

بررسی حقوقی اثر نشوز زوجه در تحقق وکالت وی در ازدواج مجدد زوج

مهدی رحمانی*، حمید ابهری**، علی اکبر ایزدی فرد***

چکیده

زوجه می‌تواند ضمن عقد نکاح شرط کند، مرد با وجود او یا حتی پس از او همسر دیگری اختیار نکند و در صورت تخلف، زن وکیل در طلاق با حق توکیل به غیر خواهد بود و می‌تواند پس از اثبات تحقق شرط در دادگاه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه کند. از همان آغاز، در دعوی طلاق به درخواست زوجه که مستند آن شرط عدم زوجیت بود دادگاه‌ها و دکتین حقوق، درباره‌ی ضمانت اجرای این شرط و تفسیر آن اختلاف نظر داشتند. برخی از قضات چنانچه علت ازدواج مجدد، تخلف زوجه از رابطه‌ی زوجیت و نشوز او باشد و زوج با اثبات عدم تمکین زوجه حکم ازدواج مجدد دریافت کند، زوجه را مستحق استفاده از وکالت در طلاق نمی‌شناسند، اما اغلب دادگاه‌ها صرف ازدواج مجدد بدون رضایت زوجه را موجب تحقق شرط مزبور دانسته‌اند. این تشتت آراء سبب شد تا هیئت عمومی دیوان عالی کشور نظریه‌ی نخست را صادر نمود. از این رو، این پرسش مطرح می‌شود که آیا نظریه‌ی پذیرفته شده با مبانی فقهی و حقوقی حاکم بر شرط، مطابقت دارد یا خیر؟ در این راستا اراده و قصد طرفین هنگام توافق بر شرط، با تفسیر دیوان موافق است یا خیر؟ رأی حاضر گرچه در نگاه سطحی قابل دفاع است، اما تأمل در مبانی رأی و متون فقهی بیانگر وجود اشکال اساسی در آن است. در این مقاله، این مهم به تفصیل بیان شده است.

واژگان کلیدی

وحدت رویه، تمکین، ازدواج مجدد، وکالت در طلاق، عدم تمکین.

*- دکترای حقوق خصوصی و عضو پژوهشکده فلسفه و حقوق تطبیقی دانشگاه خوارزمی (نویسنده‌ی مسئول)
(Rahmani_m56@yahoo.com).

** - استاد تمام گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران (Hamid.abhary@gmail.com).

*** - استاد تمام گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران (Ali85Sakbar@yahoo.com).

تاریخ دریافت: ۹۶/۱/۱۶ تاریخ پذیرش: ۹۶/۳/۳۱

مقدمه و بیان مسئله

مطابق قانون مرد هر زمان که بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق دهد، این حق از حق ریاست زوج بر پیمان زناشویی و زندگی مشترک ناشی و از حقوق انحصاری مرد محسوب می‌شود که در زمره قواعد آمره و الزامی است و در حدیث نبوی «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (نوری، ۱۳۲۱: ج ۳، ص ۸؛ عاملی، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۲۴۰) بر آن تصریح شده است. قانون مدنی نیز با اقتباس از نظر بیشتر فقها در ماده‌ی ۱۱۳۳ مقرر می‌دارد: «مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد». امروزه، زوج ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری به همسر خود وکالت می‌دهد تا زوجه هر زمان خواست از طرف زوج، خویش را مطلقه کند. متعلق این وکالت، همیشه یکسان نیست؛ گاه کاملاً مقید و گاهی کاملاً مطلق است. شکل حداقلی و محدود آن، وکالت در اجرای صیغه‌ی طلاق است که زوج خود تصمیم به طلاق همسرش می‌گیرد و سپس انشای صیغه‌ی طلاق را به زوجه واگذار می‌کند. در این حالت، زوجه هیچ دخالتی برای تصمیم به طلاق ندارد و این قصد کاملاً در اختیار زوج است و نقش زوجه در اجرای صیغه همان نقش عاقد در اجرای صیغه‌ی نکاح است که از سوی زوجین وکالت برای نکاح پیدا می‌کند. شکل حداکثری وکالت در طلاق برای زوجه، وکالتی است که بر اساس آن وقوع طلاق یا عدم وقوع آن به زوجه واگذار می‌شود و او اختیار مستقل در این امر دارد.

یکی از شروطی که ممکن است دو طرف بر آن توافق کنند، این است که زن ضمن عقد نکاح شرط کند مرد با وجود او یا حتی پس از او همسر دیگری اختیار نکند و در صورت تخلف، زن وکیل در طلاق با حق توکیل به غیر خواهد بود که پس از اثبات تحقق شرط در دادگاه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد. شرط مزبور از سال ۱۳۶۱ به عنوان یکی از شروط دوازده‌گانه در سند نکاحیه درج شد، اما از همان آغاز مراجع قضایی و دکترین حقوق درباره‌ی ضمانت اجرا و تفسیر آن اختلاف نظر پیدا کردند.

برخی از قضات بر این نظرند که اگر علت ازدواج مجدد نشوز زن باشد، مرد می‌تواند با اثبات عدم تمکین زن حکم ازدواج مجدد دریافت کند و زن را مستحق استفاده از وکالت در طلاق نمی‌داند، اما بیشتر دادگاه‌ها صرف ازدواج مجدد بدون رضایت زوجه را موجب تحقق شرط مزبور دانسته‌اند. این تشتت آراء موجب شد، هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۶ تاریخ ۱۳۸۹/۷/۲۰ نظریه‌ی نخست را تأیید کند. از این رو این پرسش مطرح می‌شود که آیا نظریه‌ی پذیرفته شده با مبانی فقهی و حقوقی حاکم بر شرط مطابقت دارد یا خیر؟ و اینکه در این راستا، اراده و قصد طرفین در هنگام توافق بر شرط با تفسیر دیوان موافق است

یا خیر؟ در این مقاله سعی شده ابتدا موجهات این رأی و دلایل ایجابی برای صدور آن بررسی شود و سپس با نقد رأی وحدت رویه ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد با تأکید بر وکالت در طلاق زوجه تبیین و در نهایت برای برطرف شدن تناقضات راه کار پیشنهادی ارائه شود.

۱. تفاسیر محاکم از مانع بودن نشوز زن در وکالت برای طلاق

با مطرح شدن نقض شرط عدم ازدواج به عنوان مستند دعاوی طلاق، دادگاه‌ها در تفسیر ضمانت اجرای شرط اینکه نشوز زن مانع استناد به وکالت در طلاق است یا خیر، رویه‌ی مختلفی اتخاذ کردند. این دیدگاه‌ها به دو دسته تقسیم می‌شوند.

۱-۱. ازدواج مجدد با حکم دادگاه و بی‌تأثیری آن در وکالت زوجه برای طلاق

آراء بیشتر دادگاه‌های کشور حاکی است که اذن دادگاه به ازدواج مجدد مرد، در تحقق شرط وکالت زوجه تأثیری ندارد؛ اعم از آنکه مبنای اذن دادگاه نشوز زوجه باشد یا از سبب دیگری مانند عقیم بودن وی ناشی شده باشد.

بر این اساس، صرف نارضایتی زوجه به ازدواج مجدد، موجب تحقق وکالت زوجه است؛ امری که به صراحت در شرط مذکور آمده است. اداره‌ی حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه‌های مختلف این برداشت را پذیرفته است؛ برای مثال به موجب پرونده‌ی شماره‌ی ۱/۱۳۳۲/۸۴ شعبه‌ی اول دادگاه عمومی فامنین خانمی در دادخواستی به طرفیت همسرش به علت ازدواج مجدد خوانده به استناد بند ۱۲ از شروط ضمن عقد نکاح تقاضای صدور حکم طلاق کرده است. خوانده در دفاعیات خود اظهار داشته که چون خواهان از او تمکین نکرده از دادگاه اجازه‌ی ازدواج مجدد اخذ و دختری را به عقد موقت خود در آورده است. دادگاه پس از استماع اظهارات زوجین و شهود معرفی شده به شرح دادنامه شماره‌ی ۱۴۰۲ - ۱۳۸۴/۱۰/۲۴، تحقق بند ۱۲ از شرایط ضمن‌العقد مندرج در نکاح‌نامه‌ی رسمی را محرز دانسته و به استناد مواد ۲۳۴، ۲۳۷، ۱۱۱۹، ۱۳۱۲، ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ قانون مدنی و ماده‌ی ۴ قانون ازدواج و ماده‌ی ۹ قانون حمایت خانواده گواهی عدم امکان سازش بین زوجین را صادر کرده است. به زوجه اجازه داده تا به یکی از دفاتر رسمی ثبت طلاق مراجعه و پس از اجرای صیغه‌ی طلاق با اعمال وکالت حاصل از طریق تحقق شرط ضمن‌العقد آن را به ثبت برساند. پیرو تجدیدنظرخواهی خوانده پرونده در شعبه‌ی اول دادگاه تجدیدنظر استان همدان مطرح و رسیدگی شد و این شعبه طبق دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۳۸۵/۳/۳۱-۲۷۸/۸۵ رأی دادگاه نخستین را تأیید کرده است (<http://rc.majlis.ir/fa/law/show/794519>).

اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۹۱۱۴ م مورخ ۱۳۷۹/۱/۱۳ اظهار داشته: «در صورتی هم که دادگاه به زوج اجازه‌ی ازدواج مجدد بدهد، زوج می‌تواند به استناد اینکه شوهرش بدون اذن و اجازه‌ی او همسر دوم اختیار کرده است، از وکالت خود استفاده و درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش و اجازه‌ی طلاق نماید». همچنین در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۶۴۲ مورخ ۱۳۸۲/۵/۴ با صراحت بیشتری مقرر می‌دارد: «طبق ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، زوج و زوجه به شرایطی که ضمن عقد قرار داده‌اند، مأخوذ و مقید می‌باشند و تحصیل اجازه‌ی ازدواج مجدد به علت عدم تمکین زوجه از زوج از دادگاه، منافی شرط ضمن عقد بین زوج و همسر اول نیست؛ بنابراین چنانچه زوجه به موجب شروط مندرج در قباله‌ی نکاحیه، در صورت انتخاب همسر دوم از ناحیه‌ی زوج، وکالت جهت درخواست طلاق داده شده باشد، می‌تواند از آن استفاده کند». از دیگر نظریه‌هایی که این برداشت را تأیید می‌کند، می‌توان به نظریه‌های شماره‌ی ۷/۶۴۸۴ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۲۴ و شماره‌ی ۷/۹۱۱۴ مورخ ۷۹/۱/۱۳ اشاره کرد (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷: ج ۳۸، صص ۱۰ و ۱۴).

۱-۲. انصراف وکالت زوجه از فرض ازدواج مجدد به علت نشوز زن

در تقابل با برداشت نخست، آراء برخی از دادگاه‌ها حاکی است، وکالت زوجه به مواردی منحصر است که شوهر به علتی غیر از نشوز زوجه همسر دوم اختیار کند؛ لذا چنانچه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع و زوج پس از اثبات این امر و کسب اجازه از دادگاه، همسر دیگری اختیار کند، وکالت زوجه از زوج در طلاق - که ضمن عقد نکاح شرط شده است - محقق و اعمال کردنی نیست؛ برای مثال در یک پرونده‌ای دادگاه بدوی فامنین در مورد ازدواج مجدد به علت عدم تمکین زوجه، حکم به تحقق وکالت و طلاق باین می‌دهد. زوج به رأی اعتراض می‌کند و شعبه‌ی چهارم دادگاه تجدیدنظر طبق دادنامه‌ی شماره‌ی ۶۴۰۰۸۵۲ - ۱۳۸۸/۵/۱۹ به طور خلاصه با این استدلال که تحقق شرط اعمال وکالت در طلاق برای زوجه موضوع بند ۱۲ نکاح‌نامه مختص به موردی است که زوج بدون امتناع زوجه از تمکین و بدون اجازه‌ی دادگاه از دواج کند و در صورت امتناع زوجه از تمکین و ازدواج مجدد زوج با اجازه‌ی دادگاه، شرط مزبور محقق نخواهد شد، تجدیدنظرخواهی را وارد تشخیص داده و ضمن نقض رأی تجدیدنظر خواسته بر بطلان دعوی خواهان بدوی (زوجه) حکم داده است (<http://rc.majlis.ir/fa/law/show/794519>).

شعبه‌ی بیست و دوم دیوان عالی کشور نیز در رأی شماره‌ی ۷۸۰ مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۱۲ این نظر را اختیار کرده و استدلال می‌کند، برداشت عرفی از شرط این است که زوج با وجود تمکین زوجه، به ازدواج دوم اقدام می‌کند یعنی شرط مزبور تدبیری برای دفاع از حقوق زوجه است، نه آنکه زوج به زوجه وکالت دهد که هرگاه زوجه به وظایف زناشویی عمل نکرده و ناشزه باشد، در مطلقه کردن خویش وکیل است.

همچنین هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در پرونده‌های اصراری ردیف‌های ۵۰/۸۵ و ۱۳/۸۷ شرط وکالت زوجه در طلاق را با این عبارت «چنانچه زوج بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار نماید، زوجه حق وکالت در طلاق را دارد» منصرف از ازدواج مجدد زوج به حکم دادگاه به جهت عدم تمکین زوجه ندانسته و آراء اصراری دادگاه‌ها را که متضمن این معنا بوده به شرح آراء شماره‌های ۴ - ۱۳۸۶/۲/۲۵ و ۱۶ - ۱۳۸۷/۱۰/۲۴ ابرام کرده است.

در نهایت، اختلاف دیدگاه‌ها درباره‌ی شرط عدم ازدواج مجدد به هیئت عمومی دیوان عالی کشور منعکس و هیئت با حضور اکثریت اعضا در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۰ طبق رأی وحدت رویه شماره‌ی ۷۱۶ نظر شعبه‌ی چهارم را تأیید می‌کند. به موجب این رأی، نظر به اینکه مطابق ماده‌ی ۱۱۰۸ قانون مدنی تمکین از زوج تکلیف قانونی زوجه است، بنابراین در صورتی که زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع و زوج این امر را در دادگاه اثبات و با اخذ اجازه از دادگاه همسر دیگری اختیار کند، وکالت زوجه از زوج در طلاق - که به حکم ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن عقد نکاح شرط و مراتب در سند ازدواج ذیل بند ب شرایط ضمن عقد در ردیف ۱۲ قید شده - محقق و اعمال کردنی نیست؛ لذا بنا به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه‌ی چهارم دادگاه تجدیدنظر استان همدان که با این نظر انطباق دارد، تأیید می‌شود. این رأی طبق ماده‌ی ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه‌ی دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.

۲. موجبات رأی وحدت رویه در خصوص حق وکالت زوجه برای طلاق در ازدواج مجدد زوج

دیوان در توجیه رأی وحدت رویه، به مبانی حقوقی رأی اشاره‌ی صریح و مسنجم نکرده، اما در مذاکرات هیئت عمومی دلایل زیر در لسان قضات دیوان به عنوان توجیهات رأی مطرح بوده است:

۱-۲. لزوم تمکین زوجه و تخصیص شرط به جهت قاعده‌ی آمره

دیوان در رأی وحدت رویه به صراحت استدلال کرده است: «مطابق ماده‌ی ۱۱۰۸ ق.م.زوجه مکلف به تمکین است؛ چنانچه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند و زوج پس از اثبات این امر و کسب اجازه از دادگاه، همسر دیگری اختیار کند، وکالت زوجه از زوج در طلاق که ضمن عقد نکاح شرط شده است، محقق و قابل اعمال نیست» (روزنامه‌ی رسمی شماره‌ی ۱۹۱۷۶، مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۰۹).

از دیدگاه دیوان، لزوم تمکین برای زوج حکمی قانونی و از نوع آمره است که نمی‌توان در توافقات خصوصی برخلاف آن تراضی کرد. از این رو هرگونه توافق مطلقاً با فرض صحیح شناختن تراضی، منصرف از این حکم قانونی خواهد بود. در غیر این صورت باید حکم به بطلان شرط داد. به عبارت دیگر، دیوان شرط توکیل در طلاق با فرض نشوز را خلاف قواعد آمره دانسته است. از این رو دیوان چنین استدلال می‌کند: «زوجه‌ای که از ایفای وظایف شرعی و تعهد قراردادی و عرفی خود دایر بر حسن معاشرت موضوع مواد ۸۳۳ و ۱۱۰۳ قانونی مدنی استنکاف و تخلف نموده است، نباید بابت تخلف پاداش بگیرد».

۲-۲. انصراف شرط عدم ازدواج به مورد تمکین از نظر عرف جامعه

بعد از ادله‌ی التزام زوجه به تمکین، استناد به عرف از مهم‌ترین موجهات رأی است؛ از دیدگاه دیوان، رأی وحدت رویه با برداشت عرفی از شرط عدم ازدواج، ضمن عقد نکاح مطابقت دارد، زیرا از منظر عرف معنای شرط این است که زوجه تنها در موارد وجود تمکین، وکیل در طلاق باشد. شعبه‌ی ۲۲ دیوان در اثبات ادعای خویش به عرف چنین آورده است: «شرط مزبور تدبیری در جهت دفاع از حقوق زوجه می‌باشد، نه آنکه زوج به زوجه وکالت دهد که هرگاه زوجه به وظایف زناشویی عمل نکرده و ناشزه باشد و با صدور حکم تمکین از اجرای رأی دادگاه، خودداری کرده و با مراجعه‌ی زوج به دادگاه به منظور استیذان جهت ازدواج مجدد و نجات از استیصال، باز هم امتیازی به زوجه تعلق گرفته و وکیل در مطلقه نمودن خویش باشد. هر چند اگر در متن شرط به چنین امری تصریح می‌شد و یا آنکه اوضاع و احوال یا مذاکرات حین عقد دلالت بر آن می‌نمود، شرط مزبور جایز و لازم‌الوفا بود، لیکن در حالت اطلاق شرط و عدم دلالت حالیه و مقالیه باید قواعد اصولی و حقوقی در تفسیر عقود و قراردادهای رعایت شود و آن انصراف شرط به حالت تمکین زوجه است. چنان‌که عرف نیز چنین شرطی را تضمین حقوق زوجه در قبال تخلف زوج از وظایف زناشویی می‌داند».

۲-۳. عدم اطلاق شرط

برخی از قضات دیوان عالی کشور معتقد بودند با توجه به اینکه در جمله‌ی شرطیه باید ادات شرط به کار رود و از آنجا که در عبارت مذکور هیچ یک از کلمات «مطلقاً» یا «علی‌الاطلاق» به کار نرفته است، از این رو نمی‌توان مطلق بودن شرط را در لفظ عبارت بیان کرد؛ در نتیجه ماده‌ی ۱۰۱۹ ق.م فاعد اطلاق نسبت به تمکین و عدم تمکین است.

۲-۴. اصل عدم ولایت زوجه بر زوج

هیئت عمومی دیوان عالی کشور در استدلال خود به اصل عدم ولایت زوجه بر زوج استناد کرده است، بدین توضیح که مرد در صورت تمایل به ازدواج مجدد نباید اسیر اراده‌ی زن باشد. اگر منظور از شرط منع ازدواج این است که زن ناشزه مکلف است به شوهر اجازه‌ی ازدواج مجدد دهد یا زوجه با امتناع از دادن رضایت به ازدواج، مانع رسیدن مرد به حق قانونی خود شود در این صورت می‌توان گفت که زوجه بر مرد سلطه پیدا کرده است. امری که با اصل عدم ولایت مغایر است (رک. مذاکرات هیئت عمومی دیوان، نشریه‌ی مأوی).

۲-۵. قاعده‌ی لاضرر

از آثار ذاتی نکاح، تمکین خاص و تمتع جنسی است. بر این مبنا شارع مقدس و نیز قانون‌گذار زوجه را به تمکین از زوج مکلف کرده و در عین حال اجازه‌ی ازدواج مجدد را هم به مرد با تحقق شرایطی داده است. از این رو با لحاظ التزام زوجه به تمکین، اصرار وی بر نشوز و نیز عدم تجویز ازدواج مجدد، دال بر این است که زوجه از ایفای وظیفه‌ی شرعی و تعهد قراردادی و عرفی خود دایر بر حسن معاشرت موضوع مواد ۸۳۳ و ۱۱۰۳ قانون مدنی استنکاف کرده است. بر این اساس، چنین زوجه‌ای نباید بابت تخلف خود پاداشی دریافت کند. در چنین فرضی، عقیده به اعمال و کالت در طلاق، مصداق سوءاستفاده از اختیار وی در حقی است که به موجب شرط مذکور به او اعطاء شده است؛ امری که به تصریح اصل چهلم قانون اساسی منع شده است. این امر در قاعده‌ی فقهی «لاضرر» ریشه داشته و متضمن یک منع اخلاقی صرف یا یک اخبار محض نیست، بلکه یک انشاء است. بدین معنی که حاکمیت باید ترتیبی اتخاذ کند تا هیچ کس نتواند از حشش سوءاستفاده کند یا در استفاده از حشش موجب ضرر و زیان به دیگری شود. در موضوع حاضر، لازمه‌ی امر این است که زوجه‌ی متخلف - که درصدد سوءاستفاده از حق موضوع شرط دوازدهم از سند نکاحیه است - مجاز به اعمال چنین و کالتی دانسته نشود.

۳. نقد مبانی حقوقی رأی وحدت رویه در خصوص حق وکالت زوجه برای طلاق در ازدواج مجدد

هر چند در نگاه سطحی می‌توان از رأی حاضر دفاع کرد، اما با تطور در مبانی رأی و متون فقهی دو ایراد اساسی بر آن وارد است؛ ایراد نخست، مخالفت رأی با توافقات خصوصی (یعنی اراده‌ی زوجین) و ایراد دوم، مغایرت آن با قوانین موضوعه است. در ادامه این ایرادها بررسی می‌شود:

۳-۱. مغایرت رأی با توافق خصوصی اشخاص بدون نص قانونی

در این قسمت ادله‌ای که بر مغایرت رأی با توافق خصوصی اشخاص دلالت دارند، بررسی می‌شوند:

۳-۱-۱. مغایرت رأی با اطلاق شرط و اصل لزوم وفای به شرط

در اسناد ازدواج و توافقات زوجین، تحقق وکالت زوجه در نتیجه‌ی ازدواج مجدد بدون رضایت زوجه، به نحو اطلاق پیش‌بینی شده و منصرف به مورد خاصی نشده است. بر این اساس رویه‌ی قضایی به حق، تنها قید این شرط را رضایت زوجه دانسته و معتقد بوده است که تمکین یا عدم تمکین زن در شرط وکالت وی در طلاق تأثیری ندارد، زیرا ملازمه‌ی میان نشوز زوجه و انتفای وکالت وجود ندارد. همچنین اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه در نظریه‌ی دیگری تصریح می‌کند، شرط دوازدهم سند نکاحیه مطلق بوده و تنها رضایت زوجه نسبت به ازدواج مجدد زوج، مانع تحقق آن است، زیرا عدم تمکین زوجه، به منزله‌ی رضایت زن به ازدواج مجدد زوج نیست (نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۹۱۱۴ مورخ ۱۳۷۹/۱/۱۳ و نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۳۶۴۲ مورخ ۱۳۸۲/۵/۴ اداره‌ی قوه قضاییه). برخی از حقوق دانان نیز در بحث شرط وکالت به اذن دادگاه بر ازدواج زوج بدون توجه به سبب آن اشاره کرده و آن را در شرط وکالت بی‌تأثیر دانسته‌اند (میرزایی، ۱۳۸۹: ۳۱۱).

مطلق بودن شرط بدان دلیل است که در لفظ شرط، کلماتی دایر به مستثنی بودن حالت نشوز از شمول شرط دیده نمی‌شود، بنابراین در شرایط نشوز نیز امکان وکالت بر طلاق وجود دارد. بیشترین ارفاقی که نسبت به قائلین عدم اطلاق شرط می‌توان داشت این است که گفته شود مباحث و دلایل متقابل طرفین قدرت مساوی دارد؛ از این رو نوبت به اجرای قاعده‌ی تعارض ادله و تساقط آنها می‌رسد. پس از این تساقط، اصول «احتیاط در عرض»، «تسلط منحصر مرد بر طلاق» و «تفسیر مضیق دامنه‌ی ولایت (وکالت) غیر صالح» جریان می‌یابند و پر واضح است که هر یک از این سه اصل، حتی به نحو استقلال نیز حکم به عدم طلاق می‌کند.

به عقیده‌ی برخی حقوق دانان، شروط ضمن عقد ضمن تفهیم به زوج، مورد توافق زوجین نیز قرار گرفته است و طبق ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی اشتراط شرط ضمن عقد نکاح تجویز شده و

تفویض و کالت از طرف زوج به زوجه مطلق بوده و منصرف به موردی خاص نیست (جوهر، ۱۳۹۴: ۱). با این حال برخی از قضات دیوان عالی کشور معتقد بودند چون در لفظ شرط، هیچ یک از کلمات «مطلقاً» یا «علی الاطلاق» به کار نرفته است، از این رو نمی‌توان مبنای ادعای مطلق بودن شرط را در لفظ عبارت جست، در نتیجه ماده‌ی ۱۰۱۹ ق.م.فاقد اطلاق نسبت به تمکین و عدم تمکین است.

به نظر می‌رسد این استدلال صحیح نباشد، زیرا آنچه به کلمات و ادات شمولیت مصداقی نیاز دارد، نهاد اصولی عام هست نه اطلاق و اصولاً اطلاق در جایی است که کلمه‌ای بدون قید به کار رفته باشد (محمدی، ۱۳۸۹: ۷۴). همچنین استدلال مزبور با مفهوم و فلسفه‌ی شرط همخوانی ندارد. شرط تعهدی است که ضمن عقد دیگری درج می‌شود (امامی، ۱۳۶۸: ج ۲، ص ۲۷۱) و نیز یک نوع توافقی است که حسب طبیعت خاص موضوع یا تراضی طرفین در شمار توابع عقد آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ج ۳، ص ۱۲۱). بنابراین شرط حکم جدیدی است که درصدد رفع حکم پیشین است. به همین جهت، طرفین عقد به هنگام جعل شرط در مقام بیان بوده و حکم جدیدی را میان خود جاری می‌سازند. در شرط دوازدهم سند نکاحیه نیز طرفین عقد نکاح با در نظر داشتن سلطه‌ی مرد بر طلاق درصدد جعل حکمی جدید هستند. از این جهت، شرط استثنایی بر احکام پیشین نیست تا گفته شود که دایره‌ی آن باید تفسیر مضیق شود، بلکه حکم جدیدی است که اطلاق آن باید لحاظ شود.

شرط عدم ازدواج مجدد مانند هر عهد و پیمانی، مشمول اصل لزوم وفای به شرط می‌شود، زیرا هرگاه دو طرف عهد و پیمانی با هم می‌بندند بایستی به آن وفا کنند. حسن وفای به عهد و قبح عهدشکنی از امور فطری است که هر انسانی آن را می‌فهمد. به عبارت دیگر، انسان برای درک حسن وفای به عهد و قبح عهدشکنی به راهنمایی شرع و اقامه‌ی برهان نیاز ندارد. حضرت علی (ع) در این رابطه می‌فرمایند: «هیچ موضوعی همانند وفای به عهد در میان مردم با تمام اختلافاتی که دارند، مورد اتفاق نیست. حتی مشرکان نیز، پیمان‌ها را در میان خود محترم می‌شمردند، زیرا عواقب پیمان‌شکنی را دریافته بودند» (سید رضی، نامه ۵۳).

خداوند به موجب آیه‌ی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) امر به وفای تمامی عقود فرموده است. عقود به معنای عهود است و همان‌طور که در صحیح‌ه/ابن سنان آمده است: «الْعُقُودُ هُوَ الْعُهُودُ». بنابراین چون واژه‌ی شرط در معنی عهد به طور مطلق به کار رفته است، مشمول این آیه بوده و در نتیجه وفای به آن لازم است. شیخ انصاری بر اساس یک مبنای اصولی معتقد است، آنچه مستقیم از سوی شرع وضع و جعل می‌شود، حکم تکلیفی است و احکام وضعی نظیر ملکیت، شرطیت و

سببیت از احکام تکلیفی انتزاع می‌شوند؛ بدین معنا که وقتی شرع، جواز و اباحه‌ی تصرف در مالی را برای کسی جعل می‌کند، ملکیت از آن انتزاع می‌شود و بنابراین آیه درصدد بیان حکم تکلیفی است و حکم وضعی، لزوم منتزاع از حکم تکلیفی است (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۸۳). پس از ایشان بیشتر فقیهان معتقدند که احکام وضعی قابل جعل مستقیم هستند و منظور آیه بیان حکم وضعی است و به تعبیر دیگر، هدف آیه بیان نفوذ و لزوم عقود و شروط است (خوانساری، ۱۳۸۵: ج ۲، ص ۱۳۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴: ج ۱۲، ص ۲۶۸؛ خوئی، ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۱۴۲).

فقیها بر این باورند که وفای به وعده مطلقاً واجب است. عده‌ای به وجوب وفا به هر وعده‌ای تصریح کرده‌اند و خلف وعده را معصیت دانسته‌اند و شکی نیست که مجموعه‌ی التزامات مصداق وعده هستند. دلیل این بزرگان، روایات فراوانی است که در باب وفای به وعده و حرمت مخالفت با آن آمده است. از جمله‌ی این عمومات روایت نبوی «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» است. به عقیده‌ی فقیها، مفاد قاعده این است که بر هر شخص مسلمان و باایمانی واجب است به التزامات و تعهداتی که در مورد دیگران بر عهده می‌گیرد، وفا کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ج ۳، ص ۲۵۱). در این قاعده، عبارت «الْمُؤْمِنُونَ» و «شروطهم» مفید جمع و عموم است؛ لذا هر شرطی هم به مقتضای دلیل «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» لازم‌الوفاست. این دلیل گرچه مبنایی است، لیکن مهم‌ترین دلیل مدعای مرحوم سید طباطبایی یزدی در لزوم شرط ابتدایی است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ج ۲، ص ۱۱۷؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۲). با توجه به این مطالب، باید گفت عموم «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» شامل شرط عدم ازدواج مجدد نیز می‌شود و دلیلی که آن را تخصیص زده و از دایره‌ی شمول عام مزبور خارج کند وجود ندارد و تا زمانی که طرفین آن شرط را محدود به موارد عدم تقصیر زن نکرده‌اند باید به همان نحو اطلاق، لازم‌الوفا بشمارند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ج ۶۷، ص ۶۳ و ۶۷؛ ابن‌قدامه: ج ۷، ص ۵۲۶).

۳-۱-۲. مخالفت رأی با توافق خصوصی اشخاص

مستند به دلایل زیر، رأی با توافق خصوصی اشخاص مغایرت بین دارد:

۳-۱-۲-۱. مغایرت رأی با آثار اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده یک اصل مهم فلسفی است که اساس و پایه‌ی نظریه‌ی تعهدات به شمار می‌آید. مبنای اصل حاکمیت اراده در غایت نظم اجتماعی نهفته است و هدف از نظم اجتماعی خدمت به افرادی است که آن اجتماع را تشکیل می‌دهند. مظهر کمال شخصیت هر فرد بسته به این است که آزادی اراده داشته باشد، زیرا افراد در سایه‌ی آزادی اراده می‌توانند کمالات خود را ظاهر کنند. بنابراین برای احترام به شخصیت انسانی هر فرد باید به اراده‌ی او احترام گذاشت.

وظیفه‌ی قانون ایجاد مانع در مقابل انحراف اراده‌هاست. برای احترام به اراده‌ی افراد، باید روابط افراد جامعه بر اساس آزادی اراده باشد. بنابراین تکلیفی بر انسان نباید تحمیل کرد مگر اینکه خود او آن تکلیف را بخواهد و چنین تکلیفی او را با قانون طبیعت وفق می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸). در بحث شروط نکاح، اصل حاکمیت اراده ایجاب می‌کند افراد در تعیین سرنوشت خود آزاد باشند و این آزادی هم در انجام دادن اعمال مادی نظیر تکالیف زناشویی، پرداخت نفقه و فرزنددار شدن به او اعطا شده است و همچنین وی آزاد است هر قرارداد نکاحی را با هر کس و با هر شرایطی منعقد کند. بنابراین یکی دیگر از راه‌های توجیه صحت و کالت زوجه در ازدواج مجدد استناد به حاکمیت اراده است، زیرا حاکمیت اراده در معنای وسیع‌تر، اقتدار و سلطه بر انجام دادن هر گونه قرارداد به کار می‌رود.

اصل آزادی قراردادهای ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی اعلام شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است»، پس جز در مواردی که به وسیله‌ی قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد نشده باشد، اراده‌ی اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان‌های خویش است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت. اصل آزادی قراردادهای که طبق اصل ۴ قانون اساسی بنیان حقوق موضوعه بیان شده، در فقه اسلامی با عبارت معروف «العُقُودُ تَابِعُهُ لِّلْقُصُودِ» شناخته شده است. این اصل یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده است (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۶). اگر اراده و خواست انسان بی‌هیچ‌گونه محدودیت یا قیدی به کار رود، سخن از اصل «حاکمیت اراده» است، اما اگر در محدوده‌ی انعقاد قرارداد یا ایقاع از اراده و آزادی بحث شود، «اصل آزادی قراردادهای» خواهد بود. به لحاظ منطقی هر آزادی قراردادی، حاکمیت اراده خواهد بود، اما هر حاکمیت اراده‌ای آزادی قرارداد محسوب نمی‌شود. از اصل آزادی قراردادهای چهار نتیجه‌ی اساسی گرفته می‌شود:

الف- اشخاص می‌توانند قرارداد را ذیل هر عنوانی که مایل باشند، منعقد و آثار و نتایج آن را به تراضی و دلخواه معین کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ج ۱، ص ۱۴۵؛ همو، ۱۳۸۵: ج ۱، ص ۱۱، ش ۴).
ب- بعد از انعقاد قرارداد، اراده‌ی متعاقدين باید محترم شمرده شود و مقامات عمومی حق ندارند آثار قراردادهای و تعهدات طرفین را تغییر دهند. قاضی نمی‌تواند در قرارداد تجدیدنظر کند یا به آن معنای دیگری که مقصود طرفین نبوده است، بدهد. قانون‌گذار نیز باید حتی‌الامکان از دخالت در این امور خودداری کند. فقط طرفین قرارداد می‌توانند با توافق یکدیگر آثار قرارداد منعقد شده را تغییر دهند یا اقاله به انحلال آن کنند و این یک قرارداد جدید است که طبق اصل حاکمیت اراده بسته می‌شود (صفایی، ۱۳۸۹: الف: ۴۸).

ج- اثر عقد محدود به کسانی است که در تراضی دخالت داشته‌اند و اشخاص ثالث از آن سود و زیان نمی‌برند. آزادی هر شخص محدود به آزادی دیگران است و هیچ کس نمی‌تواند، جز در موارد استثنایی، تعهدی بر دیگری تحمیل کند یا به سود او حقی به وجود آورد.

د- نتیجه‌ی دیگر اصل، کفایت قرارداد بر مبنای مقصود طرفین است. اصل آزادی قراردادهای اقتضا می‌کند، در تفسیر قراردادها به آنچه متعاقدین به صراحت یا ضمنی خواسته‌اند، توجه شود. الفاظ قرارداد برخلاف سابق مقدس، قاطع شمرده نمی‌شوند و تا حدی معتبرند که مبین اراده‌ی واقعی طرفین باشند. اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از چیزی است که ظواهر الفاظ اقتضا می‌کند، اراده‌ی واقعی آنها باید در نظر گرفته شود و ملاک تفسیر باشد. خلاصه آنکه قاضی به هنگام تفسیر قرارداد باید در کشف اراده‌ی متعاقدین بکوشد و برای قرارداد، همان آثاری را قائل شود که طرفین اراده نموده‌اند.

در ارتباط با وکالت و کالت زوجه در شروط ضمن عقد بر پایه‌ی اصل آزادی قراردادهای باید گفت: وقتی دو نفر با علم به سلطه‌ی زوج بر طلاق توافق می‌کنند و این حق که زوجه در صورت ازدواج مجدد شوهر، وکیل زوج در مطلقه کردن خویش باشد به زن اعطاء می‌شود، قطعاً چنین قراردادی نافذ است و ضرورت دارد دادرس در مقام تفسیر و تحلیل شرط در پی کشف قصد و اراده‌ی طرفین برآید نه آنکه با فرض یک مقرره‌ای نظیر تکلیف زوجه به تمکین، زعم و اراده‌ی خود را بدون آنکه قرینه و نشانه‌ای بر اراده‌ی آنها بیابد، بر اراده‌ی زوجین تحمیل کند. در صورتی که طرفین به صراحت ابراز نکرده باشند نیز وکالت زوجین در فرض عدم تمکین محقق است. با این تحلیل چنین استنباط می‌شود که رأی وحدت رویه، مغایر با اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای یعنی توافق خصوصی متعاقدین است، زیرا:

اولاً، طرفین آگاهانه و با علم به تکلیف زوجه به تمکین چنین شرطی را در نکاح پیش‌بینی می‌کنند، زیرا برآنند تا زوجه را در صورتی که مرد، زن دیگری اختیار کرده است، برهانند. به این دلیل در قرار دادن شرط، اعتنایی به هیچ قیدی اعم از تمکین یا عدم تمکین نمی‌کنند و چون در ازدواج مجدد به طور مطلق به زوجه وکالت می‌دهند، از آوردن هر نوع قیدی خود را بی‌نیاز می‌دانند و به اطلاق بیان می‌کنند؛ برای مثال بیان نمی‌شود اگر به دلیل ناباروری، مرد همسر دوم اختیار کند وکالت زوجه محقق هست یا نیست.

ثانیاً، اگر بیان شود گاهی بر خلاف قصد طرفین، زوج فقط در موارد عدم تمکین این اختیار را به زن می‌دهد، باز هم حاصل مقصود نیست. در فرض اطلاق شرط، قاضی نباید طبق نظر خود

آن را ناظر به فرض ازدواج مجدد با وجود تمکین بدانند، بلکه باید در مقام کشف رأی و نظر آنها برآید، به عبارتی قاضی نباید به اصول عملیه یا تکالیف زوجه متوسل شود.

۳-۲-۱-۲. مغایرت اطلاق رأی وحدت رویه با تصریح زوجین به وجود وکالت در فرض عدم تمکین

دیوان عالی کشور با رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۷۱۶ در ازدواج مجدد به دلیل عدم تمکین به طور مطلق وکالت زوجه را منتفی دانسته است. اعم از اینکه طرفین خود، شرط وکالت در ازدواج مجدد را به نحو اطلاق بیان کرده‌اند یا اینکه به صراحت گفته باشند که زن در صورت عدم تمکین نیز چنین امتیازی دارد. در واقع از رأی صادر شده چنین برداشت می‌شود که از نظر دیوان حتی اگر زوجین به صراحت وکالت را در ازدواج مجدد به دلیل نشوز زوجه نیز پیش‌بینی کرده باشند، همچنان وکالت زوجه منتفی بوده است که چنین توافقی فاقد وجهت قانونی است. به تعبیر دیگر، در رأی وحدت رویه به صراحت مشخص نشده که اگر زوجین توافق کنند، مرد هرگاه به دلیل خودداری زوجه از تمکین (نشوز) ازدواج کند، آیا باز هم زوجه وکالت خواهد داشت یا خیر؟ در این رأی، دیوان نه تنها به اختلاف نظرات خاتمه نداده، بلکه از جهت اطلاق، سبب بروز اختلاف جدیدی نیز شده است. بدین صورت که اطلاق رأی وحدت رویه - که نشوز زن را مانع حق وکالت در تمام حالات می‌داند - با اصول حقوقی و آراء دیگر شعب دیوان در تعارض است. شعبه‌ی ۲۲ دیوان عالی کشور در رأی شماره‌ی ۷۸۰ مورخ ۱۳۸۳/۸/۱۱۲ مقرر داشته: «شرط مزبور تدبیری در جهت دفاع از حقوق زوجه می‌باشد، نه آنکه زوج به زوجه وکالت دهد که هرگاه زوجه به وظایف زناشویی عمل نکرده و ناشزه باشد و با صدور حکم تمکین، از اجرای رأی دادگاه خودداری نموده و با مراجعه‌ی زوج به دادگاه به منظور استیذان جهت ازدواج مجدد و نجات از استیصال باز هم امتیازی به زوجه تعلق گرفته، و کیل در مطلقه نمودن خویش باشد. هر چند اگر در متن شرط به چنین امری تصریح می‌شد، یا اوضاع و احوال یا مذاکرات حین عقد دلالت بر آن می‌نمود، شرط مزبور جایز و لازم‌الوفاء بود».

۳-۲. خروج هیئت عمومی از حیثه‌ی صلاحیت در انشاء رأی

با در نظر گرفتن فلسفه و چگونگی صدور رأی باید بیان کرد که نخستین قانون درباره‌ی مجوز و نحوه‌ی صدور رأی وحدت رویه، ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ است که مقرر داشته: «هرگاه در شعب دیوان عالی کشور نسبت به موارد مشابه رویه‌های مختلفی اتخاذ شده باشد، هیئت عمومی دیوان عالی کشور، موضوع مختلفیه را بررسی کرده و نسبت به آن اتخاذ نظر می‌نمایند. در این صورت نظر اکثریت هیئت مزبور برای شعب دیوان عالی و سایر

دادگاه‌ها درباره‌ی موارد مشابه لازم‌الاتباع است و جز به موجب نظر هیئت عمومی یا قانون قابل تغییر نخواهد بود». در این مقرر قانون‌گذار قلمرو وحدت رویه را مشخص نکرده که آیا منشأ اختلاف آراء باید تفسیر قانون باشد یا اختلاف نظر در هر موضوع حقوقی از جمله قرارداد و عرف نیز می‌تواند به رأی وحدت رویه منجر شود. لیکن شق اخیر ماده، مبنی بر تغییرپذیر بودن رأی با قانون یا وحدت رویه‌ی جدید نشان می‌دهد که محدوده‌ی فعالیت دیوان، قوانین است.

قانون‌گذار در قوانین مختلف از جمله مواد ۲۷۰ و ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری در امور دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ و قانون دیوان عدالت اداری با افزودن عبارت «استنباط از قانون» به صراحت جایگاه صدور رأی وحدت رویه را به مواردی ناظر دانسته که مراجع قضایی و اداری در استنباط از قوانین و مقررات اختلاف دارند. از سوی دیگر، این رأی از اصل ۱۶۱ قانون اساسی هم برداشت می‌شود که وظیفه‌ی دیوان را نظارت بر اجرای صریح قوانین در محاکم می‌داند (نویخت، ۱۳۸۸: ۶۰-۵۸).

با این وصف، جایگاه قاضی در تفسیر قضایی و نیز حوزه‌ی اختیارات هیئت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، تنها ناظر به تفسیر قوانین و رفع تشتت از تفاسیر مختلف از قانون واحد است. از این رو در تفسیر اراده‌ی افراد که در قالب قرارداد و شروط ضمن قرارداد نمود پیدا می‌کند، باید به محتوای قرارداد و مذاکرات پیش از قرارداد و اسناد مبادله شده میان آنها مراجعه و قصد و منظور واقعی آنها را کشف کرد. حوزه‌ای که محدودیت‌بردار نیست و دیوان را به حوزه‌ی کنترل‌ناپذیر وارد می‌کند.

از طرف دیگر، رأی وحدت رویه همانند قانون تفسیری در حکم قانون است و تا زمان تصویب قانونی که به صراحت یا ضمنی آن را نسخ کند، معتبر و لازم‌الاجراست. حال آنکه ورود رأی وحدت رویه به حوزه‌ی تفسیر اراده‌ی طرفین در بندهای توافق و تراضی افراد با این ماندگاری مغایرت دارد، زیرا طرفین با ذکر صریح منظور خویش در شروط می‌توانند قرارداد را از شمول رأی خارج کنند. در واقع به جای اینکه اراده‌ی مقنن رأی وحدت رویه را تغییر دهد، طرفین عقد یعنی اراده‌ی افراد آن را بی‌اثر می‌کند.

در فرض مسئله، دیوان عالی کشور به جای آنکه تشتت آراء ناشی از استنباط قانون را برطرف کند (درباره‌ی شرط عدم ازدواج هیچ قانونی وجود ندارد تا دادگاه درباره‌ی آن اختلاف نظر داشته باشند)، برای رفع یک اختلافی که از متن بند قرارداد نکاح ناشی می‌شود، حکم کلی لازم‌الاتباع صادر کرده است. در نتیجه، دیوان از جایگاه اصلی رأی وحدت رویه خروج کرده است. بر این

اساس، زوجین نیز به سهولت می‌توانند با تغییر متن شرط عدم ازدواج مجدد یعنی با افزودن قید «مطلقاً» یا عبارت «تحت هر شرایطی حتی در نشوز زوجه» به شرط در سند ازدواج، در عمل رأی دیوان را بی‌اثر کنند.

۳-۳. مغایرت رأی با اصل عدم ولایت بر غیر (اصل برابری زوج و زوجه)

اصل عدم ولایت یکی از اصول مهم و زیربنایی در حقوق است که بر اساس آن هیچ انسانی بر انسان دیگر ولایت ندارد مگر اینکه دلیلی خاص بر آن اقامه شود. به این اصل می‌توان از لحاظ قیاس اقتزانی و کبروی توجه کرد، به طوری که اقتضای آن را دارد که زوجه در صورت ازدواج مجدد مرد، اسیر اراده‌ی زوج نباشد و مقهور به ادامه‌ی زندگی با همسر دوم او نشود. بر این پایه، اصل عدم ولایت در خصوص مفاد رأی وحدت رویه - که به نحوی به تکلیف (یعنی تکلیف زوجه به تحمل ازدواج دوم) ملحق می‌شود - نیز جاری خواهد بود. به بیان دیگر، رأی وحدت رویه چنین معنا می‌دهد که زوجه حق اعمال و کالت در مطلقه کردن خود را ندارد و مکلف به تبعیت از خواست شوهر در ادامه‌ی زندگی با زوجه‌ی دوم و تقسیم امکانات مادی و معنوی (عشق و محبت) با اوست. از این رو می‌توان گفت زوج بر زوجه تسلط یافته و بر وی ولایت دارد، امری که در شرع پذیرفته نشده است.

از دیگر سو، اگر بتوان امتناع زوج از اذن به طلاق را چنین تعبیر کرد که زوج با امتناع خود از طلاق دادن زوجه مانع استفاده‌ی زن از حق رهایی از تحمل کردن شرایط مشقت‌بار شده است، آنگاه می‌توان گفت که در این فرض زوجه می‌تواند اعمال حق خود را - که تفسیر دیوان از شرط عدم ازدواج مانع آن می‌شود - از حاکم بخواهد.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در استدلال خود به اصل عدم ولایت زوجه بر زوج استناد کرده است، اما این تحلیل نیز پذیرفتنی نیست، زیرا در فرض مسئله شرط ضمن عقد با قاعده‌ی اختیار زوج در اعمال حق ازدواج مجدد منافاتی ندارد. در واقع شرط عدم ازدواج مجدد به معنای واقعی کلمه مرد را از اختیار همسر دوم منع نمی‌کند، زیرا ازدواج دوم در فقه و حقوق صحیح تلقی می‌شود و زوجه تنها وکیل در طلاق خویش است و هیچ سلطه‌ای بر ازدواج دوم ندارد. بنابراین استدلال دیوان زمانی درست بود که شرط عدم ازدواج مجدد، حق ازدواج مجدد را از مرد سلب کرده و اختیار تأیید و تنفیذ ازدواج دوم به دست زوجه سپرده می‌شد و تنها در این صورت تحمیل اراده‌ی زوجه به مرد متصور بود.

۳-۴. مغایرت رأی با مصلحت خانواده

خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء: ۱۹) یعنی با یکدیگر به حسن رفتار، معاشرت کنید. با الهام از این آیه، مقنن هم در مواد متعدد زوجین را به حسن معاشرت، وفاداری، همیاری و تعاون در تحکیم و تثبیت خانواده الزام کرده است. از نظر مقنن، با توجه به اهمیت خانواده اگر عقد نکاحی منعقد نگردد، بهتر از آن است که نکاحی متزلزل منعقد شود. در واقع هدف اصلی این است که در محیط خانواده آرامش و تمکین متقابل برقرار بوده و عاری از هرگونه تشنج و خیانت باشد (امامی، ۱۳۶۸: ج ۴، ص ۴۳۰).

بر پایه‌ی این اصل، مقنن به طور عام و قضات به طور خاص در تصمیمات و اظهار نظرات خویش باید مصلحت و غبطه‌ی خانواده را در نظر بگیرند، در حالی که رأی وحدت رویه نه تنها موجب تحکیم خانواده نبوده، بلکه متضمن برخی توالی فاسد برای اجتماع نیز است، با این توضیح که زوجه‌ای که از زوج خود تمکین نکرده و حاضر به زندگی با او نیست به طریق اولی با مردی که همسر دیگری نیز اختیار کرده، زندگی نخواهد کرد. نتیجه‌ی رأی وحدت رویه آن است که زوجه‌ی اول که با صدور حکم الزام به تمکین و بروز حالت نشوز در وی به دلیل عدم تمکین از حکم دادگاه و یا با صدور حکم اعلام نشوز، استحقاق نفقه را نیز از دست داده، دیگر قادر نیست به جهت غالب برای طلاق که همان شرط اول ضمن نکاح نامه رسمی (عدم پرداخت نفقه به مدت ۶ ماه) و ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی است، استناد کند، از این رو همچنان در زوجیت مرد باقی می‌ماند. در مقابل، مرد که با ازدواج مجدد نیازش رفع شده، برای بازگرداندن زوجه‌ی اول به زندگی مشترک تلاشی نخواهد کرد. همچنین زوجه‌ی دوم که با احراز نشوز زوجه‌ی اول و تمایل نداشتن وی به زندگی با زوج، با امید به مطلقه شدن وی به ازدواج با مرد تن داده، ادامه‌ی زوجیت اول را خطری برای زندگی مشترک خود می‌داند و ممکن است به انحلال نکاح دوم بیانجامد.

بدین ترتیب زوجی که قصد زندگی ندارد در عمل با آزار و اذیت زن و تهیه نکردن مقدمات تمکین سبب می‌شود که زوجه علی‌رغم میل باطنی خانه را ترک کند، سپس زوج با ادله‌ی اثبات‌کردنی دادخواست عدم تمکین مطرح می‌کند. از طرفی، به دلیل اینکه زوجه نمی‌تواند در دادگاه دفاع قابل اثباتی کند، محکوم به تمکین می‌شود و همین رأی مستمسکی برای درخواست ازدواج مجدد قرار می‌گیرد؛ برای مثال زوجینی که ساکن یک شهری هستند، زوج به عمد خانه‌ی مسکونی در یک شهر دور و نامن دیگری اجاره می‌کند که در عمل امکان سکونت برای زن در آن شهر وجود ندارد یا با رنج و مشقت است و زوج علی‌رغم اینکه قصد زندگی در آن شهر را ندارد، اما در دادگاه وانمود می‌کند که محل سکونت وی آن شهر است، امری که اثبات خلاف آن برای زن بسیار مشکل خواهد بود.

۳-۵. مغایرت رأی با عرف غالب

عرف عبارت از عمل و روش یا سلسله اعمال و روش‌هایی است که به تدریج در طول زمان و در اثر تکرار، خود به خود و بدون دخالت قوه‌ی قانون‌گذاری و پیرو حوائج اجتماعی میان همهی افراد جامعه یا گروهی از آنها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور در تنظیم روابط حقوقی بین افراد اجتماع، مقبول و مرسوم شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۰۱).

در فقه اسلامی، این ابزار از اسناد اصلی و کاربردی برای کشف مفاهیم و معانی تلقی می‌شود. حکم شرعی تابع موضوع است، بین آنها دو رابطه‌ی سببی و مسببی برقرار است، به گونه‌ای که اگر موضوع تغییر یافت، حکم نیز تغییر می‌کند. گاهی تغییر موضوع به تغییر و تحول در عرف جامعه و مقتضیات زمان بستگی دارد. گواه بر این ادعا کلام شهید اول است که می‌فرماید: «بِجُوزِ تَغْيِيرِ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْعَادَاتِ» (عاملی (شهید اول): ج ۱، ص ۱۵۱). از این رو وقتی عرف باعث دگرگونی و تغییر موضوع شد، حکم آن موضوع هم تغییر می‌کند و دگرگون می‌شود.

به علاوه، مناسبات عرفی و مرتکبات اجتماعی در حوزه‌ی تفسیر اراده‌ی متعاملین نیز قادر به تفسیر کلام، تعیین، تنقیح، توسعه و تضییق ظهور لفظ و مراد و مقصود طرفین است. به این جهت حقوق دانان بر این باورند که عرف تأثیر کاملی در تفسیر نکته‌ها دارد و اغلب برای فهم درست قانون نیازمند عرف هستیم. مفاهیمی که قانون‌گذار به آنها متوسل می‌شود، تنها در پرتو عرف روشن می‌شود. در قانون مدنی مواد مختلفی به این کاربرد عرف دلالت دارد؛ موادی همچون متعارف بودن امری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد «ماده‌ی ۲۲۵ ق.م.»، انجام تعهد «ماده‌ی ۲۸۰ ق.م.»، تسلیم مبیع «ماده ۳۷۵ ق.م.» و نوع زرع در عقد مزارعه «ماده‌ی ۳۷۵ ق.م.»

عرف از جمله ابزار چند وجهی است که هر یک از حقوق دانان، قضات و متداعیین تلاش می‌کنند تا نظر خویش را مطابق فهم عرفی نشان دهند و نظر طرف مقابل را مغایر با آن معرفی کنند.

در تفسیر شرط عدم ازدواج مجدد نیز هر کدام از رویه‌های قضایی برای اثبات ادعای خود به آن تمسک بسته‌اند. چنین به نظر می‌رسد، آنچه عموم مردم از شرط دوازدهم سند نکاحیه استنباط می‌کنند، حق طلاق زن در اثر ازدواج مجدد مرد به نحو مطلق است؛ یعنی از نظر آنها زوجین در زمان ازدواج قصد ندارند علاقه و عاطفه میان خود را با فرد دیگری تقسیم کنند و نیز زوجه هرگز قبول نمی‌کند که همسر او زن دیگری اختیار کند. به همین دلیل با اصرار خاصی این شرط را وضع می‌کنند. بنابراین از نظر عرف، به صرف ازدواج مجدد بدون رضایت زوجه، زن وکیل

زوج در طلاق خویش خواهد بود. به علاوه، در تفسیر شرط عدم ازدواج مجدد از میان عرف‌های گوناگون، عرف عموم مردم محل عقد، باید ملاک و ضابطه قرار گیرد و جایگاه استناد به عرف قضایی و عرف خاص حقوق‌دانان اینجا نیست.

همان‌گونه که گفته شد، شعبه‌ی ۲۲ دیوان در اثبات ادعای خویش ضمن اشاره به عرف بیان کرده: «شرط مزبور تدبیری در جهت دفاع از حقوق زوجه می‌باشد نه آنکه زوج به زوجه وکالت دهد که هرگاه زوجه به وظایف زناشویی عمل نکرده و ناشزه باشد و با صدور حکم تمکین از اجرای رأی دادگاه خودداری نموده و با مراجعه‌ی زوج به دادگاه به منظور استیذان جهت ازدواج مجدد و نجات از استیصال باز هم امتیازی به زوجه تعلق گرفته، وکیل در مطلقه نمودن خویش باشد. هر چند اگر در متن شرط به چنین امری تصریح می‌شد یا اوضاع و احوال یا مذاکرات حین عقد دلالت بر آن می‌نمود، شرط مزبور جایز و لازم‌الوفاء بود، لیکن در حالت اطلاق شرط و عدم دلالت حالیه و مقالیه باید قواعد اصولی و حقوقی در تفسیر عقود و قراردادهای رعایت شود و آن انصراف شرط به حالت تمکین زوجه است. چنان‌که عرف نیز چنین شرطی را تضمین حقوق زوجه در قبال تخلف زوج از وظایف زناشویی می‌داند». در پاسخ به این تحلیل باید گفت:

اولاً، دیوان به طور کلی از عرف سخن رانده و منظور از عرف را مشخص نکرده که آیا عرف حاکم در بین عموم مردم مد نظر است یا عرف حاکم قضایی؟ اگر منظور دیوان عرف قضایی است - همان‌گونه که تشریح شد - جایگاه استناد به آن اینجا نیست.

ثانیاً، چگونگی دستیابی دیوان به این عرف مشخص نشده، بلکه چنین به نظر می‌رسد که در رویه‌های قضایی عرف عام مدنظر است. در حالی که واقعیت چیز دیگری است. علت چنین برداشت ناصحیح این است که قضات دیوان که در ذهنشان به طبیعی بودن و شرعی بودن تعدد ازدواج دائم و موقت نظر دارند، بدیهی است هرگونه شرط مخالف آن را تفسیر مضیق کنند. حال آنکه زنان و خویشان وی نگاهی قریب بطلان به ازدواج دوم دارند و آن را عملی تحمل‌ناپذیر و نابخشودنی می‌شمارند. به همین دلیل مبرهن است که عرف حاکم در بین مردم با عرف خاص متفاوت باشد.

ثالثاً، زمانی به عرف به عنوان یک منبع برای حقوق توجه می‌شود که منابع دیگر شامل قوانین و مقررات و فقه موجود نباشد؛ همچنان که در بیان شرط آمده: «شرط، اگرچه تعهد ضمن عقد است و ماهیت مستقل از عقد ندارد اما در کنار عقد، دارای موجودیتی همانند قانون است». در واقع، متعاقبین با شرط ضمن عقد خواسته‌اند چیزی غیر از قانون موجود بر روابط آنها حاکم

باشد. مفاد شرط، قانون جدیدی است که بر اساس توافق طرفین موجودیت یافته و الزام آور شده است. لیکن در اینجا امکان استناد به عرف عام نیست.

رابعاً، از تطور در آراء دادگاه‌ها، نشست‌های قضایی، نظرات اداره‌ی حقوقی قوه قضاییه و برخی آراء اصراری دیوان عالی کشور چنین استنباط می‌شود که برداشت از این شرط اطلاق، عرف قضایی است (رای اصراری شماره ۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۸۷).

۳-۶. ناهمخوانی رأی با صحت وکالت مطلق زوجه در طلاق

رأی دیوان بر وکالت زوجه در طلاق خلاف قاعده بوده و با حق انحصاری مرد بر طلاق مغایر است. از این رو اگر هم چنین وکالتی پذیرفته شود، بایستی آن را به موارد استثنایی، یعنی موارد عدم نشوز زن محدود کرد. در واقع، نظر دیوان با نظر آن دسته از فقهای که وکالت زوجه را باطل می‌دانند، هم‌خوانی دارد. این دسته از فقها معتقدند، هر چند وکالت در طلاق به دیگری جایز است، لیکن خود زوجه را نمی‌توان در اجرای طلاق خویش وکیل کرد. این نظریه از شیخ طوسی و برخی پیروان او ابراز شده است (نجفی، ۱۳۶۲: ج ۳۲، صص ۲۴ و ۲۵؛ حلی، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۲۹۳؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۳۷۴: ۱۴۹).

مشهور فقها معتقدند، وکالت زوجه در طلاق خویش جایز است و لازم نیست که شرط وکالت او مشروط به تحقق اموری در خارج شود، بلکه وکالت در طلاق به طور مطلق را نیز می‌توان به زوجه داد و برای اینکه از تزلزل و انحلال آن جلوگیری شود، می‌توان آن را ضمن عقد نکاح یا ضمن عقد لازم دیگری شرط کرد که زوجه به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه در حین عقد وکیل در امر طلاق شود (حسینی عاملی: ج ۷، ص ۴۴؛ عاملی (شهید ثانی): ج ۲، ص ۴؛ موسوی الخمینی، ۱۴۰۴: ج ۲، ص ۳۳۰؛ طباطبایی حکیم: ج ۲، ص ۳۱۲).

ابن ادریس می‌نویسد: «روایات فراوانی درباره‌ی جواز وکالت در طلاق به صورت مطلق وجود دارد و در آنها تفصیل بین حضور و غیبت همسر دیده نمی‌شود، لیکن شیخ به استناد روایت جعفر بن سماعه چنین فتوایی داده است، در حالی که اولاً، روایت از لحاظ سند مشکل دارد. ثانیاً، ظاهر آن با اجماع همه‌ی فرقه‌های اسلامی که طلاق را قابل وکالت می‌دانند، مخالف است» (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ج ۲، ص ۹۵). فقها در رد اشکال اتحاد قابل و فاعل نیز گفته‌اند: «برای انشاء طلاق - که یک امر اعتباری است - تغییر اعتباری بین قابل و فاعل کفایت می‌کند و این تغایر وجود دارد» (کرکی، ۱۴۱۹: ج ۸، ص ۱۹۹). بنابراین طبق نظریه‌ی مشهور فقها زوج می‌تواند به زن وکالت مطلق در طلاق دهد و وکالت زوجه را مقید به امری نکند. در این صورت زوجه می‌تواند وکیل زوج در

طلاق بدون قید و شرط باشد، زیرا شرط مزبور نه خلاف مقتضای عقد و نه نامشروع است و ایراد دیگری در آن متصور نیست. از دیدگاه فقهای معاصر نیز اگر زوجه در عقد نکاح خود شرط کند که اختیار طلاق (اعم از مطلق یا مقید) به اراده‌ی او باشد، شرط باطل است، ولی اگر شرط کند که وکیل زوج باشد، برای طلاق (اعم از مطلق یا مقید) شرط مزبور صحیح است و طلاق نیز به درستی واقع می‌شود (سیستانی، ۱۴۲۲: ۴۲۸؛ گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۲۵۷).

قانون مدنی در ماده‌ی ۱۱۱۹ با در نظر گرفتن مصالح خانواده قیودی همچون ازدواج مجدد، بیماری و... را برای وکالت زوجه بیان کرده است. در اسناد ازدواج نیز این وکالت برای موارد خاص پیش‌بینی شده و به اخذ مجوز از دادگاه مقید شده است. از این رو این سؤال مطرح می‌شود که آیا برای «وکالت مطلق زوجه» مانعی وجود دارد تا او هر وقت که بخواهد بتواند به مطلقه کردن خود مبادرت کند؟ معمولاً حقوق‌دانان با این وکالت مطلق موافق‌اند (امامی، ۱۳۶۸: ج ۵، ص ۴۰؛ صفایی، ۱۳۸۹ (ب): ۲۸۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۱، ص ۲۶۶)، اما در بررسی‌های حقوقی که نمی‌توان عوارض و پیامدهای اجتماعی یک واقعه‌ی حقوقی را نادیده گرفت و درباره‌ی آن اظهار نظر کرد، به سختی می‌توان چنین وکالتی را بر وفق مصلحت خانواده دانست، زیرا تأثیرات منفی آن به خصوص در صورت شیوع بر کیان خانواده و اختلال در نظم اجتماعی انکارناپذیر است.

ملاحظه می‌شود که نظر غالب فقهای، صحت وکالت بی‌قید و شرط زوجه است، از این رو می‌توان استنباط کرد که رأی وحدت رویه - که وکالت مقید مقرر در ماده‌ی ۱۱۱۹ ق.م.را محدود ساخته است - با نظر فقهای امامیه سازگاری ندارد.

۳-۷. بی‌تأثیری خطای زن در وکالت زوجه در موارد مشابه

در ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی و در شروط ضمن عقد اسناد نکاحیه، زوجه در موارد متعددی اجازه یافته است که وکیل زوج در طلاق خویش باشد؛ برای مثال هرگاه زوج به بیماری صعب‌العلاجی مبتلا شود یا اعتیاد داشته باشد یا به حبس قطعی محکوم شود و یا خانه را به مدت شش ماه ترک کند و یا نفقه پرداخت نکنند، وکالت زوجه محقق می‌شود. در همه‌ی این موارد همین که شرط تحقق یافت، زوجه می‌تواند از وکالت استفاده کند؛ اعم از اینکه زن در وقوع این شروط نقش داشته یا تحقق شرط تنها به اراده‌ی مرد یا عوامل قهری و طبیعی مربوط باشد؛ برای مثال اگر زن به دلیل اعتیاد خود مرد را به اعتیاد ترغیب کند، یا ناسازگاری زوجه با مرد باعث شود زوج ترک خانواده کند یا حتی تحریک زن به ارتکاب جرم سرقت و کلاهبرداری سبب محکومیت بیش از ۵ سال برای مرد شود، یا اینکه بیماری صعب‌العلاج مرد، سرایت از زن باشد؛ بدیهی است که در

هیچ کدام از این موارد نمی‌توان حق تقاضای طلاق و وکالت زوجه در اجرای آن را منتفی دانست، بلکه قانون به مرد تکلیف می‌کند علی‌رغم خطای زن و هر عامل دیگری از ترک خانه یا ارتکاب جرم خودداری کند. هیچ یک از فقها و حقوق دانان هم بیان نکرده‌اند که خطای زن و تقصیر او در به وجود آمدن این شرایط مانعی برای استفاده از وکالت او خواهد بود. بنابراین با وحدت ملاک از موارد فوق می‌توان استنباط کرد که خطای زن نمی‌تواند دلیلی متقن برای محقق نشدن وکالت در موضوع ازدواج مجدد باشد. از این رو نیز رأی وحدت رویه ایراد اساسی دارد.

ممکن است به نظر رسد که طلاق در بیماری با اصولی مانند حسن معاشرت، معاضدت و تعاون در زندگی زناشویی در تغایر باشد، زیرا اخلاق در چنین مواردی مهر و فداکاری بیشتری را از زوجه انتظار دارد نه آنکه به محض بیماری و تداوم آن همسر خویش را رها کند؛ به خصوص در موارد بیماری روانی زوج که ترک زوجه باعث تشدید بیماری می‌شود، اما با کمی تأمل درمی‌یابیم که میزان، توان انسان متعارف در تحمل سختی‌هاست. هر جا که ادامه‌ی زندگی دشوار شود، قانون باید دست یاری به سوی زوجه دراز کرده و او را از ورطه‌ی سختی برهاند. عرف نیز در این قبیل موارد انتظار فداکاری بیش از حد را ندارد. در این خصوص چند نکته ذکر می‌شود؛ اولاً، باید مرض، مسری باشد (برخلاف امراض قلبی، عصبی و ...). ثانیاً، باید بیماری صعب‌العلاج باشد. ثالثاً، دوام زناشویی برای زن پرمخاطره باشد. تشخیص اینکه بیماری مرد این ویژگی‌ها را دارد یا نه با پزشک متخصص است (فهرستی و چاوشی، ۱۳۸۷: ۱۲۶).

به طور کلی حقوق نمی‌تواند انتظار از خود گذشتگی و تحمل سختی بسیار را از زن داشته باشد، حتی اگر فرد در به وجود آوردن آن شرایط نقش داشته باشد. در موضوع ازدواج مجدد نیز اگر چه نشوز زن سبب ترغیب مرد به ازدواج شده است، اما پس از آن، اجبار همزیستی با همسر دوم، تحمیل عسرو حرج نامشروع به زن اول است که با ادله‌ی عسرو حرج مخالف است.

۳-۸. فاقد ضمانت اجرا شدن شرط منع ازدواج با نافذ دانستن رأی وحدت رویه

فقهای امامیه، اصل شرط عدم ازدواج مجدد را صحیح دانسته، لیکن در مورد صحت ازدواج مجدد دو نظر ارائه کرده‌اند:

الف) ازدواج مجدد صحیح است (سبزواری، بی تا، ۵۶۵؛ خویی، ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۳۰۵؛ تبریزی، ۱۴۲۶:

ج ۲، ص ۳۵۳).

ب) این شرط مانعی برای ازدواج مجدد است. بنابراین اگر زوج با وجود چنین شرطی به ازدواج مجدد اقدام کند، ازدواج او باطل خواهد بود (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴: ج ۲، ص ۲۹۶). عقیده‌ی غالب

صحت ازدواج مجدد و نبود حق فسخ نسبت به نکاح نخست برای زوجه است. با چنین وضعی اگر وکالت برای زوجه به عنوان حق شناخته نشود، در عمل شرط عدم ازدواج به یک شرط فاقد ضمانت اجرا تبدیل می‌شود، زیرا دریافت خسارت مادی و معنوی هم به دلیل تقصیر زن منتفی است. نتیجه‌ای که به حکم عدالت باید از آن دوری جست.

۳-۹. منافات نداشتن لزوم تمکین زوج با وکالت زوجه در ازدواج مجدد

دیوان در رأی وحدت رویه به صراحت استدلال کرده است: «مطابق ماده ۱۱۰۸ ق.م.زوجه مکلف به تمکین است؛ چنانچه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند و زوج پس از اثبات این امر و کسب اجازه از دادگاه، همسر دیگری اختیار کند، وکالت زوجه از زوج در طلاق که ضمن عقد نکاح شرط شده است، محقق و قابل اعمال نیست».

به نظر می‌رسد، نتیجه‌ی منطقی لزوم تمکین زن در برابر همسر از بین رفتن وکالت اعطایی به وی نیست و بین آن دو ملازمه‌ای وجود ندارد. به بیان دیگر بین تکلیف به تمکین و وکالت زوجه در طلاق هیچ منافاتی وجود ندارد. اگر نفس تمکین این چنین تأثیر مطلق دارد باید در تمام حالات که تمکین وجود ندارد و مرد زن دوم اختیار می‌کند، وکالت را اعمال نشدنی دانست. حال آنکه در زمانی که زوجه با استناد به حق حبس مهریه از تمکین خودداری می‌کند و زوج ازدواج مجدد می‌کند، کسی منکر وکالت زوجه نیست. این نشان می‌دهد که ملازمه‌ای بین تمکین و وکالت وجود ندارد.

تمکین از آثار اصلی عقد نکاح است و به یقین زوجین به هنگام توافق بر شروط، به لزوم تمکین در مقابل یکدیگر آگاهی دارند و بی‌توجهی به آن نیز در هنگام شرط تأثیری در روابط آنها نخواهد داشت. عدم تمکین زوجه آثار متعددی همچون محرومیت از نفقه، بهره‌مند نشدن از شرط تملیک تا نصف دارایی مرد و نیز اجرت‌المثل ایام زناشویی حین طلاق به درخواست مرد دارد، ضمن اینکه ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۴ در چنین مواردی حق درخواست ازدواج مجدد برای مرد را در نظر گرفته است. زوجین با علم به این مقررات، حین انعقاد نکاح بر شرط دوازدهم در نکاح‌نامه توافق کرده‌اند و این امر بدین معنی است که زوجه می‌خواهد در چنین مواردی خود را از قید زوجیت با مردی که زن دیگری را اختیار کرده، رها کند؛ لذا این استدلال دیوان که «زوجه‌ای که از ایفای وظایف شرعی و تعهد قراردادی و عرفی خود دایر بر حسن معاشرت موضوع مواد ۸۳۳ و ۱۱۰۳ قانونی مدنی استنکاف و تخلف نموده است، نباید بابت تخلف پاداش بگیرد». محل تأمل است، زیرا باید گفت در این صورت به زوجه پاداشی تعلق

نمی‌گیرد. در واقع با احراز نشوز وی از حقوقی که می‌توانست در صورت تمکین از آن بهره‌مند شود، محروم مانده است و حق مطالبه‌ی خسارت مادی و معنوی را از زوج ندارد. تنها حقی را که می‌توان برای او به رسمیت شناخت، مطلقه ساختن خویش است که هیچ ضرری برای زوجه ندارد. حقی است که اگر به موجب شرط ضمن قرارداد مستقر نشود باید بر مبنای اثبات عسروخرج به دلیل ورود زن دیگر به زندگی زوجه امکان طلاق از طریق دادگاه را به رسمیت شناخت. در واقع در چنین مواردی به یقین زن درخواست طلاق می‌کند، منتهی با وجود شرط قراردادی این مسیر کمی تسهیل می‌شود.

۳-۱۰. منطبق نبودن قاعده‌ی سوءاستفاده از حق وکالت زوجه در ازدواج مجدد

ممکن است گفته شود، محکومیت قطعی زوجه به تمکین و اصرار وی بر نشوز و نیز عدم تجویز ازدواج مجدد باعث شده که زوجه از ایفای وظیفه‌ی شرعی و تعهد قراردادی و عرفی خود دایر بر حسن معاشرت موضوع مواد ۸۳۳ و ۱۱۰۳ ق.م استنکاف ورزد. بر این اساس چنین زوجه‌ای نباید بابت تخلف خود پاداشی دریافت کند؛ لذا در چنین فرضی اعتقاد به اعمال وکالت، مصداق سوءاستفاده‌ی زوجه در اجرای حقی است که بر اساس شرط عدم ازدواج به وی اعطا شده است، امری که اصل ۴۰ قانون اساسی به صراحت بر منع آن حکم کرده است. افزون بر این، باید توجه داشت که هیچ فردی را نمی‌توان به صرف اعمال حق (ازدواج مجدد) تنبیه کرد. از این رو زوج که با حکم حاکم و در شرایط نشوز زوجه به اعمال حق قانونی خود و دفع حرج ناشی از عدم تمکین زوجه‌اش مبادرت کرده را نمی‌توان مشمول تنبیه مدنی مطلقه نمودن زن اول قرار داد. به نظر می‌رسد، این استدلال کامل نباشد و در رد آن باید به قاعده‌ی سوءاستفاده از حق - بر پایه‌ی شرطی که زوجین بر آن توافق دارند - استناد کرد. به موجب این شرط مطلق زوجه حق مطلق‌ی را تحصیل کرده است، حقی که در نتیجه‌ی ازدواج مجدد مرد محقق شده است. در هنگام عقد، مبنای طرفین این بوده است که هرگاه زوج به هر علتی (با تمکین یا عدم تمکین) همسر دوم اختیار کند، زوجه حق وکالت در طلاق داشته باشد. در فرض مسئله اگر خود را مطلقه کند، عین حق ایجاد خود را اعمال کرده است. اصولاً سوءاستفاده از حق در جایی مطرح می‌شود که فرد با عبور از دایره‌ی قانونی و عرفی به دیگری ضرری وارد کرده باشد، نه اینکه در محدوده‌ی حق خویش عملی انجام داده باشد.

همچنین این استدلال قضات که: «زوج را در ازدواج مجدد نمی‌توان مشمول تنبیه مدنی مطلقه نمودن زن اول قرار داد» بی‌اساس است، زیرا مطلقه شدن زن ناشزه از دید عرف نه تنها

تنبیه مدنی زوج شمرده نمی‌شود، بلکه موجب خلاصی زوج از دارا بودن چنین زوجه‌ی ناشزه‌ای می‌شود. ضمن اینکه برای مطلقه کردن وی، به پرداخت حقوق مالی زوجه حین طلاق - مندرج در تبصره ۳ ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب ۱۳۷۱ شامل تملیک نصف دارایی زوج به زوجه بر اساس شروط ضمن عقد، اجرت‌المثل یا نخله و نفقه ایام عده - نیازی نیست. گفتنی است با قائل شدن حق وکالت برای زوجه، او می‌تواند خود را مطلقه و مهریه‌ی خود را کامل دریافت کند، حال آنکه اگر در این فرض زوجه وکیل در طلاق نباشد، مجبور است با بخشیدن مهریه رضایت شوهر را به دست آورد. بنابراین با وجود حق طلاق به گونه‌ای مرد تنبیه می‌شود. در پاسخ می‌توان گفت، مهریه همانند سایر دیونی است که از اصل نکاح ناشی می‌شود و میان آن با طلاق ارتباطی وجود ندارد. در هر حال، مهریه حق مستقل زوجه است که می‌تواند بلافاصله از عقد لحظه‌ی عندالمطالبه باشد. از دیگر سو، حتی اگر در فرض مسئله، وکالت زوجه در طلاق خویش پذیرفته نشود به نظر می‌رسد، زوجه بتواند با استناد به عسروخرج ناشی از ازدواج مجدد و اخذ مجوز دادگاه، شوهر را به طلاق مجبور کند که در این حالت مهریه‌ی زن پابرجاست و وی مجبور به بذل یا بخشش آن نیست.

نتیجه‌گیری و پیشنهادات

از تشریح مطالب چنین به نظر می‌رسد، رأی وحدت رویه شماره‌ی ۷۱۶ تاریخ ۸۹/۷/۲۰ دیوان عالی کشور مبنای متقن قانونی ندارد. ضمن اینکه با حاکمیت اراده‌ی زوجین نیز مطابق نیست. بر اساس این دو رویکرد کلی، ایرادات اساسی زیر را می‌توان بر آن وارد کرد:

۱. رأی وحدت رویه با اطلاق شرط وکالت زوجه در ازدواج مجدد مرد مغایرت دارد و در موارد مشابه نظیر ترک خانه، محکومیت زوج به حبس یا عقیم بودن زوج به دلیل ارتکاب افعال مادی - که خطای زوجه عامل اصلی در بروز این مصادیق عسروخرج است، خطا مانعی برای تحقق وکالت نمی‌شود. از این رو در ازدواج مجدد به دلیل خودداری زن از تمکین نیز نباید زن را از استناد به وکالت محروم کرد.

۲. به تصریح رأی مبنای اصلی برای حکم رویه، تکلیف زوجه به تمکین است، درحالی‌که اولاً، تکلیف به تمکین زوجه و اعمال وکالت در نشوز زوجه منافاتی با هم ندارند. ثانیاً، با اعطای وکالت، تمکین بی‌اثر نمی‌شود بلکه قانون‌گذار به صراحت ضمانت اجراهای مترتب بر نشوز زوجه شامل عدم استحقاق بر نفقه، حق مرد بر درخواست اذن به ازدواج مجدد از دادگاه، عدم استحقاق زن بر تملیک تا نصف دارایی و عدم استحقاق اجرت‌المثل ایام خانه‌داری به هنگام طلاق را مقرر کرده است.

۳. رأی وحدت رویه با مصالح اجتماعی و خانوادگی منافات دارد، به طوری که در عمل سبب بروز تشنج در محیط خانواده و افزایش جرایم منافی عفت و ایجاد دعاوی خانوادگی در دادگاه‌ها می‌شود.

۴. بر پایه‌ی اصل آزادی قراردادهای باید گفت، وقتی متعاقدين با علم به سلطه‌ی زوج بر طلاق توافق کنند که زوجه در صورت ازدواج مجدد شوهر به هر دلیلی، وکیل زوج در مطلقه کردن خویش باشد، چنین توافقی نافذ است و ضرورت دارد دادرسی در مقام تفسیر و تحلیل شرط، در پی کشف قصد و اراده‌ی طرفین برآید نه آنکه با فرض یک مقررهای نظیر تکلیف زوجه به تمکین، نظر خویش را بدون آنکه قرینه و نشانه‌ای بر خواست آنها بیابد، بر اراده‌ی زوجین تحمیل کند. در صورتی که طرفین، به صراحت هم بیان نکرده باشند، وکالت زوجین در فرض عدم تمکین نیز محقق است.

۵. رأی وحدت رویه که شوهر را در تحمیل زندگی با همسر دوم بر زوج نخست مسلط می‌کند، با اصل «عدم ولایت بر غیر» مغایرت دارد.

برای رفع این ایرادها پیشنهاد می‌شود:

الف- دادگاه‌ها در تفسیر رأی در موارد مشابه، آن را ناظر به مواردی بدانند که قرینه و امارتی وجود دارد که دلالت می‌کند زوج در فرض نشوز زوجه به اعطای وکالت تمایل نداشته است.

ب- در اسناد نکاحیه بند مربوط به شرط ازدواج مجدد اصلاح شود و قید در «فرض عدم تمکین» اضافه شود یا اینکه دو فرض «عدم تمکین» یا «در هر شرایطی حتی نشوز زوجه» درج شود تا زوجین مخیر به انتخاب شوند که بر کدام یک از فروض توافق و تراضی دارند. بدین وسیله از تشتت آراء در محاکم جلوگیری شده و زمینه‌ی بروز اختلاف جدید خانوادگی از بین می‌رود.

ج- به نظر می‌رسد از آنجا که رأی وحدت رویه مبنای حقوقی متقنی ندارد، اصلاح قانون حمایت خانواده در این خصوص می‌تواند راه‌گشا باشد تا از تضییع حقوق زوجه جلوگیری کند، زیرا در بسیاری از موارد نشوز زوجه به دلیل خطای زوج است که در دادگاه اثبات نمی‌شود.

منابع

- ◀ ابن ادریس حلی، محمد بن احمد، ۱۴۱۰ ق. السرائر. قم، انتشارات اسلامی.
- ◀ ابن قدامه، عبدالرحمن. الشرح الكبير، دارالكتاب العربي للنشر و التوزيع، بی جا، بی تا.
- ◀ امامی، سید حسن، ۱۳۶۸. حقوق مدنی، تهران، اسلامیه.
- ◀ انصاری، سید مرتضی، ۱۳۷۵ ق. مکاسب، تبریز، اطلاعات.
- ◀ انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۱ ق. فرائد الاصول و هوالرسائل، قم، مکتبه المصطفویه.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۷. تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، کتابخانه‌ی گنج دانش.
- ◀ حر عاملی، محمد بن الحسن. وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تحقیق: عبدالرحیم ربانی شیرازی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ حسینی شیرازی، سید محمد، ۱۴۰۹ ق. الفقه، بیروت، دارالعلوم.
- ◀ حسینی عاملی، محمد جواد. مفتاح الکرامه، بیروت، موسسه آل بیت، بی تا.
- ◀ حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۷. ایضاح الفوائد. قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- ◀ خمینی، سید روح الله، ۱۴۰۴ ق. تحریر الوسیله، تهران، مکتبه اعتماد.
- ◀ خوانساری، موسی، ۱۳۸۵ ق. منیه الطالب (تقریرات میرزای نائینی)، نجف، مطبعه المرتضویه.
- ◀ خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۷. مصباح الفقاهه، ترجمه‌ی محمد علی توحیدی، قم، داورى.
- ◀ روزنامه رسمی، شماره ۱۹۱۷۶، مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۹.
- ◀ سروش محلاتی، محمد. «ابهامات فقهی - حقوقی وکالت زوجه در طلاق»، فقه و حقوق، ش ۱۸، سال ۵، (۱۳۸۷).
- ◀ سید رضی، محمد، ۱۳۹۲. نهج البلاغه، ترجمه‌ی محمد دشتی، قم، دارالعلم.
- ◀ سیستانی، سید علی، ۱۴۲۲ ق. المسائل المنتجه. قم، مکتب آیت الله سیستانی.
- ◀ شهیدی، سید مهدی، ۱۳۸۶. حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، مجد.
- ◀ صفایی، سید حسین، ۱۳۸۹. قواعد عمومی قراردادها، تهران، میزان.
- ◀ _____ ۱۳۸۹. مختصر حقوق خانواده، تهران.
- ◀ طباطبائی حکیم، سید محسن، ۱۴۰۴ ق. مستمسک العروه الوثقی، قم، کتابخانه مرعشی نجفی.
- ◀ _____ منهای الصالحین، نجف، مطبعه الادب، بی تا.
- ◀ طباطبایی یزدی، محمد کاظم، ۱۳۷۸. حاشیه مکاسب، قم، موسسه اسماعیلیان.
- ◀ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، ۱۳۹۰ ق. الاستبصار فیما اختلف الاخبار، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ◀ عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. القوائد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
- ◀ عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۳۷۴ ق. روضه البهیة فی شرح لعمه الدمشقیه، قم، مکتب

اعلام اسلامی.

- ◀ _____، مسالک، بیروت، موسسه البلاغ، بی تا.
- ◀ فهرستی، زهرا و مریم چاوشی ها. «شروط مندرج در سند ازدواج بررسی و تحلیل»، بانوان شیعه، ش ۱۷، (پاییز ۱۳۸۷).
- ◀ قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه، ۱۴۱۳ ه. ق. من لا یحضره الفقیه، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه قم.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵. عقود معین (معاملات معوض و تملیکی)، ش ۴.
- ◀ _____ ۱۳۸۵. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران، میزان.
- ◀ _____ ۱۳۸۷. قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ◀ _____ ۱۳۸۹. حقوق مدنی - خانواده، تهران، شرکت انتشار و بهمن برنا.
- ◀ _____ ۱۳۹۱. دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، تهران، دادگستر.
- ◀ _____ ۱۳۹۴. مقدمه علم حقوق، تهران، سهامی انتشار.
- ◀ کرکی، علی بن عبدالعالی، ۱۴۱۱ ه. ق. جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- ◀ محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۹. قواعد استنباط از احکام، تهران، سمت.
- ◀ معاونت آموزش قوه قضاییه ۱۳۸۷. رویه‌ی قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده (۲)، تهران، جنگل.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۰ ه. ش. مجموعه استفتانات جدید، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- ◀ موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، ۱۳۷۱. القواعد الفقهیه، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ◀ موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، ۱۳۶۴. مجمع المسائل. قم، دارالقرآن الکریم.
- ◀ میرزایی، علیرضا، ۱۳۸۹. محشی مجموعه قوانین و مقررات حقوقی، تهران، بهنامی.
- ◀ نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۲ ه. ق. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ◀ نجفی ابروانی، علی بن عبدالحسین، ۱۳۷۹ ه. ق. حاشیه مکاسب، قم، کتبی نجفی.
- ◀ نراقی، احمد بن محمد، ۱۳۷۵ ه. ش. عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، اسلامی.
- ◀ نوبخت، حسین، ۱۳۸۸. شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی، تهران، فروزش.
- ◀ نوری، حسن، ۱۳۲۱. مستدرک الوسائل، تهران.

► <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/794519> (visited at, 2015/12/17).