

# مذاکرات پیش از عقد در نکاح؛ از ماهیت تا تأثیر حقوقی<sup>۱</sup>

محمد صادقی<sup>۲</sup>

## چکیده

قانون مدنی و قوانین مرتبط، غالباً نسبت به تعهدات پیش قراردادی و ابعاد آن سکوت بوده و یا اساساً متعرض نشده است؛ حقوق دانان نیز فراتر از شقوق قانونی وارد بحث از مذاکرات پیش از عقد نشده‌اند. مسأله اصلی در این خصوص آن است که مذاکراتی که منتهی به عقد نکاح می‌شود چه ماهیتی دارد و تأثیر حقوقی آن چگونه است؟ در نوشتار حاضر ماهیت موضوع مورد نظر را دائر بر احتمالاتی از قبیل شرط، مقدمه لازم، مقدمه واجب، قول و موضوع قرارداد مورد بحث قرار داده و به سبب گستردگی مصادیق مذاکرات پیش از نکاح، حسب مورد مصادیقی متصور خواهیم بود. با این حال چون مفاد مذاکرات پیش از قرارداد ارزش حقوقی یکسانی ندارد و ضمانت اجرای مترتب بر آن منوط به نحوه مراوده طرفین است، باید متناسب با ماهیت هر یک از شقوق ناظر به مذاکره ضمانت اجرای خاصی را در نظر داشت تا علاوه بر رعایت موقعیت طرفین عقد نکاح، تأثیر شرایط بر تداوم عقد به نحو استقلال مشخص شود. بنابراین، بر اساس تقسیم‌بندی ارائه شده، در صورت تخطی از مفاد مذاکره پیش از ازدواج، ضمانت‌های اجرایی از قبیل صحت، حق فسخ و انحلال نکاح قابل اعمال خواهد بود که البته روش‌های جایگزینی نیز وجود دارد تا مانع اختتام عقد نکاح به سبب عدول از مفاد مقرر در مذاکرات گردد.

## واژگان کلیدی

مذاکرات پیش از عقد، عقد نکاح، شرط، قول و عهد، عرف، روش‌های جایگزین حل اختلاف

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۲/۱۵؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۸/۶

sadeqi67@gmail.com

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید، قم، ایران

## مقدمه

با توجه به این که غالب عقود به نحوی بر مذاکره و قراردادهای قبلی مبتنی هستند و طرفین بر اساس گفتگوها به موضوع عقد مبادرت می‌ورزند، شناخت صحیح ابعاد و مسائل حقوقی این مهم ضرورت دارد. طبعا در نکاح نیز زوجین طی مرحله شناخت از یکدیگر و قبل از انعقاد عقد، مذاکراتی را صورت می‌دهند. از این مرحله می‌توان به عنوان دوره پیش قراردادی تعبیر کرد که در آن، دو طرف امکان بستن قرارداد را با یکدیگر می‌آزمایند و ضمن مذاکره در مورد شروط و قیود تعهد پیش روی، تمام ابزارهای ضروری را برای انعقاد قرارداد به‌کار می‌گیرند تا در نهایت به هدف خود که همان انعقاد قرارداد اصلی است، برسند (طالب‌احمدی، ۱۳۹۲، ص ۱۸). در واقع، طرفین در این مرحله، اوصافی را درباره خود و تعهدات غیر رسمی مطرح کرده، قول‌هایی به یکدیگر می‌دهند که ممکن است مفاد آنچه اعلام کرده‌اند، در کسب رضایت طرف مقابل مؤثر باشد و آن‌ها را به نکاح سوق دهد. پس در اینجا نیز مانند سایر عقود، پذیرفتن ایجاب از زمان اتمام مذاکره و قبول مفاد آن خواهد بود. از این منظر، مذاکرات قبلی، در عقدی چون نکاح از اهمیت و حساسیت زیادی برخوردار است؛ زیرا فارغ از شروطی که در قباله نکاح درج می‌شود، شرایط و مفاد بسیاری وجود دارد که بعضا در شروط مندرج نگنجد، یا ضمن عقد نکاح مورد تصریح زوجین قرار نمی‌گیرد. بنابراین، بسیاری از مذاکرات زوجین در قالب نهادهای مشهوری چون تدلیس، شرط ضمن عقد و مواردی از این قبیل تفسیرپذیر نیستند؛ لذا مصادیق مختلفی از قول و قراردادهای پیش از ازدواج باقی می‌ماند که طرفین عقد نکاح با رعایت آن، طرف مقابل را برای زوجیت می‌پذیرند. در حالی که ممکن است طی ایام زوجیت این قرارها از سوی طرف مقابل نادیده گرفته، یا مورد انکار واقع شود.

به‌رغم مورد ابتلا بودن این وضعیت در زندگی بسیاری از زوجین، نه تنها حکم قانونی در این خصوص وجود ندارد، حقوق‌دانان نیز متعرض چنین مسأله‌ای نشده، صرفا آن را در بستر نهادهای موجود در حقوق مدنی (همچون طلاق و فسخ) تحلیل می‌کنند.<sup>۱</sup> به عنوان

۱- به عنوان نمونه، رک: محقق داماد، ۱۳۸۷: ۳۳۵؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۰۵؛ امامی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص ۴۵۹ و ج ۵، ص ۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۹۷.

مثال، چنانچه در ایام آشنایی دختر و پسر، طی مراحل خواستگاری منتهی به انعقاد عقد، دختر به سبب این ذهنیت صحیح که پسر به‌رغم نداشتن شغل مناسب، از خصایص اخلاقی زیادی برخوردار است، از عدم برخورداری او از اشتغال مناسبی که مدنظر اوست، چشم‌پوشی کند و بر این منوال تن به زوجیت او دهد، لکن پس از مدتی خصایص و روحیات اخلاقی زوج رنگ ببازد، وضعیت چنین موضوعی از حیث حقوقی چگونه خواهد بود؟ یا فردی خود را نمازخوان و مقید به امور مسلم شرعی معرفی کند، اما بعد از عقد مشخص می‌شود دیگر مقید نیست؛ در حالی که امور شرعی برای طرف مقابل اهمیت قابل توجهی دارد و اگر قبل از انعقاد عقد این امر احراز می‌شد، حاضر به زوجیت نمی‌گردید. مثال دیگر راجع به فردی است که قول داده شش ماه بعد از انعقاد عقد، اقدام به برگزاری مراسم عروسی کرده، زندگی مشترک را آغاز کند؛ در حالی که مثلاً هشت ماه از عقد گذشته و فرد عنوان می‌کند که فعلاً پولی برای برگزاری جشن عروسی و تهیه منزل ندارد. یا از زوج که پزشک عمومی است، سؤال شده باشد که آیا می‌خواهد سطح تخصص رشته خود را ادامه دهد، و این مهم برای زوج و خانواده او موضوعیت داشته باشد، اگر زوج در مراسم خواستگاری قول دهد در آزمون‌های تخصصی شرکت می‌کند، اما بعد از عقد نکاح عنوان کند که از درس خواندن خسته شده و تمایلی به تلاش در سطح تخصص ندارد، تکلیف چنین قول و قرارهایی چیست؟ آیا اساساً این قبیل مسائل تأثیری در عقد نکاح خواهد داشت؟ وجه تأمل در این موضوع که مصادیق آن محدود هم نیست، از این روست که این قبیل موارد همواره در قالب‌های اشاره شده قرار نگرفته، لزوماً از ضمانت اجرای حقوقی مشابهی نیز برخوردار نیست. البته در عمل، چنین مسائلی به مرور زمان ممکن است باب شکل‌گیری شرایط دیگری برای زوجین را فراهم کند و در نهایت موجب اقدام ایشان به طرح دعوی طلاق شود. روشن است که چنین امری نه تنها نباید مجوزی برای عدم ورود علم حقوق باشد، بلکه حمایت بیشتر آن را نیز می‌طلبد؛ زیرا این امر از مسائل مهمی است که جوانب متعدد حقوقی، اجتماعی و اخلاقی دارد و عدم توجه به آن نه تنها توجیه حقوقی ندارد، بلکه باید روش‌های جایگزین نیز بررسی شود و اقدامات لازم در این زمینه صورت پذیرد تا موجبات حمایت بیشتر از نهاد خانواده فراهم آید.

با این پیش فرض و با امعان نظر به مسأله فوق‌الذکر در این مقاله در پی طرح مسائل حقوقی ناظر به موضوع مزبور خواهیم بود و برای طرح آن حسب مورد از نهادهای حقوقی متعدد کمک خواهیم گرفت تا ضمن تفسیر ماهیت مذاکرات پیش از عقد نکاح، وضعیت حقوقی آن مشخص شود. در بیان این موارد صرفاً به مسائل هنجاری اکتفا نکرده، حسب اهمیت، مسائل اثباتی و روش‌های جایگزین را نیز مورد تمسک قرار خواهیم داد. در این خصوص به نظر می‌رسد که نباید قائل به وضعیتی عام و واحد بود؛ زیرا حسب مورد باید دید شرایطی که طرفین مطرح می‌کنند، به چه صورت و در چه قالبی پیش‌بینی شده است. از این رو، مفاد مقرر فیما بین باید حسب مراتب اعلامی تحلیل و تفسیر گردد؛ لذا در این مقاله به تحلیل و تفسیر شقوق مربوط خواهیم پرداخت.

## مفهوم‌شناسی مصطلحات

### ۱- مفهوم مذاکره

با امعان نظر به وجود معانی متعدد حقوقی، سیاسی و ارتباطی برای مذاکره یا گفتگو/مخدا، ۱۳۷۳، ج ۱۲، *ذیل واژه: معین*، ۱۳۷۱، ج ۲، *ذیل واژه: مراد از مذاکره یا گفتگوی پیش از ازدواج*، مجموعه‌ای از صحبت‌ها، اعلام شرایط و ملاک‌ها، علایق، سلیقه‌ها و مسائلی از این قبیل است که قبل از انعقاد علقه زوجیت میان طرفین عقد نکاح مطرح شده و ایشان بر اساس همین مسائل اقدام به انتخاب طرف مقابل به عنوان همسر می‌نمایند. در واقع مذاکره و گفتگو بستر پیدایش قرارداد را فراهم کرده، شرایط عمل حقوقی پیش روی را فراهم می‌سازد (طالب احمدی، ۱۳۹۲، ص ۳۵؛ انصاری و طاهری، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۱۷۷؛ آنچه در این خصوص حائز اهمیت است، آن است که مذاکره در عین هم‌پوشانی، با خواستگاری و نامزدی تفاوت‌هایی دارد و این مفاهیم لزوماً یکی نیستند. در واقع، مذاکره هم می‌تواند مقدمه خواستگاری و نامزدی محسوب شود و هم ممکن است در اثنای خواستگاری یا نامزدی تحقق یابد. از این رو دامنه مفهومی مذاکره پیش از ازدواج، اعم از مراحل خواستگاری و نامزدی و آن دسته از مسائلی است که در مرحله قبل از تحقق عقد نکاح مطرح شده، تأثیر بسزایی بر شکل‌گیری ازدواج دارد. در مجموع و با توجه به برخورداری مذاکرات از شقوق

و مصادیق متعدد(بر اساس میزان اهمیت و دامنه اثرگذاری)، باید حتی‌الامکان اقسام متعدد آن را تصریح و وضعیت حقوقی هر یک را به تفکیک تحلیل کرد. در بند آتی در این خصوص بحث خواهیم کرد.

## ۲- اقسام مذاکره

همان طور که اشاره شد، مذاکره برای ازدواج اقسام و شقوق متعددی دارد که مواردی از آن بسته به سلیقه و ملاک طرفین جنبه شخصی می‌یابد و اغلب دیگر نیز ممکن است جنبه نوعی داشته، برای هر کسی مطرح شود. ملاک دیگر در تفکیک اقسام مذاکره قبل از ازدواج، اثرگذاری بر اساس نقش ثالث(افرادی غیر از طرفین ازدواج) خواهد بود و در واقع ملاکاتی است که مثلاً خویشاوندان یا خانواده طرفین در نظر داشته، بر مبنای آن موافقت یا مخالفت قانونی یا عرفی خویش را اعلام می‌نمایند. منشأ تقسیم‌بندی دیگر، مسأله تمهیدی یا نهایی بودن مذاکرات است؛ با این توضیح که برخی از مفاد مذاکرات ممکن است جنبه تمهیدی داشته، ابزاری برای ملاک‌های دیگر قلمداد شود؛ لکن مواردی دیگر، فی نفسه موضوعیت داشته، جنبه اصالی دارند. در ادامه به نحو اختصار، اقسام موارد فوق را تبیین می‌کنیم:

### الف- مذاکره شخصی و مذاکره نوعی

مذاکره بر مبنای شخصی و نوعی، آن دسته از شرایط و ملاک‌هایی است که حسب مورد برای شخص خاص یا اشخاصی که در شرایط معین قرار دارند، موضوعیت یافته، مبنای تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد. به عنوان نمونه در مورد دخترانی که علاقه زیادی به هنرپیشگی دارند، یکی از ملاک‌های غالب، جلب نظر مثبت همسر آینده برای بازیگری است و از حیث عرفی، هر دختری در شرایط علاقه بسیار به این پیشه، چنین ملاکی را مطرح می‌کند و در صورتی که طرف مقابل با این مهم موافقت نکند، به احتمال زیاد حاضر به ازدواج با وی نخواهد شد. بنابراین، در صورتی که مرد قبل از ازدواج با این ملاک موافقت کند، استنکاف از رضایت قبلی دشوار بوده، ممکن است ادامه زندگی زناشویی را با مشکل مواجه سازد. اما مثال ملاک شخصی، آن است که در صورتی که عرف مسلم و قطعی یک مکان، رعایت حجاب کامل باشد، لکن اتفاقاً دختری در همان محل اعتقادی به حجاب نداشته

باشد و برای او آزادی پوشش یک ملاک مهم و اساسی قلمداد شود، چنانچه مردی حین مذاکره، شرایط او را بپذیرد و بعد از ازدواج به‌رغم تلاش متعارف برای اقناع او، قادر به تحمل رفتارهای زوجه نباشد و زوجه نیز شرایط حاضر را تاب نیاورد، ادامه زندگی ممکن است دشوار شود و شرایط را دگرگون سازد. از نظر عرفی ممکن است اعلام شود که در هر دو مثال فوق، رابطه مذکور می‌تواند ختم به انحلال عقد نکاح گردد؛ لکن از حیث حقوقی، باید مشخص شود که ماهیت واقعی آن چیست و چنین مسأله‌ای با چه وضعیتی روبروست و از حیث حقوقی چه تأثیری بر رابطه زناشویی دارد؟

### ب- مذاکره بر اساس نقش اشخاص

آنچه در شرایط اجتماعی کنونی محسوس می‌نماید، تأثیر اشخاص مختلف بر شکل‌گیری، تداوم و اختتام روابط زناشویی است. در واقع علاوه بر زوجین که نقش مسلمی در این خصوص دارند، اشخاص ثالث (اعم از خانواده‌ها، دوستان و شرایط محلی) نیز نقش قابل توجهی ایفا کرده، حتی در طرح ملاک زوجین اثرگذاری خاصی را خواهند داشت. این اثرگذاری که اغلب جنبه ترغیب یا تحریک دارد، باعث می‌شود شخص بر اساس میزان اثرگذاری ثالث، ملاک خویش را انتخاب کرده یا تغییر دهد. البته در مواردی، تأثیر ثالث، جنبه اکراهی یا اضطراری نیز می‌یابد که برخلاف ملاک دختر یا پسر، این نظر و ملاک ثالث است که منجر به انتخاب می‌شود. از این رو فارغ از مسائل حقوقی راجع به اکراه یا اضطرار، مسأله حاضر باید مورد نظر و بررسی واقع شود. مثالی که می‌توان در این خصوص بیان کرد، وجود نهادهایی مانند شیربهاست که در مبحث مربوط در ادامه به آن اشاره خواهیم کرد.

### ج- مذاکره تمهیدی و مذاکره اصالی

مذاکره به منظور توافق برای انعقاد علقه زوجیت، بر اساس میزان اصالت و موضوعیت آن به تمهیدی (مقدماتی) و اصالی تقسیم می‌شود. در واقع چنانچه مذاکره مبنایی برای تصمیم مهم‌تری باشد، تمهیدی است؛ اما مذاکره‌ای که مفاد آن برای هر یک از طرفین

موضوعیت داشته باشد، اصالی بوده، عدم رعایت آن در آینده نقش مؤثرتری خواهد داشت. به عنوان نمونه، مشخصات فردی مانند نام یا نام خانوادگی از مسائلی است که به لحاظ عرفی چندان موضوعیت ندارد و صرفاً بنایی برای شناخت بعدی است. با این حال، شغل، سن، منزلت اجتماعی و مواردی از این قبیل از اصالت برخوردار است و فارغ از سایر شرایط برای طرفین موضوعیت دارد.

در این مقال باید به این مهم نیز عنایت داشت که خود مذاکره و گفتگو در عقد نکاح جنبه تمهیدی دارد و زمانی واجد ابعاد و آثار حقوقی مورد بحث این مقاله خواهد بود که منتهی به انعقاد عقد شود و در امتداد زندگی مشترک صحت و سقم مفاد آن احراز گردد.

## ماهیت حقوقی

شناسایی وضعیت و آثار حقوقی مصادیق مذاکره پیش از ازدواج، حسب مورد در گرو شناخت ماهیت حقوقی آن است. پیش از پرداختن به صور احتمالی، باید اذعان کرد که چون مبنا و نوع مذاکرات متمایز و مجزا از یکدیگر است، به نظر می‌رسد نتوان برای مطلق مذاکره قبل از ازدواج ماهیت و حکم واحد و یکسانی قائل شد. از این رو لازم است متناسب با هر مورد، وضعیت حقوقی خاص آن را بررسی و تحلیل کرد. در ادامه با امعان نظر به تقسیم‌بندی مقرر، به تحلیل حقوقی ماهیت احتمالی هر یک از مصادیق مذاکره برای ازدواج نایل خواهیم شد.

### ۱- موضوع قرارداد

یکی از احتمالاتی که ممکن است برای ماهیت مذاکره پیش از ازدواج مدنظر قرار گیرد، آن است که مفاد مذاکرات، به مثابه موضوع و جزئی از عقد باشد. بر این اساس، عقد ازدواج مجموعه‌ای از اراده، مذاکره، اقدام و توافق است و نمی‌توان این موارد را از یکدیگر مستقل و جدا دانست. در این مبنا، همان‌گونه که در عقد بیع برای ابتیاع یک کالا ابتدا وصف، جنس، وضعیت، شرایط و میزان موضوع مورد نظر بررسی و نهایی می‌شود و همه این‌ها جزئی به هم پیوسته از قرارداد هستند، در نکاح نیز کلیه مراحل، شکل‌دهنده عقد است و در

واقع عقد، مقوله‌ای جز تداعی جمعی این موارد نیست. بنابراین، مذاکرات قبل از ازدواج، همان مقدمات واجبی هستند که برای تحقق علقه زوجیت اهمیت اساسی دارد. وجه دیگر تقویت این مبنا آن است که اگر مذاکرات، اهمیتی مجزا از عقد نکاح داشت، لااقل باید برای آن ارزشی مستقل قائل شد؛ کما این که شروط ضمن عقد - به عنوان یکی از مصادیق نشأت گرفته از مذاکره - از اهمیتی اساسی برخوردار است و وضعیت و ماهیتی جداگانه دارد. نتیجه و اثر عملی این مبنا آن است که وضعیت حقوقی مذاکرات ازدواج، جدا از عقد نکاح نیست و باید برای این دو حکم واحدی قائل شد و ماهیت مذاکره را با رعایت سایر لوازم تحقق عقد، تابعی از عقد دانست.

## ۲- شرط

از نظر حقوقی، رایج‌ترین و مهم‌ترین ماهیتی که می‌توان برای مفاد مذاکره و شرایط طرفین قائل شد، حسب مورد و مصداق، شرط مستقل (ابتدایی)، شرط بنایی قبل از عقد و یا شرط ضمن عقد است که بر اساس آن‌ها، مطابق شرایط، مفاد مذاکرات طرفین یا به عنوان شرط ضمن عقد در نظر گرفته می‌شود یا به مثابه شرط مستقلی است که عقد متبانیاً بر آن واقع می‌گردد. به عنوان مثال، مذاکره و توافق مربوط به عقد نکاح را می‌توان همانند آنچه قبل از عقود دیگر، مورد مذاکره و توافق قرار گرفته و تا لحظه انشای عقد باقیست و عقد مبتنی بر آن واقع می‌گردد، از مصادیق شرط مستقل قبل از عقد دانست (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۱۷۹) که به موجب آن طرفین قبل از انشای عقد در ارتباط با آن التزاماتی را پذیرفته‌اند که عقد مبتنی بر آن واقع می‌شود (همان، ص ۱۷۸)؛ فارغ از این که از حیث فقهی و حتی حقوقی در باره ماهیت و صحت شرط قبل از عقد اختلاف نظر است<sup>۱</sup>، حکم این مبنا که مفاد مذاکره به نحوی داخل در شروط صحیح باشد، از منظر حقوقی روشن است و قانون مدنی نیز در دو ماده ۱۱۱۹ و ۱۱۲۸ به آن اشاره دارد. از همین رو اغلب مصادیق راجع به این مبنا در مقررات یا آثار حقوق دانان مورد اشاره قرار گرفته است. با این حال، به شرحی که اشاره

۱- برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: محقق داماد، ۱۳۹۵: ۱۸۳-۲۰۴؛ طالب احمدی، ۱۳۹۲: ۳۷۶-۳۸۷.



کرده‌ایم، تمامی مصادیق مذاکرات، مصداق این مهم نیست و طبعا نتیجه همه آن‌ها مختوم به حق فسخ نخواهد بود.

در اینجا اشاره به این موضوع ضروری است که در رویه قضایی نیز از مصادیق و عناوین مشهور و مورد ابتلاء راجع به مفاد مذاکرات منتهی به ازدواج، شرط ضمن عقد یا شرط ابتدایی است. به عنوان نمونه دعاوی متعددی از قبیل درخواست طلاق به دلیل فرزندان نشدن زوج به موجب شرط مقرر در عقدنامه ازدواج؛ شرط ضمن عقد محسوب شده<sup>۱</sup> و دعاوی فسخ نکاح به دلیل کتمان افسردگی توسط زوجه؛ در فرضی که عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد/پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۲، ص ۱۵۶) کتمان عیب جسمی؛ در فرضی که صراحتاً یا متبانیاً شرط شده باشد/همان، ص ۳۲۳) کتمان ازدواج سابق زوجه/همان، ص ۵۰۷، ۶۰۲، ۶۱۷ و ۷۵۹) و دعاوی فسخ به دلیل عدم بکارت؛ در فرضی که مبنیاً بر باکره بودن جاری شود/همان، ص ۶۰۷) از مصادیق شرط ابتدایی محسوب شده است. در واقع، مطابق رویه، دعاوی مشابه هریک از دعاوی مقرر در صورتی می‌تواند موجب ایجاد حق فسخ شود که به صورت ضمن عقد شرط شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد یا اینکه به حد تدلیس برسد/همان، ص ۵۰۷ و ۶۰۲).

### ۳- مقدمه لازم یا وصف کلی

برخلاف مبنای نخست (موضوع قرارداد)، رویکرد حاضر، مذاکره را نه جزئی از عقد نکاح می‌داند و نه آن را مقدمه واجب محسوب می‌کند؛ بلکه مذاکره، یک وصف مهم - نه لزوماً اساسی - برای تحقق نکاح است و باید آن را مقدمه لازم قرارداد زوجیت دانست. در واقع بر این اساس، مذاکره صرفاً مقوله‌ای لازم و مقدماتی برای تحقق عقد نکاح است و فی‌نفسه هیچ ماهیت حقوقی ندارد و برای آن ضمانت اجرایی نیز متصور نخواهد بود؛ مگر آن که طرفین به آن وجاهت حقوقی بخشیده، آن را در قالب نهادهای حقوقی واجد ضمانت اجرا (مثل شرط ضمن عقد) رسمیت بخشند.

۱- ر.ک به: پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۲، ص ۷۱۴

فارغ از این که این مبنا در مواردی مثل امور بديهی مربوط به مشخصات کلی طرفین و شرایط عمومی آنان که هر شخصی می‌تواند از آنها مطلع شود، قابل پذیرش است، به دلیل تنوع مذاکرات پیش از ازدواج نمی‌توان همه شقوق مذاکره را به مثابه مقدمه لازم تلقی کرده، فاقد ضمانت اجرای حقوقی مستقل از عقد نکاح بدانیم. بنابراین، پذیرش ماهیت مقدمه لازم و کلی برای مذاکرات صرفاً محدود به آن دسته از مفادی خواهد بود که نه لزوماً برای طرفین موضوعیت دارند و نه به نحوی هستند که عرف اغماض از آنها را مخل عقد یا زندگی زناشویی بدانند.

#### ۴- عهد یا قول و قرار

ماهیت دیگری که می‌تواند محل تأمل باشد، شناسایی مذاکرات قبل از نکاح به عنوان یک عهد یا وعده (قول و قرار) - نه تعهد مستقل یا شرط ضمنی یا جزئی از قرارداد یا لزوماً مقدمه لازم - است.<sup>۱</sup> بر اساس این مبنا، با توجه به این که ماهیت مذاکره برای تشکیل قرارداد نکاح متفاوت از شرط ضمن آن است و نمی‌تواند یک وصف و یا مقدمه لازم نیز تلقی شود، باید برای آن ماهیتی مستقل متصور شد؛ زیرا اولاً مفاد این مذاکرات در مواردی که ممکن است عقد نکاح محقق نشود، به تنهایی محل حق و تکلیف قرار نمی‌گیرد؛ ثانیاً انعقاد عقد نکاح در مواردی قائم به همین موارد است و عدم احتمال تحقق آن، مستوجب عدم قبول طرف مقابل

۱- البته در خصوص نسبت عهد و عقد باید اذعان کرد که از یک منظر، عقد به معنای تعهد و برگرفته از عهد است. یعنی بر یک مبنا، می‌توان عقد را مرادف عهد دانست؛ لکن اگر جزئی‌تر به این نسبت بنگریم، در مواردی عقد و عهد (قول و قرار) با یکدیگر تفاوت‌هایی دارد؛ کما این که در برخی منابع آمده است: «و العهد هو التزام خاص فی قبال شخص أو أمر، و هو إما بالتکوین أو بالقول. و التعهد تفعل و يدل علی المطاوعه و الاختیار، کما أن التوفی أيضاً كذلك، فمعنی التعهد، اختیار العهد و انتخابه. و التوفی بمعنی انتخاب الوفاء و اختیاره» (مصطفوی، ۱۴۰۲ هـ، ج ۱۳، ص ۱۶۳) در واقع عهد، لازمه عقد است و لزوماً همان نیست؛ لذا این دو مفهوم نسبت عموم و خصوص مطلق با یکدیگر خواهند داشت. (یزیدی، ۱۴۱۵ هـ، ج ۳، ص ۱۲۳)؛ زیرا تمامی عهود لزوماً پشتوانه حقوقی نداشته، اغلب تنها جنبه وجدانی و اخلاقی دارند. در حالی که عقد، تعهدی با ضمانت اجرای حقوقی است؛ ولو جنبه اخلاقی نیز داشته باشد؛ یعنی عهد برخلاف عقد، فاقد ربط حقوقی میان دو طرف است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹ هـ، ج ۵، ص ۲۰۶). برای مطالعه بیشتر در خصوص نسبت عهد و عقد، به عنوان نمونه ر.ک: موسوی خمینی، بی‌تا، ص ۳۷-۳۵؛ انصاری، ۱۴۱۰ هـ، ج ۶، ص ۱۹۰-۱۹۱.

خواهد بود. ثالثاً در اینجا اگر تصور شود که مقصود از وعده، لزوماً التزام و تعهد به معنای حقوقی نیست و این مهم بیشتر جنبه اخلاقی و وجدانی دارد، چنین تصویری همواره قابل قبول نیست؛ زیرا وعده، نه تنها در ادب پارسی به معنی عهد و پیمان آمده، در زبان حقوقی نیز به معنی تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۹۳/الف، ج ۱، ص ۲۸۰) از این رو باید ماهیت مذاکرات پیش از نکاح را - اگر دلالت و قرینه‌ای مبنی بر اعلام ماهیت از سوی طرفین وجود نداشته باشد- نوعی قول و قرار دانست و بر اساس مقتضیات قانونی و عرفی تعهدآور محسوب کرد. از این منظر، مفاد مذاکره در نکاح را باید به مثابه قولنامه برای عقد بیع و وعده‌ای برای قرارداد و تعهد نهایی شناخت. از این رو، ولو ماهیت مذاکرات طرفین عقد نکاح در قبل از انعقاد عقد به عنوان موضوع قرارداد یا شرط یا مقدمه و وصف محسوب نشود، اصولاً مصداقی از عهد یا قول خواهد بود و همچون سایر وعده‌ها التزام به آن پس از قبول طرف مقابل محقق می‌شود. پس، مفاد مذاکره به سبب وعده بودن آن، الزام‌آور خواهد بود؛ لکن نوع و نیروی الزام‌آور در آن منوط به نحوه مرادده طرفین عقد نکاح و مسائل حقوقی و عرفی ناظر به آن است و از همین رو ضمانت اجرای متفاوتی در پی خواهد داشت.

### تأثیر عدم رعایت مفاد بر عقد و راهکار حقوقی جایگزین

پس از بیان ماهیت و طبع حقوقی مذاکره پیش از ازدواج مبنی بر این که اگر دلالت روشن بر نهادی خاص نداشته باشد، می‌تواند نوعی وعده تلقی شود، لازم است مشخص شود که تأثیر آن بر عقد نکاح چیست؟ آیا در مثال‌های متعددی که به عنوان نمونه بیان شد، باید قائل به انحلال عقد باشیم یا خیر؟ آیا غیر از انحلال یا صحت، ضمانت اجرای دیگری (همچون حق فسخ) متصور خواهد بود؟ و فراتر از این‌ها، آیا به‌رغم وجود اقسام مختلف و ماهیت متعدد این اقسام و مصادیق، امکان قائل شدن ضمانت اجرای واحد و مشابهی وجود دارد؟

#### ۱- ضمانت اجرای عدم رعایت مفاد مذاکرات بر عقد نکاح

در پاسخ به پرسش اخیر، به نظر نمی‌رسد بتوان برای همه اقسام مذاکرات ضمانت اجرای

مشابهی قائل شد؛ زیرا گفتیم اولاً مصادیق و اقسام مذاکره و مفاد آن متعدد است. ثانیاً میزان اهمیت این موارد نیز بسته به مورد و حسب انگیزه و ملاک اشخاص متفاوت و متغایر است. ثالثاً تعدد اقسام و ملاکها، اقتضای تعدد ابعاد و آثار حقوقی دارد و لزوماً نباید همگی را به مثابه یکدیگر قلمداد کرد. بنابراین، همان‌طور که اقسام و ماهیت مختلف مصادیق مذاکره برای ازدواج به صورت مجزا مورد بررسی قرار گرفت، در ادامه از منظر این تعدد، اثر حقوقی آن را بر ازدواج ارزیابی خواهیم کرد.

**الف- مواردی که تأثیری در صحت عقد نکاح ندارد:** یکی از ضمانت‌اجراهایی که ممکن است در خصوص برخی مفاد مذاکره متصور شود، صحت عقد نکاح و عدم اثرگذاری استتکاف از مفاد مقرر بر عقد بعدی است. این موارد، در واقع مصادیقی هستند که بر اساس انگیزه و اراده طرفین، نه به عنوان بنا و موضوع اساسی توافق ازدواج محسوب می‌شوند و نه شرط اساسی و ضروری که مستوجب بطلان یا حق فسخ گردند. در حقیقت، مواردی که باعث بطلان نکاح یا فسخ آن نمی‌شوند، آن دسته از مذاکراتی خواهند بود که از حیث عرفی یا شخصی قابل مسامحه بوده، عدم رعایت آن‌ها خللی در رابطه منتهی به نکاح نمی‌شود. این عدم خلل نیز یا ممکن است به علت عدم موضوعیت مصداق برای طرف مقابل یا چشم‌پوشی و انصراف او از معیار اولیه باشد. با این حال، چنانچه مصداق از مواردی نباشد که مشروطاً از آن چشم‌پوشی نماید، مورد از مصادیق راجع به شرط فعل خواهد بود که به موجب آن و بر اساس مواد ۲۳۷ الی ۲۴۰ قانون مدنی، امکان الزام به اجرا به وجود می‌آید و صرفاً در صورت عدم وجود شرایط مربوطه در ماده ۲۳۹ برای طرف مقابل حق فسخ وجود خواهد داشت.

**ب- موارد موجد حق فسخ برای طرف مقابل:** آن دسته از مفادی را که برای طرف مقابل موجد حق فسخ باشد، باید در مواردی چون نتیجه ماده ۲۳۹ و حکم مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی مورد اشاره قرار داد. در واقع، این موارد از مصادیقی هستند که به نوعی از ابتدا پوشیده هستند و بعداً احراز می‌شوند. علاوه بر مصادیق فوق که صراحتاً در قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است، موارد دیگری نیز در شمول این حکم قرار خواهند گرفت تا چنین مسأله‌ای جنبه حصری نیابد. به عنوان نمونه، همان‌گونه که نص

ماده ۱۱۲۸ قانون مذکور آورده، «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». در واقع حکم اخیر، ملاکی عام ارائه می‌دهد که بر اساس آن می‌توان مصادیق متعدد را شناسایی کرد. بنابراین، مثال‌هایی که در مقدمه اشاره شد، در صورتی که عقد مبتنی بر وجود وصفی در یکی از زوجین منعقد گردد یا بر وجود وصفی شرط شده باشد، می‌توان برای مشروط‌له قائل به حق فسخ بود در غیر این صورت، حکم ضمانت اجرای تخطی از مفاد مذاکره کماکان محل تأمل خواهد بود که باید آن را داخل در صورت دیگر دانست.

**ج- مواردی که ممکن است باعث انحلال عقد نکاح شود:** ضمانت اجرای برخی از صورت تخطی از مفاد مذاکره پیش از ازدواج، انحلال است؛ یعنی نتیجه‌ای غیر از صحت یا فسخ را در پی خواهد داشت. مصداق بارز این وضعیت و مثال‌هایی را که در شمول بحث فسخ نمی‌گنجد، باید حکم ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی دانست که اشعار می‌دارد: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. ... عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد... موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید».

در واقع، مصادیق مختلفی از تخطی و عدول از مفاد مذاکرات منتهی به نکاح را که در شمول دامنه مصادیق راجع به حق فسخ و صحت قرار نمی‌گیرند، می‌توان - با رعایت شرایط - مشمول عسر و حرج دانست که احراز آن منوط به ضوابط مقرر در ماده فوق است. بنابراین، در خصوص مثال‌هایی که به عنوان نمونه، در ابتدای مقاله اشاره شد، چنانچه دختر با این ذهنیت صحیح که پسر به‌رغم نداشتن شغل مناسب، از خصایص اخلاقی زیادی برخوردار است، از عدم اشتغال مناسبی که مدنظر اوست، چشم‌پوشی کند و

بر این منوال تن به زوجیت او دهد، لکن پس از مدتی خصایص و روحيات اخلاقی زوج رنگ ببازد و منتهی به سوء رفتار مستمر گردد، یا این که فردی خود را نمازخوان و مقید به مسائل شرعی معرفی کند، اما بعد از عقد مشخص می‌شود اصلاً مقید نیست، در حالی که این مهم برای طرف مقابل اهمیت قابل توجهی دارد، همین مسأله منجر به شکل‌گیری شرایطی شود که عرفاً با توجه به وضعیت همسرش قابل تحمل نباشد، قاعدتاً چنانچه مشمول ضوابط شروطی که می‌تواند منتهی به حق فسخ شود نباشد، باید قائل به انحلال از طریق ضابطه ماده اخیرالذکر بود. نکته مهم در این خصوص آن است که عسروجرح موضوع ماده مورد اشاره صرفاً متوجه زوجه است و در مورد زوج دلالتی ندارد. در واقع این مقرر تنها در خصوص تخطی از مفاد مذاکراتی است که به نفع زوجه باشد و غیر از آن را شامل نمی‌شود. با این حال، این به معنای رد عدم وجود ضمانت اجرای قانونی و حقوقی برای زوج نیست؛ زیرا طبق مبانی راجع به حق طلاق و ضوابط مربوط به آن، ماده مزبور ناظر به احقاق حقوق زوجه (روشن و صادقی، ۱۳۹۵، ص ۴۱۲) و نگرش اجتماعی به مصالح خانواده برای خروج از بن‌بست است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۸-۱۷ و ۲۶۱) و برای زوج نیز این امکان وجود دارد که مطابق عمومات از جمله قاعده فقهی نفی عسر و حرج و مبنای ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی از دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.

## ۲- نقش عرف و نقش آفرینی ثالث بر ضمانت اجرا

با وجود این که مصادیق عدیده مفاد مذاکره پیش از ازدواج را به نحوی می‌توان در تقسیم‌بندی مورد اشاره قرار داد و حسب مورد مشمول ضمانت اجرای مربوط دانست، این مسأله نیز اهمیت دارد که میزان اثرگذاری عرف یا اشخاص ثالث بر موضوع چگونه است؟ در واقع پرسش این مبحث آن است که آیا برای مسائل عرفی و ناظر به ثالث باید وضعیت یا ضمانت اجرای مستقلی قائل بود یا خیر؟

اهمیت این بحث از آن روست که در مبحث نخست اشاره کردیم یکی از اقسام مهم مذاکرات زوجین، تقسیم بر اساس میزان نقش دیگران و مسائل عرفی است. در واقع، گاهی ممکن است بدون این که زوجین لزوماً برای یکدیگر مسأله‌ای را مقرر نمایند، متلزم به

مسائلی شوند که در آن نقشی ندارد؛ لیکن برای آنان تعهداتی را به ارمغان آورده است. با توجه به این که از مصادیق قلمرو حاکمیت عرف، تعیین حدود تعهدات طرفین و اجزا و لوازم مورد توافق است (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۳۰۴-۳۰۵) و مصادیق این فرض از حیث زمان و مکان متفاوت است، مثال روشنی که می‌توان برای آن اشاره کرد، وجود سنتی به نام شیربها در برخی مناطق است که در زمان کنونی، عقد نکاح را بدون در نظر گرفتن شیربها جاری می‌سازند و پرداخت آن بر اساس توافق جداگانه میان خانواده دختر و شوهر است (روشن و صادقی، ۱۳۹۵، ص ۴۵۲). در واقع، اینجا لزوماً ممکن است دختر نیز راضی به دریافت نباشد؛ اما چون بر اساس عرف مکان و مطابق نقش ثالث چنین مفادی اجرایی می‌شود، باید دید آیا این مهم تأثیری در نکاح دارد یا خیر؟

به‌رغم این که در مورد ماهیت این امر از حیث حقوقی و فقهی مبانی مختلفی وجود دارد،<sup>۱</sup> آنچه از نظر عرفی و اخلاقی قابل اذعان می‌نماید، این است که اگر شیربها را داخل در احکام مهریه بدانیم، زوج متعهد است برابر با مقررات آن را بپردازد و اثر آن بر نکاح نیز مطابق مقررات روشن است؛ اما چنانچه آن را نهادی غیر از مهریه بدانیم، چون مربوط به تراضی زوج با خانواده زوج است، از نظر حقوقی اثری بر نکاح نخواهد داشت؛ مگر آن که به صورت ضمن عقد شرط شده باشد. در این صورت، چون زوج یک طرف تعهد شناخته می‌شود، باید آن را تابع ضوابط مقرر در بحث شرط ضمن عقد بدانیم. به هر حال، این مسأله در یک صورت هنوز محل تأمل خواهد بود؛ زیرا بنا بر یک مبنا، شیربها در صورتی مطرح است که خانواده زوج آن را در ازای اعلام رضایت خویش برای ازدواج اعلام کند و چون این امر مترتب بر اذن ولی می‌شود، وضعیت و آثار نکاح بعدی محل ابهام خواهد بود. البته بر همین مسأله نیز این ایراد باقی است که اخذ این وجه برای خانواده و به‌ویژه ولی قهری خارج از غبطه و مصالح راجع به ولایت است و چون امری خارج از مقررات است، اثری حقوقی نخواهد داشت.

۱- برای مطالعه این موارد، رک: روشن و صادقی، ۱۳۹۵، ص ۴۵۴-۴۵۵.

نهایتاً در خصوص مسأله مورد نظر در این مبحث باید قائل به این مبنا بود که چون عرف یک منبع تکمیلی محسوب می‌شود و نقش ثالث نیز ابتدائاً اثری بر مفاد مذاکرات میان طرفین نکاح ندارد، در وهله نخست باید حدود اثرگذاری این دو مقوله را محدود به ضوابط عرفی و اخلاقی بدانیم و تنها در صورتی از حمایت حقوقی برخوردار خواهد شد که در قالب یکی از نهادهای قانونی مقرر(مثل شرط ضمن عقد، قید صفت خاص و امثال آن) اعلام یا احراز گردد یا این که در جهت تشخیص این نهادها یا تطبیق مفاهیم بر مصادیق مؤثر باشد؛ یعنی برای فهم معنا یا مصداق مذاکرات و حمل آثار قانونی بر آنها منشأ تمسک قرار گیرد.

### ۳- سازوکار حقوقی جایگزین

عطف به ضمانت اجراهای مورد اشاره، نظر به اهمیت حمایت از نهاد خانواده و دشواری احراز آن دسته از مفاد مذاکره که شفاهی باقی مانده، این مسأله باقی است که آیا از حیث هنجاری و اثباتی، راهکاری وجود دارد که بر اساس آن حتی‌الامکان بتوان مانع ضمانت اجراهای منتهی به اختتام روابط زناشویی و عقد نکاح شد؛ وجه این امر از آن روست که انحلال نکاح از امور مربوط به نظم عمومی است(کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵) و برای حمایت از حقوق خانواده باید در عین تفسیر مضیق قواعد مربوط به انحلال نکاح، در مواردی که امکان مصالحه و حفظ کیان خانواده می‌رود، از طریق نهادهای حقوقی حمایت مقتضی را به عمل آورد و صرفاً به عنوان احتمال آخر، از انحلال استقبال کرد. در واقع، اجرای قواعد تعهدات در حقوق و تکالیف خانوادگی نباید همراه با بی‌پروایی و غفلت از شخصیت انسان و ضروریات آن باشد(کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۱۱۲)؛ زیرا تکالیفی که اشخاص در روابط خانوادگی با هم پیدا می‌کنند، هر چند به معنی عام کلمه تعهد است، تابع قواعد مادی و فنی تعهدات قرار نمی‌گیرد و جهات معنوی و اخلاقی آن چندان قوی است که آثار مالی رابطه را نیز زیر نفوذ خود قرار می‌دهد(همان، ص ۴۵). از این منظر، به نظر می‌رسد چون ازدواج مبتنی بر حسن معاشرت میان زوجین است و حدود این امر را عرف اجتماعی مشخص می‌کند(محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۱۵)، در همه مراحل زندگی مشترک، امور اخلاقی بر



جوانب حقوقی محض مقدم می‌نماید؛ لذا لازم است مسائل مربوط ابتدا از طرق اخلاقی و غیرحقوقی حل و فصل شود. از این رو، در صورت حصول اختلاف میان زوجین راجع به تعهدات یا مذاکرات قبلی، به نظر می‌رسد روش‌های جایگزین حل و فصل اختلاف، سازوکار مناسبی برای اصلاح رابطه مخدوش در عقد نکاح و جلوگیری از انحلال عقد و خانواده است؛ لذا در خاتمه، به عنوان یکی از آثار حقوقی مرتبط با حمایت از خانواده، تأثیر مواردی مانند مذاکره، داوری، اصلاح‌گری و میانجی‌گری را به نحو اختصار بیان می‌کنیم و به منظور اجتناب از اطاله کلام، از بیان تفصیلی این سازوکارها خودداری می‌نماییم.<sup>۱</sup>

**الف- مذاکره<sup>۲</sup> و داوری<sup>۳</sup>:** ساده‌ترین و کم‌هزینه‌ترین شیوه مواجهه با اختلاف میان طرفین عقد نکاح، مذاکره دوجانبه میان زوجین و یا اشخاص ثالث مؤثر در سرنوشت روابط زناشویی است. در این روش غیرتشریفاتی، از این جهت که هم شرایط خاص منتهی به اختلاف را برای طرفین تداعی می‌کند و هم بازیگر اصلی حل و فصل، خود طرفین یا خویشاوندان دخیل در اختلاف هستند، اثرگذاری بهتری در عدم افشای شرایط خانوادگی دارد و امکان توافق تکمیلی بر اساس شرایط کنونی را نیز فراهم می‌آورد. در واقع، مذاکره - به عنوان روش حل اختلاف - می‌تواند متمم مذاکرات پیش از عقد و اتفاقات بعد از آن باشد و نتیجه‌ای واقعی‌تر نسبت به شرایط مشترک زوجین متنازع به‌دست دهد؛ زیرا برخلاف سایر روش‌ها، مذاکره بدون دخالت بیگانه صورت می‌گیرد و گفتگوی طرفین عنصر اصلی آن است (درویشی هوبید، ۱۳۹۳، ص ۱۶). داوری نیز روشی ترافعی است که بر اساس آن، طرفین اختلاف در دعوی خانوادگی مبادرت به حل دعوا از طریق داور یا هیأت داوری مرضی‌الطرفین می‌کنند. این روش البته در فصل چهارم قانون حمایت خانواده نیز مدنظر قرار گرفته شده است که هدف آن صلح و سازش میان زوجین است. با این حال، تحدید حل و فصل غیرقضایی اختلاف به داوری، امکان برخورداری از تسهیلات و مواهب روش‌های دیگر را محدود می‌کند و می‌تواند از کاستی‌های حل و فصل دعاوی خانوادگی در قانون مزبور باشد.

۱- برای مطالعه بیشتر در خصوص سایر جوانب حقوقی مفاهیم مربوط، ر.ک: درویشی هوبید، ۱۳۹۳.

2- Negotiation

3- Arbitration

ب- اصلاح‌گری (سازش)<sup>۱</sup> و میانجی‌گری<sup>۲</sup>: حل و فصل اختلاف به روش تراضی و تسالم را اصلاح‌گری یا سازش می‌نامند. برخلاف داوری که در مقام حل توافقی اختلاف مبادرت به صدور رأی می‌شود، در میانجی‌گری، میانجی که غالباً از خویشاوندان زوجین است، تلاش می‌کند مواضع طرفین را به یکدیگر نزدیک کند و راه‌حلی ارائه نماید که مورد تأیید ایشان باشد (Zlatanska & Fawehinmi, 2016, P.147) به این معنا که (در سازش) شخص ثالث در مقام حل و فصل اختلاف، به نسبت روش میانجی‌گری، فراتر عمل می‌نماید و می‌تواند نزاع طرفین را فیصله دهد (Hubert, 2009, P. 119).

میانجی‌گری نیز به معنای اصلاح ذات‌البین و اقدام شخصی غیر از طرفین اختلاف است (Ciancio, 2013, P.1) که از طریق تحریک تفاهم طرفین و تسهیل روابط ایشان تلاش می‌شود به صلح و سازش طرفین منتهی گردد (Patterson, 1998, P.594). به بیان دیگر، میانجی با کمک به طرفین اختلاف، راه‌حلی ممکن برای حل اختلاف را تسهیل می‌نماید. در میانجی‌گری، روند حل اختلاف تسهیل می‌شود و در آن، میانجی لزوماً نظر فصل‌الخطابی برای طرفین ندارد و اگر هم داشته باشد، برای طرفین الزام‌آور و لازم‌الاجتناب نخواهد بود (Patterson, 1998, P.594). به این معنا که باید آن را به منزله پیشنهادی تلقی کرد که نظر و رضایت طرفین به آن قوت می‌بخشد یا به فعلیت می‌رساند.

قانون حمایت خانواده نیز در ماده ۱۶ برای تحقق صلح و سازش (به معنای نتیجه اختلاف و دعوی خانوادگی) قوه قضائیه را موظف به ایجاد مراکز مشاوره خانوادگی کرده است. این در حالی است که هر یک از روش‌های مورد اشاره این هدف، محدود به قوه قضائیه نیست و هر شخصی که به نحوی در تحکیم خانواده و جلوگیری از انحلال ازدواج مؤثر باشد، این امکان را خواهد داشت که زوجین را ترغیب نماید.

---

1- Conciliation  
2- Mediation

## یافته‌های پژوهش

ارتباط مستقیم نکاح با مذاکره و تعامل طرفین، محدود به مرحله قبل از انعقاد عقد نیست و در امتداد و حتی پس از زندگی زناشویی نیز تداوم دارد؛ لذا ضریب و دامنه این دوام در گرو میزان معاشرت صحیح زوجین است. از این رو به همان میزان که مراودات دوران زندگی مشترک بر ادامه زناشویی تأثیر دارد، مراودات و مذاکرات قبل از ازدواج نیز بر سرنوشت زندگی مشترک زوجین اثرگذار خواهد بود. از این رو در عین التزام به مسائل اخلاقی، شناسایی جوانب و وضعیت حقوقی این مهم، ضروری است. در این مقاله در عین عنایت به حقوق خصوصی هر یک از طرفین عقد نکاح، با ذهنیت تداوم‌بخشی به زندگی مشترک و جلوگیری از انحلال زندگی شکل گرفته میان زوجین، ضمن بیان اقسام مذاکرات منتهی به عقد نکاح، ماهیت حقوقی متناسب با هر یک از مصادیق تحلیل شد و حسب مورد در یکی از دسته‌های قراردادی، شرط، مقدمه لازم و یا قول قرار گرفت. متعاقب این ماهیت، ضمانت اجرای تخطی و عدول از هر یک از صور مورد اشاره بیان و میزان اثرگذاری عرف و ثالث نیز در این ضمانت اجرا بیان گردید. از همین جهت، موارد ذیل به عنوان نتیجه و پیشنهاد مورد امعان نظر می‌باشد:

۱- در وضعیت کنونی، قانون مدنی در باره آن دسته از مفاد مقرر که مبتنی بر وصف یا شرطی باشد، قائل به حق فسخ برای طرف مقابل شده است و در حکمی دیگر، مسائلی را که منجر به عسر و حرج باشد نیز با شرایطی منتهی به انحلال نکاح دانسته است. روشن است که این مقررات تنها ناظر به مصادیق داخل در شمول موادی از جمله ماده ۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و یا ۱۱۳۰ می‌شود و راجع به فراتر از آن مسکوت است. از این رو شناسایی ضابطه عام در این خصوص ضروری است تا در باره سایر مصادیقی که داخل در این مقررات نیستند، حکم مقتضی مشخص شود. بنابر آنچه آمد، در صورتی که طرفین یا ضوابط حقوقی و عرفی، راجع به روابط زناشویی دلالت روشنی از ماهیت و شرایط حقوقی مذاکرات (اعم از شرطیت، موضوعیت یا لزوم مفاد گفتگو) ارائه ندهد، می‌توان مفاد مقرر را تابع ضوابط راجع به عهد (قول و قرار) محسوب و حسب مورد واجد التزام حقوقی، اخلاقی یا عرفی دانست.

۲- متناسب با عدم وجود مقرر قانونی در باره مصادیقی همچون مواردی که ناظر به دخالت عرف یا ثالث در روابط مذاکراتی قبل از ازدواج اشاره شد، باید ضمن در نظر داشتن مبانی اخلاقی و عرفی، در صورتی به جوانب حقوقی مستمسک شد که مفاد مقرر میان زوجین یا اشخاص مؤثر در تحقق عقد نکاح در قالب یکی از نهادهای قانونی مقرر (مثل شرط ضمن عقد، قید وصف و امثال آن) اعلام یا احراز گردد یا این که در جهت تشخیص این نهادها یا تطبیق مفاهیم بر مصادیق مؤثر باشد.

۳- با توجه به این که نظام حقوقی غالباً متوجه مسائل هنجاری و حقوقی است و کمتر به جوانب اخلاقی و اجتماعی می‌پردازد، در نظر گرفتن ساختاری عام برای تعهدات و مذاکرات زوجین این امکان را فراهم می‌سازد که به سبب تقدم روابط اخلاقی بر ضوابط حقوقی در خانواده، ابتدا به اخلاق و عرف سازنده رجوع شود و در صورت عدم توفیق آن، به ضمانت اجراهای حقوقی - به عنوان فصل‌الخطاب - پرداخته گردد. از این رو شایسته است در دعاوی حقوقی راجع به اختلافات خانوادگی، ابتدا به روش‌های حقوقی جایگزین (همچون مذاکره، اصلاح‌گری، سازش و داوری) رجوع شود و صرفاً در صورت عدم حل دعوا از مجاری یادشده ضمانت‌آبراهایی همچون انحلال عقد نکاح اجرایی شود. این در حالی است که در مقررات خاص راجع به حقوق خانواده در کشورمان صرفاً به نهاد داوری - البته با ضوابط مقرر در قانون حمایت خانواده - اکتفا شده است و از سایر نهادهای جایگزین برای جلوگیری از انحلال ازدواج بهره‌چندانی برده نمی‌شود.

## منابع

- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی (۱۳۷۵)، تهران، انتشارات اسلامیة انصاری دزفولی، شیخ مرتضی، *المکاسب (المحشی)* (۱۴۱۰هـ)، سید محمد کلانتر، قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب، چاپ سوم
- انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری، *دانشنامه حقوق خصوصی* (۱۳۸۸)، تهران، انتشارات جنگل، چاپ سوم
- پژوهشگاه قوه قضائیه، *مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عالی کشور (حقوقی)* (۱۳۹۲)، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه
- حسینی روحانی، سیدصادق، *منهاج الفقاهه* (۱۴۲۹هـ)، قم، انوار الهدی، چاپ پنجم
- درویشی هویدا، یوسف، *شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف* (۱۳۹۳)، تهران، میزان، چاپ دوم
- دهخدا، علی‌اکبر، *لغتنامه* (۱۳۷۳)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
- روشن، محمد و محمد صادقی، *دانشنامه حقوقی خانواده* (۱۳۹۵)، تهران، انتشارات جنگل شهیدی، مهدی، *اصول قراردادهای و تعهدات* (۱۳۸۸)، ج ۲، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجد
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده* (۱۳۹۲)، تهران، نشر میزان، چاپ ۳۵
- طالب احمدی، حبیب، *مسئولیت پیش قرارداد* (۱۳۹۲)، تهران، نشر میزان
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای* (۱۳۹۳ الف)، تهران، سهامی انتشار، چاپ دوازدهم
- \_\_\_\_\_، *نظریه عمومی تعهدات* (۱۳۹۳ ب)، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم
- \_\_\_\_\_، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ حقوق خانواده* (۱۳۹۰)، تهران، میزان، چاپ هشتم
- محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن* (۱۳۸۷)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پانزدهم
- \_\_\_\_\_، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی* (۱۳۹۵)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم

مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم* (۱۴۰۲هـ)، تهران، مرکز الکتاب للترجمه و النشر

معین، محمد، *فرهنگ فارسی* (۱۳۷۱)، تهران، امیرکبیر، چاپ هشتم  
موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع (تقریرات)* (بی‌تا)، محمدحسن قدیری، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی  
یزدی، محمد، *فقه القرآن* (۱۴۱۵هـ)، قم، مؤسسه اسماعیلیان

Ciancio, Giordano Anna, “*Mediation at the Inrrrsectinn with Contrcct*

*Law: The eettlement Ageeement*” (2013), Available at:

<https://ssrn.com/abstract=2272989>

Hubert André-Dumont(2009), “*The New Euoopean Union Dieective nn Mediation-Iss impcct nn Constructinn Disuutes*” *International Construction Law Review*, Volume 26, pp. 117-124

Patterson J. Roger(1988), “*Dispute Resolution in a World of Alternatives*” *Catholic University Law Review*, Volume 37, pp. 591-604

Zlatanska, Elina & Fawehinmi Folake(2016), “*Mediation and Conciliation: In Pursuit of Clarity*” *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 82 Issue 2, pp.146-152

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی