

## ازدواج مجدد زوج به لحاظ نشوز زوجه و شرط وکالت در طلاق

لیلاسادات اسدی<sup>۱</sup>

رقیه السادات مؤمن<sup>۲</sup>

### چکیده

مطابق شرط دوازدهم مندرج در نکاحنامه‌های رسمی، در صورت ازدواج مجدد زوج، زوجه می‌تواند به وکالت از او خود را مطلقه سازد. رویه‌ی قضایی، اذن دادگاه بر ازدواج مجدد زوج را در تحقق این شرط بی‌تأثیر می‌دانست، حتی اگر سبب اذن دادگاه، نشوز زوجه باشد. رأی وحدت رویه‌ی صادره از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به خلاف رویه‌ی موجود، نشوز زوجه را مانع از تحقق شرط مذکور دانسته است. در این رأی بر قاعده‌ی منع سوءاستفاده از حق، تکلیف زوجه به تمکین و قبح دادن پاداش به زوجه‌ی ناشزه و نیز تأیید این نظر در فتاوی فقها استدلال شده است. صرف نظر از این‌که، هر یک از این موارد دارای پاسخ است، مهم‌ترین دلیل بر عدم قوت این رأی، آن است که جایگاه صدور رأی وحدت رویه، تفسیر قانون است که موجودیت خود را از اراده‌ی قانون‌گذار می‌گیرد و از این رو حاکمیتی عام دارد، در حالی که شرط ضمن عقد، ناشی از اراده‌ی اشخاص است. هم‌چنین مطابق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، مراجعه‌ی به منابع و یا فتاوی معتبر فقهی، منوط به اجمال، نقص، ابهام و یا تعارض متون قانونی است؛ این در حالی است که موضوع حاضر صرفاً واجد جنبه‌ی قراردادی است.

### واژگان کلیدی:

رأی وحدت رویه، دیوان عالی کشور، نشوز، ازدواج مجدد، وکالت در طلاق، اجتهاد

۱. دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق (ع)، پردیس خواهران  
۲. کارشناس ارشد فقه و حقوق خانواده، دانشگاه امام صادق (ع)، پردیس خواهران

## ۱. درآمد

شرط در لغت به معنای لازم گردانیدن چیزی و التزام به چیزی (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۹، ص ۱۴۲۱۶) و در معنای حقوقی، تعهد مستقیم یا غیرمستقیم مرتبط به عقد مشروط است (شهیدی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۸) که به وصف یا مورد معامله یا نتیجه‌ی یک عمل حقوقی تعلق می‌گیرد (قاسم‌زاده، ره‌پیک و کیانی، ۱۳۸۸، ص ۹۵)؛ فاقد ماهیت حقوقی مستقل است و مطابق ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، بر اساس اصل آزادی اراده قابل احترام می‌باشد؛ در این نوشتار، مراد از شرط، چیزی است که «در یک عمل حقوقی به منظور تکمیل یا تغییر آثار حقوقی معمولی آن گنجانده می‌شود» (افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۲۲۴). شرط صرفاً در صورتی فاقد اعتبار است که خلاف مقتضای عقد، یا به گونه‌ای مجهول باشد که موجب جهل به عوضین شود<sup>۱</sup> و دیگر آن‌که غیرمقدور، بی‌فایده یا نامشروع باشد.<sup>۲</sup>

مطابق ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، زوجین می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. از این جمله است ازدواج مجدد مرد؛ که به عنوان شرط پیشنهادی در بند دوازدهم از قسمت «ب» نکاح‌نامه‌های رسمی قید شده است.<sup>۳</sup> مطابق این شرط، هرگاه: «زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند، یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید، زن به وکالت از زوج، با حق توکیل به غیر می‌تواند خود را به هر نوع طلاق که می‌خواهد مطلقه کند.»

رویه‌ی قضایی در تفسیر شرط دوازدهم مذکور قائل به اطلاق آن بود؛ به گونه‌ای که، ازدواج مجدد زوج به لحاظ نشوز زوجه را در تحقق شرط بی‌تأثیر می‌دانست. این رویه با صدور رأی وحدت رویه از سوی هیأت

۱. ماده‌ی ۲۳۳ قانون مدنی.

۲. ماده‌ی ۲۳۲ قانون مدنی.

۳. شروط ضمن نکاح‌نامه‌های رسمی با تصویب شورای عالی قضایی طی دستورالعمل‌هایی به شماره‌های ۱۳۴۸۲۳ در تاریخ ۱۳۶۱/۷/۱۹ و ۱۳۶۱۸۲۴ و ۱۳۶۲/۶/۲۸ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ گردید.

عمومی دیوان عالی کشور<sup>۱</sup> مردود شناخته شد. این رأی که در حکم قانون است، اذن دادگاه برای ازدواج مجدد مرد به لحاظ نشوز زوجه را مانع تحقق شرط وکالت زوجه در طلاق دانسته است.

نوشتار حاضر، ضمن مراجعه به متون فقهی و تبیین آرای فقهای امامیه، با تحلیل شرط دوازدهم نکاحنامه‌ها و رویه‌ی محاکم تا پیش از صدور رأی وحدت رویه‌ی مذکور، ضمن بررسی جایگاه رأی وحدت رویه و حوزه‌ی اختیار آن، بار حقوقی این رأی را از نظر مبانی استدلالی ارزیابی می‌کند.

## ۲. دیدگاه رویه قضایی در موضوع و مبانی استدلالی آن

پیش از صدور رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۶، رویه‌ی قضایی، نشوز زوجه را در تحقق شرط دوازدهم ضمن نکاحنامه‌های رسمی بی‌تأثیر می‌دانست. در این بخش به توضیح رویکرد رویه قضایی و مبانی استدلالی آن می‌پردازیم.

### ۲-۱. دیدگاه رویه قضایی

در تفسیر شرط وکالت زوجه در طلاق در صورت ازدواج مجدد زوج موضوع بند دوازدهم از شروط مندرج در نکاحنامه‌های رسمی، تا پیش از صدور رأی وحدت رویه‌ی مورد بحث، رویه‌ی بیشتر محاکم کشور بر این مستقر شده بود که اذن دادگاه به ازدواج مجدد مرد، در تحقق شرط وکالت زوجه تأثیری بر جای نمی‌گذارد؛ اعم از آن که مبنای اذن دادگاه، نشوز زوجه باشد یا از سبب دیگری مانند عقیم بودن وی ناشی شده باشد. بر این اساس، صرفاً رضایت زوجه نسبت به ازدواج مجدد زوج، مانع از تحقق وکالت وی بود؛ امری که به صراحت در شرط مذکور آمده است. این عقیده، مورد پذیرش و تصریح اداره‌ی

۱. رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۰: «نظر بر این که مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، تمکین از زوج، تکلیف قانونی زوجه است، بنابراین در صورتی که زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع و زوج این امر را در دادگاه اثبات و یا اخذ اجازه از دادگاه همسر دیگری اختیار نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که به حکم ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن عقد نکاح شرط و مراتب در سند ازدواج ذیل بند «ب» شرایط ضمن عقد در ردیف ۱۲ قید گردیده، محقق و قابل اعمال نیست ...» (روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۹۱۷۶، مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۹)

حقوقی قوه قضاییه نیز قرار گرفته است.<sup>۱</sup> با این وجود، دیدگاه اقلیت قضات بر این بود که نشوز زوجه مانع تحقق شرط وکالت وی در طلاق می‌باشد و همین اختلاف، زمینه‌ی صدور رأی وحدت رویه را فراهم نمود. به شرح زیر مهم‌ترین مبانی استدلالی قضات در پذیرش نظریه‌ی فوق بررسی و تبیین می‌شود.

## ۲-۲. مبانی استدلالی

از مفاد نظریه‌های مشورتی اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه، مبانی به شرح ذیل را می‌توان بر تأیید نظر اکثریت قضات استنباط نمود.

### ۲-۲-۱. اطلاق شرط وکالت زوجه در طلاق

در بند دوازدهم سند نکاحیه، تحقق وکالت زوجه در نتیجه‌ی ازدواج مجدد زوج بدون کسب اجازه و رضایت زوجه، به نحو اطلاق پیش‌بینی شده و منصرف به مورد خاصی نیست.

اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه نیز تنها قید این شرط را رضایت زوجه دانسته و معتقد است تمکین یا عدم تمکین زن در شرط وکالت وی در طلاق تأثیری ندارد؛ این اداره در نظریه‌ی خود، به عدم ملازمه‌ی میان نشوز زوجه و انتفای وکالت استناد می‌کند.<sup>۲</sup> اداره‌ی مذکور در

۱. نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۹۱۱۴ مورخ ۱۳۷۹/۱/۱۳ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه: «در صورتی هم که دادگاه به زوج اجازه‌ی ازدواج مجدد بدهد، زوجه می‌تواند به استناد این که شوهرش بدون اذن و اجازه‌ی او عیال دوم اختیار کرده است، از وکالت خود استفاده و درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش و اجازه‌ی طلاق نماید.» و نیز نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۶۴۲ مورخ ۱۳۸۲/۵/۴ این اداره: «طبق ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، زوج و زوجه به شرایطی که ضمن عقد قرار داده‌اند مأخوذ و مقید می‌باشند و تحصیل اجازه‌ی ازدواج مجدد به علت عدم تمکین زوجه از زوج از دادگاه، منافی شرط ضمن عقد بین زوج و همسر اول نیست. بنابراین چنانچه زوجه به موجب شروط مندرج در قباله نکاحیه، در صورت انتخاب همسر دوم از ناحیه زوج، وکالت جهت درخواست طلاق داده شده باشد، می‌تواند از آن استفاده کند.»

۲. نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۶۴۸۴ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۲۴ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه: «هرگاه زن ضمن عقد نکاح وکالت داشته باشد که در صورت ازدواج مجدد شوهر، خود را مطلقه نماید، به محض تحقق شرط وکالت یعنی ازدواج شوهر، وکالت زن محقق می‌شود و حق استفاده از این وکالت را خواهد داشت. تمکین یا عدم تمکین زن تأثیری در آن ندارد؛ زیرا بین عدم تمکین و انتفاء وکالت، ملازمه‌ای وجود ندارد. زوج می‌تواند در صورت عدم تمکین زوجه، الزام

نظریه‌ی دیگری نیز بر این موضوع تصریح دارد که شرط دوازدهم سند نکاحیه مطلق بوده و صرفاً رضایت زوجه نسبت به ازدواج مجدد زوج مانع تحقق آن می‌باشد.<sup>۱</sup> زیرا، عدم تمکین زوجه، به منزله‌ی رضایت زن به ازدواج مجدد زوج نمی‌باشد. نظریه‌های متعدد دیگری با همین مضمون و استدلال‌های مشابه از این اداره صادر شده است (ر.ک: میرزایی، ۱۳۸۹، ج ۱، صص ۳۱۱-۳۱۰)؛ نظراتی که همگی به اذن دادگاه بر ازدواج زوج، بدون توجه به سبب آن اشاره نموده و آن را بی‌تأثیر در شرط دوازدهم دانسته است.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۲. لزوم وفای به شرط

عنوان شرطیت از جمله عناوینی که بسیاری آن را از عناوین ثانویه دانسته‌اند، (انصاری، ۱۴۱۱، ص ۲۸۲) است. این عنوان که برگرفته از قاعده‌ی «المؤمنون عند شروطهم» و به تعبیری «المسلمون عند شروطهم» است، دارای کاربرد و آثار فراوانی در ابواب گوناگون فقه است؛ به گونه‌ای که فقها بر اساس همین قاعده، معتقدند که بر هر شخص مسلمان و با ایمانی، واجب است به التزامات و تعهداتی که در مورد دیگران بر عهده می‌گیرد، وفا نماید؛ زیرا روشن است که معصوم (ع) با بیان این قانون و کبرای کلی، در مقام انشای حکم است، نه درصدد گزارش از یک امر خارجی (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۵۱). با لحاظ این که «المؤمنون» یا «المسلمون» جمع معرف به الف و لام و در نتیجه، مفید عموم است و نیز با عنایت به این که واژه‌ی «شروطهم» نیز جمع مضاف و مفید عموم است، (همان جا) می‌توان

او را به تمکین از دادگاه درخواست نماید، لیکن چنانچه بدون موافقت وی همسر دیگری اختیار کند، زوجه می‌تواند از وکالت استفاده نماید. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷، ج ۳۸، ص ۱۰)

۱. نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۹۱۱۴، مورخ ۱۳۷۹/۱/۱۳ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه: «اگر تفویض وکالت زوج به زوجه مطلق باشد و شرط ازدواج مجدد زوج بدون جلب رضایت زن محقق شود، با توجه به ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، زوجه می‌تواند با مراجعه به مراجع قانونی صلاحیت‌دار، موضوع وکالت را انجام دهد و صدور اجازه‌ی ازدواج مجدد از جانب دادگاه، هر چند مسبوق به عدم تمکین زوجه باشد، به منزله‌ی رضایت زن به انجام ازدواج مجدد زوج نیست و مانع اعمال وکالت زوجه که وکالت در طلاق در صورت ازدواج مجدد شوهر بدون رضایت وی به او تفویض گردیده، نخواهد بود.» (همان، ص ۱۴)

۲. از این جمله است نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۶۴۲ مورخ ۱۳۸۲/۵/۴ اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه.

گفت: مفاد قاعده‌ی مزبور این است که بر همه‌ی مسلمانان و اهل ایمان، واجب است که به تمامی شروط و تعهداتی که گردن می‌نهند، وفا و عمل نمایند. با این توضیح، ثانویت عنوان شرطیت نیز روشن می‌شود؛ زیرا، چه بسا ممکن است حکم اولی، امری مباح یا مستحب باشد، اما از آن جا که فرد ضمن عقدی صحیح، عدم اجرای آن را نسبت به خود پذیرفته است، وفای به عهد، واجب شود. این امر نشان می‌دهد که شرط عدم ازدواج مجدد نیز که امری مباح را منع می‌کند، صحیح است.<sup>۱</sup> منابع لزوم شرط، روایات،<sup>۲</sup> اجماع<sup>۳</sup> و عقل<sup>۴</sup> است.

۱. ظاهر، بلکه صریح کلمات بسیاری از بحث‌کنندگان درباره‌ی شرط، در مباحث خیارات به ویژه خیار شرط نیز ثانویت عنوان مزبور است و بر همین اساس، برخی در مورد تنافی میان احکام اولیه و حکم شرط، ادله‌ی احکام اولیه را حمل بر حکم اقتضایی و ادله‌ی وجوب وفا به شرط را حمل بر علت تامه نموده‌اند. برخی نیز برای رفع این تنافی، سخن از حکومت به میان آورده‌اند. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱۱، ص ۱۱۱)

۲. در اثبات واجب‌الوفا شدن کاری به خاطر عروض عنوان شرطیت بر آن، به روایاتی تمسک شده است. از جمله روایت بزرگ است از امام کاظم (ع)؛ به موجب این روایت از حضرت در خصوص مردی پرسش می‌شود که پس از طلاق دادن زن خود، قصد نکاح مجدد می‌کند و زوجه شرط عدم طلاق و عدم ازدواج مجدد می‌نماید، ایشان می‌فرمایند: کار ناشایستی کرد. او چه می‌داند شبانه‌روز در دل او چه خواهد گذشت (ممکن است از کار خود پشیمان شود و نیاز به طلاق دادن داشته باشد)، اما اکنون که چنین شده، به شرطی که درباره‌ی همسرش گردن نهاده، وفا کند؛ زیرا رسول خدا (ص) فرمودند اهل ایمان باید به شرط‌های خود ملتزم باشند. (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۳؛ حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۳۰) هم‌چنین است روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع): «مسلمانان باید به شرط‌هایی که گردن می‌نهند، وفا کنند مگر شرطی که با کتاب خداوند مخالف باشد که در این صورت وفای به آن واجب نیست. (قمی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۰۲؛ حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۳۵۳)

۳. فقها در ادوار گوناگون بر وجوب وفای به شروط صحیحی که در ضمن عقد لازم قید می‌شود، اجماع و اتفاق نظر دارند. برخی در مناقشه به این دلیل، به مدرکی بودن آن اشاره کرده و معتقدند ادعای اجماع با وجود روایاتی که در این زمینه وارد شده، تمام نیست؛ زیرا روشن است که مدرک، همین روایات است. (موسوی بجنوردی، پیشین، ج ۳، ص ۲۲۲)

۴. شروطی که در ضمن عقد صحیح و لازم واقع می‌شوند، از توابع و ملحقات همان عقد، محسوب می‌شوند. در نتیجه، همان‌گونه که دلیل وجوب وفای به عقد، بر لزوم وفای به این عقد، دلالت دارد، بر وجوب وفا کردن به شروط آن نیز دلالت دارد (بجنوردی، پیشین، ج ۳، ص ۲۵۵). مناقشه‌ی این دلیل نیز چنان که محقق بجنوردی یادآور شده، این است که اولاً: این دلیل نیز مانند دلیل سابق، اخص از مدعا است؛ ثانیاً: شروط گرچه در ضمن عقود و معاهدات باشند، التزاماتی غیر از آن عقود و معاهدات هستند، لذا در بحث شرط فاسد گفته‌اند فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند، به همین ترتیب در این جا نیز می‌توان گفت وجوب وفای به عقد، به شرط سرایت نمی‌کند، بلکه به دلیل دیگری نیازمند است و آن همان روایات معتبر وارده است.

### ۲-۲-۲. عدم فساد شرط وکالت زوجه در طلاق

شرط موضوع بند دوازدهم سند نکاحیه مبنی بر وکالت زوجه در طلاق در فرض ازدواج مجدد زوج بدون رضایت زوجه، شرطی نامشروع نیست تا باطل تلقی شود؛ زیرا در هر حال زوجه به وکالت از زوج خود را مطلقه می‌نماید، در نتیجه این شرط با سلطه‌ی انحصاری مرد بر طلاق که قاعده‌ای آمره است، منافاتی ندارد. حتی اگر چنین شرطی در فهم عرفی، سالب این سلطه باشد، سلب سلطه از نوع جزئی است که طبق ماده‌ی ۹۵۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> سلب جزئی حق، ولو از نوع آمره، ممکن است. همچنین این شرط با ذات عقد و با مقتضای عقد مغایر نیست و لازم‌الوفاست. فتاوی در خصوص شرط فوق نیز به مفاد شرط ارجاع داده است.<sup>۲</sup>

### ۳. مبانی استدلال رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۸ هیأت

#### عمومی دیوان عالی کشور

از مجموع آنچه گفته شد، چنین نتیجه شد که نظر اکثریت قریب به اتفاق قضات بر اطلاق شرط دوازدهم ضمن عقد قرار گرفته است؛ نظریه‌های متعدد اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه به عنوان مرجع مشورتی قضات، مؤید این غلبه است، حال باید دید مبانی استدلالی قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه‌ای که مغایر با رویه‌ی موجود بوده، چه می‌باشد و آن‌گاه این استدلال‌ها را ارزیابی می‌کنیم.

با عنایت به مفاد رأی وحدت رویه‌ی موضوع بحث و مشروح مذاکرات صورت گرفته حین تصویب آن، مبانی استدلالی رأی به شرح زیر قابل توجه

۱. «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.»

۲. تبریزی: تابع کیفیت شرط است، اگر مطلق شرط شده باشد، شامل ازدواج منقطع هم می‌شود. (معاونت آموزش قوه قضاییه، پیشین، ج ۲، ص ۶۱) ایشان در پاسخ به این پرسش که اگر ضمن عقد نکاح شرط شده که ازدواج دوم نکنند، ولی به دلیل مشکل همسر نخست، ناچار به اختیار همسر موقت شود، آیا سبب طلاق برای همسر دایم فراهم است، می‌فرماید: «اگر ضمن عقد نکاح شرط شده که زوجه وکیل باشد از طرف زوج تا در صورت ازدواج دوم، ولو به صورت موقت خود را طلاق بدهد، زوجه‌ی مزبور می‌تواند در این صورت از ناحیه‌ی زوج خود را طلاق بدهد.» (همان، ص ۶۲)

است:

### ۳-۱. تکلیف زوجه به تمکین از زوج

تنها مبنای استدلالی رأی وحدت رویه که در مفاد رأی به آن تصریح شده، تکلیف زوجه به تمکین از زوج است. رأی مذکور با اشاره به ماده‌ی ۱۱۰۸ قانون مدنی<sup>۱</sup> نتیجه گرفته است که چنانچه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند و زوج پس از اثبات این امر و کسب اجازه از دادگاه، همسر دیگری اختیار نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که ضمن عقد نکاح شرط شده است، محقق و قابل اعمال نیست.

### ۳-۲. جواز اعمال حق توسط زوج و منع سوءاستفاده‌ی زوجه

#### از حق

از مبنای استدلالی قضات دیوان عالی<sup>۲</sup> کشور آن است که اصل عدم ولایت فرد بر دیگری، اقتضای آن را دارد که مرد در صورت تمایل به ازدواج مجدد، اسیر اراده‌ی زن نباشد. اگر بتوان شرطی را که در ضمن عقد شده است، به نحوی به تکلیف ملحق کرد، آن گاه می‌توان اصل عدم ولایت فرد بر دیگری را در خصوص این شرط نیز جاری ساخت؛ به عبارت دیگر، اگر بتوان شرط را چنین معنا کرد که زن ناشزه مکلف است به شوهر اجازه‌ی ازدواج مجدد دهد، یا اگر بتوان امتناع زن از اذن را چنین تعبیر کرد که زن با امتناع خویش، مانع رسیدن مرد به حق قانونی خود شده است، آن گاه می‌توان گفت که در این فرض زوج می‌تواند اعمال حق خود را که شرط مانع آن شده، از حاکم بخواهد؛ افزون بر این؛ با وجود محکومیت قطعی زوجه به تمکین و اصرار وی بر نشوز و نیز عدم تجویز ازدواج مجدد، بدین معنی است که زوجه از ایفای وظیفه‌ی شرعی و تعهد قراردادی و عرفی خود دایر بر حسن معاشرت موضوع مواد ۸۳۳

۱. «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود.»

۲. برای ملاحظه‌ی مشروح مذاکرات قضات دیوان عالی کشور در جلسه‌ای که رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۶ به تصویب رسید، بنگرید به: [www.ghazavat.com](http://www.ghazavat.com)



و ۱۱۰۳ قانون مدنی استنکاف ورزیده است؛ بر این اساس، چنین زوجه‌ای نباید بابت تخلف خود پاداشی دریافت کند. در چنین فرضی، عقیده به اعمال وکالت در طلاق، مصداق سوءاستفاده از اختیار وی در حقی است که به موجب شرط مذکور به او اعطاء شده است؛ امری که به تصریح اصل چهارم قانون اساسی منع شده است. این امر در قاعده‌ی فقهی «لاضرر» ریشه داشته و متضمن یک منع صرفاً اخلاقی یا یک اخبار محض نیست؛ بلکه یک انشاء می‌باشد. بدین معنی که حاکمیت باید ترتیبی اتخاذ کند تا هیچ کس نتواند از حقی سوء استفاده کند؛ در موضوع حاضر، لازمه‌ی این امر این است که زوجه‌ی متخلف که در صدد سوءاستفاده از حق موضوع شرط دوازدهم است، مجاز به اعمال چنین وکالتی دانسته نشود. افزون بر این، باید توجه داشت که هیچ فردی را نمی‌توان به صرف اعمال حق تنبیه نمود، از این رو زوج که با حکم حاکم و در شرایط نشوز زوجه، مبادرت به اعمال حق قانونی خود و دفع حرج ناشی از عدم تمکین زوجه‌اش نموده را نمی‌توان مشمول تنبیه مدنی مطلقه نمودن زن اول قرار داد.

### ۳-۳. عدم اطلاق شرط و ضرورت تفسیر مضیق امور خلاف اصل

مطابق مواد ۱۱۳۳ و ۱۱۰۵ قانون مدنی، مرد دارای حق انحصاری در طلاق و نیز ریاست انحصاری بر خانواده است که منبعث از احکام و آراء فقهی است؛ با این وجود باید توجه داشت که برای مرد حق انحصاری بر طلاق و ریاست انحصاری بر خانواده را ایجاد کرده است. ضرورت احتیاط در عرض و تبعیت از احکام آمره‌ی موضوع مواد مذکور ایجاب می‌نماید که از اصل اولیه‌ی تسلط و ولایت انحصاری مرد بر طلاق مخدوش نشود؛ چرا که نمی‌توان از دلیل جز با دلیل دست برداشت.<sup>۱</sup> بر این اساس در صورت بروز تردید در این که آیا شرط موضوع بند دوازدهم سند نکاحیه در این صدد است که زوجه‌ی ناشزه را نیز از مجرای وکالت بر نکاح مسلط کند، باید به نفع اصل اولیه (تسلط منحصر مرد بر طلاق) رفع تردید شود؛ مقتضای این امر، مجاز ندانستن زوجه در اعمال وکالت در طلاق است؛ چرا که، توکیل، نوعی جعل ولایت برای غیر است، از

۱. «انه لا یبطل حکم دلیل اذا کان الا بالدلیل.»

اینرو، به هنگام تردید در اصل توکیل، باید به عدم توکیل قائل شد و در فرض تردید در حدود وکالت، باید به قدر متیقن اکتفا کرد.

قائلین با بقای وکالت زوجه در طلاق امری عدمی، مطلق بودن شرط را استنباط کرده‌اند؛ به عبارت دیگر، در باور ایشان بدین دلیل که در لفظ شرط، کلماتی دایر به مستثنا بودن حالت نشوز از شمول شرط دیده نمی‌شود، در شرایط نشوز نیز امکان طلاق وجود دارد؛ حداکثر ارفاقی که نسبت به قائلین این عقیده می‌توان داشت این است که گفته شود مباحث و دلایل متقابل طرفین دارای قدرت مساوی است؛ از این رو، نوبت به اجرای قاعده‌ی تعارض دلایل‌ها و تساقط آن‌ها می‌رسد؛ پس از این تساقط، اصل احتیاط در عرض، اصل تسلط منحصر مرد بر طلاق و اصل تفسیر مضیق دامنه‌ی ولایت (وکالت) غیرصالح جریان می‌یابند و می‌دانیم که هر یک از این سه اصل، حتی به نحو استقلال نیز حکم به عدم طلاق می‌کند.

#### ۴-۳. برداشت عرف

رأی شماره‌ی ۷۸۰ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱۲، صادره از شعبه‌ی بیست و دوم دیوان عالی کشور که نسبت به رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۶ از اتقان بیشتری برخوردار بوده و جهات استدلال بیشتری دارد، به استنباط عرف از شرط اشاره کرده و آورده است: «شرط مزبور تدبیری در جهت دفاع از حقوق زوجه می‌باشد، نه آن که زوج به زوجه وکالت دهد که هرگاه زوجه به وظایف زناشویی عمل نکرده و ناشزه باشد و با صدور حکم تمکین از اجرای رأی دادگاه خودداری نموده و با مراجعه‌ی زوج به دادگاه به منظور استیذان جهت ازدواج مجدد و نجات از استیصال، باز هم امتیازی به زوجه تعلق گرفته، وکیل در مطلقه نمودن خویش باشد. هر چند اگر در متن شرط به چنین امری تصریح می‌شد، یا اوضاع و احوال یا مذاکرات حین عقد دلالت بر آن می‌نمود، شرط مزبور جایز و لازم‌الوفا بود، لیکن در حالت اطلاق شرط و عدم دلالت حالیه و مقالیه، باید قواعد اصولی و حقوقی در تفسیر عقود و قراردادهای رعایت شود و آن انصراف شرط به حالت تمکین زوجه است. چنان‌که عرف نیز چنین شرطی

را تضمین حقوق زوجه در قبال تخلف زوج از وظایف زناشویی می‌داند.»

### ۵-۳. فتاویٰ فقها

در مشروح مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به فتاویٰ تعدادی از فقهای عظام استناد شده، که شرط وکالت زوجه بر طلاق در صورت ازدواج مجدد مرد را منصرف از فرض عدم تمکین زن دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

بر مبنای نظری که قضاوت غیر حاکم را فقط از باب تفویض ممکن می‌داند، در شرایط صدور فتوا از حاکم در قضیه‌ای، امکان شرعی برای قضاوتی مخالف فتوای حاکم نیست. در پاسخ به قائلین این عقیده باید گفت که اولاً، مجتهد با تکیه بر امر حکمی «احتیاط در عرض» و امر حکمی «مسلط بودن مرد بر طلاق»، به امر حکمی دیگری می‌رسد که به موجب آن باید در شرایط تردید میان بقای تسلط منحصر مرد بر طلاق یا زوال آن، باید به بقای این تسلط (عدم امکان طلاق زن بدون رضایت مرد) قائل شد. هنگامی که مجتهد با پرسش در خصوص امکان یا عدم امکان طلاق زن در این دعوا مواجه می‌شود،

۱. از این جمله است دیدگاه آیات عظام میرزا جواد تبریزی، سیدعلی خامنه‌ای، لطف‌الله صافی گلپایگانی، محمد فاضل لنکرانی و ناصر مکارم شیرازی «در فرض مذکور شرط در مورد عقدنامه منصرف از صورت مذکوره است و زوجه وکیل در طلاق نیست و طلاقش باطل و ازدواج این زن با زوج دوم نیز باطل است و در صورت دخول زوج دوم، زن نسبت به زوج دوم حرام ابدی است و در صورت جهل به مسئله چنانچه اولادی از آنان متولد شده، ولد شبهه است.» (دیدگاه آیت‌الله میرزا جواد تبریزی، به نقل از پایگاه الکترونیکی ایشان به آدرس [www. Tabrizi. Org](http://www.Tabrizi.Org))؛ «ظاهراً وکالت داشتن در طلاق در صورت ازدواج، منصرف است از موردی که زوجه تمکین نکرده و ازدواج دوم با رأی دادگاه باشد.» (دیدگاه آیت‌الله سید علی خامنه‌ای به نقل از پایگاه الکترونیکی ایشان به آدرس [www. Wilayah. Org](http://www. Wilayah. Org))؛ «اگر زوجه بدون عذر شرعی از تمکین خودداری کرده باشد، توکیل زوج هر چند صحیحاً واقع شده باشد، از چنین موردی منصرف است. بنابراین طلاق زوجه بدون اذن و رضایت در فرض پرسش باطل است.» (دیدگاه آیت‌الله لطف‌الله صافی گلپایگانی به نقل از پایگاه الکترونیکی ایشان به آدرس [www. Saafi. org](http://www. Saafi. org))؛ «زوجه نمی‌تواند به این دلیل خود را مطلقه نماید.» (دیدگاه آیت‌الله محمد فاضل لنکرانی به نقل از پایگاه الکترونیکی ایشان به آدرس [www. Lankarani.org](http://www. Lankarani.org))؛ «وکالت در امر طلاق در خصوص این ماده، منصرف است به جایی که زوجه تمکین ننماید و هرگاه برای مدت طولانی بدون عذر شرعی حاضر به تمکین نشود، ازدواج مجدد زوج اشکالی نداشته و طلاق زن اول صحیح نبوده است.» (دیدگاه آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی به نقل از پایگاه الکترونیکی ایشان به آدرس [Makaremshirazi.org](http://Makaremshirazi.org))

با تکیه بر امر حکمی اخیر و نیز با تکیه بر پاسخ‌های آن به امور حکمی مربوط به مسائل و مباحث الفاظ در علم اصول، شرط موضوع بند دوازدهم سند نکاحیه را تفسیر مضیق می‌کند؛ بدین معنی که آن را به حالت نشوز زوجه‌ی اول و تجدید فراش زوج در تعاقب این نشوز ناظر ندانسته و از این رو طلاق موضوع این پرونده را باطل می‌داند.

ثانیاً، هر چند قاضی در امور موضوعی محض باید به تشخیص خود عمل کند و هر چند اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در حالت نیافتن حکم دعوا در قانون، قاضی را مکلف به استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر نموده است، به قرینه‌ی این که قانون امور حکمی را بیان می‌کند و مجوز مراجعه به منبع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر را در امور موضوعی صرف فراهم نمی‌آورد، نمی‌توان منکر شد که پاسخ استفتائات دست‌کم ما را در فهم معنای شرط موضوع بند دوازدهم سند نکاحیه یاری می‌سازد.

#### ۴. پاسخ به استدلال‌های مبنای صدور رأی وحدت رویه

استدلال‌هایی که بر مبنای آن رأی وحدت رویه صادر شده، همگی دارای پاسخ است، در این قسمت ضمن پاسخ به استدلال‌های مندرج در بخش قبل، ایرادهای دیگر مترتب بر رأی وحدت رویه‌ی مذکور بیان می‌شود.

#### ۴-۱. عدم مانعیت الزام زوجه به تمکین در تحقق شرط موضوع

##### بحث

تکلیف زوجه به تمکین از آثار عقد نکاح است؛ امری که مخالفی بر آن یافت نشده است. به قطع و یقین زوجین نیز به هنگام انعقاد نکاح بر این اثر واقف بوده‌اند؛ هر چند عدم وقوف آنان نیز با اطلاق ماده‌ی ۲ قانون مدنی، تأثیری بر روابط آنان نخواهد داشت. عدم تمکین زوجه، دارای نتایج متعددی است که از آن جمله عدم استحقاق بر نفقه<sup>۱</sup> و عدم بهره‌مندی از شرط تملیک تا نصف دارایی مرد و نیز اجرت‌المثل ایام زناشویی حین طلاق به درخواست

۱. «ماده‌ی ۱۰۸ قانون مدنی: هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.»

مرد<sup>۱</sup> است؛ ضمن آن که رویه‌ی قضایی<sup>۲</sup> در چنین موردی با استناد به ماده‌ی ۱۶ قانون حمایت از خانواده<sup>۳</sup> حق درخواست ازدواج مجدد برای مرد قرار داده است. زوجین با فرض عالم بودن به این قوانین، حین انعقاد نکاح بر شرط دوازدهم مذکور توافق نموده‌اند، این امر بدین معنی است که زوجه می‌خواهد در چنین مواردی خود را از قید زوجیت با مردی که زن دیگری را نیز در اختیار دارد، رها سازد. استدلال قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر این‌که: «زوجه‌ای که از ایفای وظایف شرعی و تعهد قراردادی و عرفی خود دایر بر حسن معاشرت موضوع مواد ۸۳۳ و ۱۱۰۳ قانون مدنی استنکاف و تخلف نموده است، نباید بابت تخلف خود پاداش بگیرد»، محل تأمل است؛ زیرا، در این صورت به زوجه پاداشی تعلق نمی‌گیرد؛ در واقع، با احراز نشوز وی، از حقوقی که می‌توانست در نتیجه‌ی تمکین از آن‌ها بهره‌مند شود، محروم مانده است.

#### ۴-۲. عدم تنافی تحقق شرط با جواز اعمال حق

در خصوص دو قاعده‌ی استنادی برای تأیید رأی وحدت رویه، باید

۱. تبصره‌ی ۶ ماده‌ی واحده‌ی قانون مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام: پس از طلاق در صورت درخواست زوجه مبنی به مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده، دادگاه بدواً از طریق مصالح نسبت به تأمین خواسته زوجه اقدام می‌نماید و در صورت عدم امکان مصالح، چنان‌چه ضمن عقد یا عقد خارج لازم، در خصوص امور مالی شرط شده باشد، طبق آن عمل می‌شود و در غیر این صورت هر گاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد، و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری، سوءاخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود:
- الف) «چنان‌چه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده‌شده و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید...»
۲. از جمله دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۲۲۵ مورخ ۱۳۸۳/۵/۳۱ صادره از شعبه‌ی ۲۳۸ دادگاه خانواده‌ی تهران؛ دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۲۳۸ مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۶ صادره از شعبه‌ی ۲۵۳ دادگاه خانواده‌ی تهران؛ دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۱۸۹ مورخ ۱۳۸۳/۶/۲ صادره از شعبه‌ی ۲۴۱ دادگاه خانواده‌ی تهران؛ دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۲۳۵ مورخ ۱۳۸۳/۶/۱۸ صادره از شعبه‌ی ۲۴۲ دادگاه خانواده‌ی تهران؛ دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۴۶۹؛ ۱۳۸۳/۶/۲ صادره از شعبه‌ی ۲۵۰ دادگاه خانواده‌ی تهران.
۳. ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳: «مرد نمی‌تواند با داشتن زن، همسر دوم اختیار کند مگر در موارد زیر: ... ۳- عدم تمکین زن از شوهر.

گفت شرط ضمن عقد با قاعده‌ی اختیار زوج در اعمال حق ازدواج مجدد منافاتی ندارد. در خصوص سوءاستفاده‌ی زوجه از حق خود نیز باید به پایه‌ی شرطی که توافق زوجین است، اشاره نمود. زوجه به موجب شرط مذکور که دارای اطلاق است، حق مطلق را تحصیل نموده است؛ حتی که در نتیجه‌ی ازدواج مجدد مرد محقق شده است. همچنین این استدلال قضات دیوان عالی کشور که «زوج که در شرایط نشوز زوجه مبادرت به اعمال حق قانونی خود نموده، را نمی‌توان مشمول تنبیه مدنی مطلقه نمودن زن اول قرار داد»، بی‌مبنا است زیرا طلاق زوجه در این جا تنبیه مدنی زوج نیست بلکه موجب خلاصی وی از دارا بودن زوجه‌ی ناشزه می‌شود. ضمن این‌که برای مطلقه نمودن وی نیازی به پرداخت حقوق مالی زوجه حین طلاق مندرج در تبصره‌ی ۳ ماده واحده‌ی قانون اصلاح مقررات طلاق (۱۳۷۱) شامل تملیک تا نصف دارایی زوج به زوجه بر اساس شروط ضمن عقد، اجرت‌المثل یا نحله (مندرج در تبصره ۶ همین قانون) و نفقه‌ی ایام عده ندارد.

### ۳-۴. عدم امکان جانشینی اراده‌ی حاکم بر اراده‌ی زوجین

همان‌گونه که گفته شد یکی از مبانی استدلالی رأی وحدت رویه‌ی موضوع بحث، جواز اعمال حق توسط زوج است و این‌که اگر زن ناشزه شود و به ازدواج مجدد مرد نیز رضایت ندهد، زوج از باب قاعده‌ی «الحاکم ولی الممتنع» به حاکم رجوع می‌کند تا اذن قاضی به ازدواج مجدد زوج، جایگزین رضایت زوجه به آن شود. هم‌چنان که در طلاق زوجه توسط حاکم به واسطه‌ی مواد ۱۰۲۹ (مجهول‌المکان شدن زوج)، ۱۱۲۹ (ترک انفاق) و ۱۱۳۰ (عسر و حرج زوجه)، حاکم به جای زوج ممتنع، زوجه را طلاق می‌دهد.

این استدلال نیز جای پاسخ دارد. زیرا، با توجه به مفاد شرط: اولاً، نمی‌توان نوعی تکلیف از آن استنباط کرد؛ ثانیاً، امتناع زن را نمی‌توان مانع رسیدن مرد به حق خود تلقی کرد؛ زیرا زن مانع ازدواج مرد نیست؛ بلکه عامل به حق خویش است. در حقیقت این مرد است که در نتیجه‌ی شرط مذکور که اجرای حق خود را موکول به اجازه‌ی زن کرده و به عنوان ضمانت اجرا، به زن

وکالت داده که در صورت مبادرت به ازدواج بدون تحصیل اجازه‌ی او، خود را طلاق دهد. بنابراین، ماده‌ی نزاع، ممانعت از حق ازدواج مرد نیست، بلکه تحقق وکالت در طلاق است، هم‌چنان‌که اطلاق شرط مبین آن است که «زوجه از طرف زوج وکالت دارد تا به هنگام ازدواج مجدد زوج بدون تحصیل رضای زوجه، خود را مطلقه سازد»؛ و نمی‌توان اجازه‌ی حاکم را جانشین اراده‌ی زوجه نمود. اجازه‌ی حاکم صرفاً می‌تواند متکی به قاعده‌ی لاجرح باشد؛ زیرا، مرد مدعی است که زن تمکین نکرده و اجازه‌ی ازدواج نیز نمی‌دهد؛ این حالت به معنای عسر و حرج زوج است؛ از آن‌جا که حاکم اختیار رفع دارد، از باب رفع عسر و حرج به مرد اجازه می‌دهد که ازدواج کند؛ بنابراین، نقطه‌ی اتکالی اجازه‌ی حاکم، ولایت بر ممتنع نیست؛ بلکه قاعده‌ی لاجرح است.

#### ۴-۴. اطلاق شرط

برخی قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور معتقد بودند که در لفظ شرط دوازدهم سند نکاحیه، هیچ یک از کلمات «مطلقاً» یا «علی‌الاطلاق» به کار نرفته است، لذا نمی‌توان تا مبنای ادعای مطلق بودن شرط را در لفظ عبارت جست؛ از این رو ایشان بر عدم اطلاق این شرط استدلال نموده‌اند. در نقد این استدلال باید به مفهوم شرط توجه داشت. شرط، تعهدی است که ضمن عقد دیگر درج می‌شود (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۲۷۲) و رابطه‌ی توافقی است که حسب طبیعت خاص موضوع یا تراضی طرفین در شمار توابع عقد آمده است. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۱۲۱) بنابراین شرط، حکم جدیدی است که درصدد رفع حکم پیشین است. به همین جهت، طرفین عقد به هنگام جعل شرط در مقام بیان بوده و حکم جدیدی را میان خود جاری می‌سازند. در شرط دوازدهم سند نکاحیه نیز طرفین عقد نکاح با در ذهن داشتن سلطه‌ی مرد بر طلاق، اصل ولایت (در صورت پذیرش آن در روابط زوجین)<sup>۱</sup>، درصدد جعل حکمی جدید هستند؛ از این رو، شرط استثنایی بر

۱. پذیرفتن اصل ولایت مرد بر زن، نیازمند دلیل است که موجود نیست. مفهوم ریاست مرد بر خانواده، با ولایت بسیار متفاوت است. ولایت به معنای عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند و شامل ولایت پدر و جد پدری، پیامبر و حاکم است و در

احکام پیشین نیست تا گفته شود که دایره‌ی آن باید تفسیر مضیق شود، بلکه حکم جدیدی است که اطلاق آن باید لحاظ شود.

هم‌چنین استناد به عرف در این محل، محل تأمل است؛ عرف را پدیده‌ای دانسته‌اند که در میان مردم رواج پیدا کند، به عبارت دیگر، هر شیوه‌ی عملی و گاه گفتاری که مردم آن را در میان جامعه‌ی خود متداول کنند، عرف دانسته‌اند (فیض، ۱۳۸۷، ص ۵۳). در اصطلاح فقها، عرف روش مستمر قومی در گفتار یا رفتار است که آن را عادت و تعامل نیز می‌نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۴۴۷). عرف قضایی که در اینجا مدنظر است، عرف متداول میان صنف قضات است (همان، ص ۴۴۹).

عناصر عرف شامل عناصر داخلی است که تکرار مداوم و اعتقاد به الزام‌آور بودن آن را در برمی‌گیرد و عنصر خارجی آن، گذشت زمان است. بنابراین، برای تحقق عرف، طولانی بودن و استمرار شرط است. (دل‌وکیو، ۱۳۸۶، ص ۸۱) در رأی صادره از شعبه‌ی بیست و یکم دیوان عالی کشور، استناد به عرف به طور کامل یا عرف عام شده است، نه عرف قضایی و این در حالی است که می‌توان گفت آن‌چه نوع مردم از شرط دوازدهم سند نکاحیه استنباط می‌کنند، حق طلاق زن در اثر ازدواج مجدد مرد به نحو مطلق است. ضمن این‌که عرف عام هنگامی به عنوان یک منبع برای حقوق مورد توجه قرار می‌گیرد که منابع دیگر شامل قوانین و مقررات و فقه موجود نباشد. همچنان که در بیان شرط آمده، شرط اگر چه تعهد ضمن عقد است و ماهیت مستقل از عقد ندارد، اما در کنار عقد، دارای موجودیتی همانند قانون است. در واقع با

---

روابط خانوادگی اقتداری است که قانون‌گذار به منظور اداره‌ی امور مالی و گاه تربیت کودک به پدر و جد پدری اعطاء کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۰۲) اما ریاست مرد بر خانواده، مسؤولیت فرد برای اداره‌ی امور خانواده است که ناشی از ضرورت حاکمیت یک اراده بر خانواده می‌باشد، نه محجوریت زن در اداره‌ی آن. هم‌چنین ریاست مرد بر «خانواده» است، نه از هم پاشیدن خانواده (در نتیجه‌ی طلاق). به همین جهت مصادیق ریاست مرد را شامل تمکین زوجه، منع اشتغال زوجه، تعیین محل سکونت مشترک، تابعیت، اقامتگاه، نام و نام خانوادگی مرد بر فرزندان و ولایت پدر بر فرزندان دانسته‌اند، نه طلاق (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، صص ۲۴۳-۲۲۶؛ امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، صص ۴۳۳-۴۵۷) ولایت بر دیگران استثناست و در استثنائات باید به قدر مسلم اکتفا کرد؛ در چنین مواردی تفسیر و توسعه مجاز نمی‌باشد. بنابراین، در صورت بروز تردید، باید به اصل، رجوع نمود و اصل، عدم ولایت است.



شرط ضمن عقد، طرفین عقد خواسته‌اند چیزی غیر از قانون موجود، بر روابط آن‌ها حاکم باشد؛ مفاد شرط، قانون جدیدی است که بر اساس توافق طرفین موجودیت یافته و الزام‌آور شده است. لذا در این‌جا امکان استناد به عرف عام نیست. در خصوص عرف قضایی نیز نگاهی به آراء نتیجه‌ی نشست‌های قضایی و نظریه‌های اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه، نشان می‌دهد که عرف قضایی از این شرط، اطلاق را برداشت می‌کند. هم‌چنین برخی آراء اصراری صادره از شعب دیوان عالی کشور<sup>۱</sup> در فرض ازدواج مجدد زوج، در نتیجه‌ی کسب اجازه از دادگاه به دلیل نشوز زوجه، به صراحت زوجه را در اعمال شرط دوازدهم سند نکاحیه و مطلقه نمودن قانون‌گذار افزون بر شرایط صحت عقد موضوع ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی<sup>۲</sup>، مجاز دانسته‌اند.

#### ۴-۵. جایگاه اراده در شرط

مواد ۲۳۲ و ۲۳۳<sup>۳</sup> این قانون شرایطی را برای صحت شرط ضمن عقد بیان نموده است. (ر.ک: شهیدی، ۱۳۸۸، صص ۱۳۲-۱۳۱) مبنای اعتبار شروط ضمن عقد، آزادی اراده‌ی افراد در قراردادهای است؛ امری که ادعای خلاف آن نیازمند ارائه‌ی دلیل و اثبات است. اهمیت آزادی اراده به حدی است که در حقوق قراردادهای به صورت یک اصل بیان شده<sup>۴</sup> و عموماً چون لزوم وفای به عهد و شرط مؤید آن است.<sup>۵</sup>

مطابق ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی اشخاص نسبت

۱. از این جمله است رأی اصراری شماره‌ی ۵۰ به سال ۱۳۸۵ و نیز رأی شماره‌ی ۱۳ به سال ۱۳۸۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور.

۲. برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آن‌ها. ۲- اهلیت طرفین. ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله.

۳. «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳- شرطی که نامشروع باشد.»

۴. «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳- شرطی که نامشروع باشد.»

۵. اعتبار اراده در حقوق قراردادهای تا حدی است که فردگرایان، اراده‌ی انسانی را منبع حق و تکلیف شناخته‌اند. (ر.ک: قاسمی‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۵۰)

۶. «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً احل حراماً او حرّم حلالاً» (الحر العاملی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۳۵۳)

به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند نافذ است، مگر آن که مخالف صریح قانون باشد. در خصوص آزادی اراده گفته شده است که قانون وظیفه‌ای ندارد جز این که از تصادم اراده‌ها پیشگیری کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۱۸)؛ و آثار تعهدات نیز از نظر کم و کیف، تابع اراده است که منشاء تعهدات محسوب می‌شود (همان، ص ۲۰) اصالت صحت قراردادها ایجاب می‌نماید به اراده‌ی افراد احترام گذارده شود، مگر آن که مخالف مصالح اجتماعی (نظم عمومی) یا اخلاق حسنه باشد. این دو استثناء در ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی آمده است. با این وصف شرط دوازدهم نکاحنامه‌های رسمی نیز که بر اساس اراده‌ی آزاد زوجین شکل گرفته و دلیلی بر تنافی آن با مصالح اجتماعی و اخلاق حسنه نیز موجود نیست، معتبر است. هر چند در خصوص اعتبار شرط کلی عدم ازدواج مجدد مرد اختلاف نظر است، (ر.ک: حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۶۷، ص ۵۲) در خصوص ترتب نتایجی بر ازدواج مجدد به صورت شرط نتیجه،<sup>۱</sup> نظر بر صحت است.

#### ۴-۶. جایگاه رأی وحدت رویه در نظام حقوقی

رأی وحدت رویه‌ی قضایی به موجب ماده واحده‌ی قانون مربوط به وحدت رویه‌ی قضایی در تاریخ ۱۳۲۸/۴/۷<sup>۲</sup> موجودیت یافت، این ماده واحده به طور عام به دیوان عالی کشور اجازه‌ی اتخاذ تصمیم در خصوص رویه‌های مختلف در امور مشابه را داد. با این وجود، ماده‌ی ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷<sup>۳</sup> قید «استنباط از قوانین» را اضافه نمود؛

۱. مطابق ماده‌ی ۲۳۴ قانون مدنی شرط بر سه قسم (صفت، نتیجه و فعل) است و شرط نتیجه، آن است که تحقق امری در خارج شرط شود. در شرط دوازدهم سند نکاحیه نیز مرد از ازدواج مجدد منع نشده است، بلکه بر ازدواج مجدد او نتیجه‌ای مترتب شده که همان تحقق وکالت زوجه بر مطلقه نمودن خود است.

۲. «هرگاه در شعب دیوان عالی کشور نسبت به موارد مشابه رویه‌های مختلف اتخاذ شده باشد، ... نظر اکثریت هیأت مزبور برای شعب دیوان عالی کشور و برای دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است و جز به موجب نظر هیأت عمومی یا قانون قابل تغییر نخواهد بود.»

۳. «هرگاه از طرف دادگاه‌ها اعم از جزایی و حقوقی راجع به استنباط از قوانین رویه‌های مختلفی اتخاذ تصمیم شده باشد، ... رأی هیأت عمومی در موضوعاتی که قطعی شده بی‌اثر است، ولی از طرف دادگاه باید در موارد مشابه پیروی شود.»

همین معنی در ماده‌ی ۴۳ قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹<sup>۱</sup> و ماده‌ی ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸<sup>۲</sup> آمده است. قانون سال ۱۳۲۸ اختیار هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به طور عام شامل مواردی دانسته است که مراجع قضایی رویه‌های متفاوت اتخاذ کرده‌اند، در این ماده واحده مشخص نشده است که اتخاذ رویه‌های مختلف بر چه مبنایی باید باشد، اما ذیل این ماده واحده که اعتبار رأی وحدت رویه را تا زمان صدور رأی وحدت رویه‌ی دیگر یا تصویب قانون قرار داده است، بیانگر آن است که محدوده‌ی فعالیت هیأت عمومی، قانون است. مواد قانونی مؤخرالتصویب این ایراد را رفع کرده و با قید «استنباط از قوانین» مشخص نموده‌اند که جایگاه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، رفع اختلاف قضات در استنباط از قوانین است. اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر این جایگاه تأکید کرده است.<sup>۳</sup> بدین ترتیب جایگاه نظارتی دیوان عالی کشور ایجاب می‌نماید که بر اجرای صحیح قوانین که وظیفه‌ی اصلی قاضی در رسیدگی و اتخاذ تصمیم قضایی است، مراقبت کند. در تأکید حوزه‌ی اختیار هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر تفسیر صرف قوانین (و نه اراده‌ی افراد)، باید به فلسفه‌ی اعتبار رویه‌ی قضایی مراجعه کرد که عدم توانایی مقنن بر پیش‌بینی تمام معضلات جامعه، تحولات زمان و مجبور بودن دادرس به رسیدگی است (ر.ک: نوبخت، ۱۳۸۸، صص ۶۰-۵۸) با این وصف جایگاه قاضی در تفسیر قضایی و نیز حوزه‌ی اختیار هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، صرفاً در تفسیر قوانین و رفع تشتت از تفاسیر مختلف از قانون واحد است؛ لذا در تفسیر اراده‌ی افراد که موجب قراردادهای

۱. «دادستان دیوان کشور از هر طریقی که مطلع به سوءاستنباط از مواد این قانون در دادگاه می‌شود یا به اختلاف نظر دادگاه راجع به امور حسبی اطلاع پیدا کند که مهم و مؤثر باشد، نظر هیأت عمومی دیوان عالی را خواسته و به وزارت دادگستری اطلاع می‌دهد که به دادگاه‌ها ابلاغ شود و دادگاه‌ها مکلفند بر طبق نظر مزبور رفتار نمایند.»

۲. «هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی یا استنباط از قوانین، آرای مختلفی صادر شود، رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد، ملاک عمل خواهد بود.»

۳. «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی ... تشکیل می‌شود.»

شروط ضمن عقد است، باید در هر پرونده به مفاد قرارداد یا شرط مراجعه کرد و قصد طرفین را از جعل شرط بیرون کشید. افزون بر این، رأی وحدت رویه در حکم قانون است و تا تصویب قانونی که آن را به طور صریح یا ضمنی نسخ نماید، دارای موجودیت است. ورود رأی وحدت رویه به حوزه‌ی توافق و تراضی افراد، موجب می‌شود این ماندگاری محقق نگردد. با این توضیح که با صدور این رأی، زوجین متن شرط دوازدهم را به گونه‌ای اصلاح می‌کنند که مضمول این حکم نشود و با این وصف این رأی وحدت رویه پس از مدتی با اراده‌ی افراد و نه تصویب قانون جدید، موضوعیت خود را از دست می‌دهد.

#### ۴-۷. عدم جایگاه استناد به فتاوی

در حقوق ایران، فقه به عنوان یکی از منابع حقوق، پس از قوانین و مقررات پذیرفته شده است. مطابق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی<sup>۱</sup> قاضی هنگامی می‌تواند به منابع و یا فتاوی معتبر فقهی مراجعه کند که حکم دعوا را در قوانین مدون نیابد. بخش اخیر این اصل، مبنی بر منع قاضی از استنکاف از صدور رأی به بهانه‌ی نقص یا اجمال قوانین نیز نشان از جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق دارد. از این رو مراجعه به منابع معتبر و یا فتاوی معتبر برای تفسیر شرط ضمن عقد که توسط طرفین عقد نکاح تحریر و پذیرش شده، جایگاهی ندارد.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر، اگر شرط مذکور متضمن نقص یا ابهامی نیز باشد، امکان رفع آن با فتوا موجود نیست، بلکه مطابق قواعد عمومی قراردادها و قاعده‌ی فقهی «العقود تابعه للقصود»، باید به قصد طرفین به هنگام جعل شرط مراجعه نمود؛ این قصد در هر دعوا به نحو مستقل و منفک از پرونده‌ی

۱. قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.  
 ۲. برخی با استناد به قسمت اخیر ماده‌ی ۱۷ قانون حمایت از خانواده مبنی بر این که «به هر حال در تمام موارد مذکور این حق برای همسر اول باقی است که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید...»، معتقدند با وجود این مقرر، امکان مراجعه به فتوا را فراهم نمی‌باشد. (دهقان، پیشین، ص ۳۲۵) این استدلال قابل پذیرش نیست؛ زیرا متن فوق مطابق تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۳ قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص که مقرر داشته «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده»، به طور ضمنی نسخ شده است.

دیگر بررسی می‌شود؛ امری که احراز آن با قاضی است و نمی‌توان با یک رأی وحدت رویه، بر تمام افراد یک حکم را حاکم گردانید.

در خصوص جایگاه اجتهاد گفته شده است که: «فقه علم به احکام شرعی عملی از روی ادله‌ی تفصیلی آن‌ها است و اجتهاد، تلاش همه‌جانبه برای به دست آوردن آن علم است (فیض، پیشین، ص ۱۱). در تعریف دیگر، اجتهاد نیروی علمی پایداری دانسته شده است «که به کمک آن می‌توان تحصیل حجت بر احکام شرعی فرعی کرد» (ولایی، ۱۳۷۴، ص ۳۰). بنابراین، فقیه حکم می‌دهد و انطباق حکم با مصادیق، توسط مقلد صورت می‌گیرد. پرسش از منصرف بودن یا نبودن لفظ بند دوازدهم سند نکاحیه به حالت تجدید فراش در شرایط نشوز زوجه، پرسشی موضوعی است و فتوای مجتهد در امور حکمی حجیت دارد، نه در امور موضوعی.

#### ۸-۴. ترجیح بدون مرجح

رأی وحدت رویه، احراز نشوز زوجه را اعم از این که پیشتر در نتیجه‌ی طرح دعوی الزام به تمکین یا اعلام نشوز زوجه به صورت دعوی مستقل از اجازه‌ی ازدواج مجدد محقق شده باشد<sup>۱</sup> و یا آن که ضمن خواسته‌ی اذن بر ازدواج مجدد، صورت گرفته باشد، موجب عدم تحقق وکالت زوجه در طلاق دانسته است. این تفسیر، ترجیح بدون جهت رجحان است. چرا که، در فرضی که زوج بدون کسب اجازه از دادگاه ازدواج مجدد نماید و سپس زوجه با استناد به ازدواج مجدد مرد، از دادگاه درخواست احراز تحقق شرط دوازدهم سند نکاحیه را بنماید و زوج در مقام خوانده و به عنوان دفاع به نشوز زوجه استناد کرده و حتی بتواند آن را در دادگاه به اثبات رساند، حکم رأی وحدت رویه جریان ندارد.

۱. در بیشتر موارد که پس از صدور حکم بر الزام زوجه به تمکین و قطعیت آن، زوج دادخواست اذن بر ازدواج مجدد تقدیم می‌نماید. با این وصف منعی نیست که زوج در ابتدا خواسته‌ی ازدواج مجدد را اقامه کرده و به هنگام رسیدگی این دعوا، نشوز زوجه را به اثبات رساند.

#### ۹-۴. تأثیر عملی رأی

تفسیر شرط به گونه‌ای که در رأی وحدت رویه آمده، موجب تحکیم خانواده نبوده، بلکه متضمن برخی توالی فاسد نیز می‌باشد. با این توضیح که زوجه‌ای که از زوج تمکین ندارد و حاضر به زندگی با او نیست، به طریق اولی با مردی که همسر دیگری نیز اختیار کرده، زندگی نخواهد کرد؛ و نتیجه‌ی این رأی آن است که زوجه‌ی اول که با صدور حکم الزام به تمکین و بروز حالت نشوز در وی، به دلیل عدم تمکین از حکم دادگاه و یا با صدور حکم اعلام نشوز، استحقاق نفقه را نیز از دست داده، دیگر قادر نیست به جهات غالب برای طلاق که همان شرط اول ضمن نکاحنامه‌های رسمی (عدم پرداخت نفقه به مدت شش ماه) و ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی است، استناد کند؛ لذا همچنان در زوجیت مرد باقی می‌ماند. در مقابل، مرد نیز که با ازدواج مجدد نیازش رفع شده، برای بازگرداندن زوجه‌ی اول به زندگی مشترک تلاشی نخواهد نمود. هم‌چنین زوجه‌ی دوم که با احراز نشوز زوجه‌ی اول و عدم تمایل وی به زندگی با زوج، با امید به مطلقه شدن وی، به ازدواج با مرد تن داده، ادامه‌ی زوجیت اول را خطری برای زندگی مشترک خود می‌داند؛ امری که می‌تواند سست شدن بنیان زندگی دوم را موجب شود.

## ۵. برآمد

بر رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر مانع بودن احراز نشوز زوجه برای اعمال وکالت وی در طلاق موضوع بند دوازدهم سند نکاحیه، ایرادهای بسیاری به شرح زیر مترتب است:

الف) این رأی در اراده‌ی افراد که در شرط نیز مانند عقد جاری است، ورود نموده است؛

ب) رأی مذکور، شرط دوازدهم مندرج نکاحنامه‌های رسمی را استثنایی بر اصل ولایت مرد بر زندگی مشترک دانسته است و این در حالی است که شرط فوق، حکمی مستقل است که در کنار اختیار انحصاری مرد بر طلاق موجودیت می‌یابد؛

ج) این رأی اساس حکم را تکلیف زوجه به تمکین از زوج دانسته است، در حالی که قانون‌گذار به صراحت ضمانت اجراهای مترتب بر نشوز زوجه شامل عدم استحقاق بر نفقه، حق مرد بر درخواست اذن به ازدواج مجدد از دادگاه و عدم استحقاق زن بر تملیک تا نصف دارایی زوج و نیز اجرت‌المثل را به هنگام طلاق به درخواست مرد مقرر نموده است؛

د) مطابق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، هنگامی می‌توان به منابع و یا فتاوای معتبر فقهی مراجعه نمود که قانون نقص داشته و یا مجمل و مبهم باشد؛ در موضوع حاضر چنین امری رخ نداده است؛ به‌ویژه آن‌که فتوا در مقام بیان حکم است و انطباق حکم با موضوع، توسط مقلد صورت می‌گیرد؛

ه) اجرای این رأی در عمل تالی فاسدی دارد و آن، بدون تکلیف رها شدن زنی است که حاضر به زندگی با مرد نبوده و ازدواج مجدد مرد، راه بازگشت وی را به کلی سد نموده است.

## فهرست منابع

- ۱- افتخاری، جواد، حقوق مدنی ۳- کلیات و عقود و حقوق تعهدات، نشر میزان، چاپ نخست، تهران، ۱۳۸۲.
- ۲- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، انتشارات اسلامیه، چاپ هفتم، تهران، ۱۳۶۸.
- ۳- انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول و هو الرسائل، مکتبه المصطفویه، قم، ۱۴۱۱ ق.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۷.
- ۵- حرعاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تحقیق: عبدالرحیم ربانی شیرازی، جلدهای دوازدهم و پانزدهم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۶- حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، چاپ دوم، دارالعلوم، بیروت، ۱۴۰۹ ه ق.
- ۷- دل وکیو، ژرژ، فلسفه حقوق، مترجم: واحدی، جواد، نشر میزان، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۶.
- ۸- دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، زیر نظر: محمد معین و سید جعفر شهیدی، جلد نهم، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۷.
- ۹- دهقان، رمضان، «رأی دیوان عالی کشور در مورد درخواست طلاق زوجه به علت ازدواج مجدد شوهر»، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، شهر دانش، شماره‌ی ۱۰، ۱۳۸۵.
- ۱۰- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی - شروط ضمن عقد، جلد چهارم، انتشارات مجد، چاپ دوم، تهران، ۱۳۸۷.
- ۱۱- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی - تعهدات ۳، انتشارات مجد، چاپ سیزدهم، تهران، ۱۳۸۸.
- ۱۲- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف الاخبار، جلد سوم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۹۰ ه ق.



- ۱۳- فیض، علیرضا، **عرف و اجتهاد**، انتشارات مجد، چاپ نخست، تهران، ۱۳۸۷.
- ۱۴- قاسم‌زاده، سید مرتضی، **اصول قراردادها و تعهدات**، نشر دادگستر، چاپ دوازدهم، تهران، ۱۳۸۸.
- ۱۵- قاسم‌زاده، سیدمرتضی؛ ره‌پیک، حسن؛ کیانی، عبدالله، **تفسیر قانون مدنی**، انتشارات سمت، چاپ سوم، تهران، ۱۳۸۸.
- ۱۶- قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه، **من لا یحضره الفقیه**، جلد سوم، مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی - خانواده**، جلد اول، شرکت انتشار و بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی - خانواده**، جلد دوم، شرکت انتشار و بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۷۲.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، **قواعد عمومی قراردادها**، انتشارات بهنشر، چاپ نخست، تهران، ۱۳۶۸.
- ۲۰- معاونت آموزش قوه قضاییه، **رویه‌ی قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده (۲)**، جلد سی و هشتم، انتشارات جنگل، چاپ نخست، تهران، ۱۳۸۷.
- ۲۱- مکارم شیرازی، ناصر، **مجموعه استفتاءات جدید**، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب، چاپ دوم، قم، ۱۳۸۰ ه.ش.
- ۲۲- موسوی خمینی، سید روح‌الله، **کتاب‌البیع**، جلد یازدهم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۹ ه.ش.
- ۲۳- موسوی بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ، **القواعد الفقهیه**، مصحح: مهدی مهریزی، محمد حسن درایتی، جلد سوم، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ه.ق.
- ۲۴- میرزایی، علیرضا، **محشی مجموعه قوانین و مقررات حقوقی**، جلد اول، انتشارات بهنامی، چاپ نخست، تهران، ۱۳۸۹.
- ۲۵- نجفی ایروانی، علی بن عبد‌الحسین، **حاشیه مکاسب**، انتشارات کتبی

- نجفی، چاپ دوم، قم، ۱۳۷۹ ه ق.
- ۲۶- نوبخت، حسین، شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی، انتشارات فروزش، چاپ نخست، تهران، ۱۳۸۸.
- ۲۷- ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، نشر نی، چاپ نخست، تهران، ۱۳۷۴.