Theory-Building And Innovation Driven Discussion Panels In Humanities

Explanation of the Principles of the Unanimous Decision of Procedure 716 and Its Criticism

Zahra Azizi Hossein Abadi [1] | **Khadijeh Moradi** [2*]

1. M.A. of Private Law, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Razi University, Kermanshah, Iran.
   Email: zahraazizi135@gmail.com
2. Corresponding Author, Assistant Professor of Law, Faculty of Literature and Humanities, Razi University, Kermanshah, Iran.
   Email: kh.moradi@razi.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received:
26/11/2024
Received in revised form:
14/04/2024
Accepted:
16/04/2024

Keywords:
Remarriage,
Disobedience,
Obedience,
Advocacy in divorce,
Unanimous decision of procedure 716.

ABSTRACT

One of the important issues in Islamic jurisprudence and family law is the wife's representation in divorce. Accordingly, one condition of the marriage contract is granting the wife power of attorney to initiate divorce in the event of the husband's remarriage. Judicial procedures have considered the court's permission for the husband's remarriage to be ineffective if the wife disobeys the condition. However, according to the unanimous decision in Procedure 716, if the remarriage occurs with the court's permission and due to the wife's disobedience, the power of attorney for divorce cannot be exercised. Given that the General Board of the Supreme Court holds that a wife is required to obey her husband, and considering the jurisprudential opinions of some jurists that this condition is not absolute, the present study seeks to answer the following questions: Is this unanimous decision consistent with jurisprudential and legal principles? Does this ruling conflict with the spouses' private agreements? And, more generally, what are the criticisms of it? This article aims to address these questions through analytical-descriptive research, with the goal of explaining the related criticisms. Briefly, the Supreme Court's jurisdiction is limited to the law; however, by issuing a unanimous decision, it has extended its authority to encompass the parties' agreements. This extension contradicts the principles of contractual freedom and the sovereignty of the spouses' will. Furthermore, citing Article 167 of the Constitution, the fatwas of jurists hold no relevance in this matter. Additionally, the absolute nature of the condition implies that obedience or disobedience does not affect its fulfillment. On the other hand, the aforementioned condition states that the power of attorney is irrevocable and cannot be revoked due to the wife's disobedience. Therefore, after careful consideration of this condition and the criticisms raised, the unanimous decision requires amendment to allow the wife the possibility of exercising her power of attorney in divorce based on this condition.

Cite this article: Azizi Hossein Abadi, Z. & Moradi, Kh. (2025). Explanation of the Principles of the Unanimous Decision of Procedure 716 and Its Criticism. *Theory- Building And Innovation Driven Discussion Panels In Humanities*, 2 (1), 203-226.

© The Author(s).

Publisher: Razi University

DOI: 10.22126/tbih.2026.11265.1020

Extended abstract

Introduction

Given the need to strengthen the family system, one of the important jurisprudential and legal issues in this context is divorce. According to the Civil Code, which follows Islamic jurisprudence, the power to initiate divorce lies exclusively with the husband. The wife, on the other hand, can only request a divorce from the court in limited and specific cases, which are often difficult to prove. Consequently, the issue of the wife's power of attorney in divorce arises. Despite differing opinions among jurists regarding the permissibility of a wife's attorney in divorce proceedings, the majority agree that it is allowed. The Civil Code aligns with this view, as reflected in Articles 1138 and 1119. Therefore, a husband can grant his wife power of attorney—either within the marriage contract, another binding contract, or as an independent agreement—authorizing her to obtain a divorce on his behalf. This condition can be included in the contract either unconditionally or contingent upon the fulfillment of an external requirement. Among these conditions that permit the wife to exercise power of attorney in divorce is the twelfth clause of the power of attorney conditions, which includes a provision in the marriage certificate stating that the husband's remarriage without the wife's consent allows the wife to invoke her power of attorney if this condition is met. However, in cases where the husband remarries with the permission of the court, citing the decision to oblige the wife to obey him, there were two views among the judges; The opinion of the majority of judges was that only remarriage fulfills the condition, But the minority of judges were of the opinion that it is not possible to act as a lawyer in divorce based on conditions and the realization of power of attorney is specific to cases where the husband remarries with the wife's obedience and without the permission of the court. This disagreement led to the issuance of the unanimous decision of procedure 716.

Method

The present research is an analytical-descriptive research which information and data have been collected through the library method and based on the study of topics in jurisprudential and legal books and articles in reputable legal journals. Also, the laws enacted in this field, the rulings issued by the judicial courts and the advisory opinions issued in connection with the research subject have been studied and reviewed and written in accordance with the existing views.

Results and Discussion

Judicial procedure before issuing the unanimous decision of procedure 716, believed in the absoluteness of the condition. And the mere remarriage of the husband without the wife's permission, even with the permission of the court and because of the wife's disobedience to the

condition, was considered to be its fulfillment. The advisory opinions of the General Legal Department of the Judiciary also explicitly believed in the absoluteness of Clause 12 of the conditions of the contract and considered the wife's disobedience to be ineffective in fulfilling the condition. The necessity of fulfilling the condition also requires that the contracting parties adhere to the correct obligations and conditions that they assume during the contract.

But the issuance of the unanimous decision of procedure 716-20/7/1389 by the Supreme Court, the disobedience of the wife prevented the fulfillment of the condition of representation in divorce and if the husband remarries with the permission of the court following the wife's disobedience, she does not have the right to exercise his power of attorney in the divorce.

The explicit basis for issuing a unanimous ruling, grounded in its provisions and referring to Article 1108 of the Civil Code, is the wife's obligation to obey. According to the court, the wife's obedience to her husband is a mandatory rule, and any agreement to the contrary is invalid. Therefore, considering the wife's forfeiture of reward due to her disobedience, if the husband remarries with the court's permission following the wife's disobedience, the condition of the wife's power of attorney in divorce does not apply. Additionally, the court judges argued that the condition is not absolute. Considering the mandatory nature of Articles 1105 and 1133 of the Civil Code and the necessity for a narrow interpretation of irregular cases, they ruled, in cases of doubt regarding the scope of the power of attorney and the inclusion of clause 12 concerning the husband's remarriage in the event of the wife's disobedience, that, in principle, no power of attorney exists.

Also, the use of attorney in divorce in such cases, in addition to the possibility of guardianship and domination of the disobedient wife over the husband by not consenting to his remarriage, is contrary to the principle of lack of guardianship, and is an example of abuse of the right and principle 40 of the Constitution. In addition, custom does not consider the mentioned condition to be fulfilled in cases of disobedience of the wife. Also, in the deliberations of the General Board of the Supreme Court, the fatwas of some jurists were cited, which the condition of the wife's power of attorney in divorce for the husband's remarriage has been considered to be a condition of the wife's obedience and they consider the apparent condition to include the wife's obedience.

Considering that the General Board of the Supreme Court, based on the above arguments, believes that the wife's disobedience is an obstacle to fulfilling the condition, the present study seeks to answer the question of whether the unanimous decision is consistent with jurisprudential and legal principles? Does this ruling conflict with the couples' private agreements? And what are the general criticisms of it? Given the importance of existing judicial procedures in the courts in the field of family law and divorce, the purpose of this study is to examine the reasoning bases of the General Board of the Supreme Court in issuing the unanimous decision of procedure 716 and explaining the criticisms and objections to it, was written with an emphasis on examining the inconsistency of this ruling with the private

agreements of the individuals and its results can be effective in amending the Unanimity vote and the prevailing judicial procedure.

Conclusion

According to the contents presented, the following criticisms have been made on the unanimous decision of procedure 716;

1. There is no contradiction between the wife's obligation to obey and the fulfillment of the condition and while the law stipulates the guarantee of enforcement of disobedience, obedience or disobedience has no effect on the application of his power. In advisory opinion No. 6484/7-24/12/1368, it is clearly stated that there is no connection between disobedience and termination of the power of attorney.
2. The unanimous decision of procedure 716 contradicts the absolute nature of the condition, and the only condition is the wife's consent. The provisions of Article 19 of the Civil Code and also, Advisory Opinion No. 9114/7-13/1/1379, believe in the absoluteness of the condition.
3. The unanimous decision of procedure 716 leads to the husband's domination over the disobedient wife, who is unable to apply power of attorney in the divorce. Therefore, while contradicting the principle of lack of guardianship, the use of a power of attorney in divorce is not an abuse of rights and does not conflict with the husband's right to remarry.
4. According to Article 167 of the Constitution, the reasoning of the Supreme Court in issuing the unanimous decision of procedure 716 is not accepted based on the fatwas of jurists and regardless of the differences of opinion among jurists, it is not possible to refer to valid jurisprudential sources and fatwas to interpret the terms of the contract.
5. The unanimous decision of procedure 716 contradicts the conventional view on this issue, regardless of the lack of clarity on the type of custom, it should be said that if the court's intention was general custom, the customary inference from the aforementioned condition is that it is absolute and if the meaning is judicial custom, judicial custom also believes that the condition is absolute.
6. The unanimous decision of procedure 716 contradicts the principle of contractual freedom and the sovereignty of the will of the spouses. According to Article 10 of the Civil Code and the above principles, the condition in the contract is valid. While the unanimity decision, in addition to replacing the will governing over the consent of the wife regarding the husband's remarriage, imposed its will on the will of the parties regarding the necessity of the wife's obedience to the husband and contrary to the agreement of the spouses and the absolute nature of the condition, the fulfillment of the condition is considered subject to obedience.
7. The scope of the Supreme Court's proceedings in issuing unanimity votes is the law and resolving differences of judges' opinions resulting from inferences from the laws. While the source of the unanimous decision of procedure 716 was the differences of their votes due to the condition included in the contract, therefore, entering the court into the scope of contracts and

agreements of individuals is not correct. In addition, the validity of the unanimous vote is limited in the realm of individual agreements; because the couple can invalidate the unanimous vote by changing and modifying the provisions of the condition.

8. Disobedience is an obstacle to the wife's applying of power of attorney in divorce for the husband's remarriage with the permission of the court is a preference without reason, because in cases where the husband remarries without the permission of the court and citing the wife's disobedience, the unanimous decision of procedure 716 does not apply.

9. The unanimous decision of procedure 716 is contrary to the interests of the family system and its result is the indecision and despair of the first wife, who loses the right to financial rights and does not have the right to represent her in divorce proceedings.

10. According to the unanimous decision of procedure 716, the fault of the wife is effective in terminating the condition. While the wife's violation had no effect on the fulfillment of other conditions in the marriage contract and the mere violation of the aforementioned conditions by the husband is sufficient for the applying of the power of attorney, therefore, disobedience should not prevent the fulfillment of the condition.

11. The wife's power of attorney in the divorce is established as a condition of result in the marriage contract. Therefore, this power of attorney is irrevocable and cannot be terminated due to the wife's disobedience.

Accordingly, considering the criticisms raised, it seems that the unanimous decision of procedure 716 and the existing Judicial procedure in the courts requires reform. In other words, in cases where remarriage occurred due to the wife's disobedience and with the permission of the court, the wife must have the possibility of applying her power of attorney in divorce, based on the condition.

دوفصلنامه علمی کرسی‌های نظریه پردازی و نوآوری در علوم انسانی
دانشگاه رازی

تبیین مبانی رأی وحدت رویه ۷۱۶ و نقد آن

زهرا عزیزی حسین‌آبادی [۱] | خدیجه مرادی [۲*]

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه رازی،کرمانشاه، ایران.
رایانامه: zahraazizi135@gmail.com
۲. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران.
رایانامه: kh.moradi@razi.ac.ir

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۶
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۱/۲۵
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۷

واژه‌های کلیدی:
نکاح مجدد،
نشوز،
تمکین،
وکالت در طلاق،
رأی وحدت رویه ۷۱۶.

چکیده

یکی از موضوعات مهم در فقه اسلامی و حقوق خانواده، مسأله وکالت زوجه در طلاق است. بر همین اساس از جمله شروط ضمن عقد نکاح، اعمال وکالت زوجه در طلاق به علت نکاح مجدد زوج است. رویه قضایی اذن دادگاه بر نکاح مجدد زوج را ولو به علت نشوز زوجه در تحقق شرط بی‌تأثیر می‌دانست. لیکن با صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶، در صورتی که نکاح مجدد با اجازه دادگاه و به علت نشوز زوجه صورت گیرد، امکان اعمال وکالت در طلاق وجود ندارد. نظر به اینکه هیأت عمومی دیوان عالی کشور با استدلال بر الزام زوجه به تمکین، آرای فقهی برخی از فقها و عدم اطلاق شرط، قائل بر مانعیت نشوز است، پژوهش حاضر درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا رأی وحدت رویه با مبانی فقهی و حقوقی سازگاری دارد؟ آیا این رأی با توافقات خصوصی زوجین مغایرت دارد؟ و به طور کلی چه انتقاداتی بر آن وارد است؟ پاسخ به این پرسش ها در این پژوهش تحلیلی-توصیفی با هدف تبیین این انتقادات، موضوع این مقاله قرار گرفته است. در این راستا اجمالاً می‌توان گفت؛ حیطه رسیدگی دیوان عالی کشور قانون است و با صدور رأی وحدت رویه، به حیطه توافقات افراد ورود یافته، لذا با اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده زوجین مغایرت دارد. ضمن اینکه با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، استناد به فتاوی فقها در این مسأله جایگاهی ندارد. همچنین اطلاق شرط حاکی از آن است که تمکین یا عدم تمکین در تحقق شرط بی‌تأثیر است. از طرفی شرط مذکور، وکالت بلاعزل بوده و با نشوز زوجه منحل نمی‌گردد. لذا با مداقه در آن و انتقادات مطروحه، رأی وحدت رویه مستلزم اصلاح است و زوجه باید امکان اعمال وکالت خویش در طلاق را به استناد شرط دارا باشد.

استناد: عزیزی حسین‌آبادی، زهرا و مرادی، خدیجه (۱۴۰۴). تبیین مبانی رأی وحدت رویه ۷۱۶ و نقد آن. *کرسی‌های نظریه پردازی و نوآوری در علوم انسانی*، ۲(۱)، ۲۰۳-۲۲۶.

ناشر: دانشگاه رازی

© نویسندگان.

DOI: 10.22126/tbih.2026.11265.1020

۱. پیشگفتار

۱-۱. تعریف موضوع

مطابق با فقه اسلامی، طلاق حق زوج و امری در اختیار اوست و قانون مدنی نیز به پیروی از فقه در ماده ۱۱۳۳، طلاق را مختص مرد دانسته است. در عین حال، زوجه در موارد محدود و مصرحی می‌تواند در صورت وجود شرایط مقرر در مواد ۱۰۲۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی از دادگاه تقاضای طلاق کند، لیکن اثبات مصادیق آن در محاکم با صعوبت همراه است. از این رو، مسأله وکالت زوجه در طلاق مطرح است که در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر و یا به صورت قراردادی مستقل، زوج به زوجه وکالت می‌دهد که از جانب او، به طور مطلق یا در موارد خاص خود را مطلقه کند. این در حالی است که در فقه، در امر توکیل غیر در طلاق اختلاف نظر وجود داشته و گروهی از فقیهان قائل به ممنوعیت وکالت در طلاق از سوی حاضر هستند.(ر.ک:طوسی، ۱۴۰۰: ۵۱۱ و ۳۱۹؛ طوسی، ۱۳۸۷-۱۳۸۸: ۳۱؛ الطرابلسی، ۱۴۰۶: ۲۷۷؛ أبوصلاح حلبی، بی‌تا: ۳۳۷؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۳۲۳؛ بیهقی کیدری، ۱۳۷۴: ۴۴۹ و ۳۱۹) علاوه بر آن، این اختلاف نظر در خصوص وکالت زوجه در طلاق نیز دیده می‌شود و عده ای از ایشان، قائل به ممنوعیت این وکالت هستند.(ر.ک:طوسی، ۱۳۸۷-۱۳۸۸: ۳۶۵؛ بیهقی کیدری، ۱۳۷۴: ۴۹۹) لیکن نظر مشهور در میان فقیهان بر جواز وکالت در طلاق از سوی حاضر و جواز توکیل زوجه در طلاق خویش است.(ر.ک:محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۵۹ و ۱۹۳؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۲۹-۲۸؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۲۳-۲۵؛ موسوی الخمینی، ۱۳۸۳: ۷۲ و ۵۸۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۴۱۵-۴۱۶)

مواد ۱۱۳۸ و ۱۱۱۹ قانون مدنی نیز به تبعیت از قول مشهور فقها، شرط وکالت در طلاق را به طور مطلق و به طور خاص برای زوجه، جایز می‌داند. لذا با توجه به آمره بودن ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی و انحصار امر طلاق در اختیار زوج و عدم امکان انتقال این حق به زوجه، زوج می‌تواند زوجه را به طور مطلق یا در موارد خاصی وکیل خود در طلاق قرار دهد که در صورت وجود شرایط لازم، زوجه می‌تواند وکالتاً از طرف او، خود را مطلقه نماید. این شرط به دو صورت در ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم، می‌تواند گنجانده شود؛ گاه به صورت مطلق بوده و تحقق امری در خارج را شرط نمی‌داند، اما گاهی این شرط به طور مشروط قرار داده می‌شود و در صورت وجود موارد خاص، زن وکیل در طلاق خواهد بود. از جمله این شروط، نکاح مجدد زوج بدون رضایت زوجه است که امکان اعمال وکالت در طلاق را به زوجه می‌دهد.

رویه قضایی پیش از صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶، صرف نکاح مجدد زوج بدون رضایت زوجه را موجب تحقق شرط می‌دانست و حتی اذن دادگاه در نکاح مجدد زوج را ولو به علت نشوز زوجه در تحقق آن بی‌تأثیر دانسته و قائل به اطلاق آن بود. اما پس از صدور رأی وحدت رویه، نشوز زوجه مانع تحقق شرط وکالت در طلاق است و در صورتی که زوج با اجازه دادگاه ازدواج مجدد نماید، زوجه حق اعمال وکالت خویش را ندارد. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه -۷۱۶ ۱۳۸۹/۷/۲۰ مقرر می‌دارد؛

«نظر به اینکه مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی تمکین از زوج تکلیف قانونی زوجه است، بنابراین در صورتی که 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 نماید، وکالت زوجه از زوج در طلاق که به حکم ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی ضمن عقد نکاح شرط و مراتب در سند ازدواج ذیل بند ب شرایط ضمن عقد در ردیف ۱۲ قید گردیده، محقق و قابل اعمال نیست، لذا به نظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان همدان که با این نظر انطباق دارد مورد تأیید است. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و کلیه دادگاه ها لازم الاتباع است.»

در نوشتار حاضر، سعی شده که ابتدا به بررسی رویه قضایی محاکم پیش از صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ پرداخته و سپس ضمن بیان علت صدور این رأی توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور و مبانی استدلالی ایشان، انتقادات وارد بر رأی وحدت رویه ارائه شود.

۲-۱. ضرورت، اهمیت و هدف

با توجه به اهمیت نظام خانواده و مسأله طلاق، رویه های قضایی موجود در محاکم در حوزه حقوق خانواده و طلاق از اهمیت ویژه ای برخوردار است. بر همین اساس مقاله حاضر با هدف بررسی استدلالات هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ و تبیین انتقادات و ایرادات وارد بر آن با تأکید بر بررسی مغایرت این رأی با توافقات خصوصی افراد نگارش یافته است. لذا نتایج این پژوهش می‌تواند در اصلاح رأی وحدت رویه و رویه قضایی حاکم مؤثر باشد.

۳-۱. پرسش‌های پژوهش

۱. آیا رأی وحدت رویه ۷۱۶ با مبانی فقهی و حقوقی سازگاری دارد؟

۲. آیا رأی وحدت رویه ۷۱۶ با توافقات خصوصی زوجین مغایرت دارد؟ چه انتقاداتی بر آن وارد است؟

۱-٤. پیشینهٔ پژوهش

مباحث مربوط به طلاق به ویژه موضوع وکالت در طلاق از جمله مباحث مهمی است که از دیرباز مورد توجه فقها و حقوقدانان بوده و در این زمینه نگارش های وسیعی در حوزه فقهی و حقوقی صورت گرفته است. لیکن علی‌رغم نوشته های بی‌شمار در این زمینه و بررسی رویه قضایی موجود در محاکم، رأی وحدت رویه ۷۱۶ جز در موارد محدود، مورد بررسی قرار نگرفته و نگاه نقادانه ای نسبت به آن ارائه نشده است؛

از جمله این موارد، مقاله «ازدواج مجدد زوج به لحاظ نشوز زوجه و شرط وکالت در طلاق» نوشته دکتر لیلا اسدی و رقیه مؤمن است که به بیان انتقادات وارد بر رأی وحدت رویه ۷۱۶ پرداخته و استدلالات دیوان در صدور این رأی را نیز مطرح کرده و به آن ها نیز پاسخ هایی داده، لیکن این مسأله به طور کامل مورد بررسی قرار نگرفته است. درحالیکه مقاله حاضر بر خلاف مقاله فوق، اولاً گزارش پرونده صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ را بیان کرده، ثانیاً رویه قضایی حاکم پیش از صدور رأی وحدت رویه را به طور کامل تبیین نموده، بر خلاف مقاله فوق که صرفاً بر اطلاق شرط و لزوم وفای به آن پرداخته است. مضافاً اینکه مقاله پیش رو، ضمن ارائه مبانی استدلالی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، علاوه بر پاسخ به این استدلالات، به تبیین انتقادات وارد بر آن به طور تمام و کمال پرداخته است.

همچنین مقاله آرش صادقیان با عنوان «نقد رویه قضایی: زوجه ای سرگردان و بلاتکلیف» نیز، ضمن اینکه به طور کامل به موضوع نپرداخته، بیشترین تأکید را بر تأثیر عملی رأی وحدت رویه بر استیصال زوجه اول و بلاتکلیفی او داشته است، درحالیکه پژوهش حاضر، علاوه بر بیان تأثیر عملی رأی در نظام خانواده و جامعه، ابعاد حقوقی صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ و همچنین ارتباط آن با توافقات خصوصی افراد را بررسی نموده است.

مقاله «بررسی حقوقی اثر نشوز زوجه در تحقق وکالت وی در ازدواج مجدد زوج» نوشته مهدی رحمانی، حمید ابهری و علی اکبر ایزدی فرد نیز از این موارد است که علی‌رغم بیان انتقادات وارده و تحلیل رأی وحدت رویه ۷۱۶، همه ابعاد این موضوع را بررسی نکرده و صرفا به بررسی مبانی فقهی و

حقوقی حاکم بر شرط اکتفا نموده است، درحالیکه مقاله حاضر، علاوه بر ارائه مبانی استدلالی رویه قضایی محاکم پیش از صدور رأی وحدت رویه، علت صدور این رأی، مبنای هیأت عمومی دیوان در صدور آن، انتقادات و ایرادات مترتب بر رأی فوق را به طور مبسوط و جامع تبیین نموده است.

مقاله دیگری نیز تحت عنوان «امکان سنجی درخواست طلاق زوجه به علت ازدواج مجدد زوج با نگاهی نقادانه به رأی وحدت رویه» نوشته مصطفی مظفری و مسعود محمودی، نگاشته شده که به بررسی و نقد آراء بدوی و تجدیدنظر در یک دعوا با موضوع اعمال وکالت در طلاق از سوی زوجه به علت نکاح مجدد زوج با مجوز دادگاه و نشوز زوجه پرداخته است، لیکن این مقاله پس از نقد شکلی و ماهوی آن دو رأی، رأی وحدت رویه ۷۱۶ را صرفاً به طور موردی و در رابطه با نقد ماهوی همان آراء بررسی نموده و به سایر ابعاد رأی وحدت رویه نپرداخته است. اما مقاله پیش رو، صرف نظر از آراء موجود در این زمینه، به طور وسیع رأی وحدت رویه را تبیین کرده است.

۵-۱. روش پژوهش و چارچوب نظری

پژوهش حاضر، پژوهشی تحلیلی-توصیفی است که در آن، اطلاعات و داده ها از طریق روش کتابخانه‌ای و بر اساس مطالعه مباحث موجود در کتب فقهی و حقوقی و مقالات موجود در مجلات حقوقی معتبر گردآوری شده و با تتبع در قوانین وضع شده در این حوزه، آراء صادره از محاکم قضایی و نظریات مشورتی صادره در ارتباط با موضوع مقاله نگاشته شده است.

۲. پردازش تحلیلی موضوع

۱-۲. گزارش پرونده رأی وحدت رویه ۷۱٦

مطابق اعلام رئیس محترم حوزه قضایی فامنین، شعب دادگاه تجدیدنظر استان همدان در مواردی که زوج با اجازه دادگاه و بدون اذن زوجه ازدواج مجدد نموده و زوجه از دادگاه به استناد تحقق بند دوازدهم از شروط ضمن نکاح تقاضای طلاق نموده، آراء مختلفی صادر نموده اند. در دعوای اول، به موجب پرونده شماره ۱/۱۱۳۲/۸۴ شعبه اول دادگاه عمومی فامنین، علی‌رغم وجود حکم محکومیت زوجه به تمکین و مجوز زوج به نکاح مجدد، تحقق بند دوازدهم از شروط ضمن عقد را محرز دانسته و گواهی عدم امکان سازش بین زوجین را صادر نمود. پیرو تجدیدنظرخواهی خوانده، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان همدان، رأی دادگاه نخستین را تأیید کرد.

در دعوای دوم نیز، حسب پرونده شماره ۱/۵۷۶/۸۷ شعبه اول دادگاه عمومی فامنین، با وجود مجوز

دادگاه به نکاح مجدد زوج در پی حکم تمکین علیه زوجه و عدم تمکین او، تخلف خوانده از شرط ضمن عقد را مسلم دانسته و گواهی عدم امکان سازش صادر نمود. در پی تجدیدنظرخواهی زوج، شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان همدان، با این استدلال که تحقق شرط موضوع بند دوازدهم نکاحنامه، مختص به موردی است که زوج بدون امتناع زوجه از تمکین و بدون اجازه دادگاه ازدواج نماید و در صورت امتناع زوجه از تمکین و نکاح مجدد زوج با اجازه دادگاه، شرط مزبور محقق نخواهد شد، تجدیدنظرخواهی را وارد تشخیص داده و ضمن نقض رأی تجدیدنظرخواسته، حکم بر بطلان دعوی خواهان بدوی صادر کرده است.

شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان همدان قائل به تحقق شرط، به علت نکاح مجدد زوج با اجازه دادگاه حتی در صورت عدم تمکین زوجه، به اعتبار اطلاق آن بود، درحالیکه شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر، شرط مزبور را منصرف از موردی می‌دانست که نکاح مجدد زوج به اجازه دادگاه و به علت عدم تمکین زوجه است. این اختلاف پس از طرح در دیوان عالی کشور، منجر به صدور رأی وحدت رویه فوق شد. قابل توجه است که هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور، رأی وحدت رویه ۷۱۶ را بر خلاف آراء اصراری صادره از این هیأت، به شرح آراء شماره های ۴-۱۳۸۶/۲/۲۵ و ۱۶-۱۳۸۷/۱۰/۲۴ صادر کرد. این آراء شرط وکالت زوجه در طلاق را منصرف از نکاح مجدد زوج به حکم دادگاه به جهت نشوز زوجه ندانسته است. درحالیکه در رأی وحدت رویه فوق، دیوان عالی کشور معتقد است در صورت امتناع زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت، با اثبات آن از سوی زوج در دادگاه و اخذ اجازه نکاح مجدد، وکالت زوجه در طلاق قابل اعمال نیست.

۲-۲. رویه قضایی محاکم پیش از صدور رأی وحدت رویه ۷۱٦

رویه قضایی، پیش از صدور رأی وحدت رویه، عموماً به گونه ای بود که نشوز زوجه را مانع از تحقق شرط وکالت در طلاق نمی‌دانست و اعطای اذن دادگاه به زوج، برای نکاح مجدد را در خصوص تحقق شرط، بی‌تأثیر می‌دانست، لذا تفاوتی نداشت که مبنای این اذن، نشوز زوجه باشد، یا جهات دیگری داشته باشد و صرفاً رضایت زوجه به نکاح مجدد زوج، به تصریح بند دوازدهم از شروط ضمن عقد نکاح مانع تحقق شرط می‌شد. لیکن اقلیت قضات قائل به مانعیت نشوز در تحقق شرط بودند که این اختلاف منجر به صدور رأی وحدت رویه فوق شد. این در حالی است که فارغ از مبحث شروط ضمن عقد نکاح، مطابق ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، مرد نمی‌تواند با داشتن همسر، اقدام به

نکاح مجدد کند، مگر در موارد معینی که مقنن ضمن این قانون پیش‌بینی کرده بود که در صورت وجود این موارد، مطابق ماده ۱۷ همان قانون، زوج می‌توانست با اجازه دادگاه اقدام به نکاح مجدد نماید. لیکن در ادامه آن ماده، مقنن مقرر نمود که همچنان این حق برای همسر اول باقی می‌ماند که تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه بنماید، ولو اینکه خودش به نکاح مجدد زوج، رضایت داده باشد. حتی در مواردی که زوجه تمکین نکرده و ناشزه محسوب می‌شد نیز می‌توانست با استناد به نکاح مجدد زوج، تقاضای طلاق از دادگاه نماید. این بخش از ماده ۱۷ نسخ نشده است و در صورتی که زوج حتی با مجوز دادگاه ازدواج مجدد نماید، کماکان حق تقاضای طلاق برای زوجه وجود دارد.(مظفری و محمودی، ۱۳۹۹: ۱۲۲؛ دهقان، ۱۳۸۵: ۳۲۲) ضمن اینکه در صورت انعقاد نکاح مجدد بدون اجازه دادگاه، برای زوج متأهل، زوجه دوم و عاقدِ عالم به تأهلِ زوج، مجازات قرار داده بود. لیکن شورای نگهبان طی نظریه شماره ۱۴۸۸-۱۳۶۳/۵/۹ مجازات این ماده را غیر شرعی اعلام نمود و از فعل نکاح مجدد بدون مجوز دادگاه، جرم‌زدایی کرد.(اسدی، ۱۳۷۹: ۶)

استدلال رویه قضایی بنا بر اطلاق بند دوازدهم شرط وکالت در طلاق و عدم تقیید نکاح مجدد به امری جز رضایت زوجه، استوار است.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۱۲؛ اسدی، ۱۳۷۹: ۶) به طور کلی نکاح مجدد زوج، بدون رضایت زوجه، حتی با صدور مجوز از سوی دادگاه، ولو به علت عدم تمکین زوجه، موجب تحقق شرط وکالت در طلاق است و تنها مانعِ آن رضایت زوجه به نکاح مجدد می‌باشد. تحصیل مجوز از دادگاه حتی به علت نشوز زوجه، تأثیری در تحقق شرط ندارد. اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریات مشورتی شماره ۷/۹۱۱۴-۱۳۷۹/۱/۱۳، شماره ۷/۳۶۴۲-۱۳۸۲/۵/۴ و شماره ۲۴/۶۴۸۴-۱۳۶۸/۲/۷ به صراحت، قائل به اطلاق بند دوازدهم شروط ضمن عقد است و به صراحت نشوز زوجه را در تحقق شرط بی‌تأثیر اعلام می‌کند و صرف نکاح مجدد را بدون اذن و رضای زوجه، محقق کننده شرط می‌داند.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۱۲-۱۳) همچنین مفاد قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و لزوم وفای به شرط ایجاب می‌کند که متعاقدین باید به تعهدات و شروط صحیحی که ضمن عقد بر عهده می‌گیرند، پایبند باشند. از این رو بند دوازدهم شروط ضمن نکاح نیز لازم‌الوفاست و در صورت تخلف زوج از آن، مشروط له می‌تواند به آن استناد نموده و تقاضای طلاق نماید. درنهایت اختلاف نظری که در محاکم راجع به تأثیر نشوز زوجه در شرط وکالت در طلاق در خصوص نکاح مجدد زوج با اجازه دادگاه وجود داشت، منجر به تأیید رأی شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان همدان و صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ از سوی دیوان عالی کشور شد.

۳-۲. مبانی استدلالی رأی وحدت رویه ۷۱۶

استدلال های هیأت عمومی دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ از قرار ذیل است؛

۱-۳-۲. لزوم تمکین زوجه از زوج

تنها مبنایی که دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، به صراحت بیان نموده، لزوم تمکین زوجه از زوج است و ضمن اشاره به مفاد ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، مقرر داشته که در صورتی که زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع نماید و زوج آن را در دادگاه اثبات کند و حکم به محکومیت زوجه به الزام تمکین از زوج صادر گردد، زوج می‌تواند با اخذ اجازه از محکمه، همسر دیگری اختیار کند. در این حالت وکالت زوجه در طلاق قابل اعمال نیست، چرا که قصد اصلی طرفین در امضای شروط ضمن عقد نکاح به ویژه بند دوازدهم آن، انجام وظایف قانونی، شرعی و عرفی از سوی زوجه در قبال زوج بوده است، درحالیکه در این جا خودِ مشروط له، عاملِ ایجادِ تخلف از سوی مشروط علیه است، لذا نباید حقی در خصوص اعمال وکالت در طلاق داشته باشد.(اسدی، ۱۳۷۹: ۶) مضافاً اینکه دیوان عالی کشور، مطابق با شرع و مقررات قانونی، تمکین زوجه از زوج را از قواعد آمره تلقی نموده و معتقد است که نمی‌توان توافقی بر خلاف آن انجام داد. به عبارت دیگر، دیوان شرط وکالت زوجه در طلاق به استناد نکاح مجدد زوج در فرض نشوز زوجه را، خلاف قواعد آمره تلقی کرده است.(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۸۶) همچنین با پذیرش تقاضای طلاق زوجه به استناد بند دوازدهم شروط ضمن عقد در فرض نشوز وی، به او این امکان داده می‌شود که در صورت عدم تمکین از زوج و هدایت او به نکاح مجدد با اجازه دادگاه، به راحتی خود را مطلقه نماید.(اسدی، ۱۳۷۹: ۶) دیوان عالی کشور نیز چنین استدلال می‌کند که «زوجه ای 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.»(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۸۶؛ اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۲۱)

۲-۳-۲. عدم اطلاق شرط و لزوم تفسیر مضیق

به نظر بعضی از قضات دیوان عالی کشور بند دوازدهم شرط وکالت در طلاق به علت عدم وجود ادات ناظر بر اطلاق همچون مطلقاً یا علی الاطلاق، مطلق نبوده،(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۸۷) ضمن اینکه مطابق روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق» و مواد ۱۱۰۵ و ۱۱۳۳ قانون مدنی، طلاق در ید زوج است و این مسأله یک قاعده آمره است، لذا موارد خلاف آن باید به طور مضیق تفسیر شود. در مسأله فوق نیز

که در شمول بند دوازدهم به موارد نکاح مجدد زوج در فرض نشوز زوجه تردید وجود دارد، برابر قاعده آمره، طلاق کماکان در ید مرد خواهد بود و زوجه حق اعمال وکالت در طلاق را نخواهد داشت. مضافاً اینکه در صورت تردید در حدود وکالت نیز باید به قدر متیقن اکتفا نموده و اصل را بر عدم توکیل نهاد.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۱۷-۱۸)

۳-۳-۲. اصل عدم ولایت زوجه بر زوج

استدلال دیگری که قضات دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه به آن استناد نمودند، اصل عدم ولایت اشخاص بر یکدیگر است، با این تفسیر که زوج هرگاه بخواهد نکاح مجددی منعقد نماید، اسیر اراده زن نباشد. زوجه ناشزه یا باید به نکاح مجدد زوج رضایت دهد، یا اگر رضایت نمی‌دهد، زوج بتواند با اثبات عدم تمکین زوجه، اجازه نکاح مجدد را از محکمه بخواهد. درحالیکه اگر صرفاً به رضایت زوجه ناشزه منحصر بود، نشان از سلطه زوجه بر زوج داشت که امری مغایر اصل عدم ولایت بود. از طرفی این مسأله، مصداق سوءاستفاده از حق و اصل ۴۰ قانون اساسی است، چرا که زوجه ناشزه علی‌رغم حکم دادگاه، از تمکین امتناع نموده و به نکاح مجدد زوج که حق قانونی اوست، رضایت نمی‌دهد. لذا در صورت نکاح مجدد زوج با اذن دادگاه، زوجه اول نمی‌تواند وکالت خویش در طلاق را اعمال کند.(همان: ۱۶-۱۷)

٤-۳-۲. فتاوی فقهای معاصر

در مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به فتوای بعضی از فقها نیز استناد شده است که شرط وکالت زوجه در طلاق به جهت نکاح مجدد زوج را، ناظر بر تمکین زوجه دانسته اند. ایشان معتقدند ظاهر شرط، منصرف به حالت تمکین زوجه است و شامل نشوز نمی‌گردد و هدف از اشتراط آن، وجود زندگی مشترک میان زوجین و قناعت به همسر اول بوده است، درحالیکه با نشوز زوجه، هدف شرط تأمین نمی‌شود. همچنین خودِ زوجه با عدم سازگاری و سوءرفتار، زمینه نکاح مجدد زوج را فراهم نموده، لذا نمی‌تواند با استناد به بند دوازدهم شروط ضمن عقد، خود را نیابتاً مطلقه نماید.(فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۳: ۴۲۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۵۳؛ علوی گرگانی، ۱۴۲۶: ۲۵۱؛ بهجت، ۱۳۸۶: ۲۲۹) در واقع ایشان در صورت تردید میان بقای تسلط انحصاری زوج در طلاق و یا زوال آن، بقای آن را به عنوان اصل پذیرفته‌اند. لذا بند دوازدهم شروط ضمن عقد را به نکاح مجدد زوج به اذن دادگاه در فرض نشوز زوجه، تعمیم نمی‌دهند و با تفسیر مضیق آن، اعمال وکالت در طلاق از سوی

زوجه ناشزه را نمی‌پذیرند.

۵-۳-۲. عدم انصراف شرط بر حالت نشوز زوجه از سوی عرف

از دیگر مبانی استدلالی قضات دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه، نگاه عرف به این مسأله است. از نظر ایشان، در دید عرف، اعمال بند دوازدهم شرط وکالت زوجه در طلاق به علت نکاح مجدد زوج به اذن دادگاه، فرض نشوز زوجه را در بر نمی‌گیرد و در این حالت وی وکیل در طلاق محسوب نمی‌شود. رأی شماره ۷۸۰-۱۳۸۳/۱۰/۱۲ صادره از شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور، به استنباط عرف از شرط اشاره نموده و اعمال شرط وکالت زوجه در طلاق را منوط به تمکین زوجه می‌داند: «شرط مزبور تدبیری در جهت دفاع از حقوق زوجه می‌باشد، نه آن که 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 مراجعه ی 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 آن که اوضاع و احوال یا مذاکرات حین عقد دلالت بر آن می‌نمود، شرط مزبور جایز و لازم الوفا بود، لیکن در حالت اطلاق شرط و عدم دلالت حالیه و مقالیه باید قواعد اصولی و حقوقی در تفسیر عقود و قراردادها 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.»(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۱۸-۱۹؛ رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۸۶)

٤-۲. انتقادات وارد بر مبانی استدلالی رأی وحدت رویه ۷۱٦

در مقابل استدلالاتِ ارائه شده از سوی دیوان عالی کشور، انتقاداتی نیز به رأی وحدت رویه ۷۱۶ وارد است. ضمن پاسخ به این استدلالات، انتقادات و ایرادات مترتب بر رأی وحدت رویه نیز در ادامه بیان می‌گردد؛

۱-٤-۲. عدم تنافی الزام زوجه به تمکین در تحقق شرط

مطابق مفاد رأی وحدت رویه ۷۱۶، برابر ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، زوجه مکلف به تمکین از زوج است و در صورتی که بدون وجود مانع مشروع، تمکین نکند و متعاقب آن زوج به اذن دادگاه نکاح مجدد نماید، وکالت او در طلاق محقق نیست. درحالیکه اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۶۴۸۴-۱۳۶۸/۱۲/۲۴ به صراحت بیان می‌کند که تمکین یا عدم تمکین زوجه تأثیری بر

وکالت او در طلاق ندارد؛ چرا که بین عدم تمکین و انتفای وکالت ملازمه‌ای نیست؛ اگر تمکین زوجه بر انتفای وکالت تأثیرگذار بود، باید در تمام صوری که زوجه تمکین نمی‌کند و زوج نکاح مجدد منعقد می‌کند، وکالت را غیر قابل اعمال دانست، همانند زمانی که زوجه با استناد به حق حبس از تمکین خودداری می‌کند و زوج ازدواج مجدد می‌نماید، وکالت زوجه همچنان پابرجاست.(همان: ۱۰۲)

عدم تمکین زوجه مطابق مواد قانونی، خود دارای نتایج متعددی است؛ از جمله عدم استحقاق زوجه به نفقه برابر ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، عدم استحقاق زوجه مطلقه ی رجعیه به نفقه در زمان عده برابر ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی، برخوردار نشدن از شرط تملیک تا نصف دارایی زوج حاصله در زمان زناشویی مطابق بند الف شروط ضمن عقد، برخوردار نشدن از اجرت المثل ایام زناشویی در طلاق به تقاضای زوج برابر تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸، تجویز نکاح مجدد به زوج از سوی دادگاه برابر بند ۳ ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳. مضافاً اینکه زوجین با فرض وجود علم به قوانین فوق، اقدام به تراضی بر شروط ضمن عقد و امضای آن ها نموده اند و این بدان معناست که زوجه در هر صورتی و به هر علتی که زوج ازدواج مجدد نمود، بتواند به وکالت از زوج، خود را مطلقه نماید. با احراز نشوز زوجه و محکومیت او به الزام به تمکین از زوج، حقوق فوق را از دست می‌دهد، لذا اعمال وکالت در طلاق در فرض نکاح مجدد زوج با اذن دادگاه و با استناد به نشوز زوجه نباید پاداش به زوجه تلقی شود، چرا که اعمال این شرط، پاداش نیست، بلکه تنها حقی را که دارد، اعمال می‌کند و آن جاری ساختن صیغه طلاق به نیابت از زوج است. درحالیکه اگر زوجین بر چنین شرطی توافق نکرده باشند، زوجه می‌تواند از طریق اعمال ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مبتنی بر عسر و حرج، از دادگاه تقاضای طلاق نماید. لیکن با وجود شرط ضمن عقد، تقاضای طلاق و اعمال وکالت در آن تسهیل می‌گردد.(همان: ۱۰۳) باید توجه نمود که حقی که زوجه در اعمال وکالت در طلاق به علت نکاح مجدد زوج می‌یابد و حقی که زوج به علت اختیار همسر دیگر به تجویز محکمه و به علت نشوز زوجه می‌یابد، دو مسأله کاملاً مجزا است.(صفایی و امامی، ۱۴۰۰: ۱۲۲)

۲-٤-۲. منافات رأی وحدت رویه ۷۱٦ با اطلاق شرط

بر خلاف اعتقاد قضات دیوان عالی کشور به عدم اطلاق بند دوازدهم شروط ضمن عقد، این بند مطلق بوده و منحصر به حالت تمکین زوجه نیست(همان: ۱۲۱-۱۲۲) و تنها قید آن رضایت زوجه به انعقاد

نکاح مجدد است. در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۱۱۴-۱۳۷۹/۱/۱۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه نیز به صراحت اطلاق شرط مزبور را بیان نموده است، و در عبارات شرط فوق، نشوز زوجه مستثنی نشده است؛ از این رو، شرط مزبور بر حالت نشوز زوجه نیز اعمال می‌شود. مطابق مفاد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، اختیار همسر دیگر توسط زوج، به عنوان یکی از مصادیق ارائه شده توسط مقنن نیز به طور مطلق و بی هیچ قید و شرطی نسبت به تمکین و عدم تمکین زوجه بیان شده است. زوجین با توافق خویش این شروط را امضا نموده‌اند و هدف ایشان از جعل شرط، اعمال وکالت در طلاق در صورت نکاح مجدد زوج بدون رضایت زوجه بوده، لذا بر این اساس امر طلاق، که در ید مرد است، به زوجه وکالت داده می‌شود و این شروط، یک حکم جدید در رابطه زوجین تلقی می‌گردد، لذا نمی‌توان پذیرفت که شرط، استثنایی بر احکام و اصول پیش است که باید به طور مضیق تفسیر شود، بلکه شروط مزبور احکام جدیدی هستند که در رابطه طرفین جعل می‌شوند و اطلاق آن ها باید مورد توجه قرار گیرد.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۲۳-۲۴)

۳-٤-۲. مغایرت رأی وحدت رویه ۷۱٦ با اصل عدم ولایت

مطابق اصل عدم ولایت، هیچ انسانی بر دیگری ولایت و سلطه ندارد، مگر در موارد خاصی که دلیلی خاص بر آن اقامه شود. بنابراین اصل، قضات دیوان در صدور رأی وحدت رویه، بر آن بودند که در صورت انعقاد نکاح مجدد، زوج نباید اسیر اراده زوجه باشد و باید بتواند همسر دیگری با اجازه دادگاه اختیار کند. اما بنا بر رأی وحدت رویه ۷۱۶، زوجه ناشزه نمی‌تواند با استناد به آن، وکالت خویش را اعمال نماید. درحالیکه با صدور آن، این زوج است که بر زوجه ناشزه ولایت و سلطه می‌یابد؛ چرا که زوجه اول مجبور به ادامه زندگی با زوجی می‌گردد که همسر دیگری اختیار نموده و زوجه ناشزه را نیز طلاق نمی‌دهد و ملزم به تبعیت از زوج است.

به طور کلی، شرط ضمن عقد منافاتی با حق زوج در انعقاد نکاح مجدد ندارد و برابر مواد ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ می‌تواند از دادگاه، تقاضای تجویز نکاح مجدد کند. زوجه نیز صرفاً وکیل زوج در طلاق خویش است و نمی‌تواند مانع انعقاد نکاح مجدد گردد، لذا استدلال دیوان چندان صحیح نیست. لیکن اگر بند دوازدهم شرط وکالت در طلاق به گونه ای بود که حق نکاح مجدد را از مرد سلب می‌نمود و نفوذ آن در ید زوجه قرار می‌گرفت، مطابق استدلال دیوان بر اصل عدم ولایت، تحمیل اراده و سلطه زوجه بر زوج متصور می‌شد، درحالیکه در مسأله فوق چنین نیست.(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۵)

در عین حال، قضات دیوان قائل به سوءاستفاده زوجه از حق حاصله از شروط ضمن عقد نکاح در صورت اعمال وکالت خویش در طلاق بودند، درحالیکه زوجه به موجب شرط، یک حق مطلقی را به دست آورده که در صورت تخلف زوج از شروط مقرر شده، می‌تواند آن را اعمال کند، و نکاح مجدد زوج به هر علتی که باشد، موجب تحقق شرط است و در صورت اعمال آن، فقط حق خویش را اجرا نموده و در برابر آن به زوج ضرری نرسانده است، بلکه اعمال حق او موجب رهایی زوج از زوجه اول است. استدلال دیوان بر عدم تنبیه مدنی زوج به مطلقه نمودن زوجه اول، به واسطه نکاح مجدد نیز پذیرفتنی نیست؛ چرا که اولاً از دید عرف، مطلقه نمودن زوجه ناشزه، تنبیه مدنی زوج تلقی نمی‌شود. ضمن اینکه برای طلاق وی در حالت نشوز، حقوق مالی او را نیز پرداخت نمی‌کند. ثانیاً صدور حکم بر اعمال وکالت در طلاق از سوی زوجه، نه تنها تنبیه زوج محسوب نمی‌شود، بلکه صدور این حکم، صرفاً منجر به اجرای حقی است که زوجه در نتیجه امضای شروط ضمن عقد به دست آورده است.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۲۲؛ رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۰۳-۱۰۴)

٤-٤-۲. عدم قابلیت استناد به فتاوی معتبر فقها

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی در صورتی می‌تواند به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر استناد نماید که قوانین مدون راجع به مسأله موردنظر، ساکت باشند. لذا در صورتی که در مقررات قانونی حکمی وجود داشته باشد، قاضی حق رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر را ندارد. از این رو، برای تفسیر شرط ضمن عقد، امکان رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر وجود ندارد؛ چرا که شرط در محدوده تراضی و توافق متعاقدین است و مشمول عناوین قانونی نمی‌گردد. لذا در صورت وجود نقص و ابهام در شروط ضمن عقد، باید به قصد طرفین در جعل آن مراجعه نمود. بر این اساس استدلال دیوان عالی کشور در صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ به فتاوی فقها پذیرفتنی نیست.

این در حالی است که در میان فقها نیز اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی از فقهای قائل به عدم امکان اعمال وکالت زوجه در طلاق، به قطعیت نظر خود را بیان نموده‌اند.(مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۵۳؛ علوی گرگانی، ۱۴۲۶: ۲۵۱؛ بهجت، ۱۳۸۶: ۲۲۹) درحالیکه بعضی از فقها به طور غیر یقینی و بنا بر ظاهر، بند دوازدهم شروط ضمن عقد را منصرف به حالت نشوز نمی‌دانند.(فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۳: ۴۲۴) در عین حال در میان ایشان، مخالفانی هم وجود دارد که بند دوازدهم شرط وکالت در طلاق را ولو در صورت عدم تمکین زوجه قابل اعمال می‌داند. به عبارت دیگر، اگر زوجین به طور مطلق بر شرط توکیل زوجه در طلاق توافق نموده باشند، زوجه حق اعمال آن را در صورت تخلف زوج

دارد.(موسوی الخمینی، ۱۳۷۲: ۳۳۲)

۵-٤-۲. مغایرت رأی وحدت رویه ۷۱٦ با عرف

در رأی وحدت رویه ۷۱۶ و همچنین دادنامه شماره ۷۸۰-۱۳۸۳/۱۰/۱۲ صادره از شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور، عرف به عنوان یکی از منابع حقوقی مستند قضات قرار گرفته است. این در حالی است که به طور کلی در میان عموم مردم آنچه از این شرط استنباط می‌شود، اطلاق شرط است که شامل هر دو حالت تمکین و یا عدم تمکین زوجه می‌گردد. مضافاً اینکه در ضمن دادنامه فوق، دیوان عالی کشور از عرف سخن گفته، درحالیکه نوع عرف مورد نظر خویش را مشخص ننموده است.(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۸) در صورتی که مقصود دیوان عالی کشور عرف عام بوده، آنچه عرف عام از این شرط برداشت می‌کند، اطلاق شرط است. ضمن اینکه زمانی به عرف به عنوان منبع حقوق توجه می‌شود که منابع دیگر شامل قوانین، مقررات و منابع فقهی وجود نداشته باشد. درحالیکه موضوع مورد بحث، شرط ضمن عقد و توافقی است که طرفین بر آن تراضی نموده اند، لذا این مسأله، جایگاه استناد به عرف عام نیست.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۲۴-۲۵)

مسأله دیگر، نحوه دستیابی دیوان عالی کشور به این عرف است، با توجه به اینکه عرف حاکم در میان مردم با عرف مورد نظر قضات متفاوت است، علت وجود این تفاوت و همچنین، علت پذیرش این دیدگاه از سوی قضات دیوان، به دیدگاه ایشان در مسأله تعدد زوجات باز می‌گردد؛ چرا که طبیعی و شرعی بودن تعدد نکاح دائم محدود به چهار مورد و نکاح منقطع از سوی مردان، در نظر ایشان به عنوان پایه این دیدگاه است که منجر به ارائه تفسیر مضیقِ شروط خلاف آن از سوی قضات می‌گردد. درحالیکه این امر، هر چند که برای مردان مشروع باشد، لیکن امری غیر قابل پذیرش از سوی زنان است.(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۸)

در صورتی که مقصود دیوان، عرف قضایی و در واقع عرف متداول میان قضات باشد، باید توجه نمود که عرف عموم مردم محل عقد باید معیار قرار گیرد، نه اینکه عرف قضایی و عرف خاص حقوقدانان موردنظر باشد.(همان) حتی اگر مقصود از عرف، عرف قضایی باشد، با دقت نظر در آراء قضایی، نظریات مشورتی و رویه قضایی حاکم پیش از صدور رأی وحدت رویه، می‌توان دریافت که عرف قضایی نیز قائل بر اطلاق بند دوازدهم شروط ضمن عقد نکاح بوده و در صورت نکاح مجدد زوج به اجازه دادگاه به علت نشوز زوجه، وکالت وی در طلاق را محقق دانسته است.

٦-٤-۲. عدم امکان جایگزینی اراده حاکم بر اراده زوجین

در مواردی که زوج به علت نشوز زوجه، به دادگاه مراجعه می‌کند، طبق قاعده «الحاکم ولی الممتنع» و تجویز اجازه نکاح مجدد از سوی محکمه، زوج بدون رضایت زوجه اقدام به ازدواج مجدد می‌کند. در این حالت با توجه به اطلاق شرط، زوجه می‌تواند وکالت خویش در طلاق را جاری نماید. درحالیکه مطابق رأی وحدت رویه ۷۱۶، وکالت او در طلاق قابل اعمال نیست. برابر رأی وحدت رویه، مجوز صادره از سوی قاضی، جایگزین اذن و رضای زوجه شده و با توجه به قاعده فوق، اجازه دادگاه بر امتناع زوجه از اعلام رضایت، حاکم شده است. درحالیکه با توجه به مفاد شرط، عدم رضایت زوجه مانع نکاح مجدد زوج نیست، بلکه زوج می‌تواند از باب قاعده عسر و حرج با مراجعه به دادگاه و اثبات نشوز زوجه و عدم رضایت وی به انعقاد نکاح، از دادگاه اجازه نکاح مجدد بگیرد. در این حالت زوجه، حق حاصله از شروط ضمن عقد نکاح، در راستای اعمال وکالت در طلاق به جهت نکاح مجدد زوج بی اذن و رضای خویش را اجرا می‌کند. لذا از این رو، مجوز دادگاه در راستای اجرای قاعده «الحاکم ولی الممتنع» نیست، بلکه این اجازه از باب قاعده لاحرج صادر می‌گردد.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۲۳)

۷-٤-۲. قلمرو صدور رأی وحدت رویه در نظام حقوقی

اولین بار رأی وحدت رویه در ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸/۴/۷ مطرح شد، لیکن محدوده صدور این دسته از آراء از سوی دیوان عالی کشور مشخص نبود. به عبارت دیگر، منشأ اختلاف آراء در میان قضات، به تفسیر متفاوت ایشان از قانون باز می‌گردد یا اینکه اختلاف آراء ناشی از توافقات میان طرفین قرارداد را هم شامل می‌شود. بخش اخیر ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی در خصوص غیر قابل تغییر بودن رأی وحدت رویه مگر با نظر هیأت عمومی و صدور رأی وحدت رویه جدید و یا تصویب قانون جدید است. مقنن با تصویب قوانین بعدی و استفاده از قید «استنباط از قوانین» در مفاد آن ها، قلمرو این اختلاف آراء را مشخص نمود. ماده ۴۳ قانون امورحسبی مصوب ۱۳۱۹، ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸، ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و ماده ۴۷۳ این قانون مبنی بر قابلیت تغییر رأی وحدت رویه به موجب قانون و یا رأی وحدت رویه مؤخر بر آن، اصل ۱۶۱ قانون اساسی ناظر بر تشکیل دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی، نشان از این دارد که محدوده رسیدگی دیوان عالی کشور، قانون است. به عبارت دیگر، رسیدگی هیأت عمومی دیوان عالی

کشور در صدور آرای وحدت رویه، منوط به وجود اختلافِ آراء صادره از سوی قضات، در استنباط از قوانین است.(همان: ۲۷)

حال آنکه هیأت عمومی دیوان عالی کشور نباید در محدوده عقود و توافقات افراد ورود یابد و در تفسیر اراده طرفین قرارداد، صرفاً باید به قصد ایشان رجوع نمود. محدوده تکالیف دیوان، در تفسیر قوانین و رفع اختلاف آراء نشأت گرفته از استنباط قضات از قوانین است، درحالیکه منشأ صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶ اختلاف آرای قضات ناشی از شرط ضمن عقد است. مضافاً اینکه دیوان عالی کشور در خصوص شرط ضمن عقد ناشی از توافق افراد، یک حکم کلی صادر نموده است.(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۴) همچنین با توجه به بخش اخیر ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی و ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ اعتبار رأی وحدت رویه تا زمان صدور رأی وحدت رویه دیگری از سوی دیوان عالی کشور یا تصویب قانونی از سوی قوه مقنن پابرجاست. لیکن اعتبار و ماندگاری رأی وحدت رویه‌ای که به قلمرو توافقات افراد وارد می‌شود محدود است؛ چرا که اشخاص می‌توانند با تغییر عبارات و اصلاح مفاد قرارداد و شروط ضمن آن، رأی وحدت رویه را بی اثر کنند.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۲۸؛ رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۹۴) زوجین در این جا می‌توانند با تغییر و اصلاح بند دوازدهم شروط ضمن عقد نکاح، آن را مشمول رأی وحدت رویه فوق ننمایند؛ به عنوان مثال با افزودن قید «مطلقاً» یا «علی الاطلاق» و یا «در هر صورت ولو به علت نشوز زوجه و با اجازه دادگاه» رأی وحدت رویه ۷۱۶ را بی اثر نمایند.(همان: ۹۵)

۸-٤-۲. ترجیح بلامرجح

برابر رأی وحدت رویه ۷۱۶، وکالت زوجه در طلاق به جهت نکاح مجدد زوج با مجوز دادگاه، به علت نشوز زوجه قابل اعمال نیست، درحالیکه اتخاذ این دیدگاه، ترجیح بلامرجح است؛ زیرا در فرضی که زوج بدون اخذ اجازه دادگاه، اقدام به نکاح مجدد می‌کند و زوجه تقاضای اعمال وکالت در طلاق به جهت تحقق بند دوازدهم شروط ضمن عقد را دارد، در صورتی که زوج به نشوز زوجه برای نکاح مجدد خویش استناد نماید، رأی وحدت رویه ۷۱۶ در این دعوا حاکم نمی‌گردد، ولو اینکه آن را در دادگاه ثابت کند.(اسدی و مؤمن، ۱۳۸۹: ۲۹) در دادنامه ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۸۲۰۰۲۱۳ مورخ ۱۳۹۲/۸/۲۵، با همین موضوع، دیوان عالی کشور در دعوای طلاق به دلیل نکاح مجدد زوج بدون اذن دادگاه، قائل به تحقق بند دوازدهم شروط ضمن عقد بوده و به زوجه اختیار اعمال وکالت در طلاق را داده است، درحالیکه زوج علت آن را عدم تمکین زوجه اظهار کرده بود.

۹-٤-۲. مغایرت رأی وحدت رویه ۷۱٦ با مصالح نظام خانواده

لزوم پایداری نظام خانواده، ایجاب می‌کند که تصمیمات قضایی بر طبق مصلحت و غبطه نظام خانواده باشد. درحالیکه در رأی وحدت رویه، نه تنها مصلحت اندیشی نشده، بلکه تالی فاسد نیز به همراه دارد و از این رو ،کمکی به استحکام نظام خانواده نمی‌نماید. زوجه ای که از زوج تمکین نمی‌کند و زوجی که با اثبات و استناد به همین عدم تمکین، علیه او حکم الزام به تمکین می‌گیرد و با استناد به همین حکم، تقاضای نکاح مجدد می‌نماید که به تجویز آن ختم می‌شود. حال زوج با نکاح مجدد نیازش رفع شده، تلاشی برای حفظ نکاح اول ندارد و حتی از توجه معنوی به زوجه اول خودداری می‌کند. برابر رأی وحدت رویه ۷۱۶، زوجه امکان اعمال وکالت در طلاق را به جهت نکاح مجدد زوج ندارد. ضمن اینکه با صدور حکم الزام به تمکین علیه او، امکان اعمال وکالت در طلاق مطابق بند اول شروط ضمن عقد نکاح و همچنین تقاضای طلاق با استناد به ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی را از دست داده است. از طرفی زوجه دوم نیز به امید مطلقه شدن زوجه اول، با این مرد ازدواج نموده است و حال، ادامه نکاح اول را برای زوجیت خویش خطرناک می‌بیند و این امر را موجب سستی نکاح خود می‌داند.(همان: ۳۰) اکنون در این شرایط، با زوجه ای سرگردان و بلاتکلیف مواجهیم که به علت نشوز، استحقاق نفقه و سایر حقوق مالی را ندارد و از طرف دیگر حق اعمال وکالت در طلاق را نیز از دست داده است، ضمن اینکه زوج نیز او را طلاق نمی‌دهد. زنی که حاضر به ادامه زندگی با زوج نبوده و اینک نیز هرگز حاضر به زندگی با شوهرش و همسر دوم او نخواهد بود. علاوه بر نگاه منفی جامعه نسبت به وی، امکان هر گونه خطا و لغزش نیز برای او وجود دارد؛ چرا که سبب افزایش جرایم منافی عفت و دعاوی خانوادگی در محاکم می‌گردد. از این رو، رأی وحدت رویه ۷۱۶ منجر به اختلال در نظم اجتماعی نیز می‌شود.

این در حالی است که علت بسیاری از موارد عدم تمکین، خود شخص زوج است که با سوءرفتار، اعتیاد و یا هر امر دیگری موجبات آزار و اذیت و عدم تمکین زوجه را ایجاد می‌کند. موجباتی که زوجه شاید نمی‌خواهد و یا اینکه نمی‌تواند آن را اثبات کند.(دهقان، ۱۳۸۵: ۳۲۸؛ صادقیان، ۱۳۸۹: ۱۹۰) با توجه به این مسائل، رأی وحدت رویه ۷۱۶ هرگز در راستای حفظ نظام خانواده و رعایت غبطه آن صادر نشده است.

۱۰-٤-۲. مغایرت رأی وحدت رویه ۷۱٦ با اصل آزادی قراردادها

بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی اشخاص می‌توانند هر قراردادی را که بر آن تراضی نموده اند، منعقد

نمایند، اراده ایشان معتبر و نافذ است، مگر آنکه توافق مزبور خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد. این اصل در عقد نکاح نیز جاری است و ایجاب می‌کند که اشخاص در تعیین سرنوشت خود آزاد باشند و عقد نکاح را مطابق با خواست خویش منعقد کنند. لذا بند دوازدهم شروط ضمن عقد نکاح نیز، بر اساس اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده اشخاص معتبر است و دلیلی بر مغایرت آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه وجود ندارد.

بر همین اساس قاضی نمی‌تواند در اراده طرفین قرارداد دخل و تصرفی نماید و صرفاً در مقام تفسیرِ توافقِ ایشان، می‌تواند در پی کشف قصد واقعی آنان برآید. در رأی وحدت رویه ۷۱۶، دیوان عالی کشور علاوه بر جایگزین نمودن اراده حاکم بر رضایت زوجه، اراده خویش را در خصوص لزوم تمکین زوجه از زوج، بر اراده طرفین قرارداد، تحمیل می‌کند. لیکن با توجه به اطلاق شرط می‌توان دریافت که زوجین، قصد این را داشته اند که نکاح مجدد زوج بدون رضایت زوجه را، به هر علت که صورت گیرد، ولو با اذن دادگاه، مشمول شرط قرار دهند. صرفِ فعلِ نکاحِ مجدد برای تحقق شرط کفایت می‌کند، درحالیکه دیوان تحقق آن را منوط به تمکین زوجه دانسته است. از این رو، رأی وحدت رویه فوق با اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده منافات دارد.

۱۱-٤-۲. عدم تأثیر خطای زوجه در سایر بند های شرط وکالت زوجه در طلاق

در تحقق بندهای اول الی یازدهم شروط ضمن عقد نکاح، تخلف زوج از شروط مذکور، برای اعمال وکالت کفایت می‌کند و نقش زوجه در وقوع شرط بی‌تأثیر است و تفاوتی ندارد که شرط ضمن عقد، به علت نقش زوجه واقع شده باشد و یا اینکه به اراده زوج رخ داده باشد. فلذا خطای زوجه نمی‌تواند دلیلی بر عدم تحقق بند دوازدهم شرط وکالت در طلاق باشد. لیکن رأی وحدت رویه خطای زوجه را در انتفای شرط مؤثر می‌داند. اما با توجه به مطالب پیش گفته، اگر چه نشوز زوجه، زوج را به سمت نکاح مجدد سوق داده، اما صرف تحقق شرط، حق اعمال وکالت در طلاق را به زوجه می‌دهد.(رحمانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۰۰-۱۰۱)

۱۲-٤-۲. عدم انتفای وکالت به واسطه نشوز زوجه

شرط وکالت در طلاق در قالب شرط نتیجه ضمن عقد نکاح درج می‌شود که نتیجه آن وکالت بلاعزل و به بیان دیگر، غیر قابل عزل بودن وکیل است. لذا در این صورت چگونه وکالت زوجه در طلاق، به علت نشوز وی منتفی می‌گردد؟ این در حالی است که وکالت غیر قابل عزل بوده و زوجین آگاهانه

چنین شروطی را امضا نموده اند. در ماده ۶۷۸ قانون مدنی نیز، انحلال وکالت فقط به سه صورت ممکن است؛ عزل موکل، استعفای وکیل، موت یا جنون وکیل یا موکل. «پس چگونه متصور است که حسب ادعای هیأت عمومی دیوان عالی کشور، وقوع نشوز و سپس صدور حکم قضایی به الزام زوجه به تمکین، از موجبات انتفای وکالت، آن هم از نوع بلاعزل باشد؟»(صادقیان، ۱۳۸۹: ۱۹۱) ماده ۶۷۸ قانون مدنی همچنان معتبر و لازم الاجرا است، اما بنا بر دیدگاه دیوان، مفاد رأی وحدت رویه ۷۱۶ بر آن حاکم و مرجح است.(همان: ۱۹۱-۱۹۲) نشوز زوجه که موجبات نکاح مجدد زوج را فراهم می‌کند، حق وکالت زوجه را زایل نمی‌کند و در صورت وجود شک و تردید، اصل بقاء این حق است.(صفایی و امامی، ۱۴۰۰: ۱۲۲)

۳. نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب پیش گفته، بر رأی وحدت رویه ۷۱۶ مبنی بر مانعیت نشوز در اعمال وکالت زوجه در طلاق به جهت نکاح مجدد زوج به اذن دادگاه، انتقاداتی به قرار ذیل وارد است؛

۱. رأی وحدت رویه ۷۱۶ با اطلاق شرط مغایرت داشته و بر خلاف نظر قضات دیوان، این شرط مطلق بوده و تنها قید آن رضایت زوجه به انعقاد نکاح مجدد است، لذا منحصر به حالت تمکین نیست. ضمن آنکه مفاد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و نظریات مشورتی در این زمینه قائل به اطلاق شرط هستند. استنباط عرف از این شرط نیز، اطلاق شرط وکالت زوجه در طلاق به جهت نکاح مجدد زوج است.

۲. مبنای مصرح در صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶، لزوم تمکین زوجه از زوج به عنوان یک قاعده آمره است، فلذا توافق برخلاف آن پذیرفته نیست. درحالیکه ضمن تصریح ضمانت اجرای عدم تمکین در قوانین، تمکین یا عدم تمکین زوجه تأثیری در اعمال وکالت او ندارد و صرف نکاح مجدد زوج بدون رضایت زوجه، اختیار اعمال وکالت در طلاق را به زوجه می‌دهد. از طرفی، رأی وحدت رویه ۷۱۶ خطای زوجه را در انتفای شرط مؤثر می‌داند، درحالیکه در تحقق سایر شروط ضمن نکاحنامه تخلف زوجه بی‌تأثیر بوده و صرف تخلف زوج از شروط مذکور، برای اعمال وکالت کفایت می‌کند.

۳. اگرچه در مذاکرات هیأت عمومی دیوان، به فتوای برخی از فقها مبنی بر انصراف شرط به تمکین زوجه استناد شده است، اما در این مسأله، صرف نظر از اختلاف آراء میان فقها، امکان استناد به فتاوی ایشان وجود ندارد، چرا که این مسأله در حیطه توافقات طرفین است و بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در صورت وجود نقص و ابهام در شروط ضمن عقد، استناد به منابع فقهی و فتاوی معتبر ممکن

نیست.

۴. رأی وحدت رویه ۷۱۶ با اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده زوجین مغایرت دارد؛ بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی و اصول فوق، شرط ضمن عقد نافذ بوده و قاضی نمی‌تواند در اراده طرفین قرارداد دخل و تصرفی نماید، درحالیکه رأی وحدت رویه، علاوه بر جایگزین نمودن اراده حاکم بر رضایت زوجه در خصوص نکاح مجدد زوج، اراده خود را در خصوص لزوم تمکین زوجه از زوج، بر اراده طرفین قرارداد، تحمیل می‌کند و برخلاف توافق زوجین و اطلاق شرط، تحقق شرط را منوط به تمکین دانسته است.

۵. مطابق قانون، محدوده رسیدگی دیوان عالی کشور قانون است، در حالیکه منشأ صدور رأی وحدت رویه ۷۱۶، اختلاف آرای قضات ناشی از شرط ضمن عقد است، لذا ورود دیوان به محدوده عقود و توافقات افراد صحیح نمی‌باشد. مضافاً اعتبار رأی وحدت رویه ی وارد در قلمرو توافقات افراد محدود است؛ چرا که زوجین می‌توانند با تغییر و اصلاح مفاد شرط ضمن عقد، رأی وحدت رویه را بی اثر کنند.

۶. رأی وحدت رویه ۷۱۶ با اصل عدم ولایت مغایرت داشته و منجر به سلطه زوج بر زوجه ناشزه ای می‌شود که امکان اعمال وکالت در طلاق را ندارد. همچنین رأی فوق با مصالح نظام خانواده مغایر بوده و نتیجه آن بلاتکلیف رها شدن زوجه اول است که از طرفی استحقاق حقوق مالی را نداشته و از طرف دیگر، حق اعمال وکالت را نخواهد داشت.

۷. شرط وکالت در طلاق در ضمن عقد نکاح در قالب شرط نتیجه است، لذا وکالت مزبور بلاعزل بوده و به واسطه نشوز زوجه منتفی نمی‌شود.

براین اساس، با توجه به انتقادات مطروحه در این پژوهش، به نظر می‌رسد رأی وحدت رویه ۷۱۶ و رویه قضایی موجود در محاکم مستلزم اصلاح است. به عبارت دیگر، در مواردی که نکاح مجدد زوج به علت نشوز زوجه و به اذن محکمه صورت گرفته، زوجه مطابق شرط ضمن عقد، باید امکان اعمال وکالت خویش در طلاق را دارا باشد و این مسأله منوط به تمکین او نیست.

کتابنامه

ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). ***الوسیلة إلی نیل الفضیلة***. محقق محمد حسون و اشراف محمود مرعشی، چاپ اول، قم:**مکتبة آیة الله العظمی المرعشی النجفی (ره)**.

ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم (بی‌تا). ***الکافی فی الفقه*****. محقق رضا استادی، اصفهان: مکتبة الإمام أمیرالمؤمنین علی(علیه السلام) العامة.**

اسدی، لیلا؛ مؤمن، رقیه (۱۳۸۹). ازدواج مجدد زوج به لحاظ نشوز زوجه و شرط وکالت در طلاق. *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۲، ۹-۴۵. DOI: https://doi.org/10.22106/jlj.2010.11148

اسدی، لیلا (۱۳۷۹). ازدواج مجدد. *فقه و حقوق خانواده*، شماره ۱۷ و ۱۸، ۳-۹.

بهجت، محمد تقی (۱۳۸۶). *استفتائات*. جلد ۴، چاپ اول، قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت.

البیهقی الکیدری، قطب الدین (۱۳۷۴). ***اصباح الشیعة بمصباح الشریعة***. محقق ابراهیم بهادری، چاپ اول، قم، مؤسسة الإمام الصادق(علیه‌السلام).

حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۰ق). ***إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان***. محقق فارس الحسون، جلد ۱، چاپ اول، قم: **مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة**.

حلی، محقق، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***. محقق عبد الحسین محمد علی بقال، جلد ۳، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

دهقان، رمضان (۱۳۸۵). رأی دیوانعالی کشور در مورد درخواست طلاق زوجه به علت ازدواج مجدد شوهر. *پژوهش های حقوقی*، شماره ۱۰، ۳۱۳-۳۳۰. DOI: http://jlr.sdil.ac.ir/article_44373.html

رحمانی، مهدی؛ ابهری، حمید؛ ایزدی فرد، علی اکبر (۱۳۹۶). بررسی حقوقی اثر نشوز زوجه در تحقق وکالت وی در ازدواج مجدد زوج. *مطالعات راهبردی زنان*، شماره ۷۶، ۸۱-۱۰۷.
DOI: 10.22095/JWSS.2017.57637

شهید اول، محمد بن مکی (۱۹۹۰م./۱۴۱۰ق). **اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة. محقق محمد تقی مروارید و علی اصغر مروارید، چاپ اول، بیروت: دار التراث.**

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی العاملی (۱۴۲۵ق). ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام*****. محقق مؤسسة المعارف الإسلامیة، جلد ۹، چاپ سوم، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.**

صادقیان، آرش (۱۳۸۹). نقد رویه قضایی: زوجه ای سرگردان و بلاتکلیف. *کانون وکلا*، شماره ۲۱۱، ۱۷۶-۱۹۴.

صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۴۰۰). *مختصر حقوق خانواده*. چاپ پنجاه و پنجم، تهران: میزان.

الطرابلسی، عبد العزیز بن البرّاج (۱۴۰۶ق). ***المهذّب***. جلد ۲، بی جا: مؤسسة النشر الإسلامی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷-۱۳۸۸ق). ***المبسوط فی فقه الإمامیة***. محقق محمدباقر بهبودی و سید محمد تقی کشفی، جلد ۲ و ۵، تهران: مکتبة المرتضویة.

طوسی، محمد بن حسن (۱۹۸۰م./۱۴۰۰ق). ***النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی***. چاپ دوم، بیروت:دار الکتاب العربی.

علوی گرگانی، محمدعلی (۱۴۲۶ق./۱۳۸۴ش). ***اجوبة المسائل یا پاسخ به جدیدترین استفتائات***. جلد ۲، قم: دفتر حضرت آیت الله علوی گرگانی.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۳). *جامع المسائل*. جلد ۱، چاپ یازدهم، بی جا: بی نا.

مظفری، مصطفی؛ محمودی، مسعود (۱۳۹۹). امکان سنجی درخواست طلاق زوجه به علت ازدواج مجدد زوج با نگاهی نقادانه به رأی وحدت رویه. *فصلنامه رأی، مطالعات آراء قضایی*، شماره ۳۳، ۱۰۷-۱۲۴. DOI:10.22106/JCR.2020.106575.1255

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). *استفتائات جدید*. تنظیم ابوالقاسم علیان نژادی، جلد ۱، چاپ دوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

موسوی الخمینی، روح الله (۱۳۷۲). *استفتائات*. جلد ۳، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.

موسوی الخمینی، روح الله (۱۳۸۳). ***تحریر الوسیلة***. مترجم علی اسلامی، جلد ۳، چاپ بیست و یکم، بی جا، دفتر انتشارات اسلامی.

نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۹۸۱م./۱۳۶۲ش). *جواهر الکلام* ***(طبع القدیمة)***. محقق و معلق علی آخوندی و عباس قوچانی، جلد ۳۲، چاپ هفتم، بیروت، دار إحیاء التراث العربی.

References

Abul Salah Halabi, T. I. N. (n.d). al-kafi fi Fiqh. Researcher R. Ostadi, Isfahan, School of Imam Amir al-Mominin Ali (A.S.). (In Arabic)

Alavi Gorgani, M. (2005). Answers to Questions or Answers to the Most Recent Istifta'at. Vol. 2, Qom, Office of Ayatollah Alavi Gorgani. (In Persian)

Al-Bayhaqi al-Kidari, Q. (1954). Isbah Al-Shi'a be Mesbah Al-Sharia. Researcher E. Bahaduri, 1st edition, Qom, Al-Imam al-Sadiq (A.S.) institution. (In Arabic)

Al-Tarablusi, A. I. B. (1985). Al-Mohazzab. Vol. 2, out of place, Al-Nashr Al-Islami Publishing House. (In Arabic)

Asadi, L., & Momen, R. (2010). Husband's remarriage in terms of wife's disobedience and the condition of attorney in divorce. Judiciary Law Journal, No. 72, 45-9. DOI: https://doi.org/10.22106/jlj.2010.11148 (In Persian)

Asadi, L. (2000). Remarriage. Jurisprudence and Family Law, No. 17 and 18, 3-9. (In Persian)

Bahjat, M. T. (2007). Istifta'at. 4(1), Qom, Office of Grand Ayatollah Bahjat. (In Persian)

Dehghan, R. (2006). The Supreme Court's decision on the wife's request for divorce due to her husband's remarriage. Legal Studies, No. 10, 313-330. DOI: http://jlr.sdil.ac.ir/article_44373.html (In Persian)

Fazel Movahedi Lankarani, M. (2004). Jame al-Mas'eel. 1(11), out of place, no publisher. (In Persian)

Helli, Allameh, H. I. Y. I. M. (1989). Ershad Al-Azhan ela Ahkam Al-Iman. Researcher F. al-Hasoon, Vol. 1, 1st edition, Qom, Al-Nashr al-Islami Publishing House, affiliated to the Jamaat al-Madrasin in Qom al-Musharafah. (In Arabic)

Helli, Mohaghegh, J. I. H. (1987). Sharaye Al-Islam fi Masael Al-Halal va Al-Haram. Researcher A. H. M. A. Bakhal, 3(2), Qom, Ismailian Institute. (In Arabic)

Ibn Hamzah, M. I. A. (1987). Al-Wasila ela Nile Al-Fazilah. Researcher M. Hassoun and M. Marashi, 1st edition, Qom, school of Grand Ayatollah Al-Mar'ashi Al-Najafi. (In Arabic)

Mozaffari, M., & Mahmoudi, M. (2020). Feasibility assessment of the wife's divorce request due to the husband's remarriage with a critical look at the unanimous ruling. Quarterly Journal of Judgments, Judicial Opinion Studies, No. 33, 107-124. DOI:10.22106/JCR.2020.106575.1255 (In Persian)

Makarem Shirazi, N. (2006). New Istifta'at. Edited by A. Q. Alian-Najadi, Vol. 1, 2nd edition, Qom, School of Imam Ali bin Abi Talib (A.S.). (In Persian)

Mousavi al-Khomeini, R. (1993). Istifta'at. Vol. 3, 1st edition, Qom, Qom Seminary Teachers Society, Islamic Publications Office. (In Persian)

Mousavi Al-Khomeini, R. (2004). Tahrir Al-Wasilah. Translated by A. Eslami, Vol. 3, 21st edition, out of place, Islamic Publications Office. (In Arabic)

Najafi, M. I. B. (1981). Jawahir alkalam (Old Edition). Researcher and commentator A. Akhundi and A. Quchani, 32(7), Beirut, Dar Ihya al-Turath al-Arabi. (In Arabic)

Rahmani, M., & Abhari, H., & Izadifard, A. (2017). Legal examination of the effect of the wife's disobedience in fulfilling her power of attorney in the husband's remarriage. Women's Strategic Studies, No. 76, 81-107. DOI: 10.22095/ JWSS.2017.57637 (In Persian)

Shahid Awal, M. I. M. (1990). Al-Lum'ah al-Damashqiyyah fi Fiqh Al-Imamiyyah. Researcher M. T. Morwarid and A. A. Morwarid, 1st edition, Beirut, Dar al-Tarath. (In Arabic)

Shahid Thani, Z. I. A. (2004). Masalik al-Afham ela Tanqih Sharaye Al-Islam. Researcher Al-Ma'arif Islamic Studies Institute, Vol. 9, 3rd edition, Qom, Al-Ma'arif Islamic Studies Institute. (In Arabic)

Sadeghian, A. (2010). Criticism of Judicial Procedure: A Wandering and Undecided Wife. Bar Association, No. 211, 176-194. (In Persian)

Safaei, S. H., & Emami, A. (2021). Brief family law. 55th edition, Tehran, Mizan Publications. (In Persian)

Tousi, M. I. H. (1967-1968). Al-Mabsut fi Fiqh Al-Imamiyyah. Researcher M. B. Behboodi and S. M. T. Kashfi, Vols. 2 & 5, Tehran, Al-Mortazavi School. (In Arabic)

Tousi, M. I. H. (1980). Al-Nahaya fi Mojarrad Al-Fiqh va Al-Fatawi. 2nd edition, Beirut, Dar al-Kitab al-Arabi. (In Arabic)