

## اعمال حق وکالت در طلاق توسط زوجه با تحقق شرط ناباروری زوج

سعید محبوب\*

### مشخصات رأی

تاریخ رأی نهایی: ۱۳۹۱/۶/۲۹

شماره رأی نهایی: ۱۴۱۱

مرجع بدوی رسیدگی کننده: شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی چناران  
مرجع تجدیدنظر رسیدگی کننده: شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان  
رضوی  
مرجع عالی رسیدگی کننده: شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور

### ۱. وقایع پرونده

در پرونده مذکور، زوجین با گذشت بیش از پنج سال از ازدواجشان، به شیوه  
اهداء جنین صاحب فرزندی می‌گردند.<sup>۱</sup>

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه اصفهان

Sd.mahjoob@gmail.com

۱. «اهداء جنین به پروسه‌ای اطلاق می‌گردد که جنین انتقالی حاصل از لقاح تخمک و اسپرم غیرزوج‌گیرنده باشد. این اهداء در دو مورد انجام می‌شود: اول، در مواردی که مشکل ناباروری مربوط به مرد است و مرد قادر به تولید اسپرم نیست. در این صورت با توجه به ممنوعیت از نظر تعدادی از فقها، ناگزیر باید از اهداء جنین استفاده شود؛ دوم، در بیمارانی که احتمال انتقال بیماری‌های ژنتیکی به نسل بعد وجود دارد شامل بیماری‌های ژنتیکی وابسته به جنس نظیر هموفیلی، دیستروفی عضلانی دوشن و یا ناهنجاری‌های مادرزادی که با اهداء جنین قابل برطرف شدن باشد، روند اهداء جنین به این ترتیب است که زوجین بعد از مراجعه به مرکز ناباروری و محرز شدن این مسئله که با هیچ‌کدام از روش‌های درمان ناباروری امکان درمانشان وجود ندارد به واحد مددکاری ارجاع می‌شوند. مددکار توضیحات کامل درباره مسائل مختلف، ناشناس ماندن، طول زمان انتظار و ... را ارائه می‌کند و پس از طی مدت انتظار، نامه‌ای برای دادگاه



بدین ترتیب که زوجه دادخواستی مبنی بر بیماری ناباروری زوج، به جهت تحقق بند ۱۰ قسمت (ب) شروط ضمن عقد نکاحیه، ارائه می‌نماید. براساس بند مذکور، اگر با گذشت پنج سال از ازدواج، زن از همسر خود به علت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر، صاحب فرزندی نشود مرد به زن وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر داده که با مراجعه به دادگاه و دریافت حکم از دادگاه، خود را مطلقه نماید. دادگاه بدوی با این استدلال که با دریافت جنین هدایی، بقاء زوجیت برای تأمین مصلحت و آینده فرزند ناشی از اهداء جنین مجاز شده است<sup>۱</sup> و اینکه زوجه تا قبل از دریافت جنین هدایی، حق طلاق داشته ولی خود، حق مزبور را اعمال نکرده است و درخواست مجوز چنین هدایی را کرده و از این طریق نیز صاحب فرزند شده است، حکم به بی‌حقی زوجه به جهت داشتن فرزند صادر نموده است. از طرفی دادگاه تجدیدنظر با استدلال بر عقیم بودن زوج و تحقق شرط دهم از شروط ضمن عقد، حتی با اهداء جنین این حق را برای زوجه ثابت دانسته است و

← خانواده و پزشکی قانونی برای احراز صلاحیت اخلاقی و جسمی و اجتماعی دریافت می‌کنند. زوجین پس از صدور مجوز و موافقت حقوقی می‌توانند در سیکل درمانی قرار بگیرند.

[http://www.royaninstitute.org/cmsfa/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16&Itemid=9](http://www.royaninstitute.org/cmsfa/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=9)

۱. قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور (مصوب ۱۳۸۲) چنین مقرر می‌دارد:

ماده ۱ - به‌موجب این قانون، کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی‌صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون نسبت به انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی، ناباروری آنها (هریک به تنهایی یا هر دو) به اثبات رسیده اقدام نمایند.

ماده ۲ - تقاضای دریافت جنین اهدائی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر، تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل، مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند ... :

الف - زوجین بنا به گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه‌دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد.

ب - زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند.

ج - هیچ‌یک از زوجین محجور نباشد.

د - هیچ‌یک از زوجین مبتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج نباشند.

ه - هیچ‌یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند.

و - زوجین بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

براین اساس به زوجة اجازه داده تا با اعمال وکالت مندرج در سند رسمی ازدواج و با انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید. پس از فرجام خواهی زوج، دیوان عالی کشور بدون ورود به بحث ماهوی، اقدام به اعاده پرونده به شعبه مزبور نموده است.

### الف - رأی بدوی:

شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی چناران در خصوص دعوی خانم م. الف. به طرفیت آقای م. ن. و به خواسته‌ی صدور گواهی عدم امکان سازش به لحاظ بیماری ناباروری زوج، دادگاه با احراز رابطه زوجیت دائمی فیمابین طرفین دعوی به موجب سند رسمی ازدواج و اقرار خواهان مبنی بر اینکه فرزند دختر دارد که از طریق اهداء جنین و به روش لقاح خارج رحم، باردار و دارای فرزند شده است، دادگاه با توجه به دفاعیات خوانده و نظریه پزشکی قانونی گرچه عدم بارداری زوج را محرز دانسته ولی به لحاظ اینکه با دریافت جنین اهدایی براساس قانون اهداء جنین با شرط زوجیت و بقاء زوجیت برای تأمین مصلحت و آتیه فرزند ناشی از اهداء جنین مجاز شده است و زوجة قبل از دریافت جنین اهدایی، حق طلاق داشته ولی خود، حق را اعمال نکرده و درخواست مجوز چنین اهدایی را کرده و اکنون دارای فرزند از این طریق می‌باشد محلی برای اعمال حق وکالت در طلاق به علت نداشتن فرزند وجود ندارد، لذا حکم بر بی‌حقی و رد دعوی خواهان صادر کرده است.

### ب - رأی تجدیدنظر:

با تجدیدنظر خواهی خانم م. الف. نسبت به دادنامه پادشده شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی به موجب رأی شماره ۱۴۱۱-۱۳۹۱/۶/۲۹ با توجه به اینکه مطابق نظریه پزشکی قانونی، زوج، عقیم می‌باشد و شرط دهم از شروط ضمن عقد که مورد توافق طرفین واقع شده تحقیق یافته با نقض رأی تجدیدنظرخواسته و به لحاظ تحقق شرط ضمن عقد به زوجة اجازه داده تا با اعمال وکالت مندرج در سند رسمی ازدواج و با انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید.

### ج - رأی فرجامی:

نظر به اینکه دادنامه شماره ۱۴۱۱-۱۳۹۱/۶/۲۹ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی در تاریخ ۱۳۹۱/۷/۲۹ به آقای م. ن. ابلاغ شده است و نامبرده در تاریخ ۱۳۹۱/۸/۲۱ و خارج از مهلت مقرر قانونی نسبت به آن فرجام خواهی به عمل آورده است ضرورت داشت دفتر دادگاه تجدیدنظر استان به تکلیف خود به موجب ماده ۳۸۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، اقدام و پرونده را جهت صدور رأی مقتضی، به دادگاه تجدیدنظر ارسال می‌نمود لذا پرونده در کیفیت فعلی قابلیت طرح

در دیوان عالی کشور را ندارد و جهت اقدام قانونی به شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی اعاده می‌گردد.

رئیس شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور - مستشار دیوان عالی کشور

## ۲. تحلیل و بررسی

تحلیل آراء مذکور از نقطه‌نظر ماهوی بر چند پایه استوار است که ابتدا به منطق صدور حکم در محاکم بدوی و تجدیدنظر و نقدهای وارده اشاره می‌شود سپس با امعان نظر به متن آراء، به ارائه نظر صائب درخصوص موضوع پرداخته می‌شود.

منطق صدور حکم در هر دو محکمه (بدوی و تجدیدنظر) منطقی، مطلق و کل‌گرایانه می‌باشد. هرچند هر دو محکمه تلاش نموده‌اند که درخصوص ماهیت پرونده ورود بیشتری داشته باشند، اما آنچه از حکم بدوی استنباط می‌گردد این است که نفس اهداء جنین در هر شرایطی زایل‌کننده حق زوجه در مراجعه به دادگاه می‌باشد. از سوی دیگر، دادگاه تجدیدنظر در نقطه‌مقابل و به‌طور مطلق با این استدلال پنهان که با ایجاد حق، هیچ چیز آن را زایل نمی‌کند، حکم بر تحقق شرط مذکور در بند ۱۰ سند نکاحیه داده است. این در حالی است که هیچ‌یک از آراء مذکور درخصوص جوانب موضوع به بحث و بررسی نپرداخته‌اند. آنچه در موضوعات حقوق خانواده و دعاوی آن اهمیت بسزایی دارد توجه به منطق حاکم بر بنیان خانواده است که بدون شک این منطق بر پایه استحکام خانواده می‌باشد. بنابراین، دادرس در استفاده از قواعد تفسیری و قضایی در این حوزه، مطلق‌العنان نبوده و نمی‌تواند بی‌توجه به منطق حاکم بر خانواده، به استفاده از قواعد مذکور بپردازد. بر این مبنا و با مطالعه آراء، سؤالاتی به ذهن متبادر می‌شود که پاسخ‌دهی به آنها می‌تواند موجب روشن‌تر شدن زوایای موضوع مورد بحث گردد:

**الف -** آیا شرط تحقق بند ۱۰ قسمت (ب) شروط ضمن عقد نکاحیه،<sup>۱</sup> عدم باروری زوج به‌طور طبیعی می‌باشد و یا مراد از چنین شرطی،

۱. با گذشت پنج سال از ازدواج، زن از همسر خود به سبب عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر صاحب فرزندی نشود.

عدم باروری حتی پس از طی دوره درمان و انجام اقدامات درمانی است؟ در پاسخ باید گفت اگر در مواردی قصد طرفین از پذیرش شرط مزبور، روشن و مبرهن باشد همان قصد، ملاک عمل قرار خواهد گرفت؛ چراکه از لحاظ شیوه تفسیر کلی، با عنایت به ریشه قراردادی و منطقی اصل رضایی بودن، تفسیر بر مبنای قصد مشترک طرفین در این نوع قراردادها ارجحیت دارد. به عبارت دیگر، هنگامی که طرفین در شیوه انعقاد قرارداد آزاد باشند و تشریفات خاصی بر آنها تحمیل نگردد طبعاً به منظور دستیابی به مفاد قرارداد می‌باید قصد مشترک و تراضی واقعی‌شان را ملاک عمل قرار دهیم،<sup>۱</sup> ولی در مواردی که قصد طرفین از پذیرش شرط مذکور، مجهول و مبهم باشد، براساس وحدت ملاک از ماده ۲۲۴ قانون مدنی،<sup>۲</sup> باید چنین اذعان نمود که الفاظ شروط نیز محمول است بر معانی عرفیه و آنچه عرف با توجه به قدمت توالد انسانی و محمول بر طبیعی بودن زادوولد انسانی از شرط مزبور استفاده می‌کند عدم باروری طبیعی است. بنابراین، انصراف عرف با تحقق عدم باروری طبیعی زوج، این حق را برای زوجه به رسمیت می‌شناسد. شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور نیز در همین راستا به درستی مقرر داشته است: «مراد زوجه از شرط ایجاد وکالت در طلاق برای وی در صورت دارا نشدن فرزند از زوج، دارا شدن فرزند به‌طور طبیعی بوده و اجبار زوجه به تن دادن بارداری از طریق تلقیح مصنوعی صحیح نیست و وکالت در طلاق وی را منتفی نمی‌کند».<sup>۳</sup> با این حال درخصوص رأی مذکور در صورتی که احراز گردد زوج، زوجه را مجبور یا مکره به پذیرش تلقیح مصنوعی نموده است، مورد به جهت وجود اجبار یا اکراه، تخصصاً از شمول بند ۱۰ ضمن عقد قباله نکاحیه خارج بوده و حق

۱. علی رفیعی‌مقدم، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰)، ص ۹۶.

۲. ماده ۲۲۴ قانون مدنی: الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه.

۳. فرجام‌خواسته دادنامه شماره ۹۱۰۰۸۵۲-۹۱/۱۱/۲۴ صادره از شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی.

زوجه جهت اعمال وکالت در طلاق زایل نمی‌شود و در هر حال نباید تلقیح مصنوعی را موجد یا زایل‌کننده حق زوجه دانست.

ب - نکته دیگر اینکه در برخی مناطق و طبق عرف محل، زوجین بعد از عقد ازدواج، بی‌هیچ رابطه زناشویی، مدتی را در دوران نامزدی سپری می‌نمایند و پس از طی این مدت رسماً زندگی خود را آغاز می‌کنند. حال، سؤال اینجاست که: آیا منظور از ازدواج در بند ۱۰ قسمت (ب) سند نکاحیه، انعقاد عقد نکاح می‌باشد، یا آغاز زندگی مشترک به‌طور خاص و زیر یک سقف، مراد است؟ بدیهی است که مقصود، زمان آغازین زندگی رسمی در طی پنج سال می‌باشد و نمی‌توان ملترم به آثار نظر اول مبنی بر شروع مدت به صرف عقد نکاح گردید. در پاسخ بدین پرسش مقدر که ممکن است زوجین علی‌رغم زندگی مشترک، اقدام به رابطه زناشویی نکرده باشند، باید گفت شروع زندگی مشترک، اماره بر زناشویی است و همین امر را می‌توان مبنای نظر مذکور دانست. دلیل امر علاوه بر توجه به استحکام خانواده و جلوگیری از تفسیر موسع شروط مذکور، این است که در شرایط کنونی و با توجه به شناخت کمتر زوجین از یکدیگر، در بسیاری از موارد، طرفین اقدام به انعقاد عقد می‌نمایند و چه‌بسا تا سال‌ها رسماً زندگی زناشویی خود را آغاز نمی‌کنند. در صورتی که شرط مذکور را ناظر بر انعقاد عقد بدانیم در بسیاری از موارد قبل از اینکه زوجین رسماً زندگی خود را آغاز نمایند این حق برای زوجه جهت مراجعه به دادگاه به وجود می‌آید. این در حالی است که در فرض شروع رسمی زندگی، با کشف مشکل زوج، وی زمان کافی و لازم جهت درمان و معالجه بیماری خود خواهد یافت. گرایش به این نظر را می‌توان در برخی از شعب دیوان عالی کشور نیز مشاهده نمود. در پرونده‌ای که وکیل زوج مدعی، عدم محاسبه دوران نامزدی در طی پنج سال را نموده بود، شعبه ۸ دیوان عالی کشور چنین حکم داده است: «اعتراض وکیل زوج، مبنی بر اینکه مدت پنج سال با توجه به دوران نامزدی و ممانعت زوجه از بچه‌دار

شدن سپری نشده و یا ادعای قدرت باروری زوج هیچ‌کدام مقرون به دلیل و بینه‌ای نیست».<sup>۱</sup> از مفهوم رأی مزبور می‌توان به این نتیجه رسید که در مواردی که ادعای زوج مقرون به دلیل و بینه‌ای باشد، دوره پنج‌ساله زندگی مشترک زوجین منهای زیر یک سقف، در بند ۱۰ قسمت (ب) سند نکاح لحاظ نخواهد شد. اگر استدلال دادگاه را با توجه به عبارت دوم - یعنی «ممانعت زوجه از بچه‌دار شدن» - تفسیر نماییم و منظور از «عدم ارائه ادله» را به عنوان ادله برای این مقصود در نظر بگیریم، در این فرض نمی‌توان حق مراجعه به دادگاه را پس از پنج سال برای زوجه لحاظ نمود، زیرا زوجه با اراده خود مانع از مقدمه اساسی ایجاد فرزند گردیده است.

**ج -** سؤال دیگری که باید بدان پرداخت این است که: مراد طرفین از این شرط چیست؟ از شرط مذکور دو استنباط برمی‌آید: (۱) داشتن فرزند از شخص زوج، قصد اصلی زوجه بوده است و اگر به صورت اهداء جنین از دیگری باشد، حق طلاق برای وی پدید آید؛ (۲) داشتن فرزند، بماهو فرزند، با توجه به اهمیت آن در زندگی مشترک قصد اصلی وی بوده است. بنابراین، با اهداء جنین جایی برای اعمال حق طلاق باقی نمی‌ماند. درحقیقت، آنچه از قصد طرفین برمی‌آید این است که غالباً مراد زوجه از ازدواج با زوج، شخص وی بوده و مسلماً داشتن فرزند از وی مورد نظر زوجه می‌باشد. اگر این مفهوم پذیرفته گردد رأی دادگاه تجدیدنظر از این حیث، صحیح و عاری از هرگونه اشکال می‌باشد. این رأی از طریقی دیگر نیز - که در متن رأی، بالاجمال مورد اشاره قرار گرفته است - از قابلیت دفاع برخوردار است. بدین ترتیب که حق به‌وجود آمده تا زمانی که دلیل قطعی بر زوال آن در دست نباشد، به قوت خود باقی است و در مانحن‌فیه نیز حتی پس از چند سال این

۱. فرجام خواسته: دادنامه شماره ۱۱۴۳-۹۱/۹/۲۷ صادره از شعبه ۱ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان شمالی.

حق، محفوظ است. با این حال از جهات دیگر می‌توان رأی تجدیدنظر را به‌طور مبسوط مورد نقد و بررسی قرار داد که به‌ترتیب ذیل می‌باشد:

### ۳. قابلیت اسقاط ضمنی حق توسط زوجة

هیچ شکی در قابلیت اسقاط حق مزبور در بند ۱۰ سند نکاحیه پس از عقد توسط زوجة، نیست و ضرورتی ندارد که این اسقاط نیز لفظی باشد. علی‌الأصول در موارد مذکور، اسقاط به صورت لفظی نبوده و از قرائن امر می‌توان حکم به اسقاط فعلی حق مزبور نمود.

ممکن است از قرائنی این‌گونه برداشت گردد که زوجة حق خود را اسقاط نموده است که از جمله این قرائن می‌توان به پذیرفتن جنین توسط زوجة و حمل و زنده متولد شدن وی اشاره کرد. قرینه دیگر، ماده ۲ قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور (مصوب ۱۳۸۲) می‌باشد که شرط اهداء را تسلیم تقاضای زوجین به‌طور مشترک می‌داند. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر، تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه در صورت احراز شرایط ذیل، مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند...». بنابراین، در صورتی که زوجة مایل به عدم اسقاط حق خود باشد اقدام به تسلیم تقاضانامه نمی‌نماید. با این حال نباید چنین پنداشت که در هر حال و با دریافت جنین، حق زوجة ساقط می‌گردد، زیرا ممکن است زمانی که زوجة اقدام به اخذ جنین می‌نماید جنین به هر دلیلی به صورت زنده متولد نگردد. آیا در این هنگام نیز باید حق زوجة را ساقط شده دانست؟ آنچه به نظر می‌رسد این است که در این موارد زوجة به‌طور مشروط، اقدام به اسقاط حق خود می‌نماید. در واقع زوجة با تسلیم تقاضا و قبول دریافت جنین، نوعی ایقاع معلق صادر نموده که در صورت حیات جنین در خارج و بقاء وی، حق خود را ساقط می‌کند. نباید پنداشت که تعبیر عمل زوجة به ایقاع معلق، امری انتزاعی و به دور از واقعیت‌های ملموس زندگی است. این امر علی‌الخصوص در نکاح، کاربردهای فراوان دارد. برای مثال، هدایای ارسالی بعد از مراسم خواستگاری و پیش از ازدواج، [خانواده زوج و زوجة] هدایا را به محض



عدم وقوع عقد ازدواج، مسترد می‌نمایند زیرا در این باره برای خود مالکیتی قائل نیستند.<sup>۱</sup> در مانحن‌فیه نیز زوجه با صدور ایقاع معلق در صورت حیات و بقاء جنین، اقدام به اسقاط حق خود می‌نماید، ولیکن آنچه از تفاهم عرفی مستفاد می‌شود این است که با شرط حیات و قابلیت بقاء جنین، زوجه از حق خود، عدول و به‌نوعی حق خود را اسقاط نموده است.

#### ۴. وحدت ملاک حق زوجه با حق فسخ در خیارات

استدلال دیگر، توجه به «وحدت ملاک حق زوجه» در مانحن‌فیه با «حق فسخ در خیارات» می‌باشد. اگر مدت‌زمان اعمال حق طلاق زوجه با خیارات قراردادی و حتی خیارات در حوزه حقوق خانواده نیز قیاس گردد، اعمال حق فسخ در مواردی که أجل، نامشخص است فی‌الغور صورت می‌گیرد. «شیخ انصاری» درباره مبحث «فور یا تراخی خیار عیب» با ذکر دو نظر فور و تراخی بودن اعمال خیار، می‌نویسد: محقق سبزواری - صاحب کفایه - در تأیید تراخی بودن، دو دلیل اخبار مطلق و خاص و تمسک به اجماع را ذکر نموده است که شیخ هر دو دلیل را قابل مناقشه می‌داند و قائل بدین امر است که در روایات، «اطلاق» استفاده نمی‌شود زیرا اولاً، خبر خاصی یافته نشده است؛ ثانیاً تمسک به اجماع به دلیل وجود معارض نیز صحیح نیست. درنهایت، وی با قول به فوریت اعمال خیار به جهت موافقت با اصل، قول به فوریت را خالی از قوت نمی‌داند. سرانجام او تحقیق در مسئله را رجوع به اعتبار و عدم اعتبار استصحاب در این مسئله می‌داند.<sup>۲</sup> در خصوص «استصحاب» نیز با توجه به اینکه در مانحن‌فیه، استصحاب زمانی با اصالة‌اللزوم - که در نکاح به جهت تعلق عقد به نفوس، اشد از سایر عقود می‌باشد - نیز متعارض است، نمی‌توان به استصحاب، متمسک شد. توضیح مطلب در نکاح اینکه اصالة‌اللزوم، اصل اولی است که همه زمان‌ها را دربرمی‌گیرد. پس از عقد و با

۱. محمدجعفر جعفری‌لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷)، صص ۱۳۷ - ۱۳۸.

۲. مرتضی بن محمد امین انصاری دزفولی، المکاسب (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ هـ. ق.، ج. ۵، صص ۳۳۲ - ۳۳۴).

تحقق شرط، حق رجوع به دادگاه جهت مطلقه نمودن، برای زوجه پدید می‌آید که در صورت دائمی دانستن این حق، با اصاله‌اللزوم در تعارض قرار می‌گیرد، لذا می‌توان استصحاب را تا قدر متیقن از ابقاء معتبر دانست که این قدر متیقن، همان فوریت عرفی است بدین سبب اذعان شده است: «با توجه به اصولی کلی و رعایت اصل استصحاب، هرگاه در فوریت خیاری تردید شود بقاء خیار، استصحاب شده یعنی حکم به عدم فوریت آن خواهد شد، اما به نظر ما چون خیار، مخالف با اثر قاعده «لزوم» است باید به وجود آن فقط در موارد مسلم معتقد گردید و استصحاب در این خصوص به علت عدم استعداد بقاء، جریان پیدا نمی‌کند»<sup>۱</sup>. حال ممکن است گفته شود در حقوق خانواده به علت تعلق بحث به مناکحات، قواعد معاوضات جاری نشده و حکم به عدم فوریت داده شود. این استدلال نیز تام و تمام نیست چراکه ولایت یک طرف به طرف مقابل در نکاح، شدیدتر بوده و با توجه به قاعده عدم ولایت و تفسیر مضیق آن، اعتقاد به فوریت استفاده از این حق، اولی است، لذا گفته‌اند: خیارات موجود در نکاح، فوری است و دارنده حق فسخ باید در کوتاه‌ترین زمانی که عرفاً می‌تواند حق فسخ خود را اعمال نماید اراده خود را بر به هم زدن ازدواج اعلام دارد، زیرا «خیار فسخ» برای رفع ضرر همسری است که این حق به وی داده شده است و با این‌گونه خیار، مقصود حاصل می‌شود و باید در آنچه خلاف اصل است به میزانی که مقصود بدان حاصل گردد اکتفا کرد... با توجه به استثنایی بودن فسخ نکاح و مصلحت خانواده که نباید متزلزل بماند می‌توان گفت «خیار تخلف از شرط صفت» هم در مبحث نکاح، فوری است و از این حیث میان خیار مذکور و «خیار تدلیس» و «خیار عیب» تفاوتی نیست. وانگهی چنین تفاوتی، منطقی به نظر نمی‌رسد.<sup>۲</sup> در خصوص موضوع نیز گویی طرفین بر این امر توافق نموده‌اند که زوج، وصف باروری داشته و با تخلف از این وصف، منجر به ایجاد حق طلاق برای زوجه گردد و با شرط تخلف از این وصف، زوجه باید در اولین زمان

۱. مهدی شهیدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱ (تهران: انتشارات مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱)، صص ۷۵ - ۷۶.

۲. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (تهران: میزان، ۱۳۹۲)، صص ۲۱۸ - ۲۱۹.

ممکن و با قید فوریت، اقدام به ارائه دادخواست طلاق نماید، در غیر این صورت اراده ضمنی خود را برای ادامه زندگی مشترک اعلام نموده است. مع الوصف، در پرونده مذکور نیز زوجه در زمان مقرر جهت اعمال خیار - که پس از پنج سال شروع می‌شود - اقدام به اعمال حق نموده است. و چون در مقابل، دادخواست اهداء جنین، تنظیم و تسلیم کرده و جنین وی نیز زنده متولد شده و قابلیت بقاء داشته، حق خود را به طور ضمنی ساقط کرده است. بنابراین، به صورت قاعده هم نمی‌توان حق وکالت در طلاق زوجه را بدون توجه به فوری بودن اعمال آن، دائمی دانست. جالب توجه اینکه در پرونده دیگری، دادگاه تجدیدنظر، حکم به وجود حق زوجه حتی پس از بیست سال داده است که این رأی با توجه به مطلب گفته‌شده، صحیح به نظر نمی‌رسد. توضیح اینکه در پرونده‌ای زوجه، دادخواستی به طرفیت همسرش به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش به لحاظ عسر و حرج و تحقق شروط ضمن عقد تقدیم دادگاه نموده است. وی در اولین جلسه رسیدگی دادگاه اظهار می‌دارد: «به مدت ۲۰ سال است که ازدواج کرده‌ام و فرزندی ندارم». وی با توجه به تخلف زوج از بند ۱، ۲ و ۱۰ شروط ضمن عقد و عسر و حرج، تقاضای طلاق دارد. دادگاه زوجین را جهت بررسی علت بچه‌دار نشدن و اینکه این امر منتسب به کدام‌یک از زوجین می‌باشد به پزشکی قانونی معرفی می‌نماید. این مرجع در پاسخ اعلام می‌دارد که زوجه از نظر باروری، توانایی دارد و مشکل خاصی نیست. دادگاه، ختم دادرسی را، اعلام و با توجه به محتویات پرونده و اظهارات طرفین و احراز رابطه زوجیت و با لحاظ مدت زندگی مشترک - که قریب به بیست سال بوده - ناتوانی زوجین در صاحب فرزند شدن و احراز سلامت زوجه، به زوجه اذن می‌دهد با استفاده از وکالت تفویضی ناشی از تحقق شرط با مراجعه به دفاتر رسمی ثبت طلاق با بذل ده هزار ریال از مهریه، خود را به طلاق خلع، مطلقه نماید. پس از ابلاغ این رأی به زوج، نامبرده مبادرت

به تجدیدنظرخواهی می‌نماید. شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، تجدیدنظرخواهی زوج را وارد ندانسته و رأی تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌کند. نامبرده ظرف مهلت مقرر قانونی، معترض بدین امر می‌شود که شعبه ۸ دیوان عالی کشور در این خصوص این‌گونه رأی داده است: «فرجام‌خواهی [زوج] وارد و موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا محکمه با توجه به محتویات پرونده و اظهارات و مدافعات طرفین و ملاحظه پاسخ پزشکی قانونی که مؤید توانایی باروری زوجه بوده و زوج، همکاری لازم در جهت انجام معاینات پزشکی ننموده و با گذشت بیست سال از زندگی مشترک کماکان زوجین صاحب فرزندی نگردیده‌اند، بند دهم شروط ضمن عقد را محقق دانسته و مبادرت به صدور گواهی عدم امکان سازش نموده که بر این تشخیص و استنباط دادگاه، خدشه و خللی وارد نگردیده است و سایر اعتراضات فرجام‌خواه پیرامون عدم اعتیاد و یا عدم عسر و حرج زوجه نیز مؤثر در مقام نیست، زیرا مورد استناد دادگاه قرار نگرفته است. بنابراین، دادنامه فرجام‌خواسته در حدود اعتراضات مطروحه از ناحیه فرجام‌خواه، فاقد ایراد و اشکال مستوجب نقض می‌باشد»<sup>۱</sup> آنچه از رأی مذکور استنباط می‌گردد وجود حق مادام‌العمری زوجه در اعمال طلاق می‌باشد که اعطاء این حق با موازین گفته‌شده، منطبق نبوده و زوجه در صورت اعمال حق طلاق می‌بایست پس از پنج سال و به فوریت، دادخواستی مبنی بر اعمال حق ارائه می‌نمود، اما باید توجه داشت که فوریت چنین حقی عرفی می‌باشد و نمی‌توان برای آن، زمان مشخصی تعیین کرد، لذا می‌توان به درستی و صحت رأی شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در این خصوص که پس از هشت سال زندگی مشترک زوجین بوده است، نظر داد. طبق پرونده مذکور، پس از گذشت هشت سال از زندگی مشترک و در پی آن، بچه‌دار نشدن، زوجین به مداوا پرداختند ولیکن نتیجه‌ای در بر نداشته است و طبق آزمایشات انجام‌شده مشخص گردیده است که نقص از جانب

۱. فرجام‌خواسته: دادنامه شماره ۱۸۰۳-۹۱/۱۰/۴- صادره از شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

زوج می‌باشد و این مهم، موجب عسر و حرج زوجه شده است لذا زوجه با استناد به بند ۱۰ از شروط ضمن عقد نکاح، صدور حکم مبنی بر صدور گواهی عدم امکان سازش را درخواست نموده است. شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور چنین رأی داده است: «طبق محتویات پرونده شرط دهم مندرج در عقدنامه، محقق می‌باشد». بنابراین، توجه به این امر بسیار ضروری است که دادرسی در خصوص موضوع باید به مقتضای اوضاع و احوال، پاسخ‌گوی این پرسش‌ها باشد که: آیا زوجه پس از تحقق شرط، به‌فوری اقدام به تنظیم دادخواست نموده است یا خیر؟ آیا در خصوص مواردی چون دریافت جنین که به‌طور ضمنی این حق را ساقط نموده باشد، اقدامی انجام داده است یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ هریک از سؤالات فوق، این حق زوجه، قابلیت مطالبه و اعمال نخواهد داشت.

## ۵. مغایرت با روح قانون

علاوه بر استدلال فوق‌الذکر، آنچه از روح قانون منتج می‌گردد توجه بیش از حد به حفظ استحکام خانواده و مخالفت با تضعیف بنیان خانواده به هر طریقی است. مقصود از روح قانون نیز که در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی به عنوان منبع تمییز حق آمده است، اصول راهنمای قانون‌گذار در وضع قانونی است، خواه اصل راهنما از بطن احکام فرعی و پراکنده قانون استخراج شود خواه دلیل قطعی خارج بر آن دلالت کند؛ برای مثال، اصل آزادی قرارداد، احترام به مالکیت خصوصی، لزوم جبران ضرر، نسبی بودن اثر قرارداد، منع سوءاستفاده از حق، حفظ حرمت خانواده مشروع و حمایت از متصرف، از جمله اصول مورد احترام در قانون مدنی است.<sup>۱</sup> با توجه به اصل مزبور، در مواردی که شرطی برخلاف روح قانون باشد با تفسیر مضیق از شرط مذکور، اراده طرفین مورد تفسیر قرار می‌گیرد. براین اساس، حفظ حرمت خانواده مشروع ایجاب می‌نماید تا زمانی که دلیل قطعی بر استمرار حق، احراز نگردیده است با تفسیر مضیق از تدوام حق مذکور، حکم به صحت اعمال حق زوجه صحیح نیست.

۱. ناصر کاتوزیان، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۱، (بهار

## ۶. نتیجه‌گیری

در خصوص پرونده مذکور و پرونده‌هایی از این قبیل، چون با تحقق شرط مقتضی ایجاد گردیده است و هر چند اصل اولی، وجود حق و ابقاء آن می‌باشد ولی اعمال حق در هر زمان، تابع استمرار مقتضی است. بنابراین، اگر مانع رضایت زوجه حتی به‌طور ضمنی یا اسقاط ضمنی حق به‌طور فعلی متحقق گردد نمی‌توان حکم بر وجود این حق به نفع زوجه صادر نمود. در مانحن‌فیه نیز با توجه به دلایلی چند از جمله قابلیت اسقاط ضمنی حق توسط زوجه، وحدت ملاک حق زوجه با حق فسخ در خیارات و مغایرت با روح قانون می‌توان از فوریت عرفی اعمال حق مذکور سخن راند. همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد دادرس بنا به اقتضای اوضاع و احوال در خصوص موضوع، باید به این مهم پردازد که زوجه پس از تحقق شرط، چه موضعی را برای خود اتخاذ کرده است بدین معنا که: آیا فی‌الغور مبادرت به تنظیم دادخواست نموده است یا اقدام دیگری چون دریافت جنین که این حق را به‌طور ضمنی ساقط نموده باشد، انجام داده؟ سپس در صورت مثبت بودن پاسخ‌ها، این حق زوجه را ساقط، و عدم قابلیت مطالبه و اعمال را محرز بدانند. بنابراین، در پرونده مذکور نیز اگر زوجه در زمان مقرر جهت اعمال خیار - که پس از پنج سال آغاز می‌گردد - اقدام به اعمال حق ننموده و در مقابل، دادخواست اهداء جنین تنظیم نماید و جنین وی نیز زنده متولد شده و قابلیت بقاء داشته است در این صورت، حق وی به‌طور ضمنی ساقط گردیده است. بدیهی است که منظور از فوریت نیز فوریت عرفی بوده که برحسب زمان و مکان، متفاوت می‌باشد. در صورت عدم پذیرش این استدلال، باید به این نتیجه ملتزم گردید که زوجه، مادام‌العمر و در هر حال و موقعیتی می‌تواند مطالبه طلاق نماید؛ درحالی‌که این امر خلاف مبنای حقوق خانواده و التزام به استحکام خانواده است. التزام به شرط و قید «مادام‌العمر بودن» این حق برای زوجه، زندگی زناشویی را متزلزل می‌سازد، زیرا ملتزم بودن به چنین موضوع و امری، منجر به ناپایداری و تزلزل بنای زندگی می‌گردد به‌طوری‌که زوجه در هر زمان و به صرف اراده و اختیار، حتی بعد از گذشت سالیان سال زندگی زناشویی و داشتن فرزند یا فرزندان اهدایی، خود را محق حق مزبور خواهد دانست.

## فهرست منابع:

### کتاب و مقاله

۱. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، **المکاسب**، (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه. ق.).
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **تأثیر اراده در حقوق مدنی**، (تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷).
۳. رفیعی مقدم، علی، **اصل رضایی بودن اعمال حقوقی**، (تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰).
۴. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱**، (تهران: انتشارات مجد، چاپ یازدهم، ۱۳۹۱).
۵. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، **مختصر حقوق خانواده**، (تهران: میزان، ۱۳۹۲).
۶. کاتوزیان، ناصر، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، **مجله حقوقی دادگستری**، ش ۲۱، (بهار ۱۳۷۶).
۷. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه**، (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و دوم، ۱۳۹۰).

### قوانین

۱. قانون مدنی
۲. قانون نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲

### سایت

1. [http://www.royaninstitute.org/cmsfa/index.php?option=com\\_content&task=view&id=16&Itemid=9](http://www.royaninstitute.org/cmsfa/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=9)