

Examples of judicial divorce and its cases in the Qur'an, hadiths and Islamic law

ARTICLE INFO

Article Type
Research Article

Authors

Ali Mohammad Bakhshian
Mahnaz Salimi*
Zohreh Shoaie

How to cite this article

Ali Mohammad Bakhshian, Mahnaz Salimi, Zohreh Shoaie, Examples of judicial divorce and its cases in the Qur'an, hadiths and Islamic law, *Journal of Quran and Medicine*. 2023; 7(5): 361-374.

1. PhD student, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran (corresponding author).

3. Assistant Professor, Department of Theology, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran.

* Correspondence:

Email: Mahnazsalimi_14@yahoo.com

ABSTRACT

Judicial divorce is a divorce that is done by a judge, not by a couple. The jurisdiction of the judge in the matter of divorce is in cases where the ruler sees the necessary and sufficient reasons and initiates the divorce and dissolution of the marriage, otherwise the divorce will not be realized. If it becomes mandatory for a man to perform a divorce in a definite and voluntary manner, if he refuses, the court will force him to do the obligatory according to the case. If the man still refuses to perform the obligatory, his ruler will make the divorce a reality. This order is based on the rule that the jurists express with the expression "al-hakam wali al-mutana". According to Imamiyyah jurisprudence, in Iranian law, divorce is at the discretion of a man, despite these cases, the civil law provides that a woman can request a divorce from the court, and if the conditions are met, the court can divorce the woman. In this article, we intend to analyze judicial divorce and its cases in jurisprudence and law with a descriptive-analytical method. The main question that is raised here is what kind of divorce is this divorce, permanent or retroactive? Or does it have a special nature? The acceptance of each of these cases has different effects, and this issue has caused confusion in the courts of justice. The results of the research indicate that when the husband does not fulfill the wife's obligatory rights and it is not possible to force him to fulfill them, the ruler forces the husband to divorce; And if the husband refuses to divorce, the ruler divorces the wife and this divorce is valid according to Sharia law.

Keywords: judicial divorce, hadiths, Imami jurisprudence, law

مصادیق طلاق قضایی و موارد آن در قرآن و روایات و

حقوق اسلامی

علی محمد بخشیان

دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

مهناز سلیمی*

استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران (نویسنده مسئول).

زهرة شعاعی

استادیار، گروه الهیات، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

چکیده

طلاق قضائی، طلاق است که به وسیله ی قاضی صورت می گیرد نه بوسیله زوج. ولایت قاضی در امر طلاق در مواردی است که حاکم دلایل لازم و کافی را موجود ببیند و خود مبادرت به طلاق و انحلال نکاح کند، در غیر این صورت طلاق را محقق نمی کند. در صورتی که انجام طلاق به صورت یقینی و تخیری بر مرد واجب شود، هرگاه وی خودداری کند دادگاه او را حسب مورد به انجام واجب وادار خواهد کرد. اگر مرد همچنان از انجام واجب خودداری کند حاکم خود، طلاق را واقع خواهد ساخت. این ترتیب براساس قاعده ای است که فقهاء آن را با تعبیر «الحاکم ولی الممتنع» بیان میکنند. در حقوق ایران به پیروی از فقه امامیه، طلاق در اختیار مرد است با وجود این مواردی در قانون مدنی پیش بینی شده که زن نیز می تواند از محکمه درخواست طلاق نماید، و در صورت احراز شرایط، دادگاه زن را مطلقه نماید. در این مقاله برآنیم تا با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی طلاق قضایی و موارد آن در فقه و حقوق بپردازیم. سؤال عمده ای که در اینجا مطرح می گردد این است که این طلاق چه نوع طلاق است، بائن یا رجعی؟ یا اینکه ماهیت خاصی دارد؟ پذیرش هر یک از این موارد آثار متفاوتی دارد و همین مسأله موجب تشتت آراء در محاکم دادگستری گردیده است. نتایج پژوهش حاکی از آن است که هرگاه شوهر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او به ایفا ممکن نباشد، حاکم شوهر را اجبار به طلاق می کند؛ و در صورت امتناع شوهر از طلاق، حاکم زن را طلاق می دهد و این طلاق شرعا صحیح است.

واژگان کلیدی: طلاق قضایی، روایات، فقه امامیه، حقوق

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۱

*نویسنده مسئول: Mahnazsalimi_14@yahoo.com

مقدمه

از پیشگامان معتقد به طلاق قضایی میتوان از فقهای چون شیخ مفید، ابوعلی حمزه بن عبدالعزیز دیلمی معروف به سلار، ابوصلاح حلبی و از متاخران میرزای قمی و از معاصران نیز شیخ حسین حلی، آیت الله خویی، و آیت الله موسوی خمینی را نام برد. در بررسی نظرات این فقیهان شاید بتوان گفت کاملترین و گسترده ترین تحقیق در این باره، گفتارهای حسین حلی با عنوان حقوق الزوجیه و آثارها الوضیعه است که بحرالعلوم در بحوث فقهیه این گفتارها را نوشته است. بنا به آنچه در طلاق قضایی آمده است، تخلف شوهر از ادای وظایف زوجیت (اعم از انفاق، هم خوابگی و حسن معاشرت) چه ناشی از تقصیر شوهر و چه بدون تقصیر باشد، در صورتی که زندگی زناشویی و بقای نکاح را دشوار کند، به زن حق می دهد که برای طلاق به حاکم شرع رجوع کند و حاکم شرع شوهر را مجبور به طلاق خواهد کرد و اگر شوهر از آن خودداری کند، حاکم به عنوان ولی ممتنع، زن را طلاق خواهد داد. (۱).

از آیات قرآن چنین بر می آید که شوهر باید نسبت به زن یکی از دو روش حقوقی را پیش گیرد. با وظایف خود را به طور کامل انجام دهد (امساک به معروف) یا او را به خوبی و برطبق مقررات شرع، طلاق دهد (تسریح به احسان).

در جایی که زوج نه به وظایف زناشویی عمل می کند و نه طلاق می دهد، حاکم باید زوج را فراخواند و نخست او را به طلاق مکلف کند و اگر مرد از طلاق خودداری کرد، خود مبادرت به طلاق کند (۲) و به درخواست زن، به ولایت (نمایندگی قانونی) از زوج، زن را طلاق دهد تا زن با انتخاب شوهری دیگر، خوشبختی خود را باز یابد. راه سوم وجود ندارد. (۳) هر کدام از زوج و زوجه نسبت به هم حقوقی دارند. زوجه اگر تخلف کند، نانشزه محسوب می شود. همچنین زوجه را بر زوج حقوقی است که در تخلف آن زوج نانشزه می شود. و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه او را موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی کج خلقی نکند. پس هرگاه زوج از حقوق زوجه تخلف کرد و مطالبه زوجه نفعی نکرد به حاکم شرع رجوع می کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم او را الزاما اجبار می کند بر وفای به عهد یا بر طلاق دادن زوجه. هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به این که زوج سلوک به معروف نمی کند او را اجبار بر طلاق می نماید. اگر زوج از ایفای وظایف زوجیت خودداری ورزد و الزام دادگاه نیز سودی نبخشد، حاکم می تواند زوجه را طلاق دهد (۴).

در گفتارهای آیت الله موسوی خمینی نیز برای رهایی زن از وضعیت نامطلوب، طلاق ولایی تصریح شده است: از شئون فقیه است که اگر چنانچه یک مردی با همسرش رفتار بد باشد، او را نصیحت و یا تادیب کند و اگر دید نمی شود اجرای طلاق کند. فقیه ولایت دارد برای این امر که چنانچه یک زندگی به فساد کشیده می شود، طلاق دهد و طلاق گرچه در دست مرد است لکن فقیه در جایی که مصلحت اسلام را دید، مصلحت مسلمین را دید، طلاق می

بیا توجه به موارد ذکر شده در رابطه با طلاق غایب مفقودالاثار، این نتیجه به دست می‌آید که در این مورد، طلاق رجعی است. هرچند که طلاق مذکور رجعی می‌باشد، ولی مدت عده آن، معادل عده وفات است و از این لحاظ با سایر طلاق‌های رجعی تفاوت دارد و قانونگذار در ماده ۱۱۵۶ ق.م نیز تصریح کرده است: زنی که شوهر او غایب مفقودالاثار بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عده وفات نگه دارد. امام خمینی قدس سره نیز این نظر را در تحریر الوسیله بیان نموده‌اند. (۱۰).

اما قانون گذار در موارد دیگر از اقسام طلاق قضایی سکوت کرده است؛ و این یک خلأ قانونی است و همچنین فقهاء نیز به طور صریح به آن پاسخ نداده‌اند؛ هرچند که از مجموع سخنان فقهاء و حقوقدانان (۱۱) به نظر می‌رسد که طبیعت چنین طلاق‌هایی «بائن» است.

در مقابل، بعضی نظر دارند که قانونگذار در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی اقسام طلاق بائن را برشمرده و اشاره‌ای به طلاق از سوی حاکم (طلاق قضایی) نکرده است؛ پس به نظر قانونگذار این نوع طلاق هم «رجعی» می‌باشد.

اما در پاسخ گفته می‌شود: این ماده ناظر به طلاق در موارد عادی می‌باشد که بر اساس ماده ۱۱۳۳ ق.م از جانب مرد صورت می‌گیرد و اصلاً نگاهی به موارد طلاق حاکم ندارد.

از میان فقهاء بجز عده‌ای از معاصران، کسی متعرض این مسئله نشده است. «و الظاهر أنّ الطلاق حينئذ بائن و لا يجوز للزوج الرجوع بها اثناء العدة و عدتها عده الطلاق.» (۱۲).

قول به بائن بودن این نوع طلاق به دو دلیل خالی از وجه نیست:

۱. آنچه که از کلام برخی فقهاء استنباط می‌شود، بائن بودن مقتضای اصل اولیه در طلاق است و رجعی بودن طلاق امری است بر خلاف اصل، و ثبوت آن نیازمند دلیل خاصی است. به عبارت دیگر، پس از وقوع طلاق بین زوجین جدایی و بینونت حاصل می‌شود و در صورت شک در رجوع، مقتضای استصحاب، استمرار جدایی بین زوجین است (۱۳).

ممکن است گفته شود: هرگاه در رجعی یا بائن بودن طلاق تردید شود، اصل، رجعی بودن آن است؛ زیرا می‌توان به وسیله اصل عدم، هر یک از عناوین شش‌گانه را که سبب بائن بودن طلاق می‌گردد، نفی کرد و در نتیجه، رجعی بودن طلاق را اثبات نمود. ولی در جواب گفته می‌شود که این استدلال مردود است؛ زیرا استناد به اصول یادشده برای اثبات رجعی بودن طلاق، از موارد استناد به اصول مثبت است که در علم اصول عدم حجیت آنها به اثبات رسیده است. سید محمدکاظم یزدی نیز در ملحقات عروه‌الوثقی همین مطلب را تأیید کرده است (۱۴).

۲. مهم‌ترین و بلکه یگانه هدف شارع از جعل ولایت حاکم بر طلاق دادن زن، نجات و رهایی زن از بند زوجیت شوهری است که به تکالیف زناشویی خود عمل نکرده است و تأمین این هدف تنها با

دهد و این ولایت فقیه است، (۵). اگر مردی با زنش بد رفتاری کرد، در حکومت اسلام او را منع می‌کنند. اگر قبول نکرد، تعزیر می‌کنند، حد می‌زنند، و اگر باز قبول نکرد، مجتهد طلاق می‌دهد (۶) در همین زمینه سؤال و جوابی در کتاب شریف جامع‌الشتات مرحوم میرزای قمی آمده که جالب توجه است و آن به شرح زیر است:

«سؤال: هرگاه زید با زوجة خود بنای ناسازگاری گذاشته و پیوسته او را اذیت می‌کند، بلکه این امر به زخم زدن و شکستن منتهی شده با آنکه زوجة مسطوره، در مراعات حقوق زوج دقیقه‌ای فروگذار نکرده است، زوج در حضور جمعی تصریح نموده که این زوجة برای من مصرفی ندارد و مطلقاً به او علاقه ندارم و مع ذلک او را طلاق نمی‌دهد. هرگاه یقین حاصل شود که با بقاء زوجیت بین آن دو، ردع زوج از آن فعل منکر ممکن نمی‌شود، و مطمئن از این نیستند که زوجة را به قتل نرساند، در این صورت که رفع فساد منحصر در طلاق باشد، آیا حکم شرع یا عدول مؤمنین می‌تواند او را اجبار بر طلاق نمایند یا نه؟

جواب: شکی نیست در اینکه چنانکه زوج را حقوقی چند بر زوجة است که در تخلف از آنها زوجة ناشزه است، همچنین زوجة را بر زوج حقوقی چند هست که در تخلف آن، زوج ناشزه می‌شود. و حقوق زوجة بر زوج این است که نفقه و کسوة او را به موافق شریعت مقدسه بدهد با او بدون وجه شرعی، کج خلقی نکند و او را اذیت نکند. پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجة و مطالبه زوجة نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع می‌کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم، او را الزام و اجبار می‌کند بر وفای حقوق یا بر طلاق دادن زوجة. هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به اینکه زوج، سلوک به معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجة نمی‌کند، او را اجبار می‌کند بر طلاق و این اجبار منافی صحت طلاق نیست.» (۷).

۲. بحث

۲.۱. ماهیت طلاق قضایی از دیدگاه فقهاء

آنچه در بحث طلاق قضایی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، ماهیت آن می‌باشد. چرا که در این خصوص اتفاق نظری وجود ندارد و حقوقدانان تلاش کرده‌اند که طلاق قضایی را در یکی از دو قالب (بائن، رجعی) جای دهند.

در «طلاق قضایی»، این بحث مطرح است که آیا طلاق واقع شده توسط دادگاه، طلاق «رجعی» است یا «بائن»؟ در پاسخ باید گفت: نظر صریح و کلی از فقهاء در این مورد یافت نمی‌شود، هرچند نسبت به بعضی مصادیق آن مثل طلاق همسر غایب مفقودالاثار حکم مسئله روشن است و فقهاء و حقوقدانان تقریباً در آن اتفاق نظر دارند که چنین طلاق رجعی است.

در ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی بدین امر تصریح شده است که «اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضاء مدت عده مراجعه نماید، نسبت به طلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضاء مدت مزبور حق رجوع ندارد.»

فقهای همانند (۸، ۹) نیز به این سخن تصریح نموده‌اند.

بائن بودن طلاق میسر است؛ زیرا در غیر این صورت، نقض غرض شارع و قانونگذار لازم می‌آید. (۱۵).

۲،۲. طلاق قضائی در حکم بائن است

طلاق قضائی دارای ماهیت مخصوص به خود است به گونه ای که نه می‌توان آن را به طور قطع رجعی دانست و نه بائن. بلکه با توجه به ویژگی های آن باید قالب خاصی برای آن در نظر گرفت. به ویژه که احکام طلاق در اسلام امضائی است نه تأسیسی. لذا با توجه به مقتضیات جوامع کنونی می‌توان در این باب اظهار نظر نمود و مناسب ترین قانون را تصویب و اجرا کرد که از یک طرف راه سوء استفاده های احتمالی سد شود و از طرف دیگر حقوق زنان پایمال نگردد.

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

منظور از «در حکم بائن» بودن طلاق قضائی چیست؟ طلاق قضائی را از این جهت در حکم بائن دانستیم که در مدت عده، شوهر حق رجوع نداشته باشد مگر با مرتفع شدن علت طلاق توسط دادگاه، چرا که اگر مرد بتواند در طلاق قضائی نیز به اراده خود رجوع کند، فلسفه وجودی طلاق قضائی 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 قضائی در مدت عده مرتفع گردیده است و در صورت درخواست مرد به او اجازه داده می‌شود که رجوع نماید و از انحلال بی مورد نهاد خانواده جلوگیری شود. علاوه بر اینکه این دیدگاه متضمن این است که در زمان عده به زوجه نفقه و ارث تعلق گیرد.

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 قضائی نیز در صورتی که علت درخواست طلاق در مدت عده رفع گردد شوهر با اجازه دادگاه می‌تواند رجوع کند. برخی از فقهاء از جمله آیت الله خوئی قائل به این دیدگاه هستند. ایشان طلاق قضائی را از این جهت بائن دانسته اند که برای شوهر حق رجوع نیست. پذیرش این دیدگاه با اصول عدالت و انصاف سازگار است و متضمن حفظ نهاد خانواده می‌باشد چرا که از یک سو با مرتفع شدن علت طلاق می‌توان از انحلال بی مورد نهاد خانواده و آثار سوء آن جلوگیری کرد و از طرف دیگر راه سوء استفاده احتمالی مردان از حق رجوع را می‌بندد. (۱۶).

۲،۳. موارد طلاق قضائی

در طلاق قضائی زن در موارد مصرحه قانونی و با حصول شرایطی از دادگاه درخواست نموده و دادگاه در صورت احراز شرایط، مرد را

ملزم به طلاق می‌نماید. در صورت عدم اجرای آن توسط مرد، دادگاه با توجه به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» صیغه طلاق را جاری نموده و زن را مطلقه می‌کند.

بر اساس ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که در سال ۱۳۸۱ اصلاح شده است، مرد می‌تواند با شرایط مقرر در این قانون از دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. زوجه نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ این قانون تقاضای طلاق از دادگاه نماید. بنابراین زن تنها در موارد مقرر در این تبصره و همچنین ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید. امری که قبل از اصلاح ماده مزبور نیز قابل اجرا بود و تبصره مزبور حاوی حکم جدیدی نیست لذا زن با اثبات یکی از موارد ذیل می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید.

(۱۷).

۲،۳،۱. موارد طلاق به درخواست زوجه

زن با اثبات یکی از موارد چهارگانه ذیل می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید:

۱- خودداری یا عجز شوهر از پرداخت نفقه (۱۱۲۹ق.م)

۲- عسر و حرج زن (۱۱۳۰ق.م)

۳- غیبت زوج (۱۰۲۹ق.م)

۴- وکالت زن در طلاق (۱۱۱۹ق.م)

۲،۳،۱،۱. خودداری یا عجز شوهر از پرداخت نفقه:

حق دریافت نفقه از سوی زن حقی است که هم کتاب و سنت و هم عرف و قانون آن را تأیید می‌کند. ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی در مقام تصریح به این عقد می‌گوید در عقد دائم، نفقه زن به عهده ی شوهر است. ماده ۱۱۰۷ این قانون، نیز در مقام تبیین نفقه مقرر می‌دارد: نفقه عبارت است از همه ی نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن، از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض.

با اصلاح ماده ی ۱۱۰۷ قانون مدنی در سال ۱۳۸۱ نفقه شامل تمامی نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن بیان شده است. مباحثی را که در مورد این شرط قابل ذکر است به طور اجمالی بررسی خواهیم نمود.

* خودداری از پرداخت نفقه، مصداق نشوز است

از نظر فقهی این حالت از مصادیق نشوز زوج است. در صورت «نشوز زوج»، نزد فقهاء مسلم است که زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و درخواست حقوق خویش را بنماید؛ (۱۸) ولی خود، حق سرباز زدن از ادای وظایف زوجیت را ندارد. دادگاه پس از رسیدگی و اثبات استنکاف زوج از پرداخت نفقه، پس از تعیین مقدار نفقه زوجه، زوج را ملزم به پرداخت آن می‌نماید و در صورت تخلف زوج از رأی دادگاه و ادامه استنکاف، تعزیرش می‌کند. (طبق ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی در این صورت حاکم شوهر را تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌کند.) و علاوه بر تعزیر، از محل اموال زوج،

تأمین کند از موجبات طلاق قرار گیرد این پیشنهاد با مفاد ماده ۱۱۳۰ اصلاح شده ی قانون مدنی سازگاری بیشتری دارد زیرا تنها در این فرض است که عسرو حرج واقعی برای زن ایجاد می شود. در حقوق ایران در مورد ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی اختلاف نظر وجود دارد، بعضی را شامل نفقه گذشته و آینده و بعضی را محدود به نفقه آینده دانسته اند. رویه ی قضایی نیز در این خصوص ثابت نیست. (۲۵) بعضی از حقوقدانان راه جمع بین دو نظر را در این دیده اند که استنکاف شوهر از دادن نفقه گذشته و عدم امکان اجرای حکم نشانه ی خود داری از انفاق آینده تلقی شود. برخی از فقهاء طلاق قضائی را بدون آنکه پرداخت نشدن نفقه را مقید به توانایی یا ناتوانی زوج در پرداخت آن کنند، صرف پرداخت نشدن نفقه را مجوز در خواست طلاق توسط زن دانسته اند.

به طور کلی چنانچه زوج متمکن از انفاق بر زوجه باشد و انفاق نکند و زن به مجتهد جامع الشرائط مراجعه کند مجتهد، زوج را ملزم به انفاق یا طلاق می کند. پس اگر از هردو امتناع کرد و انفاق از مال زوج به زوجه یا اجبار زوج بر طلاق ممکن نشد، چنانچه زن میل به طلاق داشته باشد، مجتهد می تواند او را طلاق بدهد. برخی دیگر طلاق قضائی را در فرض ناتوانی زوج از پرداخت نفقه رد می کنند بنا بر نظر ایشان، طلاق قضائی در صورت عدم تمکن زوج، منتفی خواهد بود. (۲۷)

برخی دیگر نیز گفته اند حتی در صورتی که زن ثروتمند باشد و درآمد کافی مالی داشته باشد باز هم موجب سقوط نفقه توسط زوج نمی گردد. اگر هدف قانون گذار حمایت از کانون خانواده و حفظ همبستگی زوجین است چرا باید زنی که از تمکن مالی برخوردار است به محض فقر شوهر، به جای یاری رساندن و غمخواری با او برای طلاق به دادگاه مراجعه کند؟ بهتر این بود که مقنن عجز شوهر از پرداخت نفقه را در صورتی که زن نیز نتواند هزینه زندگی را تأمین کند از موجبات طلاق قرار می داد تا در نتیجه از بسیاری از فسادها جلوگیری شود و زن نیز نمی توانست از این مورد حربه ای برای فروپاشی خانواده استفاده کند.

نظرات فقهاء امامیه در خصوص مشروعیت طلاق به حکم حاکم و یا به تعبیری طلاق قضائی در فرض پرداخت نشدن نفقه زوجه در قالب سه نظریه قابل دسته بندی است. برخی از فقهاء در صورت پرداخت نشدن نفقه، زن را محق درخواست طلاق از حاکم می داند چه زوج متمکن از پرداخت نفقه باشد و چه متمکن نباشد. گروه دوم تنها در صورت تمکن زوج و استنکاف او از پرداخت نفقه، بحث طلاق قضائی را می پذیرند. در مقابل، تعداد محدودی از فقهاء به عنوان دسته سوم، طلاق قضائی را در این مورد به طور مطلق نمی پذیرند.

مقایسه فقه و حقوق در استنکاف یا عجز زوج از پرداخت نفقه قانون گذار ایران در ماده ی ۱۱۲۹ قانون مدنی نظر اول از سه دسته نظریه فقهی مطرح شده را پذیرفته است و مطلقاً در صورت پرداخت

نفقه زوج را می پردازد. و در صورت عدم امکان اجرای حکم دادگاه، حاکم زوج را مجبور به طلاق می نماید و اگر زوج از اجرای طلاق خودداری کرد، حاکم از باب اینکه ولی ممتنع است، خود را سا اقدام به طلاق می کند. (۱۹).

* مسئله عجز شوهر از ادای نفقه:

باید توجه داشت که یکی از شرایط صحت ازدواج، تمکن زوج نسبت به ادای نفقه نیست. بنابراین، اگر زوجه با توجه به عدم تمکن زوج، مبادرت به نکاح با او نموده است، بی تردید حق هیچ گونه شکایتی را نخواهد داشت. و اگر شوهر ناتوان بود ولی خود را متمکن معرفی کرده است، در این صورت ممکن است بگوییم این مصادیق تدلیس و تخلف وصف است که زوجه حق خیار فسخ داشته و حد اقل آنکه می تواند به دادگاه مراجعه نموده و دادگاه نکاح آنان را فسخ نماید.

ولی اگر شوهر از اول متمکن بوده اما بعداً از پرداخت نفقه عاجز شده است، در این صورت بین فقهاء اختلاف است؛ عده ای مثل شهید ثانی معتقدند که زوجه باید بر فقر و عجز شوهر صبر کند تا خداوند فرجی برساند (۲۰) و عده ای دیگر از فقهاء معتقدند که زن می تواند به حاکم مراجعه کند و حاکم، شوهر را مجبور به طلاق نماید؛ و اگر شوهر طلاق نداد، حاکم خود اقدام به طلاق می نماید. ولی زن، خود، حق فسخ ندارد. (۲۱)

* منشأ تکلیف به انفاق از منظر فقهاء و حقوقدانان

آیا منشأ تکلیف زوج به انفاق در مقابل زن همانند بحث مهر است که با وقوع عقد بر او واجب می شود یا منشأ آن تمکین زن می باشد؟

نظر مشهور در فقه بر اتکاء نفقه بر تمکین زن استوار است فقهاء معتقدند که در صورتی زن، حق درخواست نفقه را دارا می باشد که ناشزه نبوده و از مرد تمکین کرده باشد. در مقابل برخی فقهاء بر این اعتقادند که منشأ این تکلیف عقد نکاح است و بحث نفقه همانند بحث مهر است. (۲۳)

آنچه از سوی قانون مدنی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است، نظر غیر مشهور است چرا که در ماده ی ۱۱۰۲ قانون مدنی این گونه آمده است: همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می شود. در نتیجه، تکلیف دادن مهر و نفقه از تاریخ نکاح شروع می شود هر چند که در اثر عواملی چون نشوز یا طلاق پیش از نزدیکی ممکن است تمام یا بخشی از آن تکالیف از بین برود (۲۴). آنچه منطقی به نظر می رسد این است که تمکین، شرط محق بودن زن برای نفقه نیست ولی عدم تمکین، مانع نفقه است و زوجه در صورتی می تواند تقاضای نفقه نماید که ناشزه نباشد.

در موردی که شوهر تنگدست است ولی زن توانایی مالی اداره ی خانه را دارد، بعضی از حقوقدانان قبول درخواست طلاق را با مبانی تشکیل خانواده ناسازگار دانسته و پیشنهاد کرده اند که عجز شوهر از دادن نفقه در صورتی که زن نتواند هزینه ی زندگی مشترک را

نشدن نفقه از جانب زوج به هر دلیل، حق درخواست زوجه را برای طلاق قضائی می‌پذیرد.

۲،۳،۱،۲. عسرو حرج

مقصود از «عسر و حرج» در این ماده، مشقت شدیدی است که عادتاً تحمل آن مشکل است. «قاعده عسر و حرج»، یا به تعبیر دیگر: «قاعده لا حرج» از جمله قواعد معروف فقهی و از قواعد ثانویه است. قاعده اولیه در مورد طلاق این است که اختیار طلاق در دست شوهر است، و این شوهر است که زن را طلاق می‌دهد؛ لکن هرگاه دوام زناشویی برای زن موجب مشقت شدید باشد و شوهر نیز حاضر نشود که زنش را طلاق دهد، زن طبق «قاعده لا حرج» می‌تواند به عنوان قاعده ثانوی، از حاکم تقاضای طلاق نماید و حاکم، شوهر را به طلاق اجبار کند و اگر شوهر علی‌رغم دستور حاکم از طلاق خودداری کند، حاکم به نمایندگی قانونی از شوهر، زن را طلاق می‌دهد. و تشخیص اینکه ادامه زندگی زناشویی برای زن، غیر قابل تحمل می‌باشد، با قاضی است.

عسرو حرج مفهومی عام با دامنه گسترده و مصادیق زیادی است و احصاء و برشمردن آن در قانون سبب می‌شود که دست قاضی بسته شود و در موارد دیگری که برای زن عسر و حرج بوجود می‌آید، نتواند برای رهایی زن چاره‌ای بیندیشد.

از طرفی، بروز عسر و حرج به عوامل مختلفی از جمله: موقعیتهای زمانی و مکانی، وضعیت فرد در خانواده، تحصیلات، روحیه و شخصیت فرد بستگی دارد. چه بسا که یک عاملی در مورد فردی اصلاً عسر و حرج ایجاد نکند ولی همین عامل در فرد دیگر منجر به بروز عسر و حرج شدیدی شود.

مثلاً یک زن به واسطه بی‌اعتنایی همسرش دچار بیماری روحی شود ولی زن دیگر حتی بر اثر ضرب و شتم هم در شرایط مشقت بار قرار نگیرد.

یا عدم پرداخت نفقه از سوی شوهر برای زنی که هیچ پشتوانه مالی ندارد موجب عسر و حرج می‌شود. اما در مورد خانم دیگری که نیاز مالی ندارد، از مصادیق عسر و حرج به شمار نمی‌آید. بلکه اگر زن بخواهد طلاق بگیرد با استناد به ماده ۱۱۲۹ ق.م. می‌تواند در خواست طلاق نماید.

قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ نیز به مورد دیگر از مواردی که به درخواست زوجه طلاق واقع می‌شود اشاره کرده است: «در مورد زیر، زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید: در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید. و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع، طلاق داده می‌شود».

پس زوجه در مواردی که ادامه ی زندگی زناشویی، وی را در وضعیت عسرو حرج قرار دهد، با مراجعه به حاکم و اثبات حالت عسرو حرج، درخواست طلاق می‌کند. براساس این ماده قانون مدنی، زن در صورت دچار شدن به عسرو حرج، اجازه طلاق خواهد

داشت. مبنای ماده مذکور علاوه بر مسائل اجتماعی و سیاسی، قاعده ی فقهی نفی عسر و حرج است. آیه ی ۷۸ سوره ی حج دلیل اصلی قاعده محسوب می‌شود و مجرای قاعده همه ی احکام دین اعم از فردی، اجتماعی، ظاهری و باطنی، سیاسی، اعتقادی و... است.

قاعده ی اولیه در مورد طلاق این است که اختیار آن در دست زوج است لیکن به عنوان قاعده ثانوی، هرگاه ادامه زندگی برای زوج همراه با مشقت شدید است و زوج حاضر به طلاق زوجه نیست، زوجه حق درخواست طلاق را دارد.

*دیدگاه فقهاء در مورد عسرو حرج

بسیاری از علماء اسلام بر اجرای قاعده ی عسرو حرج به عنوان مجوز اجرای طلاق، صحه گذارده اند به بیان دیگر در واقع طلاق به دلیل عسرو حرج در شرایط فعلی، هم دارای محمل قانونی بوده و هم دارای مجوز شرعی می‌باشد. از اقوال فقهاء چنین فهمیده می‌شود که اگر زوج حقوق زوجه را رعایت نکند و این امر موجب کراهت شدید و تحمل ناپذیر برای او گردد، زن می‌تواند به حاکم مراجعه و درخواست طلاق کند. زوج، نفقه و لباس زن را مطابق با آنچه شریعت مقدس به آن تصریح دارد، تأمین کند و بدون دلیل موجه شرعی با زوجه مشاجره نکند و او را اذیت نکند. اگر زوج حاضر به دادن حقوق زوجه نشد و زوجه آن را مطالبه کرد، ولی فایده ای نداشت، زوجه به حاکم شرع مراجعه کند و حاکم، زوج را به ادای حقوق زوجه یا طلاق او ملزم می‌کند. (۲۶). در مسئله جمع بین دوخواهر آنجا که مشتمبه شود عقد کدام یک ابتدا صورت گرفته، چنین بیان شده است: در یک وجه قوی، قرعه انداخته می‌شود گرچه کسی که در اینجا قرعه را گفته باشد، نیافتم. بله در قواعد آمده که أقرب، ملزم کردن مرد به طلاق هر دو خواهر است. زیرا آنچه بر شوهر واجب شده، نگهداری شایسته یا رها کردن به نیکی است. و وقتی نمی‌تواند به طور شایسته نگهداری کند، رها کردن و طلاق متعین می‌شود پس اگر از طلاق دادن امتناع کرد، حاکم، او را ملزم به آن می‌کند. همچنانکه در مورد کسی که چیزی بر او واجب شده و از آن امتناع می‌ورزد، چنین است، به دلیل حرجی که بر آن دو لازم می‌آید. (۲۷)

به عبارت دیگر، می‌توان گفت جمع بین اختین موجب حرج بر آن دو است و مانع نگهداری شایسته از ایشان می‌شود. بنابراین طلاق آنها لازم می‌آید. باید توجه داشت که مصادیق حرجی بودن، منحصر در موارد خاصی نیست و یکی از مصادیق آن، جمع بین دو خواهر است.

در عسرو حرج باید شرایط مادی، روحی، روانی، خانوادگی زوجه برای تحقق عسرو حرج در نظر گرفته شود.

از امام خمینی (ره) پرسش شد: اگر زندگی زن با شوهر توأم با حرج و غیر قابل تحمل باشد و این موضوع در دادگاه مدنی خاص احراز شود، اما شوهر حاضر به طلاق دادن زن نباشد و در صورت الزام حاکم هم ملزم نشده و اقدام ننماید آیا ولایتاً اجازه می‌فرماید از طرف دادگاه حکم به طلاق چنین زنی شود؟ ایشان نیز در پاسخ

طلاق خلع که بر اساس تنفر است، می تواند نمونه ای از طلاق قضایی باشد
 خلع در اصطلاح فقه به معنای از هم گسستن نکاح به وسیله فدیهای است که از طرف زوجه به زوج پرداخت می شود. و هو ازاله قید النکاح بفدیة. (۲۸).

فقهاء بعد از ایشان این معنا را در کتاب های شان ذکر کرده و آن را صحیح دانسته اند. در بعضی از عبارات ها [بر خلع، اطلاق افتدا نیز شده است؛ چنان که صاحب التتقیح می گوید: یقال لهذا الايقاع افتدا و خلع: اما الاول فلقوله تعالی ﴿فلا جناح علیهما فیما افتدت به﴾ کانهما لمکان کراهتها له مأسوره فافتدت منه بشیء. (۲۹). کراهت زن نسبت به شوهرش به منزله آن است که زن اسیر دست مرد شده است و فدیهای می دهد و خویش را آزاد می کند.

● ادله کراهت زوجه از شوهر:

* ارتکاز و اعتبار عقلا در عقود

ارتکاز و اعتبار عقلا در عقود بر آن است که اگر عقدی لازم است، لزوم آن از طرفین عقد است. همچنان اگر عقدی جایز باشد، جواز آن نیز از طرفین عقد است. اختلاف در لزوم و جواز در یک عقد (به این معنا که عقدی از جهت یکی از طرفین لازم باشد و از جهت طرف دیگر جایز باشد) مخالف ارتکاز و اعتبار نزد عقلاست؛ زیرا عقلا وجهی برای ترجیح اختیار داری یکی از طرفین عقد برای بر هم زدن عقد، بدون آن که طرف دیگر چنین حقی داشته باشد، نمی بینند و آن را تبعیض و ترجیح بلاوجه می دانند که در صورت تحقق، موجب تضییع حقوق افراد و مخالف با زندگی اجتماعی و تساوی در قوانین است.

به علاوه، از آن که استقراء و بررسی جمیع عقود امضایی و تأسیسی دلالت بر موافقت با این اعتبار دارند و نمی توان عقدی را یافت که از جهت یکی از طرفین لازم باشد و از جهت طرف دیگر جایز، از این رو، اگر یک طرف عقد حق داشته باشد عقد را به هم بزند، باید طرف دیگر نیز چنین حقی را داشته باشد. در مسئله مورد بحث ما نیز، عقلا نمی پذیرند که مرد بتواند هر گاه اراده کرد عقد نکاحی را که دارای دو طرف است بر هم بزند و زنی که یک طرف عقد است، به هیچ وجه نتواند آن را بر هم بزند. بنابراین، عقلا می گویند از آنجا که در طلاق، زن نمی تواند خود را مطلقه نماید، باید راهی پیدا کرد که زن بتواند مرد را الزام به بر هم زدن عقد نماید (ولو آن که مرد خواستار از هم گسستن عقد نباشد) تا به این وسیله این ارتکاز و بنای عقلایی در عقود مراعات گردیده باشد.

ناگفته نماند این ارتکاز عقلایی در عقود، مورد قبول و امضاء شارع نیز هست، مگر مواردی که خود شارع مانع آن شده باشد. به عبارت دیگر، این که می گوئیم جایز است هر زمان که مرد بخواهد، می تواند با پرداخت مهریه همسر خویش را مطلقه نماید، هنگامی در نظر عقلا مورد قبول است و عقلا حکم به عادلانه بودن آن، می نمایند که بگوئیم در صورت درخواست زن و پرداخت مهریه گرفته شده و یا بخشش آن، مرد مجبور و ملزم به طلاق دادن زن

فرمود: در فرض مذکور و احراز آن مجازند، ولی احتیاط را مراعات نمایند. در صورتی که احراز شود که با رعایت حقوق زوج از طرف زوجه و عدم نشوز او زوج از امساک به معروف یا از تسریح به احسان امتناع ورزد، قاضی، زوجه را به تقاضای خودش مطلقه می کند.

* تنفر زن از مرد

پرسش مهم این است که آیا کراهت زوجه از زوج خود از مصادیق عسر و حرج محسوب می شود یا خیر؟ عسر و حرج هر منشأیی می تواند داشته باشد؛ از جمله می تواند کراهت زوجه از زوج، که قهراً برای خود زن نزد خودش بالوجدان وجود دارد و برای قاضی هم باید با قرائن ثابت شود. روشن است که در کراهت شدید، مستمر و منطقی؛ نباید زوجه را مجبور به ادامه زندگی کرد به گونه ای که زندگی برایش زیستن با عسر و حرج شود، اما در این مسئله هم نباید زود تصمیم گیری کرد. درباره بیزاری یا نفرت زن از شوهر هم لازم است نکاتی بیان کنیم. انزجار مرحله شدید کراهت و بی میلی است که منجر به نفرت می شود. سؤال این است که اگر ثابت شود زوجه مبتلا به اختلال انزجار است آیا تاثیری بر زوجیت دارد یا خیر؟ نوعاً نظر فقها این است که طلاق بر شوهر واجب نیست. این را محقق حلی در شرایع آورده است و هیچ فرقی هم بین انواع کراهت شدید یا خفیف نمی گذارد. البته برخی از معاصران، طلاق را مطلقاً با فرض کراهت زوجه واجب دانسته اند. مهم ترین دلیل آیه ۲۲۹ سوره بقره است که خداوند فرموده است: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِیْحٌ بِاِحْسَانٍ وَا لَا یَحِلُّ لَكُمْ اَنْ تَاْخُذُوْا مِمَّا اَتَيْتُمُوْهُنَّ شَیْئًا اِلَّا اَنْ یَّحَا فَا اِلَّا بِقِیْمَا حُدُوْدِ اللّٰهِ فَا لَا جَنَاحَ عَلَیْهِمَا فِیْمَا اَفْتَدَتْ بِهٖ تَلْکَ حُدُوْدِ اللّٰهِ فَا تَعْتَدُوْهَا وَا مِّنْ یَّعْتَدِ حُدُوْدِ اللّٰهِ فَا وَا تَلْکَ هُمُ الظَّالِمُوْنَ» (طلاق) (طلاق) که شوهر در آن رجوع تواند کرد) دو مرتبه است، پس چون طلاق داد یا رجوع کند به سازگاری و یا رها کند به نیکی و حلال نیست که چیزی از مهر آنان به جور بگیرد، مگر آنکه برسید حدود دین خدا را راجع به احکام ازدواج نگاه ندارند، در چنین صورت زن هر چه از مهر خود به شوهر (برای طلاق) ببخشد بر آنان روا باشد. این احکام، حدود دین خداست، از آن سرکشی مکنید و کسانی که از احکام خدا سرپیچند آن ها به حقیقت ستمکارند شیخ طوسی هم معتقد است در این شرایط طلاق واجب است دلیل شیخ طوسی برای وجوب طلاق این است که در صورت نفرت زن از شوهر، این وضعیت، منکر است و نهی از منکر هم واجب است. به بیان دیگر نفرت و بیزاری نوعی اختلال زناشویی است و با این وجود اگر همسر بخواهد زن را در علقه زناشویی نگه دارد قطعاً مشکلاتی در زندگی آن ها ایجاد می شود و هر دو یا یکی مرتکب منکر می شود.

می‌باشد. این ملازمه با اصول و ضوابط اسلامی و عادلانه بودن احکام تشریحی - که کتاب و سنت نیز بر آن دلالت دارند - موافق است: ﴿وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَأُمِيدُ لِكَلِمَاتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾، سوره انعام/۱۱۵ (... وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ). سوره فصلت/۴۶. عقلا خلاف این ملازمه را خلاف عدل و آن را ظلم می‌دانند.

به بیان دیگر، عقل و عقلا قبیح می‌دانند که یک امر غیر اختیاری (زن بودن یا مرد بودن) سبب قرار دادن کل اختیارات برای یک طرف عقد گردد؛ و همین امر غیر اختیاری سبب عدم اختیار برای طرف دیگر - که حاضر به رعایت جمیع حقوق است - گردد؛ زیرا مرد بودن و زن بودن در دست انسان نیست: ﴿... يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِئِنَّا وَهَبٌ لِّمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾. (شوری/۴۹).

ناگفته نماند هر قانونگذاری در امور اختیاری می‌تواند بر حسب مصالح در وضع قوانین بین افراد به خاطر اختیار و انتخاب خودشان تفاوت قرار دهد و هیچ قبح عقلی و ظلمی نیز وجود ندارد.

* آیا عوض در خلع لازم است؟

ممکن است گفته شود در صورت نفرت طلاق خلع جاری می‌شود اما موافقت با طلاق خلع، خدمت به زن نیست زیرا این چه حمایتی از زن است که دادگاه بگوید که شما حق طلاق دارید اما باید مهریه را ببخشید. اینگونه که نه تنها به زن کمک نکرده‌ایم بلکه به وی ظلم هم می‌شود. علاوه با فرض اینکه شوهر به طلاق راضی شود میزان بذل چگونه تعیین می‌شود؟ در اینجا هم نظر مشهور فقهی این است که میزان بذل به نظر یا اراده شوهر موکول شده است و قانون مدنی هم تصریح کرده که این امر می‌تواند کمتر، به اندازه یا بیش از مهریه باشد. استدلال دیگر این است که شوهر حتی می‌تواند به بیش از این هم چشم داشته باشد. در حقیقت اگر مرد نخواهد همسر خود را طلاق دهد می‌تواند در مورد بذل، سخت‌گیری کند. لذا این دو مورد عملاً راه را برای خروج زن از پیمان زناشویی می‌بندد

از این رو نزد مالکیه خلع بدون عوض و با عوض صحیح است و ذکر عوض از شرایط صحت خلع نیست و آن چه در دو حالت واقع می‌شود، طلاق بائن است

ترجیح این است که اگر عوضی باید پرداخت شود بیشتر از مهریه نباشد، زیرا اگر این گونه باشد بسیاری از زنان نمی‌توانند از خلع استفاده کنند؛ خصوصاً زمانی که هیچ منبع درآمدی ندارند و بنا بر قاعده لاضرر متحمل ضرر می‌شوند.

نکته: می‌توان گفت طلاق بر عسرو حرج غیر از طلاق خلع است. در طلاق خلع باید زوجه بخشی از مهر خود یا مالی را ببخشد، ولی در این طلاق زن می‌تواند تمامی حقوق خود را مطالبه کند و چیزی به شوهرش ندهد. البته، هنوز طلاق قضایی بر اساس عسر و حرج جای خود را در محاکم باز نکرده است و عنوان مشخصی ندارد و بر همین اساس اگر زن تفرش شدید از زوج داشته باشد اگر چه از مصادیق عسر و حرج است اما طلاق او در قالب طلاق خلع انجام می‌شود؛ یعنی باید زن چیزی ببخشد لذا باید این طلاق، از اقسام طلاق

قضایی شمرده شود تا دست قضات باز باشد و زوجه را مجبور نکنند که از بخشی از حقوقش بگذرد.

* نظر قانون گذار در مورد عسرو حرج

قانون مدنی در ماده ی ۱۱۳۰ اصلاحی مصوب ۱۳۷۰ می‌گوید: در صورتی که دوام زوجیت موجب عسرو حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع، مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنان چه عسرو 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. در تبصره الحاقی این ماده در سال ۱۳۷۹ مجلس شورای اسلامی به تعریف و ذکر مصادیق عسرو حرج پرداخت که در سال ۱۳۸۱ با اصلاحاتی به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. در این تبصره آمده است: عسرو حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد.

هرجا این امر برای دادگاه محرز شد در صورت تقاضای زوجه به طلاق وی حکم می‌دهد مواردی که در مورد عسر و حرج مشخص شده از باب تمثیل است و در اصطلاح این موارد، اماره ی قانونی بر عسرو حرج است، عسرو حرج مصداق خاصی ندارد و در هر موردی که محرز و محقق شد، مجوز رجوع به حاکم و تقاضای طلاق است. البته در خصوص طلاق باید، عسرو حرج شدید، و عادتاً تحمل ناپذیر باشد. (همان، ۴۰۶).

احراز عسرو حرج توسط دادگاه صورت می‌گیرد و مطابق قاعده «البینه علی المدعی» زن باید در جهت اثبات آن اقامه دلیل نماید. زوجه کافی است دلایلی را که به ادعای وی موجب بروز عسرو حرج شده است، در محضر دادگاه اثبات کند و پس از اثبات این علل از جمله ترک انفاق، سوء معاشرت غیر قابل تحمل زوج و غیره، دادگاه با توجه به وضعیت و شخصیت زن و دید عرف به بررسی این موضوع می‌پردازد که آیا چنین عواملی به طور معمول و عادتاً موجب عسرو حرج زنی با این وضعیت و شخصیت می‌شود یا خیر؟

البته در عین حالی که عسرو حرج زوجه به عنوان سببی برای درخواست طلاق می‌باشد، باید دقت لازم و کافی در باره ی آن مبذول گردد، تا مبدا در هر اتفاق، و یا مشکل ناچیزی، زوجه خواهان طلاق و در نهایت موجب تزلزل و فروپاشی خانواده شود.

* مقایسه فقه و حقوق در عسرو حرج

از دیدگاه فقهاء، عسرو حرج از مواردی است که زوجه می‌تواند به واسطه آن از دادگاه تقاضای طلاق کند، اما بحث در مصداق آن است. عسرو حرج مصداق خاصی ندارد و در هر موردی که محرز و محقق شد مجوز رجوع به حاکم و تقاضای طلاق است، البته در خصوص طلاق باید، عسرو حرج شدید و عادتاً تحمل ناپذیر باشد. بنابراین دایره ی شمول عسرو حرج مورد نظر فقهاء، نسبت به مفهوم عسرو حرج در تبصره الحاقی به ماده ی ۱۱۳۰ قانون مدنی اصلاحی

زوج، او را طلاق نداده یا شک کند در اینکه طلاق داده، باید صبر کند و انتظار بکشد تا زوج یا بمیرد یا طلاق دهد. حاکم می تواند بعد از درخواست زن و جستجو در مدت چهار سال، زن را طلاق دهد. اعم از اینکه خود مستقلاً به این امر مبادرت بورزد یا به ولی غایب یا شخص دیگر امر کند که این کار را بکند. البته بهتر است که بگوییم امر ولی بر تصدی حاکم مقدم است. برخی فقهاء معتقدند با امکان اذن ولی لازم است از او اجازه بگیرند و اگر وی اجازه نداد حاکم خود به تنهایی طلاق را به عهده گرفته و زن را مطلقه می کند. (۱۳).

اگر شوهر غائب مفقود الاثر باشد تابع احکام خاص خود می باشد که در ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی ذکر شد اما ترک زندگی خانوادگی ناظر به موردی است که همسری به عمد، زندگی مشترک با همسر و فرزندان را رها سازد. خواه از او خبری در دست نباشد یا چنان بسر برسد که هر روز نیز اعضای خانواده او را ببینند.

بنابراین اگر کسی در اثر حوادث قهری، مانند جنگ و هواپیماری و تبعید از خانواده اش دور بماند نمی توان گفت خانواده را ترک کرده است. همچنین هرگاه همسری برای تجارت یا درمان مدتی به مسافرت برود و غیبت او چندان به درازا نکشد که بتوان گفت زندگی خانوادگی را فدای اغراض دیگر کرده است موجب برای طلاق به وجود نمی آید.

در هر «حال ترک زندگی خانوادگی به تنهایی نمی تواند موجب برای طلاق به شمار آید. و معمولاً اگر با آثاری دیگر مانند عدم پرداخت نفقه و عدم ایفاء وظایف خاص زناشویی همراه گردد و موجب عسر و حرج برای زن شود، می تواند از موجبات درخواست طلاق به حساب آید. در واقع نتیجه ترک زندگی خانوادگی یعنی عسر و حرج زن، موجب طلاق است و یکی از مصداقهای اجرای قاعده نفی عسر و حرج می باشد». چرا که «ممکن است شخصی به واسطه ماموریت‌های مختلف زندگی خانوادگی را ترک کرده و به کشورهای دیگر سفر کند و در این مدت با پرداخت تمام هزینه های زندگی خانواده اش، آنها را در رفاه و آسایش نگه دارد تا دچار حرجی نگردند. بدیهی است که چنین ترکی را نمی توان موجب درخواست طلاق به حساب آورد».

البته در مورد غائب مفقود الاثر علاوه بر آنکه زن طبق ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی می تواند درخواست طلاق کند ولی طبق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز اگر دچار عسر و حرج گردد می تواند طلاق بگیرد، منتهی فرقی که وجود دارد آن است که غیبت بی خبر شوهر پیش از گذشتن چهار سال و انجام تشریفات آگهی و جستجوی یک ساله نمی تواند جزو موجبات طلاق به درخواست زن قرار گیرد ولی با تمسک به عنوان عام عسر و حرج می توان زن را طلاق داد.

کما اینکه در فتاوی بزرگانی چون سید محمد کاظم طباطبائی یزدی دیده شد که ایشان فرمودند که «زوجه مفقود الاثر اگر دچار عسر و حرج گردد می تواند درخواست طلاق بدهد و در نهایت کار، حاکم او را مطلقه سازد» و حتی معتقد بودند که «اگر انجام مقدمات طلاق زنی که شوهرش مفقود الاثر است از قبیل فحص و ضرب اجل

محدودتر است و صرفاً مشقت شدید و عادتاً تحمل ناپذیر را در برمی گیرد.

۲،۳،۱،۳. غیبت زوج

یکی دیگر از مواردی که زن می تواند درخواست طلاق دهد، غیبت زوج است در ماده ی ۱۰۲۹ قانون مدنی، آمده که «هرگاه شخصی چهار سال تمام، غایب مفقود الاثر باشد، زن او می تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می دهد». با توجه به ماده ۱۰۲۳ باید گفت: دادگاه هنگامی می تواند حکم طلاق صادر نماید که پس از دریافت درخواست طلاق از جانب زن، در یکی از جرائد و روزنامه‌های کثیر الانتشار تهران، سه دفعه متوالی، هر کدام به فاصله یک ماه آگهی کند. 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 می کند. بنابراین قبل از گذشتن لااقل پنج سال از تاریخ آخرین خبر غایب، دادگاه نمی تواند حکم طلاق به علت غیبت شوهر، صادر کند.

اساس این ماده قانونی قول فقهاء است که می فرمایند: اگر زوج مفقود شود به گونه ای که هیچ خبری از او در دست نباشد و فوت و حیاتش معلوم نگردد، اگر مالی از او باقی مانده یا ولی داشته باشد که امور او را سرپرستی نماید یا متبرعی باشد که برای زوجه ای او خرج کند، بر زوجه واجب است که صبر کند در غیر این صورت مسئله طلاق زوجه مطرح می گردد.

برخی دیگر طلاق را تنها پس از گذشت مدت یاد شده جایز می دانند ولی اگر زن از جهت نفقه در تنگنا نباشد باید صبر کند تا شوهرش پیدا شود یا خبر قطعی مرگش برسد. (۱۷) برخی معتقدند پس از گذشت چهار سال قاضی می تواند به درخواست زن او را طلاق دهد، هر چند که ولی غایب مفقود الاثر یا وکیل او متکفل پرداخت نفقه ی زن شود. (۲۰) زیرا عدم جواز طلاق حاکم در صورت پرداخت نفقه مربوط به زمانی است که از سوی حاکم، زمانی تعیین نشده باشد. ولی پس از گذشت مدت تعیین شده یا در آثناء این مدت زوجه می تواند درخواست طلاق کند. هر چند متکفل پرداخت نفقه وجود داشته باشد.

تقریباً اتفاق نظر وجود دارد بر اینکه اگر زن از زوج خبر داشته باشد به اینکه زنده است و یا از وضعیت زوج باخبر باشد بر زن لازم است صبر کند و طلاق قضائی مصداق پیدا نمی کند. اگر زوج از زنش غایب شود و زوجه از او خبری داشته باشد به اینکه زنده است، باید برای همیشه صبر کند. (۱۴) در صورت باخبر بودن از وضعیت زوج، طلاق قضائی انجام نمی گیرد. طلاق قضائی وقتی جاری می شود که زوج مفقود شود و غیبتی طولانی داشته باشد و خبری از راه نرسد و اثری از او آشکار نگردد و مرده و زنده بودنش معلوم نباشد.

اگر زوجه از زوج خبردار شود و علم به زنده بودنش حاصل شود، باید صبر کند. اگر زن علم به حیات زوج داشته باشد و بداند

و... موجب گردد که زن دچار معصیت شود امام یا نایب او می توانند بدون انجام آن مقدمات زن را طلاق دهند».

در مواردی که زوجه ی غایب، در عسرو حرج مالی و غیرمالی واقع شده است، عدم گذراندن چهارسال را می توان به دو طریق توجیه نمود:

الف) عسرو حرج: بر اساس روایات و قول مشهور فقهاء و ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی بدون طی شدن مدت چهارسال از غیبت زوج و انتشار آگهی و تشریفات لازم نمی توان زوجه را طلاق داد. اما با استناد به ادله عسرو حرج و ضرر در مدت کمتر از چهارسال زن می تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

ب) طریقت تفحص در مدت چهارسال: به نظر می رسد مدت ذکر شده در روایات طریقت داشته و نه موضوعیت، مدت مذکور باید با ملاحظه ی شرایط و اوضاع و احوال و اقتضائات و شیوه های جستجو در آن عصر مورد توجه قرار گیرد.

در شرائط کنونی با پیشرفت وسایل و امکانات ارتباط جمعی، این زمان می تواند به کمتر از چهار سال تقلیل پیدا کند. تعدد به انقضای چهار سال در باره ی زوجه ای که به علت غیبت همسرش در حرج است، هیچ گونه توجیه عقلی و شرعی ندارد بلکه حکم عقل سلیم و شرع مقدس بر رفع حرج قائم است.

عدم لزوم صبر در مدت چهارسال به جهت رعایت مصلحت زوجه غایب مفقودالثر حکمی عقلانی است که مورد امضای شارع می باشد. در مواردی که زن جوان است، چه بسا صبر کردن باعث وقوع وی در گناه می شود. قبل از پایان زمان چهار سال جایز است که طلاق قضایی زوجه صورت بگیرد.

* مقایسه فقه و حقوق در غیبت زوج

قانون مدنی که در ماده ۱۰۲۹، موضوع طلاق حاکم را، غایب مفقودالثر بودن به مدت چهارسال بیان می کند. در ماده ی ۱۰۱۱، غائب مفقودالثر را اینگونه تعریف می کند: غائب مفقودالثر کسی است که از غیبت او مدت مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد. (۱۸). بنابراین از این دو ماده قانونی می توان این شرط را استنباط نمود که زنده یا مرده بودن زوج نباید معلوم باشد. و در نظر فقهاء تقریباً اتفاق نظر وجود دارد بر اینکه اگر زن از زوج خبر داشته باشد به اینکه زنده است و یا از وضعیت زوج باخبر باشد، بر زن لازم است صبر کند و طلاق قضائی مصداق پیدا نمی کند. و تنها در صورتی امکان طلاق قضائی است که زوجه از وضعیت زوج آگاهی نداشته باشد.

۲،۳،۱،۴. وکالت زن در طلاق

یکی از موضوعات مهم و مورد ابتلاء، که در فقه اسلامی و حقوق مدنی مورد بحث و بررسی واقع شده وکالت زوجه در طلاق است.

حال پرسش این است که آیا زوج همان طوری که برای انجام طلاق می تواند به شخص ثالث و بیگانه وکالت دهد، به زوجه خود هم می تواند وکالت دهد تا خود را مطلقه نماید یا خیر؟ در فقه امامیه دو نظر وجود دارد: مشهور از فقهای امامیه معتقدند همان طور که

در سایر عقود و ایقاعات می توان چنین کاری کرد، در طلاق هم می توان به زن وکالت داد که خود را مطلقه نماید. و دلیل آن نیز عموماً جواز وکالت در افعال قابل نیابت است. و زن نیز از لحاظ حقوقی، کامل بوده و می تواند وکیل شود. بنابراین وکالت زن، مانعی نخواهد داشت.

این راه حل که در حقوق اسلام و ایران به سود زن پذیرفته شده در واقع، اختیار مطلق مرد در امر طلاق را تا حدودی تعدیل می کند. معمولاً در زمان انعقاد عقد نکاح زن در مواردی از مرد وکالت در طلاق را اخذ می نماید که این امر یا در ضمن عقد نکاح و یا به صورت مستقل اتفاق می افتد، تا در صورت وقوع هر یک از موارد تصریح شده در عقدنامه، او وکیل در طلاق خود باشد تا بدین وسیله به دادگاه مراجعه و تقاضای طلاق نماید. این امر به وضوح از ماده ی ۱۱۱۹ قانون مدنی قابل استنباط است. طرفین عقد ازدواج می توانند 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 یا ترک انفاق نماید یا علیه حیات زن سوء قصد یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.

در فقه امامیه، قول مشهور فقهاء بر این است که برای طلاق می توان به دیگری و از جمله زوجه وکالت داد. (۲۰). با وجود این در بین فقهاء شیخ طوسی قائل به عدم صحت توکیل به زن در طلاق می باشد. (همان). در ازدواج های دائمی که به ثبت می رسد، معمولاً مرد در ۱۲ مورد به زن خود وکالت با حق توکیل می دهد که با تحقق یکی از شروط مذکور، خود را مطلقه نماید.

طلاق قضائی در حقوق و تفاوت آن با فقه

از نظر فقهاء موارد طلاق قضائی، در سه مورد محدود است:

الف) پرداخت نشدن نفقه (ب) غیبت زوج (ج) عسرو حرج زوجه جایی که زوج به زوجه وکالت در طلاق می دهد، دیگر طلاق قضائی نیست. چون در این مورد، زوجه، خودش به نیابت از زوج، صیغه طلاق را جاری میکند و انشاء کننده ی صیغه طلاق، خود اوست نه حاکم، چنانکه در تعریف وکالت در ماده ۶۵۶ قانون مدنی آمده است: وکالت عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می کند بنابراین از نگاه قانون مدنی نیز نمی توان آن را از موارد درخواست زن در طلاق قضائی برشمرد. اینکه در برخی مقالات علمی، وکالت زن در طلاق از این موارد شمرده شده است، مطلب دقیقی به نظر نمی رسد.

شرط طلاق در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر نیز از موارد طلاق قضائی نیست. چون این شرط طلاق، منحصر در شرط وکالت زن در طلاق است، چنانکه حضرت امام خمینی (ره) در پاسخ به این سؤال که آیا زوجه می تواند هنگام عقد ازدواج با شوهر، شرط کند که

قرآن

هرچند قرآن به طور صریح به این مطلب نپرداخته است، ولی با کمک گرفتن از بعضی آیات قرآن کریم می‌توان این مطلب را به اثبات رساند؛ از جمله:

«الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِیحٌ بِاِحْسَانٍ...» (بقره/۲۲۹)
 «فَاِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهٗ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهٗ...» (بقره، ۲۲۹/۲۳۰). طلاق قابل رجوع دو بار است پس باید با خوشی و سازگاری زن را نگاه دارد و یا به نیکی او را رها کند. پس اگر [بار سوم] زن را طلاق داد دیگر بر او حلال نیست تا زمانی که زن با مردی غیر او ازدواج کند.

«وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَاِمْسَكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهٗ...» (بقره/۲۳۱)؛ هرگاه زنان را طلاق دادید و به پایان زمان عده نزدیک شدند، از آنان به خوبی نگاه‌داری کنید یا به خوبی رهایشان سازید، مبادا آنان را به گونه‌ای زیان‌آور نگاه‌داری کنید تا بر آنان ستم روا دارید. هر کس چنین کند، همانا بر خود ستم کرده است.
 «فَاِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَاِمْسَكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ فَاَرَّوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (طلاق/۲)؛ پس چون به پایان زمان عده نزدیک شدند، یا آنان را به خوبی نگاه دارید یا به خوبی از آنان جدا شوید.

از آیات فوق چنین استفاده می‌شود که شوهر، در ارتباط با همسر خود باید یکی از دو روش مذکور در آیه را پیش بگیرد؛ یا حقوق و تکالیف خود را نسبت به زوجه به صورت کامل ایفا کند (امساک به معروف) و یا او را مطابق مقررات شرعی طلاق دهد (تسریح باحسان) تا زن بتواند به ادامه زندگی خود بپردازد و راه سومی را خداوند مشخص ننموده است.

بخش دیگری از کلام خداوند نیز مؤید این سخن است؛ آنجا که می‌فرماید: «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا»؛ زنان خود را به گونه‌ای زیان‌آور نگاه‌داری نکنید تا به ایشان ستم روا دارید. پس هر نوع نگاه‌داری همسر که باعث ضرر و زیان زوجه شود مشروع نمی‌باشد؛ حال این ضرر ناشی از تقصیر اختیاری شوهر باشد (از قبیل ترک انفاق، سوء معاشرت و...) و یا ورود ضرر قهری و غیراختیاری (مثل عجز بر انفاق و...). دخول موارد غیراختیاری در این بحث به این دلیل است که کلمه «لتعتدوا» در آیه مورد بحث صرفاً به معنای تعدی و ستم اختیاری نیست تا موارد ورود ضرر بر زوجه ناشی از امور غیراختیاری از شمول آیه خارج شود، زیرا اطلاق کلمه «لتعتدوا» بر ستم و تعدی غیراختیاری همانند اطلاق آن بر ستم و تعدی اختیاری صحیح و شایسته است.

این آیات تکلیف همه مردان را در برابر همسرانشان روشن می‌کند. دلیل این مطلب، گذشته از سیاق آیات، این است که ائمه اطهار علیهم السلام به این آیات در غیر مورد عده نیز استدلال و استشهاد کرده‌اند. امام باقر علیه السلام در این مورد فرمودند: ایلاء کننده پس از چهار ماه اجباراً باید قسم خود را بشکند و کفارہ بدهد یا زن را

در مواردی خاص، طلاق به دست او باشد؛ می‌فرماید: اگر در ضمن عقد شرط کنند که زن از طرف شوهر، وکیل باشد که در موارد خاصی، خود را طلاق دهد، صحیح است. شرط بودن اختیار طلاق در دست زوجه، باطل است، اما این شرط که زوجه، وکالت در طلاق داشته باشد، صحیح است. در شرط وکالت هم با تحقق مشروط، به زوجه وکالت در طلاق داده می‌شود و وکالت نیز چنانکه گذشت، نیابت در طلاق است و انشاء کننده ی طلاق، خود اوست نه حاکم، در نتیجه، طلاق قضائی مصادق پیدا نمی‌کند. ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی نیز ناظر بر همین نظر فقهاء، شرط ضمن عقد را برای طلاق، به صورت شرط وکالت زن در طلاق مطرح می‌کند.

پس بنابراین در مواردی حق طلاق به زن واگذار شده است، یعنی به زن حق داده شده ضمن عقد برای خود شروطی را تعیین نماید. من جمله اینکه در صورت بروز موارد خاص مانند بدرفتاری و... از طرف مرد وکیل و وکیل در توکیل باشد و خود را مطلقه سازد و بعد از اثبات اینکه زندگی با شوهر موجب عسرو حرج وی شده و برای او خطرات جانی و مالی و... دارد مانند اعتیاد زوج به مواد مخدر، از دادگاه تقاضای طلاق نماید. یا در صورتی که شوهر نفقه را پرداخت ننماید و اجبار زوج غیرممکن باشد می‌تواند به وسیله حاکم طلاق بگیرد. که مطابق مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰، ۱۱۳۰ قانون مدنی می‌باشد. فقهاء این نوع از طلاق را که زن خود اقدام به آن می‌کند، به طلاق قضائی تعبیر می‌کنند و از آن به عنوان راهکاری برای رها ساختن زنان گرفتار استفاده کرده و حکم طلاق را صادر می‌نمایند. فقهاء عسرو حرج را از موارد درخواست طلاق زن می‌دانند. عسرو حرج در طلاق را رعایت نکردن حقوق زوجه تعریف می‌کنند که موجب کراهت شدید و عادتاً تحمل ناپذیر شود. قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ اصلاحی مصوب ۱۳۷۰ عسرو حرج را از موارد درخواست طلاق زن، بیان و در تبصره الحاقی همین ماده، عسرو حرج را به مشقتی که تحملش مشکل است، تعریف کرد و مصادیقی از باب مثال مطرح نمود، که اماره قانونی بر عسرو حرج هستند. و در نتیجه تعریف قانون گذار در عسرو حرج نسبت به تعریف فقهاء از شمول بیشتری برخوردار است و راه را برای تحقق طلاق های بیشتر فراهم می‌کند.

۳. ادله طلاق قضایی

در مجموع می‌توان از دو راه برای اثبات طلاق قضایی (طلاق حاکم) بهره جست: ادله نقلی و ادله عقلی.

۳.۱. ادله نقلی

در تبیین ادله نقلی طلاق قضایی، به بررسی آیات قرآن و روایات و قواعد فقهی مرتبط می‌پردازیم. از دیدگاه فقهی در تبیین ادله ی نقلی طلاق قضایی، ابتدا به بررسی مفاد برخی از آیات قرآن کریم سپس به بررسی مضمون روایاتی از معصومین-علیهم السلام- در این زمینه می‌پردازیم و آنگاه به قاعده ی فقهی لا حرج اشاره می‌کنیم.

طلاق دهد؛ زیرا خداوند می‌فرماید: «فَامْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ»

از مجموع مطالب مذکور، روشن می‌شود که مستفاد از آیه شریفه «فَامْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» یک قاعده کلی است و آن اینکه شوهر در مقابل زوجه یکی از این دو امر را باید اختیار کند و راه سومی وجود ندارد. از آنجایی که رعایت یکی از دو امر (حسن معاشرت و طلاق) به صورت واجب تخییری بر شوهر واجب است. پس هرگاه یکی از دو واجب را ترک کند انجام فرد دیگر بر او حتمی و لازم خواهد بود از سوی دیگر چون به موجب ادله معتبره فقهی، حاکم ولی ممتنع است باید به نحوی قضیه را حل و فصل نموده و به نزاع پایان بخشد. از این رو حاکم می‌تواند پس از امتناع شوهر از طلاق، خود مستقیماً به این امر مبادرت ورزد و همسر فرد خاطی را علیرغم میل او طلاق دهد.

۳۰۲. روایات

اکنون به بررسی روایاتی می‌پردازیم که می‌توان از آنها برای اثبات جواز طلاق حاکم کمک گرفت؛ گرچه این روایات در موارد مختلفی صادر شده‌اند، ولی از مجموع آنها می‌توان این جواز را اثبات نمود.

الف) روایات مربوط به استتکاف شوهر از پرداخت نفقه:

برخی از روایات در زمینه حقوق خانواده عبارتند از:

روایت صحیحه فضیل بن یسار

– روایت صحیحه فضیل بن یسار از امام صادق علیه السلام: امام صادق علیه السلام در ذیل آیه شریفه «وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» (طلاق ۷) فرمودند: اگر کسی خوراک و پوشاک همسرش را به نحو شایسته تأمین نکند بین آنان جدایی افکنده می‌شود: «إِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَا يَقِيمُ ظَهْرَهَا مَعَ كَسْوَةٍ وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا.»

*روایت ابوبصیر

روایت ابوبصیر که می‌گوید، «سمعت ابا جعفر - علیه السلام - يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الامام ان يفرق بينهما» از امام باقر شنیدم که فرمود هر کس که زوجه ای دارد و به حال او رسیدگی نمی‌کند، یا لباس مناسبی به او نمی‌پوشاند و خوراک درستی به او نمی‌دهد بر حاکم است که طلاق او را از مرد بگیرد و از یکدیگر جدایشان سازد. طبق این روایت زوجی که عاجز از انفاق یا ممتنع از آن است از ناحیه حاکم مجبور به طلاق دادن زوجه ی خود می‌شود در صورت عدم مبادرت به طلاق، حاکم می‌تواند بین زوج و زوجه جدایی بیندازد. یعنی زوجه را به استناد ولایت خویش طلاق دهد.

از روایت مزبور و روایات مشابه به خوبی روشن می‌شود که هرگاه شوهر از پرداخت نفقه همسرش امتناع ورزد حاکم شرع می‌تواند برای احقاق حقوق زن، علیرغم اراده ی او، زوجه را طلاق دهد.

ب. ترک روابط جنسی

روایاتی که متضمن حکم موردی است که مرد بیش از ۴ ماه روابط جنسی خود را با همسرش ترک کرده است؛ به موجب این احادیث، زن می‌تواند به دادگاه شکایت برده و الزام شوهر خود را به رعایت حقوق قانونی خود یا طلاق درخواست نماید. «إِذَا غَاضَبَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ فَلَمْ يَقْرَبْهَا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ اسْتَعَدَّتْ عَلَيْهِ فِيمَا أَنْ يَفِيءَ، وَإِمَّا أَنْ يَطْلُقَ فَإِنَّ تَرْكَهَا مِنْ غَيْرِ مُغَاضَبَةٍ أَوْ يَمِينٍ فَلَيْسَ بِبُؤْلٍ.» به موجب حدیث فوق، در صورت مذکور، زن می‌تواند علیه شوهر خود اقامه دعوی کند و حاکم نیز وی را به بازگشت یا طلاق اجبار خواهد نمود.

با دقت در مضامین این روایات روشن می‌گردد که هدف اساسی از بیان این قبیل احکام، حمایت و پشتیبانی اکید از قاعده کلی حاکم بر روابط زوجین می‌باشد تا از این رهگذر مصالح خانواده و اجتماع تأمین گردد.

*قواعد فقهی

یکی دیگر از دلایل اثبات طلاق قضائی، که البته به عنوان مبانی طلاق قضایی نیز می‌توان از آن نام برد، علاوه بر قاعده نفی عس و حرج (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) می‌باشد.

از این قاعده برای یکی از دو هدف «اثبات حق فسخ برای زوجه» در صورت نشوز زوج و عدم امکان الزام وی به رعایت قانون و «اثبات حق طلاق برای حاکم» استفاده می‌شود که اولی مورد پذیرش فقهای امامیه نمی‌باشد ولی دومی مورد پذیرش است، استدلال به آن از این حیث است که سلطنت زوج بر عدم طلاق در فرض نشوز زوج، منشأ ورود ضرر به زوجه است؛ بنابراین، با قاعده نفی ضرر، این حکم (سلطنت شوهر بر عدم طلاق) منتفی و در نتیجه، اجرای طلاق بر شوهر الزامی می‌شود و در صورت امتناع وی از این امر، حاکم به عنوان ولی ممتنع، طلاق را اجرا خواهد کرد. به عبارت دیگر، هرگاه شوهر از انجام وظایف خود امتناع ورزد و الزام وی بدین امر ممکن نباشد، تنها راه ممکن برای قلع ماده اضرار، دخالت حاکم و از بین بردن سبب و منشأ اضرار است که این امر، جز با طلاق از ناحیه حاکم امکان‌پذیر نیست. از این رو، طلاق حاکم در این مورد همانند کندن درخت انصاری توسط رسول اکرم صلی الله علیه و آله است که از موارد شئون ولایت حاکم به شمار می‌رود. البته یادآوری این مطلب نیز ضروری است که آنچه در اطراف عسر و حرج تجویزکننده طلاق قضایی، شرط می‌باشد، این است که زن در عسر یا حرجی قرار گیرد که غیرقابل تحمل باشد.

نکته: اشکالی که در اینجا قابل طرح است این است که ممکن است گفته شود با توجه به روایاتی که در مورد غایب مفقودالایر وارد شده است، طلاق اجباری حاکم جز در موارد منصوص (مانند ترک انفاق، ایلاء،ظهار، ترک روابط جنسی بیش از ۴ ماه) و جهات شرعی ندارد؛ زیرا در احادیث مربوط به شوهر غایب مفقودالایر، تا هنگامی که نفقه همسر غایب مفقودالایر از اموال وی یا مال ولی

استناد قرار گرفته است تا مجوزی برای حاکم در جهت برداشتن حکم حرجی یعنی زوجیت باشد (۱۱) نتیجه گیری

ماهیت طلاق حاکم در موارد عسرو حرج به لحاظ طبیعت خود، به نظر باین تلقی می شود. زیرا اگر غیر از این باشد طلاق بسیاری از زنان در عسرو حرج قرار گرفته را باید رجعی تلقی کنیم و با رجوع مرد منظور قانون گذار که خلاصی و رهایی زن از عسرو حرج است، محقق نمی شود. چون رجعی دانستن این نوع طلاق نقض غرض قانون گذار است و حکم طلاق توسط حاکم بی نتیجه می شود. پس طلاق قضایی را در حکم باین حساب می کنیم تا در مدت عده شوهر حق رجوع نداشته باشد مگر با مرتفع شدن علت طلاق توسط دادگاه، چون اگر مرد بتواند با اراده خود رجوع کند، فلسفه وجودی طلاق قضایی زیر سوال می رود و رجوع شوهر در زمان عده تنافی آشکار دارد.

و از طرفی باز گذاشتن دست قضات در زمینه تعیین ماهیت طلاق قضایی موجب صدور آراء مختلف می شود و این به مصلحت نیست. از سخنان فقهاء چنین بر می آید که طلاق حاکم در حد عسرو حرج تایید شده است و هرگاه شوهر حقوق واجب زن را ادا نکند و اجبار او به ایفاء ممکن نباشد، حاکم شوهر را اجبار به طلاق می کند و در صورت خودداری شوهر از طلاق، حاکم، زن را طلاق می دهد و این طلاق شرعا صحیح است.

References

The Holy Quran

1. Irvani, Bagher. (1384). Introductory lessons in al-Qasas al-Fiqhiyyah. Qom: Al-Faqih Institute for Printing and Publishing.
2. Bahrul Uloom, Ezzeddin. (1384). Jurisprudential research. Najaf: Al Manar Institute.
3. Behjat, Mohammad Taqi. (1420 AH). Comprehensive C4. Qom: Shafaq.
4. Harr Aamili, Mohammad Bin Hassan. (1414 AH). Shiite means. Volumes 1, 7, 8, 14, 15, 22, Qom: Al-Al-Bayt Lahiya Al-Tarath Institute.
5. Hali, Hossein. (1415 AH). Jurisprudential research (fourth edition). Qom: Al Manar Institute
6. Al-Dardir, Ahmad bin Muhammad. (1393 AH). Al-Sharh al-Kabir C1. Beirut: Ihya al-Katb al-Arabiya.

پرداخت می گردد، حاکم از طلاق اجباری منع شده و زن به شکیبایی توصیه شده است؛ مثل روایت برید بن معاویه.

برید بن معاویه می گوید از امام صادق-علیه السلام- درباره شخص مفقود پرسیدم که تکلیف زن او چگونه خواهد بود، حضرت فرمود: تا زمانی که زن ساکت باشد، صبر کند، چیزی بر شما نیست و اگر مشکلتش را پیش والی ببرد در این صورت والی چهار سال زمان در نظر می گیرد و به محلی که زوج در آن مفقود شده است نامه نگاری می کند و از حال او خبر می گیرد اگر او زنده بود زن صبر خواهد کرد و اگر خبری از زنده بودنش نرسد و چهار سال بگذرد ولی شخص مفقود احضار می شود و به او گفته می شود از مال مفقود برای زن انفاق کند تا زمانی که حیات یا موت مفقود مشخص شود. و اگر مفقود مالی نداشت به خود ولی گفته می شود که نفقه دهد که در صورت نفقه دادن ولی، زن حق ازدواج ندارد اما اگر ولی مفقود، نفقه ندهد والی او را مجبور می کند زن را طلاق دهد و زن بعد از طلاق عده نگه می دارد که در این صورت طلاق ولی به عنوان طلاق زوج محسوب می شود و اگر زوج قبل از اتمام عده برگردد، می تواند به زن خود رجوع کند و اگر عده منقضی شده باشد زن می تواند با شخص دیگری ازدواج کند و زوج حق رجوع به زن را نخواهد داشت.

در پاسخ می توان گفت: اولاً، اخبار مذکور تنها در موردی است که زوج به طور طبیعی در اثر مسافرت یا عوامل قهری دیگر غایب مفقود الاثر شده است؛ از این رو، حکم این احادیث به مواردی که شوهر به منظور آزار، همسر خود را رها کرده و حقوق او را پایمال کند، قابل تسری نمی باشد. و در این گونه موارد حکم روایات های سابق (طلاق اجباری حاکم) جاری است. ثانیاً، اجبار بر طلاق از حقوق همسر محسوب نمی شود، این امر از حقوق حاکم به شمار می رود؛ چرا که وی مسئول حفظ نظم و انتظام جامعه است. به عبارت دیگر، مسئله طلاق اجباری از حقوق جامعه است که در اختیار حاکم قرار داده شده ثالثاً، بر فرض چشم پوشی از دو پاسخ مذکور، راهی جز قبول طلاق اجباری حاکم نداریم؛ زیرا با توجه به اهتمام شارع به رعایت حقوق زوجین و عدم تسامح و اغماض شارع نسبت به زیر پا نهادن حقوق واجب طرفین و با توجه به آیات و روایات ذکر شده و اینکه حاکم مسئول و حافظ مصالح اجتماع و نظم و انتظام جامعه می باشد، لازم است که هرگاه شوهر از ادای تکالیف خود سر باز زند، به درخواست زن ابتدا او را به رعایت حقوق و در صورت امتناع به طلاق مجبور نماییم.

از این رو، حتی در مورد غایب مفقود الاثر نیز اکثر قریب به اتفاق علما این مطلب را پذیرفته اند و بحث روایات در موردی است که از سوی حاکم ضرب الاجل تعیین نشده است، ولی در صورت تعیین ضرب الاجل و پس از گذشت مهلت معین، زوج می تواند تقاضای طلاق کند هر چند که منفق یافت شود. (۱۷). بنابراین، قاعده نفی عسرو حرج در جایی که شوهر زنی غایب بوده و از غیبت وی و صبر زن بر غیبت به مدت طولانی مشقت شدیدی متوجه زن گردد، مورد

19. Makarem Shirazi, Nasser. (1411 AH). The series of al-Qasas al-Faqih. C1. Qom: Amir al-Momenin (AS) school.
20. Makarem Shirazi, Nasser (1365). Tahrir al-Wasila (fifth edition). C2. Tehran: Al-Athidam Library.
21. Makarem Shirazi, Nasser (1422 AH). polls (Fifth Edition). C3. Qom: Islamic publishing office affiliated with the seminary teachers community.
22. Makarem Shirazi, Nasser (2018). writing C2. Beirut: Dar al-Islamiya Publications.
23. Makarem Shirazi, Nasser (2018). Tahrir al-Wasila. (thirteenth edition). C2. Qom: Islamic Publishing Institute.
24. Mousavi Khoi, Saida Bolqasem. (1403 AH). Minhaj al-Salehin. C2. Beirut: Dar al-Zahra.
25. Mousavi Khoi, Saidaboulqasem (1410 AH). Minhaj al-Salehin. (28th edition). C2. Qom: Madinah al-Alam.
26. Mirzai Qomi, Abu al-Qasim bin Muhammad. (1303). The Book of Divorce Lithography.
27. Mirzai Qomi, Abu al-Qasim bin Muhammad (1418 AH). Student menu. C2,3. Qom: Islamic Publishing House.
28. Mirzai Qomi, Abu al-Qasim bin Muhammad (1368). Jawaharlal Kalam in the explanation of the laws of Islam. C13. Tehran: Darul Kitab al-Islamiya.
29. Mirzai Qomi, Abu al-Qasim bin Muhammad (1417 AH). The results of the days in the statement of the rules of Al-Ahkam. Qom: Seminary, Office of Islamic Propaganda. Publishing Center.
7. Sobhani Tabrizi, Jafar. (1372). Divorce system in Islamic Sharia. Qom: Institute of Imam Sadiq (peace be upon him).
8. Sabzevari, Seyyed Abdul Ali. (1413 AH). Mahezab Al-Ahkam (fourth edition). C26. Qom: Al Manar Institute.
9. Sistani, Seyyed Ali. (1414 AH). Harmless and harmless rule. Qom: Ayatollah Azami Sistani School
10. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1412). Arwa al-Waghti C2. Qom: Dar Al Kitab Institute, first edition
11. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1419 AH). Al-Arwa Al-Waghti. C2,5,6. Qom: Islamic Publications Office affiliated with Qom Seminary Teachers Society.
12. Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem (1413 AH). Masalak Al-Afham to revision of Sharia'i Islam. C1 and 8. Qom: Institute of Islamic Education.
13. Fazel Moqdad, Jamaluddin, Abu Abdallah, Moqdad bin Abdallah Seyori Hali. (1404 AH). C3. Qom: School of Ayatollah al-Marashi al-Najafi,
14. Fazel Mohadi Lankarani, Mohammad. (1419 AH). Divorce - inheritance. Qom: Jurisprudence Center of Imams Athar.
15. Fakhr al-Haqqeen, Abu Talib Muhammad bin Yusuf bin Mutahrahali. (1389). Explanation of the benefits of explaining the problems of the rules. Volume 3. Qom: Ismailian Institute.
16. Kirki, Ali bin Hossein. (1414 AH). Jami al-Maqasad fi Sharh al-Qasas. (Second edition). C12. Qom: Al-Al-Bayt Institute, peace be upon them.
17. Kliny, Mohammad bin Ya'qub. (1417 AH). enough branches C5. Beirut: Dar al-Azwa.
18. Mufid, Muhammad bin Muhammad. (1413 AH). Al-Maqqah Qom: Al-Nashar al-Islami Foundation.