

تبیین حقوقی حق اشتغال زن در نظام خانواده

سجاد یلوه^۱، محمدرضا شرافت پیما^۲

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال

^۲ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال

نویسنده مسئول:

سجاد یلوه

چکیده

زن به عنوان فردی از افراد جامعه، اصولاً توانایی بهره‌مندی از تمام حقوق فردی و اجتماعی را داراست. از طرفی جامعه نیز بنابر مصالح در برابر افراد دارای حقوقی ست که مبنای رعایت این حقوق را مصلحت جامعه می‌دانند. از آنجا که مصلحت جامعه بر مصالح فردی رجحان و برتری دارد لذا هر اصل و قاعده حقوقی که متضمن حفظ این مصلحت باشد چهره‌ای الزام‌آور به خود می‌گیرد. افراد در تعاملات روزمره ممکن است به انجام اعمالی مبادرت نمایند که نتیجه آن از دست دادن بخشی از آزادی فردی باشد. به عنوان مثال دوشیزه‌ای که پیش از ازدواج می‌تواند آزادانه در هر حرفه و فعالیت مشارکت نماید، ممکن است پس از ازدواج و قبول تعهدات جدیدی که نظام خانواده آنها را ایجاب می‌نماید از پرداختن به فعالیت‌های پیش از ازدواج و ایفای تعهداتی که از آن رهگذر ایجاد گردیده محروم گردد. به همین دلیل خواهیم گفت که نکاح به عنوان یک عمل حقوقی قسمتی از آزادی اراده زن را از وی می‌ستانند. آرمان اصلی حقوق، اجرای عدالت به گونه‌ایست که هر ذیحقی به نحو کمال به حق خویش دست یابد. از این‌رو زن در مقام بهره‌مندی از حقوق فردی، مرد در جایگاه رئیس خانواده و مدیری دلسوز و مقتدر، و دادگاه به عنوان نماینده جامعه دارای توانایی‌ها و حقوقی هستند که بحث پیرامون آنها موضوع مقاله پیش رو خواهد بود.

واژگان کلیدی: ماهیت و اقسام حق، اشتغال زوجه، ماهیت عقد نکاح، آزادی اراده زوجین

مقدمه

حقوق در مفهوم مجموعه توانایی های قانونی و شرعی افراد در جامعه تقسیمات گوناگونی دارد، که هر دسته دارای ویژگی های منحصر به فرد خود است. برای مثال حقوق در دسته غیر مالی، غیر قابل انتقال و اسقاط است مثل حق ابوت و زوجیت. گاهی حق به معنای توانایی بر انجام یا عدم انجام فعلی است، که درین دسته هم می تواند مالی یا غیر مالی باشد. مثل حق فسخ و حق بر آزادی های فردی که اولی چهره مالی و دومی چهره ای غیر مالی دارد. نویسندگان حقوق مدنی هر کدام به نحوی به تعریف این واژه پرداخته اند. برخی حق را سلطه و اقتداری برای اشخاص در انجام و عدم انجام امری می دانند.^۱ در مقابل، حق به قدرتی تعبیر شده که از طرف قانون به اشخاص داده می شود که همان سلطه در فقه است.^۲ عده ای حق را در مفهوم گسترده تری تعریف نموده و آن را توانایی که حقوق هر کشور به اشخاص می دهد تا از مالی به طور مستقیم استفاده کنند و یا انتقال مال یا انجام دادن کاری را از دیگری بخواهند.^۳ آنان که قائل به تعریف اول اند در تقسیم بندی حق به حق مالی و غیر مالی از این قاعده استفاده کرده اند که هرگاه حقی مستقیماً دارای ارزش بود مثل حقوق عینی، آن را حقوق مالی گویند ولی اگر به نحو مستقیم دارای ارزش نباشد مثل حق ابوت و حق زوجیت، آن را حق غیر مالی گویند حتی اگر به صورت غیر مستقیم ایجاد ارزش نماید مثل نفقه اقارب در حق ابوت یا نفقه زوجه دائم در حق زوجیت.^۴ بر اساس تعریف اخیر حق، حقوق را به این شرح تقسیم نموده اند:

الف: حقوق سیاسی: و آن اختیاری است که شخص برای شرکت در قوای عمومی و سازمان های دولتی دارد: مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانون گذاری و پذیرفتن تابعیت. ب: حقوق عمومی: و آن مربوط به شخصیت انسان و و ناظر به روابط دولت و مردم است مانند: حق حیات، آزادی وجدان و بیان. عنوان فصل سوم قانون اساسی درباره حقوق ملت ناظر به همین گروه است. هرچند که حقوق عمومی بیشتر در برابر قدرت دولت ها مورد استفاده قرار می گیرد، در روابط خصوصی هم قابل اجرا است. هر کس باید به حیات و آزادی و شرافت و شخصیت دیگران احترام بگذارد.^۵ پ: حقوق خصوصی: و آن اختیاری است که هر شخص در برابر دیگران دارد: مانند حق مالکیت، حق ابوت، حق شفعه، حق انتفاع بنابر گفته برخی اساتید حقوق مدنی، دو گروه حقوق سیاسی و عمومی را بایستی در زمره موقعیت های حقوقی آورد و تنها گروه سوم است که در آن تمیز بین حق و حکم دشوار است (تمیز بین این دو در ادامه خواهد آمد). بر مبنای گروه سوم می توان حق را به سه دسته تقسیم کرد.

- تقسیم حق به اعتبار قیود و عوارض آن: بر این مبنا حق را تقسیم نموده اند به:

حق معلق و منجز - حق موجد و حال - حق دائم و موقت - حق ثابت و متزلزل^۶

- تقسیم حق به اعتبار موضوع آن: بر این مبنا حق را به حق منقول و حق غیر منقول - حق معنوی - حق شریکان - حق کسب و پیشه و تجارت تقسیم نموده اند.

به عقیده برخی، حق را نمی توان به منقول و غیر منقول تقسیم کرد چرا که این تقسیم بندی مربوط به اعمال مادی و خارجی است، اما از آنجا که آثار گونه گونی بر این تقسیم بار می شود: ایجاب می نماید که حق نیز به تبعیت از موضوع آن در زمره یکی از این دو گروه قرار گیرد.^۷ بنابراین حقی که موضوع آن مال غیر منقول است به تبعیت از موضوع خود غیر منقول تبعی و حقی که موضوع آن مال منقول است، منقول تبعی نام می گیرد. با توجه به اینکه ادامه این بحث و پرداختن به هر کدام از این دسته بندی ها فارغ از اهمیت، باعث خروج بحث از موضوع اصلی و همچنین اطاله کلام می گردد، به تقسیم حق به مالی و غیر مالی اکتفا می شود.^۸ تقسیم حق به مالی و غیر مالی: حق مالی امتیازی است که حقوق هر کشور به منظور تامین نیازهای مالی اشخاص به آن ها می دهد. هدف از ایجاد حق مالی تنظیم روابطی است که به لحاظ استفاده از اشیاء بین اشخاص وجود دارد. این دسته از حقوق قابل مبادله و تقویم به پول است، مانند: حق مالکیت، حق انتفاع، حق مطالبه وجه، این دسته از حقوق انتقال پذیر است - قابلیت اسقاط دارد - قابل توقیف از سوی طلبکاران است - قابل معاوضه و داد

۱ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات اسلامی، چاپ سی و ششم، ۱۳۹۴، تهران، ص ۴۹

۲ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و ششم، ۱۳۹۳، تهران، ص ۲۱۶

۳ - کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، چاپ صدم، ۱۳۹۴، تهران، ص ۲۵۱

۴ - امامی سید حسن پیشین همانجا

۵ - پاره ای از نویسندگان حقوق عمومی و سیاسی را در یک گروه آورده اند: مارتی و رینو، جلد ۱، ش ۱۳۴ به نقل از: کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۵۸

۶ - برای مطالعه تفصیلی در این موارد: ر- ک: کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۲۷۶ - ۲۷۸

۷ - گذشته از آثار مهمی که بر تقسیم اموال منقول و غیر منقول بار می گردد، تقسیم حق نیز بر این مبنا از جهت تعیین صلاحیت محاکم مفید است. برای تقسیم بندی دعاوی به منقول و غیر منقول ر- ک: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی دوره پیش رفته، جلد ۱، انتشارات دراک، چاپ سی و ششم ۱۳۹۵ صص ۳۱۸ - ۳۲۰

۸ - برای مطالعه تفصیلی در این باره ر- ک: کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۲۵۷ - ۲۸۰

و سست است. در مقابل حق غیر مالی امتیازی است که هدف آن رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی انسان است. موضوع این حق روابط غیر مالی اشخاص است، ارزش داد و ستد را ندارد و به طور مستقیم قابل ارزیابی به پول و مبادله نیست مانند حق زوجیت و ولایت و حضانت.^۹ بعضی از علمای فقه و حقوق در تحلیل و بررسی مفصل در یک تقسیم‌بندی جدید حق را در فقه و حقوق در دو معنا احصا می نمایند: - حق به معنای توانستن یا مجاز بودن از لحاظ شرعی یا قانونی: به عبارت دیگر منظور توانایی اعتباری در مقابل توانایی مادی و واقعی است. در این معنا واژه حق همراه با فعل «داشتن» به کار می رود و بعد از آن دو، یک فعل می آید، مانند: مرد حق دارد همسر خود را طلاق دهد. در این معنا ممکن است واژه حق به کلمه بعد از خود اضافه شود اما مضاف الیه همواره معنای فعلی دارد مانند حق طلاق، حق فسخ که به معنای حق طلاق دادن یا حق فسخ کردن است. نکته مهم اینکه در این کاربرد، متعلق حق هنوز در خارج تحقق نیافته بلکه صاحب حق می تواند آن را انشا یا ایجاد کند.

- حق به معنای امتیاز: در این صورت واژه حق به کلمه بعد از خود اضافه می شود مانند حق مالکیت یا حق تحجیر و مقصود از آن نوعی امتیاز است. واژه حق در این کاربرد اولا معنای توانستن را ندارد، ثانیا متعلق آن از قبل در خارج وجود ندارد، ثالثا اضافه حق به کلمه بعد از آن اضافه بیانی است و مضاف و مضاف الیه یک چیز هستند. به عنوان مثال «حق مالکیت» به معنای حق مالک شدن نیست، بلکه به معنای امتیازی است که شرع یا قانون برای اشخاص وضع کرده و به رسمیت شناخته است. رابعا حق به معنای دوم، موضوع حق به معنای اول است و به تعبیر دیگر از حق به معنای دوم چندین حق به معنای اول ناشی می شود. به عنوان مثال از حق مالکیت، حق انتفاع مادی، حق انتقال عین و منفعت یا حق اعراض و امثالهم ناشی می شود.

در زبان فقهی و حقوقی از این توانایی یا امتیاز به رابطه، اضافه یا نسبت تعبیر می شود. در علم حقوق برحسب اینکه رابطه مذکور بین شخص با شیء باشد یا بین شخص با شخص دیگر تفاوت قائل می شوند و اولی را حق عینی و دومی را حق شخصی می نامند و احکام و آثار مهم و متفاوتی را بر آن بار می کنند.

حکم

حکم در فقه عبارت است از دستور مقنن اسلام در خصوص افعال مکلفان خواه الزامی باشد مثل امر و نهی و خواه الزامی نباشد مثل استحباب و کراهت و اباحه. این اصطلاح در برابر وضع به کار رفته و در تعریف آن گفته اند وضع عبارت است از اینکه مقنن چیزی را سبب چیز دیگر یا مانع چیز دیگر یا شرط چیز دیگر قرار داده باشد مانند ائتلاف که سبب ضمان است. دستورات مقنن در قسم اول حکم تکلیفی و در قسم دوم حکم وضعی نام دارد.^{۱۰} در مقابل بعضی از علمای علم اصول بر این باورند که نمی توان اباحه را از اقسام حکم تکلیفی محسوب کرد زیرا مراد از اباحه آن است که شارع مکلفان را در انجام یک فعل یا ترک آن مخیر ساخته است. یعنی از سوی شارع برای انجام یا ترک آن تکلیفی مقرر نگردیده و هیچ یک بر دیگری رجحان و برتری ندارد.^{۱۱} امداد حقوق حکم عبارت است از اوامر و نواهی قانونگذار که یا به طور مستقیم کاری را مباح، واجب و یا ممنوع می دارد و یا آثار حقوقی خاصی بر اعمال اشخاص بار می کند در حالی که حق اختیار و تسلطی است که برای شخص در روابط او با دیگران ایجاد می شود. ولی تشخیص مصداق های این دو مفهوم (حق و حکم) به آسانی امکان ندارد. مرحوم طباطبایی یزدی^{۱۲} در تبیین تفاوت ها در حق و حکم می گوید: حق مرتبه ضعیفی از ملک است و در آن چیز مملوکی وجود دارد که صاحب حق واجد آن است و اختیارش به دست صاحب حق است در حالی که در حکم، واجد بودن و ملکیت مخاطب حکم نسبت به چیزی اعتبار نمی شود. مثلاً آنچه در حکم شرعی جواز نوشیدن آب وجود دارد انشای شارع و عدم منع وی از آب نوشیدن است و مخاطب حکم دارای چیزی نمی شود اما وقتی گفته می شود بایع خیار یا حق فسخ دارد، یعنی شیء مملوکی وجود دارد که اختیار آن به دست بایع است. خلاصه منظور مرحوم طباطبایی یزدی این است که در مورد حق، ذیحق واجد یک امتیاز می گردد و گویی چیزی برداشته های وی اعم از مالی و غیرمالی افزون می گردد ولی در مورد حکم چنین نیست، اگر شرع منعی برای نوشیدن آب قرار نمی دهد و یا منع را بر می دارد چنین امری به هیچ وجه امتیاز یا واجدیتی را برای شخص مکلف پدید نخواهد آورد. تبیین این تفاوت ها از سوی مرحوم طباطبایی یزدی در تمیز مصادیق این دو مفهوم بسیار با اهمیت و خالی از اشکال به نظر می رسد، شاید بر همین اساس است که صاحب ترمینولوژی حقوق^{۱۳} می فرماید: آن حکمی که در برابر حق به کار می رود عبارت است از مقررات شرعی که متضمن مصلحت اکید مردم است و اراده افراد برخلاف جهت آنها نافذ نیست.

۹- کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، انتشارات میزان، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۰، تهران، صص ۱۰-۱۱

۱۰- محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، مرکز نشر علوم انسانی چاپ چهارم، ۱۳۹۵، تهران، ص ۴۰

۱۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین ف صص ۲۴۲-۲۴۳

۱۲- سرخوش، جواد، **معیار استنتاج فقهی حقوقی و یا اصول فقه**، انتشارات بهنامی، چاپ اول، ۱۳۹۵، تهران، ص ۳۴

۱۳- طباطبایی یزدی، **حاشیه مکاسب**، (ط.ق. ج ۱: ص ۵۵-۵۷ (ط.ج. ج ۱، ص ۲۷۹، ش ۴۹۳ به نقل از: محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۳۰

۱۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۲۴۳

مانند ضمان بایع نسبت به تلف مبیع قبل از قبض^{۱۵} که از نظر فقها طرفین عقد بیع نمی توانند در حین بیع شرط سقوط ضمان مذکور را از بایع بکنند. در اصطلاح حقوق جدید درین مورد واژه قانون امری به کار رفته است.

حقوق و تبیین تفاوت ها بین حق و حقوق

دیده شده که برخی در تعریف حقوق، آن را جمع حق و حق را سلطه و اختیاری برای اشخاص در بعضی موارد خاص بیان نموده اند.^{۱۶} اگرچه در صورتی که این حق را به نحو جمع اختیار نماییم تعریف حقوق خالی از اشکال است اما از آنجایی که حقوق از جمله مشترکات لفظی است لازم می نماید تفاوت حقوق با حقوق در معنای جمع حق بیان گردد.

اصطلاح حقوق در زبان فارسی تاکنون سه معنی به خود دیده است :

- حقوق عبارت است از مجموعه مقرراتی که بر روابط افراد یک جامعه سیاسی حاکم است در این معنی از نظر اسلام واژه شرع و شریعت به کار می رود.

- حقوق، جمع کلمه حق است، فرق این تعبیر با تعبیر قبلی این است که در عبارت قبل نظر به حالت جمعی دارند و از کلمه ای که از نظر ادبی صیغه جمع است مفهوم اسم جمع را می خواهند مانند رمه که در فارسی جمع نیست لیکن اسم جمع است. در معنی اول حقوق نیز مفهومی نظیر مفهوم اسم جمع را می خواهند، حال آنکه در تعبیر دوم، هم از نظر ادبی صیغه جمع به کار رفته و هم از نظر معنی، یک جمع واقعی است. تعریف حق از منظرهای گوناگون در صفحات قبل ذکر شد مثل: حق مالکیت، حق زوج بر اشتغال زوجه و حق که انسان بر اسم خود دارد. - حقوق، در معنای علم حقوق که مقصود در این مورد دانش قانون است. ازین صیغه جمع نه مفهوم جمع را می طلبند و نه مفهوم اسم جمع را آنچنان که در تعبیر اول است.^{۱۷}

اشتغال :

آن عبارت است از مشغول شدن، به کاری پرداختن، سرگرم شدن به کاری است^{۱۸} و این تعبیر لغوی واژه اشتغال بود. در ابتدا این گونه به نظر می رسد، که آنچه تحت عنوان حق اشتغال و مورد حکم قانونگذار واقع گردیده چیزی منصرف از اشتغال در معنای لغوی است و این امر به خوبی از شمول مباحث و مجادلات حقوقدانان مختلف در این باره فهمیده می شود، البته درین فهم، قانون گذار هم بی تاثیر نبوده چرا که اولاً موضوع حق اشتغال را در کنار موضوع استقلال مالی زوجه^{۱۹} بیان نموده ثانیاً در حکمی دیگر^{۲۰} بیان می دارد که: "... زوجه نیز می تواند از دادگاه چنین تقاضایی (منع اشتغال زوج) را بنماید. دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می نماید." ملاحظه می شود که از عبارت قانونگذار هم این توهّم در ذهن ایجاد می گردد که منظور و مقصود از اشتغال پرداختن به اموری است که به جهت کسب منفعت مادی صورت می گیرد.

غالب حقوقدانان شغل را فعالیتی جهت امرار معاش تعریف نموده اند^{۲۱}؛ نکته قابل توجه اینکه در آثار اکثر نویسندگان حقوق مدنی بحث به گونه ای مطرح شده که گویا اشتغال تنها در معنای مشغول شدن به حرفه ای به عنوان شغل و جهت کسب درآمد برای امرار معاش از سوی قانونگذار به کار رفته است. به عقیده ما اشتغال اعم از شغل به معنای فعالیت جهت امرار معاش و پرداختن به هر حرفه ای جهت کسب درآمد بوده و اتفاقاً شامل سایر فعالیت های غیر انتفاعی که به نحوی از انحاء زوجه را در ایفای وظایف زناشویی با مشکل مواجه نماید می گردد. لذا ما برای مفهوم اشتغال در مقاله حاضر، معنای نزدیک به معنای لغوی برمیگزینیم: اشتغال عبارت است از پرداختن به هرگونه حرفه، صنعت و یا فعالیتی اعم از اینکه به قصد کسب سود و منفعت باشد یا صرفاً به منظور رفع نیازهای غیر مادی، عاطفی و جسمی انسان صورت پذیرد. شاید براین تعریف ایراد گرفته شود که آنچه قانون گذار سلب کرده حق اشتغال به معنای حرفه و فعالیتی جهت کسب درآمد است و بایستی این محرومیت از حق جنبه استثنایی داشته و در موضع نص تفسیر گردد به عبارت دیگر از آنجا که اصل بر آزادی افراد و بهره مندی آحاد ملت از جمیع حقوق مدنی است، از این رو محروم کردن برخی افراد از شمول اصل بایستی صرفاً با تجویز قانون گذار بوده و در حدود همان حکم صورت پذیرفته و از تفسیر موسع اجتناب به عمل آید. در پاسخ به این عده می گوییم :

^{۱۵} - ماده ۳۸۷ ق.ا.م مقرر می دارد :

^{۱۶} - محقق داماد، سید مصطفی، بیع مکاسب پایگاه اینترنتی حوزه علمیه (مجمع بیان) ، مجموعه آثار سید مصطفی محقق داماد نوار صوتی، جلسه اول

^{۱۷} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۳ ص ۱۱

^{۱۸} - عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر، چاپ چهل و یکم، ۱۳۹۴، ص ۱۴۹

^{۱۹} - ماده ۱۱۱۸ ق.م.

^{۲۰} - ماده ۱۸ ق.ج.خ مصوب ۱۳۵۳

^{۲۱} - اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت های تجاری انتشارات —، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۱ ص ۱۰۹

اولاً: نمی‌توان به صورت دقیق گفت که منظور قانونگذار از واژه اشتغال، فعالیت جهت امرار معاش بوده و معانی دیگر را اراده نکرده است. ثانیاً: با بررسی مواد قانونی متوجه می‌شویم قانونگذار پرداختن به برخی امور خاص را صرفاً منوط به اجازه همسر کرده و نکته حائز اهمیت اینکه آن امور چهره ای اغلب غیر مالی و خیرخواهانه دارند برای نمونه ماده ۱۲۳۳ ق.م که مقرر می‌دارد: "زن نمی‌تواند بدون رضایت شوهر سمت قیمومت را قبول کند." موبد این نظر است که حتی اگر فعالیتی به عنوان شغل نبوده و کسب منفعت هم نباشد ممکن است با مخالفت شوهر همراه شده و زوجه از انجام آن امور محروم گردد. ثالثاً: مشهور فقهای امامیه و این قول استوار است که، اصولاً خروج زن از خانه به هر منظوری که باشد بایستی با موافقت شوهر انجام پذیرد، اشتغال به حرفه‌هایی که منافعی با استمتاعات زوج باشد حتی در داخل منزل نیز بایستی با جلب موافقت شوهر باشد.^{۲۲}

اگر اشتغال را در مفهوم وسیع (همان تعریف ارائه شده توسط نویسنده مقاله) قبول کرد، آنگاه تمام فعالیت‌های زوجه اعم از اینکه به عنوان شغل در معنای عرف کنونی، باشد و یا حرفه و فعالیتی غیر انتفاعی از قبیل فعالیت‌های هنری، ورزشی و متفرقه که به صورت غیر متعارف بوده و با مصلحت خانواده و حیثیات زوجه و زوج در تعارض باشد می‌تواند از سوی همسر و به واسطه حکم دادگاه منع گردد. شاید گفته شود این دایره شمول مختص زوجه بوده و زوج تنها امکان منع شدن از اموری را دارد که برای امرار معاش باشد چرا که قسمت اخیر ماده ۱۸ ق.ح.خ مصوب ۵۳ چنین حکمی را مقرر نموده. در پاسخ بایستی گفت اینکه لفظی از الفاظ قانونگذار ایجاد توهم نماید، نمی‌تواند پوشاننده مصالحی باشد که در پشت وضع مواد قانونی مورد عنایت و توجه قانونگذار است. تقریباً اکثر نویسندگان حقوق مدنی بر این باورند که جواز منع زوجه از اشتغال به حرفه معین نه از جهت حمایت از حقوق زوج بلکه در راستای حفظ مصالح خانواده می‌باشد. حال اگر همین مبنا را به عنوان ملاک قرار دهیم آنچه به دست می‌آید این خواهد بود که زوجه نیز می‌تواند زوج را از هرگونه فعالیت اعم از اشتغال به شغل جهت امرار معاش و یا هرگونه فعالیت دیگر از قبیل هنری، ورزشی و متفرقه که به صورت غیر متعارف بوده و با مصلحت خانواده و حیثیات زوجه و زوج در تعارض باشد با دستور دادگاه منع نماید. البته ذکر این نکته ضروری است که منع زوج از حرفه و فعالیت شغلی که برای امرار معاش صورت می‌گیرد در صورتی ممکن است که از زوجه اثبات نماید عدم اشتغال زوج به آن حرفه، لطمه‌ای به اقتصاد خانواده وارد نخواهد کرد. (مستنبط از قسمت اخیر ماده ۱۸ ق.ح.خ مصوب ۵۳).

ماهیت نکاح

ازدواج برای کسی که امکان آن را دارد و از واقع شدن در حرام به واسطه ترک آن نمی‌هراسد مستحب موکد و در غیر این صورت واجب است. فصیلت نکاح میان مسلمانان مشهور و در اسلام قطعی است. تا آنجا که شخصی با ازدواج نیمی از دینش را حفظ می‌کند.^{۲۳} هرچه آثار مولفان و نویسندگان حقوق مدنی را جستجو می‌کنیم به صورت واضح هیچکدام ماهیت حقوقی مشخصی را که با استفاده از آن بتوان نکاح را در زمره یکی از دسته بندی‌های متعارف عقود قرارداد نمی‌یابیم. در آثار فقهای متقدم شهید ثانی در «تحریر الروضه فی شرح اللمعه» می‌فرمایند نکاح ملحق به عبادات است نه معاوضات و به همین جهت ایشان شرط خیار فسخ را در نکاح باطل می‌دانند.^{۲۴} ذکر تقویت این نظر می‌توان به روایت معتبری که از پیامبر اسلام در خصوص اهمیت نکاح و جایگاه آن در تکامل بُعد روحی انسان اشاره کرد.^{۲۵} همچنین خداوند متعال در آیات قرآن کریم به فضیلت بسیار این امر اشاره و انسانها را به آن تشویق نموده است.^{۲۶} با وجود این به نظر می‌رسد اینکه نکاح را صرفاً پدیده‌ای عبادی بدانیم ایجاد اشکال می‌نماید. چراکه اولاً: آثار حقوقی فراوانی بر نکاح وارد می‌شود که غالباً چهره مالی آن غلبه دارد مثل الزام زوج به پرداخت نفقه زوجه و یا اصل استقلال مالی زن و ... این امور نیازمند مبانی و قواعد مشخص و معین حقوقی ست. ثانیاً: اینکه مسئله‌ای از سوی شارع مقدس توصیه شده باشد و شاید این توصیه و تأکید فراوان اهمیت موضوع را نزد ایشان بیان دارد و کفه ترازو را به سمت عبادات سنگین نماید اما نمی‌تواند نافی چهره غیر عبادی نکاح باشد. می‌دانیم که اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند و به این معنا که اثبات مسئله‌ای به منزله نفی غیر آن مسئله نیست. بر همین مبنا باور و اعتقاد به ماهیت عبادی نکاح نمی‌تواند نافی ماهیت حقوقی آن باشد. برخی از اساتید فقه و حقوق^{۲۷} بر این باورند که عقد نکاح یک عقد مملک معوض است. آنچه تملیک می‌شود منافع زوجه به زوج در مقابل مهریه تملیک می‌شود. پذیرفتن این نظر از جهات بسیار رای مشهور فقهای امامیه را توجیه می‌نماید که در ادامه به اختصار به هرکدام اشاره خواهد شد. اما در مقابل برخی دیگر از محققان فقه و حقوق ضمن رد این نظر و با استدلالات فراوان به عنوان نتیجه تحقیقات بر این باورند که در بحث عقود از حیث معاوضی و غیر معاوضی عقد نکاح برخی از احکام عقود معاوضی و برخی از احکام عقود غیر معاوضی را داراست و از سوی دیگر نیز فاقد

^{۲۲} - محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفدهم، ۱۳۹۳، تهران، ص ۳۱۳

^{۲۳} - دادمرزی، سیدمهدی، فقه استدلالی، انتشارات طه، چاپ بیست و هفتم، ۱۳۹۳، قم، ص ۴۴۸

^{۲۴} - امینی، علیرضا و دیگران، تحریر الروضه فی شرح اللمعه، ج ۲، انتشارات طه، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۵، قم، ص ۱۱۱

^{۲۵} - کسی که ازدواج می‌کند نیمی از دینش را حفظ می‌کند پس در نیم دیگر بایستی تقوای الهی پیشه کند.

^{۲۶} - سوره نور، آیه ۳۲

^{۲۷} - سرخوش، جواد، تقریرات درس متون فقه، کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد واحد تهران شمال، سال ۱۳۹۶

برخی احکام و آثار آن است. از این منظر نکاح را نباید عقدی معاوضی تلقی نماییم. همچنین است قلمداد کردن ماهیت غیر معاوضی برای عقد نکاح. به عقیده این گروه نکاح قراردادی ویژه است و تقسیم آن به موقت و دائم تاثیری بر ماهیت این عقد از حیث معاوضی و غیر معاوضی نخواهد داشت.^{۲۸} بعضی از علمای حقوق مدنی در تبیین ماهیت نکاح دائم می گویند این عقد یک قرار داد غیر مالی است. هرچند که پاره ای از آثار مالی بر آن مترتب است. آثار مالی نکاح جنبه تبعی و فرعی دارد و از این رو نکاح را از صورت یک قرارداد غیر مالی خارج نمی کند. مهریه که ممکن است ضمن نکاح و با یک قرارداد تبعی تعیین شود جزء ماهیت نکاح نیست. نکاح دائم حتی بدون تعیین مهر هم صحیح است که در این صورت پس از نزدیکی مهرالمثل به زن تعلق میگیرد. سایر آثار مالی نکاح (ارث و نفقه) ناشی از توافق طرفین نیست بلکه آثاری است که قانون بر نکاح بار می کند و حتی توافق طرفین بر خلاف آن از درجه اعتبار ساقط است. بنابراین نکاح دائم که هدف اساسی آن تشکیل خانواده و شرکت در زندگی است قراردادی اساساً غیر مالی بوده و از این رو اغلب قواعد معاملات در مورد نکاح قابل اجرا نیست.^{۲۹}

به عنوان تقویت کننده این نظر می توان به فرمایش السبکی استناد نمود که ازدواج را داخل در مشارکات و خارج از معاوضات می داند.^{۳۰}

صاحب کتاب الفارق عناصر پنج گانه ای را به شرح زیر برای نکاح تعیین می نماید

اول : صیغه ایجاب و قبول

دوم : اهلیت عاقد بالمباشرة یا بالتوکیل

سوم : معین بودن زوجین

چهارم : قابلیت استمتاع

پنجم : کفالت.^{۳۱} ایشان ضمن تبیین این عناصر پنجگانه اشاره دارند که معاوضه عنصر عقد نکاح نیست و در نهایت نظر السبکی را پذیرفته اند که نکاح از جمله مشارکات است نه معاوضات.^{۳۲} حال که تا حدودی با نظر حقوقدانان و فقها آشنا شدیم و دیدیم که نظر قالب ایشان بر غیر معاوضی بودن و غیر مالی بودن این عقد است لازم است برای نیل به مقصود خود که همانا یافتن یک ماهیت جامع و مانع برای نکاح می باشد از منظر بزرگان فقه و حقوق در تعاریفی که از عقد نکاح نموده اند دقت کرد. از آنجا که ذکر تمامی تعاریف سبب اطاله ی کلام می گردد مطالعه آن را برعهده خواننده و طلاب آن قرار می دهیم و به ذکر یک تعریف از یکی از نویسندگان حقوق مدنی که اتفاقاً تعریف منتخب ماست بسنده می کنیم.^{۳۳} نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می شوند. نکاح از عقود است که جنبه مالی و غیرمالی هر دو را داراست. زیرا از طرفی در اثر عقد و نکاح شوهر موظف می شود نفقه زن و سایر اعضای خانواده را بپردازد و مالی را به عنوان مهریه به زن بدهد از سوی دیگر زن و مرد مکلف می شود برای تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزندان با هم همکاری کنند.^{۳۴} نکاح چون عقد است باید شرایط اساسی سایر عقود را با اندک تفاوت دارا باشد. یعنی زن و شوهر باید قاصد، بالغ، و عاقل باشند (ماده ۱۰۶۴ ق.م) و جهت عقد نیز مشروع باشد ولی آنچه عقد و نکاح را از بیشتر قراردادها ممتاز می کند این است که در این پیمان دو طرف نمی توانند آزادانه آثار آن را معین نمایند. نتایج عقد نکاح به طور امری از طرف قانون گذار معین می شود و مجموع مقررات آن موقعیت قانونی خاصی را به وجود می آورد که زن و مرد فقط می توانند به تراضی خود را در آن موقعیت قرار دهند و حق ندارند نظمی را که قانون گذار برای اداره درست خانواده لازم دیده است برهم زنند.^{۳۵} به خاطر همین موارد مذکور و پیش گفته است که نقش آزادی اراده که به موجب ماده (۱۰ ق.م) در حقوق ایران پذیرفته شده نمی تواند به صورت کامل در تبیین آثار نکاح دخالت داشته باشد. این برتری قدرت قانون گذار بر قدرت افراد تشکیل دهنده نکاح به خاطر مصلحت اجتماع است. مصلحت اجتماع به معنی مصلحت فرد در حالت اجتماعی است.^{۳۶} از آنچه گفته شد فهمیده می شود که :

^{۲۸} - صادقی مقدم، محمد حسن و دیگران، « ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و عقود غیر معاوضی » مجله آموزه های فقه مدنی دانشگاه

علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳، ۱۳۹۵، ص ۲۴ و ۲۵

^{۲۹} - کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، انتشارات میزان، چاپ نهم، ۱۳۹۶، تهران، صص ۲۹ - ۳۰

^{۳۰} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۵، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۵، تهران، ص ۲۱۹

^{۳۱} - و آن عبارت است از : هم شان بودن زن و شوهر، مساوات در دین

^{۳۲} - همان

^{۳۳} - با اینکه این تعریف از جملگی تعاریف ارائه شده از سوی حقوقدانان و فقها کامل تر به نظر می رسد اما برعکس تعاریف سایر عقود به سایر آثار عقد در

تعریف اشاره ای نشده و فقط منظور از عقد بیان گردیده

^{۳۴} - کاتوزیان، امیرناصر، حقوق خانواده، همان، ص ۲۹

^{۳۵} - پیشین ص ۳۰

^{۳۶} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۲، تهران ص ۲۷، ش ۵۱

۱- نکاح عقد است.

۲- نکاح عقدی رضائست.

۳- نکاح در زمره مشارکات است که مولفه های عقود معاوضی در آن کم رنگ تر می باشد.

۴- نکاح عقد غیر مالی است گرچه برخی آثار مالی با خود به همراه دارد.

با مشخص شدن ماهیت نکاح می توان احکام خاصی را که بعضاً قانونگذار در روابط زوجین معین نموده توجیح یا برای موارد اجمال یا ابهام قواعد خاصی را به دست آورد که با استناد به آن بتوان حکم قضیه را استخراج نمود. مثلاً در خصوص اشتغال زوجه که رای مشهور فقهای امامیه بر غیر نافذ بودن این امور است با نظری که بر اساس آن نکاح عقدی مملک و معوض است انطباق داشته لذا می توان گفت زوج به عنوان مالک منافع جسم زن هرگاه در بهره مندی از منافع با مانعی از سوی زوجه مواجه گردد می تواند با اراده مالکانه آن مانع را رفع نماید. گرچه این نظر خالی از ایراد نیست.

نقش حاکمیت اراده در آثار ایجاد شده از نکاح

عقد از جمله اسباب ایجاد تعهدات است. تعهد به هر شکل خود که ایجاد شود بایستی به نحوی به موقع اجرا درآید و همین ایفای تعهدات، از جمله موارد محدودکننده آزادی ست. صاحب الفارق در باب اجرای تعهدات می فرماید: اگر ضمن تراضی، قدری از آزادی خود را با قدری از مصالح (در رابطه با دیگری) بیامیزیم و آن قدر از آزادی را از دست بدهیم معجونی به دست می آید که آن را در شرق التزام و در غرب تعهد می نامند.^{۳۷} آنچه واضح است اینکه نکاح هم او به مانند سایر قراردادها و عقود برای اطراف خود تعهداتی ایجاد می نماید که ایفای آن تعهدات آزادی طرفین عقد را محدود می نماید. اصل آزادی اراده در حقوق ما به وسیله ماده ۱۰ ق.م. به رسمیت شناخته شده است. به موجب این ماده، قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است. بنابراین جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمانهای ایشان است و آزادی اراده او را بایستی به عنوان اصل^{۳۸} پذیرفت. ذکر این مطلب خالی از فایده نخواهد بود که مفاد ماده ۱۰ ق.م. ایران که همان اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده نام گرفته در بین فقهای امامیه دست کم در مبحث شرط دارای پیشینه تاریخی است.^{۳۹} المومنون عند الشروط الا شرطاً احل حراماً و حرم حلالاً. گفته شد که اصل بر آزادی اراده افراد در نظام قانونگذاری ایران است (ماده ۱۰ ق.م.) این اصل تنها در مواردی محدود می گردد که امری به عنوان استثناء تنها با تجویز قانون موجود باشد. استثناء یعنی خارج ساختن برخی مصادیق از شمول حکم کلی؛^{۴۰} حکم کلی این است که هر فردی از افراد ملت از تمامی حقوق مدنی متمتع می گردد حال استثناء کردن به این معناست که برخی از افراد را به علتی که تنها می تواند حکم قانونگذار باشد از دایره شمول این اصل کلی خارج سازیم. در نظام حقوقی ایران افراد از حقوق گوناگون فردی برخوردارند. فصل سوم ق.ا و سایر اصول بیان کننده حقوقی است که اهم آنها تحت عناوین ذیل قابل دسته بندی اند.

۱- برابری های فردی و تساوی عموم در برابر قانون^{۴۱}

۲- امنیت و مصونیت حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن، شغل افراد^{۴۲}

۳- مصونیت از تجسس^{۴۳}

۴- امنیت و مصونیت های قضایی: برائت^{۴۴}؛ منع شکنجه^{۴۵}؛ منع هتک حیثیت و تعرض^{۴۶}

۵- آزادی بیان، قلم و مطبوعات^{۴۷}

۶- آزادی های گروهی^{۴۸}

^{۳۷} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۱، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۵، تهران، ص ۱۴۲

^{۳۸} - در اصطلاحات اصولی، اصل آن است که دیگری بر آن بنا می گردد

^{۳۹} - شیخ انصاری، مکاسب، ص ۲۷۶

^{۴۰} - سرخوش، جواد، تقریرات درس قواعد فقه، دوره کارشناسی ارشد، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد واحد تهران شمال، سال تحصیلی ۱۳۹۶

^{۴۱} - اصول سوم (۱۴)، نوزدهم و بیستم ق.ا

^{۴۲} - اصل بیست و دوم ق.ا

^{۴۳} - اصل بیست و پنجم ق.ا

^{۴۴} - اصل سی و هفتم ق.ا

^{۴۵} - اصل سی و هشتم ق.ا

^{۴۶} - اصل سی و نه قانون اساسی

^{۴۷} - اصل بیست و چهارم ق.ا

^{۴۸} - اصل بیست و ششم و بیست و هفتم ق.ا

۷- آزادی های فکری و منع تفتیش عقاید^{۴۹}۸- آزادی کار و شغل^{۵۰}

همانگونه که از نظر گذشت برابر اصل اصول ۳- ۱۹ - ۲۰ - ۲۲ - ۲۸ ق.ا کشور، اصل بر آزادی افراد بر انتخاب و بهره‌مندی از فعالیت‌های شغلی است (شغل درین قسمت در مفهوم عرفی کنونی مدنظر است) در کنار این اصول توجه به ماده ۱۰ ق.م و اصل آزادی قراردادی این نتیجه را به دست می دهد که هر فرد جامعه اعم از زن و مرد در انتخاب شغل آزادی کامل دارند، این آزادی تا جایی معتبر خواهد بود که حکم خلاف آن در قوانین پیش بینی نشده باشد. سوال اصلی این است اگر توانایی زوج در ممانعت از ادامه اشتغال زوجه را حق به معنای توانستن و جواز قانونی بدانیم آیا شوهر می تواند ضمن عقد نکاح این حق را از خود سلب کند. از طرف دیگر اگر حق مندرج در ماده ۱۱۱۷ ق.م به عنوان حق فردی تلقی کرده و آن را از جمله حقوق اساسی زن بدانیم آیا زن می تواند حین العقد شرط سقوط این حق را بنماید؟ پاسخ به سوال اول منفی است. چرا که در تبیین ماهیت حق مورد بحث معین شد که این توانایی حکم است که در حقوق امروزه می‌توان واژه قواعد آمره را برای آن پذیرفت. گفته شد که هدف از وضع ماده ۱۱۱۷ ق.م حمایت از حفظ کیان و مصلحت خانواده بوده به همین جهت آنان که این حق را حق شوهر دانسته و بر همین اساس قابل اسقاط می دانند به خطا رفته اند. این توانایی چهره ای آمره داشته و قدرتی الزام آور دارد که اراده زوج یا زوجین نمی تواند برخلاف آن تراضی نماید. در مقام پاسخ به سوال دوم بایستی گریزی به مادتهای ۹۵۹ و ۹۶۰ ق م زد. اگر حق ملحوظ در ماده ۱۱۱۷ ق.م و ۱۸ ق.ج.خ را به عنوان یک حق فردی قلمداد کرده و از این حیث مورد بررسی قرار دهیم از آن روی که داخل در حقوق فردی است حق بهره‌مندی کامل آن توسط هر فرد جامعه وجود دارد و بر مبنای ماده ۹۵۹ ق.م نمی توان آن را به صورت کامل اسقاط کرد. فرض سوال این است اگر زنی حین العقد به عنوان شرط ضمن نکاح، حق اشتغال به هر نوع حرفه را به صورت کامل از خود سلب نماید یا حق اشتغال به شغل معینی را مادام العمر ساقط نماید بدون توجه به مجاز بودن آن فعالیت و موافق مصالح خانواده بودن آیا این شرط صحیح است؟ چه تاثیری بر عقد دارد؟ به نظر ما زوجه مثل هر شخصی می تواند از حقوق مدنی متمتع باشد، در تبیین مبانی عرضه داشتیم که تنها حق بهره‌مندی از فعالیت‌هایی را می توان سلب نمود که انجام آن فعالیت‌ها، ایفای تعهداتی را که زوجه به واسطه عقد نکاح برعهده گرفته غیرممکن نموده یا به گونه ای محدود سازد که این محدودیت در راه اضرار به حقوق زوج، منافی با مصالح خانواده و حیثیات زوجین باشد. فرض مطروحه در سوال به گونه ای است که زنی فارغ از مجاز بودن یا نبودن فعالیت، آن را مادام العمر از خود سلب می نماید و یا حین العقد شرط می کند که در آینده به هیچ فعالیت شغلی نپردازد؟ به نظر می رسد بر اساس مادتهای ۹۵۹ و ۹۶۰ ق.م پاسخ به سوال دوم هم منفی باشد. نیز چنین شرطی از آن جهت که شرط نامشروعی است باطل است (حکم ماده ۲۳۲ ق.م) ولی بر صحت عقد نکاح خللی وارد نمی کند. هر شرطی که با قانون مغایر باشد نامشروع بوده و باطل است (الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً) و در حال حاضر قانون و شرع هر دو مفهوم واحدی دارند اما با توجه به استقلال شرط نسبت به عقد اصولاً فساد شرط به عقد نفوذ نمی کند.^{۵۲}

اشتغال زوجین در خانواده

در خصوص اشتغال زوجه در بستر خانواده دو ماده ق.م و ق.ج.خ مصوب ۵۳ لازم الاجرا می باشد. با عنایت به قسمت اخیر ماده ۱۸ ق.ج.خ مصوب ۵۳ که در خصوص اشتغال زوج نیز حکمی مقرر داشته به همین علت نام این بخش را اشتغال زوجین نهادیم. حال پس از ذکر دو ماده لازم الاجرا به تبیین مفاهیم و بررسی آثار هر کدام می‌پردازیم:

ماده ۱۱۱۷ ق.م :

شوهر می تواند زن خود را از حرفه ای یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند.

ماده ۱۸ ق.ج.خ مصوب ۱۳۵۳ :

شوهر میتواند با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند. زن نیز می‌تواند از دادگاه چنین تقاضایی بنماید. دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می نماید.

اکنون که با پشت سر گذاردن مباحث مقدماتی و مبنایی به صورت کامل با مفاهیم مرتبط آشنایی پیدا کردیم از عبارات و الفاظ قانون گذار به گونه ای بهره خواهیم جست که معنای مقصود ما همان باشد که قانونگذار اراده کرده است. بنا بر آنچه گذشت معلوم می‌گردد، حقی که

^{۴۹} - اصل بیست و هشتم ق.ا^{۵۰} - اصل بیست و هشتم ق.ا^{۵۱} - هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی، جلد ۱، انتشارات میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۴، تهران، ص ۲۱۴^{۵۲} - شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ ششم، سال ۱۳۹۷، تهران، ص ۱۸

ملحوظ در ماده ۱۱۱۷ ق.م است گرچه گویی تنها از یک توانایی که همانا توانایی زوج است چهره برمی دارد اما به زودی خواهیم دید که در همین ماده سخن دو حق و توانایی است نه یک توانایی و حق.

حق زوج: منظور از حق درین ماده، اولاً حق به معنای توانستن یا مجاز بودن است (ر-ک ص ۶ ش ۱-۱)، به دیگر سخن شوهر می‌تواند یا مجاز است همسر خود را از پرداختن به حرفه و صنعتی که مغایر مصالح خانواده و حیثیت زوج و زوجه باشد منع نماید. البته امکان این ممانعت همواره پیرو شرایطی است که به زودی به صورت مفصل بیان خواهد شد.

آیا حق زوج در ماده ۱۱۱۷ ق.م از جمله آثار ریاست مرد بر خانواده است؟

می‌دانیم که برابر ماده ۱۱۰۵ ق.م ریاست خانواده از خصایص شوهر است.

برخی از نویسندگان حقوق مدنی ایران باین باورند که شوهر از آنجایی که ریاست خانواده را برعهده دارد در راه مصلحت خانواده با پاره‌ای شرایط مقرر در قانون می‌تواند از حرفه و فعالیت زن تحت شرایطی جلوگیری به عمل آورد. به عبارت دیگر این حق را برای زوج ناشی از ریاست وی بر خانواده می‌دانند.^{۵۳} تقنین ماده ۱۱۰۵ ق.م در نظام حقوقی ایران آثاری با خود به همراه داشته که از آن آثار اختیاراتی برای زوج در راه مدیریت امور خانواده ایجاد گردیده است. از قبیل: انتخاب مسکن از سوی زوج و الزام زوجه به تمکین (حکم ماده ۱۱۱۴ ق.م) برخی دیگر از نویسندگان حقوق مدنی به این موضوع در ذیل عنوان «نتایج اداره خانواده به وسیله شوهر» پرداخته اند و این چنین به نظر می‌رسد که ایشان نیز این حق را ناشی از ریاست زوج بر خانواده می‌دانند.^{۵۴} به نظر ما این که زوج می‌تواند زوجه را تحت شرایطی از پرداختن به شغل و حرفه‌ای در تحت شرایط مقرر منع نماید، نباید ایجاد توهم شود که این حق از آثار ریاست زوج بر خانواده است چرا که:

اولاً، همان طور که در ابتدای بحث در بررسی و تبیین برخی مفاهیم عرضه داشتیم معلوم گردید که ماهیت حق مورد بحث از طرفی به معنای توانایی و جواز قانونی است و از سوی دیگر حکم است نه حق چرا که هدف و غایت از وضع آن ارفاق به حال زوج نبوده بلکه نظر قانونگذار بر حفظ مصالح خانواده بوده است و در ادامه خواهیم دید که این حکم از جمله قواعد آمره در حقوق امروزی است چرا که امکان شرط خلاف آن ضمن عقد نکاح برای طرفین وجود ندارد.

ثانیاً، اکثر آثاری که نشأت گرفته از ریاست مرد بر خانواده است از سوی زوج قابل اسقاط و انتقال است، برای نمونه برابر ماده ۱۱۱۴ ق.م حق انتخاب منزل مشترک با زوج است اما زوج می‌تواند این حق را به زوجه تفویض نماید (منطوق ماده ۱۱۱۹ ق.م) و یا اینکه گرچه پرداخت نفقه از سوی زوج به زوجه از جمله حقوقی است که برای زوجه به واسطه ریاست مرد بر خانواده ایجاد می‌شود اما این حق تحت شرایطی از بین می‌رود، مقصود آن است که نفقه زوجه در صورت عدم تمکین تحت شرایط مقرر قانونی از بین خواهد رفت. اما در ادامه خواهیم دید که حق زوج در ممانعت از اشتغال زوجه با هیچ اراده‌ای جز اراده قانونگذار قابل اسقاط نخواهد بود و همین امر نشان دهنده چهره خاص این حق و قدرت الزام آوری است که حکم بودن این توانایی را گوش زد می‌نماید.

ثالثاً، قسمت اخیر ماده ۱۸ ق.خ مقرر نموده: ... زن نیز می‌تواند از دادگاه چنین تقاضایی بنماید (منظور تقاضای ممانعت از ادامه اشتغال زوج به حرفه و کار معین است)

خانواده یک سازمان حقوقی است که روابط زوج و زوجه در آن به صورت آمره بیان گشته و مقرر گردیده که همین آمره بودن سبب شده زوجین نتوانند به صرف توافق نظمی را که قانونگذار برای اداره این سازمان ضروری دیده بر هم بزنند. با تلفیق احکام مندرج در مادتين ۱۱۱۷ ق.م و ۱۸ ق.خ به خوبی مشخص می‌گردد که قانونگذار در حکم منع اشتغال زوجه تنها نظر به مصالحی دارد که رعایت آن به استحکام و دوام خانواده کمک می‌نماید به همین دلیل در قسمت اخیر ماده ۱۸ ق.خ این امکان برای زوج نیز فراهم گردیده که تحت شرایط مقرر قانونی و زوج را در ادامه یا پرداختن به فعالیتی که مخالف مصالح خانواده باشد منع نماید. آنچه ازین موضوع برمی آید آن است که توانایی زوج در ممانعت به عمل آوردن از اشتغال زوجه نمی‌تواند از جمله آثار ریاست مرد بر خانواده باشد.

حدود توانایی مرد در اعمال حکم مندرج در ماده ۱۱۱۷ ق.م تا کجاست؟

با نظر به مادتين ۱۱۱۷ ق.م و ۱۸ ق.خ مصوب ۱۳۵۳ مشخص می‌گردد توانایی مرد در ممانعت از پرداختن زوج به حرفه و شغل و فعالیت معین محدود به مواردی است که یکی از سه شرط مهیا باشد:

- ۱- حرفه زوجه منافای مصالح خانواده باشد.
- ۲- حرفه زوجه منافای حیثیات مرد باشد.
- ۳- حرفه زوجه منافای حیثیات زن باشد.

^{۵۳} - صفایی، سید حسن و دیگران، **مختصر حقوق خانواده**، انتشارات میزان، ۱۳۹۴، ص ۱۳۶

^{۵۴} - کاتوزیان، ناصر، **حقوق خانواده**، همان، ص ۱۴۵

مصلحت خانواده

گفته شد که عقد نکاح چهره ویژه ای از عقود است (ر-ک ۱-۲) که آثار آن تنها محدود به اطراف قرارداد نبود بلکه شعاع شمول گسترده ای دارد، بلافاصله پس از انعقاد نکاح فارغ از زوجین، جامعه نیز به جهات گوناگونی از این عقد دارای حقوق و تکالیفی می‌گردد. قوای حاکم با تدوین و تصویب قوانین و آئین نامه های مختلف در شکل گیری و تداوم نهاد ایجاد شده از نکاح که همانا خانواده می باشد مساعدت می نماید. از آن سو از استحکام خانواده منافع غیر قابل تردیدی عاید جامعه شده و از فروپاشی آن خطرات و لطمات جبران ناپذیری فضای جامعه را تهدید می نماید. از طرف دیگر فرزندان که ممکن است از این ازدواج متولد شوند در آن نهاد رشد پیدا کنند، همسو با تکالیف خود دارای حقوقی هستند که بایستی با مطالبه یا بدون آن از سوی والدین اجابت گردد.

تمام بحث این است که صرف ایجاد و قبول موجب نکاح نبوده بلکه از پس آن نهادی با اهمیت فراوان به نام خانواده ایجاد می نماید که همین نهاد بستر ایفای تعهدات و اجرای تکالیف و نیز مطالبه حقوق افراد ذینفع از آن است. غالب احکام وضع شده از سوی قانونگذار در باب روابط زوجین اعم از ق.م و ق.ح.خ بیش از آنکه روابط مالی ایجاد شده از عقد نکاح را مورد بررسی قرار دهد نظر به وضع قواعدی داشته که در جهت حفظ کیان خانواده لازم به نظر می آمده. از جمله همین احکام است: تکلیف زوجین به حسن معاشرت (موضوع ماده ۱۱۰۳ ق.م - معاضدت در تشدید مبانی خانواده (موضوع ماده ۱۱۰۴ ق.م) ریاست مرد بر خانواده (حکم ماده ۱۱۰۵ ق.م) - امکان منع اشتغال زوجه و همچنین زوج تحت شرایط خاص (مستنبط از مواد ۱۱۱۷ ق.م و ۱۸ ق.ح.خ مصوب ۱۳۵۳) و ... از تفکر و تتبع در قواعد مربوط به حقوق خانواده به خوبی فهمیده می شود که قانونگذار از پی وضع قوانین اولاً وبالذات به دنبال حفظ مصالح خانواده است. آنچه از حکم ماده ۱۱۰۵ ق.م استنباط می شود این است که ریاست مرد بر خانواده به انجام دادن وظایف اجتماعی شبیه تر است تا به اجرای حق شخصی. هدف قانون گذار برتری دادن مرد بر زن و ارضای خواسته های او نیست. مرد رئیس خانواده است چرا که بهتر است می تواند مسئولیت اداره خانواده را برعهده بگیرد و زن معاون و همکاران اوست نه فرمانبر مطلق^{۵۵} گان^{۵۶} خانواده نیز مانند هر اجتماعی دیگر نیاز به فرمانده دلسوز و مقتدر دارد. این رهبری به عهده مرد واگذار شده و او باید به منظور حفظ مصالح خانواده، اختیار خویش را اعمال نماید. از این تفسیر دو نتیجه حاصل می شود:

- ۱- چون هدف از ریاست مرد حفظ سلامت و استحکام خانواده است، اگر مرد اختیار خود را به منظور دیگری به کار برد و ازین مصلحت غافل بماند از موقعیت خود سوء استفاده کرده است و بایستی منع شود بنابراین در هر مورد شوهر بر خلاف مصالح خانواده و به قصد انتقام جویی و لج بازی اقدامی می کند زن می تواند با رجوع به دادگاه مانع کار او گردد.
 - ۲- ریاست خانواده حق مرد نیست تا بتواند به اختیار از آن بگذرد. خانواده سازمان حقوقی است که در آن روابط زن و شوهر به طور امری معین شده که جز در مواردی که قانون اجازه داده نمی توان به آنها تجاوز کرد.
- نکته حائز اهمیت اینکه رویه قضایی هم به همین سمت و سو گرایش نشان می دهد.^{۵۷}

مصلحت:

عبارت است از آنچه که باعث خیر و صلاح و نفع باشد^{۵۸} بنابراین هر امری که مانع خیر و صلاح و منفعت خانواده باشد فعل منافی مصلحت خوانده می شود. اموری با مصالح خانوادگی منافی که سبب سستی بنیان آن یا اخلال در نگه داری یا تربیت فرزندان یا حیثیت اجتماعی زن و شوهر یا بر هم زدن نظم اقتصادی خانواده باشد برای تشخیص این گونه امور قاعده ی ثابتی نمی توان به دست داد زیرا اخلاق عمومی و وضع خانواده در این دآوری مناسب است پس دادگاه بایستی با توجه به اخلاق حسنه و عادات و رسوم جامعه ی خود و ویژگی های فردی و اجتماعی زن و شوهر تشخیص دهد که آیا شغل زبور با مصالح خانواده و حیثیت آنان مخالف هست یا نه. به عنوان مثال زنی که به عنوان معلم پاره ای از ساعات شبانه روز را در خارج از منزل سپری می نماید یا پزشکی که به دلیل وضع خاص شغلی ممکن است شیفت های شبانه داشته باشد حتی اگر فعالیت های زن در این شاغل مانع از استمتاع زوج شود. مرحوم پروفیسور کاتوزیان به عنوان مثال می فرمایند مصالح خانوادگی هنر پیشی که به خانه و فرزند پایبند نیست و همه وجودش را با هنر خود بسته و با زنی از همان طبقه ازدواج کرده با مصالح خانواده ای که مردی روحانی یا دانشمند برای خود فراهم نموده و مهم ترین هدف زندگی اش حفظ سلامتی آن و تربیت فرزندان صالح است تفاوت دارد. باید توجه کرد همه ی شاغل خارج از منزل کم و بیش زن را پاره ای از وظایف مادری و همسری باز می دارد. هدف از

^{۵۵} - کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، همان، ص ۱۴۴

^{۵۶} - نظریه شماره ۷/۹۲/۸۴۵ مورخ ۱۳۹۲/۵/۷

نظریه شماره ۷/۹۸۳ مورخ ۱۳۹۱/۵/۲۱

نظریه شماره ۷/۲۹۹۷ مورخ ۱۳۶۱/۸/۲

^{۵۷} - عمید، حسن، همان، ص ۱۰۹۵

ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی نیز این بود که گرفتاری های شغلی زن مانع از اداره خانه و تربیت فرزندان نشود و شوهر به عنوان رئیس خانواده و مسئول حفظ مصالح این کانون بتواند زن را از پاره ای فعالیت ها که خلاف مصلحت می بیند بازدارد همه می دانیم پاره ای از محدودیت ها در عرف قابل تحمل و اغماض است (مانند همان مثال معلم و پزشک) بنابراین دادرسی بایستی در تعیین مصالح خانوادگی و و لوازم آن اخلاق عمومی و رسوم را در نظر بگیرد و نمی توان ضابطه کار او را به دقت معین کرد.^{۵۸} صحبت را ساده می کنیم که سبب اطاله کلام نشود زوجه به واسطه عقد نکاح متعهد بر ایفای وظایفی می گردد که سرباز زدن از انجام برخی با ضمانت اجرا همراه است از دید ما تکالیفی که نهاد خانواده بر عهده زن قرار می دهد در دو دسته قابل تقسیم بندی است.

تکالیف همسرانه زوجه:

هر الزامی که قانون گذار بر واسطه عقد نکاح برعهده زوجه می گذارد یا هر التزامی که از طریق توافقات حین العقد بر ذمه ی زوجه قرار می گیرد بایستی به نحوی ایفا گردد که اولاً برای میل به اهداف قانون گذار وافی به مقصود باشد و هم حقوق و مطالبات زوج را برآورده نماید به عنوان مثال: تکلیف بر حسن معاشرت (ممانعت نکردن از بهره مندی جنسی) تمکین معاشرت در تشیید مبانی خانواده (ماده ۱۱۰۴) وفاداری (ماده ۱۱۰۴) سکونت مشترک (ماده ۱۱۱۴).

تکالیف مادرانه زوجه:

برخی تعهدات در عقود و قراردادهای به صرف توافق اراده ها ایجاد می شود مثل الزام زوج به پرداخت مهریه به صرف وقوع عقد نکاح (موضوع ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی) اما برخی تعهدات زاییده ی استمرار روابط حقوقی است به بیان روشن تر زوجه با شرکت در عقد نکاح و تشکیل خانواده صرف نظر از تعهداتی که بلافاصله برای او ایجاد می شود به صورت ضمنی می پذیرد اگر در نتیجه ادامه زندگی مشترک فرزندی از آن رابطه متولد شد بر تمامی تعهدات مادرانه خود پایبند باشد هیچ عرفی هیچ سنتی هیچ آیینی نفی کننده ی نقش تاثیر حائز اهمیت مادر در تربیت فرزندان نیست همچنین هیچ رابطه ای برای فرزندان جایگزین نیاز آنها به مهر مادری نیست تربیت فرزندان به نحوه صحیح مستلزم توجهاتی است که اجرای دقیق آن به غیر از تأثیر مثبت بر تربیت فرزندان سبب انتفاع جامعه خواهد شد.

نشوز:

آن عبارت است از عدم انجام وظایف ناشی از زناشویی از طرف زن یا شوهر هرگاه زن یکی از تکالیف مشترک اختصاصی خود را انجام ندهد مانند آن که به نظافت خود نپردازد، بدخلقی کند، ناسزا بگوید، مانع از نزدیکی جنسی شوهر شود یا بدون اجازه شوهر از خانه خارج گردد ناشزه می شود (ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی). نقطه حائز اهمیت اینکه امتناع زوجه از ادای تکالیف زناشویی در صورتی موجب محرومیت از نفقه می شود که امتناع او به علت مانع مشروع نباشد بنابراین اگر زن به شغلی اشتغال دارد که موافق با مصلحت خانواده است اگرچه محدودیت هایی هم برای زوج ایجاد نماید ولی آن محدودیت ها در دید عرف قابل اغماض باشد نمی توان به واسطه پرداختن به آن فعالیت ها زوجه را ناشزه کرد یا نفقه وی را پرداخت نکرده یا مانع ادامه اشتغال او شد. به عنوان کلام پایانی در این بحث دادرسی بایستی در تعیین مصالح خانواده یعنی آنچه که سبب ورود به نفع بر خانواده می شود یا اسباب خیری را برای خانواده فراهم می کند اخلاق عمومی و رسوم را در نظر بگیرد و نمی توان ضابطه کار را به دقت معین کرد.

حیثیت

حیثیات جمع حیثیت و در لغت به معنای اعتبار و آبرو به کار رفته است.^{۵۹} اموری که منافای با حیثیات شوهر و زن می باشد اموری است که از نظر عادات و رسوم اجتماع از شخصی مانند زن و شوهر انتظار انجام آن نمی رود. بنگه نظر می رسد این تفسیر و ضابطه دقیقی به دست نمی دهد چراکه شرایط اجتماعی و موقعیت و وضعیت اشخاص در جامعه نسبت به یکدیگر متفاوت است و نمی شود همه را در یک قاعده و بر اساس معیاری واحد سنجید. برای مثال زمانی که یک هنرپیشه با هنرپیشه دیگر ازدواج می کند اشتغال به این حرفه در خانواده ای که از این نکاح ایجاد شده نمی تواند مخالف حیثیات هر یک از زوجین باشد. اما اگر زنی با شخصی از جمله طلاب حوزه های دینی بوده ازدواج کرده و سپس بخواهد در قالب نوازندگی به حرفه ای مشغول شود که مورد تایید حرف جامعه برای همچون خانواده ای نباشد این فعالیت می تواند برای این خانواده مصداقی از اشتغال به امور منافای حیثیت باشد. باید به عنوان ماحصل این بخش عنوان نمود که ضابطه درین مورد یک ضابطه نوعی، عرفی است یا به عبارت دیگر ضابطه مختلط. ذکر یک نکته خالی از فایده نخواهد بود که برخی از مشاغل با ذات وجودی شخص یا با شان آنان در جامعه خود متعارض است. به عنوان مثال در عرف کنونی کشور ما به زن نمی تواند به عنوان راننده ترانزیت فعالیت کند چرا که این شغل فارغ از حیثیت با شئونات زوجه در تعارض است. همچنین اضافه می شود که دایره شمول بحث حاضر منصرف

^{۵۸} - کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، همان، ص ۱۵۰

^{۵۹} - عمید، حسن، همان، ص ۵۳۴

^{۶۰} - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و سوم، ۱۳۹۳، تهران، ص ۵۸۹

از موردی است که حرفه مرد یا زن از جمله فعالیت های غیر مجازی باشد که اصولاً انجام آنها با معاذیر قانونی مواجه است از جمله: قاچاق کالا، خرید و فروش مواد مخدر، توزیع مشروبات و ...

بار اثبات

گفته شد که بر اساس اصول مطرح قانون اساسی و پذیرش اصل حاکمیت اراده در حقوق مدنی بایستی اصل را بر بهره مندی آحاد ملت اعم از زن و مرد از جملگی حقوق مدنی قرارداد. همچنین بیان گردید آنچه محدودکننده اصول خواهد بود استثنائات است. ویژگی که در مورد استثنائات باید مورد توجه قرار گیرد این است که استثنا فقط در (موضوع نص) تفسیر گردد. نباید دامنه شمول آن را گسترش داد. بلکه بایستی به قدر متیقن الفاض و عبارات به کار رفته از سوی قانون گذار اکتفا کرد. علی ایحال دیدیم احکام مندرج در مادتين (۱۱۱۷ ق.م) و ۱۸ ق.ج.خ ۱۳۵۳ استثنائاتی را مطرح می نماید که حق اشتغال زوجه و در مواردی زوج را سلب می نماید. البته منظور این نیست که زوج یا زوجه ای که از پرداختن به حرفه منع شده دیگر حق اشتغال در حرفه دیگری را ندارد بلکه مقصود این است آن زوج یا زوجه در آن حرفه معین و تحت همان شرایط مکان ادامه فعالیت را نخواهد داشت. چه بسا در حرفه و در زمینه و تحت شرایطی دیگر امکان از نظر قانونی برای آنها فراهم باشد. در مباحث اصولی گفته شد اصل چیزی ست که بدون ملاحظه کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید در جهت شناخته شده باشد. اگر مقام شک بین اینکه شغل و فعالیتی مخالف مبانی خانواده و حیثیات زوج یا زوجه است یا خیر، بایستی اصل را بر عدم نهاد و حکم را به این نحو صادر نمود که اصل بر صحیح بودن فعالیت اشخاص است مگر آنکه به نحوی از انحاء خلاف آن اثبات گردد (مدلول ماده ۲۲۳ قانون مدنی). بنابراین دادرس در مقام رسیدگی و حل تنازع همواره بایستی اصل را بر موافقت آن فعالیت ها با مبانی خانواده دانست. بقاء شئ در اصل خویش نیازمند علت نیست بلکه خروجی شئ از اصل به علت نیاز دارد.^{۶۲} حال که اصل را بر صحت فعالیت های زوجه و زوج قرار دادیم کسی که مدعی خروج طرف مقابل از دامنه اصل است بایستی به سببی از اسباب ادعای خود را ثابت نماید. اعم از اینکه زوجه باشد یا زوج.

لزوم صدور حکم دادگاه

قبل از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ اختلاف نظر بود در این که آیا مرد می تواند بدون حکم قبلی دادگاه زن خود را از اشتغال به شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن می داند منع کند معمولاً برای مرد چنین اختیاری قائل بودند. البته به زن این اجازه داده می شد که در صورت عدم موافقت با نظر شوهر به دادگاه رجوع و ثابت کند که شغل او منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا شوهر او نیست. لیکن قانون حمایت خانواده در جهت حمایت از زن آزادی بیشتری برای وی قائل شد. و تنها با تأیید قبلی به دادگاه به شوهر اجازه داد که زن را از اشتغال به شغلی منع کند. ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۴۶ در این باره مقرر می داشت شوهر می تواند با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی و حیثیات خود یا زن باشد منع کند. ماده ۱۴۴ آیین نامه قانون حمایت خانواده در تأیید این نظر مقرر داشته بود کارفرما اعم از حقیقی یا حقوقی هنگامی می تواند به استناد ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده خدمت زن شوهردار که در استخدام اوست پایان دهد که قبلاً به درخواست شوهر دادگاه وارد رسیدگی شده و نظر موافق داده باشد. ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده که هنوز به قوت و اعتبار خود باقی ست، مشعر می دارد که منع ادامه فعالیت شغلی زوجه از سوی زوج نیاز به تأیید قبلی دادگاه دارد. بنابراین می توان گفت امروز هم کارفرما نمی تواند به صرف مخالفت شوهر با کار زن قبل از صدور حکم قبلی دادگاه به منع زن از اشتغال به کار و خدمت او خاتمه دهد.

آثار حکم دادگاه بر منع زن از اشتغال

در اثر صدور حکم تمامی تعهداتی که مربوط به شخص زن است و به مناسبت حرفه او به عهده گرفته ابطال می شود. برای مثال اگر زن پیمانی برای کار در موسسه یا کارخانه ای بسته باشد و دادگاه ادعای مرد را در باب منافی بودن با مصالح خانوادگی بپذیرد قرارداد به درخواست مرد ابطال می شود.^{۶۳} ولی خسارتی که از این بابت به اشخاص ثالث وارد شده باید به وسیله زن جبران شود. تصمیم مرد و تأیید دادگاه در حکم قوه قاهره نیست و زن را از پرداختن خسارت عدم جام تعهد معاف نمی کند (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م) زیرا مانعی که او را از ایفای تعهدات خود باز داشته است علت خارجی نیست. به خواسته او و ناشی از وضعی است که در اثر عقد نکاح پیدا کرده است.

به نظر ما برای رهایی زن از توجه خسارت وارده و متوجه نمودن این خسارت به کارفرما می توان به دلایل ذیل استناد نمود.

۱- مفهوم مخالف ماده ۱ ق.م.م: بر این اساس هر گاه با مجوز قانون گذار موجبات ورود خسارت و زیان به شخصی فراهم آید نمی توان کسی را که به واسطه حکم قانون مسلوب الاداره شده مسئول جبران خسارت هایی دانست که نه قصد ایراد آن را داشته، نه خسارت مستقیماً از فعل وی بوده است. (مفهوم مخالف ماده ۱ ق.م.م).

۶۱- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پنجاه و پنجم، سال ۱۳۹۴، تهران

۶۲- سرخوش، جواد، تقریرات درس قواعد فقه، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد واحد تهران شمال، سال ۱۳۹۶

۶۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، همان، ص ۱۵۰

۲- جمع نبودن ارکان مسئولیت مدنی: برای تحقق مسئولیت در همه حال وجود سه عنصر ضرورت دارد: ۱- وجود ضرر ۲- ارتکاب فعل زیانبار ۳- رابطه سببیت بین فعل و ضرر برای شناخت مسئولیت بایستی مجموع این سه عنوان را در نظر آورد.^{۶۴} به نظر می‌رسد در این حال بین فعل زیانبار (عدم امکان ادامه اشتغال زن) و ضرر ایجاد شده، عنصر سوم به چشم نمی‌خورد چرا که درین حالت اراده قانونگذار جایگزین اراده زن شده و همین امر رابطه این حلقه مسئولیت را از بین می‌برد.

۳- قاعده فقهی اقدام: بنابر این قاعده هر کس به ضرر خود نسبت به مال خود اقدام می‌کند در مورد اقدام وی کسی به نفع او مسئولیتی ندارد. شاید بتوان از مفاد این قاعده به نحوی به سود زن بهره جست که هرگاه کارفرما ضمن قرارداد کار با دوشیزه‌ای که عرفاً امکان ازدواج آن وجود دارد، قرارداد کاری منعقد نماید ولی این فرض را پیش بینی نکرده و به عنوان شرط ضمن عقد آن را قید ننماید که در صورت ازدواج و عدم امکان ادامه حرفه به واسطه حکم دادگاه، زن مسئول تمامی خسارت‌های احتمالی ایجاد شده خواهد بود. به نظر می‌رسد عدم وجود چنین شرطی از سوی کارفرما در صورتی که عرف وقوع این امر محتمل می‌داند می‌تواند مجرای قاعده فقهی اقدام در خصوص ضامن ندانستن زن در این بخش باشد. در مورد قراردادهایی که زن درباره اموال خود بسته است، حتی اگر پس از مخالفت شوهر امضا کرده باشد باطل نیست. زیرا به موجب ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی زن استقلال مالی دارد و با درخواست مرد هر چند که زنی بر خلاف میل شوهر خود به تجارت بپردازد و با تایید دادگاه از آن شود قراردادهایی که می‌بندد نافذ است. چنین زنی باید چنین زنی شاید در رابطه با شوهر خود ناشر باشد ولی در برابر اشخاص ثالث ملزم به وفای عهد می‌شود و حتی اگر نتواند دیون تجاری خود را بپردازد صدور حکم به ورشکستگی مانعی ندارد. اینکه زن در این حالت تاجر خوانده شده و مشمول مقررات قانون تجارت از قبیل صدور حکم ورشکستگی می‌گردد به این خاطر است که برابر مقررات تجاری ایران تنها ملاک برای تاجر بودن شخص حقیقی شغل معمولی است. در واقع برای اینکه شخصی تاجر شناخته شود وجود دو شرط لازم است: - معاملات تجاری را شغل معمولی خود قرار داده باشد - اعمال تجاری را به اصالت انجام دهد نه به نیابت از سوی دیگری. نکته قابل توجه این است که محدودیت‌های شخصی که برای اشخاص در امور تجاری پیش بینی شده مانع از تاجر قلمداد کردن آنان نیست بلکه اینگونه افرادی اگر شغل معمولی خود را عملیات تجاری قرار داده باشند تنها ممکن است با مجازات‌هایی مقرر در قوانین خاص روبرو شوند اما به هیچ عنوان صفت تاجر از آنان سلب نمی‌گردد.^{۶۵}

^{۶۴} - کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، سال ۱۳۹۵، تهران، ص ۲۳۹

^{۶۵} - فرحنا کیان، فرشید، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میزان، سال ۱۳۹۵، تهران، توضیحات ذیل ماده ۱

نتیجه گیری

در بررسی ماهیت حقوقی حق اشتغال زوجین و تتبع در مواد قانونی مرتبط و اصول و قواعد فقهی و حقوقی نتایج زیر حاصل گردید.

۱- حق یا توانایی مورد نظر قانون گذار در مادتين ۱۱۱۷ قانون مدنی و ۱۸ قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ از یک منظر حکم است چرا که برای تنظیم روابط زوجین و مصلحت خانواده و حفظ کیان آن پیش بینی گردیده. لذا اراده زوجین نمی تواند بر خلاف این توانایی تراضی نماید. از طرفی این توانایی حق به مفهوم توانستن و جواز قانونی ست به این معنا که مرد می تواند و یا زن می تواند از طرفی نیز چهره حق فردی دارد چرا که چرا که دیدیم زوجه نمی تواند شرط اسقاط این حق را به صورت کامل به نحوی که مخالف ماده ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی باشد بنماید.

۲- در بررسی ماهیت نکاح فهمیده شد که اولاً نکاح عقد است ثانیاً عقد رضایی ست و نه تشریفاتی ثالثاً — در مشارکات است نه معاوضات رابعاً گرچه جنبه عبادی آن در مراتب مختلف فقه مورد تاکید قرار گرفته اما جنبه حقوقی آن بر جنبه عبادی ش رجحان دارد.

۳- مفهوم اشتغال در بیان قانون گذار نمی تواند تنها در معنای پرداختن به حرفه و فعالیتی جهت کسب منفعت و امرار معاش باشد. به نظر ما اشتغال یعنی پرداختن به هر نوع حرفه و فعالیت و اشتغال به هر امری خواه انتفاعی و به قصد کسب درآمد باشد خواه غیر انتفاعی و برای برآورده شدن نیازهای روحی - جسمی و یا عاطفی باشد. نکته قابل بیان اینکه در صورتیکه فعالیت های حرفه ای توأم با درآمد زوجه مدنظر باشد بایستی مستند و رای دادگاه مادتين ۱۱۱۷ قانون مدنی و ۱۸ قانون حمایت خانواده باشد اما اگر سایر فعالیت های زوجین از قبیل پرداختن به اموری در خارج از منزل موضوع حکم دادگاه باشد مورد از موارد عدم تمکین زوجه بوده و نمی تواند موضوع ماده ۱۱۰۸ یا (۱۱۱۴ ق.م) قانون مدنی قرار گیرد.

۴- گستره ی حاکمیت اراده زوجین در اسقاط حق مورد بحث یا گسترش دامنه شمول توانایی مرد از آن حیث که توانایی مورد نظر در زمره احکام بوده و چهره ای الزام آور و آمره دارد نمی تواند دارای نفوذ حقوقی باشد. به بیان دیگر شرط سقوط حق اشتغال زوج حین عقد نکاح و یا پس از آن به موجب یک سند جداگانه مخالفت با منطوق مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی خواهد بود. از طرفی گسترش اختیارات زوج در اعمال این توانایی می تواند مصداق سوء استفاده از حق و از مصادیق اصل ۴۰ قانون اساسی باشد.

ارائه پیشنهادات

۱- با توجه به مباحثات فراوان که صورت پذیرفت و از نظر گذشت و تبیین ماهیت حقوقی نکاح و ماهیت حق زوج و زوجه در خصوص ممانعت از اشتغال همسر خویش با عنایت به لزوم اراده قانون گذار در قالب حکم دادگاه برای مجود اثر بودن این حق پیشنهاد می گردد ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی به نحو زیر اصلاح گردد.

دادگاه می تواند به درخواست هر کدام از زوجین و یا هر ذینفعی زوج یا زوجه را از حرفه یا صنعت یا فعالیتی که منافی مصالح خانواده یا حیثیات آن باشد منع نماید. در صورت منع اشتغال زوج از حرفه معین لازم است اثبات گردد که این ممنوعیت اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نمی کند.

بحث تحلیلی:

اول : در تعریف پیشنهادی حق تصمیم گیری به صورت کامل به دادگاه داده شد به دو دلیل

الف) در شرایط فعلی نیز بدون صدور حکم دادگاه اراده هیچ کدام از زوجین برای استفاده از این حق دارای نفوذ حقوقی نیست. در واقع این اصلاح گاهی در جهت تطبیق الفاظ قانون گذار با رویه قضایی ست.

ب) در صورتی که حق مورد بحث به دادگاه داده شود امکان تخطی از حکم قانون گذار به صورت سوء استفاده از حق و یا الزام به اسقاط این حق از سوی زوج یا ابزاری برای سلطه و اقتدار نامشروع وی بر زوجه فراهم نخواهد آمد.

دوم : به غیر از زوج و زوجین هر ذی نفعیکه به نحوی از استحکام و دوام خانواده منتفع می گردد از قبیل فرزندان در صورتیکه پرداختن به برخی از مشاغل از سوی والدین مانع ایفاء تعهدات آنها نسبت به فرزندان باشد و یا در حالتی که یکی از والدین به واسطه طلاق یا فوت طرف مقابل حضانت فرزندان را به عهده دارد این حق بایستی برای اقارب نسبی نزدیک از قبیل پدر بزرگ و مادر بزرگ فرزندان وجود داشته باشد که طرفی که حضانت والدین را بر عهده دارد به حرفه و فعالیتی مخالف مصالح خانواده مشغول نباشد.

۲- با توجه به تأثیر زنان در چرخه اقتصادی جامعه کنونی و کثرت قرارداد های کار بین زنان و کارفرمایان و وجود این توانایی برای زوج که مانع ادامه اشتغال آنها پس از ازدواج گردد در راستای حمایت از حقوق زنان و برپایه مبانی فقهی و حقوقی می توان در صورتیکه زن پیش از ازدواج با کارفرما قرارداد کاری منعقد کرده و در آن قرارداد کار شرط ضمان زن از خسارت های احتمالی به واسطه اعمال این حق از

سوی زوج و صدور حکم دادگاه مبنی بر عدم امکان ادامه اشتغال زن، این خسارت های احتمالی بر عهده کارفرما قرار گیرد. با این توجیه و استناد :

اول : مفهوم مخالف مفهوم مخالف ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی

دوم : عدم وجود یکی از ارکان سه گانه مسئولیت (رابطه سببیت در بین فعل زیانبار و ضرر ایجاد شده)

سوم : توسل به قاعده فقهی اقدام بر علیه کارفرما.

مراجع

الف) کتب مرجع:

- ۱- قرآن کریم
- ۲- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیر کبیر، چاپ چهل و یکم، ۱۳۹۴، تهران
- ب) فارسی:
 - ۱- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، کلیات تاجر و معاملات تجاری، انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۹۱، تهران
 - ۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات اسلامی، چاپ سی و ششم، ۱۳۹۴، تهران
 - ۳- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، انتشارات اسلامی، چاپ سی و ششم، ۱۳۹۴، تهران
 - ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، ج ۱، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۵، تهران
 - ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، الفارق، ج ۵، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۵، تهران
 - ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۲، تهران
 - ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و ششم، ۱۳۹۳، تهران
 - ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۳، تهران
 - ۹- دادرزی، سید مهدی، فقه استدلالی، انتشارات طه، چاپ بیست و هفتم، ۱۳۹۳، قم
 - ۱۰- سرخوش، جواد، معیار استنتاج فقهی حقوقی یا اصول فقه، انتشارات بهنامی، چاپ اول، ۱۳۹۵، تهران
 - ۱۱- سرخوش، جواد، تقریرات درس متون فقه، دوره کارشناسی ارشد، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ۱۳۹۶
 - ۱۲- سرخوش، جواد، تقریرات درس قواعد فقه، دوره کارشناسی ارشد، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ۱۳۹۶
 - ۱۳- شمس، عبد الله، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۱، انتشارات دراک، چاپ سی و ششم، ۱۳۹۵، تهران
 - ۱۴- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، چاپ سی و ششم، ۱۳۹۷، تهران
 - ۱۵- صادقی مقدم، محمد حسن و دیگران، ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیر معاوضی، مجله آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم انسانی رضوی

- ۱۶- صفایی، سید حسین و دیگران، مختصر حقوق خانواده، انتشارات میزان، ۱۳۹۴، تهران
- ۱۷- صفایی، سید حسین و دیگران، حقوق خانواده، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۹۶، تهران
- ۱۸- فرحناکیان، فرشید، فانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات میزان، ۱۳۹۵، تهران
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، حقوق خانواده، انتشارات میزان، چاپ نهم، ۱۳۹۶، تهران
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم، ۱۳۹۵، تهران
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار چاپ صدم، ۱۳۹۴، تهران
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، اموال مالکیت، انتشارات میزان، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۰، تهران
- ۲۳- محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ چهارم، ۱۳۹۵، تهران
- ۲۴- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ هفدهم، ۱۳۹۳، تهران
- ۲۵- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ پنجاه و پنجم، ۱۳۹۴، تهران
- ۲۶- حاشمی، سید محمد، حقوق اساسی، ج ۱، انتشارات میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۴، تهران

ب) منابع عربی:

- ۱- امینی، علیرضا و دیگران، تحریرالروضة فی شرح اللمعه، ج ۲، انشترات طه، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۵، قم
- ۲- شیخ انصاری، مکاسب

ت) منابع اینترنتی:

- ۱- محقق داماد، سید مصطفی، بیع از مکاسب، پایگاه اینترنتی حوزه علمیه (مجمع بیان)، مجموعه آثار سید مصطفی محقق داماد، پوشه صوتی بیع، جلسه اول

ث) قوانین:

- ۱- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۲- قانون مدنی
- ۳- قانون مسئولیت مدنی
- ۴- قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶
- ۵- قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳
- ۶- قانون تجارت
- ۷- نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه