

علی ابو حسینی درزی*

A.aboohoseini@yahoo.com

مجاری طلاق قضایی و شرایط آن در فقه امامیه و قانون مدنی ایران

چکیده

با توجه به ابتلای قابل توجه محاکم امروز به پرونده های درخواست طلاق زوجه و یا به تعبیری طلاق قضایی، دانستن مجاری و شرایط آن در قانون مدنی ایران و مقایسه آن با مبانی فقهی ضروری است. در مقاله حاضر ابتدا با توجه به مفهوم طلاق قضایی، مصادیق مشترک میان فقها امامیه و قانون مدنی ایران مطرح و مستندات و شرایط مربوط به صورت مقایسه ای تبیین و سپس مصادیق اختلافی این نوع طلاق در بین فقه و قانون تحلیل شده است.

در رویکردی مقایسه ای اجمالاً موارد درخواست طلاق زوجه از دادگاه همان مواردی است که در قانون به آن پرداخته شده است و آن عبارت است از: عدم پرداخت نفقه توسط زوج، چهار سال غیبت او و عسر و حرج زوجه. شرایط در طلاق قضایی به دلیل غیبت زوج در قانون مدنی کمتر از شرایط مطرح در فقه امامیه است. به علاوه قانون مدنی از بین انظار مطرح در بین فقهای امامیه در مورد درخواست طلاق زوجه هنگام عدم پرداخت نفقه، نظریه عدم پرداخت به صورت مطلق را انتخاب کرده است. نهایتاً مفهوم عسر و حرج در قانون مدنی، نسبت به تعریف فقهی آن شمول بیشتری دارد و راه را برای تحقق طلاق های بیشتر فراهم می کند. و در پایان علی رغم اینکه قانون مدنی و کالت زوجه در طلاق و شرط طلاق برای زوجه را مصداق طلاق به حکم محکمه می داند، فقهای امامیه این موارد را مشمول طلاق به حکم حاکم نمی دانند.

کلیدواژگان

طلاق قضایی، طلاق به درخواست زوجه، طلاق به حکم حاکم، عدم پرداخت نفقه، غیبت زوج،

عسر و حرج.

حق طلاق برای زوج از مسلمات فقهی است یعنی اصالتاً حق طلاق با مرد است و مرد می‌تواند هر زمان که اراده کند، همسر خود را با انشای صیغه مربوط، طلاق دهد بدون این که این حق به چیزی مشروط شود. اما در فقه امامیه با تحقق شرایطی، برای زوج نیز حق درخواست طلاق از محاکم در نظر گرفته شده است. در این موارد، حاکم به زوج دستور می‌دهد مشکلی را که زن به واسطه آن درخواست طلاق داده است، برطرف کند. اگر زوج از امر حاکم اطاعت نکند، حاکم، او را به طلاق دادن وادار می‌سازد. چنانچه مرد، زن را طلاق ندهد حاکم، زن را با اجرای صیغه طلاق از شوهرش جدا می‌کند. به این ترتیب، طلاقی شکل می‌گیرد که از آن می‌توان به طلاق قضایی نام برد.

بنابر این برای تحقق طلاق قضایی، زوجه باید درخواست طلاق کند و بدون آن، حاکم حق طلاق دادن ندارد؛ چون ممکن است زوجه از شرایط زندگی خودش راضی باشد و متقاضی طلاق نباشد. این مورد مثل دیگر موارد حق الناس است که مطالبه صاحب حق برای احقاق حق لازم است. گرچه فقها طلاق قضایی را تعریف نکرده‌اند، ولی از فروعی که در این خصوص مطرح کرده‌اند، موارد و شروط طلاق قضایی را می‌توان به دست آورد.

با توجه به ابتلای محاکم قضایی به مساله طلاق قضایی تبیین مجاری و شرایط آن در قانون و فقه امامیه و مقایسه آنها با یکدیگر لازم به نظر می‌رسد. ممکن است در این بین، برخی از مواد قانونی بر اساس مبانی فقهی نیازمند اصلاح و یا تکمیل داشته باشد.

در مقاله حاضر ابتدا با توجه به مفهوم طلاق قضایی، مصادیق مشترک میان فقها امامیه و قانون مدنی ایران مطرح می‌شود و مستندات و شرایط مربوط به صورت مقایسه‌ای تبیین می‌شود. سپس مصادیق اختلافی این نوع طلاق در بین فقه و قانون تحلیل می‌گردد.

مصادیق مشترک طلاق قضایی در قانون مدنی و فقه امامیه

حال در اینجا پرسشی مطرح می‌شود که در چه مواردی زوجه به عنوان صاحب حق در طلاق قضایی می‌تواند درخواست چنین طلاقی را از محکمه داشته باشد. در ادامه موارد سه گانه درخواست طلاق قضایی مطرح و مستندات آن ارائه می‌شود. این سه مصداق از این نوع طلاق مورد قبول قانون مدنی ایران و فقه امامیه است.

۱. پرداخت نشدن نفقه

طرح مساله

نفقه زوجه دائم در صورت تمکین، بر زوج واجب است. حال اگر زوج نفقه زوجه خود را ندهد، زن می‌تواند با رعایت شرایطی از حاکم درخواست طلاق کند. قانون‌گذار در ماده ۱۱۲۹ ق.م. می‌گوید: «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». بنابراین، از نظر قانون مدنی، اگر شوهر به طور مطلق نفقه ندهد؛ یعنی خواه از دادن آن خودداری کند یا این که در نفقه دادن، ناتوان باشد، زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند. اما نظرات فقهای امامیه در خصوص مشروعیت طلاق به حکم حاکم و یا به تعبیری طلاق قضایی در فرض پرداخت نشدن نفقه زوجه در قالب سه نظریه قابل دسته بندی است. برخی از فقها در صورت پرداخت نشدن نفقه، زن را محق درخواست طلاق از حاکم می‌داد 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 قضایی را می‌پذیرند. در مقابل، تعداد محدودی از فقها به عنوان دسته سوم، طلاق قضایی را در این مورد به طور مطلق نمی‌پذیرند.

نظریات فقها در مساله

نظریه اول

پرداخت نشدن نفقه به طور مطلق مجوز درخواست طلاق قضایی زوجه است.

نظر فقها

برخی از فقها بدون آن که پرداخت نشدن نفقه را مقید به توانایی یا ناتوانی زوج در پرداخت آن کنند، صرف پرداخت نشدن نفقه را مجوز درخواست طلاق توسط زن دانسته‌اند. به نظر شیخ محمدحسین کاشف الغطا (۱۳۷۳م)، «به طور مطلق می‌توان گفت اگر زوج نفقه زوجه را ندهد، زوجه حق مطالبه طلاق دارد». (سؤال و جواب ۱۵۶) شیخ حسین حلی (۱۳۹۷م) هم تصریح کرده است که صرف ندادن نفقه و اصرار بر آن موجب می‌شود باب طلاق اجباری در برابر حاکم شرعی باز شود بدون این که وضعیت زوج و توانایی یا ناتوانی وی در پرداخت نفقه در نظر گرفته شود. (بحوث الفقهاء ۱۹۳) هم‌چنین آیت‌الله خوئی (۱۴۱۳م) در این مورد فرموده است:

در صورت ناتوانی زوج از نفقه دادن، زن می‌تواند به حاکم شرع شکایت برد. در آن صورت، حاکم به شوهر دستور می‌دهد که طلاق دهد. اگر زوج امتناع کرد، حاکم شرع طلاق می‌دهد. [...] هم‌چنین اگر زوج با وجود استحقاق زوجه، از دادن نفقه به او امتناع ورزد، زن می‌تواند نزد حاکم شکایت برد. (منهاج الصالحین ۲: ۲۸۸ و ۳۰۱)

به نظر آیت‌الله اراکی نیز نفقه ندادن که مجوز درخواست طلاق است، به فرض توانایی و امتناع از دادن اختصاصی ندارد، بلکه اعم است از این که توانایی به دادن آن داشته باشد و ندهد یا این که ناتوان باشد و به دلیل فقر، نفقه ندهد. (رسالة في نفقة الزوجة ۲۸۷)

مستندات نظریه

این فقها برای اثبات مدعای خود مبنی بر جواز درخواست طلاق به طور مطلق، از آیات و روایات دلیل آورده‌اند.

۱. آیات

آنان به دو آیه استناد کرده‌اند:

نخست، آیه ۲۲۹ سوره بقره: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ؛ طلاق دو بار است. یا باید [همسرش را] به طور شایسته و متعارف نگه دارد یا به نیکی و خوشی رها کند».

دوم، آیه ۲ سوره طلاق: «فَإِذَا بَلَغَ الْأَجَلُ فَمُسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ؛ چون به پایان زمان نزدیک شدند، آنان را به صورتی شایسته نگه دارید یا از آنان به صورت شایسته جدا شوید».

روش استدلال

این آیات در صدد بیان حکمی کبروی (کلی) هستند یعنی هر شخص نسبت به زندگی زناشویی خود ناگزیر به رفتن به یکی از این دو راه است: نخست این که تمام حقوق زوجه را ادا کند، مانند: نفقه، وطی، هم‌بستر شدن، به نرمی رفتار کردن و آن چه از نظر شرعی، حق زن بر عهده زوج است. این همان راهی است که در کلام خداوند از آن به «امساک به معروف» تعبیر شده است. راه دوم این که پیوند زناشویی را قطع کند تا زوجه راه خودش را در زندگی در پیش گیرد. این راه دوم همان است که خداوند متعال در سخن خویش از آن به «تسریح بإحسان» تعبیر کرده است. هیچ راه سومی وجود ندارد. (بحوث فقهیه ۱۸۷ - ۱۸۶)

۲. روایات

۱. روایت صحیح فضیل بن یسار و ربیع از امام صادق (ع) که ایشان در مورد آیه شریفه «وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُتَّقِ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» فرمود: «إِنْ مِنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسِبْهَا مَا يُوَارِي عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها أقامت معه و إلا طلقها؛ کسی که زنی نزد اوست، اگر او را با چیزی که عورتش را پنهان کند، نبوشاند و به چیزی که پشتش را قوام بخشد، تغذیه نکند، اگر زن با او زندگی کند که هیچ، وگرنه باید او را طلاق دهد». (عاملی، وسائل الشیعه ۲۱: ۵۰۹)

۲. روایت ابن ابی عمیر: «إِذَا كَسَاها مَا يُوَارِي عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها أقامت معه و إلا طلقها؛ اگر زن را با چیزی که عورتش را پنهان کند، بیوشاند و با آن چه پشتش را قوام بخشد، تغذیه نکند، در صورتی که زن با او زندگی کند که هیچ، وگرنه باید او را طلاق دهد». (همان)

شیخ حسین حلی در مورد این دو روایت می‌گوید:

از این روایات برای ما روشن می‌شود که کوتاهی شوهر در دادن نفقه موجب می‌شود باب طلاق اجباری در مقابل حاکم شرعی باز شود تا بدین صورت از حقوق زوجه وقتی که در نفقه‌اش خلل وارد می‌شود، محافظت شود. (بحوث فقهیه ۱۹۱)

۳. روایت صحیح ابي بصير مرادي: «من كان عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما؛ کسی که زنی نزد او زندگی می‌کند، اگر او را با چیزی که عورتش را پنهان کند، نپوشاند و به چیزی که پشتش را قوام بخشد، تغذیه نکند، بر امام لازم است که میان آن‌ها جدایی اندازد». (عاملی، وسائل الشیعه ۱۵: ۲۲۳)

آیت‌الله اراکی در مورد این روایت می‌فرماید:

این روایت مختص فرض اعسار و ناداری نیست، بلکه موضوع حکم هر کسی است که همسرش نزد اوست که به سبب عمومیتش شامل دارا و ندار (موسر و معسر) می‌شود. [...] مقتضای این که به طور مطلق، اجبار زوج به طلاق دادن بر پرداخت نشدن مایه پشت‌گرمی زن مترتب شده و مانند آن که در اخبار متعددی آمده، آن است که اجبار به طلاق در فرض ناتوانی محض نیز ثابت است؛ چون ندادن آن چه ذکر شد، اعم است از این که توانایی به دادن آن داشته باشد و ندهد یا این که ناتوان باشد و به دلیل فقر نپردازد. پس در هر دو صورت صدق می‌کند که شکم زوجه‌اش را سیر نمی‌کند و بر تنش لباس نمی‌پوشاند. ندادن آن چه ذکر شد، به فرض توانایی و امتناع از دادن اختصاصی ندارد. بنابراین، حکمی که برای این موضوع در آن اخبار ثابت شد، در این دو صورت نیز جاری است. (رسالة في نفقة الزوجة ۲۸۳ و ۲۸۷)

شیخ حسین حلی روایات دیگری را ذکر می‌کند که در آنها حکم ایلاکننده وظهارکننده بیان شده‌اند. به نظر ایشان، روایات در این دو مورد بر دوران امر بین کفاره و طلاق تصریح دارد. (بحوث فقهیه ۱۹۳) از این روایات ظاهر می‌شود که امام می‌تواند به عنوان اجبار بر زوج، زوجه را طلاق دهد. (همان ۱۹۴) مورد این روایات - با توجه به این که در مورد ایلا وظهار سؤال شده - آن چه را به صورت عام از جانب امام صادر شده است، تخصیص نمی‌زند به قرینه آن چه از روایات به دست می‌آید که امام در صدد بیان حکمی کبروی است و آن همان محافظت شدید بر حقوق هر یک از زوجین است. بنابراین، از این اخبار، اختصاص به ایلا وظهار لازم نمی‌آید، بلکه آن‌ها را می‌توان به غیر آن مانند پرداخت نشدن نفقه از طرف شوهر نیز سرایت داد. (همان ۱۹۵)

نظریه دوم

استنکاف از پرداخت نفقه در فرض تمکن زوج، مجوز درخواست زوجه برای طلاق قضایی است.

نظر فقها

برخی از فقها طلاق قضایی را در فرض خودداری زوج از پرداخت نفقه در صورت تمکن از ادای آن صحیح می‌دانند و کسی را که از پرداخت نفقه ناتوان است، از بحث طلاق قضایی خارج می‌کنند. آیت‌الله شبیری زنجانی که از طرفداران این نظر است، می‌فرماید: «اگر زوج از دادن نفقه به همسر مطیعش امتناع ورزد و زوجه آن را مطالبه کند، این زن می‌تواند نزد حاکم شرع شکایت برد». (المسائل الشرعية ۵۵۲) ایشان در صورت عدم تمکن زوج از دادن نفقه، طلاق قضایی را نمی‌پذیرد. (همان) آیت‌الله گلپایگانی (م ۱۴۱۴) نیز در این مورد می‌فرماید:

به طور کلی، چنانچه زوج متمکن از انفاق بر زوجه باشد و انفاق نکند و زن به مجتهد جامع شرایط مراجعه کند، مجتهد، زوج را ملزم به انفاق یا طلاق می‌کند. پس اگر از هر دو امتناع کرد و انفاق از مال زوج به زوجه یا اجبار زوج بر طلاق ممکن نشد، چنانچه زن میل به طلاق داشته باشد، مجتهد می‌تواند او را طلاق بدهد. (مجمع المسائل ۲: ۲۳۹)

برخی دیگر از فقها نیز طلاق قضایی را در فرض ناتوانی زوج از پرداخت نفقه رد می‌کنند. در این میان، برخی از آنان در این فرض برای زن حق فسق قائلند و برخی دیگر چنین حقی را هم نمی‌پذیرند. این دسته از فقها در مورد فرض استنکاف از پرداخت نفقه سخنی نگفته‌اند، ولی از استدلال آنان که ادله موجد حق درخواست طلاق برای زوجه (آیه امساک به معروف و روایت ربی و فضیل در فرض نداشتن تمکن پرداخت نفقه) را با روایت خاص رد می‌کنند، می‌توان نتیجه گرفت که در فرض استنکاف، حق درخواست طلاق را برای زن می‌پذیرند.

ابن جنید (قرن ۴) در این فرض می‌گوید که زوجه خیار فسخ دارد. (جامع المقاصد ۱۲: ۱۳۷) بنا بر نظر ایشان، طلاق قضایی در صورت عدم تمکن زوج، منتفی خواهد بود. فخر المحققین (م ۷۷۱) نیز که توانایی در نفقه دادن را در لزوم عقد، شرط نمی‌داند، می‌فرماید:

بنا بر این که توانایی در نفقه دادن، در لزوم عقد، شرط باشد، در صورت عاجز شدن از پرداخت نفقه، این امر، زن را بر فسخ عقد مسلط می‌کند، اما بنا بر شرط نبودن توانایی، احتمال دارد باز هم زوجه بر فسخ مسلط شود؛ چون عاجز شدن از پرداخت نفقه به ضرر زن است. (إيضاح الفوائد ۳: ۲۴ - ۲۳)

مستندات نظریه

این گروه به روایتی درباره حضرت علی(ع) استناد می‌کنند: «زنی علیه شوهرش دادخواهی کرد به این عنوان که نفقه‌اش را نمی‌دهد و حال آن که شوهرش تنگ‌دست بود. پس علی(ع) پرهیز کرد از این که او را زندانی کند و فرمود: با سختی، آسایش است». (بحوث فقهیه ۱۹۲) به این استدلال اشکال شده که این روایت در مقام بیان این مطلب نبوده است که زن از علی(ع) درخواست طلاق از همسرش را کرده باشد و امام از این کار امتناع ورزد، بلکه زن آمده بود که نفقه‌اش را از شوهر مطالبه کند؛ شوهری که از پرداخت آن ناتوان بود. در واقع، زن، طلبکاری است که نزد حاکم شرع آمده است تا طلبش را از بدهکار بخواهد با این که بدهکار از ادای دین ناتوان است. به طور طبیعی، چون راهی جز حبس او باقی نمی‌ماند، زن نزد امیرالمؤمنین علی(ع) آمد تا حبس شوهر و سخت گرفتن بر او را بخواهد تا به کار و نفقه دادن وادار شود. به همین دلیل، امام، او را حبس نکرد و فرمود که با سختی، آسایش است. (همان)

ممکن است گفته شود که بر امام لازم است به زن بیاموزد در چنین حالتی می‌توانی از من مطالبه طلاق کنی. بنابراین، اگر روایت بخواهد مصداق طلاق قضایی باشد، امام باید این مطلب را به او می‌گفت. جواب این نظر آن است که بر امام لازم و واجب نیست که حقوق زن را به او گوشزد کند. به علاوه این که ممکن است امام این گونه فهمیده باشد که زن مطالبه طلاق نمی‌کند و راضی به بقای زندگی زناشویی است و نزد ایشان آمده است تا حبس شوهر را مطالبه کند تا بدین طریق، او را به کار و تجارت و پرداخت نفقه‌اش وادارد. (همان ۱۹۳)

محقق ثانی (م ۹۴۰) نیز طلاق قضایی را در این فرض رد می‌کند و می‌گوید: این مطلب که نگه داشتن زوجه در صورت ناتوانی زوج در نفقه دادن، نگه داشتن شایسته نیست، دلیلی بر آن نیست و بر فرض پذیرش، هیچ دلالتی ندارد که به صرف آن، زن بر فسخ مسلط شود. در روایت ربعی و فضیل بن یسار از امام صادق(ع) نیز دلالتی بر آن نیست با وجود معارضه این روایت با آنچه از امیرالمؤمنین علی(ع) روایت شده است: «زنی علیه شوهرش دادخواهی کرد به این عنوان که نفقه‌اش را نمی‌دهد و حال آن که شوهرش تنگ‌دست بود. پس علی(ع) پرهیز کرد از این که او را زندانی کند و فرمود: با سختی، آسایش است». (جامع المقاصد ۱۲: ۱۳۸)

از ظاهر سخن صاحب جواهر (م ۱۲۶۶) نیز چنین برمی‌آید که در این فرض، طلاق قضایی را نپذیرفته است. ایشان در فرض عاجز شدن زوج از ادای نفقه می‌گوید:

محقق حلی می‌گوید در این مورد، دو روایت است، ولی آن که شهرت عملی بیشتری دارد، این است که زن نه خودش و نه حاکم حق فسخ ندارند، بلکه در مسالک آمده که این روایت، مشهور

است و این روایت همان است که از علی(ع) روایت شده است: «زنی علیه شوهرش دادخواهی کرد به این عنوان که نفقه‌اش را نمی‌دهد و حال آن که شوهرش تنگ‌دست بود. پس علی(ع) پرهیز کرد از این که او را زندانی کند و فرمود: با سختی، آسایش است». به علاوه، آن چه دانستی از عموماًت و غیر آن و در این جا استصحاب را نیز اضافه کن. (جواهر الکلام ۳۰: ۱۰۵)

از ادله ایشان، بقای زوجیت و انکار طلاق قضایی در فرض ناتوانی مالی زوج فهمیده می‌شود.

نظریه سوم

عدم پرداخت نفقه مجوز طلاق قضایی نیست.

نظر فقها

تعداد معدودی از فقهای امامیه مانند شیخ طوسی ره و ابن ادریس ره قائل به این نظریه هستند. در این نظریه عدم پرداخت نفقه چه زوج متمکن باشد و استتکاف کند و چه از پرداخت نفقه متمکن نباشد زوج نمی‌تواند از حاکم درخواست طلاق کند.

مستندات نظریه

شیخ طوسی (م ۴۶۰) با طلاق قضایی در مورد پرداخت نشدن نفقه، به طور مطلق، مخالف است. ایشان ابتدا در فرض تمکن نداشتن زوج می‌گوید: اگر مرد از ادای نفقه زنش ناتوان باشد و به هیچ وجه قادر به پرداخت آن نباشد، زن باید صبر کند تا خداوند متعال برایش گشایش ایجاد کند. دلیل این سخن نیز آیه ۲۸۰ سوره بقره است که می‌فرماید: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ؛ و اگر تنگ‌دست بود، او را تا هنگام توانایی مهلت دهید» و این سخن عام است. حاکم هم فسخ نمی‌کند گرچه زن آن را تقاضا کند. این سخن نزد شیعه پذیرفته شده است. (المبسوط ۶: ۲۱)

سپس در فرض استتکاف زوج از پرداخت نفقه می‌گوید: اگر زوج قادر به دادن نفقه باشد و با وجود این، زن را از آن محروم کند، حاکم، او را مکلف به پرداخت نفقه می‌کند. پس اگر زوج، نفقه را ندهد، حاکم، او را مجبور به پرداخت آن می‌کند. پس اگر از دادن نفقه امتناع ورزد، حاکم، او را حبس ابد می‌کند تا به زن نفقه دهد و هیچ خیار فسخی برای زن وجود ندارد. (همان ۲۲)

ابن ادریس (م ۵۹۸) نیز طلاق قضایی را مطلقاً نمی‌پذیرد. وی ابتدا در فرض تمکن نداشتن زوج می‌گوید: «زن در صورتی که زوج توانایی دادن نفقه زن را ندارد، خیار فسخ دارد». (السرائر ۲: ۵۵۷) سپس در فرض استتکاف زوج از ادای نفقه نیز برای زوج خیار فسخ قائل می‌شود. (همان)

مقایسه فقه و قانون در مساله

قانون گذار ایران در ماده ۱۱۲۹ ق.م. نظر اول از سه دسته انظار فقهی مطرح شده را پذیرفته است و مطلقاً در صورت پرداخت نشدن نفقه از جانب زوج به هر دلیل، حق درخواست زوجه را برای طلاق قضایی می‌پذیرد.

۲. غیبت زوج

نظر فقها

یکی دیگر از مواردی که زن می‌تواند درخواست طلاق دهد، غیبت زوج است. ماده ۱۰۲۹ ق.م. در این مورد می‌گوید: «هر گاه شخصی چهار سال تمام، غایب مفقودالاثرا باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم، او را طلاق می‌دهد». ماده ۱۰۲۳ ق.م. هم در بیان شرایط می‌گوید: «در مورد مواد ۱۰۲۰ و ۱۰۲۱ و ۱۰۲۲، محکمه وقتی می‌تواند حکم موت فرضی غایب را صادر نماید که در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران، اعلامی در سه دفعه متوالی، هر کدام به فاصله یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، دعوت نماید که اگر خبر دارند، به اطلاع محکمه برسانند. هر گاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، حکم موت فرضی او داده می‌شود». ملاحظه می‌شود که مطابق این ماده، جست‌وجو از حیات زوج در طول یک سال انجام می‌شود و پس از آن، طلاق جاری می‌گردد.

در بررسی سخنان فقها ملاحظه می‌شود که ایشان این مورد را چنین تقریر می‌کنند: اگر هیچ خبری از زوج غایب نرسد و کسی هم نفقه زوجه را ندهد، زوجه برای درخواست طلاق می‌تواند به حاکم مراجعه کند. حاکم از این زمان، چهار سال وقت تعیین می‌کند و در مورد زوج جست‌وجو می‌کند. اگر در این مدت، زوج پیدا نشد، حاکم به ولیّ زوج امر می‌کند که زن را طلاق دهد. اگر از طلاق دادن امتناع کرد، خود حاکم، او را طلاق می‌دهد. بنابراین، چنان که به تفصیل خواهد آمد، از نظر فقها، جست‌وجو از حیات زوج پس از مراجعه زوجه به حاکم و در طول چهار سال انجام می‌شود و از این نظر، مفاد قانون مدنی با این نظر فقها سازگاری ندارد.

مستند مساله

در مورد غایب، شرایط خاصی وضع شده است تا قاضی بتواند طلاق دهد و صرف نفقه ندادن کافی نیست. این شرایط از نصوصی که در این باب وارد شده است، استنباط شده‌اند. مهم‌ترین نص وارد شده، صحیح برید بن معاویه است که می‌گوید:

از امام صادق (ع) در مورد غایب پرسیدم که زنش چه کار کند؟ پس حضرت فرمود: تا زمانی که زن

سکوت کرد و صبر کرد، رهایش کنید و اگر شکایت نزد حاکم برد، چهار سال مهلت داده می‌شود و به مناطقی که در آن غایب شده است، نامه می‌نویسد. پس باید در مورد او جست‌وجو کند. در این صورت، اگر از او باخبر شد به این که زنده است، صبر می‌کند و اگر از حیات او خبری نشد، تا این که چهار سال گذشت، ولیّ زوج غایب شده را می‌خواند. پس به او گفته می‌شود آیا برای غایب، مالی هست؟ پس اگر برای غایب، مالی باشد، نفقه زن با آن داده می‌شود تا این که زنده بودن از مرگش دانسته شود و اگر مالی نداشته باشد، گفته شده است ولیّ باید نفقه زن را بدهد. پس اگر چنین کند، راهی برای زوجه برای ازدواج با دیگری نخواهد ماند تا زمانی که نفقه او داده می‌شود و اگر ولیّ از نفقه دادن خودداری کرد، حاکم، او را وادار می‌کند که زن را طلاق دهد بعد از آن که عده را گذراند و پاک گردید. (وسائل الشیعه ۲۳: ۱۵۷ ح ۱)

مؤثقه سماعه، صحیح حلبی و ابی الصباح الکنانی (همان ۲۳: ۱۵۷ ح ۲ و ۴ و ۵) نیز از جمله نصوص وارد شده در این باب هستند.

شرایط مساله

از روایات فوق، چهار شرط استنباط شده است که برای اختصار، از ذکر مجدد آن‌ها در هر شرط، اجتناب و به ذکر آن در قسمت قبلی اکتفا می‌شود.

شرط اول: معلوم نبودن زنده یا مرده بودن زوج

نظر فقها

تقریباً اتفاق نظر وجود دارد بر این که اگر زن از زوج خبر داشته باشد به این که زنده است و یا از وضعیت زوج با خبر باشد، بر زن لازم است صبر کند و طلاق قضایی مصداق پیدا نمی‌کند. از جمله، علامه حلی (۲۲۶م) می‌گوید: «اگر زوج از زنش غایب شود؛ پس اگر زوجه خبری از او داشته باشد به این که زنده است، باید برای همیشه صبر کند». (قواعد الأحکام ۳: ۱۴۴) شهید ثانی (۹۶۵م) نیز در صورت باخبر بودن از وضعیت زوج، طلاق قضایی را نمی‌پذیرد. (الروضه البهیة ۶: ۶۵) هم‌چنین امام خمینی (۱۴۰۹م) طلاق قضایی را وقتی جاری می‌داند که «زوج مفقود شود و غیبتی طولانی داشته باشد و خبری از او نرسد و اثری از او آشکار نگردد و مرده و زنده بودنش معلوم نباشد». (تحریر الوسیلة ۲: ۳۴۰) آیت‌الله خوئی (۱۴۱۳م) نیز در این مورد تصریح می‌کند: «اگر زوجه از زوج خبردار شود و علم به زنده بودنش حاصل شود، باید صبر کند». (منهاج الصالحین ۲: ۳۰۰)

آیت‌الله فاضل لنکرانی (۱۴۲۸م) نیز مطلب را چنین بیان می‌کند: «اگر زن علم به حیات زوج داشته باشد و بداند زوج، او را طلاق نداده یا شک کند در این که طلاق داده، باید صبر کند و انتظار بکشد تا زوج یا بمیرد یا طلاق دهد». (تفصیل الشریعة - الطلاق ۱۷۱)

تقریر آیت‌الله سبحانی نیز در این مورد چنین است:

هیچ اختلافی نیست که غایب اگر زنده بودنش معلوم باشد، مثل حاضر خواهد بود و اگر مرگش معلوم باشد، زوجه عدّه نگه می‌دارد و می‌تواند ازدواج کند. اشکال در جایی است که خبری از او نیاید و مرگ و حیثیت مشخص نباشد. پس آن‌چه قواعد اقتضا دارد، وجوب صبر است به خاطر استصحاب حیات زوج تا این‌که شرعاً مرگش ثابت شود، ولی روایات ائمه (ع) برخلاف آن است و برای زن راه خلاصی موجود است». (نظام الطلاق فی الشریعة ۳۰۰)

مقایسه فقه و قانون در مساله

قانون مدنی که در ماده ۱۰۲۹، موضوع طلاق حاکم را، غایب مفقودالتر بودن به مدت چهار سال بیان می‌کند، در ماده ۱۰۱۱، غایب مفقودالتر را این‌گونه تعریف می‌کند: «غایب مفقودالتر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد». بنابراین از این دو ماده قانون مدنی می‌توان این شرط را استنباط نمود که زنده یا مرده بودن زوج نباید معلوم باشد. و در نظر فقها تقریباً اتفاق نظر وجود دارد بر این‌که اگر زن از زوج خبر داشته باشد به این‌که زنده است و یا از وضعیت زوج با خبر باشد، بر زن لازم است صبر کند و طلاق قضایی مصداق پیدا نمی‌کند و تنها در صورتی امکان طلاق قضایی است که زوجه از وضعیت زوج آگاهی نداشته باشد.

شرط دوم: پرداخت نشدن نفقه زن نظر فقها

فقها در صورتی طلاق قضایی را در فرض غیبت زوج می‌پذیرند که زوج مالی نداشته باشد تا با آن، نفقه زن داده شود یا زوج ولی نداشته باشد تا نفقه زن را بدهد یا این‌که متبرعی وجود نداشته باشد تا به رایگان، نفقه او را بپردازد. اگر به یکی از این روش‌هایی که گفته شد، نفقه زن پرداخت شود، دیگر طلاق قضایی محملی نخواهد داشت. شهید ثانی (م ۹۶۵) در این مورد می‌فرماید: «کسی که غایب شده، اگر خبری از او نباشد و کسی وجود داشته باشد که به زوجه‌اش نفقه دهد، بر زن واجب است انتظار بکشد تا زوج حاضر شود یا مرگ زوج یا آن‌چه در حکم مرگ اوست، ثابت شود». (الروضة البهیة ۶: ۶۵) هم‌چنین آیت‌الله حکیم (م ۱۳۹۰) در فرض غیبت زوج می‌فرماید: «اگر غایب مالی نداشته باشد و ولی از مال خود، نفقه زوجه را نپردازد، پس اگر زوجه بر آن صبر کند که هیچ و اگر صبر نکند، مشهور گوید: زن شکایت نزد حاکم شرع ببرد». (منهاج الصالحین ۲: ۳۲۰)

امام خمینی (م ۱۴۰۹) نیز به این شرط تصریح می‌کند و می‌فرماید:

اگر زوج مالی برایش باقی مانده تا با آن، نفقه زوجه داده شود یا این‌که ولی داشته باشد که

کارهای او را بر عهده می‌گیرد و نفقه زن را عهده‌دار می‌شود یا این که متبرعی وجود داشته باشد که نفقه زن را می‌دهد، در این صورت، بر زوجه صبر و انتظار واجب است و بر او جایز نیست تا ابد ازدواج کند تا این که یا به مرگ زوج یا به طلاق دادنش علم حاصل کند. (تحریر الوسيلة ۲: ۳۴۰) هم‌چنین آیت‌الله خویی (م ۱۴۱۳) می‌گوید: «اگر زوجه از زوج بی‌خبر باشد و ولیّ زوج از مال غایب یا از مال خودش نفقه زوج را بدهد، زوجه باید صبر کند». (منهاج الصالحین ۲: ۳۰۰) تعبیر آیت‌الله سبزواری (م ۱۴۱۴)، آیت‌الله فاضل (م ۱۴۲۸) و آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز بر شرط بودن پرداخت نشدن نفقه زن دلالت دارد. (مذهب الأحكام ۲: ۱۲۵؛ تفصیل الشریعة - الطلاق ۱۷۱؛ جامع الاحکام ۲: ۷۰)

مقایسه فقه و قانون در مساله

این شرط در قانون مدنی دیده نمی‌شود. مطابق ماده ۱۰۱۲ ق.م، اداره اموال و امور غایب بر عهده نماینده و وکیلی است که غایب تعیین کرده یا ولیّ او. در صورت نبود این دو، با نصب امین از جانب دادگاه، این مسئولیت بر عهده امین خواهد بود. از جمله وظایف امین مطابق ماده ۱۰۲۸ ق.م، پرداخت نفقه زوجه است. با وجود این، در ماده بعدی یعنی ماده ۱۰۲۹ ق.م، حق درخواست طلاق به طور مطلق به زوجه داده شده است. قانون‌گذار با این که در مقام بیان بود و می‌توانست درخواست طلاق را به پرداخت نشدن نفقه مقید کند، چنین نکرد. بنابراین، با وجود پرداخت نفقه از طرف امین، زوجه می‌تواند از قاضی درخواست طلاق کند.

شرط سوم: چهار سال جست‌وجو توسط حاکم و نیافتن زوج

نظر فقها

یکی دیگر از شروط اجرای طلاق قضایی در فرض غیبت زوج این است که از زمان رجوع زن به دادگاه، حاکم، چهار سال تعیین کند و در این مدت به جست‌وجو از زوج بپردازد. اگر زوج در طول این چهار سال پیدا نشد، حاکم به درخواست زن، او را طلاق می‌دهد و اگر زوج در این مدت پیدا شد، دیگر برای طلاق محملی نمی‌ماند.

شهید ثانی (م ۹۶۵) در این مورد می‌فرماید:

اگر زن شکایت به حاکم ببرد، حاکم درباره زوج جست‌وجو می‌کند و از زمان شکایت، چهار سال در جهتی که در آن جهت مفقود شده است، در صورتی که جهت مشخص باشد، جست‌وجو می‌کند و گرنه در چهار جهت جست‌وجو می‌کند؛ چون وجود او در هر چهار جهت احتمال داده می‌شود. سپس (اگر زوج در این مدت یافت نشد) خود حاکم، زوجه را طلاق می‌دهد یا ولیّ زوج را مکلف به طلاق دادن می‌کند. (الروضة البهیة ۶: ۶۵)

آیت‌الله حکیم (م ۱۳۹۰) این مطلب را نظر مشهور عنوان می‌کند. (منهاج الصالحین ۲: ۳۲۰) آیت‌الله

سبزواری، امام خمینی، فاضل لنکرانی و صافی گلپایگانی نیز در عبارات خود بر این شرط تصریح می‌کنند. (مهذب الأحکام ۲۶: ۱۲۶؛ تحریر الوسیلة ۲: ۳۴۰؛ تفصیل الشریعة - الطلاق، ۱۷۲؛ جامع الاحکام ۲: ۷۰)

دلیل بر شرطیت این مطلب، علاوه بر نصوصی که در ابتدای بحث از این شروط مطرح شد، شهرت، اجماع و حسبی بودن این امر است که حاکم قطعاً بر آن ولایت دارد. (مهذب الأحکام ۲۶: ۱۲۷ - ۱۲۶)

مقایسه فقه و قانون در مساله

همان طور که ملاحظه شد، از نظر فقه، پس از مدتی که صدق غیبت کند و زوجه به حاکم مراجعه کند، از این زمان توسط حاکم، چهار سال تعیین می‌شود و حاکم به جست‌وجوی زوج می‌پردازد. پس از اتمام چهار سال، اگر زوج پیدا نشد، حاکم، زوجه را طلاق می‌دهد. قانون مدنی ماده ۱۰۲۹ می‌گوید: «هر گاه شخصی چهار سال تمام، غایب مفقودالثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند» یعنی نیازی نیست زوجه به دادگاه مراجعه کند تا دادگاه چهار سال تعیین کند، بلکه همین که زن ثابت کند چهار سال از غیبت زوج گذشته، کافی است. بعد قانون‌گذار در مورد جست‌وجو هم نمی‌گوید حاکم در این چهار سال در مورد وضعیت زوج جست‌وجو کند، بلکه با ارجاع به ماده ۱۰۲۳ ق.م به مدت یک سال وقت تعیین کرده است که با اعلان در جراید به گونه‌ای که در این ماده مرقوم است، از وضعیت زوج، طلب خبر می‌کند. بنابراین، برای طلاق زوجه مطابق قانون مدنی باید پنج سال از غیبت زوج بگذرد و خبری از وی به دست نیاید، حال آن که طبق نظر فقها، پس از گذشت چهار سال از مدت تعیین شده از جانب حاکم و اطلاع نیافتن از وضعیت زوج، طلاق جاری می‌شود.

شرط چهارم: ولی زوج طلاق ندهد

نظر فقها

پس از گذشت چهار سال از زمان رجوع زن به حاکم، اگر از شوهرش خبری نرسید و زوج، ولی داشته باشد، ابتدا حاکم به ولی دستور می‌دهد که زن را طلاق دهد. اگر ولی، زن را طلاق دهد، این دیگر طلاق قضایی نخواهد بود. اگر ولی طلاق ندهد، حاکم به عنوان ولی ممتنع، زن را طلاق می‌دهد و طلاق قضایی مصداق پیدا می‌کند.

شهید ثانی (م ۹۶۵) در این مورد می‌فرماید:

(اگر زوج در این مدت یافت نشد) خود حاکم، زوجه را طلاق می‌دهد یا ولی زوج را مکلف به طلاق دادن می‌کند. بهتر آن است که ابتدا ولی، مأمور طلاق دادن شود. پس اگر از طلاق

دادن امتناع ورزید، حاکم، او را طلاق دهد به دلیل این که مدلول روایات صحیح همین است. (الروضة البهیة ۶: ۶۵)

آیت‌الله حکیم (م ۱۳۹۰) نیز امتناع ولی را در تحقق طلاق قضایی، شرط می‌داند و می‌فرماید: اگر چهار سال بگذرد و وضعیت زوج مشخص نشود، حاکم به ولی زوج امر می‌کند که زن را طلاق دهد. حال اگر ولی از طلاق دادن امتناع ورزید، حاکم، او را مجبور به طلاق دادن می‌کند. حال اگر زوج، ولی نداشته باشد یا اجبارش ممکن نباشد، حاکم، او را طلاق می‌دهد. (منهاج الصالحین ۲: ۳۲۰) نظر امام خمینی (م ۱۴۰۹) نیز همین مطلب است. تعبیر ایشان چنین است:

اگر غایب، ولی داشته باشد؛ یعنی کسی که سرپرستی امور غایب یا به او تفویض شده یا به وکالت او داده شده، حاکم به او امر می‌کند که زن را طلاق دهد. اگر چنین نکرد، بر او اجبار می‌کند که طلاق دهد. اگر زوج، ولی نداشت یا اگر داشت، اقدام به طلاق نکرد و اجبارش ممکن نبود، حاکم، او را طلاق می‌دهد. (تحریر الوسيلة ۲: ۳۴۰)

دلیل بر اعتبار این شرط، یکی، تعبیر نصوص وارد شده است، چنان که در صحیح حلبی آمده است: «أمره - أي: أمر الحاكم الولي أو الوكيل - أن يطلقها» و در صحیح برید آمده است: «أجبره الوالي أن يطلقها». هم‌چنین در معتبره ابی الصباح می‌فرماید: «وإن لم يكن له ولي طلقها السلطان». دلیل دیگر، اجماع فقها و نیز ولایت حاکم بر امور حسبی است. (مهذب الأحكام ۲۶: ۱۲۷)

مقایسه فقه و قانون در مسأله

این شرط در قانون مدنی وجود ندارد. مواد ۱۰۱۲ و ۱۰۲۸ ق.م ناظر به اداره اموال غایب است و در مورد امور غیر مالی غایب، بیانی از قانون‌گذار نیامده است.

مخالفتان طلاق

ابن ادریس (۵۹۸م)، غیبت را مجوز درخواست زن برای طلاق نمی‌داند. ایشان معتقد است ظاهر روایات، منحصر بودن پی‌گیری امر زن در زمان باز بودن دست امام است، نه در دوران غیبت ایشان. زن باید صبر کند تا مرگ زوج یا طلاق دادن او را بداند، بنا بر آن چه از ائمه اطهار روایت شده است. (السرائر ۲: ۷۳۷) در جواهر بر این سخن اشکال شده است که روایت و فتوا در این مورد مبتنی بر غالبی بودن کوتاهی دست امام در زمان غیبت است و گرنه با فرض توانایی نایب امام در انجام آن چه در نصوص بیان شده، شایسته است نایب را جانشین والی در این امر قرار داد به دلیل ولایت عامی که دارد و شامل مورد نیز می‌شود. آیت‌الله فاضل لنکرانی با نقل این سخن صاحب جواهر، نظرش را این گونه تکمیل می‌کند:

[...] به خصوص در کشور ایران در این زمان که مبنای حکومت در آن بر رعایت قوانین

اسلامی مطابق با مذهب شیعه است که همان اسلام حقیقی است و قوه قضاییه در آن از طرف ولی فقیه، مأذون است، چنان که مخفی نیست. (تفصیل الشریعة - الطلاق ۱۷۲)

۳. عسر و حرج نظر فقها

از اقوال فقها چنین فهمیده می شود که اگر زوج حقوق زوجه را که اعم از پرداخت نفقه است، رعایت نکند و این امر موجب کراهت شدید و تحمّل ناپذیر برای او گردد، زن می تواند به حاکم مراجعه و درخواست طلاق کند.

میرزای قمی (م ۱۲۳۱) در کتاب جامع الشتات، حقوق زوجه را این گونه بر می شمرد: 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 رجوع کند و حاکم، زوج را به ادای حقوق زوجه یا طلاق او ملزم می کند. (بحوث فقهیه ۲۱۰)

همچنین صاحب جواهر (م ۱۲۶۶) در مسئله جمع بین دو خواهر آن جا که مشتبه شود عقد کدام یک ابتدا صورت گرفته، چنین بیان کرده است:

در یک وجه قوی، قرعه انداخته می شود، گرچه کسی که در این جا قرعه را گفته باشد، نیافتم. بله، در قواعد آمده که اقرب، ملزم کردن مرد به طلاق هر دو خواهر است؛ زیرا آن چه بر شوهر واجب شده، نگهداری شایسته یا رها کردن به نیکی است و وقتی نمی تواند به طور شایسته نگهداری کند، رها کردن و طلاق متعین می شود. پس اگر از طلاق دادن امتناع کرد، حاکم، او را ملزم به آن می کند، هم چنان که در مورد هر کسی که چیزی بر او واجب شده و از آن امتناع می ورزد، چنین است به دلیل حرجی که بر آن دو لازم می آید. (جواهر الکلام ۲۹: ۳۸۲)

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

سید کاظم یزدی (م ۱۳۳۷) نیز در بحث جمع بین دو خواهر می فرماید:

اگر با دو خواهر ازدواج کند و عقد سابق و لاحق دانسته نشد و تاریخ هر دو عقد مجهول بود، نزدیکی هر دو بر او حرام خواهد شد و نیز نزدیکی یکی از آن دو حرام می شود مگر بعد از طلاق هر دو یا طلاق همسر چهارم از میان آن دو، سپس ازدواج با هر کدام از آن دو با یک

عقد جدید بعد از خروج دیگری از عده، اگر به آن یا هر دو دخول صورت گرفته باشد. آیا اجبار به این طلاق می‌شود به خاطر دفع ضرر صبر کردن از آن‌ها؟ بعید نیست چنین باشد به دلیل سخن خداوند که فرمود: «باید به طور شایسته و متعارف نگه دارد یا به نیکی و خوشی رها کند». (العروة الوثقی ۵: ۵۵۷ - ۵۵۶)

شیخ حسین حلی (۱۳۹۷م) نیز در این مورد می‌گوید:

وقتی زوج حقوق زوجه را اقامه نکند و حاکم، او را به اقامه حقوق یادشده امر کند، پس اگر از انجام آن امتناع ورزید و حاکم شرع قادر به اجبار او نبود، اصرار حاکم بر اقامه حقوق فوق از قبیل اصرار بر دخول سمره به خانه انصاری است و در این هنگام به ضرر زوجه خواهد بود و داخل در قول حضرت (ص) «هیچ ضرری نیست» خواهد شد. بدین ترتیب، در طلاق اجباری باز می‌شود. (بحوث فقهیه ۲۰۹)

از امام خمینی (م ۱۴۰۹) 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 می‌فرمایید از طرف دادگاه حکم به طلاق چنین زنی شود؟» ایشان نیز در پاسخ فرمود: «در فرض مذکور و احراز آن مجازند، ولی احتیاط را مراعات نمایند». (موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره) ۱: ۱۴۱) آیت‌الله فاضل لنگرانی (۱۴۲۸م) نیز در این مورد می‌گوید: «در صورتی که احراز شود که با رعایت حقوق زوج از طرف زوجه و عدم نشوز او، زوج از امساک به معروف یا تسریح به احسان امتناع ورزد، قاضی، زوجه را به تقاضای خودش مطلقه می‌کند». (جامع المسائل ۴۵۹)

مستندات

دلیل بر اعتبار این مورد، نخست، آیه ۲۳۱ سوره بقره است: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»؛ یعنی آنان را برای آزار رساندن نگه ندارید تا بر آنان ستم کنید. این آیه در مقام بیان مشروع نبودن نگه‌داری ضرری و آن چیزی است که موجب ضرر رسیدن به زوجه می‌شود. حال این ضرر به هر شکلی که می‌خواهد، باشد. (بحوث فقهیه ۱۸۷) دلیل دیگر، آیه ۲۲۹ سوره بقره است: «فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ»؛ یعنی باید به طور شایسته و متعارف نگه دارد یا به نیکی و خوشی رها کند. (العروة الوثقی ۵: ۵۵۷) بنابراین، بر زوج لازم است یا حقوق زوجه را ادا کند یا این که او را طلاق دهد. إطلاقات أدلة نفي ضرر و حرج نیز دلیل دیگری بر اعتبار این مورد است.

مقایسه فقه و قانون در مساله

قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ اصلاحی مصوب ۱۳۷۰ می‌گوید:

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

در تبصره الحاقی این ماده در سال ۱۳۷۹، مجلس شورای اسلامی به تعریف و ذکر مصادیق «عسر و حرج» پرداخت که در سال ۱۳۸۱ با اصلاحاتی به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید. در این تبصره آمده است:

عسر و 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 و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد:

ترك زندگي خانوادگي توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالي و يا نه ماه متناوب در مدت يك سال بدون عذر موجه.

اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترك آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترك اعتیاد لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترك مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد.

محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر. ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید.

همان طور که ملاحظه می‌شود، در این تبصره، «عسر و حرج» تعریف شده به مشقتی که تحملش مشکل است. بنابراین، هر جا این امر برای دادگاه محرز شد، در صورت تقاضای زوجه

به طلاق وی حکم می‌دهد. مصادیق ذکر شده در این تبصره از باب مثال است، چنان‌که ذیل تبصره به آن اشاره دارد. با توجه به این‌که تعریف ارائه شده، مفهومی کیفی است که تشخیص آن در موارد مختلف، مشکل است، قانون‌گذار این مصادیق را برای آسان‌تر شدن کار قضات آورده است، ولی این‌گونه نیست که زوج نتواند با وجود این موارد، عسر و حرجی نبودن را اثبات کند. در اصطلاح، این موارد، اماره قانونی بر عسر و حرج است و خلاف آن را می‌توان اثبات کرد؛ چرا که ملاک تحقق عسر و حرج است. قاضی در این موارد به اثبات عسر و حرجی بودن نیاز ندارد.

همان‌طور که بیان شد از دیدگاه فقها، عسر و حرج از جمله مواردی است که زوجه می‌تواند به واسطه آن از دادگاه تقاضای طلاق کند، اما بحث در مصداق آن است. عسر و 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 عسر و حرج شدید و عادتاً تحمل‌ناپذیر باشد. (جامع المسائل ۲: ۴۰۶) بنابراین، دایره شمول عسر و حرج مورد نظر فقها نسبت به مفهوم عسر و حرج در تبصره الحاقی به ماده ۱۱۳۰ ق.م.اصلاحی، محدودتر است و صرفاً مشقت شدید و عادتاً تحمل‌ناپذیر را در بر می‌گیرد.

مصادیق اختلافی طلاق قضایی در قانون مدنی و فقه امامیه

همان‌طور که ملاحظه شد، از نظر فقها، مصادیق طلاق قضایی در سه مورد محصور است: پرداخت نشدن نفقه، غیبت شوهر و عسر و حرج. جایی که مرد به زوجه وکالت در طلاق می‌دهد، دیگر طلاق قضایی نیست؛ چون در این مورد، زوجه، خودش به نیابت از مرد، صیغه طلاق را جاری می‌کند و انشاکننده صیغه طلاق، خود اوست نه حاکم، چنان‌که در تعریف وکالت در ماده ۶۵۶ ق.م.آ آمده است: «وکالت، عقده‌ای است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند». بنابراین، از نگاه قانون مدنی نیز نمی‌توان آن را از موارد درخواست زن در طلاق قضایی برشمرد. این‌که در برخی مقالات علمی، وکالت زن در طلاق از این موارد شمرده شده، مطلب دقیقی نیست.

شرط طلاق در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر نیز از مصادیق طلاق قضایی 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 می‌تواند هنگام عقد ازدواج با شوهر شرط کند که 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». (استفتائات ۳: ۳۳۳)

آیت‌الله سبزواری و آیت‌الله شبیری زنجانی نیز بر این مطلب تصریح می‌کنند که شرط بودن اختیار طلاق در دست زوجه، باطل است، اما این شرط که زوجه، وکالت در طلاق داشته باشد، صحیح است. (مهذب الأحكام ۲۶؛ ۳۲؛ المسائل الشرعية ۵۸۳) در شرط وکالت هم با تحقق مشروط به زوجه وکالت در طلاق داده می‌شود و وکالت نیز چنان که گذشت، نیابت در طلاق است و انشاکنده طلاق، خود اوست نه حاکم. در نتیجه، طلاق قضایی مصداق پیدا نمی‌کند. ماده ۱۱۱۹ ق.م نیز ناظر بر همین نظر فقها، شرط ضمن عقد را برای طلاق، به صورت شرط وکالت زن در طلاق مطرح می‌کند. بنابراین، آنچه در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ ق.م اصلاحی ۱۳۸۱ آمده مبنی بر این که ماده ۱۱۱۹ ق.م از جمله مواردی است که زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند، دقیق نیست. با توجه به این که مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ ق.م که در این تبصره آمده، از جمله موارد موضوع طلاق قضایی است، بهتر بود قانون‌گذار به جای ماده ۱۱۱۹، ماده ۱۰۲۹ ق.م را ذکر می‌کرد.

نتیجه

بر اساس نظر فقهای امامیه، موارد طلاق قضایی را می‌توان این گونه برشمرد. این موارد در قانون مدنی ایران نیز پذیرفته شده است: پرداخت نشدن نفقه مطلقاً (مندرج در ماده ۱۱۲۹ ق.م)؛ چهار سال غیبت زوج (مندرج در ماده ۱۱۳۰ ق.م اصلاحی ۱۳۷۰)؛ عسر و حرج (مندرج در ماده ۱۰۲۹ ق.م).

وکالت داشتن زن در طلاق از مصادیق طلاق قضایی نیست، هم‌چنان که شرط ضمنی بر طلاق چون به صورت شرط وکالت در طلاق صحیح است، همین حکم را دارد. بنابراین، گنجاندن ماده ۱۱۱۹ در تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۳ ق.م اصلاحی ۱۳۸۱، صحیح نیست. فقها در مورد پرداخت نشدن نفقه اختلاف دارند. برخی از فقها مطلقاً طلاق قضایی را در این فرض نمی‌پذیرند و برخی آن را در صورت توانایی زوج و استتکاف او از پرداخت نفقه می‌پذیرند و برخی از فقها آن را مطلقاً می‌پذیرند. قانون‌گذار در ماده ۱۱۲۹ ق.م همین نظر آخر را پذیرفته است.

فقها برای مورد غیبت زوج، چهار شرط بیان می‌کنند که با تحقق همه آنها طلاق قضایی صورت می‌پذیرد: معلوم نبودن زنده یا مرده بودن زوج؛ پرداخت نشدن نفقه زن؛ چهار سال جست‌وجو توسط حاکم و نیافتن زوج و طلاق ندادن زن از جانب ولیّ زوج. از بین شروطی که فقها در مورد غیبت زوج مطرح کرده‌اند، در قانون مدنی، شرط اول را می‌توان از مواد ۱۰۲۹ و

۱۰۱۱ق.م استنباط کرد. شرط دوم در قانون مدنی وجود ندارد. شرط سوم هم در قانون مدنی، به صورت متفاوتی از فقه بیان شده است و مستفاد از مواد ۱۰۲۹ و ۱۰۲۳ ق.م این است که حاکم چهار سال تعیین نمی‌کند و در طول چهار سال از زوج جست‌وجو نمی‌کند، بلکه همین که چهار سال از غیبت زوج بگذرد، زوجه به حاکم، مراجعه و حاکم یک سال جست‌وجو می‌کند و پس از آن طلاق می‌دهد. شرط چهارم هم در قانون مدنی وجود ندارد.

فقهها، عسر و حرج را از موارد درخواست طلاق زن می‌دانند. عسر و حرج در طلاق را رعایت نکردن حقوق زوجه تعریف می‌کنند که موجب کراهت شدید و عادتاً تحمل‌ناپذیر شود. قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ ق.م اصلاحی مصوب ۱۳۷۰، عسر و حرج را از موارد درخواست طلاق زن، بیان و در تبصره الحاقی همین ماده، عسر و حرج را به مشقتی که تحملش مشکل است، تعریف کرده و مصادیقی از باب مثال مطرح کرده که اماره قانونی بر عسر و حرج هستند. و در نتیجه تعریف قانون‌گذار در عسر و حرج نسبت به تعریف فقها، از شمول بیشتری برخوردار است و راه را برای تحقق طلاق‌های بیشتر فراهم می‌کند.



فهرست منابع

۱. ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد حلی. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. چاپ ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲. اراکی، محمدعلی. رساله في نفقة الزوجة. قم: مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۳. حکیم، سید محسن. منهج الصالحین. بیروت: دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۴. حلی، حسین. بحوث فقهیه. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ هـ. ق.
۵. حلی، فخرالمحققین محمد بن حسن بن یوسف. إيضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۶. سبحانی تبریزی، جعفر. نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية الغراء. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۷. سبزواری، سید عبدالأعلى. مهذب الأحكام. چاپ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۸. شبیری زنجانی، سید موسی. المسائل الشرعية. قم: مؤسسه نشر الفقاهة، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۹. صافی گلپایگانی، لطف‌الله. جامع الاحکام. قم: مؤسسه انتشارات حضرت معصومه (س)، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۱۰. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم. العروة الوثقى (المحشى). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۱۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن. المبسوط في فقه الإمامية. چاپ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ هـ. ق.
۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۳. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین. جامع المقاصد في شرح القواعد. چاپ ۲، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد. تفصیل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - الغصب، إحياء الموات، المشتريات واللقطة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (عليهم السلام)، ۱۴۲۹ هـ. ق.
۱۶. _____ جامع المسائل. قم: مطبوعاتی امیر، ۱۳۷۷ هـ. ش.
۱۷. کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمد رضا. سؤال و جواب. مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.

۱۸. موسوی خمینی، سید روح‌الله. استفتاآت. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۹. _____ تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۲۰. _____ موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره). قم: شکوری، ۱۳۶۵ هـ. ش.
۲۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین. چاپ ۲۸، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲۲. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا. مجمع المسائل چاپ ۴، قم: دار القرآن الکریم، ۱۳۷۲ هـ. ش.
۲۳. نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ هـ. ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 رتال جامع علوم انسانی