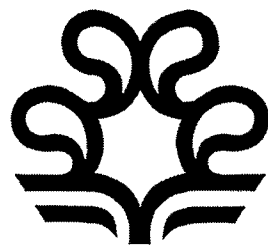


سلام افلاک

۱۰۷۱۹۴

۸۷۱۱۰۳۱۲۴
۱۳۸۵



دانشگاه شاهرود

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

نظریه طلاق معوض در حقوق اسلام

توسط:

۱۳۸۷ ۸-۱ ۲۱

محمد اسداللهی ش. د ۸۲۰۷۲۴

استاد راهنما:

دکتر پرویز عامری

شهریور ماه ۱۳۸۵

۱۰۶۷۴۴

انجمن افتخارات دانشجو
شهریور ۱۳۸۵

به نام خدا

نظریه طلاق معوض در حقوق اسلام

به وسیله ی:

محمد اسداللهی

پایان نامه

ارائه شده به تحصیلات تکمیلی دانشگاه به عنوان بخشی از فعالیت های تحصیلی
لازم برای اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته ی:

حقوق خصوصی

از دانشگاه شیراز

شیراز

جمهوری اسلامی ایران

ارزیابی شده توسط کمیته پایان نامه با درجه: عالی

دکتر پرویز عامری، استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی (رئیس کمیته).....

دکتر علی اصغر حاتمی، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی.....

دکتر محمد علی خورسندیان، استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی.....

تقدیم به همسر م

و همکلاسی های خوب دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی ۸۲

آقایان و خانمها:

حسن اژدری

مهدی ثالثی

شیوا دیلمی

رضا ذاکری

ثمین عباسی

مریم عبدالله زاده

حبیب کامکار سنگری

قوام کریمی

زینب کنعانی

کامران میرحاجی

لیلا نوری زاده

و علی یزدان شناس

سپاسگزاری

اکنون که به یاری خدا نگارش این پایان نامه به اتمام رسید بر خود فرض می دانم که از کلیه اساتید محترم دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز و خصوصاً از استاد گرانمایه جناب آقای دکتر پرویز عامری که از آغاز تا پایان همواره هدایت گر اینجانب بوده اند و به تلمذ در محضر ایشان مفتخرم و جناب آقای دکتر علی اصغر حاتمی و همینطور جناب آقای دکتر محمدعلی خورسندیان که زحمت مشاوره را عهده دار بوده اند تشکر و سپاسگزاری عمیق خود را اعلام دارم و نیز از زحمات کارکنان دانشکده مخصوصاً کارکنان کتابخانه و نیز آقای عبداللهیان مسوول محترم آموزش تحصیلات تکمیلی قدر دانی نمایم. خداوند پشتیبان آنان و همه پویندگان راه دانش باد.

چکیده

نظریه طلاق معوض در حقوق اسلام

به وسیله:

محمد اسداللهی

این پایان نامه درصدد یافتن پاسخ این سوال است که آیا می توان به طلاق معوض بعنوان یک ماهیت مستقل از خلع و مبارات قایل بود؟ فقهای عامه به دلیل اینکه ابتدا خلع را به خلع با وجود کراهت و خلع بدون کراهت تقسیم نموده اند، طلاق معوض بدون عنصر کراهت را نیز مشمول قسم دوم شمرده و آن را جایز دانسته اند، اما فقهای شیعه؛ اولاً - کراهت را از عناصر تشکیل دهنده خلع می دانند و ثانیاً - اکثریت آنان طلاق معوض را منحصر به خلع و مبارات دانسته اند، هر چند عده ای از آنان طلاق معوض بدون کراهت را نیز مستقل از خلع پذیرفته اند.

در این تحقیق ضمن بیان کلیاتی در خصوص طلاق و اقسام آن، طلاق معوض که در فقه به آن طلاق فدییه نیز گفته می شود به دو قسم کلی تقسیم گردیده است؛ یکی طلاق معوض با وجود عنصر کراهت که شامل خلع و مبارات می گردد که بر اساس بررسی های انجام شده برای آن ماهیت قراردادی معوض در نظر گرفته شده اما به پیروی از اجماع فقهای شیعه کراهت از عناصر اصلی آن به حساب آمده است و دیگری طلاق معوض بدون وجود عنصر کراهت که به غیر از خلع (و مبارات) شامل هر قسم طلاقی می گردد که ایجاد آن بر پایه دریافت عوض، مورد تراضی و توافق طرفین واقع گردیده باشد که نهایتاً ضمن بررسی دلایل موافقان و مخالفان مستنداً به جواز آن اظهار نظر گردیده و اوصاف و آثاری نیز برای آن ذکر شده است.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	مقدمه.....
۵.....	فصل اول - کلیات.....
۵.....	مبحث اول - مفهوم طلاق.....
۵.....	گفتار اول - تعریف طلاق.....
۶.....	گفتار دوم - ماهیت طلاق.....
۱۰.....	مبحث دوم - موجبات طلاق.....
۱۰.....	گفتار اول - طلاق به درخواست زوج.....
۱۱.....	الف - مبانی فقهی اختیار زوج.....
۱۴.....	ب - طلاق به تقاضای زوج در حقوق ایران.....
۱۹.....	گفتار دوم - طلاق به درخواست زوجه.....
۱۹.....	الف - مبانی فقهی درخواست زوجه.....
۲۲.....	ب - طلاق به درخواست زوجه در حقوق ایران.....
۲۶.....	گفتار سوم - طلاق به درخواست زوجین (توافقی).....
۲۶.....	الف - مبانی توافق زوجین.....

۲۷	ب - طلاق توافقی در حقوق ایران.....
۳۰	مبحث سوم - اقسام طلاق.....
۳۰	گفتار اول - اقسام طلاق از حیث امکان رجوع.....
۳۰	الف - طلاق رجعی.....
۳۱	ب - طلاق باین.....
۳۸	گفتار دوم - اقسام طلاق از حیث اعتبار و تاثیر اراده.....
۳۸	الف - طلاق با اراده زوج.....
۳۸	ب - طلاق بدون اراده زوج.....
۳۹	ج - طلاق با اراده زوجین.....
۴۰	فصل دوم - اقسام طلاق معوض.....
۴۱	مبحث اول - طلاق معوض با وجود عنصر کراهت.....
۴۲	گفتار اول - خلع.....
۴۲	الف - تعریف خلع.....
۴۵	ب - مبانی خلع.....
۴۶	ج - ارکان خلع.....
۴۸	د- اقسام خلع.....
۴۹	ه - ماهیت خلع.....
۶۶	و - خلع در قوانین ایران.....
۶۷	گفتار دوم - مبارات.....
۶۷	الف - تفاوت خلع و مبارات از حیث کراهت.....
۶۸	ب - تفاوت خلع و مبارات از حیث عوض.....

- ج: تفاوت خلع و مبارات از حیث اجرای صیغه ۶۸
- مبحث دوم - طلاق معوض بدون وجود عنصر کراهت ۷۰
- گفتار اول - ارکان طلاق معوض ۷۰
- گفتار دوم - تفاوت طلاق معوض با خلع (و مبارات) ۷۱
- الف - معوض اعم است از خلع (و مبارات) ۷۱
- ب - کراهت ۷۳
- ج: عوض ۷۵
- گفتار سوم - ادله مخالفین طلاق معوض ۷۶
- الف - انحصار موارد اخذ فدیة به خلع و مبارات در قرآن ۷۶
- ب - انحصار موارد اخذ فدیة به خلع و مبارات در روایات ۷۷
- ج - اجماع ۷۸
- د- عدم وجود دلیل بر جواز طلاق معوض ۷۸
- ه- کراهت لازمه حلیت فدیة است ۷۹
- گفتار چهارم - ادله موافقین طلاق معوض ۷۹
- الف - نقد ادله مخالفان ۷۹
- ب - ادله موافقین ۸۴
- بند ۱ - کتاب ۸۴
- بند ۲ - سنت ۸۶
- بند ۳ - اصول و قواعد حقوقی ۸۹
- بند ۴ - دلیل عقل ۹۰
- بند ۵ - قیاس اولویت ۹۰
- گفتار پنجم - صور طلاق معوض ۹۱

۹۲	الف - طلاق معوض در قالب عقد مستقل.....
۹۲	ب - طلاق معوض در قالب هبه معوض.....
۹۳	ج - طلاق معوض در قالب صلح.....
۹۳	د- طلاق معوض در قالب شرط ضمن العقد.....
۹۵	هـ - طلاق معوض در قالب جعاله.....
۹۵	و- طلاق با شرط عوض.....
۹۶	فصل سوم - اوصاف و آثار طلاق معوض.....
۹۷	مبحث اول - اوصاف طلاق معوض.....
۹۷	گفتار اول - طلاق معوض عقد است.....
۹۷	گفتار دوم - طلاق معوض عقدی است لازم.....
۹۸	گفتار سوم - معوض است.....
۹۸	گفتار چهارم - تملیکی و عهدی.....
۹۹	گفتار پنجم - رضایی و تشریفاتی.....
۹۹	گفتار ششم - منجز و مطلق بودن.....
۱۰۰	مبحث دوم - آثار طلاق معوض.....
۱۰۰	گفتار اول - قطع رابطه زوجیت.....
۱۰۰	گفتار دوم - بینونت.....
۱۰۴	گفتار سوم - عوض.....
۱۰۷	نتیجه گیری.....
۱۰۹	منابع.....

مقدمه

خانواده مامنی است برای رسیدن به سکون و آرامش و از دیرباز چه میان ادیان و مکاتب الهی و بشری و چه در میان جامعه شناسان دارای رتبه و منزلت اجتماعی ویژه ای بوده و می‌باشد. حقوق شاید نگاهبان کوچک این نهاد دارای کرامت و عزت است؛ چه طبع حقوق و احکام خشک و بدون عاطفه و احساس آن در تنظیم روابط خانواده نه تنها کارساز نیست چه بسا به تلاشی آن نیز کمک کند. بنابراین باید پذیرفت که خانواده یک نهاد اجتماعی است - نه یک سازمان حقوقی - که در کنار جامعه شناسی، آرمان های مذهبی و سنت های دینی، قومی و قبیله ای، روانشناسی و... حقوق نیز در تنظیم بخشی از قواعد آن ایفای نقش می کند و آنگاه که فرد یا افراد این نهاد اجتماعی حاضر به پیروی از منطق و اصول منبعت از فرهنگ، سنت و عواطف انسانی نیستند نقش حقوق برای برخورد با این افراد بارز می گردد. علیرغم اهمیت فراوان این نهاد مقدس و لزوم پایداری آن مع الاسف گاهی اوقات و بنا به علل و مسایلی گرمای کانون خانواده فرو می نشیند و سردی روابط زوجین موجبات انحلال خانواده را فراهم می سازد. لذا می باید به دلیل اهمیت فراوان این نهاد اجتماعی (حقوقی) اقداماتی جهت حفظ و حراست این کانون سازنده اجتماع صورت گیرد تا از امکان فروپاشی آن کاسته شود. اما در مواردی بدون تردید راه نجات از انجماد ناشی از سردی روابط زوجین انحلال کانون سرمایهش لاعلاج است و اینجاست که نقش حقوق بیش از پیش و بیشتر از دیگر نهادهای اجتماعی در روابط زوجین مطرح می گردد.

در سیستم های حقوقی و در ارتباط با روابط زوجین و حقوق خانواده بعضاً و بدلیل تاثیر اندیشه‌های کاتولیکی، طلاق منع گردیده است و در مواردی نیز آن را متأثر از حاکمیت اراده زوجین و اصول توافق آنها شمرده اند. حقوق اسلام هر چند به ظاهر ساده و سطحی با آن برخورد نموده است اما بر صاحبان خرد پوشیده نیست که علیرغم ظهور اراده بی عنان زوج برای طلاق و برخلاف کاتولیک ها حاضر نیست بپذیرد زن و شوهری علیرغم وجود کراهت و عدم تفاهم سالیان سال با یکدیگر بسوزند و از طرف دیگر نیز انحلال این کانون را به طور مطلق مباح نمی شمرد بلکه آن را کراهتی می داند که مورد غضب پیامبر عظیم الشان اسلام (ص) واقع گردیده است.

طلاق بارزترین موجب انحلال نهاد خانواده است که نیازمند وجود اراده انشایی است، علاوه بر وجود اراده، مصالح و مناسبات اجتماعی نیز در پیدایش آن موثر است. بنابراین علاوه بر اراده

زوج (و در مواردی زوجین) قانونگذار نیز بعنوان مدافع حقوق و مصالح اجتماعی نقش تعیین کننده ای دارد که محدود کننده اراده است و مانع آن می شود که اراده بتواند هر آنچه را می خواهد انشاء موثر نماید.

علیرغم تاثیر قانون، طلاق (مصطلح) یک عمل حقوقی یکجانبه ای است که به اراده زوج واقع می گردد اما در مواردی عناصر سازنده آن از اراده واحد زوج تجاوز نموده و نقش اراده زوجه یا وجود عوض در پیدایش آن تاثیرگذار است. آنچه در این پژوهش به آن پرداخته می شود بیان مورد یا مواردی است که طلاق از حالت ایقاعی و مصطلح خود خارج شده و اراده یک نفر یعنی زوج به تنهایی موجب پیدایش آن نمی گردد آنهم نه از باب دخالت قانون و حکومت بلکه به دلیل وجود عنصر اراده متقابل و حضور عوض در پیدایش آن بعنوان یک عمل حقوقی دوجانبه که به مثابه عقود معاوضی است و برای ایجاد نیازمند اراده انشایی طرفین آن می باشد که به آن طلاق معوض اطلاق می گردد.

مواردی که در مقابل طلاق، عوض یا فدیهای از ناحیه زوجه به زوج پرداخت می گردد آیا می بایست کماکان آن را ایقاع شمرد؟ و ایجاد آن را به اراده انشایی زوج محدود شمرد؟ و یا اینکه در اینگونه موارد نقش عوض را می بایست در ایجاد آن لحاظ نمود؟

وقتی صحبت از طلاق معوض می گردد منظور این است که عمل حقوقی طلاق در مقابل عوض و فدیهای قرار می گیرد که از ناحیه زوجه به زوج تملیک می شود و به عبارت دیگر زوجه با تملیک مالی به زوج جدایی و طلاق را تحصیل می نماید بنابراین اینگونه فرض می شود که طلاق معوض اعم است از خلع و مبارات و هر قسم طلاقی که بر مبنای وجود عوض و یا تاثیر اراده زوجین بوقوع می پیوندد.

در بین فقهای که ماهیت اینگونه طلاق را معاوضی می دانند دو نظر درباره ماهیت آن وجود دارد: یکی نظر کسانی که طلاق خلع و مبارات را در زمره طلاق معاوضی شمرده اند و دیگری نظر کسانی است که طلاق معوض را اعم از طلاق خلع و مبارات دانسته اند و صرف نظر از بحث خلع و مبارات قایل به طلاق معوض گردیده اند. به عبارت دیگر این دو گروه از فقها بر این باورند که وجود عوض ماهیت ایقاعی طلاق را به ماهیت عقدی و معاوضی تغییر می دهد و مانند دیگر عقود نیازمند دو اراده انشایی است و عوض و فدی نقش احد از عوضین در عقود معاوضی را دارد. بنابراین در این مقال سعی خواهد شد به این سؤال اصلی که آیا می توان بوجود طلاق معوض بعنوان یک ماهیت مستقل قایل بود؟ و سؤالات فرعی چون؛ آیا وجود عوض موجب تغییر ماهیت ایقاعی طلاق به ماهیت معاوضی می شود یا خیر؟ آیا آثار قراردادهای معاوضی درباره آن قابل اعمال است؟ آیا طلاق معوض صرف نظر از خلع و مبارات از اقسام طلاق صحیح شمرده می شود یا خیر؟ و آیا طلاق خلع و مبارات نیز از زمره عقود است؟ پاسخ داده شود.

مشهور در حقوق اسلام و خصوصاً فقه شیعه این است که به هر حال و صرف نظر از وجود عوض طلاق ایقاع است و اراده زوجه و عوض در پیدایش آن نقشی ندارد اما عده ای از فقها در مواردی که در قبال طلاق، عوضی قرار می گیرد اراده زوج را به تنهایی برای ایجاد آن کافی نمی دانند و با آن مانند عقود معاوضی برخورد نموده اند اما بین خلع و مبارات و طلاق معوض فرق گذاشته اند.

خلع و مبارات هر چند از اقسام طلاق مصطلح و از نوع بائن آن دانسته شده است اما به علت دخالت اراده زوجه در وقوع آن موضوع پیچیده ای را بوجود آورده است که بررسی و اظهار نظر پیرامون ماهیت و احکام آن را دشوار و نیازمند تتبع و مطالعه مضاعف ساخته است؛ از یک سو خلع در شمار اقسام طلاق آمده است و به اعتبار مقسوم له خود می بایست ایقاع شمرده شود و از سوی دیگر آنچه زوجه بعنوان فدیة می پردازد دارای چنان نقشی است که به مانند عوض در عقود معاوضی تلقی و مطرح می گردد و از سویی نیز قانونگذار به لحاظ مصالح اجتماعی احکامی را بر آن بار می نماید. بنابراین دست یابی به یک ماهیت یا نظریه ای جامع و مانع با مشکل مواجه است که علیرغم سختی های موجود در این گفتار در جهت دسترسی به یک نتیجه منطقی تلاش شده است.

با وجود این اختلافات، قانونگذار صرفاً در مواد ۱۱۴۵ و ۱۱۴۶ قانون مدنی و در بیان اقسام طلاق بائن مختصر اشاره ای به خلع و مبارات نموده است و در مورد ماهیت، احکام و شرایط آن نفیاً یا اثباتاً صحبتی به میان نیاورده است و همین نیز موجب شده است که منابع معتبر و فتاوی فقها و علمای حقوق در این خصوص مورد توجه بیشتر واقع گردد.

بحث پیرامون خلع و مبارات که با حذف طلاق توافقی بیشتر از گذشته مورد ابتلای جامعه واقع شده است نیازمند بررسی و مشخص نمودن قواعد و احکامی است که متاسفانه نمی توان صرفاً با مراجعه به آثار و فتاوی فقها و علمای حقوق به آن دست یافت چرا که از یک سو فقها در ماهیت خلع مختلف اند و از سوی دیگر احکامی که برای آن جاری نموده اند در اکثر موارد مخالف و متعارض با ماهیتی است که خود به آن قائل گردیده اند.

در میان متاخرین و علمای حقوق نیز مفهوم، ماهیت و احکام و شرایط مربوط به خلع و مبارات مورد بی توجهی واقع شده است و صرفاً به نظری که نظر مشهور فقها عنوان گردیده است اکتفا شده و یا با اندک تاملی از آن گذشته اند.

درباره طلاق معوض به معنی الاخص - صرف نظر از مباحث مربوط به خلع و مبارات - بحث با مشکل بیشتری روبرو است و در این خصوص بحث قابل توجهی بیان نشده است و فقها و علمای حقوق نیز به پیروی از نظر مشهور فقها درباره طلاق معوض اظهار نظری نکرده اند و عمده مطالب آنان پیرامون طلاق خلع و مبارات بوده است و جز اقلیتی با طلاق معوض به شدت مخالفت نموده اند. بگونه ای که آن را « وهم فاحش » دانسته اند که شایسته کتب اهل سنت می باشد بنابراین به نظر می رسد اساتید محترم و خوانندگان و مخاطبان این گفتار موافق

خواهند بود که تحقیق و پژوهش و اظهار نظر در این باره کار ساده ای نبوده و نیست و مضاف بر مراتب اشاره شده عربی بودن اکثریت قاطع منابع موضوع، پراکنده بودن مطلب در کلام فقها، تشتت آراء و عدم انسجام اقوال آنان و نیز عدم انطباق و ارتباط حقوق دیگر کشورها و سیستم های حقوقی با این موضوع و حقوق اسلام از جمله مشکلاتی است که در خصوص تحقیق در این زمینه وجود دارد.

علی ایحال روابط اجتماعی در دنیای جدید و پیدایش مسایل و مشکلات مستحدثه در روابط زوجین موجب توافقاتی بین آنان برای جدایی از یکدیگر و پایان بخشیدن به روابط زناشویی می گردد که صرف نظر از نحوه تشریفات آن از نظر ماهوی ممکن است با هیچ یک از انواع پذیرفته شده طلاق در قوانین ایران منطبق نباشد بعنوان مثال؛ ممکن است زوجه ای قصد مهاجرت به کشور دیگری داشته باشد و با مخالفت زوج مواجه گردد و در حالی که هیچ یک از آنان از دیگری کراهتی ندارد و به یکدیگر نیز علاقمند باشند بنا به مصالحی زوجه برای تحصیل طلاق به زوج پیشنهاد عوض نماید که زوج نیز به دلیل وجود این عوض رضایت به طلاق و جدایی دهد، در مواردی از این قبیل که نه مصداق خلع و مبارات است و نه موجبات طلاق و جدایی فراهم است و نه زوج بدون دریافت عوضی موافق به طلاق دادن زوجه است و عوض و فدیة نقش اساسی و عمده در رضایت زوج دارد، اگر به متابعت از قول مشهور فقها عوض و فدیة را حرام و باطل بدانیم و طلاق را انجام شده تلقی کنیم بدون شک خلاف قصد طرفین عمل نموده ایم (ماوقع لم یقصد و ما قصد لم یقع) خصوصاً که اگر طلاق فی نفسه در طبیعت اولیه خود رجعی نبوده باشد که در این صورت طلاق واقع شده است، زوجه مستحق دریافت مهریه نیز می گردد و عوضی نیز به شوهر نمی پردازد و امکان رجوع برای زوج به زوجه نیز وجود ندارد.

بنابراین هدف این است که با اضافه نمودن « طلاق معوض » به اقسام طلاق صحیح در چنین مواردی که کم هم نیست در پی ایجاد راه حل برآمده و با بررسی شرایط و آثار آن حکم لازم به دست آید تا با وارد شدن آن به سیستم حقوقی و ایجاد قانون یا رویه قضایی موانع موجود مرتفع گردد.

در این پایان نامه سعی شده است طلاق معوض بعنوان یک فرضیه مطرح و با بررسی ماهیت موضوع و مطالعه آثار فقها و حقوقدانان و کسب نظر و راهنمایی اساتید محترم و با تاملی در اصول حقوقی و قواعد عمومی قراردادها به تجزیه و تحلیل آن پرداخته و در جهت اثبات آن در حد توان تلاش گردد.

این تحقیق در سه فصل ارائه شده که فصل اول آن به بیان کلیاتی راجع به طلاق با جهت گیری مربوط به موضوع اختصاص دارد، فصل دوم آن به بیان اقسام طلاق معوض اعم از خلع و مبارات می پردازد و در فصل سوم آثار طلاق معوض بررسی و نهایتاً به جمع بندی و نتیجه گیری پرداخته شده است.

فصل اول - کلیات

مبحث اول - مفهوم طلاق

گفتار اول - تعریف طلاق

الف - معنای لغوی

طلاق مصدر « طَلَّقَ » است به معنای؛ گشودن گره، جدا شدن، رها شدن، جدا شدن زن از مرد^۱، رها شدن از قید نکاح و رهایی از زناشویی.^۲ ایضاً در معنای مصدری باب تفعیل و به معنای « تطلیق » بکار رفته است؛ « الطلاق بمعنی التطلاق کالسلام بمعنی التسلیم ».^۳ یعنی رها کردن و آزاد کردن.^۴ و برخی دیگر طلاق را به معنای رها کردن عقد نکاح و انحلال رابطه زناشویی عنوان نموده اند.^۵ معنای اصطلاحی آن نیز مترادف با معنای مصدری « تطلیق » است و وقتی گفته می شود « طلق المراه » به معنای رها کردن زن است که در آیات متعددی از قرآن کریم کلمه طلاق بکار برده شده است که در همین معنای تطلیق و آزاد کردن آمده است:

^۱ - لويس معلوف؛ المنجد فی اللغة، ج ۱، قم: انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول، ص ۴۷۰ - حسن عمید؛ فرهنگ عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ سوم، ۱۳۷۳ش. ص ۸۴۵.

^۲ - احمد سیاح؛ فرهنگ جامع نوین، ج ۲، انتشارات اسلام، چاپ پانزدهم، ۱۳۷۱ش، ذیل واژه طلاق.

^۳ - شیخ فخرالدین طریحی؛ مجمع البحرین، ج ۵، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۷ش. ص ۲۰۷.

^۴ - شرتونی لبنانی؛ اقرب الموراد، ج ۱، قم: انتشارات مدرسه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۳ق. ص ۷۱۳.

^۵ - علی اکبر دهخدا؛ لغتنامه دهخدا، ج ۲۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۱ش. ص ۱۸۲.

- ۱- « وان عزموا الطلاق فان الله سمیع علیم ». ^۱ یعنی « اگر آهنگ طلاق کردند در حقیقت خدا شنوای داناست ». ^۲
- ۲- « والمطلقات یتربصن با نفسهن ثلاثه قروء ». ^۳ یعنی « زنان طلاق داده شده باید به مدت سه پاکی انتظار کشند ». ^۴
- ۳- « الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان و لایحل لکم ان تاخذوا مما اتیموهن شیئاً الا ان یخافا الا یتیما حدود الله فان خفتما الا یتیما حدود الله فلا جناح علیها فیما افتدتت به ». ^۵ یعنی « طلاق رجعی دو بار است پس از آن یا باید زن را به خوبی نگاه داشتن یا به شایستگی آزاد کردن، و برای شما روا نیست که از آنچه به آنان داده اید، چیزی بازستانید مگر آنکه طرفین در به پا داشتن حدود خدا بیمناک باشند پس اگر بیم دارید که آن دو حدود خدا را برپا نمی دارند در آنچه که زن برای آزاد کردن خود فدیة می دهد گناهی بر ایشان نیست ». ^۶
- ۴- « فان طلقها فلاتحل له من بعد حتی تنکح زوجاً غیره فان طلقها فلا جناح علیهما ان یتراجعا... ». ^۷ یعنی « اگر بعد از دو طلاق و رجوع بار دیگر او را طلاق داد، از آن به بعد زن بر او حلال نخواهد شد مگر اینکه همسر دیگری انتخاب کند و با او آمیزش جنسی نماید، در این صورت اگر همسر دوم او را طلاق گفت گناهی ندارد که بازگشت کند ». ^۸
- ۵- « و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ». ^۹ یعنی « و هر گاه زنان را طلاق دادید بایستی تا نزدیک زمان پایان عده یا آنها را به سازگاری در خانه نگاه دارید و یا به نیکی رها کنید... ». ^{۱۰}

۱ - سوره بقره، آیه ۲۲۷.

۲ - قرآن مجید با ترجمه فارسی، مترجم: محمد مهدی فولادوند، قم: دارالقرآن الکریم دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۶ ش. آیه ۲۲۷.

۳ - سوره بقره، آیه ۲۲۸.

۴ - محمد مهدی فولادوند؛ پیشین آیه ۲۲۸.

۵ - سوره بقره، آیه ۲۲۹.

۶ - محمد مهدی فولادوند؛ پیشین، آیه ۲۲۹.

۷ - سوره بقره، آیه ۲۳۰.

۸ - قرآن مجید با ترجمه فارسی، مترجم: ناصر مکارم شیرازی، قم: دارالقرآن دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۶ ش. آیه ۲۳۰.

۹ - سوره بقره، آیه ۲۳۱.

۱۰ - قرآن کریم با ترجمه فارسی، مترجم: مهدی الهی قمشه ای، قم: انتشارات فاطمه الزهراء، چاپ دوم، ۱۳۸۰ ش. آیه ۲۳۱.

- ۶- « و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف ». یعنی^۱ « و هنگامی که زنان را طلاق دادید و عده خود را به پایان رساندند، مانع آنها نشوید که با همسران سابق خویش ازدواج کنند ».^۲
- ۷- « لا جناح علیکم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فریضه ». یعنی^۳ « اگر زانی را که به آنها نزدیکی نکرده اید و مهری برای ایشان مقرر نداشته اید طلاق گوئید، گناهی نکرده اید ».^۴
- ۸- « و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن قد فرضتم لهن فریضه فنصف ما فرضتم الا ان یعفون او یعفو الذی بیده عقده النکاح... ».^۵ یعنی اگر زنان را مادامی که با آنان نزدیکی نکرده اید و بر ایشان مهری معین کرده باشید نصف آنچه را معین کرده اید به آنها بپردازید مگر اینکه زن یا ولی او بر شما ببخشند.
- ۹- « یا ایها الذین امنوا اذ انکحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن مما لکم علیهن من عده تعدونها... ».^۶ یعنی « ای مردان با ایمان، هر گاه زنان مومنه را به عقد خود درآوردید و پس از آنکه با آنها نزدیکی کنید طلاقشان دادید در این صورت از شما نگاهداشتن عده بر آنها نیست... ».^۷
- ۱۰- « یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العده واتقوا الله... ».^۸ یعنی « ای پیامبر چون خواهید که طلاق دهید زنان را پس طلاقشان دهید تا سرآمد عده آنان و بشمرید و ثبت کنید عده را و بترسید خدا را... ».^۹
- ۱۱- « عسی ربه ان ینکحن ان ینکحن ازواجاً خیراً منکن مسلمات مومنات... ».^{۱۰} یعنی « امید است که اگر او شما را طلاق می دهد، پروردگارش به جای شما همسرانی بهتر برای او قرار دهد ».^{۱۱}

۱- سوره بقره، آیه ۲۳۲.

۲- ناصر مکارم شیرازی؛ پیشین، آیه ۲۳۲.

۳- سوره بقره، آیه ۲۳۶.

۴- قرآن مجید با ترجمه فارسی، مترجم: عبدالمحمد آیتی، تهران: انتشارات سروش، چاپ چهارم، ۱۳۷۴ش. آیه ۲۳۶.

۵- سوره بقره، آیه ۲۳۷.

۶- سوره احزاب، آیه ۴۹.

۷- مهدی الهی قمشه ای؛ پیشین، آیه ۴۹.

۸- سوره طلاق، آیه ۱.

۹- قرآن کریم، ترجمه محمد کاظم معزی، چاپ انتشارات علمیه، بی جا، بی تا، ص ۳۳۱، سوره طلاق، آیه ۱.

۱۰- سوره تحریم، آیه ۵.

۱۱- ناصر مکارم شیرازی؛ پیشین، سوره تحریم، آیه ۵.

۱۲- « و للمطلقات متاع بالمعروف حقاً علی المتقين »^۱ یعنی « برای زنان مطلقه بهره ای است شایسته، چنان که در خور مردان پرهیزکار باشد »^۲.

ب - معنای اصطلاحی

دکتر لنگرودی در ترمینولوژی حقوق آورده است که، « طلاق (مدنی - فقه) انحلال رابطه زناشویی در عقد نکاح دایم خواه به قصد و رضای زوج باشد (ماده ۱۱۳۳-۱۱۳۹ق م) خواه بوسیله نماینده قانونی زوج مانند طلاق دادن زوجه مجنون دایمی بوسیله ولی او (ماده ۱۱۳۷) یا مانند موردی که زوجه به استناد وکالت از زوج خود را مطلقه می سازد (ماده چهارم قانون ازدواج مصوب ۲۳ / ۵ / ۱۳۱۰) ممکن است طلاق به توسط دادگاه واقع شود (ماده ۱۰۲۹ ق.م.ا...)^۳».

در حقوق کنونی ایران در تعریف طلاق چنین بیان شده است که « طلاق عبارت است از انحلال نکاح دایم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده قانونی وی »^۴. هر چند که با تغییر مقررات مربوط به طلاق و خصوصاً اصلاحات انجام شده در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که حق مرد برای طلاق را محدود ساخته و مقید به رعایت مقررات قانونی نموده است و ایضاً ماده واحده قانون اصطلاح مقررات راجع به طلاق مصوب ۱۳۷۱ش مجمع تشخیص مصلحت نظام که برای انجام طلاق مرد ناچاراً می بایست جهت تحصیل گواهی عدم امکان سازش اقدام نماید می بایست در تعاریف انجام شده تجدید نظر گردد.

در فقه طلاق « ازاله قید النکاح بصیغه مخصوصه »^۵ تعریف شده است که البته عده ای از فقها واژه « بغیر عوض »^۶ را نیز به آن اضافه نموده اند که قید صیغه بخصوص از آن جهت است

۱ - سوره بقره، آیه ۲۴۱.

۲ - عبدالمحمد آیتی؛ پیشین، سوره بقره، آیه ۲۴۱.

۳ - محمد جعفر جعفری لنگرودی؛ ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲ش، ص ۴۳۰.

۴ - سید حسین صفایی و اسدالله امامی؛ حقوق خانواده، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۲ش، ص ۲۶۰.

۵ - محمد حسن نجفی؛ جواهر الکلام، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامی، ج ۳۲، چاپ ششم، ص ۲۲۳ - فاضل هندی، کشف اللثام، ج ۱، قم: موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ق. ص ۱۱۲.

۶ - شهید ثانی؛ شرح لمعه، ج ۶، نجف: جامعه الدینییه، چاپ دوم، ۱۹۷۹. ص ۱۱.

که با فسخ نکاح مشتبّه نشود و از سوی دیگر بیان « بغير عوض » از این جهت است که طلاق را از خلع و مبارات و یا طلاق معوض متمایز سازند.^۱

در حقوق فرانسه طلاق « divorce » چنین تعریف شده است: « طلاق قطع رابطه زناشویی به حکم دادگاه، در زمان حیات زوجین به درخواست یکی از آنان یا هر دو است ». ^۲ باید توجه داشت که طلاق مخصوص عقد نکاح دایم است و نکاح موقت با بذل مدت یا انقضای زمان منحل می گردد بهمین جهت نیز ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی مقرر داشته است: « طلاق مخصوص عقد دایم است و زن مطلقه با انقضای مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می شود ».

در ترمینولوژی حقوق در خصوص واژه طلاق آمده است: « انحلال رابطه زناشویی در عقد نکاح دایم خواه به قصد و رضای زوج باشد (ماده ۱۱۳۳-۱۱۳۹ ق م) خواه بوسیله نماینده قانونی زوج مانند طلاق دادن زوجه مجنون دایمی بوسیله ولی او (ماده ۱۱۳۷ ق م) و یا مانند موردی که زوجه به استناد وکالت از زوج خود را مطلقه می سازد (ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۲۳ / ۵ / ۱۳۱۰) ممکن است طلاق به توسط دادگاه واقع شود (ماده ۱۰۲۹ ق م) Divorce طلاق دادگاهی است طلاق به معنای متعارف در مدنی ما با Repudiation مناسبت دارد و طلاق ممکن است بصیغه طلاق خالی و یا به صیغه طلاق با خلع یا مبارات و یا بدون آنها (مانندظهار و لعان) باشد و طلاق بعوض هم از اقسام طلاق است و فسخ محسوب نمی شود (فسخ مغایر با طلاق است مانند فسخ به سبب ثبوت رضاع یا عیب یا ارتداد و مانند اینها)». ^۳

گفتار دوم - ماهیت طلاق

انسان موجودی است صاحب اراده انشایی که با آن وضعیت های حقوقی را ایجاد می کند. این اراده انشایی را در مواردی که اثر به خواست فرد بوجود می آید اعمال حقوقی می نامند. اعمال حقوقی گاه با یک اراده بوجود می آید که به آن ایقاع گفته می شود و در مقابل آن عقد وجود دارد که برای تحقق نیاز به وجود دو اراده انشایی دارد.

در حقوق اسلام و حقوق ایران قبل از اصلاح ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در سال ۱۳۸۲ طلاق

۱ - سید مصطفی محقق داماد؛ بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: نشر علوم اسلامی، چاپ پنجم، ۱۳۷۴ ش. ص ۳۸۱.

۲ - سید حسین صفایی، و اسدالله امامی؛ پیشین، ص ۲۵۹.

۳ - محمد جعفر جعفری لنگرودی؛ پیشین، ص ۴۳۰.

بالاجماع - جزء در موارد خاص - ایقاعی است که بوجود آمدن آن تنها با اراده مرد یا نماینده او واقع می گردد و اصولاً نیازی به موافقت و رضایت زن ندارد.

این یک جنبه نگری و ایقاع شمردن طلاق تا آنجا پیشرفت نموده است که حتی در مواردی مانند خلع و مبارات که توافق زوجین در ایجاد آن بدیهی به نظر می رسد را نیز بعضاً ایقاع شمرده اند و قانون مدنی در ماده ۱۱۳۳ سابق نیز تحت تاثیر این اجماع مقرر می داشت که، « مرد هر وقت بخواهد می تواند زن خود را طلاق دهد ».

اما با اصلاح ماده مذکور که با نگرش قضایی شدن طلاق صورت گرفت دیگر اراده مرد مانند سابق آزادی کامل ندارد و در حدود مقررات و پس از تحصیل گواهی عدم امکان سازش می تواند به اجرای طلاق مبادرت ورزد ضمن اینکه این حق مسلم و انحصاری مرد به زن نیز اعطا گردید بنابراین زن هم می تواند تقاضای طلاق نماید، ماده ۱۱۳۳ اصلاح شده قانون مدنی مقرر می دارد که: « مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.

تبصره: زن نیز می تواند با وجود شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید ». هر چند که مجوز درخواست طلاق به معنای توانایی برای ایجاد آن نمی باشد اما مقصود این است که این عمل حقوقی یک جنبه با آن اختیار مطلق تحلیل رفته و از آن حالت ایقاعی خود در حال خارج شدن می باشد.

مبحث دوم - موجبات طلاق

گفتار اول - طلاق به درخواست زوج

فقههای اسلام اعم از شیعه و سنی با استنباط از آیات شریفه قرآن کریم^۱ در مورد طلاق و ایضاً احادیث و روایات وارده در این خصوص من جمله حدیث نبوی « الطلاق بید من أخذ بالساق »^۲ و نیز حدیث « انما یملک الطلاق من أخذ بالساق »^۳ بالاجماع بر این باورند که طلاق

۱ - آیات ۲۲۶ تا ۲۳۲ سوره بقره و ایضاً آیات ۱ و ۲ سوره طلاق.

۲ - حرعاملی؛ وسایل الشیعه، ج ۱۵، قم: موسسه آل البیت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق. ص ۲۶۷.

۳ - پیشین