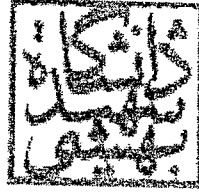


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

1322.1

۸۷/۱/۱.۲۲.۴۴

۸۷/۱/۲۸



دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

عنوان:

ماهیت حقوقی طلاق

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر حسین مهرپور

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر صفار

اساتید داور:

جناب آقای دکتر جورابراهیمیان و جناب آقای دکتر غلامعلی سیفی

نگارنده:

سکینه کریمی

نیمسال دوم سال تحصیلی:

۸۶-۸۷

۱۳۸۷ / ۱ / ۰۵

۱۰۶۳۴۲

«مطالب مندرج در پایان نامه صرفاً بیان عقاید

دانشجو است و دانشکده هیچ گونه مسئولیتی

در قبال نظریات مطرح شده ندارد»

اگر قابل تقدیم باشد

به تکیه گاه رنجها، به سنگ صبور بخت ایم

به او که به من صفای زلالی چشمه بار آموخت

به مادرم

و به بهترین استاد زندگی ام

به او که با زندگی، درس تلاش و ایثار را به من آموخت و با سکوتش صبر و گذشت را

به پدرم

و به فرشته آسمانی بر روی زمین

به او که با حضور مهربانش ناملایمات به چشم نمی آیند.

به همسرم

نگارنده: سکینه کریمی

استادراهنما: جناب آقای دکتر مهرپور

موضوع پایان نامه: ماهیت حقوقی طلاق

رشته تحصیلی: حقوق خصوصی

ماهیت حقوقی طلاق که عنوان این پایان نامه را به خود اختصاص می دهد، به دو مبحث کلی به این شرح می پردازد: ۱- عقد یا ایقاع بودن انواع طلاقها ۲- رجعی یا بائن بودن طلاقهایی که در قانون، ماهیت آنها به سکوت نهاده شده است.

در خصوص ماهیت حقوقی طلاق خلع و مبارات که از اقسام طلاق بائن در قانون مدنی به شمار آمده است، این اختلاف نظر وجود دارد که با توجه به وجود عوض (فدیه) آیا می توان آنرا در زمره عقود محسوب نمود یا خیر؟

و نیز طلاق به عوض که عنوان مجزایی را در قانون به خود اختصاص نداده است آیا در صورت عدم وجود کراهت از جانب زن و شوهر، طلاق خلع یا مبارات است یا طلاق ساده و رجعی؟

طلاق صغیره که در میان فقهاء ماهیت آن مشخص و اجماع بر بائن بودن آن شده است، سکوت قانونگذار، ابهاماتی را در رجعی یا بائن بودن آن ایجاد نموده است.

مبحث دیگری که قابل پژوهش و نظریه پردازی است، ماهیت طلاقهای قضائی یا طلاقهایی که به حکم دادگاه انجام می گیرد، می باشد.

که می توان به این موارد اشاره کرد: عسر و حرج زوجه، وکالت زوجه در طلاق، ترک انفاق توسط زوج و... که در خصوص رجعی یا بائن بودن آنها، ماده ای در قوانین موضوعه نداریم که از نقائص و کاستیهای قوانین خانواده به حساب می آید. طلاق در حقوق کشورهای اسلامی شباهت زیادی از جهت اختیار مرد در طلاق و رجعی یا بائن بودن انواع طلاقها دارد.

برخلاف حقوق کشورهای اروپایی و آمریکایی که موجبات طلاق و نحوه رسیدگی و صدور حکم طلاق با قوانین ایران، چندان تشابهی ندارد.

Author: Sakineh Karimi

Advisor: Dr. Mehrpour

Subject of thesis : Legal Nature of Divorce

Field of study: Private Law

This thesis discusses the Legal nature of divorce, which includes two general matters as follows: 1- Are different kinds of divorce, contracts or unilateral legal acts? 2- Are divorces which their legal nature is not mentioned, revocable or irrevocable?

The divorce at the wife's instigation and divorce by mutual agreement are two kinds of irrevocable divorce, which their legal nature is controversial. In civil law.

Considering the countervalue (ranson compensation paid for ritual acts missed), are these kinds of divorce, legal acts or not? And is the divorce by countervalue, which is not mentioned as a distinct legal matter, among divorce at the wife's instigation or by mutual agreement or is it a mere and revocable one?

Minor divorce has a distinct and irrevocable nature among jurists, however the legislator's lack of consideration resulted in its uncertain revocable or irrevocable nature.

The nature of legal divorce or the divorce issued by court must be considered and investigated too.

There are some deficiency in Family Law, such as there is no article in the statute which includes the wife's distress and constriction, the wife's power of attorney for divorce, the lack of alimony paid by husband, etc.

Considering the man's authority over divorce and the revocable or irrevocable nature of divorce, there is similar law in Islamic countries.

On the other hand, the reasons, inspection and the issued order of divorce in European and American law differ from the law in Iran.

فهرست تحلیلی عنوانها

صفحه	عنوان
۱.....	چکیده.....
۳.....	مقدمه.....
فصل اول: کلیات	
۱۰.....	گفتار اول: اصطلاح احوال شخصیه.....
۱۳.....	گفتار دوم: موارد تحت شمول احوال شخصیه.....
۱۴.....	گفتار سوم: عقد نکاح.....
۱۶.....	گفتار چهارم: ایقاع.....
۱۶.....	مبحث اول: تعریف و ماهیت ایقاع.....
۱۷.....	مبحث دوم: تمییز ایقاع از عقد.....
۱۸.....	مبحث سوم: اهمیت تشریفات در ایقاع.....
۱۹.....	مبحث چهارم: قلمرو ایقاع در طلاق و رجوع.....
۲۴.....	مبحث پنجم: شرایط صحت ایقاع.....
۲۵.....	بند اول: وجود و سلامت اراده.....
۳۰.....	بند دوم: اهلیت و اختیار.....
۳۴.....	بند سوم: داشتن سمت (نمایندگی).....
۳۴.....	بند چهارم: موضوع و جهت مشروع.....
۳۵.....	مبحث ششم: آثار ایقاع.....
۳۵.....	بند اول: اصل لزوم ایقاع.....
۳۵.....	بند دوم: نسبی بودن اثر ایقاع.....
فصل دوم: طلاق و احکام آن	
۳۸.....	گفتار اول: تاریخچه طلاق در جوامع بشری و ادیان الهی.....

گفتار دوم: تاریخچه طلاق در ادیان مختلف	۴۱
مبحث اول: طلاق در دین زرتشت	۴۱
مبحث دوم: طلاق در دین یهود	۴۲
مبحث سوم: طلاق در دین مسیح	۴۳
مبحث چهارم: طلاق در دین اسلام	۴۴
گفتار سوم: معنی لغوی واصطلاحی طلاق	۴۸
گفتار چهارم: طلاق در مبانی اسلامی و فقهی	۵۴
گفتار پنجم: موجبات طلاق	۶۰
مبحث اول: طلاق به درخواست مرد	۶۰
مبحث دوم: طلاق به درخواست زن	۶۲
<hr/>		
بند اول: طلاق بر مبنای امتناع یا عجز از دادن نفقه	۶۴
بند دوم: اجبار شوهر به طلاق	۶۵
بند سوم: طلاق در اثر شرط وکالت زوجه	۶۷
مبحث سوم: توافق زوجین در طلاق	۷۱
گفتار ششم: حق یا حکم بودن طلاق	۷۸
فصل سوم: کنکاشی در ماهیت انواع طلاق ها		
گفتار اول: اقسام طلاق در فقه	۸۳
گفتار دوم: اقسام طلاق در حقوق موضوعه	۸۹
مبحث اول: صیغه طلاق خلع و مبارات	۹۱
بند اول: ماهیت حقوقی خلع و مبارات از حیث طلاق یا فسخ بودن آن	۹۲
بند دوم: ماهیت حقوقی خلع و مبارات از حیث عقد یا ایقاع بودن آن	۹۳
مبحث دوم: طلاق خلع در هنگام توافق اخلاقی	۹۸
گفتار سوم: طلاق صغیر	۱۰۵

.....	مبحث اول: طلاق صغیر در حالت عسرو حرج	۱۰۵
.....	مبحث دوم: رجعی یا بائن بودن طلاق صغیره	۱۰۷
.....	گفتار چهارم: طلاق به عوض	۱۱۰
.....	گفتار پنجم: طلاقهای قضائی	۱۱۲
.....	مبحث اول: نظریه رجعی بودن طلاق قضائی	۱۱۹
.....	مبحث دوم: نظریه بائن بودن طلاق قضائی	۱۲۱
.....	مبحث سوم: نقش حاکم در انحلال نکاح منقطع	۱۲۸
	فصل چهارم: تحولات قانونی در خصوص طلاق	
.....	گفتار اول: قانون مدنی	۱۳۴
.....	گفتار دوم: قانون حمایت خانواده	۱۴۲
.....	گفتار سوم: قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق ۱۳۷۰	۱۴۴
.....	گفتار چهارم: قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش ۱۳۷۶	۱۴۵
	فصل پنجم: مطالعه تطبیقی طلاق	
.....	گفتار اول: اشارهای به وضع طلاق در قوانین کشورهای اسلامی	۱۵۰
.....	گفتار دوم: طلاق در حقوق کشورهای اروپایی و آمریکایی	۱۵۷
.....	مبحث اول: طلاق در حقوق فرانسه	۱۵۸
.....	مبحث دوم: طلاق در حقوق ایتالیا	۱۶۲
.....	مبحث سوم: طلاق در حقوق انگلستان	۱۶۵
.....	مبحث چهارم: طلاق در حقوق رومانی	۱۶۸
.....	مبحث پنجم: طلاق در حقوق آمریکا	۱۶۹
.....	گفتار سوم: تعارض قوانین در طلاق	۱۷۱
.....	نتیجه گیری	۱۷۳
.....	منابع	۱۸۱
.....	ضمائم	۱۸۸

در زمینه مسائل خانواده و در امور مربوط به زن و شوهر خوشتر آن بود که به جای سخن گفتن از ناسازگاریها و ناملايمات زندگي و شكست ازدواج و انحلال آن، از ازدواج سخن بگويم و به جای قلم فرسایی در زمینه طلاق، در مورد اتحاد جانها و تشكيل جامعه مقدس خانواده و مقررات حاكم بر آن تحقيق كنيم و قلم بزنيم. باوجود اين مباحث حقوقی، هنگام جدا شدن زوجين از يكدیگر به صورت گسترده تر و با اهميت بیشتری مطرح می شوند تا هنگام ازدواج. روزی که زن و شوهر را در لابلای اوراق کتاب قانون در جستجو بينيم معمولاً - حداقل مادامی که فرهنگ فعلی بر جامعه حاكم است - می توانيم در مورد سرد شدن آتش اشتياق آن دو حدسهایی بزنيم. مخصوصاً هنگامی که قطار سرنوشت، زوجين را به سرزمين طلاق رسانده باشد آنها را به شدت مشتاق شناختن، شناساندن واستيفای حقوق خود می يابيم. چنين زمينه‌ای، گروههای مختلفی را برای بررسيهای حقوقی در زمينه طلاق انگيزه دار می كند. قانونگذار را برای وضع قوانين متقن، قضات را برای صدور آراء متين، وكلا و مشاورين را برای راهنمایی و مساعدت موكلان و مراجعان و...

در اين تحقيق سعی شده است ماهيت حقوقی طلاق واقسام مختلف آن از جهت عقد و يا ايقاع بودن و نیز رجعی يا بائن بودن از ابعاد مختلف مورد تحليل و بررسی قرار گیرد.

فصل اول راجع به كليات تحقيق، احوال شخصيه و نیز ايقاع و در بحث دقيق تر به شرايط و احكام و آثار آنها می پردازد.

فصل دوم، مقدمه ورود به موضوع اصلی پايان نامه می باشد. در اين فصل به بررسی تاريخچه طلاق در جوامع بشری و ادیان الهی، معنی لغوی اصطلاحی طلاق، طلاق درمبانی اسلامی و فقهی، حکم طلاق درآيات قرآن، تشریفات طلاق و موجبات آن و احكام طلاق می پردازيم.

فصل سوم که عنوان اصلی پایان نامه را به خود اختصاص داده است به بررسی ماهیت حقوقی طلاقهای خلع و مبارات، طلاق صغیره، طلاق به عوض، طلاقهای قضائی و نقش حاکم در انحلال نکاح منقطع به صورت جزئی پرداخته است.

فصل چهارم نیز به تحلیل تحولات قانونی راجع به طلاق می پردازد که به ترتیب تصویب قوانین، قانون مدنی، قانون حمایت خانواده، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش به جهت اهمیت مواد قانونی در چهار گفتار به ضمیمه نظریات مشورتی اداره حقوقی، بررسی می گردد. لازم به ذکر است در کلیه مباحث مطرح شده در فصول، به تناسب موضوع، نظریات مشورتی اداره حقوقی، آراء وحدت رویه و اصراری هیات عمومی دیوان عالی کشور و استفتائات ارائه شده از مراجع تقلید گنجانده شده که به غنی شدن این تحقیق کمک شایانی نموده است.

فصل پنجم که آخرین فصل این پروژه تحقیقاتی می باشد راجع به مطالعه تطبیقی طلاق در

قوانین کشورهای اسلامی، اروپایی و آمریکایی می باشد. و سعی شده است قوانین و مباحث مرتبط با موضوع اصلی تحقیق به صورت مقایسه ای مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

در پایان و در بخش ضمائم، آراء وحدت رویه و اصراری دیوان عالی کشور، نظریات مشورتی اداره حقوقی و آراء صادره از دادگاههای بدوی و تجدید نظر پیوست گردیده است تا دانشجویان، اساتید، قضات و وکلاء محترم، دسترسی آسان به آراء صادره در محاکم کشور در خصوص ماهیت حقوقی طلاق داشته باشند.

مقدمه

انسانهایی که هیچ ارتباطی بین خود و ازدواج احساس نمی‌کنند بسیار اندک هستند. انسانها معمولاً عضوی از یک خانواده برپا شده براساس یک ازدواج هستند و خود نیز به نوبه خود بنیانگذار یک خانواده و یا در اندیشه این بنیاد هستند. هر چه موضوع ازدواج و تشکیل خانواده برای شخص و جامعه اهمیت داشته باشد طلاق نیز به همان نسبت می‌تواند دارای اهمیت باشد. در مورد طلاق گفته اند که این نهاد قدمتی به اندازه ازدواج دارد جز اینکه احتمالاً طلاق هفته ای دیرتر به دنیا آمده است. در ایران برخی از قدیمی ترین مواد مربوط به طلاق در درون قانونی که نام « ازدواج » را بر صدر خود دارد جای گرفته اند.

موضوع طلاق از دیرباز مورد توجه اندیشمندان و متفکران قرار گرفته و حاصل بررسی این موضوع از دیدگاههای مختلف، کتابهای متعدد در این زمینه بوده است. از جمله بررسیهای انجام شده در مورد طلاق، بررسیهای فقهی و حقوقی است. در دوره های فقه و حقوق مدنی معمولاً کتابی به طلاق اختصاص می یابد و این کتاب معمولاً یکی از مورد توجه ترین قسمتهای این دوره ها را تشکیل می دهد.

از نظر اجتماعی نیز قوانین و مقررات مربوط به طلاق از اهمیت خاصی برخوردار هستند. افکار عمومی به هیچ وجه در مورد این مقررات منفعل و بی تفاوت نیست. مباحث مربوط به این مقررات و موافقت یا مخالفت با آنها گاه موضوع مبارزات حاد سیاسی احزاب بوده است. حتی تاریخ سوابقی از رجوع به آراء عمومی و رفراندوم در زمینه مقررات مربوط به طلاق رادر بر دارد.

اقدامات نسبتاً فوری حکومت‌های جدید پس از استقرار خود برای تغییر قوانین مربوط به خانواده، حاکی از اهمیت این موضوع در نزد هیأت‌های حاکمه است.

در ایران از اولین دوره های قانونگذاری تا به حال موضوع طلاق از موضوعات مورد توجه قانونگذار بوده و مقررات مربوط همواره مورد نقد و بررسی نویسندگان و مکرراً مورد اصلاح قانونگذاران بوده است.

به دلیل اینکه نظر اکثریت فقها و حقوقدانان در خصوص ماهیت حقوقی طلاق از جهت عقد و یا ایقاع بودن، ایقاع می باشد، لذا این محل حقوقی با عناوینی همچون تعریف ایقاع، تمیز ایقاع از عقد، اهمیت تشریفات در ایقاع، شرایط صحت ایقاع و آثار ایقاع مورد بحث قرار گرفته است. و ماهیت حقوقی طلاق فضولی؛ طلاق معلق و طلاق مکره و صحت و بطلان آنها که مورد اختلاف حقوقدانان می باشد مورد کنکاش واقع شده است.

در حقوق اسلام زن به عنوان محل طلاق مطرح است و طلاق که اصولاً با اراده یکجانبه مرد

محقق می شود بر روی زن واقع می شود. بررسی بر روی طلاقهای خلع مبارات برای یافتن مصداقی از ولایت زن ولو به صورت غیر مستقل در امر طلاق ما را به نتیجه مثبت نمی رساند. در امر رجوع نیز زن صاحب اختیار نیست. تنها در طلاق خلع و مبارات، زن با شرایطی می تواند به آنچه بذل کرده است رجوع کند و بدین وسیله امکان رجوع مرد را فراهم آورد. نظر ابوحنیفه که اختیار مختصری را برای زنان در امر رجوع شناخته است مورد مخالفت سایر فقهای اهل سنت قرار گرفته است.

در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران اختیار زنان در انحلال نکاح از طرقی جز طلاق و رهایی از رنج زندگی نامطلوب و پیش از آن در پرهیز از گرفتار شدن به ازدواج ناخواسته، با اختیار مردان قابل مقایسه است و حتی در مواردی از اختیار مردان بالاتر است.

در قانون مدنی ایران به زوجه غایب مفقودالاثرا اجازه داده شده است که با شرایطی از حاکم تقاضای طلاق کند. مقررات قانون مدنی در این زمینه در مورد برخی از مسائل اصلی با عقاید مورد اتفاق و مشهور فقهای امامیه مغایرت دارد.

علاوه بر آن دسته از اختیارات شرعی زن برای تقاضای طلاق که در قانون مدنی ذکر شده اند برخی از اختیارات شرعی نیز وجود دارند که در قانون مدنی ذکر نشده اند. این اختیارات شامل موارد زیر می شوند: اختیارات زوجه با توجه به وجوب خلع بنا به برخی اقوال، اختیارات زوجه در مورد ایلاء، اختیارات زوجه در مورد اظهار، اختیارات زوجه در مورد امتناع زوج از وظایف خاص زناشویی خارج از قالب ایلاء و اظهار و اختیارات زوجه در مورد امتناع شوهر از انجام سایر وظایف زوجیت.

علاوه بر اختیارات شرعی و قانونی زوجه، اعمال حقوقی مرد نیز می تواند منشاء اختیاراتی برای زن جهت واقع ساختن طلاق باشد. در این زمینه موضوعات تخییر، طلاق فضولی، طلاق معلق و وکالت در طلاق قابل طرح هستند.

وکالت زن برای طلاق خود می تواند برای طلاق در موارد خاص یا به صورت مطلق و یا به صورت عام برقرار شود.

با توجه به جایز بودن عقد وکالت، معمولاً وکالت زن برای طلاق خود در ضمن عقد لازمی شرط می شود تا وکیل از سوی موکل قابل عزل نباشد. مطابق نظر شارحان قانون مدنی در چنین صورتی سایر راههای مرتفع شدن وکالت به دلیل جایز بودن آن به قوت خود باقی خواهند بود. در این صورت درج وکالت در دفترچه های نکاحیه برای اینکه زن در صورت جنون شوهر بتواند در مواردی که فسخ نکاح امکان ندارد خود را مطلقه کند، خالی از اشکال نخواهد بود. نظر دیگر آن است که کلیه راههای موصوف برای رفع شدن وکالت، منتفی خواهند شد.

در بررسی مبانی دخالت دادگاه در امر طلاق موضوعات زیر مورد توجه قرار گرفته اند:

- اتخاذ تصمیم از سوی دادگاه در مورد مقدمات طلاق و توابع آن

- الزام به اجرای احکام تکلیفی طلاق از سوی دادگاه

- ولایت دادگاه در امر طلاق

عمده ترین نقش دادگاه در مواردی است که زوجه تقاضای طلاق می کند. در مواردی که زوجه اختیار تقاضای طلاق دارد دادگاه پس از احراز شرایط، حکم طلاق صادر می کند و در این صورت مرد برای واقع ساختن طلاق اجبار می شود و هرگاه طلاق با اجبار حاکم میسر نشود حاکم خود مبادرت به طلاق می کند. البته در مورد غایب مفقودالایثر اجبار به طلاق از ابتدا غیر ممکن است.

بررسی مقایسه ای ماهیت حقوقی طلاق در کشورهای اسلامی به جهت وجود برخی وجوه مشترک با قوانین ایران در مورد ابهامات موجود، کارساز خواهد بود.

اهمیت طلاق در ادیان الهی و کتابهای آسمانی به حدی بوده است که جزئیات، شرایط و آثار آن به طور دقیق بیان گردیده است. هر چند تشابهات زیادی در اصل حکم و نیز موجبات طلاق در ادیان مختلف وجود دارد ولی مقرراتی که به جهت تفاوت در عرف و نوع زندگی مردم هر جامعه وضع شده است نیاز به بررسی دارد.

طلاق در لغت به معنای گشودن گره است و از ریشه طَلَّقَ می باشد. و در اصطلاح حقوقی، به انحلال رابطه زناشویی در عقد دائم خواه به قصد و رضای زوج باشد و خواه بوسیله نماینده قانونی او مانند طلاق دادن زوجهٔ میجنون دائمی بوسیله ولی او، یا مانند موردی که زوجه به استناد وکالت از زوج، خود را مطلقه می سازد، تعریف شده است.

طلاق در آیات قرآن و مبانی فقهی، منبع اصلی استنباط احکام طلاق می باشد هر چند منفورترین حلال خداوند طلاق است ولی خداوند در این کتاب ارزشمند به صورت دقیق، شرایط و آثار آنرا بر شمرده و پیامبر اکرم (ﷺ) و ائمه اطهار (علیهم السلام) به تشریح احکام آن در بین مردم همت گمارده اند.

در حقوق برخی از کشورها و ادیان هیچ گونه اختیاری در امر طلاق برای زنان پیش بینی نشده است. در برخی کشورها و جوامع اختیار طلاق به صورت مستقل به زنان داده شده است و در سایر کشورها و ادیان اختیار غیر مستقلی برای زنان پیش بینی شده است.

استنکاف شوهر از دادن نفقه زوجه و عجز او از انفاق حتی بدون آنکه موجب عسر و حرج زوجه شود می تواند موجب تقاضای طلاق از سوی زوجه شود. این عامل در کشورهای اسلامی به عنوان یکی از موجبات طلاق پذیرفته شده است.

یکی از مهمترین موجبات تقاضای طلاق از سوی زن آن است که ادامه زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد. مقررات کلی مربوط به این موضوع بعد از استقرار جمهوری اسلامی به قانون مدنی اضافه شده است. این مقررات جایگزین مقرراتی شده اند که در آنها اختیار زوجه برای تقاضای طلاق در برخی از مصادیق عسر و حرج تصریح شده بود. در جایگزینی این مقررات بخشی از اختیارات زن برای تقاضای طلاق که ملازمه ای با عسر و حرج نداشت نیز حذف شده است.

زن و مرد به اشکال مختلفی می توانند مقرراتی بین خود قرار دهند که براساس آنها زن اختیاراتی در امر طلاق به دست آورد. مقبولترین شکل موجود در جامعه، اعطای وکالت از سوی مرد به زن برای طلاق خود به صورت شرط نتیجه در قالب شرط ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم می باشد.

تحقیق راجع به ماهیت حقوقی طلاق ابتدا بحث قابل پژوهشی به نظر می رسد ولی پس از ورود به این کار مشکلات و کاستی ها در رابطه با قوانین نمود پیدا می کند. و سوآلاتی در ذهن به وجود می آید که هیچ پاسخ صریح و دقیقی نه در قانون و نه در نظریات فقها یافت نمی شود و پس از بحث و بررسی عقاید حقوقدانان و نظریات مشورتی اداره حقوقی تلاش جهت ارائه یک نظریه-کلی و قابل اجرا در محاکم نیز با توفیقی نه چندان زیاد حاصل می شود.

ماهیت حقوقی طلاق که عنوان این پایان نامه را به خود اختصاص داده است هر چند در ابتدا یک مفهوم کلی به نظر می آید ولیکن مباحث عمده مطرح شده در آن در مجموع به پاسخ به این دو سوال باز می گردد:

۱- آیا ماهیت طلاق در تمامی اقسام آن ایقاع می باشد و یا مواردی نیز وجود دارد که رنگ

عقد به خود گرفته باشد؟

۲- در موارد سکوت و یا ابهام در قانون مانند طلاق صغیره و یا طلاق به حکم دادگاه نوع

طلاق رجعی است و یا بائن؟

در این مجموعه تلاش نموده ایم تا به صورت جزئی و با یاری گرفتن از نظریات فقها و آراء

صادر از دادگاهها به ارائه پاسخ به این دو سؤال پردازیم.

برخود لازم می دانم از راهنماییها و مساعدتهای استاد محترم راهنما جناب آقای دکتر حسین

مهرپور و استاد محترم مشاور جناب آقای دکتر صفار که نقش برجسته ای در تهیه و تنظیم این

پایان نامه داشتند تشکر و قدردانی نمایم.

فصل اول:

کلمات

مفهوم احوال شخصیه:

احوال شخصیه از دو دیدگاه قابل بحث و بررسی می‌باشد یکی از لحاظ تعریف اصطلاح شخصیه و دیگری از لحاظ موارد تحت شمول آن که ذیلاً به آن پرداخته می‌شود:

گفتار اول: اصطلاح احوال شخصیه:

«اصطلاح احوال شخصیه یا اموری که انسان را از دیگران متمایز می‌کند و وی را به عائله اش مرتبط می‌سازد نزد فقهای اسلامی متداول نبوده است، بلکه اصطلاحی است قانونی که در نتیجه تقسیم قوانین مدنی به دو قسم احوال شخصیه و احوال عینیه رایج شده است. احوال شخصیه به شخص انسان و اموری مانند زناشویی و توابع آن از طلاق و عده و نفقه و نسب و میراث تعلق دارد و احوال عینیه شامل اموری است که علائق مالی را فرا می‌گیرد»^۱

مؤلف کتاب «احوال شخصیه» از دیدگاه قوانین، احوال شخصیه را چنین تعریف می‌نماید: «احوال شخصیه ترجمه خارجی ETATE DES PERSONNES است و عبارتست از مجموع صفات انسانی که به اعتبار آنها شخص در جامعه دارای حقوق شده و آن حقوق را اجرا می‌کند...» در خصوص احوال شخصیه و کاربرد آن اصل ۱۲ قانون اساسی و ماده واحده قابل بحث می‌باشد.

مطابق اصل مذکور دین رسمی ایران، اسلام و مذهب، جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد غیر قابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاهها رسمیت دارند و در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذاهب خواهند بود.

۱. مغنیه، محمد جواد، احوال شخصیه، ترجمه مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، چاپ شماره، چاپ اول ۱۳۷۹، ص ۲۲.

۲. بهنود، یوسف، احوال شخصیه از دیدگاه قوانین، انتشارات انزلی، چاپ اول، ۱۳۶۶، ص ۱۰.

ماده واحده قانون موسوم به «اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه» مصوب تیر ماه

۱۳۱۲:

ماده واحده فوق دادگاه ها را مکلف کرده است که در مورد احوال شخصیه اقلیتهای مذهبی ایران (منظور اقلیتهایی است که دارای مذاهب اسلامی غیر شیعه هستند مانند اهل تسنن و همچنین مذاهب اهل کتاب) قواعد و عادات مذاهب آنان را اجرا نمایند از آنجایی که قانون مزبور در روابط بین المللی نیز مورد استفاده قرار می گیرد عین آنرا ذکر می کنیم: «نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده باید قواعد و عادات مسنمه متداوله در مذاهب آنان را جز در مواردی که مقررات راجع به انتظامات عمومی باشد به طریق ذیل رعایت نمود:

۱- در مسائل مربوط به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمه در مذهبی که شوهر پیرو آن است.

۲- در مسائل مربوط به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهب متوفی

۳- در مسائل مربوط به فرزند خواندگی عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است.»

در مورد اجرای ماده واحده فوق باید توجه داشته باشید که هر گاه عادات و قواعد مسلمه متداوله مذهبی روشن و معین نباشد و یا عادت و قاعده مسلمی نسبت به موردی وجود نداشته باشد باید از اجرای این قانون که جنبه استثنایی دارد خودداری کرد و قوانین عمومی مملکتی را اجرا کرد.

نکته دیگری که باید متذکر شویم آن است که هر گاه در کشورهای خارجی موضوع احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه مطرح شود چون قانون ایران آنان را از قانون عمومی مستثناء کرده بدیهی است که در آنجا همین قانون استثنایی را درباره آنان اعمال خواهد کرد.^۱

۱. الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی تهران، چاپ پنجم، ۱۳۷۶، صص ۱۵۶ و ۱۵۷.