد. »، بند ۳ ماده ۲۰۰ ق. م. سویس.

باین ترتیب در هر دو نظم مالی زناشویی زوجه بواسطه اختیار کلیدداری تا حدود معین و با شرایط خاص از حق تصدی مالی برخوردار است، ولی اداره مشارالیها باین معنا امری استثنائی است.

وجه افتراق دو رژیم در آنست که ق. م. آلمان بانوی خانه را هنگام تصدی و تقبل عهود مربوط بامور کلیدداری بدیده نماینده شوهر مینگریست، و حال آنکه ق. م. سویس مشارالیها را در این سمت نماینده شخص زوج نمیداند، بلکه او را نماینده جامعه زناشویی میشمرد، گو اینکه این اختلاف تنها جنبه صوری دارد. خارج از حدود کلیدداری اختیار نمایندگی زوجه محتاج به اذن صریح باضمنی شوهر است، ماده ۱۶۶ ق. م. سویس. این نوع « نمایندگی فوق العاده » زن در حقوق مدنی آلمان بدیهی دانسته میشد و دستور خاصی نداشت.

ماهیت کلیدداری - کلید داری چیست و ذات و طبع آن کدام است؟ آیا از آثار شخصی نکاح است که بتوان آنرا بسبب علقه زناشویی از اوصاف شخصیت زوجه دانست یا آنکه در شمار احکام مربوط به مناسبات مالی زوجین میباشد؟ این موضوع در حقوق مدنی دو کشور محل بحث است.

در حقوق مدنی آلمان گفته میشد که کلیدداری « نتیجه مالی اختیار خانه داری » است. ولی این فکر مورد قبول اکثریت نبود و در نظر و عمل اغلب تمایل بخلاف آن داشتند و اختیار مزبور را از جمله آثار شخصی نکاح میشناختند (۱).

در حقوق مدنی سویس استدلال میکنند که زوجه در جنب زوج نمایندگی جامعه زناشویی را بعهده دارد. از اینرو هر دو میتوانند بنام اجتماع زوجیت تصدی و عمل کنند. و این دستور در ق. م. سویس پایه و مبنای احکام کلیدداری است. از اینرو تردید نباید داشت که اختیار نامبرده از اثرات شخص نکاح بشمار میرود (۲).

محتوی و شرایط کلیدداری - در هر دو رژیم یکسان است و تنها ناظر بر معاملات و عملیات الزام آوری است که زوجه اولاً در قلمرو روابط زناشویی (بنماینده گی از شوهر یا جامعه زناشویی)، ثانیاً در حدود رفع حوائج جاری خانه انجام میدهد. بنابراین کلید داری در مناسبات بین زن و شوی مربوط به کلیه اعمال حقوقی میگردد که بلحاظ تکلیف حضانت و حمل مخارج زناشویی و انفاق بر عهده مرد میباشد. مثل تهیه وسایل زندگی یا هزینه

۱ - wolf, Staudinger: Bem. 2 Art. 199 Eln G. zum BGB شماره ۴۳.

۲ - P. Mutzner ص ۱۷۹.

بهداشت زوجه و اولاد یا تجدید مداوم اثاثیه منزل یا تنظیم عقود خدمت با گماشتگان خانه و نظایر آن. زن با رعایت شرایط دو گانه بالا میتواند به رتق وفتق اینگونه امور پردازد. ولی هرگاه مشارالیها از اختیار کلید داری استفاده و باین مناسبت اعمال یا معاملاتى تقبل نماید و بر اثر این اقدامات کار باختلاف با ثالث بکشد، در اینجا دیگر زوجه حق طرح یا تعقیب دعاوی مزبور را نخواهد داشت، چه این کار از حدود احتیاجات گذرای خانه بیرون است (۱).
نماینده گی ناشی از کلید داری - در حقوق ژرمن کلیدداری با « نمایندگی جامعه زناشویی » بستگی خاصی داشت. ولی ق. م. آلمان از پذیرش این رابطه خود داری و کلیدداری زوجه را بر پایه « نمایندگی از مرد » استوار نموده بود. باین ترتیب زن کلیددار خانه و نماینده شوهر بود و باین عنوان از طرف وی اقدام مینمود.

حق نمایندگی زوجه بواسطه کلیدداری مبتنی بر قانون بود و از اینرو از یکسو باختیار یا وکالت تلویحی و از سوی دیگر با نمایندگی قانونی بمعنای اخص (بعلت عدم اهلیت استیفاء در موارد حجر و صغر و غیره) تفاوت داشت.

اما ق. م. سویس در تنظیم احکام کلیدداری بجنبه فردی این پدیده کمتر توجه میکند. سویسها میگویند نکاح تنها موجد رابطه ای قراردادی نیست، بلکه همچنین منشاء نوعی وحدت طبیعی ولاینفک میباشد، هر چند این فکر خود از حقوق ژرمن سرچشمه میگردد (۲).

همچنین یکی از محول حقوقدانان سویس چنین اظهار عقیده میکند که جامعه زناشویی با شرکت تعاونی انطباق ندارد، ولی با آن دارای خویشاوندی معینی است (۳). این دو تأمل میرساند که در امر کلیدداری نمایندگی زن از شوهر با خصالت زناشویی در نظام مدنی سویس سازگار نیست. در اینجا مصلحت زوجیت اقتضاء دارد که شوهر نماینده قانونی جامعه زناشویی و نمایندگی او فی نفسه نامحدود باشد، چنانکه بند ۱ ماده ۱۶۲ ق. م. سویس نیز بر همین امر گویاست. محدودیت وی در این باره بیشتر هنگام اقدام بنماینده گی هویدا میشود، یعنی هرگاه مشارالیه بنماینده گی از اجتماع زوجیت عملی انجام دهد، آن عمل شخص ویراعهده دار میسازد، بند ۲ ماده ۱۶۲ ق. م. سویس. از طرفی زوجه نیز دارای نمایندگی قانونی از جامعه زناشویی است، ولی نه به تنهایی، بلکه در کنار شوهر خود. این نمایندگی ناشی از قدرت کلیدداری مشارالیها و طبعاً محدود به همان حوائج جاری خانه داری است، ولی اعمال او در این باره باز هم شوهر را مسئول میسازد، ماده ۱۶۳ ق. م. سویس.

با این وصف اینکه زوجه در ق. م. سویس بنماینده گی از جامعه زناشویی و بعنوان همسر و شریک عامل اقدام با مری مینماید، ساختمان کلیدداری را عوض نمیکند. اختلاف دو قانون در این باره بیشتر معطوف به شکل است و از حیث محتوی و شرایط و اثرات اختیار نامبرده میان دو رژیم اختلاف بزرگی محسوس نیست (۴).

۱ - نگاهی نیز به Planck ماده ۱۳۵۷ - J. Zimmerli ص ۲۶ .

۲ - عقیده J. Zimmerli ص ۲۳

۳ - Gmür ماده ۱۶۲ .

۴ - نگاه به Lehmann ص ۵۶ - Zimmerli ص ۲۴ ببعده .

حدود کلیدداری - دیدیم که مشخص اصلی کلید داری دو چیز است : یکی آنکه عملیاتی که بر این منوال انجام میپذیرد ، مربوط به امور خانه داری باشد . و دیگر آنکه از این قدرت بمنظور رفع نیازهای جاری منزل استفاده شود . زن در رفع گذران خانه مثل تهیه آذوقه و پوشاک و تأدیه حق الزحمه پزشک و مزد خدمتکار و نظایر آن میتواند با رعایت شرایط نامبرده به تصدی بپردازد .

حال بایستی دید زوجه در تهیه امور و انجام این معاملات تا چه حد اختیار دارد . قوانین مدنی دو کشور در این موضوع صراحتی ندارد .

دانشمندان آلمان حل این مشکل را به تشخیص جامعه و گذار مینمودند . آنها میگویند در تعیین دامنه قدرت تصدی زن بیبایستی بررسی نمود که عرف و اخلاق چه میطالبند و روابط موجود اجتماعی خانه داری و امور خانه را چگونه تعبیر میکند . همچنین بیبایستی معلوم نمود که زوجین در چه وضع و موقعیتی بسر میبرند . و در هر حال در قضاوت این نکات بیبایستی واقع بین بود . زوجه هنگام تصدی نبایستی پا از گلیم خویش بیرون گذارد ، بلکه بیبایستی بهمان تمسیت امور خانگی و تقبل و ایفاء اعمال حقیقی و گاه حقوقی مربوط به آن راضی بماند . چه این محدودیت مقتضای اصل « اداره و انتفاع شوهر » است (۱) .

اما در نظم وحدت اسوال نیز احراز سعه و حدود کلیدداری با اندک تفاوتی فرع توجه به همین عوامل است . درست است که زن در اینجا نماینده جامعه زناشویی است ، ولی این امر اثری در حدود و دامنه اداره مشارالیها نمیگذارد . و نمایندگی مزبور در حقیقت محدود بهمان کلیدداری است . و ق . م . سوئیس نیز اینگونه اختیار زوجه را امری استثنائی دانسته نفوذ آنها تنها در همان چهار چوب خانه داری و احتیاجات جاری منزل تجویز میکند . از اینرو زوجین نمیتوانند ضمن قرار داد مالی زناشویی تراضی کنند که « ثروت زناشویی » در تصدی زن قرار گیرد ، چه این توافق خارج از حد قانون است و اصل اداره و انتفاع ثروت زناشویی بوسیله شوهر از جمله احکام آمره میباشد و دخالت زوجه در اداره ثروت زناشویی تا آنجا امکان پذیر است که لازمه نمایندگی مشارالیها از اجتماع زوجیت یعنی کلیدداری باشد .

در عین حال نبایستی فراموش کرد که این قبیل دستورهای مصون از تزلزل نیست و صفت امری بودن آنها در عمل نا استوار و ناپایاست ، زیرا هر آینه زن و شوی بخواهند از امر قانونگذار طفره روند ، کافی است که نظم وحدت اسوال را بگریان بیاندازند ، ولی بالفعل از این مقررات استفاده نکنند ! اینگونه « گریز از حکم » نیازی به بستن قرار داد مالی - زناشویی ندارد ، زیرا دستور بقوت خود باقی است و مرد بر طبق قانون همچنان مدیر « ثروت زناشویی » میباشد ، ولی زن در کشاکش مالی به تصدی بپردازد (۲) .

شکل نمایندگی - از نظر ق . م . آلمان زوجه بحساب شوهر اقدام به تصدی مینمورد . ولی این رابطه بیبایستی مشمول قواعدی باشد تا حقوق و تکالیف طرفین برابر یکدیگر در پرده ابهام نماند . از اینرو در حقوق مدنی آن کشور با استفاده از روش « شباهت

۱ - نگاه به Planck ماده ۱۳۵۷ و Endemann شماره ۱۷۰ .

۲ - همچنین Henrici ص ۴۱ .

ضابطه» (۱) احکام امر بمعنای اخصی را در این زمینه جاری مینمودند (۲). بر این قیاس شوهر حق داشت ایفای عملی را به زوجه امر کند. زوجه نیز میتواند از تعالیم وی انحراف جوید، مشروط بدانکه اذن مشارالیه باین انحراف از دستور بر حسب اوضاع و احوال و در صورت اطلاع شوهر از وضع موجود قابل فرض باشد. اما زن میبایستی پیش از انحراف از امر مراتب را بمرد اعلام دارد، مگر اینکه تأخیر مستازم خطری بوده باشد، مستفاد از ماده ۶۶۵ ق. م. آلمان.

همچنین زوجه مکلف به دادن گزارشهای لازم و در صورت درخواست شوهر اخبار وضع مأموریت خود و نیز تسلیم صورتحساب بوی پس از انجام عمل بود. این مقررات بواسطه پذیرش احکام مربوطه روابط آمر و عامل (ماده ۶۶۶ ق. م. آلمان) از طریق «هماندی دستور» بمعنای یاد شده بمناسبات داخلی زوجین سرایت میکرد. بنابراین باشمول احکام امر اختیار کلیدداری زوجه و در نتیجه حق اداره وی بطور ثانوی متحمل قیود و قواعدی میگردد.

امادر روابط خارجی کلیدداری تنها بمفهوم نمایندگی زن از شوهر بود. در توضیح این معنا بایستی گفت که تصدی زوجه در امور خانه و در حدود حوائج جاری آن، بعبارت دیگر کلیدداری اختیار زوجه بود. یعنی مشارالیهها مخیر بود از این قدرت قانونی خود استفاده کند یا نکند. انتخاب یکی از این دو شق موکول به تصمیم خود او بود و مشارالیهها در این قبیل اعمال الزامی به نیابت از زوج نداشت. ولی قاعده بر این جاری بود که عملیاتی که زن در قلمرو خانه داری و برای فراهم نمودن سامان خانه انجام میداد، به نمایندگی و بنام مرد تلقی گردد، مگر آنکه از اوضاع و احوال چیز دیگری برآید، جزء ۲ بند ۱ ماده ۱۳۵۷ سابق ق. م. آلمان. بنا بر این کلید داری از این طریق قابل تشخیص نبود که اعمال مزبور بنام شوهر صورت پذیرفته باشد، بلکه مشخص اصلی آن بود که شرایط دوگانه (امور خانگی - رفع حوائج جاری منزل) تحقق یافته باشد.

اما در حقوق مدنی سویس با آنکه زن نماینده جامعه زناشویی است، با وجود این مشارالیهها در این موارد آنچنان اقدام میکنند که گویی امر مربوط به شخص خود اوست. از اینرو کاملاً مساوی است که عملیات بنام چه کسی انجام میپذیرد. طرز انعقاد قرارداد مورد توجه قرار نمیگیرد و زن در حدود کلید داری میتواند بهمان نحو که در امور حقوقی خویش عمل میکند، اقدام نماید. آنچه ضرور است آنکه بین عملیات مزبور و امور خانه داری رابطه واقعی موجود باشد.

اثرات کلید داری : مسئولیت و دیون - در حقوق مدنی آلمان شوهر بفرآور حال و زندگی، درجه ثروتمندی و استطاعت کسب خود مکلف به انفاق زوجه بود، بند ۱ ماده ۱۳۶۰ پیشین ق. م. آلمان. هرگاه حضانت و انفاق در این شرایط مستوجب عمل یا

۱ - Analogie - همانندی دستور و جریان آن بفرآور معنا و تطبیق آن بامورد نظیر. - این اصطلاح را استاد دکتر سید حسن امامی به « وحدت ملاک » تعبیر فرموده‌اند. نگاه به جزوه اقرار - حقوق مدنی ص ۳۰، دکتر عبدالمجید قائم مقامی.

انعقاد معاملهای میگردید، زن میتواند در تهشیت این امور اقدام کند. چنانچه مشارالها در تقبل و انجام معاملات راجع بامور نگهداری و نفقه و از این بیشتر در ترتیب امور خانه و گذران زندگی از اختیار کلیدداری استفاده نمینمود، یعنی باسم خویش عمل میکرد، در اینصورت خود وی برابر ثالث مسئول و صاحب حق میگردید. ولی چنانچه مشارالها از این قدرت قانونی خود استفاده مینمود، یعنی از طرف شوهر اقدام میکرد و بنام او به انعقاد و تقبل عقود و عهودی میپرداخت، در اینحال مرد مواخذو متعهد میگرددید (۱). ثالث نمیتوانست بهر یک از آندو که میخواست، رجوع کند، بلکه میبایستی در مطالبه دین و درخواست ایفاء عملیاتی که زن باسم مرد وزیر عنوان کلیدداری بعهد گرفته بود، به شوهر مراجعه کند.

ولی مسئولیت تعاونی زوجه باین معنای ثالث با وجود استطاعت مالی شوهر از نظر تسهیل داد و ستد در امور کلیدداری به تواند به مشارالها نیز رجوع کند، محل تردید بود (۲).

از این گذشته نفقه در حقوق مدنی آلمان جنبه متقابل داشت و هرگاه مرد قادر بانفاق خود نبود، زوجه میبایستی بر حسب توانائی مالی و کسبی خود و بفرآور وضع و زندگی از عهده انفاق مشارالیه برآید، بند ۲ ماده ۳۶۳ سابق ق. م. آلمان. انفاق در اینجا امر اختصاصی زن تلقی میگرددید. بنا بر این در این قبیل موارد کلید داری مفهومی نداشت و موضوع نمایندگی از مرد منتفی بود.

حال اگر زوجه در صورت عدم استطاعت پرداخت شوهر بنام وی اقدام مینمود، عمل مشارالها فضولی و شخصی زن در اصطلاح حقوق مدنی آلمان «نماینده ای بی اختیار نماینده گی» (۳) شناخته میشود. نسبت باینگونه عقود چنانچه زوجه موفق باثبات اختیار نمایندگی خود از مرد نمیگردید و مشارالیه نیز از تنفید معامله زن امتناع مینمود، ثالث میتواند یکی از دو راه زیر را انتخاب کند:

یا از زن ایفای عقدا را بخواهد یا خسارت را، مستنبط از ماده ۳۵۷ و بند ۲ ماده ۳۶۰ سابق - بند ۱ ماده ۱۷۹ ق. م. آلمان.

در حقوق مدنی سویس هر چند زوجه هنگام بکار بردن اختیار کلید داری بسمت نماینده جامعه زناشویی اقدام میکند، با اینهمه شوهر مسئول اعمال مشارالها میگردد، مشروط بدانکه عملیات مزبور بطریقی که جهت ثالث قابل تشخیص باشد، از تهیه مایحتاج جاری خانه تجاوز نکند، بند ۲ ماده ۱۶۳ ق. م. سویس.

ولی این دستور استثناء هم دارد. باین معنای هرگاه به منظور «خانه داری مشترک» دیونی خواه از ناحیه زن یا شوهر ایجاد گردیده و مرد توانائی پرداخت نداشته باشد، در اینصورت زوجه بطور ثانوی مسئول خواهد بود، بند ۲ ماده ۲۰۷ ق. م. سویس. این گونه

۱ - در چگونگی و رابطه قاعده و استثناء نگاه به ص ۴۷ بعد همین شماره .

۲ - نگاه به Lehmann ص ۵۶ و Eggel ص ۳۴ .

۳ - Vertretung ohne Vertretungsmacht = falsus procurator - ۳

مسئولیت زن شخصی است ، یعنی مشارالیهها بایستی با کلیه دارائی خود اعم از گرد آورده و اختصاصی جوابگوئی کند (۱) .

ختم و سلب اختیار کلید داری - در حقوق مدنی آلمان مرد میتواند هر لحظه که بخواهد ، اختیار کلید داری زن را سلب یا محدود کند . این امر نتیجه جبری ساختمان کلیدداری در حقوق آلمان بود ، چه زوجه نماینده شوهر تلقی میگردد .

حقوقدانان آلمان براین قاعده خرده میگرفتند و میگفتند حق سلب یا تحدید کلید داری وسیله خطرناکی است در دست شوهر ، چه مشارالیه از این راه میتواند بدلیخواه خود باختیارات کدبانوی خانه بسختی آسیب رساند . و یگانه حدی که قانون بر اراده مطلق شوهر میگذارد ، جلوگیری از سوء استفاده اوست . یعنی هرگاه معلوم گردد که مرد در سلب یا تحدید اختیار زن سوء استفاده نموده ، دادگاه قیمومت میتواند بدرخواست زوجه رفع یا تحدید مزبور را ملغی سازد (بند ۲ ماده ۱۳۵۷ سابق ق . م . آلمان) . ولی این محدودیت نیز کافی نیست ، بلکه نوعی تحدید عمومی حق شوهری و فاقد جنبه خاص است .

در حقوق مدنی سوئیس شوهر در صورتی میتواند اختیار کلید داری زن را بطور کلی یا جزئی سلب نماید که مشارالیهها از نمایندگی جامعه زناشویی که قانون بوی اعطاء نموده است ، سوء استفاده کرده یا در بکار بردن این اختیار عدم لیاقت خود را به ثبوت رسانیده باشد ، بند ۱ ماده ۱۶۴ ق . م . سوئیس . بنا براین ق . م . سوئیس در تنظیم احکام سلب کلیدداری زوجه شدت بیشتری به خرج داده است .

ولی این احتیاط هم دردی دوا نمیکند و حقوقدانان سوئیس نیز اصولاً از اعطای چنین حقی بشوهر مینالند و این قاعده را متأثر از قدرت طلبی و خود رائی شوهر میدانند (۲) . مطابق قانون مدنی سوئیس هرگاه ثابت شود که سلب یا تحدید اختیار کلید داری زوجه ناموجه و من غیر حق بوده ، قاضی میتواند بدرخواست مشارالیهها آنرا لغو نماید ، بند ۱ ماده ۱۶۵ ق . م . سوئیس .

اثرات سلب یا تحدید کلید داری - در حقوق مدنی آلمان نفوذ اقدام شوهر به لحاظ سلب یا تحدید اختیار کلیدداری زن موکول به ثبت آن در ثبت امور مالی بود . پس از ثبت مزبور عمل شوهر در سلب جزئی یا کلی کلید داری میتواند نسبت به اشخاص ثالث مؤثر باشد . از طرفی علم ثالث از مسلوب یا محدودالاختیار بودن زوجه در هر مورد خاص از موجبات نفوذ سلب کلید داری بشمار میرفت ، مستنبط از ماده ۱۴۳۵ پیشین ق . م . آلمان .

در حقوق مدنی سوئیس نسبت به اثرات سلب یا تحدید کلیدداری و نوع تأثیر آن در مناسبات زوجین اتفاق نظر وجود ندارد . بر طبق عقیده ای سلب کلید داری از زوجه متضمن اختیار فرماندهی شوهر بر اولاد و خدمه نیست ، چه خانه داری حق و تکلیف زن است و در هر حال در دست وی خواهد ماند و این نکته ایجاب میکند که مشارالیهها همچنان صاحب قدرت کلید داری باشد . بنا براین سلب کلیدداری در روابط داخلی زن و شوهر بی اثر است و اثر آن تنها معطوف بمناسبات خارجی آندو میباشد (۳) .

۱ - نگاهی نیز به Gmür ماده ۱۶۳ ، Egger ماده ۲۰۰ و ۲۰۶ و Homberger ص ۷۴ بعد - همچنین رویه قضائی سوئیس : BGE قسمت دوم ۴۵۱ .
 ۲ - نگاه به Gmür ماده ۱۶۴ و Zimmerli ص ۶۰ و ۸۰ .
 ۳ - Gmür ماده ۱۶۴ .

ولی قول احوط مشعر بر آنست که سلب کلیدداری در مناسبات داخلی زوجین و مقابل شخص زوجه نیز انجام تواند یافت و این « اثر داخلی » سلب اختیار مزبور میباشد. در اینحال زوجه بایستی درحدود جدید قدم بردارد و چنانچه باین قید پشت پا زند، درحکم « عامل بی دستور » (۱) و موآخذ اقدام خود خواهد بود. و اصل اداره و انتفاع شوهر و ریاست اقتصادی وی در جامعه زناشویی و خانواده که مبنای رژیم وحدت اموال است، صحت این عقیده را تأیید میکند.

از نظر قانون مدنی سوئیس نیز سلب یا تحدید اختیار کلیدداری در صورتی در مقابل اشخاص ثالث نافذ خواهد بود، که بوسیله مرجع صلاحیتدار منتشر شده باشد، بند ۲ ماده ۱۶۴ ق. م. سوئیس. و الغاء سلب یا تحدید وقتی انتشار خواهد یافت که خود سلب یا تحدید قبلاً منتشر گردیده باشد، بند ۲ ماده ۱۶۵ ق. م. سوئیس.

۳ - تصرف

برای آنکه شوهر بتواند حقوق و تکالیف مربوط به تصدی را بنحو کامل استیفاء و اجراء نماید، میبایستی گرد آورده زن را در تصرف خویش داشته باشد. از اینرو ماده ۱۳۷۳ سابق ق. م. آلمان بمرحق میداد که اشیاء متعلق به گرد آورده را در تصرف گیرد. به تصرف آوردن گرد آورده حق و تکلیف شوهر بود (۲). با این وصف تصرف باین معنا نبود که مشارالیه بحکم قانون متصرف اموال میباشد. بعبارت دیگر تصرف اشیاء مزبور بصرف استقرار نظم اداره و انتفاع خود بخود با و انتقال نمیافت، بلکه مشارالیه باستناد این اختیار کلی میتوانست چنین تصرفی را تحصیل نماید.

ق. م. آلمان درباره نحوه تحصیل تصرف شوهر بر گرد آورده زن دستوری نداشت و در حقوق مدنی آن کشور تردید مینمودند که آیا شوهر برای نیل به تصرف تنها حق اقامه دعوی بطرفیت زوجه خود دارد یا اینکه میتواند سر خود اقدام نماید و با « توسل به قدرت

۱ - Geschäftsführerin ohne Auftrag؛ ماده ۴۲۰ ق. م. تمهیدات سوئیس.

۲ - تصرف در حقوق مدنی آلمان و سوئیس حق شناخته نمیشود، بلکه عبارتست از استیلائی واقعی شخص برشی اعم از منقول یا غیر منقول. بنابراین تصرف تنها رابطه حقیقی شخص با شی است و حال آنکه مالکیت رابطه حقوقی ایندو میباشد. متصرف و مالک شی اغلب یک شخص است، ولی تصرف همیشه ملازمه با مالکیت ندارد. با اینهمه متصرف دارای چنان موقعیت و نفس تصرف محفوف به چنان حقوقی است که استیلائی واقعی برشی بصورت نوعی « رابطه شبه حق » جلوه میکند. از اینرو قانون از تصرف بنحوی خاص حمایت مینماید و در مورد شی منقول آنرا موجد فرض مالکیت میداند، یعنی فرض میکند که متصرف شی مالک آن است. همچنین تصرف را قابل انتقال و وراثت میشمرد. بنابراین مراتب بالا تصرف دارای انواع و درجاتی بشرح زیر میگردد:

الف - تصرف بیواسطه و بواسطه - هر گاه شخص بموجب یکی از انواع روابط حقوقی نظیر انتفاع بمعنای اخص یا رهن یا اجاره و نظایر آن شی را برای مدتی در تصرف داشته باشد یا بزبان حقوق ق. م. سوئیس چنانچه متصرف شی معین را بلحاظ حق محدود عینی یا شخصی بدیگری واگذار کند، در اینحال در آن واحد دونوع تصرف وجود خواهد داشت:

تصرف بیواسطه - منتفع یا مرتهن یا مستأجر متصرف واقعی و مستقیم و بیواسطه شی است. در حقوق مدنی سوئیس این قسم تصرف را غیر مستقل مینامند.

(بقیه پاروقی در صفحه بعد)

شخصی» (۱) گرد آورده را در سلطه واقعی خویش گیرد.

گروهی مرد راتنها دارای اختیار طرح دعوی بر ضد زوجه میدانستند و خود مختاری شوهر را تنها در صورت بروز شرایط «اعمال قدرت شخصی» بمعنای عام (ماده ۲۲۹ ق. م. آلمان) مجاز می‌شمردند.

اما موافق تفسیر دیگر مرد نمیتوانست در تصرف گرد آورده زن به قدرت شخصی

(بقیه پاورقی شماره ۲ صفحه قبل)

تصرف بواسطه - تصرف بواسطه یا واسطه تصرف کسی است که تصرف را برای متصرف بیواسطه یکی از اسباب ناقله نامبرده فراهم میکند. مثلاً انتفاع دهنده (مالک شی) یارهن یا موجر متصرف بواسطه میباشد. بنابراین در انتقال تصرف رابطه ید سابق با شی بلحاظ تصرف بکلی قطع نمیشود، منتها نوع تصرف وی فرق میکند. ق. م. سویس در اینجا ضابطه را مالکیت دانسته این قسم تصرف را تصرف مستقل میخواند. باین ترتیب کسی که بعنوان مالک متصرف شی باشد، دارای تصرف مستقل است. باین وصف گاه ممکن است متصرف تصرف خود را بکلی از دست بدهد. مثلاً در عقد بیع، پس از تسلیم مبیع به مشتری.

ب - تصرف بواسطه اقرب و ابعد (تصرف بواسطه درجه یک و دو) - در حقوق مدنی آلمان ممکن است «متصرف بواسطه» تصرف غیر مستقیم را بنوبه خود متلقی از ثالث باشد، در این صورت باز هم ثالث متصرف است و تصرف او بواسطه و ابعد خواهد بود. برای مثال مستأجر عین مستأجره را بدیگری اجاره میدهد، در این صورت مستأجر ثانی متصرف بیواسطه است، مستأجر اول (یعنی موجر ثانی) متصرف بواسطه (یا واسطه تصرف) و موجر اولی متصرف بواسطه ابعد یا واسطه اصلی تصرف میباشد.

ج - تصرف مالکانه و غیرمالکانه و تصرف مشترک و جزئی اقسام دیگر تصرف است که ذکر آنها از حوصله این مقال بیرون است.

د - خادم تصرف - هر نوع سلطه واقعی را نمیتوان تصرف دانست. گاه بجای استیلائی حقیقی وضع خاصی منوط امر میباشد. بدین معنا که کسی بموجب نوعی «رابطه اتکائی شخصی یا اجتماعی» شیء را بحساب دیگری (صاحب تصرف) درید خود دارد و از فرمان او نسبت به شیء پیروی میکند. این شخص را خادم یا معاون تصرف میگویند. مانند خدمتگار یا رختشو، شاگرد - دکان، کارگر کارخانه یا کارمند مؤسسه. خادم تصرف متصرف نیست، بلکه عامل کار متصرف حساب میشود و متکی به نامبرده و مکلف به انجام تعالیم وی میباشد. متصرف سببی که کلفت هنگام خرید بکار میبرد، این زن نیست، بلکه ارباب اوست.

۱ - توسل به قدرت شخصی یا خود مددگاری (Selbsthilfe = self-help) - مقابله باحمله، خطر یا خودسری در قلمرو حقوق مدنی دو کشور دارای سه شکل اصلی است: دفاع مشروع، ضرورت و اعمال قدرت شخصی (خود مددگاری). اما اعمال قدرت شخصی در مورد تصرف شکل و معنای خاصی دارد. توضیح آنکه قانون تصرف را به دو نحو مشمول صیانت خاص میسازد: یکی شناسائی دعوی تصرف که راجع است به اعاده تصرف سابق از مشی قضائی در صورت حقوق تصرف عدوانی خواه بشکل سلب یا مزاحمت. و دیگر همین توسل به قدرت شخصی یا خود مددگاری است که بموجب آن متصرف میتواند با خود سری نامشروع یعنی استبداد غیر (سلب تصرف) از طریق اعمال قدرت مقابله کند. حقوق دو گانه زیر قسم خود مددگاری متصرف است:

رفع تجاوز - متصرف ملک میتواند تجاوز یا سلب نامشروع تصرف را با توسل بقدرت بر طرف سازد و با طرد متجاوز مال را دوباره در استیلاء خویش گیرد.

استرداد قاهرانه شی منقول پس از سلب کامل تصرف - مثل در آوردن شی از چنگ سارق در جرم مشهود فوری پس از وقوع بزه و (یا) در تعقیب دزد.

خود توسل جوید. استدلال آنها چنین بود که ق. م. آلمان در هیچ کجا خودروی شوهر و تصرف قاهرانه وی را بیان ننموده است و این قول از نظر صلاحیت زن اقوی بنظر میرسد. باعتبار نوع و درجه تصرف شوهر متصرف بیواسطه و منفرد گرد آورده بود. ولی اینکه آیا زوجه متصرف بواسطه تلقی میگردد یا نه، مورد بحث بود.

هرگاه زن در لحظه استقرار رژیم اداره و انتفاع متصرف بواسطه شی بود یا بعد چنین تصرفی را تحصیل مینمود، در اینصورت مشارالیه متصرف بواسطه درجه یک (اقراب نسبت به ثالث یعنی متصرف بیواسطه) و مشارالیهها متصرف بواسطه درجه دو (ابعد) میگردد و در این تردیدی نبود.

در مورد اسباب خانه بشرط وجود اجتماع خانوادگی زن تنها «خادم تصرف» بود (۱) ! ق. م. سویس در باره روابط تصرف زوجین نسبت به ثروت زناشویی مطلقاً چیزی نمیگوید. ولی این نحاشی قادر به قلب ماهیت رژیم نیست، چه در اینجا نیز حفظ حقوق شوهری و تسهیل اداره مستلزم شناسائی تصرف مرد است.

همچنین در حقوق مدنی سویس در اثبات تصرف شوهر گفته اند که با استقرار نظم وحدت اموال گرد آورده زن به تصدی شوهر در میآید و این خود موجب «رضی واقعی» است که بموجب آن زوجه مکلف به دادن گرد آورده خویش به مرد میشود. از اینرو با تحقق رژیم وحدت اموال وی حق دارد تسلیم گرد آورده را از زن بخواهد و دیگر نیازی به انتقال جداگانه تصرف یا ثبت آن در ثبت املاک و غیره نمیشد. و چنانچه زن از تسلیم گرد آورده امتناع کند، مرد بایستی از مجرای قضائی پیش برود و در این راه میتواند بر ضد ثالث یا زوجه خود اقامه دعوی کند. اعمال قدرت شخصی شوهر در تحصیل تصرف جائز نیست (۲).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۲ - نگاهی نیز به Staudinger و Planck ماده ۱۳۷۳ ، Neustadt ص ۲۸۷ ،

Mittels ص ۴۷ و Lehmann ص ۸۱

۳ - نگاه به Gmür ماده ۱۹۴ و Egger مادتين ۲۰۰ و ۱۹۵