

سید عزالدین کاظمی

سرپرست محاکم حقوقی ۲ تهران



نقدی بر مقاله

طلاق قضائی و طبیعت حقوقی آن

اشاره :

در شماره سوم مجله قضائی و حقوقی بحثی تحت عنوان «طلاق قضائی و طبیعت حقوقی آن» داشتیم و در پایان مقاله از صاحب نظران و بخصوص قضات محاکم دعوت شده بود اگر در این زمینه نظری و تاملی دارند بر ایمان بفرستند، جناب آقای کاظمی سرپرست محاکم حقوقی دو تهران نقد زیر را ارسال داشتند که با تشکر از ایشان بدون هیچگونه اظهارنظری عیناً جهت ملاحظه و استفاده خوانندگان صاحب نظر درج میشود.

جناب آقای دکتر مهرپور، معاونت محترم قضائی قوه قضائیه

سلام علیکم:

بحث خوب شما را در مجله قضائی شماره سوم که در بهار سال هفتادویک منتشر شده بود خواندم در وسطهای مقاله بودم نکاتی به ذهنم رسید برایتان یادداشت کنم و اتفاقاً در آخر مقاله دیدم که خود جنابعالی به این مطلب اشاره فرموده‌اید لازم به ذکر است که اینجانب بلحاظ عدم فرصت به کتابی مراجعه نکرده و تحقیق نیز ننموده‌ام و فقط در وقت خواندن مقاله به وسائل الشیعه ابواب النفقات باب وجوب النفقه مراجعه نمودم و فقط مطالب و ذهنیات سابق را یادداشت میکنم و بهمین دلیل تاکنون نیز نتوانسته بودم یادداشت خود را تنظیم و برایتان ارسال نمایم. در مرحله اول باید دید طلاق حاکم چه نوع طلاق است بطور خلاصه باید گفت اگر بگویم طلاق حاکم طلاق رجعی (مطلق) است این مطلب یک نوع نقض غرض و عمل بیهوده و کاری عبث است و تمام کسانی که بنحوی

قائل شده‌اند طلاق حاکم طلاق بائن است در این صدد و غرض بودند که از محاذیر طلاق رجعی که کاری لغو است فرار کنند و لذا شعری گفته و در قافیه آن گیر نموده‌اند و فقط از یک جهت مسئله را درست نموده و از جهات دیگر نتوانسته‌اند مسئله را تمام کنند و جنابعالی نیز قائل شدید این نوع طلاق، طلاق بائن است و در مورد عدم استحقاق نفقه وارث اظهار نظر نمودید و لکن در مورد رفع عسر و حرج در زمان عده (بلحاظ محذورات و اشکالات زیاد) قائل به عقد مجدد نشدید و با یک قیاس مع الفارق قائل شدید طلاق بائن تبدیل به طلاق رجعی میشود و معتقدم جنابعالی اگر قاضی پرونده‌ای باشید که ارث چنین افرادی مطرح باشد (از قبیل گواهی انحصار وراثت و غیره) رأی به محرومیت و عدم استحقاق نخواهید داد مضافاً جنابعالی در مقاله دچار تناقض شده از یک طرف قائل بعدم وراثت زوجه از زوج شدید و از طرف دیگر عند رفع عسر و حرج قائل شدید که عقد جدید برای رجوع لازم نیست هر چند اگر این عقیده اشکالات فراوان فقهی نداشت همین را در نوشته معتقد میشدید.

و اما حق و انصاف در مسئله باید دید چیست روشن است که طلاق حاکم در عسر و حرج زوجه با استفاده از حکم ولائی میباشد و ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بهمین خاطر اضافه شده است و روایت ابی بصیر که روشن‌ترین روایت در این باب است یعنی بحکم ولائی تصریح دارد و نظر به اینکه حکم ولائی از احکام ثانویه بوده و احکام ثانویه نیز حکومت بر احکام اولیه دارد زیرا اساس و پایه حکم ثانوی در این باب عسر و حرج مشقت از طرف زوجه است و حکم ثانوی تا رفع عسر و حرج دوام دارد و پر واضح است که بر اساس احکام اولیه طلاق درید زوج میباشد و حاکم با حکم ولائی که حکومت بر عناوین اولیه دارد حق سلب این اختیار طلاق را از زوج دارد و طلاق واقع با حکم حاکم در این مورد هم شرعی و هم قانونی میباشد با وصف اختیار داشتن حاکم به سلب حق از زوج با بقاء عسر و حرج چه ایرادی دارد که قائل شویم حاکم با حکم ولائی خویش نه تنها حق طلاق را از زوج سلب میکند بلکه اختیار رجوع را نیز از زوج حق دارد سلب نماید به این صورت طلاق واقع با حکم حاکم در مورد عسر و حرج یک طلاق رجعی است و لکن اجازه رجوع با حاکم است، حاکم اگر مصلحت دانست و

مشاهده نمود که عسر و حرج رفع شده اجازه رجوع را به زوج خواهد داد و اگر تا اتمام عده عسر و حرج باقی بود زوج حق ندارد رجوع نماید و اما استدلال بر این عقیده همانطوریکه قبلاً توضیح داده شد استفاده حاکم از حکم ولائی و عنوان ثانوی بخاطر عسر و حرج زوجه میباشد و براین مطلب یعنی حکومت حاکم از باب ولایت در مواردی که بخاطر عسر و حرج و مواردی از این قبیل مثل حدیث لاضرر و مصالح قوی جامعه و اختلال نظام و غیره روایات زیادی در ابواب مختلفه فقه دلالت دارد و بعضی از علما بحث مفصل در این باره داشته و اثبات نموده‌اند که در جمع ابواب مختلف فقهی به این مسئله ولایت فقیه تصریح شده است و بعنوان مثال روایات همین باب دلالت روشن و صریح دارد مثلاً روایت ابی بصیر کان حقاً علی الامام ان یفرق بینهما و یا روایت حبیل بن دراج و الاطلاقها با توجه بصدر روایت روشن است که مراد از طلقها حاکم است و یا روایت عبدالرحیم و الافرق بینهما و مراد از مفرق غیر از حاکم شخص دیگری نمیتواند باشد بنابراین دائره حاکم مطلق و وسیع بوده و بتمام موارد با ابقاء عسر و حرج و غیره که اشاره شده شمول دارد و لزومی ندارد که در روایت مورد به مورد اختیارات حاکم توضیح داده شود و اگر بعضی موارد در روایات توضیح داده شده از قبیل ذکر مصداق است در همین فرض بعنوان مثال اگر حاکم احساس کند این زوجه که در حال حاضر با عسر و حرج طلاق میگیرد در خانه روح چندین سال کار کرده و حقوقی دارد حاکم میتواند مقداری از اسوال زوج را برای زوجه ضبط نماید در صورتیکه همین فرض در هیچ کدام از روایات تصریح و ذکر نشده است.

بلکه این قبیل مسائل از اختیارات ولایت فقیه بوده که به حاکمان و متصدیان امر قضا مع الواسطه یا بدون واسطه داده میشود بنابراین قائل شدن بر اینکه طلاق رجعی است و لکن اختیار و اذن رجوع با حاکم است هیچ استبعادی نداشته و نه تنها مخالف شرع و قانون نمیشود بلکه ادله اختیارات ولایت فقیه نیز براین مطلب دلالت میکند و لذا استحقاق نفقه را وارث میرسد و به عقد جدید نیاز ندارد و طلاق بائن همان موارد ششگانه مصرح در فقه و روایات میباشد و طلاق بائن هفتمی وجود ندارد و فرمایش حضرت امام راحل در سؤال شورای نگهبان (اگر جرات بود مطلبی دیگر بود که آسانتر است) نه تنها به مطلب

فوق دلالت دارد بلکه مطالب زیادی را معظم له با کنایه (ابلق من التصريح) فرموده است و فرمایش آقای خوئی نیز به این عقیده فوق دلالت دارد زیرا عبارت دال است بر اینکه این نوع طلاق در حکم بائن است لذا تعلیل آورده است و (الظاهران الطلاق حنیناً بائن لایجوز للزوج الرجوع) از چه جهت بائن است؟ از جهت عدم رجوع یعنی زوج حق رجوع ندارد بنابراین طلاق یک طلاق رجعی است که بواسطه عدم حق رجوع زوج در حکم بائن است و اگر از روایات استفاده گردد این نوع طلاق یک طلاق بائن است همین است که زوج حق رجوع ندارد. بنابراین استدلال به اینکه این طلاق یک طلاق رجعی با این اوصاف است، استدلالی خشک و جامد و غیر معقول نیست.