

## مقدمه

وکالت از مظاهر همکاری اجتماعی است زیرا افراد اموری را که توان علمی و بدنی انجام آن را ندارند و یا به دلایلی نمی خواهند خود به طور مستقیم درگیر آن شوند به وکلای خبره، آشنا و توانمند می سپارند و هر روز با گسترش علم و تکنولوژی و پیچیده تر شدن روابط اجتماعی و برقراری قوانین و مقررات مختلف بر اهمیت وکالت افزوده می شود.

با توجه به اهمیتی که این ابزار کار ساز و مهم حقوقی در روابط اجتماعی دارد، ضمن بررسی نظرات فقها و حقوقدانان به این نتیجه می رسیم که امور، اصولاً قابل نیابت هستند مگر مواردی که قانون گذار مباشرت در انجام آنها را ضروری تشخیص داده و شرط نموده است.

موضوع تحقیق حاضر از جمله اموری است که قانون گذار صراحتاً قابل نیابت بودن آن را بیان داشته و از این رو بحث اختلافی در این زمینه وجود ندارد.

علاوه بر این یکی از راهکارهایی که اسلام برای پشتیبانی از استحکام خانواده و حفظ حقوق طرفین عقد نکاح ارائه داده است شروط ضمن عقد است. ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی بیان می دارد که: « طرفین عقد ازدواج می تواند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند ».

قبل از پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی، در دفاتر نکاح تنها اجرای عقود ثبت می گردید اما پس از انقلاب به دستور شورای عالی قضایی، شروط را به عنوان شروط ضمن عقد در اسناد ازدواج چاپ نمودند که طرفین عقد نکاح، در صورت پذیرش، آن را امضاء نمایند و مقید شد که سر دفتر ازدواج نیز موظف به تفهیم شروط به زوجین می باشد. یکی از این شروط شرط وکالت زوجه در طلاق است که در بند (ب) اسناد رسمی ازدواج آمده است که در صورت تحقق مواردی زن وکیل در طلاق می شود، و با اثبات آن در دادگاه خود را مطلقه می سازد.

این جانب امیدوار است با تکیه بر ذات لایزال الهی و با استفاده از قوانین و مقررات مندرج در کتب فقهی و حقوقی اقسام وکالت در طلاق و بخشی از مطالب مطرح شده در جامعه را که اکثر بانوان ایرانی از آن آگاهی نداشته و به همین دلیل در دادگاههای خانواده دچار مشکل می گردند ، ثبت نموده و به همه عزیزان اهدا نمایم . در ابتدا به بیان مسأله و سؤال های اصلی ، فرضیه ها، هدفها، سابقه و ضرورت تحقیق می پردازیم. سپس طی چهار فصل مباحث اصلی مطرح خواهد شد.

فصل اول مشتمل بر کلیات، تعریف کلمات کلیدی، و بیان اقسام طلاق، وکالت و شرط می باشد. در فصل دوم اقسام وکالت در طلاق، شامل وکالت زوجه و وکالت غیر زوجه را از منظر فقه و حقوق مورد بررسی قرار خواهیم داد. در فصل سوم مبانی فقهی و اگذاری طلاق به مرد و توکیل آن بیان می گردد. فصل چهارم به بیان حکمتهای حکم طلاق و پاسخ به شبهات وارده اختصاص دارد. و در پایان به نتیجه گیری از مجموعه مطالب خواهیم پرداخت.

## تعریف مسأله و بیان سوالهای اصلی تحقیق:

طلاق، یکی از راههای انحلال نکاح است و دارای اقسام گوناگونی است که بر طبق قواعد اسلامی و قانون مدنی جزء ایقاعات است نه عقود. و ایقاع عملی است حقوقی که مبتنی بر اراده یک طرف است. طلاق در فقه اسلام، ایقاعی است که به مردان اختصاص دارد و مانند هرامر نیابت پذیری، قابل توکیل است. که به دوشکل قابل تصور است: ۱) زوج می تواند شخص ثالثی را بعنوان نماینده خود وکیل در طلاق کند. ۲) زوج می تواند وکالت در انجام طلاق را به خود زوجه محول کند که در این صورت زوجه وکیل در طلاق می گردد، یا حتی وکیل در توکیل نیز از طرف زوج خواهد بود. با توجه به اینکه روش تطبیقی بی نقص ترین و آسانترین راه برای رسیدن به واقع است لذا در این تحقیق طلاق وکالتی را از دیدگاه مذاهب اسلامی مورد بررسی قرار خواهیم داد.

سوالاتی که در اینجا مطرح است

- ۱- مبانی فقهی طلاق وکالتی از دیدگاه مذاهب اسلامی چیست؟
- ۲- آیا در تمامی مذاهب اسلامی اختیار زوج برای طلاق مطلق و نامحدود است؟
- ۳- شرط وکالت زوجه در طلاق چگونه شرطی است؟

## فرضیه ها :

- مبانی فقهی طلاق وکالتی اصول و قواعد کلی دین است که در منابع فقهی (قرآن ، سنت ، اجماع ، عقل) موجود می باشد .
- در اسلام ، طلاق ایقاعی است که به دست مردان سپرده شده است. لکن تدابیری اندیشیده شده که اولاً مرد نتواند از این حق سوء استفاده کند و ثانیاً حق زن احقاق شود و مرد نتواند آن را تزییع کند
- شرط وکالت زوجه در طلاق با تحقق شرایط خاصی صورت می گیرد و می تواند موجب ایجاد توازن در حق طلاق شود.

## هدفها:

هدفهای علمی:

شناخت مبانی فقهی طلاق وکالتی، برطرف کردن ضعف استدلالی و مبناپی در این زمینه، آشنا ساختن افرادی که درگیر این مساله هستند به این موضوع و تبیین آثار و نتایج آن، گسترش زمینه های تحقیق در این مساله.

هدفهای کاربردی:

با بررسی شرایط و مقررات حاکم بر موضوع وکالت در طلاق، با توجه به گسترش روزافزون تشریفات قضایی و نیاز مبرم به توکیل در امور مختلف حقوقی، قوه قضائیه را برای رسیدن به موقعیت مطلوب در این زمینه یاری بدهیم. همچنین شناساندن و آگاه کردن زنان جامعه به حقوق خود از طریق بررسی شرط وکالت ضمن عقد نکاح، به عنوان راهی برای رهایی زنان در مواردی که مردان آنها را در موقعیت نامطلوب نگه می دارند و در عین حال از طلاق آنها خودداری می کنند.

## سابقه و ضرورت تحقیق:

اگرچه در کتب فقهی و حقوقی پیرامون طلاق و وکالت و شروط به صورت جدا از یکدیگر و مستقل بحث و تحقیق صورت گرفته است، ولی بصورت تطبیقی در مورد طلاق وکالتی تا جائیکه نگارنده اطلاع دارد، تحقیقی صورت نگرفته است. البته در برخی از پایان نامه ها و مقالات مانند پایان نامه وکالت در نکاح و طلاق، پایان نامه طلاق رجعی با توافق زوجین، به صورت پراکنده و ضمنی و بسیار گذرا به این موضوع اشاره شده است. امروزه به دلیل وجود تشریفات قضایی، انجام اعمال حقوقی نیازمند تسلط بر قوانین و مقررات موجود می باشد. از آنجا که موضوع طلاق وکالتی در قانون مدنی ایران و اسناد ازدواج نیز پیش بینی شده است این سوال مطرح می شود که مبانی فقهی طلاق وکالتی و شرایط صحت و تحقق آن چیست که برای پاسخ صحیح به این سوال رجوع به منابع فقهی و بررسی و تحلیل آرای گوناگون که در این موضوع مطرح شده است، ضرورت پیدا می کند.

## جنبه جدید بودن و نوآوری طرح در چیست؟

طلاق وکالتی هر چند در عصر امروز به عنوان یک عامل برای حل مشکلات بانوان جامعه و حمایت از آنان در سند ازدواج مورد توجه قرار گرفته است ولی از بعد پژوهشی و علمی زوایای مبهم و کار نشده فراوانی دارد که نیاز مبرم به یک تحقیق مستقل به خوبی احساس می گردد و این تحقیق سعی در پر کردن این خلاء علمی پژوهشی دارد. علاوه بر آن در بعد تطبیقی می تواند راهگشا و الگوی مناسبی برای مشکلات جوامع اسلامی باشد.

## روش انجام تحقیق:

این تحقیق مبتنی بر مقایسه طلاق وکالتی در فقه امامیه و مذاهب اهل سنت است و به روش کتابخانه ای می باشد. و در تدوین و گردآوری یافته های آن از کتب، مقالات، و اطلاعات موجود در نرم افزارها استفاده شده است.

فصل

اول

کلیات

## ۱-۱-۱-۱-۱ طلاق

### ۱-۱-۱-۱-۱-۱ مفهوم طلاق:

#### ۱-۱-۱-۱-۱-۱-۱ تعریف لغوی:

الف- طلاق در لغت به معنای گشودن و رها کردن است:<sup>۱</sup>

ب- طلاق به معنای حل قید است خواه حسی باشد، خواه معنوی مثل حل قید نکاح که برداشتن ارتباط حاصل بین زوجین است.<sup>۲</sup>

ج- طلاق در لغت به معنی رهائی، آزاد کردن، ترک کردن، وا گذاشتن و... است.<sup>۳</sup>

د- طلاق در پارسی به معنای بیزاری وجدایی کامل است.<sup>۴</sup>

با توجه به موارد فوق به این نتیجه می‌رسیم که رهایی وجه مشترک همه تعاریف است. در تعریف قسمت (ب) با تفصیل بیشتری بیان کرده و طلاق را به معنای حل قید اعم از حسی و معنوی دانسته است، در حالیکه در قسمت (د) ذهنیتی که در مصادیق رهایی وجود دارد در معنای لغوی نیز تاثیر گذاشته است.

### ۱-۱-۱-۱-۲-۱-۱-۱ تعریف اصطلاحی

#### ۱-۱-۱-۱-۲-۱-۱-۱-۱ طلاق در اصطلاح فقه

الف- به معنای زائل کردن قید ازدواج با لفظ مخصوص است.<sup>۵</sup>

---

<sup>۱</sup> حسین صفایی؛ اسدالله امامی، نکاح و انحلال آن، ج اول، ص ۲۵۹.

<sup>۲</sup> عبد الرحمن جزیری، فقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴۰، ص ۲۷۸.

<sup>۳</sup> سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۳۸۰.

<sup>۴</sup> علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، ص ۱۳۶۶۳.

<sup>۵</sup> محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۲، ص ۲۷۴.

ب- واژه طلاق در اصطلاح شریعت همان مفهوم عرفی رایج میان عقلاء را می‌رساند که شارع مقدس با شرایط خاصی امضاء کرده و به معنای گشودن پیوند زناشویی با واژه مخصوص یا اشاره و نوشته ای است که جایگزین آن باشد، چه پیوند زناشویی بلافاصله گشوده شود و چه بعد از گذشت زمان معین.<sup>۱</sup>

د- طلاق عبارت از "رفع قید نکاح در حال یا در آینده به لفظ مخصوص" فقهای اهل سنت از قید در حال انواع طلاق بائن و از قید در آینده طلاق رجعی را اراده کرده اند.<sup>۲</sup>

#### ۱-۱-۱-۲- طلاق در اصطلاح حقوق

الف- بعضی از استادان حقوق فرانسه طلاق را اینگونه معنا کرده اند: "طلاق عبارتست از قطع رابطه زناشویی به حکم دادگاه در زمان حیات زوجین به درخواست یکی از آن دو یا هر دو".

ب- طلاق در حقوق ایران عبارت است از انحلال نکاح دائم با تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده قانونی او.<sup>۳</sup>

ج- طلاق عبارتست از انحلال رابطه زناشویی در عقد نکاح دائم خواه به قصد و رضای زوجه باشد خواه به وسیله نماینده قانونی زوج.<sup>۴</sup>

د- طلاق عبارتست از ایقاعی<sup>۵</sup> تشریفاتی که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را به طور دائم در قید زناشویی اوست رها می‌سازد.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> سید احمد میر خلیلی، زن در حقوق خانواده، به نقل از ماهنامه کتاب نقد، شماره ۱۲، ص ۱۰۲

<sup>۲</sup> محمد ابوزهره، الاحوال الشخصیه، ص ۲

<sup>۳</sup> همان

<sup>۴</sup> محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۳۰.

<sup>۵</sup> ایقاع انشاء اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود. ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی، ص ۴۴۶.

<sup>۶</sup> سید احمد میر خلیلی، همان، ص ۱۱۶



در قانون مدنی کشور ما تعریف طلاق بدین صورت آمده است: طلاق "عبارت است از ازاله قید نکاح دائم با شروط خاص." ۱

باتوجه به موارد فوق می توان طلاق را چنین تعریف کرد: طلاق نوعی ایقاع تشریفاتی است که ریشه در مفهوم عرفی رایج میان عقلاء را دارد و شارع مقدس با شرایط خاصی امضاء کرده و به معنای گشودن پیوند زناشویی دائم با واژه مخصوص یا اشاره و نوشته ای است که جایگزین آن باشد، چه پیوند زناشویی بلافاصله گشوده شود و چه بعد از گذشت زمان معین .

### ۱-۱-۲- ماهیت طلاق

۱- طلاق ایقاع است: به عبارت دیگر عملی ارادی است که به منظور رسیدن به هدف خاص انجام می پذیرد و اثر حقوقی که بر آن مترتب می شود دلخواه فاعل (مرد) است و نیاز به توافق یا قبول طرف مقابل (زن) ندارد، جز اینکه احتمال دارد قانون گذار نیز در کنار اثر اصلی، لوازم قانونی یا عرفی خاصی پیش بینی کند .

۲- طلاق ایقاعی تشریفاتی است: در قانون مدنی آمده که شوهر می تواند هرگاه بخواهد زن خود را طلاق بدهد و چنین می نماید که اراده شوهر بر این ایقاع حکومت دارد ولی تشریفات وقوع طلاق و لزوم جمع شرایط ویژه در زن این اراده را محدود می کند همچنین قوانین مربوط به حمایت خانواده نیز دخالت دادگاه را در آن ضروری می سازد آخرین تحول در لایحه ی قانونی دادگاه مدنی خاص این است که شوهر باید از دادگاه اذن بگیرد هر چند فقدان این اذن مانع قاطعی در اجرای تصمیم شوهر نیست و رسیدگی دادگاه صرفاً محدود به اصلاح و وادار ساختن شوهر به تأمل بیشتر است و آنگاه که داوران از آشتی دادن زن و شوهر نا امید شوند اذن به طلاق می دهند .

---

۱ ماده ۱۱۳۳ ق.م.

### ۱-۱-۳- تفاوت فسخ و طلاق

در اصطلاح شرعی طلاق عبارتست از " ازاله قید النکاح بصیغه مخصوصه " " طلاق زائل نمودن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوصی است".<sup>۱</sup>

ذکر قید " صیغه مخصوص " در تعریف فوق به این جهت است که تعریف فسخ نکاح از تعریف طلاق خارج شود، زیرا در مواردی که عقد نکاح به علت تدلیس و یا عیب فسخ می شود دیگر نیازی به صیغه مخصوص نیست .

ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی : " در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است شرط نیست."

فسخ نکاح اگر چه از لحاظ داشتن عده با طلاق یکسان است، لکن در بسیاری از احکام با هم تفاوت دارند. موارد تفاوت آن دو به شرح زیر است :

- ۱- در طلاق انشاء صیغه لازم است، اما در فسخ چنین نیست .
- ۲- طلاق چنانچه قبل از دخول انجام گیرد، مهریه تنصیف می گردد، در حالی که در فسخ قبل از دخول به طور کلی مهریه به زوجه تعلق نمی گیرد، جز در عنن که موردی خاص است .اما فسخ پس از نزدیکی در این مورد با طلاق تفاوتی ندارد.
- ۳- صحت طلاق منوط به وجود شرایط خاص در زن است ، مانند آنکه باید در طهرغیر واقعه باشد، در حالی که در فسخ چنین شرطی مطرح نیست.
- ۴- در طلاق حضور دو عادل و استماع آنان لازم است ، به خلاف فسخ که وجود چنین شرطی لازم نیست .<sup>۲</sup>

---

<sup>۱</sup> محمد حسن نجفی، همان، ص ۲؛ محمد بن الحسن اصفهانی، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۱۳.

<sup>۲</sup> محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۰، ص ۳۴۴.

## ۱-۱-۴-ارکان طلاق

طلاق دارای چهار رکن است که عبارت اند از:

(۱) صیغه طلاق

(۲) مطلق - طلاق دهنده

(۳) مطلقه - طلاق داده شده

(۴) اشهاد - حضور دو شاهد عادل در مجلس طلاق<sup>۱</sup>

به نظر می رسد با توجه به اینکه اکنون طلاق بدون موافقت دادگاه واقع نمی شود، اگر کسب موافقت دادگاه را به عنوان رکن پنجم طلاق به شمار آوریم چندان بیوجه نباشد.

### ۱-۱-۴-۱-۱-صیغه طلاق

فقها در باره اینکه چه چیزی می تواند یک صیغه طلاق صحیح تلقی شود و موجب انحلال عقد نکاح گردد مباحث زیادی را طرح نموده اند. آنچه که مسلم است اینکه صیغه طلاق می بایست از ناحیه شارع به ما برسد؛ و تا شرع مقدس صریحا عبارتی را در این خصوص بیان نکرده باشد، نمی توانیم الفاظی را از سوی خود ابداع نموده و برای این منظور به کار بریم تا آثار طلاق را بر آن جاری سازیم آنچه که به عنوان صیغه طلاق منصوصا و از طریق اجماع به ما رسیده و طلاق با آن می شود، عبارتست از: " انت طالق"، " هذه طالق"، " فلانه طالق"، " زوجتی طالق"<sup>۲</sup>

علامه حلی می گوید لفظ خاص طلاق نزد شیعه یک لفظ بیشتر نیست و آن عبارتست از گفته شوهر به این که به زنش بگوید " طالق"<sup>۳</sup>

و در جای دیگر می گوید که: (انت من مطلقات) اعتباری نداشته و با آن طلاق واقع نمی شود.<sup>۴</sup>

---

<sup>۱</sup> زین الدین العاملی، همان، ص ۱۳۲.

<sup>۲</sup> زین الدین العاملی، همان، ص ۱۳۳.

<sup>۳</sup> حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵۳.

<sup>۴</sup> حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۶۳.

حلی از امام صادق نقل کرده است که از آن حضرت سؤال شد که اگر مردی هنگام طلاق به زنش بگوید: " انت منی خلیه : او بریه؛ او حرام... آیا این طلاق محسوب می شود یا خیر؟ آن حضرت در پاسخ فرمودند "لیس بشی" که در واقع امام (ع) این الفاظ را از صیغه طلاق محسوب نداشته اند.<sup>۱</sup> در مورد اینکه آیا صیغه طلاق باید به زبان عربی بیان شود؟ یا اینکه به زبان غیر عربی نیز ممکن است انجام پذیرد؟

در این مورد دو نظریه وجود دارد

الف- مشهور فقها از جمله ابن ادریس در کتاب " السرائر " تصریح نموده اند که در صورتیکه مُطَلَق توانایی اجرای صیغه طلاق را به زبان عربی را داشته باشد جایز نیست که به غیر عربی بیان نماید.<sup>۲</sup>

ب- شیخ طوسی در کتاب " النهایه " و عده ای هم به تبعیت از ایشان اعتقاد دارند که اجرای صیغه طلاق علاوه به زبان عربی با هر زبان دیگری انجام پذیرد صحیح و درست است به شرط اینکه با کلمات و عباراتی بیان شود که دقیقاً مرادف با صیغه ( انت طالق ) و رساننده مفهوم و معنای دقیق آن باشد.<sup>۳</sup>

شیخ طوسی در توجیه نظریه خود دو گونه استدلال نموده است :

اول : از آنجا که مقصود با لذات و حقیقی از طلاق همان معنی و مفهوم طلاق است و الفاظ صرفاً برای دلالت بر آن مقصود وضع گردیده اند، پس با هر لفظی که رساننده این مقصود باشد می توان صیغه طلاق را اجرا نمود.

دوم : روایتی که وهب ابن وهب از امام صادق (ع) نقل کرده است. امام علی (ع) به نقل از حضرت علی (ع) فرموده اند " کل طلاق بکل لسان فهو- هر طلاقی با هر زبانی طلاق است " ولی فقهای دیگر این روایت مورد استناد شیخ را فقط به موارد عجز از تکلم عربی مربوط ، و نظر شیخ را مردود دانسته اند.

---

۱ محمد بن حسن حرعاملی، وسایل الشیعه، باب ۱۶، از ابواب مقدمات طلا

۲ حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، مختلف الشیعه ، ص ۵۸۵

۳ محمد بن حسن حرعاملی، همان باب ۴ ، از ابواب طلاق.

#### ۱-۱-۴-۲-مطلق: ( طلاق دهنده )

مطلق یکی از ارکان طلاق است، یعنی کسی که ملکیت طلاق را بر عهده دارد و مالک واقع ساختن طلاق است و تنها مرد است که می تواند با اراده جداگانه اش از زن جدا شود اما زن ابتداءً و در وهله نخست اختیار طلاق را ندارد بلکه تنها با شرایطی در ضمن عقد نکاح همچون ناتوانی شوهر از دادن نفقه، غیبت زوج و امثال این اسباب می تواند اختیار طلاق را در دست گیرد. طلاق دهنده باید از شرایطی که در ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی آمده برخوردار باشد.

قانونگذار در ماده حقوقی برای طلاق دهنده چهار شرط قائل شده که عبارتند از:

#### ۱- بلوغ:

بلوغ بدین معنا که شخص طلاق دهنده باید از نظر سنی به حد بلوغ شرعی رسیده باشد. بنابراین این کودک اعم از اینکه ممیز باشد یا غیر ممیز نمی تواند زوجه خود را در طلاق دهد؛ و اگر به این عمل مبادرت نماید طلاق باطل و بلا اثر خواهد بود.

در فقه نیز بلوغ یکی از شرایط طلاق دهنده شمرده شده است و از آنجا که مستند این نظراخبار متواترمی باشد لذا در این مسئله مشهور فقها این شرط را معتبر دانسته اند.<sup>۱</sup> و حتی طلاق را که از سوی ولی زوج صغیر انجام شود، صحیح نمی دانند؛ خواه این ولی پدر، جد پدری یا حاکم شهر باشد.

برای این موضوع استناد شده به:

الف) روایات رسیده به مضمون " الطلاق بید من اخذ بالساق "، طلاق به دست خود شوهر (صاحب بضع) است. بنابراین این به ولایت نمی توان طلاق داد.

ب - علاوه بر روایات و اخباری که در این خصوص وارد شده اجماع فقها نیز در این مسئله مستقر می باشد.<sup>۳</sup>

---

<sup>۱</sup> طلاق دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد.

<sup>۲</sup> محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۲، ص ۴.

<sup>۳</sup> محمد بن حسن حر عاملی، همان، باب ۳۲ از ابواب مقدمات طلاق.

## ۲- عقل

شرط دومی که ماده ۱۱۳۶ ق.م. برای طلاق دهنده قائل شده عقل است. بنابراین مجنون که فاقد این شرط است نمی تواند زوجه خود را طلاق دهد.

در فقه آمده کسی که طلاق می دهد باید عاقل باشد و چون عقل شرط است طلاق دیوانه صحیح نیست ، خواه همواره دیوانه باشد و یا جنونش ادواری بوده و طلاق در زمان دیوانگی از او صادر شده باشد.<sup>۱</sup> البته در فرض جنون ، ولی در صورت وجود مصلحت تنها از جانب دیوانه ای که جنونش مستمر و همیشگی است طلاق می دهد.<sup>۲</sup> امداد مورد مجنون ادواری و کودک ، به دلیل اینکه زمانی انتظار می رود که در آن زمان نقصان او برطرف گردد، طلاق ولی صحیح نمی باشد.

## ۳- قصد

منظور از این شرط آنست که شخص طلاق دهنده در ادای لفظ وصیغه طلاق قاصد باشد. به عبارت دیگر بدانند که چه می گویند و بر معنی و مفهوم واقعی عباراتی که تلفظ می کند وقوف کامل داشته باشد.

فقها نیز در این مسئله اتفاق نظر دارند. مبنا و مستند فقهی این نظر عبارتست از:

اولاً روایات و اخبار زیادی که از امامین محمد باقر و جعفر صادق علیهما السلام نقل گردیده است. از جمله روایت عبد الواحد بن مختار انصاری و خبر هشام به این مضمون که حضرت صادق (ع) فرمود: " لا طلاق الا لمن اراد الطلاق - واقع نمی شود مگر آنکه طلاق دهنده قصد و اراده طلاق داشته باشد "<sup>۳</sup> ثانیاً در این مسئله اجماع نیز وجود دارد. بنابراین طلاق دهنده ای که صیغه طلاق را به اشتباه ادا کرده باشد و با به شوخی آن را اجرا نموده باشد و فاقد قصد باشد، طلاقش صحیح نخواهد بود.

شهید ثانی می گوید : طلاق دهنده باید قصد داشته باشد و از اینرو، عباراتی که از روی سهو، یا هنگام خواب یا به غلط بر زبان آمده، اثری ندارد و طلاق با آنها واقع نمی شود. البته فرق میان سهو و غلط آن است که در سهو انسان هیچ قصدی از سخن خود ندارد، اما در غلط، انسان قصد دارد کسی را طلاق دهد اما اشتباه می کند و نام دیگری را بر زبان می آورد.

<sup>۱</sup> زین الدین العاملی، همان، کتاب الطلاق، ص ۱۴۰.

<sup>۲</sup> همان، ص ۱۴۱

<sup>۳</sup> محمد بن حسن حرعاملی، همان، باب ۱۱، ابواب مقدمات طلاق.

از جمله موارد غلط آن است که شخص زنی را که در واقع همسر اوست، شناسد و گمان برد که بیگانه است، یا به خاطر تاریک بودن هوا و یا به خاطر آنکه ولی یا وکیل او آن زن را به عقدش در آورده و او نمی داند، و آنگاه خطاب به او بگوید: " انت طالق " این طلاق نیز صحیح نیست و واقع نمی شود.<sup>۱</sup>

۴-اختیار

طلاق دهنده باید مختار باشد ولذا طلاق مکره صحیح نیست<sup>۲</sup>

روایات واراده به طور عموم وخصوص مؤید این است. منظور از روایات عام روایاتی است که اصولاً بطور کلی بر بطلان هر عمل که از روی اکراه واقع شود، دلالت دارند، در مقابل مقصود از روایات خاص آن قبیل روایاتی است که بطلان طلاقی را که از روی اکراه واقع شود بیان نموده است همانند روایت زراره که حاکی است حضرت ابی جعفر (ع) در مورد طلاق شخص مکره فرموده است: " طلاق مکره طلاق نیست " وروایت عبدالله بن حسین از حضرت صادق (ع) که نقل می کند آن حضرت فرمودند " لایجوزالطلاق فی الاستکراه " طلاق در حال اکراه صحیح نیست.<sup>۳</sup>

۱-۱-۴-۳-مطلقه: (طلاق داده شده)

زنی که طلاق داده می شود باید واجد چند شرط باشد که عبارتند از:

۱-زوجیت

طلاق زن بیگانه واقع نمی شود اگر چه آن را معلق بر نکاح کند. [مثل آنکه بگوید اگر در آینده با تو ازدواج کردم تو طالق هستی]

۲-دوام

در مطلقه شرط است که زوجه دائمی باشد، پس طلاق بر زوجه منقطعیه صحیح نیست.<sup>۴</sup>

۳- پاکی از حیض و نفاس

---

<sup>۱</sup> زین الدین العاملی، همان، ص ۱۴۵ .

<sup>۲</sup> محمد بن جمال الدین العاملی، المعه دمشقیه، ص ۲۷۰.

<sup>۳</sup> محمد بن حسن حرعاملی، همان، باب های ۳۷ و ۱۸ از بواب مقدمات طلاق.

<sup>۴</sup> زین الدین العاملی، همان، ص ۱۴۵.

یکی دیگر از شرایط صحت طلاق این است که در حال حیض و نفاس نباشد. بنابراین چنانچه در این حالات طلاق واقع شود، باطل خواهد بود.<sup>۱</sup>

ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی " طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست مگر اینکه زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد بطوریکه اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند. "

از مفهوم ماده فوق ، شرایط بطلان طلاق در یکی از حالات حیض یا نفاس به ترتیب زیر مستفاد می گردد:

الف) زن مدخوله باشد

ب) حامله نباشد

ج) شوهرش در نزد او حضور داشته باشد.

در صورتیکه این سه شرط موجود باشد، طلاق انجام شده در حالت حیض یا نفاس باطل خواهد بود. و اگر یکی از شرایط فوق الذکر وجود نداشته باشد (زن مدخوله نباشد یا حامله باشد یا شوهر غایب باشد) و طلاق در حال حیض یا نفاس واقع شود، اشکالی بر طلاق انجام شده مترتب نیست.

فقها در تعیین حد غیبتی که مجوز طلاق است ، اختلاف کرده اند. بهترین قولی که در این باره بیان شده آن است که باید مدتی بگذرد که علم و یا ظن حاصل شود که زن از طهارتی که شوهرش در آن با او نزدیکی کرده است به طهارت دیگر منتقل شده است. البته زمان انتقال از یک طهارت به طهارت دیگر مختلف می باشد و بستگی دارد به عادت زنان. و به همین دلیل است که روایات موجب اختلاف اقوال فقها شده است. در هر حال هر گاه گمان حاصل شود که زن از آن طهارت به طهارت دیگر منتقل شده است، شوهر می تواند او را طلاق دهد، اگرچه اتفاقاً در زمان طلاق حایض باشد ، در صورتیکه شوهر به حایض بودن او در هنگام طلاق علم نداشته باشد ، و اما اگر شوهر به حایض بودن او در هنگام طلاق علم داشته باشد ، طلاق باطل خواهد بود.<sup>۲</sup>

۴-تعیین

---

<sup>۱</sup> همان، ص ۱۴۳.

<sup>۲</sup> همان، ص ۱۴۲.



شوهر هنگام طلاق باید زنی را که طلاق می دهد ، در لفظ یاد ر نیت معین نماید . پس اگر یکی از زنانش را بطور غیر معین طلاق دهد ، طلاق او باطل خواهد بود ، ( بنا براقوی )<sup>۱</sup>  
در توجیه نظریه اقوی می توان به موارد ذیل اشاره نمود:  
اصل بقای نکاح : به مقتضای این اصل (استصحاب بقا) ، نکاح بر طرف نمی شود مگر به سببی که سبب بودن او معلوم و محقق باشد  
معین بودن امر طلاق : طلاق امر معینی است و لذا باید محل معینی داشته باشد و وقتی محل معین نباشد طلاق نیز تحقق نخواهد داشت. همچنین طلاق توابع و ملحقاتی دارد ، مانند عده و غیر آن ، و این توابع محل و مورد معینی می خواهد .

#### ۱-۱-۴-۴-اشهاد

ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی : « طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لا اقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد . »

ادله لزوم اشهاد عبارتند از:

الف ) قرآن کریم می فرماید : « .... وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ...<sup>۲</sup>

در هنگام طلاق دو نفر شاهد عادل حاضر کنید . »

ب ) روایات زیادی در این خصوص وارد است که بر این امر تصریح دارند : از جمله : خبر محمد بن مسلم که می گوید : مردی وارد شهر کوفه شده و به حضور حضرت علی ( ع ) رسید و گفت «زنم را

---

<sup>۱</sup> محمد حسن نجفی ، همان ، ص ۸.

<sup>۲</sup> سوره طلاق ، آیه ۲.

طلاق داده ام» حضرت فرمودند: «آیا همانطور که خداوند امر کرده اند دو شاهد عادل حاضر بودند» گفت: «خیر» حضرت فرمودند: «باز گرد زیرا طلاق تو بی ارزش است.<sup>۱</sup>»  
روایات زیاد دیگری به همین مضمون وارد شده که مورد استفاده فقها قرار گرفته است.<sup>۲</sup>

### ۱-۱-۵- اقسام طلاق

طلاق دو نوع است طلاق بدعتی<sup>۳</sup> و سنتی<sup>۴</sup>

طلاق سنتی طلاق است که مشروع و مجاز باشد که خود بر دو نوع است.

#### ۱-۱-۵-۱- طلاق بائن

مطابق ماده ۱۱۴۵ ق.م که مقرر می دارد "در موارد ذیل طلاق بائن است.

الف- طلاق که قبل از نزدیکی باشد

ب- طلاق یا ئسه

ج- طلاق خلع و مبارات

د- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید."

این ماده کلاً از فقه گرفته شده است، فقط یک مورد که در فقه جزء طلاق بائن است و در قانون مدنی به آن اشاره نشده است، طلاق صغیره می باشد.<sup>۵</sup>

علت این امر ممنوعیت نکاح صغیره طبق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی قبل از اصلاحات سال ۶۱ بود و حتی قانون، نکاح با دختری را نیز که به سن ۱۳ سال تمام نرسیده بود اجازه نمی داد. ولی با اصلاحات سال

---

<sup>۱</sup> محمدبن حسن حرعاملی، همان، ج ۱۵، ص ۲۸۳.

<sup>۲</sup> همان منبع.

<sup>۳</sup> طلاق بدعتی طلاق است که جامع شرایط لازم برای طلاق نباشد مثل طلاق در حال حیض و نفاس و این نوع طلاق اگر واقع شود باطل است

<sup>۴</sup> روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ص ۳۱۵.

<sup>۵</sup> زین الدین العاملی، همان، ص ۱۴۷

۱۳۷۰ یک تبصره به ماده ۱۰۴۱ ق. مدنی اضافه شد که نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی را صحیح می دانست و با توجه به اینکه در صورت سکوت قانون در مسائل حقوقی می توان حکم قضیه را از فتاوی و منابع اسلامی پیدا کرد و در خصوص طلاق دختر نا بالغ یا به قول فقها صغیره آنرا بعنوان طلاق بائن قلمداد کرد.

بنا بر این طلاق بائن طلاق است که در آن رابطه زوجیت قطع می گردد و برای شوهر حق رجوع نیست. و شامل موارد ذیل می باشد .

الف- طلاق زوجه غیر مدخوله، هر چند با وی خلوت کرده باشد، مراد از دخول، نزدیکی به نحوی است که موجب غسل جنابت گردد، خواه از قبل باشد و خواه از دبر. فقها بر این مسئله اجماع دارند زیرا روایات به طور مطلق گفته اند با دخول، مهر وعده لازم می آید.<sup>۱</sup>

ب- طلاق یائسه: زن یائسه زن پنجاه یا شصت ساله ای که حیض نمی بیند.<sup>۲</sup>

ج- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد و چنانچه رجوع کند طلاق تبدیل به رجعی می شود .

#### ۱) طلاق خلع

خلع به معنای کندن و جدا کردن است در اصطلاح به معنای رها ساختن زوجه در مقابل مال یا مهریه می باشد.<sup>۳</sup> طبق ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی: " طلاق خلع آن است که زن بواسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می دهد، طلاق بگیرد، اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد " این کراهت ممکن است ناشی از کراهت زوجه از خلق و خوی زوج، داشتن همسر دیگر توسط مرد یا عدم ایفاء زوج به بعضی از حقوق واجبه زن و مانند آنها می باشد. علاوه بر این ، گر چه طلاق ایقاع است و برای انعقاد آن احتیاج به موافقت و قبول زن ندارد ولی در طلاق خلع به اعتبار آنکه طلاق در مقابل بذل مالی که زن می دهد، واقع می شود، مانند عقد دارای، دو طرف می باشد (زن و

<sup>۱</sup> محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۲، ص ۱۲۰

<sup>۲</sup> (زنان غیر قریشی در سن پنجاه سالگی و زنان قریشی در ۶۰ سالگی یائسه می شوند.)

<sup>۳</sup> سید مصطفی محقق داماد ، بررسی فقهی حقوق خانواده ، ص ۲۲ .

شوهر) که به توافق دو اراده که ایجاب و قبول است محقق می گردد. در طلاق خلع شوهر حق ندارد در زمان عده رجوع کند، مگر پس از رجوع زن به عوض.

## ۲) طلاق مبارات

" طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد"<sup>۱</sup>

می توان گفت تفاوت خلع و مبارات از دو جهت است:

- الف) در طلاق مبارات کراهت از طرفین است در حالیکه در خلع، کراهت تنها از سوی زن است.<sup>۲</sup>
- ب) در طلاق مبارات جایز نیست فدیة بیش از مقدار مهر باشد، خواه عین مهر باشد خواه معادل آن ، در حالیکه در خلع چنین شرطی وجود ندارد.<sup>۳</sup>

## ۱-۱-۵-۲- طلاق رجعی

طلاق که باین نباشد طلاق رجعی است و شوهر می تواند در مدت عده به زن رجوع کرده و آن را به حالت اول برگرداند.<sup>۴</sup>

زنی که به طلاق باین مطلقه می شود از همان لحظه وقوع طلاق پیوند زناشویی میان او و شوهرش گسسته و در نتیجه کلیه احکام مترتبه بر زوجیت نیز مرتفع می شود، از جمله الف) زن مطلقه استحقاق نفقه ندارد.

ب) رابطه توارث میان او و شوهرش برقرار نیست .

ج) شوهر می تواند در ایام عده با خواهر او ازدواج کند.

د) اختیار زن کاملاً به دست خودش است و لازم نیست در اعمال و رفتار از شوهر استیذان نماید.

---

<sup>۱</sup> م ۱۱۴۷ ق انون مدنی

<sup>۲</sup> محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۳، ص ۶۳.

<sup>۳</sup> همان، ص ۸۹

<sup>۴</sup> م ۱۱۴۸ قانون مدنی