



باسمه تعالی

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

دکتر عبدالرسول دیانی وکیل پایه یک دادگستری استادیار دانشگاه

### مقدمه

همان طور که در فقه اسلام آمده و قانون مدنی نیز از این نظریه تبعیت نموده است، طلاق اساساً بدست 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 نبوی معروف الطلاقُ بید من أخذَ بالساق<sup>۱</sup> می باشد و تقریباً همه مذاهب اسلامی بر آن اتفاق نظر دارند.

سؤالی که در این رابطه مطرح می گردد این است که چگونه می توان بنحوی زوجه را نیز در انحلال این تأسیس، دخیل نمود؟ برای اینکه زوجه بتواند در امر انحلال نکاح دخالت داده شود، باید از تکنیک حقوقی خاصی تبعیت نمود که با مبانی فقه امامیه نیز منطبق باشد. زیرا:

- اولاً وفق منع فقهی و همچنین نص صریح قانون مدنی نمی توان با پیش بینی حق فسخ نکاح برای زوجه (ویا حتی زوج) به این هدف نائل 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 فسخ در آن را نیز ندارد.

- ثانیاً همان طور که در جای دیگر بیان شده حق طلاق بدست 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 واگذار و منتقل به دیگری (که از آن جمله زوجه خود باشد) نماید. بنابراین، در ضمن عقد نمی توان بصورت شرط، حق طلاق را برای زن نیز پیش بینی نمود. حال چه باید کرد؟ و از چه ترفند حقوقی برای دخالت دادن زوجه در امر طلاق خود بهره جست؟

### تکنیک حقوقی ایجاد حق طلاق برای زوجه

یکی از اختصاصات فقه اسلام، امکان انجام نکاح و طلاق توسط وکیل می باشد. این امکان در کشورهای اروپائی تأثیر پذیرفته از دین مسیحیت، وجود ندارد.<sup>۲</sup> استدلال منع 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 جواز 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 جامه عمل پوشیده نشده است، وجود دارد.

به هر حال، در حقوق اسلام، وکیل می تواند شرائط 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، جواز شمرده است. در مورد ازدواج، مواد ۱۰۷۱ تا ۱۰۷۴ (ق.م.) و برای طلاق نیز ماده ۱۱۱۹ (ق.م.) چنین امکانی را فراهم ساخته اند که موضوع بحث ما در این مجال، فقط وکالت در طلاق است.

1- این روایت را که به پیامبر اکرم (ص) نسبت داده شده است، شیخ طوسی در خلاف بنقل از ینابیع الفقهیه ج ۳۹ ص ۴۵ و ۵۷ و همچنین ابن ادریس حلی در کتاب سرائر بنقل از ینابیع الفقهیه ج ۱۹ ص ۴۱۸ و ج ۲۰ ص ۳۰۹ و ۳۲۴ نقل کرده اند.

2- دکتر عبدالرسول دیانی، حقوق خانواده، ص ۴۲ چاپ انتشارات امید دانش، تهران، تیر ماه ۱۳۷۹

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، بهمان 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.

بنظر می‌رسد از این امکان که توسط قانون مدنی پیش بینی شده است، می‌توان چاره‌ای برای ایجاد تعادل و توازن در عقد نکاح جست. بدین صورت که کل مجموعه نکاح و طلاق و آثار مربوطه را در ضمن یک عقد واحد قلمداد نموده و بدین ترتیب حقوق زوجه را که اکثراً مورد تضییع قرار می‌گیرد، پاسداری نمود. نتیجتاً زوجه شخصاً در امر انحلال تأسیسی که اراده اش 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 بطور غیر مستقیم 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 ۱۱۳۳ (ق.م.) حق وی شناخته شده - را می‌توان لجام زد.

به هر حال، قانون ایران به زوجه حق داده است که وکیل در طلاق دادن خود را از جانب زوجه باشد چون شرط مزبور، مخالف مقتضای عقد ازدواج نیست (ماده ۱۱۹ ق.م.) منتهی از آنجائی که عقد وکالت عقدی است جائز، برای اطمینان از عدم عزل وکیل توسط موکل، قانون مدنی تمهیدی اندیشیده است به اینکه 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، بجهتی 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 غیر قابل نقض شدن شرط مزبور، بایستی آنرا بصورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازم دیگری آورد. زیرا در صورتی که مفاد شرط بصورت 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 جائز بودن عقد وکالت، زن را عزل 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 زوجه"، شرط شود، این نوعی شرط نتیجه خواهد بود و چون اثر شرط نتیجه بمجرد 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 شیوه ای، حتی بدون رضایت زوج، زوجه می‌تواند طلاق بگیرد زیرا چنین وکالتی قابل عزل نیست و اثر عقد لازم را پیدا می‌کند بگونه ای که حتی شرط مزبور با توافق بعدی نیز وفق ماده ۲۴۴ (ق.م.) قابل اسقاط نیست. به هر حال، وکالت زوجه در مطلقه ساختن خود از طرف شوهر بدو صورت می‌تواند محقق شود :

- وکالت مطلق و

- وکالت مقید به تحقق وقایعی 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 بحال خود می‌بیند، خاتمه دهد. این امر صریحاً در قانون مدنی پیش بینی 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 نیز بر صحت آن تصریح نموده اند<sup>۳</sup>. البته شاید وجود مصالحی با گسترش نهضت فمینیسم یا عقلانیت غیر عاطفی، وجود چنین شرطی را توجیه کند ولی بر نویسنده دقیقاً مکشوف نیست کدام مردی و تحت چه انگیزه هائی حاضر می‌شود در ضمن عقد نکاح خود چنین وکالت بی قید 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 آنرا 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 (ق.م.) 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 هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غائب شود، یا ترک انفاق نماید، یا برعلیه 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 نهائی، 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 شرائط مذکوره را محقق نداند، می‌تواند با مراجعه به دادگاه، عدم تحقق شرائط مذکور را مدعی شود و بدین وسیله طلاق مزبور را باطل نماید.

سئوالی که دانستن آن بسیار مهم است، این است که آیا در مواردی که زوجه با استناد 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 ۱۳۰ (ق.م.) 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 ۱۱۱۹ ق.م.).

اکثر حقوق دانان کلیه مواردی که بنا بر خواست زن، طلاق بحکم دادگاه واقع می‌شود را طلاق بائن دانسته‌اند و برای نظر خود دلائلی<sup>۴</sup> آورده‌اند. این استدلال‌ها اگر برای طلاق که بر مبنای عسر و حرج صادر می‌گردد، بتواند موجه باشد، ولی در ما نحن فیه که طلاق به وکالت از جانب زوج انجام می‌گیرد، توجیه مناسبی نیست. یعنی با پیروی از فقه و مستفاد از نظر امام خمینی، باید معتقد شد که این طلاق اخیر، رجعی است و می‌توان بر این ادعا استدلال‌ها ذیل را اقامه نمود.

- از آنجائی 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 جدائی تصمیم گیرنده 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 هزاران شرط و شروط مقید می‌سازیم و مثلاً گواهی عدم سازش و امثال آن را از وی مطالبه می‌نمائیم 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 هوشمندانه” ای که به خرج داده بدون هیچگونه شرطی بتواند خود را مطلقه سازد! عمق فاجعه در جائی بروز می‌کند که چنین وکالتی بدون قید و شرط هم باشد! مثلاً چه تضمینی وجود دارد که شب که مرد از راه می‌رسد مطلع شود زوجه مکرماً با تمسک به شرط در ضمن عقد قبل از ورود وی به خانه خود را مطلقه نموده است!

- اصل رجعی بودن طلاق مقتضی این است که تا زمانی که نص خاص مبنی بر بائن بودن طلاق نداشته باشیم، حکم اصل را جاری سازیم. بخصوص اینکه ماده ۱۱۴۵ (ق.م.) این گونه طلاق را در ردیف انواع طلاق های بائن محسوب نموده است. مضاف بر اینکه در حقیقت چنین طلاقی از مواردی که طلاق بدست 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 می‌نماید یعنی فی الواقع حتی در چنین موردی، این زوج است که مبادرت به طلاق زوجه خود نموده منتهی از طریق وکالت.

4- دکتر سید حسین صفائی، حقوق خانواده، نشر دادگستر، ۱۳۷۸ ش ۲۴۸- مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۶۵ - دکتر ناصر

کاتوزیان، حقوق مدنی، دوره مختصر، نشر یلدا، ش. ۲۰۹

- مرد می‌تواند به زن خود وکالت در طلاقی را بدهد که خود شرعاً توان انجام آنرا دارد. از آنجا که زوج (درجائی که زوجه مدخوله غیر یائسه باشد) فقط توان طلاق رجعی را دارد<sup>۵</sup>، نیابت در همین اختیار را می‌تواند به شخص دیگر واگذار نماید. وقتی که اساس امکان نیابت ثابت شد، فرقی نمی‌کند 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 نمی‌شود**<sup>۶</sup>.

البته، ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در تمام مواردی که زوجین قصد طلاق و جدائی دارند را موظف می‌نماید 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 هر گونه طلاقی بدون داشتن گواهی عدم سازش مزبور غیر قانونی و سردفتری که مبادرت به ثبت چنین طلاقی نموده، سلب صلاحیت خواهد شد. یعنی در همه موارد که مسئله جدائی زوجین در میان باشد، پای مداخله قاضی بمیان کشیده می‌شود اما این مداخله قاضی و احياناً صرف هزینه و وقت، نباید وسیله‌ای باشد برای توجیه بائن بودن طلاقی که بنا بذات، رجعی است. بنابراین، بنظر می‌رسد طلاق موضوع ماده ۱۱۹(ق.م.) 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 اقتضاء حاکم شرع، دادگاه از طرف زوج مقارن اجرای صیغه طلاق مورد قبول بذل نماید که در این صورت طلاق مزبور از گونه طلاق خلع خواهد بود و البته شکی نیست که چنین طلاقی طبیعتاً بائن خواهد بود.

به هر حال، در موردی که زن(مدخوله غیر یائسه) با استفاده از شرط وکالت در طلاق خود که از ضمن عقد لازم دیگری بدست آورده است، خود را مطلقه می‌نماید، این طلاق رجعی خواهد بود. بدیهی است در هر بار رجوع، عقد سابق با شرایط قبلی خود عدول می‌نماید 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، جدائی و بینونت همیشگی، ثابت خواهد شد<sup>۷</sup>. یعنی فقط طلاق سوم، بائن خواهد بود.

والسلام

---

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

6- امام خمینی در مواردی که زن وکیل در طلاق خود می‌شود، می‌فرماید: نوع طلاق، تابع شرایط است که چه قسم طلاقی واقع شود. ایشان (در ص ۱۴۲ موازین قضائی امام خمینی نوشته حسین کریمی) در مورد شرط وکالتی که زوجه از زوج در ضمن عقد نکاح می‌گیرد، می‌فرماید: اگر زوجه مدخول بها بوده تمام مهر و اگر غیر مدخوله بوده نصف مهر بعد از طلاق باید داده شود و طلاق رجعی با شرط بائن نمی‌شود و چنانچه طلاق رجعی بوده شوهر می‌تواند در عده رجوع کند هر چند که بدون رضایت زن باشد.

7- در این رابطه امام خمینی (در ذیل مسئله ۳۵ ص ۱۴۵ از کتاب موازین قضائی از دیدگاه امام خمینی نوشته حسین کریمی) در جواب این استفتا که شخصی در ضمن عقد نکاح شرطی می‌کند و بعد طلاق می‌دهد و مجدداً رجوع می‌کند آیا شرط در ضمن عقد مجدداً بحال خود باقی است یا خیر و آیا این شرط در صورتی که ضمن عقد خارج لازم قید شده باشد آیا همین حکم را دارد، می‌فرماید در فرض مسئله مزبور عمل به شرط در هر دو صورت، لازم است.