

# پژوهشهای حقوقی

شماره ۱۹

هزار و سیصد و نود - نیمسال اول

## مقالات

- داوری‌های مختلط در قواعد جدید داوری اتاق بین‌المللی بازرگانی
  - مفهوم طلاق و موجبات آن در حقوق ایران و انگلیس
  - فواید جبران خسارات هسته‌ای بر مبنای کنوانسیون‌های بین‌المللی
  - حمایت از طب سنتی با تمسک به آیات قرآنی و مبانی فقهی
  - توازن حقوق فرد و جامعه در دادرسی‌های کیفری
  - مفهوم نمایندگی در مجلس اول
- موضوع ویژه: یکصد و پنج سال تجربه قانون‌گذاری در ایران در بوته نقد
- نظارت مراجع صیانت از قانون اساسی بر تضمین اصل شفافیت قوانین
  - چالش‌های قانون‌گرایی: اعتبار و پایایی قانون
  - نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع در نظام حقوقی مشروطه
  - جایگاه تشبیه در تدوین قوانین
  - جستاری بر مبانی نظری تقنین آزمایشی
  - رویکرد قانون‌گذاری به قراردادهای الکترونیکی
  - سنجش قدرت قوانین ثبت اختراع ایران با تأکید بر قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶

## نقد و معرفی

- در نام‌گذاری حقوق جنائی
- تحقق رؤیای نظارت قضائی بر قطعنامه‌های شورای امنیت: تأملی بر رأی دیوان دادگستری اروپا در قضیه «فولمن» و «محمودیان»





## مفهوم طلاق و موجبات آن در حقوق ایران و انگلیس

دکتر حسین سیمایی صراف\* - مریم فخاریان\*\*

**چکیده:** مفهوم طلاق در حقوق ایران و انگلیس گرچه نسبتاً یکسان است، ماهیت آن کاملاً متفاوت است، چه آنکه؛ در حقوق ایران طلاق، ایقاعی است یکطرفه که زمام آن به دست مرد است. اما در حقوق انگلیس طلاق، حکمی است که توسط دادگاه صادر می‌شود و زن و مرد آن را به تساوی در اختیار می‌گیرند. در حقوق ایران هرگاه درخواست طلاق از جانب مرد طرح شود، دخالت دادگاه تشریفاتی است و هرگاه از جانب زن طرح شود قضاوتی است، به طوری که در صورت اثبات موجبات مصرح قانونی، زن می‌تواند مرد را از طریق دادگاه الزام به استفاده از اختیار خود نماید. اما در حقوق انگلیس هر یک از زن و مرد به تساوی باید موجبات طلاق را ثابت کنند تا حکم طلاق صادر شود. موجبات طلاق در حقوق ایران و انگلیس به لحاظ محتوایی بسیار شباهت دارند، به طوری که رفتار غیرمتعارف به عنوان یکی از طرق اثبات شکست در زندگی، شباهت بسیار به مفهوم عسر و حرج در حقوق ایران دارد. **کلیدواژه‌ها:** طلاق، موجبات طلاق، حقوق ایران، حقوق انگلیس، حقوق اسلام، کامن‌لا، عسر و حرج

### مقدمه

طلاق به رغم آنکه پدیده‌ای شوم و مذموم است چاره‌ای جز پذیرش آن نیست. دو سیستم

simaiei\_s@yahoo.com

\* عضو هیأت علمی دانشگاه قم  
\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی

حقوقی ایران و انگلیس برای محدود ساختن این پدیده شوم، موجباتی که در حقیقت به مثابه موانع جریان یافتن آسان طلاق می‌باشند پیش‌بینی کرده‌اند. این نوشتار کوتاه، طی دو گفتار به بررسی مقایسه‌ای مفهوم و موجبات طلاق در حقوق ایران و انگلیس می‌پردازد. هدف این مقاله تبیین فقهی یا حقوقی مسأله مورد نظر نیست؛ چه آنکه این موضوع به نحوه گسترده در فقه و حقوق مورد کنکاش قرار گرفته است. این مقاله اگر سهمی در توسعه ادبیات حقوق خانواده پیدا کند، در تطبیق مسأله با حقوق انگلیس خواهد بود. نتایج حاصل از این بررسی مقایسه‌ای پندهای ارزنده‌ای داشته و حکایت از دغدغه‌های نسبتاً مشترک بشریت در مسأله خطیر جدایی زوجین دارد گرچه دین، فرهنگ، جغرافیا و سنت‌های دو نظام حقوقی گاه موجب راه‌حل‌های متفاوت می‌گردند.

### گفتار اول:

## مفهوم طلاق در حقوق ایران و انگلیس

### بند اول: مفهوم طلاق در حقوق ایران

طلاق در لغت به معنی رها کردن<sup>۱</sup> و شرعاً زائل کردن قید زوجیت به لفظ مخصوص (صیغه طلاق و مانند آن) است.<sup>۲</sup> در تعریفی دیگر گفته شده است: طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست رها می‌سازد.<sup>۳</sup>

قانون مدنی بدون ارائه تعریفی از طلاق، شرایط و خصوصیات آن را بیان کرده است. از جمله ماده ۱۱۳۳ اصلاحی ق.م. مقرر کرده است: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید». و نیز ماده ۱۱۳۹ آورده است که: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعاً با انقضاء مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود». مهم‌ترین مختصات طلاق در سیستم حقوقی ایران عبارت است از: اولاً) طلاق، ایقاع است. ایقاع بودن طلاق، بدین معناست که به اراده شوهر یا نماینده او واقع می‌شود و نیازی به موافقت زن ندارد. دخالت دادگاه یا تراضی طرفین مجوز واقع ساختن و ثبت طلاق در محضر است، و در وقوع عمل حقوقی اثر ندارد.<sup>۴</sup> ثانیاً)

۱. علی اکبر دهخدا، لغتنامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، دوره جدید، ۱۳۷۷، ص ۱۵۴۸۹.

۲. محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، دار احیاء التراث العربی، ج ۳۲.

۳. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ص ۲۱۹.

۴. همان، ص ۲۲۰.

طلاق، عملی تشریفاتی است. وقوع طلاق باید به اذن دادگاه باشد و همچنین به تصریح ماده ۱۱۳۴ ق.م. «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لاقبل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد». ثالثاً) طلاق به اراده شوهر واقع می‌شود. 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 مواردی حکم به طلاق می‌دهد. ولی نکته در این است که باید بین موجبات طلاق و ارکان وقوع آن تفاوت گذارد. در همه موارد، خواه درخواست کننده طلاق شوهر باشد یا زن، مرد باید صیغه طلاق را بگوید و آن را واقع سازد. در مواردی که زن درخواست طلاق دارد، دادگاه شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و نمی‌تواند به طور مستقیم نکاح را منحل سازد (ماده ۱۱۲۹ ق.م.). متتها 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.<sup>۵</sup> رابعاً) طلاق وسیله انحلال نکاح دائم است. در عقد منقطع، انحلال نکاح به وسیله بذل مدت از طرف شوهر یا در اثر به پایان رسیدن مدت انجام می‌گیرد.<sup>۶</sup> ماده ۱۱۲۰ ق.م. در این مورد می‌گوید: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع، منحل می‌شود».

### بند دوم: مفهوم طلاق در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، صدور حکم طلاق به وسیله دادگاه تا اواسط قرن نوزدهم ممنوع بود. اولین قانونی که این نهاد را به رسمیت شناخت قانون دعاوی زناشویی مصوب ۱۸۷۵<sup>۷</sup> بود که فقط زنا را علت طلاق می‌دانست. سپس قوانین دیگری به تصویب رسید و علل دیگری را به علت یاد شده افزود. در حال حاضر قانون لازم‌الاجرا در این زمینه، قانون دعاوی زناشویی ۱۹۷۳<sup>۸</sup> می‌باشد. طلاق در این سیستم حقوقی برابر است با خاتمه رسمی و قانونی ازدواج و تعهدات و مسؤولیت‌های ناشی از آن.<sup>۹</sup> فرآیند این دعوا از درخواست طلاق توسط یکی از زوجین به دادگاه با ذکر دلایل مربوط به شکست پیوند زناشویی آغاز می‌شود. حکم طلاق تنها در صورتی که دلایل کافی برای شکست ازدواج ارائه شود توسط محاکم صادر می‌گردد. نهاد دیگری برای جدایی زوجین از یکدیگر وجود دارد که «تفریق قضائی» نام دارد. بر حسب این روش دادگاه با صدور حکم، زوجین را - بدون اینکه رشته

۵. همان.

۶. سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۶، ص ۵.

7. The Matrimonial Causes Act 1875

8. The Matrimonial Causes Act 1973

9. Rachael Stretch, 2009, *Family Law*, Routledge, p. 22.

زوجیت را رسماً بگسلد- از وظایف مربوط به زندگی مشترکشان- زندگی کردن با یکدیگر به عنوان زن و شوهر- معاف می‌کند. زوجین ممکن است به خاطر آموزه‌های دینی که طلاق را امری مذموم می‌پندارد یا به دلایل دیگر، جدا از یکدیگر زندگی کردن را بر طلاق ترجیح دهند. بدین ترتیب علقهٔ زوجیت به طور رسمی باقی است ولی زوجین جدای از یکدیگر زندگی می‌کنند. چه بسا حکمت و راز نهاد تفریق، قبح مذهبی طلاق باشد که موجب می‌شود طرفین با وجود اختلافات فیمابین به اجرای آن تن ندهند.<sup>۱۰</sup> شیوهٔ به دست آوردن تفریق قضائی و طلاق یکسان بوده و در هر دو مورد دادگاه مداخله می‌کند اما با صدور حکم طلاق پیوند زناشویی گسسته می‌شود در حالی که در تفریق قضائی این نتیجه حاصل نمی‌گردد. علاوه بر این درخواست طلاق در طول سال نخست ازدواج پذیرفته نمی‌شود، اما درخواست تفریق قضائی و حکم تفریق در هر زمانی پس از ازدواج قابل صدور است.<sup>۱۱</sup>

### بند سوم: مقایسهٔ دو سیستم حقوقی

اکنون با مروری بر آنچه که گفته شد، مقررات دو سیستم حقوقی ایران و انگلیس در زمینهٔ مفهوم و مختصات طلاق را می‌توان به شرح زیر مقایسه کرد:

الف) مفهوم طلاق در دو سیستم حقوقی تقریباً به یک معناست: پایان دادن به رابطهٔ زناشویی.

ب) در نظام حقوقی ایران، ماهیت طلاق ایقاع است که به ارادهٔ مرد واقع می‌شود و مداخله دادگاه نقشی در شکل‌گیری ارکان و ماهیت طلاق ندارد ولی در حقوق انگلیس، حکم طلاق توسط دادگاه صادر شده و پس از حکم دادگاه نیاز به عمل دیگری نیست.

ج) در ایران تقاضای طلاق جز در موارد مصرح قانونی، از زن پذیرفته نمی‌شود در حالی که مرد مطلقاً از حق طلاق برخوردار است. اما در انگلیس هر یک از زن و مرد به طور برابر حق اقامه دعوی طلاق را دارند.

د) در حقوق ایران و انگلیس طلاق با تصمیم یکی از طرفین و یا حتی توافق هر دو، صورت نگرفته و لزوماً حکم مربوط، باید توسط دادگاه صادر گردد.

ه) در حقوق ایرن طلاق ویژهٔ عقد دائم است اما در حقوق انگلیس این ویژگی موضوعاً منتفی است، چون بر خلاف ایران تقسیم‌بندی نکاح به نکاح دائم و منقطع در حقوق انگلیس وجود ندارد.

10. D.L.A. Barker, *Law Made Simple*, London, Publisher Made Simple, 1992; William John Brown, *GCSE Law*, London, Sweet & Maxwell, 1989, p. 5.

11. Russell Cooke (Solicitors), 2009, *Divorce in England and Wales*, p. 1.

## گفتار دوم:

## موجبات طلاق در حقوق ایران و انگلیس

## بند اول: موجبات طلاق در حقوق ایران

در حقوق ایران برای طلاق اسباب و موجباتی وجود دارد که با توسل به آنها می‌توان اقدام به طلاق کرد. یکی از این موجبات درخواست مرد است (ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، اصلاحی مصوب ۱۳۸۱). علاوه بر این در مواردی خاص، زن نیز می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند (تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ ق.م.). همچنین در برخی موارد زوجین می‌توانند درباره طلاق توافق کنند (ماده ۱۱۴۶ ق.م.). اکنون به تفصیل موجبات مذکور را بررسی می‌کنیم.

## الف) طلاق به درخواست مرد

قانون مدنی ایران تا قبل از تصویب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶، به طور مطلق به مرد حق می‌داد «هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد» (ماده ۱۱۳۳ ق. م.). قانون حمایت از خانواده با الزامی کردن اخذ گواهی عدم سازش این اختیار را محدود کرد. با این حال هنوز روشن نبود که آیا مرد هرگاه که طلاق را اراده کند، گواهی مزبور باید صادر شود یا اینکه مرد نیز مانند زن در موارد خاص می‌توانست درخواست گواهی کند؟ به بیان دیگر معلوم نبود که آیا ماده ۱۱۳۳ نسخ ضمنی شده بود یا خیر؟ میان دادرسان و حقوقدانان دو نظر گوناگون وجود داشت. با تصویب قانون حمایت از خانواده ۱۳۵۳ این ابهام برطرف شد و آرمان برابری زن و مرد در باب موجبات طلاق تحقق یافت. با وجود این آیا می‌توان پذیرفت که ماده ۱۱۳۳ به طور کامل نسخ شده بود؟ از ماده ۱۱۳۳ دو حکم گوناگون استنباط میشد. نخست آنکه طلاق به دست مرد است و دیگر آنکه مرد هرگاه بخواهد می‌تواند از این اختیار استفاده کند. حکم دوم به دلیل تعارض با ماده ۸ قانون حمایت از خانواده نسخ ضمنی شده بود. اما حکم نخست به قوت خود باقی بود. با پیروزی انقلاب اسلامی و با تصویب لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص در سال ۱۳۵۸، مفاد ماده ۱۱۳۳ قانون سابق دوباره احیا شد. البته در قانون جدید به منظور تحدید اختیار مرد، ارجاع به داوری و سعی در ایجاد سازش میان طرفین و همچنین لزوم اخذ اجازه دادگاه برای طلاق - در صورت عدم حصول سازش - مقرر گردید (تبصره ۲ ماده ۳ لایحه فوق).<sup>۱۲</sup> سرانجام در سال ۱۳۸۱ ماده ۱۱۳۳ ق.م. بدین ترتیب اصلاح گردید که: «مرد می‌تواند با

رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید». محتوی ماده اصلاحی با مفاد ماده سابق تفاوت ماهوی ندارد، چون مقرراتی که در این ماده به آنها ارجاع داده شده است جز چند محدودیت شکلی - به شرحی که در بالا گفته شد نیست. بدین ترتیب، طلاق حق مرد است و هر وقت که بخواهد می‌تواند همسر خود را طلاق دهد.

### ب) طلاق به درخواست زن

به موجب تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۳ ق.م.مصوب ۱۳۸۱، زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید. به موجب مواد مذکور، موجبات درخواست زن ممکن است قانونی یا قراردادی و در قالب عقد وکالت باشد که هر یک به اختصار تبیین می‌گردد:

#### ۱- استنکاف شوهر یا عجز او از دادن نفقه

طبق ماده ۱۱۲۹ ق.م. هرگاه شوهر از دادن نفقه امتناع ورزد، زن می‌تواند به دادگاه مراجعه و الزام شوهر به پرداخت نفقه را خواستار شود. در صورتی که دادگاه حکم پرداخت نفقه را صادر کند ولیکن شوهر حکم را اجرا ننماید، زن می‌تواند از دادگاه تقاضای حکم طلاق کند. حال این پرسش مطرح است که منظور از نفقه‌ای که نپرداختن آن موجب صدور حکم طلاق می‌گردد، فقط نفقه آینده است یا نفقه گذشته را نیز شامل می‌شود؟ دسته‌ای از حقوقدانان معتقدند که ماده مزبور تنها معطوف به نفقه آینده بوده و نفقه موقوفه را در بر نمی‌گیرد زیرا؛ نفقه گذشته زن دینی است بر عهده مرد مانند سایر دیون و نفقه به معنی حقیقی بر آن اطلاق نمی‌شود. نفقه به معنای حقیقی چیزی است که برای گذران زندگی لازم است. از سوی دیگر مبنای طلاق در مورد استنکاف شوهر از دادن نفقه، عدم امکان ادامه زناشویی است و این امر فقط در مورد نفقه آینده صدق می‌کند. هرگاه شوهر از دادن نفقه گذشته امتناع کند ولی حاضر به دادن نفقه آینده باشد، مانعی برای ادامه زندگی زناشویی وجود نخواهد داشت. همچنین از نظر اجتماعی مصلحت آن است که موارد طلاق حتی‌الامکان محدود شود و تفسیر گسترده از ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی و شناختن حق طلاق برای زن به علت استنکاف شوهر از دادن نفقه گذشته با این هدف سازگار نیست.<sup>۱۳</sup>

۱۳. سید حسین صفائی و اسدالله امامی، ۱۳۸۰، مختصر حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، ص ۲۰۵؛ سید

حسن امامی، ۱۳۷۶، پیشین، صص ۳۲ و ۳۳.

## ۲- غیبت شوهر بیش از چهار سال

در صورتی که زوج غایب و مفقودالاثراثر شود، زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند. ماده ۱۰۱۱ ق.م. در تعریف غایب مفقودالاثراثر مقرر کرده است که: «غایب مفقودالاثراثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد».

بر اساس ماده ۱۰۲۹ ق.م. «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثراثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند و در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می‌دهد». با توجه به ماده ۱۰۲۳ دادگاه هنگامی می‌تواند حکم طلاق را صادر کند که پس از دریافت تقاضای طلاق از جانب زن در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران، سه دفعه متوالی هر کدام به فاصله یک ماه، آگهی منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، دعوت نماید که اگر خبری دارند به اطلاع دادگاه برسانند. هرگاه یک سال از تاریخ نشر اولین آگهی بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، دادگاه حکم طلاق، صادر می‌کند. بنابراین قبل از گذشتن لاقلاً پنج سال از تاریخ آخرین خبر غایب، دادگاه نمی‌تواند حکم طلاق به علت غیبت شوهر را صادر کند. رعایت تشریفات قانونی فوق عملاً استفاده از موجب مذکور در ماده ۱۰۲۹ ق.م. برای به دست آوردن طلاق را مشکل کرده است. در عمل، عقدنامه‌ها محتوی شرطی قراردادی است که بر اساس آن اگر شوهر بیش از شش ماه غیبت کند، زوجه وکیل است که بتواند درخواست طلاق نماید.

## ۳- عسر و حرج

«عسر و حرج، حالت تنگنا در عمل کردن به الزامات قانونی است که اگر مکلف به آن عمل کند، به مضیقه و سختی درافتد، در این صورت قاعده لاجرح به کار بسته می‌شود که منشأ کثیری از احکام ثانوی است»<sup>۱۴</sup> عسر و حرج در رابطه زوجیت- مطابق تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ ق.م.- عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد. وضعیت مزبور به زوجه اجازه می‌دهد تا از دادگاه تقاضای طلاق نماید. بر اساس ماده ۱۱۳۰ ق.م. اصلاحی ۱۳۷۰ «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». انعطاف و سیلان بسیار زیاد ماده بالا موجب شکل‌گیری طیف وسیعی

۱۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، تهران، گنج دانش، ص ۲۵۳۹.



از تفسیرهای موسع و مضیق شده و گاه دستاویز طلاق‌های بی‌مورد گردید. از همین رو در سال ۱۳۸۱ تبصره‌ای به ماده مزبور ملحق گردید که تعدادی از مصادیق عسر و حرج از باب تمثیل احصا و در نتیجه الگویی برای تعمیم به موارد مشابه گردید.

«معیار تمیز عسر و حرج زن، هر دو چهره نوعی و شخصی را دارد؛ نوعی است از این جهت که انسانی متعارف و طاقت او مد نظر قرار می‌گیرد؛ شخصی است بدین اعتبار که وضع «انسان متعارف» در شرایط ویژه زن معیار است نه به طور نوعی».<sup>۱۵</sup>

#### ۴- وکالت زن در طلاق

زوجین می‌توانند توافق کنند که زن در موارد خاص و یا به طور مطلق، از ناحیه زوج وکیل در طلاق باشد. در این مورد ماده ۱۱۱۹ ق.م. مقرر کرده است: «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 علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید 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». در عمل زوج در ضمن عقد نکاح و در سند نکاح یا پس از ازدواج با مراجعه به یکی از دفاتر اسناد رسمی به زوجه وکالت می‌دهد که به طور مطلق یا در صورت بروز شرایطی خاص از جانب زوج وکیل باشد که خود را مطلقه نماید. قابل ذکر است که مواردی که در ماده ۱۱۱۹ به عنوان موجبات و شروط اعمال وکالت ذکر شده‌اند از باب تمثیل بوده و جنبه حصری ندارند. همچنین اطلاق در وکالت زوجه برای طلاق با مقتضای ذات عقد نکاح یا هیچ جهت دیگری مغایرت نداشته و لذا صحیح و مشروع است.<sup>۱۶</sup>

یکی از شروط ضمن عقد نکاح، وکالت زوجه در طلاق در صورت ازدواج مجدد زوج می‌باشد. اخیراً رأی وحدت رویه‌ای در همین زمینه صادر شده که مورد مناقشات بسیار قرار گرفته است. در این رأی، اعمال وکالت زوجه در طلاق به علت ازدواج مجدد منوط به تمکین زوجه شده است. مسأله مورد اختلاف که منجر به صدور رأی وحدت رویه گردیده این بوده است که: پس از انعقاد عقد نکاح میان زوجین بر اثر بروز اختلافاتی، زن از شوهر خود تمکین نمی‌نماید و با وجود صدور حکم محکومیت به تمکین نیز حاضر به

۱۵. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۸۶.

۱۶. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده، ص ۲۲۵؛ سید حسین صفائی، «وکالت زوجه در طلاق»، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، میزان، ۱۳۷۷، ص ۵۰.

تمکین نمی‌گردد. زوج نیز از دادگاه اجازه ازدواج مجدد اخذ و اقدام به ازدواج دوم می‌کند. در این هنگام زن به استناد شروط ضمن عقد، به سبب ازدواج مجدد زوج، از دادگاه تقاضای صدور حکم طلاق می‌نماید. دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۶ مورخ ۲۰ مهر ماه ۸۹ مقرر کرده است که: «چنانچه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع ورزد با اثبات مراتب از ناحیه زوج در دادگاه و اخذ اجازه ازدواج، وکالت زوجه از زوج در طلاق محقق و قابل اعمال نیست».

### ج) طلاق با توافق زن و مرد

طلاق با توافق زوجین به طلاقی گفته می‌شود که بر مبنای توافق زوجین صورت می‌گیرد. این در حالی است که برخی از نویسندگان معتقدند در فقه امامیه و قانون مدنی طلاق با 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 به شمار نیامده و طلاق با توافق در حقوق ایران، متصور نیست. این نظر مبتنی بر یک مفهوم مضیق و محدود از طلاق با توافق است. اگر مقصود از طلاق با توافق این باشد که اراده زن مانند اراده مرد و به همان اندازه در طلاق مؤثر باشد و طلاق یک قرارداد بین زوجین تلقی شود یا لااقل توافق اراده زن و شوهر مبنای حکم دادگاه به طلاق باشد، طلاق با توافق بدین معنا در فقه امامیه (قول مشهور) و قانون مدنی پذیرفته نیست. لیکن اگر مفهوم گسترده‌تری برای توافق زوجین و طلاق با توافق قائل شویم طلاق خلع و مبارات را هم می‌توان نوعی طلاق با توافق محسوب دانست، زیرا درست است که این نوع طلاق یک ایقاع است نه عقد؛ ولی شک نیست که بر اساس توافق زوجین واقع شده و توافق مبنای طلاق یا انگیزه آن بوده است. حتی بعضی از فقهای امامیه گفته‌اند که طلاق خلع یا مبارات یک عقد معاوضی است، اگر چه این قول در قانون مدنی پذیرفته نشده است.<sup>۱۷</sup>

**بند دوم: موجب طلاق، طرق اثبات موجب و اثر آن بر تقسیمات طلاق در حقوق**

**انگلیس**

**الف) موجب طلاق؛ شکست ازدواج**

در حقوق انگلیس، قانون لازم‌الاجرا در مورد طلاق قانون دعاوی خانوادگی ۱۹۷۳ است.

در این قانون هر یک از زن و مرد به طور یکسان از حق طلاق برخوردارند. آنان با اثبات شکست غیرقابل جبران ازدواج می‌توانند حکم طلاق را از دادگاه تحصیل کنند. (بند ۱ قانون دعاوی خانوادگی ۱۹۷۳). در حقوق انگلیس تنها همین یک موجب برای دعاوی طلاق به رسمیت شناخته شده است.

### ب) طرق اثبات شکست ازدواج

به موجب بند دوم قانون دعاوی خانوادگی ۱۹۷۳<sup>۱۸</sup> شکست غیرقابل جبران ازدواج از طرق ذیل قابل اثبات است:

- ۱- خوانده مرتکب زنا شده و زندگی با وی غیرقابل تحمل باشد.
  - ۲- رفتار خوانده به گونه‌ای باشد که به طور متعارف نتوان از خواهان انتظار ادامه زندگی با وی را داشت.
  - ۳- خوانده به مدت دو سال خواهان را ترک گفته باشد.
  - ۴- طرفین به مدت دو سال جدا از یکدیگر زندگی کرده و خوانده نیز موافق طلاق باشد.
  - ۵- طرفین به مدت پنج سال جدا از یکدیگر زندگی کنند، حتی اگر خوانده رضایت نداشته باشد.
- قابل ذکر است که هیچ دعاوی طلاقی را نمی‌توان در سال نخست ازدواج در دادگاه مطرح کرد.
- حال هر یک از عوامل بالا به تفصیل بررسی می‌شود:

#### ۱- ارتکاب عمل زنا

مفهوم زنا در حقوق انگلیس عبارت است از: عمل نزدیکی جنسی با جنس مخالف، بین دو نفری که با یکدیگر پیوند زناشویی نداشته و حداقل یکی از آنها متأهل است. خواهان برای تحصیل حکم طلاق علاوه بر اثبات زنا، باید ثابت کند که زندگی با خوانده برای وی غیرقابل تحمل شده است و گر نه عمل زنا به تنهایی برای طلاق کافی نیست.

#### ۲- رفتار غیرمعقول

خواهان باید ثابت کند که خوانده رفتاری غیرقابل تحمل دارد. از این عامل اغلب به عنوان رفتار غیرمعقول یا نامتعارف یاد می‌شود. ملاک شناسایی رفتار نامعقول، نوعی و شخصی

است. از طرفی نوعی است زیرا؛ دادگاه باید بررسی کند که آیا از خواهان به طور متعارف می‌توان انتظار داشت که با خوانده زندگی کند. و از سوی دیگر شخصی است چون دادگاه باید تأثیر رفتار خوانده بر شخص خواهان را مورد بررسی قرار دهد. در این بررسی باید شرایط و شخصیت طرفین تحقیق و بررسی گردد. اکنون چند نمونه از رفتار غیرمعقول گزارش می‌شود:

در پروندهٔ بیرچ علیه بیرچ<sup>۱۹</sup>، زن بر این اساس که رفتار همسرش غیرمعقول است، درخواست طلاق کرد. او مدعی شد که رفتار شوهرش متعصبانه و مستبدانه است. به گفتهٔ وی با وجودی که او، زنی حساس و زود رنج است، اما طی ۲۰ سال زندگی مشترک با همسرش با کنار گذاشتن علائق خود، نقش افراد بی‌تفاوت را ایفا کرده است تا فرزندش بزرگ شود. دادگاه بدوی دعوای زن را رد نمود، اما دادگاه استیناف آن را قبول و حکم طلاق را صادر کرد زیرا؛ دادگاه بدوی به جای استفاده از معیار شخصی در بررسی دعوای خواهان از معیار نوعی استفاده کرده بود. در دعوایی دیگر<sup>۲۰</sup>، بی‌مسئولیتی مالی، در زمرهٔ رفتار غیرمعقول شناخته شد، و در موردی دیگر، خشونت یا مصرف الکل نیز یک رفتار غیرمعقول تلقی شد.<sup>۲۱</sup> گاه تحت عنوان رفتار غیرمعقول، حکم طلاق در جایی که خوانده مسئولیتی در قبال رفتار خودش ندارد نیز صادر می‌شود. از همین قبیل است حکمی که در پرونده کاتز علیه کاتز<sup>۲۲</sup> صادر شد و به موجب آن زن موفق شد حکم طلاق را به دلیل بیماری روانی شوهرش به دست آورد.

### ۳- ترک خواهان

حکم طلاق ممکن است به دلیل ترک خوانده به مدت دو سال پیاپی قبل از تقدیم دادخواست صادر گردد. برای صدور حکم طلاق به استناد این عامل باید جدایی واقعی میان خواهان و خوانده، قصد و ارادهٔ خوانده در خصوص ترک، عدم رضایت خواهان به ترک خوانده و فقدان دلایل منطقی برای ترک اثبات گردد. پس چنانچه یکی از زوجین رفتار ناشایستی داشته که طرف دیگر را مجبور به ترک کرده باشد موجبی برای صدور حکم طلاق نخواهد بود.

### ۴- دو سال جدایی همراه با رضایت بر طلاق

به این منظور خواهان باید اثبات کند که طرفین برای یک دورهٔ مداوم که حداقل آن دو

19. Birch v. Birch [1992] 1 FLR 5

20. Carter-Fea v. Carter-Fea [1987] Fam Law 131

21. Ash v. Ash [1972] Fam 135

22. Katz v. Katz [1972] 1 WLR 955

سال پیش از ارائه دادخواست طلاق است، جدا از یکدیگر زندگی کرده‌اند. علاوه بر آن خوانده نیز باید نسبت به صدور حکم طلاق رضایت داشته باشد و رضایت وی در صورتی قابل قبول است که توسط خواهان اغفال نگردیده و از عواقب طلاق نیز، مطلع باشد. پس چنانچه خواهان، خوانده را در اعلام رضایت به طلاق اغوا کرده باشد خوانده می‌تواند فسخ حکم طلاق را تقاضا کند. چنانکه گفته شد یکی از شرایط لازم برای صدور حکم طلاق به استناد این عامل، جدایی طرفین از یکدیگر می‌باشد. مع الوصف باید دانست که تحقق جدایی، با زندگی در زیر یک سقف نیز ممکن و متصور است مشروط به آنکه به عنوان یک خانواده در زیر یک سقف و در کنار یکدیگر زندگی نکنند. در پرونده فولر علیه فولر<sup>۲۳</sup> حکم طلاق در شرایطی صادر شد که شوهر در منزل مشترک با خوانده به عنوان مستأجر زندگی می‌کرد و دوست مذکر زن نیز با آنها زندگی می‌کرد. از طرف دیگر تقاضای صدور حکم طلاق علی‌رغم آنکه زوجین، اتاق خواب‌های جدا داشتند، رد شد به این دلیل که آنها با فرزندان‌شان و در کنار هم غذا می‌خوردند و کارهای منزل نیز بین آنها تقسیم شده بود. در این مورد دادگاه جدایی زوجین را احراز نکرد.<sup>۲۴</sup> جدایی همچنین باید به قصد ترک رابطه زناشویی باشد، پس جدایی فیزیکی که صرفاً به علت کار و مانند آن باشد کفایت نمی‌کند. همچنین، صرف رها کردن خوانده و جدا زندگی کردن نشانه رضایت وی بر طلاق نبوده و باید مسقلاً رضایت اعلام شود.

#### ۵- پنج سال جدایی حتی بدون رضایت

بدین منظور طرفین باید به مدت پنج سال مداوم پیش از ارائه دادخواست طلاق، جدا از یکدیگر زندگی کرده باشند. جلب رضایت خوانده به طلاق در این مورد لازم نیست. خواهان باید وجود جدایی را اثبات کند اما در اینجا نیز اگر زوجین داخل یک خانه زندگی کرده باشند تحقق جدایی قابل تصور است.<sup>۲۵</sup>

#### ب) اثر موجبات طلاق بر تقسیم بندی طلاق

حقوق انگلیس به اعتبار طرق و انحاء اثبات شکست رابطه زناشویی که در بالا گفته شد، طلاق را به طلاق مبتنی بر تقصیر و طلاق بدون تقصیر تقسیم کرده است. طلاق‌های مستند به بندهای یک تا سه تحت عنوان طلاق مبتنی بر تقصیر<sup>۲۶</sup> و طلاق‌های مبتنی بر بندهای

23. Fuller v. Fuller [1973] 1 WLR 730

24. Mouncer v. Mouncer [1972] 1 WLR 321

25. Kate Standley, 2001, *Family Law*, England, Palgrave, pp. 132-135.

26. Fault Divorce

چهار و پنج به عنوان طلاق بدون تقصیر<sup>۲۷</sup> تقسیم‌بندی شده‌اند. در طلاق مبتنی بر تقصیر، تقصیر و خطای خوانده از طریق زنا، سوء رفتار و ترک خواهان باید به اثبات برسد ولی در طلاق بدون تقصیر، اساس طلاق، اثبات شکست غیرقابل جبران ازدواج است و نیازی به اثبات هیچ واقعه دیگری نیست.

اخیراً حقوقدانان انگلیسی از طلاق سومی به نام طلاق توافقی<sup>۲۸</sup> نام می‌برند که هنوز به مرحله قانون راه نیافته و در حد یک نظریه حقوقی مطرح است. اساس طلاق توافقی بر رضایت طرفین استوار است. طرفداران این نظریه معتقدند که در طلاق توافقی طرفین می‌توانند منافع جمعی و پیامدها و عواقب ادامه زندگی مشترک یا طلاق و آثار آن بر روی فرزندان را شناسایی و بررسی کرده و بر حسب مورد از طلاق اعراض یا بدان اقبال نمایند، در حالی که در طلاق مبتنی بر تقصیر و طلاق بدون تقصیر این فرصت فراهم نمی‌شود. همچنین در این نوع طلاق، انحلال ازدواج به جای اتکا به ملاک‌های قانونی به ملاک‌های طرفین مستند می‌گردد. برای رسیدن به طلاق توافقی، زوجین می‌توانند هر نوع مقررات به جز مقررات مبتنی بر حمایت از منافع فرزندان را نادیده بگیرند. و دیگر مزیت طلاق توافقی مطالبه جبران خسارت مالی توسط طرف ناراضی از طلاق برای اعلام موافقت و رضایت برای طلاق می‌باشد.<sup>۲۹</sup>

### بند سوم: مقایسه دو سیستم حقوقی

در این گفتار به اختصار برخی از موجبات طلاق در دو سیستم حقوقی ایران و انگلیس را مقایسه می‌کنیم:

الف) در حقوق ایران به تبع فقه اسلامی طلاق اصولاً حق مرد است و زن از موقعیت حقوقی برابر با مرد برخوردار نیست. البته تحت تأثیر نظام حقوق بشر و فشار افکار عمومی و مطالبات زنان، برای زن نیز این امکان فراهم شده است تا در اوضاع و احوال خاصی بتواند از دادگاه تقاضای طلاق کند و دادگاه نیز با فراهم بودن موجبات مربوط مرد را به انشاء طلاق الزام و در صورت استنکاف وی از باب ولایت حاکم بر ممتنع خود صیغه طلاق را جاری سازد. اما در حقوق انگلیس زن و مرد از موقعیت حقوقی برابر برخوردار بوده و هریک به تساوی می‌توانند از دادگاه تقاضای طلاق کنند.

ب) در حقوق ایران مرد بدون هیچ دلیل یا توجیهی می‌تواند زن خود را در هر وقت به

27. No-Fault Divorce

28. Mutual Consent Divorce

29. Antony W. Dnes, Robert Rowthorn (ed.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge University Press, 2002, pp. 64-68.

دلخواه خود طلاق دهد. گرچه اعمال این حق بعداً منوط به رعایت شرایطی شد که همگی جنبهٔ شکلی و صوری دارند اما زن فقط در صورتی که موجبات مصرح در قانون فراهم باشد می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق بنماید. در حقوق انگلیس مرد نیز هرگاه متقاضی طلاق باشد باید مانند زن شکست غیرقابل جبران زندگی مشترک را از همان طریقی که ذکر شد اثبات کند.

ج) در حقوق انگلیس طلاق به طلاق مبتنی بر تقصیر و طلاق بدون تقصیر تقسیم شده است در حالی که در حقوق ایران اثری از این تقسیم به چشم نمی‌خورد. اما تفاوت تقاضای طلاق مرد و طلاق زن در سیستم ایران اجازه می‌دهد که حقوق ایران را در این باب به طور نسبی به حقوق انگلیس تشبیه کنیم. زیرا؛ در حقوق ایران زن برای تحصیل حکم طلاق غالباً- و نه دائماً- باید تقصیر و خطای مرد را اثبات کند و لیکن مرد بدون نیاز به اثبات تقصیر همواره می‌تواند دعوای خود را به کرسی بنشاند.

ه) در انگلیس تقاضای طلاق در طول یک سال نخست زندگی پذیرفته نمی‌شود، اما در حقوق ایران چنین محدودیتی وجود ندارد.

### نتیجه‌گیری

مطالعهٔ نهاد طلاق در دو سیستم حقوقی ایران و انگلیس نشان می‌دهد که طلاق در هر دو سیستم حقوقی، پدیده‌ای شوم و مذموم است و لیکن چاره‌ای از پذیرش آن نیست و لذا حقوق انگلیس که تا مدت‌ها از پذیرش رسمی نهاد طلاق طفره می‌رفت سرانجام- هر چند با تأخیر- آن را به رسمیت شناخت. شاید به دلیل قبح طلاق در هر دو سیستم است که اعمال و اجرای آن در هر دو نظام حقوقی منوط و محدود به رعایت شرایطی شده است که از آنها تحت عنوان موجبات طلاق یاد کردیم. هر چند در نوع این محدودیت‌ها یا موجبات، اختلاف نظر به چشم می‌خورد. مهم‌ترین اختلاف نظر- فارغ از هرگونه قضاوت ارزشی- تفاوت موقعیت حقوقی زن و مرد، در برخورداری از حق طلاق در حقوق ایران است. از سوی دیگر طلاق از آن رو که واقعه‌ای حقوقی است که دو طرف آن انسان- و نه اموال یا اشیا- است با سایر اعمال حقوقی، تفاوت اساسی دارد و از همین رو همه اسباب و موجبات آن قابل پیش‌بینی نیستند. بر همین اساس در حقوق ایران علی‌رغم ذکر تعدادی از موجبات طلاق، مفهومی عام به نام عسر و حرج در اختیار قاضی گذارده شده است تا بتواند موارد پیش‌بینی نشده را پوشش دهد چنانکه در حقوق انگلیس نیز با وجود ذکر موجبات طلاق، مفهوم کلی رفتار غیرمتعارف به تشخیص قاضی وانهاده شده است.

## فهرست منابع

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱.
- دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، دوره جدید، ۱۳۷۷.
- صفائی، سید حسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- صفائی، سید حسین، «وکالت زوجه در طلاق»، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، میزان، ۱۳۷۷.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۴.
- نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۳۲، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- Barker, D.L.A., *Law Made Simple*, London, Publisher Made Simple, 1992.
- Bates, Phil D., *Family Law Statutes 2009-2010*, Routledge Student Statutes, Abingdon, Routledge, 2009.
- Brown, William John, *GCSE Law*, London, Sweet & Maxwell, 1989.
- Cooke, Russell (Solicitors), *Divorce in England and Wales*, 2009
- Dnes, Antony W., Robert Rowthorn (ed.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Cambridge University Press, 2002.
- Matrimonial Causes Act 1875
- Matrimonial Causes Act 1973
- Standley, Kate, *Family Law*, England, Palgrave, 2001.
- Stretch, Rachael, *Family Law*, Ruotledge, 2009.



## **The Concept and the Causes of Divorce in the Legal System of Iran and English Law**

*Hossein Simaee Sarraf (Ph. D.) & Maryam Fakharian*

The concept of divorce in Iran and England's legal systems usually are the same. But its nature is different in each system of another. Because, in Iranian law – accordingly to *Shari'ah* a divorce is the sole right of the man and the woman just by the proving of the legal causes may request the divorce from the court and finally it is the man that make a divorce although if he refuses to divorce the woman the court would intervene. Though According to England law the man and woman have equally right to a divorce and the man doesn't have any privilege to woman. Each of them by proving one of the legal divorce causes may request divorce from the court. On the other hand, the legal causes of divorce in two systems have a storage resemblance.

**Keywords:** Divorce, Concept, Causes, Iran, England, Law

# JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. X, No. 1

2011-1

## Articles

- ICC Arbitration Rules on Multiple Parties and Multiple Contracts
- The Concept and the Causes of Divorce in the Legal System of Iran and English Law
- Some Considerations on the Compensation for the Nuclear Damages Based on International Conventions of Nuclear Civil Liability
- The Protection of Traditional Medicine in *Quran* and Islamic Jurisprudence
- Individual and Social Rights in the Criminal Procedures: Some Challenges
- The Concept of Representations in the First Assembly (*Mashruteh*)

## Special Issue: 105 Years of Legislation Experience in Iran

- The Protection of the Principle of Transparency by Constitutional Courts
- Law Approach Challenges: Law Validity and Law Reliability
- The Relationship between Rule of Law and Religious Law in *Mashruteh* Legal System
- The Place of Simile in the Process of Codification of Law
- A Brief Study on the Theoretical Foundations of Experimental Legislation
- The Approach of Legislation in Electronic Contracts
- Measuring the Strength of Iran's Patent Rights by Focusing on Iranian Patent Act 2008

## Critique and Presentation

- On the Title of Criminal Law
- An Analysis of Judgment of the European Court of Justice in Case of *Fulmen* and *Mahmoudian*: When the Dream of Judicial Review of UN Sanctions Comes True



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study

ISSN: 1682-9220