

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتابخانه مرکزی دانشگاه امام صادق (ع)

شماره ثبت ۱۶۰  
شماره ۴



## دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

مرکز احکامات و حقوق اسلامی ایران  
تعمیرات

۱۳۸۰ / ۱۲ / ۲۰

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق (گرایش حقوق خصوصی)

### وکالت در نکاح و طلاق؛ بررسی تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه

ابوالفضل حضرتی

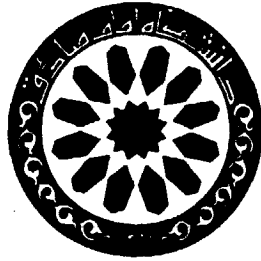
011852

استاد راهنما:

دکتر سید مصطفی محقق داماد

پاییز ۱۳۷۹

۳۵۲۶۰



**دانشگاه امام صادق (علیه السلام)**

دانشکده معارف اسلامی و حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق (گرایش حقوق خصوصی)

**وکالت در نکاح و طلاق؛ بررسی تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه**

ابوالفضل حضرتی

استاد راهنما:

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد مشاور:

دکتر حمیدبهرامی احمدی

پاییز ۱۳۷۹

کلیه حقوق اعم از چاپ و تکثیر، نسخه برداری،  
ترجمه، اقتباس و... از این پایان نامه کارشناسی ارشد  
برای دانشگاه امام صادق علیه السلام محفوظ است. نقل  
مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

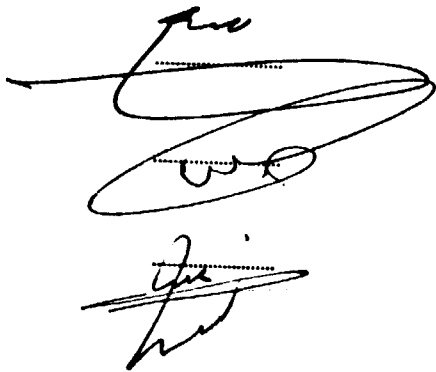
تأییدیه اعضای هیأت داوران حاضر در جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

اعضای هیأت داوران نسخه نهایی پایان نامه آقای ابوالفضل حضرتی لیواری کد: ۷۱۳-۴۶۵۴۸

تحت عنوان: «وکالت در نکاح و طلاق، بررسی تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه»

را از نظر شکل و محتوی بررسی نموده و پذیرش آنرا برای تکمیل درجه کارشناسی ارشد پیوسته پیشنهاد می کنند.

اعضای هیأت داوران      نام و نام خانوادگی      رتبه علمی      محل امضاء

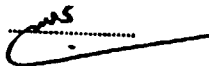


۱) استاد راهنما: دکتر سید مصطفی محقق داماد

۲) استاد مشاور: دکتر حمید بهرامی احمدی

۳) نماینده شورای تحصیلات تکمیلی دانشکده: آقای علی عباس حیاتی

۴) اساتید ناظر:



۱) دکتر نجاد علی الماسی

۲) .....

### **تقدیم به مادر دلسوز و مهربانم**

هم او که هستی خود را وقف آسایش و تحصیل من  
نموده و همواره مشوق من در راه کسب علم و دانش بوده  
و در همه حال دعای خیرش ره توشه زندگی بوده و هست.  
امید آنکه خورشید پرفروغ محبت وجودش همیشه  
برپهن دشت زندگی تابان باشد.

### **تشکر و سپاس**

از اساتید محترم و بزرگواری که تقدیر و سپاس از آنان در هیچ کلامی نمی گنجد . لذا بر خود لازم می دانم که از جناب استاد آقای دکتر محقق داماد که تدوین این اثر مرهون راهنماییهای ارزنده ایشان بوده است ، تشکر و قدر دانی نمایم . همچنین از اساتید محترم جناب آقای دکتر بهرامی و جناب آقای دکتر الماسی که به عنوان اساتید مشاور و داور قبول زحمت فرموده و از وجود پر فیضشان بهره مند شدم کمال تشکر و قدر دانی را دارم .

## هکیده

وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید. و نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی باهم متحد می‌شوند و میان آنها علقهٔ زوجیت به وجود می‌آید. از طرف دیگر، طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن، مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست رها می‌سازد.

اکنون با توجه به تعاریف فوق این سؤال مطرح است که آیا نکاح و طلاق قابل وکالت و نیابت هستند و می‌توان انجام آنها را به دیگری واگذار کرد. جهت یافتن پاسخ سؤال، ابتدا قاعده اولیه در امور را از جهت قابل وکالت بودن بررسی می‌کنیم تا با روشن شدن آن بتوان دلایل ممنوعیت یا جواز توکیل در نکاح و طلاق را تحلیل کرد.

در این تحقیق با توجه به دلایل مختلف، قاعدهٔ قابل وکالت بودن امور پذیرفته شده و شواهدی نیز از فقه و قانون مدنی بر پذیرش آن آورده شده است. با توجه به این قاعده و همچنین تصریح منابع فقهی و قانون مدنی، صحت توکیل در نکاح و طلاق به اثبات رسیده و احکام راجع به این وکالت از جهت شیوه‌های توکیل و شرایط و اقسام آن و آثار مترتب بر آن مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.

نکته مهم دیگر اینکه با تجزیه و تحلیل نظرات فقها و حقوقدانان به این نتیجه می‌رسیم که عقد وکالت از جمله عقود است که اشتراط آنها در ضمن عقود دیگر جایز شمرده شده است. در تحلیل انواع توکیل در نکاح و طلاق از توکیل مستقیم و غیر مستقیم سخن به میان آمده است. در توکیل مستقیم، موکل انجام و اجرای عقد نکاح یا طلاق را از طریق انعقاد یک عقد مستقل وکالت به دیگری نیابت می‌دهد و در توکیل غیرمستقیم یا توکیل به صورت شرط ضمن عقد، موکل، اعطای نیابت در انجام و اجرای عقد نکاح یا طلاق را با درج آن در ضمن عقد دیگری شرط می‌کند، و در وکالت در طلاق به این نکته توجه شده است که وقتی زوج وکیل زوج شود در طلاق خودش، چنین طلاق در صورت وقوع رجعی است لیکن زوج می‌تواند این اختیار را نیز به وکالت از زوج بگیرد که مبلغی را به او بذل کند و از طرف او قبول نماید و طلاق را به صورت بائن جاری سازد.

واژه‌های کلیدی این موضوع: وکالت، نکاح و طلاق است.



## نبذة

الوكالة عقد بموجبها ينيب احد المتعاقدين المتعاقدا الآخر لقيام بعمل المأذون فيه. و التّكاح عقدٌ بموجبها يتحد كل من الرجل و المرأة معاً لاء يجاد الحياة العائلية و ينعقد بينهما العلاقة الزوجية. و من جهة أخرى: الطّلاق ايقاعٌ بموجبها يخلّ الرجل من سبيل زوجته باذن المحكمة أو حكمها.

ولكنّ الآن حسب التعاريف المذكورة في الفوق، يبادر هذا السؤال في الذّهن أنّه هل يمكن التوكيل و النيابة في النكاح و الطلاق و يمكن تفويضها اءلى الآخر؟ لأجل هذا الامر، يجب علينا أن نتباحث في الابتداء عن الامور التي يمكن توكيلها على اساس قاعدة الأولى ليُتّضح لنا الدلائل المنع او الجواز للتوكيل في النكاح و الطلاق. في هذه الدراسة حسب الدلائل المختلفة يثبت لنا أنّ قاعدةً هو امكانية التوكيل في الأمور و يدلّ على قبولها قرائن من الفقه و القانون المدني.

على حسب هذه القاعدة و اضافةً عليها المنابع الفقهية و القانون المدني لقد أثبت صحّة التوكيل في النكاح و الطلاق. و اءنّ الأحكام المربوطه بالوكالة - من جهة طرق التوكيل و شرائطها و اقسامها و الامور المترتبة عليها - قد وضحناها و بيّناها في هذه الدراسة. ملاحظةً أخرى أنّ حسب التدقيق و التحليل و جهات نظر الفقهاء و علماء القانون نصّل الى هذه النتيجة أنّ عقد الوكالة عقدٌ يجوز اشتراطها في العقود الأخرى. التوكيل في النكاح و الطلاق ينقسم اءلى قسمين: ١ - التوكيل بالمباشرة ٢ - التوكيل بالواسطة (دون المباشرة)

في التوكيل بالمباشرة يعطى الموكل النيابة اءلى الوكيل عن طريق عقدٍ مستقل يسمّى بعقد الوكالة. و في التوكيل بالواسطة يُشترط الوكالة في العقود الأخرى جائزاً كان أو لازماً. و اءن كانت هذه الوكالة حول الطلاق و كانت الزوجة و كيلةً عن الزّوج في طلاق نفسها، فالطلاق اءذا رجعيٌّ ولكنّ الزّوجة تستطيع أن تسلب حقّ هذا الاختيار بالوكالة و هي أن تُعطى مالاً للزّوج و تكون و كيلة عنه في القبول و الطلاق حينئذٍ بائنٌ لارجوع اءليه. المصطلحات المفتاحية: الوكالة، النكاح، الطلاق.

مقدمه.....	۱
۱- فصل اول : مفاهیم و کلیات.....	۵
۱-۱- بخش اول : تعریف عقد وکالت و اوصاف و خصوصیات آن.....	۶
۱-۱-۱- تعریف وکالت.....	۶
۱-۱-۱-۱- تعریف لغوی وکالت.....	۶
۱-۱-۱-۲- تعریف شرعی وکالت.....	۷
۱-۱-۱-۳- تعریف قانونی وکالت.....	۱۱
۱-۱-۲- اوصاف و خصوصیات عقد وکالت.....	۱۴
۱-۱-۲-۱- عقد وکالت از عقود مسامحه است :.....	۱۴
۱-۱-۲-۱-۱- عقد وکالت عقدی جایز است :.....	۱۴
۱-۱-۲-۱-۲- عقد وکالت عقد اذنی است :.....	۱۵
۱-۱-۳- شرایط وکالت.....	۱۷
۱-۱-۳-۱- شرایط موکل.....	۱۷
۱-۱-۳-۱-۱- اهلیت.....	۱۷
۱-۱-۳-۱-۲- توانایی انجام عمل.....	۱۸
۱-۱-۳-۱-۳- سمت.....	۱۹
۱-۱-۳-۲- شرایط وکیل.....	۱۹
۱-۱-۳-۳- شرایط مورد وکالت.....	۲۰
۱-۱-۳-۳-۱- قابلیت نیابت :.....	۲۰
۱-۱-۳-۳-۲- تشریفاتى بودن عمل :.....	۲۱
تفاوت بین اجاره اشخاص و وکالت :.....	۲۱
۱-۱-۴- اقسام وکالت.....	۲۳

۳۰	۱-۱-۵- اقسام توکیل
۳۰	۱-۱-۵-۱- توکیل مستقیم
۳۰	۱-۱-۵-۲- توکیل غیر مستقیم
۳۱	الف) شرط وکالت ضمن عقد جایز
۳۲	ب) شرط وکالت ضمن عقد لازم
۳۴	۱-۲- بخش دوم: نکاح و طلاق و شرایط و اقسام آنها
۳۴	۱-۲-۱- تعریف نکاح و اقسام آن
۳۴	۱-۲-۱-۱- تعریف نکاح
۳۴	۱-۲-۱-۱-۱- تعریف لغوی و شرعی نکاح
۳۵	۱-۲-۱-۱-۲- تعریف حقوقی نکاح
۳۸	۱-۲-۱-۲- اقسام نکاح
۴۰	۱-۲-۲-۱- تعریف طلاق و خصوصیات و اقسام آن
۴۰	۱-۲-۲-۱-۱- تعریف طلاق
۴۰	۱-۲-۲-۱-۱-۱- تعریف لغوی و شرعی طلاق
۴۱	۱-۲-۲-۱-۱-۲- تعریف حقوقی و قانونی طلاق
۴۱	۱-۲-۲-۱-۲- خصوصیت‌های طلاق
۴۳	۱-۲-۲-۳- اقسام طلاق
۴۴	۱-۲-۲-۳-۱- طلاق بائن
۴۷	۱-۲-۲-۳-۱-۱- طلاق خُلَع
۴۷	۱-۲-۲-۳-۱-۲- طلاق مبارات
۴۸	۱-۲-۲-۳-۲- طلاق رجعی

- ۵۲ ..... ۱-۲-۳-۲-۲-۱ - نحوه رجوع
- ۵۲ ..... ۲-۲-۳-۲-۲-۱ - تعریف عده
- ۵۴ ..... ۴-۲-۲-۱ - طلاق در حقوق فرانسه
- ۵۷ ..... عده زن مطلقه در حقوق فرانسه
- ۵۷ ..... تفریق جسمانی
- ۵۹ ..... ۳-۱ - بخش سوم: قابل وکالت بودن نکاح و طلاق
- ۵۹ ..... ۱-۳-۱ - قابل وکالت بودن نکاح و طلاق در حقوق ایران
- ۵۹ ..... ۱-۱-۳-۱ - قاعده اولیه موضوع وکالت در فقه
- ۶۰ ..... ۱-۱-۱-۳-۱ - عدم وجود قاعده اولیه
- ۶۲ ..... ۲-۱-۱-۳-۱ - امور مالی اصولاً قابل نیابت و امور عبادی غیرقابل نیابت است
- ۶۴ ..... ۳-۱-۱-۳-۱ - قابل نیابت بودن امور
- ۶۴ ..... ۱-۳-۱-۱-۳-۱ - دلایل قابل نیابت بودن امور
- ۷۱ ..... ۲-۳-۱-۱-۳-۱ - ارزیابی دلایل
- ۷۶ ..... ۲-۱-۳-۱ - قاعده اولیه موضوع وکالت در قانون مدنی
- ۷۹ ..... ۲-۳-۱ - وکالت در نکاح و طلاق در حقوق فرانسه
- ۷۹ ..... ۱-۲-۳-۱ - تعریف وکالت
- ۸۴ ..... ۲-۲-۳-۱ - قابل وکالت نبودن نکاح و طلاق در حقوق فرانسه
- ۸۷ ..... ۲- فصل دوم: توکیل در نکاح و اقسام آن و وظایف و اختیارات وکیل
- ۸۸ ..... ۱-۲ - توکیل در نکاح
- ۹۲ ..... ۲-۲ - اقسام توکیل در نکاح
- ۹۲ ..... ۱-۲-۲ - توکیل مستقیم
- ۹۶ ..... ۲-۲-۲ - توکیل به صورت شرط ضمن عقد (توکیل غیرمستقیم)

- ۹۷..... الف) شروط باطل
- ۹۹..... ب) شروط صحيح
- ۱۰۴..... آیا می توان وکالت را به صورت شرط ضمن عقد آورد؟
- ۱۰۸..... ۲-۲-۱- توکیل در نکاح به صورت یک شرط ضمن عقد جایز
- ۱۰۹..... ۲-۲-۲- توکیل در نکاح به صورت یک شرط ضمن عقد لازم
- ۱۱۳..... ۲-۳- صور مختلف توکیل در نکاح
- ۱۱۶..... ۲-۴- وظایف و اختیارات وکیل
- ۱۲۰..... سکوت باکره:
- ۱۲۱..... ۲-۵- شرایط وکیل
- ۱۲۲..... ۳- فصل سوم: توکیل در طلاق و اقسام آن
- ۱۲۳..... ۳-۱- توکیل در طلاق
- ۱۲۳..... ۳-۱-۱- بررسی فقهی
- ۱۲۶..... ۳-۱-۲- بررسی حقوقی
- ۱۳۱..... ۳-۲- اقسام توکیل در طلاق
- ۱۳۱..... ۳-۲-۱- توکیل مستقیم
- ۱۳۴..... ۳-۲-۲- توکیل به صورت شرط ضمن عقد
- ۱۳۴..... ۳-۲-۲-۱- توکیل به صورت شرط ضمن عقد جایز
- ۱۳۵..... ۳-۲-۲-۲- توکیل به صورت شرط ضمن عقد لازم
- ۱۴۰..... ۳-۲-۲-۱- اثبات تحقق شرط
- ۱۴۱..... ۳-۲-۲-۲- نوع طلاق و حکم رجوع
- ۱۴۵..... نتیجه گیری
- ۱۴۷..... منابع و مآخذ

## مقدمه

وکالت از مظاهر همکاری اجتماعی است زیرا افراد اموری را که توان علمی و بدنی انجام آن را ندارند و یا به دلایلی نمی‌خواهند خود به طور مستقیم درگیر آن شوند به وکلای خیره، آشنا و توانمند می‌سپارند و هر روز با گسترش علم و تکنولوژی و پیچیده‌تر شدن روابط اجتماعی و برقراری قوانین و مقررات مختلف بر اهمیت وکالت افزوده می‌شود.

با توجه به اهمیتی که این ابزار کارساز و مهم حقوقی در روابط اجتماعی دارد، ضمن بررسی نظرات فقها و حقوقدانان به این نتیجه می‌رسیم که امور، اصولاً قابل نیابت هستند مگر مواردی که قانونگذار مباشرت در انجام آنها را ضروری تشخیص داده و شرط نموده است.

موضوع تحقیق حاضر از جمله اموری است که قانونگذار صراحتاً قابل نیابت بودن آنها را بیان داشته و از این رو بحث اختلافی در این زمینه وجود ندارد.

با توجه به اهمیت موضوع، قانون مدنی فصل پنجم از کتاب هفتم خود را به وکالت در نکاح اختصاص داده و در موارد ۱۰۷۱ تا ۱۰۷۴ به بحث در این زمینه می‌پردازد. همچنین در ماده ۱۱۳۸، اجرای صیغه طلاق را به توسط وکیل جایز دانسته است.

علاوه بر این فقها نیز در کتابهای خود و در مباحث مربوط به نکاح و طلاق، وکالت در این امور را جایز دانسته و در مورد آن به بحث پرداخته‌اند. و بنابراین چه در میان فقها و چه در میان حقوقدانان هیچ‌گونه بحث اختلافی در مورد قابل وکالت بودن نکاح و طلاق وجود ندارد.

در این نوشته ابتدا مطالبی پیرامون کلیات تحقیق مشتمل بر سؤالات، فرضیه‌ها و اهداف

خواهد آمد. سپس طی سه فصل مباحث اصلی عرضه خواهد شد.

فصل اول اختصاص به مفاهیم کلی دارد که در آن سه کلید واژه وکالت، نکاح و طلاق مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد. در فصل دوم، وکالت در نکاح و آثار آن و مبانی فقهی و قانونی مربوط به آن و دیدگاه‌های مختلفی که در مورد آن وجود دارد، بیان می‌گردد و در فصل سوم از توکیل در طلاق و مسائل مربوط به آن بحث به میان خواهد آمد و در نهایت به نتیجه‌گیری از مجموعه مطالب خواهیم پرداخت.

## کلیات تحقیق

### ۱- تعریف مسئله و بیان سؤالهای اصلی تحقیق

امروزه به خاطر پیچیدگی و اهمیت مسائل و امور حقوقی در زندگی و روابط اجتماعی، افراد ترجیح می‌دهند کارهایی که در آنها شرط مباشرت نیست به وکلای خیره بسپارند. به همین جهت بحث از جوانب مختلف وکالت، اهمیت ویژه‌ای می‌یابد. از طرفی انجام عقد نکاح که مباشرت در آن شرط نبوده و قابل نیابت است ممکن است بنا به دلایلی از جمله غیبت یکی از طرفین عقد یعنی مرد یا زن یا هر دو آنها، نتواند بالمباشرة تحقق پذیرد. در این گونه موارد، قانونگذار اجرای صیغه عقد نکاح را نیابتاً از جانب مرد یا زن یا هر دو تجویز نموده است. همچنین است در مورد طلاق که زوج می‌تواند اجرای صیغه طلاق را به شخص ثالث و یا حتی به خود زوجه وکالت دهد.

حال پس از بیان مفاهیم و مصادیق فوق باید گفت که پیرامون چنین وکالت‌هایی سؤالات زیر

مطرح می‌شود: