

## ماهیت طلاق از ناحیه زوجه به وکالت از زوج و آثار ناشی از آن بر فرایند دادرسی<sup>۱</sup>

سیده مطهره حسینی\*، لیلاسادات اسدی\*\*، سیدمحسن فتاحی\*\*\*

### چکیده

در خصوص نوع طلاق از ناحیه زوجه به وکالت از زوج و منبعث از ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ سه رویکرد قابل مشاهده است؛ نخست نظریه طلاق توافقی که جایگاه صدور گواهی عدم امکان سازش است؛ دوم نظریه طلاق یک طرفه به درخواست زوجه که محل صدور حکم طلاق است؛ و سوم نظریه دومرحله‌ای بودن فرایند چنین طلاقی. آثار متفاوت ناشی از پذیرش هر یک از این سه رویکرد، در حقوق هر یک از زوجین در فرایند دادرسی و مرحله اجرای صیغه طلاق، مؤید ضرورت بررسی موضوع است. پژوهش توصیفی-تحلیلی حاضر در پی پاسخ به این پرسش اصلی که نوع طلاق از ناحیه زوجه به وکالت از زوج و آثار ناشی از آن چیست، از طریق بررسی نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه و با استفاده از آرای صادره از دادگاه‌های خانواده و مباحث مطرح در نشست‌های قضایی، انجام شد. نتایج نشان داد که ماده ۲۶ قانون پیش‌گفته از نظر تعیین نوع طلاق به وکالت از زوج با ابهام مواجه بوده و لذا متن اصلاحی را پیشنهاد می‌دهد؛ ضمن اینکه بهترین تفسیر از ماده فوق را دومرحله‌ای بودن طلاق زوجه به وکالت از زوج می‌داند: ابتدا دعوی احراز جهت محقق‌کننده وکالت

۱. این مقاله برگرفته از رساله دوره دکتری تخصصی نویسنده مسئول تحت عنوان «طلاق به وکالت از زوج: مشروعیت، ماهیت و آثار آن بر فرایند دادرسی» با راهنمایی خانم دکتر لیلاسادات اسدی و مشاوره آقای دکتر سیدمحسن فتاحی در دانشگاه ادیان و مذاهب است.

\* دانشجوی دکتری مطالعات و تحقیقات زنان، دانشکده زن و خانواده، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران (نویسنده مسئول)  
s.motahare\_h@yahoo.com

\*\* دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران  
leilasadat.asady@yahoo.com

\*\*\* استادیار گروه مطالعات زنان، دانشکده زن و خانواده، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران  
mohsen.fattahi@gmail.com

برای زوجه؛ و سپس درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش در قالب طلاق توافقی. این نظریه که با منطوق ماده ۲۶ سازگاری بیشتری دارد، مشکلات وارد بر دو نظریه دیگر به ویژه از حیث شمول اعتبار امر مختومه در صورت عدم اجرای صیغه طلاق ظرف مهلت مقرر در ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده را مرتفع می‌سازد.

**واژگان کلیدی:** طلاق توافقی، طلاق یک طرفه، وکالت زوجه در طلاق، گواهی عدم امکان سازش، حکم طلاق

### مقدمه

به‌رغم تحولات قانونی مربوط به حوزه خانواده در امر طلاق به‌ویژه به شرح مذکور در مواد مختلف قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نحوه دادرسی طلاق ناشی از اعطای وکالت به زوجه از سوی زوج دارای ابهامات متعددی است. ابهامی که برخاسته از منطوق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مذکور است و به دکتترین حقوقی نیز راه نیافته است. مهم‌ترین پرسش مطرح آن است که آیا طلاق زوجه به وکالت از زوج، از جهت اجرایی و حقوق موضوعه توافقی محسوب می‌شود یا یک طرفه؟ آثار ناشی از توافقی یا یک طرفه دانستن طلاق به وکالت از زوج در فرایند دادرسی این خواسته چیست؟ انتخاب هر یک از دو نظر و پاسخ پیش‌گفته، نحوه دادرسی را متفاوت می‌سازد. مطابق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده: «در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد، حسب مورد، مطابق قانون به صدور حکم الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می‌کند». بر این اساس، نتیجه دادرسی طلاق یا حکم طلاق است و یا گواهی عدم امکان سازش، به این ترتیب که اگر زوج و یا زوجین خواهان طلاق باشند، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود و در صورت مطالبه طلاق از سوی زوجه، دادگاه باید حکم طلاق صادر کند. به این صورت که اگر با توجه به ظاهر ماده ۲۶ پیش‌گفته، آن را یک طرفه از ناحیه زوجه بدانیم، نتیجه دادرسی حکم طلاق است؛ در مقابل و با این استدلال که با توجه به مبنای درخواست طلاق که همان وکالت اعطایی از ناحیه زوج است، به واقع زوج سابقاً موافقت خود بر طلاق را اعلام نموده و زمان آن را به تحقق هر یک از جهات وکالت و انتخاب زوجه واگذار کرده است و لذا طلاق به وکالت، از نوع توافقی و محل صدور گواهی عدم امکان سازش است. پذیرش هر یک از نظریه‌های فوق بر فرایند دادرسی از مرحله اقامه خواسته، جریان رسیدگی در دادگاه و الزامات قاضی در این راستا، نوع و قالب تصمیم دادگاه، قابلیت فرجام‌خواهی از تصمیم دادگاه و نحوه اجرای این تصمیم به‌ویژه از حیث مهلت اجرا تأثیرگذار است؛ تأثیری که با حقوق زوجه نیز مرتبط می‌شود. این مقاله ضمن تبیین نظریه‌های مبنی بر توافقی و

یک طرفه دانستن خواسته زوجه دائر بر طلاق به وکالت از زوج، آثار ناشی از هر نظریه را بر فرایند دادرسی و اجرای حکم تبیین نموده و در پایان، نظر تفصیلی را (حاصل از تلفیق دو نظر دیگر) که تا حد زیادی عاری از مشکلات اجرایی ناشی از دو نظر دیگر است ارائه می‌دهد. در خصوص پیشینه موضوع نیز، آثار قابل توجهی اعم از کتب، مقالات و پایان‌نامه منتشر شده است لکن جملگی بر مشروعیت وکالت زوجه در امر طلاق متمرکز می‌باشند، در صورتی که جنبه نوآوری این نوشتار، بر نوع طلاق از ناحیه زوجه به وکالت از زوج و آثار آن بر فرایند دادرسی با تأکید بر رویه قضایی متمرکز است، لذا انجام چنین پژوهشی ضروری است. همچنین باتوجه به نظریه‌های اداره حقوقی قوه قضائیه به‌عنوان مرجع مشورتی قضات که مؤید ابهام در قانون است و نیز آثار متفاوتی که بر هر کدام از این دو نوع طلاق بار می‌شود و این که پذیرش هر یک از این نظرات مؤثر در حقوق هر یک از زوجین است، بررسی و تبیین این موضوع ضرورت می‌یابد. در تمامی مراحل تحقیق به فراخور موضوع، دو فرض وکالت مطلق در طلاق و وکالت از نوع مقید مورد نظر قرار خواهد گرفت.

### ۱. نظریات پیرامون نوع خواسته زوجه دائر بر طلاق به وکالت از زوج

در خصوص نوع طلاق از ناحیه زوجه به وکالت از زوج دو رویکرد قابل مشاهده است؛ نخست نظریه طلاق توافقی و دوم نظریه طلاق یک طرفه. پرسش اصلی این پژوهش، آن است که آیا طلاق زوجه به وکالت از زوج، توافقی محسوب می‌شود یا یک طرفه، زیرا آثار متفاوت ناشی از پذیرش هر یک از این دو رویکرد، مؤثر در حقوق هر یک از زوجین است. لذا ابتدا هریک از این دو رویکرد مورد بررسی واقع می‌شود و سپس به آثار ناشی از پذیرش هریک می‌پردازیم.

#### ۱-۱. نظریه طلاق توافقی

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به‌عنوان آخرین اراده مصوب قانون‌گذار در بخش دادرسی امور و دعاوی خانواده، در یک نوآوری با تفکیک طلاق توافقی از طلاق توافقی، علاوه بر طلاق مرسوم که در قانون مدنی به اراده زوج یا به درخواست زوجه صورت می‌گرفت، نوع دیگری از طلاق را با عنوان «طلاق توافقی» پیش‌بینی نمود که منحصر به طلاق خلع و مبارات قانون مدنی نیست. البته این نوع طلاق مسبوق به سابقه است<sup>۱</sup>. ارکان اصلی طلاق توافقی عبارت است از توافق

۱. این نوع طلاق (طلاق توافقی) در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ سابقه داشته است و تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانون دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ نیز به آن اشاره نموده بود. با تصویب ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۱ رجوع به دادگاه حتی در حالت طلاق توافقی برای اخذ گواهی عدم امکان سازش ضروری شناخته شد. در حال حاضر ماده واحده ۱۳۷۱ طبق بند ۸ ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده جدید مصوب ۱۳۹۱ منسوخ اعلام

زوجین، بذل مال و به موجب آن، زوجین با رضایت یکدیگر بر جدایی توافق می‌نمایند. برخی معتقدند که در طلاق به وکالت از زوج، زوجین حین انعقاد وکالت، با یکدیگر برای انحلال عقد نکاح و شرایط مورد پذیرش برای رجوع به دادگاه خانواده توافق کرده‌اند (شریعی و صفدرزاده، ۱۳۹۶: ۸۹). قائلان به توافقی بودن نوع طلاق به وکالت از زوج، چنین استدلال می‌نمایند که با توجه به مبنای درخواست طلاق که همان وکالت اعطایی از ناحیه زوج است، به واقع زوج سابقاً موافقت خود بر طلاق را اعلام نموده و زمان آن را به تحقق هر یک از جهات وکالت و انتخاب زوجه واگذار کرده است و لذا طلاق به وکالت، از نوع توافقی و محل صدور گواهی عدم امکان سازش است؛ زیرا منشأ اختیار زوجه در اجرای طلاق، تراضی و توافق طرفین است؛ بدین نحو که زوجین طی قراردادی مستقل یا ضمن عقد نکاح تعهد می‌نمایند که زوجه هر زمان بخواهد یا در موارد خاص، قادر است وکیل زوج در طلاق دادن خویش باشد. اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز قائل به پذیرش این نظر است و اقدام زوجه‌ای که به وکالت از شوهر خود مبادرت به درخواست طلاق می‌کند را حاکی از رضایت زوج بر طلاق و مشمول ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ می‌داند. در مخدوش بودن این استدلال باید گفت: در هر عقد وکالتی تراضی و توافق وکیل و موکل برای انعقاد عقد وکالت ضروری است و وجود دارد. این تراضی و توافق غیر از توافقی است که منظور قانون‌گذار در طلاق توافقی بوده است. توافق برای انعقاد عقد وکالت که در مانحن فیه در قالب شرط ضمن عقد لازم درج گردیده است توافقی است که عنصر اساسی انعقاد عقد وکالت است (چه بسا طرفین اساساً در حین انعقاد عقد وکالت هیچ توافقی هم برای طلاق در آینده نداشتند)؛ لکن توافق منظور قانون‌گذار در طلاق توافقی همان طور که گفته شده است طلاق است که در برابر طلاق توافقی وجود دارد و زوجین به قصد مشترکی برای طلاق دست می‌یازند.

شده و ضوابط جدیدی به موجب مواد ۲۵ و ۲۶ قانون حمایت خانواده مقرر شده است. نکته قابل توجه این است که چون قبل از قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ به موجب لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص ۱۳۵۸ در صورت توافق زوجین برای طلاق، مراجعه به دادگاه لازم نبود، اما رعایت مقررات شرعی و قانون مدنی در باب طلاق مقرر شده بود، تفسیر علمای حقوق از طلاق توافقی قانون پیش‌گفته، همان طلاق خلع و مبارات بود (نک: صفایی و امامی، ۱۳۹۷). البته در قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ طلاق توافقی را می‌توان به معنای عام گرفت، هر چند که با نظر مشهور و قریب به اتفاق فقهای امامیه سازگار نیست.

## ۲-۱. نظریه طلاق یک طرفه

به حکم آیاتی از قرآن کریم<sup>۱</sup> و حدیث نبوی<sup>۲</sup> (حرعاملی، بی تا/۷: ۴۰)، وقوع طلاق به خواست و اراده زوج است. این اختیار همانند هر حق و اختیار دیگری، به موجب عقد وکالت قابل واگذاری است. همچنین در راستای قاعده «الحاکم ولی الممتنع» (یزدی، ۳/۱۴۰۶: ۲۰۱)، قاضی می تواند زوجه را از مشقت ناشی از زندگی مشترک با مردی که به تکالیف زوجیتی خود عمل نمی کند و طلاق هم نمی دهد، برهاند (مظفری و حسینی، ۱۳۹۹: ۲۵۷). قانون مدنی با تبعیت از دیدگاه مشهور فقهای امامیه (برای آگاهی بیشتر نک: المازندرانی الخاجونی، ۱۴۱۱: ۲۷)، اختیار زوج بر طلاق را در ماده ۱۱۳۳ آورده و شوهر را مجاز دانسته با رجوع به دادگاه، درخواست طلاق کند. طبق تصریح تبصره ماده مذکور نیز زوجه می تواند در صورت عدم رعایت حقوق خویش از طرف زوج با مراجعه به دادگاه و به صورت یک طرفه<sup>۳</sup> خود را در موارد خاصی نظیر اثبات عسر و حرج برابر با ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، امتناع و عجز شوهر از دادن نفقه برابر با ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی، اثبات تحقق یکی از شروط ضمن عقد مطابق با ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و غیبت زوج برابر با ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی از قید زوجیت خارج نماید (شاکری گلپایگانی و بابازاده، ۱۴۰۱: ۳۲). با این وصف شرط ضمن عقد نکاح به عنوان جهتی برای طلاق از سوی زوجه و استثنایی بر اختیار مطلق بر طلاق برای زوج است و در این صورت، زوجه باید وفق قاعده «البینه علی المدعی» ادعای خویش را به اثبات رساند و در جهت اثبات آن اقامه دلیل نماید (عاملی، بی تا/۱۸: ۱۷۱) زیرا اصل بر عدم تحقق شروط ضمن عقد است و اصل صحت و اصل استصحاب (نک: خمینی، ۱۳۸۵: ۹) نیز بر این امر تأکید دارد؛ بنابراین در طلاق به وکالت از زوج به واسطه تحقق شرط ضمن عقد، زوجه در مقام اثبات ادعا به طرفیت زوج قرار می گیرد و این ادعای زوجه، در حق یا اختیار زوج بر طلاق خدشه وارد می آورد و لذا لازم است که دادگاه با ورود به ماهیت اختلاف، صحت یا سقم ادعای زوجه را در خصوص دارا بودن وکالت در طلاق از یک سو و نیز تحقق شرط معهود حین عقد که موجب حق درخواست طلاق از ناحیه زوجه می شود، بررسی و احراز نماید.

پذیرش این نظریه آثار متعددی را در مراحل دادرسی بر جای می گذارد که در قسمت دوم این نوشتار به آن خواهیم پرداخت.

۱. آیه یک سوره طلاق، آیه ۲۲۶ بقره و آیه ۴۹ سوره احزاب.

۲. «الطلاق بید من اخذ بالساق».

۳. طلاق یک طرفه، طلاق است که حاکم به ولایت از زوج ممتنع یا عاجز از اجرای تکالیف زناشویی اجرا می نماید.

## ۲. آثار ناشی از پذیرش نظریه‌های پیش گفته در تعیین ماهیت طلاق به وکالت از زوج

پذیرش هر یک از نظراتی که در قسمت نخست این مقاله تبیین گردید، آثار عملی بر جای خواهد گذاشت که در تعیین حقوق و تکالیف زوجه در فرایند دادرسی و مرحله اجرای طلاق مؤثر است. در این قسمت، آثار ناشی از تعریف ماهیت طلاق به وکالت از زوج را در چهار مرحله طرح خواسته، رسیدگی، شکل و قالب تصمیم دادگاه و اجرای رأی دادگاه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

### ۲-۱. در مرحله طرح خواسته

شروع رسیدگی در دادگاه مطابق ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، مستلزم تقدیم دادخواست است که با توجه به نحوه تنظیم دادخواست، نحوه رسیدگی به پرونده طلاق نیز متفاوت می‌شود؛ زیرا اصولاً تصمیم‌های دادگاه به نکاتی وابسته است که در دادخواست ذکر شده است. حال با توجه به دو نظریه تبیین شده در قسمت اول مقاله، موضوع را به بحث می‌گذاریم.

#### ۲-۱-۱. نظریه توافقی بودن طلاق

اگر نوع طلاق به وکالت از زوج را با استناد به برخی از نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، توافقی قلمداد کنیم، در دادخواست این نوع از طلاق خواننده‌ای وجود ندارد؛ زیرا زوجین هر دو خواسته واحدی از دادگاه دارند (بوربور، ۱۳۸۷: ۵) و به عبارت دیگر، زوج با اعطای این وکالت، اختیار طلاق را به زوجه تفویض نموده است. چنانچه برخی از نظریات مشورتی این اداره کل، مؤید این نظر است؛ در فرضی که زوج به موجب سند رسمی، وکالت بلاعزل در طلاق به زوجه داده است، مقدمه اجرای صیغه طلاق به وسیله زوجه از سوی زوج، تقدیم دادخواست به دادگاه وفق مقررات مربوط است، لزوماً زوجه باید با اعطای وکالت به وکیل رسمی دادگستری در حدود وکالت تفویض شده و رعایت غبطه موکل، حقوق خود را استیفاء کند و چون اقدام زوجه برای طلاق در این فرض، از جانب زوج است، زوج اصیل و خواهان در طلاق تلقی می‌شود و باید نام وی در دادخواست به عنوان خواهان قید شود؛ بنابراین هنگامی که نوع طلاق به وکالت از زوج را توافقی قلمداد کنیم، در دادخواست این نوع از طلاق، خواننده وجود ندارد. در تأیید این مطلب، دادنامه شماره ۱۰۷۰۳/۹۰۶۱۰۹۹۷۰۹۱۰ صادره از شعبه اول دیوان عالی کشور آورده است: «اگر زوجه از زوج وکالت در طلاق با حق توکیل به غیر داشته باشد و بخواهد از طریق وکیل دادگستری اقدام به اعمال وکالت خویش نماید، وکیل دادگستری باید نام زوج را به عنوان خواهان و زوجه را به عنوان خواننده بنویسد». نظریه شماره ۷/۹۵/۲۶۴۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۲۰

۱. به شماره ۱۵۴۷/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۰۵ و نظریه شماره ۱۶۷۱/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۲۲.

اداره حقوقی قوه قضائیه در خصوص نحوه تنظیم دادخواست طلاق به وکالت که مقید به شرط نبوده و به طور مطلق داده شده است، می‌نویسد: «در مواردی که زوجه وکالت در طلاق دارد، منعی برای تقدیم دادخواست طلاق به اصالت از خود و وکالت از زوج ندارد و زوجه در این خصوص با اعطای وکالت به وکیل رسمی دادگستری در حدود وکالت تفویض شده و رعایت غبطه موکل، حقوق خود را استیفاء می‌کند و از آنجایی که موضوع مشمول صدر ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده می‌باشد، دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند».

بنابراین می‌توان گفت: اولاً، مقدمه اجرای صیغه طلاق به وسیله زوجه از سوی زوج، تقدیم دادخواست به دادگاه وفق مقررات مربوط است که در مواد ۵۱ الی ۶۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ ذکر شده است؛ ثانیاً، در دادخواست این نوع از طلاق، خواننده وجود ندارد چون اقدام زوجه برای طلاق در این فرض، از جانب زوج است، زوج اصیل و خواهان در طلاق تلقی می‌شود و باید نام وی در دادخواست به عنوان خواهان قید شود؛ ثالثاً، در صورت توافقی دانستن این نوع از طلاق، ضرورت اخذ وکیل دادگستری برای زوج توسط زوجه مطرح می‌شود که ابهام‌های مطرح در این خصوص عبارت است از: آیا زوجه می‌تواند خود وکیل زوج باشد یا باید ثالثی را که وکیل دادگستری است برای زوج تعیین کند؟ آیا وکیل زوج می‌تواند با وکیل زوجه مشترک باشد؟ آیا وکیل دادگستری تعیین شده توسط زوجه کلیه اختیارات زوج را دارد و آیا می‌تواند غبطه و مصلحت زوج را در بحث بذل و قبول بذل رعایت نکند؟ در حالی که اگر نوع طلاق یک طرفه در نظر گرفته شود، خواننده دارد و خواننده آن زوج است و زوجه دیگر تکلیفی در تعیین وکیل برای زوج ندارد.

اداره حقوقی قوه قضائیه در تبیین موضوع اولاً، با این استدلال که از حیث اصول دادرسی، یک شخص نمی‌تواند هم طرح‌کننده دعوی و هم در قبال آن پاسخ‌گو باشد، در فرضی که وکالت زوجه در طلاق، با حق توکیل به غیر باشد، زوجه را ملزم می‌داند که صرفاً با تفویض وکالت اعطایی از سوی زوج به وکیل دادگستری برای قرار گرفتن در جایگاه خواننده، مبادرت به تقدیم دادخواست طلاق کند.<sup>۱</sup> ثانیاً، زوجه باید با اعطای وکالت به وکیل رسمی دادگستری در حدود وکالت تفویض شده و رعایت غبطه موکل، حقوق خود را استیفاء کند.<sup>۲</sup>

۱. نظریه مشورتی شماره ۱۷۸۷/۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۲ و شماره ۷/۱۵۳۴ مورخ ۱۳۹۸/۹/۳۰.

۲. به شماره ۱۵۴۷/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۰۵ و نظریه شماره ۱۶۷۱/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۲۲.

## ۲-۱-۲. نظریه یک طرفه بودن طلاق

به رغم آنچه در بالا بیان شد، چنانچه بر اساس نظر دوم، نوع طلاق به وکالت از زوج را یک طرفه قلمداد کنیم، زوجه پس از اطلاع از تخلف زوج از هر یک از شروط ضمن عقد، می تواند دادخواستی به خواسته طلاق به طرفیت زوج در دادگاه خانواده مطرح کند؛ زیرا با یک طرفه دانستن طلاق در این وضعیت، زوجه خواهان و زوج به عنوان خوانده دادخواست قرار می گیرد. در نشست مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۰۵ قضات شهرستان نکا (استان مازندران) موضوع نحوه اقامه دعوی طلاق به وکالت، این پرسش مطرح می شود که در خصوص مفاد ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در صورت تحقق یکی از شروط ضمن عقد نکاح یا اعطای وکالت در طلاق توسط زوج به زوجه طی سند رسمی جداگانه، چنانچه زوجه خواستار طلاق باشد اساساً شکل دادخواست از حیث خواهان و خوانده چگونه است. نظر هیئت عالی<sup>۱</sup> در پاسخ به این سؤال چنین است: «با توجه به اینکه متقاضی طلاق، زوجه می باشد، هر چند وکالت مطلق در طلاق نیز داشته باشد خواهان چنین دعوی، زوجه خواهد بود. به خصوص اینکه چنانچه جز این ترتیب مقرر شود زوج در هر موقعیتی خواهد توانست به عنوان خواهان پرونده دعوی را مسترد کند که منطقی و قانونی نخواهد بود».

## ۲-۲. در مرحله رسیدگی

در این مرحله به دو شیوه متفاوت دادرسی در هر یک از دو طلاق توافقی و طلاق یک طرفه پرداخته می شود.

### ۲-۲-۱. نظریه توافقی بودن طلاق

اگر نوع طلاق به وکالت از زوج را توافقی تلقی نماییم، آثار زیر قابل بحث است:

الف) تعیین وقت و تشکیل جلسه رسیدگی: در این مرحله از دادرسی با توجه به اینکه طلاق توافقی «دعوا» محسوب نمی شود و «امر» است، نیازمند تعیین وقت رسیدگی و تشکیل جلسه از سوی دادگاه نیست و حداقل آنکه در وقت فوق العاده رسیدگی به عمل می آید. نظریه های مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه<sup>۲</sup> در خصوص حضور زوجین در دادگاه در طلاق به وکالت از زوج بیان می نمایند: «با توجه به تفویض وکالت از سوی زوج، لزومی به حضور موکل (شخص زوج) در دادگاه نبوده و با این وصف، دعوت از زوج نیز منتفی است، ولی در هر حال تعیین وقت رسیدگی لازم است» و در نظریه دیگری<sup>۳</sup> در

۱. نظر هیأت عالی همان نظریه برتر اکثریت قضات حاضر در نشست قضایی است که به رؤیت و تأیید قضات دیوان عالی کشور رسیده است.

۲. نظریه به شماره ۱۵۴۷/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۰۵ و نظریه شماره ۱۶۷۱/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۲۲.

۳. به شماره ۷/۹۹/۱۵۲۲ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۲۱.



پاسخ به این سؤال که آیا زوج می‌تواند در جلسه رسیدگی حاضر شود و اصالتاً دعوی خود را مسترد دارد، عنوان می‌نماید: «با توجه به اینکه زوج وکالت در طلاق را به صورت بلاعزل به زوجه داده است و اعمال این وکالت مستلزم طرح دعوا و در نهایت اجرای صیغه طلاق توسط وکیل به وکالت از اصیل (زوج) است، بنابراین استرداد دادخواست از سوی زوج، مغایر وکالت بلاعزل اعطایی است و به همین علت زوج نمی‌تواند دادخواست تقدیمی از ناحیه زوجه را مسترد نماید».

ب) ارجاع زوجین به مرکز مشاوره خانواده: طبق ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در طلاق توافقی ارجاع به مرکز مشاوره خانواده که از تأسیسات حقوقی مقرر در این قانون می‌باشد، الزامی است. در مواردی که زوجه به وکالت از زوج برای اجرای طلاق اقدام می‌نماید در خصوص ضرورت حضور زوج در مرکز مشاوره خانواده و اینکه آیا این امر قابل توکیل است یا خیر، گفته شده است: «اولاً مراجعه به مشاوره در طلاق‌های توافقی قائم به شخص است و قابل توکیل نیست؛ زیرا مفروض آن است که قانون‌گذار با پیش‌بینی نقش مشاوره خانواده در دعوی طلاق در مقام آن بوده تا با مداخله مشاور و استماع نظر و پیشنهادهای وی از سوی زوجین نسبت به حل اختلافات فی‌مابین، انصراف ایشان از طلاق را تسهیل نماید. بنابراین حتی در فرضی که زوج شخصاً اقدام به معرفی وکیل برای اقامه دعوی طلاق توافقی کرده باشد، برای انجام مشاوره شخصاً باید معرفی شود. ثانیاً با توجه به آنچه در بند اول گفته شد معرفی زوجین به مشاور در فرض سؤال تکلیف دادگاه است و مستفاد از ماده ۱۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ و تبصره آن مقنن نظر مرکز مشاوره خانواده را نظر کارشناسی تلقی کرده و جلب نظر کارشناسی یادشده نیز برابر ماده ۲۵ قانون یاد شده جزء تکالیف دادگاه است و دادگاه بدون انجام آن نمی‌تواند در ماهیت رأی دهد؛ لذا چنانچه در فرض سؤال، یکی از زوجین از مراجعه به مرکز مشاوره استنکاف کند، حسب مورد، زوجین یا وکلای ایشان در اثنای دادرسی می‌توانند تقاضای ادامه رسیدگی بر اساس فرایند مربوط به طلاق غیرتوافقی را مطرح کنند که در این صورت، دادگاه با عنایت به ماده ۸ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ برابر مواد ۲۷ و ۲۸ آن قانون رفتار می‌کند».<sup>۱</sup> طبق این نظر، در فرضی که زوجه وکیل زوج در طلاق است، با امتناع زوج از حضور در مرکز مشاوره خانواده، وکالت‌نامه قابلیت اجرایی ندارد؛ زیرا این امر را در طلاق‌های توافقی قائم به شخص و غیرقابل توکیل دانسته است و در صورت استنکاف زوج در مرکز مشاوره، طلاق از حالت توافقی خارج می‌شود و زوجین یا وکلای ایشان در اثنای دادرسی می‌توانند تقاضای ادامه رسیدگی بر اساس فرایند مربوط به طلاق غیرتوافقی را مطرح

۱. نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره‌های ۷/۹۷/۲۵۵۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۵ و ۱۳۹۶/۱۰/۲۵۶ مورخ ۷/۹۶/۲۳۳۰ و ۱۳۹۶/۱۰/۰۳ مورخ ۷/۹۶/۲۳۳۰ و ۱۳۹۶/۰۹/۲۸ و ۷/۹۸/۱۹۹۱ مورخ ۷/۹۸/۰۲/۲۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۲/۲۷.

کنند. این در حالی است که همین مرجع مشورتی قضات در نظریه مشورتی دیگری<sup>۱</sup>، به خلاف نظر پیش گفته آورده است: «به موجب ماده ۴۴ دستورالعمل نحوه تشکیل و فعالیت مراکز مشاوره خانواده در موارد استثنایی مذکور در این ماده که امکان حضور زوجین یا یکی از ایشان وجود ندارد، حضور وکیل در مرکز مشاوره را جایز شمرده شده است».

### ۲-۲-۲. نظریه یک طرفه بودن طلاق

در این مرحله از دادرسی، اگر نوع طلاق ناشی از وکالت زوج را یک طرفه بدانیم با توجه به این موضوع که طلاق یک طرفه، دعوا محسوب می شود، ورود دادگاه در ماهیت دعوا در مقام رفع ترافع، فصل خصومت و تشخیص ذی حق صورت می پذیرد. لذا نحوه حضور زوجین در دادگاه متفاوت از نظر اول خواهد بود. از این جهت مستند به ماده ۶۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیازمند تعیین وقت رسیدگی و تشکیل جلسه از سوی دادگاه و دعوت از خواننده (زوج) است و پس از آن نیز باید قرار ارجاع امر به داوری (و نه مرکز مشاوره خانواده) صادر شود. طبق ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده در کلیه موارد درخواست طلاق به غیر از طلاق توافقی باید به داوری ارجاع شوند و داوران باید کوشش خود را در جهت ایجاد صلح و سازش بنمایند. آرای صادر شده از دادگاه مؤید این امر هستند. در دادنامه<sup>۲</sup> صادره از شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور قبل از آنکه داشتن شروط طلاق مورد اظهار توجه بر محکمه آشکار شود و محکمه تصمیم به پذیرش یا رد درخواست طلاق کند باید مسئله را به حکمیت محول نماید. بنابراین قبل از ارجاع امر به داوری، رسیدگی ماهوی و جاهت قانونی نداشته است.

ضرورت مشخص نمودن داوران در دعاوی طلاق اگرچه ورود داوران به ماهیت موضوع و دلیل اختلاف زوجین و برطرف نمودن آن را می طلبد اما از آنجا که این ورود فقط جهت الزامی را دارد که فاقد ضمانت اجرا است، بنابراین امروزه امر داوری به تشریفات بی اثر مبدل گردیده که فقط باعث اطاله دادرسی می شود (اسدی، ۱۳۸۳: ۱۴).

### ۲-۳. در مرحله اتخاذ تصمیم

مطابق ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی رأی دادگاه اعم از حکم و قرار است. احکام قسمت عمده تصمیمات محاکم را تشکیل می دهند، تحصیل حکم مطلوب در امور ترافیعی هدف اصلی خواهان از اقامه دعوا و هدف اصلی خواننده از پاسخ به دعوا

۱. شماره ۷/۹۸/۸۲۲ مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۲۶.

۲. شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۶۵۶ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۱۵.

است و طبق قاعده با صدور حکم است که دعوا فصل شده و وظیفه دادگاه در رسیدگی به دعوا پایان می‌پذیرد. در اصطلاح حقوقی حکم دادگاه رأیی که به موجب آن، اختلاف در آن دادگاه فصل شود (شمس، ۱۳۸۹: ۲۱۲).

قانون‌گذار برای انواع طلاق‌ها تصمیم قضایی واحدی در نظر نگرفته است. با توجه به توافقی یا یک طرفه دانستن طلاق به وکالت، نوع تصمیم دادگاه با محتوای طلاق در قالبی متفاوت باید انشا شود. دادگاه‌های خانواده تصمیم خود بر طلاق را مطابق ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده، در دو قالب حکم و گواهی عدم امکان سازش انشا می‌کنند و طلاق از ناحیه زوجه را مستلزم صدور حکم می‌دانند، اما در طلاق به درخواست زوج یا زوجین، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌شود. بر هریک از تصمیمات مذکور آثار متفاوتی بار می‌شود که در قسمت سوم این نوشتار مورد بحث قرار می‌گیرد.

اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه‌های مشورتی<sup>۱</sup>، اقدام زوجه برابر با وکالت محقق شده ناشی از تخلف از شروط ضمن عقد نکاح را از موارد صدور حکم احراز وکالت در طلاق و فراهم شدن صدور گواهی عدم امکان سازش دانسته است و همچنین در نظریه دیگری<sup>۲</sup> عنوان می‌نماید که موارد صدور حکم طلاق متفاوت از حالاتی است که زوجه متقاضی طلاق به استناد تحقق شرایط اعمال وکالت در طلاق است و این نوع درخواست در واقع اعمال حق زوجه است که با وکالت زوجه اعمال می‌شود لذا دادگاه علاوه بر احراز شرایط اعمال وکالت، گواهی عدم امکان سازش نیز صادر می‌کند و مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش، همان است که در ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ معین شده است.

دادنامه شماره ۸۵۱۰۰۸۰۶۸۰۹۰۹۹۷۰۹۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۷ صادره از شعبه هشتم دیوان عالی کشور نیز بر همین ترتیب است: «در این گونه موارد که شروط ضمن عقد نزد محکمه اثبات می‌گردد، به دلالت ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ دادگاه موظف است به جای صدور گواهی عدم امکان سازش، حکم به احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق صادر نماید و به موجب ماده ۳۳ قانون مذکور که مدت اعتبار حکم طلاق شش ماه از تاریخ ابلاغ رأی فرجامی است که اشتباهاً این مدت سه ماه ذکر شده است، بنابراین دادنامه فرجام‌خواسته در حدود اعتراضات مطروحه از ناحیه فرجام‌خواه فاقد ایراد و اشکال مستوجب نقض بوده و مستنداً به مواد ۳۷۰ و ۴۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی، رأی فرجام‌خواسته با حذف عبارت گواهی عدم امکان سازش و اضافه نمودن صدور حکم به احراز شرایط

۱. شماره ۱۷۵۲/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۰۱ و نظریه ۱۶۷۲/۹۶/۷ مورخ ۱۳۹۶/۰۷/۲۲.

۲. شماره ۷/۹۹/۱۲۲۸ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۱۸.

اعمال وکالت در طلاق و حذف عبارت مدت اعتبار سه ماهه و اضافه نمودن عبارت «مدت اعتبار حکم طلاق شش ماه پس از تاریخ ابلاغ رأی فرجامی است» نتیجتاً ابرام می گردد». چنانچه ملاحظه شد، برخلاف نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه که تخلف از شروط ضمن عقد را از موجبات فراهم شدن صدور گواهی عدم امکان سازش تلقی نموده، دادنامه فوق اثبات شروط ضمن عقد نکاح در محکمه را به دلالت ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده از موارد صدور حکم به احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق دانسته است. بنابراین ملاحظه می شود در قانون حمایت خانواده به عنوان آخرین قانون مصوب در حوزه خانواده، وضعیت این مسئله روشن نیست.

دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۹۶۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۱ در تعیین نوع حکم و نوع طلاق در صورت درخواست طلاق از سوی زوجه بیان می کند: «در صورتی که متقاضی طلاق زوجه باشد دادگاه حکم الزام زوج به طلاق صادر می نماید نه گواهی عدم امکان سازش».

#### ۲-۴. در مرحله اجرای تصمیم دادگاه دایر بر طلاق

از مهم ترین مراحل دادرسی، تبیین فرایند اجرای حکم به عنوان آخرین مرحله دادرسی است؛ زیرا اجرای حکم به معنای تحقق بخشیدن به مدلول رأی است. پذیرش هر یک از نظریه های تبیین شده در قسمت نخست این نوشتار، بر مرحله اجرای حکم آثار متفاوتی به شرح زیر خواهد داشت:

##### ۲-۴-۱. قابلیت فرجام خواهی حکم

حکم قابل اجرا باید از شرایطی برخوردار باشد که از آن جمله قطعیت آن است. حکم قطعی حکمی است که غیر قابل تجدیدنظر بوده و یا قابل تجدیدنظر بوده و در مهلت مقرر قانونی درخواست تجدیدنظر نسبت به آن و به واسطه انقضای مهلت مزبور قطعی شده باشد و یا مرحله تجدیدنظر را سپری کرده باشد (بهرامی، ۱۳۸۷: ۱۱۶-۱۱۵). در مرحله اجرای تصمیم دادگاه دایر بر طلاق، به استناد ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده، به قطعی شدن این حکم تأکید شده است. در حالی که در ماده ۳۲ این قانون، اجرای صیغه طلاق و ثبت آن را حسب مورد مشروط به انقضای مهلت فرجام خواهی یا ابلاغ رأی فرجامی دانسته است؛ بنابراین چنانچه طلاق به وکالت از زوج را یک طرفه و مستلزم صدور حکم طلاق بدانیم، از نحوه اجرای متفاوتی برخوردار است، زیرا با یک طرفه محسوب کردن چنین طلاقی، مطابق ماده ۳۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، این تصمیم قابل فرجام خواهی هم است.<sup>۱</sup>

۱. البته برخی مراجع قضایی گواهی عدم امکان سازش را هم قابل فرجام خواهی دانسته اند که در تغایر با منطوق ماده ۳۲ قانون حمایت خانواده است. از جمله در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۶۰۰۲۱۴ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۶ صادره از

## ۲-۴-۲. منوط بودن اجرای رأی به رضایت زوج

طبق نظریه اول که طلاق به وکالت را توافقی و محل صدور گواهی عدم امکان سازش می‌داند، اجرای این گواهی منوط به حضور مرد در دفترخانه رسمی طلاق و رضایت به طی مراحل اجرا خواهد بود و سببی برای اجرای گواهی مذکور جز در صورت داشتن وکالت بلاعزل در نظر نگرفته است (اسدی و شگری، ۱۳۹۳: ۴۵۶). این مهم از مفهوم مخالف ماده ۳۶ قانون حمایت خانواده

شعبه ۴۱ دیوان عالی کشور در گردشکار آمده است: «اعمال شرط وکالت موضوع قسمت اخیر ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ حکمی که بر اساس وکالت محضری زوجه از زوج برای طلاق بر جواز اعمال وکالت صادر می‌شود به منزله توافقی است؛ زیرا زوجه به وکالت از زوج اقدام می‌نماید که حکایت از موافقت موکل بر طلاق دارد و مشمول ماده ۳۴ قانون یاد شده است... اما در مورد قطعی و غیرقابل فرجام‌خواهی بودن رأی صادره، اعضای محترم شعبه تجدیدنظر این‌گونه استدلال می‌کنند: «... رأی صادره با توجه به اینکه مقنن در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ تفویض ناشی از حکم طلاق یا گواهی عدم امکان سازش را تابع احکام یکسانی از حیث مدت اعتبار و ترتیب حصول قطعیت و سپس ارائه به دفترخانه رسمی طلاق ندانسته، زیرا اجرای حکم طلاق را منوط به انقضای مهلت فرجام‌خواهی قطعیت یا ابلاغ رأی فرجام‌خواهی نموده است در حالی که گواهی عدم امکان سازش پس از ابلاغ رأی قطعی یا قطعی شدن رأی قابل اجراء است، از همین روی و با توجه به تفاوت رأی قابل فرجام با رأی قطعی، ظاهراً اراده مقنن تخصیص مقررات بند الف ذیل ماده ۳۶۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با مقررات ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده است، لذا هرگاه مفارقت زوجین به سبب صدور گواهی عدم امکان سازش باشد رأی صادره از دادگاه تجدیدنظر غیرقابل فرجام تشخیص می‌شود. نظریه مشورتی (۱۱۹۰/۹۲/۷) مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۰۲ اداره حقوقی قوه قضائیه مبین همین برداشت است با همین استدلال رأی صادره حضوری و قطعی است.» در تاریخ ۱۳۹۳/۰۷/۱۲ با ابلاغ دادنامه به وکیل زوج و اخذ وکالت در این مرحله طی تقدیم لایحه‌ای فرجام‌خواهی خود را ... به ثبت رسیده. نظر به این‌که وکیل فرجام‌خواه در مورد دادنامه صادره از شعبه بیستم دادگاه تجدیدنظر ... ایراد مؤثری ... مورد اشاره قرار نداده لذا موجبی برای نقض دادنامه فرجام‌خواسته مشهود نبوده، با رد درخواست فرجام‌خواه ... مورد ابرام قرار می‌گیرد و اما در مورد استدلال دادگاه محترم تجدیدنظر شعبه بیستم به اینکه رأی صادره از شعبه مذکور قطعی بوده و از موارد مندرج در ماده ۳۶۸ قانون آیین دادرسی مدنی خروج موضوعی دارد بدین لحاظ که ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ تخصیصی است بر بند الف ماده مرقوم باید گفت اعضاء محترم شعبه اگرچه بین طلاق ناشی از حکم دادگاه مندرج در ماده ۳۳ و گواهی عدم امکان سازش موضوع ماده ۳۴ قانون اخیرالذکر قائل به تفکیک شده ولی را قابل فرجام و دومی را غیرقابل فرجام دانسته و به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه استناد جسته‌اند (گواه بر درستی نظریه خویش گرفته‌اند) اما این نکته در استدلال ایشان که خود نیز به تصریح در رأی صادره آورده‌اند گواهی عدم امکان سازش صادره در این‌گونه موارد خود طلاق است بان آن‌هم از نوع قضائی که در واقع حاکم زوج را الزام به دادن طلاق می‌کند و در ماهیت امر تفاوتی با نوع اول (ماده ۳۳) ندارد تنها در برخی از موارد شکلی تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند و این مانع از حقوق مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی که از قواعد الزام‌آور نیز محسوب می‌گردد به هیچ وجه نخواهد شد.»

قابل استنباط است. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در همین راستا اعلام می‌دارد: «با توجه به فرض استعلام مبنی بر صدور گواهی عدم امکان سازش پس از درخواست طلاق توافقی از سوی زوجین و متعاقباً عدم حضور زوج در دفترخانه جهت اجرای طلاق، درخصوص تکلیف اجرای گواهی مزبور، دو حالت متصور است: ۱- در صورتی که زوج بنا بر اعلام دادگاه صادرکننده گواهی عدم امکان سازش یا به موجب سند رسمی (از جمله سند نکاحیه رسمی)، در اجرای صیغه طلاق وکالت بلاعزل داشته باشد، با توجه به ماده ۳۶ قانون حمایت خانواده، عدم حضور زوج، مانع اجرای صیغه طلاق و ثبت آن نیست؛ ۲- در صورتی که زوج فاقد وکالت از سوی زوج جهت اجرای طلاق باشد، با عنایت به مفهوم مخالف ماده قانونی صدرالذکر، نمی‌توان زوج را مجبور به طلاق نمود و به‌علاوه دادگاه هم نمی‌تواند نماینده به دفترخانه معرفی نماید و در این صورت چنین گواهی عدم امکان سازش با مضمی مهلت قانونی از درجه اعتبار ساقط است»<sup>۱</sup>.

### ۳-۴-۲. مهلت اجرای طلاق

مهلت اجرای حکم طلاق نیز متفاوت از گواهی عدم امکان سازش است. این تفاوت از منطوق مواد ۳۳ و ۳۴ قانون حمایت خانواده قابل استنباط است. با این وصف در صورت پذیرش هریک از نظریه‌های فوق در قسمت نخست این نوشتار، مهلت مجزایی برای اجرای تصمیم دادگاه خواهیم داشت. در نظریه توافقی بودن طلاق به وکالت از زوج، طبق ماده ۳۴ دو مهلت سه ماهه (سه ماه از تاریخ تقدیم گواهی عدم امکان سازش به دفترخانه طلاق و سپس سه ماه برای ارائه مدارک به دفترخانه و درخواست اجرا) برای اجرای گواهی خواهیم داشت و در نظریه یک طرفه بودن چنین طلاقی، حکم طلاق صادره بر اساس این نظر، در بازه زمانی شش ماهه از تاریخ ابلاغ رأی فرجامی یا انقضای مهلت فرجام‌خواهی قابل اجرا خواهد بود.

### ۳. گزینش نظر ارجح

با توجه به نظریه‌های مطرح شده در قسمت نخست این نوشتار و تبیین آثار عملی هر نظریه در مراحل چهارگانه دادرسی که موضوع قسمت دوم مقاله بود، در قسمت پایانی بحث، «نظریه تلفیقی» به‌عنوان نظر ارجح مطرح شده، این راهبرد که از تلفیق دو نظر دیگر حاصل می‌شود، از امتیازاتی برخوردار است که به شرح آتی مورد بحث قرار می‌گیرد.

### ۳-۱. نظریه تلفیقی

ایرادهای وارد بر هر یک از نظریه‌های پیش‌گفته، موجب نظریه تلفیقی می‌شود که اداره حقوقی

۱. نظریه شماره ۰۸۰۶/۹۳/۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۰۸.

قوه قضائیه نیز در مقام رفع تحیر از دادگاه‌های خانواده به‌طور ضمنی<sup>۱</sup> یا صریح<sup>۲</sup> به آن اشاره کرده است. طبق این دیدگاه، درخواست زوجه دایر بر طلاق به وکالت از زوج به واقع متشکل از دو خواسته و دربردارنده دو موضوع است: نخست، دعوی احراز جهت موجد وکالت برای زوجه که محل ورود دادگاه به ماهیت قضیه و صدور حکم است؛ و سپس درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش در قالب طلاق توافقی که باتوجه به توافقی بودن و نداشتن خواننده، دعوا محسوب نمی‌شود و تصمیم دادگاه در این خصوص، گواهی عدم امکان سازش است.

این نظریه بر بخش پایانی ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده استوار است که اگر طلاق به درخواست زوجه باشد، دادگاه حسب مورد، مطابق قانون به صدور حکم الزام زوج به طلاق یا «احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق» مبادرت می‌کند. این ماده طلاق به درخواست زوجه را به دو دسته تقسیم نموده است.

نخست، طلاقی که اصالتاً به درخواست زوجه است و دوم، طلاق به وکالت از زوج که از جهت احراز ادعای زوجه دایر بر دارا بودن وکالت و در صورت لزوم، تحقق شرط موجد وکالت، مستلزم ورود ماهیتی به موضوع و لذا از موارد صدور حکم است و پس از احراز این دو ادعا، دادگاه در امر طلاق، ورود به ماهیت نمی‌کند، بلکه با احراز وکالت و شرط موجد آن، توافق زوجین بر طلاق را مسیر راه خود در صدور تصمیم بر طلاق قرار می‌دهد و طبق نظریه نخست، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌نماید. لذا این مقاله، قائل به این است که طلاق زوجه به وکالت از زوج را باید در قالب دو دعوی احراز جهت موجد وکالت برای زوجه؛ و سپس درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش در قالب طلاق توافقی مد نظر قرار داد. بنابراین در این نظریه، خواسته نخست زوجه، احراز دارا بودن وکالت در طلاق به‌نحو مطلق و در صورت مقید بودن وکالت، احراز جهت موجد وکالت

۱. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۷۵۲ مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۰۱: «در فرض سؤال که خواهان (زوجه)، دادخواست خود را مبنی بر صدور حکم طلاق به استناد عسر و حرج و نیز طلاق به استناد تخلف از شروط ضمن عقد نکاح تقدیم نموده است، گرچه در موارد عسر و حرج، دادگاه حکم طلاق و در موارد احراز تخلف از شروط ضمن عقد نکاح، حکم به احراز وکالت در طلاق صادر می‌کند و در صورت اخیر با اقدام زوجه برابر وکالت محقق شده، امکان صدور گواهی عدم امکان سازش فراهم می‌شود...».

۲. نظریه مشورتی شماره ۷/۷۷۷ مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۲۶: «در مواردی که زوجه به استناد تحقق شرایط اعمال وکالت، متقاضی طلاق است، موضوع، متفاوت از موارد صدور حکم طلاق است و دادگاه علاوه بر احراز شرایط اعمال وکالت، مبادرت به صدور گواهی عدم امکان سازش نیز می‌نماید و مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش، در ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ معین شده است.».

در طلاق است. در این مقام، زوجه در مقام خواهان و مدعی است و زوج به عنوان خواننده دعوا است و لذا مشخصات وی باید در ستون خواننده دادخواست ذکر شود تا دادگاه در رسیدگی ماهیتی به موضوع ادعای خواهان علیه وی، زوج را دعوت به رسیدگی کند و دفاعیات وی را استماع کند. پس از آن، چنانچه زوجه خواهان صدور رأی بر طلاق و اذن به اجرای آن نیز باشد، باید در قالب طلاق توافقی (نظریه نخست) اقدام کند.

### ۳-۲. امتیازات نظریه تلفیقی

#### ۳-۲-۱. برخورداری زوج از حقوق خواننده دعوی

طبق نظریه اول (طلاق توافقی) چون اقدام زوجه برای طلاق در این فرض، از جانب زوج است، زوج اصیل و خواهان در طلاق تلقی می‌شود و باید نام وی (زوج) در دادخواست به عنوان خواهان قید شود. پذیرش این نظر (خواهان بودن زوج) مخدوش به نظر می‌رسد زیرا:

اولاً، در این حالت هر لحظه امکان استرداد دادخواست یا دعوی از سوی خواهان یعنی زوج متصور است و زوجه در صورت طرح مجدد دعوی وکالت در طلاق با این دور تسلسل غیر منطقی مواجه است؛ ثانیاً، در صورت ناقص بودن دادخواست تقدیمی از سوی زوجه، این ابهام مطرح است که آیا مراتب رفع نقص به خواهان ابلاغ می‌شود یا به زوج؛ و در صورت صدور قرار رد دادخواست از سوی دفتر دادگاه مطابق ماده ۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، خواننده (زوجه که خواهان واقعی دادخواست است) می‌تواند اعتراض کند یا خواهان دادخواست؟ همچنین است موارد متعدد دیگر از جمله ادعای جعل نسبت به سند ابرازی طرف مقابل و حقوق متصوره بر آن مانند تشخیص خواهان و خواننده که مؤثر در مقام است، با ابهام مواجه است.

در نظریه دوم (طلاق یک طرفه) و نظریه تلفیقی، به جهت قرار گرفتن زوج در جایگاه خواننده ایرادهای وارد به نظریه پیشین مطرح نمی‌شود.

#### ۳-۲-۲. تحمیل بار اثبات بر خواهان مطابق اصل

در طلاق به وکالت از زوج، هدف زوجه از طرح دعوی این نیست که دادگاه برای وی حق طلاق قرار دهد، بلکه زوجه در پی اعطای حق وکالت در طلاق اعم از وکالت مشروط یا مطلق از سوی زوج، در مقام بیان و درخواست اذن به اجرای مفاد وکالت و اثبات شرایط اعمال حق خویش یعنی وکالت در طلاق می‌باشد. در وکالت مشروط، با توجه به عدم رضایت باطنی زوج به طلاق، زوجه به عنوان مدعی می‌بایست شرایط و نحوه تحقق وکالت خویش در طلاق را اثبات نماید. در مورد وکالت مطلق در طلاق نیز، از آنجا که طبق قانون، زوجین از مراجعه مستقیم به دفاتر رسمی طلاق جهت اجرای صیغه طلاق منع گردیده‌اند، زوجه جهت احراز و اعمال حق خویش ناچار از اخذ



حکم از دادگاه خانواده است و به عنوان مدعی باید اصل وکالت و اطلاق آن را که امری خلاف اصل است، به اثبات برساند. با توجه به مراتب فوق و با عنایت به اینکه قول زوجه خلاف اصل و ظاهر است، بار اثبات دعوی بر عهده زوجه است و این نکته در نظریه یک طرفه بودن طلاق به وکالت و نظریه تلفیقی لحاظ شده است.

### ۳-۲-۳. عدم تأثیر اراده زوج بر اجرای طلاق

بیان شد که با توافقی دانستن طلاق به وکالت از زوج، وفق ماده ۳۶ قانون حمایت خانواده عدم حضور زوج در دفترخانه رسمی طلاق، اجرای تصمیم دادگاه را غیرممکن می‌کند و مانع از اعمال حق توسط زوجه می‌شود؛ مگر آنکه زوجه بنا بر اعلام دادگاه صادرکننده گواهی عدم امکان سازش یا به موجب سند رسمی (از جمله سند نکاحیه رسمی)، در اجرای صیغه طلاق وکالت بلاعزل داشته باشد، اما در فرضی که زوجه فاقد وکالت از سوی زوج جهت اجرای طلاق است، با عنایت به مفهوم مخالف ماده قانونی صدرالذکر، نمی‌توان زوج را مجبور به طلاق کرد و دادگاه هم نمی‌تواند نماینده به دفترخانه معرفی نماید. نظریه‌های یک طرفه بودن طلاق به وکالت از زوج و تلفیقی از این ایراد مبری است و رسیدگی دادگاه را بی‌اثر نخواهد کرد.

### ۳-۲-۴. عدم مغایرت با قاعده اعتبار امر مختوم

فرض صحت احکام ایجاب می‌نماید تا پس از دادرسی و اتخاذ تصمیم، مفتوح شدن پرونده یا طرح مجدد دعوا ممکن نباشد. به همین جهت تصمیمات دادگاه از اعتباری برخوردار است که همان مرجع یا مرجع دیگر نمی‌تواند تصمیمی مخالف آن اتخاذ کند و آثار آن را از بین ببرد (اسدی و شکری، ۱۳۹۴: ۳۸۴). تصمیم‌هایی که دادگاه در راه تمیز حق می‌گیرد و با آن دعوا را فصل می‌کند، به طور مطلق از اعتبار قضیه محکوم‌بها برخوردار است، اما گواهی از چنین ویژگی برخوردار نیست؛ زیرا تنها گواهی وضعیت موجود است که می‌تواند باز هم محقق شود. به عنوان مثال ممکن است زوجین حین درخواست طلاق از دادگاه، با یکدیگر سازش نداشته باشند و دادگاه با صدور گواهی، این وضعیت را تصدیق نماید، اما پس از آن، به جهاتی سازش حاصل شود و آن‌ها با انصراف از طلاق، زندگی مشترک را ادامه دهند. در این صورت، چنانچه مجدداً اختلاف حاصل شد، می‌تواند صدور گواهی عدم امکان سازش را درخواست نمایند. شاید گفته شود این حالت مشمول قضیه محکوم‌بها نیست؛ زیرا آنچه موجب صدور گواهی عدم امکان سازش در سابق بوده، اختلاف حادث در آن زمان بوده است و حال اختلاف جدیدی حاصل شده است، اما با مراجعه به عناصر لازم برای شمول اعتبار قضیه محکوم‌بها، شامل وحدت سبب، وحدت طرفین دعوا و وحدت موضوع و همچنین تعاریفی که حقوق‌دانان از این سه ارائه داده‌اند، باید گفت در مثال مذکور نیز وحدت هر

سه رکن محقق است (اسدی و شکری، ۱۳۹۴: ۳۸۴).

در مرحله تصمیم دادگاه، قائلان به پذیرش نظریه یک طرفه، اطلاق «حکم» را بر تصمیم دادگاه عنوان نموده اما در طلاق به درخواست زوج یا زوجین صدور گواهی عدم امکان سازش را تجویز می‌نمایند. این مقاله با بررسی هر یک از این دو رویکرد و تبیین آثار ناشی از پذیرش هر یک، به این نتیجه می‌رسد که طلاق زوجه به وکالت از زوج را باید در قالب دو دعوی مورد نظر قرار داد؛ ابتدا دعوی احراز جهت موجد وکالت برای زوجه که در مرحله فوق بیان شد؛ زیرا به نظر می‌رسد خواسته مندرج در دادخواست تقدیمی زوجه در طلاق وکالتی، عبارت صدور حکم به احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق باید باشد و نه طلاق توافقی یا صدور حکم طلاق. زوجه از دادگاه درخواست می‌نماید که احراز نماید که شرایط وکالت اعطایی زوج به زوجه در خصوص طلاق محقق گردیده است. هنگامی که زوجه مبادرت به طرح دعوی طلاق به استناد یکی از بندهای سند نکاحیه نماید و بعد از صدور حکم علیه وی و قطعیت آن، مجدداً به استناد همان بند طرح دعوی نماید که در این حالت دو صورت قابل تصور است:

حالت نخست، زوجه در این حالت دعوی قبلی را با همان شرایط و همان کیفیت طرح می‌کند، روشن است که اگر دعوی فعلی، دقیقاً و عیناً همان دعوی قبلی باشد موضوع مشمول اعتبار امر مختومه است. مانند زمانی که زوجه به استناد محکومیت زوج به پرداخت نفقه نسبت به تاریخ معین و عدم الزام وی به تأدیه نفقه طرح دعوی طلاق نماید و بعد از اینکه بنا به علی حکم بطلان دعوی طلاق صادر و قطعی گردید مجدداً به استناد همان محکومیت و همان شرایط دعوی سابق طرح دعوی نماید. بدیهی است که به علت عدم حدوث سبب جدید و تصمیم‌گیری نسبت به همین دعوی در پرونده پیشین، قاضی باید مستند به بند ۶ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی قرار رد دعوی به استناد امر قضاوت شده صادر کند.

حالت دوم، زوجه با توجه به حادث شدن سبب جدید به استناد همان بندی که در دعوی قبلی طرح نموده بود دعوی جدیدی طرح می‌نماید ولی این مرتبه به استناد دلیل و واقعه جدیدی که حادث گردیده است. با توجه به اینکه دعوی طلاق و اکثر بندهای سند نکاحیه از اموری هستند که قابل تجدد و حدوث می‌باشند و بر فرض ثبوت در یک زمان، در زمان‌های دیگر نیز قابلیت ایجاد و حادث شدن را دارند، اگر سبب جدیدی متفاوت از سبب دعوی قبلی حادث شود زوجه می‌تواند به استناد همان بند طرح دعوی مجدد نماید و این دعوی با کیفیت جدید مشمول امر مختومه نمی‌باشد. به عنوان مثال زوج مرتکب جرمی گردیده و پس از رسیدگی در محاکم، محکومیت کیفری وی صادر و قطعیت یافته است. اینک زوجه به استناد محکومیت قطعی کیفری زوج مبادرت به تقدیم دادخواست طلاق به استناد بند ۶ شروط

ضمن نکاح نامه‌های رسمی ارتکاب جرم خلاف شأن می‌نماید که در نهایت پس از رسیدگی در محاکم خانواده، حکم بطلان دعوی طلاق صادر می‌گردد. زوج بعد از این محکومیت، مرتکب جرم جدیدی مثلاً کلاهبرداری شده زوجه این نوبت به استناد محکومیت جدید زوج که سبب جدیدی تلقی می‌گردد مبادرت به طرح دعوی طلاق به استناد همان بند ۶ می‌نماید. در این فرض، با حادث شدن سبب جدید، دیگر محلی برای ایراد امر مختومه نمی‌باشد؛ زیرا علت دو دعوی متفاوت است. در تأیید این مطلب، دادنامه شماره ۱۳۹۳/۰۷/۰۶ مورخ ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۹۳ در خصوص استفاده مجدد از شروط ضمن عقد نکاح جهت اعمال وکالت در طلاق بیان می‌کند: «در صورت استفاده زوجه از یکی از شروط ضمن عقد و صدور حکم قطعی جهت اعمال وکالت در طلاق و برگشت زوجه به زندگی وی دیگر نمی‌تواند از همان شرط استفاده کند».

باتوجه به مراتب فوق، ایرادهای مذکور در بندهای اول تا سوم بر نظریه توافقی بودن طلاق به وکالت از زوج وارد است و نظریه یک طرفه بودن چنین طلاقی و نیز نظریه تلفیقی از این ایرادها مبری است، ایراد چهارم (شمول اعتبار امر مختوم بر تصمیم دادگاه) که ناشی از پیش‌بینی مدت اعتبار برای حکم طلاق و گواهی عدم امکان سازش است، بر هر دو نظریه اول و دوم وارد می‌شود و صرفاً نظریه تلفیقی عاری از چنین ایرادی است. به عبارتی، طبق ماده ۳۳ قانون حمایت خانواده که حکم دادگاه بر طلاق را واجد مهلت شش ماهه قرار داده است، حکم مشمول اعتبار امر مختوم می‌شود و لذا حق زوجه بر تقدیم دادخواست مجدد طلاق به همان جهت مورد ابهام خواهد بود؛ ایرادی که بر نظریه تلفیقی وارد نمی‌شود؛ زیرا در این نظریه، دادگاه حکم به طلاق صادر نمی‌کند، بلکه نتیجه رسیدگی دادگاه، حکم به احراز تحقق شرط ضمن عقد مجدد وکالت زوجه در طلاق است.

#### نتیجه

با بررسی نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه، آرای صادره از دادگاه‌های خانواده و مباحث مطرح در نشست‌های قضایی، این نتیجه حاصل شد که اولاً، ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده از نظر تعیین نوع طلاق به وکالت با ابهام مواجه بوده؛ ثانیاً، بهترین تفسیر از ماده فوق را دومرحله‌ای بودن طلاق زوجه به وکالت از زوج در قالب، نخست: دعوی احراز جهت محقق‌کننده وکالت برای زوجه و سپس درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش در قالب طلاق توافقی می‌داند. این نظریه که با منطوق ماده ۲۶ سازگاری بیشتری دارد، مشکلات وارد بر دو نظریه دیگر به‌ویژه از حیث شمول اعتبار امر مختومه در صورت عدم اجرای صیغه طلاق ظرف مهلت مقرر در ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده را مرتفع می‌سازد. با توجه به موارد فوق، متن ذیل در خصوص اصلاح ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده پیشنهاد می‌شود ماده (۲۶) اصلاح و سه تبصره به‌عنوان تبصره‌های (۱)، (۲) و (۳) به شرح

زیر الحاق می‌شود:

«در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر و اگر به درخواست زوجه باشد، مطابق قانون حکم الزام زوج به طلاق صادر می‌کند. چنانچه زوجه به وکالت از زوج دادخواست طلاق را تقدیم کند، دادگاه پس از صدور حکم به احراز وکالت زوجه یا تحقق شرایط اعمال وکالت در طلاق، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند.

تبصره ۱- در مواردی که زوجه از ناحیه زوج وکالت در امر طلاق دارد، می‌تواند با بذل تمام یا بخشی از مهریه و قبول آن از ناحیه زوج، نوع طلاق را تعیین و از تمام لوازم عرفی و قانونی طلاق برخوردار شود؛ مگر آنکه در سند مربوط به وکالت خلاف آن تصریح شده باشد.

تبصره ۲- در مواردی که زوجه از ناحیه زوج وکالت در امر طلاق دارد، می‌تواند رأساً دادخواست طلاق را از طرف خود و زوج تقدیم کند و اقامه دعوی طلاق و رسیدگی به آن مستلزم تعیین و معرفی وکیل توسط زوجه به وکالت از زوج نیست. در این صورت و همچنین در مواردی که زوجه به سبب یک یا چند جهت قانونی دیگر، دعوی طلاق را مطرح می‌کند، دادگاه در صورت احراز تمام یا برخی از این جهات و به انتخاب زوجه، با رعایت این ماده بر اساس جهت انتخاب شده اتخاذ تصمیم می‌کند و در صورت عدم انتخاب، به احراز وکالت زوجه در طلاق و شرایط اعمال آن حکم می‌کند. دادگاه باید در رأی صادره در خصوص احراز یا عدم احراز تمام جهات مطرح شده در دادخواست اظهار نظر کند.

تبصره ۳- در مواردی که دادگاه با احراز وکالت زوجه در امر طلاق، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند، عدم حضور زوج در دفتر رسمی طلاق، مانع از اجرا و ثبت صیغه طلاق نیست».

## منابع

### فارسی

- اسدی، لیلا سادات و فریده شکری (۱۳۹۳)، آیین دادرسی در امور و دعاوی خانوادگی، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
- اسدی، لیلا سادات (۱۳۹۷)، «گواهی عدم امکان سازش بر مبنای تراضی زوجین و اجرای آن در انطباق با فقه و حقوق موضوعه»، فقه و حقوق خصوصی، شماره ۲.
- اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۳)، «طلاق حاکم»، ندای صادق، شماره ۳۶.
- بوربور، احمد (۱۳۸۷)، نحوه رسیدگی به دعاوی طلاق در محاکم خانواده، تهران: انتشارات جاودان.
- بهرامی، بهرام (۱۳۸۷)، آیین دادرسی مدنی علمی، کاربردی، جلد ۴، چاپ دهم، تهران: مؤسسه فرهنگی نگاه بینه.
- سرخوش، جواد و سهیلا دیباfer (۱۳۹۷)، «ماهیت داوری در طلاق»، فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی، شماره ۲۳.
- شاکری گلپایگانی، طوبی و زهرا بابازاده (۱۴۰۱)، «تفاسیر قضایی از سوء رفتار جنسی زوج در محاکم خانواده»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۷.
- شریعتی، الهام و فائزه صفدرزاده (۱۳۹۶)، «ماهیت و آثار طلاق توافقی در فقه و حقوق»، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۷۸.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۹)، آیین دادرسی مدنی (دوره بنیادین)، جلد ۱، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات دراک.
- مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۲)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، تهران: انتشارات گنج دانش.
- مظفری، خدیجه و زینب حسینی (۱۴۰۰)، «نشوز زوج و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۵.
- ملک‌زاده، فهیمه (۱۳۹۵)، آیین دادرسی خانواده، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، جلد ۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

### عربی

- حرعاملی، ابوجعفر (بی تا)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد های ۱۸، ۷ و ۱۵ و باب هشتم و نهم و یازدهم از ابواب ایلا، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- الحسینی، السید میر عبد الفتاح (۱۴۱۷)، العناوین الفقیهیه، قم، مؤسسه نشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- خمینی، سیدروح الله (۱۳۸۵)، الاستصحاب، چاپ سوم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر میراث امام الخمینی.
- المازندرانی الخاجونی، محمد اسماعیل (۱۴۱۱)، الرسائل الفقیهیه، دارالکتاب الاسلامی، انتشارات سیدالشهدا علیه السلام.