

تأثیر تشریفات ماهوی و شکلی طلاق بر صحت و بطلان آن

مسعود محمودی*

سیروس خرمی‌رفنی**

چکیده

قواعد مربوط به طلاق از جمله قوانین آمره است که رعایت آن با نظم عمومی در ارتباط است. از این جهت، حاکمیت اراده خصوصی در طلاق محدود شده است. براساس فقه، زوج هر زمان که بخواهد می‌تواند شخصاً یا به وکالت، زوجه را طلاق دهد. اما در ماده ۱۱۳۳ اصلاحی قانون مدنی، این مسیر تعدیل شد و مرد صرفاً با رجوع به دادگاه و رعایت شرایط مقرر در قانون، حق طلاق همسرش را دارد. طلاق یک ایقاع تشریفاتی است؛ یعنی علاوه بر اراده و اهلیت زوج، تشریفاتی نظیر صیغه طلاق، پاکی زن، و حضور دو شاهد عادل مرد نیز باید وجود داشته‌باشد. اما نظم عمومی و مصالح اجتماعی ایجاب می‌کند که علاوه بر تشریفات ماهوی، قانون‌گذار تشریفات شکلی نظیر، رجوع به دادگاه، گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق و ثبت طلاق را تأسیس نماید. ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات ماهوی طلاق، بطلان است. اما در خصوص ضمانت اجرای مدنی تشریفات شکلی، قانون‌گذار ساکت است. برخی معتقدند، چون طلاق با رعایت مقررات شرعی واقع شده است، عدم رعایت تشریفات بر تشریفات (تشریفات شکلی) باعث بطلان آن نمی‌شود و فقط ضمانت اجرای کیفری دارد. برخی دیگر معتقدند، قواعد انحلال نکاح از جمله قوانین مربوط به نظم عمومی است که عدم رعایت آن موجب بطلان طلاق است. در مجموع باید گفت، باتوجه به استثنا بودن نظم عمومی در حقوق خصوصی، سکوت قانون‌گذار را نمی‌توان حمل بر بطلان طلاق بدون رجوع به دادگاه یا طلاق

* کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

tahashiraz@iran.ir

** کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران

si.khorami@mail.sbu.ac.ir

بدون ثبت دانست؛ زیرا اصل بر صحت و عدم بطلان است. اثر تأسیس این تشریفات همان طور که در آراء دادگاه‌ها ذکر شده، این است که دعوای اثبات طلاق عادی، قابلیت استماع ندارد زیرا طلاق باید از مسیر خاص قانونی طی شود.

واژگان کلیدی: طلاق، تشریفات طلاق، دادگاه خانواده، ثبت طلاق، احوال

شخصیه.

مقدمه

یکی از موارد انحلال عقد ازدواج، طلاق است که مخصوص عقد دائم است. انحلال عقد ازدواج، شبیه فسخ یا اقاله یک قرارداد مدنی مانند، بیع یا اجاره نیست؛ بلکه تشریفات خاص خود را دارا است. یک جنبه از اراده‌ی شخص که در انحلال نکاح دائم ظهور پیدا می‌کند، طلاق است. «برای جلوگیری از کثرت طلاق، قانون تحقق آن را مشروط به تشریفات قرار داده که بدون آن طلاق محقق نمی‌گردد» (امامی، ۱۳۹۰: ۳۴). قانون مدنی قبل از انقلاب در ماده ۱۱۳۳ (مصوب ۱۳۱۴/۰۱/۲۰) بیان می‌داشت: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». اما بعد از انقلاب این ماده اصلاح شد، و یک تبصره نیز به آن افزوده شد. ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۸۱/۰۸/۱۹) مقرر می‌دارد: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. تبصره: زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹)، (۱۱۲۹) و (۱۱۳۰) این قانون، از دادگاه تقاضای طلاق نماید». اما بعد از انقلاب این آزادی اراده کمی محدود و تعدیل شد، و مرد صرفاً با رعایت شرایط مقرر در قانون حق طلاق همسرش را دارد. همچنین متقابلاً این امکان برای زن وجود دارد که در چارچوب مواد ذکر شده، از دادگاه تقاضای طلاق داشته باشد. منظور از شرایط مقرر در این قانون، تشریفات ماهوی و شکلی است. در واقع قانون‌گذار با توجه به مصالح عمومی و نظم اجتماعی محدودیت‌ها و شرایطی را برای امر طلاق پیش‌بینی نموده است. سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا دادگاه می‌تواند تشریفات بر تشریفات طلاق (شرایط شکلی طلاق) را موثر در بطلان یا صحت طلاق بداند؟ به تعبیر دیگر دخالت شکل در محتوا، شرط صحت طلاق است یا مطابق ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده صرفاً مجازات کیفری دارد؟ تأسیس تشریفات شکلی مانند رجوع به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق و ثبت طلاق در دفترخانه رسمی، جدای از تشریفات ماهوی طلاق مانند صیغه طلاق و حضور دو شاهد عادل مرد، ایجاب می‌نماید که ضمانت اجرای مدنی و کیفری این تشریفات بر صحت و بطلان طلاق و تاثیر آن در جریان دادرسی مورد بررسی قرار گیرد.

مشخصات رأی نخست

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۰۰۶۱۲

تاریخ: ۱۳۹۲/۱۰/۱۷

شعبه صادرکننده رأی: رئیس شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور

یکی از دعاوی مربوط به حوزه نهاد خانواده، خواسته‌ای با عنوان «اثبات واقعه طلاق به استناد طلاق‌نامه عادی» یا «ادعای وقوع طلاق براساس طلاق‌نامه عادی» است. در رأی نخست، یکی از شعب دیوان عالی کشور بیان داشته چون طلاق از اختیارات قانونی زوج است پس اثبات آن به طریقی غیر از مراجعه به دادگاه و از طریق عادی نیز دارای اعتبار شرعی است و با اثبات آن مشروعیت پیدا می‌کند؛ بنابراین، اثبات طلاق عادی واجد آثار و اعتبار شرعی و قانونی مربوط به طلاق می‌شود. در مقابل، استدلال قضات محترم در رأی دوم و سوم بدین شرح است که چون انحلال عقد ازدواج حتی با اراده طرفین نیز نیازمند مجوز قانونی و طی تشریفات دادرسی است، پس اقدام افراد غیرمسئول و فاقد صلاحیت تأثیری در انحلال عقد ازدواج ندارد؛ زیرا اثبات واقعه طلاق از قواعد آمره است که با نگاه به مقررات خاص قانون حمایت خانواده ملاحظه می‌کنیم که اجرای صیغه طلاق و ثبت آن منوط به رسیدگی قضایی طی تشریفات قانونی معین، تعیین تکلیف حقوق مالی زوجه و ثبت آن است. بنابراین، در وضعیت فعلی و قبل از مراجعه به دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق، تقاضای اثبات طلاق و ثبت آن قابلیت استماع را ندارد. در ادامه برخی از آراء مرتبط در این زمینه را بیان می‌داریم و سپس به بررسی، نقد و تحلیل موضوعی این مسأله خواهیم پرداخت.

متن رأی

رأی شعبه دیوان عالی کشور

«اعتراض فرجام‌خواه درخصوص حکم دادگاه‌ها راجع به ثبت واقعه ازدواج مطرح نشده بلکه فرجام‌خواه به وقوع عقد نکاح به طور عادی اقرار داشته‌است لذا از این حیث به شرح لایحه تقدیمی پیوست دادخواست فرجامی اعتراض متوجه این قسمت از دادنامه نمی‌باشد و ابرام می‌شود اما راجع به ورود دادگاه‌ها به رد واقعه طلاق که اساساً از سوی خواننده در مقام دفاع مطرح شده بود و در قالب طرح

دعوی با تقدیم دادخواست به خواسته اثبات وقوع طلاق مطرح نشده بود اعتراض داشته‌است که این قسمت از اعتراض فرجام خواه وارد است زیرا گرچه مقررات حاکم به جهت تشریفاتی بودن طلاق اجرای مقررات قانونی را از جمله مراجعه به محاکم و اجرای تشریفات راجع به طلاق را تجویز نموده و آن در صورتی است که عقد نکاح رسمیت یافته باشد و با استناد به عقد نکاح و رسمت آن مراجعه به دادگاه امکان پذیر باشد در مانحن فیه زوج مدعی است اجرای صیغه طلاق همانند اجرای عقد نکاح به صورت عادی واقع شده تنها طریق قانونی آن همانند عقد نکاح عادی بدو اثبات واقعه طلاق در مراجع قضایی سپس مراجعه به محاکم پس از رسمیت نکاح با استناد به سند نکاحیه رسمی و حکم اثبات واقعه طلاق در راستای رأی دادگاه اجرای تشریفات قانونی راجع به طلاق را از طریق محاکم ممکن می‌نماید بنا به مراتب و نظر به این‌که طلاق که از اختیارات قانونی زوج می‌باشد در صورت اثبات آن به طریق غیر از مراجعه دادگاه و از طریق عادی نیز دارای اعتبار شرعی و با اثبات آن مشروعیت پیدا می‌کند لذا در مانحن فیه چنانچه مدعی طلاق با تقدیم دادخواست به خواسته اثبات واقعه طلاق وقوع آن را ثابت نماید واجد آثار و اعتبار شرعی و قانونی مربوط به طلاق می‌شود با این بیان ورود دادگاه به استدام و رابطه زوجیت با رد طلاق بدون این‌که مورد خواسته به طرق قانونی قرار گرفته باشد محل ایراد قانونی است به عبارت دیگر خواسته خواهان اثبات وقوع عقد نکاح (زوجیت) در تاریخ وقوع آن و ثبت آن در محاضر رسمی نکاح است به عبارتی اثبات آن در دادگاه کاشف از زوجیت طرفین در تاریخ اجرای عقد نکاح می‌باشد با اثبات آن بقاء نکاح استمرار دارد مگر این‌که خلاف آن با وقوع طلاق یا فسخ ثابت گردد با این نظر ورود دادگاه‌ها به عدم وقوع طلاق بدون اینکه در قالب قانونی طرح شده باشد مغایر با قانون تشخیص این قسمت از رأی دادگاه مستنداً به قسمت اخیر ماده ۴۰۳ قانون آیین دادرسی مدنی نقض بلا رجاع می‌گردد.»

مشخصات رأی دوم

شماره دادنامه: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۲۲۲

تاریخ: ۱۳۹۳/۰۴/۱۵

شعبه صادرکننده: شعبه ۱ دیوان عالی کشور

متن رأی

«آقای م.ل. فرزند م. متولد ۱۳۶۵، دادخواستی به خواسته اثبات واقعه طلاق به طرفیت خانم ز.الف. فرزند ع. متولد ۱۳۶۰، تقدیم دادگستری شهرستان مذکور و اظهار داشته که خوانده به استناد عقدنامه مورخه ۹۱/۸/۲۶ دادخواست ثبت واقعه نکاح داده و حال آن که من در حضور دو نفر شاهد مشارالیها را طلاق داده‌ام و شهود حاضر به اتیان سوگند و شهادتند، استشهادیه‌ای نیز که دو نفر ذیل آن را امضا کرده‌اند و حاکی از وقوع طلاق توافقی بین من خواننده می‌باشد را گواهی کرده‌اند؛ این برگ حاکی است که آقای الف. صیغه طلاق را جاری کرده‌است؛ پرونده به شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی ارجاع و جلسه دادرسی با حضور طرفین در تاریخ ۹۲/۳/۲ تشکیل، خواهان اظهار داشته مطالب به شرح دادخواست است، خوانده اظهار داشته که مطالب معنونه را قبول ندارم و صیغه طلاق خوانده نشده‌است. دادنامه شماره ۱۷۹-۹۲/۲/۵ صادره از شعبه اول حاکی است که حکم به ثبت واقعه نکاح با عنایت به احراز علقه زوجیت بین متداعیین و اقرار خواهان به صحت سند عادی نکاحیه صادر شده است و طی سند تنظیمی در دفتر ازدواج حوزه ثبت اسفراين نیز ثبت رسمی گردیده‌است. خوانده لایحه‌ای تقدیم که تحت شماره ۵۵۴ ثبت شده و اظهار داشته حتی طلاق توافقی بایستی مورد حکم دادگاه واقع شود در جلسه ۹۲/۴/۱۸ اظهارات طرفین تکرار مطالب جلسه قبل است، دادگاه قرار استماع شهادت شهود را صادر کرده‌است وقت رسیدگی نیز تاریخ ۹۲/۵/۳۰ تعیین شده و در تاریخ مذکور خوانده حضور نیافته و خواهان نیز شهود خود را حاضر نکرده‌است و تجدید جلسه شده و در جلسه مورخ ۹۲/۷/۲۷ نیز شهود حاضر نشده‌اند، قاضی مشاور با اظهار نظر به رد دعوی کرده، دادگاه با اعلام ختم رسیدگی و با توجه به این که تنها مستند خواهان شهادت شهود بوده که آن‌ها را در جلسات دادرسی حاضر نکرده‌است لذا حکم به رد دعوی صادر کرده‌است. با ابلاغ دادنامه خواهان بدوی با پیوست کردن اظهارات آقایان ج.س. و الف.الف. و آقای م.الف. که دو نفر اول بنام گواه و سومی به عنوان مجری صیغه طلاق در دفتر اسناد رسمی اقرارنامه تنظیم کرده‌اند و اظهارات مشارالیهم حاکی از صحت اظهارات خواهان بدوی است تجدیدنظر خواهی کرده‌است و مدعی شده که شهود امکان

حضور در زمان مقرر دادگاه نداشته‌اند، تجدیدنظر خوانده نیز با تقدیم استشهادیه‌ای مبنی بر رابطه و ایاب ذهاب تجدیدنظرخواه و غیرواقعی بودن ادعای وی در مورد طلاق که عده‌ای ذیل آن را امضاء کرده‌اند به لایحه تجدیدنظرخواه پاسخ داده‌است، دادگاه تجدیدنظر استان با تأیید دادنامه بدوی تجدیدنظرخواهی را رد کرده‌است.»

رای شعبه دیوان عالی کشور

«نظر به این‌که دادنامه فرجام‌خواسته به مقتضای محتویات پرونده، مستندات ارائه شده، اظهارات متدعیین و این‌که انحلال عقد نکاح با اراده طرفین نیز نیازمند مجوز قانونی و طی تشریفات دادرسی است و اقدام افراد غیرمسئول و فاقد صلاحیت شرعی و قانونی تأثیری در انحلال آن ندارد، رعایت مقررات قانونی و تشریفات دادرسی صادر، فرجام‌خواه نیز دلیل و سندی که موجب تخدیش اساس و مقتضی نقض آن گردد ارائه نکرده‌است لذا با رد فرجام‌خواهی دادنامه فرجام‌خواسته را به استناد مادتهای ۳۷۰ و ۳۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی ابرام می‌نماید. مستشاران شعبه ۱ دیوان عالی کشور»

مشخصات رأی سوم

شماره دادنامه: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۷۲۰۱۱۸۷

تاریخ: ۱۳۹۲/۱۱/۱۶

شعبه صادرکننده رأی: شعبه ۴ دادگاه تجدیدنظر استان یزد

متن رأی

«آقای غ.ر. فرزند ن. دادخواستی به طرفیت خانم ک.ر. فرزند ر. و به خواسته اثبات ازدواج (زوجیت) و اثبات واقعه طلاق تقدیم کرده و با استناد به طلاق نامه عادی و گواهی گواهان و نوشته عادی طلاق توضیح داده‌است که خوانده را در سال ۱۳۵۸ به عقد ازدواج دائمی خود درآورده و سپس با توافق یکدیگر در تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ از هم جداشده و صیغه طلاق نیز به موجب نوشته عادی در مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ که تقدیم کرده جاری شده‌است لذا اثبات وقوع طلاق را خواستارم. شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی یزد با تعیین وقت رسیدگی در وقت مقرر با حضور طرفین دعوی تشکیل شده‌است خواهان اظهار داشته در سال ۱۳۵۸ خوانده را به عقد ازدواج دائمی خود درآورده و ماحصل زندگی فرزند

مشترکی نمی‌باشد در سال ۱۳۹۰ با توجه به اختلافاتی که وجود داشت مبلغ ۷۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال به خواننده پرداخته‌ام و او را طلاق دادم خواننده نیز رضایت داشته‌است خواننده اظهار داشته قبول دارم که در سال ۱۳۵۸ به عقد ازدواج دائمی وی درآمده‌ام. اینجانب به این مبلغ رضایت نداشته و ندارم و باید همه حق و حقوق اینجانب را طبق قانون پرداخت نماید. سپس دادگاه از شهود خواهان و خواننده تحقیق نموده‌است سپس مشاور دادگاه اعلام نموده با توجه به قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق و آیین نامه آن عقیده به رسیدگی در مورد حقوق مالی زوجه و ارجاع امر به داوری سپس صدور حکم بر اثبات واقعه طلاق را دارم شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی یزد به موجب رأی شماره ۱۷۲۰-۱۳۹۱/۱۱/۱۱ در خصوص دادخواست آقای غ.ر. فرزند ن. علیه خانم ک.ر. فرزند ر. و به خواسته اثبات واقعه ازدواج و اثبات واقعه طلاق با توجه به محتویات پرونده و اظهارات طرفین و شهود حکم به اثبات ازدواج دائم طرفین در سال ۱۳۵۸ و وقوع طلاق رجعی در ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ صادر کرده‌است. خانم ک.ر. نسبت به دادنامه فوق‌الذکر تجدیدنظرخواهی به عمل آورده‌است و خواستار مطالبه اجرت‌المثل و حقوق قانونی خود شده‌است. که پس از پاسخ تجدیدنظر خوانده شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان یزد به موجب رأی شماره ۰۲۵۴-۱۳۹۲/۴/۴ و با اکثریت درخصوص تجدیدنظرخواهی خانم ک.ر. فرزند ر. نسبت به دادنامه شماره ۱۷۲۰-۹۱/۱۱/۱۱ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد که به موجب آن حکم به اثبات واقعه ازدواج و همچنین اثبات واقعه طلاق فی مابین مشارالیها و آقای غ.ر. صادر گردیده‌است نظر به این‌که تجدیدنظرخواه به شرح لایحه منضم به دادخواست تجدیدنظر صرفاً ادعای حق و حقوق قانونی خود را نموده و متعرض ازدواج خویش با تجدیدنظر خوانده نشده‌است مضافاً اینکه گواهان تعرفه شده نیز به وجود علقه زوجیت طرفین در پی ازدواج دائم گواهی نموده‌اند دادگاه این قسمت از دادنامه بدوی (اثبات ازدواج دائم) را تأیید می‌نماید و درخصوص بخش دیگر دادنامه بدوی مبنی بر اثبات واقعه طلاق نظر به این‌که طلاق تابع احوال شخصیه و از قواعد آمره می‌باشد که با نگرش به مقررات فصل چهارم قانون حمایت خانواده مصوب ۹۱/۱۲/۱ اجرای صیغه طلاق و ثبت آن در دفتر موکول به رسیدگی قضایی در مراجع ذی‌صلاح طی تشریفات قانونی و تعیین تکلیف حقوق مالی زوجه و با توجه به شروط ضمن

عقد و مندرجات سند ازدواج بوده که در وضعیت فعلی و قبل از مراجعه به دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش و یا حکم به الزام زوج به طلاق حسب مورد تقاضای ثبت طلاق و اثبات آن قابلیت استماع را نداشته لذا ضمن نقض این قسمت از رأی تجدیدنظر خواسته مبنی بر اثبات طلاق قرار رد دعوی خواهان بدوی را صادر و اعلام کرده است.»

رأی دیوان عالی کشور

«اعتراض فرجام خواه با توجه به مندرجات پرونده و رسیدگی‌های به عمل آمده وارد نیست و رأی دادگاه بنا به جهات و دلایل منعکس در آن طبق مقررات قانونی صادر شده است و در مانحن فیه صدور حکم بر اثبات طلاق برخلاف صریح فصل چهارم قانون حمایت خانواده و بالأخص مفایر ماده ۲۹ قانون مذکور در مورد در نظر گرفتن حقوق مالی زوجه از جمله دریافت اجرت المثل ایام زندگی مشترک می‌باشد لذا با رد اعتراض مستنداً به ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی رأی فرجام‌خواسته را ابرام نموده و پرونده را اعاده می‌نمایند.» رئیس شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور - مستشار»

۱- تشریفات طلاق

طلاق تنها سند قضایی است که صحت آن منوط به تشریفات است که با فقدان آن طلاق باطل می‌شود (امامی، ۱۳۹۰: ۳۴). برخی از تشریفات اساسی (ماهوی) طلاق مربوط به طلاق‌دهنده است، مانند قصد و رضا و اهلیت زوج که برای هر عمل حقوقی لازم است و مختص طلاق نیست، اما برخی دیگر از شرایط اساسی (ماهوی) مانند صیغه طلاق، حضور دو شاهد عادل و پاکی زن اختصاص به طلاق دارد. برخی دیگر از تشریفات با عنوان تشریفات شکلی یا تشریفات بر تشریفات شناخته می‌شود. در واقع، نظم عمومی و مصلحت اجتماعی ایجاب می‌کرد که علاوه بر تشریفات ماهوی که ذکر شد، قانون‌گذار تشریفات شکلی نظیر: رجوع به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق، و ثبت طلاق را تأسیس نماید. علت انتخاب عنوان تشریفات بر تشریفات این است که طلاق ذاتاً از ایقاعات تشریفات است که علاوه بر آن قانون‌گذار تشریفات دیگری را بر آن افزوده است. در ادامه، ضمانت اجرای مدنی این تشریفات بر صحت و بطلان طلاق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲- تشریفات ماهوی طلاق (شرایط اساسی طلاق)

بر اساس فقه و قانون مدنی، طلاق‌دهنده زوج است، که اختیار دارد برای اجرای صیغه طلاق به زوجه یا شخص ثالثی وکالت جهت طلاق دهد. طلاق‌دهنده باید واجد دو شرط، یعنی اراده و اهلیت برای طلاق باشد. علی‌الاصول طلاق از طرف مرد واقع می‌شود، پس برای صحت آن قصد و رضا و اهلیت زن شرط نیست. ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی بیان می‌دارد: «طلاق‌دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد». منظور از بالغ کسی است که به سن پانزده سال تمام قمری رسیده باشد. مطابق این ماده، صغیر حتی با اجازه ولی یا قیم خود نمی‌تواند زن خویش را طلاق دهد؛ زیرا که طلاق امری شخصی است، پس ولی یا قیم نمی‌تواند زوجه مولی‌علیه را به نمایندگی از او طلاق دهد. مجنون دائمی نیز نمی‌تواند شخصاً زوجه خویش را طلاق دهد؛ زیرا فاقد قوه ادراک است، پس اعمال حقوقی او باطل است؛ اما چون ممکن است ادامه زندگی زناشویی برای او غیرممکن باشد، قانون‌گذار به ولی یا قیم مجنون اختیار داده‌است که با رعایت مقررات و مصلحت مولی‌علیه، استثنائاً زن او را طلاق دهد. ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «ولی مجنون دائمی می‌تواند، در صورت مصلحت مولی‌علیه، زن او را طلاق دهد». قانون امور حسبی نیز در ماده ۸۸ بیان می‌دارد: «هرگاه طلاق زوجه مجنون لازم باشد، به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه قیم طلاق می‌دهد». از این دو ماده نتیجه می‌گیریم که ولی قهری یا وصی برای طلاق زوجهی مولی‌علیه، باید مصلحت او را رعایت کند و نیازی به موافقت دادستان نیست؛ اما اگر که قیم بخواهد زن مولی‌علیه خود را طلاق دهد، موافقت دادستان و تصویب دادگاه الزامی است. در مورد مجنون ادواری، باتوجه به اینکه حالات او بین ادراک و عدم ادراک در جریان است، خود می‌تواند در حالت ادراک و بهبودی طلاق را جاری کند. طلاق شخص سفیه نیز صحیح می‌باشد، زیرا حجر سفیه در حوزه امور مالی است. همچنین قانون مدنی در ماده ۱۱۳۶، رشد را از شرایط طلاق‌دهنده بیان ننموده‌است. اگر زوج صیغه طلاق را در حال مستی یا به جهت شوخی جاری کند، طلاق باطل و فاقد اعتبار است. زیرا قصد طلاق باید به صورت قطعی و منجز بیان شود. رابطه زناشویی نباید در حال تعلیق و تزلزل باشد، ثبات خانواده از نظر اجتماعی دارای اهمیت فراوانی است لذا قانون‌گذار طلاق معلق

را باطل دانسته است (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۴۱). مطابق با ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است». در مورد این که طلاق شخص مکره باطل است یا غیرنافذ؟ اختلاف نظر وجود دارد. قانون مدنی در ماده ۱۱۳۶ اختیار را از شرایط طلاق دهنده دانسته، اما در مورد ضمانت اجرای آن ساکت است. برخی معتقدند طلاق مکره باطل است (امامی، ۱۳۹۰: ۲۳). برخی دیگر معتقدند: «در فقه امامیه عقیده عموم بر بطلان طلاق ناشی از اکراه است؛ اما پذیرش این نظر در قانون مدنی دشوار است. همان‌طور که در معاملات، اکراه موجب عدم نفوذ معامله است، طلاق مکره نیز غیرنافذ است؛ مع‌هذا با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه مبنی بر بطلان طلاق مکره، در توجیه بطلان طلاق مکره به پاره‌ای دلایل حقوقی نیز استناد نموده و خصوصاً به این علت که قانون‌گذار اراده سالم و تصمیم راسخ شوهر را شرط صحت طلاق دانسته است، طلاق ناشی از اکراه را در نهایت باطل اعلام کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ص ۳۱۸ و ۳۱۹). چون قانون مدنی در این گونه مسائل از فقه امامیه پیروی کرده، می‌توان گفت ضمانت اجرای پذیرفته شده در فقه که عبارت از بطلان طلاق مکره است مورد نظر قانون‌گذار بوده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۴۲). در نظر گرفتن حکم بطلان برای این‌گونه طلاق‌ها از نظر اجتماعی صحیح‌تر است؛ زیرا نظم عمومی اقتضا می‌کند که طلاق از طریق تشریفات قانونی پیش برود.

باتوجه به این که اصولاً طلاق از جانب زوج واقع می‌شود، برای صحت آن قصد، رضا و اهلیت زوجه شرط نیست. مطابق با فقه امامیه و قانون مدنی طلاق باید در حالت طهر (پاکی) زن واقع شود و همچنین باید از پایان عادت زنانگی تا هنگام طلاق بین زوجین، نزدیکی صورت نگرفته باشد. مطابق ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی: «طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست، مگر این‌که زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد به طوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند». علاوه بر شرط پاکی زن، طلاق هنگامی صحیح است که از زمان پاک شدن تا زمان وقوع طلاق، نزدیکی بین زوجین رخ نداده باشد. در اصطلاح حقوقی می‌گویند، زن باید در طهر غیرموقعه باشد (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۴۶). ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی بیان می‌دارد: «طلاق

در طهر موافقه صحیح نیست، مگر اینکه زن یائسه یا حامل باشد». از حکمت این شرط، معلوم شدن بارداری زن و جلوگیری از اختلاط نسل است. از اینجا متوجه می‌شویم هرچند طلاق یک امر شخصی و خصوصی است؛ اما بعد عمومی آن از جهت، نظم عمومی ایجاب می‌کند که قانون‌گذار در ماده ۳۱ قانون حمایت خانواده، ارائه گواهی در مورد وجود جنین یا عدم وجود جنین را برای ثبت طلاق الزامی بداند؛ تا از مصالح عالیه کودک به عنوان یک اصل مهم، حمایت شود.

مطابق ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی: «طلاق باید به صیغه طلاق ... واقع گردد» منظور قانون‌گذار این است که طلاق باید به وسیله الفاظ خاص بیان شود. از ظاهر این ماده برداشت می‌شود که صیغه طلاق باید به زبان آورده شود و کتابت در آن مورد قبول نیست. اکثر فقهای امامیه معتقدند که طلاق باید به صیغه عربی و با الفاظی مانند "أنت طالق" یا "فلانه طالق" واقع شود. اما امروزه در حقوق فعلی، لفظ عربی در هیچ یک از عقود و ایقاعات شرط نشده و خصوصیتی در الفاظ عربی نیست، لذا، می‌توان گفت که به کار بردن لفظ عربی ضرورت ندارد (صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ص ۲۶۰). در واقع عربیت یک لفظ است، که در اصول فقه می‌گوییم دال باید بر مدلول دلالت کند، پس آنچه مهم است دلالت است. اجرای صیغه طلاق به وسیله زوج، موضوعیت ندارد و ممکن است نماینده او، طلاق را جاری کند. اگر زوج نتوانست صیغه طلاق را جاری کند، باید وکیل بگیرد. در عمل نیز به دفترخانه مراجعه می‌شود که عاقد به وکالت از زوج صیغه طلاق را جاری سازد. طلاق باید با به کار بردن لفظ خاص واقع شود و کسی که قادر به سخن گفتن نیست، باید به وسیله وکیل تشریفات لازم را انجام دهد؛ یعنی باید به وسیله اشاره یا نوشتن مقصود خود را به وکیل بفهماند و به او در اجرای صیغه نمایندگی بدهد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۴۳).

به موجب ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی: «طلاق باید ... در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد». با توجه به این مقرر، «دو شاهد باید صیغه طلاق را همزمان با هم بشنوند و شنیدن هر کدام به تنهایی برای صحت طلاق کافی نمی‌باشد. در انجام این امر شاهد باید دارای شرایطی باشد که عبارت‌اند از: الف) مرد بودن، هرچند زنان در پاره‌ای امور می‌توانند به عنوان شاهد محسوب

شوند؛ ولی در این موضوع یعنی انجام صیغه طلاق قانون‌گذار به صراحت حضور دو مرد را کافی دانسته است و شهادت زنان هر تعداد که باشند را کافی نمی‌داند. این امر از جمله موارد مرتبط با نظم عمومی می‌باشد و لذا انجام قواعد خارج از آن با برخورد‌های قانون‌گذار مواجه است. هرچند در این خصوص ضمانت اجرای قانونی پیش‌بینی نشده است؛ اما طلاق بدون حضور دو شاهد عادل مرد، باطل و از درجه اعتبار ساقط است.» (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۶۲). (ب) عادل بودن، در شرع مقدس اسلام عادل به کسی گفته می‌شود که از انجام گناهان بزرگ بپرهیزد و اصرار به ارتکاب گناهان کوچک، نداشته باشد. عادل کسی است که از آنچه اخلاق عمومی نمی‌پسندد بپرهیزد و انسانی معقول و پرهیزگار باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۴۴). قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در ماده ۳۷ بیان می‌دارد: «اجرای صیغه طلاق با رعایت جهات شرعی در دفترخانه یا محل دیگر و با حضور سردفتر انجام می‌گیرد.» این که ماده مذکور حضور سردفتر برای اجرای صیغه طلاق را حتی در محلی دیگر الزامی می‌داند از تشریفات بر تشریفات طلاق است که مربوط به نظم عمومی است و شرط خلاف آن باطل است. علاوه بر تشریفات مذکور، در طلاق رجعی تشریفات خاصی در ماده ۳۸ قانون حمایت از خانواده مقرر شده است، مبنی بر این که، ثبت طلاق رجعی منوط به ارائه گواهی کتبی حداقل دو شاهد مبنی بر سکونت زوجه مطلقه در منزل مشترک تا پایان عده است، مگر اینکه زن رضایت به ثبت داشته باشد.

۳- تشریفات شکلی طلاق (تشریفات بر تشریفات طلاق)

این تشریفات عبارت‌اند از مراجعه به دادگاه خانواده، صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق، و ثبت طلاق که در ادامه به ذکر مصادیق و تحلیل آن ذیل آرای صادره خواهیم پرداخت.

۳-۱- رجوع به دادگاه

در نظامی که خانواده از حمایت قانون برخوردار است و به عنوان یک نهاد اجتماعی و اخلاقی مورد توجه واقع می‌شود، اجتماع نسبت به انحلال این نهاد حساس است؛ بنابراین دادگاه تصمیم می‌گیرد تا از منافع عمومی و مصالح کودک حمایت شود (بالوی و بیات، ۱۳۸۷: ۱۱). قانون مدنی در ماده ۱۱۳۳ (مصوب

۱۳۱۴/۰۱/۲۰) صراحتاً بیان می‌داشت که مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد. اما آزادی مطلق شوهر در طلاق، با مصلحت اجتماعی سازگار نبود؛ لذا قوانین خاص در طول زمان مقرر کردند که بدو باید به دادگاه مراجعه کنند و دادگاه به موضوع رسیدگی کند. «اما با این که مرد حق داشت زن خود را طلاق دهد، ولی این حق را نباید خودسرانه و تنها برای ارضای هوس‌های نامشروع خود به کار برد. پس اگر مرد این حق خود را نابجا به کار برد و محرک او در طلاق دادن، امیال نامشروع و خواسته‌های غیرانسانی یا تنها اضرار به زن و خانواده او باشد، باید خسارت ناشی از کار خود را بپردازد. در اصل ۴۰ قانون اساسی آمده است: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را به وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» بنابراین، نه تنها شوهر نمی‌تواند بدون دلیل و در جهت سوءاستفاده از حق خود مبادرت به طلاق همسر خود نماید، بلکه زن در چنین مواردی حق تقاضای جبران خسارت را نیز از مرد دارد» (روشن، ۱۳۹۶: ۳۰۸). مداخله دادگاه در فرایند رسیدگی به اختلاف زوج و زوجه و مجوز طلاق از طرف دادگاه نیز، موجب کاهش سوءاستفاده مرد از حق طلاق می‌شود؛ به این علت که، دادگاه ضمن تلاش جهت صلح و سازش، و رفع اختلاف و تضمین استیفای حقوق زوجه، گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند. تصمیم دادگاه از نظر ماهیت، جنبه اعلامی دارد نه اثباتی؛ اعلامی بودن به این معنا نیست که دادگاه حق طلاق را به مرد می‌دهد، بلکه حق مرد بر طلاق دادن را احراز می‌کند. برخی نیز معتقدند، «طلاق که بدون اذن دادگاه انجام می‌شود ممنوع است و سردفتران نیز، از بیم مجازات، طلاق را ثبت نمی‌کنند. ولی نباید گمان برد که ممکن است هیچ طلاق بدون دخالت دادگاه واقع شود.» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۳۵)

۳-۲- پیشینه قانونی گواهی عدم امکان سازش و حکم طلاق

اصطلاح گواهی عدم امکان سازش اولین بار در ماده ۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ به کار رفت. ماده هشت قانون مذکور به‌طور مساوی برای زوج و زوجه حق تقاضای طلاق را قائل شده بود. مثلاً، صدر ماده ۸ چنین آورده است: «در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید...». پس از انقلاب اسلامی، قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص

مصوب ۱۳۵۸ در تبصره ۲ ماده ۳، بیان داشت: «موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده‌است، ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند، دادگاه بدواً حسب آیه کریمه (فإن خفتم شقاق ...) موضوع را به داوری ارجاع می‌دهد و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق به زوج خواهد داد. در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست». پس این قانون، تصمیم دادگاه در تقاضای طلاق زوج را "اجازه" نامید، در مواردی که بین زوجین در مورد طلاق، توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نبود. بنا بر قانون فوق، تصمیمات دادگاه در دعوای طلاق به دو دسته تقسیم می‌شود: الف) طلاق به درخواست زوجه که نیازمند صدور حکم است؛ ب) طلاق به درخواست زوج که دادگاه بدون حق دخالت در ماهیت آن، صرفاً با سعی در ایجاد سازش از طریق ارجاع به داوری، در صورت عدم سازش، اجازه‌ی ثبت طلاق را صادر می‌کند. تبصره ۲ ماده ۳ قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص مقرر داشته‌است: «در درخواست طلاق زوج، دادگاه اجازه طلاق به زوج خواهد داد ... لذا اثر اجازه دادگاه صرفاً امکان ثبت طلاق است، اعم از آن‌که صیغه طلاق قبل از رجوع به دادگاه اجرا شده باشد یا پس از آن». بدین ترتیب طلاق با توافق زوجین یعنی طلاق توافقی بدون رجوع به دادگاه از طریق دفاتر رسمی ثبت می‌شود.

متعاقباً ماده‌ی واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق (مصوب ۱۳۷۱/۰۷/۲۸) با الزام زوجین متقاضی طلاق به رجوع به دادگاه مدنی خاص، عنوان "گواهی عدم امکان سازش" را احیا کرد. ماده‌ی واحده بیان می‌داشت که: «از تاریخ تصویب این قانون زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی کنند. چنان‌چه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاه‌اند (آن‌طور که در قرآن کریم فرموده است) حلوفصل نگردید، دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش، آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد». به نظر می‌رسد صدر این ماده‌ی واحده مختص به طلاق‌های به درخواست زوجین است؛ زیرا تصمیم دادگاه در طلاق به درخواست زوج در قانون تشکیل دادگاه مدنی

خاص ذکر شده است (اسدی، ۱۳۸۹: ۶۰). قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ضمن این که طلاق را در صلاحیت اختصاصی دادگاههای خانواده می‌شمارد؛ بین گواهی عدم امکان سازش و حکم طلاق قائل به تفاوت است. بنابراین تصمیم دادگاه خانواده در دعوی طلاق، یا حکم طلاق است یا گواهی عدم امکان سازش. اگر طلاق توافقی یا طلاق به درخواست زوج باشد دادگاه اقدام به صدور گواهی عدم امکان سازش می‌نماید؛ در واقع دادگاه در مقام فصل خصومت و تشخیص ذی‌حق نیست بلکه در مقام صدور گواهی بر مبنای عدم سازش است. در این صورت، گواهی عدم امکان سازش یک تصمیم اعلامی می‌باشد، که حاکی از عدم احراز سازش بین زوجین است. اما در طلاق به درخواست زوجه احراز جهات طلاق (عسرو حرج، شروط ضمن عقدنامه، غیبت شوهر، ترک انفاق) برای خواهان، امری کشفی است که دادگاه در مقام رفع ترافع، فصل خصومت و تشخیص ذی‌حق به آن می‌پردازد؛ پس باید در قالب حکم صادر شود (اسدی، ۱۳۸۹: ۶۳). در این صورت، حکم دادگاه، یک حکم تأسیسی است.

۳-۳- ضمانت اجرای طلاق بدون مراجعه به دادگاه

آیا طلاق بدون صدور گواهی عدم امکان سازش یا صدور حکم الزام زوج به طلاق زوجه معتبر است یا چنین طلاقی باطل است؟ این که قانون مدنی در ماده ۱۱۳۳ سابق (مصوب ۱۳۱۴/۰۱/۲۰) بیان می‌داشت: «مرد هر وقت بخواهد می‌تواند زن خویش را طلاق دهد؛» این معنا را می‌رساند که رجوع به دادگاه شرط صحت طلاق نیست. ماده ۱۰ قانون حمایت خانواده سابق (مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵) ضمانت اجرای کیفری برای طلاق بدون تحصیل گواهی عدم امکان سازش مقرر کرده بود. سال ۱۳۵۸ قانون تشکیل دادگاه مدنی خاص (مصوب ۱۳۵۸/۰۷/۰۱)، صراحتاً بیان می‌داشت که برای طلاق توافقی نیازی به رجوع به دادگاه نیست. پس طبق این قانون عدم رجوع به دادگاه برای طلاق توافقی مجازات کیفری نداشت. اما ماده ۱۱۳۳ اصلاحی قانون مدنی (مصوب ۱۳۸۱/۰۸/۱۹)، صراحتاً بیان می‌دارد که مرد می‌تواند با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. مفهوم مخالف این ماده یعنی، مرد نمی‌تواند بدون مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را داشته باشد. پس رجوع به دادگاه از شرایط اساسی و بنیادین است. قانون جدید حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱) در ماده ۴

طلاق را در صلاحیت اختصاصی شعب خانواده قرار داد و ضمانت اجرایی برای آن مشخص نشده است. برخی از حقوق دانان معتقدند، «اگر طلاق با رعایت ضوابط شرعی واقع شده باشد، باطل نیست؛ ولی مطلقه حق دارد در صورت امتناع شوهر از ثبت طلاق، الزام وی را از دادگاه خواستار گردد. دادگاه ضمن الزام به ثبت واقعه طلاق، او را به پرداخت جریمه یا به تحمل مجازات به شرح ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده محکوم خواهد کرد. بنابراین، در این گونه موارد لازم است دادگاه وقوع شرعی طلاق و انقضای مهلت یک‌ماهه قانونی از تاریخ وقوع طلاق و مراتب امتناع شوهر از ثبت را احراز کند تا حکم حقوقی و کیفری قانونی را صادر نماید.» (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۵۲) نقدی که بر گفته‌ی دکتر صفایی وارد است این است که ماده ۴۹ در مقام بیان ضمانت اجرای کیفری عدم ثبت طلاق است و در مورد عدم رجوع به دادگاه، اصلاً مقرره کیفری وضع نشده است. دکتر امامی نیز بیان می‌دارند که، «گرچه صحت طلاق احتیاج به رسیدگی دادگاه ندارد، ولی رعایت مقررات مربوط به آن به شرح قانون لازم است.» (امامی، ۱۳۹۰: ۹) از منطوق مواد قانونی مرتبط با این موضوع نمی‌توان پاسخ قاطع قانون‌گذار را استنتاج کرد، اما از روح کلی حاکم بر قوانین خانواده می‌توان نتیجه گرفت که قانون‌گذار مایل نبوده است، طلاقی را که بدون اذن دادگاه واقع می‌شود صحیح بداند. هدف از وضع قانون جلوگیری از طلاق‌های بی‌مورد، نابه‌جا و حمایت از کانون خانواده بوده که رسیدن به این هدف، بطلان این‌گونه طلاق‌ها را ایجاب می‌نماید. به نظر می‌رسد برای حفظ نظم جامعه و در راستای مصلحت خانواده، قانون‌گذار می‌تواند طلاق، بدون صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم الزام به طلاق را باطل و فاقد اعتبار قانونی بداند و نیز اقدام مزبور را جرم و برای آن مجازات معین کند. (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۵۳) در عمل نیز امکان ثبت طلاق بدون رجوع به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش یا حکم طلاق امکان‌پذیر نیست؛ زیرا ماده ۵۶ قانون حمایت خانواده، صراحتاً سردفتر را از ثبت طلاق بدون حکم دادگاه یا گواهی عدم امکان سازش منع و برای آن ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته است.

۳-۴- ثبت واقعه طلاق در دفترخانه رسمی

در قانون پس از این‌که صبغه طلاق اجرا شد، باید در دفتر رسمی طلاق به ثبت برسد و مراتب در شناسنامه زن و مرد قید گردد. آیا ثبت می‌تواند مؤثر در صحت و

بطلان طلاق باشد؟ ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، ثبت طلاق را الزامی می‌داند؛ بدون این که ضمانت اجرای مدنی عدم ثبت را بیان کند. ماده ۲۴ قانون مذکور نیز، اشاره به این دارد که ثبت طلاق در دفاتر رسمی پس از صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم مربوط از سوی دادگاه مجاز است. ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده در مقام بیان ضمانت اجرای کیفری است. برخی‌ها معتقدند: ثبت طلاق از شرایط صحت و تحقق آن نیست و از این رو طلاقی را که به ثبت نرسیده، در صورتی که وقوع آن مسلم باشد، نمی‌توان باطل دانست (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۶۴). ثبت طلاق از تشریفاتی است که تأثیر در صحت آن ندارد و عدم ثبت آن موجب جزای کیفری می‌شود گرچه صحت طلاق احتیاج به ثبت در دفاتر رسمی طلاق ندارد، ولی رعایت مقررات مربوط به آن به شرح قانون لازم است (امامی، ۱۳۹۰: ۹). قراردادهای اداری جزء عقود تشریفاتی هستند و به صرف توافق طرفین عقد واقع نمی‌شود (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۳: ۱۸۲). در این‌گونه عقود، تشریفات یک عقد شرط وقوع آن است و در صورتی که قرارداد شکل مخصوص را نداشته باشد باطل است (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۹۲). سند طلاق چون توسط مقام رسمی و در حدود صلاحیت آن‌ها و بر طبق مقررات قانونی تنظیم می‌شود، مطابق ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی، همان امتیازات اسناد رسمی را دارد؛ برخلاف ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد که بیان می‌دارد: «ثبت اسناد اختیاری است مگر در مورد اموال غیرمنقول». ماده ۲۴ قانون حمایت خانواده، ثبت طلاق را الزامی می‌داند؛ اما در مورد ضمانت اجرای آن ساکت است. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ به عنوان قانون عام مقدم و قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به عنوان قانون خاص مؤخر است؛ در این حالت از منظر دانش اصول فقه، اصولیان و حقوق دانان قائل به نسخ شده‌اند؛ یعنی خاص مؤخر به اندازه قلمرو شمول خود، بخشی از عام مقدم را نسخ می‌کند (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳: ۲۴۲). ماده ۴۷ قانون ثبت بیان می‌دارد: «سندی که مطابق با مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده، در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». شاید با وحدت ملاک از ماده ۴۷ قانون ثبت اسناد بتوانیم بگوییم، طلاقی که مطابق ماده ۲۰ به ثبت نرسد اعتبار قانونی در محاکم و ادارات دولتی ندارد؛ اما آثار طلاق شرعی بین زن و شوهر و فرزندان جاری

است. بنابراین ثبت طلاق از شرایط صحت آن نیست و نمی‌توان ادعا کرد که جدایی زوجین موکول به ثبت مراتب در دفاتر اسناد رسمی طلاق است. در عرف مذهبی نیز ثبت طلاق ضرورت ندارد و همین که اراده زوج به صیغه خاص و نزد دو مرد عادل بیان شود، طلاق واقع شده‌است. حتی در حقوق فرانسه نیز، عدم ثبت منجر به عدم قابلیت استناد است و فقط نسبت به فرزندان و زوجین برقرار است (رحیم پور، ۱۳۹۴: ۱۱). هرچند مجازات مردی که از ثبت طلاق امتناع می‌کند یا سردفتری که برخلاف مقررات اقدام به ثبت طلاق بدون مراجعه به دادگاه می‌کند، نمی‌تواند اجرای قانون را به‌طور کامل تأمین کند و بازدارندگی مناسبی باشد؛ اما در هر حال توجیه قابل قبولی در دست نداریم که بخواهیم ثبت را مؤثر در صحت و بطلان بدانیم. شاید بگوییم هدف از وضع قانون، جلوگیری از طلاق‌های بی‌مورد و غیابی و حمایت از حقوق زنان است که رسیدن به این هدف ما را به سمت بطلان این‌گونه طلاق‌ها سوق می‌دهد. اما سوال این است که اگر قرار بود قانون‌گذار ثبت را مؤثر واقعی در صحت طلاق بداند چرا به این مهم اشاره نکرده است؟ در پاسخ به این سوال می‌گوییم که طلاق امری شخصی است و دولت نمی‌تواند اعمال این حق را محدود کند. منتها از بعد عمومی و نظم دولت ورود پیدا می‌کند و مقرره‌ای مانند ثبت را الزامی می‌داند و برای آن ضمانت اجرای کیفری تعیین می‌کند. بررسی آرا نیز نشان داد که قضات محترم تشریفات بر تشریفات را مؤثر بر صحت و بطلان طلاق‌نامه عادی ندانسته‌اند و به عدم استماع دعوا حکم صادر نموده‌اند؛ زیرا معتقدند، اثبات واقعه طلاق تابع احوال شخصیه و از قواعد آمره است که طبق مقررات قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، اجرای صیغه و ثبت طلاق موکول به رسیدگی قضایی و طی تشریفات قانونی است، بنابراین دعوا قابلیت استماع ندارد. به عبارتی، صدور حکم بر اثبات طلاق، برخلاف قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است. در وضعیت فعلی قبل از مراجعه به دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش یا حکم الزام زوج به طلاق، تقاضای ثبت طلاق و اثبات آن قابلیت استماع را ندارد.

۴- طلاق در احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه

ابوزهره می‌گوید: «به هر حال به نظر فقها طلاق در دست مرد است ولی به نظر محققین از فقها، اصل در طلاق حذر و منع است یعنی تا نیازی به طلاق نباشد و

توجیه صحیحی برای آن وجود نداشته باشد، مرد نمی‌تواند دست به طلاق بزند؛ ولی خاطرنشان می‌سازد که ضمانت اجرایی این اصل ممنوعیت، بطلان طلاق یا حتی جرمه کردن متخلف نیست، بلکه ضمانت اجرای آن وجدانی و اخلاقی است.» (به نقل از مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۷۷). در حقوق ایران احوال شخصیه اقلیت‌های دینی در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده‌است و به دعاوی آنان مطابق با احوال شخصیه خودشان رسیدگی می‌شود. مطابق ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم، در مسائل مربوط به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است حاکم خواهد بود. ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بیان می‌دارد که: «به دعاوی اشخاص موضوع اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی حسب مورد طبق قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲/۰۴/۳۱ و قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی مصوب ۱۳۷۲/۰۴/۰۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیدگی می‌شود. تصمیمات عالی اقلیت‌های دینی مذکور در امور حسبی و احوال شخصیه آنان از جمله نکاح و طلاق، معتبر و توسط محاکم قضایی بدون رعایت تشریفات، تنفیذ و اجرا می‌گردد.» از ظاهر قانون بر می‌آید که اگر زوجین غیرشیعه مستقیماً برای طلاق به دادگاه خانواده مراجعه کردند، دادگاه حق رسیدگی دارد ولی در موارد خاص مانند طلاق که تابع احوال شخصیه مذهب شوهر است باید از مراجع عالی دینی استعلام بگیرد و اگر برای طلاق ابتدا به مراجع عالی دینی خودشان مراجعه کردند و طلاق صورت گرفت؛ این طلاق‌نامه معتبر و توسط محاکم قضایی بدون رعایت تشریفات تنفیذ و اجرا می‌گردد. مطابق با نظریه مشورتی اداره حقوقی به شماره ۱۳۹۴/۰۲/۱۶-۷/۹۴/۳۹۳: «... (ب) دادگاه در صورتی که تصمیمات مراجع یاد شده را مغایر با نظم عمومی تشخیص ندهد، نسبت به تنفیذ و اجرای آن اقدام می‌کند. د- چنانچه به تشخیص دادگاه، تصمیم مراجع عالی اقلیت‌های دینی خلاف نظم عمومی باشد، با لحاظ ماده واحده قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی ۱۳۷۲ و با عنایت به ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده، تصمیمات یاد شده

قابل تنفیذ نخواهد بود. «چکیده‌ای از رأی دادگاه در مورد دعاوی راجع به طلاق اهل تسنن از مذاهب حنفی از سایت پژوهشگاه قوه قضائیه: «زوجین حنفی راجع به سه طلاقه بودن اختلاف داشتند و دعوایی با عنوان اثبات واقعه طلاق مطرح می‌شود که آیا برای صیغه طلاق دو شاهد عادل باید حتماً مرد باشد یا خیر؟ دادگاه از دفتر نمایندگی ولی فقیه در امور اهل سنت استعلام می‌گیرد و مرجع مزبور بیان می‌دارد که حداقل شهادت دو نفر مرد یا یک مرد و زن برای وقوع سه طلاقه کفایت می‌کند. ثبت طلاق در ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و داشتن ضمانت اجرای کیفری برای عدم ثبت طلاق، از مقررات مربوط به نظم عمومی است که طبق اصل صلاحیت سرزمینی در حقوق کیفری شامل اهل سنت نیز می‌باشد؛ بنابراین شرط خلاف آن صحیح نیست.

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی خانواده دایره‌ی اعمال حقوقی محدود است؛ به‌ویژه در بحث طلاق که شارع تشریفات بر آن بار کرده است. اما با این وجود باز طلاق در حوزه حقوق خصوصی است، زیرا شأن نزول تشریفات طلاق برای جلوگیری از انحلال نهاد خانواده بوده است. حقوق خصوصی روابط اشخاص با یکدیگر را تنظیم می‌کند، زیرا رکن اساسی آن اراده است؛ پس نظم عمومی در حقوق خصوصی استثنا است. اما در طلاق بر خلاف بیع، صرف اراده نمی‌تواند منشأ تعهدات و الزامات باشد؛ پس یکی از جلوه‌های نظم عمومی قوانین آمرانه‌ای است که حوزه طلاق نیز شامل قوانین امری از سوی قانون‌گذار است. توافق برخلاف قوانین آمره یا شرط خلاف آن باطل است، مثلاً زوجین توافق کنند زن عده نداشته باشد. ضمانت اجرای تخلف از نظم عمومی به صورت کیفری یا مدنی نمود پیدا می‌کند.

طلاق یک ایقاع تشریفات است. تشریفات ماهوی آن عبارت‌اند از: صیغه مخصوص طلاق، حضور دو شاهد عادل مرد و پاک‌ی زن. ضمانت اجرای مدنی تخلف از این تشریفات مساوی است با بطلان طلاق؛ یعنی اگر طلاق در حضور یک شاهد عادل مرد اجرا شود، این طلاق صحیح نیست. اما قانون‌گذار در راستای نظم عمومی و مصلحت اجتماعی تشریفات شکلی مانند رجوع به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش و حکم طلاق، ارجاع به داوری در طلاق غیرتوافقی، ارجاع به مرکز

مشاوره در طلاق توافقی، ارائه گواهی پزشکی در مورد وجود جنین یا عدم آن، اجرای صیغه طلاق با رعایت جهات شرعی با حضور سردفتر و ثبت طلاق را تأسیس و الزامی نموده است؛ ضمانت اجرای کیفری برخی از این تشریفات شکلی مانند ثبت طلاق در فصل هفتم قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در بخش مقررات کیفری ذکر شده اما در مورد ضمانت اجرای مدنی آن ساکت است. مثلاً ماده ۱۱۳۳ اصلاحی قانون مدنی صراحتاً بیان می‌دارد که مرد می‌تواند با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. مفهوم مخالف این ماده این می‌شود که مرد نمی‌تواند بدون مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. یا این‌که ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده ثبت طلاق را الزامی می‌داند. از آن جایی که نظم عمومی در حقوق خصوصی استثنا است، بنابراین سکوت قانون را نمی‌توان حمل بر بطلان طلاق بدون رجوع به دادگاه یا طلاق بدون ثبت دانست زیرا اصل بر صحت و عدم بطلان است. اثر تأسیس این تشریفات، علاوه بر مجازات کیفری، همان‌طور که در آراء دادگاه‌ها ذکر شد، این است که دعوای اثبات طلاق عادی قابلیت استماع ندارد، زیرا طلاق باید از مسیر خاص قانونی طی شود.

فهرست مقالات

- اسدی، لایلا سادات (۱۳۹۶)، **حقوق کیفری خانواده**، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
- احمدی و استانی، عبدالغنی (۱۳۴۱)، **نظم عمومی در حقوق خصوصی**، چاپ اول، تهران: انتشارات ابن سینا.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۰)، **حقوق مدنی**، جلد پنجم، چاپ هفدهم، تهران: انتشارات اسلامیه.
- بالوی، مهدی و مهناز بیات کمیتکی (۱۳۸۷)، طلاق توافقی؛ حوزه خصوصی یا قلمرو عمومی؟، **فصلنامه خانواده پژوهی**، شماره ۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۰)، **تأثیر اراده در حقوق ایران**، چاپ اول، تهران: انتشارات ابن سینا.
- دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۸)، مطالعه انتقادی مقررات مربوط به تعارض قوانین در احوال شخصیه از منظر فقه و قانون، **ماهنامه علمی پژوهشی علوم انسانی**، دوره ۱۹، شماره ۱۲.
- روشن، محمد (۱۳۹۶)، **حقوق خانواده**، تهران: انتشارات جنگل.
- روشن، محمد (۱۳۸۷)، لایحه پیشنهادی حمایت خانواده و بایسته‌های آن، **فصلنامه خانواده پژوهی**، شماره ۱۶.
- زندلشنی، ناهید (۱۳۹۴)، **جایگاه حقوق خانواده در نظام حقوقی ایران: از امور عبادی تا معاملی**، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
- صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی (۱۳۹۵)، **مختصر حقوق خانواده**، چاپ چهل و چهارم، تهران: نشر میزان.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۲)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد دوم، چاپ پانزدهم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، چاپ هشتاد و هشت، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین**، جلد نخست، چاپ بیست و چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد اول، چاپ ششم، تهران: انتشارات سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **حقوق خانواده**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات میزان.
- لاوریان، ملیحه (۱۳۹۵)، **دادگاه خانواده و صلاحیت آن**، تهران: پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۶)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمدزاده، رضا (۱۳۷۸)، **نظم عمومی در حقوق کیفری**، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
- مرسلی، یدالله (۱۳۸۹)، **نظم عمومی در اعمال حقوقی**، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۶)، **نظام حقوق زن در اسلام**، چاپ هفتاد و یکم، تهران: انتشارات صدرا.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۹)، **بررسی فقهی-حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در طلاق**، **مجله علمی پژوهشی نامه مفید**، شماره ۲۱.
- هاشمی دهنوی، عفت (۱۳۹۶)، **مطالعه نهاد خانواده از چشم انداز تقسیم بندی عمومی-خصوصی**، تهران: پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی.