

## تحلیل کارکرد عقدنامه‌های مدرن در بهبود وضعیت حقوقی زنان

(مطالعه مقایسه‌ای شرایط ضمن عقد در ایران و عراق)

طاهره سادات نعیمی<sup>۱</sup>

### چکیده

عقدنامه‌های مدرن به عنوان ابزاری حقوقی، نقش مهمی در تعدیل نابرابری‌های جنسیتی در حقوق خانواده دارند. این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و با نگرش مقایسه‌ای و تطبیقی، به بررسی کارکرد شرایط ضمن عقد در نظام‌های حقوقی ایران و عراق می‌پردازد. شروط ضمن عقد در هر دو نظام حقوقی، با وجود ریشه‌گیری از فقه امامیه و حنفیه، توانسته‌اند تا حدی نابرابری‌های جنسیتی را کاهش دهند. در ایران، ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و در عراق، ماده ۲۰ قانون احوال شخصیه (۲۰۱۹) مهم‌ترین مبانی قانونی این شروط هستند. با این حال، موانعی مانند مقاومت محاکم سنتی و کمبود آگاهی حقوقی زنان، اجرای کامل این ظرفیت‌ها را محدود کرده‌اند. یافته‌ها نشان می‌دهد که اگرچه هر دو کشور تحت تأثیر فقه امامیه هستند، اما رویکردهای متفاوتی در بهره‌گیری از این ظرفیت حقوقی برای بهبود وضعیت زنان اتخاذ کرده‌اند.

**واژگان کلیدی:** عقدنامه مدرن - حقوق زنان - شرایط ضمن عقد - حق طلاق - حاکمیت اراده

۱. استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی - واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران.

(naimi.sadat@iaui.ac.ir)



## مقدمه

به طور کلی محدوده و گستره حقوق خانواده در نظام‌های حقوقی اسلامی، به‌ویژه در حوزه ازدواج، همواره متأثر از فقه بوده است. در حقوق ایران در حیطه ازدواج، معظم قوانین به لحاظ ماهیتی برگرفته از فقه امامیه است. در مقابل، در عراق که نظام حقوقی ترکیبی از فقه حنفی و امامیه دارد، قوانین خانواده تا حدی انعطاف‌پذیرتر هستند، اما همچنان بر اساس شریعت طراحی شده‌اند. لذا در حقوق عراق نیز در این حیطه، فقه حنفیه و انطباق با شریعت ملاک قرار می‌گیرد. (ابن عابدین، ۲۰۰۳) و وجود برخی تفاوت‌ها در این عرصه، ناشی از اختلافات مذهبی و تاریخی بین دو کشور است. با این حال، شرایط ضمن عقد به عنوان یک مکانیسم انعطاف‌پذیر، امکان تعدیل برخی از این قواعد را فراهم می‌کند.

به طور کلی، نظام‌های حقوقی خانواده در کشورهای اسلامی، به‌ویژه ایران و عراق، ریشه در فقه امامیه دارند که در برخی موارد، منجر به نابرابری‌های جنسیتی در حقوق ازدواج، طلاق، و نفقه شده است. به این معنا که قوق خانواده در کشورهای اسلامی به‌ویژه در حوزه ازدواج، تحت تأثیر مستقیم فقه اسلامی شکل گرفته است. در ایران، قوانین مربوط به ازدواج، طلاق، نفقه، و ارث عمدتاً مبتنی بر فقه امامیه (جعفری) است. (حسینی، ۱۳۹۸، ص ۴۵).

مطالعات نشان می‌دهند که قوانین خانواده در این کشورها در مواردی مانند: حق طلاق (که در ایران عمدتاً در اختیار مرد است، مگر در شرایط خاص)، نفقه (تکلیف مرد و حق زن)، حق حضانت (که پس از سنین مشخصی به پدر منتقل می‌شود)، منجر به نابرابری‌های ساختاری شده‌اند. با این حال، شرایط ضمن عقد به عنوان یک مکانیسم حقوقی انعطاف‌پذیر، این امکان را فراهم می‌آورد تا طرفین - به‌ویژه زنان - با درج شروطی در عقدنامه، برخی از این نابرابری‌ها را تعدیل کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص ۱۲۳).

یکی از راه‌حل‌های انعطاف‌پذیر در این نظام‌ها، شرایط ضمن عقد است که به زوجین (به‌ویژه زنان) اجازه می‌دهد با درج شروطی در عقدنامه، برخی از این محدودیت‌ها را جبران کنند. برای مثال: شرط وکالت در طلاق (اعطای حق طلاق به زن)، شرط تقسیم مساوی اموال پس از طلاق، شرط تعیین محل سکونت توسط زن. این شروط هرچند مفید هستند، اما به

دلیل عدم آگاهی عمومی یا مقاومت فرهنگی، کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرند (محقق داماد، ۱۳۹۹، ص ۱۲۸).

با این اوصاف، در حیطه پژوهش‌های پیشین می‌توان گفت برخی از مطالعات به عقدنامه‌های مدرن در حقوق خانواده به شکل توصیفی پرداخته‌اند. برخی از این مطالعات عبارتند از:

- صفایی و امامی (۱۳۹۹) در پژوهش تطبیقی خود تحت عنوان: «بررسی شرط وکالت در طلاق در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه» بیان کرده‌اند که شرط وکالت در طلاق در ایران، اگرچه ساختار قانونی قانونی دارد، با این وجود، به علت دارا بودن موانع اجرایی، کمتر به نفع زنان تمام می‌شود و در مواقعی مانند عدم آگاهی زنان از حقوق قانونی خویش و وجود مقاومت محاکم سنتی، موجب کاهش تاثیرگذاری این شرط می‌شوند.

- الحکیم (۲۰۰۸) در مطالعه‌ای درباره حقوق زنان در عراق اشاره می‌کند که اصلاحات قانون احوال شخصیه این کشور در سال ۲۰۱۴، به زنان اجازه داده تا شرایط محدودکننده ازدواج مجدد شوهر را در عقدنامه درج کنند.

- پورقهرمانی (۱۴۰۱) در مطالعه‌ای تطبیقی بیان می‌کند که اصلاحات قانونی اخیر در عراق (مانند قانون احوال شخصیه ۲۰۱۹) بیشتر بر حقوق مالی زنان پس از طلاق تمرکز دارد، در حالی که در ایران، شروط غیرمالی (مانند حق تحصیل یا اشتغال) پرکاربردتر هستند.
- شریعت زاده (۱۴۰۰) در مقاله‌ای تحت عنوان: «زن و شروط ضمن عقد در فقه امامیه» تأکید می‌کند که فقه پویای شیعه، ظرفیت‌های گسترده‌ای برای بهبود حقوق زنان از طریق شروط صحیح ضمن عقد دارد.

به رغم مطالعات پیشین، مقایسه سیستماتیک میان ایران و عراق در بهره‌گیری از این ظرفیت حقوقی کمتر انجام شده است. از این رو مقاله حاضر با روش تحلیلی توصیفی و با رویکردی تطبیقی مقایسه‌ای برای تحلیل وجوه تشابه و تفاوت ایران و عراق و با نگاهی به فقه امامیه و حنفیه و قوانین ازدواج ناظر به کشورهای ایران و عراق به عنوان کشورهای اسلامی به بررسی مقایسه‌ای کارکرد عقدنامه‌های مدرن در ایران و عراق می‌پردازد تا تأثیر آن را بر حقوق زنان تحلیل کند.



## ۱. ماهیت عقدنامه مدرن و عناصر بنیادین آن

ماهیت عقدنامه مدرن به گونه ای است که نوعی توافق حقوقی دو طرفه است به گونه ای که زوجین قبل از ازدواج یا در حین ازدواج (Modern Marriage Contract) با استفاده از اصل حاکمیت اراده (آزادی قراردادها)، شرایط مالی و غیرمالی رابطه زناشویی را به شکل داوطلبانه و مبتنی بر برابری تنظیم می کنند و در این عرصه وفاق بین طرفین، قطعاً مورد توجه قرار می گیرد. (Al-Hakim, S. (2015) Press, p. 67)

توافق مذکور دارای عناصر بنیادین ذیل است:

### احراز شروط مالی

عنصر مبتنی بر احراز شروط مالی به گونه ای است که تقسیم بندی دارایی ها، مهریه، نفقه و مسئولیت بدهی ها از همان زمان انعقاد عقد مورد وفاق طرفین قرار می گیرد. عنصر مذکور می تواند برگرفته از اصل آزادی قراردادها که در گستره حقوق ایران به رسمیت شناخته شده باشد. براساس این اصل، کلیه قراردادهای خصوصی نسبت به افرادی که آن را منعقد می سازند، اگر با قانون مخالفت صریح نداشته باشد از نفوذ لازم برخوردار خواهد بود. (قانون مدنی ایران، ماده ۱۰)

مشابه چنین مواردی در قانون عراق نیز به رسمیت شناخته شده است. چراکه براساس این منبع، به زوجین این اجازه اعطا می شود که شروطی را در عقدنامه خویش درج کنند که مخالف با مبانی شرعی نباشد. (قانون احوال شخصیه للعراق، ۲۰۰۵، المادة ۱۹)

### احراز شروط غیر مالی

عنصر مبتنی بر احراز شروط غیر مالی در رابطه با حق طلاق، اشتغال، مسکن مشترک و حضانت اولاد است. در این موارد نیز شروط مورد نظر در صورت عدم مخالفت صریح با قانون به رسمیت شناخته شده است. چراکه در قانون مدنی حق تعیین شروط ضمن عقد برای زوجین محفوظ شناخته شده است. به این معنا که زوجین این اختیار را خواهند داشت که هر شرطی

را که مخالفتی با مقتضای عقد ازدواج نداشته باشد، در عقدنامه بیان کنند. شروط غیر مالی مانند حق مسکن، حضانت، اشتغال و حق طلاق نیز در صورت رعایت شدن و قرار گرفتن در این چارچوب، قابلیت اجرای قانونی را خواهند داشت. (قانون مدنی ماده‌های ۱۱۱۸-۱۱۱۹) لذا شروط مشروع و عقلایی که صبغه مالی ندارند در صورت احراز شدن از عناصر لاینفک این نوع عقد نامه قرار می‌گیرند.

به عنوان مثال، همین که زن این حق را دارد که وکیل در طلاق باشد، به این معنا که بدون احتیاج به رضایت شوهر، خود را مطلقه کند، از زیر مجموعه های شروط غیر مالی قرار خواهد گرفت. همچنین زن می‌تواند شرط کند که حق اشتغال بدون محدودیت را داشته باشد در صورتی که زوج مانع کار وی شود، زوجه می‌تواند به استناد شرط ضمن عقد، تقاضای طلاق نماید.

همچنین زوجین این اختیار را دارند که مسکن در محل یا منطقه ای خاص مانند شهر یا منطقه محل کار زن را جزء شرط ضمن عقد بیان کنند که مبنای آن غیر مالی است و ضمانت اجرای آن به گونه ای است که در صورت تخلف، زوجه می‌تواند مطالبه نفقه داشته باشد یا عقد را فسخ نماید. (محقق داماد، ۱۳۶۴، ص ۸۷-۸۸)

افزون بر این، در موارد شرط حضانت اولاد نیز از مصادیق شرط غیر مالی می‌تواند قرار گیرد. به این معنا که شرط شود که حضانت، بعد از طلاق - حتی بعد از هفت سالگی پسر- به مادر سپرده شود. اگرچه در صورتی که چنین شرطی مغایر با مصلحت کودک باشد در صورت احراز، قاضی این حق را دارد که آن را نقض نماید. (میرشمسی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۴-۱۳۵)

### وجود مکانیسم های خاص جهت حل اختلاف

عنصر مذکور حاکی از وجود مکانیسم های ویژه ای در صورت پدیداری اختلافات بین زوجین است مانند وجود شیوه های میانجی گری در زمان شقاق و قبل از طلاق بین زوجین. در این عرصه، ازدواج مدرن نیز در قالب این نوع از عقود قابل ذکر است. چراکه در این نوع ازدواج ها عقدنامه ها عادتاً به شکل مدرن تجلی می‌یابد. لذا به لحاظ ساختاری و بعضاً





بافتاری، ازدواج مدرن با ازدواج‌های سنتی تمایز می‌یابد. چراکه در ازدواج‌های سنتی، شرایط عرفی یا شرعی از قبل به شکلی تعیین شده در نظر گرفته شده است این در حالی است که در ازدواج مدرن، زوجین به شکلی فعال، حقوق خود را طراحی و براساس آن با یکدیگر تراضی می‌نمایند.

با این اوصاف، محدودیت‌هایی نیز وجود دارد. زیرا این شروط نباید با نظم عمومی (مانند سلب کردن حق حضانت) یا با موازین شرعی (مانند انکارکردن وجوب نفقه برای زوجه) در تعارض قرار بگیرد. به عنوان مثال، براساس آمار سال ۱۴۰۲ در کشور ایران بیش‌تر از سی و پنج درصد از عقدنامه‌های رسمی ثبت شده، مشتمل بر شروط مالی توافقی بوده اند (سازمان ثبت اسناد ایران) چنین مصادیقی حاکی از گرایش بیش‌تر افراد جامعه نسبت به ازدواج‌های مدرن است.

## ۲. شروط ضمن عقد ازدواج در گستره فقه و حقوق

در رابطه با عقدنامه مدرن، آنچه که در وهله آور لازم است مورد تحلیل قرار گیرد، شروط ضمن عقدی است که مبنای آن در گزاره‌های فقهی و حقوقی در سیستم حقوقی ایران و عراق بیان و مورد استمداد قرار گرفته است. به طور کلی مبانی فقهی شروط ضمن عقد در فقه امامیه بر این اساس استوار است. به گونه‌ای که اصل اولیه بر پایه «المومنون عند شروطهم» قرار گرفته است و این یک پایه شرعی در شروط ضمن عقد است که مورد پذیرش در فقه امامیه قرار می‌گیرد. مراد از این قاعده آن است که بر هر مسلمان و هر مومنی لازم و واجب است که نسبت به تعهدات خویش مسئولیت پذیر بوده و به آن پایبند باشد به این معنا که هرگاه فردی برای فرد دیگری متعهد به کاری یا امری شود، وفای به آن امر یا کار بروی واجب قطعی خواهد بود. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۳، ص ۲۵۲)

چنین موردی از توابع عقود و شروط مشروع می‌باشد و بر این اصل، اسناد روایی قابل توجهی صحه می‌گذارند. مضافاً اینکه محدودیت‌هایی نیز در رابطه با شروط ضمن عقد وجود دارد. به عنوان مثال براساس نظر شهید ثانی شروط مخالف کتاب و سنت (مانند شرط حلال

شدن محرمات)، شروطی که عقد را از ماهیت اساسی خویش خارج می سازد و شروط غیر مقدور (مانند شرط انجام کار محال) و شروط مجهولی که جهل به آنها موجب غرر شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۸۵)

براین پایه، کلیه شروطی که ضمن عقد نکاح درج می شوند در صورتی که مخالفت با مقتضای ذات عقد نداشته باشند، مغایرت با کتاب قرآن و سنت معصوم نداشته باشند و مخالف با نظم عامه نباشند، معتبر و نافذ خواهند بود. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۸۷)

این در حالی است که از دیدگاه برخی فقهای معاصر، شروط ضمن عقد نباید به گونه ای باشد که عقد از ماهیت خود خارج شود. به عنوان مثال، شرط عدم پرداخت نفقه باطل است، چرا که مخالف مقتضای ذات عقد نکاح محسوب می شود. (موسوی خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۳۰۱-۳۰۲) از این رو بر پایه فقه امامیه، قانون مدنی ایران به زوجین اجازه می دهد هر شرطی که مخالف مقتضای عقد نباشد را درج کنند. (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۱۹)

با عنایت به اینکه در کشور عراق، فقه حنفیه در معظم موارد جریان دارد می توان براساس مبانی فقه حنفیه براین نکته تاکید ورزید که در فقه حنفیه، شروط ضمن عقد براساس اصول پنجگانه ذیل مورد تحلیل قرار می گیرد:

### اول: اصل صحت عقود (الاصل فی العقود الصحة)

براساس گزاره های موجود در کتاب «الهدایه» مرغینانی (ج ۲، ص ۲۴۳) مبنی بر: «کل شرط یجری بین الناس یصح الا ما نهاه الشرع» به این معنا که هر شرطی میان مردم صحیح است مگر آنکه شرع آن را منع کرده باشد.

### دوم: اصل لزوم وفای به شرط

براساس آیه «أوفوا بالعقود» (مائده ۱) و روایت معروف: «المسلمون عند شروطهم» (البخاری الجعفی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۶۷) اصل اولیه لزوم و وجوب وفا کردن به عقود و مستلزمات آن است.



### سوم: اصل وجود تمایز بین شروط صحیح، باطل و فاسد

بر اساس این اصل شرط صحیح مانند شرط کردن مهریه موافق با مقتضای عقد است و شرط فاسد مانند شرط کردن عدم نفقه، مخالف با مقتضای عقد است و شرط باطل مانند شرط حلال شدن عملکرد زنا، مخالف با نص شریعت است. (ابن عابدین، ۲۰۰۳، ج ۳، ص ۸۵-۸۶) از این رو فقه حنفیه شروط در ضمن عقد نکاح را به سه نوع تقسیم می نماید:

**نوع اول: شروط مقبول یا الشروط الصحیحة:** در این نوع شرط به گونه ای است که به لحاظ شرعی و در نتیجه به لحاظ قانونی، عملاً شرط مورد پذیرش قرار می گیرد. برخی از مصادیق این نوع شرط عبارتست از:

- شرط قراردادن مهریه در قالب های غیرنقدی (مثلاً در قالب اعطا به صورت طلا یا پرداخت ارز)
- شرط سکونت زوجه یا زوج در محل یا منطقه ای معین (کرخی، المبسوط، ج ۵، ص ۱۲)
- شرط عدم ازدواج مجدد زوج (در صورتی که این شرط خاص، با مصلحت خانواده در تناقض و مخالفت قرار نگرفته باشد)

**نوع دوم: شروط مباح یا خنثی:** این نوع شروط در قالب بندی های امروزی مشهود است. شروط خنثی یا مباح به شرایطی گفته می شود که عملاً نه مخالف با مقتضای عقد ازدواج است نه منافاتی با حقوق اساسی زوجین دارد. مضافاً اینکه ماهیت آن به شکل کاملی به صورت قراردادی می باشد. مانند شرط کردن اشتغال زن در صورتی که با حقوق زوج منافات نداشته باشد.

این نوع شرط قابلیت تقیید دارد. چراکه می توان برای آن محدودیت های زمانی یا مکانی قائل شد و از سوی دیگر، شامل ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی نمی شود. چراکه اگر شرط شده باشد، زوج نمی تواند با استناد به این ماده مانع اشتغال زوجه شود. و دارای ضمانت اجرا نیز می باشد زیرا در صورت تخلف، زوجه این اختیار را دارد که به دادگاه مراجعه و شکایت تنظیم کند. از جمله شروط مباح متداول در عراق و ایران می تواند شرط تعیین محل سکونت، شرط مسافرت های کاری، مشارکت در تصمیم گیری های خانوادگی یا ادامه تحصیل باشد.



با این اوصاف، می توان چالش های اجرایی در این شرط را دریافت به عنوان مثال در عنوان: «منافات داشتن با حقوق زوج» کمی ابهام وجود دارد همچنین برخی دفاتر ازدواج از شروط نوپدید آگاهی کافی ندارند و ضمانت اجرای موثر نیز وجود ندارد.

جهت رفع چنین چالش های احتمالی می توان به آموزش قضات و مشاوران خانواده اهتمام ورزید همچنین به منطوق ماده ۱۱۱۹ تبصره ای الحاق نمود تا رفع ابهام در مفهوم منافات با حقوق زوج حاصل گردد.

**نوع سوم: شروط فاسد یا مردود:** این نوع شرط به لحاظ الفبای اولیه شریعت، ناپسند و مطرود است. مانند شرط عدم پرداخت نفقه به زوجه (سرخی، المبسوط، ج ۵، ص ۲۳) و شرط عدم تمکین از سوی زوجه (ابن همام، فتح القدیر، ج ۳، ص ۴۵۶)

**با این اوصاف، شروط ذیل از نوع سوم شروط قارر می گیرند:**

- شرطی که با کتاب قرآن مخالف باشد مانند شرط حرمت زناشوئی دائم
  - شرطی که عملاً غیر مقدور باشد مانند شرط اشتغال زن در شغل های نامشروع
  - شرطی که مجهول باشد مانند شرط پرداخت کردن مهریه به شکلی نامعلوم
- قانون احوال شخصیه در کشور عراق ضمن تاثیر پذیر از فقه حنفیه در موادی از قانون مذکور به شروط ضمن عقد اشاره کرده است. بر اساس این قانون، شروطی که مخالف نص صریح شرعی نباشند معتبرند (قانون الاحوال الشخصية للعراق، لسنة ۲۰۱۹، المادة ۲۰) مضافاً اینکه ماده ۲۰ قانون الاحوال الشخصية للعراق (۱۹۵۹) و اصلاحات بعدی، شروط ضمن عقد را به رسمیت می شناسد. در همچنین شروط مالی مانند تعیین مهریه به دینار طلا را معتبر می داند (المادة ۲۱) و شرط وکالت در طلاق در صورت تصریح به شرایط اجرا را مورد پذیرش قرار می دهد. (المادة ۲۴)

در رویه های قضائی کشور عراق نمونه های کاربردی نیز مشهود است. به عنوان مثال، دادگاه تمیز عراق در رای شماره ۲۰۱۸/۳۴۵ شرط تعیین کردن مهریه به دلار را صحیح دانسته است. همچنین در برخی پرونده ها (۵۶۷/۲۰۱۹) صرفاً شرط محدودیت ازدواج مجدد را در صورتی می پذیرد که به مدت معین (به عنوان مثال در قالب پنج سال باشد) و موجب پدیداری

حرج برای مرد را فراهم نیاورد.

با این اوصاف در فقه امامیه و حنفیه تفاوت‌هایی در این عرصه مشهود است. در گستره فقه حنفیه، بر خلاف فقه امامیه در صورتی که زوجه شرط وکالت را داراست، نیاز به حکم دادگاه نیز خواهد داشت. همچنین در فقه حنفیه شرط تنصیف دارایی بین زوج و زوجه صرفاً با تصریح قانونی معتبر است (قانون الاحوال الشخصیه للعراق، المادة ۲۳) مضافاً اینکه هرگونه شروطی که ساقط کننده نفقه باشد باطل است. (السرخسی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۲-۳۳)

در نتیجه می‌توان گفت که در فقه حنفیه با وجود انعطاف‌پذیری بیشتر در شروط، دارای محدودیت‌های بیشتری نسبت به فقه امامیه است. سیستم حقوقی کشور عراق با ترکیب کردن این فقه با مقررات در قانون مدنی و احوال شخصیه، رویه‌های نوپدید را در پذیرش شروط ضمن عقد ایجاد کرده است.

### ۳. تحلیل فقهی شروط مباح متوازن با عقدنامه‌های مدرن

در رابطه با جواز شرط مباح لازم به ذکر است که کلیه گزاره‌های قرآنی مبتنی بر لزوم وفای به تمام عقود و شروط آن (مأئده/۱) همچنین گزاره‌های قرآنی که بر حاکمیت ارائه طرفین تأکید می‌ورزد (نساء/۲۹) حاکی از جواز شروط مباح متوازن با عقد نامه‌های مدرن می‌باشد.

فقه حنفیه آیه مذکور (مأئده/۱) را عام می‌دانند و شامل تمامی شروط صحیح معرفی می‌نمایند. (ابن عابدین، ۲۰۰۳، ج ۳، ص ۲۰۷-۲۰۸) و روایت معروف المسلمون علی شروطهم را به عنوان یک اصل کلی مورد پذیرش قرار می‌دهند و شرطی را که منافاتی با مقتضای عقد نداشته باشد را عملاً به رسمیت می‌شناسد. (سرخسی، همان منبع، ج ۲، ص ۲۰۱)

افزون بر این، قاعده لزوم وفاقی به عهد (برگرفته از منطوق آیه ۳۴ اسراء) و قاعده صحت مبتنی بر اصاله الصحة فی المعاملات و قاعده تسلیط بر این امر دلالت می‌کند.

با این وجود، محدودیت‌های فقهی در این زمینه موجود است. از جمله مهمترین محدودیت‌های فقهی، وجود شرط مهم عدم مخالفت با شریعت است. به عنوان مثال، شرط گذاشتن اشتغال در مشاغل حرام (مغنیه، کافحه و...) به لحاظ حکم وضعی، باطل است.

مضافاً اینکه در فقه، شرط عدم تضييع حقوق زوج نیز وجود دارد که فقه بر آن صحه گذاشته است. همچنین در فقه حنفیه، شرط نباید مانع تمکین شود. (ابن عابدین، ج ۳، ص ۲۱۳)

مقایسه فقه حنفیه و امامیه در جدول ذیل:

| شروط و آثار آن | فقه امامیه                    | فقه حنفی                     |
|----------------|-------------------------------|------------------------------|
| مبنای جواز شرط | قاعده «المؤمنون عند شروطهم»   | اصل «العقد شریعة المتعاقدين» |
| شرط اشتغال زن  | نافذ إذا لم یخالف مقتضى العقد | صحیح إذا لم یکن محرماً       |
| حق منع زوج     | ثابت إلا مع الشرط             | ثابت إلا مع الشرط            |
| ضمانت اجرا     | فسخ یا طلاق                   | اجبار علی الوفاء أو فسخ      |
| مخالفت با عقد  | أضیق مفهوماً                  | أوسع مفهوماً                 |

#### ۴. شروط ضمن عقد موثر بر بهبود وضعیت حقوقی زنان در ایران و عراق

مهمترین شروط در این زمینه که در واقع، بهبود دهنده وضعیت زنان در گستره قوانین ایران و عراق می باشد عبارتند از:

##### شرط تنصیف دارایی

این شرط موسوم به حق «شرکت در دارایی ها» است که بر اساس نظریه مشورتی (۱۴۶۶/۹۳/۷) اداره کل حقوقی قوه قضائیه در ایران دارای درجه اعتبار است. این شرط مشتمل بر دارایی های اکتسابی در طول زندگی مشترک می گردد. با این وجود، زوج باید ثابت کند که در دوران زندگی در تحصیل دارایی ها با زوجه مشارکت داشته است. حتی اگر مشارکت وی به شکلی غیر مستقیم (مانند کارکردن در منزل) باشد.

##### شرط وجود حق ادامه تحصیل، اشتغال و سفر

بر اساس منطوق قانون مدنی ایران، زوج می تواند زوجه را از حرفه یا صنعتی که منافی با مصالح خانوادگی باشد منع نماید. (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۱۷) با این وجود در صورتی که





زوجه در ضمن عقد، شرط کند که حق اشتغال یا تحصیل را دارا باشد، چنین شرطی نافذ خواهد بود. رأی شماره ۳۷۷ شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور (در سال ۱۳۹۲) چنین حقی را تایید نموده است.

### شرط وکالت در طلاق

چنین شرطی براساس منطوق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ایران عملاً مورد پذیرش قرار گرفته است و این شرط به زوجه این اختیار را اعطا می‌کند که در شرایط خاصی مانند: ترک انفاق از سوی زوج، وجود غیبت طولانی مدت زوج - بیشتر از شش ماه -، سوء معاشرت شدید و مواردی از این قبیل، خود را مطلقه سازد. و رویه قضایی ایران، در رأی شماره ۷۲۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور (در سال ۱۳۸۷) چنین حکمی را تایید کرده است. به گونه ای که چنین شرطی را به طور کامل نافذ می‌داند.

### شرط تعیین کردن مهریه به ارزش‌های بین‌المللی

براساس نظر آیت الله مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۱۹۵) مهریه می‌تواند به دلار، یورو یا هر ارز دیگری تعیین گردد و در صورت افزایش و یا کاهش میزان ارزش ارز، مقدار معادل ریالی آن محاسبه می‌گردد و این شرط مانعی ندارد مگر اینکه به قصد فرار از پرداخت کردن مهریه در نظر گرفته شده باشد.

لذا در تعیین مهریه به دلار، یورو یا سایر ارزهای بین‌المللی، اشکالی وجود نخواهد داشت. چراکه مهریه این قابلیت را دارد که به شکل و ساختار هر مال دارای ارزش معینی وجود داشته باشد. مستند این حکم می‌تواند قاعده: «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» قرار گیرد. به این معنا که هر مالی که در معامله صحیح مورد ضمانت قرار می‌گیرد این قابلیت را دارد که در معامله فاسد نیز ضمانت شود. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۸۷)

افزون برانی، در صورت نوسان ارزش ارز، مقدار معادل ریالی آن در زمان پرداخت نفقه محاسبه می‌شود. مستند این مدعا به رسمیت شناختن عرف متداول در معاملات مالی است

که در قانون مدنی بیان شده است. (قانون مدنی ایران، ماده ۲۲۰) در قانون مدنی ایران، صراحتاً بیان شده که مهریه این قابلیت را دارد که به شکل نقدی یا نقدی (از جمله به شکل ارز) تعیین گردد. و همچنین بر این نکته تأکید شده که در صورتی که مهریه به شکل ارز معین شود، پرداخت آن نیز بر پایه نرخ روز مطالبه محاسبه می گردد. (قانون مدنی ایران، ماده ۱۰۸۲؛ نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، ۱۳۹۲، شماره ۱۴۶۶/۹۲/۷)

همچنین بر اساس رای دیوان عالی کشور، تعیین کردن مهریه به شکل دلار صحیح خواهد بود و در صورت افزایش نرخ ارز، زوج، ملزم به پرداخت کردن معادل ریالی آن در زمان اجرای حکم است. (رای شماره ۵۶۳، شعبه ۲۱، دیوان عالی کشور، روزنامه رسمی قوه قضائیه، ۱۳۹۵)

علاوه بر موارد مذکور باید خاطرنشان کرد که ه ارزش مورد نظر لازم است که در بازارهای رسمی دارای نرخ باشد (مانند دلار و یورو که دارای نرخ خاصی است) لذا قابلیت ارزش گذاری در ارز نیز از نکات مهمی است که باید در نظر گرفته شود. در نتیجه، ارزهای بی پشتوانه یا غیر قابل تبدیل (همچون ارزهای دیجیتال غیر رسمی) قابل قبول نخواهند بود. (سیستانی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۱۵۶)

در صورتی که ثابت شود که زوجین با علم به بی ارزش شدن ارز در آینده (مانند تعیین مهریه در قالب ارزشمبایوه) آن را انتخاب نموده اند، شرط مذکور باطل خواهد شد. (رای دادگاه خانواده تهران، پرونده شماره ۱۲۵۴، ۱۴۰۰)

در مقایسه با حقوق عراق می توانیم بر این نکته تأکید ورزیم که در قانون الاحوال الشخصية للعراق، مهریه می تواند به شکل دینار طلا یا ارزهای بین المللی معین گردد ولی پرداخت کردن آن لازم است بر اساس نرخ روز عقد باشد نه زمان طلاق. در اینجا تفاوت آن با حقوق ایران وجود دارد زیرا در عراق، ارزش مهریه در زمان عقد ملاک است نه زمان مطالبه. (الحکیم، قانون الاحوال الشخصية، ۲۰۱۹، ص ۶۷) در حالی که در ایران ارزش مهریه در زمان طلاق ملاک خواهد بود.





## ۵. کارکرد عقدنامه های مدرن در فرآیند بهبود حقوق زنان در سیستم حقوقی ایران و عراق

در رابطه با مهمترین و کارکردهای عقد نامه های مدرن که می تواند در بهبود حقوق زنان در کشور ایران و عراق مفید باشد می توان به سه مورد کلی و قابل توجه اشاره کرد:

### ایجاد شدن توازن و تعادل در قدرت مندی تصمیمات خانوادگی

بر اساس منطق مواد قانونی ایران، زوجین این اختیار را دارند که در عقدنامه ازدواج، شیوه مدیریت امور خانواده را توافق نمایند. مانند شرط کردن مشورت در امور پراهمیت و ضروری (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۰۴ تبصره ۲)

این در حالی است که در رویه های قضائی عراق نیز شروطی مانند شرط مشارکت در تصمیم گیری های مالی، در دادگاه های بغداد اجرا می گردد. (Supreme Court of Iraq, 2019). (Judicial Precedents in Family Law, p. 112)

### کاهش یافتن وابستگی اقتصادی زن در قالب بندی شروط مالی

بر اساس منطق مواد قانون مدنی ایران، زن این اختیار را دارد که در عقد نامه شرط کند که دارای حق اشتغال باشد یا سهمی از دارایی های کسب شده در زمان ازدواج به وی تعلق بگیرد. (قانون مدنی ایران، ماده ۱۱۱۸) از سوی دیگر، قانون احوال شخصیه عراق، حق زن بر «مال التجارة» (سود مشترک اقتصادی) را نیز به رسمیت می شناسد. (Iraqi Civil Code (2005), Article 23)

### تقویت اختیارات قانونی زنان در مواضع عسرو حرج

بر اساس قوانین ایران، زوجین این اختیار را دارند که شرط وکالت در طلاق را در عقدنامه مندرج سازند چنین شرطی به زن این حق را اعطا می کند که در شرایط خاصی (مانند طولانی بودن غیبت مرد یا پرداخت نکردن نفقه از سوی او) خودش را مطلقه سازد. مطالعات حاکی از آن است که بسیاری از زنان دارای شرط وکالت در طلاق، توانسته اند از چنین حقی در دادگاه های خانواده استفاده کنند (صفایی و امامی، ۱۳۹۹، ص ۱۹۱)

منطوق قوانین کشور عراق نیز به زن اجازه می‌دهد شرط «تخویف» (تفویض حق طلاق) را در عقدنامه درج کند. این شرط در دادگاه‌های عراق به رسمیت شناخته می‌شود. (قانون الاحوال الشخصية للعراق، ۲۰۱۴، المادة ۲۰)

نمودار مقایسه ای ذیل تاثیر عقدنامه های مدرن در موارد مذکور را به شکل مقایسه ای به تصویر می‌کشد:

| عراق                                     | ایران                               | کارکردهای عقدنامه مدرن  |
|------------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------|
| ۳۵٪ پذیرش در دادگاه‌ها<br>(الحکیم، ۲۰۱۵) | ۲۸٪ موفقیت در اجرا<br>(صفایی، ۱۳۹۹) | پدیداری حق طلاق         |
| به رسمیت شناختن<br>«مال التجاره»         | ۴۰٪ استفاده از شروط مالی            | پدیداری استقلال اقتصادی |
| پذیرش در رویه های قضایی<br>کنونی         | تصریح در منطوق قانون<br>مدنی        | تقویت تصمیم‌گیری مشترک  |

### نتیجه‌گیری

مهمترین یافته‌های پژوهش با توجه به مطالب مذکور عبارتند از:

- ۱- عقدنامه‌های مدرن این قابلیت را دارند که با ترکیب کردن ظرفیت‌های فقهی و امکانات قانونی، ابزاری مؤثر برای بهبود حقوق زنان قرار گیرند. مشروط بر اینکه چالش‌های اجرایی و فرهنگی به طور سیستماتیک مورد توجه قرار گیرند.
- ۲- نظام حقوقی کشور ایران و عراق با تکیه بر اصل حاکمیت اراده (مانند ماده ده قانون مدنی ایران و ماده ۱۹ قانون احوال شخصیه عراق) و قاعده مهم «المومنون عند شروطهم» شروط ضمن عقد را به رسمیت می‌شناسند.
- ۳- شروط قابل توجهی مانند شرط وکالت در طلاق، شرط تقسیم دارایی‌ها، و شرط تحصیل و اشتغال این قابلیت را دارند که در هر دو کشور قابلیت اجرا داشته باشند اگرچه در کشور عراق نیاز به تصریحات قانونی بیشتری است.
- ۴- در گستره فقه امامیه، شرط وکالت در طلاق بدون نیازمندی به حکم دادگاه دارای



اعتبار است این در حالی است که در فقه حنفیه، حتی با وجود شرط، نیاز به تایید دادگاه وجود دارد.

۵- در کشور ایران، براساس نظریات فقهی حقوقی، شرط مبتنی بر تنصیف دارایی توسعه یافته است ولی در کشور عراق، صرفاً با نص قانونی مورد پذیرش قرار می‌گیرد.

۶- یافته‌ها حاکی از آن است که براساس منابع حقوقی کشور ایران و عراق صرفاً درصد کمی از زنان ایرانی و عراقی از شروط ضمن عقد بهره‌مند می‌باشند و محدودیت‌های شرعی مانند عدم امکان سلب نفقه در هر دو سیستم حقوقی، به عنوان یک مانع جهت تحقق برابری کامل وجود دارد.





## منابع و مأخذ

### الف) کتب و مقالات

۱. قرآن کریم
۲. ابن عابدین، ۲۰۰۳، حاشیه رد المحتار، بیروت، مرکز طباعة دارالفکر.
۳. البخاری الجعفی، محمد بن اسماعیل ابوعبدالله، ۱۴۲۲، صحیح البخاری، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى.
۴. الحکیم، ۲۰۱۹، قانون الاحوال الشخصية العراقي، بغداد، وزارت العدل.
۵. السرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل شمس الأئمة، ۱۴۱۴، المبسوط، بیروت، دارالمعرفة
۶. سیستانی، سید علی، ۱۴۱۶، منهاج الصالحین، قم، مکتب آية الله العظمی السید السیستانی.
۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم، بنیاد معارف اسلامی.
۸. ---،
۹. صفائی، سید حسین و امامی، اسد الله، ۱۳۹۹، بررسی شرط وکالت در طلاق، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. ---، ۱۴۰۰، حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۵، وقایع حقوقی: مسئولیت مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کرخی، ابوالحسن، ۱۴۲۴ق، المبسوط بیروت، دارالکتب العلمیة
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۹۹، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
۱۴. ---، ۱۳۶۴، تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح، مطالعات حقوقی و قضائی، شماره دو.
۱۵. محقق حلی، نجم الدین، جعفر بن حسن، ۱۴۰۸، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.

۱۶. مرغینانی، علی بن ابی بکر، ۱۴۱۷، الهدایة شرح بداية المبتدی، شارح: لکنوی محمد عبدالحی و احمد نعیم اشرف نور، پاکستان، مطبعة الابیرقة چاپ اول.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۷، استفتائات جدید، قم، نشر مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، چاپ دوم.
۱۸. موسوی بجنوردی، سید محمدبن حسن، ۱۴۰۱، قواعد فقهیه، تهران، نشر موسسه عروج، چاپ سوم.
۱۹. موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۷۹، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
۲۰. میرشمسی، فاطمه، ۱۳۸۷، شروط ضمن عقد نکاح، بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، شماره اول، تابستان ۸۷.

#### ب) قوانین و آرای قضائی

۱. قانون مدنی ایران، ۱۳۹۲
۲. قانون الاحوال الشخصية للعراق، لسنة ۲۰۰۵
۳. آراء محاکم التمييز العراقية، ۲۰۱۸-۲۰۲۱
۴. آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، رای وحدت رویه شماره ۷۲۰ دیوان عالی کشور ایران، ۱۳۸۷
۵. رأی دادگاه تمیز عراق شماره ۳۴۵/۲۰۱۸.
۶. سازمان ثبت اسناد ایران. (۱۴۰۱). گزارش سالانه عقدنامه های ثبت شده.

#### ج) منابع انگلیسی

1. Al-Hakim, S. (2015). Personal Status Laws in Iraq. Baghdad: Legal Press.
2. Iraqi Civil Code. (2005). Article 19 and 23.
3. Supreme Court of Iraq. (2019). Judicial Precedents in Family Law.

