

موارد طلاق زوجه توسط حاکم در فقه و قوانین مدنی

محمود جمال‌الدین زنجانی*

مصطفی شریفی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۵/۲۵

چکیده

اگرچه بر پایه قانون اسلام و حقوق ایران، طلاق از اختیارات مرد است در زندگی زناشویی وقوع طلاق به حکم اولیه «الطلاق بید من اخذ بالساق» به اراده مرد است ولی زن نیز در صورت عدم رعایت حقوق وی از طرف شوهر به‌ویژه آنگاه که ادامه زندگی زناشویی موجب عسر و حرج او گردد، حق درخواست طلاق از قاضی را خواهد داشت و دادگاه نیز در صورت احراز شرایط، به منظور تحقق عدالت، اقدام به صدور حکم طلاق خواهد نمود. به اعتقاد ما این حکم به تمام موارد تحقق نشوز مرد، قابل تسری است. ویژگی این نظریه در این است که در صورت نشوز شوهر گرچه زن وی به عسر و حرج هم نیفتد دادگاه می‌تواند او را طلاق داده و این مسئله متوقف بر عسر و حرج نیست بلکه مدلول عناوین اولیه است نه عنوان ثانویه عسر و حرج. بنابراین با توجه به مبانی فقهی بند ۱ و ۲ ماه ۱۱۳۰ سابق و سابقه آن در فتوی فقها مغایرتی با موازین شرعی نداشته و اصلاح آن موجه به نظر نمی‌رسد تحقق این نظریه گامی است مؤثر در جهت احقاق حقوق زنان و پیشگیری از تعدی به حقوق آنان است همچنین مسئله عسر و حرج که به عنوان یکی از موجبات طلاق به درخواست زوجه قرار گرفته است مفهومی عام است که مصادیق زیادی دارد و تشخیص آن‌ها به عهده قاضی است. این مسئله، هم پیشینه فقهی دارد و هم در قالب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بعد از اصلاحیه سال ۶۱ و نهایتاً در سال ۷۰ تبلور یافته است که ما در این تحقیق موارد آن را از لحاظ فقهی و حقوقی مورد کنکاش قرار می‌دهیم.

واژگان کلیدی

موجبات طلاق، طلاق حاکم، نشوز، عسر و حرج.

* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه امام صادق (ع)

Zanjani@isu.ac.ir

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی

Sharifi.hamadan@gmail.com

مقدمه

موجبات طلاق بر اساس قانون مدنی سه دسته می‌باشند: طلاق به اراده مرد، طلاق به درخواست زن، طلاق توافقی ساده‌ترین شکل وقوع طلاق زمانی است که زن و شوهر بر مسئله طلاق توافق داشته باشند و دیگر مایل به ادامه زندگی باهم نباشند نوع دیگر طلاق که اساس تمام قوانین طلاق می‌باشد طلاق به خواست و اراده مرد است ما نوع دیگر طلاق که همچنان ریشه در اختیار مرد دارد طلاق بخواسته زن است، در این حالت زن در موارد محدودی می‌تواند درخواست طلاق بدهد که این هم از موجبات درخواست طلاق توسط زوجه به شمار می‌آید. قانون مدنی هم در ماده ۱۱۳۳ به اختیار شوهر در طلاق اشاره کرده و به وی اجازه داده است، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید.

همچنین مطابق تبصره ماده فوق زن نیز در موارد محدودی می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید. این موارد عبارت‌اند از: ۱. خودداری یا عجز شوهر از دادن نفقه (ماده ۱۱۲۹ ق.م). ۲. غیبت شوهر بیش از چهار سال (ماده ۱۰۲۹ ق.م). ۳. وکالت زن در طلاق (ماده ۱۱۱۹ ق.م). ۴. عسر و حرج زن (ماده ۱۱۳۰ ق.م). در این پژوهش به موجبات طلاق زوجه در فقه و حقوق امامیه می‌پردازیم.

مقصود از موجبات یا اسباب طلاق، چیزهایی است که مجوز طلاق به شمار آمده و به استناد آن‌ها می‌توان اقدام به طلاق کرد. (صفائی، ۱۳۷۰، ص ۲۶۴) که به‌طور کلی می‌توان آن‌ها را به سه دسته تقسیم‌بندی نمود:

الف. اراده مرد

ب. توافق زوجین

ج. درخواست زن.

۱. طلاق به اراده مرد

حق طلاق، یکی از حقوق طبیعی و فطری است که خداوند آن را در اختیار مردان قرار داده است. در قرآن کریم نیز آیات مربوط به طلاق، عموماً خطاب به مردان است از قبیل: «و ان عزموا الطلاق فان الله سمیع علیم» (بقره: ۲۲۷)، «یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» (طلاق: ۱)، «الطلاق مرتان، فامساک بمعروف او تسریح باحسان» (بقره: ۲۲۱) و «فاذا بلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف...» (طلاق: ۲).

همچنین در روایت نبوی معروف آمده است: «الطلاق بید من اخذ بالساق» در احادیث خاصه نیز، روایات متعددی در این زمینه وارد شده است مانند روایت ابی جعفر (ع): «انه قضی فی رجل تزویج امرأة و اصدقته هی و اشترطت علیه ان بیده الجماع و الطلاق، قال خالفت السنه و ولیت حقاً لیست باهله، فقضی ان علیه الصداق و بیده الجماع و الطلاق و ذلک السنه» (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۷، ص ۴۰)؛ امام باقر (ع) در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و به موجب شرط، اختیار آمیزش و طلاق را به زن واگذار کرده بود، فرمودند: «با سنت مخالف کردی و زن نیز بر امری تسلط یافته است که اهلیت آن را ندارد»، سپس چنین قضاوت فرمود که: «مهریه بر عهده مرد است و نیز اختیار آمیزش و طلاق با اوست و این حکم مطابق سنت است».

بنابراین، اصولاً مردان می‌توانند همسران خود را بدون موافقت ایشان در هر زمان و حتی بدون علل موجهی نیز، طلاق دهند در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایران آمده است: «مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد».

هرچند که این عمل (طلاق) در روایات اسلامی به شدت نکوهش و سرزنش شده است تا جائیکه پیامبر اکرم (ص) فرمودند: «ما من شیء ابغض الی الله عز و جل من بیت یخرب فی الاسلام بالفرقة یعنی الطلاق...» (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۷، ص ۴۳)؛ در نزد خداوند چیزی مبغوض تر از خانه‌ای که به سبب طلاق ویران شود، وجود ندارد.

در احادیث دیگری آمده است: «لا تطلقوا فان الطلاق یهتز منه العرش» (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۷، ۴۳)؛ همسران خود را طلاق ندهید که عرش خداوند از این عمل به لرزه می‌آید.

۲. طلاق به توافق زوجین

در فقه امامیه در دو صورت طلاق به توافق و رضایت طرفین صورت می‌گیرد: ۱. از طریق طلاق خلع و مبارات؛ ۲. از طریق وکالت.

۱-۲. طلاق خلع و مبارات

«در اصطلاح شرعی و فقهی طلاق خلع، از بین بردن قید زوجیت است با دادن فدیة و مالی از طرف زوجه به زوج در صورت وجود کراهت زوجه از زوج» (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۳۳، ص ۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۸۷)؛ و «اگر این کراهت دوجانبه باشد یعنی زن و شوهر هر دو از هم نفرت داشته باشند طلاق، مبارات نامیده می‌شود». (نجفی، ۱۴۰۸، ج ۳۳، ص ۸۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۱۱۲).

«در این نوع طلاق، علاوه بر شرایط عمومی که برای صحت طلاق مطرح می‌شود وجود دو عنصر کراهت و بذل فدیة ضروری می‌باشد و فدیة نیز همانند مهر باید مالیت داشته باشد و چیزی می‌تواند به عنوان فدیة داده شود که بتوان آن را مهر قرارداد» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۶۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۹۰). این دو طلاق باوجود شباهت‌های عمده‌ای که دارند در برخی موارد جزئی نیز باهم اختلاف دارند: اول آنکه: در طلاق مبارات کراهت طرفینی است درحالی‌که در طلاق خلع تنها از جانب زوجه است.

دوم آنکه: «در طلاق مبارات، فدیة نباید بیشتر از مهر باشد درحالی‌که در خلع چنین شرطی وجود ندارد و اندازه و مقدار مشخص برای آن ذکر نشده ولی باید آنقدر باشد که مرد به طلاق دادن زن رضایت دهد» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۶۱۴).

سوم آنکه: «اجرای صیغه طلاق مبارات لزوماً باید منتهی به صیغه طلاق گردد درحالی که در خلع، اختلاف نظر هست.» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۶۱۱).

۲-۲. طلاق از طریق وکالت

در این طریق زوجین باهم توافق می‌کنند که زوجه وکیل در طلاق دادن خود باشد و مرد این وکالت را به او می‌دهد. به عنوان نمونه در عقدنامه‌های ازدواج یکسری شروطی مطرح شده است که زوج با وکالت دادن به زوجه به او این اختیار را می‌دهد که در صورت عمل نکردن به تعهدات خود، زن حق طلاق داشته باشد.

جعل شروطی در نکاح نامه‌های رسمی

به موجب این شروط در موارد دوازده‌گانه به زوجه حق طلاق داده شده است و زوج در صورت امضای هر یک از این شروط مکلف به قبول مسئولیت به بار آمده از آن می‌شود. متن نکاحیه با شروط مذکور که به تصویب شورای عالی قضایی رسید، طی شماره‌های ۳۴۸۲۳/۱ - ۱۹/۷/۶۱ و ۳۱۸۲۴/۱ - ۲۸/۶/۶۲ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ گردید.

این شرایط عبارت‌اند از:

۱. استتکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت ۶ ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او با تأدیه نفقه و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را به مدت ۶ ماه وفا نکند و اجبار او به ایفاء هم ممکن نباشد.
۲. سوء رفتار و یا سوء معاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید.
۳. ابتلاء زوج به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد.
۴. جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد.

۵. عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد.
 ۶. محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجراء باشد.
 ۷. ابتلاء زوج به هر گونه اعتیاد مضرى که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد.
 ۸. زوج زندگی را بدون عذر موجه ترک کند. ترک زندگی خانوادگی و تشخیص عذر موجه با دادگاه است و یا شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت نماید.
 ۹. محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم و اجراء هرگونه مجازات اعم از حدّ و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زوجه و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.
 ۱۰. در صورتی که پس از گذشت پنج سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر زوج صاحب فرزند نشود.
 ۱۱. در صورتی که زوج مفقودالأثر شود و ظرف ۶ ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.
 ۱۲. زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجراء عدالت ننماید.
- البته در مورد این که آیا زوجه می‌تواند وکیل در طلاق شود بین فقها اختلاف نظر است برخی قائل به جواز شده‌اند که این قول مشهور امامیه است و در اثبات حرف خود دلایلی را هم ذکر کرده‌اند، از جمله آنکه: «ادله‌ای که بر جواز وکالت در طلاق به‌طور اطلاق دلالت دارند شامل زوجه هم می‌شود» (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۳۲، ص ۲۵). عده‌ای

دیگر قائل به عدم جواز شده‌اند که این قول به شیخ طوسی منسوب شده است (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۳۲، ص ۲۴).

اما قانون مدنی به تبعیت از قول مشهور، جواز وکالت را پذیرفته است.

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی در این باره چنین می‌گوید: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگری بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آن‌ها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن اگر وکیل و وکیل در توکیل باشد پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، می‌تواند خود را مطلقه سازد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۶۳).

بنابراین زن حق دارد که وکیل در توکیل باشد یعنی می‌تواند برای طلاق گرفتن خود، به دیگری وکالت دهد که او را مطلقه سازد. البته مواردی که در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی برشمرده شده از باب نمونه است و جنبه انحصاری ندارد و زوجین می‌توانند شروط دیگری را در ضمن عقد مطرح نمایند.

و علت اینکه وکالت در ضمن عقد نکاح مطرح می‌شود این است که وکالت، عقدی است جایز، پس شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد زن را از وکالت خود در طلاق عزل نماید؛ اما اگر وکالت به صورت شرط ضمن عقد نکاح دربیاید، لزوم عقد مانع از آن می‌شود که مرد بتواند وکالت زن را ساقط نماید و به عبارتی شرط مزبور به تبع عقد، لازم‌الاتباع می‌شود و موکل نمی‌تواند وکیل را عزل نماید.

ماده ۶۷۹ قانون مدنی می‌گوید «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد...» (کاتوزیان، بی-تا، ص ۲۲) و «شرط وکالت منحصر به عقد نکاح نیست و حتی پس از ازدواج، در ضمن انجام یک عقد لازم دیگر مثل بیع می‌توان وکالت در طلاق را هم شرط نمود»

(امامی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۴۲). گرچه در شرع مقدس و قوانین، حق طلاق به دست مرد سپرده شده است.

۳. طلاق به درخواست زوجه

سومین سبب، طلاق به درخواست زوجه است. ولی این گونه نیست که زنان مجبور باشند تا آخر عمر بسوزند و بسازند بلکه طرقتی در فقه و قانون مدنی پیش‌بینی شده است که به موجب آن زنان می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کرده و از همسرشان طلاق بگیرند.

برخی از این مواد به‌طور مشخص در قانون مدنی ذکر شده و همگی نیز از پشتوانه فقهی برخوردار می‌باشند. برخی دیگر به‌طور عام مد نظر حاکم شرع قرار می‌گیرد و مصادیق زیادی دارد که تشخیص آن با محکمه است و در صورت محرز شدن آن، حاکم می‌تواند زوجه را طلاق دهد.

۳-۱. نشوز شوهر

در اثر برقراری رابطه زوجیت در نکاح دائم، زوجین یکسری حقوق و تکالیفی نسبت به هم پیدا می‌کنند.

ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز می‌گوید: «همین که نکاح به‌طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۳۶).

سؤالی که مطرح است این است که آیا ولایت حاکم بر طلاق، محدود به موارد فوق‌الذکر است؟ یا اینکه به‌طور کلی در کلیه موارد که شوهر به ناروا از ادای وظایف و تکالیفی که به موجب پیمان ازدواج بر عهده او نهاده شده است استنکاف ورزد - که در اصطلاح فقهی از آن به «نشوز زوج» تعبیر می‌شود - حاکم (قاضی) می‌تواند به درخواست زن، وی را علی‌رغم میل و اراده شوهر متمرّدش طلاق دهد؟

این مسأله‌ای است که از دیرباز اندیشه فقهای امامیه را به خود مشغول داشته است، برخی در چنین موارد شوهر را تنها مستحق تعزیر و تأدیب از ناحیه حاکم دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۳۱، ص ۲۰۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۲۴۹؛ خمینی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۳۰۶؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۲۴، ص ۶۱۹). عده‌ای نیز ابتدا به الزام شوهر به طلاق و در صورت سرپیچی از این امر، به طلاق اجباری از سوی حاکم، فتوی داده‌اند. فائلین به قول اول در مورد نشوز مرد معتقدند که: «اگر مرد دچار نشوز شود، زن می‌تواند او را نصیحت کند و حق خود را از او مطالبه نماید. اگر اثری نبخشید امر خود را به حاکم بسپارد و زن حق ندارد که متقابلاً از انجام تکالیفی که نسبت به شوهر بر عهده دارد سرباز زند و همین‌طور حق ندارد که شوهرش را کتک بزند. بلکه حاکم، مرد را ملزم به ایفای حقوق زن می‌نماید. اگر باز هم ابا کرد حاکم می‌تواند او را تعزیر نماید و از مال او گرفته و حق زن را بپردازد.» (نجفی، ۱۳۹۳، ج ۳۱، ص ۲۰۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۲۹؛ خمینی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۲۷۳).

از پیشگامان عقیده دوم، یعنی نظریه «طلاق اجباری حاکم» می‌توان از فقهای چون شیخ مفید، سلار (مروراید، ۱۴۲۱، ج ۱۸، ص ۴۳)، ابی‌الصلاح حلبی (مروراید، ۱۴۲۱، ج ۱۸، ص ۸۷) و از متأخرین نیز میرزای قمی، سید محمدکاظم یزدی (صاحب کتاب عروه‌الوثقی) و از معاصرین نیز فقیه بزرگوار شیخ حسین حلی (ره) و آیت‌الله خوئی (خویی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۸۲) را یاد کرد. *پژوهش‌های فقهی و مطالعات فقهی* به عقیده این گروه از فقها، تخلف شوهر از ادای وظایف زوجیت (اعم از انفاق، حسن معاشرت، آمیزش جنسی، هم‌خوابگی و...) خواه ناشی از تقصیر شوهر باشد و یا بدون تقصیر، به زن حق می‌دهد که برای طلاق به حاکم شرع مراجعه کرده و حاکم شرع نیز ابتدا وی را ملزم به رعایت حقوق همسر و سپس به طلاق اجبار خواهد نمود و در صورت سرپیچی شوهر، حاکم به عنوان ولی ممتنع زن را طلاق خواهد داد.

آیات قرآن نیز به این مسئله تصریح دارد که مردان موظف‌اند که با همسران خود به نیکی رفتار نمایند و حقوق آن‌ها را بپردازند و گرنه راه دوم طلاق و جدایی است و راه دیگری وجود ندارد

آیه ۲۲۹ سوره بقره: «الطلاق مرتان، فامساک بمعروف او تسریح باحسان...» (بقره: ۲۲۹)؛ طلاق قابل رجوع دو بار است پس باید با خوشی و سازگاری زن را نگاه دارد و یا به نیکی او را رها کند.

آیه ۲۳۱ سوره بقره: «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن، فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسکوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلک فقد ظلم نفسه» (بقره: ۲۳۱)؛ هرگاه زنان را طلاق دادید و به پایان زمان عده نزدیک شدند، از آنان به‌خوبی نگهداری کنید یا به‌خوبی رهایشان سازید، مبادا آنان را به گونه‌ای زیان‌آور نگهداری کنید تا بر آنان ستم روا دارید، هر کس چنین کند، همانا بر خود ستم کرده است.

موارد نشوز زوج

نشوز مرد مصادیق مختلفی دارد از جمله:

۳-۱-۱. عدم پرداخت نفقه

وجوب پرداخت نفقه همسر از سوی شوهر از مسلمات فقه و حقوق اسلامی است (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۵، باب ۱، احادیث ابواب النفقات) و زن از این نظر هیچ مسئولیتی ندارد، حتی اگر خود قادر به تأمین هزینه‌های زندگی خود باشد. این حکم مبتنی بر آیاتی از قرآن کریم از جمله «الرجال قوامون علی النساء بما فضل الله بعضهم علی بعض و بما انفقوا من اموالهم...» (نساء: ۳۴) در این آیه دو دلیل بر وجوب پرداخته نفقه از جانب مرد موجود است یکی کلمه قوامون می‌باشد زیرا مرد قوام و متکفل نفقه (خوراک، پوشاک، غیر آن) می‌باشد.

و دلیل دیگر جمله بمانفقوا من اموالهم بوده که وجوب انفاق زوجه توسط زوج از آن به روشنی مستفاد می‌شود و نیز آیه‌های «و علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف» (بقره: ۲۳۳) و «و لینفق ذو سعة من سعته و من قدر علیه رزقه فلینفق مما اتاه الله» (طلاق: ۷).

و همچنین احادیث متواتری از معصومین (ع) است. از قبیل روایت اسحاق بن عمار از امام صادق (ع).

قال: قلت لابی عبدالله (ع): «ما حق المرأة علی زوجها الذی اذا فعله کان محسناً، قال یشبعها و یکسوها و ان جهلت غفرها» (حرّ عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۵، باب ۱، احادیث ابواب النفقات) مرد باید شکم زن را سیر کند و بدن او را بپوشاند و چنانچه زن مرتکب جهالتی شده او را ببخشد....

لازم به توضیح است که اگر زنی در قبال شوهرش به وظایف خود که تمکین کامل می‌باشد عمل کند، پرداخت نفقه بر مرد واجب می‌شود البته در صورتی که عقد نکاح دائم باشد نه موقت (محقق حلی، ج ۲، ص ۵۶۸؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۶۵).

ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی می‌گوید: «در عقد دائم، نفقه زن به عهده شوهر است» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۹۸).

البته برای نفقه حدود و مقدار مشخصی وجود ندارد بلکه ضابطه و ملاک، نیاز زن می‌باشد. به این معنی که مرد موظف است آنچه را که زن برای ادامه زندگی به آن احتیاج دارد فراهم نماید از قبیل خوراک، پوشاک، مسکن، خدمتکار، وسایل نظافت و ... البته نه بیشتر از حد متعارف (خمینی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۲۸۱؛ محقق حلی، ج ۲، ص ۵۰۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۶۹).

حال اگر مردی با وجودی که ادای نفقه بر او واجب شده از پرداخت آن سرپیچی نماید و نصیحت زن هم اثری نبخشد زن می‌تواند طبق ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی تقاضای طلاق نماید.

موارد عدم پرداخت نفقه

الف. استنکاف شوهر از پرداخت نفقه

در ماده اخیر حکم دو مسئله بیان شده است. استنکاف و عجز مرد از پرداخت نفقه. در مورد مسئله اول، به محض این که شوهر از پرداخت نفقه خودداری کرد، زن نمی تواند به طور مستقیم از دادگاه درخواست طلاق نماید و استنکاف شوهر را مقدمه و جهت خواسته خود سازد. بلکه ابتدا باید برای مطالبه نفقه، دادخواست دهد که در این صورت، محکمه میزان نفقه را معین کرده و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد و اگر اجراء حکم مذکور ممکن نباشد مطابق ماده ۱۱۲۹ ق.م رفتار خواهد شد. لذا این ماده تنها پس از صدور حکم به انفاق و عدم امکان اجرای حکم محکمه اجرا می شود... «البته حکم به انفاق هم در صورتی صادر می شود که برای دادگاه محرز شود که از جانب زن تمکین کامل صورت گرفته است و کوتاهی از جانب مرد بوده است» (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۳۰۶) چرا که یکی از شرایط وجوب نفقه، تمکین کامل زن می باشد؛ و «اگر زن در یک مکان و زمانی تمکین نماید و در مکان و زمان دیگر سرپیچی، در این صورت نشوز محقق شده و نفقه ساقط می شود» (نجفی، ۱۴۲۱، ج ۳۱، ص ۳۰۳).

عدم پرداخت نفقه از جانب شوهر، علاوه بر ضمانت اجرای مدنی دارای ضمانت اجرای کیفری نیز می باشد. ضمانت اجرای مدنی، در عدم پرداخت نفقه به زوجه این است که زن می تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید و این مطلب در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته و دادگاه حکم طلاق زن را صادر خواهد نمود و «ضمانت اجرای کیفری این است که مردی که با داشتن امکانات مالی از دادن نفقه خودداری می کند به حکم دادگاه و به موجب ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۹۰-۱۹۱) به موجب ماده ۱۰۵ قانون تعزیرات اسلامی، ترک انفاق زوجه جرم است و طبق این ماده هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه همسر را در صورت تمکین ندهد و یا از تأدیه نفقه سایر

اشخاص واجب النفقه امتناع نماید، دادگاه می‌تواند او را به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم نماید.

ب. عجز شوهر از پرداخت نفقه

اما مسئله دوم که در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی مطرح شده است عجز زوج از پرداخت نفقه می‌باشد. «البته عجز شوهر از پرداخت نفقه حالات مختلفی دارد و در صورتی می‌تواند جزو موجبات طلاق قرار گیرد که زن از ابتدا به فقر مرد آگاه نباشد و همچنین مرد زن را فریب نداده باشد. چرا که اگر زن از ابتدا به فقر مرد آگاه بوده باشد حق مراجعه به حاکم شرع و درخواست طلاق را ندارد، چون خودش با علم و آگاهی به آن اقدام کرده است و اگر مرد، زن را فریب داده باشد نیازی به درخواست طلاق از جانب زن نمی‌باشد چرا که از مصادیق تدلیس (فریب) بوده و زن حق فسخ نکاح را خواهد داشت و می‌تواند با مراجعه به دادگاه، نکاح خود را فسخ نماید» (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۳۶۶) اما اگر مرد در هنگام ازدواج قادر بر پرداخت نفقه بوده ولی بعداً ناتوان شده در این صورت بر اساس ماده ۱۱۲۹ ق.م، زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند و حاکم، زوج را مجبور به طلاق می‌کند.

البته در صورت عجز از پرداخت نفقه نیز ابتدا دادگاه مرد را ملزم به پرداخت نفقه می‌کند و الزام او به انفاق و عدم اجرای حکم نفقه، طریقه احراز عجز می‌باشد؛ و این طریقه‌ای اطمینان فصل و تنها طریقه‌ای است که ظاهراً قانون مدنی (ماده ۱۱۲۹) پیش‌بینی کرده است و بکار بردن طریقه دیگر مجوز قانونی ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۷۴) فرقی که در مسئله استنکاف و عجز مشاهده می‌شود این است که «در صورت عجز شوهر از پرداخت نفقه، تنگدستی او عذر مشروعی است که مانع از تحقق عنصر معنوی جرم می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۶۹-۳۷۴) و شوهر عاجز، مجازات و کیفر نخواهد شد.

۳-۱-۲. خودداری شوهر از ایفای وظایف زناشویی

بدون شک یکی از مهم‌ترین اهداف ازدواج، کنترل صحیح و معقول قوای جنسی است از این‌رو است که در فقه امامیه برای قسم خوردن بر ترک آمیزش جنسی (ایلاء) و یا عدم قدرت شوهر بر آن (از قبیل ابتلاء شوهر به بیماری عنن و مانند آن) ضمانت‌های اجرایی شدیدی پیش‌بینی شده است که در ادامه بدان اشاره خواهیم کرد. باری، در فقه امامیه یکی از حقوق زن، برخوردارگی از تمتعات جنسی از شوهر خود، حداقل یک‌بار در چهار ماه است این حکم که مورد اتفاق فقهای امامیه است مبتنی بر روایاتی است که از پیشوایان مذهب صادر شده است از قبیل:

روایت صفوان بن یحیی عن الرضا عن الرجل تكون عنده المرأة الشابه فیمسک عنها الا شهرو السنه لا یقربها لیس یرید الاضرار بها، تكون لهم المصیبه یكون بذلک آثمًا؟ قال: اذا ترکها اربعه اشهر یكون بذلک آثمًا بعد ذلک الا ان یكون باذنها (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۴، ص ۱۰۰). امام رضا (ع) در پاسخ سؤال مربوط به مردی که دارای همسری جوان بوده و بدون داشتن قصد آزار و اذیت وی، چندین ماه و بلکه یک سال روابط جنسی خود را با وی ترک نموده است فرمودند: هرگاه مردی بیش از چهار ماه روابط جنسی خود را با همسرش ترک کند گناهکار بوده مگر اینکه این عمل با رضایت او (همسر) صورت گرفته باشد.

به‌هرحال در اصل حکم فوق تردیدی در فقه امامیه نیست و این امر یکی از حقوق زوجه است که زن می‌تواند آن را مطالبه کند و ترک آن از سوی شوهر بدون عذر موجه جایز نیست. شایان ذکر است که این حکم تنها در نکاح دائم جاری است. (نجفی، ج ۲۹، ص ۱۱۷) حال در این فرض (ترک روابط جنسی) آیا زوجه می‌تواند به محکمه مراجعه کرده و دادخواهی نماید؟ یا همچنان باید بر ظلم شوهر صبر کند؟

در زمینه ضمانت‌های اجرایی روایاتی نیز از معصومین (ع) وارد شده است: روایاتی که در مورد ترک روابط جنسی وارد شده‌اند و در آن‌ها، ضمن بیان حکم آن دو مبنی بر اختیار شوهر بین کفاره و طلاق تعبیراتی این‌چنین آمده است:

۱. روایت صحیحہ حلبی از امام صادق (ع): «فاذا فاء و هو ان یصالح اہله فان الله غفور رحیم و ان لم یف اجبر علی الطلاق» (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۵، باب ۸ - ابواب الایلاء، حدیث ۱).

۲. حدیث عثمان بن عیسی عن ابی الحسن (ع): انه ساله عن رجل آلی من امراته متی یفرق بینہما؟ قال: اذا رضت اربعه اشهر و وقف، قلت له: من یوقفه: قال الامام، قلت: فان لم یوقفه عشر سنین؟ قال: ہی امراته (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۵، باب ۸ - ابواب الایلاء، حدیث ۴).

۳. محمد بن علی بن الحسین قال: «روی انه ان فاء و هو ان یراجع الی الجماع و الا حبس فی خطیرہ من قصب و شدد علیہ فی الماکل و المشرب حتی یطلق». (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۱۵، باب ۸ - ابواب الایلاء، حدیث ۵).

از این احادیث و احادیث متعدد دیگر در این باب، استفاده می‌شود که، صرف نصیحت و موعظه حاکم نمی‌تواند راه حل مناسبی باشد، به‌ویژه در مواردی که شوهر خطاکار، بنای نافرمانی و تمرد داشته و امکان حبس وی نیز منتفی باشد و در این زمینه حاکم می‌تواند در صورت امتناع مولی (ایلاء کننده) از طلاق زوجه او را طلاق دهد. این معنی از دو فقره (فان ابی فرق بینہما) و (متی یفرق بینہما) به‌وضوح قابل استفاده است.

با دقت و تأمل در مضامین این احادیث، روشن می‌گردد که هدف اساسی امام (ع) از بیان این قبیل احکام و ضمانت‌های اجرایی شدید و استثنایی (طلاق اجباری حاکم) در موارد تخلف شوهر از ادای حقوق واجب زن، حمایت و پشتیبانی اکید از قاعده کلی و اصل اساسی حاکم بر روابط زوجین، (اصل لزوم حسن معاشرت و امساک بمعروف) هست تا از این رهگذر مصالح خانواده و اجتماع تأمین گردد. باری، از بیان‌های فوق نتیجه‌گیری می‌شود که به موجب حدیث فوق، هرگونه ترک روابط جنسی شوهر با همسر (اعم از مغاضبت یا عدم آن) برای مدت چهار ماه یا بیشتر، می‌تواند زمینه را برای طلاق اجباری حاکم فراهم آورد

از این رو حکم مندرج در روایات فوق (طلاق اجباری حاکم) منحصر به مورد آنها، یعنی ایلاء نبوده و به هر موردی که اصل مزبور (امساک بمعروف) به ناروا از ناحیه شوهر دچار مخاطره گردد، تسری خواهد یافت. (بحرالعلوم، ۱۳۸۴، ص ۱۹۵) در خاتمه این فراز، چون روایات باب ظهار و نیز کیفیت استدلال به آنها از هر جهت مشابه روایات مربوط به ایلاء است، به منظور رعایت اختصار از نقل آنها صرف نظر می‌گردد.

۳-۱-۳. سوء معاشرت شوهر و بدرفتاری او با زن

حسن معاشرت زوجین نسبت به یکدیگر یکی از تکالیف مشترک آنها می‌باشد. ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی در این رابطه می‌گوید «که زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگر هستند» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۱۹).

حسن معاشرت مصادیق زیادی دارد از جمله خوش رفتاری، احترام گذاشتن به همسر، گلایه و شکایت نکردن، توهین نکردن، کتک زدن و ... در هر مورد احادیث و روایات زیادی در کتب فقهی و حدیثی وجود دارد (حر عاملی، ۱۴۰۳، ج ۷، کتاب نکاح). حال اگر این سوء معاشرت به حدی برسد که زندگی را تحمل‌ناپذیر سازد و آن‌قدر ادامه یابد که نتوان آن را اتفاقی و زودگذر دانست، زن می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید.

همان‌طور که مطرح شد در آیات قرآن مردان به حسن معاشرت با زنان مأمور شده‌اند «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» و از طرف دیگر گفته شده که «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاَمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِاِحْسَانٍ» که یا باید با زنان با رفتار نیکو زندگی کرد، یا به نیکی از آنان جدا شد. لذا اگر مردی نمی‌تواند با همسر خود به حسن معاشرت رفتار نماید وظیفه دیگر او، رها ساختن زوجه و طلاق دادن او می‌باشد. «امساک به معروف و تسریح به احسان» هر کدام واجب‌تخییری هستند؛ و اگر یک طرف واجب‌تخییری که امساک به معروف است بر زوج غیر مقدور باشد و زوجه به حاکم رجوع کند حاکم،

مرد را اجبار به طرف دیگر که تسریح به احسان است می‌کند و در صورت عدم امکان اجبار، حاکم مباشرت به طلاق می‌کند از باب اینکه «الحاکم ولی الممتنع» همچنین مورد دوم از مصادیق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی (قبل از اصلاح) که به این مسئله اشاره می‌کرد و آن را یکی از موجبات طلاق به درخواست زوجه می‌دانست مورد زیر بود: «سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگی زن با او غیر ممکن باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۲۰).

۳-۲. غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر

این مورد نیز یکی از مواردی است که هم در متون فقهی به آن اشاره شده است و طبق آن فقها طلاق زوجه توسط حاکم شرع را جایز می‌دانند و هم یکی از ماده‌های قانون مدنی به‌طور خاص به آن اختصاص یافته است.

در اصطلاح حقوقی چنانکه ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی می‌گوید: «غائب مفقودالاثَر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته باشد و از او به هیچ وجه خبری نباشد. کسی که مدت کوتاهی غائب بوده و یا اینکه اطرافیان او می‌دانند که او زنده است و لیکن محل او مشخص نیست غایب مفقودالاثَر شناخته نمی‌شود اگرچه غیبت او مدت مدیدی به طول انجامد و یا هیچ زمان برنگردد؛ و تشخیص طولانی بودن مدت غیبت هم بر عهده عرف می‌باشد» (امامی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۲۳).

که مسلماً در این مدت زوجه در مضیقه قرار خواهد گرفت مخصوصاً آنکه کسی نباشد که نفقه او را بپردازد.

زنی که شوهرش غائب مفقودالاثَر شده چندین حالت برای او قابل فرض است:

۱. «گاه برای او ثابت می‌شود که همسرش فوت کرده است در این صورت زوجه می‌تواند از تاریخ وصول خبر فوت، عده وفات نگه دارد هر چند که چندین سال از فوت همسرش گذشته باشد و پس از پایان عده می‌تواند مجدداً با شخص دیگری ازدواج نماید» (امامی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۵۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۴۶۲).

۲. «گاه خبر حیات شوهر، واصل می‌شود ولی معلوم نمی‌شود که در کجاست. در این صورت زوجه باید صبر کند تا شوهر طلاقش دهد یا آنکه بمیرد. هرچند مدت غیبت او به طول انجامد در این صورت هرگاه شوهر دارایی از خود باقی گذاشته باشد نفقه زن از آن تأدیه می‌شود والا از بیت المال، نفقه او داده خواهد شد» (امامی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۵۲؛ طباطبائی یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۶۸).

۳. گاه به هیچ وجه خبری از مرگ یا حیات او در دست نیست. در چنین حالتی اگر زوج غائب، اموال و دارایی داشته باشد که زوجه بتواند از آن ارتزاق کند یا کسی از ناحیه زوج موجود باشد که مخارج او را تأمین کند زوجه باید صبر کند تا وضعیت غائب، معلوم گردد زیرا حیات سابق، استصحاب می‌گردد تا فوت او مسلم شود (امامی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۲۵۲).

ولی اگر زوج دارایی و ثروت نداشته باشد تا نفقه زن از آن داده شود و کسی هم نفقه او را نپذیرد، اگرچه مقتضای استصحاب حیات غائب، ایجاب می‌کند که زن صبر کند تا وضعیت غائب معلوم گردد ولی نظر به روایاتی، چنانچه زن نخواهد صبر کند و اراده نماید که شوهر کند می‌تواند امر خودش را به نزد حاکم شرع ببرد و حاکم شرع از تاریخ مراجعه به زن چهار سال مهلت می‌دهد که تفحص لازم صورت گیرد و وضعیت شوهر معلوم گردد که زنده است یا مرده. اگر خبری به دست آورد که مجدداً باید صبر کند والا اگر فوت یا حیات او معلوم نگردد حاکم، ولی مفقودالاثراً را مجبور می‌کند که زن را طلاق دهد و در صورت خودداری او، خودش زن را مطلقه می‌سازد (امام خمینی، ۱۳۲۹، ج ۲، ص ۳۰۴؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۴۶۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۶۵؛ خوئی، ج ۲، ص ۴۱۱؛ طباطبائی یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۶۸؛ علامه حلی، بی تا، ج ۲، ص ۷۱).

امام خمینی در مورد حکم حاکم می‌فرماید: «اگر غائب مفقودالاثراً، ولی داشته باشد حاکم به او امر می‌کند که زن را طلاق دهد؛ و اگر که او اقدام نکرد او را مجبور به این کاری نماید و در صورتی که ولی نداشته باشد یا داشته باشد اما اقدام نکرده و اجبار او

هم ممکن نبوده، در این صورت حاکم زن را طلاق می‌دهد و سپس زن به مدت ۴ ماه و ده روز عده وفات نگه می‌دارد» (امام خمینی، ۱۳۲۹، ج ۲، ص ۳۰۴).

سپس ایشان در مورد عده زن مطلقه می‌فرمایند: «ظاهر آن است که عده‌ای که بعد از طلاق واقع می‌شود عده طلاق است اگرچه به اندازه عده وفات می‌باشد؛ و طلاق رجعی است. پس نفقه در ایام عده مستحق می‌باشد و اگر زن در این عده بمیرد مرد از او ارث می‌برد اگر در واقع زنده باشد...» (خمینی، ۱۳۲۹، ج ۲، ص ۳۰۶).

در مقابل قول مشهور، بعضی از فقها به استناد برخی از روایات قائل شدند به اینکه لازم نیست که حاکم از تاریخ مراجعه زن، ضرب اجل نماید و بعد از گذشت چهار سال زن را طلاق دهد بلکه چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج، چهار سال گذشته باشد با رجوع زوجه به حاکم، حاکم می‌تواند او را طلاق بدهد (طوسی، ج ۵، بی تا، ص ۲۷۸).

نویسندگان قانون مدنی در این زمینه از نظر مشهور پیروی نکردند و قول دوم را پذیرفتند.

ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی در این رابطه می‌گوید: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غائب مفقودالاثرا باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۷۵).

ماده ۱۰۲۳ ق.م. نیز اشاره به انجام یک سری تشریفات دارد از جمله اعلان در روزنامه‌ها، دعوت از اشخاصی که ممکن است از غائب خبری داشته باشند و ... به مدت یک سال.

۳-۳. عسر و حرج زوجه

مسئله عسر و حرج که به عنوان یکی از موجبات طلاق به درخواست زوجه قرار گرفته است مفهومی عام است که مصادیق زیادی دارد و تشخیص آن‌ها به عهده قاضی است. این مسئله، هم پیشینه فقهی دارد و هم در قالب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بعد از اصلاحیه سال ۶۱ و نهایتاً در سال ۷۰ تبلور یافته است؛ اما پیشینه فقهی آن در قالب نظرات شیخ

مرتضی انصاری و سید محمدکاظم طباطبایی یزدی نمود چشمگیری دارد. توضیح این‌که در فقه اسلام وجود یکسری بیماری‌ها و عیوب جسمی و روحی می‌تواند موجبات فسخ نکاح را فراهم آورد. برخی از این عیوب بین زن و مرد مشترک می‌باشد و در صورت وجود آن‌ها در هر کدام از زوجین، به طرف مقابل حق فسخ نکاح را می‌دهد، جنون و برخی دیگر از عیوب به‌طور اختصاصی موجب فسخ نکاح در زن یا مرد می‌شوند.

از جمله بیماری‌هایی که مختص زن شمرده شده و برای مرد حق فسخ نکاح را ایجاد می‌کند بیماری جذام و برص می‌باشد. امام خمینی (ره) در این رابطه می‌فرماید: «بنا بر اقوی جذام و برص از عیوبی محسوب نمی‌شود که برای زن حق خیار فسخ به وجود آورد.» (خمینی، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۲۶۲).

اما برخی از علما از جمله شهید ثانی قائل شده‌اند که این دو عیب مختص به زنان نیست بلکه اگر مردان نیز به آن دچار گردند، همسران آن‌ها حق فسخ نکاح را خواهند داشت.

ایشان به عموم روایات و نصوص اشاره می‌کنند که شمول آن‌هم زن و هم مرد را در برمی‌گیرد.

از جمله صحیح‌ه حلبی از قول امام صادق (ع) که می‌فرماید: «أَمَّا يُرَدُّ النِّكَاحَ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجَذَامِ وَالْجَنُونِ وَالْعَفْلِ»؛ نکاح به واسطه بیماریهای برص، جذام، جنون و عفل فسخ می‌شود. عموم روایت مرد و زن را در برمی‌گیرد مگر آنکه دلیل خاصی وارد شود و موردی را از شمول عام خارج نماید.

از طرفی شهید ثانی می‌فرماید: «وقتی مردان که حق طلاق به دست آن‌هاست و به راحتی می‌توانند زن بیمار خود را طلاق دهند در صورت وجود این بیماری‌ها حق فسخ دارند؛ پس به طریق اولی زنانی که هیچ راهی برای نجات خود ندارند باید حق فسخ را داشته باشند. مضافاً اینکه این امراض مخصوصاً جذام از نظر پزشکان مسری است و

موجب ضرر برای زن می‌شود در حالی که در اسلام حکم ضرری نداریم» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۸۰-۳۸۴).

سید محمدکاظم طباطبایی یزدی نیز در مورد زوجه غائب مفقودالاثر که از همسرش هیچ خبری ندارد از طرفی در تنگنا بوده و کسی را ندارد که نفقه او را بپردازد معتقد است: «اگر زن صبر نکند و از حاکم درخواست طلاق نماید جواز طلاق او بعید به نظر نمی‌رسد. حتی اگر حیات مفقودالاثری معلوم باشد ولی از محل او اطلاعی در دست نباشد و زن نتواند صبر کند نیز همین‌طور است» (طباطبائی یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۵) ایشان حتی طلاق زنی که شوهرش مفقودالاثر نیست ولی زن می‌داند که شوهرش در حبس دائم به سر می‌برد را بر اساس قاعده لاضرر و لاحرج توسط حاکم شرع جایز می‌داند. مخصوصاً اگر زن جوان باشد و انتظار او موجب گردد که دچار ناراحتی و سختی شدید شود؛ و معتقد است که اگر انجام مقدمات طلاق زنی که شوهرش مفقودالاثر است از قبیل فحش و ضرب اجل و ... نیز موجب می‌گردد که زن دچار معصیت شود نایب او می‌تواند بدون اقدام به آن مقدمات، زن را طلاق دهد. ایشان از اولین فقهای بودند که مستقلاً قاعده نفی عسر و حرج را از موجبات طلاق به درخواست زوجه دانسته‌اند. مرحوم سید با اعتراف و اذعان به این نکته که فقهای قبل از او طلاق را در چنین مواردی مجاز نشمردند و به حدیث «الطلاق بید من اخذ بالساق» استناد کرده‌اند در برابر این شهرت عظیم به قاعده نفی عسر و حرج متوسل می‌شود.

و پس از نقل روایاتی مبنی بر اینکه در صورت پرداختن نفقه شوهر اجبار به طلاق می‌گیرد که به طریق اولی در صورتی که بقاء زوجیت موجب وقوع زن در معصیت لازم است که برای حفظ و صیانت او از گناه با حکم دادگاه طلاق داده شود. اگرچه بعد از ایشان خیلی مورد توجه قرار نگرفت و عده‌ای از علما از جمله آیت الله خوئی نیز در منهاج الصالحین نظر سید را مورد انتقاد قرار داده استو نظر ایشان را در مورد غائب مفقودالاثر ضعیف دانستند و لازمه کلام او را جواز مبادرت به طلاق زوجه بدون اذن زوج شمرده‌اند؛ اما فقیهانی چون امام خمینی (ره) نظر سید محمدکاظم طباطبایی

یزدی را می‌پذیرد و معتقد است که اگر زوجه به واسطه نداشتن شوهر در حرج قرار گیرد به طوری که صبر کردن او منجر به فساد شود حاکم حتی قبل از گذشت چهار سال می‌تواند او را طلاق دهد (کریمی، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۱۳۹). بلکه اگر در مدت مذکور نیز در معرض فساد است و رجوع به حاکم نکرده است در صورت یأس، جواز طلاق برای حاکم بعید نیست.

همچنان که ملاحظه می‌گردد امام خمینی (ره) به علت اهمیت مفسده ایجاد و جنبه عمومی آن برای حاکم حق می‌داند حتی بدون درخواست زوجه نسبت به طلاق وی اقدام نماید.

فتوای امام خمینی (ره) در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مورد توجه قرار گرفت. متن اصلاح شده این ماده به صورت زیر می‌باشد:

در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسرو 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 (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۸۲).

امام خمینی (ره) در پاسخ پرسشی که از سوی فقهای شورای نگهبان به هنگام اصلاح این ماده قانونی از ایشان به عمل آمد فرمودند: طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام و ادا به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده شود و اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است (مهرپور، ۱۳۸۸، ص ۲۴۴).

از متن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی این‌طور برمی‌آید که مستند فقهی این ماده قاعده لاضرر و لاجرح هست که بر اساس جاری شدن این دو قاعده، حاکم شرع می‌تواند زوجه را بدون رضایت زوج طلاق دهد؛ بنابراین یکی دیگر از دلایل اثبات این نظریه، که البته به عنوان مبانی طلاق قضایی نیز می‌توان از آن نام برد، قاعده نفی عسر و حرج و قاعده نفی ضرر (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) هست.

جمع بندی

از مطالب فوق نتیجه می‌گیریم که نکاح سنت پیامبر اکرم (ص) بوده و مبعوض‌ترین چیزها نزد آن بزرگوار، طلاق است؛ اما توجه دین خاتم (ص) به ضرورت وجودی طلاق، موجب باز گذاردن راه رهایی زوجین از ورطه زندگی است که بر اساس تفاهم و عشق نبوده، سد راه هدف غایی آفرینش که همانا تکامل است شده باشد. طلاق حلال مبعوض است. از آن جهت حلال است که زندگی زناشویی بر خلاف عقود دیگر، یک علقه طبیعی است نه قراردادی و آن گاه که این علقه طبیعی از بین برود، هیچ قانونی نمی‌تواند زن و شوهر را به یکدیگر متصل نماید. خانواده از نظر اسلام یک واحد زنده است و اسلام کوشش می‌کند این موجود به حیات خویش ادامه دهد؛ اما وقتی که این موجود زنده مُرد، اسلام با نظر تأسف به آن می‌نگرد و اجازه دفن آن را صادر می‌کند؛ ولی حاضر نیست پیکره او را با مومیای قانون مومیایی کند.

کتابنامه

قرآن کریم

- امامی، سید حسن (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- انصاری، مرتضی (۱۳۷۲)، مکاسب، قم: انتشارات دهاقانی.
- بحرالعلوم، عزالدین (۱۳۸۴)، بحوث فقهیه، نجف: بی جا.
- بحرانی، شیخ یوسف (بی تا)، الحدائق الناضرة، تحقیق: محمد تقی ایروانی، قم: مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- حرّ عاملی، مرتضی (۱۴۰۳)، وسائل الشیعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ پنجم.
- حقانی زنجانی، حسین (۱۳۶۵)، طلاق یا فاجعه انحلال خانواده، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- خمینی، روح الله (۱۳۹۸ ق)، تحریر الوسیله، بیروت: انتشارات الدار الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، قم: انتشارات داودی.
- صفائی، سیدحسین، امامی، اسدالله (۱۳۷۰)، حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (بی تا)، تکمله العروه الوثقی، قم: مکتبه الداوری.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۶)، مجمع البیان، بیروت: دارالمعرفه للطباعه والنشر.
- طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویه.
- طوسی، ابن حمزه (۱۴۰۸)، الوسیله الی نیل الفضیله، قم: مکتبه السید المرعشی، چاپ اول.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۵۱)، المبسوط، تهران: مکتبه المرتضویه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (بی تا)، قواعد الاحکام، تهران: انتشارات رضی.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی (۱۴۱۵)، الوافی، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین علی (ع).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم.
- کاتوزیان، ناصر (بی تا)، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران: نشر میزان.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸ ق)، کافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم.

- کریمی، حسین (۱۳۶۵)، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره)، قم: انتشارات شکور
- گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۳۸۲)، مجمع المسائل، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ اول.
- گلپایگانی، محمد رضا (۱۴۰۶)، مجمع المسائل، قم: مؤسسه دار الفکر.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳)، بحارالانوار، بیروت: مؤسسه الوفاء، چاپ سوم.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۶۴)، المعتمد، قم: مؤسسه سیدالشهداء.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۸)، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، تهران: چاپ اطلاعات.
- میرزای قمی، ابو القاسم (بی‌تا)، جامع الشتات، تهران: منشورات شرکه الرضوان.
- نجفی خوانساری، شیخ موسی بن محمد (۱۴۱۸)، منیه الطالب فی شرح المکاسب، تقریرات میرزا محمد حسین نائینی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۹۳)، جواهرالکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.