

## طلاق قضایی و ماهیت آن

### Judicial Divorce and Its Nature

M. Roshan , Ph.D. ✉

دکتر محمد روشن ✉

استادیار پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی

M. Mozaffari

مصطفی مظفری

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران

#### Abstract

According to the Iranian rules, divorce is within the jurisdiction of the husband, and only in special cases is the wife entitled to request divorce from the court, which is called 'judicial divorce'.

The issue that matters in the discussion of judicial divorce is its nature; which may bring different effects.

There is a disagreement about the nature of judicial divorce; some believe that it is a revocable divorce while some others consider it as irrevocable. The arguments of both sides indicate significant and fundamental flaws.

#### چکیده:

طلاق، به موجب قوانین و مقررات ایران، از اختیارات مرد است و تنها در موارد خاصی زن می-تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید، که به آن طلاق قضایی گفته می‌شود.

آنچه که در بحث طلاق قضایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، ماهیت آن است چرا که بر حسب این که چه ماهیتی دارد، آثار متفاوتی بر آن مترتب می‌گردد. ماهیت طلاق قضایی مورد اختلاف است. گروهی بر این عقیده‌اند که رجعی است و گروه دیگر آن را باین می‌دانند، که هر یک از این نظرات ایرادات اساسی و مهمی دارند.

✉Correspornding author: Dept. of Psychology  
Shahid Beheshti University, Tehran, Iran  
Tel: +9821-29902364  
Fax: +9821-29902368  
Email: [m-roshan@sbu.ac.ir](mailto:m-roshan@sbu.ac.ir)

✉ نویسنده مسئول: تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشکده خانواده  
تلفن: ۰۲۱-۲۹۹۰۲۳۶۴ دورنما: ۰۲۱-۲۹۹۰۲۳۶۸  
پست الکترونیک: [m-roshan@sbu.ac.ir](mailto:m-roshan@sbu.ac.ir)



مرکز مدیریت حوزه‌های علمی‌خوابران

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

The third viewpoint presented proportionate to the characteristics of judicial divorce in this paper is that this kind of divorce is to be considered as 'irrevocable in kind'.

This viewpoint not only removes the defects of the previous opinions, but also offers a fundamental step towards the protection of the family structure, the preservation of women rights and the prevention of probable abuse by men.

**KeyWords:** Divorce, Revocable Divorce, Irrevocable Divorce, Judicial Divorce, Male Jurisdiction

دیدگاه سومی که در این نوشتار متناسب با خصوصیات طلاق قضایی مطرح شده، این است که چنین طلاقی را «در حکم باین» بدانیم. این دیدگاه نه تنها عیوب نظرات قبلی را ندارد بلکه گامی اساسی در جهت حفظ نهاد خانواده و احقاق حقوق زنان بوده و راه سوء استفاده‌های احتمالی مردان را سد می‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** طلاق، طلاق رجعی، طلاق باین، طلاق قضایی، اختیار مرد.

## مقدمه

هر رابطه حقوقی که حداقل دو اراده در ایجاد و شکل‌گیری آن نقش دارند ممکن است که زمانی ایجادکنندگان آن قادر به ادامه آن رابطه حقوقی نباشند، به همین دلیل در قوانین کشورهای مختلف هر رابطه حقوقی که شرایط تشکیل و ایجاد آن مطرح گردیده، راه‌هایی نیز به منظور خاتمه آن پیش‌بینی شده است. برای مثال در قانون مدنی ما، مانند بسیاری از قوانین کشورهای دیگر، فصل دوم از باب اول قسمت دوم تحت عنوان «در شرایط اساسی برای صحت معامله» که در واقع شرایط لازم برای تشکیل یک عقد و فصل ششم همین باب تحت عنوان «سقوط تعهدات» که طرق مختلفی که به موجب آن یک عقد خاتمه می‌یابد، را عنوان نموده است. عقد نکاح نیز از این امر مستثنی نیست؛ یعنی قانون‌گذار علاوه بر شرایطی که برای تشکیل و انعقاد عقد نکاح پیش‌بینی نموده، شیوه‌هایی نیز جهت خاتمه آن (فسخ و طلاق) پیش‌بینی کرده است.

اما عقد نکاح با ویژگی‌های منحصر به فرد خویش و آثار متعدد فردی و اجتماعی آن موجب گردیده تا جایی که امکان دارد موارد فسخ نکاح را محدود نماید. در خصوص طلاق نیز روند قانون‌گذاری گویای آن است که روز به روز بر تشریفات شکلی طلاق افزوده می‌شود تا شاید طولانی شدن روند طلاق منجر به از بین رفتن کدورت‌ها و در نتیجه حفظ و تثبیت نهاد خانواده گردد.

در حقوق ایران<sup>۱</sup> به پیروی از فقه امامیه، طلاق در اختیار مرد است. با وجود این، مواردی در قانون مدنی<sup>۲</sup> پیش‌بینی شده که زن نیز می‌تواند از محکمه (دادگاه) درخواست طلاق نماید و در



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خوارزم

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

صورت احراز شرایط، دادگاه زن را مطلقه می‌نماید. سؤال عمده‌ای که در این‌جا مطرح می‌گردد این است که این طلاق چه نوع طلاقی است؛ باین یا رجعی یا این که ماهیت خاصی دارد؟ پذیرش هر یک از این موارد آثار متفاوتی دارد و همین مسئله موجب تشتت آراء در محاکم دادگستری گردیده است.

این نوشتار تلاش دارد با بررسی دقیق مسئله راه حل معقول و مناسبی ارائه نماید؛ به همین دلیل ابتدا به بررسی طلاق و موارد طلاق قضایی پرداخته (مبحث اول) و سپس نظرات مختلف در خصوص ماهیت طلاق قضایی را ارائه می‌دهد (مبحث دوم).

## مبحث اول - طلاق و موارد تجویز طلاق قضایی

**بند اول - طلاق در حقوق ایران:** بر اساس ماده ۱۱۳۳ ق.م. که در سال ۱۳۱۳ به تصویب رسیده است، «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد»؛ در نتیجه ماده مزبور مرد را مخیر نموده بود که هر زمانی که اراده نماید زن خود را طلاق دهد و برای انجام آن هیچ محدودیتی نداشت تا این‌که قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۴۶ به تصویب رسید. ماده ۸ قانون مزبور اختیار مرد را از جهت شکلی تعدیل نمود چرا که شوهر را موظف می‌کرد که برای طلاق دادن زن بایستی از دادگاه گواهی عدم امکان سازش مطالبه نموده و در تقاضای خود موجبات این درخواست را قید کند که در این ماده موجبات طلاق در ۵ بند عنوان شده بود. بعد از مدت کوتاهی قانون حمایت خانواده ۱۳۴۶ با تصویب قانون دیگری با همین عنوان در سال ۱۳۵۳ ملغی گردید، ماده ۸ قانون جدید نیز همان روند ماده ۸ قانون قبلی را عنوان ولی موجبات طلاق از ۵ مورد به ۱۴ مورد افزایش یافته بود. بعد از انقلاب اسلامی، لایحه دادگاه مدنی خاص مشتمل بر ۹ ماده و ۲ تبصره در سال ۱۳۵۸ به تصویب شورای انقلاب رسید که در حال حاضر با توجه به الحاقات و اضافاتی که در آن صورت گرفته است دارای ۲۰ ماده است. به موجب تبصره ۲ ماده ۳ قانون مذکور «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ ق.م. تقاضای طلاق می‌کند دادگاه بدواً حسب آیه کریمه: (فان حفتم شقاق بینهما فابعثوا حکما من امله و حکما من اهلها فان یریدا اصلاحا یوفق الله بینهما ان الله کان علیما خبیرا) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق با زوج خواهد بود...».

بنابراین با توجه به این تبصره مواردی که زن بر اساس قوانین حمایت خانواده می‌توانست درخواست طلاق نماید نسخ و موارد درخواست طلاق توسط زن به همان موارد قانون مدنی (مواد ۱۰۲۹، ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰) منحصر گردید.

در تحولی دیگر در سال ۱۳۷۰ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید که همانند قوانین قبلی بر لزوم مراجعه به دادگاه برای طلاق، حتی طلاق توافقی،



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواران

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

تأکید شده بود و تنها امتیاز آن تبصره ۶ این ماده بود که متضمن پرداخت حق‌الزحمه کارهایی بود که شرعاً بر عهده زوجه نبوده است، اما به دلیل عدم تأیید آن توسط شورای نگهبان، در نهایت با اصلاحاتی به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید.

شایان ذکر است که در ماده ۱۳۰ ق.م. نیز اصلاحاتی صورت گرفته است که آخرین آن در سال ۱۳۸۱ بود و در آن مصادیقی از عسر و حرج تعیین شده است. البته این مصادیق حصری نبوده و در موارد دیگر نیز در صورتی که عسر و حرج زن احراز گردد، دادگاه حکم طلاق صادر می‌نماید.

**بند دوم - طلاق و اقسام آن:** با توجه به فقه امامیه و قانون مدنی می‌توان طلاق را این‌گونه تعریف کرد: طلاق یک عمل حقوقی یک‌طرفه است که بر اساس آن عقد نکاح دائم خاتمه می‌یابد، به عبارت دیگر ایقاعی است که توسط شوهر انجام می‌گیرد و با جریان آن عقد نکاح دائم منحل می‌شود (شهید اول: ۱۳۹۶ ه.ق؛ ص ۱۱ به بعد).

بنابراین طلاق ایقاعی است که به اراده مرد واقع می‌شود و از موجبات انحلال نکاح دائم است. حتی در طلاق قضایی که در واقع به درخواست زن واقع می‌شود، دادگاه در صورت وجود شرایط، شوهر را ملزم می‌کند که زن را طلاق دهد و در صورتی که مرد به این امر تن ندهد با توجه به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» خود، زن را طلاق می‌دهد.

قانون مدنی طلاق را بر حسب این که قابل رجوع باشد یا خیر به دو نوع تقسیم کرده است: باین رجعی<sup>۳</sup>. طلاق باین طلاق است که در آن حق رجوعی برای مرد وجود ندارد و با وقوع طلاق رابطه سابق به طور کل از بین می‌رود ولی طلاق رجعی، طلاق است که در زمان عده، شوهر می‌تواند رجوع کند (الموسوی الخمینی: بی‌تا؛ ص ۲۹۶). بنابراین رجوع نیز یک عمل حقوقی یک‌طرفه است که به اراده مرد واقع می‌گردد<sup>۴</sup>.

با توجه به این که موارد طلاق باین در قانون مشخص شده است<sup>۵</sup>، لذا باید گفت که اصل در طلاق، رجعی بودن آن است و باین بودن استثناست. به عبارت دیگر به جز در مواردی که در قانون به عنوان طلاق باین ذکر شده است سایر موارد را باید رجعی دانست. البته در موارد خاصی<sup>۶</sup>، قانون‌گذار تصریح به رجعی بودن طلاق نموده است.

**بند سوم - طلاق قضایی و موارد آن:** منظور از طلاق قضایی، طلاق است که زن در موارد مصرحه قانونی و با حصول شرایطی از دادگاه درخواست نموده و دادگاه در صورت احراز شرایط، مرد را ملزم به طلاق نموده و در صورت عدم اجرای آن توسط مرد، دادگاه با توجه به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» سیغه طلاق را جاری می‌نماید و زن را مطلقه می‌کند.

بر اساس ماده ۱۳۳ ق.م. که در سال ۱۳۸۱ اصلاح شده است: «مرد می‌تواند، با رعایت شرایط مقرر در این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. تبصره - زن نیز می‌تواند با وجود



مرکز مدیریت حوزه‌های علمی خوارزم

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید». بنابراین زن تنها در موارد مقرر در این تبصره و هم‌چنین ماده ۱۰۲۹ ق.م.می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید، امری که قبل از اصلاح ماده مزبور نیز مجری بود و تبصره مزبور حاوی حکم جدیدی نیست. لذا زن در این موارد می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید: شوهر چهار سال تمام غایب مفقودالثر باشد (م ۱۰۲۹ ق.م)، وکالت زن در طلاق (م ۱۱۹ ق.م)، استنکاف شوهر یا عجز وی از پرداخت نفقه (م ۱۱۲۹ ق.م)، عسر و حرج زوجه (م ۱۱۳۰ ق.م) که به اختصار به توضیح هر یک پرداخته می‌شود.

### الف- شوهر چهار سال تمام غایب مفقودالثر باشد

به موجب ماده ۱۰۲۹ ق.م «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند، در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد». بنابراین، دادگاه زمانی می‌تواند زن را طلاق دهد که علاوه بر این که چهار سال تمام از غیبت شوهر گذشته باشد، در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار و یکی از جراید محلی در سه دفعه متوالی که فاصله انتشار هر یک نباید کمتر از یک‌ماه باشد، منتشر کند و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت نموده تا اگر خبری دارند به اطلاع دادگاه برسانند. در صورتی که یک سال از تاریخ اولین آگهی بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، دادگاه حکم طلاق صادر می‌کند. به همین علت است که عده‌ای که زن باید نگه دارد، عده وفات است<sup>۷</sup> چرا که در این فرض احتمال فوت شوهر زیاد است و در واقع فرض می‌شود که شوهر فوت شده است.

نکته قابل توجه در فقه امامیه این است که، زن در صورتی می‌تواند در این حالت درخواست طلاق کند که شوهر غایب، مالی نداشته باشد که از آن نفقه را بدهند یا ولی غایب یا هر شخص دیگری حاضر نباشد که نفقه را مجاناً پرداخت کند (شهید اول: ۱۳۹۶ هـ.ق؛ ص ۶۵ و النجفی: بی‌تا؛ ص ۲۸۸). ولی قانون مدنی به صراحت این حق را برای زن قائل شده است که بعد از گذشت چهار سال از دادگاه تقاضای طلاق کند.

### ب- وکالت زن در طلاق

بر اساس ماده ۱۱۱۹ ق.م «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل این که شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوءقصد کند یا سوءرفتاری نماید که زندگانی 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». بنابراین در صورتی که شوهر به زن وکالت در طلاق داده باشد، زن می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید.



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خوارزم

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

مشهور فقهای امامیه نیز بر این عقیده‌اند که زوج می‌تواند به زوجه وکالت در طلاق بدهد (شهید اول: ۱۳۹۶ هـ. ق؛ ص ۲۳) و تنها شیخ طوسی در این خصوص نظر مخالف دارد<sup>۱</sup> (النجفی: بی‌تا؛ ص ۲۴).

### پ- استنکاف شوهر یا عجز وی از پرداخت نفقه

یکی از آثار مالی عقد نکاح این است که شوهر را مکلف به پرداخت نفقه می‌نماید<sup>۲</sup>. بنابراین عقد نکاح مثبت و جوب پرداخت نفقه است و نشوز مانع آن می‌باشد و کسی که ادعای سقوط آن را می‌کند باید دلیل بیاورد و نشوز زن را اثبات کند. حال اگر زن ادعا نماید که شوهر از پرداخت نفقه استنکاف می‌نماید و شوهر نتواند نشوز زن را اثبات کند، دادگاه حکم به الزام پرداخت نفقه زن می‌کند و در صورت عدم امکان اجراء حکم، دادگاه شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و اگر مرد حاضر به طلاق نگردد، حاکم (قاضی) یا نماینده وی صیغه طلاق را جاری می‌نماید. اگر شوهر توانایی پرداخت نفقه را نیز نداشته باشد دادگاه به همین ترتیب عمل می‌کند. در این خصوص ماده ۱۱۲۹ ق.م.مقرر کرده: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. هم‌چنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه<sup>۳</sup>».

### ت- عسر و حرج زوجه

به موجب ماده ۱۳۰ ق.م. «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنان‌چه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

لذا در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه گردد وی می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید. عسر و حرج مذکور در این ماده به معنی مشقت شدید است و مبنای ماده فوق‌الذکر قاعده لاجرح می‌باشد.

بیان عام و کلی عسر و حرج در ماده مزبور هرچند گامی اساسی در جهت احقاق حقوق زنان در جایی‌که ادامه زندگی برای آن با مشقت روبه‌رو می‌شود، است و «راه را برای اجرای عدالت در قانون» (کاتوزیان: ۱۳۶۸ هـ. ش؛ ص ۳۸۴) باز نگه می‌دارد ولی دارای یک عیب مهم و اساسی است و آن این‌که «سلاحی است دو دم: اگر به دست ناهل افتد خطرناک و زیانبار است و هرگاه در دست اهل باشد وسیله‌ای برای حمایت از مظلوم» (همان).



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خابهران

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

این کلی‌گویی در متن قانون عملاً منجر به تشتت آراء در محاکم قضایی و در نتیجه سرگردانی زنان در محاکم شد. همچنین باعث شد که در تاریخ ۷۹/۲/۱۸ طرح الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. ولی با توجه به خلاف شرع اعلام شدن مصوبه مذکور توسط شورای نگهبان و تأکید نمایندگان مجلس بر همان مصوبه قبلی خود، مصوبه مذکور جهت تعیین تکلیف به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاده شد که با اصلاحاتی، تبصره موصوف در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ به تصویب آن مجمع رسید.<sup>۱۱</sup>

بنابراین با ذکر مصادیق عمده عسر و حرج از یک‌سو سعی شد تا حدودی متن کلی ماده ۱۱۳۰ ق.م.ملموس و عینی شده، به‌گونه‌ای که تا حدی از تشتت آراء در محاکم و سرگردانی زنان بکاهد، از سوی دیگر با توجه به حصری نبودن مصادیق مذکور در تبصره موصوف، در صورتی که عسر و حرج زن در موارد دیگری نیز احراز گردد، دادگاه حکم به طلاق صادر می‌کند.

### مبحث دوم - تحلیل ماهیت طلاق قضایی

بحث اصلی این است که چنانچه طلاق به درخواست زوجه و از جانب دادگاه واقع شود، چه ماهیتی دارد؛ باین است یا رجعی یا این که باید برای آن شق سومی در نظر گرفت؟ بررسی منابع فقهی گویای این امر است که فقهای متقدم متعرض این مطلب نشده و آن را به سکوت گذرانده‌اند و تنها در خصوص زنی که شوهرش غایب مفقودالاثرا باشد، بحث نموده‌اند. از میان فقهای متأخر نیز تنها آیت الله خویی (ره) در این خصوص اظهار نظر کرده است.

قبل از شروع به بحث باید حکم موردی که زن به خاطر غیبت بیش از چهار سال شوهر طلاق داده می‌شود را به صورت مجزا بیان کرد، چرا که حکم این مورد به طور صریح بر اساس ماده ۱۰۳۰ ق.م.م مشخص شده است. لذا «اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضاء مدت عده مراجعت نماید نسبت به طلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضاء مدت مزبور حق رجوع ندارد». نکته قابل ذکر این است که در این حالت زن باید عده وفات نگه دارد.<sup>۱۲</sup> بنابراین بحث ما در خصوص سایر موارد طلاق قضایی است که حکم خاصی در قوانین و مقررات برای آن‌ها پیش‌بینی نشده است.

در خصوص این که طلاق قضایی چه ماهیتی دارد حقوقدانان نظرات متفاوتی دارند: گروهی اعتقاد بر باین بودن آن دارند و گروهی نیز بر رجعی بودن آن حکم نموده‌اند که به بررسی این نظرات پرداخته می‌شود:

**بند اول - طلاق قضایی رجعی است:** برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که طلاق قضایی، رجعی است و استدلال می‌کنند که «اصل در طلاق‌ها رجعی بودن است، باین بودن محتاج به دلیل است این اصل را ماده ۱۱۴۵ ق.م.م بیان کرده است... از این اصل، نتیجه مهمی می‌توان گرفت و آن این است



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خابهران

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

که در مورد شک در رجعی یا باین بودن طلاق باید آن مورد را محکوم به حکم طلاق رجعی دانست تا خلاف آن اثبات شود» (جعفری لنگرودی: ۱۳۷۶ هـ. ش؛ ص ۲۴۷).

دکتر کاتوزیان نیز معتقد است که «طلاق قضایی در همه حال رجعی است. منتها، در جایی که طلاق به درخواست زن انجام می‌شود، رجوع شوهر با مانع الهام گرفته از نظم عمومی روبه‌رو است» (کاتوزیان: ۱۳۶۸ هـ. ش؛ ص ۴۴۰).

در رد رجعی بودن طلاق قضایی می‌توان گفت که نقض غرض است چرا که مواردی که زن مجاز دانسته شده است که از دادگاه درخواست طلاق نماید محدود به موارد خاصی است که در آن موارد ادامه زندگی برای زن غیرقابل تحمل شده است. لذا چگونه می‌شود که پس از طی مراحل مختلف دادرسی و تحقق طلاق قضایی، به یکباره با رجوع مرد مواجه گردد به‌ویژه که اراده مرد در تحقق طلاق هیچ تأثیری نداشته ولی همین اراده در رجوع از آن طلاق نقش اصلی را ایفاء نماید.

**بند دوم - طلاق قضایی باین است:** اکثر حقوقدانان بر این عقیده‌اند که طلاق قضایی باین است. دکتر امامی معتقد است که چنین طلاق باین است و رجعی دانستن آن را امری غیرعقلایی و لغو می‌داند که با فلسفه طلاق قضایی ناسازگار است. از سوی دیگر ایشان معتقدند آنچه که در ماده ۱۴۵ ق.م.آ آمده است ناظر به طلاق‌هایی است که توسط شوهر واقع می‌گردد (امامی: ۱۳۷۸ هـ. ش؛ صص ۷۱-۷۰).

دکتر مهرپور نیز معتقد است که اصل رجعی بودن طلاق ناظر به مواردی است که اختیار طلاق در دست مرد است و به میل خود طلاق را واقع می‌سازد، لذا طلاق که به درخواست زن و به حکم دادگاه واقع می‌شود باین است (مهرپور: ۱۳۷۴ هـ. ش؛ ص ۴۸).

دکتر کاتوزیان نیز با این که عنوان می‌کند «طلاق قضایی در همه حال رجعی است» در ادامه می‌افزاید در این خصوص «رجوع شوهر با مانع الهام گرفته از نظم عمومی روبرو است...» و در نتیجه شوهر نمی‌تواند از حکم رجوع استفاده نماید (کاتوزیان: ۱۳۶۸ هـ. ش؛ ص ۴۴۰).

دکتر صفایی نیز پس از نقل استدلال‌های فوق قائل به این هستند که «طلاق به حکم دادگاه باین است نه رجعی» (صفایی: ۱۳۸۰ هـ. ش؛ صص ۲۹۳-۲۹۲).

در رد باین بودن طلاق قضایی نیز می‌توان گفت که موارد طلاق باین که در ماده ۱۴۵ ق.م.آ آمده، حصری است و نمی‌توان مورد دیگری بر آن افزود، لذا اصل بر رجعی بودن طلاق بوده و در صورت شک در باین یا رجعی بودن، باید آن را رجعی دانست (جعفری لنگرودی: همان؛ ص ۲۴۷). از سوی دیگر ممکن است که موجب طلاق در ایام عده رفع شود و مهم‌تر این که باین دانستن طلاق قضایی موجب می‌گردد که زوجه در زمان عده از نفقه و ارث محروم گردد.



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواران

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است



به نظر می‌رسد که حقوقدانان برای گریز از سوءاستفاده‌های احتمالی از رجعی دانستن طلاق قضایی متمایل به باین دانستن آن شده، بدون این که ایرادات وارد بر باین دانستن طلاق قضایی را مرتفع نمایند؛ برخی نیز دچار تناقض شده و با وجود این که طلاق قضایی را طلاق باین دانسته ولی گفته‌اند که اگر علت درخواست طلاق قضایی در مدت عده مرتفع گردید، طلاق قضایی باین به طلاق قضایی رجعی تبدیل شده و مرد می‌تواند در مدت عده رجوع کند (مهرپور: ۱۳۷۴ هـ. ش؛ ص ۵۰).

**بند سوم- طلاق قضایی در حکم باین است:** مطالب فوق گویای یک واقعیت است و آن این که طلاق قضایی دارای ماهیت مخصوص به خود است به گونه‌ای که نه می‌توان آن را به طور قطع رجعی دانست و نه باین بلکه با توجه به ویژگی‌های آن، باید قالب خاصی برای آن در نظر گرفت؛ به‌ویژه که احکام طلاق در اسلام امضایی است نه تأسیسی. لذا با توجه به مقتضیات جوامع کنونی می‌توان در این باب اظهار نظر نمود و مناسب‌ترین قانون را تصویب و اجرا کرد که از یک‌طرف راه سوءاستفاده‌های احتمالی سد شود و از طرف دیگر حقوق زنان پایمال نگردد.

بنابراین به نظر می‌رسد برای حل این مشکل باید قائل به این نظر گردید که طلاق قضایی «در حکم باین» است. در واقع با پذیرش این دیدگاه مشکلات مربوط به رجعی یا باین دانستن طلاق قضایی مرتفع گردیده و گامی اساسی در حفظ بنیان خانواده و تأمین حقوق زنان برداشته خواهد شد.

منظور از «در حکم باین» بودن طلاق قضایی چیست؟ طلاق قضایی را از این جهت در حکم باین دانستیم که در مدت عده شوهر حق رجوع نداشته باشد مگر با احراز مرتفع شدن علت طلاق توسط دادگاه. چرا که اگر مرد بتواند در طلاق قضایی نیز به اراده خود رجوع کند، فلسفه وجودی طلاق قضایی زیر سؤال می‌رود از سوی دیگر مزیت این نظر این است که رجوع در اختیار دادگاه قرار می‌گیرد یعنی در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که علت طلاق قضایی در مدت عده مرتفع گردیده است و در صورت درخواست مرد، به او اجازه داده می‌شود که رجوع نماید و از انحلال بی‌مورد نهاد خانواده جلوگیری شود. علاوه بر این، این دیدگاه متضمن این است که در زمان عده به زوجه نفقه و ارث تعلق گیرد.

در توجیه این دیدگاه باید گفت که اولاً با توجه به ماده ۱۰۳۰ ق.م که اگر در مدت عده شوهر غایب، مراجعه کند نسبت به طلاق حق رجوع دارد چرا که در واقع علت درخواست طلاق غیبت شوهر بوده و با مراجعه وی در زمان عده، علت درخواست مرتفع گردیده و در نتیجه می‌تواند رجوع کند، در سایر موارد طلاق قضایی نیز در صورتی که علت درخواست طلاق در مدت عده رفع گردد، شوهر با اجازه دادگاه می‌تواند رجوع کند.



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواران

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

ثانیاً نظر آیت‌الله خویی (ره) نیز به‌گونه‌ای بیان شده که به نظر می‌رسد ایشان نیز قائل به این دیدگاه هستند چرا که می‌فرمایند: «... الظاهر ان الطلاق حیثه باین لا یجوز للزوج الرجوع» (الموسوی‌الخویی: ۱۳۹۷ هـ. ق؛ ص ۳۲۸). ایشان طلاق قضایی را از این جهت باین دانسته‌اند که برای شوهر حق رجوعی نیست چرا که آن را به صورت تعلیل آورده‌اند.

ثالثاً پذیرش این دیدگاه نه تنها با اصول عدالت و انصاف سازگار است، ایرادات نظرات دیگر را نداشته و متضمن حفظ نهاد خانواده نیز می‌باشد چرا که از یک‌سو با مرتفع شدن علت طلاق می‌توان از انحلال بی‌مورد نهاد خانواده و آثار سوء آن جلوگیری کرد و از سوی دیگر راه سوءاستفاده احتمالی مردان از حق رجوع را می‌بندد.

### بحث

طلاق یک عمل حقوقی یک‌طرفه است که در اختیار مرد بوده و با وقوع آن، عقد نکاح دائم منحل می‌شود. در موارد خاصی قانون‌گذار به زن نیز اجازه داده است که از دادگاه تقاضای طلاق نماید و در صورت اثبات شرایط مقرر قانونی دادگاه شوهر را ملزم به طلاق و در صورت عدم اجرا توسط شوهر، دادگاه زن را مطلقه می‌نماید.

آن‌چه در بحث طلاق قضایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است ماهیت آن می‌باشد چرا که در این خصوص اتفاق نظری وجود ندارد. در حقوق ما، طلاق را به دو نوع باین و رجعی تقسیم نموده و حقوقدانان تلاش کرده‌اند که طلاق قضایی را در یکی از این دو قالب جای دهند. این در حالی است که پذیرش هر یک از این دو دیدگاه دارای اشکالات عدیده‌ای است که نمی‌توان به راحتی از آن گذشت، لذا دیدگاه دیگر که طلاق قضایی «در حکم باین» است ارائه شد. این دیدگاه نه تنها عیوب نظرات قبلی را ندارد بلکه گامی اساسی و مؤثر در احقاق حقوق زنان و حفظ نهاد خانواده و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی می‌باشد.

پذیرش این دیدگاه متضمن این است که در مدت عده، شوهر حق رجوع ندارد زیرا اگر مرد بتواند رجوع نماید، نقض غرض بوده از سوی دیگر از آن جا که رجوع در اختیار دادگاه قرار دارد، با مرتفع شدن علت طلاق در مدت عده و درخواست شوهر، دادگاه به وی اجازه رجوع دهد و بدین صورت از انحلال نهاد خانواده جلوگیری گردد؛ علاوه بر این در مدت عده نفقه و ارث به زوجه تعلق خواهد گرفت.

### یادداشت‌ها

۱. ماده ۱۱۴۳ ق.م.
۲. ماده ۱۱۴۸ ق.م.



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواران

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

۳. ماده ۱۴۵ ق.م.
۴. ماده ۲۹ ق.م.
۵. ماده ۱۵۶ ق.م.
۶. و لو و کلها فی طلاق نفسها قال الشیخ: لا یصح
۷. ماده ۱۱۰۶ ق.م.
۸. برای دیدن احادیث مرتبط رجوع کنید به: الحرالعالمی: ۱۳۶۷ه.ش.
۹. «عسر و حرج موضوع این ماده (۱۳۰ق.م) عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می- گردد: ۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه. ۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک، مجدداً به مصرف مواد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد. ۳- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر. ۴- ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد. ۵- ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.
- موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید».
۱۰. ماده ۱۵۶ ق.م.

## منابع

### فارسی:

- احمدیه، م.، و جعفرپور، ج. (۱۳۸۰). طلاق به درخواست زن به درخواست شوهر. تهران: سفیر صبح.
- امامی، ج. (۱۳۷۸). حقوق مدنی (جلد پنجم). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۷۵). ارث (جلد اول). تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۷۶). حقوق خانواده. تهران: گنج دانش.
- صفایی، ح.، و امامی، ا. (۱۳۸۰). حقوق خانواده (جلد اول). تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۶۸). حقوق مدنی خانواده (جلد اول). تهران: به نشر.
- گرچی، ا.، صفایی، س. ح. و عراقی، ع. ا. (۱۳۸۴). بررسی تطبیقی حقوق خانواده. تهران: دانشگاه تهران.
- محقق داماد، م. (۱۳۸۱). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- موسوی بجنوردی، م. (۱۳۸۶). حقوق خانواده. تهران: مجد.
- مهرپور، ج. (۱۳۷۴). طلاق قضایی و طبیعت حقوقی آن. مجله حقوقی و قضایی دادگستری، ۳(۱)، ۱۸.
- مهرپور، ج. (۱۳۷۶). بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران. تهران: مؤسسه اطلاعات.
- مهرپور، ج. (۱۳۷۹). مباحثی از حقوق زن. تهران: مؤسسه اطلاعات.

### عربی:

- ابن الحسن (محقق حلی)، ا. ا. (بی تا). شرائع الاسلام (جلدهای ۳ و ۴). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن ادریس الحلی (ابن ادریس)، ا. ا. (بی تا). کتاب السرائر (جزء دوم). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- البحرانی، ی. (بی تا). حقائق الناظره (جزء بیست و پنجم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- الحر العالمی، م. (۱۳۷۶). وسائل الشیعه (ج ۱۳ و ۷). تهران: کتابفروشی اسلامیة.



مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خوارزم

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است

العاملی (شهید اول)، م. (۱۳۹۶ ه. ق.). *اللمعه الدمشقیه* (جلد ۶). قم: انتشارات علمیه.  
الموسوی الخمینی، ر. (بی تا). *تحریر الوسیله (الجزء الثانی)*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.  
الموسوی الخویی، ا. (۱۳۹۷ ه. ق.). *منهاج الصالحین (ج ۲)*. نجف.  
نجفی، م. (بی تا). *جواهر الکلام* (جلدهای ۳۱ و ۳۲). بیروت: دار احیاء التراث العربی.



مرکز مدیریت حوزه‌های علمی خوارزم

دفتر مطالعات و تحقیقات زنان

حق التالیف تبدیل مقاله به محتوای دیجیتال برای دفتر مطالعات و تحقیقات زنان محفوظ است