

تحلیل و بررسی آراء مرتبط با موضوع طلاق به دلیل ناباروری زوج

پریسا چترائی*

مصطفی مظفری**

چکیده

نکاح یکی از عقود رایج در جامعه است که طی آن بین دو انسان از دو جنس متفاوت، علقه زوجیت به وجود می‌آید. از جمله مهم‌ترین هدف از عقد نکاح نیز همین ایجاد علقه زوجیت و همکاری و همدلی در ساخت یک زندگی مشترک میان زوجین است. از جمله مسائل مهمی که در اثر نکاح به وجود می‌آیند، توالد و فرزندان شدن زوجین است. این مسئله تا آن جایی اهمیت دارد که در متن سند رسمی نکاح، به صورت یک شرط ضمن عقد به آن اشاره شده است.

در بند ب از سند نکاح، به موارد دوازده‌گانه‌ای اشاره شده است که در صورت تحقق آن‌ها، زوجه وکیل خواهد بود تا از طرف زوج، خود را مطلقه سازد. یکی از این موارد، شرط بارورسازی زن است به گونه‌ای که اگر پس از گذشت پنج سال از زندگی مشترک، مرد به واسطه عقیم بودن یا سایر امراض جسمی نتواند زوجه را بارور سازد، زوجه وکیل او خواهد بود تا با اثبات تحقق شرط در محکمه، خود را مطلقه سازد.

امروزه با پیدایش و رواج استفاده از روش‌های نوین پزشکی در درمان ناباروری‌ها، پژوهش حاضر به این مسئله می‌پردازد که چنانچه زوج با استفاده از این روش‌های نوین بارورسازی، زوجه را باردار کند و یا قابلیت بارورسازی زوجه را با استفاده از روش‌های درمان ناباروری، داشته باشد همچنان شرط مندرج در مورد

* کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

pa.chatraei@mail.sbu.ac.ir

** عضو هیئت علمی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

mozafari@sbu.ac.ir

دهم از بند ب سند رسمی نکاح، باقی و پابرجاست و این شرط زمانی ساقط می‌شود که زوج، زوجه را به شیوه طبیعی بارور سازد. همچنین طلاق که در این شرط، به وکالت از زوج واقع می‌شود اگرچه در رویه، اختلاف وجود دارد اما به لحاظ حقوقی از نوع رجعی بوده و ثبت رسمی آن همانند طلاق که اصالتاً از جانب مرد داده می‌شود، نیازمند طی تشریفات قانونی است.

واژگان کلیدی: ناباروری، طلاق، سند نکاح، روش‌های نوین باروری

مقدمه

با بررسی یک پرونده که در مراحل مختلف دادرسی مورد رسیدگی قرار گرفته بود، متوجه شدیم که در رویه قضایی نسبت به مورد دهم از بند ب شروط ضمن عقد نکاح، تشتت و اختلاف نظری میان قضات محترم وجود داشته است که در این رابطه ضروری به نظر می‌رسد تا برای ایجاد یک ملاک واحد، دیوان عالی کشور اقدام به صدور رأی وحدت رویه نماید.

در این پرونده به شماره دادنامه ۳۸۷ شعبه ۲۴۱ دادگاه خانواده تهران زوجه درخواست صدور حکم طلاق به دلیل تحقق شرط موضوع مورد ده از بند ب سند رسمی نکاح، داده است. این زوجین، پس از گذشت مدت ۹ سال از تاریخ عقد نکاح، دارای فرزند نشده بودند که زوجه ادعا می‌کرد، دلیل آن ناتوانی جنسی زوج است. بعد از استعلام نظر پزشکی قانونی این مورد تأیید شده بود لیکن دادگاه محترم نخستین و تجدیدنظر، با توجه به دفاعیات زوج و گواهی پزشکی قانونی مبنی بر این که، ایشان توانایی بارور سازی به شیوه‌های نوین پزشکی یا تولید مثل مصنوعی^۱ را دارند، تحقق شرط وکالت در طلاق زوجه را محرز ندانسته و با توجه به مواد مختلفی از قانون مدنی به دنبال پیدا کردن راه حل موضوع، در احراز عسر و حرج زوجه در زندگی مشترک بودند تا از آن طریق ضرورت صدور حکم طلاق را بررسی کنند و با کافی ندانستن ادله و مستندات در این رابطه، حکم به ابطال دعوی خواهان (زوجه) صادر نمودند.

لیکن زمانی که از رأی قطعی دادگاه تجدیدنظر شعبه ۴۰ استان تهران فرجام‌خواهی شد، قاضی محترم شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور به متن شرط ضمن عقد نکاح توجه کافی داشتند و با تفسیر مضیق و این استدلال که بارورسازی مورد اشاره در این شرط، بارورسازی از نوع طبیعی و بدون استفاده از شیوه‌های نوین درمانی است، وکالت زوجه در طلاق را احراز نموده است. اینک با بررسی دقیق‌تر نسبت به موضوع و بررسی سایر جنبه‌های آن با ذکر نظرات موافق و مخالف، به تبیین رویه قضایی فعلی محاکم در این باب پرداخته می‌شود.

۱. به تولد ناشی از هرگونه دخالت ارادی بشر در جریان تشکیل نطفه و رشد جنین که با استفاده از ابزار پزشکی صورت می‌گیرد، تولید مثل مصنوعی یا باروری به شیوه‌های نوین پزشکی می‌گویند که به روش‌های گوناگونی انجام می‌شود.

مشخصات رأی

شماره دادنامه قطعی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۱۱۱۳

تاریخ دادنامه قطعی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۷

خواسته: صدور حکم طلاق به دلیل تحقق شرط ناباروری زوج

مرجع رسیدگی کننده فرجام خواهی: شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور

رأی دادگاه بدوی

«خانم خ.ح. فرزند ج. دادخواستی به طرفیت آقای الف. س. به خواسته صدور حکم طلاق به محاکم خانواده تهران تقدیم داشته و به شعبه ۲۴۱ ارجاع گردیده است. دادگاه در وقت فوق العاده پرونده کلاسه ۹۲/۹۲۵ و کلاسه ۹۲/۲۱۸ به ترتیب درخواست طلاق و نفقه از ناحیه زوج و درخواست تمکین از طرف زوج ملاحظه کرده با توجه بر این که منشأ آن ها واحد بوده با استناد به ماده ۱۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رسیدگی توأمان صادر می نماید و ختم رسیدگی اعلام و به شرح دادنامه شماره ۳۸۷ به تاریخ ۱۳۹۳/۰۲/۳۱ مبادرت به صدور رأی می نماید دادگاه با استدلال به این که نظر به عدم احراز موارد مندرج در ماده ۸ قانون حمایت خانواده و تبصره ذیل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و با توجه به عدم ارائه دلائل شرعی و قانونی بر اثبات ادعا توسط خواهان و عدم احراز عسروحرج با فرض بذل حقوق متصوره از سوی زوجه و این که حسب فقه مبین اسلام و قوانین موضوعه طلاق به عنوان ایقاع در ید زوج است و در مانحن فیه اراده مشارالیه در حدی نیست که مثبت عسروحرج ایشان باشد لذا دادگاه دعوی مطروحه را وارد ندانسته مستنداً به مواد ۱۹۴ و ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر بطلان دعوی خواهان را صادر می نماید و در خصوص خواسته دیگر زوجه مبنی بر الزام زوج به پرداخت نفقه معوقه نظر به این که شرط پرداخت نفقه زن تمکین وی از شوهرش می باشد درحالی که زوجه دلیلی که حکایت از تمکین از زوج باشد ارائه ننموده است لذا دادگاه وی را مستحق نفقه ندانسته و مستنداً به ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی حکم بر بی حقی زوجه را صادر می نماید و در خصوص خواسته دیگر زوجه مبنی بر الزام زوج به پرداخت مهریه نظر به این که به محض وقوع عقد نکاح زن می تواند هرگونه تصرف در مهریه خود داشته باشد و زوج دلیلی که حکایت از پرداخت آن باشد ارائه ننموده لذا این خواسته خواهان ثابت تشخیص داده شده مستنداً به ماده ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی حکم به

الزام زوج به پرداخت مهریه به تعداد دویست و چهارده قطعه سکه بهار آزادی در حق خواهان صادر می‌نماید و در خصوص دادخواست زوج به طرفیت زوجه به خواسته الزام وی به تمکین نظر به این‌که به محض وقوع عقد زن و شوهر دارای حقوق و تکالیفی در مقابل هم خواهند داشت و باید در تشدید مبنای خانواده به یکدیگر معاضدت نمایند و زوجه دلیلی که موجهه (توجیه‌کننده) عدم تمکین باشد ارائه ننموده است لذا دادگاه دعوی زوج را (در این مورد) ثابت تشخیص و مستنداً به مواد ۱۱۰۲-۱۱۰۳-۱۱۰۴-۱۱۰۶ قانون مدنی، حکم به الزام زوجه به تمکین از زوج صادر می‌نماید.»

رأی دادگاه تجدیدنظر استان

پس از ابلاغ دادنامه خانم خ.ح. با وکالت خانم م.ک. وکیل پایه دو از مرکز امور مشاوران حقوقی قوه قضائیه طی دادخواست و لایحه پیوستی نسبت به دادنامه صادره تجدیدنظرخواهی کرده و پرونده به شعبه ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع گردیده است شعبه مذکور به تاریخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۵ جلسه دادگاه را با حضور تجدیدنظرخواه و وکیل وی و تجدیدنظرخوانده تشکیل داده و پس از استماع اظهارات تجدیدنظرخواه و وکیل وی و خود تجدیدنظرخوانده به شرح دادنامه شماره ۷۲۹ - ۱۳۹۳/۰۴/۳۱ ضمن رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته را تأیید می‌نماید.

رأی دیوان عالی کشور

«با بررسی محتویات پرونده و اوراق و مندرجات آن اعتراض فرجام‌خواه به دادنامه فرجام‌خواسته وارد است زیرا اولاً در بند ۱۰ شروط ضمن عقد سند نکاحیه قید شده در صورتی که پس از گذشت ۵ سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر زوج صاحب فرزند نشود می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید در این بند باروری به روش غیرطبیعی و از طریق روش‌های پیشرفته قید نگردیده است ثانیاً در نظریه پزشکی قانونی به شماره ۴۲۰۴۱/م/۱/۱۲ در تاریخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶ مرکز پزشکی قانونی منطقه جنوب تهران اعلام شده بر اساس آزمایش انجام‌گرفته وی (زوج) دچار کاهش توانائی باروری است که احتمال باروری به روش طبیعی کم می‌باشد لیکن از طریق روش‌های پیشرفته کمک باروری احتمال باروری وجود دارد در صورتی که اقدام از طریق روش‌های پیشرفته مستلزم موافقت زوجه می‌باشد و عدم موافقت زوجه

نیز در لایحه وکیل وی در مرحله تجدیدنظرخواهی به صراحت منعکس گردیده مبنی بر این که موکل با توجه به اعتقاداتی که از لحاظ مذهبی و فقهی دارد دیگر قادر به انجام عمل‌های دیگر نمی‌باشد مانند اهدای گامت (اسپرم) ... بنا به مراتب به نظر می‌رسد مکلف کردن زوجه با این عمل تکلیف مالایطاق است لذا شایسته بود شعبه محترم ۴۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با تعیین وقت رسیدگی و دعوت از طرفین در وقت مقرر در جلسه دادگاه از نامبردگان در مورد نظریه پزشکی قانونی مبنی بر امکان باروری از طرق روش‌های پیشرفته تحقیقات لازم انجام می‌داد و این که زوجه با نظریه پزشکی قانونی موافقت دارد یا خیر بنا به جهات قید شده تحقیقات و رسیدگی نارسا و ناقص بوده مستنداً به بند الف ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی دادنامه فرجام‌خواسته در این قسمت نقض و پرونده جهت رسیدگی مجدد به دادگاه صادرکننده رأی قطعی ارجاع می‌گردد.

۱- نقد و بررسی آراء صادره

در این قسمت ابتدا به مسائل شکلی پرداخته و سپس مسایل ماهوی مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۱-۱- مسائل شکلی

یکی از موارد شکلی بسیار مهم در رسیدگی به پرونده آن است که هنگام تقدیم دادخواست در کلیه مراحل رسیدگی، دفتر دادگاه مکلف به بررسی موارد مختلفی از جمله مهم‌ترین آن‌ها احراز سمت طرفین و وکلای ایشان مطابق با ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی است. در این پرونده، خواهان، در مرحله نخستین اصالتاً نسبت به تنظیم و تقدیم دادخواست و سپس حضور و دفاع در محکمه پرداخته است. لیکن ایشان در مرحله تجدیدنظرخواهی و فرجام‌خواهی، وکیلی را که دارای پروانه وکالت پایه دو از مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده است به وکالت از خود برمی‌گزینند. مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده به موجب آیین‌نامه اجرائی ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، تأسیس شده است و در ماده ۲۵ از آیین‌نامه بیان شده است که: کارآموزان وکالت، وکلای دارای پروانه پایه دو وکالت و نیز وکلایی که به تنزل درجه محکوم می‌گردند، حق وکالت در موارد ذیل را ندارند:

۱. وکالت در دیوان عالی کشور ۲. وکالت راجع به اصل نکاح و فسخ آن، اصل طلاق، نسب، ثحجر، ثلث، حبس، وصیت، تولیت و وقف ۳. دعاوی مالی با خواسته بیش از بیست میلیارد ریال ۴. جرائم مستوجب حد یا مجازات تعزیری درجه پنج یا بالاتر بنابراین مشاهده می‌شود که وکیل محترم، نه تنها مجاز به وکالت در مرحله فرجام‌خواهی نبوده است بلکه مطابق با آیین‌نامه اجرائی ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، اساساً مجاز به وکالت در پرونده با موضوع طلاق نبوده است. بنابراین سمت ایشان حتی در مرحله تجدیدنظرخواهی نیز محرز نبوده و شایسته بود تا دفتر محترم دادگاه تجدیدنظر استان و یا قاضی محترم صادر کننده رأی، به این مورد توجه می‌نمودند. همچنین مطابق با ماده ۸۴ و ۸۵ قانون آیین دادرسی مدنی، خوانده نیز می‌توانست با ایراد شکلی تا پایان جلسه اول رسیدگی، دادگاه را از این مهم مطلع سازد.

رأی دادگاه تجدیدنظر به تجدیدنظرخواه ابلاغ شده است نه به وکیل ایشان که جای بررسی و نقد دارد. چراکه مطابق با تبصره ماده ۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی، در مواردی که طرح دعوا توسط وکیل جریان یافته است و وکیل یادشده حق وکالت در مراحل بالاتر را دارد کلیه آراء صادره باید به او ابلاغ شود که در این پرونده دادگاه ابتدائاً با پذیرش سمت وکیل، اگرچه مطابق با بند الف عدم سمت وکیل اثبات شد، می‌بایست ابلاغ دادنامه را نیز نسبت به وکیل انجام می‌داد.

در این پرونده قضایی، به مورد دهم از بند ب شروط ضمن عقد نکاح توجه نشده است که مطابق با آن، زوجه در صورت وجود مرض جسمانی در مرد یا به هر علت دیگری که مرد نتواند زن را پس از گذشت پنج سال از شروع زندگی مشترک، بارور سازد، زوجه وکیل در مطلقه نمودن خود می‌شود. بنابراین بهتر بود تا در دادگاه‌های نخستین و تجدیدنظر به جای تلاش در اثبات عسر و حرج در ادامه زندگی، به منطوق بند ۱۰ از سند نکاح توجه شده و با اثبات عقیم بودن و عدم توانایی و قابلیت مرد در بارورسازی زن به شیوه طبیعی، وکالت زن در مطلقه نمودن خویش ثابت می‌شد. به این ترتیب اگرچه اصحاب دعوی یا وکلای ایشان نیز در بیان ادله و مستندات قانونی خواسته خود به صورت شفاف و متقن، کوتاهی کرده‌اند اما به نظر می‌رسد که دادگاه از حدود موضوع خواسته خروج یافته که

خلاف ماده ۴ از قانون آیین دادرسی مدنی و اصول آیین دادرسی مبنی بر رسیدگی در حدود خواسته است (هرمزی و تکاپو، ۱۳۹۹: ۲۹-۵۱).

۱-۲- مسائل ماهوی

شعبه دیوان عالی کشور، به این مهم اشاره و توجه کرده است که مطابق با بند ده از شروط ضمن عقد نکاح (شروطی که تحقق آن‌ها منجر به وکالت زن در طلاق خودش می‌شود) در صورتی که بیش از پنج سال از زندگی مشترک بگذرد و شوهر به جهت عقیم بودن یا سایر عوارض جسمانی قادر به بارور کردن نباشد، زوجه وکیل زوج در طلاق خود خواهد بود. بنابراین خواسته فرجام‌خواه به درستی مورد اشاره قرار گرفته است. لیکن موردی که مجدداً در این رأی به چشم می‌خورد آن است که قاضی محترم دیوان به درستی اشاره کرده‌اند که باروری مدنظر در بند ۱۰ از شروط عقدنامه یک باروری به شیوه معمول بوده است نه باروری از طریق روش‌های نوین که در آن نیاز به اذن و همکاری زوجه هم دارد. اما با این وجود شعبه دیوان عالی کشور دادنامه تجدیدنظر را رد نمی‌کند و نظر به ذی‌حق بودن فرجام‌خواه نمی‌دهد بلکه پرونده را مطابق ماده ۳۷۱ و ۳۶۸ از قانون آیین دادرسی مدنی، برای انجام تحقیقات بیشتر به دادگاه صادرکننده رأی قطعی (تجدیدنظر) باز می‌گرداند.

حال آن‌که به نظر می‌رسد با توجه به اظهارات شفاهی زوجه مبنی بر نارضایتی نسبت به انجام جراحی‌ها و استفاده از روش‌های نوین باروری، محلی برای تحقیق و تفحص درباره نتیجه‌بخش بودن استفاده از روش‌های کمک باروری یا انجام اعمال پزشکی، باقی نمی‌ماند و بهتر آن بود که دادرس محترم شعبه دیوان عالی به جای بازگرداندن پرونده برای تحقیقات بیشتر به دادگاه تجدیدنظر و اطاله دادرسی، پرونده را برای صدور حکم مبنی بر اثبات وکالت زن در طلاق و سپس طی تشریفات ویژه طلاق به یکی از مراجع تالی ارسال می‌کرد.

آن‌چه که در صدر متن شروط ضمن عقد نکاح دیده می‌شود اما کمتر در این پرونده و سایر پرونده‌های مشابه، مورد توجه قرار گرفته آن است که دادگاه پس از بررسی و اثبات تحقق شرط باید زوجه را در تعیین نوع طلاق آزاد بگذارد. البته پذیرش این موضوع با چالش‌هایی روبه‌روست از قبیل این‌که آیا طلاق‌ی که به

وکالت انجام می‌شود، از نوع رجعی است یا بائن؟ و آیا وکیل چنانچه در متن شرط ضمن عقد نکاح آورده شده است، اختیاری در تعیین نوع طلاق دارد یا خیر؟ رجعی یا بائن بودن طلاق یک قاعده امری است (امامی، ۱۳۶۳: ۶۵) و قانون است که نوع طلاق را مشخص می‌کند و مطابق با قانون مدنی موارد طلاق بائن احصا شده است و اصل بر رجعی بودن طلاق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۱۹). گذشته از آن، حتی اگر موکل (زوج) بالاصاله بخواهد اقدام به طلاق همسر خود کند اختیاری در تعیین نوع طلاق از حیث بائن یا رجعی بودن ندارد پس به طریق اولی وکیل نیز در هنگامی که بخواهد پس از تحقق شرایط مندرج در سند نکاح، اقدام به طلاق از سوی موکل بکند نیز اختیاری در تعیین و انتخاب نوع طلاق ندارد.

بنابراین به نظر می‌رسد که باتوجه به اصل رجعی بودن طلاق، این نوع از طلاق را هم که به صورت وکالت اجرا می‌شود، از نوع رجعی دانست. در رویه قضایی در موارد بسیار زیادی دیده شده است که دادرسان زن را اجبار به بذل بخشی از مهریه خود کرده و طلاق را از نوع طلاق خلع و بائن تلقی می‌کنند. لیکن در تعداد محدودی هم دیده شده است که دادرسان، ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش، انتخاب نوع طلاق را اعم از رجعی یا بائن بودن به دست زوجه سپرده اند. بنابراین به نظر می‌رسد که علی‌رغم اصل رجعی بودن طلاق که در نصوص حقوقی و قانون پیش‌بینی شده است اما این مورد در رویه قضایی با اختلاف نظر و تشتت آرا مواجه است و زوجه در صورتی که بخواهد پس از تحقق شرط دهم از بند ب سند نکاح، برای اعمال حق وکالت در طلاق خویش استفاده کند ممکن است با یکی از حالات ذیل مواجه شود. در حالت اول دادگاه زوجه را ملزم به بذل بخشی از مهریه خود کرده و سپس ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش برای دفتر ثبت رسمی طلاق، طلاق را خلع و نوع بائن اعلام خواهد کرد. در حالت دوم دادگاه پس از طی فرآیندهای مذکور، ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش برای دفتر ثبت رسمی طلاق، نوع طلاق را به اختیار زوجه اعلام کند.

در این پرونده و سایر پرونده‌های وکالت در طلاق به دلیل تحقق شرط دهم از بند ب سند نکاح، یکی دیگر از چالش‌هایی که ممکن است دادرسان یا زوجه با آن

موجه شوند، مسئله مهلت زمانی برای اقدام به طلاق است. مطابق با علم الفاظ و اصول فقه، اکثر اصولیین معاصر معتقدند که در شک بین فوریت انجام مأموریه یا تراخی در انجام مأموریه، مقتضای اطلاق بر اصل طلب دلالت می‌کند لذا اصل بر تراخی در انجام مأموریه است مگر در صورتی که قرینه‌ای بر فوریت انجام مأموریه در صحبت وجود داشته باشد (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۷۹). در این خصوص مورد دهم از بند ب شروط ضمن عقد نکاح به صورت مطلق ذکر شده است و لذا مطابق با اصل، دلالت بر فوریت ندارد. لیکن باید توجه داشت که مطابق با قاعده منع سوءاستفاده از حق که در اصل ۴۰ قانون اساسی نیز مورد اشاره قرار گرفته است. بنابراین زوجه به محض تحقق شرط می‌تواند تا هر زمان نسبت به اعمال حق وکالت در طلاق خویش اقدام کند اما نباید اعمال حق وکالت در طلاق خویش را تاحدی به تأخیر بیندازد که سبب ورود ضرر و زیان به زوج گردد. مطابق با یکی از آراء دیوان عالی کشور، این نوع وکالت در طلاق تا زمانی که عرفاً و عادتاً امکان طرح دادخواست و اقدام به طلاق برای موکل (زن) وجود داشته باشد، پایدار است و با گذشت زمان طولانی که احتمال انصراف زوجه از اعمال حق طلاق و اجرای شرط برود، منتفی می‌شود (دادنامه به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۷۰۵۶۰۰۵۶۹ شعبه ۶ دادگاه خانواده شهرستان شیراز). بنابراین زوجه پس از پنجمین سال از تاریخ وقوع عقد نکاح، در صورتی که این بند از شروط ضمن عقد نکاح محقق شده باشد، تا زمانی که عرفاً و عادتاً امکان درخواست طلاق را داشته باشد مهلت دارد تا به وکالت از سوی مرد، خود را مطلقه سازد.

در اغلب موارد، نظر قضات محاکم مختلف از جمله بدوی، تجدیدنظر و شعب دیوان عالی کشور بر این است که قدرت بارورسازی موضوع بند دهم از شروط وکالت در طلاق در سند نکاح، یک قدرت بارورسازی به شیوه طبیعی و بدون استفاده از روش‌های نوین پزشکی است که در این زمینه ۱۳ رأی از سامانه ملی آراء قضایی مورد بررسی قرار گرفت. البته در مقابل این عده، تعدادی از دادرسان هم وجود دارند که در چنین پرونده‌هایی در پی حل مسئله با اثبات یا عدم اثبات عسر و حرج زوجه هستند^۱. به این معنا که این دسته از قضات با توجه به سایر

۱. شماره دادنامه قطعی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۱۱۱۳ تاریخ دادنامه قطعی: ۱۳۹۳/۱۰/۱۷

دفاعیات و بیانات خواهان و خوانده سعی دارند تا برای احراز ضرورت حکم به طلاق و یا گواهی عدم امکان سازش، عسر و حرجه زوجه را در ادامه زندگی مشترک اثبات کنند و در صورتی که این امر ممکن نباشد، حکم به طلاق را منتفی دانسته و معمولاً رأی به ابطال دعوی صادر می‌کنند.

همان‌طور که گفته شد به نظر می‌رسد با توجه به توافق طرفین و منطوق سند نکاح، دادگاه می‌بایست تنها تحقق شرط را برای صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق، بررسی کند. سپس در صورت محقق بودن شرط با طی تشریفات ویژه قانونی از جمله ارجاع اختلاف به داوری با صدور حکم طلاق، زوجه را به وکالت از زوج برای ثبت وقوع طلاق به یکی از دفاتر رسمی ثبت طلاق ارجاع کند. موضوع مهم دیگر آن است که آیا فرزند دار شدن زوجین به روش‌های نوین کمک باروری قبل از گذشت مهلت پنج‌ساله مندرج در سند نکاح، مانع از تحقق شرط می‌شود؟ در این خصوص، رأیی به شماره ۱۴۱۱ از شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۹۱/۰۶/۲۹ صادر گردیده است که در آن، دادگاه نخستین با این استدلال که زوج فاقد توانایی بارورسازی زوجه به شیوه طبیعی بوده و از تاریخ عقد نکاح ایشان بیش از پنج سال می‌گذرد، علی‌القاعده زن می‌توانسته از وکالتی که به موجب تحقق شرط ضمن عقد نکاح به دست می‌آورد، خود را مطلقه سازد لیکن زوجه اقدام به طلاق نکرده است و نیز مدتی بعد از طریق اهداء جنین با استفاده از روش لقاح خارج رحمی، باردار شده و صاحب فرزند دختر گردیده است. بنابراین اگرچه مطابق با نظریه پزشکی قانونی، عدم قابلیت بارورسازی زوج محرز بوده است اما با 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 زن قبل از دریافت جنین اهدایی، حق طلاق داشته است لیکن خود وی، این حق را اعمال و اجرا نکرده است و درخواست مجوز چنین اهدایی را نموده و اکنون دارای فرزند است. اینک محلی برای اعمال حق وکالت در طلاق به علت نداشتن فرزند وجود ندارد. لذا دادگاه محترم حکم به بی‌حقی و رد دعوی صادر نموده است.

چنان‌که در این پرونده ملاحظه می‌شود، دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض کرده و معتقد بوده است که با گواهی پزشکی قانونی، عقیم بودن مرد ثابت شده و

با گذشت پنج سال از تاریخ نکاح، شرط مندرج در بند ۱۰ شروط ضمن عقد نکاح در سند نکاح، تحقق پیدا کرده است بنابراین این دادگاه حکم به طلاق صادر می‌نماید. این نظر و این رأی در مرجع فرجام‌خواهی نیز مورد تأیید قاضی دیوان عالی کشور قرار می‌گیرد.

بنابراین در این موضوع ملاحظه می‌شود که رویه قضایی محاکم دو رویکرد متفاوت را مدنظر قرار داده‌اند. به این معنا که گروهی معتقدند با اثبات ناتوانی زوج در بارورسازی زوجه و گذشت پنج سال از تاریخ نکاح، شرط مندرج در بند دهم از شروط ضمن عقد نکاح محقق گردیده است و زن وکالت در طلاق را به دست می‌آورد و حدوث باروری پس از این تاریخ چه به شیوه طبیعی و چه با استفاده از روش‌های نوین باروری، این وکالت را برای زوجه سلب یا ساقط نمی‌کند (رفیعی مقدم، ۱۳۹۰: ۹۶). همچنین حدوث باروری به شیوه‌های نوین، چه در زمان قبل از گذشت پنج سال و چه پس از آن، سالب وکالت زن و حق طلاق او نیست. در مقابل گروهی براین نظر هستند که در این مورد باید به قصد زوجه رجوع شود و چنانچه قصد وی از جعل چنین شرطی، داشتن فرزند از زوج خود و نه هیچ فرد دیگری باشد بنابراین حتی در صورت استفاده از روش‌های نوین بارورسازی که در آن از اسپرم یا جنین شخص یا اشخاص دیگر استفاده می‌شود، همچنان وکالت در طلاق را برای زوجه محفوظ نگه می‌دارد. اما چنانچه قصد و اراده اصلی زوجه، تنها داشتن فرزند باشد بدون ملاحظه این‌که این طفل، ناشی از اسپرم و تخمک چه اشخاصی باشد بنابراین با استفاده از شیوه‌های نوین باروری، می‌توان قائل بود که زوجه حق خود را در اعمال وکالت در طلاق ساقط کرده‌اند چراکه با به دنیا آمدن فرزند، نیاز زوجه برای تجربه حس مادری و دارا شدن فرزند به مثابه ثمره زندگی مشترک زوجین برآورده شده و در این میان تفاوتی بین شیوه باروری طبیعی و یا غیر طبیعی وجود ندارد (محبوب، ۱۳۹۶: ۸۳).

با توجه این مطالب، به نظر می‌رسد که زن با رضایت دادن به استفاده از شیوه‌های نوین باروری برای فرزنددار شدن، به نوعی حق خود را در طلاق اسقاط ضمنی کرده است چراکه به طور ضمنی اعلام داشته است که آن‌چه برای وی از اهمیت برخوردار است، وجود و تولد فرزند است نه اینکه الزاماً فرزندگی از خون و

ژنتیک شوهر خود داشته باشد. همچنین با استناد به قاعده اقدام می‌توان گفت با رضایت به فرزندآوری به شیوه‌های نوین باروری، زن وکالت در طلاق موضوع شرط ضمن عقد نکاح مندرج در سند نکاح را از دست خواهد داد.

برای تقویت این نظر می‌توان به قانون اخیرالذکر و نیز قانون اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲ اشاره کرد زیرا طبق این قانون رضایت کتبی زن و شوهر به طور مشترک، شرط اساسی دریافت جنین است. همچنین برای کودکان یا نوجوانانی که مطابق با این قانون به تازگی به حریم خانواده این زوجین راه پیدا می‌کنند، حقوق و تکالیفی به رسمیت شناخته شده است از جمله حق بر مراقبت و تربیت صحیح که جز با همکاری و معاضدت توأمان زوجین (پدر و مادر) ممکن نیست. آن چه که در موضوعات حقوق خانواده از اهمیت زیادی برخوردار است، توجه به منطق حاکم بر قواعد است که هدف آن‌ها استحکام بخشیدن به بنیان خانواده است. بنابراین به نظر می‌رسد که اگرچه درمان نابارورسازی زوج پس از گذشت پنج سال از زندگی مشترک، مخالف نص صریح عقدنامه است و وکالت زن در طلاق محرز خواهد بود، اما آن چه که هدف از جعل این شرط در سند نکاح بوده است مطمئناً ایجاد جدایی و انفصال در خانواده‌ها و زوجین نابارور نیست. بنابراین می‌توان با تمسک به این دلایل و توجیهات، وکالت زن در طلاق را با تولد یک کودک که استحکام بخش روابط زوجین و ثمره بخش زندگی مشترک است، بی‌اثر کرد. صرف‌نظر از روشی که از طریق آن، کودک یا نوجوانی به زندگی مشترک و خانواده این زوجین نابارور وارد شده است. از این رهگذر هم می‌توان به مصلحت طفل یا نوجوانی که به تازگی وارد نهاد خانواده شده است اقدام نمود و نیاز ضروری او به حمایت توأمان پدر و مادر را برآورده ساخت و همین‌طور از فروپاشی یک زندگی مشترک که به غیر از این مورد با مشکل جدی دیگری مواجه نیست، جلوگیری به عمل آورد.

نتیجه‌گیری

به نظر می‌رسد که اگر عدم توانایی بارورسازی زوج بعد از گذشت پنج سال از زندگی مشترک محرز باشد، وکالت زوجه در مطلقه کردن خود براساس بند دهم از شروط ضمن عقد نکاح ثابت است. لیکن چنانچه زوجین با رضایت خود اقدام به

استفاده از روش‌های نوین باروری به ویژه استفاده دریافت جنین یا استفاده از رحم جایگزین کنند، این عمل با تمسک به قاعده اقدام، سبب زوال و اسقاط حق طلاق مندرج در سند نکاح می‌شود. این موضوع علاوه بر تأمین منفعت طفل، از جدایی زوجینی که زندگی آنان با اشکال جدی دیگری مواجه نیست، جلوگیری خواهد کرد و به این ترتیب هدف از وضع قوانین در حوزه خانواده که همانا استحکام بخشی به نهاد خانواده است، محقق خواهد شد.

فهرست مقالات

- بداعی، فاطمه (۱۳۹۱)، **آیین دادرسی در دادگاه های خانواده**، جلد اول، چاپ دوم، تهران: نشر میزان
- پیمانفر، عباس و سید عباس سادات حسینی (۱۳۹۸)، تأثیر تکنیک های جدید درمان ناباروری در الغای تفریق زوجین با تأکید بر روبه قضایی، **فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار**، دوره ۳، شماره ۱۰.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، **حقوق خانواده**، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- روشن، محمد (۱۳۹۸)، **حقوق خانواده**، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
- رفیعی مقدم، علی (۱۳۹۰)، **اصل رضائی بودن اعمال حقوقی**، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- شمس، عبدالله (۱۳۹۶)، **ادله اثبات دعوی حقوق ماهوی و شکلی**، جلد اول، چاپ بیست و ششم، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۶)، **آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین**، جلد سوم، چاپ سی و سوم، تهران: انتشارات دراک.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۶)، **آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین**، جلد نخست، چاپ چهل و نهم، تهران: انتشارات دراک.
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی (۱۳۸۷)، **حقوق خانواده**، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- فتحی، بدیع (۱۳۹۳)، **وحدت و تهافت روبه قضایی شعب دیوان عالی کشور در امور مدنی**، **فصلنامه رأی**، دوره ۳، شماره ۹.
- فهرستی، زهرا و مریم چاوشی ها (۱۳۸۷)، **شروط مندرج در سند ازدواج بررسی و تحلیل**، **فصلنامه بانوان شیعه**، سال ۵، شماره ۱۷.
- محجوب، سعید (۱۳۹۶)، **اعمال حق وکالت در طلاق زوجه با تحقق شرط ناباروری زوج**، **فصلنامه رأی**، دوره ۶، شماره ۱۸.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۶)، **بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران**، **تحلیل فقهی و حقوقی ارث زن از دارایی شوهر**، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر اطلاعات

- نعیمی، زکيه (۱۳۹۶)، فور و تراخی در اعمال وکالت در طلاق از سوی زوجه، **فصلنامه رأی**، دوره ۴، شماره ۱۳.
- هرمزی، خیرالله و تکاپو، سید فریدالدین (۱۳۹۹)، لوازم عقلی دعوی، **فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی**، دوره ۹، شماره ۳۲.