

بررسی تطبیقی اصول بنیادین حقوق خانواده در برخی از کشورهای کامن لا و مقایسه آن با حقوق ایران

محبوبه مینا^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۰

سید محسن فالی^۲*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۰۶

چکیده

بنای قانون‌گذار بر این است که قوانین خانواده را طوری تنظیم کند که بنیان آن به آسانی متزلزل نگردد. اشخاص در مقام رویارویی با تحولات اجتماعی، فرهنگی، اخلاقی و ... تمایل به حاکمیت اراده خود را دارند. چگونه می‌توان اراده اشخاص را حاکم دانست در حالی که قواعد آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه ما را به سمت تثبیت وضع موجود هدایت می‌کنند؟ در راستای تعادل بین قداست و استواری خانواده و اصل حاکمیت اراده و حق بنیادی تعیین سرنوشت در عقد نکاح، باید بنیان‌های حقوق خانواده را مشخص کرد تا از این رهیافت، طی طریق اصولی و به‌روز باشد. در همین راستا، اصول سه‌گانه بنیادین خانواده (موقعیت نکاحی، حریم خصوصی شخصی - خانوادگی و نقش قراردادهای خصوصی) در برخی از کشورهای کامن‌لا و مقایسه آن با حقوق ایران بررسی شدند. این اصول تا حدی که در راستای پایه‌های حقوق و اخلاق اسلامی حرکت کنند، قابل پذیرش‌اند.

کلیدواژه‌ها

موقعیت نکاحی، حریم خصوصی خانوادگی، مفهوم قرارداد، حقوق زوجین.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

mmina@shirazu.ac.ir

۱- استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، شیراز، فارس، ایران.

۲- (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، شیراز، فارس، ایران.

faliv221@gmail.com

مقدمه

در همه ادیان الهی و سیاست‌گذاری کشورها تشکیل خانواده از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. تلاش برای تحکیم خانواده و سلامت آن زمینه‌ساز سعادت در سایر بخش‌های جامعه است. عوامل بسیاری در تحکیم بنیان خانواده مؤثرند. یکی از مباحث قابل تأمل برای پویایی قوانین خانواده، شناسایی مفاهیم بنیادین حقوق خانواده است. اصولی که به نکاح شکل و رسمیت می‌دهند، اصول بنیادین خانواده نام دارند. در حقوق اکثر کشورهای کامن‌لا، این اصول سه مورد می‌باشند. در این مقاله، این موارد طرح و با حقوق ایران مقایسه می‌شوند.

آیا می‌توان از اصول بنیادین در کشورهای کامن‌لا در قوانین ایران الهام گرفت؟ به نظر می‌رسد این اصول تا حدی که منطبق با هدف‌های کلان و الگوهای ارزشی نظام حقوقی ایران، که برگرفته از فقه جعفری می‌باشد، قابل پذیرش است.

در این مقاله پس از طرح کلیات، به سه اصل بنیادین موقعیت نکاحی، حریم خصوصی شخصی - خانوادگی و نقش قراردادهای خصوصی در نکاح پرداخته می‌شود.

۱. کلیات**۱-۱. مبنای قانون‌گذاری در عقد نکاح**

مشهور فقها معتقدند عقد نکاح مستحب است (حلی، ۱۳۹۸، ص ۳۵۵). عقد نکاح واجد برخی آثار عقود معاوضی و غیرمعاوضی است؛ به‌طور مثال، گفته شده که نفقه حق مالی بر ذمه شوهر است که در قبال تمتع از زن قرار داده شده، شبیه به عوضی که در معاوضه بر ذمه طرف مقابل ثابت می‌گردد (امینی و آیتی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۴۸) اما احکام ویژه آن باعث خروج ماهیتی عقد نکاح از عقود معاوضی و غیرمعاوضی می‌شود (صادقی‌مقدم و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۷۵). در عقود معاوضی، همیشه دو تعهد متقابل مالی وجود دارد. برعکس، در عقود مجانی، یک یا چند شخص تعهد بر امری می‌کنند یا مالی را به رایگان می‌دهند، بدون اینکه برای آنها التزام ایجاد شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵ الف، ص ۲۸)؛ در حالی که جایگاه عقد نکاح و رای تعاریف مذکور است و احکام ویژه‌ای دارد که به‌منظور اعتلای تعهدی اخلاقی -

مدنی و تربیت نسل وضع گردیده است. با وجود قوانینی مانند مقید نمودن ازدواج مجدد مرد، اعطای مجوز قانونی عدم تمکین به زن، تکلیف زوجین بر تشیید مبانی خانواده، الزام به حسن معاشرت، توانایی زوجین در منع دیگری از اشتغال به حرفه‌ای که خلاف مصلحت خانواده یا حیثیت خود باشد و ...، به نظر می‌رسد نکاح در حقوق ایران، تأسیسی قانونی و اخلاقی برای هدایت و اصلاح جامعه است که در قانون‌گذاری از اصل تشابه حقوق زوجین تبعیت شده است.

قانون خانواده کشور مراکش مقتبس از فقه عامه بود که در سال ۲۰۰۳م مورد بازنگری قرار گرفت و با تصویب قانون خانواده در ۱۵ ژانویه ۲۰۰۴م، قانون سابق نسخ و برای زوجین حقوق مساوی، از جمله شراکت در مدیریت خانواده، در نظر گرفته شد؛ هرچند به نظر می‌رسد در قانون جدید، هنوز اصل برابری تمام حقوق وجود ندارد؛ به‌طور مثال، در مواردی، مرد مجاز به ازدواج دوم است (Zoglin, 2009, P. 970). در این قانون، به نوعی سعی در برابر نمودن حقوق غیرمالی زوجین شده است، ولی در بحث حقوق مالی، هنوز الزام یک‌طرفه مرد به انفاق و ... وجود دارد. همین مورد باعث شده است که برخی قانون‌اخیر را مترقی و در عین حال توأم با عقبگرد توصیف کنند (Douglass & Gibbs, 2004, P. 5).

به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایران بهتر از مراکش عمل نموده است؛ زیرا اگر قانون واحدی بر روابط زوجین حاکم باشد و در عین حال، از حقوق سنتی نیز الهام گرفته شود، وضعیت شفاف‌تر است. ترکیب حقوق سنتی و جدید غامض و نامتعارف است و موجب نارضایتی دو طرف قرارداد می‌شود. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

در قانون مدنی هلند، زوجین متقابلاً به مساعدت، حمایت و وفاداری نسبت به یکدیگر مکلف‌اند و برخی معاملات هر یک از زوجین بدون رضایت کتبی دیگری غیرنافذ است، مانند ضمانت قراردادی مگر اینکه عادتاً مربوط به شغل وی شود یا انعقاد قرارداد اجاره به شرط تملیک مگر اینکه صرفاً برای ادامه فعالیت شغلی انجام شده باشد (Sumner &

Warendarf, 2003, P. 57). همچنین در ماده ۸۴ همان قانون، مخارج زندگی مشترک و اعاشه فرزند، از درآمد معمولی هر دو کسر می‌شود و در صورت عدم تکافو، به تناسب اخذ می‌گردد؛ هرچند طرفین می‌توانند بر خلاف آن تراضی کنند (Sumner & Warendarf, 2003, P. 55). کشور هلند از سیستم تساوی حقوق زوجین پیروی و حتی برخی آزادی‌های فردی را محدود می‌کند. این محدودیت‌ها سبب می‌شود افراد تمایل کمتری به عقد نکاح نشان دهند. البته این نقص در قانون هلند با دادن اختیار توافق بر خلاف برخی از مقررات جبران شده است.

حقوق خانواده آمریکا متشکل از قوانین فدرال، ایالتی، دستگاه‌های اجرایی و رویه قضایی است؛ اما منسجم و یک‌نواخت نیست؛ زیرا متشکل از دو اصل سنت‌گرایانه مسیحی^۱ و آزادی فردگرایانه^۲ می‌باشد. هر یک از این اصول به‌تنهایی عیوبی دارند و با یکدیگر بیهوده و بی‌حاصل دچار کشمکش هستند. مکتب اول را دکترین یهودی - مسیحی شکل داده است و نگاه هنجاری به خانواده دارد و شیوه اخلاق‌مداری را دیکته می‌کند. آزادی فردگرایانه مبنای مکتب دوم است و بر حفظ حقوق و تأمین آزادی فردی در یک جامعه دنیوی و چندحزبی تأکید دارد. در گذشته، ایالت‌ها به مرد حق ریاست بر زن، فرزندان و سایر اعضای خانواده را اعطا می‌کردند (Hamilton, 2006, P. 33-39).

ازدواج سنتی در آمریکا به زعم محققان خالی از ایراد نبود و شیوه تقسیم حقوق و تعهدات از قبیل ریاست زوج، حمایت مالی وی از خانواده و اعطای مسئولیت‌های خانگی به زن، برای بسیاری از آمریکایی‌ها ناکارآمد بود و نتوانست با تغییرات سریع سبک زندگی همگام و هم‌راستا شود (Garisson, 1983, P. 1043).

برخی معتقدند حقوق خانواده زمانی تحت حاکمیت متون امری قانونی بوده است که زوجین قادر بر اعمال اراده قراردادی خود نبوده‌اند؛ اما در حال حاضر، این موضوع جنبه

-
1. Biblical traditionalism
 2. liberal individualism

قراردادی پیدا می‌کند و افراد می‌توانند بنای خانواده را به سلیقه و اراده خود پی‌ریزی کنند (Hasday, 2004, P. 835). حقوق آمریکا از اصل برابری حقوق زوجین حمایت می‌کند و در قانون‌گذاری، تأکید بیشتری به آزادی اراده طرفین دارد که دلیل آن گسترش مفهوم استقلال شخصی در عقد نکاح است.

۱-۲. نقد برابری حقوق در خانواده

آیا طرفین قرارداد، در نظام‌های حقوقی که ظاهراً اصل را به تساوی حقوق زوجین قرار می‌دهند، برابر در نظر گرفته می‌شوند؟ در پژوهش‌های اخیر، به نقش هویت در حقوق خانواده اشاره شده است. هویت به دو نوع فردی و جمعی تقسیم شده است. هویت فردی رابطه نسبی شخص با اجداد وی و ... می‌باشد. هویت جمعی عضویت فرد در جوامعی (مانند گروه‌های مذهبی، دانشجویی و ...) است که می‌تواند بر رفتار وی تأثیر داشته باشد؛ برای مثال، قوانین حقوق خانواده در غرب، به دلیل نوشته‌های زن‌گرایانه^۱ مورد بازنگری قرار گرفت. هویت زنانه باعث تحمیل نوع خاصی از تعهدات متقابل گردید؛ به‌طور نمونه، در روابط خانوادگی، نظریه اخلاق مراقبت^۲ تعریف گردید؛ در صورتی که مردان در تعامل با بانوان، نزدیک به نظریه اخلاق عدالت^۳ بودند. به‌تازگی کشورهای کاملاً تمایل بیشتری به پذیرش مکتب فردگرایانه نسبت به نظریه زن‌گرایانه از خود نشان داده‌اند (Eekelaar, 2018, P. 822-826).

۲. تعریف و قلمرو اصول بنیادین حاکم بر حقوق خانواده

آن دسته از قواعد حقوق خانواده که به نکاح شکل و رسمیت می‌دهند، اصول بنیادین خانواده نام دارند که در اکثر کشورهای کاملاً، از جمله آمریکا، سه مورد می‌باشند. این عناصر

۱. فمینیستی.

2. Ethic Of Care
3. Ethic Of Justice

سه‌گانه عبارت‌اند از: موقعیت نکاحی،^۱ حریم خصوصی^۲ و نقش قراردادهای خصوصی در نکاح (Hamilton, 2006, P. 35-39).

۲-۱. موقعیت نکاحی

موقعیت نکاحی بایدها و نبایدهای اخلاقی، فرهنگی و مذهبی درباره حقوق زوجین است که ناشی از عقد نکاح می‌باشد. این مفهوم برای هر ملتی منحصر به فرد است و می‌بایستی با در نظر گرفتن مبنای عقد نکاح در هر نظام حقوقی، به‌طور جداگانه تعریف شود. قانون‌گذار تخطی از موقعیت نکاحی را مجاز نمی‌داند. به عبارت دیگر، مقتضای اسباب و احکام قانونی، که چارچوب عقد نکاح را تشکیل می‌دهد، موقعیت نکاحی نام دارد؛ برای مثال، در قانون حمایت خانواده آمریکا اصل بر تساوی حقوق زوجین است و در نتیجه، کلیه تکالیف زوجین به‌صورت مساوی وضع می‌گردند. اما قانون‌گذار ایران، فرض را بر تشابه زوجین قرار می‌دهد و با واگذاری مدیریت خانواده به مرد، وی را مسئول تأمین معیشت خانواده می‌داند، اما در سایر موارد، زوجین را متقابلاً مکلف به رعایت حقوق غیرمالی می‌داند.

یکی از مشخصه‌های رابطه زناشویی در حقوق آمریکا اصل دوام مدت آن است. زوجین نمی‌توانند مدت زمان ازدواج خود را زمان ورود به عقد تعیین کنند. ازدواج احتمالاً تا زمان مرگ هر یک از همسران ادامه می‌یابد. همچنین زوجین نمی‌توانند در قالب عمل حقوقی یک‌جانبه ازدواج خود را منحل کنند و فقط دولت با حکم طلاق می‌تواند این کار را انجام دهد. افزون بر این، مقتضای ذات عقد نکاح هر یک از زوجین را مکلف به حمایت از دیگری می‌کند. مفهوم موقعیت نکاحی در آرای دادگاه‌های کشور آمریکا شناسایی و تثبیت شده است.

عبارت موقعیت نکاحی ابتدا در مفهومی محدود شروع شد که به ازدواج یا روابط جنسی در ازدواج اشاره داشت. از سال ۱۸۲۳م، گفته شد که روابط نکاحی ماهیت خاصی دارند و

-
1. Conjugaluty
 2. Privacy

تنها شامل روابط جنسی نمی‌شوند؛ برای مثال، حقوق ناشی از رابطه نکاحی به زن و مرد، مزیت بهره‌مندی از شراکت، آسایش و عواطف یکدیگر را اعطا می‌کند (Johns, 2010, P. 27).

مورد دیگر در قرارداد ازدواج، قسم به وفاداری و مساعدت هر یک از متعاقدين از دیگری در هنگام بیماری و سلامتی است و در شکل ایده‌آل آن، هر یک منافع دیگری را بر دغدغه‌های شخصی خود مقدم می‌دارد. علاوه بر این، هنجارهای قوی اجتماعی، همسران را تشویق می‌کند تا در دوران نیاز، مانند زایمان، کهولت سن و بیماری، از یکدیگر مراقبت کنند (Scott & Chen, 2018, P. 10). موقعیت نکاحی دربردارنده حقوقی می‌باشد که مهم‌ترین آنها حمایت مالی و معنوی، وفاداری و حسن معاشرت است.

۱-۲. حمایت متقابل مالی و معنوی

در حقوق خانواده آمریکا، زوجین به‌طور متقابل، مکلف به حمایت مالی و معنوی از یکدیگرند که این مقرر از ملزومات موقعیت نکاحی دانسته شده و هنوز در برخی ایالت‌ها، تراضی بر خلاف آن ناممکن است؛ برای نمونه، هیچ ایالتی اجازه نمی‌دهد که یکی از زوجین با دیگری قراردادی منعقد نماید تا بهای خدمات انجام‌شده در منزل را مطالبه کند. در پرونده‌ای^۱ که مربوط به حاکمیت اصول سنت‌گرایانه مسیحی بود، دادگاه اعلام داشته که طبق قانون ویرجینیا، زن مکلف به انجام کارهای منزل و شوهر موظف به حمایت از وی است و از طریق تأسیس‌های حقوقی، مانند تدلیس، نقض قرارداد یا حکم به جبران خسارت بر اساس دارا شدن بدون جهت نمی‌توان مابه‌ازای تکالیف انجام‌شده را دریافت کرد (Hasday, 2004, P. 841).

در پرونده‌ای^۲ دیگر دادگاه مقرر می‌کند که طبق قانون ایالت، هر یک از طرفین مکلف به مراقبت از دیگری است. این وظیفه ناشی از موقعیت نکاحی می‌باشد و نتیجه حمایت از

1. Church v. Church
2. Kuder v. Schroeder

دیگری است. تکلیف به حمایت متقابل، قابل اسقاط یا تراضی خلاف آن در قرارداد نمی‌باشد (Hasday, 2004, P. 841). در برخی از ایالت‌های آمریکا، هنوز به این نظریه پایبند می‌باشند.

طرفداران اصل آزادی قراردادی منتقد این نظریه بوده‌اند و گفته‌اند که دادگاه‌ها قراردادهای زوجین برای خدمات منزل، حتی خدمات غیرمعمول و زمان‌بر مانند مراقبت تمام‌وقت از همسر ناتوان را ممنوع کرده‌اند. بدنه قانون، حقوق و تکالیف مهم مرتبط با ازدواج را تعیین می‌کند و به زوجین حق تغییر آنها را نمی‌دهد (Hasday, 2004, P. 841).

موقعیت نکاحی در حقوق ایران شامل سه دسته است: یک دسته از حقوق به نفع زوج است که زوجه مکلف به تبعیت از آنها می‌باشد، مانند حق ریاست زوج. دسته دوم حقوقی است که به نفع زوج قرار داده شده است، مانند حقوق مالی از جمله مهر و نفقه. دسته سوم تکالیفی است که هر دو مشترکاً موظف به انجام آنها می‌باشند، مانند سعی در تشدید و تحکیم مبانی خانواده، حسن معاشرت و ... (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۲۸۴).

موقعیت نکاحی در حقوق ایران مقرر کرده است که مدیریت خانواده و تأمین معاش زوجه از تکالیف زوج است و زوجه در صورت وجود ملزومات قانونی و نبود عذر قانونی مکلف به تمکین می‌باشد. از این جهت که ریاست خانواده تکلیف زوج است، وی باید ضمن داشتن شرایط عامه تکلیف (عقل، بلوغ و رشد)، از لحاظ اخلاقی هم صلاحیت داشته باشد (پروین و حسینی، ۱۳۹۲، ص ۶۹). نتیجه دیگر این است که ریاست خانواده حق زوج نیست که بتواند آن را به دیگری واگذار یا به‌طور کلی آن را اسقاط کند. البته با توجه به اینکه در بعضی خانواده‌ها شایستگی زن به مراتب بیش از مرد است، حکم قانون ناظر به عموم و متکی بر غالب است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ب، ج ۱، صص ۲۳۴-۲۳۷). پس مانعی ندارد که با توجه به وضعیت زوجین، در حدود شروط قراردادی و به‌صورت موردی، ریاست زوج محدود گردد، ولی اسقاط حق ریاست یا محدود نمودن آن به‌نحوی که اصل مدیریت خانواده را مخدوش کند، خلاف موقعیت نکاحی است.

در حقوق ایران، اصل استقلال دارایی زن و شوهر از یکدیگر پذیرفته شده است. زوجه مکلف به حمایت مالی از خانواده نمی‌باشد. صدق اولین حق مالی زوجه است که بلافاصله پس از جاری شدن صیغه نکاح بر ذمه زوج قرار می‌گیرد. هرچند میزان مهر در محدوده تراضی زوجین است، اصل و ماهیت این الزام ناشی از حکم قانون است که بر مرد تحمیل می‌شود و در شرایطی که ازدواج باطل باشد یا مهر در آن تعیین نشده، حسب مورد، مهرالمثل یا مهرالمتعه به زوجه تعلق می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳۸-۱۳۹).

نفقة تأمین هزینه‌های زندگی مشترک و مخارج شخصی زن به عهده زوج است. حتی اگر زن ثروتمند باشد، ملزم به پرداخت مخارج خود یا خانواده نیست. ابرای ذمه زوج نسبت به نفقه ایام گذشته ممکن است؛ اما اسقاط حق نفقه آینده به نظر بسیاری از فقها ممکن نیست و فقط برخی از فقهای معاصر تمایل بر صحت آن دارند (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۲۸۹-۲۹۵). دلیل بطلان اسقاط نفقه آینده این است که نفقه جزء احکام اولیه اسلام و از ملزومات موقعیت نکاحی در حقوق ایران می‌باشد.

بر خلاف برخی از ایالت‌های آمریکا که مطالبه مابه‌ازای خدمات خانگی، حتی از طریق توافق، استیفای مشروع یا نامشروع و ... ممکن نیست، قانون‌گذار بنا بر مصالح اجتماعی و حمایت از زنانی که بدون تقصیر طلاق داده می‌شوند، جواز مطالبه اجرت‌المثل خدمات در منزل شوهر را داده است (حاتمی و زبرجد، ۱۳۹۴، ص ۷۶). رویه قضایی تمایل بر پذیرش این نظر دارد و گفته شده است که اگر زوجه نتواند استحقاق خود به اجرت‌المثل را ثابت کند (ثابت شود که خدمات وی به دستور زوج نبوده یا قصد تبرع داشته است)، دادگاه می‌تواند به نفع زوجه، نحله تعیین کند، ولو فقط درخواست اجرت‌المثل کرده باشد (گروه پژوهشی انتشارات چراغ دانش، ۱۳۹۵، ص ۲۷۶).

۲-۱-۲. وفاداری

در تعریف روان‌شناختی واژه بی‌وفایی، فقط خیانت جنسی لحاظ نمی‌شود. در ابتدای رابطه عاطفی، توجه شخص از دیگران رها و به محبوب خود جلب می‌شود. مهم‌ترین تهدید

در روابط زوجیت، زمان‌هایی است که زوجین به دلایلی مانند مشغله، دچار خودخواهی و خودمحوری می‌شوند و طرف مقابل احساس بی‌اهمیت بودن یا سرخوردگی می‌کند. در این اوقات، بی‌وفایی و خیانت به وقوع می‌پیوندد. گفته شده که حتی اگر زنا واقع شود، تنها کاشف رابطه‌ای است که از سابق، به علت بی‌وفایی از هم گسیخته شده است (Royden & Astlay, 1959, P. 39, 42 & 45).

در عالم حقوق، وفاداری زیرمجموعهٔ هنجار تعهد و مسئولیت متقابل است. وفاداری به معنی اعم، در ازدواج مستلزم دادن بالاترین اولویت به رابطه، همراه با انتظار بقای مادام‌العمری آن است (Scott, 2000, P. 1910). در نتیجه، مفهوم عام وفاداری با تعهد زوجین مبنی بر ترک دیگران و اولویت دادن به پیمان زناشویی تعریف می‌شود. پس به نظر می‌رسد که بی‌اعتنایی از مصادیق تخطی از تعهد به وفاداری است.

وفاداری در مفهوم خاص به معنی انحصاری بودن رابطهٔ جنسی میان زوجین است. تخطی از رابطهٔ انحصاری جنسی (ارتکاب زنا) بزرگ‌ترین تهدیدی است که بر اساس رابطهٔ زوجیت وارد می‌شود (Scott, 2000, P. 1911).

وفاداری یکی از مصادیق موقعیت نکاحی و از ارکان مهم عقد نکاح است. خیانت جنسی موجب از هم گسیختن اعتماد و شکست پیمان زناشویی می‌شود. در حقوق آمریکا، خیانت از موجبات درخواست طلاق است؛ به‌عنوان نمونه، قوانین ایالت ماساچوست علاوه بر زنا، زمینه‌های دیگری را نیز برای طلاق، مانند بی‌رحمی، رفتار سوءاستفاده‌گرایانه، عادت‌های زشت و ثابت‌شدهٔ ناشی از مصرف اختیاری و فزایندهٔ مشروبات الکلی، تریاک یا داروهای دیگر، مقرر کرده است (Larremore, 1906, P. 71).

در رویهٔ قضایی کشور انگلستان، زنا محصن یا محصنه^۱ رابطهٔ جنسی میان زن و مردی تعریف می‌شود که علقهٔ زوجیت ندارند و حداقل یکی از آنها با شخص ثالثی ازدواج کرده که دخول برای تحقق آن کافی است (Conway, 2007, P. 11).

در مقابل، گفته شده که در موردی که نکاح به سبب ارتکاب جرمی مانند زنا، قابل انحلال است، همسر ملزم به اثبات و تحلیل دقیق رابطه جنسی است؛ با این وصف که اگر دخول انجام گرفته ولی انزال محقق نشده است، مقاربت محسوب می‌شود؛ اما اگر دخول نشده ولی انزال صورت پذیرفته، زنا محقق نشده و در نتیجه، خیانت جنسی صورت نگرفته است (Henaghan, 2008, P. 178).

سابقه قانون‌گذاری در فرانسه تأکید بیشتری بر سلامت اخلاقی خانواده دارد. در متون حقوقی کشور فرانسه چنین نوشته شده: قانون ما طلاق را فقط برای چهار علت معین پذیرفته است: زنا، محکومیت یکی از زوجین به مجازات بدنی و سالب حیثیت (از قبیل کارهای اجباری، حبس با اعمال شاقه، بازداشت و تبعید)، عدم اعتدال و سوء معاشرت (منظور ارتکاب مکرر اعمال خشونت‌آمیز و دشنام‌های غیرقابل تحمل است) (نوری یوشانلوئی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۸۶-۸۴). در حال حاضر، قانون مدنی فرانسه زوجین را متقابلاً متعهد به احترام و وفاداری نسبت به یکدیگر می‌داند (محسنی، ۱۳۹۹، ص ۱۳۲).

هرچند وفاداری در قانون ایران به صراحت مورد شناسایی قرار نگرفته، همان‌طور که گفته شده، علت سکوت قانون‌گذار به دلیل بدیهی بودن این تکلیف است. از لحاظ کیفری، در قانون مجازات اسلامی فوقی بین زن و مرد نیست و ممکن است با اجتماع شرایط، مجازات اعدام (حد رجم) را به دنبال داشته باشد. همین امر اهمیت تکلیف به وفاداری و ارتباط آن با نظم عمومی را نشان می‌دهد. تکلیف به وفاداری از نظر حقوق نیز بدون ضمانت اجرا باقی نمانده است و هرگاه رابطه نامشروع شوهر با زنان دیگر، به صورت عادت او درآید، می‌تواند به عنوان سوء معاشرت، مستند حق درخواست طلاق قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۲۱ و ۲۲۲).

به نظر می‌رسد که ارتکاب خیانت جنسی آثار سوء زیادی به بار می‌آورد و این آثار منفی با یکبار هم محقق می‌شوند و نیاز به تکرار و عادت ندارند. بر خلاف به عادت بودن سوء رفتارهای دیگر، مانند خشم، توهین و تهدید که به مرور زمان، زندگی را توأم با مشقت

می‌کنند، ارتکاب زنا در یک لحظه رابطه عاطفی و اعتماد زوجین را متزلزل می‌کند و استمرار زندگی مشترک غیرقابل تحمل می‌شود.

برخی کشورها درباره حق طلاق زن که به علت زنا شوهر به وجود می‌آید، قیودی را در نظر گرفته‌اند؛ به طور مثال، در فرانسه زنا شوهر وقتی موجب حق طلاق برای زن است که در منزل مشترک انجام شود (نوری یوشانلوئی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۸۶).

نکته قابل تأمل این است: آیا ازدواج مجدد در حقوق ایران از مصادیق بی‌وفایی محسوب می‌گردد؟

ازدواج مجدد زوج دو فرض دارد:

۱. مرد برای ازدواج مجدد عذر قانونی^۱ و شرعی دارد؛ برای مثال، در صورت اثبات عدم تمکین زوجه، زوج می‌تواند به دادگاه مراجعه و اجازه ازدواج مجدد را کسب کند. به نظر می‌رسد مرد در این صورت، حق قانونی خود را به موقع اجرا گذاشته و زوجه به علت تخلف قانونی علیه خود اقدام کرده است. پس به دشواری این مورد را می‌توان از مصادیق بی‌وفایی تلقی کرد. در این راستا، ایرادی که مطرح می‌شود، این است که قانون‌گذار با مرد ناشز چه برخوردی دارد. اگر مرد از تکالیف قانونی خود امتناع نماید، تأسیس مشابهی برای اثبات نشوز مرد وجود ندارد. هرچند در نظریات فقهی، زوجه می‌تواند از طریق حاکم، زوج را ملزم به انجام تکالیف قانونی خود نماید (امینی و آیتی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۴۴).

۲. زوج بدون رعایت تشریفات قانونی اقدام به ازدواج مجدد نماید. مشهور فقها، حتی شرط منع ازدواج مجدد را باطل می‌شناسند و تنها آیت‌الله حکیم در *منهاج‌الصالحین* آن را صحیح دانسته، ازدواج دوم را باطل می‌داند (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۳۳۰). برخی حقوق‌دانان نیز شرط منع ازدواج مجدد را نامشروع شناخته‌اند. در مقابل، گفته شده که شرط منع ازدواج مجدد سلب حق به‌طور کلی نیست و صحیح است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۲۶۸). پس رویکرد سنتی، ازدواج مجدد مرد را حقی بنیادین می‌داند و صرف ازدواج مجدد

۱. ماده ۱۶ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳.

را به‌عنوان تخلفی که موجب عسر و حرج زن شود یا ثابت‌کننده بی‌وفایی مرد باشد، قلمداد نمی‌کند.

قیاسی منطقی از تأثیر دگرگونی سبک زندگی و به‌تبع آن، تغییر موقعیت نکاحی این است که با وجود این، چندهمسری در غرب جرم‌انگاری شده است. در عین حال، در پژوهش‌های اخیر، به‌دلیل مهاجرت خانواده‌های چندهمسری، مفهوم خانواده را به ازدواج‌های سنتی، که در آن چندهمسری وجود دارد، گسترش داده‌اند و آن را پذیرفته‌اند (Plazzo, 2020, P. 3).

به نظر می‌رسد در صورتی که زوج به‌صورت غیرقانونی مباردت به ازدواج مجدد نماید، حداقل مرتکب جرم^۱ شده و ممکن است این‌گونه به ذهن متبادر شود که شخص بزهدار، به اخلاق و وفاداری ملزم نبوده است.

۳-۱-۲. حسن معاشرت

حسن معاشرت به معنی احترام متقابل است. احترام، ارزش محوری در حقوق خانواده است.

نباید به مفهوم احترام نگاهی سطحی داشت؛ زیرا احترام متقابل موجب فضای کافی برای رشد شخصیت، تعاملات فردی و شکوفایی عشق می‌شود (Henaghan, 2008, P. 178).

در حقوق کشور انگلستان، یکی از مصادیق نقض حسن معاشرت، سلوک غیرمتعارف^۲ شناسایی شده است که به طرف مقابل، حق درخواست طلاق می‌دهد. قضات کامن‌لا برای احراز سلوک غیرمتعارف، این آزمون را انتخاب می‌کنند که آیا فردی سلیم‌النفس قادر به ادامه زندگی با خوانده می‌باشد یا خیر. در این سنجش، اوضاع و احوال پرونده، رفتارها، اوصاف و شخصیت طرفین بررسی می‌گردد (Conway, 2007, P. 11).

۱. ماده ۴۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱

حسن معاشرت در حقوق ایران به معنای رفتار متقابل زن و مرد در چارچوب مورد قبول یک جامعه اسلامی است؛ به طور مثال، در مورد مدیریت خانواده، بر اساس قاعده حسن معاشرت، مرد حق ندارد همسر خود را در مواردی که مخالف عرف و سیره نیکان است، ملزم به اطاعت کند. حسن معاشرت در تمام حقوق زوجین، مانند سکونت در منزل مشترک، پرداخت نفقه و رابطه جنسی صدق می‌کند. علاوه بر این، بی‌اعتنایی به همسر از مصادیق سوءمعاشرت عنوان شده است (نوبهار و حسینی، ۱۳۹۴، صص ۵۵-۶۷). در جای دیگر، حسن معاشرت به حسن سلوک زوجین و خودداری از انجام رفتارهایی که موجب کینه یا غم فراوان می‌شود، تعریف شده است. به علاوه، در تعریف حسن معاشرت، باید عرف، رسوم، تمدن و اخلاق مذهبی زوجین را مد نظر قرار داد. ضمانت اجرای سوءمعاشرت زن موجب از بین رفتن استحقاق وی برای دریافت نفقه و نقض حسن معاشرت توسط مرد، زمانی که زندگی را برای زن غیرقابل تحمل می‌کند، موجب حق درخواست طلاق برای زن است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، صص ۲۱۹ و ۲۲۰). در نتیجه، مصادیق سوءمعاشرت حصری نیستند و قابل تشخیص و تعیین به وسیله عرف مذهبی و فرهنگی می‌باشند؛ به طور مثال، شعبه ۱۱ دادگاه خانواده شیراز به زوجه‌ای که از دبر با او آمیزش شده بود، به دلیل سوءمعاشرتی که خلاف عرف اخلاقی و مذهبی است و سلامت زوجه را در معرض خطر قرار می‌دهد، مجوز قانونی اعطا نمود تا به منزل شوهر بازنگردد.^۱

شعبه ۷ دادگاه خانواده شیراز در پرونده دیگری مقرر نموده که زوجه قبل و بعد از صدور حکم عدم تمکین، در منزل مشترک سکونت و با زوج هم‌خوابگی داشته و به وظایف شرعی و قانونی خود عمل کرده است. درخواست‌های افراطی زوج مبنی بر تمکین آن هم تحت تأثیر ماهواره و فیلم‌های مستهجن، به هیچ وجه عدم تمکین زوجه را ثابت نمی‌کند. در نتیجه، دعوای تجویز ازدواج مجدد، علی‌رغم اینکه حکم الزام به تمکین زوجه صادر شده بود، محکوم

۱. دادنامه ۹۷۰۹۹۷۰۷۰۳۸۰۰۹۷۰ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه خانواده شیراز

به بطلان گردید.^۱

۲-۲. حریم خصوصی شخصی - خانوادگی

مفهوم حریم شخصی - خانوادگی مانند موقعیت نکاحی، با توجه به ماهیت عقد نکاح، که همان بایسته‌های اخلاقی، فرهنگی و مذهبی هر کشور می‌باشد، تعریف می‌شود. ازدواج بناکننده مهم‌ترین رابطه در زندگی است که بیش از هر نهاد دیگری با اخلاق و تمدن در ارتباط می‌باشد (Hopkins, 2004, P. 442).

در نظام‌های حقوقی که حامی حقوق فردی‌اند، با استناد به اصل استقلال فردی، حریم شخصی ارجح است، اما در نظام‌های سنتی و اخلاقی، حریم خصوصی خانوادگی بر مصالح فردی مقدم دانسته می‌شود.

مفهوم حریم شخصی - خانوادگی از طریق رأی دیوان عالی کشور آمریکا از قانون اساسی به حقوق خانواده تسری داده شد و این مفهوم در پرونده‌های دیگر تحکیم گردید.

در حقوق آمریکا، اجرای حریم خصوصی هر شخص در خانواده مبتنی بر اصل استقلال فردی^۲ است که می‌تواند تأثیرات مثبت یا منفی روی حقوق زن و مرد بگذارد. به علاوه، حریم خصوصی شخصی می‌تواند در تعارض با مصالح جمعی خانواده و حریم خصوصی خانوادگی (به معنی مستقل و ممتاز بودن این نهاد از نهادهای دیگر جامعه و افراد) قرار گیرد؛ به طور مثال، حق حریم خصوصی شخصی، از زنی که می‌خواهد سقط جنین کند، حمایت می‌نماید و هم‌زمان باید از همسر او که می‌خواهد تولد فرزند خود را ببیند، متقابلاً حمایت کند. پس حریم شخصی و خانوادگی در برخی موارد، با یکدیگر در تعارض‌اند (Katz, 2011, P. 70).

علی‌رغم نگرش فردگرایانه در غرب، برخی معتقدند: «قاعده تعهد در روابط زوجین، آزادی‌های فردی را محدود و رفتارهای خودخواهانه را مذموم می‌کند» (Scott, 2000, P. 191).

۱. دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۳۹۰۱۴۵۷ صادره از شعبه ۷ دادگاه خانواده شیراز

به نظر می‌رسد سیستم‌های حقوقی‌ای که در راستای صیانت از نهاد خانواده (که حداقل متشکل از دو نفر است) حرکت می‌کنند، باید با در نظر گرفتن منافع جمعی، مصلحت اعضای خانواده را بر حقوق فردی رجحان دهند. در نتیجه، حفظ حریم خصوصی خانوادگی بر حریم خصوصی شخصی حکومت دارد. در تأیید این نظر گفته شده است که فداکاری در انجام وظایف خانوادگی زمانی منطقی خواهد بود که سایر اعضای خانواده به‌طور متقابل، پاسخگوی آن رفتار باشند (Parkman, 2001, P. 159). علاوه بر اینها، زمانی که منافع خانوادگی محوریت خود را در مقابله با حقوق شخصی از دست می‌دهند، قانون دچار بی‌نظمی و آشفتگی می‌گردد (Henaghan, 2008, P. 173). اما دیدگاهی که حامی حقوق فردی است، به تقدم منافع فردی تمایل دارد.

طبق اصول سنت‌گرایانه مبتنی بر انجیل، مفهوم حریم خصوصی خانوادگی خودداری ایالت‌ها در دخالت نسبت به تصمیم‌گیری زوج در مورد همسر، فرزندان و امور منزل تعریف می‌شد. در سال ۱۹۷۲م، دیوان عالی در پرونده‌ای^۱ با شناسایی استقلال فردی و حقوق مساوی برای هر یک از زوجین، باعث تغییر مفهوم حریم خصوصی خانوادگی از ریاست زوج به مشارکت زوجین در مدیریت خانواده گردید (Katz, 2003, P. 69). به‌طور نمونه، در پرونده گریسولد^۲، اکثریت دیوان عالی کشور آمریکا حریم خصوصی خانوادگی را بر قانون مقدم دانستند. قانون ایالت کنتیکت استفاده از وسایل ضد بارداری را ممنوع می‌نمود؛ دیوان عالی این ممنوعیت را تجاوز به حمایت قانون اساسی در مورد عدم تعرض دولت به قداست خانواده و حریم خصوصی اشخاص تشخیص داد (Hopkins, 2004, P. 451).

به نظر می‌رسد مفهوم حریم خصوصی چون مبتنی بر قانون اساسی آمریکا می‌باشد، از مصادیق نظم عمومی تلقی می‌گردد و بر نحوه تفسیر حقوق زوجین و شروط قراردادی برتری دارد؛ به‌طور مثال، شرطی که مقرر می‌نماید اگر همسر تا تاریخ مشخصی باردار گردد،

1. Eisenstadt v. Bair
2. Griswold

ملزم به سقط جنین می‌باشد، مخل حریم خصوصی است و باطل تلقی می‌گردد (Weitzman, 1981, P. 773).

حریم خصوصی در حقوق ایران ریشه در تمدن اسلامی دارد. قرآن کریم در آیات ۲۷ و ۲۸ سوره نور، ۵۸ سوره احزاب و ۱۲ سوره حجرات با مقرر کردن احکامی مانند کسب اجازه در زمان ورود به منزل دیگری، آزرده نکردن مردان و زنان مسلمان به اتهاماتی که انجام نداده‌اند و منع تجسس در امور دیگران، حق حریم خصوصی را به رسمیت می‌شناسد.

حریم شخصی در اصول ۲۲، ۲۳ و ۲۵ قانون اساسی شناسایی شده و دربردارنده عدم تعرض به حیثیت، جان، مال، حقوق و مسکن افراد است که از مصادیق آن عدم تجسس در عقاید، مکالمات و مراسلات مردم ذکر شده است (بخشایشی بایقوت و حیدری منور، ۱۳۹۶، صص ۲۱۲ و ۲۱۳). محققان در ایران به حریم خصوصی خانوادگی اشاره‌ای نکرده‌اند؛ اما حریم خصوصی هر یک از اعضای خانواده را با در نظر گرفتن مؤلفه‌های فرهنگی، اجتماعی، مذهبی و ...، قلمرویی از زندگی تعریف کرده‌اند که شخص دوست دارد فارغ از مداخله دیگران، مورد پذیرش قرار گیرد، مانند حریم خلوت، حریم جسمانی، حریم اطلاعات، حریم ارتباطات و حریم شخصیت (نقیبی، ۱۳۸۹، صص ۳ و ۴). در مقابل، حریم خصوصی خانوادگی با در نظر گرفتن فرض ریاست زوج بر سایر اعضا، به معنی احترام قانونی به تصمیمات مناسب و بدون غرض ورزی وی نسبت به دیگر اعضای خانواده است.

شناسایی حق حریم خصوصی گام مهمی در تفسیر و تشخیص حقوق زوجین می‌باشد؛ به‌عنوان مثال، در پرونده‌ای که در شعبه ۱۰ دادگاه خانواده شیراز مطرح بود، علی‌رغم اینکه حق تعیین مسکن به زوج داده نشده بود، دادگاه مرد را ملزم به تهیه مسکن مستقل برای همسر خود می‌کند.^۱ این رأی در مورد تعارض ریاست زوج و حق حریم شخصی زوج است که در نهایت، اصل دوم پذیرفته می‌شود. به این معنی که حریم شخصی زوج اقتضا

۱. دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۷۰۳۷۰۰۹۵۳ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه خانواده شهرستان شیراز.

می‌نماید که وی بدون دخالت‌های احتمالی دیگران، بتواند نقش خود را در خانواده ایفا کند.

۲-۳. نقش قراردادهای خصوصی در نکاح

مفهوم بحث‌برانگیز دیگر، نقش قرارداد در عقد نکاح می‌باشد. در ارتباط با دامنه نفوذ شروط قراردادی زوجین در ضمن سند نکاحیه، نگرش‌های متفاوتی دیده می‌شود. در گذشته، زوجین نمی‌توانستند اراده خود را جایگزین قوانین امری خانواده کنند؛ ولی اکنون در کشورهای کامن‌لا، نظریه قراردادی شدن عقد نکاح طرفداران زیادی را به خود اختصاص داده است.

در ایالات متحده آمریکا، برخی ایالت‌ها آزادی عمل بسیار زیادی را برای دو همسر در نظر می‌گیرند و تنها توافقات معدودی را بلااثر اعلام می‌کنند، مانند شروطی که در اثر جهل طرف یا سوءاستفاده از وی نوشته شده است یا اینکه در برخی از ایالت‌ها، شروطی را که در تعارض با موقعیت نکاحی یا حریم خصوصی خانوادگی است، بلااثر می‌دانند.

برخی معتقدند که با توجه به تغییرات حاصل از تجددگرایی و رشد مفهوم استقلال فردی، باید بستر مناسب قانونی برای اعطای آزادی قراردادی در مورد درج شروط ضمن عقد نکاح، تأمین شود (Weber & Bermingham, 2003, P. 99). قوانین خانواده زمانی توسط ایالت‌ها وضع می‌گردید و طرفین قادر به تغییر آن نبودند؛ اما در حال حاضر، این موضوع جنبه قراردادی پیدا می‌کند و افراد می‌خواهند بنای خانواده را به میل خود پی‌ریزی کنند؛ یعنی زوجین مانند دو شریک تجاری، رابطه خود را از ابتدا تا انتها طرح‌ریزی می‌کنند و قانون توافق آنها را اجرا می‌کند (Hasday, 2004, P. 836).

در مقابل، دیگران معتقدند که قراردادهای رسمی بین افرادی که در یک رابطه خانوادگی زندگی می‌کنند، هرگز نمی‌تواند منبع انحصاری حقوق و تعهدات نکاحی باشد. از این رو، قواعد حقوق خانواده که در مورد مقتضای عقد نکاح یا نظم عمومی است، امری است و طرفین فقط قادر به تراضی در سایر امور و برخی تعهدات مالی‌اند. به‌علاوه، قیود دیگری نیز مانع از اجرای شروط قراردادی زوجین می‌شود؛ به‌طور نمونه، در راستای مقابله با غیرمنصفانه بودن شروط در زمان اجرا، دادگاه باید بررسی کند که توافق انجام‌شده، از اساس

موجب بی‌عدالتی نمی‌شود (Ellman & others, 1998, P. 84 & 85). در هر صورت، امروزه محبوبیت قراردادهای خصوصی در زمینه ازدواج روبه‌افزایش است؛ زیرا بر این مبنا، تأسیس نکاح، فردی و شخصی می‌شود و زوجین می‌توانند شرایط حاکم بر روابط زوجیت را خودشان تعیین کنند (Atwood & Bixx, 2012, P. 313).

برخی ایالات زوجین را ناتوان از تغییر عناصر بنیادین عقد نکاح می‌دانند؛ در حالی که دیگر ایالات به آنها تقریباً آزادی مطلق در تعیین شروط ضمن عقد اعطا می‌نمایند.

قانون متحدالشکل توافقات قبل از نکاح مصوب ۲۰۱۲م، که تا کنون ۲۸ ایالت به آن پیوسته‌اند، نوآوری قانونی در برتری دادن اصل آزادی قراردادی به اصل امری بودن قوانین نکاح می‌باشد؛ به‌طور نمونه، یکی از زوجین ممکن است از حق حمایت، مالکیت اموال و تکلیف به پرداخت هزینه‌ها صرف‌نظر کند (Atwood & Bixx, 2012, P. 340).

توافقات زوجین در این قانون می‌بایست کتبی باشد و به امضای هر دو برسد. از آنجا که این قانون دارای معیارهای گسترده‌ای برای قابلیت اجرای توافقات است، نگرانی این بود که ممکن است محاکم یا طرفین فرض کنند که سایر قواعد عمومی قراردادها و نظریه‌های حقوقی، قابل اجرا نیستند. ماده ۵ قانون مذکور روشن می‌کند که سایر اصول و قواعد حقوقی به کار خود ادامه می‌دهند، مگر اینکه خلاف آنها تراضی شود. بنابراین طرفین ممکن است در زمان اجرای توافقات بر مبنای طرق دفاعی سنتی، مانند فقدان اهلیت، اظهارات خلاف واقع^۱، تدلیس^۲، اعمال نفوذ از طریق ناروا^۳ و ... مقاومت کنند (Atwood & Bixx, 2012, P. 337 & 338)؛ لیکن متعهد می‌تواند با اثبات شش مورد زیر، از اجرای توافق امتناع نماید:

۱. زمانی که توافق غیرارادی^۴ یا از روی اجبار^۵ بوده است. این توافق را کمیته قانون

متحدالشکل، اراده نامعتبر معنی کرده است.

۲. در صورتی که دسترسی به مشاور حقوقی مستقلی امکان‌پذیر نباشد. این الزام قانونی جدید

1. Misrepresentations
2. Fraud
3. Undue influence
4. Involuntary
5. Duress

به معنی این نیست که طرفین باید با مشاور حقوقی مشورت کرده باشند، اما تضمین می‌کند که امکان دسترسی به مشاور حقوقی در زمان امضای توافق فراهم بوده است. به عبارت دیگر، هدف از این الزام قانونی، داشتن شرایط مالی و زمان تصمیم‌گیری برای مراجعه به وکیل مستقل در مرحله انعقاد توافق می‌باشد.

۳. در مورد حقوق سلب‌شده، نه توضیحی دریافت شده باشد و نه هشدار که رافع جهل است، در قرارداد نوشته شده باشد. ویژگی جدید این قانون، دادن اخطار مناسب یا توضیح در موارد سلب حق است.

۴. شفاف‌سازی مالی مناسبی انجام نشده باشد. طبق بند «الف» ماده ۹ قانون، شخصی که طرف قرارداد خصوصی ازدواج است، مستحق دریافت توضیح دقیق و توأم با حسن نیت جهت تخمین ارزش اموال، مسئولیت‌ها و درآمد طرف مقابل است.

۵. دادگاه‌ها می‌توانند شروط غیرمنصفانه را اجرا نکنند. همچنین اگر اجرای شرط به دلیل تغییر بنیادین شرایط، منجر به سختی شدید شود، می‌توانند از اجرای آن امتناع نمایند. به‌طور کلی، دادگاه عوامل مختلفی را بررسی می‌کند؛ از جمله مدت ازدواج، هدف توافق، درآمد فعلی یا ظرفیت درآمد طرفین، تعهدات نسبت به فرزندان مشترک یا حاصل از ازدواج قبلی، سن و سلامت طرفین، طبقه اجتماعی زوجین در طول ازدواج، میزان مشارکت وی در خدمات منزل در زندگی مشترک، نوع اختلاف زوجین و آنچه طرفین از اجرای شرط به دست می‌آورند و اگر توافق مذکور نبود، چه میزان تحت شمول قانون ایالت کسب می‌کردند (Atwood & Bixx, 2012, P. 340-343).

۶. هرگونه توافقی که بر حق حمایت فرزندان تأثیر منفی داشته باشد، غیرقابل اجراست (National Conference Of commissioners On Uniform State Laws,) (2014, P.20).

یافته‌های پژوهش

مفاهیم نوین حقوق خانواده ریشه در قانون اساسی دارد و می‌تواند سبب ارائه تفسیر قضایی

منطبق با مقتضیات روز باشد. این نظریه‌های حقوقی می‌تواند باعث یک‌پارچگی آرای قضایی، جلب حداکثری رضایت زوجین و ترویج عقد نکاح به‌عنوان اساسی‌ترین میثاق مدنی گردد که فقدان آنها در حقوق کشور ایران مشهود است. در این راستا، برای پویایی قوانین خانواده، اصول بنیادین نظام حقوق خانواده در برخی از کشورهای کامن‌لا تبیین گردید و مقایسه آن با حقوق ایران انجام شد که در ذیل، به‌اختصار ذکر می‌شود:

۱. مهم‌ترین اصل در حقوق خانواده موقعیت نکاحی می‌باشد که شامل بایدها و نبایدهایی است که جامعه، اخلاق، ایدئولوژی و مذهب از قرارداد ازدواج توقع دارد. این اصل آن‌چنان مهم است که شروط قراردادی تاب برابری با آن را ندارد. موقعیت نکاحی در همه نظام‌های حقوقی با تغییر سبک زندگی زوجین دچار تحول می‌شود؛ به‌طور مثال، در حقوق خانواده آمریکا، با گذر از دو مرحله تشابه و برابری حقوق همسران، اکنون به فردی کردن حقوق زوجین و قراردادی شدن عقد نکاح گرایش دارد. موقعیت نکاحی در حقوق ایران یا به‌طور یک‌طرفه به‌سمت زوج برقرار شده است (که زوج مکلف به تبعیت از آنها می‌باشد، مانند حق ریاست زوج) یا یک‌جانبه به نفع زوج است (مانند حقوق مالی از جمله مهر و نفقه) یا تعهداتی است که هر دو به انجام آنها مکلف‌اند (مانند سعی در تشدید و تحکیم مبانی خانواده). این موارد به‌راحتی قابل تغییر یا اسقاط نمی‌باشند.

۲. اصل دیگر حریم خصوصی شخصی - خانوادگی است که به‌دلیل اهمیت زیاد آن، در قوانین اساسی دولت‌ها به آن اشاره شده است. حریم خصوصی در علم حقوق ریشه دارد و قادر است احکام قانونی‌ای مانند ریاست زوج و حدود تمکین خاص زوج را در آرای قضایی تعدیل نماید و موجب برقراری عدالت و انصاف به نفع طرف ضعیف گردد. شناسایی حق حریم خصوصی در تفسیر و تشخیص حقوق زوجین نقش مؤثری دارد. در حقوق آمریکا، اجرای حریم خصوصی هر شخص در خانواده مبتنی بر اصل استقلال فردی است؛ اما در حقوق ایران، در صورت تعارض حریم خصوصی خانوادگی با مصالح شخصی، منافع خانوادگی مقدم است.

۳. یکی از مباحث مهم در حقوق خانواده قراردادی شدن عقد نکاح است. در دنیای امروز، اشخاص تمایل دارند تعهدی را قبول کنند که خودشان حدود و ثغور آن را تعیین کرده باشند. این آزادی به ترغیب افراد برای امضای سند نکاحیه کمک می‌کند. قانون‌گذار ایران با توجه به قوانین امری، اخلاق حسنه و نظم عمومی، چنین توافقاتی را به‌طور محدود می‌پذیرد. در آمریکا، وحدت نظر وجود ندارد. برخی ایالت‌ها با توجه به تجددگرایی و اصل استقلال فردی، جز در موارد خاصی، معتقد به آزادی اراده برای دو همسر هستند، اما در مقابل، عده‌ای معتقدند طرفین تنها قادر به تراضی در برخی از تعهدات مالی و اموری غیر از مقتضای عقد نکاح می‌باشند. نگرشی که به‌سمت قراردادی شدن عقد نکاح تمایل دارد، محل تأمل می‌باشد؛ زیرا از وظایف قانون‌گذار شناسایی فرهنگ غالب، تصویب قانون کارآمد و کنترل پدیده‌های منفی (مانند گرایش به ازدواج سفید) است. نظریه قراردادی شدن عقد نکاح، امکان مخالفت با اخلاق حسنه یا خطر استثمار شدن افراد ضعیف و ناآگاه را دارد. از طرف دیگر، تدابیر و سنجش‌های قضایی که شامل بررسی صحت شروط طبق عدالت و انصاف، میزان آگاهی متعهد از آثار چنین شرطی، ارزیابی تغییر بنیادین شرایط و موقعیت زوجین از ازدواج تا زمان اجرای شرط و ... می‌شود، به محاکم اجازه تضمین حقوق فردی و حمایت از طرف ضعیف قرارداد را می‌دهد.

منابع

- قرآن کریم.
- امینی، علی‌رضا و آیتی، سید محمدرضا (۱۳۸۵). *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*، جلد ۲. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- بخشایشی بایقوت، محرم و حیدری منور، حسین (۱۳۹۶). «حریم خصوصی در قانون ایران و اسناد بین‌الملل». *فصل‌نامه مطالعات بین‌المللی پلیس*، ۷(۲۹)، صص ۲۰۷-۲۳۲.
- پروین، فرهاد و حسینی، وحیده (۱۳۹۲). «شرایط، آثار و قلمرو فقهی - حقوقی ریاست زوج در رابطه با زوجه». *پژوهش حقوق خصوصی*، ۲(۳)، صص ۶۵-۹۴.
- حاتمی، علی‌اصغر و زبرجد، سیده فاطمه (۱۳۹۴). «اجرت‌المثل ایام زوجیت و نحله با نگرشی بر قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱». *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ۷(۱)، صص ۹۸-۵۹.

- حلی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید (۱۳۹۸). متن و ترجمه ابواب حقوق شرایع الاسلام، جلد ۱. ترجمه مهدی رحیمی. تهران: چتر دانش.
- دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۷۰۳۸۰۰۹۷۰ صادره از شعبه ۱۱ دادگاه خانواده شیراز.
- دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۳۹۰۱۴۵۷ صادره از شعبه ۷ دادگاه خانواده شیراز.
- دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۷۰۳۷۰۰۹۵۳ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه خانواده شیراز.
- صادقی مقدم، محمدحسن؛ صادقی، محمد و میری سرارودی، سید رضا (۱۳۹۵). «ماهیت و جایگاه نکاح در عقود معاوضی و غیرمعاوضی». آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۳. صص ۷۸-۵۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵، الف). اعمال حقوقی قرارداد - /یتباع. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۵، ب). حقوق مدنی خانواده، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گروه پژوهشی انتشارات چراغ دانش (۱۳۹۵). پرسش و پاسخ‌های دعاوی خانواده، جلد ۱. تهران: انتشارات چراغ دانش.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۵). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- محسنی، الهه (۱۳۹۹) اشخاص و خانواده در قانون مدنی فرانسه. تهران: انتشارات خرسندی.
- نقیعی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۹). «حریم خصوصی در مناسبات و روابط اعضای خانواده». فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۱۵(۵۲)، صص ۱-۲۴.
- نوبهار، رحیم و حسینی، سیده‌ام‌البین (۱۳۹۴). «قاعده لزوم معاشرت به معروف در روابط زوجین». فصلنامه خانواده‌پژوهشی، ۱۱(۱)، صص ۷۲-۵۳.
- نوری یوشانلو، جعفر؛ برزگر، مجتبی و فارسی، مریم (۱۳۹۶). متون حقوقی فرانسه در بخش مدنی. تهران: انتشارات خرسندی.
- Atwood. B. A, Bix. B . H (2012). A New Uniform Law For premartial and Martial Agreements: *Family Law Quarterly*. 46 (3). 313.344.
- Conway. H. L (2007). *Family Law-Key case*. London: British Library Cataloguing in Publication Data.
- Douglas.A.C, Gibbs. P (2004) . Morocco: New Family Code Is Both Progressive And Backward . *Off Our Backs*.34 (9). 1.5.
- Eekelaar. John (2018), Family Law And Identity, *Oxford Journal Of Legal Studies*, 38 (4), 822-840.
- Elizabeth. S .E., Scott, Ben Chen (2018) *Fiduciary Principles In FamilyLaw* https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2086/
- Ellman. I. M, Kurtz. P.M, Scott. E (1998). *Family Law: Cases, Text, Problems* (3rd edition). Charlottesville.U.S. Lexis Law Publishing.
- Garrison.M (1983) Marriage: The Status of Contract, An Essay on Weitzman's The Marriage Contract. *The University of Pennsylvania Law Review*.131 (4). 1039.1062.
- Hamilton.V (2006) Principles Of U.S Family Law.*SSRN Electronic journal*.75 (1) . 31.73.

- Hasday.J .E. (2004). The canon of family law. *Stanford Law Review*. 57 (3). 825.900.
- Henaghan.M. (2008). The Normal Order Of Family Law: *Oxford Journal of Legal Studies*. 28 (1). 165.182.
- Hopkins, C. (2004) .The Supreme Court's Family Law Doctrine Revisited: Insights from Social Science on Family 34-Structures and Kinship Change in the United States. *Cornell Journal of Law and Public Policy*: 13 (2).431.53.
https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/323/
- Johns. Lorraine (2010) *Recognizing Non-Conjugal Relationship In New Zealand: We Should Extent The Rights And Responsibilities Of Marriage And Marriage-Like Relationship To Other Caring Relationship? Thesis Published At Victoria University Of Wellington*:
<http://hdl.handle.net/10063/1653>.
- Katz. S. (2011) . *Family Law In America*. New York: Oxford University Press.
- Larremore. L. (1906).American Divorce Law: *The North American Review*. 183 (596). 70.81.
- National Conference Of commissioners On Uniform State Laws (2014). *Uniform Pre Martial And Martial Agreements Act*. 1.20:
<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=f5d36125-9433-c7d8-28ec-6244f4a316e6&forceDialog=0>
- Parkman. A. M (2001). The Ali Principle anf Martial Quality. *Duke Journal of Gender Law & Policy*. 8 (157) 157.166.
- Plazzo. N (2020), *Legal Recognition Of Non-Conjugal Families: New Frontiers In Family Law In U.S, Canada And Europe*, Hart Publishing: Oxford
- Royden. M, Astlay. M. D (1959) Fidelity And Infidelity In Marriage: *Pastoral Psychology*. 9 (10). 39.50.
- Scott. E. S (2000) Social Norms And The Legal Regulation Of Marriage: *Columbia Law School*.
- Sumner. I, Warendorf. H (2003).*Family law legislation of the Netherlands*. Intersentia: Oxford.
- Weber. M ,Bermingham C. R (2003) Authority And Autonomy In Marriage: *American Sociological Association*. 21 (2). 85.102
- Weitzman. L. J (1981) *The Marriage Contract. Spouses, Lovers And The Law*.New York.U.S: The Free Press.
- Zoglin . K (2009) . Morocco's Family Code: Improving Equality for Women . *Human Rights Quarterly*.31 (4). 964.984.