

# طلاق قضایی در فقه اسلامی و حقوق ایران

صدیقه فقیه حبیبی\*  
عصمت السادات طباطبایی لطفی\*\*  
علیرضا عسگری\*\*\*

تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۴/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۹/۱۴

## چکیده

اسلام در نظام حقوق خانواده طلاق را به حکم اولی در اختیار زوج قرار داده و حق طلاق برای زوج از مسلمات فقهی است، ولی شارع مقدس ایفای طلاق را با تحقق شرایطی به حکم ثانوی به نهاد قضایی نیز واگذار کرده که به آن «طلاق قضایی» اطلاق شده است. تعیین موارد طلاق قضایی، شرایط و گستره آن و نیز ماهیت آن نسبت به رجعی یا بائن بودن نیازمند دقت‌های فقهی - حقوقی است که در تحقیق حاضر، به روش توصیفی - تحلیلی، پس از اثبات مشروعیت طلاق قضایی مورد واکاوی قرار گرفته است. باتوجه به ادله مشروعیت طلاق قضایی، لزوم رعایت مصلحت خانواده و حقوق طرفین و آرای فقها اعم از شیعه و اهل سنت، به این نتیجه رسیدیم که طلاق قضایی را باید از نوع طلاق رجعی دانست با این تفاوت که در این نوع طلاق، حاکم، هم در طلاق و هم در رجوع، ولی و قیم زوجه است و لذا امکان رجوع نیز باید به تصمیم و صلاحدید حاکم باشد.

واژگان کلیدی: طلاق قضایی، طلاق رجعی، طلاق بائن، عسروخرج.

\* دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران (habibifershte@gmail.com)

\*\* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران / نویسنده مسئول (esmat.tabaa@qom-iau.ac.ir)

\*\*\* استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران (Alireza.asgari88@mail.com)

## مقدمه

در شریعت اسلام حق طلاق ابتدائاً در اختیار مرد است. اما گاه، زندگی چنان بر زن دشوار می‌شود که شکوه خود را نزد حاکم شرع برده و تقاضای جدایی می‌کند. شریعت نیز با تعیین شرایطی به حاکم، اجازه طلاق را داده است. به چنین طلاق، طلاق قضایی، طلاق قضایی اطلاق می‌شود. تعیین موارد طلاق قضایی و نیز ماهیت آن نسبت به رجعی یا بائن بودن نیازمند دقت‌های فقهی - حقوقی است که در این پژوهش پس از اثبات مشروعیت طلاق قضایی مورد بررسی قرار می‌گیرد. تعیین ماهیت طلاق قضایی از جهت تأثیر گذاری بر حقوق زن از حیث استحقاق نفقه و توارث و از طرفی احتمال رجوع مرد در ایام عده و بی‌اثر نمودن دخالت حاکم در امر طلاق چالش برانگیز است. در حال حاضر در دادگاه‌ها سعی می‌شود با واقع ساختن طلاق به صورت خلع یا مبارات، در صورت امتناع زوج از طلاق، مانع حق رجوع مرد شد که این خود از طرفی منوط به بذل مال از جانب زن و نیز محروم ساختن وی از حقوق مالی در ایام عده می‌گردد؛ براین اساس در نظر گرفتن جوانب مختلف در مشخص نمودن ماهیت طلاق قضایی با عنایت بر مبانی فقهی اهمیت می‌یابد.

هرچند در اکثر مطالعاتی که در زمینه طلاق قضایی صورت گرفته با تأکید بر «اصل در رجعی بودن طلاق»، طلاق قضایی رجعی دانسته شده، لیکن به دلیل مناقض بودن آن با لزوم دخالت حاکم در امر طلاق، چالش همچنان باقی و مسئله نیازمند بررسی‌های بیشتر می‌باشد. فاطمه علایی رحمانی در مقاله‌ای تحت عنوان «طلاق قضایی» با رویکردی حقوقی به ماهیت و موارد طلاق قضایی پرداخته و در راستای حفظ حقوق زنان، ماهیت طلاق قضایی را رجعی دانسته‌اند. محمد روشن و مصطفی مظفری در مقاله‌ای تحت عنوان «طلاق قضایی و ماهیت آن» نیز با رویکردی حقوقی به بحث پیرامون ماهیت طلاق قضایی پرداخته و وکالت زوج در طلاق را یکی از مصادیق طلاق قضایی را مطرح نموده‌اند که قابل نقد به نظر می‌رسد. سیدعلی علوی قزوینی در مقاله‌ای تحت عنوان «طلاق قضایی گامی موثر در احقاق حقوق زن» نظریه طلاق قضایی را به‌عنوان یک راه حل فقهی و حقوقی در جهت مشکل حق طلاق برای زنان مطرح نموده و با رویکرد حقوقی طلاق قضایی را تبیین نموده است. محبوبه ایوانی و محمد صالحی مازندرانی در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی فقهی و حقوقی ماهیت طلاق قضایی» سعی نموده‌اند با بائن دانست طلاق قضایی، مسائل و مشکلات مرتبط با طلاق قضایی را رفع کنند.

تحقیق حاضر ضمن استفاده از تحقیقات پیشین، حاوی نوآوری‌هایی می‌باشد که از آن جمله

می‌توان به رویکرد فقهی آن در مقایسه با تحقیقات قبلی که بیشتر با رویکرد حقوقی است، اشاره نمود. در این تحقیق علاوه بر دیدگاه فقهای شیعه و مواد قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، دیدگاه‌های فقهای اهل سنت و احوال شخصیه کشور مصر نیز مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

بنا بر اهداف تحقیق، در پژوهش حاضر، ضمن ارائه تعریفی دقیق و جامع از طلاق قضایی، ابتدا مشروعیت و وجود چنین طلاقی در دستورات شرع اسلامی بررسی می‌گردد. پس از آن، با در نظر داشتن روح حاکم بر ادله طلاق قضایی و مصلحت خانواده، سعی بر این است تا با بررسی مصادیق طلاق قضایی، شروط و احکام آن‌ها از منظر فقهای شیعی و اهل سنت حکمی مناسب در رجعی یا بائن دانستن طلاق قضایی ارائه گردد.

## ۱. مفهوم‌شناسی طلاق قضایی

واژه طلاق از ماده «طلق» است و در لغت به معنای مطلق تخلیه و ارسال آمده؛ یعنی خالی کردن و رها کردن (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۴۲۰) یا رهایی از عهد و پیمان (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۵۲۳) است. این واژه به عنوان استعاره برای آزادسازی راه زن برای جدایی از مرد نیز استفاده شده است (فراهیدی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۱۰۱).

واژه طلاق در اصطلاح شرع به معنای از میان بردن قید و بند ازدواج به وسیله واژه «طالق» و مانند آن است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۲، ص ۲).

فقیهان و حقوقدانان، برای طلاق قضایی تعریف اصطلاحی دقیقی که جامع افراد و مانع اغیار باشد بیان نکرده‌اند؛ به همین دلیل است که گاه برخی از موارد طلاق به اشتباه در مبحث طلاق قضایی مطرح می‌شود؛ لذا تعریف جامعی از طلاق قضایی لازم است تا محدوده آن را به درستی بیان کند. بهترین تعریف عبارت است از «طلاقی که با درخواست زوجه و نارضایتی زوج از طلاق، به اجبار حاکم یا عدول مؤمنین محقق می‌شود».

این تعریف، شامل قیودی است که هر قید به‌دلیلی در تعریف گنجانده شده است:

۱. درخواست زوجه: زوجه می‌تواند در صورت مفقود شدن زوج، ناتوانی زوج از پرداخت نفقه یا عسرو حرج و ضرر، تقاضای طلاق نماید. شکایت زوجه مبنی بر اجبار زوج به پرداخت نفقه یا رفع علت عسر، عاملی برای حکم به طلاق نیست بلکه طلاق باید با درخواست زوجه بر آن باشد.

۲. نارضایتی زوج از طلاق: در این نوع طلاق، زوج، راضی به طلاق نیست؛ زیرا اگر او هم راضی باشد، طلاق توافقی است. این نارضایتی به دو طریق آشکار می‌شود: الف) اعلام صریح به راضی نبودن؛ ب) حاضر نشدن در جلسه تصمیم‌گیری.
۳. اجبار حاکم یا عدول مؤمنین: در این نوع طلاق، حاکم شرع یا در صورت نبودن حاکم شرع، عدول مؤمنین با بررسی شواهد زوج و تحقق شرایط، مرد را به طلاق، مجبور می‌کنند و اگر زوج به این اجبار تمکین نکند یا اجبار او ممکن نبود، خود حاکم، زن را طلاق می‌دهد.

## ۲. مبانی مشروعیت طلاق قضایی

مرد در شریعت اسلام، می‌تواند هر زمانی که خواست زن خود را طلاق دهد به عبارت دیگر، مرد صاحب اختیار طلاق است؛ «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۵، ص ۳۰۶) اما مرد همیشه به تنهایی صاحب اختیار طلاق نیست بلکه شرع در مواردی این امر را به حاکم واگذار نموده است.

مشروعیت طلاق قضایی از طریق قواعد فقهی و ادله عقلی و نقلی توسط برخی از بزرگان تبیین گردیده و فقهای شیعی و اهل تسنن (به جز فقهای حنفی) نوعاً مشروعیت فی الجمله آن را پذیرفته‌اند. در اینجا به برخی از آیات و روایات مورد استناد بسنده می‌شود:

### ۲-۱. آیات قرآنی و طلاق قضایی

آیه ۲۲۹ سوره بقره که می‌فرماید: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِنْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» طلاق دو بار قابل رجوع است، پس مرد باید با خوشی و سازگاری زن را نگه دارد یا به نیکی او را رها کند.

آیه ۲۳۱ سوره بقره نیز می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...» هنگامی که زنان را طلاق دادید و به پایان عده خود نزدیک شدند، آنان را با رجوع به شایستگی نگه دارید یا با ترک رجوع، به نیکی و درستی رها کنید. آنان را برای آزار رساندن و زیان زدن نگه ندارید تا بر آنان تعدی و ستم کنید. هر کس چنین کند قطعاً به خود ستم کرده است....

بر اساس دو آیه فوق، بر شوهر واجب تخیری است که درباره همسرش یکی از دو رفتار را داشته باشد، معاشرت شایسته یا جدایی به نیکی؛ پس اگر در این واجب تخیری، معاشرت شایسته

را ترک کند، بر او لازم و واجب است که زن را طلاق دهد. حال اگر شوهر به هیچ کدام از این دو امر ملتزم نشود، حاکم از طرف شرع موظف است مرد را ملزم به انتخاب یکی از دو رفتار نماید. اگر باز هم شوهر امتناع ورزید، حاکم به عنوان ولی ممتنع از حقوق زن، با درخواست زن او را طلاق دهد (حلی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۱).

بنا بر آنچه بیان شد، اثبات تقصیر و تعدد شوهر در ترک وظایفش برای طلاق قضایی ضرورت ندارد بلکه در صورت قصور هم زن می تواند درخواست طلاق خود را به دادگاه صالحه، ارائه نماید. آیه ۲۳۱ سوره بقره «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» اطلاق دارد؛ بنابراین شامل هرگونه ضرری می شود، خواه در متضرر شدن زن، مرد قاصر باشد یا مقصر.

## ۲-۲. روایات و طلاق قضایی

روایت اول: «رَوَى عَاصِمُ بْنُ حَمِيدٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ: مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسُهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَ يَطْعُمُهَا مَا يَقِيمُ ضَلْبَهَا كَانَ حَقًّا عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا» (ابن بابویه، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۴۱)؛ امام باقر ع فرمود: کسی که زوجه ای دارد اما لباس مناسبی که بدن او را بپوشاند برایش تهیه نمی کند و خوراک درستی که کمر راست کند (قدرت و توان انجام امور زندگی را داشته باشد) به او نمی دهد، وظیفه حاکم است که بین آن دو جدایی بیاندازد.

روایت دوم: «رَوَى رَبِيعُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ وَ الْفَضِيلُ بْنُ يَسَارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي قَوْلِهِ عَزَّ وَ جَلَّ «وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» (طلاق: ۷) قَالَ: إِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَا يَقِيمُ ظَهْرَهَا مَعَ كَسْوَةٍ وَ إِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» (همان)؛ امام صادق ع درباره آیه ۷ سوره طلاق فرمود: اگر خوراک او را بدهد چنان چه کمر راست کند و او را بپوشاند (وظیفه خود را انجام داده) وگرنه بینشان جدایی انداخته می شود. این دو روایت، سند صحیحی دارند و از لحاظ دلالت نیز صریح در آن است که با شرایط خاص، امام بین زوجین جدایی می اندازد.

در میان مذاهب اهل سنت، پیروان ابوحنیفه، تملک قاضی و حاکم بر طلاق را نمی پذیرند و قاضی فقط در صورت وجود عیوب روابط زناشویی اجازه فسخ نکاح را دارد. برخی از فقیهان مذهب حنفی، جنون، جزام و برص را نیز بر این موارد افزوده اند (ابوزهه، ۱۹۴۸، ص ۳۴۷). اما سه مذهب فقهی دیگر اهل سنت (حنبل، شافعی و مالکی) طلاق قضایی را فی الجمله پذیرفته اند.

### ۳. موارد طلاق قضایی

در این نوع طلاق، زوجه نخست از دادگاه تقاضای طلاق می‌کند و دادگاه با رعایت شرایطی حکم به طلاق می‌دهد. برخی موارد به طور مشخص در قانون مدنی ذکر شده و از پشتیبان فقهی برخوردار می‌باشد و برخی دیگر به طور عام مد نظر حاکم شرع قرار می‌گیرد و مصادیق زیادی دارد که تشخیص آن با محکمه است و در صورت محرز شدن حاکم می‌تواند زوجه را طلاق دهد. با توجه به آنچه بیان شد طلاق قضایی شامل موارد زیر است.

#### ۳-۱. دریافت نکردن نفقه

نفقه زوجه دائم در صورت تمکین زوجه، بر زوج واجب است. اگر زوج توانایی مالی داشته باشد اما از دادن نفقه استنکاف کند، حاکم ابتدا او را اجبار به پرداخت می‌کند، اگر بازهم مرد به اجبار حاکم تمکین نکرد، حاکم از دارایی‌های مرد، نفقه زوجه را پرداخت می‌کند اما اگر این کار هم امکان نداشت، با درخواست زن مبنی بر طلاق، حاکم می‌تواند حکم به جدایی کند. فقط فقیهان حنفی مذهب هستند که چنین طلاق را جایز نمی‌دانند (همان، صص ۲۴۵ و ۳۴۷).

در صورتی که زوج، ابتدا توانایی پرداخت نفقه را داشت اما پس از عقد، عاجز از پرداخت نفقه شد، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد که دو نظریه بیشترین قائل را دارد:

**دیدگاه اول:** زوجه باید تحمل کند و حق فسخ یا طلاق برای زن یا حاکم نیست (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۱۷ / ابن‌ادریس حلّی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۹۲ / خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، صص ۲۸۷ و...).  
**دیدگاه دوم:** اگر زوجه نفقه خود را به دلیل عجز زوج از پرداخت یا استنکاف او دریافت نکند، می‌تواند به حاکم شرع رجوع کرده و تقاضای طلاق کند. دو روایت سابق و روایات دیگری بر این مورد تصریح دارند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۵۱۲). این روایات، اطلاق داشته هم شامل استنکاف زوج از نفقه و هم عجز او از پرداخت نفقه می‌شود. ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی نیز به آن تصریح می‌کند: «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».

آیت الله خوئی<sup>ع</sup> می‌گوید: در صورت ناتوانی زوج از دادن نفقه، زن می‌تواند به حاکم شرع شکایت کند، در آن صورت، حاکم شرع 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 زوجه می‌تواند نزد حاکم شرع شکایت کند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۸۸).

فقیهان مذاهب عامه، دیدگاه‌های متفاوتی را در باره این مصداق از طلاق قضایی بیان کرده‌اند. سه مذهب فقهی حنبلی، شافعی و مالکی، همانند مذهب امامیه، این اجازه را به حاکم قضایی می‌دهند که در صورت عجز یا امتناع زوج از پرداخت نفقه به درخواست زوجه، دستور به افتراق زوجین بدهد اما عالمان حنفی، عجز یا امتناع زوج از پرداخت نفقه را محلی برای طلاق گرفتن زوجه نمی‌دانند و زوجه را ملزم به قبول شرایط موجود می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۱۷). حنفیان بر این باورند که اگر مرد توانایی مالی دارد و انفاق نمی‌کند، می‌توان مرد را به طرق دیگر مانند تعزیر یا فروش اموالش ملزم به انفاق کرد و اگر توانایی نفقه ندارد، به زن ظلمی نشده است (ابوزهرة، ۱۹۴۸، ص ۳۵۰). پاسخ حنفیان این است که سایر فرق هم در ممتنع نفقه، اولین راه را طلاق نمی‌دانند بلکه در صورت ممکن نبودن الزام، حکم به طلاق داده می‌شود.

ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۴ قانون احول شخصیه کشور مصر نیز بر اساس قول مشهور تدوین شده است. در صورت عجز شوهر، قطعاً اگر عدم پرداخت نفقه، زوجه را با مشکلاتی در زیست طبیعی مواجه کند، حکم به پذیرش چنین شرایطی جفا در حق انسان بوده و به دور از اخلاق اسلامی و انسانی است. و اگر عامل عدم انفاق، امتناع زوج باشد، ظلم و ضرر آشکاری است که نمی‌توان زن را مجبور به پذیرش و صبر در برابر آن کرد. فقیهان عامه و خاصه نیز از آیات قرآن همین برداشت را داشته‌اند در آن جا که خداوند می‌فرماید: «فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (بقره: ۲۳۱). خداوند، به وجوب تخیری مردان را ملزم می‌کند که نسبت به همسرانشان یکی از کار را برگزینند: زندگی پسندیده‌ای با آنها داشته باشند یا به نیکی آنها را طلاق دهند. اگر مرد، یکی از این دو را انتخاب نکرد، حاکم، ولی ممتنع می‌شود به درخواست زن او را طلاق می‌دهد. در ادامه آیه خداوند می‌فرماید: «وَلَا تُنْفِقُوا مِنْ مَّا رَزَقْتُمْ مِنْهُ إِسْتِغْنَاءَ لِنَفْسِكُمْ إِذَا دَلْتُمْ الزَّوْجَاطَ بِمَا نَفَقْتُمْ» (بقره: ۲۳۱). اگر افاقه نکرد، جلو ضرر را با طلاق بگیرد. (ابوزهرة، ۱۹۴۸، ص ۳۴۹).

اهل سنت دلیل اولویت را نیز بر چنین طلاق اقامه کرده‌اند به این صورت که اگر مرد عیبی تناسلی داشته باشد که نمی‌تواند با زوجه همبستر شود، شرع اجازه داده که زن از مرد جدا شود؛ زیرا بقای بر چنین حالتی، ظلم به زوجه است. شکی هم نیست که ظلم ندادن نفقه، بیش از ظلم

ناتوانی جنسی است؛ پس به طریق اولی زن می‌تواند درخواست جدایی کند (همان). شاید دلیل چنین اولی‌تی این باشد که با نبود روابط زناشویی، حیات زوجه محفوظ است اما با عدم انفاق، حیات او در خطر می‌افتد.

به نظر می‌رسد اولیت قطعیه‌ای ثابت نیست و عدم انفاق را نمی‌توان ملازم با خطر جانی دانست. می‌توان مصادیقی را یافت که زن چون درآمدی از خود دارد با دریافت نکردن نفقه در سختی قرار نگیرد و ضرری هم متوجه او نشود؛ بنابراین موضوع ضرر منتفی است. با این حال، علمای امامیه به استناد برخی روایات مطلق، بازهم حکم به طلاق داده‌اند؛ زیرا این روایات، متعرض اضرار نیستند. علمای اهل سنت دلیل بر این طلاق را بر مبنای ضرر بنیان نهاده‌اند که با چنین مصادیقی نمی‌تواند حکم به طلاق بدهند؛ زیرا با نفی موضوع، حکم نیز نفی می‌شود؛ مگر این‌که گفته شود: غلبه مورد باعث می‌شود که موارد نادر هم ملحق به حکم اکثر شود.

میزان نفقه زوجه باید مناسب با شأن او (حلی، ۱۴۱۵، ص ۱۸۴) و متعارف زنان مثل او در آن دیار (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۹۳) باشد اما مذاهب سه‌گانه اهل سنت (حنبلی، شافعی و مالکی) میزان نفقه را کمترین میزان مورد نیاز زن دانسته‌اند (ابن قدامه مقدسی، [بی‌تا]، ج ۹، ص ۲۶۸).

### ۳-۲. مفقود شدن زوج

روایات صحیح در کتب روایی شیعه، بیانگر آن است که اگر زوج مفقود باشد، حاکم می‌تواند پس از چهار سال تفحص از حال شوهر و پرداخت نشدن نفقه از مال زوج یا ولی زوج، زن را طلاق دهد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۱۴۷-۱۴۸). ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی نیز بر آن تصریح دارد: «هرگاه شخصی چهار سال تمام، غایب مفقودالاثرباشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند». این ماده قانونی بر خلاف حکم فقهی، اطلاق دارد و متعرض بحث نفقه نیست؛ بنابراین زن با گذشت چهار سال از مفقودی همسرش می‌تواند از محاکم تقاضای طلاق کند هرچند نفقه نیز به او پرداخت شود. برخی علمای مذهب مالکی این زمان را سه سال و برخی یک سال دانسته‌اند (ابوزهره، ۱۹۴۸، ص ۳۶۷) و حنابله زمان را شش ماه می‌دانند اما مذاهب حنفی و شافعی، اصل این طلاق را نپذیرفته‌اند.

ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در توضیح عنوان غایب مفقودالاثرب می‌گوید:



«غایب مفقودالاثَر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد». علمای اهل سنت غایب را دوگونه می‌دانند: ۱. غایبی که خبری از احوال او در دسترس نیست یا نمی‌توان با او ارتباط برقرار کرد. در این صورت با گذشت زمان انتظار زوجه، حاکم دستور به طلاق قضایی می‌دهد. ۲. غایبی که وضعیت او مشخص است و می‌توان به او نامه نوشت یا ارتباط برقرار کرد. در این صورت به زوج مهلت داده می‌شود که وضعیت زوجه را مشخص کند. اگر به وظیفه خود تمکین نکرد، حاکم طلاق قضایی را اجرا می‌کند. پس مشخص شد که اهل سنت، عنوان را غائب قرار داده‌اند که بسیار عام است اما علمای امامیه عنوان را بر مفقودالاثَر قرار داده‌اند که محدوده کمتری از غایب را شامل می‌شود و سایر مصادیق غایب را در عناوینی چون دریافت نکردن نفقه یا عسرو حرج، مطرح کرده‌اند.

می‌توان این مصداق از طلاق قضایی در فقه امامیه را در ضمن بحث نفقه مطرح نمود و فرعی از عنوان دریافت نکردن نفقه دانست؛ زیرا آنچه محور اصلی طلاق در این روایات بوده، پرداخت نفقه و مخارج است و در صورتی که شوهر، اموالی داشته باشد که نفقه را تأمین کند یا ولی شوهر متقبل آن شود، حاکم نمی‌تواند زن را طلاق دهد: «وَ إِنْ لَمْ يَخْبِرْ عَنْهُ بِشَيْءٍ حَتَّى تَمْضِيَ الْأَرْبَعُ سِنِينَ دُعِيَ وَ لِي الرِّوَجُ الْمَفْقُودُ فَقِيلَ لَهُ هَلْ لِلْمَفْقُودِ مَالٌ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَنْفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى يَعْلَمَ حَيَاتَهُ مِنْ مَوْتِهِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ قِيلَ لِلْوَلِيِّ أَنْفَقْ عَلَيْهَا فَإِنْ فَعَلَ فَلَا سَبِيلَ لَهَا إِلَى أَنْ تَنْزَوِّجَ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۱۴۷-۱۴۸)؛ اگر از زوج خبری نشود تا این که چهار سال بگذرد، ولیّ زوج فراخوانده می‌شود و به او گفته می‌شود که آیا زوج مالی دارد؟ اگر مالی دارد از همان، نفقه پرداخت می‌شود تا زمانی که زنده بودن یا مرگ زوج معلوم شود. اگر مالی ندارد از ولیّ زوج خواسته می‌شود که نفقه را پرداخت کند. اگر ولی، نفقه را تقبل کند، زوجه راهی ندارد که ازدواج مجدد کند.

فقهای شیعه نیز بر اساس همین روایات، در صورت تأمین مالی، صبر بر زوجیت را بر زن واجب دانسته‌اند: «فَإِنْ أَنْفَقَ، لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ خِيَارٌ، وَ وَجِبَ عَلَيْهَا الصَّبْرُ أَبَدًا» (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۳۸)؛ اگر نفقه پرداخت شد، زوجه، خیار در صبر یا طلاق ندارد و واجب است که برای همیشه صبر کند. این مورد مصداقی از بحث دریافت نکردن نفقه است که عامل این دریافت نشدن، مفقود بودن شوهر است که به خاطر تعیین تکلیف حیات زوج، شارع، شرط تفحص در مدت زمانی چهار سال را مطرح کرده است.

ولی در بعضی از روایات، طلاق و جدایی مشروط به پرداخت نشدن نفقه نشده و مطلق آمده

است چنان‌که امام صادق علیه السلام در حدیثی فرمود: «... وَ إِنْ لَمْ تَعْلَمْ أَيْنَ هُوَ مِنَ الْأَرْضِ كُلِّهَا وَ لَمْ يَأْتِهَا مِنْهُ كِتَابٌ وَ لَا خَيْرٌ فَإِنَّهَا تَأْتِي الْإِمَامَ فَيَأْمُرُهَا أَنْ تَنْتَظِرَ أَرْبَعَ سِنِينَ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ص ۱۴۸)؛ زنی که بر مفقودشدن شوهر سکوت نماید و صبر کند، کاری به او نداشته باشند اما اگر این مسئله را نزد حاکم برد (صبر نکرد و تقاضای طلاق نمود) چهار سال به زوجه مهلت داده می‌شود. هرچند در این روایت اشاره‌ای به نفقه نشده است اما چون در چندین روایت صحیح‌السند، تصریح به شرط نفقه شده، اطلاق این روایت توان مقاومت در مقابل قید و شرط مذکور را ندارد لذا تقييد می‌خورد. هرچند که برخی از فقیهان گفته‌اند: پس از گذشت چهار سال، قاضی می‌تواند به درخواست زن او را طلاق دهد، هرچند ولی یا وکیل مفقودالاثر، متکفل پرداخت نفقه زن شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۷۵).

علمای مذاهب مالکی و حنبلی از اهل سنت هم این مصداق طلاق قضایی را زیرمجموعه عنوان ضرر مطرح کرده‌اند (ابوزه، ۱۹۴۸، ص ۳۶۶-۳۶۷) برخی علمای امامیه نیز در مواردی که عنوان ضرر مطرح باشد، آن را ذیل احکام عسروخرج و ضرر آورده‌اند که در مباحث آتی بررسی می‌شود.

در مواردی که طلاق با عنوان مفقودالاثر باشد، احکام خاصی در امامیه و اهل سنت دارد که به‌همین دلیل کمی بیشتر آن را بسط می‌دهیم:

حنابله در صورتی که علت غیبت زوج موجه باشد حکم به طلاق نمی‌دهند. این موارد شامل: سفر تجاری، سفیر بودن زوج، کسب علم و... که نمی‌تواند همسرش را با خود ببرد (همان، ص ۳۶۷). علمای حنبلی با این‌که دلیل طلاق قضایی در مصداق غایب را تحقق عنوان ضرر برای زوجه می‌دانند عجیب است که چنین حکم کرده‌اند؛ زیرا با تحقق موضوع، حکم هم باید محقق شود. اگر مردی برای علم‌آموزی قرار است سالیان زیادی در کنار همسرش نباشد یا از وضعیت او خبری نیست، فتوای صبر بر این وضعیت، حکم به پایمال نمودن حقوق و نیازهای انسانی و شرعی زن است درحالی‌که «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام». این حکم با امساک به معروفی که در قرآن به آن امر شده نیز منافات دارد لذا حاکم موظف است به‌عنوان ولی زوج، «تسریح باحسان» را برای تعیین تکلیف زوجه، برگزیند.

فقهای امامیه درباره شروع زمان چهار سال انتظار، دو دیدگاه را بیان نموده‌اند:

الف) زمان شروع چهار سال از وقتی است که زوجه درخواست طلاق خود را نزد قاضی مطرح

کند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۳۶)؛

ب) احتساب زمان چهار سال از وقتی است که زوج مفقود شده، نه از زمان دادخواست طلاق (فیض کاشانی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۵۱). ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی نیز براساس همین دیدگاه تصویب شده است. مواد ۲۱ و ۲۲ قانون احوال شخصیه کشور مصر نیز چهار سال از مفقودیت را ملاک قرار داده است.

باتوجه به پویایی فقه جعفری و تأثیر زمان و مکان در احکام، نیکو است که به این نکته توجه شود که شاید بتوان گفت: گذشت چهار سال، موضوعیت ندارد بلکه طریقت دارد؛ یعنی راهی است برای این که از پیداشدن زوج ناامید شده و حاکم بتواند حکم به طلاق بدهد. اگر زمان را طریق بدانیم نه موضوع، پس شارع این مدت را نسبت به زمان خود بیان نموده است که معمولاً مسافرت‌ها با پای پیاده یا چهارپایان انجام می‌شد که مدت زیادی طول می‌کشید، اطلاع یافتن از احوال دیگران نیز با نوشتن نامه بود چنان‌که روایت فرمود: «نَعَتْ الْوَالِي أَوْ يَكْتُبُ إِلَى النَّاحِيَةِ الَّتِي هُوَ غَائِبٌ فِيهَا» که این هم زمانبر بود، مسافرت‌ها خطرناک بود و افراد بسیاری جان خود را بر اثر حمله راهزنان، حیوانات وحشی یا بیماری از دست می‌دادند؛ بنابراین در عصر حاضر که زمان مسافرت‌ها کوتاه‌تر شده، خطر کمتری وجود دارد و سیستم شناسایی مناسبی برای افراد متوفی و زنده وجود دارد، شاید بتوان زمان چهار سال را کم‌تر نمود هرچند که به دلیل تصریح روایت به چهار سال، هیچ فقیهی حکم به کم‌تر از آن ننموده است.

مؤید این فرضیه آن است که مبنای طلاق حاکم، بر فوت فرضی زوج است. چنان‌چه ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، تفصیل این طلاق را موقوف به ماده ۱۰۲۳ می‌کند که مبنای طلاق در این ماده، حکم به موت فرضی غایب است. ماده ۲۲ قانون احوال شخصیه کشور مصر نیز به همین نکته اشاره دارد. پیشرفت‌های علمی می‌تواند ابزاری برای تسریع در نتیجه ناامیدی از پیداشدن زوج و حکم فرضی به موت او شود. بر همین اساس زنی که بر اثر مفقودشدن شوهر، حکم به طلاق او داده شده است باید عده وفات را رعایت کند نه عده طلاق؛ زیرا این طلاق بر اساس حکم به فوت فرضی محقق شده است. «ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا عدة الوفاة» (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۴۰). ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی نیز آن را پذیرفته است: «زنی که شوهر او غایب مفقودالآثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عده وفات نگاه دارد». ماده ۲۲ قانون احوال شخصیه کشور مصر نیز، عده وفات را بر زن لازم می‌داند.

### ۳-۳. عسرو حرج و ضرر

قاعده نفی عسرو حرج و قاعده نفی ضرر از قواعد فقهی ای هستند که در صورت تحقق مجرای آن‌ها، حاکم بر ادله اولیه می‌باشند؛ لذا می‌توان برای توسعه مصادیق طلاق قضایی از آن‌ها بهره برد. قاعده نفی ضرر، هرگونه ضرری را در اسلام ناروا می‌داند، ولی قاعده نفی عسرو حرج، به این معنا است که مکلف عقلاً توانایی انجام دارد اما عرف آن را برای او قابل تحمل نمی‌داند. با نگاهی به روایات استنکاف زوج از پرداخت نفقه و مفقودالاثر، می‌توان دریافت که یکی از حکمت‌های وضع طلاق قضایی، نفی عسرو حرج و ضرر از زوجه است؛ لذا با تنقیح مناط، می‌توان مصادیق طلاق قضایی را محدود به آنچه در روایات وارد شده ندانست و توسعه داد.

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران در تعیین محدوده عسرو حرج لحاظ شده در این نوع از طلاق قضایی می‌گوید: «عسرو حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد». ماده ۶ احوال شخصیه کشور مصر نیز مراد از ضرر را ضرری می‌داند که دوام زندگی برای امثال زوجه ممکن نیست. از این ماده قانونی مشخص می‌شود که ماهیت ضرر لحاظ شده در این ماده، همان ماهیت عسرو حرج است.

توسعه طلاق قضایی در عنوان عسرو حرج در فقه امامیه را اولین بار مرحوم سیدیزدی در ملحقات عروه مطرح کرده و مثال‌هایی نیز بیان می‌کند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۷۵). ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز عنوان نفی عسرو حرج را مطرح و در تبصره‌ای برخی مصادیق آن را بیان می‌کند. ماده ۶ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۲۹ کشور مصر نیز بر جواز طلاق به استناد ضرر، تصریح می‌کند. فقیهان مذهب مالکی و حنبلی طلاق قضایی بر اساس ضرر زوجه را پذیرفته‌اند اما حنفیان و شافعیان، ضرر زوجه را نمی‌پذیرند (ابوزهره، ۱۹۴۸، ص ۳۶۲). شافعیان با این که طلاق قضایی در پرداخت نشدن نفقه را به استناد ضرر پذیرفته‌اند اما توسعه در سایر موارد ضرر را نمی‌پذیرند.

نافیان طلاق با استناد به ضرر زوجه معتقدند: با قرار دادن دو داور از طرف زوجین برای رفع خصومت و همچنین با تعزیر زوج برای الزام بر اصلاح رفتار، نیازی به طلاق نیست (همان، ص ۳۶۳). در پاسخ باید گفت: مثبتین جواز طلاق به استناد عسرو حرج و ضرر هم اولین راه را طلاق نمی‌دانند و قائلند که قاضی ابتدا باید زوج را ملزم به اصلاح رفتار نماید؛ چنانچه ماده ۶

قانون احوال شخصیه کشور مصر مصوب سال ۱۹۲۹ میلادی نیز تصریح می‌کند، «اگر ضرر اثبات شود و قاضی نتواند بین زوجین را اصلاح نماید، زوجه را طلاق بائن می‌دهد». در رویه قضایی جمهوری اسلامی نیز ابتدا قاضی سعی می‌کند زوج را ملزم به اصلاح رفتار نماید. قوانین جمهوری اسلامی به همین نیز اکتفا نکرده و مسئله حکمین را نیز در این روند قرار داده است. آیین نامه اجرایی تبصره یک ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، تصریح می‌کند: «نسبت به درخواست‌های طلاق که از طرف زوجین یا یکی از آنها به دادگاه مدنی خاص تسلیم می‌شود، چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه حل و فصل نگردید، رسیدگی به موضوع با صدور قرار به داوری ارجاع می‌گردد». پس از طی نمودن این مراحل، اگر بازم زوج، رفتار خود را اصلاح نکند و زوجه را هم طلاق ندهد، حاکم باید برای استیفای حقوق زوجه، او را طلاق دهد.

این نوع از طلاق قضایی مصادیق بسیاری می‌تواند داشته باشد که نمونه‌هایی از آن در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران آمده است:

۱. «ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه». این مصداق را اهل سنت تحت عنوان غایب معلوم الحال بررسی می‌کنند.

۲. «اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر یا ابتلا وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد...»

۳. «محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر». ماده ۱۴ احوال شخصیه کشور مصر، مصوب سال ۱۹۲۹ میلادی، زمان محکومیت زوج را سه سال یا بیشتر می‌داند مشروط به اینکه یک سال از زمان حبس گذشته باشد.

۴. «ضرب و شتم یا هرگونه سوءرفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد».

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

یکی از موارد عسرو حرج و ضرر برای زوجه، برآورده نشدن نیازهای جنسی است که امکان به گناه افتادن او وجود دارد، خواه زوجه غایب باشد یا حضور داشته باشد اما نیازهای زوجه تأمین نشود؛ بنابراین مواردی چون ایلاء (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۲۹) و ظهار (همان، ص ۶۶) نیز

می‌توانند مصداقی برای حکم به طلاق قضایی باشند.

### ۳-۴. وکالت داشتن زن در طلاق

زن می‌تواند در ضمن عقد، وکالت طلاق را از مرد، اخذ کند که در این صورت می‌تواند به‌عنوان وکیل مرد، خود را طلاق دهد. هرچند ممکن است برخی این نوع طلاق را نیز از اقسام طلاق قضایی بدانند اما براساس تعریفی که از طلاق قضایی بیان کردیم، این نوع طلاق قضایی نیست و طلاق توسط وکیل مرد که در اینجا زن باشد، محقق می‌شود.

### ۴. ماهیت طلاق قضایی

پس از اثبات مشروعیت طلاق قضایی و بیان مصادیق و شرایط آن، نیاز است که ماهیت این نوع طلاق، بررسی شود که آیا از نوع طلاق بائن است یا رجعی؟

طلاق بائن، طلاقی است که پس از آن زوج حق رجوع به زن را ندارد؛ خواه زن عده داشته باشد یا نداشته باشد؛ «فالبائن ما لیس للزوج الرجوع إليها بعده، سواء كانت لها عده أم لا» (خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۳۳۲).

طلاق رجعی در مقابل طلاق بائن طلاقی است که پس از آن اگر زن در عده باشد، مرد می‌تواند به زن رجوع کند و بدون این که مجدداً صیغه عقدی خوانده شود، زوجیت سابق احیا می‌شود.

در صورتی که طلاق قضایی از نوع رجعی باشد، جدایی به صورت کامل، محقق نشده و مشروط است و طرفین در حکم زن و شوهر هستند بنابراین احکام بسیاری بر آن مترتب است که می‌توان به نمونه‌های آتی اشاره نمود:

۱. در صورت فوت هرکدام از زوج یا زوجه، همسرش از او ارث می‌برد؛
۲. در طول عده طلاق، زن مستحق نفقه است؛
۳. طرفین از احصان خارج نمی‌شوند و در صورت زنا، با وجود سایر شرایط، مستحق رجم می‌شوند؛

۴. در زمان عده مرد نمی‌تواند با خواهر آن زن، ازدواج کند؛

۵. اگر در طول مدت عده طلاق، مرد بمیرد، زن باید عده وفات نگه دارد؛

و احکام بسیار دیگری که مجال بیان آنها نیست.

#### ۴-۱. ماهیت طلاق قضایی در فقه شیعه

با وجود نصوص شرعی در فقه امامیه درباره طلاق مفقودالاثَر، شکی نیست که ماهیت این طلاق، رجعی است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۲۸) اما درباره سایر مصادیق طلاق قضایی، فقها و حقوقدانان چند قول را برگزیده‌اند:

##### ۴-۱-۱. طلاق بائن

برخی از فقها و حقوقدانان، طلاق قضایی را بائن می‌دانند: «الظاهر أن الطلاق حينئذ بائن لا يجوز للزوج الرجوع بها أثناء العدة» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۰۱)؛ ظاهر آن است که طلاق در این حالت، بائن است و زوج، در مدت عدّه، حق رجوع به زوجه را ندارد.

فقها و حقوقدانان بر این ادعا ادله‌ای اقامه کرده‌اند:

۱. با تحقق جدایی بین زوجین، زمانی که شک در بازگشت عقد سابق شد، اصل استصحاب، جدایی حاصل شده را اثبات می‌کند.

این استدلال با مشکل مواجه است؛ زیرا چنین استصحابی، اصل مثبت است که مشهور علما آن را نمی‌پذیرند. با وجود شک در ماهیت طلاق، نمی‌توان استصحاب جدایی نمود؛ زیرا طلاق دو فرد دارد که در طلاق رجعی در زمان عدّه هنوز جدایی به معنای کامل تحقق نیافته و طرفین در حکم زن و شوهر هستند و اصل بحث هم در اثبات همین است.

۲. اصل رجوع در جایی است که طلاق در دست مرد باشد درحالی‌که در طلاق قضایی، اختیار طلاق در دست مرد نیست؛ لذا طلاق رجعی از این مورد انصراف دارد (مهرپرور، ۱۳۷۱، ص ۴۶).

این استدلال مخدوش دانسته شده؛ زیرا این اصل با ماهیت طلاق مفقودالاثَر نقض می‌شود و در جایی که امکان وحدت ماهیت میان همه اقسام طلاق قضایی وجود دارد این تفریق در ماهیت، صحیح نیست و وجهی ندارد.

۳. طلاق رجعی نقض غرض از وضع قانون طلاق قضایی است. با طلاق قضایی شوهر ملزم به جدایی می‌شود و اگر ماهیت این طلاق رجعی باشد مرد می‌تواند رجوع نموده و قصد و غرض

قانون را نقض کند.

۴. رجوع شوهر با مانع الهام گرفته از نظم عمومی روبرو است (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۴۴۰).

## ۴-۱-۲. در حکم بائن

برخی، اصل طلاق را رجعی می‌دانند اما رجعی بودن طلاق را نیز باتوجه به مقتضیات جوامع کنونی و رعایت حقوق زنان، نپذیرفته‌اند و ماهیت خاصی را برای طلاق قضایی تصویر کرده و آن را «در حکم بائن» دانسته‌اند (روشن و مظفری، ۱۳۸۸، ص ۲۷۱). این نظریه نیز مخدوش است؛ زیرا وقتی شارع، دو مصداق را برای طلاق بیان می‌کند، ایجاد مصداق سوم، نیازمند دلیل معتبر است و درحالی که می‌توان ماهیت طلاق قضایی را در همان مصداق بیان شده توسط شارع، ترسیم نمود، ابداع مصداق سوم، بدون پشتوانه و لغو است.

## ۴-۱-۳. طلاق رجعی

باتوجه به استغراق موجود در آیه ۲۸۸ سوره بقره و همچنین انحصار طلاق بائن در شش مورد توسط شارع، اصل در طلاق رجعی است؛ پس اگر طلاق، مصداق یکی از این شش مورد نباشد، طلاق رجعی است. برای پاسخ به اشکالات بیان شده، به جای تمسک به دیدگاه‌های مغلق و بدون پشتوانه باید راه حل را در کلام فقها و روح حاکم بر ادله شرعی جست‌وجو نمود.

همه فقها در طلاق قضایی، چه ماهیت آن را رجعی بدانند یا بائن، حاکم را ولی زوج ممتنع از طلاق می‌دانند: «ان الحاکم الشرعی ولی الممتنع، لذلک کان علیه ان یجری الطلاق بنفسه» (حلی، ۱۴۱۵، ص ۱۹۱)؛ حاکم، ولی ممتنع است؛ به همین دلیل، خود حاکم می‌تواند طلاق را جاری کند. آنچه مغفول مانده این است که فقها، این ولایت و قیومیت حاکم را تا زمان اجرای صیغه طلاق، لحاظ کرده‌اند؛ لذا پس از اجرای صیغه، حاکم وظیفه‌ای ندارد. درحالی که چون اثبات شد اصل در طلاق، رجعی بودن است باید وظیفه قیومیت و ولایت حاکم بر زوج را به بعد از طلاق نیز استمرار داد. اگر شک در استمرار این قیومیت وجود داشته باشد، اصل استصحاب، چنین ولایتی را اثبات می‌کند.

با رجعی دانستن طلاق قضایی ممکن است مرد با رجوع، قصد آزار زن را داشته باشد که با غرض طلاق قضایی منافات دارد اما حاکم ولی و قیّم زوج ممتنع است و ممتنع در این طلاق



مهجور است. همان‌گونه که مهجور در امور مالی، حق تصرف در اموال ندارد بلکه ولی و قیم او اجازه تصرف دارد در این طلاق نیز برای رجوع، نظر مرد ملاک نیست بلکه تصمیم بر عهده حاکم است. اگر حاکم یقین به قصد سوء مرد داشته باشد باید از رجوع جلوگیری کند. مرد فقط می‌تواند ادعای رفع مانع رجوع کند تا در صورت صحت کلام او، مصلحت خانواده نیز حفظ شود.

قانونگذار باید در وضع قوانین، مصلحت خانواده را رعایت نماید که در این مورد، مصلحت خانواده در بازگشت زوجین به زندگی مشترک است و جدایی بین زوجین آسیب‌های سختی به خانواده خصوصاً کودکان می‌زند. برای رعایت همین مصلحت است که طلاق، آخرین مرحله در طلاق قضایی است و حاکم موظف است که در صورت احراز تقصیر زوج، ابتدا او را نصیحت و منع نماید، اگر این امر افاقه نکرد او را تأدیب و تعزیر کند، اگر حاکم موفق به اصلاح رفتار مرد نشد، دو داور و حکم از طرفین و وظیفه بررسی و رفع مانع را برعهده می‌گیرند و در نهایت اگر بازهم مرد به وظایف خود تمکین نکرد، او را مجبور به طلاق نماید.

با رجعی بودن طلاق قضایی، حقوق زن رعایت شده و می‌تواند در زمان عدّه از حقوقی مانند نفقه، ارث و... بهره‌مند شود. همچنین اگر فرزندی نیز از این دو زوج متولد شده با رجعی دانستن و باز گذاشتن راه بازگشت به زندگی زناشویی، از آسیب‌های طلاق در امان خواهد بود اما بستن راه بازگشت با طلاق بائن، آسیب‌های طلاق را متوجه فرزندان خواهد کرد. مرد نیز در این ازدواج، حقوقی دارد که طلاق رجعی ممکن است او را متنبه سازد و باعث تغییر رفتار او شود اما اگر طلاق را بائن بدانیم راه را برای اصلاح بسته‌ایم. اگر طلاق رجعی منتهی به بازگشت زندگی شود، جامعه نیز از آثار آن بهره می‌برد و با طلاق بائن، جامعه با آثار سوء طلاق، آسیب می‌بیند.

## ۴-۲. ماهیت طلاق قضایی در فقه اهل سنت

ماهیت طلاق قضایی در فقه اهل سنت و احوال شخصیه کشور مصر برای انواع طلاق قضایی، قائل به تفصیل است، به این صورت که طلاق به علت پرداخت نشدن نفقه را رجعی می‌دانند، چنانچه ماده شش احوال شخصیه کشور مصر، مصوب سال ۱۹۲۰ میلادی تصریح بر آن می‌کند، اما سایر موارد، طلاق بائن هستند، چنانچه مواد ۶، ۱۴ و ۲۲ احوال شخصیه کشور مصر، مصوب سال ۱۹۲۹ درباره ضرر زوجه و غیبت زوج، تصریح به بائن بودن طلاق می‌کند.

چنین تفصیلی با اشکالات فراوانی روبرو است:

۱. در بحث طلاق قضایی اگر مبنای اهل سنت در تمامی مصادیق طلاق قضایی بر دفع ضرر از زوجه باشد، این مبنا در تمامی مصادیق یکسان است و میان عدم پرداخت نفقه با غیبت زوج یا سایر موارد تفاوتی نیست.

۲. اگر محل رجعی بودن طلاق در پرداخت نشدن نفقه را احتمال رفع تنگدستی زوج یا رضایت بر انفاق بدانیم، در سایر موارد هم احتمال رفع مشکل و مانع از ادامه زندگی، وجود دارد، مثلا با بازگشت غایب، زوجه در سختی نخواهد بود؛ پس در این موارد هم باید حکم به رجعی بودن طلاق نمود.

۳. اگر دلیل باین بودن طلاق در امثال طلاق غایب این است که رجوع مرد، باعث ضرر است (ابوزه، ۱۹۴۸، ص ۳۶۶) در پرداخت نکردن نفقه هم اگر مرد بتواند رجوع کند، وجود ضرر محتمل است و نمی توان تفصیل قائل شد. از طرفی ما حاکم را ولی و قیم در تصمیم بر رجوع می دانیم نه زوج که هرگاه خواست بتواند رجوع کند و زوجه متضرر شود.

## نتیجه

اسلام ایقاع طلاق را با تحقق شرایطی به حکم ثانوی به نهاد قضایی نیز واگذار کرده است که در این مقاله تلاش شد ماهیت، موارد، شرایط و گستره آن از منظر قانون مدنی و فقه شیعه و اهل سنت مورد بررسی قرار گیرد. مطالعه حاضر به طور خلاصه به نتایج ذیل منجر شد:

۱. «طلاق قضایی» اصطلاحی است به معنای: «طلاق که با درخواست زوجه و نارضایتی زوج از طلاق، به اجبار حاکم یا عدول مؤمنین محقق می شود».
۲. به استناد آیات، روایات صحیح، قواعد فقهی و عقل، مرد همیشه صاحب اختیار طلاق نیست و با وجود شرایطی و تقاضای زن، حاکم شرع می تواند زوج را اجبار به طلاق کند اما علمای حنفی، مطلقا چنین طلاقی را نمی پذیرند.
۳. دریافت نکردن نفقه، مفقود شدن شوهر و عسرو حرج و ضرر از مصادیق طلاق قضایی هستند اما وکالت زن در طلاق براساس تعریف طلاق قضایی، مصادیقی از آن نیست.
۴. پرداخت نشدن نفقه، منوط به وجود عسرو حرج یا ضرر برای زوجه نیست بلکه به صرف پرداخت نشدن نفقه، زوجه می تواند تقاضای طلاق نماید.
۵. امامیه میزان نفقه را مناسب با شأن زوجه و متعارف زنان مانند او در آن دیار می دانند اما اهل

- سنت، میزان نفقه را کمترین میزان نیاز زن دانسته‌اند.
۶. عنوان مفقودالاثر اگر مصداقی از عسرو حرج نباشد، بر اساس روایات باید ضمن بحث نفقه مطرح شود و قسیم سایر موارد طلاق‌های قضایی نیست.
۷. حنا بله با این که دلیل طلاق قضایی را ضرر زوجه می‌داند اما درباره غیبت زوج برای سفر تجاری، کسب علم و... که نمی‌تواند زوجه را با خود ببرد، طلاق حاکم را مشروع نمی‌داند؛ هر چند که زوجه زمان طولانی متضرر شود، باید صبر کند.
۸. فقهای امامیه، فتوا داده‌اند که اگر زوج، مفقودالاثر است، زوجه باید پس از درخواست طلاق یا از زمان مفقودی زوج، چهار سال صبر کند تا حاکم بتواند حکم به طلاق قضایی دهد. با توجه به پویایی فقه و تأثیر زمان و مکان در احکام، شاید بتوان گفت که چهار سال وارد شده در روایات موضوعیت ندارد بلکه در آن زمان، طریقی برای نامید شدن از حضور زوج است؛ بنابراین با پیشترت‌های در عصر حاضر، زمان کمتری برای صبر کردن نیاز است.
۹. یکی از مصادیق طلاق قضایی در فقه امامیه، تحقق عنوان «عسرو حرج» است که اهل سنت از عنوان «ضرر» استفاده می‌کنند اما ماهیت این دو عنوان یکی است. مراد از عنوان عسرو حرج یا ضرر، وجود وضعیتی در زندگی زناشویی است که ادامه زندگی را برای زوجه و امثال او عادتاً مشکل یا غیر ممکن است.
۱۰. یکی از مصادیق مهم عنوان عسرو حرج و ضرر، برآورده نشدن نیازهای جنسی است که در این صورت طلاق به دلیل «ایلاء» و «ظهار» هم از موارد همین عنوان است.
۱۱. اصل در طلاق، رجعی بودن است و بائن بودن آن محصور در شش عنوان است؛ بنابراین طلاق قضایی نیز رجعی است. در این صورت ولایت و قیمیت حاکم بر زوج با اجرای صیغه طلاق، پایان نیافته و در زمان عدّه هم حاکم ولی و قیم زوج در رجوع است.
۱۲. با رجعی دانستن طلاق قضایی، حقوق زوجه و زوج حفظ شده و با رفع مشکل و بازگشت به زندگی، فرزندان و جامعه از آسیب‌های طلاق، در امان خواهند بود.
۱۳. اهل سنت، طلاق قضایی به دلیل عدم پرداخت نفقه را رجعی می‌دانند اما سایر مصادیق طلاق قضایی را بائن می‌دانند. این تفصیل در مصادیق، باطل است؛ زیرا ضرر، مبنای طلاق قضایی در اهل سنت است که در همه مصادیق وجود دارد. احتمال اصلاح مشکل در همه مصادیق هست و احتمال رجوع مرد برای ضرر به زوجه هم در همه وجود دارد که با ولی دانستن حاکم، راه این ضرر بسته می‌شود.

## منابع

- \* قرآن کریم.
۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد؛ السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى؛ ج ۲، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
  ۲. ابن بابویه، محمد بن علی؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۳، چ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
  ۳. ابن فارس، احمد بن فارس؛ معجم مقائیس اللغة؛ تحقیق عبدالسلام محمد هارون؛ ج ۳، قم: مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۴۰۴ق.
  ۴. ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن محمد؛ شرح الکبیر؛ ج ۹، مصر: دارالکتب العربی، [بی تا].
  ۵. ابوزهره، محمد؛ الأحوال الشخصية؛ قاهره: دارالفکر العربی، ۱۹۴۸م.
  ۶. حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲ و ۳، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
  ۷. حلی، حسین؛ بحوث الفقہیة؛ تقریر سیدعزالدین سیدعلی بحر العلوم؛ چ ۴، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ق.
  ۸. خمینی، سیدروح الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی تا].
  ۹. خویی، سید ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، چ ۲۸، قم: نشر مدینة العلم، ۱۴۱۰ق.
  ۱۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ مفردات ألفاظ القرآن؛ بیروت: دارالقلم، ۱۴۱۲ق.
  ۱۱. روشن، محمد و مصطفی مظفری؛ «طلاق قضایی و ماهیت آن»، فصلنامه خانواده‌پژوهی؛ ش ۱۸، تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۶۳-۲۷۴.
  ۱۲. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم؛ تکملة العروة الوثقی؛ تحقیق سید محمد حسین طباطبائی؛ ج ۱ و ۲، قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۴ق.
  ۱۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن؛ الخلاف؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.

۱۴. طوسی، محمدبن حسن؛ النهاية فی مجرد الفقه والفتاوی؛ ج ۲، بیروت: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ق.
۱۵. فراهیدی، خلیل بن احمد؛ کتاب العین؛ ج ۵، چ ۲، قم: نشر هجرت، ۱۴۰۹ق.
۱۶. فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی؛ مفاتیح الشرائع؛ ج ۲، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، [بی تا].
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی خانواده؛ تهران: به نشر، ۱۳۶۸.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۵ و ۶، چ ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۱۹. مهرپرور، حسین؛ «طلاق قضایی و طبیعت حقوقی آن»، مجله حقوقی دادگستری؛ ش ۳، فروردین ۱۳۷۱، ص ۲۸-۵۱.
۲۰. نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۲، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۲۱. نوری، حسین بن محمد تقی؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۱۵، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ق.