

هجده سال) از زمان ازدواج مجدد تا درخواست طلاق را دال بر اسقاط حق زوجه دانسته و همچنین با عدم احراز عسر و حرج وی در زندگی مشترک، حکم به بطلان دعوا صادر نموده است. از رأی اخیر در دیوان عالی کشور، فرجام‌خواهی به عمل آمده که به تأیید رأی دادگاه تجدیدنظر منتهی شده است.

### رأی بدوی

در خصوص دعوی خواهان الف. الف. با وکالت آقای س.م.م. د. وکیل محترم دادگستری به طرفیت خوانده ن.الف. فرهادی بخواسته تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش به منظور اجرای صیغه طلاق عنایتاً به محتویات پرونده حاصل اظهارات خواهان بدین شرح است که: خوانده فردی است معتاد؛ احساس مسئولیت نمی‌کند تا کنون نفقه‌ای پرداخت نکرده است؛ سابقه‌دار می‌باشد؛ زندگی را رها نموده؛ بدون رضایت ازدواج مجدد کرده؛ شروط ضمن عقد را رعایت ننموده؛ در عسر و حرج به سر می‌برد. آن تقاضا را تسلیم دادگاه نموده است. خوانده در جلسات دادگاه حاضر نشده حتی لایحه‌ای ارائه ننموده تا شاید خدشه‌ای بر دعوی خواهان وارد نماید. دادگاه با مطمح نظر قرار دادن جامع اوراق پرونده نحوه اظهارات خواهان رابطه زوجیت دائم آنها را به موجب سند ازدواج دفترخانه رسمی محرز دانسته و با توجه به کیفیت اظهارات مقرون به صحت خواهان رواج مسائل و مشکلات عدیده که همگی صدق اظهارات وی را تأیید می‌نماید و از طرفی مساعی بلیغ دادگاه و افراد خیراندیش برای تألیف قلوب و حل اختلاف، نتیجه‌ای نداشته و نیز تلاش داوران منتخب در اصلاح ذات‌البین و ترغیب خواهان به انصراف از دعوی طلاق، مثمر واقع نگردیده، نهادهای شبه قضایی نیز نتوانسته با پادرمیانی بزرگان و خیر خواهان صلح را برقرار نمایند، لذا دادگاه با یأس از حصول سازش نحوه شهادت شهود که با ارزش و غیر مؤثر تشخیص می‌گردد فی‌المجموع با احراز عسر و حرج زوجه، خواسته وی را محمول بر صحت تشخیص داده مبادرت به صدور آن گواهی می‌گردد در رابطه با حقوق زوجه ادعایی در این پرونده مطرح نشده است، سپس بر اساس آن به زوجه اجازه داده می‌شود تا پس از قطعی حکم با مراجعه به یکی از دفاتر ثبت طلاق خود را مطلقه نماید، نوع طلاق برای بار اول و بائن می‌باشد. گواهی صادره پس از قطعی تا سه ماه معتبر است. رعایت وجود شرایط صحت اجرای صیغه طلاق و مدت عده حسب مورد به عهده مجری محترم خواهد بود. زوجه بنا به اقرار، باردار نمی‌باشد. اظهار نظر پیرامون دیگر مسائلی که

### فور و تراخی در اعمال وکالت در طلاق از سوی زوجه

زکیه نعیمی\*

### مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۵۶۰۰۵۶۹  
تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۱/۴/۲۵  
مرجع رسیدگی بدوی: شعبه ۶ دادگاه خانواده شهرستان شیراز  
شماره دادنامه تجدیدنظر: ۹۳۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۱۱  
تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۹۳/۰۸/۰۴  
مرجع رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان فارس  
شماره دادنامه فرجامی: ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۰۲۷  
تاریخ صدور رأی فرجامی: ۱۳۹۴/۰۲/۰۱  
مرجع رسیدگی فرجامی: شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور

### اول) وقایع پرونده

در پرونده حاضر زوجه به دلایل متعددی، از جمله اعتیاد زوج، ازدواج مجدد وی و عسر و حرج در زندگی مشترک، از دادگاه تقاضای صدور «گواهی عدم امکان سازش» نموده است. دادگاه بدوی با پذیرش دادخواست وی و احراز ازدواج مجدد زوج، گواهی عدم امکان سازش صادر نموده و این حکم در مرحله واخواهی نیز مورد تأیید قرار گرفته است. در مرحله تجدیدنظر، دادگاه گذشت مدت‌زمان طولانی

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی تهران

ادعایی مطرح نشده دادگاه را مواجه با تکلیفی یا مسئولیتی نمی‌کند. مواد مرتبط و مجوز قانونی مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ از قانون مدنی و ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و آیین‌نامه اجرایی مربوطه و قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش و ماده ۸ از قانون حمایت خانواده می‌باشد. رأی صادره، غیابی محسوب می‌گردد ظرف بیست روز پس از ابلاغ، قابل واخواهی در این شعبه و سپس ظرف بیست روز دیگر قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان فارس خواهد بود.

### رأی تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی ن.الف. با وکالت ل. ش. نسبت به دادنامه ی شماره ی ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۵۶۰۱۲۱۱ شعبه ی ششم دادگاه خانواده شیراز که در تأیید دادنامه ی غیابی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۵۶۰۰۵۶۹ همان دادگاه صادر گردیده و به موجب آن با احراز عسر و حرج زوجه (تجدیدنظرخوانده) و با صدور گواهی عدم امکان سازش به ایشان اجازه داده شده که با مراجعه به یکی از دفاتر ثبت طلاق، خود را مطلقه نماید وارد به نظر می‌رسد، زیرا: اولاً، علی‌رغم استنباط وکیل مع الواسطه تجدیدنظرخوانده، این زوجه است که بدون اخذ اجازه زوج، در خارج از کشور ماندگار شده و به زندگی مشترک برگشته است؛ ثانیاً، صرف نظر از اینکه اصالت مدرکی که وکیل مع الواسطه تجدیدنظرخوانده به عنوان دلیل ازدواج مجدد تجدیدنظرخواه ارائه نموده با استعلام انجام شده تأیید نگردیده است. اساساً از زمان مندرج در مستند مذکور قریب به دو دهه می‌گذرد و بر فرض اصالت مستند مذکور، این گذشت زمان و عدم اقدام تجدیدنظرخوانده دلالت به اسقاط حق ایشان دارد؛ ثالثاً از مجموع اوراق پرونده و تحقیقات انجام شده، عسر و حرج تجدیدنظرخوانده و شرط موضوع بند ۱۲ از شروط ضمن عقد (ازدواج مجدد زوج بدون رضایت زوجه) که در دادخواست تقدیمی به دادگاه محترم بدوی، به آن استناد شده است احراز نمی‌گردد. بنا بر این، هیأت دادگاه بنا به جهات ذکر شده و مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی دادنامه تجدیدنظرخواسته را نقض و به استناد ماده ۱۹۷ قانون مذکور، حکم بر بطالن دعوای تجدیدنظرخوانده صادر و اعلام می‌نماید. این رأی ظرف بیست روز از تاریخ ابلاغ، قابل فرجام در دیوان محترم عالی کشور است.

### رأی فرجام

در خصوص اعتراض فرجام‌خواهی خانم الف. با وکالت آقای س.م.م. د. به طرفیت آقای ن.الف. فرهادی نسبت به دادنامه شماره فوق صادره از شعبه ۱۱

دادگاه تجدیدنظر استان فارس با توجه به محتویات پرونده و نظر به اینکه اعتراض فرجام‌خواه با شقوق ماده ۳۷۱ ق.آ.د.م. قابل انطباق نمی‌باشد و وارد نیست. فلذا ضمن ابرام دادنامه فرجام‌خواسته، پرونده به استناد ماده ۳۹۶ قانون مالذکر به دادگاه محترم صادر کننده رأی عودت داده می‌شود.

### دوم) نقد و بررسی

ضمن سند رسمی نکاح، شروطی درج شده‌اند که در صورت تحقق موضوع آنها زوجه از سوی زوج، وکیل در طلاق خود می‌شود. بدین منظور باید دادخواستی، تنظیم و صدور گواهی عدم امکان سازش<sup>۱</sup> را از دادگاه تقاضا نماید. حال، پرسش آنجاست که: اگر پس از حصول هر کدام از این شروط، زوجه علی‌رغم علم به موضوع اقدامی نکرده و با گذشت مدت زمان طولانی، به موجب تحقق شرط مزبور، از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش بنماید آیا این تقاضا پذیرفتنی است؟ آیا حق وکالت در طلاق، پس از اطلاع از تحقق سبب آن باید فوراً اعمال گردد یا خیر؟

در پرونده حاضر، زوج ازدواج مجدد نموده که به موجب بند دوازده، یکی از موجبات تحقق وکالت زوجه در طلاق می‌باشد، اما زوجه پس از گذشت هجده سال از تاریخ این ازدواج، از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نموده است. دادگاه تجدیدنظر صراحتاً اعلام داشته: گذشت مدت زمان طولانی و عدم اقدام زوجه، دلالت بر اسقاط این حق دارد. در ادامه قاضی اظهار می‌دارد: دادگاه تحقیق بند دوازده از شروط ضمن عقد را احراز نکرده و با نقض حکم تجدیدنظرخواسته، حکم بر بطالن دعوای بدوی<sup>۲</sup> صادر نموده است.

۱. هنگامی که زوجه خواستار طلاق بوده و مستند خود را تحقق یکی از شروط ضمن عقد نکاح قرار می‌دهد، نسبت به عنوان خواسته و حکم مقتضی، میان شعب مختلف دادگاه اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای معتقدند به تصریح ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده، صدور گواهی عدم امکان سازش مختص طرح دعوا از سوی زوج یا طلاق توافقی است و در مقابل، بنا به استدلال برخی شعب، از آنجایی که در این فرض، طلاق به وکالت از سوی زوج اعمال می‌گردد، قواعد حاکم بر طلاق در درخواست زوج بر آن حاکم خواهد بود و حکم مقتضی، صدور گواهی عدم امکان سازش است.

۲. باید توجه داشت هنگامی که دعوا اصولاً قابلیت اقامه ندارد، حکم به «بطالن دعوا» صادر می‌شود و در صورتی که خواهان نتواند ذی‌حقی خود را ثابت کند محل صدور حکم به «عدم ثبوت دعوا» است و در

نکته قابل انتقاد در این رأی آن است که دادگاه تجدیدنظر، اسقاط حق با گذشت زمان را مستند به دلیلی نکرده و بدون ذکر مبنای حقوقی، آن را مسلم دانسته است. تردید در بقاء و یا زوال حق زوجه، به تردید میان فور و تراخی در اعمال حق بازمی‌گردد. مبحث «فور و تراخی»، در مباحث فقهی غیر از عبادات در مسائلی چون خیارات، اعمال حق شفعه، رد عوض مال، مطالبه طلب، ادای دین، بازگرداندن ودیعه و مواردی از این دست طرح شده است. «فوریت» به آن معناست که در انجام امر و یا اعمال حق می‌باید بدون تأخیر و در اولین فرصت اقدام نماییم در غیر این صورت حق مورد نظر زایل می‌گردد، اما «تراخی» به معنای عدم تقید به مهلت زمانی خاص و امکان انجام عمل با تأخیر است. بر طبق نظر فقهاء، اصل، بر تراخی است مگر آنکه قرینه‌ای بر فوریت موجود باشد،<sup>۱</sup> اما در رأی حاضر، دادگاه تجدیدنظر با فرض لزوم فوریت در اعمال حق، به صدور حکم پرداخته است.

در بررسی سند رسمی نکاحیه و شروط ضمن آن، هیچ قرینه‌ای دال بر لزوم اعمال حق وکالت در طلاق به‌طور فوری مشاهده نمی‌شود. عبارات، جملگی مطلق بوده و تنها مشعر بر شرایط تحقق وکالت زوجه و حق بر درخواست صدور مجوز طلاق از دادگاه می‌باشد. در قوانین مربوطه نیز هرچند برای اجرای حکم طلاق صادره از دادگاه، اعم از گواهی عدم امکان سازش و یا الزام زوج به طلاق، مرور زمان سه و شش‌ماهه تعریف شده است، اما تقاضای طلاق از دادگاه منوط به رعایت مهلتی از زمان وقوع سبب، نشده است.

ممکن است گفته شود امکان امتداد حق زوجه در طول زمان، زوج را در وضعیت متزلزلی قرار می‌دهد که منجر به بلا تکلیفی وی خواهد شد. در اینجا باید

← حالتی که بی‌حقی خواهان یا زوال حق وی اثبات شود، «حکم به بی‌حقی خواهان» صحیح خواهد بود. از آنجا که تشخیص قاضی در رأی حاضر از نوع اخیر است، در نگاه اول به نظر می‌رسد که استفاده از عنوان بطلان دعوا چندان صحیح نباشد اما علی‌رغم وجود تفاوت میان این تعابیر، براساس نظریه شماره ۴۲۵۵/۷ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، مورخ ۱۳۸۶/۶/۲۷ در صورت عدم اثبات حقانیت خواهان، قاضی در استفاده از هر کدام از این سه عنوان آزاد می‌باشد، لذا ایرادی از این لحاظ بر حکم مزبور وارد نیست.

۱. سیدمصطفی محقق داماد، اصول فقه، دفتر اول (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷)، ص ۷۹.

اذعان نمود که چنین ایرادی صحیح نیست؛ چراکه علت اصلی ایجاد این وضعیت، اقدام زوج به ازدواج مجدد بدون رعایت مقررات قانونی (ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۵۳) است، لذا آثار ناشی از اقدام خود او، نمی‌تواند موجب حقی برای وی بوده و موجب تخصیص اصل تراخی گردد.

تجدید فرآش، امری است مستمر و اثرگذاری آن تا زمانی که میان طرفین علقه زوجیت برقرار است ادامه دارد و همچنان متعرض حقوق زوجه می‌گردد. توجه به این ماهیت، قول به امکان اعمال حق، حتی پس از گذشت زمان را تقویت می‌نماید.

با نظر به مجموعه موارد پیش‌گفته و لزوم تفسیر مضیق امر خلاف اصل، دلیلی برای فوریت این حق و زوال آن با گذشت زمان وجود ندارد مگر آنکه امری عارضی، اصل حق را زایل نماید. زوال حق نیز خود نیازمند دلیل است، زیرا پس از ثبوت حق، بقای آن استصحاب می‌شود مگر اینکه وقوع یکی از اسباب زوال حق اثبات گردد که در اینجا این امر رخ نداده است.

ممکن است عدم استفاده از حق به‌منزله انصراف زوجه از استفاده از آن تلقی شود. واژه «اسقاط» حق در رأی حاضر می‌تواند نشان‌دهنده تفسیر عدم اعمال حق، به انصراف از آن از سوی زوجه باشد؛ چراکه اسقاط بر وزن «افعال»، معنای فعل را متعدی می‌کند و ساقط شدن حق را به زوجه نسبت می‌دهد. این تعبیر نیز پذیرفتنی نیست. با نظر به ملاک ماده ۲۴۹ قانون مدنی و استقراء در مواد قانونی،<sup>۱</sup> که نشان می‌دهد تمامی اعمال حقوقی نیازمند قصد انشاء می‌باشند و این قصد، می‌بایست توسط لفظ یا فعلی ابراز گردد، به ساکت نمی‌توان نظری نسبت داد. اسقاط حق نیز باید همراه با فعل یا لفظی باشد که صراحتاً نشان‌دهنده قصد ذی‌حق است و ترک فعل به خودی خود فاقد چنین دلالتی است، لذا به نظر می‌رسد که رأی موردنظر از جهات پیش‌گفته واجد ایراد است.

۱. برای مثال، مواد ۱۹۱، ۱۹۲، ۱۹۳، ۲۴۰، ۴۴۹، ۸۲۲، ۱۰۶۲ قانون مدنی که همگی انجام عمل حقوقی را نیازمند ابراز قصد انشاء می‌دانند.