

طلاق توافقی؛ حوزه خصوصی یا قلمرو عمومی؟

Compromising Divorce , Private Domain or Public Domain?

M. Balavi, M.A. ✉

M. Bayat Komitaki, M.A.

مهدي بالوي ✉

دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

مهناز بیات کمیته

دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

Abstract

The present study is going to illustrate the necessity of exempting the divorce from the private parties' agreement (control) and the important need of the assertion of legal mechanism to access to the specific legal norm in respect of this divorce. It will be suggested with the purpose of the protection of family institution as a social and ethical entity.

The present study is a descriptive analytical research. Accordingly the researcher will describe the characteristics of the legal institution of divorce at first and then it will explain the different

چکیده:

هدف محقق در این تحقیق، تبیین ضرورت خارج نمودن طلاق توافقی از حیطه ابتکار عمل مطلق افراد خصوصی و تعبیه مکانیزم قانونی نظاممند جهت نیل به هنجارهای حقوقی مشخص و معین، پیرامون این نوع طلاق با هدف حمایت از کیان و بقای خانواده و حفظ ثبات و پایداری آن، به عنوان یک نهاد اجتماعی و اخلاقی است. روش تحقیق، کتابخانه‌ای و به شکل توصیفی - تحلیلی است. بدین نحو که پژوهشگر ابتدا به تبیین و توصیف ویژگی‌های تأسیس حقوقی طلاق و موضع‌گیری نظام حقوقی کشورهای مختلف در این‌باره پرداخته، سپس لوازم و شرایط صحت این

✉Corresponding author: Faculty of Law, Shahid Beheshti University (G. C.), Tehran, Iran
Tel: +9821-88373675
Fax: +9821-88373676
Email: mahdibalavi@yahoo.com

✉نویسنده مسئول: تهران - شهرک غرب - خیابان ایران زمین - روبروی کوچه دوم پلاک ۸ - طبقه اول
تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۷۳۶۷۵ دورنما: ۰۲۱-۸۸۳۷۳۶۷۶
email: mahdibalavi@yahoo.com پست الکترونیکی:

legal system's attitude to this respect. Afterward the prerequisites and the condition of the validity of this type of divorces in various times, will be evaluated. Finally the ambiguity existed regarding to this issue in different legal system will be examined.

A legal system in which the family as a social and ethical institution is protected by law will deal with the dissolution of this entity more sensitively and will prevent the inopportune divorces. Consequently this divorce can not be leaved to the mere agreement of the married couple. This approach will not regard the dissolution of the family as a revocation of private contract or rescission and it will enter in the public domain. The Iranian legal system seems to accept such an attitude. It has not regarded the mere agreements of married couple as a sufficient condition for the termination of marriage contract.

Since a lot of inopportune divorces which have been precipitately and unreasonably occurred in the first years after the marriage will threat the family institution, the appropriate law should prevent the adventitious and unreasonable termination of the marriage. As mentioned above the Iranian legal system, in spite of some vaguenesses, has accepted this approach and has limited the autonomy of the married couple in rescission of the marriage contract.

Keywords: Divorce, Compromising Divorce, Private Domain, Public Domain, Couple, Family.

نوع طلاق و رویکرد قانون‌گذار ایران نسبت به آن را در برهه‌های مختلف مورد تحلیل و ارزیابی قرار داده است. آن‌گاه ابهامات موجود در نظام‌های قانونی مرتبط با این موضوع را به بوته نقد کشانده است. در نظامی که خانواده در سایه حمایت قانون قرار می‌گیرد و به مثابه یک نهاد اخلاقی و اجتماعی نگرینسته می‌شود، جامعه نسبت به انحلال نهاد موصوف با حساسیت ویژه‌ای برخورد کرده و قوانین خود را در جهت پیشگیری از طلاق‌های خودسرانه و نابه‌جا تنظیم و تدوین می‌نماید و این موضوع را به توافق صرف زن و شوهر واگذار نمی‌کند.

با چنین رویکردی، انحلال خانواده هم‌چون فسخ یک قرارداد خصوصی یا اقاله آن مورد توجه قرار نمی‌گیرد و وارد حوزه قانون‌گذاری عمومی می‌شود. نظام حقوقی ایران نیز علی‌رغم برخورداری از پاره‌ای ابهامات که رفع آن ضروری به نظر می‌رسد، کمابیش چنین موضعی را اتخاذ نموده و صرف تراضی زن و شوهر را در این مورد کافی قلمداد ننموده است.

لذا با عنایت به این مسئله که طلاق‌های نابه‌جا و بی‌موردی که به‌صورت عجولانه و در اثر عدم مدیریت مناسب و منطقی مشکلات خانوادگی به ویژه در سال‌های اولیه زندگی مشترک با تراضی و توافق شتابزده زن و شوهر واقع می‌شوند، از آسیب‌های کاملاً جدی است که نهاد خانواده را با چالش‌های عدیده مواجه می‌سازد؛ قوانین و مقررات حاکم بایستی جلوگیری از انحلال بی‌مورد و غیرمنطقی نکاح و حمایت از بقا و کیان خانواده را به‌عنوان هدف اساسی خود، مدنظر داشته و مورد توجه قرار دهد. نظام حقوقی ایران نیز با وجود دارا بودن برخی ایرادات و ابهامات، در اکثر برهه‌ها، رویکرد مذکور را اتخاذ نموده و به محدود نمودن اختیارات زوجین در فرضی که آنان راضی به وقوع طلاق هستند، پرداخته است.

کلیدواژه‌ها: طلاق، طلاق توافقی، حوزه خصوصی، قلمرو عمومی، زوجین، خانواده

مقدمه

جایگاه والای خانواده به‌عنوان باهویت‌ترین نهاد اجتماعی از دیرباز و خصوصاً قرون اخیر، موقعیت و مقام ممتازی را در بین کلیه تأسیسات حقوقی نوین و کهن برای آن ایجاد کرده است. اهمیت نهاد خانواده در مجادله بی‌امان و مستمر تاریخ ملتها به حدی است که هیچ یک از مکاتب سیاسی، اجتماعی و فلسفی از پرداختن به آن بی‌نیاز نبوده‌اند. از نخستین روزهای پیدایش بشر بر عرصه خاک و اولین شکفتگی‌های اندیشه بشری در گستره عظیم تاریخ خرد و آگاهی، خانواده و حقوق مربوط به آن همواره بخش قابل توجهی از اشتغالات فکری انسان را تشکیل می‌داده است (محقق داماد، ۱۳۸۰).

امروزه مفهوم سنتی حقوق خانواده در سایه‌سار تحولات اجتماعی دچار تغییر گردیده و با طرح موضوعات جدیدی در این حوزه، نظام حقوق خانواده شکل و محتوای جدیدی یافته است، به‌گونه‌ای که می‌توان به جرأت بیان کرد، در حال حاضر حقوق خانواده از سیطره مطلق قواعد حاکم بر نظام حقوق خصوصی خارج شده و با قواعد و نظام‌های آمره حقوق عمومی ارتباطی تنگاتنگ یافته است. یکی از موضوعات مهم مرتبط با نظام حقوق خانواده که همواره نهاد خانواده را تحت تأثیر قرار داده و درباره سود و زیان آن، گفتگوی بسیار شده، امکان انحلال نهاد خانواده است. نه تنها حقوق موضوعه کشورها و علمای اجتماعی، بلکه پیامبران و رهبران اخلاقی نیز نتوانسته‌اند در این باب به توافق کامل برسند.

پرسش اساسی مقاله حاضر آن است که آیا طلاق به توافق زوجین از مسائل مرتبط با حوزه خصوصی است، حوزه‌ای که به زندگی شخصی و خصوصی افراد مربوط بوده و آن‌ها را در وضعیتی قرار می‌دهد که در زندگی خویش تابع ضوابط، قواعد، مقررات حقوقی، فشارهای اجتماعی و هنجارهای ثابت، قطعی و از پیش تعیین شده نبوده و از آزادی اندیشه و ابتکار عملی فردی برخوردارند و یا آن‌که از قلمرو حاکمیت صرف اراده‌های خصوصی خارج بوده و از موضوعات مرتبط با حوزه عمومی است، حوزه‌ای که فرد در آن تابع هنجارها، قواعد و مقررات از پیش تعیین شده و الزام‌آور برای حفظ نظم اجتماعی و منافع عمومی است؟ (نانسی، ۱۳۸۲).

واضح است که در نظامی که خانواده در سایه حمایت قانون قرار می‌گیرد و به مثابه یک نهاد اخلاقی و اجتماعی نگریسته می‌شود، جامعه نسبت به انحلال نهاد موصوف با حساسیت ویژه‌ای برخورد کرده و قوانین خود را در جهت پیشگیری از طلاق‌های خودسرانه و نابه‌جا، تدوین و تنظیم می‌نماید و این موضوع را به توافق صرف زن و شوهر واگذار نمی‌کند. با چنین رویکردی، انحلال خانواده هم‌چون فسخ یک قرارداد خصوصی یا اقاله آن مورد توجه قرار نمی‌گیرد و تراضی زن و شوهر به عنوان مجوز وقوع طلاق در نظر گرفته نمی‌شود. رویکرد موصوف موجب می‌شود تا مسئله طلاق

حتی در صورت توافق زوجین از قلمرو حاکمیت صرف اراده‌های خصوصی خارج گردیده و به حیطة قانون‌گذاری عمومی دولت وارد شود.

نگارنده در این مقاله کوتاه سعی خواهد نمود تا با روش تحقیق توصیفی و تحلیلی ابتدا به تبیین و توصیف ویژگی‌های تأسیس حقوقی طلاق و موضع‌گیری نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف در این رابطه پرداخته، سپس لوازم و شرایط صحت طلاق به تراضی زوجین و رویکرد قانون‌گذار ایران نسبت به طلاق توافقی در برهه‌های مختلف را تبیین و تحلیل نماید.

الف) کلیات

تعریف طلاق: طلاق در لغت، به معنی گشودن گره و رها کردن است. در فقه اسلامی در تعریف طلاق گفته‌اند: «طلاق عبارت است از زایل کردن قید ازدواج با لفظ مخصوص» (نجفی، ۱۹۸۱)، طلاق مخصوص عقد دائم است. طلاق یک عمل حقوقی یک جانبه است و ناشی از اراده طرفین نیست. بعضی از استادان حقوق فرانسه، طلاق (divorce) را چنین تعریف کرده‌اند: «طلاق قطع رابطه زناشویی به حکم دادگاه، در زمان حیات زوجین، به درخواست یکی از آنان یا هر دو، با شرایط معین است» (صابری صفائی، ۱۳۴۶).

در حقوق امروز ایران طلاق ممکن است به حکم دادگاه یا بدون آن واقع شود و در تعریف آن می‌توان گفت: «طلاق عبارتست از انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده قانونی او» (صفائی، حقوق خانواده، ۱۳۶۹).

بنابراین طلاق ویژه نکاح دائم است و انحلال نکاح منقطع (متعهد) از طریق بذل یا انقضاء مدت صورت می‌گیرد. ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه با انقضاء مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸).

از نظر ماهیت حقوقی، در فقه اسلامی و قانون مدنی، طلاق ایقاعی است که از سوی مرد یا نماینده او واقع می‌شود. حتی در مواردی که طلاق بر اساس توافق زوجین صورت می‌گیرد، باید آن را یک عمل حقوقی یک‌جانبه (ایقاع) به‌شمار آورد؛ زیرا توافق زوجین که شرط یا انگیزه طلاق می‌باشد، غیر از خود آن است و طلاق، یعنی آخرین عملی که با اجرای صیغه تحقق می‌پذیرد و رابطه نکاح را منحل می‌کند. بنابراین طلاق، یک عمل حقوقی یک‌جانبه (ایقاع) است و ناشی از اراده طرفین نمی‌باشد، (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵).

ویژگی‌های تأسیس حقوقی طلاق: از تعاریف ارائه شده در مورد طلاق می‌توان ویژگی‌های ذیل را برای آن برشمرد (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵).

طلاق ایقاع است: یعنی تنها به اراده مرد یا نماینده او واقع می‌شود و نیازی به موافقت زن ندارد. درست است که مطابق ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق، زن و شوهر می‌توانند درباره طلاق توافق کنند و دادگاه می‌تواند پس از احراز عدم سازش میان آنان، حکم به طلاق صادر نماید، ولی با این همه باید دانست که طلاق به تراضی یا با صدور حکم و اذن دادگاه انجام نمی‌شود. دخالت دادگاه یا تراضی طرفین، مجوز واقع ساختن و ثبت طلاق در دفترخانه رسمی است و در عمل حقوقی اثری ندارد.

طلاق عملی تشریفاتی است: گذشته از این که وقوع طلاق در صورت اختلاف باید به اذن دادگاه باشد و تحصیل این اذن تشریفات خاص دارد، اصل ایقاع نیز تنها به رضای مرد واقع نمی‌شود و به شرایط ویژه‌ای نیازمند است. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی نیز در بیان همین شرایط می‌گوید: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لاقول دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند، واقع گردد».

طلاق به اذن یا حکم دادگاه واقع می‌شود: در موردی که زن خواستار جدایی است، بی‌گمان مطابق قانون بایستی برای احراز عسر و حرج در ادامه زندگی زناشویی از دادگاه حکم بگیرد و شوهر را بر مبنای آن اجبار به طلاق کند. ولی طبق فرضی که شوهر مایل به جدایی باشد، بایستی با تشریفات خاص و پس از رجوع به داوری، از دادگاه اذن به طلاق بگیرد. این اذن در اصطلاح «گواهی عدم امکان سازش» نامیده می‌شود. این موضوع در خصوص فرضی نیز که زن و شوهر هر دو راضی به طلاق بوده و خواستار طلاق توافقی هستند، صادق می‌باشد.

طلاق وسیله انحلال نکاح دائم است: اگر زناشویی برای مدت معینی باشد (نکاح منقطع یا متعه)، انحلال آن به وسیله بذل مدت از طرف شوهر یا در اثر تمام شدن مدت، انجام می‌گیرد. چنان که ماده ۱۱۲۰ ق.م.مقرر می‌دارد: «عقد نکاح به فسخ یا بطلان یا بذل مدت در عقد انقطاع، منحل می‌شود».

طلاق به اراده مرد واقع می‌شود: البته مقصود این نیست که زن هرگز نمی‌تواند، درخواست طلاق کند یا رأی دادگاه هیچ اثری در وقوع آن ندارد. زن حق دارد که با شرایط معین، اجبار مرد را به طلاق بخواهد و دادگاه نیز در چنین موردی، حکم به طلاق می‌دهد. ولی نکته در این جاست که باید میان موجبات طلاق و شرایط و ارکان وقوع آن تفاوت گذارد، در همه موارد خواه درخواست‌کننده طلاق، شوهر باشد یا زن و یا هر دو، مرد باید صیغه طلاق را بگوید و آن را واقع سازد. در مواردی که زن درخواست طلاق می‌نماید، دادگاه شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و نمی‌تواند به‌طور مستقیم نکاح را منحل سازد (ماده ۱۱۲۹ ق.م). اما اگر شوهر به اختیار حکم را اجرا نکند، دادگاه که مطابق اصول کلی نماینده قانونی ممتنع است (الحاکم ولی الممتنع)، از طرف او زن را طلاق می‌دهد (بخش اخیر ماده ۱۱۳۰ ق.م).

طلاق در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف: طلاق از دیرباز در قوانین و شرایع مختلف با حدود و قیودی پذیرفته شده است. در یونان و روم طلاق را می‌شناختند و حتی از آن سوءاستفاده می‌کردند. در عرف ژرمنی نیز طلاق وجود داشت و اختیار آن مانند سایر جوامع مرد سالار، اصولاً به‌دست شوهر بود. در اغلب مذاهب مانند اسلام، زردشت، یهود، پروتستان و ارتدکس از شاخه‌های دین مسیح، طلاق با شرایطی پذیرفته شده است. اما در مذهب کاتولیک طلاق به کلی ممنوع می‌باشد. در اسلام، اگرچه طلاق منع نشده و به ظاهر مرد هر وقت که بخواهد، می‌تواند زن خود را طلاق دهد و زن نیز در موارد خاصی می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند، لیکن شکی وجود ندارد که طلاق در اسلام امری مذموم و ناپسند، تلقی شده است و روایات متعددی در نکوهش طلاق مطرح شده‌اند. علاوه بر دستورات اخلاقی، پاره‌ای از قواعد حقوقی برای محدود کردن طلاق مقرر شده است، که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره داشت: قبل از طلاق بایستی داوری از خویشاوندان مرد و داوری از خویشان زن برای برقراری صلح میان آنان تعیین شوند، طلاق باید در حضور دو شاهد عادل انجام گیرد، در طلاق رجعی که برای مرد امکان بازگشت وجود دارد، در مدت عده، زن در خانه مرد زندگی می‌کند و نقه او برعهده مرد است و.... پرواضح است که این مقررات و پاره‌ای قواعد دیگر، طلاق را محدود می‌کنند (دانای علمی، ۱۳۷۴).

در قوانین معاصر کشورهای مختلف، راهکارهای گوناگونی در زمینه طلاق به چشم می‌خورد. قوانین خانواده و احوال شخصیه عمده کشورهای اسلامی نیز علی‌الاصول طلاق را در اختیار مرد می‌دانند ولی بسیاری از آن‌ها از یک‌سو سعی کرده‌اند با الزام مراجعه به دادگاه و یا بیان علل و موجبات درخواست طلاق محدودیت‌هایی در اعمال این اختیار، ایجاد کنند و از سوی دیگر تلاش کرده‌اند تسهیلاتی برای درخواست طلاق و جدایی از جانب زن در مواردی که ادامه زندگی زناشویی برایش دشوار و موجب ضرر است فراهم آورند. برای نمونه اشاره‌ای به قوانین برخی کشورهای اسلامی در خصوص طلاق می‌شود: از ملاحظه مقررات مربوط به نکاح و طلاق مصر و تفسیرهای آن این‌گونه برمی‌آید: علی‌الاصول طلاق ایقاع است و مرد می‌تواند مستقلاً طلاق را واقع سازد ولی زن هم می‌تواند برای دفع ضرر از خود از دادگاه درخواست طلاق نماید.^۱ هم‌چنین از ماده ۵ قانون اصلاحی طلاق مصوب سال ۱۹۸۵ چنین مستفاد است که حتی ممکن است شوهر، زن را طلاق دهد بدون این‌که زن از آن مطلع گردد^۲ ولی البته آثار و حقوق مالی مترتب بر طلاق از زمان اطلاع زن حاصل می‌شود. به هر حال طبق ماده ۶ قانون مزبور زن می‌تواند در صورتی که مدعی باشد ادامه زندگی زناشویی برای او زیان‌آور است، درخواست طلاق نماید (مه‌رپور، بررسی فقهی - حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در فسخ نکاح). طبق قانون احوال شخصیه سوریه نیز اختیار طلاق در دست مرد است و ماده ۸۵ قانون مزبور مصوب سال ۱۹۵۳ مردی را که دارای ۱۸ سال تمام باشد، دارای اهلیت کامل برای طلاق دادن می‌داند. زن نیز طبق ماده ۱۰۵ در دو مورد یکی در صورت وجود عیوب مانع

از عمل زناشویی و دیگری در مورد حدوث جنون شوهر بعد از عقد می‌تواند، درخواست طلاق نماید. البته غیبت غیرموجه بیش از سه سال و محکومیت به حبس بیش از سه سال و ترک انفاق نیز مطابق مقررات این کشور، از موجبات درخواست طلاق از جانب زن می‌باشد (مواد ۱۰۹ و ۱۱۰). همچنین طبق ماده ۱۱۷ در صورتی که پس از وقوع طلاق از ناحیه مرد، معلوم شود که مرد بدون دلیل موجهی زن را طلاق داده و زن از این جهت دچار سختی معیشت شده است، دادگاه می‌تواند مرد را با توجه به اوضاع و احوال به پرداخت مبلغی تا حد نفقه یک سال در حق زوجه محکوم نماید (مهرپور، وضعیت متفاوت زن و مرد در طلاق). طبق قانون خانواده الجزایر نیز علی‌الاصول طلاق در دست مرد است ولی زن هم در مواردی می‌تواند درخواست طلاق نماید. ماده ۴۸ قانون مزبور مصوب سال ۱۹۸۴ می‌گوید: «طلاق عبارت است از انحلال عقد ازدواج و این امر یا به اراده زوج و یا با توافق طرفین و یا با درخواست زوجه در حدود مقررات مواد ۵۳ و ۵۴ صورت می‌گیرد». طبق ماده ۴۹ طلاق باید پس از گرفتن حکم از دادگاه صورت گیرد. همچنین ماده ۵۵ این قانون پیش‌بینی کرده است که نشوز هر یک از زوجین می‌تواند موجب صدور حکم طلاق از ناحیه دادگاه گردد. قانون احوال شخصیه لبنان مصوب سال ۱۹۱۷ با اصلاحات سال ۱۹۶۲، طلاق را در اختیار شوهر می‌داند (ماده ۱۰۲) و او را ملزم می‌داند که پس از واقع ساختن طلاق، مراتب را به اطلاع دادگاه برساند (ماده ۱۱۰).^۳ طبق قانون احوال شخصیه عراق مصوب سال ۱۹۵۹ که در سال ۱۹۷۸ و سال‌های بعد اصلاحات عمده‌ای مخصوصاً در زمینه طلاق در آن به‌عمل آمده و دامنه درخواست طلاق قضائی افزایش یافته است، علی‌الاصول طلاق در دست مرد است و ممکن است با وکالت به زن واگذار شود و یا با حکم قاضی صورت گیرد (ماده ۳۴). ماده ۳۹ این قانون مراجعه به دادگاه احوال شخصیه و گرفتن حکم از دادگاه را برای دادن طلاق لازم می‌داند و در عین حال مقرر می‌دارد که اگر مراجعه به دادگاه برای مرد میسر نبود، می‌تواند همسرش را طلاق دهد ولی لازم است در زمان عده به دادگاه مراجعه کند و طلاق را ثبت نماید.^۴ در همین ماده پیش‌بینی شده که اگر مردی زنش را طلاق داد و برای دادگاه روشن شد که در این امر بر زن ستم روا داشته و زن دچار ضرر شده است به درخواست زن، دادگاه شوهر را به پرداخت مبلغی که می‌تواند تا حد نفقه دو سال زن باشد محکوم - نماید.

قانون احوال شخصیه عراق تحت عنوان تفریق قضائی، مواد مختلفی را که هر یک از زوجین و به‌خصوص زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند برشمرده است (ماده ۴۳).^۵ طبق قانون احوال شخصیه کویت نیز اصولاً طلاق در اختیار مرد است و ماده ۹۷ قانون مزبور می‌گوید: «طلاق عبارت است از انحلال عقد نکاح صحیح به اراده زوج یا قائم مقام او به لفظ مخصوص». در این قانون از لزوم مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم محکمه برای واقع ساختن طلاق از ناحیه مرد سخنی نرفته است ولی تحت

عنوان تفریق قضائی مواردی که زن می‌تواند از دادگاه درخواست صدور حکم طلاق نماید، مانند ترک انفاق، ایلاء^۷ ضرر، غایب بودن و محبوس بودن ذکر شده است. قانون ازدواج اندونزی مصوب سال ۱۹۷۴ در راستای ایجاد اصلاحات و بهبود وضعیت حقوق زن در امر نکاح و طلاق و به تعبیر مقدمه قانون، ملاحظه مقررات اسلامی و مقتضیات زمان و تحولات عصر حاضر، تنظیم و تصویب شده و در مورد طلاق دیدگاهی متفاوت از بسیاری از قوانینی که به آن‌ها اشاره شد، دارد. به هر حال طبق قانون طلاق، الزاماً باید طلاق در حضور دادگاه و پس از انجام مساعی لازم برای اصلاح و سازش صورت گیرد. هنگامی اجازه طلاق داده می‌شود که دلایل کافی و موجهی بر عدم امکان ادامه زندگی زناشویی وجود داشته باشد (ماده ۳۹). درخواست طلاق نیز حتی اگر از سوی زوج باشد باید ضمن دادخواستی تقدیم دادگاه گردد و موجبات در خواست طلاق در آن ذکر شود (ماده ۱۴ آیین‌نامه اجرایی قانون ازدواج سال ۱۹۷۵)، (Marriage Law, 1974). در ماده ۱۹ همان آیین‌نامه موجبات درخواست طلاق از قبیل ارتکاب جرم، اعتیاد به الکل و مواد مخدر، قمار، ترک زندگی خانوادگی، محکومیت ۵ سال به زندان، سوءرفتار و امثال آن‌هاست که در چندین بند ذکر شده است، (صفائی و دیگران، ۱۳۸۴). تقریباً قانون ازدواج اندونزی در قسمت طلاق نظیر قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۵۳ ایران است. در زمینه مسائل مربوط به نکاح و طلاق در مالزی یک سلسله مقررات عرفی و مربوط به فدرال وجود دارد و در عین حال در ایالات مختلف مقررات مذهبی اسلامی در دادگاه‌ها رایج و قابل اجرا می‌باشد. در ارتباط با طلاق، قانون ازدواج و طلاق سال ۱۹۷۶ و اصلاحات بعدی آن به‌طور کلی حاکم است که طبق آن قانون، طلاق باید با حکم دادگاه صورت گیرد و درخواست طلاق قبل از انقضاء دو سال از تاریخ ازدواج، در دادگاه پذیرفته نمی‌شود. درخواست طلاق از سوی هر یک از زوجین ممکن است مطرح شود و در صورتی دادگاه حکم طلاق می‌دهد که ادعای متقاضی طلاق، بر غیرقابل تحمل شدن ادامه زندگی زناشویی با دلایل و رسیدگی‌های لازم ثابت شود. مواردی چون ارتکاب زنا، سوءرفتار شدید، ترک زندگی خانوادگی برای مدت دو سال، از جمله علل موجه درخواست طلاق می‌باشد. در صورتی که پس از گذشت حداقل ۲ سال از تاریخ ازدواج، زوجین با هم متقاضی طلاق باشند و درخواست مشترک خود را به دادگاه تقدیم نمایند و دادگاه مطمئن شود که طرفین آزادانه بر درخواست طلاق توافق کرده‌اند، حکم طلاق را صادر می‌نماید. در ایالات مسلمان‌نشین علی‌الاصول طلاق تابع مقررات اسلامی است و عمدتاً شوهر حق دارد زن را وفق موازین اسلامی طلاق دهد ولی هر یک از ایالات، برخی مقررات خاص خود را دارند که شبیه مقرراتی است که از قوانین دیگر کشورهای اسلامی نقل گردید. در بعضی از ایالات، شوهر مجاز است طبق موازین مذهبی زن خود را طلاق دهد ولی باید مراتب را به ثبت محل اقامت خود گزارش دهد تا به ثبت برسد. در بعضی از ایالات طلاق باید حتماً در حضور قاضی و پس از بررسی و رسیدگی او و سعی در اصلاح و سازش صورت گیرد. طبق مقررات برخی از ایالات، درخواست طلاق

باید در فرم های مخصوص به دادگاه تقدیم شود و جز با موافقت زن و تأیید دادگاه، طلاق صحیح نخواهد بود، (Mohd. Kusrin, vol.17). با ملاحظه تعدادی از قوانین کشورهای اسلامی و مقررات مختلف آن‌ها در مورد طلاق، چنین به نظر می‌رسد که قوانین مزبور نیز عمدتاً اختیار طلاق را در دست مرد می‌دانند ولی در بسیاری از آن‌ها سعی شده موارد درخواست طلاق از سوی زن نیز افزایش یابد و محدودیت‌هایی هم برای اعمال مطلق این اختیار از سوی مرد پیش‌بینی شده که حداقل آن‌ها الزام مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم یا اجازه طلاق از سوی دادگاه است. طبیعتاً برداشت کلی این است که از لحاظ موازین اسلامی حق طلاق با مرد است که بدون رضایت و موافقت زن می‌تواند طلاق را واقع سازد و در موارد خاص و استثنائی، زن می‌تواند با مراجعه به دادگاه طلاق بگیرد.

در اکثر کشورهای غیر اسلامی از جمله انگلیس، امریکا، سوئیس، بلژیک، ایتالیا (از سال ۱۹۷۰) و کشورهای سوسیالیستی سابق، طلاق پذیرفته شده است. امپراتور کبیر فرانسه که طرفدار آزادی افراد بود و منع طلاق را با این فکر مخالف می‌دانست، به‌رغم مخالفت کلیسا طلاق را وارد نظام حقوقی این کشور نمود. لیکن پس از سقوط ناپلئون، طلاق بر اثر نفوذ مقامات مذهبی در سال ۱۸۱۶ لغو گردید و سپس در سال ۱۸۸۴ مجدداً مورد قبول قانون‌گذار فرانسه قرار گرفت، (صفائی، ۱۳۵۶). با این حال هنوز در برخی از کشورها از جمله ایرلند جنوبی و بعضی از کشورهای آمریکای جنوبی طلاق در سیستم حقوقی وارد نگردیده است. البته باید یادآور شد که این کشورها موارد بطلان نکاح را گسترش داده و تفرق جسمانی را نیز که به زن و شوهر اجازه می‌دهد، جدا از یکدیگر زندگی کنند، بدون آن‌که رابطه زوجیت قطع شده باشد، مشروع و قانونی تلقی کرده‌اند. در اکثر کشورها طلاق فقط به حکم دادگاه و با حدود و قیودی پذیرفته شده است، حتی در اتحاد جماهیر شوروی سابق که به موجب قانون مصوب ۱۹۲۶ طلاق با اراده هر یک از زوجین به آسانی و بدون احتیاج به حکم دادگاه صورت می‌گرفت، از سال ۱۹۴۴ تثبیت خانواده مورد توجه واقع و طلاق قضائی پذیرفته شد، (صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۱۳۵۰).

در ایران قبل از تصویب قانون حمایت خانواده (۱۳۴۶) بر اثر زندگی جدید و سست شدن مبانی اخلاقی و مذهبی از مقررات طلاق که از فقه امامیه گرفته شده بود، سوءاستفاده می‌شد و آمار طلاق رو به افزایش بود. از این‌رو قانون‌گذار درصد محدود کردن اختیار مرد در این زمینه برآمد و به موجب قانون حمایت خانواده به دادگاه‌ها اختیار داد که فقط در موارد خاصی به درخواست زن یا شوهر یا با توافق، گواهی عدم امکان سازش برای طلاق صادر کنند.

قانون دوم حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ پاره‌ای از ابهامات و اشکالات قانون پیشین را در زمینه طلاق از میان برد، لیکن موجبات طلاق را گسترش داد. لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب

مهرماه ۱۳۵۸، با توجه به پذیرش نظام جمهوری اسلامی در ایران، بازگشت به قانون مدنی و احکام شرع را مقرر داشت.

سرانجام قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، در راه حمایت از حقوق زنان و حفظ خانواده، قواعد جدیدی در این زمینه مقرر نمود که بیشتر دارای جنبه شکلی است و در مباحث آتی مورد توجه و بررسی قرار خواهد گرفت، (صفائی و امامی، ۱۳۸۴).

ب) طلاق توافقی؛ پیشینه تاریخی و شرایط صحت آن

طبق قوانین موضوعه و معمول فعلی ایران، اختیار طلاق در دست مرد است، یعنی مرد هر وقت بخواهد می‌تواند اقدام به طلاق دادن زن خود بنماید، بدین معنا که ملزم نیست دلیل خاصی را برای تصمیم خود نسبت به طلاق دادن ذکر کند. ولی این محدودیت برای مرد وجود دارد که اگر بخواهد طلاق دهد حتماً باید به دادگاه مراجعه نماید و دادگاه به امید رسیدن به سازش و منصرف کردن مرد از طلاق موضوع را به داوری ارجاع نماید و طبعاً برای مدتی مانع اجرای تصمیم او می‌شود، اما به هر حال اگر مرد مصمم بر طلاق باشد و کنار نیاید سرانجام دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند که مرد با در دست داشتن آن می‌تواند رسماً طلاق را واقع و ثبت نماید. به این ترتیب می‌توان گفت در حقوق ایران، عملاً محدودیتی در اعمال اختیار طلاق برای مرد ایجاد شده است، زیرا برای ثبت طلاق ناگزیر باید به دادگاه مراجعه و اجازه دادگاه را که همانا گواهی عدم امکان سازش است، دریافت نماید. ولی زن اگر متقاضی طلاق باشد، علاوه بر آن که باید به دادگاه مراجعه نماید، درخواست طلاق خود را نیز باید در قالب یکی از موارد خاص پیش‌بینی شده در قانون مدنی، یعنی ترک انفاق یا عسر و حرج مطرح نماید و آن را ثابت کند یا در ضمن عقد بر شوهر شرط یا شروطی کرده و وکالت گرفته که در صورت تخلف از آن شروط خود را مطلقه نماید و در دادگاه، گرفتن وکالت و تخلف از شرط را اثبات نماید تا موفق به اخذ گواهی عدم امکان سازش شود.

هم‌چنین زن و مرد می‌توانند با توافق یکدیگر اقدام به طلاق نمایند، لیکن مقصود از طلاق، به توافق زوجین این نیست که اراده زن و مرد به یک اندازه در طلاق مؤثر بوده و به منزله یک قرارداد بین زوجین تلقی می‌شود، چنین امری در فقه امامیه و قانون مدنی قابل قبول نیست، چراکه هر دو طلاق را حق و اختیار مرد دانسته‌اند، (S. Fatemi, vol. 17). بر این مبنا برخی از حقوقدانان چنین اظهار نموده‌اند که در فقه امامیه و قانون مدنی طلاق به توافق پیش‌بینی نشده است، زیرا طلاق ناشی از اراده مرد و حق و اختیار اوست و رضایت یا عدم رضایت زوجه نمی‌تواند اثری در موضوع داشته باشد. پس نه در فقه و نه در قانون، توافق زوجین از موجبات طلاق به‌شمار نیامده و طلاق به توافق متصور نیست.

این نظر مبتنی بر یک مفهوم مضیق و محدود از طلاق با تراضی است. اگر مقصود از طلاق به توافق این باشد که اراده زن و مرد به یک اندازه در طلاق مؤثر باشد و طلاق یک قرارداد بین زوجین تلقی شود یا لااقل صرف توافق اراده‌های خصوصی زن و شوهر مبنای حکم دادگاه بر طلاق باشد، طلاق به توافق به این معنا در فقه امامیه بنا به قول مشهور و قانون مدنی پذیرفته نشده است، (مهرپور محمدآبادی، ۱۳۵۲).

مقررات مرتبط با طلاق توافقی از گذشته تاکنون تحولات گوناگونی را پشت سر گذاشته و روند متغیری را پیموده است. سؤال اساسی این است که آیا زن و شوهر می‌توانند با توافق یکدیگر و بدون مراجعه به دادگاه، طلاق شرعی را جاری ساخته و سپس در دفتر رسمی ثبت نمایند؟ یا این که ابتدا باید به دادگاه مراجعه و پس از احراز عدم امکان سازش از سوی دادگاه و صدور گواهی در این مورد جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن به دفاتر رسمی مراجعه کنند. پرسش مهم دیگر آن است که اساساً برای صحت طلاق به تراضی چه شرایط قانونی، ضروری می‌باشد؟ در این قسمت از تحقیق، سیر تکوین مقررات مربوط به طلاق توافقی و شرایط لازم جهت اعتبار قانونی این نوع از طلاق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- پیشینه تاریخی: در نظامی که خانواده در حمایت قانون قرار می‌گیرد و به‌عنوان یک نهاد اجتماعی و اخلاقی مورد توجه واقع می‌شود، اجتماع نسبت به انحلال این نهاد حساس است و قوانین مانع از طلاق‌های نابه‌جا و خودسرانه می‌گردد و این مسئله را صرفاً به تراضی زن و شوهر واگذار نمی‌کند. در این باره دادگاه تصمیم می‌گیرد تا از منافع عمومی و کودکان خانواده دفاع کند. انحلال خانواده به منزله فسخ قرارداد خصوصی یا اقاله آن نیست و تراضی زن و شوهر نمی‌تواند به تنهایی موجبات آن را فراهم سازد. رویکرد مذکور موجب می‌شود تا طلاق به تراضی از قلمرو حاکمیت صرف اراده‌های خصوصی خارج گردیده و در حیطه حاکمیت الزامات عمومی قرار گیرد.

طلاق توافقی قبل و بعد از انقلاب مورد توجه قانون‌گذار بوده ولی قوانین تدوین یافته در رابطه با آن روندی متغیر داشته‌اند، (کریمی‌نیا، ۱۳۷۷). در این جا به بررسی دیدگاه‌های گوناگون قانون‌گذار در خصوص امکان یا عدم وقوع طلاق به صرف تراضی زن و شوهر بر این امر و لزوم یا عدم لزوم مراجعه به دادگاه می‌پردازیم:

الف) قانون حمایت خانواده مصوب بهمن ماه ۱۳۵۳:

به‌موجب بند نخست از ماده ۸ قانون فوق الذکر، زوجین در صورت توافق برای طلاق می‌بایست به دادگاه مراجعه و تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند. هم‌چنین ماده ۱۰ این قانون که اجرای صیغه طلاق و ثبت آن را پس از رسیدگی دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش، مجاز قلمداد نموده است، مؤید این معناست. با عنایت به منطوق مواد مزبور، به‌منظور وقوع طلاق، طی این مراحل الزامیست: تقاضای زوجین جهت صدور گواهی عدم امکان سازش از دادگاه؛ رسیدگی دادگاه،

راساً یا به‌وسیله داور یا داوران برای ایجاد صلح و سازش بین زن و شوهر؛ صدور گواهی عدم امکان سازش، در صورت عدم اصلاح روابط فی‌مابین؛ اجرای صیغه طلاق در دفتر رسمی و آن‌گاه ثبت واقعه طلاق.

شایان ذکر است عدم رعایت ضوابط فوق، مطابق ذیل ماده ۱۰ این قانون، مجازات حبس جنحه‌ای از شش ماه تا یک‌سال را برای هر یک از زوجین متخلف در پی خواهد داشت. همچنین مجازات مزبور در خصوص سردفتری که طلاق را بدون گذراندن مراحل پیش گفته ثبت نماید، اعمال می‌گردد.

ب) لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب مهر ماه ۱۳۵۸:

بر اساس قسمت اخیر تبصره ۲ ماده ۳ این قانون در مواردی که بین زوجین، راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست. بر این مبنا مجازاتی برای وقوع طلاق توافقی بدون مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش، در انتظار زوجین و سردفتر ثبت کننده طلاق نخواهد بود.

ج) قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام:

مطابق ماده واحده قانون مذکور در کلیه موارد، زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند و چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین حل و فصل نگردد، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق ارجاع می‌نماید. بر اساس این ماده واحده، زوجین در صورت توافق بر طلاق نیز می‌بایست جهت اخذ گواهی عدم امکان سازش به دادگاه صالح مراجعه کنند.

خاطر نشان می‌سازد چنانچه پروسه مندرج در ماده واحده رعایت نگردیده و سردفتر مبادرت به ثبت چنین طلاق‌ی نماید، از وی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد.

د) لایحه قضائی حمایت خانواده مصوب ۱۳۸۶/۴/۳ هیأت وزیران:

نظر به وجود ابهامات، تعارضات و خلأهای متعدد قانونی پیرامون نظام حقوقی حاکم بر مباحث مرتبط با خانواده و به منظور نیل به مفاد مندرج در اصل ۲۱ قانون اساسی و با در نظر گرفتن منطوق بند ۲ اصل ۱۵۸ این قانون، لایحه موصوف که بنا به پیشنهاد قوه قضائیه، در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۴/۳ هیأت دولت به تصویب رسیده، از سوی ریاست محترم جمهوری به مجلس شورای اسلامی جهت طی تشریفات قانونی ارسال گردید و اینک در حال بررسی در کمیسیون‌های ذیربط در مجلس می‌باشد.

به موجب ماده ۲۶ لایحه فوق‌الاشعار ثبت طلاق و سایر اسباب انحلال نکاح در دفاتر رسمی، صرفاً پس از صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم مربوط از سوی دادگاه یا گواهی مراکز مشاوره خانواده مبنی بر توافق زوجین بر طلاق، مجاز می‌باشد.

ماده ۲۷ این لایحه مقرر می‌دارد: در صورتی که زوجین به صورت توافقی متقاضی طلاق باشند، باید به مراکز مشاوره خانواده مراجعه نمایند. این مراکز ضمن ارائه خدمات مشاوره‌ای، سعی در سازش و انصراف ایشان از درخواست طلاق می‌نمایند. در صورت حصول سازش و انصراف از طلاق، سازش نامه تنظیم و گرنه با ذکر دقیق موارد توافق، گواهی توافق زوجین بر طلاق صادر می‌نمایند. بر اساس ماده ۳۴ لایحه پیش گفته، گواهی صادره از سوی مراکز مشاوره خانواده مبنی بر طلاق توافقی از زمان صدور تا ۳ ماه دارای اعتبار بوده و با حضور طرفین اجرا می‌گردد. خاطر نشان می‌سازد چنانچه ضوابط مندرج در لایحه موصوف در خصوص پروسه حاکم بر وقوع طلاق توافقی، رعایت نگردیده و مع‌الوصف، سردفتر مبادرت به ثبت طلاق نماید، به موجب نص صریح ماده ۴۷ این لایحه به انفصال دائم از اشتغال به سردفتری محکوم خواهد شد.

۲- شرایط صحت: شرایط ضروری جهت صحت و اعتبار قانونی طلاق را به‌طور کلی به دو گروه اصلی تقسیم کرده‌اند؛ گروهی که مربوط به ارکان اساسی ایقاع است، مانند قصد و رضا و اهلیت مرد، معین بودن موضوع طلاق، پاکیزه بودن زن و مانند این‌ها و گروه دیگر که ناظر به چگونگی صورت خارجی و تشریفات وقوع آن است، مانند به‌کار بردن الفاظ خاص در حضور دو مرد عادل و صدور حکم یا اذن از طرف دادگاه، (عراقی، ۱۳۶۹). علاوه بر شرایط مذکور شرایط خاص صحت طلاق بر مبنای تراضی طرفین را می‌توان به شرح ذیل مورد توجه و بررسی قرار داد:

الف) توافق زوجین:

به‌موجب بند اول ماده ۸ قانون حمایت خانواده، توافق زوجین برای طلاق، یکی از موجباتی بود که بر مبنای آن می‌شد از دادگاه درخواست گواهی عدم امکان سازش کرد. این حکم تازگی نداشت و قانون ۱۳۴۶ نیز آن را اجازه داده بود. هم‌چنین در حقوق کشورهای اروپایی نیز سابقه طولانی داشت.

این نهاد حقوقی در کشور ما به سادگی پذیرفته شد، زیرا به موجب قانون مدنی شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد زن خود را طلاق دهد و در حقوق اسلامی نیز تنها شوهر در این‌باره تصمیم می‌گیرد. پس در موردی که زن و شوهر در این‌باره به توافق می‌رسند، سنت‌های اخلاقی و مذهبی، مانعی برای جدایی آنان ایجاد نمی‌کند.

لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص نیز، طلاق با توافق زوجین را مورد تأیید قرار داده و حتی تکلیف قانونی رجوع به دادگاه جهت کسب اذن جهت طلاق و اخذ گواهی عدم امکان سازش در این مورد را که در قوانین پیشین مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته بود، پیش‌بینی نکرده است.

برخلاف لایحه مذکور، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، لزوم مراجعه به دادگاه و کسب گواهی نبود امکان سازش را در خصوص کلیه طلاق‌ها، مورد تأکید قرار داده است.

نکته‌ای که نایبستی از نظر دور نگاه داشت، آن است که توافق و تراضی زن و شوهر، به عنوان مبنای طلاق و اجرای آن مورد توجه بوده و ماهیت حقوقی عمل طلاق را تغییر نمی‌دهد و لذا نایبستی چنین گمان کرد که طلاق توافقی از زمره عقود بوده و با سایر انواع طلاق، ماهیتاً متفاوت است، (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵).

هم‌چنین نایبستی طلاق به تراضی طرفین را با طلاق خلع و مبارات یکی پنداشته و آن‌ها را از یک جنس قلمداد کنیم^۸ (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵). زیرا در خلع و مبارات، طلاق یکی از اجزای توافقی است که زن و شوهر به منظور انحلال نکاح انجام می‌دهند. به این معنا که زن مالی را به شوهر بخشیده و شوهر در برابر این فدیة، زن خود را طلاق می‌دهد و نهادی شبیه به هبه معوض ایجاد می‌شود که در زمره طلاق‌های باین است. این در حالی است که طلاق که بر مبنای تراضی زوجین، واقع می‌گردد، مانند سایر طلاق‌های رجعی، به وسیله شوهر یا نماینده قانونی او در محضر انجام گرفته و توافق در ساختمان حقوقی آن کمترین دخالتی ندارد. ولی بر خلاف مورد اخیر در طلاق خلع و مبارات، عمل حقوقی طلاق ضمن تراضی زن و شوهر تحقق می‌یابد^۹.

ب) فعلیت داشتن توافق در زمان طلاق:

یکی از شرایط لازم جهت صحت طلاق که با توافق زوجین واقع می‌شود، لزوم فعلیت داشتن توافق در زمان طلاق است. هر چند قوانین مجری در خصوص طلاق توافقی، زمان اعتبار توافق مزبور را معین نکرده و این شبهه را ایجاد نموده‌اند که تراضی زن و شوهر در هر زمان که اتفاق افتد، برای اجرای صیغه طلاق کافی است و پس از تحقق آن، رجوع از توافق امکان‌پذیر نبوده و بسان سایر قراردادهای لازم می‌باشد. لیکن این ادعا به کلی مردود بوده و با حکم مربوط به جلوگیری از شقاق و به‌طور مسلم با نظم عمومی و روح قوانین مربوط به حمایت خانواده در تعارض است.

توافق زوجین، همانند قراردادهای خصوصی برای زن یا شوهر حق طلاق به‌وجود نمی‌آورد. زیرا طلاق نمی‌تواند موضوع عقد قرار گیرد و حاکمیت اراده در سازمانی که به موجب قوانین اداره می‌شود، اخلال به‌وجود آورد.

بنابراین موضوع شایان توجه در خصوص طلاق توافقی آن است که تراضی زوجین در مورد طلاق بایستی در زمان وقوع آن موجود باشد و چنان‌چه در این زمان یکی از زوجین از توافق گذشته خود رجوع کرده باشد، دیگر نمی‌توان ادعا کرد که برای طلاق، توافق وجود دارد. بنابراین آثار ناشی از توافق طرفین در گذشته، نمی‌تواند از موجبات طلاق قلمداد شود، زیرا قرارداد خصوصی نمی‌تواند در

احکام طلاق اثر کند. پس، ناچار باید توافق در زمان وقوع طلاق، فعلیت داشته باشد، (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵).

ج) رجوع به دادگاه و تحصیل گواهی عدم امکان سازش:

به موجب ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، کلیه زوج‌هایی که خواستار طلاق و جدایی از یکدیگرند، بایستی به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند تا دادگاه پس از تلاش در برقراری صلح و سازش میان آنان و ارجاع امر به داوری در راستای این مهم، در صورت عدم موفقیت، اقدام به صدور گواهی عدم امکان سازش نموده و گواهی مزبور را جهت ثبت طلاق به دفاتر رسمی ارسال نماید. این حکم شامل طلاق‌هایی که بر مبنای تراضی طرفین واقع می‌شود نیز می‌گردد. اما پرسش مهم در این میان آن است که آیا رجوع به دادگاه و تحصیل گواهی عدم امکان سازش جهت ثبت طلاق در دفاتر رسمی از شرایط درستی و صحت طلاق است و جدایی زن و شوهر موکول به ثبت مراتب در دفتر رسمی طلاق می‌باشد یا خیر؟ در مواجهه با این پرسش می‌توان نکاتی چند را مورد توجه قرار داد: اولاً: ثبت طلاق از شرایط درستی آن نبوده و نمی‌توان چنین ادعا نمود که جدایی زن و مرد، موکول به ثبت طلاق در دفاتر رسمی است. این موضوع در عرف مذهبی نیز مورد تأیید بوده و همین که اراده شوهر به صیغه خاص و نزد دو مرد عادل بیان شود طلاق واقع خواهد شد. پس امکان دارد که طلاق بدون ثبت در محضر نیز انجام شود.

ثانیاً: در خصوص این پرسش اساسی که آیا طلاقی که بدون اذن دادگاه و در نتیجه، بدون کسب گواهی عدم امکان سازش واقع می‌شود باطل است یا خیر، بایستی اذعان نمود که از منطوق مواد قانونی مرتبط با این موضوع، نمی‌توان پاسخ قاطع قانون‌گذار به این پرسش را استنتاج کرد، لیکن از روح کلی حاکم بر قوانین حمایت خانواده و گفتگوهای مقدماتی مربوط به این موضوع، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که قانون‌گذار مایل نبوده، طلاقی را که بدون اذن دادگاه واقع می‌شود، نافذ قلمداد کند. هدف از وضع قانون جلوگیری از طلاق‌های بی‌مورد و نابه‌جا و حمایت از کانون خانواده بوده و نیل به این هدف، بطلان این‌گونه طلاق‌ها را ایجاب می‌نماید.

چنانچه در برابر این نظر، این‌گونه ادعا شود که اگر مقصود قانون‌گذار بطلان طلاقی بوده که پیش از صدور تصمیم دادگاه واقع می‌شود، چرا نکته به این مهمی را در قانون به صراحت مورد تأکید قرار نداده، می‌توان این‌گونه اظهارنظر نمود که گذشته از ملاحظات سیاسی که گاه موجب اجمال‌گویی مقنن می‌گردد، از نظر فنی قوانین ما در این زمینه چنانکه باید، تنظیم نشده و از این‌گونه معایب فراوان دارد. اصول حقوقی در قوانین مربوط به خانواده چنان به هم ریخته است که در بسیاری از امور به دشواری می‌توان به ثبات رویه قضائی و روشن شدن وضع خانواده‌ها امیدوار بود. در هر حال توجه به این مسئله که قواعد مربوط به انحلال خانواده از جمله قوانین امری بوده و رعایت آن‌ها با حفظ نظم عمومی در ارتباط است، می‌تواند به روشن شدن موضوع مورد بحث و اتخاذ تصمیم قاطع در این

مورد یاری رساند. بنابراین شایسته است که تخلف از قوانین مرتبط با نظام خانواده، به دلیل ارتباط تنگاتنگ آن‌ها با نظم عمومی، به آسانی نادیده گرفته نشود^۱ (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵). با این همه شاید نتوان این حقیقت را انکار نمود که مادامی که دعاوی مربوط به اصل نکاح و طلاق در صلاحیت محاکم شرع (دادگاه مدنی خاص) می‌باشد، دشوار بتوان طلاق را که بدون اذن دادگاه انجام شده است، بی‌اثر پنداشت. چراکه هرگاه در دعوایی نسبت به نفوذ یا بطلان چنین طلاق اختلافاً بروز کند، دادگاه عمومی دعوی موصوف را به دادگاه مدنی خاص ارجاع می‌نماید و این محکمه نیز، پس از احراز وجود شرایط شرعی طلاق، آن را نافذ اعلام می‌کند، (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵).

موضوع قابل ذکر دیگر مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش صادره از سوی دادگاه در خصوص طلاق توافقی است. در قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۲۸ آبان ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام اصطلاح گواهی عدم امکان سازش، به پیروی از قانون حمایت خانواده به کار رفت و با به کار بردن این اصطلاح به نظر می‌رسید که ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده که مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش را به‌طور کلی در خصوص انواع طلاق‌ها، سه ماه از تاریخ صدور دانسته، به اعتبار خود باقی است. با وجود این قانون تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش در تاریخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۸ به تصویب رسید که علاوه بر تعیین مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش که همان سه‌ماه مقرر در ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده است، قواعد جدیدی را آورد که با حکم ماده ۲۱ تفاوت دارد. از این‌رو ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده تا حدی که با قانون جدید مغایرت دارد، منسوخ تلقی می‌شود، (صفائی و امامی، ۱۳۸۴).

ماده واحده جدید چنین مقرر می‌دارد: «گواه صادره از مراجع قضائی، در خصوص عدم امکان سازش بین زن و شوهر، چنان‌چه ظرف سه‌ماه از تاریخ ابلاغ به دفتر ثبت طلاق تسلیم نشود، از اعتبار ساقط خواهد بود.

در صورتی که ظرف مدت مقرر گواهی یاد شده جهت اجرای طلاق تسلیم دفتر ثبت طلاق شود، سردفتر مکلف است به طرفین اعلام نماید تا جهت اجرای صیغه طلاق و ثبت آن حضور یابند، در صورت عدم حضور هر یک از طرفین در وقت مقرر برای مرتبه دوم حداکثر ظرف یک‌ماه دعوت و به شرح ذیل عمل خواهد شد:

الف: در صورت امتناع زوج از حضور و اجرای طلاق، دفتر مراتب را تأیید و به دادگاه صادرکننده گواهی اعلام می‌نماید. دادگاه به درخواست زوجه، زوج را احضار و در صورت امتناع از حضور، دادگاه با رعایت جهات شرعی، صیغه طلاق را جاری و دستور ثبت و اعلام آن را به دفتر ثبت طلاق صادر می‌کند.

ب: در صورتی که زوج به دفترخانه مراجعه ولی از اجرای صیغه طلاق امتناع نماید، مطابق بند (ب) عمل خواهد شد.»

آن گونه که از عبارت مذکور در صدر ماده واحده پیداست، ضوابط مقرر در خصوص مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش صادره از سوی مراجع قضائی، به طور کلی در رابطه با انواع طلاقها پیش‌بینی شده و قانون‌گذار از این حیث تفاوتی میان طلاق بر مبنای تراضی زوجین و سایر انواع طلاقها نگذاشته است. لکن همان‌طور که در مبحث مربوط به شرایط صحت طلاق توافقی ذکر شد، فعلیت داشتن توافق در زمان وقوع طلاق یعنی اجرای صیغه طلاق توسط مرد و نه صدور گواهی عدم امکان سازش از سوی دادگاه از جمله شرایط لازم جهت صحت این نوع طلاق بوده و رجوع هر یک از طرفین از توافق صورت گرفته پیش از وقوع طلاق، موجب از میان رفتن رکن اساسی صحت طلاق توافقی گردیده و اعتبار قانونی آن را متزلزل می‌سازد. این در حالی است که عبارات مذکور در ماده واحده مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش کلی و مطلق بوده و این استنباط را قوت می‌بخشد که قانون‌گذار در هر حال مدت ۳ ماه را برای اعتبار گواهی عدم امکان سازش صادره، تعیین نموده و ضوابط آن در مورد طلاق بر مبنای تراضی زوجین نیز صادق است. در هر حال به نظر می‌رسد قوانین موجود از این نظر دارای ابهام بوده و اصلاح آن ضروری می‌باشد.

نتیجه

نکاح تأسیس حقوقی ویژه‌ای است که بر مبنای رابطه عاطفی و جنسی زن و مرد ایجاد می‌شود. اشخاص در انتخاب همسر آزادی کامل داشته و اصل نکاح مانند سایر قراردادهای خصوصی وابسته به قصد و رضای طرفین آن می‌باشد، لیکن آثار این عقد از طرف قوانین معین می‌شود و حقوق جایی برای حاکمیت اراده آنان باقی نمی‌گذارد. لذا اصل بر محدود بودن اراده طرفین به قوانین یا امری بودن قوانین و مقررات بوده و همین امر، نکاح را از سایر معاملات جدا می‌سازد، (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۱۳۷۳).

نکاح دائم از عقود اجتماعی است و آثار آن محدود به دو طرف عقد نمی‌شود. نه تنها سرنوشت فرزندان ناشی از این پیمان به استواری و دوام خانواده بستگی دارد، نظم در دولت نیز ایجاد می‌کند که این قانون، ثابت و ایمن باقی بماند. به دلیل همین اهمیت استثنائی است که قانون‌گذار رابطه زن و شوهر را از قلمرو حاکمیت اراده خارج ساخته و نظم آن را خود بر عهده گرفته است. این تأسیس حقوقی تنها در موردی منحل می‌شود که قانون اجازه دهد. بنابراین زن و شوهر نمی‌توانند به تراضی نکاح را منحل سازند. الزامات ناشی از نکاح را اراده آنان به وجود نیاورده، تا همان اراده نیز توانایی انحلال آن را داشته باشد، (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۵).

نظام حقوقی ایران نیز کمابیش چنین موضعی را در مواجهه با مسئله طلاق اتخاذ نموده و صرف تراضی زن و شوهر را در این مورد کافی ندانسته است. به طوری که هر چند نویسندگان قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در بند نخست ماده ۸ این قانون، طلاق به توافق را پذیرفته و تراضی زوجین را از موجبات طلاق برشمرده بود، لیکن آنان را از مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش، معاف تلقی ننموده بود. لایحه تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب مهر ۱۳۵۸ نیز که از قانون حمایت خانواده، گامی فراتر نهاده و زن و شوهر را در صورت توافق بر طلاق از مراجعه به دادگاه، معاف دانسته بود، با تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در آبان‌ماه ۱۳۷۱ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، به طور ضمنی نسخ گردید و مطابق ماده واحده قانون مذکور، رجوع به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش برای ثبت طلاق در دفاتر رسمی در کلیه مواردی که زوجین قصد طلاق و جدایی از یکدیگر دارند، مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفت.

لایحه قضائی حمایت خانواده مصوب ۱۳۸۶/۴/۳ هیأت وزیران نیز در ماده ۲۷ خود زوجینی را که به صورت توافقی متقاضی طلاق می‌باشند، ملزم به مراجعه به مراکز مشاوره خانواده نموده است. مراکز موصوف ضمن ارائه خدمات مشاوره‌ای، سعی در سازش و انصراف ایشان از درخواست طلاق کرده و در صورت حصول سازش و انصراف از طلاق، سازش‌نامه تنظیم و گرنه با ذکر دقیق موارد توافق، گواهی توافق زوجین بر طلاق را صادر خواهند کرد.

بنابراین از بررسی سیر تکوین مقررات‌گذاری پیرامون مسئله طلاق، می‌توان این‌گونه نتیجه‌گیری نمود که قانون‌گذار، خانواده را به‌مثابه یک نهاد اجتماعی تلقی نموده که نه تنها سرنوشت زوجین تشکیل‌دهنده آن بلکه سرنوشت فرزندان ناشی از آن نیز، ارتباط عمیق با حفظ و حراست از آن دارد. از این‌رو قوانین مرتبط با نظام خانواده عمدتاً در جهت جلوگیری از انحلال غیرمنطقی و نادرست آن حتی در صورت توافق زن و شوهر در خصوص طلاق، تنظیم گردیده و قانون‌گذار، به محدود نمودن حاکمیت اراده خصوصی زوجین در این رابطه، پرداخته و موضوع طلاق را از جمله مسائل مهم قانون‌گذاری عمومی قلمداد کرده است.

یادداشت‌ها

۱. قانون احوال شخصیه مصر، ص ۱۴ در ارتباط با تفسیرات توضیحی مربوط به اصلاحات سال ۱۹۸۵ در مورد مقررات طلاق و توجیه آن‌ها و بیان حکمت تشریح طلاق می‌گوید: مرد وقتی فهمید ادامه زندگی مشترک به نحو مطلوب میسر نیست می‌تواند مستقلاً طلاق را واقع سازد و زن هم می‌تواند در این صورت از دادگاه دادخواست طلاق نماید: «... فللرجل ان یوقع الطلاق مستقلاً بایقاعه اذا علم ذلك، و للمرأة ان تطلب الى القاضی التطلاق اذا علمت ذلك بعد ان یلحقها الضرر لای سبب من الاسباب الموجبة».

۲. قانون احوال شخصیه مصر، ص ۵: «... و تترتب آثار الطلاق من تاریخ ايقاعه الا اذا اخفاه الزوج عن الزوجه فلا تترتب آثاره من حيث الميراث و الحقوق المالية الاخرى الا من تاریخ علمها به».
۳. قانون احوال شخصیه لبنان، مصوب ۱۹۱۷ (با اصلاحات سال ۱۹۶۲): «زوج المكلف اهل الطلاق»
۴. بند اول قانون احوال شخصیه عراق، مصوب سال ۱۹۵۹، اصلاح شده در سال ۱۹۷۸ و ۱۹۸۵: «على من اراد الطلاق ان يقيم الدعوى فى المحكمه الاحوال الشخصيه بطلب ايقاعه و استحصال حكم به، فاذا تعذر عليه مراجعه المحكمه وجب عليه تسجيل الطلاق فى المحكمه خلال مده العده...»
۵. قانون الاحوال الشخصيه و تعديلاته، بغداد، ۱۹۹۱
۶. ماده ۹۷ قانون احوال شخصیه كويت مصوب ۱۹۸۴: «الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح بارادة الزوج او من يقوم مقامه، بلطف المخصوص...»
۷. ایلاء بدین معنی است که شوهر سوگند یاد می‌کند با زن خود هم بستر نشود، در قرآن مجید سوره بقره آیه ۲۲۶ از این امر سخن رفته است: «الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ اَرْبَعَةِ اشْهُرٍ» و در کتابهای فقهی حکم آن بیان شده ولی در بین قوانین موضوعه که ما دیدیم قانون احوال شخصیه کویت حکم آن را بیان کرده و از موجبات درخواست طلاق از ناحیه زن دانسته است، ماده ۱۲۳ قانون مزبور می‌گوید: «اگر مرد قسم بخورد که بیش از چهار ماه با زن هم بستر نشود یا مدتی تعیین نکند و به هر حال چهار ماه بگذرد و بر این سوگند خود باقی باشد، با درخواست زن، دادگاه طلاق می‌دهد».
۸. برای دیدن نظر مخالف رجوع کنید به: محمد حسین قندهاری، بحثی در اطراف قانون جدید حمایت خانواده، مجله کانون وکلا، شماره ۱۳۱، ص ۴۷
۹. برای دیدن نظر مخالف رجوع کنید به: سید حسین صفایی، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، دی ۱۳۶۹، چاپ اول، ص ۳۲۷
۱۰. برای دیدن نظر مخالف رجوع کنید به: سید حسین صفایی، منبع پیشین، ص ۳۰۹

منابع

الف) منابع فارسی:

- جعفری لنگرودی محمد جعفر، حقوق خانواده، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸، چاپ اول
- دانای علمی منیژه، موجبات طلاق در حقوق ایران و اقلیت‌های غیرمسلمان، تهران، انتشارات اطلس، ۱۳۷۴، چاپ اول
- شفائی محسن، طلاق در مذاهب، تهران، بی نا، ۱۳۵۶، چاپ اول
- صابری صفائی عبدالعلی، موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنی ایران، فرانسه، شوروی و مصر، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶، چاپ اول
- صفایی سید حسین، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، دی ماه ۱۳۶۹، جلد اول
- صفائی سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اشخاص و خانواده- اموال، تهران، انتشارات میهن، چاپ سوم، ۱۳۵۰
- صفائی حسین، اسدا... امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، زمستان ۱۳۸۴، چاپ نهم
- صفائی سید حسین و دیگران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، چاپ اول
- عراقی عزت ا... آیا می‌دانید طلاق و مسائل آن کدامند؟، تهران، انتشارات راهنما، چاپ دوم، ۱۳۶۹
- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، چاپ هفتم، جلد اول

کاتوزیان ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران، انتشارات یلدا، زمستان ۱۳۷۳، چاپ دوم، جلد اول
کریمی نیا محمد مهدی، طلاق توافقی از گذشته تاکنون با توجه به قوانین، ماهنامه حقوقی، فرهنگی، اجتماعی
دادرسی، سال دوم، شماره هشتم، خرداد و تیر ۱۳۷۷

محقق داماد سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، نشر الجواد، زمستان ۱۳۸۰، چاپ هشتم
مهرپور حسین، بررسی فقهی - حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در طلاق، نامه مفید، شماره ۲۱
مهرپور حسین، بررسی فقهی - حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در فسخ نکاح، نامه مفید، شماره ۲۰
مهرپور محمد آبادی حسین، طلاق با توافق زوجین در حقوق ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه
تهران، ۵۲-۱۳۵۱
نانسی فریزر، بازاندیشی عرصه عمومی، ویراسته سایمن دورینگ، ترجمه شهریار وقفی‌پور، تهران، انتشارات تلخون،
۱۳۸۲، چاپ اول

ب) منابع عربی:

نجفی شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱، الطبعة السابعة،
المجلد الثانی و الثلاثون

ج) منابع انگلیسی:

Ghari S. Fatemi Mohammad, Autonomy and Equal Right to Divorce with Specific
Reference to Shii Fiqh and the Iranian Legal System in Islam and Christian-Muslim
Relations, Vol17.No 3.
Marriage Law 1974 (Republic of Indonesia) Avt. 39, Marriage Law Implementing
Regulation 1975, Avt. 14.
Mohd.Kusrin Zuliza, "Conversion to Islam in Relation to Divorce in Malaysian Family
Law, in Islam and Christian-Muslim Relations, vol. 17, No.3.