

وکالت در طلاق، شیوه ای برای تعدیل حق انحلال یک جانبه عقد نکاح

دکتر عبدالرسول دینانی
(استادیار دانشگاه)

در امر طلاق خود، از چه شیوه حقوقی می توان بهره جست؟

**شیوه حقوقی ایجاد حق طلاق برای
زوجه:**

یکی از اختصاصات فقه اسلام، امکان انجام نکاح و طلاق توسط وکیل می باشد. این امکان در کشورهای اروپایی تأثیر پذیرفته از دین مسیحیت، وجود ندارد^(۲). استدلال بر منع انجام نکاح و طلاق توسط وکیل در حقوق فرانسه، این است که زوجین بتوانند تا آخرین دقیق، آزادانه در امر ورود در تشکیل خانواده تصمیم بگیرند که البته ایراد مزبور با جایز بودن عقد وکالت در حقوق اسلام، منتفی است؛ یعنی برای هر کدام از وکیل و موکل، امکان رجوع از وکالت تا زمانی که به مفاد آن جامعه عمل پوشیده نشده است، وجود دارد.

به هر حال، در حقوق اسلام، وکیل می تواند شرایط لازم برای ایقاع طلاق را فراهم ساخته و به نیابت از موکل خود یعنی زوج، صیغه ایقاع طلاق را جاری سازد. قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه اسلام، هم در مورد ازدواج و هم در مورد طلاق، تحقق آنها را از طریق وکیل، جایز شمرده است. در مورد ازدواج، مواد (۱۰۷۱) تا (۱۰۷۴) قانون مدنی، و برای طلاق نیز ماده (۱۱۱۹) قانون مذکور، چنین امکانی را فراهم ساخته اند که موضوع بحث ما در این مجال، فقط وکالت در طلاق است.

فسخ را در آن نیز ندارد.

ثانیاً: همان طور که در جای دیگر بیان شده، حق طلاق به دست مرد بودن، یک حکم شرعی یا یک قاعده امری است نه یک نوع حق قابل گذشت و یک قاعده تفسیری. بنابراین، مرد نمی تواند از این حق خود بگذرد یا آن را به دیگری (که از آن جمله زوجه خود می باشد) واگذار و منتقل نماید. بنابراین، در ضمن عقد نمی توان به صورت شرط، حق طلاق را برای زن پیش بینی نمود.

حال چه باید کرد؟ و برای دخالت دادن زوجه

همان طور که در فقه اسلام آمده و قانون مدنی نیز از این نظریه تبعیت نموده است، طلاق اساساً به دست مرد است؛ یعنی با اینکه نکاح یک عقد است، اما برای گسیختن این نهاد، یک اراده کفایت می کند و آن اراده مرد می باشد. این مطلب در ماده (۱۱۳۳) قانون مدنی آمده است که مستند آن، حدیث نبوی معروف "الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ"^(۱) می باشد و تقریباً همه مذاهب اسلامی بر آن اتفاق نظر دارند.

سوالی که در این رابطه مطرح می گردد این است که چگونه می توان به نحوی، زوجه را نیز در انحلال این تأسیس، دخیل نمود؟

برای اینکه زوجه بتواند در امر انحلال نکاح دخالت داده شود، باید از روش حقوقی خاصی تبعیت نمود که با مبانی فقه امامیه نیز منطبق باشد، زیرا:

اولاً: بر اساس منع فقهی و همچنین نص صریح قانون مدنی، نمی توان با پیش بینی حق فسخ نکاح برای زوجه (و یا حتی زوج) به این هدف نایل شد (ماده ۱۰۶۹ ق. م.). دلیل آن این است که عقد نکاح، قبل از اینکه یک قرارداد صرف مالی باشد، یک تأسیس اخلاقی است و قواعد عمومی مربوط به قراردادهای معوض، در آن - با همان خشکی - قابل اعمال نیست. اصولاً در نکاح، اقاله راه ندارد و هر عقدی که قابل اقاله نباشد، قابلیت درج شرط

**یکی از اختصاصات فقه
اسلام، امکان انجام نکاح و
طلاق توسط وکیل می باشد.
این امکان در کشورهای
اروپایی تأثیر پذیرفته از دین
مسیحیت، وجود ندارد**

وکالت در طلاق، از نظر فرد وکیل، خصوصیتی نسبت به سایر انواع وکالت ندارد. لذا همان طوری که زوج می‌تواند به فرد دیگری وکالت در طلاق زوجه خود را بدهد، به همان ترتیب می‌تواند وکالت در انجام این کار را به زوجه خود محول نماید، در این صورت زوجه، وکیل در طلاق دادن خودش (یا حتی وکیل در توکیل نیز) از طرف زوج خواهد بود.

به نظر می‌رسد از این امکان که توسط قانون مدنی پیش‌بینی شده است، می‌توان برای ایجاد تعادل و توازن در عقد نکاح چاره‌ای جست. بدین صورت که کل مجموعه نکاح و طلاق و آثار مربوط به آن را در ضمن یک عقد واحد قلمداد نموده و بدین ترتیب، حقوق زوجه را که اکثراً مورد تضییع قرار می‌گیرد، پاسداری نمود. در نتیجه، زوجه شخصاً در امر انحلال تأسیسی که اراده‌اش در اصل پیدایش آن نقش داشته، نیز دخیل خواهد گردید و بدین ترتیب تا حدی، عملاً اثر ایقاع را از طلاق گرفته و اراده زن را نیز به‌طور غیرمستقیم در امر انحلال این تأسیس دخیل خواهد نمود. با این شیوه، اراده یک طرفه مرد بر طلاق بدون قید شرط زوجه خود - که وفق ماده (۱۳۳) قانون مدنی، حق وی شناخته شده - را می‌توان لجام زد.

به‌هرحال، قانون ایران به زوجه حق داده است که از جانب زوج، وکیل در طلاق دادن خود باشد چون شرط مزبور، مخالف مقتضای عقد ازدواج نیست (ماده ۱۱۱۹ ق. م. ا.). منتها، از آنجایی که وکالت عقدی است جایز، برای اطمینان از عدم عزل وکیل توسط موکل، قانون مدنی تمهیدی اندیشیده است؛ به این صورت که اگر وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد، امکان عزل وکیل وجود نخواهد داشت مگر اینکه عقد اصلی که در ضمن آن شرط وکالت شده، به جهتی از جهات منحل شود. برای عدم برخورد با این مانع، معمولاً شرط وکالت در ضمن خود عقد نکاح یا یک عقد لازم دیگری درج می‌شود. در این صورت، اندراج شرط در ضمن عقد لازم دیگر، موجب عدم امکان

عزل وکیل (که در اینجا زوجه است)، توسط زوج خواهد شد؛ یعنی زوج حق عزل وکیل را نخواهد داشت.

شایان گفتن است که برای اطمینان از غیرقابل نقض شدن شرط مزبور، بایستی آن را به صورت شرط نتیجه، در ضمن عقد لازم

در وکالت مطلق، تمحق

امری در عالم فارغ، شرط

نمی‌باشد. بدین صورت که

زوج به زوجه وکالت می‌دهد

هر وقت بخواهد خود را از

جانب زوجه مطلقه سازد.

هر چند در این موارد نیز در

حقیقت زوجه است که طلاق

می‌دهد؛ ولی اثر آن با موردی

که زوجه رأساً مبادرت به

طلاق می‌کند، یکسان است و

زوجه نیز حق خواهد داشت

رابطه زوجیت خود را به مردی

که ادامه نکاح با وی را مضر

به مال خود می‌بیند، فائمه

دهد

دیگری مقید ساخت. زیرا در صورتی که مفاد شرط به صورت شرط فعل بیان شود، مرد ممکن است متعاقباً زن را وکیل در امر طلاق دادن خودش بنماید؛ ولی قبل از انجام مفاد وکالت توسط زوجه و مطلقه کردن خود، با توجه به جایز بودن عقد وکالت، زن راعزل کند و بدین صورت شرط نیز بلااثر شود. یعنی اگر

وکیل نمودن زوجه توسط زوج شرط شود، این نوعی شرط فعل خواهد بود که همان محذور را به همراه خواهد داشت؛ ولی اگر "وکیل بودن زوجه از جانب زوج"، شرط شود، این نوعی شرط نتیجه خواهد بود و چون اثر شرط نتیجه به مجرد عقد ظاهر می‌شود، حدوث و بقای شرط، تابع عقد اصلی خواهد بود و تا زمانی که عقد اصلی فسخ و یا اقاله نشده، شرط نتیجه در ضمن آن نیز اثر خود را خواهد داشت.

در صورت تبعیت از چنین شیوه‌ای، حتی بدون رضایت زوج، زوجه می‌تواند طلاق بگیرد زیرا چنین وکالتی قابل عزل نیست و اثر عقد لازم را پیدا می‌کند به گونه‌ای که حتی شرط مزبور با توافق بعدی نیز وفق ماده (۲۴۴) قانون مدنی، قابل اسقاط نیست.

به هر حال، وکالت زوجه در مطلقه ساختن خود از طرف شوهر، به دو صورت می‌تواند محقق شود:

- وکالت مطلق؛

- وکالت مقید به تحقق شرطی در عالم خارج.

وکالت مطلق:

در وکالت مطلق، تحقق امری در عالم خارج، شرط نمی‌باشد. بدین صورت که زوج به زوجه وکالت می‌دهد هر وقت بخواهد خود را از جانب زوج مطلقه سازد. هر چند در این موارد نیز در حقیقت زوج است که طلاق می‌دهد؛ ولی اثر آن با موردی که زوجه رأساً مبادرت به طلاق می‌کند، یکسان است و زوجه نیز حق خواهد داشت رابطه زوجیت خود را به مردی که ادامه نکاح با وی را مضر به حال خود می‌بیند، خاتمه دهد. این امر صریحاً در قانون مدنی پیش‌بینی نشده است؛ ولی از قواعد عمومی مربوط به وکالت و نکاح و طلاق در حقوق مدنی می‌توان چنین امکانی را تأیید نمود مضاف بر اینکه، فقهای چون امام خمینی (ره) نیز بر صحت آن تصریح نموده‌اند (۳).

البته شاید وجود مصالحی با گسترش نهضت فمینیسم یا عقلانیت غیرعاطفی، وجود چنین شرطی را توجیه کند؛ ولی بر

نویسنده دقیقاً مکشوف نیست کدام مردی و تحت چه انگیزه‌هایی حاضر می‌شود در ضمن عقد نکاح، چنین وکالت بی‌قید و شرطی را به زوجه خود بدهد.

وکالت مقید به تحقق شرطی در عالم خارج:

معمولاً زوج به زوجه وکالت مطلق برای مطلقه ساختن خود نمی‌دهد؛ بلکه آن را به شروطی مقید می‌سازد که اگر آن شروط محقق شد، زوجه بتواند خود را مطلقه سازد. در وکالت مقید، تمسک به شرط و استفاده از وکالت زوجه، مقید به تحقق اموری در خارج می‌شود که موارد عمده آن در ماده (۱۱۱۹) قانون مدنی آمده‌اند. این ماده مقرر می‌دارد: "طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود، یا ترک انفاق نماید، یا علیه حیات زن سوء قصد کند، یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد".

ممکن است امر اثبات تحقق شرط در محکمه، در شرط اصلی یعنی شرط وکالت در طلاق درج نشود؛ در این صورت، زن بنا به تشخیص خود مبنی بر تحقق شرایط فوق، مبادرت به طلاق خویش می‌نماید. البته اگر مرد شرایط مذکور را محقق نداند، می‌تواند با مراجعه به دادگاه، عدم تحقق شرایط مذکور را مدعی شود و بدین وسیله طلاق مزبور را باطل نماید. سؤالی که دانستن آن بسیار مهم است، این است که آیا در مواردی که زوجه با استناد به وکالت خود از جانب زوج، مبادرت به طلاق خود می‌کند - هم در موارد وکالت مطلق و هم در موارد وکالت مقید - آیا این طلاق، رجعی است یا بائن؟

البته، فعلاً مواردی که دادگاه به استناد مواد (۱۱۲۹) و یا (۱۱۳۰) قانون مدنی، تحت عنوان عسر و حرج مبادرت به اجبار زوج برای

طلاق زوجه خود می‌نماید؛ و یا حاکم رأساً به استناد "الحاکم ولی الممتنع" مبادرت به ایقاع صیغه طلاق زوجه می‌نماید، را از محل بحث خارج می‌سازیم و محل نزاع را متوجه مواردی می‌سازیم که زوجه به استناد وکالت داشتن از جانب زوج، مبادرت به مطلقه ساختن خود می‌نماید (موضوع ماده ۱۱۹ ق.م).

ممکن است امر اثبات

تحقق شرط در محکمه، در

شرط اصلی یعنی شرط وکالت

در طلاق درج نشود. در این

صورت، زن بنا به تشخیص

خود مبنی بر تحقق شرایط

فوق، مبادرت به طلاق

خویش می‌نماید. البته اگر

مرد شرایط مذکور را محقق

نداند، می‌تواند با مراجعه به

دادگاه، عدم تحقق شرایط

مذکور را مدعی شود و بدین

وسیله طلاق مزبور را باطل

نماید

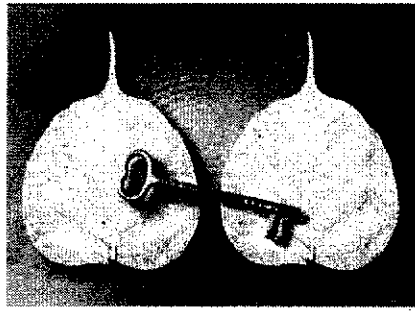
اکثر حقوقدانان، کلیه مواردی که بنا به درخواست زن، طلاق به حکم دادگاه واقع می‌شود را طلاق بائن دانسته‌اند و برای نظر خود دلایلی^(۴) آورده‌اند. این استدلال‌ها اگر برای طلاق‌هایی که بر مبنای عسر و حرج صادر می‌گردد، بتواند موجه باشد، ولی در مورد

بحث ما که طلاق به وکالت از جانب زوج انجام می‌گیرد، توجه مناسبی نیست؛ یعنی با پیروی از فقه و مستفاد از نظر امام خمینی (ره)، باید معتقد شد که این طلاق اخیر، رجعی است و می‌توان بر این ادعا استدلال‌های ذیل را اقامه نمود:

از آنجایی که حفظ و بقای خانواده یکی از اهداف اولیه قانونگذار است، باید تا آنجا که ممکن است از گسیخته شدن این نهاد مقدس پرهیز نمود و این تأسیس الهی و پیوندی که اصالتاً باید همیشگی باشد را با اندک پیش آمد خلاف میل، دستخوش از هم پاشیدگی قرار نداد. با توجه به اینکه در این مورد، در حقیقت زن در امر جدایی تصمیم‌گیرنده است و معمولاً زنها بنا به غلبه احساسات خود عمل می‌کنند، بایستی تمهیدی اندیشید و به یاری این نهاد الهی رسید و نگذاشت که بسادگی منحل گردد.

چگونه است که در مواردی که زوج قانوناً حق طلاق دادن زوجه خود را دارد، آن را با دهها شرط و شروط مقید می‌سازیم و مثلاً، گواهی عدم سازش و مانند آن را از وی مطالبه می‌نماییم؛ و نهایتاً مهریه را به نرخ روز و نفقه ایام زوجیت و نحله اجباری را بر وی تحمیل می‌کنیم - که از هر طرف دست و پای وی بسته شود - ولی در این مورد، به زن اختیار مطلق بدهیم که با یک "ترفند هوشمندانه‌ای" که به خرج داده، بدون هیچگونه شرطی بتواند خود را مطلقه سازد! عمق فاجعه در جایی بروز می‌کند که چنین وکالتی بدون قید و شرط هم باشد! مثلاً چه تضمینی وجود دارد که، شب که مرد از سرکار به منزل می‌رسد، زوجه او با تمسک به شرط در ضمن عقد، قبل از ورود وی به خانه، خود را مطلقه نموده است!

اصل رجعی بودن طلاق، مقتضای این است که تا زمانی که نص خاصی مبنی بر بائن بودن طلاق نداشته باشیم، حکم اصل را جاری سازیم. بویژه اینکه ماده (۱۱۴۵) قانون مدنی، این گونه طلاق را در ردیف انواع طلاقهای بائن محسوب نموده است. مضاف بر اینکه، درحقیقت چنین طلاق‌هایی از مواردی



که طلاق به دست مرد است، خارج نشده است. یعنی درست است که مبتدی به طلاق، زوجه است ولی در این کار استقلال ندارد، بلکه به نیابت از زوج عمل می نماید؛ یعنی در واقع حتی در چنین موردی - این زوج است که مبادرت به طلاق زوجه خود نموده، منتها این کار را از طریق وکالت انجام داده است.

مرد می تواند به زن خود وکالت در طلاقی را بدهد که خود شرعاً توان انجام آن را دارد. از آنجا که زوج (درجایی که زوجه مدخوله غیر یائسه باشد) فقط توان طلاق رجعی را دارد (۵)، نیابت در همین اختیار را می تواند به شخص دیگری واگذار نماید. وقتی که اصل امکان نیابت ثابت شد، فرقی نمی کند که فرد نایب یا وکیل، خود زوجه باشد و یا فرد دیگری. به هر حال، همان طور که مرحوم امام خمینی (ره) فرموده اند؛ طلاق رجعی با شرط، بائن نمی شود (۶).

البته، ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، در تمام مواردی که زوجین قصد طلاق و جدایی را دارند، آنها را موظف می نماید که با مراجعه به دادگاه، و دادگاه نیز از طریق ارجاع امر به حکمین تلاش برای جلوگیری نماید و در صورت عدم توفیق در این امر، نسبت به صدور گواهی عدم سازش اقدام نماید؛ و ثبت هرگونه طلاقی بدون داشتن گواهی عدم سازش مزبور، غیرقانونی بوده و سردفتری که مبادرت به ثبت چنین طلاقی نموده، سلب صلاحیت خواهد شد. یعنی در همه مواردی که مسأله جدایی زوجین در میان باشد، پای مداخله قاضی به میان خواهد آمد. اما این مداخله قاضی و احياناً صرف هزینه و وقت، نباید وسیله ای باشد برای توجیه بائن بودن طلاقی که بنا به ذات، رجعی است. بنابراین، به نظر می رسد طلاق موضوع ماده (۱۱۱۹) قانون مدنی، رجعی باشد؛ یعنی صرفاً در مرحله سوم و پس از دو بار رجوع، بائن خواهد گردید چه قاضی در امر طلاق مداخله کرده باشد چه نکرده باشد؛ مگر اینکه بذل زوجه نسبت به قسمتی از حقوقش، مورد

قبول زوج واقع شود یا در صورت امتناع و اقتضای حاکم شرع، دادگاه از طرف زوج مقارن اجرای صیغه طلاق بذل را قبول نماید که در این صورت، طلاق مزبور از نوع طلاق خلع خواهد بود، و البته شکی نیست که چنین طلاقی طبیعتاً بائن می باشد.

به هر حال، در موردی که زن (مدخوله غیر

مرد می تواند به زن خود وکالت در طلاقی را بدهد که خود شرعاً توان انجام آن را دارد. از آنجا که زوج (درجایی که زوجه مدخوله غیر یائسه باشد) فقط توان طلاق رجعی را دارد، نیابت در همین اختیار را می تواند به شخص دیگری واگذار نماید. وقتی که اصل امکان نیابت ثابت شد، فرقی نمی کند که فرد نایب یا وکیل، خود زوجه باشد و یا فرد دیگری. به هر حال، همان طور که مرحوم امام خمینی (ره) فرموده اند؛ طلاق رجعی با شرط، بائن نمی شود

یائسه) با استفاده از شرط وکالت در طلاق خود، که از ضمن عقد لازم دیگری به دست آورده است، خود را مطلقه می نماید که این طلاق، رجعی خواهد بود. بدیهی است در هر بار رجوع، از عقد سابق با شرایط قبلی خود عدول می نماید؛ یعنی حق وکالت در طلاق برای زن - در نکاح تجدید شده - محفوظ است و لذا اگر مجدداً زن با استناد به وکالتش، مبادرت به مطلقه نمودن خود بنماید، باز مرد، حق رجوع دارد و تنها پس از سومین طلاق، جدایی و بینونت همیشگی، ثابت خواهد شد (۷)؛ یعنی فقط طلاق سوم، بائن خواهد بود. پی نوشتها:

۱- این روایت را که به پیامبر اکرم (ص) نسبت داده شده است، شیخ طوسی در خلاف، به نقل از منابع الفقهیه، ج ۳۹ صص ۴۵ و ۵۷، و همچنین ابن ادریس حلی در کتاب سرائر، به نقل از منابع الفقهیه، ج ۱۹ ص ۴۱۸ و ج ۲۰ صص ۲۰۹ و ۳۲۴ نقل کرده اند.

۲- دکتر عبدالرسول دینانی، حقوق خانواده، ص ۴۲، چاپ انتشارات امید دانش، تهران، تیرماه ۱۳۲۹.

۳- رک، پاورقی ذیل ص ۲۱۵، کتاب دوره مختصر حقوق خانواده، دکتر سید حسین صفایی.

۴- دکتر سید حسین صفایی، حقوق خانواده، نشر دادگستر، ۱۳۷۸ ش ۲۴۸ و مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۶۵ و نیز دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره مختصر، نشر پلدا، ش ۲۰۹.

۵- یعنی به خلاف اهل سنت که سه طلاقه نمودن زن (که طبعاً بائن است) را در مجلس واحد ممکن می دانند، شیعه به چنین امکانی قائل نیست، یعنی مرد فقط حق طلاق رجعی را دارد.

۶- امام خمینی (ره) در مواردی که زن، وکیل در طلاق خود می شود، می فرماید: «نوع طلاق، تابع شرایط است که چه قسم واقع شود». ایشان (در ص ۱۲۲ موازین قضائی امام خمینی، نوشته حسین کریمی) در مورد شرط وکالتی که زوجه از زوج در ضمن عقد نکاح می گیرد، می فرماید: «اگر زوجه مدخول بها بوده، تمام مهر و اگر غیرمدخوله بوده نصف مهر بعد از طلاق باید داده شود، و طلاق رجعی با شرط، بائن نمی شود و چنانچه طلاق رجعی بوده شوهر می تواند در عده رجوع کند، هر چند که بدون رضایت زن باشد».

۷- در این رابطه، امام خمینی (ره)، در جواب این استفتا که شخصی در ضمن عقد نکاح شرطی می کند و بعد طلاق می دهد و مجدداً رجوع می کند، آیا شرط در ضمن عقد، مجدداً به حال خود باقی است یا خیر، و آیا این شرط در صورتی که ضمن عقد لازم قید شده باشد آیا همین حکم را دارد، می فرماید: «در فرض مسأله مزبور، عمل به شرط در هر دو صورت، لازم است». (ذیل مسأله ۳۵، ص ۱۴۵، کتاب موازین قضائی از دیدگاه امام خمینی، نوشته حسین کریمی)