

## تأثیر عرف زمان و مکان در اختصاص حق طلاق

محبوبه سادات مقدسی <sup>id</sup>

احمد باقری\* <sup>id</sup>

سید محمدرضا آیتی <sup>id</sup>

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و مبانی اسلامی، دانشگاه تهران، ایران

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

bagheri@ut.ac.ir

ایمیل نویسنده مسئول:

پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۰۶

دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۰۸

### فصلنامه علمی پژوهشی خانواده درمانی کاربردی

شاپا (الکترونیکی) ۲۷۱۷-۲۴۳۰

<http://Aftj.ir>

دوره ۲ | شماره ۲ | پیاپی ۶ | ۲۹-۴۵

تابستان ۱۴۰۰

نوع مقاله: پژوهشی

### چکیده

**هدف:** هدف پژوهش حاضر شناخت تأثیر زمان و مکان در اختصاص حق طلاق بود. **روش:** این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی انجام شد؛ بحث برابری زن و مرد در حق انحلال نکاح همانند انعقاد آن از نظر فقه و حقوق اسلامی از دیر باز میان اندیشمندان مسلمان مطرح بوده است؛ ولی ایرادات و اعتراضات هیچ‌گاه به میزان کنونی نبوده، ظهور نهضت‌های مدنی و فعالان حقوق بشر و افزایش آگاهی زنان از حقوقشان سبب شده که این مباحث جدی‌تر مطرح شود و فقیهان و قانون‌گذاران کشورهای اسلامی از افق‌های نوینی به مسئله بنگرند. **یافته‌ها:** یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که بررسی نقش عرف در اختصاص حق طلاق، از موضوعات مهم در حوزه‌ی پویایی فقه است و بدون شک نقش عرف زمان و مکان از امور مهم در این امر است. اختصاص حق طلاق به مرد از اموری است که به‌صراحت در قرآن به آن اشاره نشده است و این حق را از زوجه سلب نکرده است. **نتیجه‌گیری:** با بررسی تاریخی جایگاه زنان در زمان جاهلیت و دیدگاهی که اعراب به جنس زن داشتند و انواع طلاق‌ها در آن روز، با بررسی عرف زمانی و مکانی، عادات و رسوم و تقلیدهای مذهبی متفاوت حکم به درخواست طلاق زوجه داده می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** عرف، زمان، مکان، اختصاص، حق طلاق

به این مقاله به شکل زیر استناد کنید:

**درون متن:**

(مقدسی، باقری و آیتی، ۱۴۰۰)

**در فهرست منابع:**

مقدسی، محبوبه سادات، باقری، احمد؛ و آیتی، محمدرضا. (۱۴۰۰). تأثیر عرف زمان و مکان در اختصاص حق طلاق. فصلنامه خانواده‌درمانی کاربردی، ۲(۲) پیاپی ۶: ۲۹-۴۵.

## مقدمه

یکی از جنجال‌برانگیزترین قوانین در تمام نقاط دنیا قوانین مربوط به خانواده و روابط زوجین است. امروزه در اکثر کشورهای پیشرفته با توجه به تحولات فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی تمایل قانون‌گذار به سمت تعادلی با اعمال تبعیض مثبت، به نفع زنان و کودکان به جهت شرایط خاص این گروه شکل گرفته است؛ در اصل دهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است: «از آن جا که خانواده واحد بنیادی جامعه‌ی اسلامی است، همه‌ی قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط، باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی، بر پایه‌ی حقوق و اخلاق اسلامی باشد» (منصور، ۱۳۸۴: ۱۶). امروزه، از مهم‌ترین بحث‌های مورد گفتگو، بحث حقوق زنان در مجموعه قوانین اسلامی، در حوزه‌های حقوق مدنی و حقوق جزایی است. از جمله موارد حقوقی در قانون مدنی «حق طلاق» است که طی ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به مرد واگذار شده است. این ماده قانونی منشأ مباحثات فراوان و نقض و ابرام‌های متعدد گشته است. مخالفین از نگاه حقوق بشر بر لزوم اعطای حق مساوی به زنان و مردان تأکید می‌کنند و اینکه در جهان متمدن کنونی، زنان را شهروند درجه دو به حساب آوردن و برخورد حقارت‌آمیز با آنان را بر نمی‌تابند. اصولاً چنین قانونی نمی‌تواند و نباید به اسلام نسبت داده شود و ادله‌ی احکام و استنباط صحیح، اقتضای چنین برداشتی را ندارد.

بحث برابری زن و مرد در حق انحلال نکاح همانند انعقاد آن از نظر فقه و حقوق اسلامی از دیر باز میان اندیشمندان مسلمان مطرح بوده است؛ ولی ایرادات و اعتراضات هیچ‌گاه به میزان کنونی نبوده، ظهور نهضت‌های مدنی و فعالان حقوق بشر و افزایش آگاهی زنان از حقوقشان سبب شده که این مباحث جدی‌تر مطرح شود و فقیهان و قانون‌گذاران کشورهای اسلامی از افق‌های نوینی به مسئله بنگرند؛ بنابراین مسئله‌ی اصلی در این نوشتار این است که: آیا همان‌طور که امروزه فقیهان معاملات را یک امر عرفی می‌دانند و چالش‌های پیش‌روی آن را با رویکرد عرفی به آن حل می‌کنند، مسئله اختصاص طلاق نیز با همین شیوه قابل پاسخگویی است؟ چرا که طلاق هم مانند بیع از جمله احکام امضائی است و به خوبی از نحوه‌ی بیان آیات قرآنی استفاده می‌شود که در زمان نزول قرآن و مردمی که در زمان نزول مورد خطاب بودند، یک سلسله مقررات و ضوابطی بر روابط نکاح و چگونگی گسستن آن حاکم بوده است که با انجام اصلاحات در آن عمدتاً در جهت حفظ حقوق زنان که کمتر مورد توجه بوده است در راستای عدالت تثبیت گردیده و کمتر حکم مستقل ابتدائی در این زمینه اعلام شده است. وضع قوانینی در جهت دفاع از حقوق زنان در زمینه‌ی حق طلاق، موجب رفع نگرانی زنان در تنها ماندن در بحران‌های زندگی مشترک می‌شود و آن‌ها از حمایت دولت برای زندگی بر مبنای عدالت، اطمینان می‌یابند. این امری است که دین باوران و اندیشمندان متعهد باید به آن آگاهی یابند و در جهت عملی کردن قوانین مربوط به حقوق زنان گام بردارند.

## روش پژوهش

در پژوهش حاضر با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی، ضمن تجزیه و تحلیل مسائل و ابعاد مختلف موضوع مورد نظر از طریق سؤالات در نظر گرفته شده و نسبت به تحلیل اطلاعات گردآوری شده از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و اسنادی اقدام گردید.

## ۱. پیشینه تحقیق

در ارتباط با حق طلاق، دیدگاه‌ها و متون متعددی طرح و منتشر شده که با توجه به رویکرد پژوهش حاضر که بر تأثیر عرف زمان و مکان در اختصاص حق طلاق استوار است، می‌توان آن‌ها را به ۳ دسته کلی تقسیم نمود:

- ۱-۱. متونی که به عوامل محدودکننده حق طلاق آن پرداخته‌اند. در این متون نویسندگان امکان ایجاد محدودیت برای زوج در اجرای حق طلاق را به عنوان متغیر اصلی در نظر گرفته و به نقش مهم قانون مدنی، قانون اساسی و فقه اسلامی در اجرای طلاق انرژی اشاره کرده و چالش‌های حق طلاق را توصیف کرده‌اند. برای مثال می‌توان به این منابع اشاره داشت: فرشی، (۱۳۹۶)؛ شریفی، (۱۳۹۳)؛ پورفرسنگی، (۱۳۹۱).
- ۱-۲. متونی که به نقش عرف در حقوق خانواده پرداخته‌اند. در این متون به حقوق خانواده اشاره شده است و آن را زیرمجموعه‌ای از حقوق و مشمول ادله حجیت عرف و آیات الهی در امر به عرف دانسته‌اند؛ در این متون به این امر اشاره شده است که آیات ویژه‌ای حتی در بدترین شرایط خانوادگی اجازه‌رهایی از عرف را نمی‌دهد. در این خصوص نیز می‌توان به این منابع اشاره کرد: صادقی، (۱۳۹۰)؛ حبیبی تبار، (۱۳۸۸).
- ۱-۳. متونی که به بررسی طلاق در فقه و حقوق پرداخته‌اند. در این متون به بیان وجود طلاق در جهت تعدیل حق زوجه و زوج اشاره شده و طلاق را در بعضی موارد دارای گامی مهم در عرصه تعادل حقوق خانواده دانسته‌اند. در این خصوص می‌توان به این منابع اشاره کرد: نورمنش، (۱۳۹۷)؛ بهرام نژاد، (۱۳۹۶)؛ سبتاوی، (۱۳۹۰)؛ سنجرزهی، (۱۳۹۲)؛ موسوی، (۱۳۹۱)؛ ابن تراب، (۱۳۹۱)؛ علائی نوین، (۱۳۸۹). چنانکه ملاحظه می‌شود عمده متون موجود از حیث تعریف نوع رابطه بین متغیرهای پژوهش، با نوشتار حاضر متفاوت هستند. بدین معنا که عمدتاً به طلاق، حق طلاق و محدودیت‌های آن توجه شده و از عامل «عرف زمان و مکان» کمتر سخن به میان آمده که نوآوری پژوهش حاضر را شکل می‌دهد.

## ۲) مبانی مفهومی:

### ۲-۱) عرف زمان و مکان

عرف واژه‌ای عربی است و لغویون (راغب الاصفهانی ۱۴۱۲: ۳۳۱) معانی مختلفی برای آن ذکر کرده‌اند که برگشت تمام آن‌ها به دو معناست «معرفت و شناسایی» و «امر پسندیده» (زبیدی ۱۴۱۴: ۶۱۹۳)، ابن منظور می‌گوید عرف عارفه و معروف به یک معنی و ضد نکر است و آن، هر چیزی است که نفس آدمی آن را نیکو شناسد و بدان خو بگیرد و آرامش یابد (ابن منظور ۱۴۰۵: ۲۳۹). همچنین برخی دیگر عرف را به معنی خوی، عادت، هر آنچه که بین مردم پسندیده و متداول است آمده است؛ همچنین عرف را تابع، اتصال، پی در پی بودن (ابن فارس، ۱۹۷۹: ۳۴۳)، معروف (انیس، ۱۳۷۷: ۶۱۶)، خوی و عادت، اصطلاح و امری که میان مردم معمول و متداول شده، مشهور، نیکویی، جوانمردی بخشش آنچه بذل شود (عمید ۱۳۶۵: ۱۷۱)، قرار و سکون، آرامش (ابن فارس، ۱۹۷۹: ۲۸۱)، فعل پسندیده از ناحیه عقل یا شرع. در اصطلاح فقها تعاریف مختلفی از عرف صورت پذیرفته است. شیخ انصاری عرف را چنین تعریف می‌کند عرف آن است که به جهت گواهی عقل‌ها بر صحت آن، توده مردم بر آن استوار گشته و طبع‌های ایشان آن را پذیرا شده باشد (انصاری، ۱۴۲۲: ۲۹۱). برخی مانند جرجانی (۱۳۰۶: ۶۴) و ابن نجیم (سیوطی، ۱۴۰۳: ۹۳) و نسفی (۱۴۰۶: ۵۹۳) تعاریفی مشابه همین تعریف بیان کرده‌اند صاحب تفسیر المیزان در تعریف عرف چنین می‌گوید: «عرف

پدیده‌ای است که عقلای جامعه، آن را سنت‌ها و روش‌های نیکوی جاری در میان خویش می‌شناسند، برخلاف امور نادری که عقل اجتماعی آن را ناپسند می‌شمارد.

زمان و مکان در اصطلاح فقه مفهوم لغوی آن و همین‌طور معنای فلسفی و فیزیکی آن نیست یعنی زمان به معنای مقدار حرکت و مکان به معنای مقدار فضایی که یک جسم اشغال می‌کند از بحث ما خارج است (لنکرانی، ۱۳۹۰: ۱۶۹). بلکه مقصود از زمان و مکان در فقه معنای کنایی آن‌ها یعنی تحول شرایط زمانی و مکانی و تغییر شیوه‌های زندگی و اوضاع اجتماعی برحسب پیشرفت زمان و گسترش ارتباطات است؛ بنابراین هرگاه گفته می‌شود، زمان و مکان در احکام شرعی دخالت دارند و با تغییرات آن دو ممکن است حکم هم تغییر نماید، مراد تغییر شرایط و اوضاع و احوال زمانی و مکانی هستند که باعث تغییر موضوع می‌شود و به تبع تغییر موضوع حکم شرعی هم عوض می‌شود البته لازم به ذکر است که احکام شریعت اسلام به هیچ‌وجه دستخوش تغییر نمی‌شود مگر به تغییر موضوعات به حسب شرایط زمان و مکان (مثل تغییر مالیت خون در زمان‌ها و مکان‌ها مجسمه‌سازی و خضاب کردن). در نوشته‌های علمای دیگر هم در تعریف زمان و مکان هم این‌گونه آمده است منظور ما از زمان و مکان معنای کنایی آن‌ها است یعنی تحول شیوه‌های زندگی و اوضاع اجتماعی برحسب پیشرفت زمان و گسترش شبکه ارتباطات.

## ۲-۲) طلاق

طلاق در کتب لغت به معنای رهایی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۲) و بینونت و جدایی آمده است و نیز به معنای تخلیه سبیل که همان آزادی و رهایی است به کار رفته است. در واقع کسی که زن را طلاق می‌دهد او را رها می‌سازد.

طلاق کلمه‌ای عربی و مصدر فعل است که ابتدا به زن نسبت داده می‌شود و برای منسوب کردن آن به مرد باید از من جاره استفاده نمود. طلاق به معنی جدا شدن زن از مرد است؛ و اسم فاعل آن بدون نیاز به تا تأنیث در مورد زن استعمال می‌شود. ماده «طلاق» در باب افعال و تفعیل به مرد در نقش فاعل و به زن در نقش مفعول نسبت داده می‌شود. صاحب جواهر گفته است که طلاق در لغت را به معنی گشودن گره و رها کردن آمده است.

در فقه امامیه اصطلاح شرعی طلاق عبارت است از «ازاله قید النکاح بصیغه مخصوصه» طلاق رفع نمودن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوص است (شهید ثانی، مسالک الفهم، ۱۴۱۳: ۱۲۵). ذکر قید صیغه مخصوص در تعریف فوق به این جهت است که موارد فسخ نکاح از تعریف طلاق خارج شود، زیرا در مواردی که عقد نکاح به علت تدلیس و یا عیب فسخ می‌شود دیگر نیازی به صیغه مخصوص نیست. گاهی در تعریف طلاق قید «بغیر عوض» را نیز اضافه کرده‌اند. تا بدین وسیله طلاق خلع و مبارات را از طلاق متمایز و جدا نمایند (شهید ثانی، شرح لمعه، ۱۳۹۵: ۱۱). به هر حال طلاق انحلال عقد نکاح دائم با صیغه مخصوص و رعایت تشریفات ویژه است. صاحب جواهر در تعریف اصطلاحی، طلاق را «... ازله قید النکاح بصیغه طلاق و شبهها...» دانسته است (نجفی، جواهر الکلام، ۱۳۹۳: ۲)؛ و شهید ثانی نیز در تعریف آن را «ازاله قید النکاح بغیر عوض بصیغه طالق» به کار برده است (شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه: ۹۶).

## ۲-۲-۱) طلاق به اراده مرد

ماده ۱۱۳۳ پیشین قانون مدنی مقرر داشته بود: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد»؛ این قاعده مبتنی بر فقه اسلامی است که اختیار طلاق را اصولاً به دست مرد داده است. این قاعده با غلبه

احساسات در زن و اینکه در حقوق اسلامی مرد در تشکیل خانواده سهمی بیشتر دارد و مخارج و مسئولیت خانواده بیشتر بر دوش اوست و به همین نسبت علاقه‌اش به برهم خوردن خانواده شدید است توجیه می‌کردند و نیز در توجیه اختیار مرد در طلاق گفته‌اند: هر زمان که شعله محبت و علاقه مرد خاموش بشود ازدواج از نظر طبیعی مرده است. روانشناسی زن و مرد متفاوت است. طبیعت کلید فسخ طبیعی ازدواج را به دست مرد داده است؛ یعنی این مرد است که با بی‌علاقگی و بی‌وفایی خود نسبت به زن او را نیز سرد و بی‌علاقه می‌کند. برخلاف زن که بی‌علاقگی اگر از او شروع شود تأثیری در علاقه مرد ندارد، بلکه احیاناً آن را تیزتر می‌کند. از این رو بی‌علاقگی مرد منجر به بی‌علاقگی طرفین می‌شود ولی بی‌علاقگی زن منجر به بی‌علاقگی طرفین نمی‌شود.

سردی و خاموشی علاقه مرد مرگ ازدواج و پایان حیات خانوادگی است؛ اما سردی و خاموشی علاقه زن به مرد آن را به صورت مریض نیمه جان در می‌آورد که امید بهبود و شفا دارد. در صورتی که بی‌علاقگی از زن شروع می‌شود، مرد اگر عاقل و وفادار باشد، می‌تواند با ابراز محبت و مهربانی علاقه زن را بازگرداند؛ و این کار برای مرد اهانت نیست که محبوب رمیده خود را به زور قانون نگهدارد تا تدریجاً او را رام کند. ولی برای زن اهانت و غیرقابل تحمل است که برای حفظ حامی و دل باخته خود به زور و اجبار قانون متوسل شود. البته این در صورتی است که علت بی‌علاقگی، فساد اخلاقی و ستمگری مرد نباشد. اگر مرد ستمگری آغاز کند و زن به خاطر ستمگری و اضرار مرد به او بی‌علاقه شود مطلب دیگر است؛ و زن در این صورت می‌تواند برای طلاق به دادگاه رجوع کند. باید توجه داشت که طلاق در اسلام امری ناپسند است و مرد مسلمان نباید از روی هوی و هوس و بدون دلیل موجه اقدام به طلاق زن خود کند. به دیگر سخن اسلام با طلاق سخت مخالف است؛ اسلام می‌خواهد تا حدودی امکان طلاق صورت نگیرد. اسلام طلاق را به عنوان چاره‌جویی در مواردی که چاره منحصر به جدایی است تجویز کرده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۴۶؛ جعفرپور، ۱۳۷۸: ۸).

علاوه بر این صرف قواعد اخلاقی برای جلوگیری از طلاق‌های ناروا کافی نیست، بلکه ضمانت اجرای حقوقی لازم است و به عبارت دیگر پاره‌ای تدابیر حقوقی برای جلوگیری از سوء استفاده مرد از اختیار طلاق باید به کار گرفته شود. در قانون مدنی چنین ضمانت اجرا و تدابیری پیش بینی نشده بود و همین امر موجب سوء استفاده بعضی از مردان از اختیار طلاق می‌شد. لذا قانون حمایت خانواده ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی پیشین را به طور ضمنی نسخ و اختیار مطلق مرد را از میان برد و طلاق مرد را به مواردی خاص محدود نمود؛ اما لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های مدنی خاص مصوب مهرماه ۱۳۵۸ با بازگشت به نظام قانون مدنی ماده مزبور را احیا کرد. ولی برای جلوگیری از سوء استفاده مرد ارجاع به داوری و سعی در سازش زوجین از این طریق و لزوم اجازه دادگاه برای طلاق در صورت عدم حصول سازش را مقرر داشت.

قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰، مانند قانون حمایت خانواده، صدور گواهی امکان سازش برای طلاق را لازم شناخت. با توجه به قوانین مزبور و محدودیت اختیار مرد در طلاق، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی در تاریخ ۱۳۸۱/۸/۱۹ به شرح زیر اصلاح شد: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را نماید». به نظر می‌رسد که ماده ۱۱۳۳ اصلاحی قاعده تازه‌ای نیاورده است؛ زیرا اختیار مرد در طلاق و لزوم مراجعه به دادگاه و نیز حق زن در طلاق بر اساس مواد مذکور، در قوانین قبلی پیش بینی شده است. به هر حال اگر امروز شوهر بخواهد زن خود را طلاق

دهد باید به دادگاه رجوع کند و دادگاه با ارجاع اختلاف به داوری اقدام به اصلاح بین زوجین خواهد کرد و در صورتی که بین زن و شوهر سازش حاصل نشود گواهی عدم امکان سازش به شوهر خواهد داد. دفتر طلاق پس از دریافت گواهی عدم امکان سازش به اجرای صیغه طلاق و ثبت آن اقدام خواهد کرد (بستاوی، ۱۳۹۰: ۳۵).

### ۲-۲-۲) طلاق به درخواست زن

فقه اسلامی در پاره‌ای موارد به زن اجازه داده‌اند که از حاکم درخواست طلاق کند و دلایلی از آیات و روایات در این زمینه آورده‌اند. کامل‌ترین و مفصل‌ترین بحثی که در این مسئله در فقه امامیه به نظر ما رسیده است تقریرات آیت‌الله شیخ حسن حلی مقیم نجف اشرف تحت عنوان «حقوق الزوجه و آثارها الوضعیه» است؛ بنا بر آنچه در این رساله آمده است، تخلف شوهر از ادای وظایف زوجیت اعم از انفاق و هم‌خوابگی و داشتن روابط جنسی و حسن معاشرت، چه ناشی از تقصیر شوهر و چه بدون تقصیر باشد، در صورتی که زندگی زناشویی و بقا نکاح را دشوار کند، به زن حق می‌دهد که برای طلاق به حاکم شرع رجوع نماید. حاکم شوهر را مجبور به طلاق خواهد کرد و اگر شوهر از آن خودداری کند، حاکم شوهر را مجبور به طلاق خواهد کرد و اگر شوهر از آن خودداری کند، حاکم به عنوان ولی ممتنع زن را طلاق خواهد داد (نوری، ۱۳۸۵: ۲۲۷).

در جامع الشتات تألیف فقیه بزرگ میرزای قمی، نیز سؤال و جوابی به شرح زیر آمده است: «سؤال - هرگاه زید با زوجه‌ای بنای ناسازگاری گذاشته و پیوسته او را اذیت می‌کند، بلکه این امر به زخم زدن و شکستن منتهی شده، با آنکه زوجه مسطوره در مراعات حقوق زوج دقیقه‌ای فرو گذاشت نکرده، زوج در حضور جمعی تصریح نموده که این زوجه برای من مصرفی ندارد و مطلقاً به او علاقه ندارم و معذک او را طلاق نمی‌دهد. هرگاه یقین حاصل شود که با بقای زوجیت بینهما ردع زوج از آن فعل منکر ممکن نمی‌شود و مطمئن از این نیستند که زوجه را به قتل نرساند، در این صورت که رفع فساد منحصر در طلاق باشد، آیا حاکم شرع یا عدول مؤمنین می‌توانند او را اجبار بر طلاق نمایند یا نه؟

جواب: شکی نیست در اینکه چنانکه زوج را حقوق چند بر زوجه است که در تخلف از آن‌ها زوجه ناشزه است. همچنین زوجه را بر زوج حقوقی چند است که در تخلف آن زوج ناشز می‌شود و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه او را به موافق شریعت مقدسه بدهد، با او بدون وجه شرعی کج خلقی نکند و او را اذیت نکند. پس هر گاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه نفعی نکرد به حاکم شرع رجوع می‌کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم او را الزام و اجبار می‌کند بر وفای حقوق یا بر طلاق دادن زوجه.

هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به اینکه زوج سلوک به معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجه نمی‌کند او را اجبار می‌کند بر طلاق و این اجبار منافی صحت طلاق نیست». از این سؤال و جواب نیز به خوبی برمی‌آید که هر گاه شوهر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او را به ایفا ممکن نباشد، حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌دهد و این طلاق شرعاً صحیح است (میرزای قمی، ۱۳۰۳: ۵۰۸).

علاوه بر این موارد، در فقه اسلامی زنی که شوهر او غایب مفقودالاثرا شده می‌تواند با شرایطی از دادگاه طلاق بگیرد و نیز زن می‌تواند به موجب شرط ضمن عقد از شوهر برای طلاق وکالت بگیرد که در صورت تحقق پاره‌ای امور، از طرف او خود را طلاق می‌دهد (مطهری، ۱۳۵۳: ۲۸۲).

قانون مدنی در مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ موجباتی را برای طلاق به درخواست زن مقرر داشته است که مبتنی بر فقه اسلامی است. ماده ۱۱۲۹ مربوط به استنکاف یا عجز شوهر از دادن نفقه است و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه که در این مورد زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. ماده ۱۳۰ قانون مدنی مربوط به عسر و حرج است که موجب آن اگر دوام زندگی زناشویی برای زن موجب مشقت شدید و غیرقابل تحمل باشد زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. علاوه بر موارد فوق، قانون مدنی به تبعیت از فقه به زنی که شوهر او چهار سال غایب مفقودالایر بوده اجازه داده است که از دادگاه تقاضای طلاق کند (ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی) وکالت زن برای طلاق هم در قانون مدنی مانند فقه اسلامی پذیرفته شده است (ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی).

### ۳) مبانی حق طلاق

#### ۳-۱) وکالت زن در طلاق در فقه امامیه و قانون مدنی

##### الف) فقه امامیه

در مورد اینکه آیا زن حق این را دارد به طور مطلق وکالت در طلاق داشته باشد یا اینکه با قرار دادن شروطی علیه مرد در عقد نکاح، در صورت تخلف مرد از آن شروط زن وکیل باشد که خود را مطلقه سازد یا این که چنین حقی را ندارد، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. موضوع جواز وکالت زن برای طلاق خود، طی قرن‌های متمادی محل بحث و مناقشه بوده است و برای بسیاری از فقها روشن و واضح نبوده است. از این رو، با توجه به سیر تاریخی مسئله، نمی‌توان قول به جواز وکالت زوجه برای طلاق را به عنوان فتوایی مورد وفاق در بین قدما یا متأخرین تلقی کرد و یا حتی آن را از شهرت قوی برخوردار دانست. در چنین مسائلی، فقیه برای انتخاب رأی کاملاً آزاد است و قهراً باید به اقتضای ادله مشی کند.

۱. بعضی از فقها، وکالت زن در طلاق نپذیرفته‌اند و با آن مخالف هستند؛ و به عدم صحت توکیل زن در طلاق رأی داده‌اند. نظریه عدم جواز توکیل در طلاق (در صورت حضور همسر)، معمولاً به عنوان «فتوای شیخ طوسی» شناخته می‌شود. این فتوا در دوره شیخ و حتی قبل از آن و تا مدت‌ها پس از آن، فتوایی معروف بود و توسط فقهای بزرگ تأیید شده است. البته آنان وکالت در صورت غیبت زوج را صحیح دانسته‌اند (شیخ طوسی، النهایه، ص ۲۴۰). البته نظریه بطلان وکالت در طلاق، نتوانست در برابر اعتراض ابن ادریس مقاومت کند و پس از مخالفت وی و فقهای متأخر از او مانند محقق حلی و علامه حلی، اعتبار خود را از دست داد. ابن ادریس در نقد این نظریه می‌نویسد: «روایات فراوانی درباره جواز وکالت در طلاق به صورت مطلق وجود دارد؛ و در آن‌ها تفصیل بین حضور و غیبت همسر دیده نمی‌شود، ولی شیخ فقط به استناد روایت جعفر بن سماعه چنین فتوایی داده است، در حالی که اولاً راوی این روایت فطحی است. ثانیاً این روایت وکالت در طلاق را به طور کلی صحیح نمی‌داند و ظاهر آن با اجماع همه فرقه‌های اسلامی که طلاق را قابل وکالت می‌دانند، مخالف است، بنابراین قابل اعتماد نیست. به علاوه شیخ در مقام جمع بین روایات این تفصیل را مطرح کرده است. در حالی که جایی لازم است که همه روایات، از اعتبار برخوردار باشند». پس از این اعتراضات، این حکم در فقه امامیه دچار تغییر و دگرگونی شد و فتوایی که در قرن پنجم از سوی اعیان طایفه مبنی بر ممنوع بودن گذاشتن حق طلاق برای زوجه، تلقی به قبول شده بود، از سوی فقهای بعد، کاملاً کنار گذاشته شد و در حال حاضر به عنوان فتوایی مهجور شناخته می‌شود (محللاتی، ۱۳۸۷: ۳).

۲. برخی از فقها توکیل زن در طلاق را صحیح می‌دانند. قول مشهور و اقوی، همین جواز توکیل در طلاق است و معتقدند که اگر مرد به شروطی که در طلاق قرار داده شده عمل نکند، زن می‌تواند با شرط وکالت در طلاق خود را مطلقه سازد. در این باره نیز هیچ‌گونه قید و شرطی را نپذیرفته‌اند و روایات مورد استناد به عدم جواز را جز تضعیف اخبار آحاد می‌دانند؛ اطلاق ادله جواز نیز وکالت زن را اقتضا می‌کند و روایات، ظهوری در اراده توکیل غیر زوجه و عدم صحت وکالت زن خصوصاً با توجه به شهرت قول به جواز ندارد؛ و از این که پیامبر زنان خود را در طلاق مخیر فرموده نیز برمی‌آید که زوجه می‌تواند وکیل شوهر در طلاق باشد (ابن ادریس، السرائر، صص ۹۵ و ۶۷۵).

به طور کل، فقهای قائل به جواز شرط توکیل در طلاق برای زوجه هستند دو دلیل برای جایز و نافذ بودن این عمل آورده‌اند:

الف) طلاق، ماهیتی نیابت بردار و وکالت پذیر است؛ یعنی برخی اقدامات انسان‌ها قابل نیابت است و برخی دیگر قابل واگذاری به دیگران نیست. مثلاً عبادت در صورتی که مکلف قدرت انجام آن را داشته باشد قابل نیابت گرفتن نیست. همچنین برخی از حقوق مانند حق استمتاع از همسر، وکالت بر نمی‌دارد. در حالی که اموری مانند بیع، اجاره، شرکت و صلح، قابل نیابت‌اند؛ بنابراین چون غرض شارع در طلاق، انجام آن بالمباشره توسط زوج نیست پس طلاق نیابت پذیر است؛ زیرا طلاق به عنوان یک ماهیت عرفی، چنان نیست که نزد عقلا قابل واگذاری به دیگران نباشد؛ و یا در نزد شرع، مباشرت در آن شرط شده باشد. حتی در مواردی که شرط مباشرت مشکوک باشد، عده‌ای از فقها با نفي احتمال چنین شرطی، اصل را بر نیابت پذیر بودن فعل قرار داده‌اند (نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، جلد ۳۳، ص ۲۸)

ب) در روایات، طلاق قابل وکالت دانسته شده است. روایات زیادی از ائمه اطهار وجود دارد که در آن‌ها جواز شرط توکیل در طلاق به زوجه داده شده است؛ به عنوان مثال، در صحیح سعید الاعرج از امام صادق (ع) نقل شده است که: «امام در پاسخ به این پرسش که آیا جایز است مردی اختیار همسر خود را به مرد دیگری بدهد و بگوید: شاهد باشید که اختیار او را به فلانی داده‌ام؟ امام فرمود: آری.» نظریه‌ای که در این باره بیش از پیش قابل تأکید است، نظر آیت‌الله خمینی (ره) است که بدون هیچ قید و شرطی وکالت زن در طلاق را صحیح دانسته و تعبیر کرده‌اند که بدین وسیله زمام طلاق به دست زن قرار می‌گیرد. متن استفتا چنین است:

حضور مقدس رهبر انقلاب اسلامی ایران - امام خمینی دام‌ظله

مسئله اختیار طلاق به دست مرد موجب ناراحتی و تشویش خاطر گروهی از زنان مبارز ایران شده است؛ و گمان می‌کنند که دیگر به هیچ‌وجه حق طلاق ندارند و از این موضوع افرادی سوء استفاده کرده و می‌کنند. نظر جنابعالی در این باره چیست؟

جواب) برای زنان محترم، شارع مقدس راه سهلی معین فرموده است تا خودشان زمام طلاق را به دست گیرند؛ به این معنی که در ضمن عقد نکاح اگر شرط کنند که وکیل باشند در طلاق، به صورت مطلق، یعنی هر موقعی که دلشان خواست طلاق بگیرند، یا به صورت مشروط، یعنی اگر شوهر بدرفتاری کرد یا مثلاً زن دیگری گرفت، زن وکیل باشد که خود را طلاق دهد، دیگر هیچ اشکالی برای خانم‌ها پیش نمی‌آید و می‌توانند خود را طلاق دهند. از خداوند متعال توفیق بانوان و دختران محترم را خواستارم، تحت تأثیر مخالفین اسلام و انقلاب اسلامی واقع نشوند که اسلام برای همه مفید است (به نقل از مهرپرور، ص ۱۹۰).



### ب) قانون مدنی

از آنجا که طلاق منحصرأ به اراده شوهر واقع می‌شود؛ و زن جز در موارد خاصی نمی‌تواند خود را از ادامه زندگی زناشویی نامناسب برهاند، یکی از اقدامات مؤثر آن است که زن بتواند وکالت در طلاق را به دست آورد. البته از آنجا که وکالت از عقود جایز است بنابراین هر یک از طرفین می‌تواند آن را منحل نماید پس باید شرط وکالت در طلاق را به صورت شرط ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری قرار دهند. از آنجا که عقد نکاح لازم است بدین صورت وکالت ضمن آن نیز لزوم خود را از عقد اخذ می‌نماید و غیرقابل عزل می‌شود. همان‌طور که می‌دانیم، هرگاه شرط ضمن عقد از شروط باطل نباشد آن شرط صحیح و لازم الاتباع است. لذا ممکن است ضمن عقد نکاح یا عقد دیگر شوهر به زن وکالت برای طلاق داده باشد؛ و به این ترتیب تا حدودی جلوی سوء استفاده از حق طلاق توسط مرد گرفته می‌شود و اگر مرد بخواهد با عدم اعمال ظالمانه حق طلاق به زن ظلم کند اگر در هنگام عقد نکاح زن این شرط را از آن خود کرده باشد می‌تواند هر زمان که بخواهد از قید زندگی زناشویی که در خور و مناسب او نیست رهایی یابد. چنین شرطی طبق فقه اسلامی و قانون مدنی و قانون ازدواج صحیح و معتبر است. اولین قانونی که به صراحت شرط ضمن عقد برای طلاق را در حقوق ایران پذیرفته ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ است.

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ متن ماده ۴ قانون ازدواج را با اندک اصلاح عبارتی تکرار کرده است. به موجب ماده مذکور: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود و یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند، یا سوء رفتاری نمایند که زندگی آن‌ها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد». شایان ذکر است که موارد یاد شده در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، تمثیلی است نه حصری و قاعده مذکور در صدر ماده یک قاعده کلی است که می‌تواند مصداق‌های دیگری داشته باشد. البته شرطی معتبر است که نه مخالف با مقتضای ذات عقد باشد و نه نامشروع و خلاف قواعد آمره.

بنابراین زوج می‌تواند به زوجه وکالت در طلاق بدهد و این وکالت به سه شکل زیر امکان پذیر است:

اول: وکالت دارای مدت مشخص و به طور مطلق به زوجه داده می‌شود که هر زمان که بخواهد خود را مطلقه سازد. این وکالت صحیح است و مثل آن است که شوهر یا شخص ثالث به وکالت، زوجه را طلاق داده است. در این وکالت اگر نوع طلاق در وکالت ذکر گردیده باشد به همان نوع و اگر نوع طلاق معین نگردیده باشد زن نمی‌تواند خود را به چند طلاق یا به طلاق خلع و مبارات طلاق دهد زیرا این نوع طلاق، منصرف به طلاق ساده است و نباید از آن تجاوز شود. حالا باید دید در این صورت که ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر به زن برای طلاق به طور مطلق وکالت داده شود، بدون اینکه اعمال وکالت موکول به تحقق شرطی باشد، آیا این شرط درست است؟ اگر وکالت عام باشد، چنان که شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل و وکیل در توکیل است که هر وقت خواست خود را مطلقه کند، آیا می‌توان شرط را درست دانست؟ در فقه اسلامی اشکالی در این‌گونه وکالت نیست؛ زیرا بنا بر اطلاق ادله، فرقی بین توکیل زن و غیر او نیست و همان‌طور که شوهر می‌تواند به شخص دیگری وکالت مطلق یا عام برای طلاق زن خود بدهد، می‌تواند زن خود را وکیل مطلق یا عام در طلاق کند. این شرط نه خلاف مقتضای ذات عقد است و نه نامشروع.

پس باید آن را صحیح تلقی کرد. از عموم بند اول ماده ۴ قانون ازدواج و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی هم می‌توان این معنی را استنباط کرد.

دوم: وکالت مقید به تحقق امری در خارج است مانند آنکه زوج به زوجه وکالت دهد که هر گاه تشخیص دهد که نمی‌تواند با او به زندگی زناشویی ادامه دهد خود را مطلقه سازد. در این حالت بدون نیاز به اثبات شرط در دادگاه زن می‌تواند خود را مطلقه سازد؛ زیرا زمان اجرا وکالت به عهده وکیل قرار داده شده است. در این فرض در صورتی که زوج بتواند در دادگاه ثابت نماید که امری که اجرای طلاق متوقف بر آن بوده در واقع محقق نشده است و زن خارج از حدود وکالت خود را طلاق داده است، کاشف از بطلان طلاق است. سوم: وکالت از زوج به زوجه داده می‌شود که در صورت تحقق امر معینی در خارج و اثبات آن در دادگاه زوجه خود را مطلقه نماید. این نوع از وکالت زن در طلاق بر اساس ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی است. در حقیقت اعمال وکالت متوقف بر دو امر است. اولاً تحقق شرط و ثانیاً اثبات آن در دادگاه.

علاوه بر همه این‌ها زوج می‌تواند هر زمان که بخواهد حتی با دادن وکالت به زوجه خود، راساً اقدام به طلاق نماید. چرا که دادن وکالت به زن این حق را از او سلب نمی‌نماید که خود راساً به آن اقدام نماید. به موجب قانون مدنی و فقه امامیه حق طلاق از آن مرد است و او می‌تواند هر زمان که بخواهد آن را اعمال نماید (امامی، ۱۳۹۷: ۱۶۹).

در نتیجه آن که وکالت زوجه برای طلاق خود، راهکاری برای برخورداری زن از اختیار طلاق است. وی که بالاصاله چنین اختیاری ندارد، به نیابت از حق زوج استفاده می‌کند و چون برحسب احکام اولیه، این حق برای زن جعل نشده است، بنابراین اعتبار آن بر مبنای توافق زوجین و لزوم آن به قرار گرفتن در ضمن عقد به عنوان شرط است. البته باید این نکته را در نظر گرفت که اگر چه برای زوجه این امکان وجود دارد که در موارد خاص وکالت در طلاق خود داشته باشد، ولی این وکالت ناشی از شرط فقط در محدوده اراده زوجین قابل دفاع است و بر اساس آزادی اراده آنان اتفاق می‌افتد؛ بنابراین، نباید این توافق خاص، جنبه فراگیر پیدا کند و به شکل غیرمستقیم از سوی دولت، بر اراده اشخاص غالب قرار داده شود (رایگان، ۱۳۹۱: ۲۲).

### ۲-۳ روند تحولی اختیارات زوجه در طلاق

در فقه اسلامی حق طلاق در اختیار زوج است و در اعمال یا عدم اعمال آن اختیار وسیع دارد، لکن بررسی قوانین موضوعه و سیر تحول قانون‌گذاری در این خصوص نشانگر تمایل قانون‌گذار بر محدود ساختن اختیار بی‌قید و شرط زوج و قائل شدن امتیاز برای زوجه و در نهایت افزایش اختیارات محاکم در این خصوص است؛ با آغاز قانون‌گذاری جدید در ایران و تصویب قانون راجع به ازدواج در سال ۱۳۱۰ قانون‌گذار در تلاش برای نظام‌مندسازی ازدواج و طلاق ثبت این دو را الزامی کرد و برای عدم ثبت، مجازات کیفری در نظر گرفت و ضمن اشاره به استفاده از روش مشروع و قانونی شرط ضمن عقد، همگان را متوجه این نکته ساخت که می‌توان شرط نمود که در مواردی همچون سوء رفتار زوج به نحوی که زندگانی زناشویی را غیرقابل تحمل کند یا سوء قصد زوج علیه حیات زوجه، او وکالت داشته باشد با مراجعه به محکمه و اثبات تحقق شرط و صدور حکم قطعی، خود را مطلقه سازد (قانون راجع به ازدواج مصوب ۲۳ مرداد ماه ۱۳۱۰ ماده ۴)؛ البته باید توجه داشت که در عمل اثبات چنین امری بسیار سخت است و محاکم در پذیرش چنین مواردی سخت‌گیری می‌نمایند.

همچنین در مورد ترک انفاق (با توجه به پیشینه فقهی آن) قدمی پیش‌تر نهاد و شرط وکالت را نیز ضروری ندانست و مقرر ساخت که در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان الزام او، زوجه بتواند برای تفریق به محاکم عدلیه مراجعه نماید (قانون راجع به ازدواج مصوب ۲۳ مرداد ماه ۱۳۱۰ ماده ۱۰)؛ بدین‌سان سیاست قانون‌گذاری در جهت استفاده از روش‌های مشروع برای ایجاد امکان بیشتر برای زوجه در طلاق گرفتن و افزایش اختیارات محاکم آغاز شد. ضمن اینکه قانون‌گذار به تبعیت از فقه با تأکید بر بحث حکمیت و داوری در ایجاد صلح و سازش بین زوجین و جلوگیری از وقوع طلاق کوشید.

قانون مدنی به تبعیت از فقه مقرر داشت که: «مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق بدهد» (ماده ۱۱۳۳ سابق قانون مدنی) لکن در عین حال مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ (اسبق) سخن از اجبار زوج به طلاق به میان آورد و مقرر داشت که حاکم می‌تواند شوهر را تحت شرایطی اجبار به طلاق نماید این کار اقدامی اساسی در جهت محدود ساختن اختیار زوج در اعمال حق طلاق بود. همچنین ماده ۱۰۲۹ همین قانون صحبت از این دارد که خود حاکم، زنی را که شوهرش مفقود شده، طلاق دهد.

قانون‌گذار با تصویب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶ گامی اساسی در تعدیل اختیار زوج در طلاق برداشت و تلاش خود برای افزایش اختیارات محاکم را کامل کرد. مقرر گردید که متقاضی صدور گواهی عدم امکان سازش (چه زوج و چه زوجه) به دادگاه تقاضا دهد و اجرای صیغه طلاق تنها پس از رسیدگی دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش صورت گیرد. تحول عمده در این بود که درخواست طلاق هر یک از زوجین می‌بایست مقید به دلایل موجه می‌بود (ماده ۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶).

علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی، پنج مورد دیگر بر موجبات طلاق اضافه گردید که چهار مورد، یعنی محکومیت همسر به حبس بیش از پنج سال، ابتلا همسر به هرگونه اعتیاد مضر، ترک زندگی خانوادگی و محکومیت به حبس، به علت ارتکاب جرم مغایر با حیثیت خانوادگی طرف دیگر، به هر یک از زن و مرد به‌صورت مساوی حق درخواست طلاق می‌داد و در یک مورد یعنی اختیار همسر دیگر، حق درخواست طلاق به زن اختصاص یافت، به این ترتیب در عمل موجبات طلاق به درخواست زن گسترش یافت (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۴۹).

با تصویب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ اختیار مطلق زوج در طلاق دادن از بین رفت و هر یک از زوجین که متقاضی طلاق بود می‌بایست با مراجعه به دادگاه دادخواست طلاق خود را مستند به یکی از موارد ذکر شده در قانون مطرح می‌ساخت و دادگاه در صورت احراز آن موارد گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کرد (ماده ۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳). به نظر می‌آید دغدغه اصلی قانون‌گذار در این قانون ایجاد هر چه بیشتر برابری حقوق مرد و زن در خصوص طلاق بود. به این ترتیب قانون‌گذار بیش از گذشته از مقررات سنتی و عرف‌های مذهبی فاصله گرفت و در مقابل علاوه بر الزام به مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش در همه موارد با تأکید بر نقش دادگاه در تشخیص موارد امکان صدور گواهی عدم امکان سازش در مواردی همچون تشخیص ترک زندگی و نیز تشخیص اینکه چه جرمی مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر است و موارد دیگر اختیارات محاکم را در خصوص طلاق افزایش داد؛ با پیروزی انقلاب اسلامی و آغاز دوره جدید قانون‌گذاری سیاست کلی قانون‌گذار در پرهیز از تصویب قوانین مغایر با شرع قرار گرفت و این مهم در پیروی از نظرات مشهور فقهی بروز و ظهور یافت.

لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ قانون حمایت از خانواده را به طور ضمنی نسخ و مقررات مندرج در قانون مدنی را احیاء نمود (تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸) به این ترتیب تحولی که به سوی ایجاد برابری زن و مرد در طلاق در جریان بود متوقف شد و قانون‌گذار جدید، عمده محدودیت‌هایی را که برای مرد در طلاق به وجود آمده بود، مرتفع و موجبات جدید را که برای طلاق به درخواست زن شناخته شده بود، ملغی ساخت و به جای گواهی عدم امکان سازش از اصطلاح اجازه طلاق استفاده نمود (تبصره ۲ ماده ۴ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص) لکن پویایی فقه امامیه و توجه به نیازهای اجتماعی موجب گردید که در وضعیت جدید نیز عنان انحلال خانواده به طور کامل به دست مرد سپرده نشود. قانون‌گذار در راستای تطبیق قوانین موضوعه با تحولات زمان و نیز عدم مغایرت آن‌ها با شرع ضمن احیاء ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، بر مبنای آیه ۳۵ سوره نساء، ارجاع به داوری و کسب اجازه طلاق از دادگاه را، جز در مواردی که طرفین در طلاق توافق دارند را لازم اعلام کرد.

در نهایت در همین دوره از قانون‌گذاری نیز نیازها و ضرورت‌ها خود را بر سنت‌ها فائق ساختند و با اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در سال ۶۱ چاره‌اندیشی قانون‌گذار، به تحولی چشم‌گیر در امر طلاق منجر شد؛ و جلوگیری از ضرر و حرج مبنایی عمومی برای درخواست طلاق از سوی زوجه و اجبار شوهر به طلاق دادن قرار گرفت. مبنای عسر و حرج در اصلاح بعدی این ماده نیز پابرجا مانده است. در سال ۱۳۸۱ نیز ماده ۱۱۳۱ که اختیار بی‌قید و شرط به مرد در طلاق دادن داده بود به این نحو اصلاح شد که «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید».

تبصره این ماده نیز در مورد درخواست طلاق از سوی زوجه تعیین تکلیف کرد و سه مبنا برای درخواست طلاق از سوی زوجه و صدور گواهی عدم امکان سازش معین کرد: اول: شرط وکالت ضمن عقد، دوم: استنکاف شوهر از پرداخت نفقه و عدم امکان الزام او به دادن نفقه یا عجز شوهر در این مورد، سوم: عسر و حرج.

در حال حاضر مراحل طلاق به این صورت است که هر کدام از زوجین می‌بایست دادخواست طلاق خود را به دادگاه خانواده ارائه نمایند دادگاه با ارجاع اختلاف به داوری یا مشاوره (در صورتی که زوجین متقاضی طلاق توافقی باشند، دادگاه باید موضوع را به مرکز مشاوره خانواده ارجاع دهد) تلاش در ایجاد صلح و سازش می‌نماید. در صورتی که سازش ایجاد نشود و زوج متقاضی طلاق باشد یا طلاق توافقی باشد دادگاه اقدام به صدور گواهی عدم امکان سازش خواهد نمود و در صورتی که زوجه متقاضی طلاق باشد حسب مورد نسبت به صدور گواهی عدم امکان سازش یا الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط وکالت اقدام خواهد نمود.

#### ۴. نقش عرف زمان و مکان در اختصاص حق طلاق به زنان

قرآن با مبعوث شدن پیامبر (ص) به رسالت در اوایل قرن هفتم میلادی در سرزمین حجاز نزولش آغاز شد. بر اساس آیات قرآن پیامبر اسلام (ص)، خاتم‌النبیین است که بعد از او پیامبری نخواهد بود و وحی نازل نخواهد شد. دعوت پیامبر (ص) جهانی و آئینش فراگیر است، اما به هر حال طرف خطاب آیات قرآنی اکثراً مردم شبه‌جزیره عربستان در آن مقطع تاریخی بودند. مفاد بعضی از آیات قرآنی ناظر به موارد خاص و قضایای ویژه‌ای است که در آن زمان و در آن محیط اتفاق افتاده است. بنا به فرموده علامه طباطبایی در تفسیر المیزان «محیط نزول قرآن، شبه‌جزیره عربستان بود که مردمی عرب زبان و عمدتاً مرکب از قبائل

بدوی و دور از تمدن و شهرنشینی در آن زندگی می‌کردند. به طور غالب آداب و رسوم وحشی‌گری بر آن‌ها حاکم بود. اندکی هم متأثر از عادات و رسوم روم، ایران، هند و مصر قدیم بودند. به هر حال این مردم برای زن حرمت و شرافت و استقلال در زندگی قائل نبودند، به آن‌ها ارث نمی‌دادند، تعدد زوجات برای مرد بدون هیچ‌گونه حد و حصری مجاز بود. دختران را زنده به گور می‌کردند و اصولاً شنیدن خبر تولد دختر برای آن‌ها شوم بود» (محمدحسین، طباطبایی، تفسیر المیزان، ج ۲؛ ص ۲۷). خود قرآن نیز در این زمینه می‌فرماید: «و چون یکی از آن‌ها را به فرزند دختر مژده آید از شدت غم و حسرت رخسارش سیاه شده و سخت دل‌تنگ می‌شود و از این عار روی از قوم خود پنهان می‌دارد و به فکر افتد که آیا آن دختر را با ذلت و خواری نگه دارد و یا زنده به خاک گور کند، عاقلان آگاه باشید که آن‌ها بسیار بد می‌کنند» (سوره نحل، آیه ۵۸ و ۵۹).

بنابراین پر واضح است که در آن زمان و آن مکان زن ارزش اجتماعی نداشت، اگر در ردیف انسان به حساب می‌آمد، انسان ضعیف که مرتبه انسانیت او پایین بود شناخته می‌شد؛ و در این حال طلاق هم در دست مرد بود (محمدحسین، طباطبایی، تفسیر المیزان، ج ۲؛ ص ۲۷۹).

مستفاد از آیات ۱۸ تا ۲۲ سوره نساء و نقل مفسرین این است که در بین اعراب جاهلی در زمان نزول قرآن، رسم چنین بود که اگر مردی فوت می‌کرد و زنان از او به جای می‌ماندند، نه تنها از اموال شوهر ارث نمی‌بردند، بلکه خود همانند اموال متوفی سهم‌الارث قرار می‌گرفتند و پسر متوفی می‌توانست زن پدر را (غیر از مادر خود) به نکاح خویش درآورد و یا با گرفتن مهریه او را به عقد دیگری درآورد یا مانع ازدواجش شود، یا ممکن بود کسی با زنی ازدواج کند و بعد او را رها نماید و مانع ازدواجش با دیگری شود و یا در قبال رفع ممنوعیت از زن پول بگیرد و یا وقتی از زنی خوشش نیاید و طلاقش دهد هنگام طلاق دادن زن، مهریه و یا هدایایی که به او داده است از او بگیرد (محمدرشید، تفسیر المنار، ج ۴ - ص ۴).

اما تحول و دگرگونی عرف در مرور زمان بعضاً سبب تغییر موضوع و متعلق حکم و در نتیجه خود حکم خواهد شد؛ بعضاً تغییر عرف در بستر زمان، تغییر موضوع را سبب نمی‌شود؛ بلکه در گذر زمان، موضوع و متعلق حکم بهتر شناخته می‌شود؛ و بدین جهت تغییر حکم را سبب می‌شود.

دین و مذهب هم اگرچه متکی بر وحی الهی است و ساخته و پرداخته دست انسان نیست، ولی نمی‌توان انکار کرد که در عین حال، یک نهاد اجتماعی است که برای پیشرفت و تعالی جامعه به سوی کمال، فرستاده شده است. پس به ناچار باید نوعی از پویایی و تحرک را بتوانیم در آن احساس کنیم. دین خدا اگر دارای نیروی پویندگی باشد و بتواند در پرتو این سیر و سلوک و جنب و جوش، همسویی خود را با جامعه متحول، حفظ کند، باقی و جاوید خواهد ماند و اگر دچار ایستایی و جمود و رکود شود، دیری نخواهد پائید (فیض، علیرضا، عرف و اجتهاد ص ۶۰).

مذهب پویایی و همگامی خویش با جامعه را می‌تواند از معبر همین عرف‌ها حفظ کند. بدین روی حضرت امام (ره) فقیهان و مجتهدان را به تأثیر دو عنصر زمان و مکان در اجتهاد توجه می‌دهند و بر این باورند که مجتهد باید با توجه به شناخت زمان و عرف زمان خویش، در صدور حکم و فتوا قلم فرساید، هر چند فتوای او برخلاف فتاوی فقیهان پیشین تلقی شود.

بی‌تردید زن امروز و نقش آن در جامعه با زن زمان صدر اسلام تفاوت بسیاری پیدا کرده است و بر پایه عرف کنونی زن شخصیتی همسان با مرد و چه بسا در برخی موارد فراتر از او دارد.

## بحث و نتیجه‌گیری

طلاق و میزان محدودیتی که بنا بر عوامل مختلف می‌توان بر آن اعمال کرد یکی از مباحث مهم حقوق خانواده است. بنا بر اصول کلی فقهی و قواعد مربوط به این بحث حق طلاق اختصاص به زوج دارد اما چنین نیست که زوج بتواند بدون قید و شرط و بدون رعایت هیچ ضابطه‌های این حق را اعمال کند. عوامل مختلف قانونی و قضایی و نیز توافقات بین زوجین محدودیت‌های زیادی برای استفاده و عدم استفاده از حق طلاق ایجاد کرده است. طبق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی یکی از موارد قانونی حق طلاق برای زوجه، با توجه به تاریخچه‌ی طلاق، عسروخرج زوجه است که در طول تاریخ تغییرات متعددی به خود دیده است. در تنظیم اولیه‌ی ماده‌ی مذکور، وجود سه سبب، عدم ایفای وظایف زوجیت، سوء معاشرت و ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج که موجب مخاطره‌ی زوجه باشد، برای وی حق طلاق ایجاد می‌نمود. این ماده در سال ۱۳۶۱ و در جریان اصلاح موادی از قانون مدنی تغییر یافت و طی آن قانون‌گذار وجود عسروخرج را جهت ایجاد حق طلاق برای زوجه لازم شمرد. قانون‌گذار در سال ۱۳۸۱ به منظور جلوگیری از تشتت آراء در تعیین مصادیق عسروخرج، تبصره‌ای را به ماده ۱۱۳۰ اضافه نمود تا برخی از مصادیق عسروخرج مشخص شود.

در نتیجه می‌توان گفت: ضمن تأیید اینکه در قرآن کریم به طور آشکار حق طلاق به مرد داده نشده و این حق نیز از زوجه سلب نگردیده است، باید گفت با توجه به این که سنت (احادیث و روایات) به عنوان مفسر قرآن و دومین منبع فقه محسوب شده و روایات متعددی به صراحت و به طور ضمنی اختیار طلاق را اصالتاً به مرد واگذار کرده است و حتی از تفویض آن به زوجه به صورتی که حق زوج در آن خصوص سلب شود، منع نموده است. عدم تصریح قرآن به این اختیار مرد نمی‌تواند به عنوان دلیل بر امکان سلب اصالت اختیار مرد در طلاق تفسیر شود. این سخن به معنای نادیده گرفتن حق زن در طلاق نیست؛ زیرا شرع مقدس موارد متعددی را برای طلاق گرفتن زوجه مشخص کرده است؛ بنابراین با توجه به عرف زمان و مکان در موارد متعددی حق طلاق به زنان اختصاص داده شده است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها «قاعده‌ی نفی عسر و حرج» است. بر این اساس زن اگر در طول زندگی مشترک حقیض ضایع شود یا مورد بی‌مهری قرار گیرد یا به هر دلیلی از زندگی‌اش متنفر باشد، اسلام حق زن را در امر طلاق محفوظ دانسته و مواردی را تصریح می‌کند که زن می‌تواند تقاضای طلاق نماید.

علاوه بر قاعده‌ی نفی عسر و حرج استفاده از راهکار «شروط ضمن عقد» به زنان این امکان را می‌دهد تا از میزان محدودیت‌های حقوقی خود بکاهند و استقلال و آزادی بیشتری را در خصوص تکالیف خانوادگی و تعهدات ناشی از نکاح به دست آورند؛ وکالت زوجه برای طلاق خود، راهکاری برای برخورداری زن از اختیار طلاق است. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۱۱۹ به این امور اشاره نموده است؛ که همگی بر اساس تأثیر عرف زمان و مکان در اختصاص حق طلاق برای زنان ایجاد شده است. پیشنهاد می‌شود با وضع قوانین مناسب امکان طلاق گرفتن برای زوجه در صورتی که دلیل وی برای این کار موجه و منطقی باشد هرچه بیشتر فراهم شود و همچنین در صورتی که زوج از حق طلاق خود سوء استفاده نماید قوانین با صراحت حکم به محدودیت در نحوه اعمال حق طلاق و جبران ضرر ناروای زوجه نماید.

## منابع

## قرآن کریم

- بهرام نژاد، احمدرضا (۱۳۹۶)، سوء استفاده از حق طلاق در حقوق ایران و فقه امامیه، پایان نامه تحصیلی برای دریافت درجه کارشناسی ارشد پیوسته، رشته حقوق گرایش خصوصی، دانشکده حقوق و الهیات، بخش معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه شهید باهنر کرمان
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش
- رایگان، محمود، (۱۳۹۱)، بررسی فقهی و حقوقی شرط وکالت زوجه در طلاق، مجله معرفت حقوقی، سبناوی، منا (۱۳۹۰)، بررسی پیرامون حق طلاق در فقه امامیه و قوانین ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز
- سنجرزهی، سالار (۱۳۹۲)، بررسی فقهی حقوقی طلاق و علل آن در حوزه قضایی ایرانشهر، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه سیستان و بلوچستان، دانشکده الهیات
- شریفی، زهرا (۱۳۹۳)، امکان ایجاد محدودیت برای زوج در اجرای حق طلاق، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، رشته حقوق خانواده، دانشگاه علوم قضایی و حقوق اداری
- صادقی، محمدصادق (۱۳۹۰)، نقش عرف در حقوق خانواده، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی گروه حقوق
- علائی نوین، فروزان (۱۳۸۹)، بررسی حق طلاق زنان در فقه امامیه و حقوق موضوعه، فصلنامه علوم قرآن و حدیث مطالعات قرآنی، شماره ۲
- عمید، حسن، (۱۳۶۵)، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر، چاپ دوم.
- فرشی، حمید (۱۳۹۶)، بررسی عوامل محدودکننده حق طلاق و اعمال آن، رساله برای اخذ درجه دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی
- فیض، علیرضا، (۱۳۹۱)، مبادی فقه و اصول، چاپ ۲۲، انتشارات دانشگاه تهران، تهران
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- لنکرانی، محمدفاضل موحدی، (۱۳۹۰)، الاحکام الواضحه، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)،
- مطهری، مرتضی، (۱۳۵۳)، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا، تهران
- موسوی، سیدعلی (۱۳۹۱)، مبانی فقهی و حقوقی تقاضای طلاق زوجه، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته فقه و معارف اسلامی، مجتمع آموزش عالی مشهد
- مهرپور، حسین (۱۳۷۹)، مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی، تهران، نشر اطلاعات.
- منصور، جهانگیر، (۱۳۸۴)، قانون اساسی، چاپ بیست و دوم، نشر دوران، تهران
- نوری، یحیی (۱۳۸۵)، حقوق زن در اسلام و جهان، چاپ ششم، نوید نور، تهران
- نورمنش، طناز (۱۳۹۷)، بررسی طلاق در فقه و حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته مطالعات زنان (حقوق زن در اسلام)، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی

## منابع عربی

- ابن فارسی بن ذکریا، احمد (۱۹۷۹)، معجم المقاییس فی اللغة، بیروت، دارالفکر.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵)، لسان العرب، قم، نشر أدب الحوزة.
- ابن ادريس الحلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، السرائر، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- الزبيدي، محب الدين ابی فیض (۱۴۱۴)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر
- امامی، سیدحسن، (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، ج ۵، چاپ چهارم، انتشارات: اسلامی، تهران
- انصاری، مرتضی، (۱۴۲۲ هـ) فرائد الاصول، جلد اول، مجمع الفكر الاسلامی، قم،
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ هـ)، مفردات الفاظ القرآن، ترجمه دکتر سیدغلامرضا خسروی، قم،
- المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی (۱۴۱۴ هـ)، مسالك الافهام، ج ۹، قم، موسسه المعارف الاسلامیه،
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی العاملی (۱۴۱۳)، مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، موسسه
- المعارف الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی العاملی (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، انتشارات
- داوری.
- طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۲ و جلد ۱۹، انتشارات جامعه مدرسین حوزة
- علمیه قم.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن حسن، (۱۳۰۶)، جامع الشتات، افسست قم، چاپ تهران.
- نجفی، شیخ محمد حسن (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، المکتبه الاسلامیه.

## قوانین و دستورالعمل ها

- قانون اساسی
- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران
- قانون مسئولیت مدنی
- قانون حمایت از خانواده
- قانون ازدواج
- لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸



## The Effects of Time and Place Mores on the Allocation of the Right to Divorce

Mahboubehsadat Moghaddasi<sup>1</sup>, Ahmad. Bagheri<sup>\*2</sup> & Seyed Mohammadreza Ayati<sup>3</sup>

### Abstract

**Aim:** The present study aimed to identify the effects of time and place mores on the allocation of the right to divorce. **Method:** The research was descriptive-analytical. The equality of men and women in the right to breaking marriage, like its arrangement, in terms of Islamic law and jurisprudence has long been taken into consideration by Muslim thinkers, but its problems and objections have not been as much as the current time. The emergence of civil movement and human rights activists and increased awareness of women of their rights have made these topics more serious; hence, jurists and lawyers have considered the problem from new horizons in Islamic countries. **Results:** The findings indicate that the role of mores in the allocation of the right to divorce is the most important issue in the field of jurisprudence dynamics, and undoubtedly, the role of time and place mores is an important issue in this regard. Giving men the right to divorce has not been explicitly mentioned in Quran and this right has not been taken from women. **Conclusion:** According to a historical study of the women status in the age of ignorance and the Arabs' views on women and types of divorces in that time and the study of different temporal and spatial customs, and religious imitations, and mores, a wife can ask for a divorce.

**Keywords:** Mores, Time, Place, Allocation, Right to divorce

---

1. PhD Student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

2. **\*Corresponding Author:** Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Fundamentals of Islam, University of Tehran, Iran [bagheri@ut.ac.ir](mailto:bagheri@ut.ac.ir)

3. Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch of Islamic Azad University, Tehran, Iran