

## طلاق قضایی

دکتر فاطمه علائی رحمانی

استادیار و عضو هیئت علمی دانشکده‌ی الاهیات و معارف اسلامی، دانشگاه الزهرا

### چکیده

ازدواج یک پدیده‌ی طبیعی قراردادی است که در آن به وسیله‌ی عقد رابطه‌ی حقوقی بین زن و مرد پدید می‌آید و به دنبال آن حقوق و تکالیف زوجین بر اساس اصل عدالت تبیین می‌شوند. با به نظر برخی محققان «طبیعت، کلید فسخ طبیعی ازدواج را به دست مرد داده‌است». بر اساس ماده‌ی ۱۱۳۳ قانون مدنی نیز «مرد می‌تواند هر گاه که بخواهد زن خود را طلاق دهد». ولی هر گاه مردی از ادای وظایف خود خودداری کند و ادامه‌ی زنده‌گی مشترک برای زن تحمل‌ناپذیر باشد، آیا زن در چنین شرایطی بایستی ظلم را تحمل کند تا رهسپار دیار ابدی گردد؟ آیا این طرز تفکر هم‌سو با دیدگاه اسلام در این قضیه است؟ بی‌شک این دیدگاه متنافی با اصول مسلم اسلام است. از این رو، با توجه به ادله‌ی معتبر فقهی مواردی وجود دارد که زن می‌تواند از محکمه درخواست طلاق کند و دادگاه نیز با احراز شرایط و علی‌رغم میل شوهر، زن را طلاق خواهدداد. این موارد در فقه امامیه و به پیروی از آن در قانون مدنی ایران چنین است:

۱- استنکاف شوهر از پرداخت نفقه و عدم امکان الزام وی به انفاق؛

۲- غایب مفقودالاثربودن شوهر؛

۳- در عسر و حرج بودن زوجه، در صورت ادامه دادن به زنده‌گی زناشویی.

در این‌جا این سؤال مطرح است که طبیعت حقوقی طلاق حاکم چیست؟ آیا ماهیت و طبیعت چنین طلاق‌ی باین است یا رجعی؟ باید گفت: رجعی یا باین دانستن طلاق قضائی هر یک اشکالاتی مخصوص به خود دارد که برای رفع این اشکالات این نوع طلاق‌ها ذاتاً رجعی دانسته می‌شود؛ ولی تا زمانی که سبب و موجب این طلاق از بین نرفته‌است، رجوع مرد بی‌تأثیر خواهدبود؛ و در صورت رفع موجبات طلاق، رجوع مرد موجب از سر گرفته‌شدن زنده‌گی مشترک خواهدشد.

### واژه‌گان کلیدی

حق طلاق؛ طلاق به اذن حاکم؛ طلاق به حکم حاکم؛ طلاق قضائی؛

## پیش‌گفتار

حقوق زن به علت آمیخته‌گی آن با مسائل مذهبی، اخلاقی، و اجتماعی، و این که خانواده کانون و آغازگاه اجتماع و مهد فرهنگ و تمدن جامعه است، ویژه‌گی‌هایی خاص دارد که دیگر بنیادهای حقوقی فاقد آن است.

جایگاه والای زن سبب شده که آیه‌های کریمه‌ی بسیاری در شأن وی نازل و با نفی عسر و حرج بانوان، اوامر و نواهی و تکالیف بسیاری برای مرد، قانون‌گذاری گردد. اما علی‌رغم این مسائل، هنوز حقوق زن جدی گرفته نشده و مورد بی‌اعتنایی است. این بی‌اعتنایی عمدتاً برآمده از عامل قانونی هدیه شده به مرد بوده که همانا حق طلاق است. حق طلاق، یکی از حقوق طبیعی و فطری است که با توجه به آیه‌های قرآن کریم در مورد طلاق<sup>۱</sup> و با توجه به تعبیر «وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ [بقره: ۲۳۱]» که به دفعات، خطاب به مردان به کار رفته، یا تعبیر «مُطَلَّقات» (به صیغه‌ی اسم مفعول) که مکرر برای زنان آمده، و نیز با توجه به حدیث نبوی «الطلاق بید من أخذ بالمتاق» (شهد ثانی، بی‌تا: ج ۶: ۲۴؛ متقی هندی، بی‌تا: ۱۵۵، رقم ۳۱۵۱؛ نوری طبرسی، ۱۳۸۲ق: ج ۱۵: ۲۰۶). این حق در اختیار مردان قرار گرفته است، هر چند این عمل (طلاق) مبعوض‌ترین حلال‌ها شمرده شده است (ر عاملی، ۱۳۸۵ق: ج ۱۵: ۲۶۷).

قانون مدنی نیز در ماده‌ی ۱۱۳۳ مقرر می‌دارد: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». به هر رو، با این پیش‌فرض که اسلام و قانون مدنی وقوع طلاق را به اراده و خواست زن وانگذاشته، این سؤال مطرح است که آیا راه طلاق به طور کلی به روی زن بسته است و در شرایطی که شوهر از آن استنکاف می‌ورزد و از سوی دیگر ادامه‌ی زنده‌گی مشترک به دلایل قابل توجیه و قبول برای زن غیرقابل تحمل است، زن محکوم به سوختن و ساختن است؟ یا در فقه اسلامی راه‌هایی برای رهایی او در نظر گرفته شده است؟ در پاسخ به این سؤال

۱- بقره: ۲۲۶-۲۳۲؛ و طلاق: ۱-۲.

۲- در مورد قید «هر وقت که بخواهد» می‌توان گفت: با توجه به سکوت آیات و روایات در مورد آن، دلیلی برای پشتی‌بانی شرعی و فقهی این قید وجود ندارد. با مراجعه به شرایط طلاق، مشخص است که هر زمانی مرد اراده کند، شرعاً نمی‌تواند زن خود را طلاق دهد و طلاق او اثری ندارد. کم‌ترین شرط برای نفوذ طلاق، بودن زن در «طهر غیر مواقعه» و حضور دو شاهد عادل در مجلس است. افزون بر این، القای تعهدات مالی شوهر در برابر همسر، هم‌چون پراخت کامل نفقه نیز محدودیت‌هایی است که در شرح و قوانین موضوعه بر سر راه طلاق بدون قید و شرط توسط مرد گذارده شده است. اگر منظور از «هر وقت» این باشد که با فرض حصول شرایط مذکور مرد می‌تواند به دل‌خواه به هر دلیل، اعم از موجه یا غیر موجه، همسر خود را طلاق دهد، چنین برداشتی با اشکالاتی عمده روبه‌رو است. مهم‌ترین اشکال این است که چنین اختیاری برای مرد از کجا ثابت می‌شود و به کدام دلیل شرعی مستند باز می‌گردد. آیا جز این است که نکاح عقدی است بین دو طرف، و اصل در عقود بر لزوم و عدم امکان ابطال آن به اراده‌ی یک طرف است؟ (جعفریور، ۱۳۷۸).



باید گفت در شرایطی که ادامه‌ی زنده‌گی مشترک برای زن غیرقابل تحمل باشد و شوهر طلاق را نپذیرفته و از این حق قانونی سوءاستفاده کرده و در حق زن اجحاف روا دارد، فقیهان اسلامی به وی اجازه می‌دهند که از حاکم درخواست طلاق کند و حاکم نیز شوهر را به طلاق مجبور خواهدکرد و در صورت خودداری شوهر از طلاق، حاکم، خود، زن را طلاق خواهد داد. این گونه طلاق را طلاق قضائی می‌نامند. آنچه به بررسی جامع‌تر این موضوع کمک می‌کند بررسی این مطلب است که نظریات مطروحه در خصوص طلاق قضائی چیست و کدام نظریه بهتر می‌تواند به تبیین صحیح تحقیق حاضر کمک کند.

فقیهان متقدم و متأخر، هر یک از زاویه‌ی دید خاص خود این موضوع را بررسی کرده‌اند. در این نوشتار، تلاش می‌کنیم که ضمن بررسی آرا و ادله‌ی فقیهان متقدم و متأخر در این باره، به نظری فراگیر، راه‌گشا، و کاربردی دست یابیم. این پژوهش، جستاری کوتاه در میان کنکاش‌های انجام‌شده توسط فقیهان پیشین و کنکاش‌های بلندی خواهدبود که فقیهان نواندیش معاصر بدان پرداخته یا خواهندپرداخت.

### بررسی نظرات و ادله پیرامون طلاق قضائی

از پیش‌گامان معتقد به طلاق قضائی، می‌توان از فقیهانی چون شیخ مفید، ابی‌علی حمزه‌بن‌عبدالعزیز دیلمی معروف به سلار، ابی‌الصلاح حلبی، و از متأخران میرزای قمی، و از معاصران نیز شیخ حسین حلی، آیت‌الله خویی، و آیت‌الله موسوی خمینی را نام برد. در بررسی نظرات این فقیهان شاید بتوان گفت کامل‌ترین و گسترده‌ترین تحقیق در این باره، شگفتی‌ارهایی<sup>۱</sup> - س س ی ن حلی با عنوان *حقوق الزوجیه و آثارها الوضعی* است که بحرالعلوم در *مبحث فقهیه* (۱۳۹۳ق) این گفتارها را نگاشته‌است.

بنابراین به آنچه در این تحقیق آمده‌است، تخلف شوهر از ادای وظایف زوجیت (اعم از انفاق، هم‌خوابه‌گی، و حسن معاشرت) چه ناشی از تقصیر شوهر و چه بدون تقصیر باشد، در صورتی که زنده‌گی زناشویی و بقای نکاح را دشوار کند، به زن حق می‌دهد که برای طلاق به حاکم شرع رجوع کند و حاکم شرع شوهر را مجبور به طلاق خواهدکرد و اگر شوهر از آن خودداری کند حاکم به عنوان ولی ممتنع، زن را طلاق خواهدداد (برگرفته از مطهری، ۱۳۵۹: ۲۷۸).

در این باره حلی علاوه بر پاره‌ئی از روایات و اخبار به آیه‌های زیر از قرآن استناد می‌کند:

- ۱- «أَطَّلِقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسُكُ بِمِعْرُ فِيْ اَوْ تَسْرِيحُ بِاِحْسَنِ<sup>۱</sup> [بقره: ۲۲۹]»  
 ۲- «وَ اِذْ طَلَّقْتُمْ اَلنِّسَاءَ مَا قَبْلَهْنَ اَجْلِهِنَّ فَاِمْسُكُ هُنَّ بِمِعْرُ فِيْ اَوْ سَرَحُ هُنَّ بِمِعْرُ فِيْ وَ لَا تَسْكُ هُنَّ ضِرَّارًا لِتَعْتَدُوْا وَ مَنْ يَفْعَلْ ذٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهٗ<sup>۲</sup> [بقره: ۲۳۱]»  
 ۳- «فَاِذَا بَلَغْنَ اَجْلِهِنَّ فَاِمْسُكُ هُنَّ بِمِعْرُ فِيْ اَوْ فَاَرِقُ هُنَّ بِمِعْرُ فِيْ<sup>۳</sup> [طلاق: ۲]»

از این آیه‌ها چنین برمی‌آید که شوهر باید نسبت به زن یکی از دو روش را پیش‌تر بگیرد؛ به طوری که او را ملال داد کند و وظایف خود را چنان که باید انجام دهد (امساک به معروف)، یا او را به خوبی و بر طبق مقررات شرع طلاق گوید (تسریح به احسان).

حلی نتیجه می‌گیرد که حاکم در جایی که مرد نه به وظایف زناشویی عمل می‌کند و نه طلاق می‌دهد باید زوج را فراخواند و نخست او را به طلاق مکلف کند و اگر مرد از طلاق خودداری کرد خود مبادرت به طلاق کند (برگرفته از مطهری، ۱۳۵۹: ۲۸۰-۲۷۸) و به درخواست زن، به ولایت (نماینده‌گی قانونی) از شوهر، زن را طلاق دهد تا زن با انتخاب شوهری دیگر خوشبختی خود را بازیابد و راه سومی وجود ندارد (بحرالعلوم، ۱۳۹۳ق: ۱۸۶).

میرزای قمی این مسئله را روشن‌تر مطرح ساخته و پرسشی چنین آورده است: «پرسش: هر گاه زید با زوجه‌اش بنای ناسازگاری [گذاشته] و پیوسته او را اذیت کند، بلکه این امر به زخم زدن و شکستن منتهی شده با آن که زوجه‌ی مسطوره در مراعات حقوق زوج دقیقه‌ی فروگذاری نکرده و زوج در حضور جمعی تصریح کرده که این زوجه برای من مصرفی ندارد و مطلقاً به او علاقه ندارم و معذک او را طلاق نمی‌دهد؛ هر گاه یقین حاصل شود که با بقای زوجیت بینهما ردع زوج از آن فعل منکر شمی د و ... آیا حاکم شرع یا عدول مؤمنین می‌توانند او را اجبار به طلاق نموده یا خیر؟»  
 آن‌گاه وی چنین فتوا می‌دهد:

«شکی نیست در این که زوج را حقوقی چند بر زوجه است که در تخلف از آن‌ها، زوجه ناشزه است. هم‌چنین زوجه را بر زوج حقوقی است که در تخلف آن زوج ناشز می‌شود. و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه‌ی او را موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی کج‌خلقی نکند. پس هر گاه زوج از

۱- طلاق [برگشت‌پذیر (رجعی)] دو بار است: پس از آن [باید زن را] به شایسته‌گی نگاه داشتن، یا به نیکویی رها کردن.  
 ۲- و هر گاه زنان را طلاق گفتید و به پایان عده‌ی خویش رسیدند، پس به شایسته‌گی نگاه داریدشان یا به شایسته‌گی رهاشان سازید؛ و [اما] با زبان رساندن [و آزردن] نگاه‌شان مدارید برای آن که [به حقوق‌شان] تعدی کنید؛ و آن که چنین کند، بی‌گمان به خود ستم کرده‌است.  
 ۳- پس آن‌گاه که عده‌ی آنان به سر آمد، [یا] به شایسته‌گی نگاه‌شان دارید، یا به شایسته‌گی از آنان جدا شوید.



حقوق زوجه تخلف کرد و مطالبه‌ی زوج نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع می‌کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم او را الزاماً اجبار می‌کند بر وفای به عهد یا بر طلاق دادن زوجه. هر گاه برای حاکم علم حاصل شود به این که زوج سلوک به معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار بر طلاق می‌کند و این اجبار منافی صحت طلاق نیست.» (میرزای قمی، ۱۳۰۳ق: ۵۰۸).

آیت‌الله خوبی نیز مسئله‌ی را آورده است که هر چند در بخشی از آن بر موضوع ترک انفاق تأکید شده، ولی از آن چنین برمی‌آید که اگر زوج در غیر مورد نفقه نیز از ایفای وظایف زوجیت خودداری ورزد و الزام دادگاه نیز سودی نبخشد، حاکم می‌تواند زوجه را طلاق دهد (خوبی، ۱۳۵۳: ج ۲: ۲۸۰: مسئله‌ی ۱۴۰۶).  
در گفتارهای آیت‌الله موسوی خمینی نیز برای رهایی زن از وضعیت نامطلوب، طلاق ولایی تصریح شده است:

- «از شئون فقیه است که اگر چنانچه یک مردی با زن‌اش رفتار بد باشد، او را لِأُصِیْتْ کَدْ وَ لِيُؤْتِبْ کَنْد و اگر دید نمی‌شود، اجرای طلاق کند.» (موسوی خمینی: ۱۳۶۳: ج ۱۰: ۸۷).

- «فقیه ولایت دارد برای این امر که چنانچه (شوهر) به فساد می‌کشد، یک زنده‌گی به فساد کشیده می‌شود، طلاق دهد و طلاق گر چه در دست مرد است، لکن فقیه در جایی که مصلحت اسلام را دید، مصلحت مسلمین را دید، و در جایی که دید نمی‌شود به غیر این، طلاق می‌دهد. این ولایت فقیه است.» (همان: ج ۱۰: ۸۸).  
- «اگر مردی با زن خودش بدرفتاری کرد، در حکومت اسلام او را منع می‌کنند. اگر قبول نکرد، تعزیر می‌کنند، حد می‌زنند؛ و اگر [باز] قبول نکرد، مجتهد طلاق می‌دهد.» (همان: ج ۱۱: ۲۵۵).

در سال ۱۳۶۱، شورای نگهبان قانون اساسی، ضمن اظهار نظر درباره‌ی مواردی از قانون مدنی، از امام خمینی<sup>۹۰</sup> درباره‌ی امکان الزام شوهر به طلاق از سوی حاکم در موارد عسر و حرج استفتا کرد و ایشان در پاسخ فرمودند: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده‌شود؛ و اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است.» (مهرپور، ۱۳۷۱ب).

از سخنان امام خمینی<sup>۹۰</sup> می‌توان به خوبی چنین برداشت کرد:

۱- هر گاه شوهر حقوق واجبه‌ی زن را ادا نکند و اجبار او به ایفا ممکن نباشد، حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و در صورت خودداری شوهر از طلاق، حاکم زن را طلاق می‌دهد و این طلاق شرعاً صحیح است.

۲- این راه، راهی احتیاط‌آمیز است و راهی دیگری نیز می‌تواند برای حل مشکل باشد، هر چند که با احتیاط همراه نباشد.

۳- در پاسخ به «راهی آسان‌تر» اشاره شده، ولی به دلیل نبودن جرأت بازگو نشده‌است؛ راه آسان‌تر کدام است و چرا گفته نشده‌است؟

در مورد علت این امر می‌توان گفت قوانین مربوط به زنان (که در حال حاضر اجرا می‌شود) صددرصد مطابق با اسلام و حکومت اسلامی و هم‌آهنگ با پیشرفت جوامع امروزی نیست. امروزه باید موضوع‌های تحول‌یافته را بر اساس ویژه‌گی‌های درونی و بیرونی در طول زمان پاسخ گفت و با ثابت نگاه داشتن اساس و بنیان محتوا، صورت قوانین را با تغییر موضوع دگرگون ساخت. برای نمونه، قانون مدنی امروز ما مطابق با جامعه‌ی سنتی گذشته است، در حالی که باید مطابق با پیشرفت‌ها و ارتباطات حاکم بر جامعه‌ی امروزی باشد. امام خمینی<sup>۹</sup> دیدگاه خود را بی‌پرده در برابر متحجران و جاهلان متنسک بیان نکرده‌است؛ زیرا نیک می‌دانسته‌است که این مسائل با خواسته‌ها، گرایش‌ها، و هوا و هوس‌های آنان منافات دارد، و از این رو جلوی اجرای آن را می‌گیرند.

اما منظور ایشان از راه آسان‌تر چه راهی است؟ آیت‌الله صانعی در پاسخ به این پرسش دو احتمال را برمی‌شمارد:

«یکی این که مراد ایشان این باشد که طلاق در این گونه موارد به دست زن باشد؛ یعنی اطلاق (الطلاق بید من أخذ بالطلاق) چون محکوم قاعده‌ی حرج است، پس از اختیار مرد بیرون می‌رود و در نتیجه در اختیار زن قرار می‌گیرد. چون ولو طلاق از طرف مرد است (یعنی مرد زن را رها می‌کند)، لکن در موارد حرج، زن که یک طرف قضیه قرار دارد خود را از قید زنده‌گی با مرد رها می‌کند و مطلقه می‌شود. این‌جا دیگر نوبت فسخ هم (که به خلاف مسیر طبیعی رها شدن زن است) نمی‌رسد و نوبت به حاکم هم نمی‌رسد چون هنوز امتناع و غیبت و قصوری تحقیق پیدا نکرده و ولایت حاکم هم بر غایبین و قاصرین و ممتنعین است، نه بر فرد کامل مطیع و شاید آنچه امام<sup>۹</sup> در جواب سؤال راجع به خانواده‌های مفقودالائترهای جنگ تحمیلی فرموده‌اند که همسران آن‌ها در شرایط خاص می‌توانند وکیل بگیرند تا آن‌ها را مطلقه کند به خاطر همین جهت بوده‌است.

«احتمال دوم این است که مرادشان فسخ نکاح از ناحیه‌ی زن باشد؛ یعنی همان طور که زن در موارد عیوب مرد از جهت (لا ضرر و لا ضرار) و غیر آن می‌تواند عقد را فسخ نماید، در این‌جا هم می‌تواند عقد را فسخ نماید و تمسک به این قاعده امری رایج است.» (صانعی، ۱۳۷۵: ۸).



در پاسخ امام خمینی<sup>۱۰</sup> آن چه مورد نظر برخی از اعضای شورای نگهبان بوده (طلاق حاکم در حد عسر و حرج) تأیید شده و این امری است که به گفته‌ی امام خمینی<sup>۱۱</sup> با احتیاط سازگار است.

### شیوه‌های انحلال نکاح در دادگاه

امروزه، طلاق به اذن حاکم و گاه به حکم حاکم انجام می‌گیرد:

۱- **طلاق به اذن حاکم**- در طلاق به اذن حاکم، صیغه‌ی طلاق توسط مرد انجام می‌شود؛ اما دادگاه باید عدم امکان سازش را گواهی کرده‌باشد. طلاق که بدین صورت انجام می‌گیرد یا طلاق رجعی است یا طلاق بائن.

۱-۱- **طلاق بائن**- بائن از ریشه‌ی «البین» گرفته‌شده که گاه به معنای «جدایی» و گاه به معنای «وصل» و از اضداد است (فیروزآبادی، بی‌تا). در این طلاق رجوع برای شوهر ممکن نیست. بنا بر اجماع فقهای امامیه، طلاق بائن ۶ گونه است: ۱) طلاق غیرمدخوله؛ ۲) طلاق یائسه؛ ۳) طلاق خلع؛ ۴) طلاق مبارات؛ ۵) طلاق سوم که پس از سه وصلت پیاپی به دست آید (سه‌طلاقه)؛ و ۶) طلاق صغیره.

۲-۱- **طلاق رجعی**- رجوع در اصطلاح شرعی آن، رجوع به مطلقه و بقای زوجیت زن است که بنا به آیه‌ی شریفه‌ی «وَبَعَثْنَا لَهَا صَاحِبَهَا فَزَوَّتْ بِرِجْعَتِهَا» [بقره: ۲۲۸] احتیاج به اذن ولی و صدق رضایت و حصول آن از جانب زن ندارد (مغنیه، ۱۴۰۲ق: ۴۴۳).

۲- **طلاق به حکم حاکم**- در این نوع طلاق، زن نخست از دادگاه تقاضای طلاق می‌کند و دادگاه با رعایت شرایطی حکم به طلاق می‌دهد. موجبات طلاق به درخواست زن و حکم دادگاه چنین است: استنکاف شوهر از دادن نفقه (ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی)؛ ناتوانی و عجز شوهر از پرداخت نفقه (ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی)؛ غایب مفقودالاثر بودن شوهر (ماده‌ی ۱۲۰۹ قانون مدنی)؛ اگر دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد (ماده‌ی ۱۱۳۰ اصلاح قانون مدنی).

فقها طلاق به علت عدم پرداخت نفقه یا به علت غیبت شوهر بیش از ۴ سال را داخل در قاعده نفی عسر و حرج محسوب نکرده‌اند؛ بلکه روایات خاصی را که در این باره آمده مستند فتوای خود قرار داده‌اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۴ق: ج: ۱؛ ۶۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ج: ۲؛ ۳۵۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ق: ج: ۱؛ ۱۴۱۶).

### طلاق به علت ترک انفاق

در ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی چنین آمده است: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.»

در این ماده دو مسئله قابل بررسی است:

۱- **استنکاف شوهر از دادن نفقه** - با استناد به آیه‌ی «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» [نساء: ۳۴] تأمین هزینه‌ی خانواده از وظایف مرد است. نفقه باید با جایگاه اجتماعی زن و امکانات شوهر متناسب باشد و نمی‌توان برای آن اندازه‌ئی معینی در نظر گرفت (طوسی، ۱۴۰۷ق:ج:۸۵). البته شرط وجوب نفقه، عقد دائم و تمکین زوجه است (محقق حلی، ۱۳۷۳:۵۱۸؛ فاضل هندی، بی‌تاباب نفقه؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹ق:ج:۲۶۶).

با جمع شرایط و فقدان موانع، چنان‌چه شوهر از پرداخت نفقه به زن خودداری کند بنا به قول مشهور فقیهان و روایاتی که در این زمینه آمده، حاکم می‌تواند بین آن دو جدایی اندازد. از جمله‌ی این روایات می‌توان به روایات *ابن‌ابی‌عمیر* و *ابی‌بصیر* اشاره کرد:

**روایت ابن‌ابی‌عمیر** - امام صادق<sup>ع</sup> فرمود «هر گاه مردی همسرش را پوشاک و خوراک مناسب دهد با او زنده‌گی کند و گر نه او را طلاق دهد»<sup>۲</sup> (حر عاملی، ۱۳۸۵ق:ج:۱۵:باب:۱:حدیث:۱).

**روایت ابی‌بصیر** - امام باقر<sup>ع</sup> فرمود «کسی که در نزد او بانویی است که از جهت لباس، نیاز او را در پوشش برنمی‌آورد و از جهت طعام پاسخ‌گوی احتیاج او نیست، در این‌جا بر امام است که بین آن‌ها جدایی اندازد»<sup>۳</sup> (همان: حدیث:۴).

۲- **عجز شوهر از پرداخت نفقه** - منظور از عجز، ناتوانی شوهر پس از عقد نکاح است و نه پیش از آن. زیرا این عجز هم‌ردیف با خودداری شوهر از پرداخت نفقه آمده که مربوط به پس از نکاح است. در اجبار زوج به پرداخت نفقه نسبت به معسر یا موسر بودن وی دو نظر متصور است:

۱- تنها در زمان موسر بودن زوج پرداخت نفقه لازم است.

۱- مردان سرپرستان زنان اند؛ از آن رو که خدا برخی‌شان را بر برخی برتری داده و [تیز] از آن رو که از دارایی‌هاشان هزینه می‌کنند.  
 ۲- عن ابی‌عبدالله<sup>ع</sup> قال «إذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها اقامت معه و الا طلقها».  
 ۳- سمعت ابا جعفر<sup>ع</sup> يقول «من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما».





۲- خواه در زمان معسر بودن و خواه در زمان موسر بودن زوج پرداخت نفقه الزامی است.

در صورت عجز شوهر از پرداخت نفقه آیا زوجه و حاکم حق فسخ دارند یا نه؟ در این مورد نظرات مختلفی وجود دارد:

۱- زوجه و حاکم حق فسخ ندارند و باید صبر کنند تا گشایشی برای زوج پدید آید. مستند این فتوا روایتی از علی<sup>ع</sup> است که در پاسخ زنی که از اعسار شوهرش به آن حضرت شکایت کرد فرمودند «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» [شرح: ۶] و آن حضرت اجازه‌ی جدایی ندادند (طوسی، ۱۴۰۷ق:ج:۱: ۸۷؛ نجفی، ۱۳۶۷:ج:۳۰: ۱۰۵).

۲- زن می‌تواند به حاکم مراجعه کند تا وی نکاح را فسخ نماید و چنانچه حاکم وجود نداشت خود زن نکاح را فسخ کند؛ زیرا اعسار شوهر مستلزم ضرر و حرج زن است که از دیدگاه فقها مردود است (علامه حلی، بی‌تا: ۳۱).

۳- زن حق فسخ ندارد و تنها می‌تواند به حاکم مراجعه و درخواست کند که زوج را به طلاق وادارد. اگر زوج طلاق نداد خود حاکم اقدام به طلاق می‌کند (خویی، ۱۳۵۳:ج:۲: مسئله‌ی ۱۴۰۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶ق:ج:۱: ۳۹؛ نجفی، ۱۳۶۷:ج:۳: ۱۰۵).

ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی از عقیده‌ی آخر که قول مشهور فقهای امامیه است پیروی کرده و مقرر می‌دارد:

«در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه، و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. هم‌چنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

### طلاق زوجیه غایب مفقودالاثَر

غایب مفقودالاثَر، کسی است که مدتی نسبتاً مدید از غیبت‌اش گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد (ماده‌ی ۱۰۱۱ قانون مدنی). برابر ماده‌ی ۱۰۲۹ قانون مدنی، هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثَر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند و در این صورت با رعایت ماده‌ی ۲۳۳ م ا و را طلاق می‌دهد.

در ماده‌ی ۱۰۲۳ آمده‌است: «دادگاه هنگامی می‌تواند حکم طلاق صادر کند که پس از دریافت درخواست طلاق از سوی زن، در یکی از جراید و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران سه دفعه‌ی متوالی، هر کدام به فاصله‌ی یک ماه، آگهی کند و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته‌باشند دعوت نماید که اگر خبری

دارند به اطلاع دادگاه برسانند. هر گاه یک سال از تاریخ نشر نخستین آگهی بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، دادگاه حکم طلاق صادر می‌کند».

مقررات قانونی مدنی در زمینه‌ی طلاق زوجه‌ی غایب، مبتنی بر فقه امامیه است. البته تشریفات راجع به آگهی و گذشتن یک سال از تاریخ نشر نخستین آگهی در کتب فقهی دیده نمی‌شود؛ ولی فقیهان از «فحص از حال غایب» سخن گفته‌اند که قانون مدنی با توجه به مقتضیات زمان شیوه‌ئی خاص برای آن مقرر داشته‌است که منافاتی با اصول و قواعد فقهی ندارد. ا برخی از فقیهان جدید به امکان استفاده از رسانه‌های گروهی امروزی برای آگاهی یافتن از غایب تصریح کرده‌اند (بحرالعلوم، ۱۳۹۳ق: ۲۱۴).

برخی از فقیهان گفته‌اند اگر زن پیش از گذشت چهار سال از جهت نفقه در تنگنا باشد و کسی هم نباشد که هزینه‌ی زنده‌گی او را تأمین کند، می‌تواند به دادگاه مراجعه کند تا قاضی او را طلاق دهد. برخی دیگر اما، طلاق را تنها پس از گذشت مدت یادشده جایز می‌دانند؛ ولی اگر زن از جهت نفقه در تنگنا نباشد باید صبر کند تا شوهرش پیدا شود یا خبر قطعی مرگش برسد (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۴؛ خوبی، ۱۳۵۳: ۲۹۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹ق: ج ۳: ۳۵۲).

برخی دیگر از فقیهان معتقد اند پس از گذشت چهار سال، قاضی می‌تواند به درخواست زن او را طلاق دهد، هر چند که ولی غایب مفقودالثر یا وکیل او متکفل پرداخت نفقه‌ی زن شود (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۴ق: ج ۲: ۷۵)؛ زیرا عدم جواز طلاق حاکم در صورت پرداخت نفقه مربوط به زمانی است که از سوی حاکم زمانی تعیین نشده‌باشد، ولی پس از گذشت زمان تعیین‌شده یا در اثنای این مدت، زوجه می‌تواند طلباً و قیستاً که ن د ه ر چند متکفل پرداخت نفقه وجود داشته‌باشد (همان، ۷۳).

آیا پس از زمان انتظار (چهار سال) طلاق لازم است یا دیگر نیازی به طلاق نیست و حاکم امر می‌کند که زن عده نگاه دارد و پس از انقضای عده زن می‌تواند شوهر کند؟ آیا زن باید عده‌ی وفات نگاه دارد یا عده‌ی طلاق؟ در این زمینه گفته‌ها مختلف است.

در صحیحی بریدین معاویه آمده‌است «از امام صادق<sup>ع</sup> درباره‌ی غایب مفقودالثر پرسیدم که تکلیف زن اش چیست؟ پس فرمود ( ... و اگر ولی غایب مفقودالثر، از نفقه دادن زن ابا کند، حاکم او را مجبور به طلاق می‌کند و در حالی که آن زن



پاک باشد عده نگه دارد؛ پس طلاق ولی همان طلاق زوج است»<sup>۱</sup> (صدوق، ۱۳۹۰ق:۳۴۵).

در این خبر، بآلفظ، طلاق حاکم مانند طلاق زوج دانسته شده است؛ یعنی حاکم زن را طلاق می‌دهد و زن عده طلاق نگاه می‌دارد. این طلاق از نوع طلاق رجعی است و شوهر حق رجوع را قبل از انقضای عده ندارد (نجفی، ۱۳۶۷ج:۳۲:۲۹۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا:ج:۲:۳۴۳). بعضی از فقیهان نیز در این مورد وقوع طلاق را لازم ندانسته و معتقد اند حاکم به زن امر می‌کند که عده وفات نگاه دارد (فخرالمحققین، ۱۳۸۹ق:ج:۳:۳۵۳).

برابر ماده‌ی ۱۱۵۷ قانون مدنی، زنی که شوهر او غایب مفقودالاثرا بوده و حاکم او را طلاق داده باشد، باید از تاریخ طلاق عده وفات نگاه دارد. این قانون مدنی بر پایه‌ی قول مشهور فقیهان است که طلاق را در این مورد رجعی دانسته، ولی در عین حال به عده وفات قائل اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۴ق:ج:۲:۶۸).

در واقع، علت اقدام حاکم بر طلاق دادن زوجه، در فرض غیبت و بی‌خبری از شوهر و تعیین تکلیف زوجه است. طبیعی است که اگر در ایام عده این علت مرتفع گردد، یعنی شوهر حاضر شود، فرصت رجوع را دارد.

### طلاق به درخواست زن و حکم دادگاه به علت عسر و حرج

در مواردی که ادامه‌ی زنده‌گی با زوج برای زوجه موجب عسر و حرج باشد، حاکم می‌تواند با درخواست زن و بدون توجه به خواسته‌ی مرد اذن طلاق زوجه را صادر کند. در ماده‌ی ۱۱۳۰ اصلاح قانون مدنی چنین آمده است: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید؛ و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

برای بررسی این ماده، نخست به مبانی فقهی و پیشینه‌ی آن در فتواهای فقیهان می‌پردازیم.

۱- سالت اباعبدالله عن المفقود کیف تصنع امرآته فقال «... و ان ابی ینفق علیها اجبره الوالی علی ان یطلق تطلیقه فی استقبال العده و هی طاهر فیصر طلاق الوالی طلاق الزوج».

### مبانی فقهی عسر و حرج برای درخواست طلاق

نخستین کسی که مستقلاً قاعده‌ی نفی عسر و حرج را از موجبات درخواست طلاق برای زن دانست، فقیه روشن‌بین طباطبائی یزدی بود. وی در ملحقات *عروة‌الوثقی* چنین می‌گوید: «چنان‌چه مردی در حبس ابد به سر برد، یا این که تنگدست بوده و توانایی پرداخت نفقه‌ی زوجه‌اش را نداشته‌باشد و زن هم نتواند چنین شرایطی را تحمل کند و امثال این موارد، ظاهر کلمات فقها بر این است که حاکم نمی‌تواند زن را طلاق دهد و او را آزاد کند؛ زیرا طلاق منحصرأً به دست مرد است. ولی حاکم می‌تواند او را به استناد قاعده‌ی نفی ضرر و حرج، بالاخص اگر زن جوان بوده و صبر کردن‌اش مستلزم مشقت و حرج شدید برای او باشد طلاق دهد.» وی با اعتراف و اذعان به این که فقیهان پیش از او طلاق را در چنین مواردی مجاز نشمرده و به حدیث «الطلاق بید من أخذ بالطلاق» استناد کرده‌اند، در برابر این شهرت عظیم به قاعده‌ی نفی عسر و حرج متوسل می‌شود. وی پس از نقل روایاتی مبنی بر این که در صورت نپرداختن نفقه، شوهر مجبور به طلاق می‌شود نتیجه می‌گیرد که به طریق اولی، در صورتی که بقای زوجیت موجب وقوع زن در معصیت باشد، لازم است که برای حفظ و صیانت او از گناه، با حکم دادگاه طلاق داده‌شود (برگرفته از کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۶-۷۷).

در میان فقیهان معاصر، برخی به نظر یادشده ایراد گرفته و امکان چنین طلاق‌هایی را مردود شمرده‌اند:

خویی در *منهاج‌الصالحین* چنین آورده است: «برخی از بزرگان گفته‌اند در صورت عدم تمکین زوجه‌ی غایب که حیات‌اش معلوم است و همین‌طور در محبوس‌ی که به حبس ابد محکوم است، حاکم می‌تواند زوجه‌اش را طلاق دهد. ولی آنچه ایشان ذکر کرده‌اند بعید است و ابعاد از عقیده‌ی ایشان در مورد مفقودی است که اعمال کیفیات مذکور [مانند تعیین مدت و تفحص] ممکن است، ولی اعمال این کیفیات امکان وقوع زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام فراهم می‌آورد که به نظر ایشان بدون اعمال آن کیفیات، زوجه توسط حاکم طلاق داده‌می‌شود. لازمه‌ی کلام صاحب *عروة‌جواز* مبادرت به طلاق زوجه بدون اذن است هنگامی که معلوم گردد بقای زوجه بر زوجیت موجب وقوع در معصیت است و ضعف این نظر واضح است.» (خویی، ۱۳۵۳: ۲: ۲۲۳).

به عکس، برخی دیگر از فقیهان معاصر مانند امام خمینی<sup>۹۰</sup> از نظر یادشده جانب‌داری کرده و در مواردی که زنده‌گی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج



باشد عقیده دارند که وی می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند و دادگاه شوهر را به طلاق ملزم می‌کند و در صورت میسر نشدن او را طلاق می‌دهد که پیش‌تر بدان اشاره کردیم.

برای استناد به قاعده‌ی نفی ضرر باید منشأ ضرر و حرج را مشخص ساخت. منشأ ضرر و حرج صرفاً لزوم عقد نکاح نیست تا نفی لزوم عقد پی‌آمد فاسد حق فسخ زن را به دنبال داشته‌باشد که غیرقابل‌التزام است؛ بلکه علت حرج زن را در حق انحصاری طلاق برای مرد باید جست‌وجو کرد. از این رو، قاعده‌ی نفی حرج این انحصار را برمی‌دارد و راه برای اجبار مرد به طلاق یا طلاق حاکم باز می‌کند (مهرپور، ۱۳۷۱:ج ۱:۳۰۱).

### ماهیت طلاق قضایی

به طور کلی هر گاه زوج به میل و اراده‌ی خود همسرش را طلاق دهد، این طلاق علی‌القاعده رجعی است، مگر آن که مصداق یکی از انواع شش‌گانه‌ی طلاق بائن باشد. ولی اگر طلاق به درخواست زوجه و از سوی حاکم واقع گردد، آیا ماهیت چنین طلاق‌ی بائن است یا رجعی؟ پیش‌تر در بحث غایب مفقودالاثرا گفتیم که اصولاً طلاق‌ی که حاکم در مورد غیبت بیش از چهار سال شوهر انجام می‌دهد رجعی است، و اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای مدت عده مراجعه کند، نسبت به طلاق حق رجوع دارد. اما در این که ویژه‌گی رجعی بودن طلاق زوجه‌ی غایب به سایر طلاق‌هایی که به حکم حاکم صورت می‌گیرد سرایت داده‌شود به‌شدت مورد تردید است. زیرا اگر شوهر بتواند پس از صدور حکم به طلاق و اجرای آن رجوع کند، حکمت قواعدی که به زن حق درخواست طلاق داده‌است از بین می‌رود و به حیثیت او لطمه وارد می‌سازد (مهرپور، بی‌تا: ۶۳).

در حال حاضر، رویه‌ی محاکم در مقابل صدور حکم طلاق بر وفق ماده‌ی ۱۱۳۰ قانون مدنی بدین صورت است که تلاش می‌کنند طلاق‌های قضایی را با الزام زوجه به بذل مال و گذشت نفقه به صورت خلع درآورند تا بدین لحاظ طلاق بائن باشد و زوج نتواند از حق رجوع استفاده کند؛ زیرا رویه‌ی قضایی کشور ما بر این تفکر است که طلاق به حکم حاکم طبیعتاً رجعی است و برای پرهیز از پی‌آمدهای چنین طلاق‌ی که ناقض غرض است آن را به صورت خلع درمی‌آورند که از اقسام شش‌گانه‌ی طلاق‌های بائن است. البته باید گفت این رویه، نقض غرض و خلاف اصول انصاف و عدالت است؛ زیرا بر زنی که در زنده‌گی زناشویی دوچار حرج و

مشقت گردیده و برای رهایی از آن به حاکم اسلامی پناه برده است معقول نیست که به پرداخت فدیة به شوهر محکوم گردد. به ویژه آنجا که استنکاف یا عجز شوهر از پرداخت نفقه موجب طلاق زوجه به حکم حاکم شود.

رجعی بود قائل طلاق حاکم به ادله‌ی زیر تمسک می‌جویند:

۱- مقتضای عموم آیه‌ی «وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكِ إِنْ أَرَادَا لِوِصْلِحَا» [بقره: ۲۲۸].

با نگرش به این که «ال» موجود در «الْمُطَلَّاتُ» نشان‌دهنده‌ی استغراق است و «هُنَّ» مرجع ضمیر «الْمُطَلَّاتُ» است، درمی‌یابیم که هر طلاق رجعی است، مگر آن که یکی از گونه‌های شش‌گانه‌ی بر آن منطبق شود، که در این صورت، طلاق بائن خواهد بود. بنابراین، طلاق حاکم چنانچه منطبق بر مصادیق طلاق بائن نباشد، رجعی است (طباطبائی یزدی، ۱۴۰۴ق: ۲۱۱۵).

۲- چنان که پیش‌تر گفته شد طلاق‌های بائن منحصر به اقسام شش‌گانه است. این موارد با تجدید شارع حصری است و نمی‌توان مورد دیگری به آن افزود.

۳- مصلحت قانون‌گذار حفظ مصالح خانواده‌گی و بازگشت دوباره‌ی زوجین و فرزندان آنان به کانون خانواده است. بنابراین در جایی که معذور منجر به طلاق (عسر و حرج) برطرف شود، زوجین باید بتوانند به زنده‌گی بازگردند و این در صورتی است که طلاق رجعی باشد. از این رو، بائن دانستن این طلاق برخلاف مصلحتی است که قانون‌گذار برای زوجین می‌پسندد.

قائلان به بائن بودن طلاق به حکم حاکم نیز چنین دلالتی برمی‌شمرند:

۱- اصل رجعی بودن طلاق در جایی است که طلاق در دست مرد است. حتا در طلاق خلع این مرد است که باید تصمیم بگیرد و اگر راضی شد زن فدیة را می‌پردازد و مرد او را طلاق می‌دهد. ولی هنگامی که شوهر خود تصمیم به طلاق نمی‌گیرد، بلکه به حکم قانون و طبق حکم دادگاه مکلف به طلاق می‌شود و در صورت امتناع او، حاکم طلاق را واقع می‌سازد و بین زوجین جدایی می‌اندازد، رجعی بودن طلاق مفهومی ندارد و باید گفت طبیعت طلاق در چنین موردی نیازمند بائن بودن و عدم امکان رجوع زوج است (مه‌پور، ۱۳۷۱ق: ۶۳).

این دلیل خدشه‌پذیر است؛ زیرا اگر چنین استدلالی درست باشد، باید در طلاق زوجه‌ی غایب مفقودالآثر نیز صدق کند؛ در حالی که زوج اصلاً در اجرای آن طلاق

۱- و زنان طلاق‌گفته‌شده باید تا سه [دوره‌ی] پاک‌ی انتظار کنند؛ و اگر خدا و روز واپسین را باور دارند، برای‌شان روا نیست که آن‌چه را خدا در زهدان‌هاشان آفریده پوشیده دارند؛ و شوهران‌شان اگر سر‌آشتی دارند به بازآوردن‌شان در این [مدت] سزاوارتر اند.



حضور ندارد و چنان که پیش‌تر گفتیم در رجعی بودن این طلاق تردیدی نیست و اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و پیش از انقضای مدت عدّه بازگردد نسبت به طلاق حق رجوع دارد (ماده‌ی ۱۰۳۰ قانون مدنی).

۲- اگر این نوع طلاق را رجعی بدانیم نقض غرض خواهد بود؛ زیرا از یک سو، شوهر به حکم دادگاه ملزم به طلاق می‌شود و از سوی دیگر، در ایام عدّه رجوع می‌کند و اثر ۱۱ ز بین می‌برد (امامی، ۱۳۴۰:ج:۵:۳۲۶)؛ در حالی که مهم‌ترین هدف شارع از جعل ولایت حاکم بر طلاق، نجات و رهایی زن از بند زوجیت فردی است که به وظایف قانونی خود عمل خمتی‌کهد ق زن را به ناروا پای‌مال کرده‌است. روشن است که تأمین این هدف عادلانه و انسانی، جز در سایه‌ی بائن بودن طلاق حاکم شدنی نیست. برای نمونه، زنی به خاطر بدرفتاری (سوء اخلاق) شوهر و رفتار غیرقانونی او ناگزیر به دادگاه مراجعه‌کمنی د و پس از صرف زمانی طولانی موفق می‌شود مدعای خود را ثابت کند و دادگاه نیز وی را مطلقه می‌سازد. منطقی نیست که شوهر وی بتواند با یک لبخند ساده اظهار تمایل کند و از رجوع استفاده نماید (کاتوزیان، ۱۳۵۷:۴۴۰).

۳- ماده‌ی ۱۱۴۵ قانون مدنی مفید حصر نیست و تنها ناظر به طلاق‌های بائنی است که به اراده و اختیار شوهر واقع می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۶۹:۳۲۶). در میان فقیهان، تنها آیت‌الله خوئی در این زمینه اظهار نظر کرده‌است: «چنان‌چه شوهر از پرداخت نفقه خودداری کند، زن به محکمه مراجعه و حاکم شوهر را ملزم به پرداخت نفقه یا طلاق می‌کند. اگر وی هیچ یک از این دو کار را انجام نداد، حاکم زن را طلاق می‌دهد»؛ و بعدتر می‌گوید: «ظاهر این است که چنین طلاق‌ی بئن است و شوهر در ایام عدّه حق رجوع ندارد» (خوئی، ۱۳۵۳:مسئله‌ی ۱۴۶۹). هر چند وی به دیگر موارد طلاق حاکم اشاره نکرده‌است، ولی با توجه به اینکه ظاهراً از نظر ملاک حکم، تفاوتی بین طلاق حاکم به لحاظ عسر و حرج یا طلاق به لحاظ عدم پرداخت نفقه وجود ندارد، می‌توان گفت نظر ایشان در طلاق موضوع ماده‌ی ۱۱۳۰ (اگر دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد) نیز جاری است.

علت عدم پذیرش نظریه‌ی بائن بودن طلاق حاکم، گذشته از تحدید و تعیین طلاق‌های بائن و انحصار آن‌ها به موارد شش‌گانه، چنین است:

۱- ممکن است علت و موجب حکم طلاق در ایام عدّه رفع شود. برای نمونه، حالت حرجی که زوجه بر اساس آن دادخواست طلاق داده و حاکم با احراز آن مبادرت به صدور حکم طلاق می‌کند، در اثنای مدت عدّه رفع شود و گذشته از آن

دلیلی قانع‌کننده مانع رجوع در هنگام رفع مانع نیست (اذا زال المانع عاد الممنوع). این نظر خلاف مصالح خانواده و اطفالی است که جدایی والدین آن‌ها ممکن است موجب آوارگی آن‌ها شود.

۲- باین بودن طلاق حاکم این ایراد اساسی را دارد که حقوق مسلم زوجه، مانند نفقه‌ی ایام عده، ارث، و مهریه، بدون دلیل کافی از بین می‌رود و این ظلم به کسی است که برای رفع ستم و رهایی از فشار دادخواهی کرده‌است (کشوری، ۱۳۷۳: ۵۲).

از سوی دیگر، چنان که پیش‌تر آمد، اعتقاد به رجعی بودن این طلاق‌ها نقض غرض است و محاذیری دارد که جداً باید از آن پرهیز کرد. پس چه باید کرد؟ چه راه‌حل معقولی برای این مسئله قابل تصور است که اشکال‌های راه‌حل‌های یادشده را نداشته‌باشد؟

از آن‌جا که طلاق به حکم قاضی، طلاق استثنایی و خاص است، بنابراین، ویژه‌گی‌های مخصوص به خود را دارد و درست نیست که طلاق بی اختیار و اراده‌ی مرد برخلاف اصل اولیه انجام گیرد، ولی در رجوع به آن همان اراده‌ی سلب‌شده (اراده‌ی مرد که در طلاق نقشی نداشته‌است) نقش‌آفرین باشد. زیرا رجوع به‌سان معلولی است که از هر سو تابع علل پدیدآورنده‌ی خود است. اگر طلاق به اختیار مرد باشد، رجوع نیز به اختیار او است؛ ولی اگر اراده‌ی او نقشی در آن نداشته و به حکم حاکم واقع شده‌باشد، رجوع باید پس از حکم وی انجام پذیرد؛ زیرا رفع علت موجب صدور حکم، شرط رجوع است، و همان مرجعی که وجود و حدوث آن علت را احراز و اثبات کرده و بر اساس آن حکم به طلاق داده‌است پایفد. ع و ازاله‌ی آن را احراز کند. پس از این احراز و اثبات، مانع رجوع از بین می‌رود و زوج می‌تواند اراده‌ی خود را مبنی بر رجوع و ابقای پیوند گسسته‌شده اعلام دارد. به سخن دیگر، این گونه طلاق‌ها طبیعتاً و ماهیتاً رجعی است، که پس از وقوع آن، اصل بقای علت، موجب صدور حکم است (حالت حرجی) و مدعی رفع علت (شوهر) باید در محکمه، ازاله‌ی آن را ثابت کند و دادگاه با احراز موضوع، حکم به فقد موانع رجوع دهد و تنها در این حالت است که زوج می‌تواند رجوع کند (همان).

در این نظریه، از آن‌جا که طلاق حاکم، ماهیتاً رجعی است، سایر حقوق زوجه هم‌چون نفقه‌ی ایام عده، سکونت، مهریه، و توارث زوجین از یک‌دیگر (در صورت فوت یکی از آن دو در زمان عده) رعایت می‌شود.





### نتیجه‌گیری

ارزش و اهمیت کانون خانواده در اسلام به حدی است که حاکم اسلامی موظف به دفاع از حقوق همسران است و بقا یا انحلال این کانون مقدس صرفاً در انحصار مردان نیست و حکومت اسلامی نقشی راه‌گشا در این زمینه دارد. به گونه‌ای که هر گاه زوج از انجام وظایف خود مانند انفاق سر باز زند، یا زوجه با مفقود شدن زوج روبه‌رو گردد، یا زوجه در معرض عسر و حرج قرار گیرد، و این مسائل سبب وارد شدن لطمه به حقوق همسر شود، نخست الزامات حکومتی زوج را وادار بر ادای حقوق زوجه می‌کند. سپس، اگر اجبار حاکم نتواند او را به تسلیم در برابر قانون وا دارد، نوبت به اقدام مستقیم حکومت می‌رسد. در این‌جا، فقیهان از طلاق ولایی به عنوان راه‌کاری برای رها ساختن زنان گرفتار استفاده می‌کنند و حکم طلاق را صادر می‌نمایند.

ماهیت این طلاق‌ها رجعی است و پس از وقوع آن، در صورت تمایل زوج به رجوع، باید وی از الهی علت پدیدآورنده‌ی صدور حکم را در دادگاه ثابت کند و دادگاه با احراز موضوع، به رفع موانع رجوع حکم می‌دهد.

پذیرش این نوع طلاق از ناحیه‌ی شرع، موجب رفع نگرانی زنان در تنها ماندن در رویارویی با بحران‌های زنده‌گی مشترک خانواده‌گی می‌گردد و آنان از حمایت دولت اسلامی برای زنده‌گی بر مبنای حق و عدل اطمینان می‌یابند. این امری است که دین‌باوران و اندیشه‌مندان متعهد باید به آن آگاهی یابند و محدوده‌ی قدرت حاکم اسلامی را فراتر از «عناوین ثانویه» بدانند.

## منابع

- ۱- احمدیه، مریم. ۱۳۷۱. «طلاق قضائی». فصل‌نامه‌ی رهنمون ۲ و ۳.
- ۲- امامی، سیدحسن. ۱۳۴۰. حقوق مدنی. چاپ ۳. تهران: انتشارات کتاب‌فروشی اسلامیة.
- ۳- بحرانی، شیخ یوسف. ۱۴۰۵/۱۹۸۵م. الحدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة. بیروت: دارالاضواء.
- ۴- بحر العلوم، عزالدین. ۱۳۹۳ق. بحوث فقهیه. تقریرات فقه آیت الله لئی. بیروت.
- ۵- جعفریور، جمشید. ۱۳۷۸، زمستان. «حق طلاق». فصل‌نامه‌ی شورای فرهنگی و اجتماعی زنان ۶: ۱۲۰-۱۲۶.
- ۶- حر عاملی، محمدبن‌الحسن. بی‌تا. وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۷- خویی، سیدابوالقاسم. ۱۳۵۳. منهاج الصالحین. بیروت: دارالزهراء.
- ۸- صانعی، یوسف. ۱۳۷۵، خرداد. «در محضر آیت‌الله صانعی». پیام زن ۵۱.
- ۹- سروش، محمد. ۱۳۷۸، مهر. «طلاق ولایی». پیام زن ۹۱.
- ۱۰- شهید ثانی (زین‌الدین‌بن‌علی‌عاملی). بی‌تا. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. بیروت: دارالعلم الاسلامی.
- ۱۱- شهید ثانی (زین‌الدین‌بن‌علی‌عاملی). ۱۴۱۶ق. مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. مؤسسه المعارف الاسلامیة.
- ۱۲- شیخ مفید (محمدبن‌نعمان عکبری بغدادی). ۱۴۱۰ق. المنقذة. چاپ ۲. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۳- صدوق، محمدبن‌علی. ۱۳۹۰ق. من لایحضره الفقیه. تهران: دارالکتب الاسلامیة.
- ۱۴- صفایی، حسین، و اسدالله امامی. ۱۳۶۹. حقوق خانواده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۵- طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم. ۱۴۰۴ق/۱۹۸۴م. العروة الوثقی. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- ۱۶- طوسی، محمدبن‌حسن. ۱۴۰۷ق. الخلاف. قم: مؤسسه جماعه المدرسین.
- ۱۷- علامه‌ی حلی. بی‌تا. مختلف الشیعة، نجف.
- ۱۸- علوی قزوینی، سیدعلی. ۱۳۷۰، پائیز. «طلاق حاکم و ماهیت حقوقی آن». نامه‌ی مفید ۱۱.
- ۱۹- فاضل هندی (شیخ بهاء‌الدین اصفهانی). بی‌تا. کشف الکنام. قم: انتشارات کتاب‌خانه‌ی آیت‌الله نجفی مرعشی.
- ۲۰- فخرالمحققین (ابوطالب محمدبن‌یوسف‌بن‌مطهر حلی). ۱۳۸۹ق. ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد. قم: مؤسسه‌ی اسماعیلیان.
- ۲۱- فیروزآبادی، جمال‌الدین محمدبن‌یعقوب. بی‌تا. القاموس المحیط. چاپ سنگی.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر. بی‌تا. حقوق خانواده.



- ۲۳- کاظمی، سیدعزالدین. ۱۳۷۱، تابستان. «نقدی بر مقاله‌ی طلاق قضائی و طبیعت حقوقی آن». **حقوق قضائی ۴**.
- ۲۴- کشوری، عیسی. ۱۳۷۳، آبان. «طلاق قضایی و بررسی نحوه‌ی اعمال قاعده‌ی عسر و حرج در طلاق». **زن روز ۱۴۸۳**.
- ۲۵- متقی هندی، علی بن حسام‌الدین. بی‌تا. **کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال**. بیروت: موسسه الرساله.
- ۲۶- محقق حلی (ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن). ۱۳۷۳. **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. تهران: انتشارات استقلال.
- ۲۷- مطهری، مرتضی. ۱۳۵۹. **نظام حقوق زن در اسلام**. تهران: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۸- مغنیه، محمدجواد. ۱۴۰۲/۱۹۸۲م. **الفقه علی المناهب الخمسة**. بیروت: دارالجواد.
- ۲۹- مهرپور، حسین. بی‌تا. **بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران**. تهران: انتشارات اطلاعات.
- ۳۰- مهرپور، حسین. ۱۳۷۱، بهار. «طلاق قضایی و طبیعت حقوقی آن». **مجله‌ی قضایی و حقوقی دادگستری ۳**.
- ۳۱- مهرپور، حسین. ۱۳۷۱. **مجموعه نظریات شورای نگهبان**. تهران: انتشارات کیهان.
- ۳۲- موسوی اصفهانی، سیدابوالحسن. بی‌تا. **وسيلة النجاة**. قم.
- ۳۳- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. ۱۳۶۳. **صحیفه‌ی نور**. قم: دارالقرآن الکریم.
- ۳۴- موسوی خمینی، سیدروح‌الله. بی‌تا. **تحریر الوسيلة**. قم، دارالعلم.
- ۳۵- میرزای قمی. ۱۳۰۳ق. **جامع الشتات**. چاپ سنگی.
- ۳۶- نجفی، محمدحسن. ۱۳۶۷. **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۷- نوری طبرسی، میرزاحسن. ۱۳۸۲ق. **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**. تهران: مکتبه الاسلامیه.

### نویسنده

#### دکتر فاطمه علائی رحمانی،

استادیار و عضو هیئت علمی دانشکده‌ی الاهیات و معارف اسلامی، دانشگاه الزهرا  
f.allaee@azzahra.ac.ir

دانش‌آموخته‌ی دکتری علوم قرآن و حدیث از دانشگاه تهران؛ پژوهش‌گر در حوزه‌ی علوم قرآن و حدیث؛ پژوهش‌گر مسائل زنان با روی‌کرد عمده به جنبه‌های دینی که نقشی کاربردی در جامعه دارد.