

امکان صدور حکم بطلان دعوای طلاق شوهر در محاکم خانواده

عاطفه ذبیحی*

چکیده

نظر به پیشینه قانون گذاری در نظام حقوقی ایران در زمینه اختیار مطلق شوهر در طلاق و به تبع اصلاحات صورت گرفته در قانون مدنی در زمینه رسیدگی به درخواست طلاق زوجه محدود به موارد طلاق قضایی یا وکالت و همچنین با توجه به ماده اصلاحی ۱۱۳۳ قانون مدنی که اجرای طلاق از سوی شوهر را نیز از مسیر دادگاه لازم می‌شمارد؛ این سؤال مطرح می‌شود که ورود دادگاه در طلاق به درخواست زوج به چه ترتیبی بوده و آیا قاضی می‌تواند حدود اختیار مرد در تصمیم به اجرای صیغه طلاق را با صدور حکم بطلان دعوای طلاق وی محدود سازد یا این که اراده زوج در طلاق اساساً مطلق بوده و قابل تحدید نمی‌باشد؟ در رأی صادره دادگاه بدوی رودهن، قاضی محترم پرونده به پشتوانه دلایل متعدد مذکور در دادنامه و با توجه به شرایط زوجه، مانع از طلاق زوج شده است که مقاله حاضر مترصد ارزیابی ادله استنادی این دادنامه می‌باشد.

واژگان کلیدی: عدم امکان سازش، حق طلاق، ایقاع، لاضرر، لاجرح

مقدمه

نقش ارادهٔ زوجه در پایان بخشیدن به رابطهٔ زوجیتی که با ارادهٔ طرفینی آغاز می‌شود و نیز جایگاه حاکم در صدور حکم طلاق و الزام به آن و تفاوت موجود در این زمینه میان زن و مرد در احکام شرعی و به تبع آن قوانین حاکم، همواره عامل شکل‌گیری بحث‌های جدی در زمینهٔ حدود اختیارات شوهر و راهکار جلوگیری از سوءاستفاده و ظلم وی به زوجه بوده است. یکی از سؤالات مهم در این زمینه امکان صدور حکم بطلان دعوی طلاق زوج توسط دادگاه است که در رأی مورد بحث، موضوع بررسی قرار گرفته است. در این دادنامه، در پی دادخواست زوج با خواستهٔ صدور گواهی عدم امکان سازش و دفاعیات زوجه مبنی بر عدم تمایل به جدایی به دلیل آثار مخرب آن بر ازدواج دو فرزند در شرف ازدواج خود و حفظ آبروی زوجه پس از سی سال زندگی مشترک (به رغم ازدواج مجدد زوج در شهری دیگر و نیز عدم سکونت مشترک با خواننده به مدت پنج سال و عدم پرداخت نفقه)، دادگاه با عنایت به خواسته و شرایط زوجه حکم به بطلان دعوی شوهر نموده است.

۱- رأی دادگاه بدوی

خواهان آقای ... به طرفیت خوانده خانم ... دادخواستی به خواستهٔ صدور گواهی عدم امکان سازش جهت اجرای صیغهٔ طلاق داده که در ۱۳۹۸/۰۴/۲۵ ثبت این دادگاه شده و با ارائه: الف. دلیل وجود رابطه زوجیت دائم فی‌مابین (رونوشت سند رسمی نکاحیه به شماره ... دفترخانه ثبت ازدواج شماره ... حاکی از حدوث رابطه زوجیت دائم فی‌مابین از ۱۳۶۹/۰۷/۰۴ و بقای آن تاکنون)، ب. دلیل عدم حصول سازش فی‌مابین (نامه شماره ... مرکز مشاوره و خدمات روان‌شناختی ... حاکی از عدم امکان حصول سازش فی‌مابین به واسطهٔ اصرار زوج به جدایی بنا به انگیزه‌های مطرح) مدعی شده که علی‌رغم حدود ۳۰ سال بقای رابطه زوجیت، به واسطهٔ عدم تعلق خاطر زوجین به یکدیگر و عدم امکان سازش و عدم تمکین زوجه از وی از حدود پنج سال ایشان خواستار طلاق است. خوانده دفاع کرده که اولاً راضی به طلاق نیست، ثانیاً دو اولاد در شرف ازدواج داشته (حسب اسناد سجلی به شماره های ... ۲۸ و ۲۱ ساله) که وقوع طلاق آثار مخربی بر آیندهٔ ایشان داشته، ثالثاً این که زوج از سال ۱۳۹۳ ترک منزل مشترک کرده و نفقه هم نمی‌دهد، رابعاً زوج با پیمودن آیین اهل سنت مبادرت به ازدواج مجدد کرده و به همراه همسر دومش زندگی می‌کند. دادگاه جهت

راستی آزمایی ادعای خواهان و دفاعیات خواننده مبادرت به برگزاری یک جلسه رسیدگی، استماع دو تن مطلع تعرفه شده خواننده (اولاد زوجین که گفته‌اند؛ اولاً پدرمان منزل مشترک را از پنج سال پیش ترک کرده؛ ثانیاً این که پدرشان به مادرشان نفقه نمی‌دهد؛ ثالثاً این که مادرشان فاقد منبع درآمد مستقل و مشخص بوده و پدر بزرگشان در مقاطعی به ایشان کمک مالی می‌کند رابعاً این که مادرشان بیمار بوده و ناتوان از اشتغال و کسب درآمد است؛ خامساً این که پدرشان به‌طور عملی و عرفی با خانمی ازدواج مجدد کرده و در استان گلستان مشغول به زندگی مشترک با او است). به شرح سه برگ اوراق بازجویی مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۲۲، ارجاع مسأله به ارزیابی داوران طی قرار ارجاع امر به داوری مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۲۲ (منجر به وصول نظریه داور زوجه که به شرح لایحه شماره ۱۳۹۸/۰۹/۰۹ - ۱۳۹۸/۱۶۸۰۹ گفته اولاً با داور زوجه چندین بار تماس تلفنی برقرار کرده که منجر به تشکیل جلسه حضوری نشده و ثانیاً این که زوجه از باب سنوات طولانی زندگی مشترک و داشتن دو اولاد دم بخت و جهت حفظ آبرو و علی‌رغم دشواری همچنان مایل به بقای رابطه زوجیت است؛ ثالثاً این که نظر ایشان بر تداوم زندگی مشترک است؛ و این که حسب گزارش مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲۲ دفتر این دادگاه، داور زوج علی‌رغم حضور و ابلاغ مراتب به وی و سپری شدن مهلت، نظریه خود را واصل نکرده است. علی‌رغم اطلاق ظاهری مقررات داخلی حوزه طلاق، علی‌رغم عادت رویه قضایی در مراجعه خودکار به ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی و پذیرش محض درخواست طلاق از سوی زوج و علی‌رغم اطلاق ظاهری روایات در این خصوص (به‌ویژه روایت الطلاق بید من اخذ بالساق) به عقیده این دادگاه در این مورد، دست‌کم در شرایط کنونی اعمال حق طلاق زوج به لحاظ عواقب سنگین آن برای زوجه (و حتی برای اولاد)، مصداق استفاده سوء از حق بوده و در طرف دیگر، مقررات حاکم بر طلاق، پتانسیل و تاب‌آوری کافی در انسداد باب سوءاستفاده زوج از حق طلاق را بنا به مبانی آتی‌الذکر دارد:

۱- به‌موجب ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر «۱-... در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مربوط به زوجیت دارای حق مساوی می‌باشند»؛ ۲- به‌موجب بند ۲ ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی که به‌موجب قانون «اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» که در زمره مقررات الزام‌آور داخلی بوده و با ملاحظه عدم وجود دلیلی بر خروج کلی یا جزئی از آن؛ «دولت‌های طرف این میثاق تدابیر مقتضی به‌منظور تساوی حقوق و مسئولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد» و مع‌الوصف چه از حیث نفس وجود چنین مقرره‌ای و لزوم جمع میان مقررات (مواد فوق و نیز اصل ۴۰ قانون اساسی از یک‌سو؛ و ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی از

سوی دیگر)، چه از حیث برتری ذاتی دو مقررۀ اخیرالذکر بر هر مقررۀ دیگری به واسطۀ مبنای ابتکار عمل تقنینی چنان مقرراتی و نیز اهمیت موضوع مقررات مذکور، بستر تفسیر مقررات در راستای مبنای مورد نظر این دادگاه فراهم است؛ ۳- به موجب بخشی از مقدمۀ قانون اساسی: «... زنان ... استیفای حقوق آنان بیشتر خواهد بود ...» و با این وصف این محمل وجود دارد که مقررات فعلی حوزۀ طلاق، در مقایسه با قانون مربوطۀ پیش از آن (به موجب ماده ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ «در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد؛ ... ۳- عدم تمکین زن از شوهر، ۴- سوء رفتار یا سوء معاشرت هریک از زوجین ... ۵- ابتلای هریک از زوجین به امراض، ... ۶- جنون ...») اگر از حیث تجدید اقتدار محض زوج در اعمال حق طلاق، پیشرفته تر نبوده دست کم چندان پایین تر نباشد؛ ۴- به موجب بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است به تأمین امنیت قضائی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون» و یا این وصف در مقام مراعات اصل تساوی افراد در برابر قانون و با وجودی که به شرح آتی و قبل، محمل آن وجود دارد تحمیل مساوات به حقوق زن و مرد در انحلال رابطۀ زوجیت منطبق با قانون اساسی است؛ ۵- به موجب اصل ۱۰ قانون اساسی «از آن جا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است همه قوانین و مقررات در جهت پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی باشد» و مع الوصف تفسیر مقررات عادی در راستای همسان سازی حقوق زوجین در انحلال رابطۀ زوجیت هم سو با قانون اساسی است؛ ۶- همان طور که در مناسبات مالی، هیچ حق مطلقه ای وجود ندارد (از جمله با وجود مرزناسناسی حق مالیت، این حق در مقام تعارض با حق مجاوران دچار مرز می شود (ماده ۱۳۲ قانون مدنی)) به طریق اولی در مناسبات انسانی هیچ حق مطلق، محض و نامحدودی وجود ندارد؛ فلذا در اصطکاک حق طلاق زوج با تمامیت عرضی و عاطفی زوجه (و حتی حق اولاد)، باید رأی به تحدید حق طلاق زوج داده و در واقع، در تعارض آزادی زوج در اعمال حق طلاق با حق زوجه بر مساوات در انحلال نکاح، بنا به قولی مساوات (عدالت) ارزشی برتر است چون هیچ کس نمی پذیرد که آزادی نامحدود باشد؛ اما همه می پذیرند که عدالت نامحدود باشد؛ ۷- به موجب اصل ۴۰ قانون اساسی «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیلۀ اضرار به غیر و تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» و البته صدق «سوءاستفاده» از حق به عقیدۀ دادگاه دارای سه ملاک است: یکی وجود عمد و سوءنیت در اعمال حق، دوم ملاک مندرج در ماده ۱۳۲ قانون مدنی یعنی حقی که اجرائیش مستلزم رفع حاجت یا دفع ضرر نبوده و اما به دیگری ضرر بزند و آخری بی توجهی و بی محاباتی نسبت به عواقب سنگین اجرای حق در عین عدم جلب نفع

قابل توجه، و در خصوص مورد ضابطه سوم بر موضوع پرونده صدق می‌کند چون حسب محتویات پرونده اجرای حق طلاق از سوی زوج عواقب آسیب‌زننده‌ای برای زوجه داشته (از جمله رابطه زوجیت طرفین به مدت بیش از ۳۰ سال دوام داشته و گسست چنین رابطه‌ای، ولو رابطه مذکور در این اواخر رابطه متزلزلی شده، اما لطمه هیجانی سنگینی به زوجه وارد می‌کند، همچنین زوجه دارای ۵۵ سال سن بوده و با وجود کبر سنی وقوع طلاق جنبه‌ای سنگین از آسیب حیثیتی به وی در نزد اطرافیان وارد کرده، از سوی دیگر زوجین دارای دو اولاد بوده که در سن حساس ازدواج بوده و وقوع طلاق از این حیث موقعیت ایشان و قدرت انتخابشان را محدود و تضعیف می‌کند) و البته عدم اعمال آن حسب قرائن برای زوج قابل تحمل است (چون هم این‌که حسب گواهی شهود فوق و نیز حسب مشهودات مشاور خانواده در ضمن نظریه مکتوب خویش محرز است که زوج دارای همسر دیگر بوده و از این حیث نیاز به جبران خلأ خاصی نداشته، هم این‌که از تکلیف انفاق رها بوده، هم حضور فیزیکی در منزل مشترک ندارد) فلذا در اعمال حق طلاق خود، هم نسبت به عواقب سنگین عمل خود بی‌توجه و بی‌محابا بوده هم دلیل و مبنایی در جلب نفع قابل توجه برای خود ارائه نداده است؛ ۸- تحمیل ضمانت اجرا به زوج در اثر استفاده نامناسب از حق طلاق و در واقع بازرسی فرآیند طلاق به درخواست زوج در خصوص زوج در حقوق ایران دارای سابقه بوده که این‌که حق مطالبه نخله (که نزد دکترین ماهیت جبران خسارت معنوی دارد) برای زوجه در موارد عدم عذر موجه مفید بازرسی و کنترل برای اعمال حق طلاق بوده و لذا فرضیه حاضر تفاوت جوهری نداشته و صرفاً ضمانت اجرای مشددی را در پی دارد که برخلاف قبلی، ضمانت اجرای پیشینی یعنی اتمام حق است، به‌ویژه که در ماده ۱۳۲ قانون مدنی، سوءاستفاده‌کننده از حق اساساً در اعمال حق خویش محدود شده همچنین در اصل ۴۰ قانون اساسی گفته شده هیچ‌کس «نمی‌تواند» اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر قرار دهد که ظاهر بر اتمام حق بوده چون «نمی‌تواند» جز با اتمام حق حاصل نمی‌شود؛ ۹- در حقوق مالی که رابطه میان انسان یا مال بوده و محل اصابت حق، اموال است اعراض از حق به‌رغم جنبهٔ ظاهراً محض فردی، از باب امکان لطمه به نظم عمومی دارای محدودیت‌هایی شده از جمله در ماده یک قانون «مجازات راجع به انتقال مال غیر» مالکی که مالش از سوی غیر به دیگری منتقل شده را اگر ظرف یک ماه پیگیری قانونی به عمل نیاورد مجرم دانسته و البته علی‌رغم این‌که وجه مشابهتی بین حقوق مالی و انسانی وجود ندارد و نمی‌توان طلاق را مصداق اعراض دانست؛ اما دست‌کم می‌توان پذیرفت که به واسطه اهمیت حقوق در روابط انسان‌ها و بدین سبب که محل اصابت آن یک انسان است، به طریق اولی می‌توان از باب وخامت عواقب و آثار قائل به محدودیت شد؛ ۱۰- رابطه

زوجیت در شروع، عقد بوده و با تراضی دو اراده شکل گرفته، در جریان و تداوم رابطه زوجیت به طور نسبی مساوات برقرار شده (از جمله از طریق تقابل تمکین و انفاق؛ تقسیم حضانت بر اولاد بین زوجین؛ حق زوجه بر نصف اموال؛ حق بر مهریه؛ حق حبس در وصول مهریه؛ تکلیف زوجین بر حسن معاشرت و غیره) فلذا نباید با آزاد گذاشتن مطلق زوج در طلاق در عین تحدید زوجه در طلاق، برخلاف تعادل درونی عقد مذکور حرکت کرد؛ ۱۱- در صورت عدم برقراری محض اختیار برای دادگاه در بازرسی حق طلاق در این صورت وصف قضائی طلاق خالی از فایده می شود چون وجود ارکان عمومی جهت اجرای حق طلاق (قصد انشاء و احراز رابطه زوجیت) از سوی سردفتر و جاری کننده صیغه طلاق نیز مقدور بوده و لزومی به مداخله دادگاه نیست؛ فلذا مداخله دادگاه در تجویز طلاق به عنوان نهاد توزیع کننده نظم عمومی توجیه کننده تحدید زوج می تواند باشد؛ ۱۲- طلاق از مصادیق ایقاع بوده و به موجب ماده ۹۷۵ قانون مدنی محدود و مقید به نظم عمومی و اخلاق حسنه است و حتی در ایقاع، وجه اولویت وجود چون ایقاع ذاتاً ابراز تحمیل اراده به دیگری و نوعی پذیرش ولایت است (کاتوزیان، بی تا، شماره های ۷۸ و ۷۹) و در خصوص مورد هیچ تفسیری از اخلاق حسنه (در معنای مرتبه والای اخلاقی که صرف بی اخلاقی را نپذیرفته؛ بلکه مروج نوعی از اخلاق برتر است) نمی پذیرد که زوج به منظور نیل به فوایدی که به طور متعارف وی را در موقعیت چندان برتری قرار نمی دهد ایقاعی انجام دهد که عواقب سنگین نامطبوع دارد؛ ۱۳- در فقه اسلامی نیز مبنای اقناع آوری یافت می شود از جمله در حدیث «سمره بن جندب» علی رغم اهمیت حق مالکیت در فقه اسلامی و پذیرش اصل تسلیط اما به واسطه اعمال نابه جای حق که به حد بی محابایی در استفاده از آن می رسد حق اتمام یافته تلقی و زائل می شود؛

مع الوصف به شرح فوق الذکر خواسته خواهان دست کم در چارچوب شرایط حاضر قابل قبول نبوده و به استناد مواد ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۲۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، (ملاک) ۱۳۲ و ۹۷۵ قانون مدنی و اصول ۱۰ و ۴۰ قانون اساسی، حکم به بطالن دعوی خواهان صادر می شود. رأی صادره ۲۰ روز از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران است.

محسن پارسا دادرسی شعبه اول رودهن

۲- خلاصه ادله استنادی دادگاه بدوی

در دادنامه مورد بحث برغم اذعان و تصریح قاضی محترم به رویه قضایی

جاری در پذیرش محض درخواست طلاق زوج و نیز اطلاق ظاهری روایات در مورد حق طلاق زوج، اقدام زوج مصداق سوءاستفاده از حق و قابل منع برشمرده شده است و دلیل این منع نیز شرایط زوج و عواقب سنگین طلاق برای او با توجه به ظرفیت موجود در مقررات فعلی ذکر شده است. قاضی محترم پرونده به منظور مستدل نمودن رأی صادره به ادله سیزده گانه‌ای استناد نموده است که البته برخی از آن‌ها با یکدیگر هم‌پوشانی دارد. خلاصه دلایل استنادی برای اثبات امکان صدور حکم بطلان دعوی طلاق مرد در رأی مورد بحث به شرح ذیل است:

۱. عضویت و الحاق ایران به اسناد بین‌المللی حقوق بشر از قبیل میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی یا اعلامیه جهانی حقوق بشر که تصریح به تساوی حقوق زوجین دارد، این اسناد را در ردیف قانون داخلی و لازم‌الاجرا می‌سازد که می‌تواند مستند قانونی حکم قاضی برای رد درخواست زوج باشد.

۲. مقدمه و برخی از اصول قانون اساسی حاکی از لزوم توجه به شرایط زوج هنگام طلاق و امکان منع شوهر از طلاق است که شامل موارد ذیل است: الف. تحقق بخشی از مقدمه قانون اساسی مبنی بر لزوم حمایت و استیفای بیشتر حقوق نقض شده زنان در نظام طاغوت مستلزم آن است که قوانین موجود به نحوی تفسیر شود که از حیث تجدید اقتدار محض زوج در اعمال حق طلاق، پایین‌تر از قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ نباشد؛ ب. با توجه به بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی مبنی بر لزوم تأمین امنیت قضائی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون، قانون اساسی مجوز تفسیر قوانین موجود در راستای قائل شدن به مساوات در حقوق زن و مرد در انحلال رابطه زوجیت را صادر می‌نماید؛ ج. ضرورت تحکیم خانواده به موجب اصل ۱۰ قانون اساسی، امکان تفسیر مقررات عادی را در راستای همسان‌سازی حقوق زوجین در انحلال رابطه زوجیت هم‌سو با قانون اساسی میسر می‌سازد.

۳. ماده ۱۳۲ قانون مدنی و اصل چهارم قانون اساسی مجوز سلب یا تحدید حق را به استناد سوءاستفاده ذی‌حق از آن، صادر نموده است که در مورد طلاق شوهر نیز این معیار قابل تطبیق است. همچنین قاعده لاضرر در ردیف مستندات حکم دادگاه قابل توجه است.

۴. تحمیل ضمانت اجرا به زوج در اثر استفاده نامناسب از حق طلاق در قوانین

همچون حق مطالبهٔ نخله و به رسمیت شناختن جواز این تضمین توسط قانون‌گذار ایرانی، امکان تعمیم آن به موارد دیگر چون تعیین ضمانت اجرای پیشینی اتمام حق طلاق را فراهم ساخته است.

۵. لزوم حفظ نظم عمومی به جهات مختلف از قبیل ماده ۹۷۵ قانون مدنی، ماهیت ترافعی دعوای طلاق زوج و ... مستلزم پذیرش امکان تحدید ارادهٔ شوهر در طلاق است.

۳- تحلیل و بررسی مستندات رأی دادگاه

پذیرش مستندات رأی صادره دادگاه به جهاتی قابل تأمل است که در ذیل به بررسی یکایک دلایل ابرازشدهٔ دادگاه بدوی پرداخته خواهد شد:

۱. در بررسی دلیل نخست دادنامه باید اذعان داشت استناد به ماده ۱۶ اعلامیهٔ حقوق بشر^۱ در راستای «ایجاد تساوی میان حقوق زوجین در کلیهٔ امور مربوط به زوجیت» از این جهت محل تأمل است که اعلامیهٔ حقوق بشر صرفاً یک اعلامیه بوده و از لحاظ حقوقی فاقد جنبهٔ الزام‌آوری بوده^۲ و به تصریح ماده دوم از بند هفتم منشور سازمان ملل، منشور به هیچ وجه اجازهٔ دخالت در موضوعات راجع به حقوق داخلی کشورها را نمی‌دهد (درویشی، ۱۳۹۲: ۱۱۴)؛ لذا استناد به آن در ردیف دلایل و مستندات حکم دادگاه قابل پذیرش نخواهد بود.

از سویی، به فرض پذیرش، اعتبار این اعلامیه در حد قوانین عادی خواهد بود و در مقام تفسیر قانون، در صورت ایجاد تعارض با قانون اساسی، در راستای اصل چهارم قانون اساسی قابل تفسیر خواهد بود. به دلیل تعارض موجود میان ماده ۱۶ اعلامیه و مواد متعدد قانون مدنی، استناد به آن توسط قاضی برای صدور حکم مستلزم نقض تعداد کثیری از مواد قانون مدنی خواهد بود.

۱. دولت ایران در سال ۱۳۲۷ در جریان تصویب اعلامیه جهانی حقوق بشر جزء رأی‌دهندگان مثبت بوده است.
۲. در واقع اعلامیه جهانی به عنوان یک هدف متعالی میان بشریت، نه به عنوان یک قانون الزام‌آور مورد موافقت قرار گرفته است. چنان که خانم روزولت، رئیس کمیسیون حقوق بشر می‌گوید: «اعلامیه یک منشور یا توافق‌نامه بین‌المللی نبوده و هیچ‌گونه الزام قانونی ندارد؛ بلکه توضیح مجموعه حقوقی است که با انسان ارتباط مستحکم دارد و تحقق آن‌ها در سطح جهانی مطلوب قلمداد می‌شود» (تسخیری، ۱۳۷۵: ۱۷۷).

۲. پیرامون تعهد دولت ایران به اتخاذ تدابیر مقتضی به منظور «تساوی حقوق و مسئولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن» به‌موجب بند ۲ ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی نیز باید توجه داشت که گرچه این میثاق به تبع قانون «اجازة الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» مصوب ۱۳۵۴ به‌موجب ماده ۹ قانون مدنی^۱ به منزله قانون داخلی به شمار می‌رود؛ لیکن وجود قوانین معارض در میان مواد قانونی در زمینه عدم وجود مساوات در انحلال نکاح میان زوجین موجب می‌شود نهایتاً قانون اساسی مقدم دانسته شده (شریفیان، ۱۳۸۰: ۳۵۲) و نظر به این‌که قاعده اولی در تعارض شیئین تساقط است (حیدری، بی‌تا: ۳۱۱)، در مقام حل تعارض، باید راهکار تساقط پیش گرفته شود که در این صورت به‌موجب اصل ۴ قانون اساسی^۲ و نیز اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۳ مراجعه به منابع فقهی، راه‌حل دستیابی به حکم نهایی را برای قاضی فراهم خواهد ساخت.

۳. آن‌چه در مقدمه قانون اساسی^۴ مشاهده می‌شود لزوم حمایت از بانوان در استیفاء بیشتر حقوق نقض‌شده ایشان متأثر از ظلم نظام طاغوتی است و در ادامه

۱. مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول، منعقد شده باشد در حکم قانون است.

۲. اصل چهارم: کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.

۳. اصل یکصد و شصت و هفتم: قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

۴. زن در قانون اساسی: در ایجاد بنیادهای اجتماعی اسلامی، نیروهای انسانی که تاکنون در خدمت استعمار همه‌جانبه خارجی بودند هویت اصلی و حقوق انسانی خود را باز می‌یابند و در این بازیابی طبیعی است که زنان به دلیل ستم بیشتری که تاکنون از نظام طاغوتی متحمل شده‌اند؛ استیفاء حقوق آنان بیشتر خواهد بود. خانواده واحد بنیادین جامعه و کانون اصلی رشد و تعالی انسان است و توافق عقیدتی و آرمانی در تشکیل خانواده که زمینه‌ساز اصلی حرکت تکاملی و رشد یابنده انسان است اصل اساسی بوده و فراهم کردن امکانات جهت نیل به این مقصود از وظایف حکومت اسلامی است. زن در چنین برداشتی از واحد خانواده، از حالت (شیء بودن) و یا (ابزار کار بودن) در خدمت اشاعه مصرف‌زدگی و استعمار، خارج شده و ضمن بازیافتن وظیفه خطیر و پرارج مادری در پرورش

نیز این مقدمه، ناظر به وظیفه دولت در فراهم نمودن زمینه تشکیل خانواده و حفظ و ارتقاء مقام مادری است و بر این اساس تفسیر صورت گرفته توسط قاضی محترم دادگاه بدوی مطابقتی با این محتوا ندارد و نمی تواند مثبت ادعا تلقی گردد. به ویژه این که این مقدمه در کنار سایر اصول از جمله اصل ۴ قانون اساسی که ابتدای قوانین بر موازین اسلامی را حاکم نموده است؛ باید مجری دانسته شود. مضاف بر این که ماده ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ در مقام شناسایی موارد امکان طلاق است (که در مواد قانونی موجود از جمله ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز مورد شناسایی قانون گذار واقع شده است) نه الزام شوهر به ماندن در رابطه زوجیت، از این رو وجهی برای قیاس این دو در ارزش گذاری وجود ندارد.

۴. در مورد بند ۱۴ اصل ۳ قانون اساسی چند نکته قابل توجه است: نخست این که اصل مذکور به ظاهر در مقام بیان وظایف دولت به عنوان قوه مجریه و انجام اقدامات لازم در اجرای قانون است (یزدی، ۱۳۶۸: ۴۸) و وضع یا تفسیر قانون از حدود اختیارات دولت خارج است و چنانچه دولت در این اصل به معنای دولت اسلامی و حاکمیت و فراتر از قوه مجریه تعبیر شود، چنان که از آن به عنوان اصل بنیادین وظایف دولت اسلامی یاد شده است (کعبی، ۱۳۹۳: ۵)؛ نمی تواند به وجهی که قاضی محترم پرونده مورد استناد قرار داده، تفسیر گردد؛ چرا که موضوع بحث در پرونده حاضر ناظر به شناسایی وجود یا عدم وجود این حق بر اساس قانون و مبانی موجود است. در همین راستا، حدود وظایف قوه قضاییه منحصر در موارد مذکور در اصل ۱۵۶ قانون اساسی دانسته شده است (مهرپور، ۱۳۹۳: ۳۴۲). دوم این که مقصود از «ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون» ناظر به مرحله اجرای قانون و ایجاد امکانات برای دسترسی برابر افراد به مراجع قضایی و جلوگیری از عوامل مخل عدالت است و ارتباط مستقیم به موضوع دادخواست ندارد. برابری اشخاص در برابر قانون که از اصول حاکم بر قوه قضاییه بر شمرده می شود (محسنی، ۱۳۹۵: ۴۹۱)؛ صرفاً تساوی و بهره مندی افراد در چارچوب قوانین موضوعه را در بر می گیرد. سوم این که قاضی محترم دادگاه از اصل

مذکور برای تحمیل مساوات به حقوق زن و مرد در انحلال رابطه زوجیت به قانون اساسی و بیان انطباق این امر با مفاد قانون اساسی بهره برده است؛ در حالی که تساوی افراد در برابر قانون و بهره‌مندی از امکان رسیدگی قضایی عادلانه غیر از به رسمیت شناختن حقوقی در قانون است که در مورد شناسایی آن تصریحی در قوانین به چشم نمی‌خورد و از جهت مبانی فقهی نیز محل تأمل است.

۵. استناد به ضرورت تحکیم خانواده و به تعبیر اصل ۱۰ قانون اساسی «پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی» به عنوان مجوز منع طلاق در مستند پنجم دادنامه، از این جهت محل اشکال است که گرچه تحکیم خانواده فی‌نفسه ارزشمند است؛ این سؤال مطرح خواهد بود که آیا لزوماً تداوم رابطه زوجیت به منزله تحکیم است و آثاری که قانون‌گذار از عنوان تحکیم مدنظر داشته؛ بر آن مترتب می‌گردد؟ نظر به این که خانواده متشکل از زوجین و فرزندان است؛ مطلوب حقیقی، حفظ خانواده سالم با لحاظ مصالح اعضاء است و وضع مقررات طلاق حاکی از آن است که بقاء کانون خانواده ارزش ذاتی ندارد و گرچه طلاق در روایات به ابغض الحلال تعبیر شده است؛ در هر حال صدور مجوز شرعی انحلال نکاح، تمسک به اطلاق دلیل ادعایی دادگاه بدوی را مخدوش می‌سازد؛ لذا این دلیل نمی‌تواند مبنای رد درخواست زوج برای طلاق باشد. به‌ویژه این که تحکیم خانواده با تحدید اراده شوهر در طلاق با سازوکارهای پیش‌بینی شده در حقوق داخلی عملاً صورت گرفته است. افزایش هزینه طلاق برای مرد با تعبیه نهادهای اجرت‌المثل و نحله و پیش‌بینی شروط ضمن عقد و داوری الزامی در طلاق در کنار تصریح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به لزوم رسیدگی دادگاه در دعوای طلاق که ضرورت این تدابیر با عناوین ثانوی قابل توجیه دانسته شده (هدایت‌نیا، ۱۳۹۸: ۱۱۲-۱۱۴)، ایجاد محدودیت بر اراده شوهر است که این راهکار نسبت به اجبار مستقیم شوهر بر ماندن در رابطه زوجیت مؤثرتر بوده و جنبه حمایت بیشتری نسبت به زوجه دارد.

۶. قاضی محترم پرونده در بیان دلایل ششم و هفتم به استناد وجود شرایط اعمال قاعده منع سوءاستفاده از حق، ماده ۱۳۲ قانون مدنی^۱ و اصل چهارم قانون

۱. کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف

اساسی را به عنوان مستندات دیگر حکم خود ذکر نموده است که استدلال قاضی از جهاتی قابل تأمل است:

الف. مطابق دلیل ششم دادنامه، همانطور که در مناسبات مالی، حق مطلق و نامحدود وجود ندارد (ماده ۱۳۲ قانون مدنی)؛ به قیاس اولویت در مناسبات انسانی نیز این اطلاق قابل تحدید است و همچنین در تعارض «آزادی زوج در اعمال حق طلاق» با «حق زوجه بر مساوات در انحلال نکاح»، اجرای عدالت و تحدید حق طلاق مرد رجحان می‌یابد. در ارتباط با این استدلال چند نکته قابل عرض است: اولاً جریان قیاس اولویت در بحث باید با دقت بیشتری صورت گیرد؛ زیرا عوارض موضوع در مورد اعمال حق مالی با موضوع پرونده متفاوت است. در ماده ۱۳۲ بحث در سلب یا تحدید اعمال یک حق مالی است، در حالی که در موضوع بحث، ماندن در رابطه حقوقی ارادی مستمر و پذیرش الزامی آثار قانونی آن تا پایان عمر بر شوهر تحمیل می‌شود؛ لذا در قیاس این دو احتیاط بیشتری لازم است. ثانیاً در استدلال، حق زوجه بر مساوات در انحلال نکاح مفروض دانسته شده و به همین دلیل در معارضه با آزادی زوج در طلاق توصیف شده است که این ادعا خود محل مناقشه است.

از جهات دیگر نیز استناد به سوءاستفاده از حق را باید منتفی دانست. چه این که در مورد سوءاستفاده از حق، تصرفات متعارف با هدف جلب منفعت یا دفع ضرر ولو این که موجب تضرر غیر باشد؛ مورد احترام بوده و قابل تحدید نیست و طلاق هم به عنوان ابزاری متعارف برای رهایی شوهر از تکالیف زوجیت در قالب ایقاع در اختیار شوهر قرار گرفته است که مشابه چنین ضرری در سایر مصادیق انحلال از قبیل فسخ نیز برای طرف مقابل وجود دارد. در منابع فقهی برای اجرای حق فسخ طرفین نکاح این که چه ضرری متوجه طرف مقابل خواهد بود لحاظ نشده؛ در حالی که ضرر عرضی و عاطفی از این قسم انحلال قابل انفکاک نیست. از سوی دیگر، به موجب ماده ۱۳۲ قانون مدنی در تقابل قاعده تسلیط و لاضرر، مالک به واسطه ضرر فردی وارد به غیر، از اعمال نامحدود آثار مالکیت خود منع می‌شود

و سلب کلی حق صورت نمی‌گیرد، موارد سلب کلی حق مالکیت نیز در قوانین فعلی ناظر به ضررهای جمعی و مصالح اجتماعی از قبیل ملی شدن اراضی یا طرح‌های عمرانی شهری و ... است؛ در حالی که در منع شوهر از طلاق به پشتوانه این ماده، سلب کلی حق به استناد ضرر فردی محقق می‌شود.

اشکالاتی از این قسم در جریان قاعده لاضرر در موضوع نیز چنان‌که در دلیل سیزدهم دادنامه این قاعده مورد اشاره قرار گرفته؛ قابل طرح است. اگر چنین استدلال شود که «گرچه به حکم اولی، طلاق به اراده شوهر واگذار شده؛ لیکن در صورت عروض عنوان ثانوی و تحقق ضرر و حرج، قواعد لاضرر و لاجرح حاکم می‌شود؛ قاضی مجاز به منع زوج از طلاق خواهد بود؛ اما در مورد جریان قاعده به استناد ایراد ضرر به تمامیت عرضی و عاطفی نیز چند نکته قابل توجه است: رکن اساسی در جریان لاضرر، احراز وجود ضرر شخصی و تشخیص آن است (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۳۷). در این راستا این سؤال قابل طرح است که آیا ضرر عرضی و آبرویی به معنای حقیقی به‌واسطه طلاق بر مطلقه حادث می‌شود و اگر چنان‌که است آیا این ضرر ناشی از خود حکم است که به استناد لاضرر «لا حکم ضرری فی الاسلام» مرتفع شود (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۲۳۳) یا شدت ضرر به جهت عرف غلط یا تعصبات خاص برخی مناطق است و یا این‌که اساساً ضرر، عرضی نبوده؛ بلکه ضرر معنوی و آسیب روحی است که اگر چنین باشد، اثبات شمول لاضرر نسبت به ضررهای معنوی از این قبیل اول‌الکلام خواهد بود. به تعبیر برخی حقوقدانان، اگر به صرف آزار یا صدمه مادی یا معنوی زوجه، حق طلاق یا رجوع مرد را محدود بدانیم، در واقع مانند آن است که مرد چنین حقی نداشته باشد؛ لذا اجرای این حقوق را به صرف زیان دیگران نمی‌توان ممنوع یا محدود کرد؛ مگر این‌که هدف از اعمال، قصد اضرار باشد (بهرامی‌احمدی، ۱۳۹۳: ۳۷۱) که به نظر می‌رسد در این پرونده چنین نیست. این نکته در مورد وضعیت زوجه در پرونده حاضر با ابهام و تردید بیشتری مواجه است؛ زیرا ازدواج مجدد زوج و سکونت پنج ساله او با همسر دوم در شهری دیگر، امری نیست که از دید بستگان و اطرافیان پنهان مانده باشد تا بتوان نفس اجرای صیغه طلاق را سبب از دست رفتن آبروی زوجه برشمرد.

اظهار نظر بر مبنای ضرر متوجه فرزندان برای ازدواج ایشان هم که در پرونده مطرح شده است؛ این اشکال را به همراه خواهد داشت که حکم قاضی به لزوم بقاء رابطه زوجیت، محمل سوءاستفاده در برابر دیگران و مخفی نمودن واقعیت زندگی خانوادگی طرفین را فراهم می‌سازد.

نکته دیگر در مورد جریان قاعده لاضرر این است که در مواردی که ضرر متوجه هر دو طرف باشد یا باید قائل به تساقط و به تبع آن جواز اعمال حق از سوی ذی‌حق شد یا این که ضرر اقوی را ملاک قرار داد^۱. به فرض اولی ندانستن راهکار تساقط، امکان تشخیص اقوایت ضرر زوجه در این موضوع قابل مناقشه خواهد بود. به این لحاظ که آیا باید صرفاً ضررهای فعلی متوجه زوجین مدنظر قرار گیرد یا ضررهای تدریجی که در پی گذر زمان متوجه آنها می‌شود هم در دایره مقایسه ضررها قرار خواهد گرفت؟ چرا که منع زوج از طلاق، او را نسبت به نفقه و سایر تکالیف زوجیت مدیون می‌سازد که این دین در کنار سهم‌الارث زوجه پس از فوت هم آثار قانونی به همراه خواهد داشت؛ در حالی که با طلاق، زوج از همه تکالیف مزبور رهایی می‌یابد. با توجه به تبعات ذکرشده، این سؤال باقی خواهد بود که آیا این آثار باید در ارزیابی ضررین متعارض لحاظ گردد؟ همچنین در تقابل ضررهای مادی و غیرمادی، کدامیک، در چه بازه زمانی و با چه معیار ارزیابی، مقدم خواهد شد؟^۲

در مجموع به نظر می‌رسد ابهامات موجود در مورد قاعده لاضرر در کنار مصالح دیگری که ممکن است در اولویت بودن آنها، حکومت لاضرر را با تردید مواجه سازد، احتیاط بیشتری را برای اظهار نظر در این موضوع طلب نماید.

از سوی دیگر نظر به عدم مطالبه تکالیف قانونی از قبیل نفقه و سکونت و ... از سوی زوجه، آنچه به ظاهر برای زوجه در این پرونده مورد مطالبه است بقای نام

۱. در زمینه موارد تعارض ضرر شخصی و ضرر غیر، اضرار به غیر برای دفع ضرر از خود ولو این که ضرر مالک نسبت به ضرر غیر اقل باشد؛ جایز دانسته شده است، (انصاری، ۱۴۱۶ ق: ۵۳۹)، (تبریزی، ۱۳۸۷: ۱۱۸).

۲. به نظر می‌رسد انتظار تشخیص موارد فوق از قضات دادگاه‌های بدوی که بعضاً با مدرک کارشناسی حقوق و بدون پیشینه فقهی لازم برای تطبیق قاعده لاضرر در موارد تعارض ضررین در کسوت قضاوت قرار گرفته‌اند، انتظار به جایی نباشد.

زوج به عنوان شوهر در شناسنامه وی است و اگر قاضی را مجاز به تحدید حق زوج نشماریم؛ آن چه در اختیار قاضی باید قرار گیرد حکم به عدم امکان ثبت طلاق است نه الزام به ماندن زوج در رابطه‌ای قراردادی که تداوم آن بر مبنای اراده باید صورت گیرد که عدم ثبت هم باتوجه به این که ممکن است منشأ آثار عدیده شرعی و قانونی گردد، در مورد طلاق ممکن نخواهد بود.

۷. در دلیل هفتم، به وجود موارد مشابه تحمیل ضمانت اجرا به زوج در اثر استفاده نامناسب از حق طلاق همانند نحله و امکان تعمیم آن به محل بحث استناد شده است؛ این در حالی است که تفاوت موضوعی دو مسأله، تعمیم حکم را منتفی می‌سازد؛ زیرا نحله جنبه حمایتی از زوجه داشته و به جهت جبران خسارت و به عنوان آثار تبعی طلاق به موجب بند ب تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق به زوجه تعلق می‌گیرد که مبلغ چندان قابل توجهی نیز محسوب نمی‌شود و پرداخت آن ضرر معتناهی برای زوج در پی ندارد. در حالی که در پرونده، بحث برداشتن منشأ ایراد ضرر به زوجه مطرح است که در مقابل خود با ادامه رابطه اجباری زوجیت، سبب ایراد ضرر مستمر بر زوج در پرداخت نفقه و انجام سایر تکالیف زوجیت و ... و پذیرش آثار آن است. به علاوه این که به فرض مشابهت موضوعی، حکم هم باید به سیاق واحد تعیین شود و در چنین مواردی نیز قاضی صرفاً مجاز به تعیین خسارت برای زوجه و نه سلب کلی حق از زوج باشد.

۸. در دلایل هشتم، دهم و یازدهم قاضی محترم پرونده در هر دلیل به وجهی با استناد به نظم عمومی مترصد اثبات جواز محدودیت در حق طلاق مرد شده است. صرف نظر از این که عدم ارائه تعریف از نظم عمومی^۱، امکان استناد به آن را با قدری مشکل مواجه می‌سازد؛ هر یک از دلایل ذکر شده از منظری قابل ایراد است:

الف. در دلیل هشتم گرچه اعمال محدودیت در حدود مالکیت افراد برای حفظ نظم عمومی موجه و صواب است؛ لیکن اولاً با توجه به این که موارد مصرح قانونی ناظر به اموال است، قیاس آن با مورد مذکور صحیح نبوده و

۱. چرا که نظم عمومی یک مفهوم نسبی دانسته شده که با ملاحظه همه عوامل اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و سیاسی یک جامعه تعیین می‌گردد، (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۱).

از سوی دیگر قیاس ماده یک قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸^۱ که از باب ممانعت از لطمه به نظم عمومی، مالک اصلی را در صورت عدم اعلام انتقال‌گیرنده ناآگاه، معاون جرم محسوب نموده است؛ در این مورد وجهی ندارد چرا که ماده در حدود مالکیت و آثار آن دخالتی ندارد و صرفاً برای مالک متخلف، مجازات معاونت در جرم پیش‌بینی نموده است. بر این اساس، به فرض پذیرش چنین استدلالی در این‌جا نیز نهایتاً باید قائل به تعیین ضمانت اجرا برای زوج یا جبران خسارت از سوی او برای زوج گردید.

ب. استناد دیگر به نظم عمومی در دلیل دهم و از باب جایگاه الزام قانونی برای مراجعه زوج به دادگاه در موارد طلاق به درخواست زوج است که قائل شدن به نقش صوری قاضی و عدم جواز مداخله دادگاه به عنوان نهاد توزیع‌کننده نظم عمومی در صدور حکم، وصف قضایی طلاق را خالی از فایده می‌سازد؛ این در حالی است که نقش قاضی در شرایط فعلی نیز در ردیف سردفتر یا اجراکننده صیغه طلاق نبوده و در ارزیابی ادله طرفین و ایجاد مصالح میان زوجین نقش فعال دارد. به‌ویژه این‌که در موارد مشابه از قبیل طلاق زوج به وکالت از همسر به استناد شروط ضمن عقد نیز نقش قاضی فقط احراز وجود شرط است و ورود ماهوی در طلاق ندارد.

ج. در دلیل دوازدهم، ایقاع طلاق به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی^۲ قابل تحدید شمرده شده است؛ در حالی که اولاً ماده ناظر به قوانین خارجی و

۱. کسی که مال غیر را با علم به این‌که مال غیر است به نحوی از انحاء عیناً یا منفعتاً بدون مجوز قانونی به دیگری منتقل کند کلاهبردار محسوب و مطابق ماده ۲۳۸ قانون عمومی محکوم می‌شود. و همچنین است انتقال‌گیرنده که در حین معامله عالم به عدم مالکیت انتقال‌دهنده باشد. اگر مالک از وقوع معامله مطلع شده و تا یک ماه پس از حصول اطلاع اظهاریه برای ابلاغ به انتقال‌گیرنده و مطلع کردن او از مالکیت خود به اداره ثبت اسناد یا دفتر بدایت یا صلحیه یا یکی از دوائر دیگر دولتی تسلیم ننماید، معاون جرم محسوب خواهد شد ...

۲. ماده ۹۷۵ قانون مدنی: محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه‌ی جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

قراردادهای خصوصی است در حالی که احکام طلاق در قانون آمره قلمداد می‌شود؛ ثانیاً این مطلب که قرار گرفتن ایقاع طلاق در ید زوج، خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه است خود نیازمند اثبات است و ثالثاً همین نظم عمومی اقتضاء می‌کند زمانی که قانون‌گذار انحلال رابطه طرفینی مبتنی بر قصد و رضا را از طریق ایقاع یکی از طرفین قابل انحلال دانسته است؛ اراده قانون‌گذار بر هر مصلحت فرعی مقدم باشد.

۹. شکل‌گیری نکاح بر مبنای تراضی دو اراده و وجود مساوات نسبی میان حقوق و تکالیف زوجین از دیگر ادله استنادی دادنامه بدوی (دلیل نهم) است؛ لیکن تعبیر حرکت برخلاف تعادل درونی عقد به قیاس وجود مساوات نسبی در برخی احکام که عدم وجود مساوات میان آن‌ها همواره از جانبان مدافعان حقوق زن محل ایراد بوده است؛ ارزش استدلالی برای اثبات مدعا ندارد؛ به‌ویژه این که اساساً ایقاع بودن ماهیت طلاق به خلاف ماهیت نکاح که عقد است؛ مبنای چنین استدلالی را مخدوش می‌سازد.

در نهایت به نظر می‌رسد در صورت تشخیص وجود ضرر غیرقابل تحمل برای زوجه و صرفاً در صورت احراز قصد اضرار از جانب زوج در طرح دعوای طلاق، این ظرفیت فقهی نظر به منابع موجود قابل استخراج است که بتوان از ضرر قابل تحمل زوج صرف نظر نموده و وی را از طلاق منع نمود؛ البته این در حالی است که احراز وجود ضرر و احراز این مطلب که ضرر متأثر از خود حکم، متوجه زوجه شده است، صورت گرفته باشد.

نتیجه

دلایل ذکر شده در رأی دادگاه بدوی به عنوان مستند حکم قاضی از قبیل لزوم ایجاد تساوی در حقوق زوجیت به موجب اسناد بین‌المللی حقوق بشر، لزوم تأمین حقوق زنان به استناد مقدمه و برخی از اصول قانون اساسی، جریان قاعده منع سوءاستفاده از حق به موجب ماده ۱۳۲ قانون مدنی و اصل ۴۰ قانون اساسی، جریان قاعده لاضرر، لزوم حفظ نظم عمومی و ... هر یک از جهاتی قابل ایراد است؛ لیکن در مجموع به عقیده نگارنده در دو فرض شاید بتوان قائل به امکان رد تقاضای

طلاق شوهر شد؛ نخست در فرض احراز قصد اضرار زوج در طلاق زوجه که به ظاهر در این پرونده این فرض منتفی است و دوم از جهت ثبوتی در صورت پذیرش جریان قاعده لاضرر در فرض اقوی بودن ضرر متوجه یکی از طرفین، با احراز اقوی بودن ضرر زوجه نسبت به ضرر وارده به زوج در منع وی از طلاق، تحدید حق طلاق شوهر ممکن خواهد بود که این فرض نیز به جهت مسائل و مشکلاتی که در احراز اقوی بودن ضرر یکی از طرفین وجود دارد، در مقام اثبات غیرممکن به نظر می‌رسد. گرچه موافقت با خواسته زوجه در بقای رابطه زوجیت به ظاهر حمایت از زوجه به شمار می‌رود، لیکن تحمیل حفظ رابطه زوجیت به شوهر در عمل مساوی با چشم‌پوشی زوجه از حقوق مالی و غیرمالی خود است که به فرض صدور حکم دادگاه مبنی بر عدم جریان طلاق، ممکن است زمینه اضرار بیشتر به زوجه برای اجبار وی به طلاق از سوی شوهر را فراهم آورد.

فهرست منابع

- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۶)، **فرائد الأصول**، قم: انتشارات اسلامی.
- بجنوردی، حسن (۱۳۷۷)، **القواعد الفقهیه**، قم: نشر الهادی.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۳)، **ضمان قهری - مسئولیت مدنی**، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷)، **دروس فی مسائل علم الأصول**، قم: دار الصدیقه الشهیده.
- تسخیری، محمدعلی (۱۳۷۵)، **مجله سیاست خارجی**، سال دهم، شماره ۱.
- حیدری، علی نقی (۱۴۱۲)، **اصول الاستنباط**، قم: لجنة اداره الحوزه العلمیه.
- درویشی، داریوش (۱۳۹۲)، «ارزیابی منطقی جایگاه اصول اعلامیه حقوق بشر در حقوق و اخلاق»، **تأملات فلسفی**، شماره ۱۰.
- شریفیان، جمشید (۱۳۸۰)، **راهبرد جمهوری اسلامی ایران در زمینه حقوق بشر در سازمان ملل متحد**، تهران: وزارت امور خارجه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کعبی، عباس (۱۳۹۳)، **مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- محسنی، فرید (۱۳۹۵)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: دانشگاه امام صادق علیه السلام.
- مهرپور، حسین (۱۳۹۳)، **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: دادگستر.
- هدایت‌نیا، فرج الله (۱۳۹۸)، **ظرفیت حقوق در تحکیم خانواده**، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- یزدی، محمد (۱۳۶۸)، **شرح و تفسیر قانون اساسی**، تهران: پیام.