

## امکان سنجی درخواست طلاق زوجه به علت ازدواج مجدد زوج با نگاهی نقادانه به رأی وحدت رویه

مصطفی مظفری\*

مسعود محمودی\*\*

### چکیده

از جمله مسائل اختلافی در فقه امامیه و حقوق ایران در حوزه خانواده، ازدواج مجدد زوج و رضایت زوجه است. زوج به دلیل عدم تمکین زوجه و اثبات نشوز، با اذن دادگاه اقدام به ازدواج مجدد می‌نماید؛ متعاقب آن زوجه با استناد به بند دوازدهم شروط ضمن عقد نکاح، مبنی بر اینکه «زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید»، تقاضای طلاق را دارد. دادگاه بدوی تخلف از شرط ضمن عقد نکاح را محرز و مسلم تشخیص داده و به زوجه اجازه وکالت در طلاق را داده است، اما دادگاه تجدیدنظر استدلال دادگاه بدوی را نپذیرفته و حکم به رد دعوی تجدیدنظر خوانده صادر کرده است. در رابطه با این موضوع، رأی وحدت رویه به شماره ۷۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۰۷/۲۰ وجود دارد که مورد توجه قضات دادگاه بدوی و تجدیدنظر قرار نگرفته است. در رویه قضایی و نظریات مشورتی، اذن دادگاه بر ازدواج مجدد زوج حتی اگر سبب اذن، نشوز زوجه باشد تأثیری در تحقق شرط وکالت در طلاق ندارد؛ اما رأی وحدت رویه، نشوز زوجه را مانع از تحقق شرط مذکور می‌داند. به

---

\* هیئت علمی دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق و پژوهشکده خانواده، تهران، ایران

Mozafari@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد پژوهشکده حقوق خانواده دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

Mas.mahmoudi@mail.sbu.ac.ir

نظر می‌رسد در این قضیه، شرط وکالت در طلاق به صورت مطلق ذکر شده است، و ملازمه‌ای بین عدم تمکین و انتفاء وکالت در طلاق وجود ندارد. زیرا یک شرط ترک فعل حقوقی مبنی بر «عدم ازدواج مجدد زوج بدون رضایت زوجه» وجود دارد که ضمانت اجرای آن در سند نکاحیه قید شده است.

**کلیدواژگان:** تمکین، ازدواج مجدد، شروط عقدنامه، وکالت در طلاق

خانواده، نهادی است «طبیعی-قراردادی» یعنی حد فاصل میان یک اجتماع غریزی و یک اجتماع قراردادی (مطهری، ۱۳۹۴، ص ۱۲). قراردادی بودن از آن جهت است که در یک اجتماع مدنی انسان‌ها با اراده و اختیار، حدود و مقرراتی را معین می‌کنند. یک جنبه از اراده‌ی اشخاص که در عقد ظهور پیدا می‌کند شروط ضمن عقد است. از مصادیق بارز این شرط در عقد نکاح، شرط عدم ازدواج مجدد زوج بدون رضایت زوجه می‌باشد.

قانون مدنی قبل از انقلاب در ماده ۱۱۳۳ (مصوب ۱۳۱۴/۱/۲۰) اظهار می‌داشت: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». اما بعد از انقلاب این ماده اصلاح شد و یک تبصره نیز به آن افزوده شد. ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۸۱/۰۸/۱۹): «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. تبصره: زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید». بنابراین طبق قانون سابق صرفاً مرد می‌توانست زن خودش را طلاق دهد یعنی خودش طلاق را اجرا کند. اما بعد از انقلاب این مسیر کمی تعدیل شد و مرد صرفاً با رعایت شرایط مقرر در قانون حق طلاق همسرش را دارد. همچنین متقابلاً این امکان برای زن وجود دارد که در چارچوب مواد ذکر شده از دادگاه تقاضای طلاق داشته باشد. یکی از مواردی که به موجب آن زن می‌تواند متقاضی طلاق شود، ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی است. که اشعار می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود، هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا برعلیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آن‌ها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که، پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد». علاوه بر این، در قباله‌های رسمی نکاح که در سال ۱۳۶۱ به تصویب شورای عالی قضایی رسیده است شروطی ذکر شده‌است. شرط پیشنهادی در بند دوازدهم از نکاح نامه

رسمی اشعار می‌دارد: «زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید».

در مقاله حاضر ضمن توجه به آراء دادگاه بدوی و تجدیدنظر و مطرح نمودن ایرادات شکلی و ماهوی وارده بر دادنامه، به این اختلاف نظر بر می‌خوریم که، دادگاه بدوی صرف اینکه ازدواج مجدد زوج، بدون رضایت زوجه بوده است را ملاک تخلف از شرط مذکور در بند دوازدهم نکاح‌نامه دانسته است. لذا زوجه حق دارد پس از اخذ مجوز از دادگاه، پس از انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید. در مقابل دادگاه تجدیدنظر معتقد است که اگر علت ازدواج مجدد زوج عدم تمکین و اثبات نشوز زوجه باشد؛ یعنی در واقع زوج، به استناد عدم تمکین زوجه از دادگاه اجازة ازدواج مجدد را بگیرد. زوجه حق استفاده از وکالت در طلاق را ندارد. غالباً در رویه قضایی و نظریات مشورتی اذن دادگاه بر ازدواج مجدد زوج حتی اگر سبب اذن، نشوز زوجه باشد تأثیری در عدم تحقق شرط وکالت در طلاق ندارد اما رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۰۷/۲۰، نشوز زوجه را مانع از تحقق شرط مذکور می‌داند. لذا در مقاله حاضر، ضمن پرداختن به مطلق بودن شرط وکالت در طلاق (در صورت ازدواج مجدد زوج، بدون رضایت زوجه)، و ضمانت اجرای آن، به نقد رأی وحدت رویه نیز اشاره خواهیم نمود.

### مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۵۰۹

تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۳/۰۹/۰۴

خواسته: صدور گواهی عدم امکان سازش

مرجع رسیدگی بدوی: رئیس شعبه ۴ دادگاه عمومی خانواده شهریار

مرجع رسیدگی تجدیدنظر: رئیس شعبه ۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

### رأی بدوی

«در خصوص دعوی خواهان خانم گ.ن. فرزند ح. با وکالت آقای ع.ف. به طرفیت آقای ف.ن. فرزند م. به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش به منظور اجرای سیغه طلاق به شرح منعکس در پرونده، نظر به رونوشت مصدق نکاحیه شماره ...

مضبوط در پرونده و اظهارات خواهان و وجود علقه زوجیت و استقرار کنونی آن بین مشارالیه‌ها محرز و مسلم و ثابت است، ابتدا دادگاه مساعی و تلاش خود را جهت انصراف زوجه از جدایی و متارکه بذل، ولیکن زوجه مصر به خواسته طلاق بوده و نصایح و مواعظ دادگاه مؤثر واقع نشده و علت طلاق از سوی زوجه ازدواج مجدد زوج اعلام نموده؛ دادگاه با توجه به وضعیت خاص زوجه و اینکه زوج مطابق مندرجات عقدنامه رسمی ضمن نکاح با زوجه، وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر داده که در صورتی که زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز، پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید و نظر به اینکه حسب اقرار خوانده زوج همسر دوم اختیار نموده، گرچه اختیار همسر دوم با اذن دادگاه به لحاظ عدم تمکین زوجه بوده و لیکن با رضایت همسر اول نبوده و زوجه به لحاظ عسر و حرج شدید کلیه حق و حقوق خود را به زوج بذل نموده، لذا تخلف از شرط به نظر دادگاه محرز و مسلم و ثابت است. بنا به مراتب و با توجه به اینکه این مرجع قضائی در راستای عمل به قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، موضوع را به حکمین و داوری داوران منتخب اصحاب دعوی ارجاع که پس از تفهیم وظایف و تکالیف داوری به نامبردگان، حسب لویحی اعلام داشته اند که تلاش داوران در اصلاح ذات‌البین به نتیجه نرسیده و زوجه کماکان پافشاری و سماجت به طلاق و جدایی را دارد، دعوی خواهان را مطابق موازین شرعی و قانونی تشخیص و مستنداً به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و بند ۱۲ عقدنامه، شرایط ضمن عقد نکاح مندرج در عقدنامه رسمی، به خانم گ.ن. فرزند ح. اجازه داده می‌شود تا با استفاده از وکالت از شوهرش آقای ف.ن. فرزند م. در محضر رسمی، با طلاق خلع، خود را مطلقه نماید و زوجه وکالت در قبول بذل را نیز دارد و زوجه کلیه حق و حقوق خود را از قبیل مهریه و غیره را به زوج بذل نموده است و زوجه حسب نظریه پزشکی قانونی شماره ۹۳/۵/۱۸-۱/۱۷/م/۸۲۷۶/۹۳ حامله نیست. زوجین فرزند مشترکی ندارند. رأی صادره حضوری و ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل اعتراض و تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد.»

### رأی تجدیدنظر

«تجدیدنظرخواهی آقای ف.ن. از دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۶۴۰۴۰۱۲۸۱ مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۸ شعبه محترم چهارم دادگاه خانواده شهریار که به موجب آن دعوی مطروحه از ناحیه تجدیدنظرخوانده خانم گ.ن. با وکالت آقای ع.ف. به خواسته صدور حکم طلاق در پرونده کلاسه ۹۳۰۹۹۸۲۶۴۰۴۰۰۸۳۱ حکم به طلاق خلعی تصدیق گردیده است، وارد است. چرا که زوجه علت درخواست طلاق خود را تحقق شرط

ضمن عقد منعکس در سند نکاحیه شماره ... تنظیمی در دفتر ازدواج شماره ... شهرستان شهریار دانسته که بند ۱۲ شروط ضمن عقد مقرر داشته: «چنانچه زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید»، که در دادگاه با غور و تدقیق در اوراق و محتویات پرونده هر چند که زوجه از تمامی حق و حقوق شرعی و قانونی خود از جمله مهریه و سایر حقوق مالی در قبال طلاق صرف‌نظر نموده است، اما با توجه به اینکه درخواست طلاق از ناحیه زوجه از جهت عسر و حرج موکل به شرایط مندرج در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده است، لذا با عنایت به اینکه دادگاه محترم علیرغم اینکه ازدواج مجدد زوج با حکم محکمه بوده و اما صرف ازدواج مجدد را مبناء تحقق بند ۱۲ از شروط ضمن عقد مندرج در سند نکاحیه دانسته است، هر چند که در باب شرط مذکور نظر علما و مراجع عظام در اینکه شرط مذکور مطلق است یا مقید اختلاف نظر وجود دارد و تعدادی معتقدند که به محض ازدواج مجدد چه با اذن یا بدون اذن دادگاه شرط مذکور محقق می‌گردد، اما با در نظر گرفتن اینکه آثاری که بر احکام محاکم متصور است، علی‌الخصوص در باب حقوق خانواده که از نظامات عمومی و حقوقی و اجتماعی در جهت صیانت از کبان خانواده برخوردار است، نادیده گرفتن حکم دادگاه با این استدلال که شرط، مطلق است با چند اصل در تعارض خواهد بود: اول اینکه اعتبار احکام محاکم و اثر وضعی آن نادیده گرفته می‌شود. دوم: حقوق مکتسبه ناشی از حکم دادگاه نسبت به زوج مخدوش. مضافاً بر اینکه در باب اینکه شرط مذکور مطلق است یا مقید، به نظر می‌رسد قسمت اخیر شرط بند ۱۲ که موضوع عدالت نسبت به همسران شرط مذکور را مقید نموده، چرا که در اذن ازدواج مجدد مادرتین ۱۶ و ۱۷ از قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ علاوه بر تمکن مالی، رعایت عدالت نسبت به همسران را نیز آورده که قید مذکور، امر اثباتی است و باید در محکمه به اثبات برسد و از محتویات پرونده به غیر شرط مذکور جهت دیگری از ناحیه زوجه ادعا نشده و دادگاه محترم نیز به همین مورد کفایت و مبادرت به انشاء رأی نموده است. لذا ضمن احترام به نظر همکار محترم قضایی، با توجه به اینکه ازدواج مجدد زوج با صدور حکم تمکین و صدور اجرائیه زوجه را به مرحله نشوز رسانده، لذا احراز عسر و حرج نسبت به تجدیدنظرخوانده با توجه به اینکه ناشی از فعل نامبرده است، مخدوش بوده و با وصف حکم محکمه در این باب عسر و حرج زوجه احراز نمی‌گردد. لذا با وارد دانستن اعتراض معترض به استناد صدر ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن نقض دادنامه معترض‌عنه و با استناد ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی، حکم به رد دعوی تجدیدنظرخوانده (زوجه) صادر و اعلام می‌گردد. رأی صادره

به موجب ماده ۳۶۸ از همان قانون ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، دادنامه، قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور است.»

## ۱. بررسی و نقد رأی

آراء فوق‌الذکر از دو منظر "شکلی" و "ماهوی" قابل بررسی هستند که در زیر به تفکیک بدان پرداخته شده است. در ابتدا به ایرادات شکلی و ماهوی در چارچوب آراء بدوی و تجدیدنظر می‌پردازیم و در قسمت دوم به تحلیل مفهومی موضوع خواهیم پرداخت.

### ۱.۱. مسائل شکلی

نخست، موضوع پرونده در رابطه با طلاق و صدور گواهی عدم امکان سازش است که طبق مواد ۳۳۱ و ۳۶۷ و ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی قابل تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی است. منتها دادگاه بدوی در دادنامه صادره به موضوع حق فرجام‌خواهی در ظرف مهلت بیست روز اشاره‌ای نکرده است. تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی حقی است برای اصحاب دعوا که قابل اسقاط است و باید در دادنامه بدوی به موضوع برخورداری از حق فرجام‌خواهی اشاره شود. دادگاه تجدیدنظر نیز به قابل فرجام‌خواهی بودن گواهی عدم امکان سازش اشاره داشته‌است با این عبارت که: رأی صادره به موجب ماده ۳۶۸ از همان قانون ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ دادنامه، قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور است. رأی وحدت رویه نیز این دیدگاه را تقویت می‌کند. رأی وحدت رویه شماره ۶۶۶ مورخه ۱۳۸۳/۰۳/۱۹: آن‌چه از نحوه تدوین بند الف ماده ۳۶۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مستفاد می‌شود این است که رسیدگی فرجامی نسبت به احکام نکاح و فسخ آن صرفاً مربوط به اصل نکاح و فسخ آن می‌باشد و کلمه اصل به سایر موضوعات مذکور در بند ۲ ماده مزبور از جمله طلاق تسری ندارد. زیرا اولاً کلمه طلاق در جمله به طور مطلق ذکر شده، ثانیاً کلمه طلاق با علامت (،) از اصل نکاح و فسخ آن متمایز گردیده است، بنابراین و با توجه به اهمیت طلاق از نظر شارع مقدس اسلام، کلیه دعاوی مربوط به طلاق قابل رسیدگی فرجامی بوده و رأی شعبه سی‌ام دیوان عالی کشور

که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور تأیید می‌شود. این رأی به استناد ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری برای دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

آراء دادگاه خانواده اصولاً تابع مقررات آیین دادرسی مدنی است مگر اینکه قانون حمایت خانواده قواعد خاصی داشته باشد. درمورد گواهی عدم امکان سازش باید بگوییم مطابق ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ گواهی عدم امکان سازش قابل رسیدگی فرجامی نیست زیرا قانون جدید بین گواهی عدم امکان سازش و حکم طلاق تفاوت قائل شده است. ماده ۳۲ قانون حمایت خانواده حکم طلاق را قابل رسیدگی فرجامی دانسته است اما در ماده ۳۴ راجع به گواهی عدم امکان سازش، مدت آن را سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی قطعی یا قطعی شدن رأی تعیین کرده است و این یعنی گواهی عدم امکان سازش فقط قابل تجدیدنظر است زیرا قطعی و نهایی تفاوت دارد. اما مطابق رأی وحدت رویه مذکور کلیه آراء مربوط به طلاق حتی گواهی عدم امکان سازش قابل رسیدگی فرجامی است. رأی وحدت رویه فوق سال ۱۳۸۳ صادر شده است اما قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۲ است. سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده می‌تواند ناسخ رأی وحدت رویه باشد؟ رأی وحدت رویه در صورت تعارض با قانون، از اعتبار می‌افتد و قابلیت استناد خود را از دست می‌دهد (میرزایی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۹). بر این مبناست که مطابق ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ آراء وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، فقط به موجب قانون یا رأی وحدت رویه موخر قابل تغییر است. به اعتقاد ما ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ رأی وحدت رویه سال ۱۳۸۳ را نسخ کرده است.

«به هر حال گواهی عدم امکان سازش که بر طبق مقررات پیشین هم به درخواست زوج و هم به تقاضای زوجه در موارد خاص، صادر می‌شد، بر طبق رأی وحدت رویه ۱۳۸۳ قابل رسیدگی فرجامی بود. لیکن قانون جدید بین گواهی عدم امکان سازش که به درخواست زوج یا زوجین در مورد طلاق توافقی صادر می‌شود



و حکم طلاقی که به درخواست زوجه صادر می‌گردد تفاوت قائل شده و در حالی که حکم طلاق را قابل رسیدگی فرجامی دانسته درباره گواهی عدم امکان سازش مدت اعتبار آن را سه ماه از تاریخ ابلاغ رأی قطعی یا قطعی شدن رأی تعیین کرده است و از آن چنین برمی‌آید که گواهی عدم امکان سازش فقط قابل تجدیدنظر است؛ زیرا رأی قطعی برخلاف رأی نهایی به رأیی گفته می‌شود که مراحل رسیدگی ماهوی آنان پایان یافته یا بدون اینکه تقاضای تجدیدنظر نسبت به آن شود قطعی و قابل اجرا شده است، مگر اینکه کلمه قطعی در ماده ۳۴ قانون جدید را به معنای نهایی بگیریم، یعنی رأیی که مرحله رسیدگی فرجامی آن نیز سپری شده است، هرچند که این تفسیر برخلاف ظاهر ماده ۳۴ است» (صفایی، ۱۳۹۵، ص ۲۷).

دوم، دادگاه تجدیدنظر حکم به رد دعوی تجدیدنظرخوانده (زوجه) صادر کرده است که به نظر می‌رسد رد دعوا وصف قرار بوده و نه حکم. زیرا ماده ۸۴ و ۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی به آن اشاره نموده و نظریه مشورتی ۱۴۴۱/۷ مورخ ۱۳۷۷/۰۴/۲۹ بیان می‌دارد: "حکم به رد دعوا معنا ندارد زیرا رد دعوا قرار است نه حکم. بنابراین اگر قاضی پس از رسیدگی ماهوی دعوا را غیرموجه تشخیص دهد باید حکم به بی‌حقی یا بطلان دعوا یا عدم ثبوت آن بدهد. ولی اگر قبل از رسیدگی به ماهیت به علت استرداد دعوا بخواهد رأی بدهد باید قرار رد دعوا صادر کند".

## ۲.۱. مسائل ماهوی

نخست، با توجه به مفاد دادنامه بدوی طلاق غیر توافقی است. پس باید به داوری ارجاع شود. استناد دادگاه بدوی برای ارجاع به داوری، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۰۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام است. در حالی که این قانون به موجب بند ۸ ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نسخ صریح شده است. لذا می‌بایست با استناد به مواد ۲۷ و ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ موضوع را به داوری ارجاع دهد.

دوم، دادگاه بدوی به خانم اجازه داده با استفاده از وکالت از شوهرش در محضر رسمی خود را مطلقه نماید. اما اعتبار حکم صادره را تعیین ننموده است و مشخص ننموده است که حکم صادره تا چه مدتی اعتبار اجرایی دارد. زیرا مطابق نظریه

مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضاییه به شماره و تاریخ ۹۳/۱۲۵-۱۳۱/۰۱۳۹۳/۱۳۹۳ در مواردی که زوجه به استناد تحقق شرایط اعمال وکالت متقاضی طلاق است موضوع متفاوت از موارد صدور حکم طلاق است و دادگاه علاوه بر احراز شرایط اعمال وکالت، مبادرت به صدور گواهی عدم امکان سازش می‌نماید. بنابراین دادگاه باید به استناد ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و نظریه مشورتی فوق گواهی عدم امکان سازش صادر کند.

سوم، با توجه به مفاد دادنامه بدوی، زوجه در دادخواست تقدیمی خواسته خود را طلاق اعلام نموده است و ادعای عسر و حرج مطرح نشده است. فقط ذکر شده که زوجه به خاطر عسر و حرج شدید کلیه حق و حقوق خود را به زوج بذل نموده است. اما دادگاه تجدیدنظر با برداشت اشتباه گفته است که درخواست طلاق از ناحیه زوجه از جهت عسر و حرج موکول به شرایط مندرج در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده است و با وصف حکم محکمه در این باب عسر و حرج زوجه احراز نمی‌گردد در حالی که خواسته‌ی زوجه درخواست طلاق به استناد شرط ضمن عقد نکاح است و موضوع پرونده ارتباطی با عسر و حرج ندارد.

چهارم، مهم‌ترین ایراد ماهوی وارده بر رأی دادگاه بدوی و تجدیدنظر این است که بدون توجه به رأی وحدت رویه اقدام به صدور رأی کرده‌اند. رأی وحدت رویه مربوط به سال ۱۳۸۹ می‌باشد در حالی که تاریخ رأی قطعی ۱۳۹۳ می‌باشد یعنی بدون توجه به این موضوع حکم صادر شده است. رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶-۱۳۸۹/۷/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «نظر به اینکه مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، تمکین از زوج تکلیف قانونی زوجه است، بنابراین در صورتی که بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع و زوج این امر را در دادگاه اثبات و با اخذ اجازه از دادگاه همسر دیگری اختیار نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که به حکم ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن عقد نکاح شرط و مراتب در سند ازدواج ذیل بند (ب) شرایط ضمن عقد در ردیف ۱۲ قید گردیده، محقق و قابل اعمال نیست ...».

دادگاه بدوی با استناد به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و بند ۱۲ عقدنامه، ازدواج مجدد بدون رضایت زوجه را تخلف از شرط دانسته و دعوای زوجه را قانونی تشخیص داده است. مطابق ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، زوجین می‌توانند هر شرطی

که مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. از جمله‌ی این شروط لزوم اخذ رضایت زوجه در ازدواج مجدد زوج است که به عنوان شرط پیشنهادی در بند دوازدهم از قسمت "ب" نکاح‌نامه‌های رسمی قید شده است. یعنی دادگاه بدوی صرف اینکه ازدواج مجدد زوج بدون رضایت زوجه بوده است را ملاک تخلف از شرط قرار داده است. در حالی که نسبت به تجویز دادگاه برای ازدواج مجدد با توجه به عدم تمکین زوجه استدلالی نیآورده است. دادگاه تجدیدنظر در باب اینکه شرط مذکور مطلق یا مقید می‌باشد به اختلاف‌نظر فقها اشاره کرده است. اما بیان می‌نماید که نادیده گرفتن حکم دادگاه مبنی بر تجویز ازدواج مجدد با این استدلال که شرط مطلق است با چند اصل در تعارض خواهد بود: اول اینکه اعتبار احکام محاکم و اثر وضعی آن نادیده گرفته می‌شود. دوم اینکه حقوق مکتسبه ناشی از حکم دادگاه نسبت به زوج مخدوش می‌شود.

وفق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی این شرط نه تنها نامشروع نیست بلکه مطابق نص قانون است که مقرر داشته: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند: مثل اینکه شرط شود، هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا ... زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد». در بند دوازدهم سند نکاحیه، تحقق وکالت زوجه در نتیجه‌ی ازدواج مجدد زوج بدون کسب اجازه و رضایت زوجه، به نحو اطلاق پیش‌بینی شده و منصرف به مورد خاصی نیست. زیرا مرد در ضمن عقد نکاح به صورت آزادانه و آگاهانه این شروط را امضا کرده است و در ضمن عقد نکاح که یک عقد لازم است، این شرط را قبول کرده است و طبق قواعد عمومی، شرط ضمن عقد نکاح به تبع آن لازم‌الوفاء است (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۱۸۳ و ۱۸۴). در واقع زوج به یک دلیل قانونی یعنی با استناد به بند سوم ماده ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ اجازه ازدواج مجدد را گرفته است. ماده ۱۶ می‌گوید: «مرد نمی‌تواند با داشتن زن همسر دوم اختیار کند مگر در موارد زیر ... که یکی از این موارد عدم تمکین زوجه است پس ازدواج دوم از نظر قانونی صحیح است. زوجه هم به استناد یک شرطی که

ضمن عقد شده حق وکالت در طلاق برایش به وجود می‌آید. پس طبق قاعده "المومنون عند شروطهم" مرد باید به تعهد خود پایبند باشد. هر چند در خصوص اعتبار شرط کلی عدم ازدواج مجدد مرد اختلاف نظر است (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ ج ۶۷ ص ۵۲). در این قضیه، یک شرط ترک فعل حقوقی (عدم ازدواج مجدد، مگر به رضایت زوجه) داریم که ضمانت اجرای آن در سند نکاحیه قید شده است. برخی از حقوقدانان اظهار می‌دارند: اینجا تخلف از شرط ترک فعل حقوقی صورت گرفته است؛ یعنی زوج به یک دلیل مجاز یعنی عدم تمکین زوجه و اثبات آن اقدام به ازدواج مجدد کرده است، زوجه هم به دلیل حادث شدن ازدواج مجدد بدون رضایتش یعنی یک فعلی که انجام گرفته به موجب شرط ضمن عقد نکاح این حق را دارد که با حق توکیل اقدام به طلاق کند، زیرا ما یک شرط ترک فعل حقوقی داریم وقتی آن ترک فعل انجام گرفت برای طرف مقابل این حق بوجود می‌آید (روشن، ۱۳۹۳، ص ۲۰۹).

دو نظریه مشورتی در تأیید رأی دادگاه بدوی وجود دارد. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی دادگستری به شماره ۷/۶۴۸۴ مورخ ۶۸/۱۲/۲۴ «هر گاه زن ضمن عقد نکاح وکالت داشته باشد که در صورت ازدواج مجدد شوهر، خود را مطلقه نماید به محض تحقق شرط وکالت یعنی ازدواج شوهر، وکالت زن محقق می‌شود و حق استفاده از این وکالت را خواهد داشت، تمکین یا عدم تمکین زن تأثیری در آن ندارد. زیرا بین عدم تمکین و انتفاء وکالت، ملازمه‌ای وجود ندارد. زوج می‌تواند در صورت عدم تمکین زوجه الزام او را به تمکین از دادگاه درخواست نماید، لیکن چنانچه بدون موافقت وی همسر دیگری اختیار کند، زوجه می‌تواند از وکالت استفاده کند». نظریه شماره ۷/۸۰۴۴-۱۱/۵-۸۲/۱ اداره حقوقی دادگستری نیز چنین بیان می‌دارد: «تحصیل اجازه ازدواج مجدد به لحاظ عدم تمکین زوجه از دادگاه خانواده منافی شروط ضمن عقد بین زوج و همسر اول (موضوع ماده ۱۱۱۹ ق.م.) نمی‌باشد. چنانچه به زوجه به موجب شروط مندرج در قباله نکاحیه، در صورت انتخاب همسر دوم از ناحیه زوج، وکالت در طلاق داده شده باشد، زوجه می‌تواند از آن استفاده نماید».

اما نهایتاً هیئت عمومی دیوان عالی کشور در حکمی لازم‌الاتباع استدلال‌های فوق را نپذیرفت و اذن دادگاه را مانع از تحقق وکالت در طلاق دانست. رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶-۱۳۸۹/۷/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «نظر به اینکه مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی تمکین از زوج تکلیف قانونی زوجه است، بنابراین در صورتی که بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع و زوج این امر را در دادگاه اثبات و با اخذ اجازه از دادگاه همسر دیگری اختیار نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که به حکم ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن عقد نکاح شرط و مراتب در سند ازدواج ذیل بند (ب) شرایط ضمن عقد در ردیف ۱۲ قید گردیده، محقق و قابل اعمال نیست ...».

برخی معتقدند: «محدوده فعالیت هیئت عمومی، قانون است. ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ این ایراد را تأیید کرده و با قید "استنباط از قوانین" مشخص نموده‌اند که جایگاه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، رفع اختلاف قضات در استنباط از قوانین است. اصل یکصد و شصت و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر این جایگاه تأکید کرده است. بدین ترتیب جایگاه نظارتی دیوان عالی کشور ایجاب می‌نماید که بر اجرای صحیح قوانین که وظیفه اصلی قاضی در رسیدگی و اتخاذ تصمیم قضایی است، مراقبت کند. لذا در تفسیر اراده‌ی افراد که موجب قراردادهای و شروط ضمن عقد است، باید در هر پرونده به مفاد قرارداد یا شرط مراجعه کرد و قصد طرفین را از جعل شرط بیرون کشید» (اسدی و مومن، ۱۳۸۹، ص ۲۷).

در مورد این که شرط وکالت در طلاق مطلق است یا مقید بین فقها اختلاف است. فقهای که وکالت در طلاق را شامل زن ناشزه نمی‌دانند از جمله ۱. آیت ... فاضل لنکرانی: "ظاهراً این شرط منصرف به موردی است که از دواج دوم به این علل نباشد لذا در فرض مذکور زن نمی‌تواند خود را طلاق دهد" (جامع المسائل، جلد ۱، ص ۴۵۲) ۲. حضرت آیت ... میرزا جواد تبریزی: در فرض مذکور که زوجه معترف به عدم تمکین از زوج است شرط مذکور در عقدنامه منصرف از صورت مذکوره است و زوجه وکیل در طلاق نیست و

طلاقش باطل است. ۳. حضرت آیت ... صافی گلپایگانی: اگر زوجه بدون عذر شرعی از تمکین خودداری کند توکیل زوج از چنین موردی منصرف است. بنابراین طلاق زوجه بدون اذن و رضایت زوج در فرض سؤال باطل است. ۴. حضرت آیت ... مکارم شیرازی: با توجه به اینکه وکالت در امر طلاق در خصوص این ماده منصرف است به جایی که زوجه تمکین کند هرگاه برای مدت طولانی بدون عذر شرعی حاضر به تمکین نشود ازدواج مجدد زوج اشکالی نداشته و طلاق آن زن صحیح نبوده است. ۵. حضرت آیت ... خامنه ای نیز طبق فتوایی فرمودند: ظاهراً وکالت داشتن در طلاق در صورت ازدواج منصرف است از مواردی که زوجه تمکین نکرده و ازدواج دوم به رأی دادگاه باشد و ظهور در غیر این مورد دارد. (گنجینه آراء فقهی مرکز تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۵، ص ۳۲۰).

حضرت امام خمینی (ره): اگر به طور مطلق شرط توکیل در طلاق شود زن حق طلاق دارد. سوال: در عقدنامه‌ها شرط ضمن‌العقد شده که اگر زوج بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار نماید، زوجه وکیل و وکیل در توکیل غیر بلاعزل باشد که خود را مطلقه نماید. حال اگر زوجه بدون عذر موجه از زوج تمکین ننماید و موضوع عدم تمکین در دادگاه به اثبات رسیده و منتهی به دادنامه قطعی بر عدم تمکین و نشوز زوجه صادر گردد و زوج بخواهد به علت عدم تمکین و نشوز زوجه ازدواج مجدد نماید و یا به علت مذکور ازدواج مجدد هم کرده باشد، آیا می‌تواند با وکالت مأخوذه ضمن‌العقد خود را مطلقه نماید یا اینکه وکالت مأخوذه در مورد ازدواج مجدد به علت عدم تمکین زوجه از این موضوع مستثنا می‌باشد؟ جواب: اگر به نحو مطلق شرط توکیل در طلاق شود استثنا نمی‌شود (کریمی، ۱۳۶۵، صص ۱۴۳ و ۱۴۴).

در بسیاری از موضوعات فقهی و حقوقی بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و در بیان فتوای آیت ... فاضل لنکرانی و حضرت آیت ... خامنه‌ای بدون قطعیت، بنا به قول ظاهر فتوا داده‌اند. در حقوق ایران، فقه به عنوان یکی از منابع حقوق، پس از قوانین و مقررات پذیرفته شده است. مطابق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی قاضی هنگامی می‌تواند به منابع و یا فتاوی معتبر فقهی مراجعه کند که

حکم دعوا را در قوانین مدون نیابد. بخش اخیر این اصل، مبنی بر منع قاضی از استنکاف از صدور رأی به بهانه‌ی نقص یا اجمال قوانین نیز نشان از جایگاه فقه به عنوان منبع حقوق دارد. از این رو مراجعه به منابع معتبر و یا فتاوی معتبر برای تفسیر شرط ضمن عقد که توسط طرفین عقد نکاح تحریر و پذیرش شده، جایگاهی ندارد. به عبارت دیگر، اگر شرط مذکور متضمن نقص یا ابهامی نیز باشد، امکان رفع آن با فتوا موجود نیست، بلکه مطابق قواعد عمومی قراردادها و قاعده‌ی فقهی «العقود تابعه للقصود»، باید به قصد طرفین به هنگام جعل شرط مراجعه نمود این قصد در هر دعوا به نحو مستقل و منفک از پرونده‌ی دیگر بررسی می‌شود؛ امری که احراز آن با قاضی است و نمی‌توان با یک رأی وحدت رویه، بر تمام افراد یک حکم را حاکم گردانید (اسدی و مومن، ۱۳۸۹، ص ۲۸).

دادگاه تجدیدنظر استدلال می‌کند مطلق بودن شرط با چند اصل در تعارض خواهد بود: اول اینکه اعتبار احکام محاکم و اثر وضعی آن نادیده گرفته می‌شود. دوم اینکه حقوق مکتسبه ناشی از حکم دادگاه نسبت به زوج مخدوش می‌شود. اما در جواب باید بگوییم که حکم دادگاه مبنی بر تجویز ازدواج مجدد معتبر است و حق زوج مخدوش نشده است زیرا زوج به یک دلیل قانونی مجاز شده مجدداً ازدواج کند و زوج نباید از جهت عدم تمکین زوجه اش اضرار ببیند پس این حق برای زوج به وجود می‌آید که مجدداً ازدواج کند. زوجه هم به دلیل تخلف از شرط ضمن عقد نکاح حق وکالت در طلاق دارد زیرا ممکن است زوجه نتواند مشقت ناشی از تعدد زوجات را تحمل کند. و اینکه زوج اجباری بر پذیرش شرط نداشت. تنها مبنای استدلالی رأی وحدت رویه که در مفاد رأی به آن تصریح شده، تکلیف زوجه به تمکین از زوج است. رأی مذکور با اشاره به ماده‌ی ۱۱۰۸ قانون مدنی نتیجه گرفته است که چنانچه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند و زوج پس از اثبات این امر و کسب اجازه از دادگاه، همسر دیگری اختیار نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که ضمن عقد نکاح شرط شده است، محقق و قابل اعمال نیست در حالی که این ماده به صراحت ضمانت اجرای عدم تمکین را محرومیت از نفقه ذکر کرده است. تکلیف زوجه به تمکین از آثار

عقد نکاح است عدم تمکین زوجه، دارای نتایج متعددی است که از آن جمله عدم استحقاق بر نفقه و عدم بهره‌مندی از شرط تملیک تا نصف دارایی مرد و نیز اجرت‌المثل ایام زناشویی حین طلاق به درخواست مرد است (اسدی و مومن، ۱۳۸۹، ص ۲۰).

نکته آخر اینکه هیچ‌کدام از دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر و همچنین نظریات مشورتی و رأی وحدت‌رویه در خصوص ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ استدلالی نکرده‌اند. ماده مقرر داشته: «متقاضی باید تقاضانامه‌ای در دو نسخه به دادگاه تسلیم و علل و دلایل تقاضای خود را در آن قید نماید. یک نسخه از تقاضانامه ضمن تعیین وقت رسیدگی به همسر او ابلاغ خواهد شد دادگاه با انجام اقدامات ضروری و در صورت امکان تحقیق از زن فعلی و احراز توانایی مالی مرد و اجرای عدالت در مورد بند یک ماده ۱۶ اجازه اختیار همسر جدید خواهد داد. به هر حال در تمام موارد مذکور این حق برای همسر اول باقی است که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید. هرگاه مردی با داشتن همسر بدون تحصیل اجازه دادگاه مبادرت به ازدواج نماید به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد همین مجازات مقرر است برای عاقد و سردفتر ازدواج و زن جدید که عالم به ازدواج سابق مرد باشند. در صورت گذشت همسر اولی تعقیب کیفری یا اجرای مجازات فقط درباره مرد و زن جدید موقوف خواهد شد».

پس ماده این نکته مهم را می‌گوید که "... به هر حال در تمام موارد مذکور این حق برای همسر اول باقی است که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید ... یعنی زن حتی اگر تمکین نداشته یا رضایت به ازدواج مجدد شوهر بدهد باز این حق برای او خواهد بود که تقاضای گواهی عدم امکان سازش بنماید زیرا این بخش از ماده تاکنون نسخ نشده است و طبق نظریه فقهای محترم شورای نگهبان خلاف شرع اعلام نگریده است ضمناً شورای نگهبان در نظریه شماره ۳/۶/۶۳ - ۲۱۰۵۶ صرفاً مجازات مذکور در ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده را غیرشرعی اعلام کرده‌است و قسمت دیگر ماده، یعنی پیش‌بینی حق طلاق برای زن در صورتی که مرد حتی با حکم دادگاه همسر دوم اختیار نماید از جانب



شورای نگهبان خلاف شرع و قانون اساسی اعلام نشده است.

### نتیجه

از مجموع مطالب فوق به این نتیجه می‌رسیم که شرط وکالت در طلاق به صورت مطلق ذکر شده است. رأی وحدت رویه مذکور هم استدلالی در خصوص مطلق یا مقید بودن شرط وکالت در طلاق نیاورده است. دادگاه تجدیدنظر و رأی وحدت رویه، شرط وکالت در طلاق را در ارتباط با یکی از تکالیف قانونی زوجه یعنی تمکین مطرح نموده‌اند در حالی که ضمانت اجرای عدم تمکین به صراحت در مواد قانون مدنی ذکر شده است. از جمله این ضمانت اجراها می‌توان به عدم استحقاق بر نفقه و عدم بهره‌مندی از شرط تملیک تا نصف دارایی مرد و نیز اجرت‌المثل ایام زناشویی حین طلاق به درخواست مرد اشاره کرد بنابراین طبق نظریات مشورتی بین عدم تمکین و انتفاء وکالت، ملازمه‌ای وجود ندارد زیرا هیچ دلیلی مبنی بر اینکه عدم تمکین منافای شروط ضمن عقد نکاح باشد وجود ندارد.

مطابق ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، زوجین می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. شرط ضمن عقد نکاح در چارچوب اراده زوجین شکل گرفته است که طبق قاعده "المومنون عند شروطهم" مرد باید به تعهد خود پایبند باشد. علاوه بر این، مرد در ضمن عقد نکاح به صورت آزادانه و آگاهانه این شروط را امضا کرده است و در ضمن عقد نکاح که یک عقد لازم است، این شرط را قبول کرده است و طبق قواعد عمومی، شرط ضمن عقد نکاح به تبع آن لازم الوفاء است.

محدوده‌ی فعالیت هیئت عمومی، قانون است. طبق ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری با قید "استنباط از قوانین" مشخص نموده‌اند که جایگاه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، رفع اختلاف قضات در استنباط از قوانین است، بنابراین ورود دیوان عالی کشور به محدوده‌ی اراده افراد صحیح نمی‌باشد زیرا طبق اصل آزادی قراردادهای در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی این توافق نافذ است و ضرورت دارد به آن عمل شود.

## منابع

- اسدی، لیلا سادات و مومن رقیه‌السادات، (۱۳۸۹)، «ازدواج مجدد به لحاظ نشوز و وجه و شرط وکالت در طلاق»، **مجله حقوقی دادگستری**، سال ۷۴، شماره ۷۲.
- باختر، سید محمد رسول، (۱۳۹۴)، **محشای قانون حمایت خانواده**، تهران: جنگل انتشارات جاودانه.
- حسینی شیرازی، سید محمد، (۱۴۰۹ ه.ق)، **الفقه**، چاپ دوم، بیروت: دارالعلوم.
- دهقان، رمضان، (۱۳۸۵)، «رأی دیوان عالی کشور در مورد درخواست طلاق زوجه به علت ازدواج مجدد شوهر»، **مجله پژوهش‌های حقوقی**، شهر دانش، شماره ۱۰.
- روشن، محمد، (۱۳۹۳)، **حقوق خانواده**، تهران: انتشارات جنگل.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۷)، **شروط ضمن عقد**، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، (۱۳۹۵)، **مختصر حقوق خانواده**، چاپ چهل و چهارم، تهران: نشر میزان.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۹۲)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ پانزدهم، تهران: نشر میزان.
- کریمی، حسین، (۱۳۵۶)، **موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی**، ج اول، چاپ اول، قم: انتشارات شکوری.
- مطهری، مرتضی، (۱۳۷۶)، **نظام حقوق زن در اسلام**، چاپ هفتاد و یکم، تهران: انتشارات صدرا.
- میرزایی، اقبالعلی، (۱۳۹۱)، «شناخت و تفکیک آراء وحدت رویه معتبر از منسوخ»، **مجله حقوق خصوصی دانشگاه تهران**، شماره ۲.