

تحدید قاعده حاکمیت بی قید و شرط زوج بر طلاق در فقه و حقوق

موضوعه ایران

(نوع مقاله، علمی - پژوهشی)

مسین مهرپور^۱

معمدمواد درویشزاده*

چکیده

یکی از تغییرات مهم قانون مدنی پس از انقلاب اسلامی، اصلاح ماده ۱۱۳۳ است. بنیان اولیه این ماده حدیث نبوی است که می‌گوید: «الطلاق بید من اخذ بالساق». این ماده از سال تصویب (۱۳۱۴) تا اصلاحاتش در سال ۱۳۸۱، به کلی دگرگون شده و حاکمیت مطلق مرد بر طلاق را با شرایط متعدد، محدود کرده است. این تغییرات به دلائلی نظیر نیازها و واقعیت‌های اجتماعی، عنصر مصلحت، استفاده از اجتهاد پویا و... در چند نوبت قانون‌گذاری انجام شده است. در فرایند تحدید این قاعده موانعی مثل جرم‌انگاری اعمال حق طلاق بدون رعایت تشریفات قانونی، لزوم مراجعه به دادگاه، صدور گواهی عدم امکان سازش، ارجاع به داوری، تعیین تکلیف حقوق مالی زوجه و... را برای ایجاد محدودیت در اجرای این حق وضع شده است. پرسش اصلی این پژوهش ناظر به تاریخ حقوقی نهاد مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی است و تلاش می‌کند که اولاً رابطه حکم مقرر در این ماده را با حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» توضیح دهد و ثانیاً چگونگی محدودسازی حکم مقرر در این حکم فقهی و عوامل موثر بر آن را شناسایی و ارزیابی کند. یافته مهم این تحقیق، تبیین تحلیل و توضیحی است که در رابطه با نحوه ورود ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در سال ۱۳۱۴ و تحولات و شناسایی عوامل موثر بر آن ارائه شده است. و به این ترتیب برگی از تاریخ حقوق در رابطه با این ماده تحلیل و توضیح داده شده است.

کلیدواژه‌ها: ماده ۱۱۳۳، قانون مدنی، الطلاق بید من اخذ بالساق، حق طلاق، طلاق، تاریخ‌نگاری

حقوقی.

Email: h-mehrpour@sbu.ac.ir

۱. استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

*. دانش آموخته سطح سه حوزه علمیه قم، دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه

Email: mj.darvishzadeh.k@gmail.com

علامه طباطبایی (نویسنده مسئول)

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که در بیستم فروردین سال توسط دوره نهم مجلس شورای ملی به تصویب رسیده بود، ۱۱ (نائینی، ۱۳۸۶: ۳۲) مقرر می‌داشت «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». این حکم برگرفته از حدیث نبوی است که می‌گوید: «الطلاق بید من اخذ بالساق». این ماده قانونی در تاریخ ۱۳۸۱/۰۸/۱۹ مورد اصلاح قانون گذار قرار گرفت و به این صورت مقرر کرد که: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید» بررسی سیر تحول حکم قانون گذار در ماده مزبور مستلزم پاسخ به این سوالات است که چه مبانی و ادله‌ای از حکم اولیه این ماده پشتیبانی کرده و چه عواملی موجب تعدیل حکم اولیه و تبدیل آن به وضعیت فعلی شده‌است و در نهایت اینکه در حال حاضر برای تعدیل حکم اولیه چه موانعی در قوانین تعبیه شده و مستندات آن چیست؟

برای انجام تحقیق و پاسخ به سؤال‌های مزبور از روش تحقیق توصیفی استفاده شده و شیوه جمع‌آوری اطلاعات به روش کتابخانه‌ای بوده‌است زیرا مطالعات حقوقی تماماً مستلزم توصیف و تحلیل اطلاعات و اسناد و مدارک پیرامون موضوع است و از نظر روش‌شناسی تحقیق، در رده‌بندی روش تحقیق توصیفی قرار می‌گیرد. تفصیل بررسی این سؤال‌ها در ادامه آورده می‌شود.

۲- مفهوم شناسی پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

اصطلاحات پر کاربرد این مقاله به شرح زیر توصیف می‌شود.

۲-۱- شریعت

به اموری که شارع در مورد مؤمنان مقرر کرده است شریعت گویند. خطاب شریعت به اقتضای افراد عام است و همه کس در شرایط برابر و معمول مخاطب شریعت هستند مگر آنکه وصفی خاص در برخی از مکلفان پدید آید. مانند بیماری که این افراد به اقتضای آن وصف خاص مخاطب خطاب شریعت نخواهند بود (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶: ۱۳۱۱).

واژه طلاق در قرآن آمده است (سوره بقره، آیه ۲۲۹). طلاق در لغت به معنای رها کردن، وا گذاشتن، گسستن و حل قید (گشودن گره) است (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶: ۶۳۵).

در قانون مدنی ایران، مفهوم طلاق مسلم فرض شده و تعریفی از آن ارائه نشده است. در شرع، طلاق عبارت است از ازاله قید نکاح به صیغه «طلاق» و امثال آن (شهید ثانی، ۱۴۲۳: ۹، هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷: ۱۹۱، شهابی خراسانی، ۱۳۸۷: ۱۸۹) باید توجه شود که طلاق تنها راه انحلال نکاح نیست. بلکه یکی از مصادیق انحلال نکاح است. زیرا انحلال نکاح ممکن است از طریق فسخ نکاح، انفساخ نکاح، کشف بطلان آن و یا از طریق دادگاه (ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی) و غیر آن انجام شود. اما طلاقی که در این مقاله موضوع پژوهش است، معنای اصطلاحی طلاق در فقه و حقوق ایران است که به معنای انحلال رابطه زناشویی در عقد نکاح دائم از طریق تصمیم یا رضایت زوج است که در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی آمده است (ملکزاده، ۱۳۹۵: ۱۳۱۱).

۲-۳- حق طلاق

موضوع پژوهش این مقاله مربوط به حق طلاقی است که در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ برای مرد و بدون هیچ قید و شرطی پیش‌بینی شده است که در تحولات قانون‌گذاری بعدی برای اعمال این حق، شرایط، ضوابط و محدودیت‌هایی پیش‌بینی شده است که در این مقاله مورد پژوهش قرار می‌گیرد.

۲-۴- گواهی عدم امکان سازش

حکم اعلامی دادگاه است بر وجود حالت عدم سازش و ناسازگاری و آشتی ناپذیری بین زوجین و این مقدمه وقوع طلاق است در حدود قانون (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۰۸۰).

۱. الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ

۳- پیشینه و سوابق تحقیق:

در رابطه با موضوع تحقیق، پژوهش مستقل و مخصوصی شناسایی نشد اما از آنجا که موضوع تحقیق ناظر به حکم قانون گذار بوده که از سال تا ۱۳۸۱ حاکمیت داشته و در سال ۱۳۸۱ تغییر کرده است، تمام شارحان مواد قانونی مزبور به موضوع تحقیق پرداخته اند که از جمله می توان به آثار تدوین شده در حوزه حقوق خانواده اشاره کرد مانند: حقوق خانواده (کاتوزیان)، حقوق خانواده (عبدالرسول دینانی) و مختصر حقوق خانواده (اسدالله امامی و سید حسین صفایی) همچنین در غالب کتب فقهی برای چند فرع فقهی خاص به این حکم اشاره و استناد شده است اما در هیچ کدام از کتاب های فقهی به صورت مستقل به این موضوع پرداخته اند و نویسندگان معاصر قواعد فقه نظیر آیت الله دکتور محقق داماد در چند جلد کتاب قواعد فقه اساساً متعرض این حکم فقهی نشده اند. بر این اساس تفاوت این پژوهش با سوابق پژوهشی مرتبط قبلی از جهات زیر است:

ج) الف) بررسی توأمان ابعاد فقهی و حقوقی این حکم به صورت مقارن که در هیچ کدام از آثار قبلی سابقه ندارد. پرداختن به سیر تحول تاریخی این حکم فقهی از زاویه ارزیابی و تحلیل سرگذشت قانون گذاری آن بررسی عمقی و تفصیلی این موضوع در حالی که در سابقه پژوهش های قبلی به صورت مختصر به آن پرداخته شده بود.

۴- ضرورت تحقیق: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

انجام پژوهش در تحولات مفاد ماده ۱۱۳۳ از جهات زیر ضروری بوده است.

۴-۱- تدوین تاریخ تحولات حقوقی

وضعیت هر یک از نهادهای حقوقی محصول تعامل نیروهای اجتماعی و تجربه تاریخی و نیازهای جامعه است. به عنوان مثال در یک مطالعه بین رشته ای مشخص شده است که برخی از نظرات غیر مشهور و نادری که در فقه شیعه شناخته شده است در اثر نیازهای اجتماعی و ضرورت های تاریخی در عمل پذیرفته شده و از رواج لازم برخوردار شده است. جالب آن است که نتایج این پژوهش از طریق بررسی های جامعه شناختی و مردم شناختی و با استفاده از روش های

آماری با مراجعه به نمونه قباله‌های ازدواج و طلاق در دوره زمانی پیش از مشروطیت به اثبات رسیده است (حبیبی، ۱۳۸۷: ۷۰، ۴۰). حق طلاق مرد نیز به عنوان نهادی حقوقی سرگذشت خاص خودش را دارد و در طول عمر خود از وضعیت‌های آزاد و بی‌قید به شرایط ضابطه‌مند و تعریف شده و محدود شده تغییر کرده است. شناسایی این تغییرات و توصیف و تحلیل آنها موجب شکل‌گیری دانش تاریخ حقوق می‌شود.

۲-۴- شناسایی تاثیر عوامل اجتماعی-فرهنگی و سیاسی بر تحول در نهادهای حقوقی

اگرچه در دانشکده‌های حقوق و نظریات حقوقی بر توصیف و تحلیل تغییر نهادهای حقوقی تاکید نمی‌شود اما واقعیت آن است که عوامل اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی متعددی بر شکل‌گیری، تغییر، تعدیل و حتی حذف نهادهای حقوقی موثرند. ضعف مطالعات «تاریخ‌نگاری حقوقی» موجب شده است که بحث از تاثیر عوامل اجتماعی، فرهنگی و سیاسی بر تحول و تغییر در نهادهای حقوقی در ایران شناخته نشود و خلأ آنها احساس شود.^۱ بر این اساس توصیف و تحلیل تغییرات و تعدیلاتی که در خصوص حق طلاق مرد پدید آمده است به راحتی نقش عوامل اجتماعی، فرهنگی و سیاسی ناشی از فضای بعد از انقلاب اسلامی را در این تحول نشان می‌دهد.

۳-۴- شناخت نحوه تعدیل و تغییر در نهادهای کهن فرهنگی و بومی:

شناخت نحوه تغییر و تحول و تعدیل در نهاد حقوقی حق طلاق مرد از آن جهت اهمیت دارد که این حق از یک سو ریشه در فقه کهن و سنتی ما دارد که با حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» شناخته شده است و از سوی دیگر قدمتی دیرینه دارد و در آغازین تجربه‌های قانون‌گذاری ایران در سال ۱۳۱۴ پدید آمد و به تصویب مراجع قانون‌گذاری رسیده است و قبل از

۱. برای مطالعه بیشتر نگاه شود به فلسفه تاریخ، تدوین و ترجمه حسنعلی نودری، تهران، طرح نو، چاپ

انقلاب شکوهمند اسلامی هم تلاش‌هایی برای تغییر و تعدیل آن انجام شده است. اما این تلاش‌ها به دلیل ناسازگاری با فرهنگ اسلامی و بومی به نتیجه نرسیده است لیکن با وقوع انقلاب اسلامی و همگرا شدن نهادهای سنتی و قانون‌گذاری این همگرایی و پذیرش پدید آمده و همان تغییرات پذیرفته شده است.

۴-۴- شناخت جایگاه حدیث «الطلاق بید من اخذ بالساق» در فقه اسلامی

در بسیاری از تحقیقاتی که در رابطه با ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی انجام شده است از مفاد حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» تعبیر به «قاعده» شده است. این در حالی است که در انطباق قاعده فقهی بر این حدیث تردیدهای جدی وجود دارد زیرا قاعده فقهی عبارت از «حکم کلی فرعی (یعنی در فروع دین) است که مجتهد بعد از استنباط آن با تمسک به ادله اربعه، طبق مضمون آن فتوا داده است.» (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۶) اما آنچه که مسلم است این است که مفاد ماده ۱۱۳۳ برگرفته از حدیث نبوی مشهور بوده و حداکثر در سطح حکم جزئی شارع قابل قبول است و اطلاق قاعده فقهی به این حکم محل تردید است. گرچه برخی از این حدیث نبوی، به «قاعده فقهی» تعبیر کرده‌اند (استادی، ۱۳۸۸: ۱۱۰؛ ملک‌زاده، ۱۳۹۶: ۲۹۱). اما حداکثر به نظر می‌رسد که مفاد این حدیث در حد یکی از احکام منتسب به شارع بوده که در این تحقیق جزئیات آن مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت و تردید جدی در اطلاق عنوان قاعده بر این حدیث و حکم فقهی وجود دارد. که در بخش نتیجه‌گیری این تحقیق مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

۵- پیشینه قانون‌گذاری مال جامع علوم انسانی

حکم اولیه مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تا پیش از تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۴۶ شمسی هم به تبع حکم فقهی مزبور، مطلق و بدون قید و شرط بود. قبل از تصویب این قانون، طلاق امر قضایی تلقی نمی‌شد و در اختیار دادگاه نبود. بنابراین هرگاه مرد، متقاضی طلاق بود، به دفترخانه مراجعه می‌کرد و زن خود را طلاق می‌داد و حتی امکان طلاق غیابی نیز وجود داشت و نیازی به حضور زن نیز نبوده است.

در سال ۱۳۴۶ قانون حمایت خانواده به تصویب رسید. بر اساس این قانون اختیار مطلق مرد برای طلاق پایان یافت. مطابق این قانون، زوجین مکلف شدند تا برای طلاق به دادگاه حمایت خانواده مراجعه کنند و دعوی طلاق خود را تقدیم دادگاه کنند. پس از تصویب این قانون طلاق از اختیار مرد خارج شد و به عنوان یک «امر قضایی» در اختیار دادگاه قرار گرفت.

در سال ۱۳۵۳ قانون حمایت خانواده مورد اصلاح قرار گرفت. مطابق ماده ۸ این قانون مقرر شد که در موارد زیر زن یا مرد می‌تواند حسب مورد از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم سازش را صادر خواهد کرد. این موارد در چهارده بند شمارش شده و عبارتند از:

۱- توافق زوجین برای طلاق. ۲- استتکاف شوهر از دادن نفقه زن و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه. همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او به ایفاء هم ممکن نباشد. ۳- عدم تمکین زن از شوهر. ۴- سوءرفتار و یا سوءمعاشرت هر یک از زوجین به حدی که ادامه زندگی را برای طرف دیگر غیرقابل تحمل نماید. ۵- ابتلاء هر یک از زوجین به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد. ۶- جنون هر یک از زوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد. ۷- عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه‌ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیات شوهر یا زن باشد. ۸- محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس و بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال یا بیشتر حبس شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.

۹- ابتلاء به هر گونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد. ۱۰- هرگاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید. ۱۱- هر یک از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی با دادگاه است. ۱۲- محکومیت قطعی هر یک از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد.

تشخیص این که جرمی مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه است. ۱۳- در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای طرف دیگر، همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات جسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند. ۱۴- در مورد غایب مفقودالایثر با رعایت مقررات ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی. تبصره- طلاق که به موجب این قانون و بر اساس گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود فقط در صورت توافق کتبی طرفین در زمان عده قابل رجوع است.

نکته قابل توجه این است که اصلاحات قانون حمایت خانواده، اگرچه حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ را مفهوماً منتفی می‌کرد، اما در قانون حمایت خانواده سخنی صریح از نسخ این ماده آورده نشد. بر همین اساس بعد از انقلاب اسلامی، بر پایه نظرات مراجع مذهبی و مفهوم احکام مقرر در لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص

بخش‌های زیادی از احکام قانون حمایت خانواده ملغی‌الایثر^۱ شد و بار دیگر مردان اختیار پیدا کردند که با استفاده از ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی همسران خود را در دفترخانه‌ها طلاق بدهند و وضعیت طلاق از امر قضایی خارج شد. تا اینکه هرج و مرجی در این وضعیت پدید آمد و در نهایت به ناچار لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص در مهر ماه ۱۳۵۸ به تصویب رسید. مطابق این لایحه مهم‌ترین مواد قانون حمایت خانواده نسخ شد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 رتال جامع علوم انسانی

۱. اگرچه در این سال‌ها قانون صریحی بر لغو قانون حمایت خانواده تصویب نشده است اما بر اساس مفهوم برخی قوانین نظیر تبصره ۲ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص در رویه قضایی، ارجاع به این قانون متروک شد و برخی نظرات شورای نگهبانی مثل نظر تفسیری شماره ۱۴۸۸ مورخ ۶۳/۵/۹ بر بی‌اعتباری برخی مفاد این قانون (مثل ماده ۱۷) صادر شد اما در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ پس از بحث بسیار روی ماده ۲۳ لایحه حمایت خانواده که موضوع ازدواج مجدد مرد را مطرح کرده بود، با حذف این ماده از لایحه، عنوان قانون سال ۱۳۵۳ را از فهرست قوانین منسوخ حذف کرد تا قضات همانند سابق بتوانند در این موضوع، به ماده ۱۶ قانون سال ۱۳۵۳ استناد کنند.

در تبصره ۲ این لایحه قانونی تصریح شده بود به این که «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند دادگاه بدواً حسب آیه کریمه (إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد. در موادی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست.....» بنابراین بر اساس این قانون بعد از انقلاب برای طلاق به تقاضای زوج ضرورتی برای رسیدگی ماهیتی نبود و رسیدگی شکلی کافی بود، در نتیجه حکم ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مجدد احیا شده است.

طی دستورالعمل‌های مصوب شورای عالی قضائی وقت، به شماره ۱/۳۴۸۲۳-۱۹/۱۳۶۱/۷ و مقرر شد که ۱۲ شرط در قباله‌های ازدواج به چاپ برسد. این ۱۲ شرط عمدتاً همان موارد مقرر در ماده ۸ قانون حمایت خانواده بود و از این طریق بخشی از حقوقی که زنان به علت الغای قانون حمایت خانواده از دست داده بودند، از طریق تعبیه شروط ضمن عقد، با مضمون وکالت در طلاق (دیانی، ۱۳۷۹: ۲۴، ۱۶) جبران شد. در سال ۱۳۷۱ قانون اصلاح مقررات طلاق از تصویب گذشت و بر پایه آن تشریفات قضایی مربوط به طلاق تغییراتی کرد. اما می‌توان گفت همچنان از حق مطلق طلاق که خاص مردان بود، چیزی کاسته نشد. در این ماده واحده چنین آمده: «از تاریخ تصویب این قانون زوجیهایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاه هستند (آن طور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردید دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق‌هایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده است، ندارند. در غیر این صورت از سر دفتر خاطی، سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.» این قانون مشتمل بر ماده واحده و هفت تبصره بود که در ۲۱ اسفند ۱۳۷۰ در مجلس به تصویب

رسید. تبصره ۶ آن مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان قرار گرفته و به مجمع تشخیص مصحلت ارجاع شد.

در سال ۱۳۸۱ متن ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مورد اصلاح قانون گذار قرار گرفت و از حاکمیت مطلق و حق طلاق مرد به صورت کلی عدول شد و وضعیت فعلی ماده قانونی به تصویب رسید که طی آن اعمال حق طلاق توسط مرد مشروط به شرایط مقرر در قانون شده که شرایط آن متعدد است. مطابق این ماده «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.» در سال ۱۳۹۱ نیز قانون حمایت از خانواده به تصویب رسید و بسیاری از تأسیسات قانونی قبل از انقلاب را احیا کرد به موجب ماده ۲۴ این قانون طلاق امری قضایی شناخته شد و باز هم حاکمیت مرد بر طلاق کاملاً مردود شد. در این ماده آمده است «ثبت طلاق و سایر موارد انحلال نکاح و نیز اعلام بطلان نکاح یا طلاق در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق حسب مورد پس از صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم مربوط از سوی دادگاه مجاز است.»

با این وصف ملاحظه می‌شود که در اصلاحیه سال ۱۳۸۱ و نیز قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ هرچند تغییر ماهوی در قواعد راجع به طلاق ایجاد نشده است، اما به لحاظ شکلی، ثبت طلاق در دفترخانه موکول به مراجعه به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش شده است و در نتیجه در عمل استفاده از اعمال حق طلاق برای زوج با این محدودیت‌ها مواجه شده است.

اکنون با آگاهی مختصری که از سیر تحولات این قانون پدید آمد، به بررسی مبانی حکم اولیه ماده ۱۱۳۳ (ق. م) می‌پردازیم.

۶- مبانی قاعده حاکمیت مطلق زوج (ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی قبل از

(تعدیل)

حکم ماده ۱۱۳۳ (ق. م) مبنی بر اینکه طلاق حق مطلق و همواره مرد است، متکی بر نظر مشهور فقهای امامیه بوده است چراکه آنان نیز به استناد روایات وارده در این باب، به این ترتیب فتوی داده‌اند. (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۲۲) این حکم بر پایه حدیث نبوی با عنوان (الطلاق بید من أخذ بالساق) استوار بود و توسط شیعه و سنی مورد پذیرش قرار گرفته است. در مبانی این قاعده، موارد زیر گفته شده است.

۱-۶- آیات متعدد قرآن، هنگام صحبت از طلاق، مرد را خطاب قرار داده است. نظیر

آیه ۱ سوره طلاق که می‌فرماید (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ). همچنین آیه ۲۲۶ سوره بقره که می‌فرماید (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً) و همچنین آیه ۴۹ سوره احزاب که می‌فرماید (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ). ملاحظه می‌شود که این آیات حاکی از آن است که طلاق دادن را به مردها نسبت داده است. بنابراین زوج می‌تواند با رعایت شرایط صحت طلاق، بدون جلب نظر و موافقت زن، و یا مراجعه به دادگاه و اخذ حکم و بدون الزام به داشتن دلیل موجه و یا علل و جهات خاص، همسر خود را طلاق دهد. (مهرپور، ۱۳۷۴: ۲۳۳) در واقع مفاد آیات مزبور دلالت التزامی دارند بر اختیار زوج در امر طلاق.

۲-۶- در سنت پیامبر نیز روایاتی وجود دارد که شیعه و سنی آنها را نقل کرده‌اند. از جمله روایاتی که شیعه نقل کرده نظیر روایتی از پیامبر اکرم (ص) که می‌فرمایند: «از جمله کسانی که دعایشان مستجاب نمی‌شود مردی است که زنش را نفرین می‌کند در حالی که اختیار طلاق در دست او است.»^۱ (شیخ صدوق، ۱۳۶۲: ۲۹۹ - حرعاملی، ۱۴۱۲: ۱۳) و علاوه بر آن حدیث نبوی که در

۱. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص خَمْسَةٌ لَا يَسْتَجَابُ لَهُمْ رَجُلٌ جَعَلَ اللَّهُ بِيَدِهِ طَلَّاقَ امْرَأَتِهِ فَمَهَى تَوْدِيهَ....

منابع اهل سنت آمده است و بسیار به آن استناد شده است، روایتی است که می‌فرماید «ما بال أحدکم یزوج عبده أمته. ثم یرید أن یفرق بینهما؟ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» (ابن ماجه، بی‌تا: ۶۷۲). ترجمه این حدیث آن است که پیامبر اسلام در مقام شماتت این افراد که مالکان کنیز و برده هستند، می‌فرمایند که (چه شده است شما را که فردی کنیزش را برای عبدش تزویج می‌کند و می‌خواهد بین آن دو جدایی بیندازد. در حالی که طلاق حق کسی است که از زن، استلذاذ می‌نماید.) (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰: ۱۷۹). البته از فقیهان امامیه نیز بزرگانی مثل ابن ادریس حلی و علامه حلی در کتب فقهی خود به این حدیث، استشهاد کرده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۶۰۰ و علامه حلی، ۱۹۸۲: ۵۳۴). مطابق این نصوص، قاعده (الطلاق بید من أخذ بالساق) بین فریقین شکل گرفته و بر پایه آنها حکم اولیه ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به تصویب رسیده است.

استاد شهید مرتضی مطهری در پاسخ به این که چرا طلاق در اختیار مرد هست فلسفه و حکمت آن را به شرح زیر ارائه می‌کند (مطهری، بی‌تا: ۳۱۵ و ۳۱۶).

بنابراین «اگر شعله محبت از ناحیه مرد خارج شود آن ازدواج از نظر طبیعی مرده است» ایشان در توضیح بیشتر می‌فرمایند: «همان‌طور که طبیعت کلید فسخ طبیعی ازدواج را به دست مرد داده، اسلام نیز متابعت از قانون طبیعت نموده است. زیرا از نظر روانشناسی محبت مرد می‌تواند محبت زن را نیز به وجود آورد. یعنی این مرد است که با بی‌علاقگی او را نسبت به خود طرد می‌کند. بر خلاف زن اگر بی‌علاقگی از او شروع شود تأثیری در علاقه مرد ندارد بلکه مرد را تیزتر می‌کند. سردی و خاموشی مرد و زن پایان حیات خانوادگی است. اما سردی و خاموشی زن نسبت به مرد آن را به صورت مریضی نیمه جان در می‌آورد که امید به بهبود و شفا دارد و در صورتی که بی‌علاقگی از ناحیه زن شروع شود مرد عاقل و وفادار می‌تواند با ابراز محبت و مهربانی، علاقه را به زن بازگرداند.»

علت دیگری که برخی از حقوق‌دانان در این خصوص مطرح کرده‌اند عبارت از این است که زنان در احساسات خود قوی‌ترند و ممکن است از روی احساس مبادرت به یک تصمیم‌گیری و نسنجیده بگیرند و موجب از هم گسیختن زندگی زناشویی کنند (دیانی، ۱۳۸۷: ۲۲۷). بنابر حکم اولیه

اسلام که از سنت نبوی (الطلاق بید من أخذ بالساق) برگرفته شده است (نوری، ۱۳۶۸: ۳۰۶-علامه حلی، ۱۹۸۲: ۵۳۴، ۵۳۶-ابن ابی جمهور، بی تا: ۲۳۴-بروجردی، ۱۴۱۵: ۱۰۰-سیوطی، بی تا: ۱۴۳) و مستفاد از روایت نبوی انحصار طلاق در دست شوهر در مقابل احترام به طلاق از سوی صاحب برده و کنیز است و الزاماً در برابر خودِ زوجه نیست. به بیان دیگر، باتوجه به اینکه شان نزول این حدیث نبوی در مقام اعمال اختیار طلاق به وسیله صاحب و مالک کنیز بوده و برای رد اختیار او بیان شده است. بنابراین نمی توان مفاد آن را مانعی برای مقررات گذاری از سوی حکومت صالح در جهت رعایت مصالح خانواده ها و جلوگیری از طلاق های بدون علت و جهت و محدود کردن حاکمیت مطلق مرد با مقرر کردن دادگاه دانست (مهروار، ۱۳۷۹: ۱۹۵). بر این اساس به مقتضای قاعده لاجرح، انحصار امر طلاق در دست مرد منتفی می گردد و در موارد عسر و حرج دادگاه شرع سرانجام زوج را اجبار به طلاق می کند و چنانچه زوج نپذیرد، برای جلوگیری از مشقت و حرج، دادگاه راساً خود ایقاع طلاق می کند. از این رو با استدلال به قاعده لاجرح شرط بودن انحصار امر طلاق در دست زوج ساقط می شود و روایت ابی بصیر^۱ نیز بر این معنا دلالت دارد (دیانی، ۱۳۸۷: ۲۳۸). در این میان برخی از فقیهان معاصر نیز در تطبیق این قاعده بر ماده ۱۱۳۳، این اختیار را بنابر حکم ثانوی برای حاکم شرع ثابت می دانند که طلاق مرد را به مواردی موکول کند که مرد دلیل موجهی داشته باشد. به عنوان مثال آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتائی درباره اطلاق ماده ۱۱۳۳ قبل از اصلاح و مطابقت حکم این ماده با حدیث نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» چنین فرمودند: «مطابق حکم اولیه، اختیار طلاق در دست زوج است، بنابراین وی می تواند در هر زمانی، زوجه را طلاق دهد. اما باتوجه به عناوین ثانویه ای که از شرایط خاص زمان حاضر الهام گرفته شده است، حاکم شرعی می تواند اذن به طلاق را در مواردی که توجیه منطقی دارد، به تأخیر

۱. ابی بصیر قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: "من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يورى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما" (أبو بصير گوید: از امام باقر علیه السلام شنیدم که می فرمود: هر آن کس که زوجه ای دارد و به حال او رسیدگی نمی کند با لباس مناسبی او را نمی پوشاند و خوراک درستی به او نمی دهد بر حاکم است که طلاق او را از مرد بگیرد، و از یک دیگر جدایشان سازد.)، (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۴۱-فیض کاشانی، ۱۴: ۹، ۷۸۹)

بیندازد.»^۱ (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۲۱۴). اما برخی دیگر اختیار طلاق را برای مرد (بنابر روایت مذکور) از شروطی می‌دانند که به احکام وضعی که اختیار و تسلط بر آن‌ها از طرف شارع به دست شرط‌کننده واگذار نشده است، تعلق یافته. به این معنا که این امور، به هیچ وجه تحت اختیار مکلف نیست و شرط مخالف با آن، مخالف با کتاب و سنت تلقی خواهد شد (بجنوردی، ۱۴۰۱: ۴۵۸). در این میان برخی از فقیهان معاصر نیز معتقدند که: «طلاق چه از طرف مرد و چه از طرف زن در صورتی جایز و گذرا است که ادامه زندگی، ادامه عسر یا حرجی باشد که به هیچ وسیله‌ای (حتی با حضور حکمین) برطرف شدنی نباشد. که در این صورت طلاق از هر یک از دو همسر حلال و گذرا است، و تنها یک جانبه بودن عسر یا حرج گذرا نیست زیرا این مقتضای لزوم طرفین عقد است که یا باید با رضایت طرفین باشد و یا عذری یک طرفی مانند عسر و حرجی اصلاح‌نشده در کار باشد» (صادقی تهرانی، ۱۳۸۴: ۳۲۲).

۷- عوامل مؤثر بر تحول در ماده ۱۱۳۳

به طور کلی عوامل اجتماعی متعددی بر تحولات قانون‌گذاری مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۱۹ - کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱). و عوامل متعددی برای محدودسازی حق طلاق توسط مرد وجود دارد. این عوامل به منزله نیروهای اجتماعی فعال در سطح جامعه است که در نهایت قانون‌گذار را ناچار به پذیرش واقعیت و تغییر در حکم ماده ۱۱۳۳ کرد و قاعده (الطلاق بید من أخذ بالساق) را کاملاً محدود و بلکه محذوف کرده است. به نحوی که در حال حاضر این قاعده عملاً محدود و متعادل شده و از شمار قواعد فقهی قابل اجرا حذف شده است. به نظر می‌رسد. اهم این عوامل به شرح زیر است.

۱. طبقاً للعنوان الأولى فإنّ اختيار الطلاق بید الزوج، فيمكنه أن يطلقها في أي وقت، ولكن نظراً للعنوانين الثانويين المستوحاه من الظروف الخاصه في العصر الحاضر، فإنّ الحاكم الشرعي يمكنه تأخير الاذن بطلاق الزوج في بعض الموارد التي تكون بتوجيه معقول.

۷-۱- ضعیف ادله فقهی بر اساس اجتهاد پویا

قاعده مزبور از نظر فقهی دارای بنیان استدلالی و فقهی قوی نمی‌باشد؛ زیرا:

۷-۱-۱ نص صریحی در قرآن کریم بر حاکمیت بی قید و شرط زوج در اختیار طلاق وجود ندارد.

۷-۱-۲ اینکه در آیات قرآن از ضمیر جمع مذکر استفاده و طلاق دادن به مردان نسبت داده شده است، دلیل کافی بر انحصار حق طلاق مردان نیست. زیرا اولاً در جامعه مخاطب عصر نزول آیات، مردان حق طلاق داشته‌اند و حکم قرآنی ناظر به آن مخاطب بوده است.^۱ ثانیاً استفاده از ضمیر جمع مذکر هنگامی که مخاطب آن هر دو جنس مذکر و مؤنث باشد، نمونه‌های مشابه فراوانی دارد. مثلاً در آیاتی که نماز، روزه، حج و... را واجب کرده، تماماً از ضمیر ویژه جمع مذکر استفاده شده است و این موضوع موجب اختصاص تکلیف به مردان نیست. ذکر این نکته لازم است که تمامی آیات مربوط به طلاق از این جنس نبوده و آیه اول سوره طلاق^۲ صراحتاً مردان را مخاطب قرار داده زیرا درباره طلاق زن در عده صحبت می‌کند. اما این آیه نیز دلالت بر حق انحصاری مرد بر طلاق ندارد، چراکه فهمیدن حصر و انحصار حق طلاق از این آیات فاقد هرگونه دلیل اثباتی است و فرض معمول و رایج از طلاق را می‌گوید که مردان تصمیم به طلاق می‌گیرند. بنابراین نمی‌توان برای استنباط حق انحصاری مردان در طلاق از این آیه استفاده کرد. ثالثاً نوعاً پیشنهاد طلاق را زوج مطرح می‌کند و به اصطلاح اصولی «وارد، مورد غالب است».

۱. از این استدلال نباید نتیجه گرفت که آیات قرآن کریم، تاریخ‌مند بوده و مربوط به عصر و زمان خودش باشد و در اعصار بعدی تعمیم‌پذیری و اعتبار نداشته باشد. بلکه آنچه مورد نظر پژوهشگر در این استدلال است، آن است که برای شناخت دقیق موضوع این آیات لازم است بدو ویژگی‌های دقیق مخاطب عصر نزول آیات شناسایی شود تا برای تعمیم حکم مقرر در آیات به اعصار بعدی، دقت لازم در شناسایی موضوع به عمل آمده باشد. به عبارت دیگر، آیات قرآن اعتبار قضایای حقیقیه را دارد اما زمانی که به صورت قضیه شخصیه مطرح می‌شود برای تعمیم‌پذیری آن‌ها و قاعده‌سازی از آن‌ها باید دقت‌های راجع به تعمیم‌پذیری و قاعده‌سازی آن‌ها اعمال شود.

۲. يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ

البته ممکن است گفته شود که زنان بیشتر متقاضی طلاق هستند و برای کنترل پدیده طلاق حق طلاق به مرد داده شده است و افزایش طلاق توسط مردان از آن جهت است که مردان حق طلاق را دارند. اما این گونه ادعاها حتماً باید مستند به نتیجه پژوهش و تحقیق‌های روشمند اجتماعی باشد یعنی نمی‌توان بدون مستند ادعا کرد که زنان بیشتر متقاضی طلاق هستند و افزایش طلاق توسط مردان از آن جهت بوده که آنان دارای حق طلاق هستند. رابعاً آیات دیگری نیز در قرآن وجود دارد که اطلاق آیه را از بین می‌برد؛ مثل آیاتی که در بیان نفی عسر و حرج و حفظ کرامت انسانی آمده است^۱ البته ممکن است در این خصوص گفته شود که رفع حکم به استناد حرج مستند به آیات متعدد و احکام اولیه‌ای همچون آیه ۱۸۵ سوره بقره^۲ و آیه ۷۸ سوره حج^۳ است. بر این اساس ممکن است ادعا شود تقیید آیه به دلیل حرج قابل تامل است. در حالی که مقید شدن برخی از آیات به آیات دیگر از بدیهیات علم اصول است و هیچ تردیدی در آن وجود ندارد. با فرض اینکه دو آیه متقابل یکدیگر داشته باشیم و یک آیه دلالت بر اختیار حق طلاق برای مرد داشته باشد و آیه دیگر دلالت بر عدم تجویز وضعیت حرجی، طبیعی است که در این حالت آیه مطلق، حمل بر مقید می‌شود و به اصطلاح گفته می‌شود شمول دلیل مطلق به وسیله دلیل مقید تضییق شده است (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۹۰: ۴۳۷). بنابراین اگر انحصار و حاکمیت بی‌قید و شرط اراده زوج در اجرای طلاق کافی باشد، تعارضی جدی با این نوع آیات رخ می‌دهد. چراکه ورود دو حکم متفاوت در اینجا صادق است. زیرا، معمولاً زن در حین طلاق و خصوصاً پس از آن آسیب‌پذیری و سختی‌های زیادی را متحمل می‌شود و از این جهت اجازه طلاق دارد که بر خلاف مستند قرآنی مزبور خواهد بود. البته باید توجه داشت که حرج برای قائل شدن طلاق برای زن می‌تواند استفاده شود نه برای حق متعارف مرد بر طلاق. خامساً چگونه می‌توان تصور کرد که

۱. برای مطالعه بیشتر به کتاب نظریه عمومی نفی دشواری در حقوق اسلامی (آیت الله دکتر سید مصطفی محقق داماد) مراجعه نمایید.

۲. یَرِيدُ اللّٰهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ

۳. وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ

شارعی که طلاق برایش «ابغض الاشیاء» است (ابی داود، ۱۴۱۰: ۴۸۴ - کلینی، ۱۴۰۷: ۳۲۸)، اسباب ارتکاب آن را به این راحتی مهیا کرده و اجازه بی قید و شرط اجرای طلاق را به زوج داده باشد؟ و خود پیامبر (ص) نیز به عنوان صاحب شریعت از این حق استفاده کرده باشد؟ سادساً حتی اگر این، یک حق برای زوج محسوب شود، نباید او اعمال حق خویش را وسیله اضرار دیگری قرار دهد چراکه قاعده «لاضرر و لااضرار...» در شریعت اسلام بر احکام جزئی حاکم بوده و اجازه بی قید شرط طلاق توسط زوج را محدود می‌کند. بنابر این اطلاق این آیه انصراف به حق انحصاری و حاکمیت بی قید و شرط زوج در طلاق ندارد. اما این حدیث نبوی از ۵ جهت قابل نقد است، اولاً از طرق شیعه نقل نشده و سلسله اسناد آن از طرق عامه است و در همان کتب عامه نیز به دو طریق نقل شده است که در هر دو طریق آن، ضعف سند وجود دارد (صانعی، ۱۳۸۶: ۴۷). ثانیاً ناظر به وضعیت عملی و سنت رایج روزگار زمان صدور بوده است^۱ و ثالثاً مفاد روایتی که ذکر شده به درستی نشان می‌دهد که مفاد روایت مزبور ناظر به نظام برده‌داری بوده که در زمان فعلی منسوخ است زیرا متن روایت حاوی دو قسمت است که قسمت اول آن صریحاً در خصوص مداخله صاحبان کنیزان و بردگان در روابط زناشویی آنها است و در قسمت دوم که کاملاً ناظر به قسمت اول است مفاد این حدیث آمده است و نمی‌توان تفسیر قسمت دوم را با قطع نظر از قسمت اول و به صورت مطلق قرار داد و مفاد آن را به خارج از روابط نظام برده‌داری تعمیم داد. و رابعاً منظور از این روایات هم سلب اجازه و اختیار خودسرانه صاحبان برده‌ها بوده که نتوانند بدون اجازه بردگانی که با هم ازدواج کرده‌اند ازدواج آنها را برهم زده و با سوء استفاده از حق مالکیت خودشان در روابط زوجیت بردگان مداخله کنند که از این حیث این روایات مفادی کاملاً اخلاقی و انسانی را مطرح می‌کنند اما در گذر زمان دستخوش برداشت‌های تاریخی و جنسیتی شده و تبدیل به امری کاملاً متفاوت شده‌اند به گونه‌ای که از حیث نتیجه منتهی به استبداد جنسیتی شده و

۱. از این استدلال نباید تصور شود که پژوهشگران معتقد هستند که روایات محدود به زمان خودشان بوده‌اند بلکه تاکید پژوهشگران بر فهم دقیق روایت است به گونه‌ای که موضوع و محمول روایت با دقت شناخته و ویژگی‌های موضوع و مورد روایت برای تعمیم‌پذیری آن لحاظ شود و قاعده‌سازی و تعمیم دادن موضوع روایت بدون لحاظ ویژگی‌های مورد، انجام نشود.

مالکیت مطلق زوج را بر حق طلاق پدید آورده است. یقیناً بررسی تاریخی این روایات می‌تواند شواهد متعددی در این خصوص ارائه کند.^۱ خامساً روایات دیگری نیز وجود دارد که در مقابل این روایت است مانند روایاتی که درباره «ذواقیت»^۲ وارد شده و در آن‌ها، گفته شده که آن اشخاص مورد غضب خداوند هستند و طبیعی است که ذواقیت با طلاق‌های بدون دلیل و آزاد و بی حساب ملازمه دارد. اما فلسفه‌ای که استاد مطهری و دیگران برای دفاع از این حکم مطرح کرده‌اند نیز به دلایل مختلف پذیرفته نیست. زیرا اولاً مستند و روش‌شناسی احراز این فلسفه را ارائه نکرده‌اند. ثانیاً شواهد و مستندات معکوس هم می‌توان نسبت به فرمایش ایشان ارائه کرد و ثابت کرد که در مواردی زنان توانسته‌اند مردان افسرده را به زندگی دلگرم و امیدوار کنند و ثالثاً از نظر متدولوژی فقه شیعی هیچ اعتباری برای این گونه استحسانات نمی‌توان پیدا کرد بلکه بی‌اعتباری آن‌ها در اصول فقه شیعه مسلم است (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۱۷۴-۱۷۳، فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵: ۷۰). البته ممکن است گفته شود که شهید مطهری در مقام تبیین روانشناختی برای مدعا بوده و در صدد استناد به استحسان نبوده‌اند. اما این سوال مطرح می‌شود که مگر استحسانات چیزی غیر از تبیین و تحلیل‌های علمی، عرفی، اجتماعی و برداشت‌هایی است که بر حسب زمان و مکان متغیر بوده و حسن و قبح موضوعی را نشان می‌دهد؟ تفاوت در لفظ استحسان و تعبیر «تبیین روانشناختی» موجب نمی‌شود که ماهیت کار تغییر کند. آنچه مرحوم شهید در این بخش آورده‌اند استحسانی بی‌اعتبار است.

۷-۲- نیازها و واقعیت‌ها

واقعیت آن است که در شرایط اجتماعی فعلی، پذیرش مطلق قاعده (الطلاق بید من أخذ بالساق) موجب هرج و مرج شده و تزییع حقوق زنان را به دنبال داشته به گونه‌ای که قانون‌گذار جمهوری اسلامی حتی در سال‌های آغازین انقلاب اسلامی که نگرش‌هایی بسیار انبساطی به احکام و قواعد اولیه فقهی به صورت فراگیر در سطح کشور وجود داشته، متوجه این هرج و مرج

۱. برای آگاهی از نمونه‌های مشابه به کتاب «الجدور التاريخیة للشريعة الإسلامية» مراجعه کنید.
۲. شهید مطهری ذواق را چنین تعریف می‌کند: کسی که هدفش این است که زنان گوناگون را مورد کامجویی و "چشش" قرار دهد. (مطهری، بی‌تا، ۷۷)

شده است و با وجود آنکه احکام بسیاری از قانون حمایت خانواده را خلاف شرع می‌دانسته، برای جلوگیری از طلاق سریع و ساده اقداماتی کرده و این اقدامات در فرایند قانون‌گذاری نیز انعکاس پیدا کرده است. طبیعی است که این تغییر موضع قانون‌گذار تماماً بر پایه نیازها و خواسته‌های عمومی و واقعیت‌هایی بوده که در عمل با آن مواجه بوده‌اند.

۷-۳- حرکت‌های برابر طلبی زنان

به طور کلی نهادهای حقوقی جامعه تحت تاثیر نیروهای اجتماعی و خواسته‌های منطقی آنان تحول پیدا کرده و تعدیل می‌شوند. مکانیزم‌های پیش‌بینی شده در قانون اساسی همچون مرجعیت شورای نگهبان برای تطبیق با نیازهای عمومی و اجتماعی همراه با رعایت ضوابط شریعت در این گونه موارد کاربردهای مثبت فراوانی دارد. از جمله مطالبات برابری طلبی زنان، آنگاه که با منطق قابل قبول و نیازهای منطبق با فرهنگ و جامعه ایرانی اسلامی حرکت کرده، همواره توانسته است دستاوردهای مناسبی را به دست آورد و تغییراتی را در سطوح قوانین پدید آورد که تغییرات این قانون از جمله آن‌هاست. تلاشی که برخی از این افراد انجام داده‌اند و انتقاداتی که بر قوانین بعد از انقلاب داشته‌اند همگی به نحوی در تغییرات بعدی قانون‌گذار پاسخ گرفته و به نظر می‌رسد که تا حدودی نظر آنها تأمین شده باشد (کار، ۱۳۷۸: ۷۴).

۷-۴- قاعده عسر و حرج به عنوان یک ظرفیت درونی فقه

بنیان قاعده عسر و حرج، فراگیرتر از حدیث نبوی (الطلاق بید من أخذ بالساق) بوده و در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز پذیرفته شده و در سابقه فقهی نیز بنیانی محکم دارد. در واقع حدیث نبوی (الطلاق بید من أخذ بالساق) حکمی فراگیر نبوده و همواره در فقه نیز به عنوان امر مطلق پذیرفته نشده است. وجود سابقه قاعده لاحرج و همچنین پذیرش نوعی از طلاق به عنوان «طلاق حاکم» یا «طلاق قضایی» در سابقه فقهی موجب شده است که حدیث نبوی مزبور، امری مطلق و همواره نباشد و زمینه تغییرات بعدی آن و توسعه استثنائات و تعدیل آن فراهم و در نگرش‌های فقهی نیز زمینه آن فراهم باشد. البته در سال ۱۳۶۱ بین فقهای شورای نگهبان درباره ثمره این قاعده اختلاف نظرهایی وجود داشت. برخی معتقد بودند که زن به موجب عسر و حرج می‌تواند به

حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید و حاکم نیز پس از بررسی و ثبوت موضوع، زوج را اجبار به طلاق می‌کند و چنانچه مرد از طلاق امتناع کرد، حاکم شخصاً اقدام به طلاق می‌نماید. بنابر نظر این گروه، علت حرج در اینجا تنها لزوم عقد نیست، بلکه انحصار طلاق به دست مرد، منشأ حرج است. در نتیجه با ادله حرج، این انحصار برداشته می‌شود. اما بعضی از فقهای این شورا نظر منفی داشتند و می‌گفتند: آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و چنانچه ادله حرج در اینجا حاکم باشد، نهایتاً می‌تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به اینکه موارد فسخ، اجماعاً محدود است و این جزء آن موارد نیست، پس حق فسخ قهراً منتفی می‌شود. امام خمینی در پاسخ به این استفتای شورای نگهبان، طریق احتیاط را در این بیان کردند که در ابتدا زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده شود (مهرپور، ۱۳۸۷: ۳۱۴).

۷-۵- نقش عنصر مصلحت

بنیان مصلحت و توجه به نیازها و واقعیت‌های روز، به عنوان عامل بسیار تأثیرگذار در سیر تحول حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، قابل ردیابی است. زیرا قانون‌گذار تغییر وضعیت فعلی ماده ۱۱۳۳ را به صورت دفعی و به شکل عقب نشینی در مقابل نیازها و تقاضاهای اجتماعی پذیرفت بلکه در طول مقررات‌گذاری بعد از انقلاب اسلامی در چند نوبت تلاش کرد تا آن را اندکی محدود کند. اما چند نوبت عقب نشینی قانون‌گذار موجب نشد که کنش‌گران حرکات و نیروهای اجتماعی سازنده حقوق به این مقدار عقب نشینی قانع باشند و در نهایت با بنیان مصلحت؛ تعدیل مناسب نسبت به حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایجاد شد و اصلاحات سال ۱۳۸۱ قانون مدنی پذیرفته شد به گونه‌ای که در حال حاضر نگاه به دو حکم مقرر در ماده ۱۱۳۳ و تبصره آن نشان می‌دهد که تقریباً هیچ تفاوتی میان حق زن و مرد در طلاق وجود ندارد!! زیرا در ماده ۱۱۳۳، حق طلاق را برای مرد با دو شرط پذیرفته که عبارتند از: ۱- رعایت شرایط مقرر در قانون. ۲- مراجعه به دادگاه. در تبصره این ماده نیز همین موارد برای زن پیش‌بینی شده است. زیرا در تبصره این ماده هم آمده است که «زن نیز می‌تواند با وجود شرایط

مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید». به عبارت دیگر مقایسه ظاهر این ماده و تبصره آن، حاکی از آن است که تقریباً تقاضای طلاق چه از سوی مرد باشد و چه از سوی زن، به صورت مساوی با دو قید پذیرفته است. ۱- رعایت شرایط مقرر در قانون ۲- مراجعه به دادگاه. البته در این خصوص نباید در خوش بینی افراط شود چراکه واقعیت این است که اصلاح ماده ۱۱۳۳ به صورت موجود، عمدتاً تلخی ظاهری ماده را گرفته است و اندکی مانع در مقابل اعمال اختیار مطلق مرد گذارده است و گرنه در ماهیت امر، مرد با مراجعه به دادگاه بدون اینکه مجبور باشد چیزی را اثبات کند، می تواند گواهی عدم امکان سازش را بگیرد و طلاق را محقق کند ولی زن باید با عسر و حرج و یا امتناع از دادن نفقه و یا تحقق هر یک از شروط ضمن العقد را اثبات کند تا دادگاه شوهر را ملزم به طلاق کند. البته بدیهی است که شرایط مقرر در قانون برای هر یک از زوج و زوجه به صورت متفاوت دیده شده و این گونه نیست که شرایط یکسانی برای هر یک از زوج و زوجه پیش بینی شده باشد بلکه شرایط مقرر در قانون، نسبت به هر کدام از زوجین متناسب با وضعیت وی پیش بینی شده است. بنابراین هم وصف قضایی بودن طلاق پذیرفته شده است و هم محدود بودن آن به موارد مصرح در قانون. در نتیجه سلب اختیار کامل مردان برای استفاده از حق طلاق محقق شده است و این موارد جز با تکیه بر عنصر مصلحت از نظر مبانی حقوقی اسلام قابل توجیه به نظر نمی رسد و بنابراین قدرت عنصر مصلحت در حل این مسائل، دارای مصادیقی بسیار مشهود و مسلم است.

۶-۷- جریان احکام ثانوی برای مشروع بودن قوانین و رعایت اصل ۴ قانون

اساسی

استفاده از مکانیزم احکام ثانویه (دیانی، ۱۳۸۷: ۲۳۹) برای محدودسازی حدیث نبوی (الطلاق بید من أخذ بالساق) نیز امری کاملاً مشهود است. زیرا از یک سو مطابق اصل ۴ قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است.» و از سوی دیگر قانون گذار با آزمون و خطای انجام شده در چند مرحله در نهایت به این حقیقت می رسد که

تعدیل حق طلاق مرد، نیازی اجتماعی است و سطح زیادی از زندگی مردم و خانواده‌ها را درگیر کرده است و ضرورت دارد تا به آنها توجهی جدی بشود و در نهایت با عدول از قاعده فقهی مزبور وضعیتی پدید می‌آید که مکانیزم احکام ثانویه می‌تواند برای آن پاسخ راهگشا داشته باشد.

۸- نحوه تحدید اعمال حق طلاق توسط مرد (موانع تعبیه شده قانونی):

بر اساس تحولات قانونی که در ارتباط با ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی انجام شده است و مفاد آن را تعدیل کرده است مقدماتاً به این سؤال می‌پردازیم که منظور از تحدید حق طلاق چیست؟ و چه رابطه‌ای با صحت و بطلان طلاق دارد و در چه مواردی این حق تعدیل شده است؟

۸-۱- رابطه تحدید حق طلاق با صحت و بطلان طلاق

تحولاتی که منتهی به محدودسازی حق طلاق برای مرد شده است به گونه‌ای نبوده است که ایرادی به صحت شرعی طلاق وارد کند. به عبارت دیگر وضعیت حقوقی طلاق توسط زوج حتی با عدم رعایت شرایط قانونی دچار اختلال ماهوی نمی‌شود. یعنی اگر مردی بدون رعایت شرایط و موانع پیش‌بینی شده برای تحدید حق طلاق مبادرت به طلاق دادن زوجه خود کند ضمانت اجرای این فعل بطلان طلاق نیست بلکه حسب مورد مجازات کیفری مقرر در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده و نیز مجازات انتظامی برای سردفتری است که چنین طلاق‌ی را به ثبت برساند. بنابراین وقتی از تحدید حق طلاق صحبت می‌کنیم به معنای پیش‌بینی شرایط و موانع است که از نظر شکلی برای اعمال و اجرای این حق فراهم شده است و تخلف از آن موارد موجب مسئولیت کیفری و انتظامی است و به این ترتیب آزادی اولیه مرد را در اجرای صیغه طلاق محدود کرده است که در ادامه به ذکر این شرایط و موانع می‌پردازیم.

۸-۲- لزوم مراجعه به دادگاه

اولین مانع اجرای طلاق و تحدید حاکمیت زوج بر طلاق آن است (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۵۷) که مطابق حکم مقرر در اصلاح ماده ۱۱۳۳ و ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده طلاق امری قضایی است و مرد برای اعمال آن باید به دادگاه مراجعه کند. بنابراین در هیچ حالتی بدون مراجعه به دادگاه اجازه وقوع طلاق و اعمال حق طلاق توسط مرد وجود ندارد. حتی توافق طرفین نیز

نمی‌تواند آن را تغییر دهد و مراجعه به دادگاه در هر حالت برای اعمال حق طلاق ضروری است. بنابراین ماهیت قضایی طلاق از جمله اولین موانع و پیش شرط‌هایی است که قبل از اجرای طلاق بر طرفین و از جمله به مرد تحمیل می‌شود و آنها باید برای اعمال حق طلاق به دادگاه مراجعه کنند.

۳-۸- لزوم ارجاع به داوری:

مراجعه مرد به دادگاه به تنهایی برای تجویز امر طلاق کفایت نمی‌کند. بلکه ضرورت دارد تا موضوع به داوری ارجاع شود. مستند ارجاع به داوری ابتدائاً در تبصره دو ماده ۳ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸^۱ آمده بود. سپس در ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصحلت نظام در سال ۱۳۷۱ اضافه و موارد طلاق توافقی را نیز شامل شد ولی در نهایت در ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ارجاع به داوری را در طلاق توافقی استثنا کرده و گفته است (در کلیه موارد درخواست طلاق، به جز طلاق توافقی، دادگاه باید به منظور ایجاد صلح و سازش موضوع را به داوری ارجاع کند. دادگاه در این موارد باید با توجه به نظر داوران رأی صادر و چنانچه آن را نپذیرد، نظریه داوران را با ذکر دلیل رد کند) و البته ارجاع به داوری در مقررات قبل از انقلاب پیش‌بینی شده بود. مستند شرعی این اقدام، آیه ۳۵ سوره نساء است که در آن آمده است، و (إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)^۲

۱. موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده است ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند دادگاه بدو حسب آیه کریمه (إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد. در موادی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست. حکم این تبصره در دادگاه‌های عمومی دادگستری نیز لازم‌الرعایه است.

۲. ترجمه آیت الله مکارم شیرازی: و اگر از جدایی و شکاف میان آن دو (همسر) بیم داشته باشید، یک داور از خانواده شوهر، و یک داور از خانواده زن انتخاب کنید (تا به کار آنان رسیدگی کنند). اگر این دو

۸-۴- صدور گواهی عدم امکان سازش

یکی دیگر از پیش شرطهای طلاق این است که مراجعه مرد به دادگاه باید منتهی به صدور گواهی عدم امکان سازش شود (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۵۷). به این معنا که تا گواهی عدم امکان سازش صادر نشود، مرد نمی‌تواند برای اجرای صیغه طلاق و اعمال حق طلاق به دفاتر ثبت رسمی طلاق مراجعه کند. دادگاه‌ها در عمل برای صدور گواهی عدم امکان سازش سختگیری‌های متعددی دارند. به گونه‌ای که مطابق ماده ۳۴ گواهی عدم امکان سازش حتی در صورت صدور نیز دارای مهلت اعتبار سه ماهه بوده و در صورتی که در این مدت برای ثبت طلاق به دفترخانه مراجعه نشود این گواهی اعتبار خود را از دست خواهد داد. صدور گواهی عدم امکان سازش نیز در سابقه قانون‌گذاری قبل از انقلاب وجود داشته است. (ماده ۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶) و در مقررات بعد از انقلاب نیز به کرات در قانون‌گذاری آمده است و آخرین بار در ماده ۲۴ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ مورد تصریح و تأکید قرار گرفته است. البته برخی این الزام به اخذ گواهی عدم سازش حتی در طلاق‌های توافقی را، یک گام لنگان از جانب قانون‌گذار دانستند که نه تنها باعث کاهش آمار طلاق نمی‌شود؛ بلکه موجب کاهش آمار ازدواج خواهد شد (دیانی، ۱۳۷۹: ۱۱۳/۶).

۵-۸- پرداخت مهریه زوج

اگرچه از نظر شرعی اولین و مسلم‌ترین حقی که زوج باید به زوج پرداخت کند، مهریه او است و مطابق ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، به مجرد عقد، زوج مالک مهریه می‌شود اما هنگام طلاق مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۹۱ پیش‌بینی شده است که اساساً دادگاه قبل از صدور گواهی عدم امکان سازش، وضعیت مهریه به عنوان یکی از حقوق مالی زوج را تعیین تکلیف کرده و ثبت صیغه طلاق را منوط به پرداخت حقوق مالی وی در رابطه با مهریه نموده است.

داور، تصمیم به اصلاح داشته باشند، خداوند به توافق آنها کمک می‌کند؛ زیرا خداوند، دانا و آگاه است (و از نیت همه، با خبر است)

یکی دیگر از حقوق مالی زوجه که مطابق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۹۱ قبل از ثبت صیغه طلاق در دفتر اسناد رسمی باید توسط دادگاه تعیین تکلیف شود، مربوط است به نفقه ایام گذشته زوجه. مطابق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی، طلب زوجه از بابت مهریه، طلب ممتاز بوده و حتی در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما و حتی مقدم بر سایر افراد واجب النفقه است. که این موضوع در ماده ۱۲۰۳ قانون مدنی نیز آمده است.

۷-۸- جهیزیه و اموال مختص به زوجه

حق دیگری که مسلماً جزء حقوق مالی زوجه است و طبق ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ باید قبل از ثبت طلاق تعیین تکلیف شود، مربوط به جهیزیه زوجه است. جهیزیه طبق رسم جامعه ایران از منزل پدر زوجه به منزل شوهر آورده می‌شود و بنابراین در صورت انحلال رابطه زوجیت باید به او مسترد شود. تعیین تکلیف مسئله جهیزیه، مسائل متعددی را پدید می‌آورد. زیرا اثبات مواردی که سیاهه جهیزیه را تشکیل می‌دهد، معمولاً می‌تواند مورد اختلاف باشد. زیرا امضای زوجه در ذیل این سیاهه در مواردی درج نشده و در مواردی اصل آن سیاهه وجود ندارد و در مواردی نیز برخی از اقلام جهیزیه ممکن است با تقصیر یا بدون تقصیر زوج تلف شده باشد و این موضوع مورد اختلاف آنها گردد. علاوه بر این زیورآلاتی که زوجه همراه خود دارد و تصرفاتی که نسبت به اثاث البیت دارد، می‌تواند از مصادیق مورد اختلاف در رابطه با تعیین تکلیف جهیزیه باشد و بنابراین تا تشکیل توافق و تعیین تکلیف این اختلاف‌ها، صدور رأی دادگاه ممکن نیست و تا آن زمان هم اجرا و ثبت واقعه طلاق ممکن نیست.

۸-۸- پرداخت آنچه به واسطه شرط در ضمن عقد نکاح بر زوج الزامی است

پس از سال‌های اولیه انقلاب در همه اسناد ازدواج، پیش‌بینی شده است که چنانچه زوج بدون عذر موجه تصمیم به طلاق زوجه بگیرد، لازم است تا نصف دارایی که در دوران ازدواج به دست آورده است به صورت بلاعوض به همسر خود تملیک کند. این شرط برای تعدیل حق انحلال یک جانبه عقد نکاح توسط مرد کارکرد بسیار بالایی دارد. البته اعمال این شرط منوط به

آن است که ازدواج مربوط به چند دهه اخیر پس از انقلاب باشد و به امضای طرفین رسیده باشد. با این وجود در عمل اختلافات متعددی بر سر شناسایی اموالی که زوج در طول دوره ازدواج به دست آورده است؛ وجود دارد و در تحلیل ماهیت حقوقی این شرط نیز اختلافات متعددی پدید آمده و حتی پژوهش‌های متعددی در رابطه با «شرط تنصیف دارایی» انجام شده است. به گونه‌ای که از نظر برخی صاحب‌نظران این تمهید محصول تقلید عجولانه و ناشیانه از حقوق کشورهای غربی و به خصوص کشورهای امریکای شمالی است. غافل از اینکه در آن کشورها زن، حقوق دیگری در قالب مهریه و نفقه مستحق نیست و زوجین به طور یکسان در قبال هزینه‌های زندگی خانوادگی مسئولیت دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۹۵) و این موضوع اختلافات متعددی را پدید آورده است.

۹-۸- پرداخت اجرت‌المثل ایام زوجیت در صورتی که قصد تبرع در کار نباشد

مطابق اصلاحاتی که در سال ۱۳۷۰ در ماده واحده مقررات مربوط به طلاق پیش‌بینی شد، آمده که «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با قصد عدم تبرع انجام داده باشد، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را با جلب نظر کارشناس یا به کمک عوامل دیگر محاسبه و زوج را به پرداخت آن ملزم می‌نماید.» این موضوع در سال ۱۳۸۵ با افزودن تبصره‌ای به ماده ۳۳۶ قانون مدنی، وضعیتی مستقر پیدا کرد و مفهومی را به نام «نحله» پدید آورد. مطابق این تاسیس چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید. البته بحث بسیار جدی در این خصوص وجود دارد که اساساً اثبات «قصد تبرع» چگونه انجام می‌شود؟ و چه کسی بار تحمل اثبات آن را بر عهده دارد؟ (دیانی، ۱۳۸۷: ۲۸۳) این موضوع در قالب نحله و «بخشش اجباری» پیش‌بینی شده است که تحلیل‌های متعددی در این خصوص وجود دارد.

۱۰-۸- جرم انگاری اجرای صیغه طلاق بدون مراجعه به دادگاه

یکی از موانعی که قانون‌گذار برای تعدیل حق طلاق مرد مقرر کرده بود، این بود که هیچ طلاقی قابل ثبت در دفاتر رسمی طلاق نمی‌باشد، مگر اینکه زوج گواهی عدم امکان سازش را از دادگاه کسب کرده باشد و تمامی حقوق مالی و حق حضانت فرزند را توافق کرده باشد. برای مقابله با این وضع بعضی از زوجها با استفاده از قواعد شرعی، بدون ثبت در دفاتر ثبت رسمی مبادرت به طلاق کرده و زن را به امید خدا رها کرده و به دنبال ثبت طلاق نیز نمی‌رفتند. این موضوع باعث شد که قانون‌گذار برای معنادار کردن و ایجاد الزام زوج برای ثبت طلاق نسبت به عمل «طلاق بدون ثبت» ناچار به جرم انگاری شده و سیاست سرکوبگرانه کیفری را در پیش گرفت. مطابق ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات که در سال ۱۳۷۵ به تصویب رسید، «به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یکسال محکوم می‌گردد.» بر این اساس هرگونه ثبت واقعه طلاق بدون مراجعه به دادگاه جرم‌انگاری تلقی شد و حقی که زمانی مردان به عنوان قاعده‌ای فقهی و مسلم در فقه اسلامی برای خود قائل بودند، مستلزم رعایت ترتیبات و تشریفات است از جمله ضرورت مراجعه به دادگاه به نحوی که عدم رعایت آن نیز جرم‌انگاری شد و جامعه ایرانی را به ضرورت توجه به نظم و الزامات اجتماعی حقوق برابر آشناتر کرد. بعدها هم در قانون سال ۱۳۹۱ همین مضمون در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده چنین آمد: «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است» البته اهمیت این جرم انگاری آنجا روشن می‌شود که توجه کنیم در قوانین قبل از انقلاب اسلامی (قانون حمایت خانواده) عدم ثبت واقعه طلاق جرم انگاری شده بود. پس از انقلاب اسلامی شورای محترم نگهبان این جرم انگاری را خلاف شرع اعلام کرد و زمینه اجرای حدیث نبوی

«الطلاق بید من اخذ بالساق» را عملاً فراهم کرد اما در نهایت قانون‌گذار و شورای نگهبان با ظهور آثار و تبعات عدم ثبت طلاق به ضرورت این تاسیس پی بردند و با نیازها و واقعیات اجتماعی جامعه ایران آشنا تر شدند و جرم انگاری مزبور را نه تنها خلاف شرع ندانستند بلکه آن را احیا نیز کردند. و به این ترتیب ضمانت اجرای کیفری برای عدم رعایت محدودیت‌های پیش‌بینی شده برای حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» را فراهم کردند.

۸-۱۱- تعیین تکلیف حضانت فرزند مشترک

یکی دیگر از موانعی که برای قبل از اجرای طلاق پیش‌بینی شد، مربوط است به تعیین تکلیف حضانت و ترتیبات ملاقات فرزند مشترک قبل از طلاق. این موارد در نهایت در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱ در ماده ۲۹ آمد و مقرر شد که: «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، تکلیف جهیزیه، مهریه و نفقه زوجه، اطفال و حمل را معین و همچنین اجرت‌المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصره ماده (۳۳۶) قانون مدنی تعیین و در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اطفال و نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. همچنین دادگاه باید با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر بستگان را تعیین کند. ثبت طلاق موکول به تادیه حقوق مالی زوجه است. طلاق در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دایر بر اعسار زوج یا تقسیط محکوم به نیز ثبت می‌شود. در هر حال، هرگاه زن بدون دریافت حقوق مذکور به ثبت طلاق رضایت دهد می‌تواند پس از ثبت طلاق برای دریافت این حقوق از طریق اجرای احکام دادگستری مطابق مقررات مربوط اقدام کند»

نتیجه‌گیری:

۱- ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی از سال تصویب (۱۳۱۴) تا اصلاحات آن در سال ۱۳۸۱، در ظاهر به کلی دگرگون شده و ماهیتی کاملاً متفاوت را پیدا کرده است. مطابق این اصلاحات، قاعده حاکمیت مطلق و بی قید و شرط زوج بر طلاق شدیداً تحدید شد. البته اگرچه ظاهر ماده به کلی دگرگون شده ولی این اصلاح، در حقیقت، عمدتاً تلخیِ ظاهریِ ماده را گرفته‌است و اندکی مانع در مقابل اعمال اختیار مطلق مرد گذارده. ۲- تحلیل تحولات ماده مزبور بخشی از تاریخ حقوق کشور در خصوص نهاد مقرر در این ماده را تشکیل می‌دهد. ۳- اگرچه مهم‌ترین عامل تغییرات این ماده، تحت تأثیر نیازها، ضرورت‌های اجتماعی و تمایلات برابر طلبی زنان صورت گرفته، اما به نظر می‌رسد که صرف نظر از عوامل مزبور، نگاهی منصفانه به آیات و روایات مربوط به حدیث نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» حاکی از آن است که اساساً این حدیث هیچ بنیان فقهی مستحکمی ندارد و برآمده از عرف و عادات زمان نزول بوده و از طرق اهل سنت نقل شده است و فقیهان شیعه نیز آن را مورد استناد در فتاوی خود قرار دادند. بنابراین تغییرات آن در پی نیازهای اجتماعی با مبانی فقهی روش‌مند نیز سازگار است و حق آن بود که متصدیان اجتهاد پویا قبل از مواجهه با این نیازها و در فضایی کاملاً علمی این حکم را تعدیل می‌کردند. ۴- محدودیت‌هایی که در حال حاضر برای اعمال حق طلاق توسط مردان پیش‌بینی شده است، در حوزه‌های مختلف مالی، اجتماعی، خانوادگی فراگیر بوده و تکالیفی را برای قبل از طلاق و بعد از طلاق پیش‌بینی می‌کند و می‌تواند موجب تعادل و توازن حقوق طرفین شده و به عدالت نزدیک‌تر باشد. ۵- پیشنهاد می‌شود تجربه این تغییرات قانون‌گذاری برای تعدیل سایر قواعد فقهی که احتمالاً با واقعیت‌ها و نیازهای اجتماعی ایران ناسازگار است مورد پژوهش‌های فقهی، جامعه‌شناسی، حقوقی، تاریخی و مطالعات اجتماعی قرار گیرد تا امکان شکوفایی و ایجاد تمدن ایرانی - اسلامی با شتاب بیشتری فراهم شود. بعون الله تعالی

منابع و مأخذ:

۱. ابن ابی جمهور، عوالی الثالی، جلد اول، نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاها
۲. ابن ادريس حلی، (۱۴۱۰ ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی (و المستطرفات)، چاپ دوم، جلد دوم، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳. ابی داود، سلیمان بن الاشعث، (۱۳۴۰ ق)، سنن ابی داود، به تحقیق سعید محمد اللحام، جلد اول، چاپ اول، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۴. ابن ماجه، محمد بن یزید القزوینی، سنن ابن ماجه، به تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي، قاهره، انتشارات دار إحياء الكتب العربیة، نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاها
۵. استادی، رضا، (۱۳۸۸)، «عیوب موجب فسخ نکاح»، فصلنامه فقه اهل بیت، بهار و تابستان، شماره ۵۸-۵۹، ص ۹۴-۱۲۹.
۶. امامی، اسدالله؛ صفایی، سید حسین، (۱۳۹۸)، مختصر حقوق خانواده، چاپ پنجاه و دوم، تهران، انتشارات میزان.
۷. انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۶)، دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ دوم، تهران، انتشارات محراب فکر.
۸. بجنوردی، سید محمد، (۱۴۰۱ ق)، قواعدالفقیهیه، چاپ سوم، تهران، انتشارات مؤسسه عروج.
۹. بجنوردی، میرزا حسن، (۱۳۷۷)، قواعدالفقیهیه، جلد اول، چاپ اول، قم، الهادی.
۱۰. بروجردی، سید حسین، (۱۴۱۵ ق)، جامع احادیث الشیعۀ، جلد بیست و دوم، تهران، انتشارات مولف.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
۱۲. حبیبی، حسن، (۱۳۸۷)، جامعه شناسی حقوقی (نمونه ای از یک بررسی و توصیف جامعه شناختی و مردم شناختی و آماری اسناد ازدواج و طلاق، تهران، اطلاعات.
۱۳. حرعاملی، محمدبن حسن، (۱۴۱۲)، وسائل الشیعۀ، جلد بیست و دوم، نسخه سوم، قم، موسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.

۱۴. دیانی، عبدالرسول، (۱۳۸۷)، حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۱۵. دیانی، عبدالرسول، (۱۳۷۹)، «وکالت در طلاق، شیوه ای برای تعدیل حق انحلال یک جانبه عقد نکاح»، ماهنامه دادرسی، شماره ۲۴، صص ۱۹-۱۶.
۱۶. دیانی، عبدالرسول، (۱۳۷۹)، «نقدی بر تحدیدهای قانونی اراده مرد در امر طلاق»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره ششم، صص ۹۷-۱۱۹.
۱۷. سیوطی، جلال‌الدین، الجامع الصغیر، جلد دوم، بیروت، انتشارات دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاقت.
۱۸. شهابی خراسانی، محمود، (۱۳۸۷)، ادوار فقهی، جلد دوم، چاپ ششم، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۹. شهید ثانی، (۱۴۲۳ ق)، مسالک الافهام الی شرایع الاسلام، جلد نهم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
۲۰. شیخ‌الاسلامی، سید اسعد، (۱۳۷۰)، احوال شخصیه، تهران، مرکز نشر دانشگاهی تهران.
۲۱. شیخ صدوق، محمد بن علی، (۱۴۱۳ ق)، من لا یحضره الفقیه، جلد سوم، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. شیخ صدوق، محمد بن علی، (۱۳۶۲)، الخصال، جلد اول، چاپ اول، قم، جامعه مدرسین.
۲۳. صادقی تهرانی، محمد، (۱۳۸۴)، رساله توضیح المسائل نوین، چاپ سوم، تهران، امید فردا.
۲۴. صانعی، یوسف، (۱۳۸۶)، فقه و زندگی ۸، چاپ اول، قم، انتشارات میثم تمار.
۲۵. عبدالکریم، خلیل، (۱۹۹۷ م)، الجذور التاریخیه للشریعه الإسلامیه، بیروت، موسسه الانتشار العربی.
۲۶. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۹۸۲ م)، نهج الحق، چاپ اول، بیروت، دارالکتاب اللبنانی.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۵)، ایضاح الکفایه، جلد ششم، چاپ پنجم، قم، انتشارات نوح.
۲۸. فیض کاشانی، ملا محسن، (۱۴۰۶ ق)، الوافی، جلد بیست و دوم، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. قانون مدنی
۳۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۳۱. قانون حمایت خانواده
۳۲. قانون مجازات اسلامی
۳۳. قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (حقوق خانواده)، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، فلسفه حقوق، جلد اول: تعریف و ماهیت حقوق، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، «معمای تجدید نظر در احکام و تعارض نیروهای اجتماعی نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران»، دوره ۳۸، تهران، دانشگاه تهران.
۳۷. کار، مهرانگیز، (۱۳۷۸)، ساختار حقوقی نظام خانواده در ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات روشنگران و مطالعات زنان.
۳۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق)، الکافی، جلد پنجم، چاپ چهارم، قم، دارالکتب الاسلامیه.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۲)، مباحثی از اصول فقه، جلد دوم، چاپ هفتم، تهران، انتشارات اندیشه های نو در علوم اسلامی.
۴۰. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۸)، نظریه عمومی نفی دشواری در حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۱. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، (۱۳۹۰)، فرهنگ نامه علوم اسلامی اصول فقه، چاپ سوم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۴۲. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظریات شورای نگهبان، نسخه آنلاین سایت شورای نگهبان.
۴۳. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در خانواده، تهران، انتشارات صدرا، (نسخه آنلاین کتابخانه مدرسه فقاقت).
۴۴. نائینی، احمدرضا، (۱۳۸۶)، مشروح مذاکرات قانون مدنی، چاپ اول، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۵)، الفتاوی الجدیده، جلد سوم، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

۴۶. ملک زاده، فهیمه، (۱۳۹۵)، دانشنامه حقوقی (حقوق مدنی)، جلد سوم، چاپ اول، تهران، مجد.

۴۷. ملک زاده، فهیمه، (۱۳۹۶)، قواعد فقه خانواده، چاپ اول، تهران، مجد.

۴۸. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۷۳)، ترجمه قرآن کریم، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم.

۴۹. مهرپور، حسین، (۱۳۷۴)، دیدگاه های جدید در مسایل حقوقی، چاپ دوم، تهران، اطلاعات.

۵۰. مهرپور، حسین، (۱۳۷۹)، مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی، چاپ اول، تهران، اطلاعات.

۵۱. مهرپور، حسین، (۱۳۸۷)، مجموعه مظریات شورای نگهبان، چاپ اول، جلد اول، تهران، دادگستر.

۵۲. نوذری، حسنعلی، (۱۳۹۳)، فلسفه تاریخ، چاپ سوم، تهران، طرح نو.

۵۳. نوری، میرزا حسین، (۱۳۶۸)، مستدرک الوسایل، جلد پانزدهم، چاپ دوم، قم، موسسه آل البیت (ع) الاحیاء التراث.

۵۴. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۸۷)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، جلد پنجم، چاپ اول، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

Restriction of the Rule regarding Unconditional Power of the Husband over Divorce in Jurisprudence and Iranian Statutory Law

Mehrpour, Hossein¹
 Mohammad Javadeh Darvishzadeh²

Abstract

One of the important changes in the civil law after the Islamic Revolution is the amendment of Article 1133. The basis of this article is a Prophetic Hadith which says: "Divorce is at the disposal of the person who concludes the contract." "i.e. the husband." The aforementioned article has been completely changed since the year of its approval (1935) to its amendments in 2002 and has limited the absolute power of men over divorce by in position of various conditions. These changes have been made several times in the legislature for such reasons as social needs and realities, the element of expediency, the use of dynamic *ijtihad*, i.e. the endeavor of a Moslem scholar to deduce a law or rule of conduct which is not self-evident in the scriptural sources, and so on.

In the process of restricting this rule, obstacles such as criminalization of the exercise of the right to divorce without observation of legal formalities, the necessity of referring the case to the court, issuance of certificate of impossibility of reconciliation, referral to court appointed mediation in divorce proceeding, determination of the financial rights of the wife, etc. have been set to limit the exercise of this right. The main issue in this research concerns the legal history of the institution set out in Article 1133 of the Civil Code and tries to first explain the relationship between the ruling stipulated in this article and the aforementioned Prophetic Hadith and secondly to identify and evaluate how to limit the ruling stipulated in this jurisprudential ruling and the factors affecting it. The important finding of this research is the delineation of the analysis and explanation that has been presented regarding the manner in which Article 1133 initially entered the Civil Code in 1935, the developments it has undergone and identification of the factors affecting them. Thus, a page from the history of law in relation to this Article is analyzed and explained.

Key words: Article 1133 of civil code, "Divorce is at the disposal of the person who concludes the contract, i. e. husband", the right of divorce, divorce, legal historiography

-
1. Professor of Faculty of Law, Shahid Beheshti University. (Email: h-mehrpour@sbu.ac.ir)
 2. Graduated from level 3 of Marvi seminary And Master student of jurisprudence and basics of law at Allameh Tabatabai University. (Email: mj.darvishzadeh.k@gmail.com)

