

ماهیت طلاقهای بحکم دادگاه

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی بیان میدارد «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد» مبنای این حکم در فقه آیات متعددی از قرآن کریم و روایت مشهوره «الطلاق بیدمن اخذ بالساق» می‌باشد.^(۱) بر این اساس مرد می‌تواند با رعایت شرایط صحت طلاق، بدون جلب رضایت و موافقت زن و بدون وجود دلیل و انگیزه‌ای خاص زن خود را طلاق دهد. در لسان شرع طلاق حلالی است که از آن به مغبونترین حلالها نزد شارع نام برده شده است. در اینکه به چه دلیل اختیار طلاق بگونه انحصاری به مرد داده شده و زن از آن بی‌بهره است دو دلیل عمده بیان شده است.

الف: علت آن نقش خاص و جداگانه‌ای است که هر یک از زوجین در مسئله عشق و جفتجوئی دارند نه چیز دیگر. حق طلاق ناشی از نقش خاص مرد در مسئله عشق است نه از مالکیت او.^(۲)

۱- مانند آیات ۲۲۶ تا ۲۳۳ سوره بقره و آیات ۱ و ۲ سوره طلاق. در خصوص روایات مراجعه شود به مرحوم شیخ حرعاملی، وسائل‌الشیعه جلد ۱۵ صفحه ۲۸۶ به بعد. مرحوم میرزا حسن نوری طبرسی، مستدرک‌الوسائل و مستنبط‌المسائل، چاپ بیروت، مؤسسه آل‌بیت، جلد ۱۵ ص ۳۰۶، شهید ثانی، شرح لمعه جلد ۶ صفحه ۲۴.

۲- مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا صفحه ۳۰۹.

ب: در شرع تأمین مایحتاج زندگی مشترک چه در ایام زندگی زناشویی و چه مدتی پس از آن به عهده مرد است و همین موجب کنترل و سلطه او شده و حق طلاق را ویژه او نموده است بعلاوه زن برحسب طبیعت خود سریع‌التأثیر است و اگر حق طلاق به او داده می‌شد چه بسا در موارد گوناگونی آنرا بکار می‌بست (۱) و همان دلایلی که زن را از تصدی مقام قضاء محروم میگرداند همان دلایل او را از داشتن حق طلاق محروم می‌نماید.

برای نخستین بار قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ این اختیار را از جهت شکلی تعدیل نمود زیرا در ماده ۸ آن شوهر را موظف میکرد که برای طلاق دادن زن بایستی از دادگاه گواهی عدم امکان سازش مطالبه نماید و در تقاضای خود موجبات این درخواست را قید کند.

بعلاوه در ماده ۱۱ این قانون مواردی که زن یا شوهر می‌توانستند تقاضای گواهی عدم سازش بنمایند محدود شده بود و مسئله‌ای که روشن نبود این بود که آیا براساس مفاد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مرد حق دارد هرگاه بخواهد از دادگاه گواهی عدم امکان سازش تقاضا کند یا فقط در موارد خاص می‌تواند درخواست این گواهی را بنماید؟ در پاسخ به این پرسش دو نظر متفاوت بین اساتید حقوق و دادرسان بوجود آمد.

الف - گروهی اعتقاد داشتند که ماده نسخ ضمنی شده است زیرا اولاً ماده ۸ قانون حمایت خانواده دلالت دارد که در درخواست طلاق باید علل آن بطور موجه قید شود و در این مسئله فرقی بین زن و مرد نیست در صورتیکه اگر مرد در طلاق دادن زن آزادی کامل داشت ضرورتی نداشت که درخواست خود را بطور موجه قید کند ثانیاً: مواردی که زن و مرد می‌توانند درخواست طلاق بدهند

۱- عبدالرحمن الجریری، الفقه علی المذاهب الاربعه، چاپ بیروت، جلد ۴، ص ۳۰۷ به بعد.

در ماده «۱۱» محدود شده است درحالیکه اگر مرد در طلاق زن مختار باشد معقول نیست که چنین حکمی در مورد او انشاء شود و هر دو را یکسان موضوع ماده ۱۱ قرار دهد.^(۱)

ب: گروهی دیگر اظهار نمودند که ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به قوت خود باقی است و نسخ نشده است زیرا در ماده ۱۱ این قانون آمده است «علاوه بر موارد مذکور در قانون مدنی در موارد زیر زن یا شوهر بر حسب مورد می تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید...» و چون در قانون مدنی آمده که مرد هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد ادعای نسخ ماده ادعائی است بی دلیل.^(۲)

به عقیده ما نظریه اول از جهاتی ترجیح دارد زیرا اولاً: منظور از عبارت «در موارد مذکور در قانون مدنی» مواردیست که در ماده ۱۰۲۹ (غیبت شوهر) و ۱۱۲۹ (ترك نفقه) و موارد مذکور در بندهای ماده ۱۱۳۰ پیشین است علیهذا عبارت صدر ماده ۱۱ دلالتی بر ابقاء ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ندارد و دلیل اخص از مدعی است ثانیاً: رویه محاکم نیز مؤید نظر اول است زیرا دادگاهها تقاضای مرد را برای صدور گواهی عدم امکان سازش جز در موارد مندرج در قانون یا موردیکه علت آن بطور موجه قید میگردد نمی پذیرفتند.

سرانجام به دلیل تولید مشکلات عمده و ایجاد تشتت آراء و تفسیرهاییکه از ناحیه قانون ۱۳۴۶ بوجود آمد در سال ۱۳۵۳ اصلاحیه قانون حمایت خانواده به تصویب رسید که شامل ۲۸ ماده و ۱۰ تبصره بود با تصویب این قانون وضع شوهر در طلاق زن روشن شد زیرا در ماده ۸ این قانون که جانشین ماده ۱۱

۱- دکتر سید حسین صفائی، حقوق خانواده، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران صفحه ۲۶۷ و حقوق مدنی جلد اول، چاپ سوم، صفحه ۱۶۰.

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، جلد اول چاپ سوم چاپخانه بهمن ص ۳۵۸.

قانون حمایت خانواده سال ۱۳۴۶ شده بود عبارت «علاوه بر مواد مذکور در قانون مدنی حذف شد و به اختلاف نظرها درباره نسخ ماده ۱۱۳۳ پایان داد زیرا مواد ۸ و ۹ علل و موجبات طلاق را بدون اینکه به قانون مدنی اشاره نماید بطور حصری احصاء کرد و علاوه بر آن، علل و موجبات طلاق در ماده ۱۱ قانون ۱۳۴۶ از ۵ مورد به ۱۴ مورد در ماده ۸ این قانون افزایش داده شد که برخی از این موارد خود شامل بیش از یک علت بوده بدین ترتیب طلاق در قانون ۱۳۵۳ گسترش قابل ملاحظه‌ای پیدا شده بود و این امر با هدف حمایت از خانواده و تثبیت آن سازگار نبود. (۱)

تشکیل دادگاههای مدنی خاص: پس از پیروزی انقلاب اسلامی درمهرماه ۱۳۵۸ لایحه دادگاه مدنی خاص به تصویب شورای انقلاب رسید در این لایحه که دارای ۹ ماده و دو تبصره بود بازگشت به قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردید در سال ۱۳۵۹ مواد ۱ و ۲ و ۸ و ۱۱ و ۱۵ آن اصلاح و ماده ۲۰ به آن افزوده شد در سال ۱۳۶۰ یک بند به عنوان بند ۵ ماده ۱۳ اضافه شد. در این لایحه تشکیل یک نوع دادگاه ویژه برای رسیدگی به اختلافات خانوادگی پیش‌بینی شد و پاره‌ای از مقررات و مواد قانون حمایت خانواده ۱۳۵۲ را نسخ ضمنی نمود. (۲)

طبق تبصره ۲ ماده ۳ قانون مزبور موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردید ولی در مواردیکه شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق میکند دادگاه بدواً حسب آیه کریمه «ان خفتم شقاق بینهما ان الله کان علیماً خبیراً» موضوع را به داورى ارجاع میکند و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج داده خواهد شد.

۱- دکتر سید حسین صفائی، منبع یاد شده، صفحه ۲۶۸.

۲- سید مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده نشر علوم اسلامی، صفحه ۵۱۴.

بدین ترتیب تمام موجباتی را که در خارج از قانون مدنی و احکام شرع در قوانین حمایت خانواده برای زن پیش‌بینی شده بود نسخ و صرفاً برای درخواست طلاق از جانب زن به مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ استناد می‌شد، در سال ۱۳۶۱ ماده ۱۱۲۰ توسط کمیسیون قضائی مجلس اصلاح شد و در اصلاحات قانون مدنی ۱۳۷۰/۸/۱۴ تقریباً به همان مضمون با رفع مشکلات ادبی و عبارتی موجود در متن ماده مصوب ۶۱ به تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان رسید. این ماده و مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ از موادی میباشند که می‌توان گفت در حقوق ایران از مصادیق طلاق بوسیله قاضی و یا به عبارتی «طلاق قضائی» می‌باشند. بنابراین وفق مقررات کنونی که برای هر درخواست طلاق بایستی گواهی عدم امکان سازش از دادگاه مدنی خاص تحصیل نمود^(۱) می‌توان گفت که شیوه‌های انحلال نکاح در دادگاه به دو گونه می‌باشند که در گفتار بعدی به شرح آنها می‌پردازیم.

شیوه‌های انحلال نکاح در دادگاه: وفق مقررات کنونی، در حال حاضر طلاق در دادگاههای مدنی خاص به دو صورت انجام می‌گیرد: گاه طلاق با اذن دادگاه است و گاه با حکم دادگاه.

(۱) طلاق به اذن دادگاه: در طلاق با اذن دادگاه نخست مرد باید گواهی عدم امکان سازش را از دادگاه تحصیل نماید و آنگاه صیغه طلاق را اجراء کند. طلاق که بدین صورت انجام می‌گیرد ممکن است رجعی باشد یا بائن که بنابه اقتضای بحث و مباحث آتی به تعریف هر کدام از آنها می‌پردازیم.

الف: طلاق بائن: از ریشه «البین» گرفته شده که به دو معنای باشد گاهی به معنای جدائی و گاهی به معنای وصل است که از اضداد می‌باشند.^(۲) به هر حال

۱- ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۲۸/۸/۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۲- محمد علی فیروزآبادی، قاموس‌المحیط، چاپ سنگی کتابخانه آیت‌... مرعشی ذیل کلمه بائن.

در این نوع طلاق حق رجوع برای شوهر نیست (ماده ۱۱۴۳ ق.م) و بنابراین اجتماع فقهای امامیه شش قسم است: طلاق غیر مدخوله (طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود)، طلاق یائسه، طلاق خلع، طلاق مبارات (مادام که زن در دو طلاق اخیر بعوض رجوع نکرده باشد). سومین طلاق که پس از سه وصلت متوالی بعمل آید (ماده ۱۱۴۵ ق.م)، طلاق صغیره. ویژگی کلی طلاقهای بائن در این است که شوهر پس از طلاق حق رجوع ندارد، جز طلاق خلع و مبارات که در صورت رجوع زن به فدیة امکان رجوع شوهر وجود دارد.

ب: طلاق رجعی: رجوع در اصطلاح شرعی آن رجوع به مطلقه و بقاء زوجیت زن می باشد که بنابه آیه شریفه «و بعولتهن احق بردهن» احتیاجی به اذن ولی و صدق رضایت و حصول آن از جانب زن ندارد. (۱) و به عبارت دیگر رجعت بازگشت به نکاح دائم است که با طلاق زائل شده و زوج بر رفع این طلاق در مدت عده سلطه دارد. (۲)

۲) - طلاق به حکم دادگاه: در این شیوه اراده مرد مدخلیتی ندارد بدین صورت که زن نخست از دادگاه تقاضای طلاق می نماید و دادگاه با رعایت شرایطی حکم طلاق را صادر میکند. موجبات طلاق به درخواست زن و حکم دادگاه یا به علت عدم پرداخت نفقه از جانب شوهر می باشد (ماده ۱۱۲۹) و یا در مورد غیبت طولانی شوهر (ماده ۱۰۱۱ و ۱۰۲۳ ق.م) و یا به این دلیل که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد (ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی)، البته فرض دیگری که طلاق به درخواست زن انجام می گیرد درجائی است که به موجب شرط ضمن عقد نکاح به زن وکالت در طلاق داده شده باشد (ماده ۱۱۱۹) که چون در اینجا مسئله نمایندگی زن از سوی شوهر مطرح است که ما معترض

۱- محمد جواد مغنیه فقه علی مذاهب الخمسه، دارالجواد، چاپ هشتم صفحه ۴۴۳.

۲- فخرالمحققین، ایضاح الفوائد، چاپ سنگی جلد سوم صفحه ۳۲۶ شهید ثانی.

آن نمی‌شویم. لازم به ذکر است در مورد طلاق بعلت عدم پرداخت نفقه و یابه علت غیبت شوهر بیش از چهار سال با اینکه غالباً در این دو مورد موجب عسر و حرج زن شده ولی فقها ضابطه اصلی و موجب درخواست طلاق توسط زن را قاعده نفی عسر و حرج ذکر نکرده‌اند و روایات خاصی را که در این باره وارد شده مستند فتاوی خود ذکر نموده‌اند.^(۱) در اینجا لازم است که بحث و بررسی هر کدام از شقوق سه‌گانه موجبات درخواست طلاق توسط زن پرداخته و در نهایت با تفصیل و شرح گسترده‌تری طلاق موضوع ماده ۱۱۳۰ را تجزیه و تحلیل نماییم.

الف: عدم پرداخت نفقه از جانب زوج: ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی اعلام میدارد «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء 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».

در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی دو مسئله قابل بررسی است.

۱- استتکاف شوهر از دادن نفقه: در حقوق اسلام تأمین هزینه خانواده از وظایف مرد است مستند این حکم آیه ۲۴ سوره مبارکه نساء می‌باشد که می‌فرماید «الرجال قوامون علی النساء بما فضل بعض علی بعض و بما انفقوا من اموالهم» در این آیه دو دلیل بر وجوب پرداخت نفقه از جانب مرد موجود است یکی کلمه «قوامون» می‌باشد زیرا مرد قوام متکفل نفقه: (خوراک، پوشاک و غیر آن) میباشد.

۱- مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی عروة الوثقی، جلد دوم، صفحه ۶۸ سید ابوالحسن اصفهانی، وسیلة النجاة جلد دوم ص ۴۴۸. امام خمینی، تحریر الوسیله جلد دوم، صفحه ۳۰۴ به بعد. محمد حسن نجفی جلد ۲، صفحه ۲۹۳ به بعد. شهید ثانی، مسالك الافهام، چاپ تهران- جلد ۱ ص ۳۹۸. حاجی نوری مستدرک الوسائل باب ۱ از ابواب نفقات حدیث ۵.

و دلیل دیگر جمله «بما انفقوا من اموالهم» بوده که وجوب انفاق زوجه توسط زوج از آن به روشنی مستفاد می‌شود.^(۱)

فقهه بایستی با موقعیت اجتماعی زن و امکانات شوهر متناسب باشد و نمی‌توان برای آن اندازه معینی در نظر گرفت^(۲). بنابراین قاضی بایستی با توجه به اوضاع و احوال و میزان درآمد شوهر و وضعیت خاص زن میزان و مقدار آنرا معلوم و معین کند. ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی در این باره بیان میدارد «نفقه عبارت است از مسکن، البسه و غذا و اثاث البیت که بطور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او بواسطه مرض یا نقصان اعضاء».

برخلاف نظر مشهور بعضی از فقها نفقه را در هشت چیز می‌دانند.^(۳) (نان، خورش، لباس، فراش، وسایل طبخ، وسایل تنظیف و آرایشی، مسکن، خدمتکار) ماده مذکور فقط به موارد خاص اشاره کرده و از سایر چیزهایی که عرفاً مورد احتیاج زن است مانند هزینه دارو و درمان نامی نبرده است، معذالك همانگونه که برخی اساتید و حقوقدانان اشاره فرموده‌اند می‌توان گفت که آنچه در ماده (۱۱۰۷ ق.م) آمده حصری نیست و هر چیزی که بنا به عرف مورد احتیاج زن باشد جزء نفقه است و مرد باید آنرا برای زن فراهم کند.^(۴) این در صورتی است که زن بدون مانع شرعی از ادای وظایف زوجیت امتناع نکند والا مستحق نفقه نخواهد بود (ماده ۱۱۰۸) به نظر فقهای امامیه شرط وجوب نفقه در دو چیز ۱- عقد دائم، ۲- تمکین زوجه که بنا به مشهور منظور از تمکین، تمکین تام و

۱- فخرالمحققین، منبع یادشده جلد سوم، صفحه ۲۶۶.

۲- شیخ طوسی، خلاف، جلد اول صفحه ۸۵.

۳- شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، چاپ بیروت جلد ۳۱ باب وجوب نفقه صفحه سیدابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاة، چاپ قم جلد دوم ص ۲۱۵.

۴- دکتر سیدحسین صفایی - دکتر اسدا... امامی، حقوق خانواده، جلد اول. صفحه ۱۷۷.

کامل است. (۱) به عنوان مثال در پرونده شماره ۷۱-۸۶۲ شعبه ۱۱۰ دادگاه مدنی خاص تهران زن به طرفیت شوهرش دادخواستی به خواسته مطالبه نفقه تقدیم داشته و بیان می‌کند که شوهرم در اسفراین زندگی می‌کند و من حاضر نیستم به آنجا بروم و ضمن درخواست طلاق، نفقه گذشته را نیز مطالبه می‌نماید. زوج در پاسخ تقاضای تمکین زوجه را می‌نماید و بیان میدارد که حاضر است در قبال تمکین وی و زندگی با وی در شهر اسفراین یا هر شهری غیر از تهران کلیه حقوق واجب وی را ایفاء نماید در نهایت دادگاه حکم به رد دعوی و تمکین زوجه صادر می‌نماید و این نظر در تاریخ ۱۷/۳/۱۳۷۳ مورد تأیید شعبه ۳۰ دیوان عالی کشور قرار می‌گیرد البته نظر دیگری در خصوص شرط وجوب نفقه وجود دارد که بجای تمکین نشوز را مانع نفقه می‌داند. (۲)

به هر حال با جمع شرایط و فقد موانع چنانچه شوهر از پرداخت نفقه به زن خودداری کند بر اساس ماده ۱۱۲۹ و قول مشهور فقها و روایاتی که در این زمینه وارد شده است حاکم می‌تواند بین آندو جدایی اندازد. (۳)

۲- عجز شوهر از پرداخت نفقه: منظور از عجز مذکور در ماده ۱۱۲۹ ق.م.ع. عجز پس از عقد نکاح است نه عجز قبل از نکاح زیرا عجز مذکور در ماده ۱۱۲۹ در ردیف خودداری شوهر از پرداختن نفقه ذکر شده و آنهم مربوط به پس از نکاح است بنابراین ماده ۱۱۲۹ ق.م. بروضعیتی دلالت که زوج در هنگام ازدواج به پرداخت نفقه قادر و توانا و سپس به علتی از ادای آن ناتوان گردد. (۴)

۱- ر.ک. فخرالمحققین، شرح ایضاح الفوائد جلد ۲. صفحه ۲۶۶. محقق حلی شرایع الاسلام صفحه ۵۱۸. فاضل هندی، کشف التام، چاپ سنگی، باب نفقه بدون صفحه (موجود در کتابخانه آیتا... مرعشی، قم).

۲- دکتر سیدحسین صفایی - منبع یادشده شماره ۲۰۵.

۳- «حقاعلی‌الامام ان یفرق بینهما» وسایل الشیعه، ابواب النفقات باب ۱ حدیث ۱ و ۳.

۴- سید مصطفی محقق داماد. حقوق خانواده، صفحه ۳۶۶.

دراینکه ضمانت اجرای عجز شوهر از پرداخت نفقه چه چیزی می باشد در فقه نظرات مختلفی وجود دارد.

۱- زوجه و حاکم مالك فسخ نبوده و باید صبر کنند که زوج یساری پیدا کند. مستند این فتوی روایتی از علی (ع) است که در پاسخ زنی که از اعسار شوهرش به آن حضرت شکایت کرد فرمودند: «ان مع العسر یسرا» (با هر مشکلی آسانی همراه است) آن حضرت اجازه جدائی ندادند.^(۱) مضافاً اینکه چنانچه با حدوث اعسار زوج در لزوم عقد تردید شود استصحاب لزوم عقداقتضای عدم فسخ را دارد.

۲- زن اختیار دارد که به حاکم مراجعه و حاکم نکاح او را فسخ نماید. و چنانچه حاکم وجود نداشت خودش نکاح خود را فسخ می نماید زیرا تحمل اعسار و تنگدستی شوهر مستلزم ضرر و حرج زن است چیزی که به اجماع فقها مردود و مرفوع است.^(۲)

۳- زن حق فسخ ندارد، تنها می تواند به حاکم مراجعه تا وی زوج را الزام به طلاق نماید و اگر زوج طلاق نداد خود حاکم اقدام به طلاق نماید^(۳). این نظریه با توجه به اصول و قواعد حاکم بر طلاق قوی تر به نظر می رسد و شق اخیر ماده ۱۱۲۹ نیز از همین عقیده که قول مشهور فقهای امامیه می باشد پیروی نموده است.

در پایان لازم است که به دو مسئله در باب نفقه که از جهت عملی اهمیت داشته و گریبانگیر محاکم و رویه قضایی می باشند پاسخ دهیم.

مسئله (۱) - هرگاه زن درخواست نفقه نماید آیا وی بایستی ادای وظایف

۱- شیخ طوسی، خلاف، جلد (۱) ص ۸۷ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۳۰ صفحه ۱۰۵.

۲- علامه حلی، مختلف الشیعه، چاپ نجف الشرف، ص ۳۱.

۳- سید ابوالقاسم خوئی، منهاج الصالحین مسئله ۱۴۰۶ شهید ثانی، مسالك الافهام جلد ۱ - صفحه ۲۹۱ مرحوم شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام جلسه ۳۰ ص ۱۰۵.

زناشویی از جانب خود را ثابت نماید یا اینکه اثبات نشوز زن برای رفع تکلیف انفاق به عهده شوهر است؟

«دادگاه مدنی خاص شهرستان خرم‌آباد در رأی شماره ۴۹-۱۳/۱۰/۱۳۷۰ نظر داده است که باتوجه به اینکه اصل عدم برائت اقتضای عدم اشتغال زمه زوج بر پرداخت نفقه را می‌نمایند زوجه بایستی جهت مطالبه نفقه ثابت کند که وظایف زناشویی را بدرستی انجام داده است...»

صرفنظر از این مسئله که اصل برائت و عدم درخصوص مورد جاری نمی‌باشند به نظر میرسد که نفقه به مجرد ایجاد علقه زوجیت برزوج واجب می‌گردد و نشوز زوجه مانع و مسقط آن است دراین صورت زوج بایستی نشوز وی را اثبات نماید و اگر اصل عدم در اینجا جاری باشد درجهت عکس و درعدم پرداخت نفقه جاری می‌باشد، مفاد ماده ۱۱۰۶ و ۱۱۰۸ قانون مدنی نیز همین تفسیر را تأیید می‌نماید.

۲- آیا درخواست نفقه شامل نفقه ایام گذشته نیز می‌شود یا خیر؟

درپاسخ این سؤال دو نظر متفاوت ارائه شده است.

الف - برخی اعتقاد دارند که ماده ۱۱۲۹ شامل نفقه ایام گذشته هم میشود به این صورت که اگر زن برای مطالبه نفقه ایام گذشته اقامه دعوی کند و حکمی که براساس این درخواست صادرشود قابل اجرا نباشد می‌تواند تقاضای طلاق کند. (۱)

ب - به عکس بسیاری از اساتید حقوق و فقها عقیده دارند که ماده ۱۱۲۹ و مفاد آن ناظر به نفقه آینده است زیرا دلیل واگذاری حق طلاق به زن ممکن نبودن ادامه زناشوئی با مردی است که نمی‌خواهد مخارج خانواده را بدهد و این دلیل درباره گذشته مورد ندارد زیرا نفقه گذشته دینی است برعهده شوهر مانند دیون

۱- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۵، ص ۳۲، دکتر عبدالعلی صابری صفایی، موجبات و آثار طلاق ص ۲۹ رأی اصراری هیئت عمومی دیوانعالی کشور در مورخه ۱۳۲۹/۷/۱۹.

دیگر و نفقه به معنای حقیقی به آن اطلاق نمی‌شود.^(۱) بعلاوه گفته شده که «از نظر اجتماعی مصلحت آن است که موارد طلاق حتی‌الامکان محدود شود و تفسیر گسترده از ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی و شناختن طلاق برای زن به علت استنکاف شوهر از دادن نفقه گذشته با این هدف سازگار نیست».^(۲)

طلاق زوجه غایب مفقودالایثر: ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی مقرر میدارد «هرگاه شخصی چهارسال تمام غایب مفقودالایثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند...» برخی فقها درموردیکه قبل از انقضاء چهارسال زن از جهت نفقه در مضیقه باشد و کسی هم نباشد که هزینه زندگی او را تأمین کند نظر داده‌اند که زن می‌تواند به دادگاه مراجعه و قاضی او را طلاق دهد ولی برخی دیگر طلاق را تنها پس از انقضاء مدت مذکور جایز می‌دانند ولی چنانچه زن از جهت تأمین نفقه در مضیقه نباشد بایستی صبر کند تا شوهرش پیدا شود یا خبر قطعی مرگش برسد.^(۳)

معذالك پس از وقوع طلاق به حکم دادگاه چنانچه شخص غایب پس از انقضاء مدت عده مراجعت نماید دیگر حقی نسبت به زن سابق خود ندارد ولی اگر قبل از گذشتن مدت عده مراجعه نماید حق رجوع دارد و می‌تواند با اظهار اراده خود به ادامه از ازدواج اثر طلاق را از بین ببرد.^(۴)

ج - طلاق به درخواست زن و حکم دادگاه بعلت عسر و حرج، ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی مقرر می‌دارد: در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، حقوق خانواده جلد ۱ صفحه ۲۶۹ علامه حلی قواعد الاحکام جلد ۱۹ ص ۶۶۸ که این فقیه در این باره می‌گوید: «ولافسخ بالعجز عن المهر و لاعن النفقه الماضيه فانهادین مستقروان لم یقدرها».

۲- دکتر سید حسن صفایی، دکتر اسدالله امامی، منبع یاد شده، صفحه ۲۷۷.

۳- سید ابوالقاسم خوئی، منهاج‌الصالحین جلد ۲ ص ۲۹۱ شهید ثانی، شرح لمعه جلد ۶ صفحه ۶۵. محمد حسن نجفی، جواهر جلد ۲۲ ص ۲۹۷.

۴- دکتر سید حسین صفایی، اسدالله امامی، منبع یاد شده صفحه ۲۸۴.

زوجه باشد وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.

در بحث و بررسی ماده مذکور نخست لازم است که به بررسی مبانی فقهی و پیشینه آن در فتاوی فقها بپردازیم و آنگاه بین ماده فعلی و پیشین مقایسه‌ای بعمل آورده سپس مسئله بائن یا رجعی بودن اینگونه طلاقها را بررسی کرده و با ذکر مصادیقی چند از عسر و حرج و طرح چند مسئله ضروری با نتیجه‌گیری از بحث به این قسمت خاتمه دهیم.

- مبانی فقهی عسر و حرج برای درخواست طلاق. تا آنجائیکه نگارنده تحقیق و کنکاش نموده در فتوای تنها برخی از فقها، آنهم در محور بند ۳ ماده ۱۱۳۰ پیشین (وجود بیماریهای واگیردار و صعب‌العلاج) به زن حق داده شده که براساس قاعده لاضرر و لاجرح که سیاق هر دو یکی است از محکمه درخواست طلاق نماید به عنوان مثال فقید بزرگ و ارجمند امامیه شیخ مرتضی انصاری در پاسخ به این مسئله که آیا وجود جذام و برص در مرد موجب حق فسخ نکاح برای زن میشود یا خیر؟ پس از نقل قول مشهور برعدم فسخ و رأی شهید ثانی بروجوع حق فسخ می‌گوید «زن برای خلاصی از این ضرر و حرج می‌تواند به حاکم رجوع کرده و در صورت تشخیص ضرر و حرج شوهر را مجبور به طلاق می‌نماید. (۱)

پس از شیخ انصاری فقیه روشن بین سید محمد کاظم طباطبائی اولین کسی بود که مستقلاً قاعده نفی عسر و حرج را از موجبات درخواست طلاق توسط زن دانست هرچند فقها پس از او به عقیده وی اعتنائی نکردند و همانطور که ملاحظه خواهیم نمود حتی برخی او را نکوهش نمودند ولی سرانجام مقتضیات زمان

۱ - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب دو جلدی چاپ جامعه مدرسین حوزه علمیه، جلد دوم صفحه ۳۵۹.

ارزش فتوی او را نمایان ساخت و در نهایت دو ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی تجلی یافت. سید درملحقات عروۃ الوثقی جلد دوم، صفحه ۶۸ در مسئله ۳۳ چنین می‌گوید «چنانچه مردی در حبس ابد بسربرد و یا اینکه تنگدست بوده و توانائی پرداخت نفقه زنش را ندارد و زن هم نمی‌تواند در این وضعیت صبر پیشه کند و در تمام این حالات و صور مختلف و مانند آنها هرچند که ظاهر کلمات فقها براین است که حاکم نمی‌تواند زن را طلاق دهد و او را آزاد کند زیرا طلاق منحصرأ بدست مرد است ولی ممکن است گفته شود به استناد قاعده نفی ضرر و حرج بالاخص اگر زن جوان بوده و صبرکردنش مستلزم مشقت و حرج شدید برای او باشد حاکم او را طلاق دهد.

مرحوم سید با اعتراف و اذعان به این نکته که فقهای قبل از او طلاق را درچنین مواردی مجاز نشمرده و به حدیث «الطلاق بیدمن اخذ بالساق» استناد کرده‌اند دربرابر این شهرت عظیم به قاعده نفی عسر و حرج متوسل می‌شود. (۱) و پس از نقل روایاتی مبنی براینکه درصورت نپرداختن نفقه شوهر اجبار به طلاق می‌گردد نتیجه می‌گیرد که به طریق اولی درصورتیکه بقاء زوجیت موجب وقوع زن در معصیت باشد لازم است که برای حفظ و صیانت او از گناه با حکم دادگاه طلاق داده شود. (ص ۷۵ و ۷۶ عروه) دربین فقهای معاصر برخی به نظر رسید ایراد گرفته‌اند و امکان چنین طلاقی را مردود شمرده‌اند. (۲)

سید محسن حکیم درمنهاج الصالحین ذیل بحث عده چنین می‌گوید: برخی از بزرگان گفته‌اند درصورت عدم تمکین زوجه غایب که حیاتش معلوم است برصبر، حاکم می‌تواند زوجه‌اش را طلاق دهد و همینطور درمحبوس که به حبس ابد

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، جلد اول، صفحه ۲۸۲.

۲- آیت‌الله سیدمحسن حکیم، منهاج الصالحین، چاپ نجف اشرف، جلد ۲، صفحه ۲۲۲
آیت‌الله سیدابوالقاسم خوئی منهاج الصالحین و تکلمه المنهاج، چاپ نجف، جلد دوم ص ۲۲۸.

محکوم شده است ولی آنچه ایشان (مرحوم سیدمحمد کاظم طباطبائی) ذکر کرده‌اند بعید است و بعد از آن عقیده ایشان در مورد مفقودی است که اعمال کیفیات مذکور (مانند تعیین مدت و تفحص) ممکن است ولی اعمال این کیفیات ممکن است موجب وقوع زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام گردد که به نظر ایشان بدون اعمال آن کیفیات زوجه توسط حاکم طلاق داده شود.

لازمه کلام صاحب عروة جواز مبادرت به طلاق زوجه بدون اذن زوج است هنگامی که معلوم گردد بقاء زوجه بر زوجیت موجب وقوع در معصیت است و ضعف این نظر واضح است.

آیتا... سید ابوالقاسم خوئی نیز در تکلمه منهاج نظر سید را در تکمیل کلام آیتا... سید محسن حکیم مورد انتقاد قرار داده است. به عکس برخی دیگر از فقهای معاصر مانند امام خمینی از نظر سید جانبداری کرده و در مواردیکه ادامه زندگی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج باشد عقیده دارند که وی می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید و دادگاه شوهر را الزام به طلاق و در صورت میسر نشدن او را طلاق می‌دهد.^(۱)

در جای دیگر امام خمینی می‌گویند «از شوون فقه است که اگر چنانچه مردی با زن خودش بدرفتاری کرد فقیه او را اولاً نصیحت کند و ثانیاً تأدیب می‌کند اگر دید ادب نمی‌شود اجرای صیغه طلاق می‌کند»^(۲)

برخی دیگر از فقها از آیه «فامساک به معروف او تسریح باحسان» يك اصل کلی را استخراج و استنباط نموده‌اند که وفق آن در صورتیکه مرد به وظایف زوجیت عمل نکند و از طلاق زن نیز خودداری کند حاکم بایستی او را ملزم به طلاق نماید و اگر طلاق نداد خود بجای وی طلاق دهد.^(۳)

۱- به نقل از دکتر حسین محمدپور، مجله قضائی و حقوق دادگستری، شماره ۳، صفحه ۴۰.
 ۲- روزنامه کیهان شماره ۱۰۸۴۶ مورخ ۱۲ آبانماه ۱۳۵۸ به نقل از کتاب حقوق خانواده دکتر سید حسین صفائی ص ۲۷۵.
 ۳- آیتا... مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، چاپ هشتم ص ۳۲۲.

بنابراین آیه جلوی سوء استفاده از حق را توسط مردی که از اختیارات خود بی‌جهت سوء استفاده می‌کند می‌گیرد و به زن اجازه می‌دهد برای رهایی از تنگنا و عسرتی که شوهرش برای او ایجاد کرده به محکمه رجوع کند و در صورت حاضر نشدن شوهر به طلاق وی، حاکم شرع به درخواست زن به ولایت (نماینده‌گی قانونی) از شوهر، زن را طلاق می‌دهد.^(۱)

مقایسه بین ماده ۱۱۳۰ قبلی و اصلاحی

ماده ۱۱۳۰ پیشین مقرر می‌داشت «حکم ماده قبل (۱۱۲۹)» در موارد زیر

جاری است:

۱- در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار وی هم بر ایفاء ممکن نباشد.

۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زن را با او غیر قابل تحمل سازد.

۳- در صورتیکه بواسطه امراض مسریه صعب‌العلاج دوام زناشویی برای

زن موجب مخاطره باشد. درمقایسه بین ۲ متن پیشین و فعلی ماده ۱۱۳۰

می‌توان گفت که رابطه عموم و خصوص من‌وجه بین آنها حاکم است زیرا بین

مفاد متن فعلی و قبلی از یکسو تفاوت کلی وجود دارد زیرا ماده اصلاحی طلاق

به درخواست زن و توسط محکمه را بطور کلی منوط به «عسر و حرج» دانسته

است درحالی‌که در ماده پیشین سه مورد را بطور مشخص از موجبات طلاق به

تقاضای زن ذکر نموده بود و از سوی دیگر بند دوم و سوم متن قبلی ماده

۱۱۳۰ خود از مصادیق عسر و حرج است و وجه اشتراك ماده پیشین و فعلی

است بنابراین مبنای حکم دادگاه بر طلاق به درخواست زن در ماده ۱۱۳۰ قبلی

الزاماً عسر و حرج زوجه نیست هرچند در برخی موارد با عسر و حرج او نیز

۱- عزالدین بحر العلوم، بحوث فقهیه ص ۱۸۶ به بعد به نقل از کتاب حقوق خانواده دکتر سیدحسین صفائی.

منطبق باشد. زیرامبنای الزام دادگاه نسبت به طلاق درموردیکه شوهر حقوق واجبه زن را ایفاء نکند و اجبار او نیز ممکن نباشد. و یا سوء معاشرت وی به حدی برسد که ادامه زندگی زن را با او غیر قابل تحمل سازد نشوز زوج می‌باشد نه قاعده نفی عسروجرح و مستند این نظر اخبار خاصی است که در این باب وارد شده و براساس آنها درصورت نشوز زوج دادگاه ابتدا او را به انجام وظایف زوجیت اجبار می‌کند و اگر انجام نداد او را تعزیر می‌نماید.^(۱)

درمقابل برخی فقها گفته‌اند که در موارد نشوز زوج دادگاه او را برطلاق زن مجبور می‌کند و درصورت خودداری از طلاق دادگاه رأساً طلاق می‌دهد.^(۲) ویژگی این نظریه در این است که درصورت 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 باتوجه به مبانی فقهی بند ۱ و ۲ ماده ۱۱۳۰ سابق و سابقه آن در فتوی فقها مغایرتی با موازین شرعی نداشته و اصلاح آن موجه به نظر نمی‌رسد علاوه بر آن در انتقاد به متن اخیر ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی گفته شده که «به جای ضوابط نسبتاً روشن مذکور در ماده پیشین، ضابطه‌ای آورده که تا حدی مبهم است و تشخیص آن آسان نیست».

و بهمین جهت ممکن است درعمل اشکالاتی ایجاد کند و موارد درخواست طلاق را افزایش دهد.^(۳) به عکس برخی دیگر از حقوقدانان به دفاع از متن اصلاحی پرداخته و آنرا وسیله‌ای برای نفوذ عدالت درقانون که قابلیت برآورده

۱- محمد حسن نجفی، جواهر، چاپ بیروت جلد ۳۱ صفحه ۲۰۷ و ۲۰۸ سید ابوالحسن اصفهانی وسیله النجاة جلد دوم ص ۴۰۹ مسئله ۲ از مسائل نشوز، امام خمینی تحریرالوسیله ج ۲ ص ۲۷۲.

۲- میرزای قمی، جامع‌الشتات، ص ۵۲۳.

۳- دکتر سید حسین صفایی، دکتر اسدالله امامی، حقوق خانواده ص ۲۸۳.

ساختن نیازهای تازه را داشته و با تحولات اقتصادی و اخلاقی جامعه همگام می‌شود دانسته‌اند و تنها عیب آنرا چنین برشمرده‌اند که «سلاحی است دو دم، اگر بدست نااهل افتد خطرناک و زیانبار است و هرگاه در دست اهل باشد وسیله‌ای است برای حمایت از مظلوم، پرده‌ای از ابهام بر آن گسترده است که بایستی صالحان قدم بردارند»^(۱) در پایان این مقایسه لازم به ذکر است که تفاوتی که ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در اصلاحات ۶۱ با اصلاحات اخیر سال ۷۰ دارد در این است که علاوه بر رفع اشکال عبارتی و ادبی صدرماده در اصلاحات اخیر در عبارات ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در سال ۶۱ مبنای حکم دادگاه را بر طلاق، جلوگیری از ضرر و حرج دانسته بود، در حالیکه در متن اخیر مبنای فقط عسر و حرج است.

علت این تفاوت در آن است که ماده اصلاحی ۶۱ عیناً ترجمان فتوی سید محمد کاظم طباطبائی است و ایشان در رفع لزوم طلاق در موارد متعددی به ضرر و حرج استناد نموده است.

ماهیت طلاق به حکم دادگاه

قبلاً در بحث غایب مفقود الاثر بیان نمودیم که اصولاً طلاق که حاکم در مسئله غیبت بیش از چهار سال شوهر انجام می‌دهد، رجعی است و اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضاء مدت عده مراجعت نماید نسبت به طلاق حق رجوع دارد (ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی). اما در اینکه ویژگی رجعی بودن طلاق زوجه غایب را به سایر طلاقهایی که به حکم محکمه صورت می‌گیرد (ماده ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی) سرایت داده شود به شدت تردید وجود دارد زیرا اگر شوهر بتواند پس از صدور حکم به طلاق و اجرای آن رجوع کند حکمت قواعدی

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، جلد اول چاپ سوم ص ۲۸۴.

که به زن حق درخواست طلاق داده است از بین می‌رود و به حیثیت او لطمه وارد می‌شود.^(۱) به همین دلیل به نظر پاره‌ای از اساتید هرگاه طلاق به درخواست زن و بر مبنای حکم دادگاه واقع شود در زمان عده قابل رجوع نیست هر چند که طبیعت آن رجعی باشد و می‌توان چنین طلاق را بر یکی از موارد ششگانه به این منطبق نمود.^(۲) در حال حاضر رویه محاکم در مقام صدور حکم طلاق وفق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بدین صورت است که سعی می‌کنند طلاق را به صورت خلع در آورده تا با این شیوه طلاق باین شده و زوج نتواند از حق رجوع استفاده کند زیرا رویه قضائی کشور ماعلی‌الاصول بر این اندیشه است که طلاق به حکم حاکم طبیعتاً رجعی است و برای احتراز از پیامدهای چنین طلاق که ناقض غرض است آنرا بصورت خلع در می‌آورند که از اقسام طلاقهای ششگانه باین می‌باشد.^(۳) در اینجا جهت روشن نمودن موضع رویه قضایی، خلاصه جریان رسیدگی به یک پرونده را بازگو می‌کنیم.

در پرونده شماره ۷۰۸-۱۵/۱۰/۱۳۷۲ شعبه ۱۱۹ دادگاه مدنی خاص تهران زنی دادخواستی بطرفیت همسرش به خواسته طلاق بر اساس ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و دادخواست دیگری به خواسته نفقه به دادگاه مذکور تقدیم داشته و توضیح داده که حدود چهارده سال است که با خوانده ازدواج نموده و ثمره آن سه فرزند است. همسر وی در این مدت او و فرزندان را مکرر از خانه بیرون کرده و ایذاء و اذیت نموده و نفقه آنان را نیز نپرداخته که بر این اساس از دادگاه تقاضای مطالبه نفقات خود را نموده است در جلسه رسیدگی زوجه دلائل درخواست طلاق بر مبنای عسر و حرج را ضرب و جرح و ترك اتفاق و اخراج از

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، منبع یادشده صفحه ۴۳۸.

۲- دکتر جعفری لنگرودی، ارث، جلد ۱، صفحه ۲۱۹، دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۵ ص ۶۵.

۳- حسین مهرپور، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، چاپ اطلاعات ص ۶۳۰.

منزل بیان نموده و درمقابل زوج از دادگاه می‌خواهد تا حکم تمکین همسرش را صادر نماید. دادگاه مسئله را به داوری ارجاع می‌کند و پس از وصول نظریه داوران و اعلام نظریه داور زوج مبنی بر رضایت زوج به طلاق درقبال پرداخت دومیلیون تومان از ناحیه زوجه دادگاه ختم رسیدگی را اعلام و مورد را از مصادیق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی دانسته، به زوجه اجازه می‌دهد به یکی از دفاتر طلاق مراجعه نموده و با بذل کلیه مهریه مافی القباله و گذشت از نفقات و قبول بذل، خود را مطلقه به طلاق خلع بنماید که این حکم مورد اعتراض زوج قرار گرفته و پرونده جهت رسیدگی به درخواست تجدیدنظر به شعبه ۳۰ دیوانعالی کشور ارجاع می‌گردد هیئت شعبه مذکور درنهایت به حکایت دادنامه ۲۳۲/۳۰-۲۲/۳/۱۳۷۳ چنین رأی می‌دهد: «باتوجه به محتویات پرونده و رفتار و گفتار زوج که کلاً حاکی از ایذاء و اذیت زوج نسبت به زوجه است به حدیکه برای دادگاه عسر و حرج ادامه زندگی نسبت به زوجه احراز گردیده و دلیلیکه موجب فسخ دادنامه باشد از ناحیه تجدیدنظر خواه اقامه نشده، دادنامه تجدیدنظر خواسته ابرام می‌گردد» رویه سایر محاکم مدنی خاص نیز به همین منوال است و طلاقهای به حکم دادگاه را با الزام زوجه به بذل مال و گذشت نفقه به صورت خلع در میاورند که به عقیده ما این رویه خلاف اصول «انصاف» و «عدالت» قضایی و نقض غرض می‌باشد که در محل خود به نقد آن خواهیم پرداخت.

دردفاع از رجعی بودن طلاق به حکم دادگاه می‌توان گفت اولاً: طلاقهای بائن منحصر در اقسام ششگانه می‌باشد و این موارد با تحدیدشمارع حصری بوده و نمیتوان مورد دیگری را به آنها اضافه نمود یا از مصادیق یکی از آنها محسوب داشت. ثانیاً برخی مصالح قوی رجعی بودن طلاق را صحه می‌گذارند درجائیکه محذوری که باعث وقوع طلاق شده (عسر و حرج) برطرف شود به عنوان مثال

تنگدستی شوهر به ملائت وی و یا سوء رفتارش به حسن اخلاق تبدیل گردد به چه علت برای زن یا شوهری که بدون این عذرهای تمایل به ادامه زندگی دارند طلاق باید به گونه‌ای باشد که شوهر نتواند رجوع کند و آنهم بدین دلیل که رجوع زوج با جهتی که طلاق بدان واسطه انجام شده منافات دارد با اینکه همیشه علت محدثه، نمی‌تواند علت مبقیه باشد. ثالثاً: جدائی زن و شوهر از یکدیگر ذاتاً مبعوض قانونگذار است (۱) و هدف این است که به طرق ممکن جلوی طلاقهای بی‌مورد گرفته شود و فرزندان حاصل از پیوندی گسسته باز به آغوش والدین خود در یک خانواده بازگردند. بنابراین باین دانستن این‌گونه طلاقهای خلاف مصالح خانوادگی و اغراض قانونگذار میباید.

درعوض قائلین به بائن بودن طلاقهای به حکم دادگاه دلایلی به شرح ذیل

آورده‌اند:

(۱) اصل رجعی بودن طلاق درجائی است که طلاق به دست مرد است حتی در طلاق خلع این مرد است که باید تصمیم بگیرد و اگر راضی شد فدیة زن را می‌پردازد و او را طلاق می‌دهد ولی هنگامیکه شوهر خود تصمیم به طلاق نمی‌گیرد بلکه به حکم قانون و طبق حکم دادگاه مکلف به طلاق دادن می‌شود و درصورت امتناع او، حاکم طلاق را واقع می‌سازد و بین زوجین جدایی میاندازد رجعی بودن طلاق مفهومی ندارد و بایستی گفت طبیعت طلاق درچنین موردی اقتضای بائن بودن و عدم امکان رجوع زوج را می‌نماید. (۲)

۱- از حضرت رسول (ص) نقل شده که فرمود: «لا تطلقوا النساء الا من ربه ان الله لا يحب الذواقیین والذواقات» ذواقیین مردانی هستند که زن خود را طلاق میدهند و زن دیگری می‌گیرند. ذواقات زنانی هستند که از شوهر خود طلاق گرفته و سریعاً به نکاح دیگری درمی‌آیند. از حضرت امیرنیز نقل شده که فرمود: «تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتزمه العرش».

۲- دکتر حسن مهرپرور. منبع یادشده ص ۶۳ و جلد قضائی و حقوقی دادگستری شماره ۳ ص ۴۸.

به نظر ما این استدلال جامع و مانع نیست و مبنای منطقی محکمی ندارد. زیرا اولاً جز در طلاقهای به حکم حاکم در تمام انواع طلاق چه رجعی و چه بائن و در همه اقسام آنها این مرد است که تصمیم می‌گیرد و طلاق می‌دهد با این تفاوت که در برخی اقسام طلاق پس از ایقاع آن وی حق رجوع ندارد و در برخی که بطور نسبی بائن هستند مانند طلاق خلع با مسترد داشتن فدیة می‌تواند رجوع کند. ثانیاً اگر چنین استدلالی درست باشد بایستی شامل طلاق زوجه غایب مفقودالثر نیز بشود درحالی‌که می‌دانیم در آن طلاق مرد نقشی ندارد زیرا اصولاً در اجرای آن حضور ندارد با این حال در رجعی بودن این طلاق تردیدی وجود ندارد.

(۲) اگر این نوع طلاق را رجعی بدانیم نقض غرض است زیرا از یکسو شوهر به حکم دادگاه ملزم به طلاق میشود و از سوی دیگر در ایام عده رجوع می‌نماید و اثر آنرا از بین می‌برد به عبارت دیگر با دادن حق رجوع به شوهر در واقع حکم طلاق و الزام شوهر به آن لغو و بی‌اثر خواهد بود. (۱)

(۳) نظم عمومی و حرمت احکام طلاق و اجبار شوهر بر طلاق و جلوگیری از تکرار دعاوی ایجاب می‌کند که شوهر نتواند از حکم رجوع استفاده نماید. (۲)

(۴) ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی مفید حصر نیست و تنها ناظر به طلاقهای بائنی است که به اراده و اختیار شوهر واقع می‌شود. (۳)

از فقهای معاصر ظاهراً تنها کسی که به بائن بودن طلاق به حکم حاکم فتوی

۱- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، منبع یادشده، جلد ۵، ص ۶۵.

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، منبع یادشده ص ۴۴۰.

۲- دکتر سید حسین صفائی، دکتر اسدالله امامی، منبع یادشده ص ۳۲۶. ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی بیان می‌دارد: در موارد ذیل طلاق بائن است: «۱- طلاقیکه قبل از نزدیکی واقع شود، ۲- طلاق یاثسه ۳- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع بعوض نکرده باشد. ۴- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی بعمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید».

داده است مرحوم آیتا. . . خوئی است. ایشان در کتاب منهاج الصالحین جلد ۲ مسئله ۱۴۶۹ می‌فرمایند: «چنانچه شوهر از پرداختن نفقه خودداری کند زن به محکمه مراجعه و حاکم شوهر را ملزم به پرداخت نفقه یا طلاق می‌نماید اگر وی هیچیک از این دو کار را انجام نداد حاکم زن را طلاق می‌دهد و بعد می‌فرمایند:

«والظاهر ان الطلاق حينئذ بائن لایجوز للزوج الرجوع بهائثناء العده» یعنی ظاهر این است که چنین طلاقی بائن است و شوهر در ایام عده، حق رجوع ندارد» باتوجه به این مسئله که فرقی بین طلاق محکمه به لحاظ عسر و حرج باطلاق به لحاظ عدم پرداخت نفقه از این جهت وجود ندارد نظر ایشان در طلاق موضوع ماده ۱۱۳۰ نیز جاری است.

به نظر ما نظریه بائن بودن طلاق به حکم حاکم را نمی‌توان پذیرفت زیرا گذشته از تحدید و تعیین طلاقهای بائن و انحصار آنها به موارد ششگانه اولاً: ممکن است علت و موجب حکم طلاق در ایام عده رفع شود بعنوان مثال حالت حرجی که زوجه بر اساس آن دادخواست طلاق داده و حاکم با احراز آن مبادرت به صدور حکم طلاق می‌نماید در اثناء مدت عده رفع شود و گذشته از آنکه دلیل قانع کننده‌ای مانع رجوع در هنگام رفع مانع نیست (اذا زال المانع عادالممنوع) این نظر خلاف مصالح خانواده و اطفالی است که جدایی والدین آنها ممکن است موجب آوارگی آنها شود.

ثانیاً بائن داشتن طلاق حاکم این ایراد اساسی را دارد که حقوق مسلم زوجه مانند نفقه ایام عده وارث و مهریه بدون دلیل کافی از بین می‌رود و این خود ظلم به کسی است که برای رفع ظلم و رهایی از فشار به دادخواهی اقدام نموده است و او که همه درها را بر روی خود بسته دیده و به امید گشایش و فرجی در کارش در عدلیه را زده است خلاف انصاف قضایی و وجدان صاف آدمی است که در عوض رفع حرج عارض بر او، وی را از سایر حقوقش محروم کنیم. شاید

باملاحظه و درک این مسائل بوده که برخی نویسندگان که به بائن بودن اینگونه طلاقها نظر داده‌اند در مواردیکه علت موجب حکم طلاق در ایام عده رفع شود معتقد به انقلاب بائن به رجعی شده و نظر داده‌اند که در صورت رفع عامل موجب طلاق در ایام عده مرد حق رجوع دارد.^(۱)

از سوی دیگر اعتقاد به رجعی بودن این طلاقها نقض غرض است و محاذیری دارد که جداً باید از آن پرهیز نمود. وانگهی گرایش رویه قضایی و محاکم مابسوی وادی خطرناکی است که نتیجه آن تحمیل ضرری ناروا و حرجی ناصواب بر زوجه است زیرا اجرای طلاق ماده ۱۱۳۰ بگونه طلاق خلع با بذل مالی از جانب زن ملازمه دارد و این خود نقض غرض و حرکتی برخلاف عدل و انصاف قضایی است زیرا بر زنی که زندگی زناشویی او را سیه‌بخت نموده و به حرج و مشقت مبتلاء کرده است و برای رهایی از این وضعیت به عدلیه پناه برده معقول نیست که تکلیف شاق دیگری بر او تحمیل شود و به پرداخت فدیة به شوهر محکوم شود بالاخص در جائیکه تنگدستی شوهر یا عجز او یا خودداری وی از پرداختن نفقه موجب طلاق زوجه به حکم دادگاه گردد منطقی و عقلایی نیست، چنین زنی که در این وضعیت خود در اثر فشارها و تنگنای معیشت به دادگاه مراجعه کرده به دادن مالی به شوهرش در عوض درخواست طلاق مجبور شود. پس چه باید کرد چه راه حل معقولی برای این مسئله قابل تصور است که اشکالات راه حلهای مذکور را نداشته باشد؟ و در عمل عادلانه و منصفانه باشد؟ به عقیده ما طلاق به حکم قاضی طلاق استثنائی و خاص است که ویژگیهای مخصوص به خود را داراست و درست نیست که طلاق بدون اختیار و اراده مرد برخلاف اصل اولیه «الطلاق بیدمن اخذ بالساق» انجام گیرد ولی در رجوع

به آن همان اراده مسلوب نقش آفرین باشد زیرا رجوع بسان معلولی است که از هر جهت تابع علت موجه خود است اگر طلاق به اختیار مرد باشد رجوع نیز به اختیار اوست ولی اگر اراده او نقشی در آن نداشته و به حکم حاکم واقع شده است رجوع نیز بایستی پس از حکم وی انجام پذیرد زیرا رفع علت موجب صدور حکم شرط رجوع است و همان مرجعی که وجود و حدوث آن علت را احراز و اثبات کرده و برآن اساس حکم به طلاق داده بایستی رفع و ازاله احراز کند پس از این احراز و اثبات مانع رجوع از بین رفته و زوج می‌تواند اراده خود را مبنی بر رجوع و ابقاء پیوند گسسته اعلام دارد و به عبارت دیگر این نوع طلاقها طبیعتاً و ماهیتاً رجعی است که پس از وقوع آن اصل بقاء علت موجه و موجب صدور حکم است (حالت رجعی) و مدعی رفع علت (شوهر) بایستی در محکمه ازاله آنرا اثبات کند و دادگاه با احراز موضوع حکم به فقد موانع رجوع میدهد و تنها در این حالت است که زوج می‌تواند رجوع کند این نظریه که حاصل اندیشه نگارنده است عیوب نظرات دیگر را ندارد و بعلاوه رویه قضایی را به جهتی رهنمون می‌سازد که نه تنها الزامی ناخواسته و ناروا (بذل مال به شوهر) را به زوجه تحمیل نمی‌کند بلکه سایر حقوق وی را همچون نفقه ایام عده و سکنی و مهریه را رعایت و ملاحظه می‌نماید و مصالح کودکان حاصل از این پیوند را صیانت نموده زیرا چه بسا در صورت بائن انگاشتن این طلاق، تشریفات نکاح مجدد و هزینه‌های آن یا عدم تمایل بی‌مورد زن مانعی در راه وصلت مجدد بوجود آورد و اطفال معصومی از داشتن کانون گرم خانواده در آغوش والدین خود محروم بمانند و انگهی از نقطه نظر عقلی و منطقی نیز اشکالی به این رأی وارد نیست زیرا اگر محکمه به عنوان مثال با تشخیص وضعیت حرجی زوجه او را علی‌رغم میل زوج طلاق دهد منطقی نیست که در رجوع مرد در رفع آن به تشخیص خود عمل کند بلکه بایستی ادعای وی در محکمه بطور جداگانه‌ای طرح و اثبات گردد و اگر

واقعاً دادگاه احراز نمود که علت موجب صدور حکم رفع شده و آنگاه مرد رجوع کند هیچ تالی فاسدی در پی ندارد بلکه تمام فوائد را مجرد از مضارمارالذکر دربردارد. از طرف دیگر بابقاء حالت حرجی رجوع به مطلقه امکان پذیر نیست زیرا قاعده موجب صدور حکم که رافع حکم اولیه «انحصار طلاق بدست مرد» میباشد به طریق اولی حاکم بر رجوع است زیرا رجوع از ملحقات و توابع اصل طلاق است و درحالتیکه وضعیت حرجی استمرار دارد حکومت قاعده مانع از اعمال حق رجوع است.