

بررسی حق طلاق زوجه در قانون ایران و عراق

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۵

کد مقاله: ۳۸۳۸۴

چالاک عمر حسن^۱

چکیده

هدف از پژوهش حاضر بررسی حق طلاق زوجه در قانون ایران و عراق بود که در همین راستا با استفاده از روش توصیفی – استنادی و با بکارگیری منابع کتابخانه‌ای به جمع‌آوری اطلاعات مورد نیاز پرداخته شد که در نهایت نتایج بدست آمده نشان داد که یکی از موضوعات مهم که در فقه و حقوق موضوعه مورد بحث و بررسی قرار گرفته حق زوجه در طلاق است گاهی اوقات این حق بصورت مستقل به زوجه داده میشود تا بتواند خود را مطلقه کند رعایت قواعد کلی عقد حق در این زمینه لازم است گاهی حق زوجه در طلاق بصورت شرط ضمن عقد لازم می‌آید. آنچه موضوع تحقیق حاضر را به خود اختصاص داده همین قسم از حق است. در این حالت، قواعد کلی شروط ضمن عقد و آثار درج این شرط ضمن عقود، لازم‌بایستی در نظر گرفته شود. این راه حل تا حد زیادی حق مرد و اینکه طلاق به دست مرد هست را تعدیل میکند. قانون مدنی ایران دو ماده را به این بحث اختصاص داده است؛ ماده ۱۱۳۸ که در آن از اجرای صیغه طلاق توسط وکیل زوج صحبت شده است و مبنای آن کمک شایانی در تجویز حق زوجه در طلاق به ما خواهد کرد و دیگری ماده ۱۱۱۹ که به صورت خاص با موضوع ما مرتبط است چون قانون مدنی ما در این زمینه مبتنی بر فقه امامیه است ناگزیر باید در پرتو فقه آن را روشن کرد. در حقوق ما مرد مطابق ماده ۱۱۳۳ اصلاحی بدون شرط از حق طلاق بهره‌مند است اما زن به منظور بهره‌مندی از این حق لازم است در این مورد خاص حق طلاق را بوسیله شرط بدست آورد تفاوت این نوع طلاق با طلاق موضوع مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی این است که در این حالت زن این حق را بواسطه شرط ضمن عقد بدست می‌آورد این شرط در اسناد رسمی ازدواج و قانون مدنی بصورت مقید آمده است. در خصوص شرط مطلق زوجه در طلاق قانون مدنی در ماده ۱۱۱۹ سکوت نموده است، همچنانکه در اسناد رسمی ازدواج نیز این شرط بصورت مقید و در قالب ۱۲ بند آورده شده است. قانون مدنی عراق نیز در ماده ۷۳۴ ق.م. به صورت مشروط و در ماده ۹۸۱ ق.م. به صورت کلی قائل به پذیرش حق زوجه در طلاق، می‌باشد و این امر با تأسی به قول مشهور فقهاء آنها دائر بر جواز این امر است در حقوق کشور عراق، نهادی است به نام تفویض در طلاق که مشابه حق در طلاق است؛ مطابق نهاد تفویض در طلاق زوج اختیار در طلاق را به طور کامل و تمام به زوجه منتقل کرده و زوجه با ادای یکی از الفاظ تفویض و اجرای صیغه تفویض از زوج خود جدا میشود در واقع در تفویض عملی به خواست زوجه و برای خود او واقع می‌شود.

واژگان کلیدی: طلاق، زوجه، حقوق ایران، حقوق عراق

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنندج

منظور از حق در طلاق این است که در ضمن عقد نکاح یا پس از آن به موجب شروط عراق چه در عقد و به شکل مشروط یا به نحو مطلق شخص، زوج زوجه را وکیل مینماید که در حق مشروط پس از تحقیق شروطی که در ضمن عقد پیرامون آن تراضی شده و یا با خواست و تمایل زوجه در حق مطلق، پس از مراجعه به دادگاه خود را از طرف شوهر مطلقه نماید. علیرغم این حق اعطایی از سوی زوج به زوجه حق اجرای صیغه طلاق برای شخص زوج کماکان باقی است؛ اما در تفویض در طلاق مطابق رای مذاهب فقهی عامه حق ایقاع طلاق که از زمره حقوق زوج در نظر گرفته شده است به شخص زوجه انتقال یافته و او مایل خواهد بود گاه خواست با اختیار، طلاق، از زوج خود جدا شود. عنوان «حق و تفویض در طلاق» در زیر مجموعه مباحث حقوق خانواده و در قسم، طلاق قرار دارد و در کتب حقوقدانان عربی زبان ذیل الاحوال الشخصیه آمده است. همانطوری که میدانیم معضل طلاق از مشکلات همه جوامع بوده که روز به روز در ایران هم آمار آن افزوده میشود و زنان سعی میکنند با گرفتن وکالت مشروط از همسرانشان پایگاه زندگی خود را قوی نمایند و به محض بروز مشکل تقاضای طلاق نمایند نگارنده با توجه به علاقه وافری که به مباحث حقوق خانواده داشته سعی بر این کرده که با مطالعه ی یکی از دغدغه های فعلی برخی از خانواده ها با دادن چند پیشنهاد و توصیه ی، کوچک سهمی بسیار ناچیز در حل مشکلات و مصائب جامعه داشته باشد و تصمیم داشته تا با موشکافی حق تفویض و وکالت زوجه در طلاق و نحوه ی اعمال و اجرای این حق زنان جامعه را با کم و کیف این حق مسلم آشنا نموده و در آگاه سازی مردان از عواقب وکالت مطلق و مشروط و وکالت با حق توکیل به همسرانشان، گامی بردارد (بیات، ۱۳۹۴).

قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۱۹ ق.م. به صورت مشروط و در ماده ۱۱۳۸ ق.م. به صورت کلی، قائل به پذیرش وکالت زوجه در طلاق میباشد و این امر با تاسی به قول مشهور فقهاء دائر بر جواز این امر است. در فقه عامه، نهادی است به نام تفویض در طلاق که مشابه وکالت در طلاق است؛ مطابق نهاد تفویض در طلاق زوج اختیار در طلاق را به طور کامل و تمام به زوجه منتقل کرده و زوجه با ادای یکی از الفاظ تفویض و اجرای صیغه تفویض از زوج خود جدا میشود؛ در واقع در تفویض عملی به خواست زوجه و برای خود او واقع می.شود به اعتقاد جمهور فقهای مذاهب عامه نهاد تفویض پذیرفته شده است و لیکن در جزئیات آن اختلاف نظر وجود دارد و برای پذیرش آن به دلایل و مستندات فراوانی تمسک میورزند که از مهمترین آنها آیه های ۲۸ و ۲۹ سوره ی مبارکه ی احزاب و مخیر نمودن زنان پیامبر(ص) در جدایی از حضرت(ص) از سوی ایشان میباشد؛ شایان ذکر است که نهاد تفویض در طلاق در فقه امامیه و حقوق ایران سابقه نداشته و پذیرفته نشده است (جلالی، ۱۳۹۸).

از آن جا که قانون گذار در خصوص جواز توکیل در طلاق سخن گفته و به مباحث طولانی پرداخته عدم ورود به بحث، تفویض نشان دهنده ی کراهت قانون گذار از این امر است و میتواند قرینه ای بر این امر باشد که قانونگذار با این تأسیس حقوقی مخالف است؛ همان طوری که بیان نمودیم، حق ابتدایی در طلاق برای مرد بوده و پذیرش این امر بر اساس مصالح و مفاسدی در زندگی زناشویی است، لذا امکان تفویض این حق به زوجه که در اصل، شرع واکذار نشده است امری است که با اصول و موازین شرعی متجانس نخواهد بود و به نظر میرسد که از این حیث قول مشهور فقهای امامیه هم در این خصوص، پذیرفته شده است. اما به نظر پسندیده میآید که قانونگذار ما ذیل ماده ی ۱۱۳۸ ق.م که توکیل در طلاق را مجاز دانسته است تبصره ای اضافه میکرد با این عبارت که تفویض یا تخییر در طلاق جایز نمیشود» تا با آمدن نص قانونی در این زمینه، دیدگاه قانونگذار هم روشن میشد؛ ولی به هر حال، تفویض زوجه در طلاق در حقوق ایران پذیرفته نشده است و این رویه برگرفته از فقه امامیه و نظریه مشهور فقهاءست و باید اذعان داشت که این رأی شایسته است بدین خاطر که شارع حق طلاق را در زمره حقوق زوج قلمداد کرده است و انتقال این حق به زوجه حتی در صورتی که با رضایت زوج، باشد مصداقی از سلب حق از شخص زوج محسوب شده و مخالف با قانون و شرع میباشد (حق پرست، ۱۳۹۴).

در این پژوهش ضمانت اجرای این شرط از دیدگاه مدنی بررسی میشود از آنجا که سلب وکالت زوجه در طلاق، شرط ترک فعل حقوقی است لذا باید ضمانت اجرای مدنی شرط ترک فعل حقوقی درباره این شرط بررسی گردد از دیدگاه قانون مدنی برای شرط ترک فعل حقوقی ضمانتهای اجرایی از قبیل الزام به انجام تعهد صحت عمل حقوقی و اثبات حق فسخ برای مشروط، له بطلان عمل حقوقی، عدم نفوذ عمل حقوقی و جبران ضرر و زیان وارده میتواند بحث و بررسی شود (همان).

در ضمن عقد نکاح یا پس از آن به موجب شروط عراقدر عقد نامه و به شکل مشروط یا به نحو مطلق شخص، زوج زوجه را وکیل مینماید که در حق مشروط پس از تحقیق شروطی که در ضمن عقد پیرامون آن تراضی شده و یا با خواست و تمایل زوجه در حق، مطلق پس از مراجعه به دادگاه خود را از طرف شوهر مطلقه نماید. علیرغم این حق اعطایی از سوی زوج به زوجه حق اجرای صیغه طلاق برای شخص زوج کماکان باقی است؛ اما در تفویض در طلاق مطابق رأی مذاهب فقهی عامه، حق ایقاع طلاق که از زمره حقوق زوج در نظر گرفته شده است به شخص زوجه انتقال یافته و او مایل خواهد هرگاه خواست با اختیار طلاق از زوج خود جدا شود. خانواده به عنوان مهمترین ارکان، جامعه پیوسته مورد توجه شرع و قانون بوده است. استحکام خانواده و پویایی، آن سبب استحکام و پویایی جامعه گردیده و مشکلات اجتماعی را به حداقل می رساند، به همین دلیل علاوه بر احکام متعددی که در شرع مقدس اسلام جهت ازدواج و تشکیل خانواده و وظایف زوجین در خانواده نسبت به یکدیگر و فرزندان و توصیههایی که برای جلوگیری از وقوع طلاق و از هم پاشیدن خانواده وارد شده، است حکومت نیز به تبع، شرع به این مهم اهتمام ورزیده علاوه بر

تمهید مقدمات، اقتصادی، اجتماعی جهت تشکیل خانواده و جلوگیری از انحلال، آن اقدام به قانونگذاری در خصوص خانواده و مسایل مربوط به آن نموده است (شققه، ۱۹۹۷). آنچه در حفظ بنیان خانواده موثر است توجه و اهتمام زوجین به وظایفی است که نسبت به یکدیگر و فرزندان دارند در صورتی که هر کدام از طرفین ملتزم به تعهدات قانونی و قراردادی خود در نکاح باشند اثری از اختلافات و منازعه در محیط خانه نیست و نیل به اهداف تشکیل خانواده به راحتی میسر ما همیشه چنین نیست گاهی اوقات یکی از زوجین یا هر دوی آنها به هر دلیل، توجهی به التزامات خود در خانواده نداشته و این امر شروع اختلافات را در منزل رقم میزند در شرع مقدس اسلام این امر نشوز نامیده شده که هم شامل مردی میشود که به تعهدات خود در مقابل زوجه بی توجه است، هم زنی که ملتزم به وظایف قانونی خود نمیشد. ادامه این روند در صورتی که امکان الزام زوجین به انجام وظایف خود نباشد به جدایی میانجامد که مطمئناً نه تنها مورد حمایت قانونگذار، نیست بلکه مقررات متعددی نیز در جهت جلوگیری از وقوع این اتفاق نامیمون وضع نموده است (همان).

اما متأسفانه در بسیاری اوقات این مقررات نمیتواند حاکمیت را به مقصود برساند و به دلیل ماهیت خاص خانواده که برای ادامه حیات نیازمند عشق و محبت و از خود گذشتگی، است همیشه نمیتوان دو نفر را در زیر یک سقف نگه داشت و در جایی که ادامه زوجیت موجب ستم به یکی از زوجین است، باید برای رفع آن چاره ای اندیشیده شود. در این خصوص برای اتمام زندگی زناشویی به اراده مرد اختیار مطلق پیش بینی شده است اما و برای جدایی از همسر خود دارای اختیار مطلق نیست و این کار با محدودیتهای قانونی روبه رو بررسی دلایل و فلسفه اختیار مطلق مرد در طلاق و محدودیت زوجه در این اختیار در بخش اول است و در آن، بهاینبشبهه پاسخ داده شده است که آیا تغییر و تحولات اجتماع و پیشرفت زنان در همه عرصه های اجتماعی، علمی، سیاسی اقتصادی و فرهنگی میتواند در این اختیار تغییراتی به نفع زنان ایجاد کرده و آنان را در این خصوص هم سطح با مردان نماید یا خیر؟

از اختیاراتی که قانون برای تقاضای یک طرفه طلاق از جانب زوجه تعیین نموده است، سخن گفته شده است و ضمن بررسی فقه امامیه و حقوق ایران از مطالعه تطبیقی با مذاهب فقه عامه و حقوق کشور عراق نیز غفلت نگردیده و با استفاده از حقوق این کشورها پیشنهاداتی جهت اصلاح قانون در ایران ارائه شده است. در همین راستا پژوهش حاضر درصدد است تا به بررسی حق طلاق زوجه در قانون ایران و عراق بپردازد.

۲- مفهوم طلاق و اقسام آن

ابتدا تعریف مختصری از مفهوم لغوی و حقوقی طلاق ارائه نموده و سپس اقسام آن را بیان می نماییم:

بند اول: مفهوم لغوی و حقوقی طلاق

طلاق اسم برای تطلیق است یعنی از بین بردن قید و بند و در کتب لغت برای واژه طلاق معانی گوناگون ذکر شده است همچون رهایی، آزاد کردن ترک کردن و... در لغتنامه دهخدا طلاق به معنی رها شدن از قید نکاح، رها شدن از عقد نکاح، رها کردن و فسخ کردن عقد نکاح آمده است در فرهنگ معین طلاق به معنی جدا شدن یا جدایی زن از مرد و نیز به معنای رها شدن زن از قید نکاح آمده است (معین، ۱۳۷۱، ص ۲۶۶) و در فرهنگ عمید نیز برای واژه طلاق، رها شدن از قید زناشویی به کار رفته است.

در ارتباط با مفهوم حقوقی طلاق برخی از حقوقدانان در تعریف آن چنین بیان نموده اند: «طلاق عبارت است از انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده او (صفایی و امامی، جلد ۱، ص ۲۲۵) مرحوم دکتر کاتوزیان نیز در تعریف طلاق می فرماید طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن، مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست رها می سازد» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۳۰۰)

از تعریف فوق نتایج ذیل استنباط می شود:

۱- طلاق عمل حقوقی یکطرفه (ایقاع) است به این معنی که با اراده ی شوهر یا نماینده او واقع می شود و نیازی به قبول زن نیست.

۲- طلاق عملی تشریفاتی است یعنی نیاز به یک سری تشریفات خاص دارد مثل وجود دو شاهد عادل و یا صدور حکم از طرف دادگاه ذی صلاح و بدون انجام این تشریفات طلاق واقع نمی شود.

۳- طلاق به اراده مرد واقع میشود مگر اینکه در شرایط خاصی طلاق به درخواست زن صورت می پذیرد که در این نوشتار به بررسی جامع این موارد خواهیم پرداخت.

۴- طلاق به اذن یا حکم دادگاه واقع می شود چه طلاق به درخواست زوج باشد و چه طلاقی که به درخواست زوجه واقع شود.

۵- طلاق وسیله انحلال نکاح دائم است اما نکاح موقت با انقضاء و با بذل مدت پایان می پذیرد.

بنابراین در تعریفی جامع از طلاق باید بیان نمود: ایقاعی است تشریفاتی که به صرف قصد انشاء و رضای یک طرف منشأ اثر می‌شود، که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست رها می‌سازد.

بند دوم: اقسام طلاق در حقوق ایران

ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی طلاق را به دو گروه بائن و رجعی تقسیم نموده که در ذیل به شرح آنها می‌پردازیم:

الف - طلاق بائن

بائن از مینونت به معنای جدائی است و به این دلیل به آن طلاق بائن می‌گویند که در آن حق رجوع برای شوهر در زمان عده وجود ندارد و با وقوع طلاق رابطه نکاح به طور قطعی منحل می‌شود، در واقع این طلاق موجب جدایی قطعی زن و مرد از یکدیگر می‌شود.

برابر با ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی در طلاق بائن برای شوهر حق رجوع نیست و انواع این طلاق که در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی ذکر شده عبارت است از:

۱- طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود.

۲- طلاق یا نسه

۳- طلاق خلع و مبارات مادامی که زن رجوع به عوض نکرده باشد.

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

ب - طلاق رجعی

طلاق است که مرد بعد از طلاق تا زمانی که زن در عده است میتواند به او رجوع کند. در طلاق رجعی شوهر به صورت یکطرفه می‌باشد و به هر لفظ یا فعلی حاصل میشود که دلالت بر رجوع کند مشروط بر اینکه مقرون به قصد رجوع باشد فقها اتفاق نظر دارند که در طلاق اصل بر رجعی بودن است مگر در مواردی که بائن شمرده شود از جمله مواردی که طلاق رجعی می‌باشد زمانی است که طلاق با درخواست زوج صورت گرفته است.

۳- شرایط اساسی وقوع طلاق و تشریفات آن

وقوع طلاق دارای شرایط و تشریفات می‌باشد که در قانون مدنی بیان شده است بعضی از این شرایط اساسی و مربوط به ماهیت طلاق است و بعضی نیز تشریفات است و مربوط به نحوه بیان اراده و شکل خارجی طلاق می‌باشد و عدم رعایت این شرایط و تشریفات در قانون مدنی دارای ضمانت اجرا می‌باشد که گاهی موجب بطلان طلاق است

بند اول: شرایط اساسی تحقق طلاق

بعضی از این شرایط اساسی مربوط به طلاق دهنده (زوج) و برخی دیگر مربوط به مطلقه (زوجه) می‌باشد که برخی از این شرایط مانند قصد و رضا و اهلیت برای انجام هر عمل حقوقی لازم می‌باشد اما بعضی دیگر مانند پاکی زن به طلاق اختصاص دارد.

الف - شرایط طلاق دهنده

برابر با قانون مدنی و فقه اسلامی طلاق دهنده زوج می‌باشد که باید دارای شرایط ذیل از جمله قصد و رضا، اهلیت و... باشد که در ذیل به شرح آنها می‌پردازیم:

۱ - قصد و رضا اراده در طلاق نیز مانند سایر اعمال حقوقی قصد و رضا یا همان اراده از شرایط صحت محسوب می‌شود^۱. و طلاق نیز به عنوان عمل حقوقی یکطرفه (ایقاع) از این امر مستثنی نمی‌باشد، بنابراین مرد باید هنگام طلاق دارای اراده باشد لذا هرگاه کسی در حالت مستی یا از باب شوخی صیغه طلاق را جاری کند، این طلاق باطل و از درجه اعتبار ساقط است^۲ اما در موارد طلاق به درخواست زوجه (طلاق قضایی) قصد و رضای زوج دیگر معنایی ندارد و طلاق بدون اراده او و به حکم دادگاه واقع می‌شود.

۱. ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی طلاق دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد.

۲. ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.

۲- اهلیت: طبق ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی طلاق دهنده باید بالغ و عاقل باشد و منظور از بالغ کسی است که به سن پانزده سال تمام قمری رسیده باشد، صغیر حتی با اجازه ولی یا قیم خود نمی تواند زن خویش را طلاق دهد و از آنجا که طلاق امری شخصی میباشد خود شخص باید درباره آن تصمیم بگیرد و ولی یا قیم مجاز نیست که زوجه مولی علیه خود را به نمایندگی از او طلاق دهد شرط بعدی که در این ماده برای طلاق دهنده ذکر شده عقل میباشد بنابراین مجنون دائمی که فاقد این شرط است نمی تواند زوجه خود را طلاق دهد^۱. (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص، ۳۹۷) اما ولی او در صورت مصلحت می تواند زن او را طلاق دهد. در ارتباط با رشد طلاق دهنده نیز باید بیان نمود که از شرایط صحت طلاق نمی باشد زیرا سفیه فقط از تصرفات مالی در اموال خود منع شده است. (ماده ۱۱۳۶ ق.م)

۳- منجز بودن طلاق قانون مدنی صراحتاً به منجز بودن طلاق تاکید نموده و تعلیق در آن را باعث بطلان طلاق دانده^۲. بنابراین اگر مردی طلاق همسرش را منوط به وقوع یا عدم وقوع امری نماید مثلاً بگوید تو را طلاق دادم اگر تا سال آینده خانه دار نشدم این طلاق باطل و فاقد اثر میباشد زیرا خصوصیت عقد نکاح و آثار آن اجازه نمی دهد که زن و مرد در بالاتکلیفی به سر ببرند (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۳۱۹)

۴- تعیین زن مطلقه در صورتی که مرد دارای چند زن، باشد تعیین زنی که قصد طلاق او را دارد، شرط صحت طلاق است بنابراین اگر مردی بگوید یکی از زنان خود را طلاق دادم طلاق واقع نشده است زیرا مشخص نیست کدام یک از همسران خود را طلاق داده است.

ب: شرایط مطلقه

چون طلاق اصولاً از طرف مرد واقع می شود، برای صحت انعقاد آن وجود قصد و رضا و اهلیت در زن شرط نیست. اما مطابق قانون مدنی طلاق باید در حال پاکی (طهر زن) واقع شود و به علاوه باید از پایان عادت زنانگی تا هنگام طلاق بین زن و شوهر نزدیکی روی نداده (طهر غیر مواقعه) باشد که در ذیل موارد ذکر شده شرح داده می شود:

۱- پاکی زن: مطابق ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی اطلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست... نفاس حالتی است مانند عادت زنانگی که هنگام زایمان و مدتی بعد از آن در زنان پیدا می شود و مدت آن حداکثر ده روز بعد از زایمان است. شاید علت عمدتاً این امر این باشد که طلاق در زمانی واقع شود که رغبت و تمایل به معاشرت با زن بیشتر و نزدیکی بدون مانع باشد تا طلاق در صورت وقوع، نشان دهنده اختلاف عمیق بین زوجین باشد. در هر حال طلاق در حال عادت زنانگی و نفاس باطل است مگر در سه مورد: ۱- طلاق زن باردار ۲- طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود -- طلاق از طرف شوهر غایب ۲- عدم وقوع نزدیکی از پایان عادت زنانگی تا هنگام طلاق علاوه بر اینکه زن در زمان وقوع طلاق باید پاک باشد، طلاق هنگامی صحیح است که از زمان پاک شدن تا زمان وقوع، طلاق نزدیکی بین زوجین روی نداده باشد که در اصطلاح حقوقی می گویند: زن باید در طهر غیر مواقعه باشد که این امر در ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی تصریح شده است. در توجیه این امر بیان شده است که حکمت اصلی این ماده معلوم شدن بارداری زن و جلوگیری از اختلاط نسل است و به همین دلیل زن یا نایسه یا باردار را میتوان در همه حال طلاق داد. (کاتوزیان، همان، ص ۱۹۶)

بند دوم: تشریفات وقوع طلاق

برای صحت طلاق علاوه بر شرایط اساسی وقوع آن تشریفات نیز که مربوط به آیین دادرسی یا شکل خارجی و نحوه بیان اراده در طلاق میباشد، لازم است که شامل:

- الف - ارجاع به داوری
- ب اجازه یا حکم دادگاه
- پ اجرای صیغه طلاق و ثبت آن
- ت - پرداخت حقوق زوجه

الف: ارجاع به داوری

ارجاع به داوری برای حل اختلافات بین زن و شوهر از دیرباز رایج بوده و بیشتر جهت جلوگیری از طلاق و انحلال نکاح به کار می رفته است و در آیه ۳۵ سوره نساء ارجاع اختلافات به داوری پیش بینی شده است^۳. فلسفه ارجاع امر به داوری جهت حل و

۱. ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی اولی مجنون دائمی میتواند در صورت مصلحت مولی علیه، زن او را طلاق دهد.

۲. ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی اطلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.

۳. آیه ۳۵ سوره نساء، و ان خفتم شقاق بینهما فابعتوا حکما من اهله و حکما من اهله ان یرید اصلاحا یوفق الله بینهما ان الله کان علیما خبیراً : چنانچه از نزاع سخت بین آنها بیم دارید پس داوری از طرف کسان زن برگزینند اگر مقصود اصلاح داشته باشند، خداوند ایشان را بر آن موفقیت بخشد، که خدا به همه چیز دانا و از همه سرایر ه است.

فصل اختلافات بین زن و شوهر و سعی در ایجاد صلح و سازش برای جلوگیری از طلاق به شمار میرود جامعه هر اندازه و به هر وسیله اقداماتی به عمل آورد که تصمیمات ناشی از عصبانیت و غفلت در طلاق عملی نشود شایسته است و مورد استقبال واقع شده است. (مطهری، ۱۳۳۶، ص ۳۸۲) تکلیف دادگاه در ارجاع دعای طرح شده از سوی زوجین جهت طلاق به داوری ابتدا در قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶ بیان شده بود و سپس در ق خ ۱۳۵۳ و همچنین در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ نیز این امر پیش بینی شده بود. با تصویب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ قانونگذار در ماده ۲۷ این قانون صراحتاً بیان نموده است که در کلیه موارد درخواست طلاق به جز طلاق توافقی دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع دهد. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رای صادر و چنان چه آن را نپذیرد نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند.

بنابراین با توجه به ماده فوق موضوع ارجاع به داوری در کلیه موارد درخواست طلاق از طرف زوج و زوجه پیش بینی شده است لیکن موارد درخواست طلاق توافقی مشمول مقررات داوری در قانون جدید حمایت از خانواده اخیر التصویب نمی شود. در ارتباط با طلاق توافقی طبق ماده ۲۵ این قانون دادگاه باید موضوع را به مراکز مشاوره خانواده ارجاع دهد. زیرا فرض بر این است که مرکز مشاوره سعی در ایجاد سازش کرده و به نتیجه نرسیده است و در این صورت ارجاع به داوری که هدف آن ایجاد صلح و سازش است، زاید خواهد بود. اما در سایر موارد درخواست طلاق، قانونگذار از قید باید استفاده نموده است و قضات از این حیث اختیاری ندارند و باید قبل از صدور گواهی عدم امکان سازش و یا حکم طلاق موضوع را جهت حل و فصل اختلافات به داوری ارجاع نمایند.

ب: اجازه یا حکم دادگاه

یکی دیگر از تشریفات اساسی در امر، طلاق صدور حکم یا گواهی عدم امکان سازش توسط دادگاه می باشد، این گواهی یا حکم نتیجه مستقیم عدم موفقیت دادگاه در مرحله قبل ارجاع امر به داوری می باشد و اگر دادگاه موفق به سازش بین زوجین نشد گواهی عدم امکان سازش صادر می نماید و بر مبنای آن زوجین می توانند به دفاتر ازدواج و طلاق مراجعه و آن را به ثبت برسانند. برای نخستین بار این امر در قانون حمایت از خانواده ۱۳۴۶ اشاره شد که در راه مصلحت خانواده و جلوگیری از خودسری و سوء استفاده مرد در زمینه طلاق مصوب مقرر شده بود، که در قانون حمایت از خانواده ۱۳۵۳ نیز مورد تأیید قرار گرفته است و همچنین در لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص نیز بر لزوم صدور گواهی عدم امکان سازش و حکم طلاق اشاره شده بود و تا قبل از تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در موارد طلاق توافقی زوجین از رجوع به دادگاه معاف بودند اما با تصویب این قانون وقوع هر گونه طلاق حتی با توافق زوجین نیز منوط به مراجعه به دادگاه و اخذ حکم یا گواهی عدم امکان سازش شد. بالاخره قانون حمایت از خانواده اخیر التصویب نیز به لزوم صدور گواهی عدم امکان سازش و حکم طلاق اشاره نموده است.^۱

در ماده ۲۶ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ قانونگذار صراحتاً به لزوم صدور گواهی عدم امکان سازش و حکم طلاق تصریح نموده است. در واقع با تصویب این قانون قانونگذار ضمن نسخ ضمنی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در ماده ۲۶ صراحتاً به صدور گواهی عدم امکان سازش در موارد طلاق توافقی و طلاق به درخواست زوج و صدور حکم در موارد طلاق به درخواست زوجه یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق اشاره می کند و ضمانت اجرای ثبت طلاق بدون صدور گواهی عدم امکان سازش با حکم طلاق در ماده ۵۶ این قانون ذکر شده است.^۲

پ: اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفتر ازدواج و طلاق

ماده ۱۱۳۴ ق م مقرر میدارد اطلاق باید به صیغه طلاق و در حضور دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنود واقع گردد بنابراین اول اینکه طلاق باید به صیغه طلاق واقع شود و مقصود از صیغه طلاق به کار بردن الفاظی است که صریح در طلاق باشد و لفظ در طلاق دارای اهمیت ویژه‌ای میباشد مشهور فقهای اسلامی معتقدند که صیغه طلاق فقط با لفظ خاصی که از کلمه «طلاق» استفاده میگردد واقع میشود مانند انت طلاق، هی طلاق، هذ طلاق یا آنچه از الفاظ که بر تعیین مطلقه دلالت کند استعمال

۱. ماده ۲۶ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱: در صورتی که طلاق توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش و اگر به درخواست زوجه باشد حسب مورد مطابق قانون به صدور حکم الزام به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می کند

۲. ماده ۵۶ قانون حمایت از خانواده ۱۳۹۱: « هر سردفتر رسمی که بدون اخذ گواهی موضوع مواد (۲۳) و (۳۱) این قانون یا بدون اخذ اجازه نامه مذکور در ماده (۱۰۶۰) قانون مدنی یا حکم صادر شده در مورد تجویز ازدواج مجدد یا بر خلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی به ثبت ازدواج اقدام کند یا بدون اخذ حکم دادگاه یا گواهی عدم امکان سازش یا گواهی موضوع ماده (۴۰) این قانون یا حکم تنفیذ راجع به احکام خارجی به ثبت هر یک از موجبات انحلال نکاح یا اعلام بطلان نکاح یا طلاق مبادرت، کند، به محرومیت درجه چهار موضوع قانون مجازات اسلامی از اشتغال به سردفتری محکوم می شود.

میشود. مطابق این نظریه صیغه طلاق باید به عربی اجرا شود. (دیانی، ۱۳۷۹) قانون مدنی مدنی در اینکه صیغه طلاق (عربی فارسی و...) باشد ساکت است اما به اینکه طلاق فقط باید به صیغه خاصی واقع شود اشاره دارد.

پس از اینکه صیغه طلاق جاری و طلاق اجرا شد باید در دفتر رسمی طلاق به ثبت برسد و موضوع در شناسنامه زن و مرد قید گردد. ثبت طلاق در دفتر رسمی از شرایط صحت و تحقق آن نیست از این رو طلاقی را که به ثبت نرسیده در صورتی که وقوع آن مسلم باشد نمیتوان باطل دانست اما ثبت از لحاظ اهمیتی که در اثبات طلاق و آمارگیری دارد اجباری میباشد. (صفایی، امامی، ص ۲۷۹)

در فصل هفتم قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ در باب مقررات کیفری در ماده ۴۹ مجازات مردی که بدون ثبت در دفاتر رسمی به طلاق یا فسخ نکاح اقدام میکند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود همچنین در ماده ۵۶ این قانون به بیان مجازات سردفتری که بدون حکم دادگاه یا گواهی عدم امکان سازش به ثبت هر یک از موجبات انحلال نکاح یا اعلام بطلان نکاح یا طلاق مبادرت کند به محرومیت درجه چهار موضوع قانون مجازات اسلامی از اشتغال به سردفتری محروم می‌شود.

ت: پرداخت حقوق زوجه

شرط اساسی دیگری که برای امکان ثبت طلاق وجود دارد این است که زوج حقوق زوجه را پرداخت نماید. منظور از حقوق زوجه در درجه اول مهریه و در درجه دوم نفقه و اجرت المثل ایام زوجیت و در درجه سوم نحله می باشد که دادگاه زوج را محکوم به پرداخت آن می نماید و دو عنوان اخیر برای نخستین بار در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق پیش بینی شده بود. در ماده ۲۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ قانونگذار به این امر تصریح نموده است و ثبت طلاق را موقوف به تأدیه حقوق مالی زوجه دانسته است مگر اینکه زوجه به ثبت طلاق و انجام تشریفات آن رضایت دهد یا اینکه حکم قطعی دایر بر معسر بودن زوج و تقسیم محکوم به صادر شود و همچنین چنانچه زوجه بدون دریافت حقوق مالی خود به ثبت طلاق رضایت دهد میتواند پس از این اقدام برای دریافت حقوق مالی خود از طریق اجرای احکام دادگستری اقدام نماید. اما چنانچه زوج معسر از پرداخت حقوق مالی زوجه باشد و از طرفی نیز خواهان طلاق و جدایی از همسر خود باشد به موجب ماده ۲۰ آیین نامه قانون حمایت از خانواده ۱۳۹۱، پس از اخذ گواهی عدم امکان سازش چنانچه در مهلت سه ماهه اعتبار گواهی عدم امکان سازش، به دفتر خانه مراجعه و گواهی مذکور را تسلیم نماید و در ارتباط با پرداخت حقوق مالی زوجه ادعای اعسار نماید و گواهی مبنی بر طرح دادخواست اعسار و تقسیم در دادگاه صالح را در مهلت مذکور به دفترخانه تحویل دهد اعتبار گواهی صادره تا پایان رسیدگی به دعوای اعسار هر چند مهلت . ماهه مذکور نیز منقضی شده باشد به قوت خود باقی خواهند ماند.

۴- مفهوم عسر و حرج

دو واژه ی عسر و حرج به گونه ای مترادف هم و به معنای سختی و مشقت در زندگی هستند. هر دو واژه در قرآن کریم به معنای سختی و مضیقۀ آمده است. در قرآن کریم میخوانیم: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا»، یا «سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا». بدین ترتیب معنای عسر عبارت از صعوبت مشقت و شدت است که در فارسی از آن به دشواری و سختی تعبیر می‌شود. واژه حرج نیز به معنای مضیق تنگی و سختی به کار رفته است. «... ما جعلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» بنابراین عسر و حرج به معنای سختی و مشقت است برای مثال روزه گرفتن بیمار موجب سختی و مشقت وی است در اینجا روزه گرفتن به واسطه ی قاعده ی فقهی نفی عسر و حرج از دوش فرد بیمار برداشته میشود این مثال را مطرح کردیم که بگوییم عسر و حرج فقط در خصوص طلاق گرفتن مصداق ندارد و اینکه قانونگذار به واسطه ی عسر و حرج اجازه داده است که زوج به زندگی مشترک پایان دهد به خاطر همین قاعده ی نفی عسر و حرج است. در متون فقهی این دو کلمه با هم و به صورت مترادف استعمال شده است و آن را چنین تعریف میکنند «عسر و حرج آن است که مستلزم مشقت شدید میباشد که مردم عادتاً آن را تحمل نمی کنند».

۵- مفهوم تفویض طلاق

تفویض در لغت کار با کسی، گذاشتن کار به کسی بازگذاشتن بازگذاشتن کار بر کسی حاکم گردانیدن کسی را در امری سپردن و باز گذاشتن کار خود به کسی یا به خدا واگذاری و تسلیم و سپردگی، اختیار مقابل جبر و در معنای تفویض کردن آورده اند که به

۱. ماده ۲۰ آیین نامه قانون حمایت از خانواده ۱۳۹۱: «چنانچه زوج در دفتر خانه حاضر شود و گواهی عدم امکان سازش را در مهلت سه ماهه تسلی کند ولی از جهت پرداخت حقوق مالی زوجه اظهار عجز نماید و گواهی مبنی بر ارائه دادخواست اعسار و تقسیم به دادگاه صالح را در مهلت مذکور به دفتر خانه تحویل دهد اعتبار گواهی عدم امکان سازش تا تعیین تکلیف اعسار به قوت خود باقی خواهد ماند.

۲. مکارم شیرازی، ناصر القواعد الفقیهه، ج ۱، نشر مدرسه امام علی، ج ۱، ۱۴۱۶، ص ۱۷۵

معنای تسلیم کردن و بخشیدن است.^۱ آنچه گفتیم معنای لغوی تفویض بود و اما تفویض در اصطلاح یعنی کار به کسی بازگذاشتن و به معنای واگذاری است. اساس دادن نیابت از دیدگاه برخی حقوقدانان تفویض اختیار است و اذن را منشأ تفویض اختیاری دانند و گاهی معنای ای از تفویض ارائه می‌دهند مانند:

۱) اعطاء شغل و سمت دولتی در مقامات عالییه مانند تفویض منصب قضاء؛

۲) آزادی اراده انسان در فعل و ترک که خداوند به او تفویض کرده است (اصل آزادی اراده) کلامی و آن را استطاعت هم گفته اند و معتقدین به این نظر را مفوضه و قدریه گفته اند و ضد آن جبر است؛

۳) در حقوق خانواده عبارتست از ترک مهر در عقد نکاح و یا شرط عدم مهر در نکاح و یا موکول کردن مقدار مهر به نظر زوج و یا زوجه و یا ثالث (ماده ۱۰۸۷ ق.م.ا) و لیکن آنچه منظور ما از اصطلاح تفویض است در هیچکدام از این تعاریف نمی‌گنجد بلکه مقصود از تفویض انتقال حق طلاق از زوج به زوجه بصورت تام و تمام در اجرای صیغه طلاق میباشد که در نزد اکثر فقهای اهل تسنن پذیرفته شده است، به گونه ای که از آن تسلیط زن بر سرنوشت نکاح برداشت میشود به طوری که اگر بخواهد نکاح را منحل میکند و اگر بخواهد آن را باقی می‌گذارد تفویض عبارتست از واگذاری طلاق به زن و مختار کردن او در تعیین تکلیف، خود به طوری که اگر طلاق را اختیار کند این امر به وقوع می‌پیوندد.^۲

با توجه به ادله و روایاتی که در این زمینه وجود دارد تفویض در فقه امامیه پذیرفته نشده و قول به عدم جواز آن غلبه دارد و لیکن در فقه عامه آن را به عنوان یکی از طرق نیابت پذیرفته اند و غالباً آن را به سه صورت توکیل، تخییر و تملیک مورد بحث قرار میدهند. از آنجا که معنای تفویض در اصطلاح فقهی و حقوقی از معنای لغوی آن زیاد دور نیافتاده است لذا فقهاء از تفویض طلاق تعاریف گوناگونی ارائه داده اند که به برخی از آن اشاره میکنیم.

الف) «تفویض را تملیک حق طلاق به زن میدانند^۳ و یا تملیک نمودن طلاق به غیر».

ب) تفویض عبارتست از تعلیق امر طلاق بر خواست و اراده شخص اجنبی و بیگانه^۴»

ج) تفویض عبارتست از تسلیط زن بر سرنوشت نکاح به طوری که اگر بخواهد نکاح را منحل کند و اگر بخواهد آن را باقی بگذارد و در نتیجه به ادامه زندگی با همسر خود بپردازد.^۵

د) تفویض عبارتست از واگذاری طلاق به زن و مختار کردن او در تعیین تکلیف خود به طوری که اگر طلاق را اختیار کند این امر به وقوع بپیوندد. با تفویض حق طلاق به زوجین این حق از شخص زوج سلب خواهد شد، وزن اختیار تام و تمام در جدایی از شوهر و یا عدم آن را خواهد داشت.^۶ در کتب فقهی یا تفویض همراه با تخییر به کار رفته و یا بجای آن از تخییر استفاده شده است بدین گونه که زوجه مخیر بین انتخاب طلاق و یا ادامه زندگی با شوهر خود باشد و از جواز و یا عدم جواز آن صحبت شده است که به تفصیل در فصل سوم به آن خواهیم پرداخت.^۷

در اصطلاح قهی و حقوقی نیز از معنای لغوی آن دور نیافتاده است فقها از تفویض طلاق تعاریف ذیل را ارائه داده اند:

الف: تفویض به معنای تملیک حق طلاق به زن است.

ب: تفویض عبارت است از تسلیط زن بر سرنوشت، نکاح به طوری که اگر بخواهد نکاح را منحل کند. اگر بخواهد آن را باقی بگذارد.^۸

۱. لغت نامه دهخدا جلد ۵ پیش ۶۸۶۴

۲. طهرانی (کاتوزیان) پیشین، ص ۲۰۴ جعفری لنگرودی وسط در ترمینولوژی، حقوق، پیشین ص ۲۲۲، شماره ۹۵۵ جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوقی، پیشین صص ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷، شماره ۵۰۵۱ جلالی، پیشین، ص ۱۸

۳. النووی الشافعی ابن ذکریا بجیی بن شرف المتوفی سنه ۶۷۶ هـ منهاج الطالبین مکتبه التراث الاسلامی قاهره، ۱۴۱۸، ص ۱۵۵ «له تفویض طلاقها اليها و هو تملیک فی الجدید».

۴. الجزیری، عبدالرحمن الفقه علی المذاهب الاربعه جلد ۱، دار القلم، بیروت ۱۴۱۷، ص ۳۵۷ التفویض و هو تملیک الغیر الطلاق».

۵. ابوزهره، محمد، الاحوال الشخصیه، دار الفكر العربی چاپ سوم قاهره، ۱۴۱۸، ص ۳۲۳ یكون التفویض تعلیق امر الطلاق علی مشیئته الاجنبی».

۶. عبدالحمید محمد محی الدین الاحوال الشخصیه فی الشریعه الاسلامیه دار الکتب العربی، چاپ اول، قاهره، ۱۴۰۴ هـ ق، ص ۲۸۶، مسأله ۱۴۳ و إذا سلط الزوج الزوجه نفسها، ستی تسلیطه تفویضا و سمیت الزوجه مفوضه».

۷. العاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرایع الاسلام جلد ۹، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قسم سوم، کتاب الطلاق، قم، ۸۰ اتفق علماء الاسلام ممن عدا الاصحاب علی جواز تفویض الزوج أمر الطلاق إلی المرأه وتخییرها فی نفسها تاویا به الطلاق و وقوع ۱۴۱۶ هـ ص الطلاق لو اختارت نفسها و کون ذلك بمنزله توکلیها فی الطلاق و جعل التخییر کنایه عنه أو تملیکا لها نفسها...».

۸. الحسینی، روحانی سید محمد صادق فقه الصادق جزء ۲۲ مؤسسه دارالکتب چاپ سوم، قم، ۱۴۱۹، ص ۴۲۰ شهید ثانی، مالک الافهام، همان القمی ابی جعفر الصدوق، محمد بن علی بن الحسین بن بابویه، المقنع، مؤسسه امام هادی (ع)، قم، ۱۴۱۷، ص ۴۳۷؛ اشتهاودی، علی پناه، فتاوی این جنید مؤسسه نشر اسلامی چاپ اول، قم، ۱۳۸۹، ص ۲۶۷؛ طوسی ابی جعفر محمد بن الحسن الخفاف، جلد ۴، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۳۸۸، ص ۴۷۰. حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی جلد ۱، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، قم، ۱۳۸۸، ص ۶۸۸ حسینی سید احمد و رجایی، سیدمهدی رسائل الشریف المرتضی، مؤسسه النور للمطبوعات، بیروت، جلد اول، ۱۳۸۸، ص ۲۴۱

۹. روحانی پیشین ص ۴۲۰، شهید ثانی، پیشین، ص ۸۱

ج: تفویض عبارت است از واگذاری طلاق به زن و مختار کردن او در تعیین تکلیف خود، به طوری که اگر طلاق را اختیار کند این امر به وقوع بپیوندد.^۱

در کتب فقهی امامیه تفویض یا همراه با تخییر به کار رفته و یا این که به جای تفویض از تخییر زوجه در طلاق و این که وی از طرف شوهر مخیر میشود که اگر خواست با شوهر زندگی کند و اگر خواست طلاق بگیرد، استفاده شده است و در مورد جواز این امر و عدم جواز آن بحث گردیده است.^۲

۶- عدم انفاق گفتار اول حقوق ایران

بند اول: شرایط ماهوی

استطاعت مالی، مرد از شروط وجوب نفقه زوجه نیست اما از شروط تحقق جرم موضوع ماده است. به عبارت دیگر مجازات تعزیری ترک انفاق فقط بر کسی اعمال میشود که با وجود استطاعت مالی از تأدیه نفقه زن خود خود امتناع کند تشخیص استطاعت مالی مرد با دادگاه است که باید وجود این استطاعت را در زمان ترک انفاق احراز کند همچنین به نظر میرسد در حالی که زوج فقط استطاعت پرداخت قسمتی از نفقه زوجه را داشته است و از تأدیه همان قسمت امتناع کند مشمول ماده ۶۴۲ خواهد بود. ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی در صورتی نفقه را واجب دانسته است که شخص متمکن از دادن نفقه باشد بدون این که از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه شود. این شرط برگرفته از متون فقهی است.^۳

که بعد از نفقه به خود و سپس به زوجه و در صورت اضافه، آمدن نفقه اقارب را واجب میدانند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز در رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۲۸ اردیبهشت ۸۷ مقررات عدم سقوط نفقه به علت استفاده زوجه از حق حبس مذکور در قانونی مدنی را صرفاً مربوط به رابطه حقوقی زوجه دانسته و زوج را در صورت ترک انفاق در این مورد مشمول مجازات مندرج در ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی به شماره آورده است. در قسمتی از این رأی چنین آمده است: «و از نقطه نظر جزایی با لحاظ مدلول ماده ۶۴۲ که به موجب آن حکم به مجازات شوهر به علت امتناع از تأدیه نفقه زن به تمکین زن منوط شده است و با وصف امتناع زوجه از تمکین ولو به اعتدال استفاده از اختیار حاصله از مقررات ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حکم به مجازات شوهر نخواهد شد. نکته بعد در مورد نفقه صغیره است. با توجه به مشروط بودن نفقه به تمکین فقها صغیره را مستحق نفقه ندانسته اند که با توجه به عدم تمکین و عدم وجوب نفقه در این مورد نیز جرم ترک انفاق محقق نخواهد شد. در صورت صغیر بودن زوج و کبیر بودن، زوجه به نظر برخی، فقها نفقه بر زوج واجب خواهد بود در این حالت با توجه به صغیر بودن زوج و نبود مسئولیت کیفری، او اعمال مجازات منتفی است و فقط در صورت بلوغ زوج و ادامه پرداخت نکردن، نفقه با توجه به استمراری بودن جرم ترک انفاق امکان مجازات زوج وجود دارد.^۴

از نظر فقهی این امر از مصادیق نشوز زوج بوده و زن میتواند با مراجعه به حاکم حقوق خود را استیفا نماید. در این صورت حاکم با احراز نشوز، زوج وی را ملزم به انفاق مینماید اگر این امر صورت نگرفت حاکم به درخواست زن و در صورت امتناع زوج از اجرای صیغه طلاق زن را مطلقه مینماید.^۵

پیشنهاد شده است که در صورتی عجز شوهر از دادن، نفقه از موجبات طلاق قرار گیرد که زن نیز نتواند هزینه زندگی مشترک را تأمین کند. این نظر با مفاد ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز سازگاری بیشتری دارد، زیرا تنها در این فرض است که عسر و حرج واقعی برای زن ایجاد میشود». این عقیده مورد مخالفت واقع شده است برخی در پاسخ به آن گفته اند «هنگامی که مرد تنگدست می گردد، زن تکلیفی به تحمل زندگی با او را ندارد و نمیتوان از لحاظ حقوقی انتظار فداکاری از چنین زنی داشت. مرز حقوق و اخلاق از یکدیگر جداست آنان که بخواهند به تکلیف اخلاقی خود عمل کنند. نیازی به حکم قانون ندارند بنابراین مفن باید در این مورد وضع زن و مرد و حقوق آنان را روشن سازد.»

به نظر میرسد با توجه به استقلال مالی زوجه و این که وظیفه انفاق بر عهده زوج است نمیتوان قایل به این شد که زن وظیفه خود را در برابر مرد انجام دهد اما مرد به هر سبب ولو عجز، به وظیفه خود عمل ننموده و زن در مقابل مرد دارای تعهد یکطرفه باشد. بنابراین با وجود قبول این نکته که زندگی زناشویی نیاز به فداکاری، دارد اما هنگامی که بین طرفین اختلاف حاصل میشود و قانون باید شیوه فصل خصومت را مشخص کند انجام این وظیفه باید عادلانه صورت گیرد محرومیت زوجه در این خصوص موجب تضییع حق او میباشد به اضافه این که این نظر مغایر با روایاتی است که بین عجز و استتکاف زوج از انفاق تفاوتی قابل نگردیده

۱. النوری الشافعی محی الدین ابی ذکریا یحیی بن شرف منهج الطالبین نشر دار البیضاء، ج ۱، دمشق، ۲۰۰۲م، ص ۵۸۸

۲. شهید ثانی مسالک الافهام، ج ۹، ص ۸۱

۳. محقق داماد سید مصطفی تحلیل فقهی حقوقی، خانواده نشر علوم اسلامی، ج ۲، ۱۳۶۷، ص ۳۶۴

۴. خوئی، ابوالقاسم، منهج الصالحین، ج ۲، نشر مدرسه امام باقر العلوم بیتا، ص ۲۸۲، مسأله ۱۳۶۶، تبریزی میرزا جواد استفتائات جدید، انتشارات

۵. ۳۷۵، میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۲، نشر انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ج ۱، ۱۳۷۹، ص ۲۲۳

۵. اصفهانی، سید ابوالحسن وسیله النجاه، ج ۲، نشر دار الضواء، ج ۱، بیروت، ۱۴۰۵، ص ۳۳۶ و ۳۳۷.

است.^۱ فقهای امامیه نیز در خصوص عجز زوج از پرداخت نفقه بعد از انعقاد عقد سخن گفته‌اند که نظرات آنان را میتوان به سه دسته تقسیم نمود:^۲

۱- زوجه ملزم است در این حالت صبر پیشه کرده و تحمل نماید معتقدان به این عقیده به منظور اثبات ادعای خود علاوه بر استفاده از اصل استصحاب به حدیثی از امیرالمومنین (ع) استناد کرده‌اند که هنگامی که زنی از شوهرش به سبب ترک انفاق به ایشان شکایت برده و از آن حضرت تقاضای حبس شوهرش را نموده بود در حالی که شوهر از پرداخت نفقه عاجز بوده امام (ع) ضمن امتناع از زندانی کردن او فرمودند: «إنب مع العسر یسراً».

از مفاد حدیث روشن میشود که درخواست زن از میرالمؤمنین علیه السلام اجرای طلاق نیست بلکه او راضی به ادامه زندگی مشترک بوده و از آنجا که پرداخت نفقه دینی بر عهده مرد است و شوهر به دلیل اعسار از پرداخت دین خود عاجز بوده است از این رو به منظور استیفای طلب خود به امام مراجعه کرده تا امام از راههای معمول و متداول از قبیل حبس مدیون و... طلب او را استیفا نماید.^۳ شاهد این مطلب عبارت «فابی ان یحسبه میباید زیرا به قرینه این عبارت معلوم میشود که تنها درخواست زن حبس شوهر تا ایفای دین بوده که اما به دنبال این درخواست از اجابت آن امتناع نموده و زن را امر به صبر کرده و فرموده‌اند ان مع العسر یسراً. بنابراین این نظر مورد اقبال قرار نگرفته است.

۲- وجود این حالت به زن حق میدهد با مراجعه به حاکم تقاضای فسخ نکاح کند و اگر دسترسی به حاکم نبود خودش میتواند نکاح را فسخ کند دلیل قائلین به این، نظر آیه ۲۹ سوره بقره است که می‌فرماید: «الطلاق مرتان فإمساک بمعروف أو تسریح بإحسان» پس چون نگهداشتن زوجه بدون پرداخت نفقه نگهداری به نیکی نیست از این رو وظیفه مرد رها کردن زن به احسان است. علاوه بر این آیه به روایت ابا «بصیر» نیز اشاره شده است که حضرت امام باقر علیه السلام فرموده‌اند: «هر کس زوجه اش را خوراک و پوشاک ندهد امام حق دارد بین آنها جدایی ببیند.»
- برای زوجه در این فرض حق طلاق ایجاد میگردد این راه حل قول مشهور دار فقه بوده و مبانی آن نیز همان آیات و روایاتی است که در بحث استتکاف زوج از پرداخت نفقه ذکر گردیده است.^۴

بند دوم: مراحل رسیدگی

مطابق ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی «زن میتواند در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به پرداخت آن محکوم خواهد کرد.» پس از صدور حکم انفاق دو حالت قابل تصور خواهد بود یا حکم قابل اجرا است یعنی زوج طوعاً مبادرت به اجرای حکم و پرداخت نفقه میکند و اگر او این کار را انجام نداد امکان اجرای حکم از اموال وی وجود دارد که در این حالت سببی برای طلاق زوجه، نیست یا اینکه حکم به دلیل استتکاف زوج و عدم دسترسی به اموال او و یا به علت اعسار وی قابل اجرا نمیشود. در این حالت ماده ۱۱۱۲ همان قانون با عبارت «اگر اجرای حکم مذکور در ماده قبل ممکن نباشد مطابق ماده ۱۱۲۹ رفتار خواهد شد، ما را به ماده اخیر ارجاع میدهد و چنانکه گفته شد در این حالت زن حق طلاق خواهد داشت. بنابراین زوجه نمیتواند به طور مستقیم به علت عدم انفاق تقاضای طلاق، نماید بلکه ابتدا باید مبادرت به طرح دعوی الزام به انفاق کند دادگاه با احراز استحقاق وی با تعیین مقدار نفقه زوج را ملزم به پرداخت نماید حکم صادر شده مواجه با عدم اجرا گردد و سپس زوجه با در دست داشتن اجرائیه معطل مانده با توسل به ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی درخواست طلاق نماید انجام این مراحل تنها راهی است که قانونگذار پیش بینی کرده است و به کرا بردن شیوههای دیگر فاقد مجوز قانونی است.^۵

اما سئوالی که به نظر میرسد این است که دلیل لزوم طی این مراحل چیست؟ پاسخ آن است که عدم انفاق توسط زوج و عدم امکان الزام او به عنوان موجب طلاق باید برای، قاضی ثابت شود.^۶ شیوه اطمینان بخش آن نیز طی کردن مراحل مذکور میباشد یعنی هرگاه اجرائیه بلا اجرا مانده به دادگاه ارایه گردد، برای قاضی اثبات میشود که عدم انفاق تحقق یافته است.

برخی از نویسندگان با قبول لزوم صدور حکم انفاق برای احراز عجز زوج از انفاق، ضروری برای طی این مراحل در خصوص استتکاف قابل نیستند و آن را محدودیتی برای زوجه تلقی کرده‌اند. آنان برای اثبات این ادعا گفته‌اند که اولاً از پاره ای روایات به

۱. همان، ص ۳۷۴

۲. نجفی، شیخ محمد حسن جواهر الکلام، ج ۳۰، ۱۳۹۰، س ۱۰۵، شهید ثانی زین الدین بن علی مسالک الافهام، ج ۱. نشر معارف اسلامی، ج ۱، قم ۱۴۱۶، ص ۳۹۸

۳. شیخ طبرسی، مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ۱۴۱۳، ص ۲۱۸

۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر مختلف الشیعه، ج ۷، نشر التبع لمکت الاعلام الاسلامی، ج ۱، ۱۳۷۵، ص ۳۱، علوی قزوینی، پیشین، ۱۳۲، ص ۱۳۰

۵. فاضل هندی همان ج ۱، ص ۱۵، شیخ طوسی، ج ۶، ص ۲۲ و ۲۱

۶. حر عاملی، همان حدیث ۲

دست می‌آید که استئنکاف شوهر از پرداخت نفقه به امام حق تفریق و جدایی می‌دهد ثانیاً برخی از فقها نیز معتقدند که در صورت امتناع زوج از پرداخت نفقه حاکم او را به انفاق یا طلاق ملزم می‌سازد و در صورتی که اجبار زوج از سوی حاکم بر نفقه و طلاق امکان نداشته باشد، حاکم می‌تواند با درخواست زن او را طلاق دهد.^۱

در تأیید این نظر میتوان به روند طولانی رسیدگی به دعاوی در نظام قضایی کشور نیز استناد نمود. توضیح این که در وضع کنونی (الزوم) طی مراحل الزام به پرداخت نفقه و سپس طرح دعوی طلاق با عدم انفاق، زوجه باید دادخواست الزام به انفاق تقدیم نماید رسیدگی به این دعوی با توجه به نیاز به نظر کارشناس و امکان اعتراض به نظریه کارشناسی زمان زیادی را به خود اختصاص می‌دهد و صدور رأی بدوی نیز به علت امکان تجدید نظرخواهی که معمولاً ولو برای اطلاع دادرسی تقاضا می‌گردد، پایان کار نخواهد بود. از این رو زوجه با صدور حکم در مرحله بدوی نیز باید منتظر تأیید حکم در مراجع تجدیدنظر، مانده پس از تأیید حکم و صدور اجرائیه و ابلاغ آن به زوج با عدم اجرای حکم، دعوی اصلی خود را آغاز نماید که این زمان در خوش بینانه ترین حالت حداقل یک سال به طول می‌انجامد. این بدان معنا است که زوجه باید این زمان به اضافه زمان رسیدگی به دعوی طلاق را که کمتر از آن نخواهد بود

بدون داشتن نفقه در قید زوجیت مرد زندگی کند و اینستمی است که تحمیل آن به زوجه روا نیست. ممکن است ایراد شود که طولانی بودن روند رسیدگی به دعاوی امری است که باید با اصلاح نظام قضایی انجام شود و این اشکال در رسیدگی نمیتواند مانعی برای اثبات عدم انفاق و عدم اجرای حکم نزد قاضی و در نهایت موجب نفعایت زوجه از طی این مرحله باشد.^۲

در پاسخ می‌توان گفت اول این که با ادعای زوج در دادگاه مبنی بر اعسار از انفاق و یا استئنکاف از پرداخت عدم انجام این وظیفه اثبات میگردد و دیگر نیازی به طی روند طولانی دادرسی وجود ندارد. دوم این که در جایی که انجام مراحل گفته شده موجب اضرار به زوجه میگردد، به استناد قاعده لاضرر اصلاح قوانین برای رفع، ضرر بدون این که حقی از کسی تضییع گردد به این ترتیب که رسیدگی به دعوی طلاق به علت عدم انفاق در یک مرحله رسیدگی، گردد ضروری به نظر میرسد، زیرا این کار ضمن جلوگیری از تضییع حق زوجه و معطل کردن او در پیچ و خمهای دادرسی از تراکم پرونده های قضایی، که اکنون معضلی برای دادگستریهای ما شده است جلوگیری مینماید به هر حال در وضع موجود پاسخ به چند سؤال ضروری به نظر میرسد

۱- منظور از نفقه ای که استئنکاف یا عجز شوهر از پرداخت آن مجوز طلاق است، فقط نفقه آینده است یا نفقه گذشته را نیز شامل میشود؟ در این خصوص اختلاف نظر موجود است برخی اعتقاد دارند که منظور از نفقه نفقه آینده میباشد نه نفقه گذشته زیرا اول نفقه گذشته دینی است بر عهده شوهر که مانند دیون دیگر است و نفقه به معنای حقیقی آن اطلاق نمیشود زیرا نفقه در اصطلاح به آنچه برای گذراندن زندگی لازم است گفته می‌شود مگر این که قرینهای موجود باشد که با کمک آن بتوان دینی را که سبب آن نفقه بوده است مضمون این عنوان دانست. علت دین بودن آن را میتوان از ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی که میگوید «زوجه» در هر حال میتواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوا نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی، شوهر زن مقدم بر غرما خواهد بود» استنباط کرد از این رو وقتی قرار شد نفقه گذشته به صورت دین بر عهده شوهر باشد، ترتیب وصول آن را قانون مشخص و معلوم ساخته است و موجبی برای درخواست زن نسبت به اجبار شوهر به طلاق دادن وی نخواهد بود.^۳

۲- نفقه در اصطلاح به چیزی گفته میشود که برای زندگی کردن لازم است زندگی زمانی است که از حال شروع میشود پس باید بگوییم منظور از تعیین عنوان نفقه از طرف محکمه مقدار مخارجی است که زن به صورت روزمره و در آینده نیاز دارد.^۴

۳- مبنای طلاق در مورد استئنکاف شوهر از پرداخت نفقه عدم امکان ادامه زندگی زناشویی است و این امر فقط در مورد نفقه آینده صدق میکند و هرگاه شوهر از دادن نفقه گذشته امتناع کند، ولی حاضر به دادن نفقه آینده باشد مانعی برای ادامه زندگی زناشویی وجود نخواهد داشت.^۵

۴- از نظر اجتماعی نیز مصلحت در تحدید موارد طلاق است و تفسیر گسترده از ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی و شناختن حق طلاق برای زن به علت استئنکاف شوهر از دادن نفقه گذشته با این هدف سازگار نیست. صدور آرای از شعب سوم و چهارم دیوان عالی کشور مؤید این نظر است.^۶

۱. صفایی، سیدحسین، وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، ۱۳۷۵، ص ۱۲۸ و ۱۲۷

۲. اصفهانی، ابوالحسن وسیله النجاه ج ۲ نشر دار الاضواء، ج ۱، بیروت، ۱۴۰۵، صص ۳۳۶ و ۳۳۵، خوئی، پیشین، ص ۲۸۰

۳. صفایی و امامی، پیشین، ص ۲۰۵

۴. صابری، صفایی، عبدالعلی موجبات طلاق به درخواست زوجه در حقوق ایران، عراق فرانسه و شوروی انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵، ص ۳۲

۵. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۸، انتشارات اسلامی، ج ۸، ۱۳۷۲، صص ۳۲ و ۳۳

۶. صفایی و امامی، پیشین، ص ۱۲۰۵

اما برخی دیگر^۱ معتقدند که عدم پرداخت نفقه گذشته نیز میتواند مجوز طلاق باشد. در تحلیل این عقیده با انتقاد از تعبیر گروه اول از نفقه گفته‌اند وقتی بپذیریم که نفقه زن نیز قابل مطالبه است اختصاص دادن آن به زمان آینده نیازمند اثبات است عرفاً نیز اگر شوهر مخارج زندگی زن را نپرداخته باشد، می‌گویند شوهر مدتی است نفقه او را نداده در حالی که مطالبه نفقه آینده امری است غیر متعارف. بنابراین اگر قرار است که اطلاق کلمه نفقه در مواد قانون مخصوص به فرد شایع در عرف شود، دلالت آن نفقه گذشته بیشتر است تا به نفقه آینده ایشان با قبول توجیه مربوط به سبب حق طلاق و اینکه نباید خانواده ای را که از این پس به دلیل پرداخت نفقه قابل دوام است به دلیل طلبی که زن از بابت نفقه گذشته دارد منحل کرد قبول اینکه اگر درخواست طلاق زوجه به استناد ندادن نفقه گذشته ممکن بود ضرورتی نداشت که زن ابتدا برای گرفتن نفقه به دادگاه رجوع کند و پس از صدور حکم و عدم امکان اجرای آن دادخواست دیگری برای طلاق بدهد (چون به آسانی میتوانست عدم تأدیه نفقه را مستند دعوی طلاق سازد و دعوی مستقل اقامه کند) اظهار داشته اند با وجود این باید دانست که دادرسی درباره وضع انفاق در گذشته صورت میپذیرد تا از نتیجه آن درباره آینده استفاده شود، زیرا در هر حال استتکاف از دادن نفقه گذشته مستند تقاضای طلاق قرار میگیرد با این توضیح که اگر دادگاه به درخواست زن شوهر را محکوم به پرداخت نفقه ماهیانه یک میلیون ریال نماید و مرد از اجرای حکم سر باززند، زن فقط زمانی میتواند دادخواست طلاق بدهد که مقداری از نفقه گذشته او پرداخت نشده باشد. به عبارت دیگر پولی که در دادخواست نفقه برای آینده خواسته میشود در دعوی طلاق بابت نفقه گذشته است.

در تأیید این نظر علاوه بر استدلال فوق میتوان به رویه قضایی هم استناد نمود، زیرا در پرونده های مطروحه دادگاهها عدم انفاق در گذشته را مستند صدور حکم طلاق قرار میدهند. رأی اصراری شماره ۲۴۱۱ مورخ ۱۹/۱۲/۱۳۳۹ شعب حقوقی دیوان عالی کشور نیز که از نظر حقوقی ارزش بالاتری از آرای شعب دیوان دارد، مؤید این نظر است. البته استدلال بر نظر اول خصوصاً این که اگر مردی نفقه آینده زوجه را پرداخت، کند به لحاظ این که نفقه گذشته دین است و به علت طلب، امکان طلاق موجود نیست، هم خالی از استحکام نیست به همین دلیل دکتر کاتوزیان به خوبی این دو عقیده را جمع نموده است:

«دادگاه استتکاف شوهر از دادن نفقه گذشته و عدم امکان اجرای حکم را نشانه خودداری از انفاق آینده می بیند».

۱- اگر زوج حکم انفاق اجرا نشده را پس از طرح دعوی طلاق توسط زوجه اجرا نماید، آیا باز هم زن میتواند به استناد عدم انفاق بر دعوی طلاق خود باقی باشد؟

به نظر میرسد با توجه به این که سبب طرح دعوا که همان عدم انفاق است با اجرای حکم انفاق ولو در جریان دعوی طلاق از بین رفته است دادگاه نمیتواند مبادرت به صدور حکم طلاق نماید^۲.

۲- اگر حکم طلاق به علت عدم انفاق صادر گردد و زوج پس از صدور حکم مبادرت به پرداخت نفقه اجرای حکم طلاق صادر شده است و سپس تقاضای تجدیدنظر در خصوص حکم طلاق نماید تکلیف دادگاه چیست؟ آیا کی توان گفت دادگاه باید حکم دادگاه بدوی را نقض نماید؟

از نظر اصول آیین دادرسی پاسخ منفی به نظر میرسد زیرا دادگاه تجدید نظر در صورتی میتواند حکم دادگاه بدوی را نقض کند که رأی صادره برخلاف شرع یا قانون صادر شده باشد، در حالی که در فرض مذکور، حکم مطابق با شرع یا قانون صادر گردیده است. بنابراین دلیلی برای نقض حکم موجود نیست اما انتفای موضوع و سبب طرح دعوی طلاق و لزوم حفظ خانواده تا حد ممکن کفه ترازو را به نفع نقض چنین حکمی سنگین میکند این توجیه لزوم دخالت قانونگذار و تصریح نقض حکم را در چنین مواردی ایجاب میکند.

۷- گفتار دوم حقوق عراق

ماده ۴۵ قانون احوال شخیه ۱۹۶۰ عراق در دو بند در خصوص طلاق به علت عدم انفاق سخن میگوید در بند اول موارد عدم انفاق موجب طلاق و در بند دوم نوع طلاق را تعیین مینماید.

الف: موارد عدم اتفاق موجب طلاق

۱- امتناع زوج از پرداخت نفقه بدون عذر مشروع زوجه وقتی حق درخواست طلاق به علت عدم انفاق دارد که زوج بدون سبب مشروع از اتفاق خودداری نماید.

از این رو چنانچه مردی به دلیل مشروع از انفاق خودداری، کند امکان صدور حکم طلاق وجود ندارد، زیرا حکم صدور حکم در این حالت امتناع و استتکاف زوج از اتفاق در عین توانایی است. این که چه مواردی مشروع و چه مواردی نامشروع است توسط قانون مشخص نشده است و این وظیفه قاضی است که نوع عذر را مشخص نماید مثلاً اگر مردی به علت اعسار نفقه نپردازد و

۱. متین دفتری، احمد مجموعه رویه قضایی متین انتشارات گنج دانش ج ۲، ۱۳۶۳، ص ۲۷۹
۲. همان، ص ۳۷۱

عاجز از کسب معاش باشد، میتوان گفت که عذرش مشروع است اما شخصی که با وجود داشتن قدرت برای کار و کسب درآمد به علت تنبلی از کار کردن خودداری مینماید و به این دلیل معسر است را نمیتوان دارای عذر موجه و مشروع دانست.

با اثبات امتناع زوج از اتفاق دادگاه ۶۰ روز به وی مهلت میدهد تا متنبه شده نسبت به ادای وظیفه اقدام نماید. در غیر این صورت محکمه با احراز بقای زوجه برخاسته خود نسبت به صدور حکم طلاق اقدام مینماید.

۲- عدم انفاق به علت عدم امکان تأمین درآمد به علت غیبت زوج یا مخفی بودن وی اگر مردی به هر علت اعم از حبس و غیبت و اختفاء و غیره مدت بیش از یک سال از پرداخت نفقه عاجز بود و مالی از وی جهت پرداخت نفقه زن موجود نبود زن میتواند تقاضای طلاق نماید.

چنانچه مالی که بتوان نفقه زوجه را از محل آن تأمین نمود موجود باشد چنین حقی برای زوجه قابل تصور نیست، زیرا سبب اصلی در چنین طلاق غیبت یا حبس شوهر نیست بلکه فقدان وجود مال برای پرداخت نفقه زوجه میباشد که اگر مالی بود سبب طلاق مفقود و طلاق ممنوع میگردد.

ب: زوج حق دارد با رفع

سبب طلاق، یعنی با پرداخت نفقه زوجه در خلال عده به وی رجوع کند. اگر در زمان عده این امر میسر نشد حق رجوع نخواهد داشت و برای تشکیل مجدد زندگی با این زن ملزم به انعقاد عقد جدید و مهریه جدید خواهد بود.

۸- مقایسه حقوق دو کشور

با توجه به حقوق کشور عراق در صورت عدم انفاق ابتدا زوج ملزم به پرداخت نفقه گردد و دادگاه زمانی حکم به طلاق صادر میکند که یا زوج فاقد مال برای انفاق باشد و یا این که با وجود ملائت از پرداخت نفقه خودداری کرده و امکان تأدیه نفقه از اموال او موجود نباشد.

۲- در حقوق کشور عراق، فرقی بین اعسار و استنکاف از عدم انفاق در اصل ایجاد حق طلاق برای زوجه نیست، یعنی چه زوج به علت اعسار انفاق ننماید و چه با وجود ملائت از انجام این وظیفه خودداری کند برای زوجه حق طلاق ایجاد میشود.

مراحل طرح دعوی طلاق به علت عدم انفاق در حقوق ایران طولانی تر از حقوق کشورهای مبرود بررسی است. در ایران هر گاه مردی نفقه همسر خود را پرداخت ننماید زوجه باید ابتدا برای الزام زوج به انفاق، طرح دعوا نماید پس از صدور حکم و قطعییت آن در صورت عدم اجرای حکم زوجه میتواند به استناد این مسئله تقاضای طلاق کند اما در کشورهای دیگر نیاز به طی این مراحل طولانی نیست، بلکه در صورت عدم انفاق زوجه بطور مستقیم از دادگاه تقاضای طلاق مینماید و دادگاه نیز پس از بررسی موضوع چنانچه زوج مستنکف از انفاق بود بلافاصله زوجه را طلاق میدهد اما اگر علت عدم انفاق اعسار مرد باشد، دادگاه با اعطای مهلت قانونی به مرد از او میخواهد که به وظیفه خودش عمل نماید که اگر این امر در مهلت معینه انجام نشد دادگاه مبادرت به صدور حکم طلاق مینماید. اصلاح مواد قانون مدنی در این خصوص و استفاده از شیوه منتخب این کشورها ضروری مینماید، زیرا وضع موجود به علت طولانی بودن زمان و مراحل رسیدگی به دعوی علاوه بر مشکلات عدیده ای که برای نظام قضایی کشور ایجاد میکند موجب اضرار غیرقابل انکار بر زوجه میباشد که با قاعده لاضرر، مغایر و معارض است^۱. در بررسی مراحل رسیدگی به دعوی طلاق به علت عدم انفاق در حقوق ایران گفته شد که در خوش بینانه ترین حالت در وضع کنونی نظام قضایی کشور طی دو مرحله الزام به انفاق و صدور حکم طلاق حداقل دو سال به طور میانجامد که در این مدت طولانی زوجه ملزم به بقا در قید زوجیت مرد بدون دریافت نفقه میباشد. این مسئله علاوه بر اینکه ظلمی در حق زن است که روا نمی باشد، در وضعیت که زوجه فاقد ملائت بوده و پشتیبان مالی هم نداشته باشد آثار زیانباری را برای او و جامعه ایجاد میکند که بدهاقت، آن نگارنده را از توضیح مستغنی مینماید.

بنابراین پیشنهاد میگردد قانونگذار با اصلاح مقررات مربوط شرط طرح دعوی انفاق به عنوان مقدمه طرح دعوی طلاق را حذف نموده تا زوجه بتواند بطور مستقیم دعوی طلاق مطرح نماید در این حالت در صورتی که دادگاه زوجه را مستحق نفقه تشخیص داد با تعیین مهلت معقولی به زوج دستور انفاق می دهد و اگر وی در مهلت تعیین شده به دستور دادگاه عمل نکرد قاضی حق طلاق زوجه را داشته باشد. این امر علاوه بر کاهش پرونده در دادگاهها روند رسیدگی به این دعوی را کاهش داده و آن را تسهیل می کند. ضمن اینکه از اضرار به زوجه ای که مجبور است زمان نسبتاً طولانی را در انتظار رسیدن به رأی طلاق سپری کند جلوگیری مینماید به اضافه این که چنین قانونی در کاهش آمار طلاق نیز موثر است زیرا وقتی زوج بداند که در صورت عدم انفاق حکم طلاق صادر میشود، برای جلوگیری از این حکم، مبادرت به انفاق مینماید و این چیزی است که نفع زوجه را در پی دارد.

۱. ناجی، محسن، شرح قانون احوال الشخصیه، نشر الرابطة، ج ۱، ۱۹۷۰، صص ۳۴۴-۳۴۲

در حقوق ایران تفاوت در علت عدم، انفاق تغییر در شیوه رسیدگی به دعوی طلاق ایجاد نمی‌کند یعنی چه مرد معسر باشد و چه مستنکف زوجه با طرح دعوای انفاق و عدم اخذ نتیجه دعوای طلاق را مطرح مینماید دادگاه نیز بدون توجه به دلیل عدم انفاق حکم طلاق زوجه را صادر میکند. این در حالی است که در حقوق کشورهای دیگر روند رسیدگی به دعوای طلاق با تفاوت در علت عدم انفاق متفاوت میشود، با این توضیح که اگر زوج مستنکف از انفاق باشد و مالی هم از او به دست نیاید، دادگاه فوراً حکم طلاق زوجه را صادر می‌کند. اما اگر علت عدم انفاق اعسار مرد باشد دادگاه مهلتی که حداکثر آن در قانون مشخص شده است و میزان آن در کشورهای مختلف متفاوت است برای زوج مشخص میکند تا او در این مدت نفقه زوج را پرداخت کند در صورت عدم موفقیت زوج بر این امر دادگاه حکم طلاق را صادر می‌نماید. به کارگیری این روش در حقوق ایران نیز در صورت اصلاح، قانون مطابق پیشنهاد فوق متناسب به نظر می‌رسد زیرا باید شخصی که به عمد و به قصد اضرار از ادای تکلیف قانونی خود شانه خالی میکند و کسی که توانایی انجام وظیفه ندارد البته تا جایی که موجب تضییع حقوق زوجه نگردد، تفاوت قائل شد. به اضافه این که اعطای مهلت معقول مثلاً دو ماه برای انفاق ضمن تشویق و ترغیب شوهر برای کسب درآمد و ایفای وظیفه با مصلحت خانواده نیز مطابق است.

در حقوق ایران در خصوص تکرار عدم انفاق و اثر آن در ایجاد حق طلاق سخنی گفته نشده است. به عبارت دیگر مشخص نیست که آیا صدور احکام متعدد علیه زوج مبنی بر انفاق و اجرای آن میتواند مجوزی برای طلاق زوجه باشد یا نه؟ در حالی که در حقوق عراق هرگاه زوج سه بار از ادای وظیفه خود امتناع نماید درخواست طلاق از عدم انفاق به اضرار تغییر یافته و زوجه به این سبب طلاق داده میشود که تفاوت آن در نوع طلاق، است به این معنی که اگر طلاق به موجب عدم انفاق باشد، رجعی تلقی میشود و اگر به موجب ضرر، باشد طلاق بائن خواهد بود. با وجود این که میتوان تکرار عدم انفاق را نوعی عسر و حرج محسوب نمود و آن را مشمول ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی قرار داد بهتر است قانونگذار این امر را تصریح نماید که سه بار طرح دعوی به علت عدم انفاق، ولو این که زوج نفقه زوجه را نیز پس از طرح دعوی پرداخت کند مجوز طلاق برای زن خواهد بود.

۸- نتیجه‌گیری

خانواده از نهادهای مقدسی است که در دین مبین اسلام از ارزش والایی برخوردار است و برای تشکیل آن نیز تأکیدات فراوانی وجود دارد لذا باید با تمهیدات فراوان از انحلال و فروپاشی این تأسیس مقدس جلوگیری کرد؛ منتها مصادیق عدیده‌ای پیش می‌آید که زندگی موجب عسر و حرج و سختی فراوان میشود به نحوی که در برخی موارد ادامه زندگی زناشویی برای شخص زوجه عذاب آور خواهد بود و به هر طریقی متوسل میشود تا آسوده خاطر شود. در این راستا با توجه به شناخته شدن حق اجرای طلاق برای زوج و امتناع او از مطلقه نمودن، زوجه جهت گشودن این معضل قانونگذار راه حلی را در نظر گرفته که شخص زوجه همزمان با عقد نکاح و یا در ضمن عقد لازم، دیگری با گرفتن وکالت از شخص زوج، همانطوری که زوجه در انشای عقد نکاح دخیل بود در انحلال آن هم یا اجرای صیغه طلاق دخالت داشته باشد براساس آیات و روایات حق طلاق در اختیار مرد است. سوء استفاده برخی مردان از این حق به افزایش آمار طلاق در ایران منجر شده است برای جلوگیری از سوء استفاده از حق طلاق میتوان به صورت قراردادی حق طلاق مرد را در ذیل عقد نکاح و به صورت شرط ضمن عقد، محدود کرد. در مشروعیت تحدید قراردادی حق طلاق زوج به صورت شرط، فعل تردید وجود ندارد، به این معنا که زوج متعهد میشود جز در موارد خاص از قبیل نافرمانی و یا ناتوانی از مسائل خاص زناشویی، همسر خویش را طلاق ندهد. سلب وکالت زوجه در طلاق به لحاظ مدنی دارای ضمانت اجرای مستحکمی است. ضمانتهای اجرایی مدنی از قبیل جبران خسارت، معنوی بطلان و عدم نفوذ برای متخلف از سلب وکالت زوجه در طلاق، میتواند بررسی شود. از میان ضمانتهای اجرایی مدنی یاد شده در قانون مدنی، عدم نفوذ طلاق، ضمانت اجرای مناسبی برای سلب وکالت زوجه در طلاق است. به عبارت دیگر، وقتی زوج شرط میکند زوجه را طلاق ندهد به این معناست که شرعاً حق اجرای طلاق را از خود سلب کرده است و لذا زوج نمیتواند زوجه را طلاق دهد. به تعبیر فقها الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً، یعنی زوج با سلب وکالت زوجه در طلاق شرعاً حق اجرای طلاق را از خود سلب میکند. البته این مطلب غیر از سلب کلی حق طلاق از زوج است. به عبارت دیگر با سلب وکالت زوجه در طلاق، حق طلاق برای زوج محفوظ است، ولی حق اجرای آن را جز در موارد خاص ندارد و اگر در غیر از موارد یاد شده به طلاق اقدام نماید، طلاق وی نافذ نخواهد بود.

مطابق آن چه گفته شد در فقه اسلامی چه عامه چه خاصه توکیل زن در طلاق پذیرفته شده است و قانون مدنی ایران هم مطابق قول مشهور فقهای امامیه در دو ماده یکی به صورت مطلق (ماده ی ۱۱۳۸ ق.م) و دیگری که خاص توکیل زن است ماده ۱۱۱۹ (ق.م) به این مسئله اشاره داشته است که اختیار مطلق مرد در طلاق را تا حدی متعادل میگرداند، پس علاوه بر وکالت مشروط که در خصوص تایید آن در قانون نصی وجود دارد با توجه به ادله و روایات معتبر وکالت مطلق هم پذیرفته شده است و در ضمن عقد نکاح، زوجه میتواند از طرف زوج وکیل شود که در ایام زناشویی بدون تحقق هیچگونه شرطی در عالم خارج و به موجب وکالت مطلق اعطاء شده به او از طرف زوج خود را مطلقه نماید؛ ولیکن در زمینه ی امر تفویض در طلاق در فقه امامیه اختلاف نظر وجود دارد و در خصوص جواز یا عدم جواز آن بین فقها تردید وجود دارد؛ عده ی قلیلی از فقهای امامیه به پذیرش تفویض یا تخییر در طلاق گرویده اند و از این نظر دفاع نموده اند قائلین به این نظر را فقهای چون سید مرتضی ابن ابی عقیل ابن جنید و

این بابویه تشکیل میدهند و مهمترین دلیل پذیرش آنها نیز روایاتی است که مؤید بر این نظر میباشد. منتها قول مشهور در میان فقهای امامیه، عدم پذیرش تفویض در طلاق است و در کنار قائلین به پذیرش تفویض طلاق به، زوجه فقهای طراز اولی چون شیخ طوسی در کتب مختلف خود، شیخ حر عاملی، ابن ادریس حلی صاحب حدائق الناضره صاحب جواهر و... با اذعان به روایت مبتنی بر پذیرش عدم تفویض در طلاق و برتری آنها نسبت به جواز تفویض طلاق به، زوجه این امر را مختص شخص پیامبر (ص) دانسته و آن را دلیل شرعی جهت انحلال نکاح نمیدانند و در مجموع این، نظر به عنوان قول مشهور فقها و رأی برگزیده قانون مدنی محسوب شده است در مقابل در فقه عامه در مورد پذیرش این امر هیچ گونه شک و شبهه ای وجود نداشته و تمامی فقهای عامه بالاتفاق آن را پذیرفته اند و تنها اختلاف نظر در خصوص، احکام شرایط نوع طلاق منعقد شده با تفویض و ماهیت آن است که در این زمینه فقهای جنلی و مالکی و حنفی معتقدند که تفویض در طلاق تملیک است اما تملیکی که با صرف قبول زن، جدایی حاصل نمیشود و زن بعد از تفویض از سوی زوج باید با به کار بردن صیغه نفس خویشتن را نیز اختیار کند ولیکن گروهی از فقهای شافعی معتقدند که تفویض در طلاق توکیل است نه تملیک؛ دلایل و مستندات آن که هم که فقهای عامه با اتکای به آن قائل به پذیرش تفویض طلاق به زوجه اند، آیات ۲۸ ۲۹ سوره احزاب و روایاتی است که در صحیح بخاری و صحیح مسلم با تأسی به مطلقه شدن همسران پیامبر (ص) توسط ایشان تفویض در طلاق به زوجه را هم نوعی از طلاق صحیح پذیرفته اند.

از آن جا که قانونگذار در مقام بیان بوده است و در خصوص جواز توکیل در طلاق سخن گفته و به مباحث طولانی، پرداخته عدم ورود به بحث، تفویض نشان دهنده کراهت قانون گذار از این امر است و می تواند قرینه ای بر این امر باشد که قانونگذار با این تأسیس حقوقی مخالف است؛ همان طوری که بیان نمودیم حق ابتدایی در طلاق برای مرد بوده و پذیرش این امر بر اساس مصالح و مفاسدی در زندگی زناشویی است لذا امکان تفویض این حق به زوجه که در اصل شرع واگذار نشده است، امری است که با اصول و موازین شرعی متجانس نخواهد بود و به نظر میرسد که از این حیث قول مشهور فقهای امامیه هم در این خصوص پذیرفته شده است اما به نظر پسندیده میآید که قانونگذار ما ذیل ماده ی ۱۱۳۸ ق.م. که توکیل در طلاق را مجاز دانسته است تبصره ای اضافه میکرد با این عبارت که تفویض یا تخییر در طلاق جایز نمیباشد تا با آمدن نص قانونی در این زمینه دیدگاه قانونگذار هم روشن میشد؛ ولی به هر حال، تفویض زوجه در طلاق در حقوق ایران پذیرفته نشده است و این رویه برگرفته از فقه امامیه نظریه مشهور فقهاست و باید اذعان داشت که این رأی شایسته است بدین خاطر که شارع حق طلاق را در زمره حقوق زوج قلمداد کرده است و انتقال این حق به زوجه حتی در صورتی که با رضایت زوج باشد مصداقی از سلب حق از شخص زوج محسوب شده و مخالف با قانون و شرع میباشد.

اختیار طلاق به دست مرد داده شده است و زن اصالتاً فاقد حق طلاق، است به این معنا که به زن اختیار داده نشده است که هرگاه بخواهد حتی بدون این که دلیل موجهی داشته باشد، از شوهر خود طلاق بگیرد. به عبارت دیگر زوج میتواند با طی مراحل خاص در صورتی که بخواهد حتی بدون دلیل موجه همسر خود را بر خلاف میلش طلاق دهد اما این حق اصالتاً، به زوجه داده نشده است و زن نمیتواند بدون جلب رضایت شوهر یا اثبات دلایل، خاص خود را از قید زوجیت شوهر رها سازد. برای اثبات این ادعا ابتدا به آیات قرآن که در آنها فقط مرد به عنوان شخصی که همسرش طلاق میدهد مورد خطاب قرار گرفته است استناد شده است سپس روایاتی که نخست به صراحت وجود اختیار طلاق را در دست مرد میداند و دوم به مرد اجازه میدهد با وجود شرایط خاص و اخذ مالی از زوجه وی را طلاق دهد، به عنوان دلیل آورده شده است. به علاوه این که همه فقها با استفاده از همین آیات و روایات، قایل سلب اختیار اصلاتی طلاق از زن هستند و هیچگاه حق زن را با حق مرد در این خصوص برابر ندانسته اند. در تلیل و بیان فلسفه چنین، تشریحی، توجه به وضعیت روحی و روانی زن الزامی است، زیرا این خصوصیات باعث میگردد عملکرد و تصمیم گیریهای وی همراه با احساسات و عواطف باشد و چنین تصمیماتی نمی تواند به مصلحت خود زن و خانواده باشد و از طرفی نظر به این که مرد برای ازدواج متحمل هزینه هایی گردیده که دست کم آن پرداخت مهریه به زوجه است و زن هیچ هزینه ای در این خصوص نداشته بنابراین با وقوع طلاق از نظر مادی متضرر نمیشود و بر عکس با اعطای اختیار طلاق به زن و برابر دانستن او با مرد در این امر به طوری که زن نیز بتواند مانند مرد هرگاه بخواهد، حتی بدون دلیل موجه طلاق بگیرد این مرد است که لااقل از نظر مادی دچار ضرر میشود زیرا به قصد تشکیل خانواده و استقرار آن ازدواج نموده و هزینههایی را متحمل شده و بعد بدون این که تقصیری مرتکب شده باشد، زوجه با استمتاع از مهریه خود را از قید زوجیت شوهر رها میسازد و این چیزی نیست جز ضرری که به مرد وارد شده که از نظر اسلام و به استناد قاعده لاضرر مطرود است.

با وجود اینکه رعایت مقتضیات زمان و مکان در، تشریح از اصول فقه شیعه بوده و پویایی فقه برای پاسخگویی به مسائل مستحدثه و همگانی فقه با شرایط جدید الزامی بوده و موجب مانایی شریعت می گردد، با توجه به شرایطی که در خصوص به روز کردن احکام شرعی موجود است، اختیار طلاق را نمی توان مشمول تغییر دانست دلیل بر مدعا آن است که منظور از رعایت مقتضیات زمان و مکان در تشریح تغییر احکام با وجود ثبات موضوع و شرایط آن، نیست یعنی نمیتوان گفت موضوعی که قبلاً دارای حکمی بوده است اکنون همان موضوع بدون تغییر در آن یا شرایط وقوع در آن دارای حکم جدید باشد بلکه منظور آن است که چنانچه موضوعی به علت تغییر و تحولات اجتماعی، سیاسی، فرهنگی و فناوری تغییر کرد مطابق با این تغییر حکم نیز باید عوض شود زیرا حکم قبلی مربوط به موضوعی بوده است که اکنون این موضوع وجود ندارد یا شرایط و احوال در خصوص

این موضوع تغییر کرده است. بنابر این نمیتوان همان حکم را برای موضوع جدید مطرح نمود مثل خرید و فروش که قبلاً به علت این که خوم انسان فاقد منفعت عقلایی بود اسلام آن را تحریم کرده بود اما در حال حاضر که با تغییر و پیشرفت چشمگیر علم پزشکی مشخص گردیده است که خون انسان دارای منفعت عقلایی بسیار با اهمیتی است که باعث نجات جان انسان میگردد پس چون موضوع تغییر کرده است، یعنی چیزی که فاقد منافع بود اکنون واجد منفعت است در نتیجه نمیتوان برای آن حکمی در نظر گرفت که قبلاً وجود داشت زیرا حکم قبلی در مورد موضوع دیگری بود و اکنون موضوع جداگانه ای مطرح شده که نیازمند حکم جداگانه است.

در خصوص اختیار طلاق با وجود این که جامعه از تمامی جنبه ها دارای تغییرات شگرف و سریع بوده و زنان در همه شئون اجتماعی اقتصادی فرهنگی و سیاسی جامعه وارد شدهاند و در برخی موارد حتی از مردان پیش گرفته اند هیچ تغییری نمیتوان در خصوص این اختیار قابل شد زیرا فلسفه محرومیت زوجه از اختیار طلاق شرایط روحی و روانی خاصی است که خداوند تبارک و تعالی برای انجام وظایف همسری و مادری او در اختیار وی قرار داده و همچنین جلوگیری از اضرار به مردی است که به امید داشتن همسر متحمل هزینههایی گردیده است و چنانچه ملاحظه میگردد با قبول همه تحولات و پیشرفتهایی که در خصوص زنان در جامعه ایجاد شده است هنوز در موضوع تغییری حاصل نشده زنان کماکان دارای روحيات عاطفی هستند. از طرفی احکام پرداخت مهریه نیز بر جای خود باقی است. بنابراین اگر بخواهیم مطابق اصول در خصوص رعایت مقتضیات زمان و مکان به این مسأله نگاه کنیم، به این نتیجه میرسیم که قواعد و اصول موجود اجازه تغییر و تحول در خصوص اختیار طلاق را به ما نمی دهد.

پرداخت نفقه زوجه بر عهده مرد است اگر مرد نتواند و یا نخواهد به این وظیفه خود عمل کند، حق نگه داشتن زن را در قید زوجیت خود ندارد این حکم حکمی است که هم در حقوق موضوعه کشورهای تابع این فرقه اسلامی، واحد است. اما آنچه اهمیت دارد شیوه رسیدگی به چنین دعوای است که متأسفانه در کشورها ما با اطاعه دادرسی هم‌رته است توضیح این که ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی، دادگاه وقتی حکم به طلاق زوجه میدهد که قبل از آن زوجه دعوای نفقه را مطرح نموده باشد و حکم به اتفاق صادر شده و امکان اجرای آن وجود نداشته باشد. این شیوه رسیدگی با توجه به نظام قضایی کشور ما که اطاعه دادرسی جزو لاینفک آن شده است اضرار زوجه را در پی دارد زیرا در این مورد زن باید دو دعوا مطرح نماید، یکی دعوای الزام به اتفاق و دیگری دعوای الزام به طلاق به علت عدم اتفاق که پس از دعوای اول مطرح می گردد. از این رو پیشنهاد میگردد با استفاده از حقوق برخی کشورها مثل عراق مراحل رسیدگی به این دعا را کمتر کرد، به این صورت که زوجه ای که میخواهد به استناد عدم اتفاق تقاضای طلاق کند، نیازمند طرح دعوای الزام به اتفاق به عنوان مقدمه دعوای طلاق نباشد بلکه از همان ابتدا دعوای طلاق را مطرح نماید. دادگاه بر همین اساس به دلیل زوجه رسیدگی کرده و چنانچه تشخیص داد که زوجه مستحق نفقه است و مرد نفقه نمیدهد اگر مرد دارای مال ظاهری باشد که بتواند از آن نفقه زن را استیفا نمود از آن استفاده کند. در غیر این صورت حکم به طلاق زوجه را صادر نماید. این شیوه رسیدگی دارای دو اثر مفید است نخست این که از اضرار به زوجه و الزام او به طی مراحل پر پیچ و خم دادرسی و تضییع اوقات وی جلوگیری میکند و دوم این که از تراکم پرونده در نظام قضایی کشور می کاهد.

در صورتی که مردی غایب مفقودالاثرا باشد و چهار سال از زمان غیبتش گذشته باشد، میتواند با مراجعه به حاکم تقاضای طلاق کند. حاکم با احراز گذشت چهار سال از زمان غیبت با انتشار سه نوبت آگهی در روزنامه های کثیرالانتشار و با گذشت حداقل یک سال از اولین آگهی اگر خبری از مرد به دست نیاید زن را طلاق میدهد این نوع طلاق که دارای مبنای فقهی است در برخی از کشورهای اسلامی نظیر عراق وجود دارد. اما در برخی دیگر از کشورها غیبت مرد به معنای عام کلمه چه زوج مفقودالاثرا باشد چه نباشد موجب ایجاد حق طلاق می گردد. البته در کشوری مثل عراق غیبت مرد زمانی به زن حق طلاق می دهد که مرد غایب معلوم المکان باشد به هر حال امکان تغییر در شرایط طلاق به علت غایب مفقودالاثرا بودن زوج وجود ندارد در عین حال در صورتی که زوجه از غیبت مرد در عسر و حرج باشد می تواند به همین استناد و نه به استناد مفقود الاثر بودن (مرد بدون رعایت تشریفات پیش گفته و فقط با اثبات عسر و حرج و احراز آن توسط قاضی از شوهر خود طلاق بگیرد. در این صورت، عده زن عده طلاق و طلاق او باین محسوب میگردد.

چنانچه زن در زندگی با شوهر به هر علت خواه به علت بیماری و ناتوانی خواه به علت آزار و اذیت عمدی (مرد) دچار مشکلات غیر قابل تحمل گردد به استناد ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و تبصره الحاقی به آن میتواند با اثبات عسر و حرج طلاق بگیرد با وجود این که فقهای متقدم قابل به حق طلاق زن در این خصوص نشده اند اما متأخرین در این خصوص هیچ شبهه ای وارد ننموده اند قانون مدنی نیز به درستی جلوی ظلم و ستم به زن توسط مرد را با این قانونگذاری گرفته است.

آنچه در این خصوص برای زوجه ایجاد اشکال میکند مشکلاتی است که وی برای اثبات عسر و حرج خود دارد، یعنی با وجود این که وی در زندگی با شوهر دچار سختی و حرج است، اما به این دلیل که نمی تواند آن را ثابت کند از حقوق خویش محروم میگردد. برخی از کشورهای اسلامی از جمله عراق این مشکل را حل کرده اند.

قانونگذار قانون احوال شخصی عراق نقش داور را در تعیین مقصر در زندگی زناشویی بسیار پر رنگ نموده و قضات از ایشان به عنوان نمایندههای دادگاه در بررسی علت شقاق بین زوجین و تعیین مقصر و درصد تقصیر وی استفاده میکنند تا حقایق برای دادگاه به روشنی و وضوح مشخص گردد. حال آن که در حقوق کشور ما نقش داوران پس از عدم موفقیت در رفع شقاق فقط به

ارایه گزارشی مبنی بر امکان یا عدم امکان ادامه زندگی به دادگاه محدود شده است. به نظر میرسد استفاده از راه حل حقوق این کشورها بتواند گره گشای این مشکل بوده، از تزییح حقوق زنانی که به لحاظ شرایط ویژه خانواده امکان اثبات عسر و حرج خود را ندارد جلوگیری گردد. نکته دیگری که در این خصوص حایز اهمیت است و از نظر قانونگذار مغفول مانده است، تضرر زن از زندگی با شوهر بدون ایجاد عسر و حرج میباشد به این معنا که قانونگذار موقعی اضرار به زن را باعث ایجاد حق طلاق برای وی میدانند که این امر موجب عسر و حرج زوجه گردد در صورتی که اگر با وجود تضرر زن این ضرر به مرحله عسر و حرج نرسد در قانون حقی برای زن در خصوص طلاق در نظر گرفته نشده است. به نظر میرسد این یک تقیصه برای قانون است و از نظر فقهی نیز چنان که به طور مفصل گفته شد، نمی توان قایل به پذیرش ظلم به زن بوده و هیچ راهی برای خلاصی زن از ضرری که از رهگذر زندگی با مرد دچار آن شده است، تصور ننموده.

بدون شک به استناد قاعده لاضرر که مورد پذیرش تمامی فقها و حقوقدانان و اهل منطق و عدالت انصاف است رفع ضرر از زوجه الزامی است و بنابراین پیشنهاد میشود قانونگذار ضرر را نیز هم پاس عسر و حرج به عنوان یکی از مواردی که به زن حق طلاق میدهد بیان نماید به نظر میرسد مقرر نمودن چنین ماده قانونی نه تنها مغایر با شرع مقدس اسلام نیست بلکه به استناد قاعده لاضرر لازم است زیرا اصولاً برای ایجاد حق طلاق به نفع زن لازم نیست که وی در عسر و حرج قرار گیرد، بلکه همین که مرد به تعهدات و وظایف خود به عنوان شوهر عمل نکند به استناد آیات شریفه ۲۲۹ و ۲۳۱ سوره بقره که در آنها مرد را به نگهداری زن به معروف یعنی انجام وظایف خود در مقابل (زن و یا جدا شدن از او به خوبی مخیر نموده است ملزم است وی را طلاق دهد نمونه آن نیز در عدم اتفاق به وضوح قابل مشاهده است. توضیح این که همان طور که در بحث مربوط به طلاق به علت عدم اتفاق گفته شد در صورتی که زوج به وظیفه خود مبنی بر اتفاق به زوجه عمل نکند صرف نظر از این که برای زن به علت عدم تمکن مالی عسر و حرج ایجاد شود و یا این که عدم اتفاق به دلیل ملائت زن تأثیری در زندگی وی نداشته باشد و فقط به دلیل این که زوج نشوز پیشه کرده و به تعهد و وظایف خود عمل ننموده است باشد، زن حق طلاق پیدا میکند. وکالت گرفتن زن در طلاق یکی از موارد توافق زوجین برای طلاق است که در فقه امامیه و عامه و بالتبع در کشورهای اسلامی مورد پذیرش قرار گرفته است معمولاً هنگام انعقاد عقد نکاح، زن از مرد وکالت می گیرد که در صورت تحقق شرایط خاص یا به طور مطلق هر وقت زوجه اراده کند خود را از طرف زوجه به هر طلاق که میخواهد مطلقه کند این راهی است که زوجه را برای رهایی از قید زوجیت مرد صاحب اختیار میگرداند.

واگذاری حق طلاق به زن به طوری که وی اراده خود را در طلاق اعمال کند در اقوال مشهور فقهای امامیه پذیرفته نشده است و فقط برخی از فقها به تجویز آن فتوا داده اند و آن را صحیح تلقی نمودند. به همین دلیل در حقوق موضوعه ایران نیز بحثی از تفویض به میان نیامده است و این امر با توجه به گرایش قانون مدنی به قول مشهور فقهای امامیه در مسایل مورد اختلاف نشان از عدم پذیرش تفویض طلاق در قانون مدنی میباشد در عین حال فقهای عامه و کشورهای اسلامی سنی مذهب، اصل تفویض طلاق به زوجه را با وجود اختلافاتی در ماهیت و شرایط آن پذیرفته اند از این لحاظ می توان گفت موارد اختیار طلاق زوجه در فقه عامه بیشتر از فقه امامیه است.

یکی دیگر از موارد توافق برای طلاق خلع و مبارات است. در فقه امامیه از هر دوی این نوع طلاق که تقریباً مشابه هستند به طور جداگانه بحث شده است اما در فقه عامه از طلاق مبارات به صورت مستقل بحث نگردیده است.

به هر حال در صورتی که زوجه از همسر خود با وجود این که مرد وظایف خود را در قبال زوجه انجام می دهد، متنفر باشد و نتواند زندگی مشترکی را با وی ادامه دهد شرع مقدس اسلام و قانون مدنی ایران به وی اجازه داده است که با پرداخت مبلغی به مرد وی را راضی به طلاق نماید و اخذ این مال نیز برای مرد حلال و مجاز بوده و طلاق حاصل از این توافق باین محسوب میگردد. اصل خلع با کمی تفاوت در شرایط تحقق آن در فقه عامه و کشورهای پیرو مذهب اهل سنت وجود داشته و مورد پذیرش قرار گرفته است نکته ای که مورد اختلاف در فقه امامیه بوده و در فقه عامه نیز، ولو نادر مورد توجه قرار گرفته است امکان الزام زوج به خلع میباشد.

قول مشهور در فقه امامیه عدم امکان الزام زوج به طلاق خلع است اما برخی از فقها با این نظر مشهور مخالف هستند و اعتقاد دارند که ملزم کردن زن به زندگی با شوهری که دوست ندارد و حاضر است مهریه ای را که مرد برای او هزینه کرده است پرداخت کند ظلم به زن بوده و به علت مفاسدی که در پی خواهد داشت خلاف موازین اسلامی میباشد این در حالی است که با پرداخت هزینه هایی که مرد برای ازدواج با زن متحمل شده است از وی نیز رفع ضرر خواهد شد.

در نتیجه به نظر میرسد با توجه به اینکه قانونگذار در ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی به صراحت با الزام زوج به طلاق خلع مخالفتی به عمل نیآورده است و با وجود اینکه اصولاً در مواردی که قانون مجمل است و مسأله مورد اختلاف میباشد، تفسیر قانون مطابق نظریه مشهور به عمل میآید اعتقاد به امکان الزام زوج به طلاق خلع بر خلاف نظریه مشهور فقها به صواب نزدیک تر است زیرا مجبور کردن زن به زندگی با مردی که هیچ علاقه ای به او ندارد علاوه بر اینکه تحقیر مرد را در پی دارد هیچ کدام از اهدافی را که تشکیل خانواده دنبال میکند محقق نمیسازد بلکه مفاسد متعددی دارد که اقل آن معصیت زوجه مبنی بر عدم اطاعت از شوهر است اینکه نویسندگان قانون مدنی در مواردی با در نظر گرفتن مصالح و مفاسد یک حکم خلاف نظر مشهور فقها، اقدام به وضع

قانون نموده‌اند نیز می‌تواند مؤید آن باشد که در این مورد بخصوص امکان تفسیر ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی به گونه ای که دادگاه بتواند مرد را ملزم به طلاق خلع کند وجود داشته باشد.

منابع

۱. قرآن کریم
۲. امامی سید حسن حقوق مدنی خانواده ج ۵ انتشارات اسلامیة تهران ۱۳۸۷
۳. امینی، علیرضا و آیتی، سید محمدرضا، «هی استنباه فی التصرف بالذات، تحریر الروضة فی شرح اللمعة الدمشقیة (ب) مقدمه استاد گرجی سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت) و مؤسسه فرهنگی، طه چاپ، اول تهران تابستان ۱۳۷۷
۴. انس، مالک، ابن الموطا جلد دوم دار احیاء التراث العربی، باب ۲۵، حدیث ۷۰، ۱۴۱۸
۵. انصاری، مرتضی بن محمد، امین کتاب المکاسب ج ۶ کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵
۶. باختر، سید احمد ازدواج و طلاق در آئینه ی قوانین و رویه قضایی انتشارات خرسندی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۷.
۷. بازگیر یدا. قانون مدنی در آئینه ی آراء دیوانعالی کشور حقوق، خانواده، جلد دوم، انتشارات فردوسی، چاپ دوم ۱۳۸۸
۸. بحر العلوم، سید محمد بلغة الفقیه، جلد اول مکتبه الصادق تهران ۱۳۸۹
۹. بحرانی آل عصفور یوسف بن احمد بن ابراهیم الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، ج ۲۴ دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵
۱۰. حرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، جلد ۲۵ مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۸.
۱۱. بهرامی احمدی، حسین سوء استفاده از، حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظامهای حقوقی، اطلاعات تهران ۱۳۹۰
۱۲. جلالی سید مهدی اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، انتشارات خرسندی، چاپ دوم ۱۳۹۵
۱۳. جمعی از نویسندگان زیر نظر ابوالقاسم گرجی بررسی تطبیقی حقوق، خانواده، انتشارات دانشگاه تهران چاپ اول، ۱۳۸۴
۱۴. حائری شاهر باغ سید علی شرح قانون مدنی ج ۲ انتشارات گنج دانش، ج ۱، ۱۳۷۶
۱۵. الحسینی، روحانی سید محمد صادق، فقه الصادق جزء ۲۲ مؤسسه دار الکتب، چاپ سوم، قم، ۱۴۱۹.
۱۶. حسینی، سید احمد و رجایی سید مهدی رسائل الشریف المرتضی مؤسسه النور للمطبوعات. بیروت، جلد اول ۱۳۸۸