

نقدی بر نقد

(نقد مقاله دو رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور نوشته مرضیه محبی)

نوشته رضا مقصودی

وکیل پایه یک دادگستری و مدیر وبسایت حقوقی راه مقصود

همکار گرامی جناب جناب آقای حسینی پویا

سر دبیر محترم فصل نامه وکیل مدافع

با سلام ضمن گفتن تبریک به جناب عالی و دیگر دست اندرکاران، برای انتشار دومین شماره فصل نامه وزین وکیل مدافع، که به شیوه استثنایی و احسن به زیور طبع آراسته شده است به استحضار می رسانم:

با مطالعه مقاله ی همکار محترم سرکار خانم مرضیه محبی در شماره مزبور، با عنوان «نقد دو رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور» از آنجا که با دیدگاه ایشان موافق نمی باشم و به هر حال بر هر دو نقد مشارالیه نقد و نظر دارم لذا مناسب دیدم به گونه حاضر حرف های خود را به عرض برسانم تا در صورت صلاحدید آن را به اطلاع ایشان و خوانندگان فهیم خود برسانید.

ضمن اینکه باید به یک اشتباه فنی و چاپی در مقاله مزبور اشاره کنم، و آن تکرار رای وحدت رویه دیگر، به جای رای موردنظر در صفحه 112 مجله است. در حالی که متن درست رای موردنظر، به شرح زیر است.

رای شماره 718 - 1390/2/13 هیأت عمومی دیوان عالی کشور:

" مستفاد از ماده 1085 قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد امتناع نماید بنابراین رای شعبه پنجم دادگاه تجدید نظر استان کردستان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص و تأیید می گردد ."

یکم:

چنانچه به مبانی ، فلسفه وضع و سیر جریانی که منجر به صدور رای وحدت رویه شماره 718 - 1390/2/13 شده، بنگریم، بخوبی درمی یابیم که با وضع این رای، راه سوء استفاده برخی مردها از حق حبس - که دادگاهها آنرا ناظر بر تمکین خاص می دانستند- بسته شد. زیرا پیش از آن، زوج دادخواست تمکین عام (یعنی سکونت در منزل مشترک) می داد و محاکم با نگاهی که حق حبس را ناظر بر تمکین خاص می دانستند، زن را به تمکین عام ملزم می کردند. و اساساً مفاد گردش کار پرونده موضوع این رای فاخر نیز همین موضوع است. این تصور که زنی مجبور باشد در منزل مشترک با همسر خود در زیر یک سقف بسر برد و در عین حال نخواهد تمکین خاص کند، ناخوشایند است. لذا در رای مذکور می بینیم که در تعلیل شمول حق حبس به تمکین عام، نظر به حفظ حیثیت، شأن و جاهت زن بوده است. زیرا اگر زن مکلف باشد در تمام استنماعات به جز عمل زناشویی تسلیم مرد شود حیثیت فردی و اجتماعی وی - که حفظ آن کمتر از از اله بکارت نیست - چگونه جبران شود؟ لذا با تصویب این رای، دیگر مردها نمی توانند دادخواست تمکین و لو تمکین عام بدهند. و از طرفی نیز زوجه دارای حق حبس می تواند از مطلق تمکین ( عام و خاص) تا دریافت تمام مهریه خودداری کرده و این امتناع مسقط حق دریافت نفقه او نیز نخواهد بود.

به سخن روشن تر در وضع این رأی، حیثیت، وقار و کرامت زن برای بقاء و دفاع از حق حبس خویش و استفاده از مزایای آن ملحوظ شده است و اگر زن به میل و اراده خویش تن به تمکین عام دهد، خود اقدام به اسقاط حق خویش نموده همچنان که ممکن است پیامد آن تمکین خاص باشد. ولی ابتکار عمل و گرفتن تصمیم در تمکین عام یا خاص در دست زوجه دارای حق حبس است. من از نویسنده محترم مقاله می پرسم آیا این حالت به نفع زن و در اجرای بهتر اعمال حق حبس است یا خیر یا وضع پیشین؟ اگر ما عادت کرده ایم در نقد هر موضوع، الزاماً نقض حق زن را استخراج کنیم، بحث دیگری است.

دوم:

در باره رأی وحدت رویه 716 - 89/7/20 هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز همانگونه که طی نوشته جداگانه ای به تفصیل بیان کرده ام، آن را همسو با عدل و انصاف، و مصداق روشن و کاملی از بستن راه "سوء استفاده از حق" می دانم. شرح و تعلیل موضوع در این مختصر نمی گنجد لذا ایشان را به کنکاش دلائل و نظرات موافقین و مخالفین تصویب آن - که اتفاقاً یکی از پربرترین آراء و یا بهتر است بگویم پربرترین رأی صادره پس از انقلاب می باشد- ارجاع می دهم.

این راقم، مکرر نظرها را مرور کرد و به جرح و تعدیل کشید. در استدلال موافقین تصویب، عمق، غنا و وزنی را دید که با اجرای عدالت سازگارتر است، هر چند به ضرر حقوق زنان باشد. زیرا در عمل، حق حبس، اهرم فشاری بر مردان بود، تا به هدفی رسد که با فلسفه استفاده از حق حبس در تضاد بود. برخی زنان که دلیل طلاق نداشتند، از این راه دلالت می شدند تا مرد را در عسرت و تنگنا قرار دهند آنقدر که وی از این بلاتکلیفی به تنگ آمده و از دادگاه اقدام تجویز ازدواج مجدد را بخواهد. آنگاه زن از این حربه استفاده کرده و با اعمال شرط ضمن عقد، تقاضای طلاق می کرد

لذا در ادامه مطلب به برخی از مهمترین این دلایل که در عین حال در جریان تصویب رأی مرقوم، در مشروح مذاکرات هیئت عمومی نیز آمده، اشاره می کنم: .

1- همان طور که نفقه حق زن است، تمکین هم تکلیف وی و حق مرد می باشد. درست است که شرط ضمن عقد هم برای زن ایجاد حق می کند، اما اگر وی تمکین نکند و در عین حال بخواهد از شرط ضمن عقد استفاده کند، تعارض پیش می آید و در تعارض دو شرط، تساقط ایجاد می شود و نمی توان برای زن حق طلاق قائل شد. بلکه او می تواند از موارد عسر و حرج استفاده کند.

2- نظر مراجع نیز این مدعا را تأیید می کند. چنانکه نظر آیات عظام در فرض بحث چنین است: میرزا جواد تبریزی: « شرط در مورد عقدنامه منصرف از صورت مذکوره است و زوجه وکیل در طلاق نیست» خامنه ای: «ظاهراً وکالت داشتن در طلاق در صورت ازدواج منصرف است از موردی که زوجه تمکین نکرده» صافی گلپایگانی: «اگر زوجه بدون عذر شرعی از تمکین خودداری کرده باشد، توکیل زوج هر چند صحیحاً واقع شده باشد از چنین موردی منصرف است.» محمد فاضل لنکرانی: «زوجه نمی تواند به این دلیل خود را مطلقه نماید» ناصر مکارم شیرازی: «وکالت در امر طلاق در خصوص این ماده منصرف است به جایی که زوجه تمکین نماید» (ده تن...).

3- قاعده منع سوء استفاده از حق نیز همین دیدگاه را توجیه می کند. وقتی که زوجه بدون تخلف زوج از اجرای وظایف و تعهدات عرفی و قانونی و شرعی، تمکین ننموده و حتی با وصف محکومیت قطعی به تمکین، ناشزه مانده و ازدواج مجدد را هم نمی پذیرد، در واقع از ایفای وظیفه شرعی و تعهد قراردادی و عرفی متقابل خود دایر به حسن معاشرت موضوع مواد 833 و 1103 ق.م. استنکاف و تخلف کرده است. این زوجه متخلف که نباید برای تخلفش پاداش بگیرد. ظاهراً نویسنده محترم پذیرفته اند که چنین زنی منتظر بماند تا زوجش بر اثر فشارهای مختلف ازدواج مجدد کند و او بتواند با تکیه بر شرط موضوع بند دوازده سند نکاح و ضمن دریافت تمام یا بعض مهریه، خود را از سوی مرد طلاق دهد. بی گمان این جلوه آشکاری از سوء استفاده از حق موضوع بند دوازده سند ازدواج است و می دانیم که سوء استفاده از حق به تصریح اصل 40 قانون اساسی که ریشه در قاعده فقهی لاضرر دارد، منع شده است. از این رو نمی توان زوج را که با حکم حاکم و در شرایط نشوز زوجه مبادرت به اعمال حق قانونی خود و دفع حرج حاصل از تجرد خود نموده، مشمول تنبیه مدنی مطلقه نمودن زن اولش دانست.

4- ضرورت تفسیر مضیق امور خلاف اصل نیز مدعی ما را تعلیل می‌کند. زیرا بر خلاف حقوق غرب، در حقوق اسلام و ایران ( مواد 1123 و 1105 ق.م). اصل اولیه این است که مرد منحصرأ و همواره بر طلاق دادن یا ندادن مسلط است. ضرورت، احتیاط در عرض می‌باشد، زیرا نباید از دلیل جز با دلیل دست برداشت. بنابراین به لحاظ ضرورت احتیاط در عرض و تبعیت از احکام آمره موضوع مواد مذکور، نباید از اصل اولیه تسلط و ولایت انحصاری مرد بر طلاق فاصله گرفت. وقتی شک داریم که آیا شرط موضوع بند دوازده سند نکاح می‌تواند که زوجه ناشزه را از مجرای وکالت مسلط بر نکاح کند یا خیر؟ پرواضح است که این شک بایستی به نفع اصل اولیه (تسلط منحصر مرد بر طلاق) رفع شود که مقتضی وکیل نشدن زوجه مرقوم برای مطلقه نمودن خوداست.

همچنین حکم دادن بر طلاق در این شرایط، مغایر ضرورت تفسیر مضیق موارد وکالت هم هست. زیرا توکیل نوعی جعل ولایت برای غیر است، و حین شک در اصل توکیل، باید قائل به عدم توکیل شد و حین شک در حدود وکالت، باید به قدر متیقن اکتفا کرد تا از این مجرا در نهایت وکالت که متضمن ولایت فرد بر غیر است، به نفع قاعده اولیه مکروه بودن ولایت انسان بر دیگری به نحو مضیق تفسیر شود. پس لازمه تفسیر مضیق وکالت در اینجا، همانا وکیل ندانستن زوجه برای طلاق در حالت ازدواج مجدد به موجب حکم دادگاه و به علت نشوز زوجه می‌باشد.

5- مذاقه در قراین حالیه (غیر لفظی) نیز مفید این معناست زیرا اراده ضمنی طرفین، بر مقید بودن امکان طلاق به حالت تمکین زوجه، استوار بوده است. چنانکه آیت الله مکارم در جواب استفتا در محل مذکور گفته‌اند، هدف از شرط، این بوده که به همسر اول قناعت شود. حال اگر همسر اول با پشت پا زدن به زندگی زناشویی مرد را در بلا تکلیفی گذاشته، جایی برای تأمین آن شرط باقی نمی‌ماند.

6- با توجه به ضرورت احتیاط در عرض و عبارت قسمت اخیر ماده 1072 ق.م. (مگر این که اذن صریحاً به او داده شده باشد) ، نگارنده معتقد است: در حالتی که توکیل مطلق باشد (توکیل مطلق متفاوت با مطلق توکیل یا اطلاق در توکیل است) مثل این که زنی به مردی بگوید: وکیلی کتابم را بفروشی و وکیلی مرا شوهر دهی، آن مرد می‌تواند با رعایت غبطه، کتاب را وکالتاً بر زن به خودش بفروشد؛ ولی حسب ماده 1072 ق.م. نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند. علت حکم موضوع ماده 1072 ق.م دایر به تقیید توکیل مطلق در نکاح شده همانا ضرورت احتیاط در عرض نزد شارع مقدس است. این علت در موضوع بحث ما هم وجود دارد و حسب قاعده «العله تععم و تخصص» و به اتکای همین علت نباید شرط مطلق موضوع بند 12 را ناظر به حالت نشوز زن و تجویز ازدواج مجدد به حکم حاکم دانست. این که بیان شد: مرد، وکیل در فروش کتاب به خود می‌شود؛ ولی وکیل در تزویج برای خود نمی‌شود، می‌رساند که استاندارد اثبات وکیل بودن برای بیع که راجع به مال، کمتر از استاندارد اثبات وکیل بودن برای تزویج برای خود است که راجع به ناموس می‌باشد و این امر غریبی نیست.

از این رو شایسته است نویسنده محترم با دقت و تعمیق بیشتری به موضوع بنگرند و وضع آن مرد بیچاره را در خود بازسازی کنند. در این صورت معلوم می‌شود که رای مورد نزاع، در راستای عدل و انصاف صادر شده است، از این رو راقم همچنانکه تقسیط مهریه را نافی حق حبس تلقی نمی‌کند و این رأی را نیز درست می‌داند ولو اینکه به ضرر مرد باشد. بنابراین جنسیت (زن بودن) نباید ما را در دفاع از حق به خطا اندازد. الله اعلم

( برگرفته از فصلنامه وکیل مدافع - ارگان داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان، سال نخست، شماره سوم / زمستان 1390 - سال دوم، شماره چهارم / بهار 1391 )