

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عوامل محدودکننده حق طلاق

تألیف:

دکتر حمید فرشی

(عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور)

دکتر محمد امین فرد

(دانشیار دانشگاه شهید مدنی آذربایجان)

انتشارات چتر دانش

سرشناسه :	فرشی، حمید، ۱۳۶۴-
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: عوامل محدودکننده حق طلاق/ تالیف حمید فرشی، محمد امین فرد.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	: ۲۰۸ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۲۷۸-۰۰
وضعیت فهرست‌نویسی : فیپا	
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: طلاق -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	: Divorce -- Law and legislation -- Iran
موضوع	: عسر و حرج -- ایران
موضوع	: Distress (Law) -- Iran*
شناسه افزوده	: امین فرد، محمد، ۱۳۴۰ -
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۷ ۴ع۸ /ف/ KMH۵۵۸
رده بندی دیویی	: ۳۴۶/۵۵۰ ۱۶۶
شماره کتابشناسی ملی :	۵۴۷۵۳۳۰

نام کتاب	: عوامل محدودکننده حق طلاق
ناشر	: چتر دانش
تألیف	: دکتر حمید فرشی - دکتر محمد امین فرد
نوبت و سال چاپ	: دوم - ۱۴۰۲
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۲۷۸-۰۰
قیمت	: ۱۱۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خم‌منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

((وَ اِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَیْنِهِمَا فَبَیْعُوْا حَکْمًا مِّنْ اَهْلِهِ وَ حَکْمًا مِّنْ اَهْلِهَا اِنْ یُرِیْدَا
اِصْلَاحًا یُوْفِّقِ اللّٰهُ بَیْنَهُمَا اِنَّ اللّٰهَ كَانَ عَلِیْمًا حَبِیْرًا))
و اگر بیم دارید از جدایی زن و شوهر داوری از خاندان مرد و داوری
از خاندان زن را برانگیزید و اگر آن دو داور خواهان صلح باشند خداوند
میانشان سازگاری ایجاد می کند زیرا خدا دانا و آگاه است. (سوره مبارکه
نساء آیه ۳۵)

فهرست مطالب

مقدمه مؤلفان	۹
پیشگفتار	۱۱
فصل اول: کلیات	۱۴
مبحث اول: بررسی مفهوم، سیر تاریخی و خصوصیات طلاق	۱۴
۱- مفهوم طلاق	۱۴
۱-۱- مفهوم لغوی	۱۴
۱-۲- مفهوم اصطلاحی	۱۶
۲- موارد انحلال نکاح	۱۹
۲-۱- فسخ نکاح	۲۱
۲-۲- انفساخ نکاح	۲۵
فوت	۲۷
اتمام مدت در نکاح منقطع	۲۸
ارتداد و کفر	۲۸
لعان	۲۹
تغییر جنسیت	۳۰
رضاع	۳۶
۲-۳- بذل مدت در نکاح موقت	۳۷
۳- انواع طلاق	۳۸
۴- نگاهی بر قوانین وضع شده در خصوص طلاق که در اختیار زوج نسبت به طلاق ایجاد محدودیت نموده است.	۳۹
۱- قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰	۴۰
۲- قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴	۴۰
۳- قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶	۴۰
۴- قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳	۴۱
۵- لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱	۴۲
۶- قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱ کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی و اصلاح ماده ۱۱۳۰ در سال ۱۳۷۰ و قانون الحاق یک تبصره	

- به ماده (۱۱۳۰) قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ ۴۳
- ۷- مصوبه شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۲ ۴۴
- ۸- قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ و قانون تفسیر تبصره‌های ۳ و ۶ «قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق» مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام مورخ ۲۸/۸/۱۳۷۱ ۴۵
- ۹- قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ ۴۷
- ۱۰- قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ و آیین‌نامه آن ۴۸
- ۵- ارکان طلاق و شرایط آن ۴۹
- مطلق ۴۹
- مُطَلَّقه ۵۰
- صیغه طلاق ۵۱
- إشهاد ۵۲
- مبحث دوم: جایگاه شناسی طلاق در تقسیم مجعول شرعی به حق و حکم ۵۴
- ۱- تعریف حق ۵۴
- ۲- رابطه بین حق و حکم ۵۵
- ۳- تفاوت حق و حکم ۵۷
- ۴- بررسی حق یا حکم بودن طلاق با توجه به راهکارهای بیان شده برای تشخیص حق از حکم ۶۱
- ۱-۴- از جمله ملاک‌هایی که در این مورد وجود دارد بحث مصلحت است ۶۱
- ۲-۴- توجه به منشأ اختلاف در موارد مشتبه ۶۴
- ۳-۴- رجوع به عموماً و اطلاق ادله ۶۵
- ۴-۴- توجه به نوع رابطه اضافه‌ای که بین ذی‌حق و مورد حق وجود دارد ۶۶
- ۵-۴- رجوع به اصول عملیه ۶۶
- ۶-۴- تفصیل ۶۸
- ۷-۴- رجوع به اصل عدم ۶۸
- فصل دوم: محدودیت‌های قانونی و قضایی اعمال حق طلاق ۷۰**
- مبحث اول: سیاست قانون‌گذاری در خصوص طلاق و اعمال محدودیت بر آن ۷۰

مبحث دوم: محدودیت‌هایی که قانون گذار برای عدم اعمال حق طلاق لحاظ کرده است (موارد طلاق قضایی).....	۷۶
۱- مبنای طلاق قضایی.....	۷۷
خلاصه و جمع بندی:.....	۸۲
۲- رجعی یا بائن بودن طلاق قضایی.....	۸۳
جمع بندی.....	۸۸
طلاق قضایی به جهت غیبت فرد.....	۹۰
طلاق قضایی به دلیل عدم پرداخت نفقه.....	۹۳
فرض اول: عدم پرداخت نفقه به جهت عجز شوهر.....	۹۵
فرض دوم: امتناع زوج با وجود استطاعت مالی از پرداخت نفقه.....	۹۶
طلاق قضایی به دلیل عسر و حرج زوجه.....	۹۷
مبحث سوم: بررسی تدابیر و محدودیت‌هایی که برای جلوگیری از سوء استفاده از حق طلاق می‌توان در نظر گرفت.....	۱۰۳
۱- بررسی سابقه فقهی و وضعیت قانون‌گذاری در این خصوص.....	۱۰۳
۲- بررسی ادله‌ای که در این خصوص قابل استناد هستند.....	۱۰۷
۲-۱- آیات.....	۱۰۷
۲-۱-۱- نحوه استدلال به آیات.....	۱۰۸
۲-۱-۲- نقد استدلال.....	۱۱۰
۲-۲- قاعده لاضرر و اصل چهل قانون اساسی.....	۱۱۲
۲-۲-۱- نحوه استدلال.....	۱۱۲
۲-۲-۲- نقد استدلال.....	۱۱۲
استدلال فوق با چند ایراد مواجه است:.....	۱۱۲
۲-۳- قاعده نفی عسر و حرج.....	۱۱۹
۲-۳-۱- نحوه استدلال.....	۱۱۹
۲-۳-۲- نقد استدلال.....	۱۲۰
۲-۴- نتیجه‌گیری.....	۱۲۱
مبحث چهارم: تشریفات قضایی لازم جهت صدور حکم طلاق یا گواهی عدم امکان	

سازش که محدود کننده اعمال بی قید و شرط حق طلاق هستند.....	۱۲۲
۱- لزوم ارائه دادخواست	۱۲۲
۲- ارجاع به داوری یا مراکز مشاوره	۱۲۳
۳- تعیین تکلیف حقوق مالی زوجه	۱۲۵
۴- تعیین تکلیف حمل و نفقه آن و حضانت و نفقه فرزندان.....	۱۲۶
نتیجه گیری و پیشنهاد.....	۱۲۶
فصل سوم: محدودیت‌های قراردادی و توافقی	۱۲۸
مبحث اول: توافق در مورد طلاق ندادن و اسقاط حق طلاق.....	۱۲۸
۱- شرط اسقاط حق طلاق ضمن عقد نکاح.....	۱۳۰
۲- بررسی ادله خاص در مورد قابل اسقاط بودن یا نبودن حق طلاق.....	۱۳۴
مبحث دوم: توافق بر طلاق دادن و سپردن اختیار حق طلاق به زوجه .۱۴۱	
۱- نقل حق طلاق (سپردن اختیار طلاق به زوجه).....	۱۴۲
۱-۱- مفهوم نقل	۱۴۴
۱-۲- نظر مذاهب اسلامی در خصوص نقل حق طلاق	۱۴۷
۱-۲-۱- موافقین.....	۱۴۷
۱-۲-۲- مخالفین.....	۱۴۹
۱-۳- بررسی ادله و تحلیل بحث.....	۱۵۲
۱-۴- نتیجه گیری.....	۱۵۹
جمع بندی مطالب فصل سوم:.....	۱۶۲
مبحث سوم: وکالت در طلاق	۱۶۶
فصل چهارم: عوامل شخصی محدود کننده استفاده از حق طلاق ...	۱۷۳
۱- عقل.....	۱۷۳
۲- بلوغ.....	۱۸۵
۳- پاکی مطلقه.....	۱۸۶
جمع بندی مطالب	۱۸۷
منابع و مأخذ	۱۹۱
نمایه ها	۲۰۲

مقدمه مؤلفان

سخن در باب حقوق خانواده به ویژه قوانین مربوط به طلاق فراوان است، آنچه مسلم است قانون گذار ضمن وفاداری کامل به اهداف کلان و غایی شارع مقدس نهایت تلاش خود را جهت تنظیم دقیق روابط بین زوجین چه در انعقاد نکاح و چه در انحلال آن مبذول داشته و بی شک یکی از اهداف اصلی او استحکام هر چه بیشتر نهاد خانواده و کاستن از میزان جدایی‌هاست. در زندگی مشترک، زن و شوهر هر یک وظایفی دارند و اختیاراتی، هیچ یک نباید اختیارات خود را وسیله و حربه‌ای برای فشار بر دیگری بدانند. حق طلاق نباید وسیله‌ای برای تحت فشار قرار دادن زوجه باشد و مهریه نیز نباید به عنوان حربه‌ای برای زوجه و برعلیه زوج به کار رود. زوجین مکلفند در زندگی مشترک حسن معاشرت داشته باشند و به یکدیگر معاضدت کنند، درست است که قوانین نظم دهنده روابط بین این دو هستند اما قوام و بقای پیوند زناشویی نیازمند عواملی فراتر از قانون است، آنچه اهمیت دارد درک و احترام متقابل و گذشت نسبت به همدیگر است، قرآن کریم در آیه ۲۱ سوره روم مودت و رحمتی را که خداوند بین زن و شوهر قرار داده است را از نشانه‌های الهی معرفی می‌کند، در این آیه میخوانیم «و از نشانه‌های او این است که همسرانی از جنس خودتان برای شما آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید و در میانتان مودت و رحمت قرار داد، در این نشانه‌هایی است برای گروهی که تفکر می‌کنند». زوجین می‌بایست اختلافات و نزاع‌های خود را بر اساس مقررات قانونی رفع کنند و محاکم نیز ملزم به رعایت همین قوانین هستند اما در نهایت آنچه برای بقای پیوند دو شخص مشکل‌گشا خواهد بود بردباری، گذشت و رعایت اخلاق حسنه از سوی ایشان است؛ بر اساس آموزه‌های دینی حتی جایی که دیگر امیدی برای ادامه نکاح نیست باز طرفین باید با نیکي و احسان از یکدیگر جدا شوند و روح تعالیم اسلامی در مورد تشکیل و انحلال نکاح برپایه مودت و انصاف است.

در هر حال آنجا که دیگر ادامه زندگی مشترک ممکن نیست و صحبت از طلاق است قانون گذار باید قواعدی وضع کند که حدود اختیارات طرفین را به گونه‌ای تنظیم کند که حتی‌الامکان از آثار نامطلوب طلاق بکاهد، می‌بایست به گونه‌ای عمل شود که اختیارات یکی از زوجین، وسیله تعدی نا به حق به حقوق

دیگری نباشد.

در آموزه‌های اسلامی حق طلاق بدست مرد است و زن هیچ اختیاری در این زمینه ندارد. حتی در خلع و مبرات، مرد طلاق را جاری می‌کند. از آنجا که طبق نظر اصولیون، همه احکام بر اساس جلب منافع و دفع مفسد نفس الامری تشریح شده‌اند، حتماً این حکم نیز از سوی شارع حکیم طبق همین قاعده کلی تشریح شده ولی عملکرد مسلمانان در طول قرون، نشان داده که در مواردی مردها از این حکم، حربه‌ای علیه بانوان ساخته و مشکلاتی به بار آورده‌اند لذا فقها و حقوق‌دانان؛ ضمن وفاداری کامل به اهداف کلان شارع درصدد ضابطه‌مند کردن استفاده شوهر از حق طلاق برآمده و محدودیت‌هایی برای آن قائل شده‌اند.

آنچه این اثر به دنبال تبیین آن است بررسی عواملیست که حق طلاق زوج را محدود میکند و اجازه نمیدهد که زوج در استفاده از این اختیار قانونی خود، راه تعدی در پیش گیرد و با سوء استفاده از حق طلاق از ادای تکالیف شانه خالی کند یا از روی لجاجت ضرر به زوجه زند. انگیزه اصلی در تدوین این کتاب انجام تحقیقی مستقل در مورد عوامل محدود کننده حق طلاق و ارائه پیشنهادهایی سازگار با اصول کلی فقهی و حقوقی بوده است تا بتوان ضمن رعایت اصول و موازین کلی قدمی در راستای تعدیل روابط زوجین در مسئله طلاق برداشت؛ برای نیل به این هدف ارشادات و نقدهای فضلا و اساتید صاحب نظر و دانش پژوهان موجب امتنان مولفان خواهد بود و امید بر این است که با راهنمایی صاحبان اندیشه و ارباب فضل کاستی‌های این اثر برطرف گردد.

در پایان بر خود وظیفه میدانیم از تمامی کسانی که در تدوین و چاپ این اثر ما را یاری نمودند به ویژه از مؤسسه فاخر انتشارات چتر دانش کمال تشکر و قدردانی خود را ابراز نماییم.

توفیق از خداست

تبریز، تابستان ۱۳۹۷

حمید فرشی - محمد امین فرد

پیشگفتار

مسائل حقوق خانواده به ویژه مباحث مربوط به طلاق همواره مورد توجه صاحب‌نظران بوده و دارای اهمیت خاص است. طلاق به عنوان یکی از مباحث اصلی حقوق خانواده نه یک عمل حقوقی صرف که یک امر اجتماعی تعیین‌کننده سرنوشت خانواده‌هاست و نشان‌دهنده ازدواجی است که به نتیجه مطلوب نرسیده. با توجه به اهمیت فراوان نهاد مقدس خانواده برای همه مکاتب حقوقی به‌ویژه قانون‌گذار ایرانی اسلامی و با عنایت به اینکه خانواده زیربنای جامعه است، در تمامی دوره‌های قانون‌گذاری تلاش فراوان برای تنظیم روابط بین زوجین و تعیین حدودی مشخص از وظایف هر یک از ایشان، برای کاستن از اختلافات و پیشگیری از جدایی انجام گرفته است؛ ضمن ارج نهادن به این تلاش قانون‌گذار در عین حال می‌بایست برای خود طلاق نیز قواعدی وضع نمود که جدایی زن و شوهر را با کمترین تبعات منفی همراه سازد. باید تلاش نمود تا مطابق آموزه‌های قرآنی، طلاق نیکو و همراه با احسان باشد. شارع اسلامی مخاطبین خود را حتی در اوج اختلاف و کشاکش جدایی، به رعایت اخلاق و تعهدات رهنمون می‌کند. از زوجین می‌خواهد که با یکدیگر حسن معاشرت داشته و از حقوق و اختیارات خود سوء استفاده نکرده و به دیگری ضرر نزنند.

آگاهی زوجین از ضوابط طلاق و حدود اختیاراتشان در از بین بردن نکاح، ضمن کم کردن تبعات منفی طلاق، باعث کاهش سوء استفاده، گروکشی و لجاجت است؛ به‌ویژه از جانب زوج زیرا در فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران حق طلاق متعلق به اوست.

در این اثر به بررسی عواملی پرداخته شده است که اختیار زوج در اعمال حق طلاق را از بین برده یا محدود می‌سازد و از این مطلب بحث خواهد شد که چه عواملی می‌توانند محدود کننده حق طلاق باشند. از این روی به مواردی همچون امکان محدود ساختن اعمال حق طلاق در صورتی که طلاق

موجب ضرر ناروا و خارج از طبیعت طلاق شود، همچنین بررسی امکان ایجاد حق طلاق برای زوجه در قالب تملیک طلاق و مخیر کردن زوجه در امر طلاق که کمتر مورد توجه محققین بوده است پرداخته شده است.

بحث اصلی در میزان اختیار و محدودیت‌هایی است که هر یک از زوجین در طلاق دارند. می‌توان گفت قانون‌گذار تصمیم در مورد طلاق به خواست زوجه را به عهده دادگاه نهاده است و در موارد معینی مانند عسر و حرج و عدم پرداخت نفقه که زن خواهان جدایی است، دادگاه در خصوص طلاق تصمیم گرفته و اراده خود را بر زوج تحمیل می‌کند. اما قوانین اختیار بیشتری به زوج داده است و در مواردی که او خواهان جدایی باشد حتی بدون بیان دلیل خاص می‌تواند باشد زوجه را طلاق دهد، البته با توجه به اینکه زوج ممکن است بدون هیچ قیدی اقدام به طلاق دادن نماید یا به دلخواه خود و به قصد اذیت زوجه یا مجبور کردن او به بخشیدن مهریه‌اش از طلاق دادن امتناع نماید و حق طلاق را به عنوان حربه‌ای برای فرار از مسئولیت‌های مالی نکاح قرار دهد؛ تلاش قانون‌گذار در قوانین موضوعه بر این بوده است که تاثیر محاکم در سرنوشت نکاح را بیشتر نماید و لاقلاً طلاق با اطلاع و اجازه دادگاه انجام گیرد.

از دید حقوقی محدودیت‌هایی برای استفاده و یا عدم استفاده از حق طلاق قابل تصور است که می‌توان آنها را در سه دسته تقسیم کرد:

۱- محدودیت‌های قانونی و قضایی: محدودیت‌های هستند که قانون آنها را بر زوجین تحمیل می‌کند. انجام برخی امور اداری و قضایی لازم جهت صدور حکم طلاق یا گواهی عدم امکان سازش را نیز می‌توان در این قسم از محدودیت‌ها جای داد.

۲- محدودیت‌های توافقی و قراردادی: شامل محدودیت‌هایی است که بر اساس توافق طرفین برای استفاده یا عدم استفاده و نیز نحوه طلاق دادن ایجاد می‌شود، بدیهی است که چنین توافقاتی نمی‌بایست خلاف قوانین آمره باشند.

۳- محدودیت‌هایی که به لحاظ ویژگی‌های شخصی همچون حجر محدود کننده حق طلاق هستند.

علی‌رغم وجود آثار ارزنده‌ای که در مورد حقوق خانواده و مبحث طلاق تألیف شده است، آنچه باز ذهن را مشغول موضوع حق طلاق می‌کند، این است که از یک سو بحث از حق طلاق دارای اهمیت خاص است که متأسفانه همراه با سوء استفاده‌هایی از این حق می‌باشد، به ویژه که در عرف کنونی جامعه ما، حق طلاق و مهریه از جایگاه اصلی خود منحرف شده و به عنوان حربه و سلاحی در دست زوجین برای فشار آوردن بر دیگری استفاده می‌شود؛ از این رو ضروری است که عواملی که برای تعدیل و کنترل چنین وضعیتی می‌توانند موثر باشند مورد بررسی قرار گیرد.

و از دیگر سو تحقیقی مستقل که در آن مشخصاً به بررسی عوامل محدود کننده حق طلاق پرداخته شده باشد وجود ندارد. از این روی نیاز به انجام چنین تحقیقی احساس می‌شود.

فصل اول: کلیات

پیش از ورود به بحث اصلی ضروریست به مفهوم لغوی و اصطلاحی طلاق و تمییز آن از اصطلاحات مشابه، موارد انحلال نکاح، سیر تاریخی قانون گذاری درباره طلاق، انواع و ارکان طلاق پرداخته شود و نیز مفهوم حق و تفاوت آن با حکم و راهکار تشخیص حق از حکم در موارد مشتبه و تطبیق این موارد با بحث طلاق بررسی شود.

مبحث اول: بررسی مفهوم، سیر تاریخی و خصوصیات طلاق

در این مبحث از پژوهش به بررسی مفاهیم، سیر تاریخی و تحولات قانون گذاری که موجب ایجاد محدودیت برای زوج در امر طلاق شده‌اند و خصوصیات و ویژگی‌های طلاق پرداخته خواهد شد. به همین منظور ابتدا مفهوم لغوی و اصطلاحی طلاق و مفاهیم مشابه را بررسی نموده و سپس سیر تحولات قانون گذاری در خصوص طلاق و مهمترین قوانین وضع شده تبیین خواهد شد و در پایان این مبحث به ویژگی‌ها و ارکان طلاق پرداخته خواهد شد.

۱- مفهوم طلاق

۱-۱- مفهوم لغوی

طلاق^۱ در فرهنگ‌های لغت فارسی به معنای «رها شدن زن از قید نکاح»^۲ و «از بین رفتن یا بر هم زدن رابطه زوجیت در ازدواج دائم»^۳ است و در کتب لغت به دو معنی آمده است: یکی از بین بردن علقه نکاح و دیگری

1- Divorce

۲- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲ش)، لغت نامه، ج ۹، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۱۳۶۶۳.

۳- انوری، حسن (۱۳۸۱ش)، فرهنگ بزرگ سخن، ج ۵، تهران، انتشارات سخن، ص ۴۸۹۱.

ترک کردن و رهایی^۱ که هر دو، با معنای ریشه آن که طلاق است^۲ همخوانی دارد و معنای دوم نیز همان معنای اول را می‌رساند یعنی؛ ترک کردن و رها ساختن زوجه.

جمع طلق، طوالق^۳ و «در معنای درد زایمانی که منجر به وضع حمل می‌شود آمده است»^۴ و در مورد خود وضع حمل و رهایی از آن نیز به کار می‌رود»^۵ علامه طباطبایی در ذیل آیه ۲۲۸ سوره مبارکه بقره در مورد طلاق چنین می‌نویسد:

«اصل در معنای طلاق آزاد شدن از قید و بند است ولی به عنوان استعاره در رها کردن زن از قید ازدواج استعمال شده و در آخر به خاطر کثرت استعمال حقیقت در همان معنا گشته است»^۶.

در مجمع البحرین ذکر شده است که: «طلاق به معنای تطلیق است همان‌گونه که سلام به معنای تسلیم است»^۷ لذا با توجه به اینکه باب تفعیل از نظر معنا افاده تعدی می‌کند،^۸ طلاق در معنای جدا ساختن و رها کردن است. طالق^۹ نیز به معنای رها کننده می‌باشد و مردی است که همسر خویش را طلاق داده و از وی جدا می‌گردد «صفت طالق همیشه نسبت به مرد به کار می‌رود چرا که مطابق فقه اسلامی طلاق به ید و دست مرد می‌باشد»^{۱۰}.

۱- ر.ک الزبیدی، محب الدین ابی فیض(۱۴۱۴ه)، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، بیروت، دار الفکر، ص ۳۰۳ و ابن منظور، محمد بن مکرم(۱۳۶۳ش)، لسان العرب، ج ۱۰، قم، نشر آدب الحوزة، ص ۲۲۶.

۲- ر.ک ابن منظور، همان، ص ۲۲۵.

۳- ر.ک الزبیدی، همان، ص ۳۰۳.

۴- ابن منظور، همان، ص ۲۲۵ و الاهوازی، ابن السکیت(۱۴۱۲ه)، ترتیب اصلاح المنطق، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیة، ص ۲۴۲.

۵- العسكري، ابو هلال(۱۴۱۲ه)، الفروق اللغویة، قم، موسسة النشر الاسلامی، ص ۳۳۸.

۶- طباطبایی، سید محمد حسین(بی‌تا)، تفسیر المیزان م: سید محمد باقر موسوی همدانی، جلد دوم، بی جا، دفتر انتشارات اسلامی، ص ۳۴۵.

۷- الطریحی، فخرالدین(۱۳۶۷ش)، مجمع البحرین، ج ۳، بی جا، مکتب نشر الثقافة الاسلامیة، ص ۵۷.

۸- ر.ک. جرجانی، میر سید شریف(بی‌تا)، صرف میر، تهران، مجمع علمی اسلامی، ص ۱۰۳.

9- Divorcer

۱۰- روشن، محمد؛ صادقی، محمد(۱۳۹۵)، دانشنامه حقوقی خانواده، تهران، انتشارات جنگل، ص ۴۶۸.

در لغت‌نامه‌های زبان انگلیسی نیز لغت Divorce به معنای جدایی و فاصله بیان شده و در جایی دیگر نیز به معنای تفکیک و قطع رابطه آمده است.^۱ در دیکشنری بلاک لا، واژه Divorce به معنای انحلال قانونی نکاح با حکم دادگاه بیان گردیده است.^۲

۲-۱- مفهوم اصطلاحی

معنای اصطلاحی طلاق نیز دور از معنای لغوی آن نیست؛ می‌توان گفت در اصطلاح فقهی و حقوقی طلاق به از بین بردن علقه نکاح دائم به ترتیبات خاص شرعی و قانونی اطلاق می‌شود که در کنار عواملی همچون اتمام و بذل مدت (در نکاح منقطع)، فسخ، ارتداد، حکم موت فرضی و.... از اسباب انحلال نکاح (مخصوص نکاح دائم) است.

در اکثر کتب فقهی تعریف طلاق به بدهت آن واگذار شده و بدون ارائه تعریف، کتاب طلاق از بیان اقسام و ارکان طلاق شروع شده است؛ سنتی که مدونین قانون مدنی نیز بر آن بوده‌اند. برخی از فقها نیز با صراحت بیان داشته‌اند که پرداختن به تعریف (لغوی و اصطلاحی) طلاق و ایرادات و رد و قبول در این خصوص فایده زیادی ندارد^۳ به هر حال برخی از تعاریف موجود در کتب فقهی که همگی شبیه یکدیگر هستند به شرح ذیل می‌باشد:

ابن فهد در المهذب البارع طلاق را چنین تعریف کرده است:

«طلاق از بین بردن علقه نکاح است به اینکه زوج به زوجه‌اش بگوید أنت

یا (شبهه آن) طالق»^۴

شهید ثانی در روضة البهیه می‌نویسد:

۱- بیرجندی، پرویز و دیگران(۲۰۰۰م)، فرهنگ انگلیسی-فارسی دانشگاهی رهنما، ج ۱، تهران، نشر رهنما، ص ۸۰۶.

2- Garner, Bryan A., black's law dictionary, Tehran, dadgoštar pub., 2006, p.515.

۳- بحرانی، شیخ یوسف(۱۴۰۹ه)، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، قم، موسسه النشر الاسلامیه، ص ۱۴۵.

۴- حلی، ابن فهد(۱۴۱۱ه)، المهذب البارع، ج ۳، قم، موسسه النشر الاسلامیه، ص ۴۴۰.

«طلاق از بین بردن علقه نکاح (بدون عوض) به صیغه انت طالق است»^۱ صاحب ریاض نیز همین تعریف را برگزیده است؛^۲ تعریف دیگری که ارائه شده است چنین است:

«طلاق از نظر شرعی یا عرف عنوانی است برای از بین بردن علقه زوجیت با الفاظ مخصوص»^۳ و نیز «... طلاق از نظر شرعی از بین بردن قید نکاح به طرق معتبر است»^۴

صاحب جواهر نیز قبل از ورود به بحث اصلی کتاب طلاق در بیان معنای اصطلاحی طلاق این عبارت را نوشته است: «طلاق از نظر شرعی از بین بردن قید نکاح به صیغه انت طالق و مانند آن است»^۵.
تعریفی که استادان معاصر حقوقی نیز از طلاق ارائه داده‌اند مشابه و در واقع تابع تعاریف فقهی است. دکتر جعفری لنگرودی طلاق را چنین تعریف کرده است:

«در اصطلاح عبارت است از ازاله رابطه زناشویی به وسیله صیغه مخصوص» و عناصر آن را این سه مورد بر می‌شمارد: نکاح دائم، حضور عدلین، صیغه طلاق.^۶ دکتر کاتوزیان در تعریف طلاق می‌نویسد:
«طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن شوهر به اذن یا حکم دادگاه همسر دائمی خود را رها می‌سازد»^۷.
در تعریفی دیگر آمده است:

۱- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد جبعی عاملی (۱۴۱۰هـ)، الروضة البهیة، ج ۶، قم، انتشارات داوری، ص ۱۱.

۲- طباطبایی، سید علی (۱۴۲۰هـ)، ریاض المسائل، ج ۱۱، قم، موسسه النشر الاسلامی، ص ۳۷.

۳- فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن (۱۴۲۲هـ)، کشف اللثام، ج ۸، قم، موسسه النشر الاسلامی، ص ۵.

۴- جزایری، سید عبد... (بی‌تا)، التحفة السنیة (شرح نخبه المحسنیة ملا محسن فیض)، کتابخانه آستان قدس، ص ۲۸۴.

۵- نجفی، شیخ محمد حسن (بی‌تا)، جواهر الکلام، ج ۳۲، تهران، المکتبه الاسلامیة، ص ۲-۳.

۶- ر.ک. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸ش)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، تهران، گنج دانش، ص ۲۴۴۸ - ۲۴۴۰.

۷- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ش)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ص ۲۱۹-۲۲۰.

«طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن مرد به اراده خود یا به حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست رها می‌سازد»^۱.
 برخی از مؤلفین حقوقی نیز تعریف صاحب جواهر از طلاق را جامع و مانع دانسته و به بیان آن اکتفاء نموده‌اند.^۲

کتاب‌های اصطلاحات فقهی و حقوقی نیز همین معانی مذکور را بیان کرده‌اند:

«از بین بردن عقد نکاح با عبارات تعیین شده و شروط تعیین شده برای مطلق و مطلقه»^۳ و «از بین بردن عقد نکاح»^۴ «ازاله قید نکاح دائم توسط صیغه مخصوص را طلاق می‌نامند»^۵ و «به گشودن پیوند زناشویی به موجب عقد ازدواج دائم به الفاظ پذیرفته شده در شرع و قانون طلاق گفته می‌شود»^۶.
 بر اساس تعاریف بیان شده طلاق ایقاعی است تشریفاتی در خصوص عقد دائم^۷ که تنها با یک اراده (اراده زوج) واقع می‌شود. در تحقق و بیان این اراده تفاوتی ندارد که زوج خود طلاق را واقع سازد یا شخص دیگری به وکالت یا ولایت (در مواردی که شوهر محجور است) از جانب او طلاق را انجام دهد؛ در هر حال اراده و قبول یا رد زن در آن اثری ندارد حتی اطلاع زوجه نیز لازم نیست.^۸

می‌بایست توجه نمود که وجود اصطلاح طلاق توافقی در قوانین راجع به

۱- روشن، محمد(۱۳۹۰ش)، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، ص ۲۴۴.
 ۲- ر.ک. لطفی، اسد... (۱۳۸۹ش)، حقوق خانواده، جلد ۲، تهران، انتشارات خرسندی، ص ۴۹ و صفایی، سید حسین و امامی اسد... (۱۳۷۷ش)، حقوق خانواده، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۲۲۵.
 ۳- فتح... احمد(۱۴۱۵ه)، معجم الفاظ الفقه الجعفری، بی‌جا، مولف، ص ۲۷۰.
 ۴- قلعجی، محمد(۱۴۰۸ه)، معجم لغة الفقهاء، ریاض، دار النفاثس، ص ۲۹۱.
 ۵- نایب زاده، اکبر(۱۳۹۱ش)، اصطلاحات حقوقی به زبان عربی، تهران، انتشارات خرسندی، ص ۲۳۸.
 ۶- طاهری، محمد علی(۱۳۸۴ش)، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، تهران، محراب فکر، ص ۱۳۱۱.
 ۷- نظریه شماره ۷/۳۹۰۲ مورخ ۱۳۸۱/۵/۹ اداره حقوقی قوه قضاییه مقرر می‌دارد: «فرقی بین عقد منقطع، یک ساله یا نود و نه ساله نیست و به موجب ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی طلاق مخصوص نکاح دائم است و زن منقطعه با انقضای مدت یا بدل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود».
 ۸- الخمینی (امام)، سید روح‌الله(۱۳۸۴ش)، تحریر الوسیله، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ص ۷۶۳

طلاق از جمله مواد ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، طلاق را از حالت ایقاع بودن خارج نمی‌کند چرا که در طلاق توافقی در واقع زن و شوهر توافق می‌کنند که زوج، زوجه را طلاق دهد و در نهایت طلاق تنها با اراده زوج واقع می‌شود هرچند که توافق زمینه‌ساز وقوع آن بوده است. در مواردی هم که زوجه اقدام به طرح دعوای طلاق می‌کند و دادگاه حکم به طلاق می‌دهد نیز در نهایت به اجبار دادگاه وقوع طلاق توسط شوهر است و اگر شوهر علی‌رغم حکم دادگاه از طلاق دادن امتناع کند دادگاه به واسطه ولایتی که بر امر او دارد رأساً اقدام می‌کند؛ البته طلاق ایقاعی تشریفاتی است و قانون‌گذار ترتیبات خاص شکلی برای وقوع آن معین کرده است که برخی از این ترتیبات منبعت از فقه و برخی زاییده ضروریات زمانه و در راستای ایجاد نظم عمومی در این خصوص است از جمله اینکه طلاق باید به صیغه مخصوص و به زبان عربی واقع گردد^۱ و دو مرد عادل آن را استماع نمایند و سپس در دفتر طلاق با شرایط مقرر ثبت گردد. یکی دیگر از خصوصیات و ویژگی‌های طلاق در حقوق موضوعه که در فقه سابقه نداشته و بنابر ضروریات زمان ایجاد شده، این است که با اذن یا حکم حاکم واقع می‌گردد و چه زن و چه مرد در چهارچوب قانون باید با اذن یا حکم دادگاه، گواهی عدم امکان سازش دریافت نموده و سپس صیغه طلاق جاری شود.

۲- موارد انحلال نکاح

برای تحصیل درکی کامل از جایگاه حقوقی طلاق در بحث انحلال نکاح می‌بایست توجه داشت که طلاق تنها راه انحلال نکاح نیست بلکه مصداق شایع ازاله زوجیت در عقد نکاح دایم است؛ قانون‌گذار در مورد عوامل انحلال نکاح باب دوم از کتاب هفتم قانون مدنی را تحت عنوان ((در انحلال عقد نکاح)) تدوین کرده و در ماده ۱۱۲۰ تنها از سه عامل فسخ، طلاق و بذل

۱- در صورت عجز از تلفظ عربی طلاق با الفاظی که در سایر زبان‌ها مترادف صیغه طلاق است نیز صحیح است همچنین است در مورد صحت وقوع طلاق با اشاره و کتبات.

مدت در نکاح انقطاع نام برده است.

در نوشته‌های استادان حقوقی در خصوص اینکه موارد انحلال نکاح کدام است و برای آن چند مورد می‌توان برشمرد، اندک اختلافی به چشم می‌خورد یکی از ایشان با بیان این مطلب که: مقصود از انحلال، قطع رابطه زوجیت است در محلی که اقتضای ادامه داشته باشد انحلال عقد انقطاعی در پایان مدت را صحیح نمی‌داند، زیرا در عقد مدت‌دار و منقطع زوجیت از اول محدود بوده و پس از انقضای مدت دیگر زوجیتی وجود ندارد تا منحل گردد^۱ و بر این اساس فسخ، انفساخ، طلاق و بذل مدت را جزو موارد انحلال نکاح بر می‌شمرد و می‌توان گفت با توجه به مبنای مذکور در مورد انقضای مدت است که سخنی از فوت (چه فوت حقیقی و چه موت فرضی) نیز به میان نمی‌آورد؛ در مقابل برخی انقضای مدت در عقد موقت را در کنار بذل آن از موارد انحلال این نوع از نکاح دانسته و علاوه بر چهار مورد فوق‌الذکر انقضای مدت را هم جزو موارد انحلال نکاح برشمرده‌اند^۲ مرحوم دکتر کاتوزیان با قبول این مطلب که: شاید از نظر منطقی نتوان گذشتن مدت را در زمره اسباب انحلال نکاح آورد زیرا با پایان گرفتن مدت، نکاحی باقی نمی‌ماند تا منحل شود؛ توجه به نحوه اراده زوجین که بر خلاف طبیعت عرفی و مرسوم نکاح آن را موقت ساخته است را موجبی می‌داند بر اینکه بتوان اتمام مدت را نیز در زمره موارد انحلال نکاح دانست، ایشان می‌نویسد: چون طبیعت عرفی و مرسوم نکاح اقتضای دوام را دارد و این خواسته زن و شوهر است که آن را زوال‌پذیر و موقت می‌سازد، می‌توان گفت سپری شدن مدت از عوامل ارادی انحلال، به معنی عام آن، است^۳؛ این صاحب نظر علاوه بر این مورد، فوت یکی از همسران (هم فوت حقیقی و هم موت فرضی) را هم بر موجبات انحلال نکاح افزوده است و اسباب انحلال را عبارت می‌داند از فسخ، طلاق،

۱- ر.ک. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۴، ص ۳۳۷

۲- ر.ک. روشن، محمد، حقوق خانواده، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۰، ص ۲۱۰-۲۱۱.

۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، جلد اول، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۱، ص ۴۹۹.

بذل یا اتمام مدت، موت، (و موارد انفساخ شامل) لعان و کافر شدن شوهر زن مسلمان یا اسلام آوردن زن کافر (که همسر کافر دارد).^۱

با صرف نظر از مطول کردن بحث در خصوص این اختلاف نظرها، در این مبحث به طور اجمال به تبیین فسخ، انفساخ، لعان، بذل و اتمام مدت، فوت و مفارقت ناشی از ارتداد و کفر و تغییر جنسیت و رضاع و بیان تفاوت این موارد با طلاق پرداخته خواهد شد. با اشاره به این مطلب که هر چند در عرف با مسامحه بطلان را انحلال نکاح می‌نامند اما بطلان را نمی‌توان جزو اسباب انحلال نکاح دانست زیرا کشف بطلان نشانگر این است که از اول هیچ رابطه حقوقی و شرعی بین مرد و زن ایجاد نشده است تا نکاح ایجاد شده به واسطه عاملی منحل گردد.^۲

۱-۲- فسخ نکاح

فسخ در لغت به معنای زایل گردانیدن، بر هم زدن معامله، باطل کردن پیمان، جدا جدا کردن، تباه گردانیدن و نیز باطل کردن عقد و انحلال عقد آمده است.^۳ در اصطلاح فسخ پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث می‌باشد^۴؛ و عبارت از رفع و زایل گردانیدن و از اثر انداختن عقد توسط اراده کسی است که چنین حقی را دارد.^۵ لذا فسخ نکاح یعنی انحلال عقد ازدواج از سوی یکی از طرفین به دلیل قانونی^۶ و در تعریفی دیگر بیان شده است که فسخ به این معناست که زوج و یا زوجه با

۱- ر.ک. همان، ص ۲۷۲.

۲- ر.ک. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، جلد اول، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۱، ص ۲۷۳ و روشن، محمد، حقوق خانواده، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۰، ص ۲۰۹.

۳- عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، سازمان انتشارات جاویدان، ۱۳۵۸، ص ۸۷۴؛ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۱۰، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۱۵۱۲۹؛ انوری، حسن، فرهنگ کوچک سخن، تهران، انتشارات سخن، ۱۳۸۳، ص ۷۴۵ و ابن منظور، جمال الدین محمد، لسان العرب، ج ۲، بیروت، دارالفکر، ۲۰۰۸، ص ۳۴.

۴- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۳، ص ۲۰۲.

۵- انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴، ص ۱۴۶۱
6- Terminating of Marriage.

۷- روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۲۱۳.

اعمال خیار فسخ پیوند را بگسلند.^۱

در مورد فسخ چند نکته قابل ذکر است:

اول: اینکه فسخ در زمره ایقاعات بوده و با توجه به لزوم عقد نکاح، فسخ آن فسخ به خیار است نه فسخ به جواز،^۲ لذا اختیاری را که طرف عقد در فسخ آن دارد خیار می‌گویند.^۳

دوم: اگر از بین بردن قرارداد به واسطه توافق و تراضی طرفین باشد اقاله یا تفاسخ نامیده می‌شود یعنی همان اراده‌هایی که سبب ایجاد عقد را فراهم آورده‌اند درباره انحلال به توافق برسند^۴ لذا اقاله را نمی‌توان از مصادیق فسخ دانست زیرا در فسخ، ازاله باید ناشی از تراضی طرفین نباشد وگرنه نام آن تفاسخ است یعنی اقاله است نه فسخ^۵ و می‌دانیم که در عقد نکاح اقاله صحیح نیست.

سوم: رد معامله فضولی یا رد معامله توسط کسی که مکره بوده فسخ محسوب نمی‌شود^۶ لذا عدم تنفیذ نکاح فضولی فسخ نکاح نیست.

چهارم: می‌بایست توجه داشت که نکاح را می‌توان فسخ کرد اما طلاق را نمی‌توان، هر چند که ایقاعات نیز همانند عقود قابل فسخ هستند.^۷

پنجم: وقوع طلاق، حق فسخ را از بین می‌برد و هرگاه رابطه زوجیت از طریق طلاق یا به طور کلی هر عامل دیگری منحل شده باشد نمی‌توان به استناد وجود عیب، نکاح منحل شده را دوباره فسخ کرد، چون نکاح قبلاً از بین رفته و تحصیل حاصل محال است.

موارد و احکام فسخ نکاح که برخی از آنها اختصاص به یکی از زوجین دارد

۱- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۳۳۷.

۲- یعنی فسخی که مستند به جواز عقد یا ایقاع باشد.

۳- ر.ک. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۱۱.

۴- همان، ص ۱۱.

۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۸۰۳.

۶- ر.ک. همان، ص ۲۸۰۳-۲۸۰۲.

۷- ر.ک. همان، ص ۲۸۰۳-۲۸۰۲.

و برخی مشترک بین ایشان هستند در مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۳۲ قانون مدنی مقرر شده است.^۱ این موارد عبارتند از:^۲

* فسخ به عیب که در مورد مرد شامل خصاء، عنن، مقطوع بودن آلت تناسلی است (ماده ۱۱۲۲ ق.م) و در مورد زن شامل: قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری، نابینایی از هر دو چشم (ماده ۱۱۲۳ ق.م) است. جنون نیز عیبی است که هم در مورد زوج و هم در مورد زوجه موجب ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر می‌گردد (ماده ۱۱۲۱ ق.م).

* فسخ به دلیل تخلف از شرط صفت؛ که در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی^۳ به آن اشاره شده است و بر اساس ماده مذکور فرقی ندارد که شرط صفت صریح باشد یا شرط بنایی.

* فسخ به دلیل تدلیس که در منابع فقهی به تفصیل از آن بحث شده است.^۴ برخی از اساتید حقوقی معتقدند همان ماده ۱۱۲۸ ق.م در برگیرنده بحث تدلیس نیز هست.^۵ نکته قابل تأمل در این خصوص شباهت بین تخلف از شرط صفت و تدلیس است، یکی از استادان حقوقی در این خصوص معتقد است که تدلیس در جوهره و ذات خود، همان تخلف از شرط صفت بنایی است.^۶

۱- در کتب فقهی در مورد تعداد عیوب و اینکه کدام عیب‌ها جزو عوامل ایجاد حق فسخ هستند اختلاف نظرهایی وجود دارد.

۲- از آنجا که نکاح یک قرارداد مالی صرف نیست لذا نکاح ویژگی‌های خاص خود را دارد و باید گفت تا حدی قواعد عمومی حاکم بر قراردادها در مورد نکاح قابل اعمال است از جمله این موارد خیرات مندرج در قانون مدنی می‌باشد که موجب فسخ شناخته شده اند این خیرات در نکاح به نحو محدودی اعمال می‌شود که قانون‌گذار موارد ایجاد حق فسخ را به طور حصری مشخص کرده است.

۳- هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متباینی بر آن واقع شده باشد.

۴- ر.ک. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۸، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶، ص ۱۳۹ و نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۲۰، تهران، المكتبة الاسلامیه، بی‌تا، ص ۳۶۲.

۵- ر.ک. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱، ص ۲۸۴.

۶- روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۲۳۴.

به هر روی در منابع فقهی برای ایجاد حق فسخ شروطی بیان شده است؛ به طور اجمال و با صرف نظر از رد و قبول‌های موجود، این شرط‌ها عبارتند از: ۱- وجود عیب قبل از عقد (جز در مورد جنون) ۲- فقدان علم به وجود عیب یا تدلیس قبل از عقد ۳- امتناع از دخول بعد از عقد هنگامی که از وجود عیب آگاهی پیدا شود (خواه نسبت به زوج و خواه نسبت به زوجه) ۴- عدم رضایت به عیب بعد از علم به آن ۵- تعجیل در فسخ (فوریت حق فسخ) مگر در صورت وجود عذر ۶- عدم اشتراط عدم وجود عیب یا وجود صفت کمال و یا مبنی نبودن عقد بر این امور.^۱

حقوق دانان معتقدند^۲ که مطابق ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی خيارات موجود در نکاح فوری‌اند اما در مورد خيار تخلف از شرط صفت در نکاح اختلاف نظر است برخی معتقدند^۳ که این خيار فوری نیست زیرا مشروط له هر زمان بخواهد می‌تواند نکاح را فسخ نماید و تأخیر آن موجب سقوط حق خيار نمی‌شود، برخی دیگر بر این باورند که اگرچه خيار تخلف شرط در سایر معاملات فوری نیست اما از آنجایی که قانون‌گذار این خيار را در نکاح در شمار خيار عیب و تدلیس شمرده است و اعمال این دو خيار فوری است؛ لذا استثنایی بر آن شده است.^۴

۱- ر.ک. شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی، المععة الدمشقية، قم، منشورات دار الفکر، ۱۴۱۱هـ، ص ۱۷۲ و ۱۷۳؛ و شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۸، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۶هـ، ص ۱۲۳-۱۲۶، و ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی الطوسی، الوسيلة الی نیل الفضیلة، قم، مکتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۸هـ، ص ۳۱۲ و انصاری، شیخ مرتضی، کتاب نکاح، قم، لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۵هـ، ص ۴۴۶-۴۴۷ و خمینی (امام)، سید روح الله، تحریر الوسيلة، مؤسسة تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، تهران، ۱۴۲۶هـ، ص ۷۳۷-۷۴۰ و نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۳۰، تهران، المکتبة الاسلامیة، بی‌تا، ص ۳۴۱-۳۴۴ و الحسینی السیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، ج ۳، بی‌جا، بی‌تا، ص ۸۳-۸۹.

۲- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۵۴۳؛ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۱۴؛ صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، پیشین، ص ۱۹۸؛ محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۸۴، ص ۲۷۵.

۳- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، ص ۵۳۴ و ۵۴۴.

۴- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق خانواده، ج ۱، شرکت سهامی انتشارات، ۱۳۸۸، ص ۲۱۴.

۲-۲- انفساخ نکاح

انفساخ در لغت به معنی برانداخته شدن آهنگ و بیع و نکاح و جزء آن، شکسته شدن بیع و عزم و زواج، از هم گسیختن^۱ است. در اصطلاح فقهی و حقوقی انحلال قهری (قرارداد) را انفساخ می‌نامند.^۲ در تعریف اصطلاحی آن بیان شده است: انفساخ یا انحلال قهری عقود یعنی رابطه ناشی از عقد بدون کاربرد قصد عاقد یا متعاقدين به حکم قانون و یا عرف گسیخته شود؛^۳ انحلال نکاح خارج از اراده طرفین و به امر قانون را انفساخ می‌گویند؛^۴ انفساخ عقد نکاح عبارت است از حدوث برخی موارد بعد از عقد نکاح که موجب انحلال قهری آن شود از این رو در انفساخ انحلال و خاتمه رابطه زوجیت در اختیار طرفین نیست بلکه به علت وجود مواردی مانند لعان خود به خود منحل می‌گردد.^۵

یکی از اساتید حقوقی منظور از قهری بودن انحلال در تمامی مواردی که واژه انفساخ به کار می‌رود را به این معنا می‌داند که عقد بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی اضافی باشد خود به خود از بین می‌رود و حق انتخاب برای یکی از دو طرف یا دادگاه باقی نمی‌ماند.^۶

این موارد را می‌توان جزو اسباب انفساخ نکاح نام برد: فوت، اتمام مدت در نکاح موقت، ارتداد و کفر، لعان، تغییر جنسیت و رضاع.

مبنایی که برای انحلال نکاح در این موارد وجود دارد متفاوت از همدیگر است؛ در اتمام مدت، انفساخ نکاح ناشی از نحوه اراده طرفین است؛ در حالی که انفساخ عقد نکاح در رضاع جز حکم شرعی و قانونی مبنای دیگری ندارد، در مورد فوت و تغییر جنسیت غیر ممکن بودن ادامه زوجیت، مبنای از بین

۱- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، ج ۳، تهران، موسسه انتشار و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ص ۳۵۷۲.

۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۱۱.

۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۶۹۱.

۴- روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۲۱۳.

۵- یزدی، امید، دانش نامه حقوق خانواده، تهران، انتشارات کتاب آوا، ۱۳۹۴، ص ۱۰۳.

۶- ر.ک. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۳۴۲.

رفتن نکاح است، در مورد زوال نکاح به واسطه ارتداد احد زوجین یا اسلام آوردن زنی که شوهر کافر دارد نیز بحث کفویت و قاعده نفی سبیل به عنوان دلیل و مبنای انحلال مطرح است؛ هرچند که در نهایت انحلال نکاح در تمامی موارد ناشی از حکم شرعی و خواست قانون‌گذار است.

بر اساس آنچه بیان شد فسخ و انفساخ نکاح دارای وجوه افتراق و اشتراکی است؛ در مورد وجوه اشتراک می‌توان به چهار مورد اشاره کرد اول اینکه در هیچ یک برای انحلال نکاح رعایت تشریفات و شرایط طلاق نیاز نیست. دوم: در فسخ و انفساخ برای زوج حق رجوع ایجاد نمی‌شود مگر در خصوص مرتد ملی که هرگاه قبل از اتمام عده زن توبه نماید حق رجوع برای مرد ایجاد می‌شود. سوم: اینکه بر خلاف بطلان در هر دو، عقد به طور صحیح واقع می‌گردد و بعد از وقوع عقد عامل فسخ یا انفساخ عقد را بر هم می‌زند. چهارم: اثر هیچ یک نسبت به گذشته نیست و عقد را نسبت به بعد از فسخ و انفساخ از بین می‌برند.^۱

از جمله فرق‌های فسخ و انفساخ این است که:

نخست: فسخ به اختیار و اراده یکی از طرفین واقع می‌گردد ولی در انفساخ عقد به طور قهری و بدون دخالت اختیار و اراده طرفین منحل می‌گردد. دوم: بعد از فسخ نکاح طرفین می‌توانند در صورت تمایل دوباره با یکدیگر ازدواج نمایند ولی بعد از انفساخ جز در مورد مرتد ملی و نکاح موقت در بقیه موارد زوجین حق ازدواج مجدد با همدیگر را ندارند. تفاوت سوم اینکه: موجبات فسخ نکاح با موجبات انفساخ نکاح متفاوت است، عوامل فسخ عبارتند از عیوب، تدلیس، تخلف از شرط صفت در حالی که عوامل انفساخ عبارت هستند از حدود مواردی همچون مسلمان شدن زن کافر، لعان، اتمام وقت نکاح موقت، فوت، ارتداد، تغییر جنسیت^۲ و موارد دیگر. پس از بیان این مقدمه به بررسی اجمالی موارد انفساخ پرداخته می‌شود:

۱- لطفی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۲، تهران، انتشارات خورسندی، ۱۳۸۹، صص ۱۸-۱۷.

۲- برای مطالعه بیشتر رک. به: افسران، قاسم، حقوق خانواده در آئینه نمودار، تهران، انتشارات نگاه بینه، ۱۳۹۱، ص ۲۰۱.

فوت

فوت خواه حقیقی باشد و خواه فرضی علقه زوجیت را از بین می‌برد بدون اینکه اراده طرفین در آن نقشی داشته باشد لکن بدیهی است که صدور حکم موت فرضی توسط دادگاه احکام خاص خود را دارد که در مواد ۱۰۱۹ الی ۱۰۲۳ قانون مدنی مندرج است و می‌بایست رعایت شود.

در فقه امامیه در خصوص وضعیت زنی که شوهرش مفقود شده است دو تعبیر وجود دارد برخی در مورد جدایی زوجه از زوجی که مفقود شده و خبری از او نیست سخن از طلاق به میان آورده‌اند که توسط ولی یا حاکم انجام می‌پذیرد^۱ لکن اکثریت در این مسئله نامی از طلاق نبرده‌اند و سخن از مفارقت به حکم حاکم و مباح بودن ازدواج برای زن دارند با تاکید بر وجوب رعایت عده وفات.^۲ نکته قابل تامل اینکه آن دسته از فقهای هم که در این مسئله قائل بر طلاق هستند حکم به وجوب رعایت عده وفات داده‌اند نه عده طلاق؛ صاحب جواهر از کسانی است که نظر او تمایل به وجود طلاق در این مسئله دارد، زیرا در روایات موجود، به امکان رجوع زوج مفقود به زوجه در صورتی که قبل از اتمام ایام عده حاضر شود، تصریح شده است و رجوع جزو احکام مترتب بر طلاق است نه انفساخ و در توجیه وجوب عده چهار ماه و ده روز معتقد است که این مقدار در این مسئله مقدار عده طلاق است نه عده وفات و بیان می‌دارد شاید به جهت اینکه در صورت مفقود شدن چهار ساله،

۱- ر.ک. شیخ صدوق، ابی جعفر محمد بن علی، المقنع، قم، موسسه الامام الهادی^(ع)، ۱۴۱۵هـ، ص ۳۵۳ و فاضل هندی، بها الدین محمد بن الحسن، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، ج ۸، قم، موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۲۲هـ، ص ۱۲۵.

۲- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۵، بی‌جا، المکتبه المرتضویه، بی‌تا، ص ۲۷ - شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۵، بی‌جا، المکتبه المرتضویه، بی‌تا، ص ۲۷۸ و همو، الخلاف، ج ۴، قم، موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۱۴هـ، ص ۲۸۱ و قاضی بن براج، عبد العزیز بن براج، المهذب، ج ۲، قم، موسسه النشر الاسلامیه، ۱۴۰۶هـ، ص ۳۳۸-۳۳۷ و محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام، تهران، انتشارات استقلال، بی‌تا، ص ۶۰۲ و علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام، ج ۴، قم، موسسه الامام الصادق^(ع)، ۱۴۲۱هـ، ص ۱۷۱-۱۷۲ و شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۸، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶هـ، ص ۲۸۴.

به طور معمول فرد مرده است لذا در این مسئله میزان عده طلاق همان عده وفات است.^۱

در هر صورت در خصوص موت فرضی اگر حکم موت فرضی مطابق مواد قانونی فوق‌الذکر صادر شود می‌توان انحلال نکاح در این مورد را جزو مصادیق انفساخ دانست لکن در خصوص وضعیت نکاح فرد مفقود با توجه اش اگر قائل بر لزوم وقوع طلاق (خواه از طرف ولی و خواه از طرف حاکم) باشیم این مورد دیگر جزو موارد انفساخ نخواهد بود.

نکته قابل توجه این است که در اینجا جهت زوال رابطه زوجیت درخواست زن از حاکم الزامی است یعنی به نحوی اراده زوجه در انحلال نکاح دخیل است. همچنین اگر این نظر را بپذیریم که انفساخ همچون فسخ در جایی صادق است که عقد اقتضای دوام داشته باشد در این صورت فوت حقیقی جزو موارد انفساخ نخواهد بود.

اتمام مدت در نکاح منقطع

علقه زوجیت در نکاح منقطع با اتمام مدت یا بذل مدت از بین می‌رود. واضح است که چون در بذل مدت اراده زوج دخیل در انحلال نکاح است لذا این مورد جزو اسباب انفساخ نکاح محسوب نمی‌شود. اما در مورد اینکه آیا اتمام مدت را می‌توان جزو موارد انفساخ دانست یا نه پیش‌تر توضیح داده شد که اتمام مدت جزو موارد انفساخ است هرچند که از بین رفتن نکاح در این مورد بر مبنای اراده قبلی زوجین است.

ارتداد و کفر

در حقوق اسلامی رعایت کفویت در دین یکی از الزامات مهم شرعی در امر نکاح می‌باشد که رعایت آن هم در ابتدای عقد الزامیست هم در طول عقد به این معنا که عدم کفویت در دین قبل از عقد زواج مانع نکاح است^۲ و

۱- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۲۲، تهران، المكتبة الاسلامیة، بی‌تا، ص ۲۹۳-۲۹۴.

۲- شیعه نکاح موقت با اهل کتاب را (علیرغم عدم کفویت دینی) مجاز می‌داند.

بعد از عقد موجب انفساخ آن می‌شود. البته به این نکته می‌بایست دقت نمود که شارع اسلامی ارتداد از اسلام را موجب انفساخ نکاح می‌داند، حتی اگر این ارتداد جزو مواردی باشد که مانع نکاح نیست مثلاً اگر زوجین مسلمان باشند و زوجه از اسلام خارج و در زمره اهل کتاب در آید هرچند که ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب جایز است لکن وقوع این حالت به دلیل ارتداد نکاح را منفسخ خواهد کرد.

در قوانین موضوعه قانون مدنی تنها به فرض اول اشاره کرده است و ماده ۱۰۵۹ مقرر می‌دارد نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست.

در فقه این مسئله در فروض مختلفی مانند اینکه زوج و زوجه مسلمان باشند یا غیر مسلمان، کتابی باشند یا غیر کتابی، ارتداد یا اسلام قبل از دخول باشد یا بعد از دخول، یکی از زوجین مرتد شود یا هر دو همزمان مرتد شوند و فروض دیگر به طور تفصیل مورد بحث قرار گرفته است آنچه مسلم است در صورتی که زوجین مسلمان باشند و زوج مرتد شود خواه فطری و خواه ملی نکاح منفسخ می‌گردد همچنین است در موردی که زوجین غیر مسلمان باشند و زوجه مسلمان شود که در این صورت نیز نکاح منفسخ است^۱ البته می‌بایست به این نکته ظریف دقت نمود که عامل انفساخ نکاح در این مورد اسلام زوجه نیست بلکه بقای زوج بر کفر عامل انحلال نکاح است.

لعان

از دیگر مواردی که موجب انفساخ نکاح می‌باشد لعان است در عربی لعان^۲

۱- ر.ک. صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۱۷، و محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۰-۱۵۹ و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱، ص ۱۲۵-۱۲۶ و جلالی، سید مهدی، نکاح و انحلال آن، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۷۵-۷۶ و خمینی (امام)، سید روح الله، تحریر الوسیله، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، ۱۳۸۴، ص ۷۲۱-۷۲۲ نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۳۰، تهران، المکتبه الاسلامیه، بی تا، ص؛ سبزواری، محمد باقر بن محمد مومن، کفایه الاحکام، بی تا، چاپخانه مهر قم، ص ۱۶۷؛ مامقانی، شیخ عبدالله، منهاج المتقین، بیروت، موسسه آل بیت لاهیه التراث، بی تا، ص ۳۶۲؛ شهید اول، محمدبن مکی، لمعه دمشقیه، قم، انتشارات دارالفکر، ص ۱۱۳، علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر حلی، تحریر الاحکام، ج ۲، موسسه آل بیت لطباعه و النشر، ۱۹۸۶، ص ۱۷

2- Malediction.

از ریشه «لعن» و به معنای یکدیگر را لعن و نفرین کردن و یا طرد کردن و راندن از رحمت الهی است.^۱ در اصطلاح حقوقی لعان عبارت است از این که مرد با رعایت تشریفات خاص و در برابر حاکم بر زن خود با ادعای مشاهده نسبت زنا دهد و یا فرزندی را که در فراش او متولد شده انکار نماید و برای این ادعا نیز شاهی نداشته باشد، لعان چند نتیجه به همراه دارد از جمله از بین رفتن علقه زوجیت، حرمت ابدی و نفی حد.

تغییر جنسیت

قبل از ورود به بحث لازم به ذکر است که در شرع مقدس اسلام و حقوق ایران اختلاف جنسیت یکی از بدیهی ترین شروط صحت نکاح است که به تعبیر یکی از اساتید حقوق این ناموس طبیعی را همه اقوام پذیرفته‌اند؛^۲ بدهت امر نزد قانون گذار به اندازه‌ای است که نیازی به بیان این مطلب ندیده است؛ هر چند که می‌توان برای بطلان نکاح همجنس به ماده ۹۷۵ قانون مدنی استناد کرد^۳ علاوه بر اینکه در مواد مربوط به نکاح همواره صحبت از زن و مرد است؛ از نظر جزایی نیز ارتباط جنسی بین همجنسان در فقه اسلامی و حقوق ایران جرمی است بزرگ با مجازاتی شدید.^۴

بر این اساس در حقوق ایران یکسان بودن جنسیت جزو موانع نکاح است؛ اما بحث اصلی در تغییر جنسیت آنجاست که تغییر جنسیت بعد از عقد اتفاق می‌افتد که به عنوان عامل انفساخ نکاح می‌بایست مورد بررسی قرار گیرد. لذا تعیین تکلیف وضعیت حقوقی (اعم از حضانت، ولایت، ارث و...) افرادی که

۱- ابن فارسی بن ذکریا، احمد، معجم المقاییسی فی اللغة، بیروت، دارالفکر، ۲۰۰۱، ص ۹۵۶، جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، جعفری لنگرودی، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۳۰۹۵؛ انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۶۳۳؛ طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، ج ۴، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۶، صص ۱۲۴ و ۱۲۵؛ راغب اصفهانی، ابوالقاسم، المفردات فی الغریب القرآن، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، ۱۳۸۳، ص ۴۷۰

۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱، ص ۶۵.

۳- ماده ۹۷۵ ق.م. محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولا مجاز باشد.

۴- ر.ک. مواد ۲۳۳ الی ۲۴۱ (بخش حدود) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.

تغییر جنسیت می‌دهند به ویژه در مورد وضعیت نکاح این افراد بعد از ازدواج از سوی قانون گذار ضرورت دارد همچنین است در مورد افراد خنثی. در بین فقهای معاصر امامیه در خصوص تغییر جنسیت چند نظر به شرح ذیل وجود دارد:

اول: برخی از فقها به نحو اطلاق حکم به جواز داده‌اند و جواز در این خصوص را مشروط به شرطی نمی‌دانند از جمله ایشان امام خمینی^(ره) می‌باشد که می‌فرماید: «ظاهر عدم حرمت تغییر جنسیت مرد به زن و بالعکس است»^۱ و نیز آیت‌الله‌العظمی جوادی آملی در پاسخ به این سوال که آیا تغییر جنسیت مرد به زن و بالعکس جایز است یا نه؟ می‌فرماید: «تغییر جنسیت حرام نیست زیرا نبودن دلیل بر حرمت برای اثبات جواز کافی است»^۲ و آیت‌الله‌العظمی مکارم شیرازی در خصوص حکم تغییر جنسیت می‌فرماید: «تغییر جنسیت و ظاهر ساختن جنسیت واقعی ذاتا خلاف شرع نیست ولی باید از مقدمات مشروع استفاده شود یعنی نظر و لمس حرام در آن نباشد، مگر اینکه به حد ضرورت برسد»^۳ برخی از اساتید حقوقی نیز همین نظر را برگزیده‌اند.^۴

دوم: در مقابل برخی از آیات عظام تغییر جنسیت را در صورتی جایز می‌دانند که عمل جراحی برای کشف واقع مقدّر باشد، به این معنا که در اشخاصی که اختلال هویت جنسیتی دارند و فی الواقع مرد هستند با ظاهر زنانه یا بالعکس انجام عمل جراحی برای کشف و آشکار کردن هویت جنسیتی واقعی جایز است؛ از جمله فقهای که قائل به این نظر هستند آیت‌الله‌العظمی اراکی است که در پاسخ به دو استفتاء، عمل جراحی برای تغییر جنسیت

۱- خمینی(امام)، سید روح الله، تحریر الوسیله، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، ۱۳۸۴، ص ۹۹۲

۲- <http://www.javadi.esra.ir> پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت‌الله العظمی جوادی آملی، تاریخ

مراجعه ۹۷/۵/۱۶

3- <http://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=21&lid=0&catid=671>

پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶

۴- روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۴۴۸.

را تنها برای کشف واقع جایز می‌داند^۱ و آیت‌الله‌العظمی خامنه‌ای در پاسخ به استفتائی در خصوص جواز انجام عمل جراحی برای معالجه افرادی که در ظاهر مذکر هستند ولی از جهات روحی و روانی ویژگیهای جنس مؤنث را دارند و تمایلات جنسی زنانه در آنان به‌طور کامل وجود دارد می‌فرماید: «عمل جراحی مذکور برای کشف و آشکار کردن واقعیت جنسی آنان اشکال ندارد، به شرطی که این کار مستلزم فعل حرام و ترتب مفسده‌ای نباشد»^۲.
سوم: برخی از صاحب‌نظران نیز تغییر جنسیت را مطلقاً جایز نمی‌دانند از جمله آیت‌الله‌العظمی خوبی در خصوص عمل جراحی تغییر جنسیت چه برای شهوت و چه برای درمان می‌فرماید: «این عمل جراحی در نهایت اشکال است»^۳ و آیت‌الله‌العظمی مدنی تبریزی که تغییر جنسیت از طریق عمل جراحی در فردی که اصلتاً مرد و یا زن است را جایز نمی‌داند و در نهایت معتقد است که تغییر جنسیت واقعی امکان‌پذیر نیست.^۴
چهارم: و در نهایت برخی از فقها از اساس، تغییر جنسیت را امکان‌پذیر

۱- سؤال: آیا تغییر جنسیت با عمل جراحی جایز است به این صورت که مرد واقعی با عمل جراحی زن گردد و بالعکس؟ جواب: در غیر صورت کشف واقع با عمل جراحی تغییر جنسیت واقعا محل اشکال است.
سؤال: آیا تغییر جنس مرد به زن و بالعکس به وسیله عمل جراحی جایز است و از نظر وظایف شرعی و احکام مختصه به رجال و نساء وظیفه چیست؟

جواب: اگر عمل جراحی واقع مقدر را کشف می‌کند مانعی ندارد و ترتیب آثار و احکام شرعی مختصه به رجال و نساء تابع جنس واقعی است پس اگر علم دارد که در واقع مرد است احکام مرد را دارد و بالعکس هر چند عمل جراحی نشده باشد. (portal.anhar.ir/node/13151/?ref=sbttl#gsc.tab=0) تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶

2- تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶ <http://farsi.khamenei.ir/treatise-content?id=115>

پایگاه اطلاع رسانی دفتر مقام معظم رهبری

3- تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶ portal.anhar.ir/node/13151/?ref=sbttl#gsc.tab

۴- مدنی تبریزی، سید یوسف، مسائل مستحدثه، ج ۳، بی‌جا، دفتر آیت‌الله مدنی تبریزی، ۱۴۲۸هـ، ص ۲۰۲-۲۰۶

نمی‌دانند؛ از جمله آیات عظام سیستانی^۱ و سبحانی^۲. در جمع‌بندی آرا می‌بایست به این نکته توجه داشت که تاکنون معنایی مشخص و تعریف مشترکی از تغییر جنسیت به وجود نیامده است لذا تحدید بحث و تعریفی دقیق از مفهوم تغییر جنسیت اولین قدم موثر در فهم مسائل مربوط به این بحث است. به نظر می‌رسد اگر تغییر به معنای واقعی لغت را در نظر بگیریم می‌بایست همان‌گونه که برخی از فقیهان عقیده دارند قائل بر این شویم که تغییر جنسیت امکان‌پذیر نیست زیرا در این مسئله چند فرض مطرح است: کسانی که خنثای مشکل هستند در واقع انجام عمل جراحی برای این افراد تغییر محسوب نمی‌شود زیرا تغییر مستلزم این است که جنسیت معین و ثابت در شخص وجود داشته باشد تا با انجام عمل جراحی تغییر کند حال اینکه در خنثای مشکل جنسیتی معین وجود ندارد بلکه می‌توان گفت انجام عمل برای تعیین جنسیت است. در مورد کسانی هم که

۱- پاسخ ایشان به این سوال که آیا تغییر جنسیت اشکال دارد یا خیر چنین است: اگر مقصود از تغییر جنسیت این باشد که با عمل جراحی آلت تناسلی مرد را قطع کنند و به جای آن برای او مجرای ادرار و آلت تناسلی مصنوعی بسازند و با تزریق هورمون علامات زنانگی از قبیل ریختن موهای صورت و برآمدگی سینه در او ایجاد کنند، یا در مورد زنی که تغییر جنسیت می‌دهد مقصود این باشد که برای او آلت تناسلی مردانه مصنوعی قرار دهند و با تزریق هورمون علامات مردی از قبیل کوچک شدن سینه و رویدن موی صورت ایجاد کنند، این امر موجب تغییر واقعی جنسیت نیست و احکام شرعی او تغییر نمی‌کند و از جهتی چون مستلزم کشف عورت و لمس آن است جایز نیست.

و اما اگر مقصود تغییر دستگاه تناسلی داخلی و خارجی باشد که معیار اختلاف زن و مرد است، پس این امر فی حد ذاته با قطع نظر از لوازمی که ممکن است حرام باشد اشکال ندارد، ولی تا به حال این امر محقق نشده است و آن چه تا به حال صورت پذیرفته همان تغییر ظاهری است که تاثیری در تغییر احکام ندارد.

البته ممکن است در مورد کسانی که دچار ناهنجاری در دستگاه تناسلی شده اند با عمل جراحی آلت تناسلی مردانه را که مخفی شده است در مردی که ظاهری زنانه دارد ولی دستگاه تناسلی داخلی را ندارد نمایان سازند یا به عکس آلت تناسلی ظاهری مردانه را از زنی که دستگاه تناسلی زنانه داخلی دارد قطع کنند و این کار فی حد ذاته اشکالی ندارد و ارتباطی با تغییر جنسیت ندارد و البته اگر مستلزم نگاه یا لمس حرام باشد در صورتی جایز است که ضرورت داشته باشد یا ترک آن مستلزم حرج و مشقت شدید باشد. (<http://www.sistani.org/>)

۹۷/۵/۱۶ تاریخ مراجعه (persian/qa/0863)

۲- ایشان در پاسخ به سوالی در مورد رجوع از تغییر جنسیت (تغییر جنسیت مجدد) می‌فرماید: تغییر جنسیت جایز نیست و در صورتی که تغییر جنسیت محقق شد تغییر مجدد نیز جایز نیست و ضمناً یادآور می‌شود که اصل امکان تغییر جنسیت از نظر ما محرز نیست و فقط روی فرض پاسخ گفته شد. و الله العالم. (portal.anhar.ir تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶)

مذکر هستند با ظاهر مونث یا بالعکس عمل جراحی جنسیت واقعی را ظاهر می‌سازد و تغییری ایجاد نمی‌کند، در مورد اشخاصی هم که ظاهر و تمایلات یک جنس را دارا هستند همان‌گونه که برخی از فقها معتقدند^۱ افزودن مصنوعی آلت مردانه برای زن یا قطع آلت مرد و ایجاد فرج برای او جنسیت را تغییر نمی‌دهد لذا تغییر جنسیت به معنای دقیق کلمه امکان‌پذیر نیست اما اگر تغییر را در معنای عرفی آن در نظر بگیریم جز در مورد خنثای مشکل می‌توان امکان تغییر جنسیت را در مورد بقیه افراد پذیرفت.

دلایل کسانی که معتقد به عدم جواز تغییر جنسیت هستند این است که این عمل مستلزم فعل حرام از قبیل اضرار به نفس و نگاه و لمس حرام است. برای جواز تغییر جنسیت نیز همان‌گونه که بیان شد به عدم وجود دلیل بر حرمت یعنی اصل اباحه قاعده الناس مسلطون علی اموالهم و علی انفسهم^۲ و نیز ایصاله الصحة و قاعده عسر و حرج و حقوق بشر استناد شده است.^۳ برای قبول مشروط جواز تغییر جنسیت نیز به نظر می‌رسد عمده دلیل عسر و حرج و ضرورت است زیرا در این نظر هدف از عمل جراحی ظاهر ساختن جنسیت حقیقی است

در مجموع به نظر می‌آید قبول جواز انجام عمل جراحی تغییر (یا به تعبیری تعیین) جنسیت در مورد افراد خنثی به همه اقسام آن بهتر است البته در صورتی که قائل بر امکان وقوع تغییر جنسیت از نظر علمی و پزشکی باشیم، لکن در مورد افراد عادی که ظاهر و تمایلات یک جنس را دارند بر فرض تحقق تغییر جنسیت، قبول جواز با مشکل مواجه است زیرا در اینجا ضرورتی وجود ندارد تا محذوری را مباح نماید لذا تغییر جنسیت را به‌طور مطلق نمی‌توان جایز دانست.

تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶ <http://www.sistani.org/persian/qa/> 1-

۲- ر.ک. نوجوان، داود، مبانی فقهی و حقوقی تغییر جنسیت، فصلنامه حقوق پزشکی، سال سوم، شماره نهم، تابستان ۸۸، ص ۱۶۴.

۳- روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، ص ۴۴۸.

در هر صورت تغییر جنسیت را چه جایز بدانیم و چه حرام، موجب انفساخ نکاح خواهد بود. مگر در صورتی که زوجین همزمان تغییر جنسیت دهند که در این فرض احتمال بقای زوجیت وجود دارد؛ برخی از فقها قائل بر بطلان نکاح و برخی قائل بر استمرار زوجیت هستند و برخی نیز احتیاط کرده‌اند کلام برخی از ایشان در پاسخ به این سوال که اگر زن و شوهر با هم در یک زمان تغییر جنسیت دهند، حکم ازدواج آنها چیست به شرح ذیل می‌باشد:

امام خمینی^(ره)؛^۱ « احوط تجدید نکاح است و نیز اینکه زن فعلی با مرد دیگری به جز مردی که (قبل از این) زن او بود ازدواج ننماید مگر با طلاقى که به اذن هر دو واقع شده است؛ البته بقای نکاح نیز بعید نیست»^۲
آیت‌الله‌العظمی مکارم شیرازی: اگر تغییر حقیقی باشد زوجیت بلافاصله فسخ می‌شود و می‌توانند مجدداً عقد ازدواج در شکل جدید بخوانند: ولی احتیاط آن است که زمان عدّه بگذرد.^۳

آیت‌الله‌العظمی نوری همدانی: در فرض سؤال بعید نیست که ازدواج آن دو باقی باشد و در حال فعلی زوج، زوجه و زوجه، زوج می‌شود.^۴
آیت‌الله‌العظمی سبحانی: هرگاه در اثر تغییر جنسیت مرد بشود زن و یا زن بشود مرد چون نکاح همجنس جایز نیست نکاح باطل است مگر اینکه هر دو تغییر جنسیت بدهند در یک زمان که در این صورت نیز بقای نکاح جای تأمل است. والله العالم.^۵

نتیجه: تغییر جنسیت در معنای اخص کلمه از اسباب انفساخ نکاح است مگر در فرضی که زن و شوهر همزمان تغییر جنسیت دهند و ما قائل بر بقای

۱- خمینی(امام)، سید روح الله، تحریر الوسیله، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، ۱۳۸۴، ص ۹۹۳.
۲- الأحوط تجدید النکاح، و عدم زواج المرأة الفعلية بغير الرجل التي كانت زوجته الا بالطلاق بإذنهما و إن لا یبعد بقاء نکاحهما.

3- <http://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=21&lid=0&catid=671>

پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت‌الله‌العظمی مکارم شیرازی. تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶

4- portal.anhar.ir/node/13151/?ref=sbttl#gsc.tab=0 تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶

5- portal.anhar.ir/node/13151/?ref=sbttl#gsc.tab=0 تاریخ مراجعه ۹۷/۵/۱۶

نکاح در این فرض باشیم. لکن در مورد تعیین جنسیت یعنی در مواردی که فرد مرد است با ظاهر زنانه یا بالعکس آشکار ساختن جنسیت واقعی موجب انفساخ عقد نیست بلکه نشانگر این است که عقد از اول باطل بوده است زیرا در این حالت علقه نکاح برای دو همجنس برقرار شده است.

در مورد خنثی مشکل بیشتر فقها قائل بر این هستند که نمیتواند ازدواج نماید و ازدواج وی صحیح نیست اما اگر چنین فرض بگیریم که خنثی مشکل بعد از انجام عمل جراحی و ثابت شدن یک جنسیت معین برای او ازدواج کرده است چنین ازدواجی صحیح به نظر می‌رسد.

رضاع

قربان رضاعی علاوه بر اینکه جزو موانع نکاح است تاثیر بر نکاح سابق نیز دارد و در صورت دارا بودن شروط لازم برای تحقق حرمت^۱ موجب انفساخ آن می‌شود. اما در هر موردی که رضاع قبل از عقد مانع نکاح است بعد از عقد موجب باطل شدن آن است و به تعبیر صاحب جواهر هیچ اشکال و اختلافی در این مسئله نیست^۲ مانند آنکه مادر زوجه یا زن پدر زوجه (از شیر پدر) فرزند زوج را شیر دهد یا اینکه زوجین دختر عمو و پسر عموی صغیر باشند و جدوی ایشان آنها را شیر دهد یا فرضی که شخص دارای زوجه کبیر و زوجه صغیر باشد و زوجه کبیر، صغیر را شیر دهد که در این صورت هر دو نکاح منفسخ می‌شود.^۳

در پایان بحث از مصادیق انفساخ می‌بایست به این سوال نیز پاسخ داد که آیا شرط فاسخ^۴ در نکاح راه دارد یا خیر؟ زیرا تحقق شرط فاسخ موجب انفساخ عقد است به عنوان مثال آیا طرفین می‌توانند شرط نمایند که اگر

۱- ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی.

۲- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۲۹، تهران، المكتبة الاسلامیة، بی تا، ص ۲۲۴

۳- ر.ک. خمینی(امام)، سید روح‌الله، تحریر الوسیلة، تهران، موسسة تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی، ۱۳۸۴، ص ۷۲۲.

۴- شرط فاسخ تراضی است که دو طرف درباره انفساخ احتمالی عقد در آینده می‌کنند و بدین وسیله تعهدهای ناشی از عقد را محدود به زمان معین یا عدم وقوع شرایط خاص می‌سازند (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۳۴۳).

زوج نتواند نفقه را پرداخت نماید یا اگر زوجی که در خارج از کشور مشغول تحصیل است بعد از اتمام تحصیل جهت کار و سکونت به کشور مراجعت ننماید نکاح منفسخ خواهد شد؟

پاسخ به این سوال منفی است زیرا شرط انفساخ در قراردادی اثر دارد که قابل انحلال به اراده باشد و چون اقاله و فسخ نکاح خارج از موارد مندرج در قانون، در مورد این عقد صحیح نیست لذا شرط فاسخ نیز در مورد عقد نکاح باطل است^۱ مضافاً بر اینکه قوانین راجع به انحلال نکاح جزو قوانین آمره هستند لذا طرفین نمی‌توانند بر علیه آن توافق نمایند؛ ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تادیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل خواهد بود» مصداقی از نظر قانون‌گذار در مورد بطلان شرط فاسخ در عقد نکاح است. پس تعیین شرط فاسخ در عقد نکاح صحیح نیست و اثری ندارد.

۳-۲- بذل مدت در نکاح موقت

همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد بذل مدت در نکاح موقت در کنار طلاق، فسخ و انفساخ، عاملی مستقل برای انحلال نکاح به حساب می‌آید. بذل از نظر ماهوی ابراء است و نمی‌بایست آن را هبه تصور کرد. در جمع‌بندی موارد فوق باید گفت انحلال نکاح به چهار عامل است: طلاق، فسخ، انفساخ و بذل مدت.

درباره موارد انحلال نکاح می‌بایست به این نکته نیز اشاره کرد که ایلاء^۲ و ظهار^۳ را نه تنها نمی‌توان جزو عوامل انفساخ دانست بلکه این دو جزو عوامل انحلال نکاح نیز نیستند هرچند که در صورت عدم بازگشت زوج از سوگند و ظهار و عدم پرداخت کفاره طلاق دادن واجب می‌شود.

۱- ر.ک. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، ص ۳۴۶.

۲- ایلاء به این معناست که شوهر به منظور آزار زن قسم یاد کند که با او همخوابگی نکند اگر چهار ماه بگذرد و شوهر از قسم خود رجوع نکند می‌بایست زن را طلاق دهد.

۳- ظهار از کلمه ظهر به معنی پشت گرفته شده است و در اصطلاح به این معناست که مرد همسرش را به پشت مادر خود تشبیه کند و منظور این است که آمیزش با او را همانند آمیزش با محارم بر خود حرام داند.

۳- انواع طلاق

هر چند که قانون مدنی در بیان اقسام طلاق تنها از طلاق بائن و رجعی نام برده است^۱ اما طلاق از جهات مختلف به اقسام گوناگون و تحت عناوین مختلف تقسیم شده است و با توجه به شرایط مختلف شقوق فراوانی می‌توان برای آن نام برد در غالب کتب فقهی اولین تقسیمی که بیان شده تقسیم طلاق به طلاق بدعی و سنی است.^۲ طلاق بدعی یعنی طلاق حرام یعنی طلاقی که واجد شرایط شرعی نیست که صاحب جواهر آن را بر سه قسم می‌داند: ۱- طلاق زن حائض و زنی که در حال نفاس است بدون مصحح ۲- طلاقی که در طهری که واقعه صورت گرفته انجام شود مشروط بر اینکه زن یائسه، صغیر یا حامل نباشد ۳- سه طلاق متوالی بدون رجوع بین این طلاق‌ها.^۳

طلاق سنی یا مشروع، طلاقی است که مطابق ضوابط و شرایط شرعی واقع می‌شود^۴ و صاحب جواهر آن را بر سه قسم: بائن، رجعی و عدی بلکه بر دو قسم بائن و رجعی می‌داند که عدی هم نوعی رجعی است.^۵

برخی از فقیهان نیز طلاق را به طلاق واجب، مستحب، مکروه و حرام تقسیم کرده و سایر اقسام را ذیل این موارد بررسی کرده‌اند.^۶ دکتر جعفری لنگرودی با توجه به حالات و شرایطی که در مطلق، مطلقه، ارکان و شرایط طلاق وجود دارد و می‌تواند باعث تفاوت در احکام شود و با

۱- ماده ۱۱۴۳.

۲- نجفی، شیخ محمد حسن (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۳۲، تهران، المكتبة الاسلامیة، ص ۱۱۶ و الخیمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۸۴)، تحریر الوسیلة، تهران، مؤسسة تنظیم و نشر آثار الامام الخیمینی، ص ۷۶۷ و علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر حلی (۱۹۸۶)، تحریر الاحکام، ج ۲، مؤسسة آل بیت لطباعة و النشر، ص ۶۶ و شیخ صدوق، ابی جعفر محمد بن علی (۵۱۴۱۵هـ)، المقنع، قم، مؤسسة الامام الهادی^ع، ص ۳۴۳-۳۴۴.

۳- نجفی، شیخ محمد حسن (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۳۲، تهران، المكتبة الاسلامیة، ص ۱۱۶
۴- این تعریف طلاق سنی به معنای عام آن است و طلاق سنی به معنای خاص یعنی شوهر زن را در طهر غیر مواقع طلاق دهد سپس رجوع نماید و در طهر دیگر طلاق دهد و سپس رجوع نماید و در طهر دیگر مجدد طلاق دهد.

۵- نجفی، شیخ محمد حسن (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، ج ۳۲، تهران، المكتبة الاسلامیة، ص ۱۱۷
۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی العاملی (۵۱۴۱۰هـ)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۶، قم، انتشارات داورى، ص ۳۰ و فاضل هندی، بها الدین محمد بن الحسن (۵۱۴۲۲هـ)، كشف اللغام عن قواعد الاحکام، ج ۸، قم، مؤسسة النشر الاسلامیة، ص ۴۹.

اغماض از هم‌پوشانی‌ها و ارتباط بین این عناوین قریب بر ۳۰ عنوان برای اقسام طلاق نام برده است که حکم هر یک با دیگران تفاوت‌هایی دارد.^۱

۴- نگاهی بر قوانین وضع شده در خصوص طلاق که در اختیار زوج نسبت به طلاق ایجاد محدودیت نموده است.

از اولین مقررات قانونی مدون در مورد نکاح و طلاق، قانون راجع به ازدواج مصوب کمیسیون قوانین عدلیه مجلس شورای ملی به تاریخ ۲۳ مرداد ماه ۱۳۱۰ شمسی می‌باشد بعد از آن مواد ۱۱۲۰ تا ۱۱۵۷ قانون مدنی جزو اصلی‌ترین مقررات در زمینه انحلال نکاح و طلاق در حقوق ایران بشمار می‌رود که در سال ۱۳۱۴ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده است، مقررات مزبور به‌طور عمده از فقه امامیه اقتباس گردیده است که با تصویب دو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶، ۱۳۵۳ دستخوش تحول گردید؛ بعد از آن با تصویب قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص در سال ۱۳۵۸، مقررات قانون مدنی با اندکی تغییرات بار دیگر احیاء شد. با تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۰ تحولاتی در راستای حمایت از حقوق زنان در زمینه طلاق صورت گرفت که با قوانین حمایت خانواده ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ کم و بیش شباهت‌هایی دارد. قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱

۱- طلاق البتة (قطعی، سه طلاق، طلاق ثلاث)، طلاق السنة (طلاق سنت، طلاق سنی)، طلاق العدة (طلاق عدی)، طلاق بائن، طلاق بدعی (طلاق بدعت)، طلاق بعوض یا همان طلاق فدیة (تفاوت این مورد با خلع و مبارات در این است که در این مورد عنصر کراهت وجود ندارد اما زوجه بنا بر مصالحی تمایل به جدایی دارد و برای طلاق گرفتن عوضی میبرد) (د)، طلاق ترک انفاق، طلاق جاهلیت (ظهار)، طلاق حاکم (طلاق قضایی)، طلاق حامل (یعنی طلاق دادن زوجه در حالی که حمل در رحم دارد)، طلاق حکم (در مورد آیه ۳۵ سوره نساء که اختلاف زوجین به داوری ارجاع می‌شود و داوران با توجه به اینکه اصلاح میسر نیست حکم به طلاق می‌دهند)، طلاق خلع، طلاق در حیض، طلاق در متعة (در متعة طلاق وجود ندارد و منظور از آن بذل مدت است)، طلاق در مرض موت، طلاق رجعی، طلاق سوم، طلاق طهر غیر واقعه، طلاق غائب، طلاق غیر مدخوله، طلاق مبارات، طلاق متعدد در طهر واحد، طلاق مسترابة (طلاق زنی که با وجود اقتضای سن عادت زنانگی نمی‌بیند)، طلاق معتنکه (طلاق دادن زنی که در حال اعتکاف است)، طلاق ناشی از اکراه، طلاق هزل (اهل سنت طلاق هزل را صحیح میدانند)، طلاق یائسه (رک جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مسبوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، تهران، گنج دانش، ص ۲۴۴۰-۲۴۴۸) برخی موارد همچون طلاق صغیره و طلاق توافقی را نیز باید به این فهرست افزود.

آخرین تحول عمده در مورد قوانین مربوط به نکاح و طلاق است. بر این اساس از جمله قوانین بسیار مهم که مشتمل بر مقرراتی در راستای محدود ساختن اختیار زوج بوده و می‌بایست به نحو اجمال مورد بررسی قرار گیرند می‌بایست به موارد زیر اشاره و توضیح مختصر برای هر یک ارائه نمود:

۱- قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰

این قانون و قانون اصلاح مواد ۳ و ۱ آن (مصوب ۱۳۱۶) به موجب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ نسخ شده است.^۱

۲- قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴

مطابق ماده ۱۱۳۳ سابق قانون مدنی، مرد بدون محدودیت خاص می‌توانست هر زمان بخواهد زن خویش را طلاق دهد^۲ و برای اعمال حق طلاق خود تنها ملزم به رعایت تشریفات مقرر در فقه، مانند وقوع طلاق در طهر غیرمواقعه و اجرای طلاق به صیغه مخصوص در حضور دو مرد عادل بود؛ اما در همین قانون مواردی پیش بینی شده است که حق طلاق زوج را محدود ساخته و او را ملزم به طلاق دادن می‌کند یا اینکه اختیار طلاق را به حاکم می‌سپارد، به تعبیری قانون‌گذار در قانون مدنی سعی در محدود کردن حق طلاق زوج و گسترش اختیارات محاکم دارد، مطابق این مقررات، تحت شرایطی همچون عسر و حرج، شوهر وادار به طلاق دادن می‌شود و در صورت عدم امکان به اجبار او دادگاه خود، زن را مطلقه می‌کند.

۳- قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶

اولین قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۴۶ به تصویب رسید. در این قانون نسبت به قوانین قبل دو تحول عمده در مورد طلاق ایجاد شد؛ تحول اول این بود که مراجعه به دادگاه برای انجام طلاق حتی در موردی که زن و مرد برای جدایی توافق داشته باشند، الزامی^۳ و اجرای صیغه طلاق منوط به

۱- بند ۱ و ۳ ماده ۵۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱.

۲- ماده ۱۱۳۳ ق.م.مقر می داشت: «مرد می تواند هر وقت بخواهد زن را طلاق دهد».

۳- مواد ۸ و ۹ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶.