**چكيده:**

**ازدواج در اسلام، ميثاق مقدسى است كه بنيان آن بر اصل عدالت، استوار است و در پرتو اين اصل اساسى است كه حقوق و تكاليف زوجين تفسير و توجيه مى‏شود. بنابراين هر چند طلاق حق طبيعى مردان است ولى به شرط آنكه روابط او با زن جريان طبيعى خود را طى كند. ولى هر گاه مردى بناروا حقوق زن را رعايت نكرده و از اختيارات خود سوء استفاده كند و بناى ناسازگارى و اجحاف به زن را فراهم آورد، آيا زن در چنين شرايطى نيز همچنان بايد ناظر تعديات شوهر بوده و بر ظلم او صبر كند تا چراغ عمرش خاموش شود؟ آيا اسلام كه منادى عدالت است‏با اين منطق موافق است؟ بى گمان اين طرز تفكر با اصول مسلم اسلام تنافى آشكار دارد، از اين رو به استناد دلايل فقهى معتبر در چنين مواردى، زن مى‏تواند از محكمه درخواست طلاق كرده و حاكم نيز عليرغم ميل شوهر او را طلاق خواهد داد. اثبات اين موضوع هدف اساسى مقاله اى است كه در پيش رو داريد.**

**ديباچه**

**حق طلاق، يكى از حقوق طبيعى و فطرى است كه خداوند آن را در اختيار مردان قرار داده است. درقرآن كريم نيز آيات مربوط به طلاق، عموما خطاب به مردان مى‏باشد از قبيل: «و ان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم‏» (بقره/ 227) «يا ايها النبى اذا طلقتم النساء فطلقهوهن لعدتهن‏» (طلاق/ 1) «الطلاق مرتان، فامساك بمعروف او تسريح باحسان...» (بقره/221) «فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف ...» (طلاق/ 2)**

**همچنين در روايت نبوى معروف آمده است: «الطلاق بيد من اخذ بالساق‏» (1) در احاديث‏خاصه نيز، روايات متعددى در اين زمينه وارد شده است مانند روايت ابى جعفرعليه السلام:**

**«انه قضى فى رجل تزويج امراة و اصدقته هى و اشترطت عليه ان بيده الجماع و الطلاق، قال خالفت السنة، و وليت‏حقا ليست‏باهله، فقضى ان عليه الصداق و بيده الجماع والطلاق و ذلك السنه‏» (2) امام باقرعليه السلام در مورد مردى كه با زنى ازدواج كرده و به موجب شرط، اختيار آميزش و طلاق را به زن واگذار كرده بود، فرمودند: «با سنت مخالفت كردى و زن نيز بر امرى تسلط يافته است كه اهليت آن را ندارد»، سپس چنين قضاوت فرمود كه: «مهريه بر عهده مرد است و نيز اختيار آميزش و طلاق با اوست و اين حكم مطابق سنت است‏».**

**بنابراين، اصولا مردان مى‏توانند همسران خود را بدون موافقت ايشان در هر زمان و حتى بدون علل موجهى نيز، طلاق دهند در ماده 1133 قانون مدنى ايران آمده است:**

**«مرد مى‏تواند هر وقت‏بخواهد زن خود را طلاق دهد»**

**هر چند كه اين عمل(طلاق) در روايات اسلامى بشدت نكوهش و سرزنش شده است تا جائيكه پيامبراكرم صلى الله عليه وآله وسلم فرمودند:**

**«ما من شى‏ء ابغض الى الله عز و جل من بيت‏يخرب فى الاسلام بالفرقة يعنى الطلاق ...». در نزد خداوند چيزى مبغوضتر از خانه‏اى كه به سبب طلاق ويران شود، وجود ندارد»**

**در احاديث ديگرى آمده است: «لا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه العرش‏»، همسران خود را طلاق ندهيد كه عرش خداوند از اين عمل به لرزه مى‏آيد. (3)**

**ولى مع الوصف، در پاره‏اى شرايط و اوضاع و احوال، زنان نيز مى‏توانند از محكمه درخواست طلاق نمايند و دادگاه نيز با احراز شرايط و على‏رغم ميل شوهر، زن را طلاق خواهد داد، اين موارد در فقه اماميه، و به پيروى از آن در قانون مدنى ايران عبارتند از: 1. استنكاف شوهر از پرداخت نفقه و عدم امكان الزام وى به انفاق (م 1129 ق.م). 2. ناتوانايى و عجز شوهر از پرداخت نفقه (م 1129 ق.م). 3. غايب مفقود الاثر بودن شوهر (م 1209 ق.م). 4. در عسر و حرج بودن زوجه در صورت ادامه دادن به زندگى زناشويى (م 1130 ق.م).**

**ولى سؤالى كه مطرح است اين است كه آيا ولايت‏حاكم بر طلاق، محدود به موارد فوق الذكر است؟ يا اينكه به طور كلى در كليه موارد كه شوهر بناروا از اداى وظايف و تكاليفى كه به موجب پيمان ازدواج بر عهده او نهاده شده است استنكاف ورزد - كه در اصطلاح فقهى از آن به «نشوز زوج‏» تعبير مى‏شود - حاكم (قاضى) مى‏تواند به درخواست زن، وى را على‏رغم ميل و اراده شوهر متمردش طلاق دهد؟**

**اين مساله‏اى است كه از ديرباز انديشه فقهاى اماميه را به خود مشغول داشته است، برخى در چنين موارد شوهر را تنها مستحق تعزير و تاديب از ناحيه حاكم دانسته‏اند (4) و عده‏اى نيز ابتدا به الزام شوهر به طلاق و در صورت سرپيچى از اين امر، به طلاق اجبارى از سوى حاكم، فتوى داده‏اند.**

**از پيشگامان عقيده دوم، يعنى نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏» ميتوان از فقهايى چون شيخ مفيد (5) (336-413 ه ق)، ابى يعلى حمزة بن عبدالعزيز ديلمى معروف به سلار (6) (متوفى 463 ه ق)، ابى الصلاح حلبى (7) (347-447 ه ق) و از متاخرين نيز ميرزاى قمى (متوفى 1231 ه. ق) (8) ،سيدمحمدكاظم يزدى (متوفى 1337 ه ق)، صاحب كتاب عروة الوثقى و از معاصرين نيز فقيه بزرگوار شيخ حسين حلى (ره) و آية‏اله خوئى (ره) (9) را ياد كرد.**

**به عقيده اين گروه از فقها، تخلف شوهر از اداى وظايف زوجيت (اعم از انفاق، حسن معاشرت، آميزش جنسى، همخوابگى و...) خواه ناشى از تقصير شوهر باشد و يا بدون تقصير، به زن حق مى‏دهد كه براى طلاق به حاكم شرع مراجعه كرده و حاكم شرع نيز ابتدا وى را ملزم به رعايت‏حقوق همسر و سپس به طلاق اجبار خواهد نمود، و در صورت سرپيچى شوهر، حاكم به عنوان ولى ممتنع زن را طلاق خواهد داد.**

**در ماده 1130 ق.م قبل از اصلاح سال 1361 نيز در موارد سه گانه ذيل براى زن حق رجوع به حاكم و درخواست طلاق از محكمه، پيش‏بينى شده بود:**

**1. در موردى كه شوهر، حقوق واجبه زن را وفا نكند و اجبار او هم بر ايفاممكن نباشد.**

**2. سوء معاشرت شوهر به حدى باشد كه ادامه زندگانى زن را با او غير قابل تحمل سازد.**

**3. در صورتى‏كه به واسطه امراض مسريه صعب العلاج، دوام زندگى زناشويى براى زن، موجب مخاطره باشد.**

**ماده مذكور در اصلاح سال 1361 حذف و به صورت زير اصلاح گرديد:**

**«در مورد زير زن مى‏تواند به حاكم شرع مراجعه و تقاضاى طلاق نمايد:**

**در صورتيكه براى محكمه ثابت‏شود كه دوام زوجيت موجب عسر و حرج است مى‏تواند براى جلوگيرى از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نمايد و در صورت ميسر نشدن، به اذن حاكم شرع طلاق داده مى‏شود» (اصلاحى 8/10/1361).**

**در حاليكه مفاد ماده 1130 ق.م قبل از اصلاح چندان مغايرتى با شريعت و فقه اماميه نداشت زيرا مفاد بند 1 و 2 آن، همان موارد «نشوز زوج‏» است كه به عقيده گروهى از فقهاء از موارد ولايت‏حاكم بر طلاق است و بند 3 نيز منطبق با قاعده لاحرج، ولاضرر مى‏باشد.**

**بارى آنچه كه موضوع اين مقاله را تشكيل مى‏دهد، اثبات نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏» و نيز تحليل و بررسى ماهيت آن مى‏باشد، بدين منظور مطالب اين نوشتار را در دو بخش جداگانه، تقديم خوانندگان محترم مى‏نمائيم:**

**بخش اول: اثبات نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏» بخش دوم: تحليل و بررسى طبيعت‏حقوقى طلاق حاكم.**

**بخش اول: اثبات نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏»**

**قبل از بررسى دلائل و مستندات نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏» ناگزيريم ابتدا حقوق و تكاليف متقابل زوجين را از ديدگاه فقه و قانون، به اختصار تشريح و شناسايى كنيم، تا از اين رهگذر مواردى كه سبب نشوز هر يك از زوجين خواهد شد، بخوبى روشن و آشكار گردد.**

**فصل اول: حقوق و تكاليف متقابل زوجين**

**ازدواج ميثاق مقدسى است كه بين زوجين بر قرار مى‏گردد و همانند ساير مواثيق و قراردادها، حقوق و تكاليفى را بر عهده طرفين قرارداد، تحميل خواهد كرد، كه تامين سعادت زوجين و اجتماع در پرتو رعايت اين تعهدات خواهدبود.**

**مهمترين حقوق و امتيازاتى كه در فقه اماميه براى زوجين پيش‏بينى شده است عبارتند از:**

**الف - حقوق زوجه**

**1. حق نفقه: وجوب پرداخت نفقه همسر از سوى شوهر از مسلمات فقه و حقوق اسلامى است (10) و زن از اين نظرهيچ مسؤليتى ندارد، حتى اگر خود قادر به تامين هزينه‏هاى زندگى خود باشد. اين حكم مبتنى بر آياتى از قرآن كريم از جمله «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم ...» (النساء/34) و «و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف‏» (بقره/233) و «و لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله‏» (طلاق/7).**

**و همچنين احاديث متواترى از معصومين عليهم السلام است. از قبيل روايت اسحاق بن عمار از امام صادق عليه السلام.**

**قال: قلت لابى عبدالله عليه السلام «ما حق المراة على زوجها الذى اذا فعله كان محسنا، قال يشبعها و يكسوها و ان جهلت غفرها» (11) مرد بايد شكم زن را سير كند و بدن او را بپوشاند و چنانچه زن مرتكب جهالتى شده او را ببخشايد.**

**لازم به توضيح است كه وجوب نفقه همسر مشروط به دو شرط است: 1. دائمى بودن نكاح 2.عدم نشوز زوجه، قانون مدنى ايران نيز در ماده 1106 مقدر مى‏دارد: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است‏».**

**2. آميزش: بدون شك يكى از مهمترين اهداف ازدواج، كنترل صحيح و معقول قواى جنسى است (12) از اينرو است كه در فقه اماميه براى قسم خوردن برترك آميزش جنسى (ايلاء) و يا عدم قدرت شوهر بر آن (از قبيل ابتلاء شوهر به بيمارى عنن و مانند آن) ضمانتهاى اجرايى شديدى پيش‏بينى شده است كه در مباحث‏بعدى بدان اشاره خواهيم كرد.**

**بارى، در فقه اماميه يكى از حقوق زن، برخوردارى از تمتعات جنسى از شوهر خود، حداقل يك بار در چهار ماه است اين حكم كه مورد اتفاق فقهاء اماميه است (13) مبتنى بر رواياتى است كه از پيشوايان مذهب صادر شده است از قبيل:**

**روايت صفوان بن يحيى عن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المراة الشابة فيمسك عنها الاشهرو السنة لا يقربها ليس يريد الاضرار بها، تكون لهم المصيبة يكون بذلك آثما؟ قال: اذا تركها اربعه اشهر يكون بذلك آثما بعد ذلك الا ان يكون باذنها (14) . امام رضا عليه السلام در پاسخ سؤال مربوط به مردى كه داراى همسرى جوان بوده و بدون داشتن قصد آزار و اذيت وى، چندين ماه و بلكه يك سال روابط جنسى خود را با وى ترك نموده است فرمودند: هرگاه مردى بيش از چهار ماه روابط جنسى خود را با همسرش ترك كند گناهكار بوده مگر اينكه اين عمل با رضايت او (همسر) صورت گرفته باشد.**

**هر چند برخى از فقها از قبيل فيض كاشانى و شيخ حر عاملى، حكم مزبور را تنها به زن جوان اختصاص داده‏اند، به دليل آنكه موضوع سؤال راوى، مردى است كه داراى همسر جوان «المراة الشابة‏» است، صاحب حدائق و برخى از فقهاى معاصر نيز نظريه ايشان را وجيه دانسته‏اند. (15) ولى صاحب جواهر، اين نظريه ايشان را مردود دانسته و قائل به تعميم حكم مزبور شده است. (16)**

**به هر حال در اصل حكم فوق ترديدى در فقه اماميه نيست و اين امر يكى از حقوق زوجه است كه زن مى‏تواند آنرا مطالبه كند و ترك آن از سوى شوهر بدون عذر موجه جايز نيست. شايان ذكر است كه اين حكم تنها در نكاح دائم جارى است. (17)**

**3. همخوابگى (مضاجعت): از جمله حقوقى كه در فقه اماميه براى زوجه مقرر گرديده است، حق همخوابگى (مضاجعت) با شوهر است، رعايت اين حق حداقل يك شب در هر چهار شب بر شوهر لازم است. در اصطلاح فقهى از اين حق به «حق القسم‏» ياد مى‏شود.**

**مستند فقها در اين حكم، علاوه بر آيه شريفه «وعاشروهن بالمعروف‏» و روايات صادره از معصومين عليهم السلام (18) تاسى و پيروى از سيره پيامبر اكرم صلى الله عليه وآله وسلم است، كه آن وجود شريف شبهاى خود را بين زنان خويش تقسيم مى‏نمود تا آنجا كه در حديث آمده است:**

**«انه كان فى مرضه يطاف به بينهن و كان يقول: هذا قسمى فيما املك و انت اعلم بما لا املك‏». (19)**

**بارى، در اصل حكم فوق ترديدى نيست، اگر چه در فروعات اين حكم جاى انديشيدن وجود دارد از قبيل اينكه آيا وجوب همخوابگى بر شوهر، وجوب ابتدايى است، يعنى صرفا به سبب عقد و تمكين زوجه اين حكم (مضاجعت) بر شوهر لازم و واجب مى‏گردد - همانطور كه در نفقه حكم از اين قرار است - يا اينكه وجوب مضاجعت، مشروط به تقسيم ليالى (شبها) بين زوجات است، يعنى هرگاه كسى كه داراى زوجات متعدد است، شبى را با يكى از همسران خود سپرى كند، بر او لازم خواهد بود كه شبهاى ديگر خود را نيز بين بقيه همسران تقسيم كند، در نتيجه مطابق اين نظريه، مضاجعت‏بر مردى كه داراى يك همسر مى‏باشد و يا داراى همسران متعدد است ولى از همه آنها اعراض نموده، لازم و واجب نيست.**

**مشهورميان فقهاى اماميه اين است كه وجوب مضاجعت‏بر شوهر، وجوب ابتدايى است و به مجرد عقد و تمكين از سوى زوجه، رعايت آن بر شوهر لازم مى‏گردد، (20) هرچند كه نظريه دوم (عدم وجوب ابتدايى همخوابگى بر شوهر) قويتر است. (21) به هر حال تفصيل بحث در اين زمينه خارج از حدود اين نوشتار است.**

**4. حسن معاشرت: حسن معاشرت، يكى از وظايف مشترك زوجين است كه در دستورات اسلامى بدان تاكيد فراوان شده است، خداوند متعال در قرآن كريم امر به معاشرت بمعروف فرموده «و عاشروهن بالمعروف‏»، يعنى: «با همسرانتان با نيكى رفتار كنيد».**

**در احاديث فراوانى نيز بدين امر مهم سفارش شده است (22) . در ماده 1103 قانون مدنى ايران نيز مقرر گرديده است: «زن و شوهر مكلف به حسن معاشرت با يكديگرند» و نيز در ماده 1104 اين قانون آمده است: «زوجين بايد در تشييد مبانى خانواده و تربيت اولاد خود به يكديگرمعاضدت نمايند».**

**ب - حقوق شوهر**

**در فقه اماميه، و قانون مدنى ايران حقوقى براى مرد در برابر همسرش پيش‏بينى شده است كه اهم آنها به قرار ذيل است:**

**1. تمكين: از جمله حقوق مردان در عقد ازدواج، تكليف تمكين براى زن است، تمكين به معناى خاص آن عبارتست از آنكه زن نزديكى جنسى با شوهر را به طور متعارف بپذيرد و جز در مواردى كه مانع موجهى داشته باشد از بر قرارى رابطه جنسى با او سر باز نزند.**

**فقهاى اماميه به استناد روايات معتبر بر اين حكم اتفاق نظر دارند، در حديث ابى بصير از امام صادق عليه السلام آمده است:**

**اتت امراة الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: ما حق الزوج على المراة؟ قال: ان تجيبه الى حاجته و ان كانت على قتب، و لا تعطى شيئا الا باذنه فان فعلت فعليها الوزر و له الاجر، و لا يبيت ليلة و هو عليها ساخط، قالت: يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و ان كان ظالما؟ قال: نعم. (23) زنى به خدمت رسول اكرم صلى الله عليه وآله وسلم شرفياب شد و عرض كرد: اى پيامبر حقوق شوهران بر زنان كدام است؟ پيامبرصلى الله عليه وآله وسلم فرمودند: زن بايد حاجت مرد را اجابت كند هرچند كه بر پشت‏شترى باشد و نيز چيزى از اموال شوهر خود را بدون اجازه وى به ديگران ندهد كه اگر چنين كند گناه آن عمل بر زن و ثواب آن براى مرد خواهد بود، و نيز هيچ شبى را به صبح نياورد در حالى‏كه شوهرش از او خشمناك است. زن به پيامبر صلى الله عليه وآله وسلم عرض كرد: آيا رعايت اين حقوق حتى در صورتى كه شوهر سبت‏به همسر خود ظالم است نيز لازم است؟ پيامبر صلى الله عليه وآله وسلم فرمودند: آرى.**

**عدم تمكين، در اصطلاح حقوقى و فقهى نشوز و زنى كه از شوهر اطاعت نمى‏كند ناشزه ناميده مى‏شود، هرگاه زن ناشزه باشد نمى‏تواند از شوهر نفقه مطالبه كند، در ماده 1108 ق.م آمده است «هرگاه زن بدون مانع مشروع از اداى وظايف زوجيت امتناع كند، مستحق نفقه نخواهد بود».**

**ولى اگر زن مانع مشروع و عذر موجهى در عدم تمكين داشته باشد حق وى نسبت‏به نفقه ساقط نخواهد شد (م 1127 ق. م).**

**2. رياست‏شوهر بر خانواده: در فقه اماميه و به تبعيت از آن در حقوق مدنى ايران، رياست‏خانواده به عهده مرد است. ماده 1105 ق.م كه مبتنى بر فقه اسلامى است در اين زمينه مى‏گويد: «در روابط زوجين رياست‏خانواده از خصائص شوهر است‏». در توجيه اين قاعده گفته‏اند: هر اجتماعى بايد رئيسى داشته باشد كه كارها را هماهنگ كند و در صورت بروز اختلاف، نظر او قاطع باشد، خانواده نيز نمى‏تواند از اين قاعده مستثنى باشد. (24)**

**در حقوق ايران، رياست‏خانواده كه از خصائص شوهر است آثار و نتايجى را به دنبال دارد از قبيل اين كه زن حق دارد نام خانوادگى شوهر را با موافقت او به كار برد (ماده 42 قانون ثبت احوال).اقامتگاه زن اصولا همان اقامتگاه شوهر است (ماده 1005 قانون مدنى).**

**ولايت قهرى نسبت‏به اطفال از آن پدر بوده و هم او هزينه اداره خانواده را به عهده دارد. (مواد 1106 و 1199 قانون مدنى).**

**علاوه بر اين آثار، چون شوهر رييس خانواده است، اصولا اختيار تعيين مسكن با اوست و زن بايد از او تمكين كند (ماده 1114 ق.م) و نيز شوهر مى‏تواند زن را از شغلى كه منافى مصالح خانوادگى است‏باز دارد. (ماده 1117 ق.م). (25)**

**به عقيده گروهى از فقهاى اماميه، يكى از نتايج رياست‏شوهر بر خانواده، عدم جواز خروج زن از منزل بدون اجازه او مى‏باشد. مستند ايشان در اين حكم روايات متعددى است كه در اين زمينه وارد شده است، از قبيل روايت‏سكونى از امام صادق عليه السلام :**

**قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ايما امراة خرجت من بيتها بغير اذن زوجها فلانفقة لها حتى ترجع. (26) هر زنى كه بدون اجازه شوهرش از منزل خارج شود مستحق نفقه نخواهد بود تا زمانى كه به منزل باز گردد.**

**بحثى كه در مورد حديث فوق ميان فقها مطرح است، اين است كه آيا مقصود از جمله (ايما امراة خرجت‏بغير اذن زوجها...) خروج مسبوق به نهى شوهر است‏يا اينكه منظور خروجى است كه با اذن شوهر اعم از اذن صريح يا اذن فحوى و شاهد حال و ... - همراه نباشد هر چند كه مسبوق به نهى او نيز نباشد؟**

**گروهى از فقها احتمال دوم را ترجيح داده‏اند و از اينرو گفته‏اند: خروج زن از منزل شوهر در صورتى‏كه وى ترديد در رضايت‏يا كراهت‏شوهر داشته‏باشد و يا اصولا شوهر از خروج وى از منزل غافل باشد، مشروع و جايز نيست چرا كه اين موارد از مصاديق خروج به غير اذن مى‏باشد. (27)**

**بارى، برخى از فقها خروج از منزل شوهر را زمانى بر زوجه نامشروع دانسته‏اند كه اين خروج با حق استمتاع شوهر منافات داشته باشد در غير اين صورت خروج بلامانع خواهد بود. (28) اگرچه به نظر اين گروه عدم خروج در فرض مزبور نيز مطابق با احتياط است.**

**فصل دوم: ضمانت اجراى مدنى، تخلف زوجين از وظايف مقرره**

**هرگاه هر يك از زوجين از وظايف و تكاليف قانونى خود در برابر ديگرى تخلف كند، چه ضمانت اجراى مدنى وجود دارد؟ اين مبحث را در دو فراز پى مى‏گيريم:**

**الف - ضمانت اجراى تخلف زوجه: در صورتى كه شوهر تمام وظايف و تكاليفى را كه در قبال همسر خود دارد ايفا نمايد و حقوق واجب او را ادا نمايد ولى در مقابل زوجه از انجام تكاليف خود در برابر وى امتناع ورزد، نشوز از ناحيه زوجه تحقق يافته است و اين امر (نشوز) سبب سقوط نفقه خواهد بود. (29)**

**از سوى ديگر شوهر به موجب آيه 34 سوره نساء: «واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجروهن فى المضاجع و اضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» و به منظور واداشتن زن به سرنهادن به مقررات قانون، مى‏تواند ابتدا او را نصيحت و موعظه كرده، آنگاه در خوابگاه از او دورى گزيند و در مرحله سوم وى را تاديب كند.**

**در اينكه آيا شوهر سه امر فوق را بايد به صورت ترتيبى انجام دهد (يعنى ابتدا او را نصيحت كرده و بر فرض عدم تاثير، و در مرحله دوم، در بستر و خوابگاه از او دورى گزيند و آنگاه در مرحله سوم بوسيله ضرب تاديبى او را به اطاعت از احكام خدا وادار سازد)، يا غير ترتيبى؟ و نيز در مفهوم خوف، هجر(دورى گزيدن) و ضرب (زدن) و حدود آن، اختلاف نظرهايى ميان فقهاء اماميه وجود دارد كه به منظور رعايت اختصار از آن صرف نظر مى‏شود. (30)**

**ب - ضمانت اجراى تخلف شوهر: هرگاه شوهر بناروا از انجام تكاليفى كه به موجب عقد ازدواج در برابر همسر خود دارد (از قبيل انفاق، حسن معاشرت، روابط جنسى و ...) استنكاف ورزد، چه ضمانت اجراى حقوقى ممكن است وجود داشته باشد؟**

**در اين زمينه دو راه حل قابل طرح و بررسى است: 1. امتناع زوجه از انجام وظايف قانونى كه در برابر شوهر خود دارد، به عنوان مقابله به مثل يا تقاص. 2. الزام شوهر از سوى حاكم (قاضى) به رعايت وظايف قانونى خود، و بر فرض امتناع وى، شناسايى حق در خواست طلاق براى زوجه، و اجراى آن از ناحيه حاكم على رغم ميل و رضايت‏شوهر. ابتدا به بررسى راه حل اول و سپس به تحقيق پيرامون راه حل دوم خواهيم پرداخت:**

**بررسى راه حل اول: بدون ترديد، و به موجب دلايل فقهى معتبر هر يك از زوجين در مقابل يكديگر از حقوق و تكاليفى برخوردارند كه رعايت آنها بر هر يك از ايشان لازم و واجب است، ولى سؤالى كه در اين زمينه مطرح است اين است:**

**آيا وجوب رعايت اين تكاليف از ناحيه هر يك از زوجين مشروط به عدم نشوز از ناحيه ديگرى است؟ به طورى كه هرگاه يكى از زوجين از انجام وظايف قانونى خود، امتناع ورزد، طرف مقابل نيز تكليفى نسبت‏به رعايت‏حقوق وى نخواهد داشت؟ يا اينكه رعايت اين وظايف و تكاليف متقابل در هر شرايطى بر زوجين واجب است، هر چند طرف مقابل از انجام وظايف خود استنكاف ورزد؟**

**در پاسخ به سؤال فوق، از ديدگاه فقهى، بايد گفت: مقتضاى اطلاق ادله مزبور، مشروط نبودن اين حكم (وجوب رعايت‏حقوق و تكاليف متقابل از سوى زوجين) به عدم نشوز از سوى ديگرى است، مگر آنكه دليلى بر تقييد و اشتراط موجود باشد، همچنان كه نسبت‏به شوهر مطلب چنين است، يعنى به استناد اجماع و اخبار معتبر رعايت تكاليفى كه بر عهده شوهر است مشروط به عدم نشوز از ناحيه زوجه است و با نشوز وى، تكليفى بر عهده شوهر، نسبت‏به اداى حقوق زوجه نيست، در حاليكه نسبت‏به زوجه، اطلاق ادله مزبور به قوت خود باقى است. در نتيجه تكاليفى كه زوجه در برابر همسر خود دارد، مشروط به رعايت‏حقوق زن، از ناحيه شوهر نيست، و حتى به استناد برخى روايات معتبر، (31) زن در صورت نشوز زوج نيز مكلف به اداى حقوق شوهر است و حق مقابله به مثل و امتناع از انجام وظايف و تكاليف مقرره را ندارد، و هيچ فقيهى نيز به اين مطلب فتوى نداده است، بلكه گفته‏اند:**

**فقط زن حق مطالبه حقوق پايمال شده خود از شوهر را دارد و در صورت نرسيدن به نتيجه مورد نظر، وى مى‏تواند جهت احقاق حق خويش به حاكم مراجعه كند. (32)**

**نتيجه: راه حل اول، به عنوان ضمانت اجراى مدنى استنكاف شوهر از اداى حقوق زن وجاهت فقهى و شرعى ندارد.**

**بررسى راه حل دوم: براى اثبات راه حل دوم - همان نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏» كه در حقيقت مقصود اصلى اين نوشتار محسوب مى‏شود - از ديدگاه فقهى ناگزيريم، ابتدا به بررسى مفاد برخى از آيات قرآن كريم و سپس به تحقيق پيرامون مضمون روايات وارده از معصومين عليهم السلام در اين زمينه بپردازيم و آنگاه به برخى قواعد فقهى از قبيل قاعده لاضرر و لا حرج، اشاره كنيم.**

**الف - آيات قرآن كريم:**

**آيه 229 بقره: «الطلاق مرتان، فامساك (33) بمعروف او تسريح (34) باحسان ...»، طلاق قابل رجوع دوبار است پس بايد با خوشى و سازگارى زن را نگاهدارد و يا به نيكى او را رها كند.**

**آيه 231 سوره بقره: «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن، فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه‏» هرگاه زنان را طلاق داديد و به پايان زمان عده نزديك شدند، از آنان بخوبى نگهدارى كنيد يا بخوبى رهاشان سازيد، مبادا آنان را به گونه‏اى زيان آور نگهدارى كنيد، تا بر آنان ستم روا داريد، هر كس چنين كند، همانا بر خود ستم كرده است.**

**آيه 2 سوره طلاق: «فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف‏» پس چون به پايان زمان عده نزديك شدند يا آنان را بخوبى نگهداريد يا بخوبى از آنان جدا شويد.**

**از مجموع آيات فوق چنين استفاده مى‏شود كه شوهر، در ارتباط با همسر خود بايد يكى از دو روش را در پيش گيرد يا حقوق او را به طور كامل ادا و وظايف خود را آن گونه كه شايسته است، ايفا كند (امساك بمعروف) يا او را مطابق مقررات شرع طلاق دهد و رها سازد (تسريح باحسان) تا زن با انتخاب شوهر شايسته، نيك بختى خود را باز يابد، و راه سومى در اين زمينه وجود ندارد.**

**مؤيد اين برداشت، بخش ديگرى از كلام خداوند است كه مى‏فرمايد: «و لاتمسكوهن ضرارا لتعتدوا»، زنان خود را بگونه‏اى زيان آور نگهدارى نكنيد تا به ايشان ستم روا داريد.**

**مطابق اين فقره از كلام الهى - كه در حقيقت‏يا تاكيد حكمى است كه در آيه‏هاى گذشته بيان شد يعنى همان قانون كلى، امساك بمعروف يا تسريح باحسان، و يا انشاى حكم جديد - هر نوع نگهدارى همسر كه باعث ضرر و زيان زوجه شود مشروع نيست‏خواه اين ضرر ناشى از تقصير اختيارى شوهر باشد از قبيل ترك انفاق، عدم حسن معاشرت و .... و يا ورود ضرر قهرى و غير اختيارى باشد مانند عنن طارى شوهر، يا عجز و عدم قدرت بر انفاق.**

**شايان ذكراست كه كلمه «لتعتدوا» در آيه مورد بحث - كه در واقع به منزله تعليل حكم مزبور است - نيز صرفا به معناى تعدى و ستم اختيارى نيست تا مواردى كه ورود ضرر بر زوجه ناشى از امور غير اختيارى بوده (از قبيل عنن طارى، عجز از انفاق و ....) از شمول آيه خارج شود زيرا اطلاق كلمه «لتعتدوا» بر ستم و تعدى غير اختيارى به مثابه اطلاق آن بر ستم و تعدى اختيارى صحيح و شايسته است.**

**از اين رو، از نظر عرفى مستهجن نخواهد بود اگر گفته شود: نگاه داشتن زنى كه شوهر وى عاجز از اداى حقوق وست‏ستم بر همسر است. (35) نتيجه‏گيرى: از آيات گذشته يك قانون كلى و قاعده كبروى، استنباط مى‏شود مبنى بر اينكه شوهر در زندگى مشترك با همسر خود بايد يكى از دو راه را بر گزيند يا با وى به نيكى و شايستگى رفتار كند (امساك بمعروف) يا او را طلاق دهد (تسريح باحسان)، از اين رو شوهر نمى‏تواند هم از ايفاى حقوق واجب زن و هم از طلاق او امتناع كند.**

**يك شبهه و پاسخ آن**

**ممكن است گفته شود كه با توجه به شان نزول (36) آيه «الطلاق مرتان، فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏»، (بقره/ 229)، و نيز تفريع (37) جمله «فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» بر «الطلاق مرتان‏» روشن مى‏شود كه منظور از امساك به معروف، در اين آيه، رجوع مرد در عده طلاق دوم مى‏باشد (38) چنان كه در آيه 2 سوره طلاق نيز آمده است:**

**«فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف‏»، هنگامى كه زنان به پايان زمان عده نزديك شدند يا آنان را بخوبى نگهداريد و يا بخوبى از آنان جدا شويد.**

**ترديدى نيست كه مقصود از (فامسكوهن بمعروف: آنان را بخوبى نگهداريد) در آيه فوق، رجوع مردان در زمان عده است. از سوى ديگر، گفته شده است كه: معناى (تسريح باحسان) در آيه مورد بحث، طلاق سوم مى‏باشد چنانكه از ابن عباس حكايت‏شده است كه وى (تسريح باحسان) را به طلاق سوم، تفسير كرده است. (39)**

**برخى از روايات معصومين عليهم السلام كه در اين زمينه، وارد شده است تفسير فوق را تاييد مى‏كند:**

**1. روايت موثقه حسن بن فضال از امام رضا عليه السلام «ان الله عز و جل اذن فى الطلاق مرتين، فقال: الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» يعنى فى التطليقة الثالثه. (40)**

**2. روايت ابى بصير از امام صادق عليه السلام: «ان الله تعالى يقول: الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» و التسريح باحسان هى التطليقة الثالثه. (41)**

**3. عياشى در تفسير خود از ابى بصير، از امام صادق عليه السلام روايت مى‏كند كه امام عليه السلام فرمودند: ان الله يقول: «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» و التسريح هو التطليقة الثالثه. (42)**

**بارى، با توجه به مطالب فوق روشن مى‏گردد كه آيه شريفه در مقام تقنين و جعل يك قاعده كلى و حكم كبروى در روابط بين زوجين نيست، بلكه تنها در صدد تشريع حكمى خاص در مورد طلاق دوم است و از اين رو معناى آيه چنين خواهد بود: بعد از دو بار طلاق رجعى يا در عده رجوع كرده و با زنانتان به نيكى رفتار كنيد و يا آنها را با طلاق سوم بخوبى و شايستگى رها كنيد.**

**پاسخ اولا: به عقيده اكثر مفسرين و فقها از جمله (تسريح باحسان) طلاق سوم اراده نشده بلكه منظور از تسريح باحسان، ترك زنان معتده تا سپرى شدن زمان عده است، چنانكه از سدى و ضحاك و از طريق خاصه نيز از امام باقرعليه السلام و صادق‏عليه السلام روايت‏شده است. (43)**

**به نظر اين گروه از فقهاء، آيه «فان طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره‏» به طلاق سوم اشاره كرده است. (44) هرگاه زن را براى دفعه سوم طلاق داد، بر شوهر خود حلال نخواهد بود مگر اينكه آن زن شوهر ديگرى اختيار كند. و سپس اگر شوهر دوم زن را طلاق داد بر آن زن و شوهر نخستين روا خواهد بود كه به زناشويى باز گردند».**

**ايشان بر نظريه خود چنين استدلال كرده‏اند: چنانچه مقصود از جمله (تسريح باحسان) طلاق سوم باشد، آيه «فان طلقها فلاتحل له حتى تنكح زوجا غيره‏» تكرار همان حكم سابق و در نتيجه لغو و خالى از فايده خواهد بود.**

**شيخ طوسى در خلاف در اين مورد آورده است: «و متى حملنا قوله تعالى او تسريح باحسان على الطلقة الثالثه كان قوله تعالى، فان طلقها بعد ذلك تكرارا لا فائده فيه‏». (45)**

**در احكام القرآن جصاص، نيز علاوه بر دليل فوق - به وجوه ديگرى نيز استناد شده است از جمله اينكه گفته است: در سرتاسر قرآن كريم هرگاه بعد از بحث طلاق، صحبت از تسريح يا فراق (جدايى) به ميان آيد، منظور از آن، ترك رجوع در عده تا سپرى شدن زمان آن (عده) مى‏باشد و آنگاه به آيات «و اذاطلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن به معروف او سرحوهن بمعروف‏» (بقره/231) «فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف‏» (طلاق/ 2) استشهاد مى‏كند. (46) و همچنين گفته است: هرگاه مقصود از تسريح باحسان، طلاق سوم باشد، ناچار مراد از آيه «فان طلقها فلاتحل له حتى تنكح زوجا غيره‏» - كه با فاء تعقيب به آيه قبل عطف شده است - طلاق چهارم خواهد بود. (47)**

**جصاص ادامه مى‏دهد: از آنجايى كه هدف از نزول آيه «الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» نسخ قانون جاهليت، مبنى بر غير محصور بودن عدد طلاق و نيز تبيين دفعات طلاقى است كه پس از آن جدايى بين زوجين بر قرار خواهد شد مگر آنكه زن به ازدواج شوهر دوم در آمده و سپس از او نيز جدا گردد، بنابراين چنانچه از جمله (فامساك بمعروف) طلاق سوم اراده شود، اين معنا و غرض را نمى‏رساند بلكه اين معنا، صرفا با آيه «فان طلقها فلاتحل له حتى تنكح زوجا غيره‏» قابل تبيين و افاده است، از اين رو ناچار بايد مراد از طلاق سوم، آيه «فان طلقها» باشد نه جمله «او تسريح باحسان‏». (48)**

**ثانيا: با تتبع و فحص، در روايات صادره از معصومين عليهم السلام معلوم مى‏گردد كه آنان غالبا از آيه «فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» به عنوان يك ضابطه كلى و حكم كبروى، استفاده كرده و آن را بر مصاديق مختلفى - غير از طلاق سوم - منطبق مى‏كرده‏اند، اين امر خود گوياى اين مطلب است كه تفسير (تسريح باحسان) به طلاق سوم - همانگونه كه در برخى روايات آمده، و سابقا نيز به آن اشاره شد - تفسير حصرى نيست.**

**برخى از اين احاديث در ذيل مى‏آيد: 1. روايت ابى مريم از امام باقر عليه السلام قال: المولى يوقف بعد الاربعه اشهر، فان شاء امساك بمعروف او تسريح باحسان، فان عزم الطلاق فهى واحدة و هو املك برجعتها. (49)**

**امام عليه السلام در اين حديث‏به منظور تبيين حكم مولى (ايلاء كننده) (50) از آيه مورد نظر، استفاده كرده‏اند و اين نشانگر اين است كه در نظر امام عليه السلام دادن فديه و رجوع به همسر مصداق (امساك بمعروف) و طلاق نيز مصداق (تسريح باحسان) مى‏باشد.**

**2. على ابن ابراهيم عن ابيه، عن ابى عمير، عن ابان، عن عبدالرحمن بن اعين قال: سمعت ابا عبدالله عليه السلام يقول: اذا اراد الرجل ان يتزوج المراة فليقل: اقررت بالميثاق الذى اخذ الله امساك بمعروف او تسريح باحسان. (51)**

**در اين حديث، نيز آيه (امساك بمعروف او تسريح باحسان) به عنوان يك ميثاق الهى، و قاعده اساسى، در روابط بين زوجين ياد شده و به اقرار بدان، در هنگام عقد ازدواج، سفارش شده است. (52)**

**3. العياشى فى تفسيره، عن ابى القاسم الفارسى قال: قلت للرضا عليه السلام : جعلت فداك ان الله يقول فى كتابه «فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» و ما يعنى بذلك؟ فقال: اما الامساك بالمعروف فكف الاذى و احباء النفقة، و اما التسريح باحسان فالطلاق على ما نزل به الكتاب. (53)**

**در اين حديث نيز صريحا امساك به معروف، به پرهيز شوهر از آزار و اذيت زن و تامين نفقه و نيز تسريح باحسان به طلاق مقرر در شريعت تفسير شده است.**

**4. محمد بن على بن الحسين باسناده عن داود بن الحصين، عن عمربن حنظله عن ابى عبدالله عليه السلام قال: سالته عن رجل قال لآخر: اخطب لى فلانة فما فعلت من شى‏ء مما قاولت من صداق او ضمنت من شى‏ء او شرطت فذلك لى رضا و هو لازم لى، و لم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طالبوه و سالوه، فلما رجع اليه انكر ذلك كله، قال يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك انه هوالذى ضيع حقها، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال له حل لها ان تتزوج و لا يحل للاول فيما بينه و بين الله عز و جل الا ان يطلقها لان الله تعالى يقول «فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» فان لم يفعل فانه ماثوم فيما بينه و بين الله عز و جل و كان الحكم الظاهر حكم الاسلام، و قد اباح الله عز و جل لها ان تتزوج. (54)**

**امام صادق عليه السلام در مورد مردى كه به مرد ديگرى وكالت داده بود تا زنى براى او عقد و از جانب او مهر معين كند و وكيل نيز اين كار را كرد، اما موكل وكالت‏خود را انكار كرد. امام فرمودند: بر آن زن حرجى نيست كه براى خود شوهر ديگرى انتخاب كند، اما اگر آن مرد واقعا وكالت داده و عقدى كه صورت گرفته است از رو ى وكالت‏بوده است، بر او واجب است ما بين خود و خداى خود آن زن را طلاق دهد، و نبايد اين زن را بدون طلاق رها سازد زيرا خداوند در قرآن مى‏فرمايد: «فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏». (55)**

**5. در حديث آمده است كه امام جوادعليه السلام هنگام ازدواج با ام الفضل، دختر مامون عباسى، پس از ايراد خطبه فرمودند:**

**«و هذا اميرالمؤمنين زوجنى ابنته على ما فرض الله عز و جل للمسلمات على المؤمنين من «امساك بمعروف او تسريح باحسان‏» و بذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لازواجه و هو اثنتاعشرة اوقية و نش على تمام الخسمائه و قد نحلتها من مالى مائه الف درهم، زوجتنى يا اميرالمؤمنين؟ قال: بلى، قال: قبلت و رضيت‏». (56)**

**نتيجه‏گيرى: از مجموع مطالب گذشته، روشن مى‏شود كه مستفاد از آيه شريفه «فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» يك قاعده كلى و حكم كبروى، است مبنى بر آنكه، در زندگى زناشويى، بر شوهر واجب است كه در برابر همسرش يكى از دو راه را اختيار كند، يا همسرش را به نيكى و شايستگى نگهدارى كند و يا او را طلاق داده، رها سازد و راه سومى وجود ندارد.**

**ولى بايد دانست كه نتيجه فوق، بتنهايى نمى‏تواند ما را به مقصود نهايى (ولايت‏حاكم بر طلاق) رهنمون سازد، زيرا چگونه ممكن است كه صرف مخالفت‏يك حكم تكليفى از ناحيه شوهر (وجوب حسن معاشرت با همسر) بتواند، زمينه را براى طلاق اجبارى حاكم فراهم آورد؟ براى پاسخ به اين سؤال و تكميل استدلال به آيه مورد بحث گفته شده است:**

**اولا از آنجايى كه رعايت‏يكى از دو امر (حسن معاشرت، و طلاق) به صورت واجب تخييرى بر شوهر واجب است، پس هرگاه، وى يكى از دو فرد واجب تخييرى (حسن معاشرت)را ترك كند، انجام فرد ديگر (تسريح باحسان يا طلاق) بر اوحتمى و لازم خواهد بود، از سوى ديگر چون به موجب ادله معتبر فقهى حاكم ولى ممتنع است و در اينگونه موارد (امتناع شوهر از اداى حقوق زن و نيز استنكاف از طلاق) نمى‏تواند سكوت كرده و قضيه را همچنان بحال خود رها سازد و ناظر اجحاف شوهر بر حقوق زن باشد، بايد به نحوى قضيه را حل و فصل نموده و به نزاع پايان بخشد. از اين رو وى (حاكم) مى‏تواند پس از امتناع شوهر از طلاق، خود مستقيما به اين امر مبادرت ورزد و همسر فرد خاطى را على‏رغم ميل او طلاق دهد. (57) علاوه بر اين در برخى روايات - كه در مباحث آينده بدان اشاره خواهيم كرد - به اين معنا تصريح شده است: روايت ابوبصير از امام باقر عليه السلام از آن جمله است:**

**«قال سمعت اباجعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امراة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها مايقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما». (58)**

**ثانيا: مرحوم آية‏الله حاج شيخ عبدالكريم حائرى (ره)، به منظور اثبات حق مطالبه طلاق، براى زنى كه شوهرش به سبب اعسار از پرداخت نفقه عاجز شده است، ضمن طرح دو مقدمه به آيه (فامساك بمعروف او تسريح باحسان) استدلال نموده است، و از آنجايى كه استدلال مزبور عينا در مورد بحث ما نيز قابل انطباق مى‏باشد، لذا گزيده‏اى از آن سخن و مقاله را در ذيل مى‏آوريم، وى آورده است (59) :**

**مقدمه اول: از ديدگاه علم اصول هر چندخطابات و تكاليف عقلا مقيد بقدرت و توانايى مكلفين ميباشد (كه در اصطلاح اصوليين گفته مى‏شود: هيئت‏خطابات و تكاليف فاقد اطلاق نسبت‏به دو حالت عجز و قدرت است) و استناد به اطلاق هيئت‏خطلاب، به منظور شمول و تسرى حكم نسبت‏به عاجزين صحيح نيست، ولى از سوى ديگر، بدليل اطلاق ماده خطابات مى‏توان عدم اختصاص مصلحت و ملاك احكام را نسبت‏به حالت قدرت مكلفين احراز نمود و بدين وسيله مفاد خطاب را نسبت‏به عاجزين نيز سرايت داد.**

**مقدمه دوم: از خطاباتى كه متضمن احكامى در ارتباط با رعايت‏حال ديگران است (مانند آيه «و لا يغتب بعضكم بعضا» يعنى: هيچيك از شما غيبت ديگرى نكند) صرفا يك حكم تكليفى استفاده نمى‏شود بلكه علاوه بر آن، حقى براى شخصى كه خطاب براى رعايت‏حال او صادر شده است، نيز مستفاد ميگردد، از اينرو است كه هرگاه مكلف اينگونه خطابات را مخالفت كند، توبه بتنهايى نمى‏تواند كيفر را از او دور كند بلكه علاوه بر آن (توبه) استرضاء (رضايت طلبيدن) از فردى كه مراعات حال او نشده است، نيز لازم است.**

**وى آنگاه با استناد به مقدمه اول گويد: هرچند خطاب (امساك بمعروف او تسريح باحسان) متوجه فردى است كه متمكن از پرداخت نفقه است ولى به دليل اطلاق ماده خطاب، تكليف به يكى از دو امر (امساك بمعروف و تسريح باحسان)، به صورت واجب تخييرى، به موسر اختصاص ندارد و شامل معسر نيز خواهد بود، و چون يكى از دو فرد واجب تخييرى (امساك بمعروف) متعذر شده است لذا فرد ديگر واجب تخييرى (تسريح باحسان طلاق) در حق معسر متعين خواهد بود و از آنجايى كه اين تكليف (وجوب تخييرى امساك بمعروف يا تسريح باحسان) به منظور رعايت‏حال زوجه صادر شده است، پس باستناد مقدمه دوم، در اين ميان حقى نيز براى زوجه ايجاد خواهد شد. يعنى زوجه در صورت تمكن شوهر از انفاق حق مطالبه نفقه و در فرض اعسار وى (شوهر) حق درخواست طلاق را خواهد داشت.**

**از اين رو است كه در صورت عجز يا امتناع شوهر از انفاق، زوجه مى‏تواند به حاكم مراجعه نموده، تقاضاى طلاق نمايد و حاكم نيز با احراز شرايط، ابتدا شوهر را به طلاق اجبار كرده و در صورت استنكاف وى، به عنوان ولى ممتنع قهرا همسر وى را طلاق خواهد داد.**

**وى سپس به برخى از روايات وارده، در اين زمينه استناد كرده، ميگويد: از رواياتى از قبيل «من كانت عنده امراه فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يفيم صلبها، كان حقا على الامام ان يفرق بينهما» مستفاد مى‏گردد كه يكى از حقوق همسر بر شوهرش، حسن معاشرت و حق امساك بمعروف مى‏باشد و از اين رو هرگاه شوهر اين حق زوجه را رعايت نكند بر حاكم (قاضى) لازم است كه او را طلاق دهد (كان حقا على الامام ان يفرق بينهما)، خواه بدين دليل كه حاكم ولى ممتنع است و يا اينكه به موجب حديث فوق اساسا چنين حقى از ابتدا براى او (حاكم) منظور شده است.**

**بارى از مجموع بيانات گذشته، مى‏توان از آيه «فامساك بمعروف او تسريح باحسان‏» ولايت‏حاكم بر طلاق را در موردى كه شوهر از اداى حقوق همسر استنكاف مى‏ورزد استنباط نمود.**

**ب - احاديث**

**در اين فراز از بحث‏به بررسى احاديث و رواياتى مى‏پردازيم كه مى‏توان از آنها براى اثبات نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏» كمك گرفت. شايان ذكر است كه اين روايات، اگر چه در موارد مختلفى صادر شده اند، ولى از مجموع آنها مى‏توان، نظريه فوق را استنباط نمود.**

**به طور كلى اين روايات در موارد ذيل وارد شده است:**

**دسته اول:**

**احاديث مربوط به استنكاف شوهر از پرداخت نفقه: 1. روايت صحيحه فضيل بن يسار عن ابى عبدالله عليه السلام فى قوله تعالى «و من قدر عليه رزقه فلينق مما اتاه الله‏» قال: ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة والا فرق بينهما. (60) امام صادق‏عليه السلام در ذيل آيه شريفه «و من قدر عليه رزقه‏» فرمودند: اگر كسى خوراك و و پوشاك همسرش را به نحو شايسته تامين نكند بين آنان جدايى افكنده مى‏شود.**

**2. روايت ابن ابى عمير: «عن ابى عبدالله عليه السلام قال: اذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها اقامت معه و الا طلقها...» (61) . امام صادق فرمود: هر گاه مردى همسرش را پوشاك و خوراك مناسب دهد با او زندگى كند و الا او را طلاق دهد.**

**3. روايت ابى بصير: قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول: من كانت عنده امراة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما. (62) امام باقر عليه السلام فرمود: هر كسى كه زوجه‏اش را خوراك و پوشاك ندهد، امام حق دارد بين آنها جدايى بيندازد.**

**از احاديث‏بالا، بخوبى روشن مى‏شود كه هرگاه شوهر از پرداخت نفقه همسرش امتناع ورزد (اعم از اينكه اين امتناع ناشى از تقصير و يا عجز وى باشد) (63) حاكم شرع مى‏تواند، جهت احقاق حقوق زن، على رغم اراده او، زن را طلاق دهد.**

**دسته دوم**

**رواياتى كه در مورد ايلاء و ظهار (64) وارد شده‏اند و در آنها، ضمن بيان حكم آن دو مبنى بر اختيار شوهر بين كفاره و طلاق تعبيراتى اينچنين آمده است:**

**1. روايت صحيحه حلبى از امام صادق عليه السلام : «فاذا فاء و هو ان يصالح اهله فان الله غفور رحيم و ان لم يف اجبر على الطلاق‏». (65)**

**2. حديث عثمان بن عيسى عن ابى الحسن عليه السلام : انه ساله عن رجل آلى من امراته متى يفرق بينهما؟ قال: اذا رضت اربعه اشهر و وقف، قلت له: من يوقفه: قال‏الامام، قلت: فان لم يوقفه عشر سنين؟ قال: هى امراته. (66)**

**3. حديثى كه در آن آمده است: «متى امره امام المسلمين بالطلاق فامتنع ضربت عنقه لامتناعه على امام المسلمين‏». (67)**

**4. محمدبن على بن الحسين قال: روى انه ان فاء و هو ان يراجع الى الجماع و الا حبس فى خطيرة من قصب و شدد عليه فى الماكل و المشرب حتى يطلق‏». (68)**

**5. حديث ابى الصباح الكنانى از امام صادق عليه السلام : «ينبغى للامام ان يجبره على ان يفى‏ء او يطلق فان فاء فان الله غفور رحيم و ان عزم الطلاق فان الله سميع عليم ....». (69)**

**6. حديث‏سماعة: «و ان لم يف بعد اربعه اشهر حتى يصالح اهله او يطلق جبر على ذلك ولايقع طلاق فيما بينهما حتى يوقف و ان كان بعد الاربعه اشهر فان ابى فرق بينهما الامام‏». (70)**

**7. روايت ابى بصير از امام صادق عليه السلام : قال: «.... و ان لم يف اجبر على ان يطلق و لا يقع فيما بينهما ولو كان بعد اربعه اشهر مالم ترفعه الى الامام (71) .**

**از احاديث‏ياد شده، استفاده مى‏شود كه، حاكم مى‏تواند در صورت امتناع مولى (ايلاء كننده) از طلاق زوجه او را طلاق دهد. اين معنى از دو فقره (فان ابى فرق بينهما) و (متى يفرق بينهما) بوضوح قابل استفاده است.**

**با دقت و تامل در مضامين اين احاديث، روشن مى‏گردد كه هدف اساسى امام عليه السلام از بيان اين قبيل احكام و ضمانت‏هاى اجرايى شديد و استثنايى (طلاق اجبارى حاكم) در موارد تخلف شوهر از اداى حقوق واجب زن، حمايت و پشتيبانى اكيد از قاعده كلى و اصل اساسى حاكم بر روابط زوجين، (اصل لزوم حسن معاشرت و امساك بمعروف) مى‏باشد، تا از اين رهگذر مصالح خانواده و اجتماع تامين گردد.**

**از اين رو حكم مندرج در روايات فوق (طلاق اجبارى حاكم) منحصر به مورد آنها، يعنى ايلاء نبوده و به هر موردى كه اصل مزبور (امساك بمعروف) بناروا از ناحيه شوهر دچار مخاطره گردد، تسرى خواهد يافت. (72) در خاتمه اين فراز، چون روايات باب ظهار و نيز كيفيت استدلال به آنها از هر جهت مشابه روايات مربوط به ايلاء است، به منظور رعايت اختصار از نقل آنها صرف نظر مى‏گردد.**

**دسته سوم:**

**رواياتى كه متضمن حكم موردى است كه مردى بيش از چهار ماه روابط جنسى خود را با همسرش ترك كرده است، به موجب اين احاديث، زن مى‏تواند به دادگاه شكايت‏برده و الزام شوهر خود را به رعايت‏حقوق قانونى خود يا طلاق درخواست نمايد.**

**«اذا غاضب الرجل امراته فلم يقربها من غير يمين اربعه اشهر، استعدت عليه، فاما ان يفى‏ء و اما ان يطلق فان تركها من غير مغاضبة او يمين فليس بمولى‏». (73)**

**«هرگاه مردى بر همسرش خشمناك گردد و بدون اينكه بر ترك نزديكى با او قسم ياد كند، چهار ماه با وى نزديكى نكند، همسر وى مى‏تواند عليه او شكايت كرده و شوهر نيز بايد يا به سوى همسرش باز گردد و يا او را طلاق دهد. ولى چنانكه شوهر بدون قسم يا خشمناكى روابط جنسى خود را با همسرش قطع كند در حكم مولى (ايلاء كننده) نيست‏».**

**به موجب حديث فوق، هرگاه شوهر در اثر خشمناكى بر همسر و بدون قسم خوردن بر ترك نزديكى، روابط جنسى خود را با او به مدت چهار ماه يا بيشتر ترك كند. در حكم مولى (ايلاء كننده) خواهد بود. (با اين تفاوت كه پرداخت كفاره بر وى لازم نيست)، لذا زن مى‏تواند عليه شوهر خود اقامه دعوى كند و حاكم نيز، وى را بر يكى از دو امر يعنى بازگشت‏به سوى همسر و يا طلاق اجبار خواهد نمود.**

**ولى چنانكه، شوهر بدون خشمناكى روابط جنسى خود را با همسرش قطع كند، هر چند مرتكب عمل حرام شده است ولى در حكم مولى (ايلاء كننده) نيست.**

**حال در اين فرض (ترك روابط جنسى بدون مغاضبت) آيا زوجه مى‏تواند به محكمه مراجعه كرده و دادخواهى (استعداء) نمايد؟ يا همچنان بايد بر ظلم شوهر صبر كند؟**

**ترديدى نيست كه داد خواهى، حق هر انسان مظلومى است، بنابراين بر فرض اقامه دعوى از سوى زوجه، قاضى (حاكم) در قبال اين قضيه چه راه حلى را بايد انتخاب كند؟**

**بديهى است كه صرف نصيحت و موعظه حاكم نمى‏تواند راه حل مناسبى باشد، بويژه در مواردى كه شوهر خطاكار، بناى نافرمانى و تمرد داشته و امكان حبس و تضييق وى نيز منتفى باشد.**

**پس چاره‏اى نيست مگر آنكه در اين مورد (ترك روابط جنسى بدون مغاضبة) نيز همانند صورت اول (ترك روابط جنسى ناشى از مغاضبت) حاكم به موجب ولايتى كه بر حل و فصل خصومتهاو پايان دادن به منازعات دارد، او را به يكى از دو امر، يعنى بازگشت‏به سوى همسر و يا طلاق اجبار كند. ممكن است گفته شود كه خشمناكى (مغاضبت) متوقف بر اظهار آن از ناحيه شوهر نيست‏بلكه صرف ترك روابط جنسى از ناحيه شوهر با تمايل زوجه بدان، خود مصداق مغاضبت نسبت‏به زن محسوب مى‏شود.**

**بارى، از بيانهاى فوق نتيجه گيرى مى‏شود كه به موجب حديث فوق، هرگونه ترك روابط جنسى شوهر با همسر (اعم از مغاضبت‏يا عدم آن) براى مدت چهار ماه يا بيشتر، مى‏تواند زمينه را براى طلاق اجبارى حاكم فراهم آورد.**

**يك شبهه و پاسخ آن**

**ممكن است گفته شود، با توجه به رواياتى كه در مورد غايب مفقود الاثر وارد شده است، طلاق اجبارى حاكم جز در موارد منصوص (مانند ترك انفاق، ايلاء، ظهار، ترك روابط جنسى بيش از چهار ماه) وجاهت‏شرعى ندارد، زيرا در اين احاديث از طلاق اجبارى حاكم تا هنگامى كه نفقه همسر غايب مفقود الاثر. از اموال او يا مال ولى غايب پرداخت مى‏گردد منع شده و زن نيز به صبر و شكيبايى توصيه شده است.**

**1. صحيحة الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام عن المفقود قال عليه السلام: المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالى او يكتب الى الناحية التى هو غائب فيها فان لم يجد له اثرا امر الوالى وليه ان ينفق عليها فما انفق عليها فهى امراته قلت فانها تقول: فانى اريد ما تريده النساء قال: ليس لها ذلك و لا كرامة، فان لم ينفق عليها وليه او وكيله امره بان يطلقها». (74)**

**2. حديث ابى الصباح عن ابى عبدالله عليه السلام عن المفقود، قال عليه السلام: فى امراة غاب عنها زوجها اربع سنين و لم ينفق عليها و لم تدر احى هو ام ميت ايجبر وليه على ان يطلقها؟ قال: نعم و ان لم يكن لها ولى يطلقها السلطان قلت: فان قال: الوالى انا انفق عليها قال: فلايجبر على طلاقها، قلت: ارايت ان قالت: انا اريد ما تريد النساء و لا اصبر ولا اقعد كما انا؟ قال: ليس لها ذلك و لا كرامة اذا انفق عليها. (75)**

**3. روايت‏بريدبن معاوية عن ابى عبدالله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامراته .... دعا ولى الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال؟ فان كان للمفقود مال انفق عليها حتى يعلم حيوته من موته، و ان لم يكن له مال قيل للولى انفق عليها، فان فعل فلا سبيل لها ان تتزوج ما انفق عليها. (76)**

**پاسخ:**

**اولا: اخبار مذكور تنها در موردى است كه شوهر به طور طبيعى در اثر مسافرت يا عوامل قهرى ديگر غايب مفقود الاثر شده و خبرى از او در دست نباشد، از اين رو حكم اين احاديث‏به مواردى كه شوهر بنارواو به منظور اضرار و اذيت، همسر خود را رها كرده و حقوق واجب او را پايمال كرده قابل تسرى نيست و در اينگونه موارد حكم روايتهاى سابق (طلاق اجبارى حاكم) جارى است.**

**ثانيا: ممكن است گفته شود هرچند اجبار بر طلاق از حقوق همسر محسوب نمى‏شود ولى اين امر از حقوق حاكم به شمار ميرود چرا كه وى مسئول حفظ نظم و انتظام جامعه است. به عبارت ديگر اين مساله (طلاق اجبارى) از حقوق جامعه بشرى است كه در اختيار حاكم قرار داده شده است. (77)**

**ثالثا: بر فرض چشم پوشى از دو پاسخ گذشته، بايد گفت: راهى جز كنارنهادن اين نوع اخبار (اخبار دال بر عدم مشروعيت طلاق اجبارى) وجود ندارد زيرا با توجه به مضمون روايتهاى مربوط به ايلاء، ظهار، ترك انفاق و.... (كه به آنها اشاره كرديم) ميزان اهتمام شارع به رعايت‏حقوق زوجين و نيز عدم تسامح و اغماض او (شارع) نسبت‏به زير پانهادن حقوق واجب طرفين، بخوبى روشن و آشكار مى‏گردد. تا جائى كه در برخى از اين روايتها آمده است:**

**«فاما ان يفى‏ء او يطلق فان فعل و الا ضرب عنقه‏»; «متى امره امام المسلمين بالطلاق فامتنع ضرب عنقه لامتناعه على امام المسلمين‏» (78)**

**بنابراين به استناد آيه‏ها و روايتهاى سابق بر حاكم شرع، كه حافظ مصالح اجتماع و حقوق افراد و نيز مسئول حفظ نظم و انتظام جامعه مى‏باشد، لازم است كه هرگاه شوهرى حقوق همسرش را ادانكند (اعم از تقصير يا عجز) به درخواست زن ابتدا او را به رعايت‏حقوق او الزام و بر فرض امتناع زن را طلاق دهد. (79)**

**از اين رو حتى در مورد غايب مفقود الاثر نيز، همگام با برخى فقهاء مى‏توان بر اين عقيده بود كه پس از گذشت زمان تعيين شده (چهار سال) از سوى محكمه، قاضى مى‏تواند به درخواست زن، او را طلاق دهد، هرچند كه ولى غايب مفقود الاثر يا وكيل او متكفل پرداخت نفقه او شود. (80) چرا كه عدم جواز طلاق حاكم در صورت پرداخت نفقه مربوط به زمانى است كه از سوى حاكم ضرب‏الاجل تعيين نشده باشد ولى پس از گذشت مهلت تعيين شده يا در اثنا مدت زوجه مى‏تواند تقاضاى طلاق كند، هر چند منفقى يافت‏شود. (81)**

**فصل سوم: ادله ثانوى**

**پس از خاتمه بحث پيرامون ادله اوليه «طلاق اجبارى حاكم‏»، در اين فصل به بررسى امكان استناد به قواعد ثانوى فقهى (مانند قاعده لاضرر، لاحرج) براى اثبات اين موضوع خواهيم پرداخت.**

**الف - قاعده لاضرر**

**از جمله دلايلى كه براى اثبات نظريه «طلاق اجبارى حاكم‏» بدان استناد شده است، قاعده نفى ضرر (لا ضرر) مى‏باشد، به طور كلى از اين قاعده براى يكى از دو هدف زير استفاده شده است: 1. اثبات حق فسخ براى زوجه، در صورت نشوز زوج و عدم امكان الزام وى به رعايت قانون. 2. اثبات حق طلاق براى حاكم، در فرض فوق.**

**از اينرو، ما نيز مباحث اين بخش را در دو فراز دنبال مى‏كنيم:**

**1. اثبات حق فسخ**

**ممكن است گفته شود كه حكم شارع به استمرار زوجيت و لزوم عقد نكاح - حتى در موردى كه شوهر بناروا از اداى حقوق زن امتناع مى‏نمايد و راهى نيز جهت الزام وى به مقررات قانونى، وجود ندارد - منشا ورود ضرر غير قابل تحملى بر زوجه خواهد بود به دليل قاعده نفى ضرر (لا ضرر) اين حكم (لزوم نكاح) برداشته شده و در نتيجه حق فسخ براى زوجه ثابت‏خواهد شد، چنانكه در خيار غبن نيز گفته‏اند، قاعده لا ضرر، لزوم بيع را نفى كرده و در نتيجه براى مغبون، خيار فسخ ثابت مى‏شود. (82)**

**استدلال فوق از سوى برخى فقها مورد انتقاد قرار گرفته است چرا كه به نظر ايشان، قاعده لا ضرر صرفا احكامى را نفى مى‏نمايد كه سبب مستقيم و بلا واسطه ورود ضرر باشند (و به اصطلاح ضرر مسبب توليدى حكم شرع باشد) و چون در فرض فوق (نشوز زوج) ضررى كه بر زوجه تحميل مى‏گردد مستقيما ناشى از حكم شارع به لزوم عقد نكاح نيست‏بلكه در واقع، اين ضرر ناشى از سوء اختيار شوهر مى‏باشد، بنابراين قاعده مزبور، در اين مورد جارى نخواهد شد. (83)**

**شايان ذكر است كه پاسخ فوق، بر پايه نظريه كسانى قابل پذيرش است كه حديث لاضرر را به نفى احكام ضررى در حوزه شريعت تفسير كرده‏اند، مطابق عقيده اين گروه هر گاه احكام و قوانين كلى كه از سوى شارع وضع شده است، در شرايط خاصى سبب ورود ضرر بر فرد يا افرادى شود به وسيله قاعده نفى ضرر دفع خواهند شد مثال: قاعده لاضرر وجوب و ضوى ضررى و لزوم بيع در معاملات غبنى، و ... را دفع مى‏كند.**

**ولى چنانچه قاعده لاضرر را به نفى هر گونه تسبيب شارع به ورود ضرر تفسير كنيم (84) ،پاسخ فوق پسنديده نخواهد بود، زيرا هر چند كه سبب مستقيم ورود ضرر بر زوجه در فرض مساله سوء اختيار شوهر است ولى از سوى ديگر، حكم شارع به استمرار زوجيت و لزوم نكاح نيز خود نوعى تسبيب از ناحيه شارع به ورود ضرر محسوب مى‏شود. از اين رو مى‏توان با استناد به قاعده نفى ضرر اين حكم (لزوم نكاح) را منتفى ساخت.**

**گفتنى است كه هر چند با تكيه بر مبناى ياد شده، استناد به قاعده لاضرر براى اثبات حق فسخ زوجه، مقبول و موجه است، ولى نتيجه مزبور (حق فسخ زوجه) در مقايسه با رواياتيكه انحلال نكاح را تنها از طريق طلاق ممكن شمرده‏اند، قابل پذيرش نيست، در نتيجه اثبات حق فسخ نكاح براى زوجه در فرض نشوز زوج وجاهت فقهى ندارد.**

**ب - اثبات حق طلاق براى حاكم**

**براى اثبات اين منظور گفته‏اند: از رواياتى كه طلاق را از حقوق و اختيارات مردان قرار داده است، فهميده مى‏شود كه شوهر بر طلاق و عدم آن مسلط مى‏باشد و از آنجائيكه سلطنت زوج بر عدم طلاق در فرض مساله (نشوز زوج) منشا ورود ضرر بر زوجه است‏بنابراين با قاعده نفى ضرر، اين حكم (سلطنت‏شوهر بر عدم طلاق) منتفى، و در نتيجه اجراى طلاق بر شوهر الزامى مى‏شود و در صورت امتناع وى از انجام اين امر (طلاق)، حاكم به عنوان ولى ممتنع، طلاق را اجرا خواهد كرد. (85)**

**در پاسخ از استدلال فوق، افزون بر اعتراض گذشته - مبنى بر اينكه ورود ضرر بر زوجه ناشى از سوء اختيار شوهر است نه تسلط وى بر عدم طلاق - گفته شده است:**

**از دلايل ياد شده صرفا چنين برمى‏آيد كه شارع تنها طلاق را از حقوق و اختيارات مرد قرار داده و فقط حكم مزبور از مجعولات شارع است، ولى سلطنت مرد بر عدم طلاق از احكام وضع شده از سوى شارع نيست، بنابراين نمى‏توان به وسيله قاعده نفى ضرر آن را از بين برد. (86)**

**بنابراين با عنايت‏به نكته فوق، كيفيت استدلال به قاعده لاضرر به منظور اثبات حق طلاق براى حاكم سرانجام بدين امر باز مى‏گردد: هرگاه عدم جعل حكمى از سوى شارع، منشا ورود ضررى بر فرد يا افرادى گردد، به كمك قاعده مزبور مى‏توان حكمى را اثبات كرد كه رافع ضرر باشد و به عبارت ديگر در چنين مواردى قاعده نفى ضرر كاشف از يك حكم اثباتى شرعى مى‏باشد. در مورد بحث نيز از آنجا كه عدم جعل حق طلاق براى غير شوهر (حاكم)، سبب ورود ضرر بر زوجه است، لذا مى‏توان به استناد به قاعده مزبور و براى رفع اين ضرر، حق طلاق را براى غير شوهر -حاكم- نيز اثبات كرد. (87)**

**استدلال فوق الذكر نيز، از ايراد و مناقشه در امان نمانده است، چرا كه به عقيده گروهى از فقها قاعده نفى ضرر، همواره نافى احكام ضررى بوده و فاقد صلاحيت اثبات حكم مى‏باشد. - به اصطلاح قاعده لاضرر مشرع نيست - از اين رو با قاعده لاضرر نمى‏توان حق طلاق را براى حاكم تشريع و وضع نمود. (88) ولى براى اثبات اين منظور، مى‏توان از فقره (لاضرار) كمك گرفت، چرا كه به عقيده برخى از فقها، غرض اصلى شارع از بيان حرمت اضرار به غير، (حدوثا و بقائا) آن است كه اين عمل در خارج به هيچ وجه تحقق نيابد و لذا وى (شارع) براى رسيدن به اين مقصود مى‏تواند از هرگونه ابزار و وسايل مناسب از قبيل جعل حرمت اضرار، عذاب اخروى، كيفر دنيوى، ضمان در موارد اتلاف و ... بهره بگيرد، و در صورت عدم تاثير تدابير ياد شده، مى‏تواند عكس العمل هاى شديدترى از قبيل از بين بردن وسايل و آلات اضرار، مانند احراق (آتش زدن) مسجد ضرار و قلع (كندن) درخت‏سمرة بن جندب انصارى نشان دهد.**

**و در مورد بحث ما (نشوز زوج) نيز هر گاه شوهر از انجام وظايف خود امتناع ورزد و الزام وى نيز بدين امر ممكن نباشد، تنها راه ممكن براى قلع ماده اضرار، دخالت‏حاكم و از بين بردن سبب و منشا اضرار است كه اين امر جز با طلاق از ناحيه حاكم امكان پذير نيست، از اين رو طلاق حاكم در اين مورد همانند قلع شجره انصارى توسط رسول اكرم صلى الله عليه وآله وسلم است كه از موارد و شؤون ولايت‏حاكم به شمار مى‏رود. (89)**

**بخش دوم: طبيعت‏حقوقى طلاق حاكم**

**به طور كلى، هر گاه زوج به ميل و اراده خود، همسرش را طلاق دهد، اين طلاق على القاعدة رجعى بوده مگر آنكه طلاق مزبور مصداق يكى از انواع ششگانه طلاق بائن باشد (طلاقهاى بائن عبارتند از: طلاق غير مدخوله، يائسه، صغيره، سه طلاقه، خلع و مبارات) كه در اين صورت شوهر در زمان عده حق مراجعه به همسر خود را ندارد.**

**ولى چنانچه طلاق به درخواست زوجه و از ناحيه حاكم واقع گردد، آيا ماهيت و طبيعت چنين طلاقى، بائن است‏يا رجعى؟ پاسخ به سؤال فوق، به صورت كلى و فراگير و صريح در كلمات فقها ديده نشده است، هر چند كه نسبت‏به بعضى از مصاديق طلاق حاكم، مانند طلاق همسر غايب مفقود الاثر حكم مساله روشن و آشكار است. چرا كه بر حسب دلايل معتبر فقهى و نيز آراى فقها طلاقى كه به لحاظ مفقود بودن شوهر و بى خبرى از مرگ و زندگى او، توسط حاكم واقع مى‏گردد، رجعى است‏يعنى اگر قبل از انقضاى عده، شوهر پيدا شود مى‏تواند به همسر خود رجوع كرده، در نتيجه به زندگى مشترك خود همچنان ادامه دهند. در ماده 1030 قانون مدنى ايران نيز آمده است:**

**«اگر شخص غايب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضاى مدت عده مراجعت نمايد، نسبت‏به طلاق حق رجوع دارد ولى بعد از انقضاى مدت مزبور حق رجوع ندارد».**

**شايان ذكر است كه طلاق ياد شده در فرض فوق، هر چند رجعى است ولى مدت آن معادل عده وفات است و بدين لحاظ با ساير طلاقهاى رجعى تفاوت دارد، ماده 1157 ق . م نيز مقرر داشته:**

**«زنى كه شوهر او غايب مفقودالاثر بوده و حاكم او را طلاق داده باشد بايد از تاريخ طلاق عده وفات نگه دارد».**

**به هر حال صرفنظر از طلاق همسر غايب مفقودالاثر، طبيعت طلاقهايى كه از ناحيه حاكم صورت مى‏گردد (از قبيل طلاق ناشى از ترك انفاق، عسر و حرج، عدم حسن معاشرت و ...) چگونه است؟**

**در اين زمينه پاسخ صريح و روشنى از سوى فقها به چشم نمى‏خورد و تنها فقيهى كه دراين زمينه اظهار نظر كرده است، مرحوم آيت‏الله خوئى رحمهم الله است، ايشان طبيعت طلاقى را كه از ناحيه حاكم و به لحاظ امتناع شوهر از پرداخت نفقه صورت مى‏گيرد، بائن معرفى نموده است. (90) هر چند ايشان به ساير موارد طلاق حاكم اشاره نكرده‏اند، ولى ظاهرا از نظر ملاك حكم، تفاوتى بين اين موارد وجود ندارد.**

**بارى، آنچه كه مى‏تواند مستند فتواى فوق قرار گيرد عبارتند از: اولا: بائن بودن مقتضاى اصل اوليه در طلاق است (91) و قابل برگشت‏بودن طلاق (رجعى بودن) امرى است‏بر خلاف اصل و ثبوت آن دليل خاص مى‏طلبد. به عبارت ديگر پس از وقوع طلاق بينونت و جدايى بين زوجين صورت مى‏گيرد، حال اگر با فرض عدم دليل معتبر بر رجعى بودن طلاق مزبور شوهر بخواهد در ايام عده رجوع نمايد، در صحت چنين رجوعى ترديد حاصل است و مقتضاى استصحاب، استمرار بينونت و جدايى بين زوجين - حتى پس از زمان رجوع - خواهد بود، در نتيجه رجوع مزبور فاقد اثر است و طلاق، بائن خواهد بود.**

**ثانيا: بى گمان، مهمترين و بلكه يگانه هدف شارع و قانونگذار از جعل ولايت‏حاكم بر طلاق، نجات و رهايى زن از بند زوجيت فردى است كه به وظايف قانونى خود عمل نمى‏كند و حقوق زن را بناروا پايمال كرده است.واضح است كه تامين اين هدف عادلانه و انسانى جز در سايه بائن بودن طلاق حاكم ميسور نيست، چه در غير اين صورت نقض غرض شارع و قانونگذار لازم مى‏آيد، مثال: زنى به لحاظ بد رفتارى (سوء اخلاق) شوهر و رفتار غير قانونى او، ناگزير به دادگاه مراجعه مى‏كند و پس از صرف زمانى طولانى، موفق مى‏شود مدعاى خود را ثابت كند، و دادگاه نيز وى را مطلقه مى‏سازد. منطقى نيست كه شوهر وى بتواند با يك لبخند ساده اظهار تمايل كرده و رجوع نمايد و وضعيت را دوباره به حال سابق خود برگرداند، آيا اين عمل نقض غرض شارع و قانونگذار، و نيز به بازى گرفتن حكم دادگاه نيست؟**

**بنابراين تنها راه فرار از تنگناهاى فوق الذكر، بائن بودن طلاق حاكم است.**

**تعابيرى كه در برخى روايتهاى مربوط به طلاق حاكم وارد شده است استدلال فوق را تاييد مى‏كند، مثلا در روايت ابوبصير از امام باقر عليه السلام راجع به امتناع شوهر از پرداخت نفقه آمده است: «كان حقا على الامام ان يفرق بينهما» بر امام ضرورى است كه بين ايشان جدايى افكند. (92)**

**پر واضح است كه تعبير فوق با رجعى بودن طلاق حاكم سازگار نيست زيرا غرض امام عليه السلام از عبارت فوق آن است كه هرگاه شوهر از پرداخت نفقه امتناع ورزيد بر حاكم لازم است‏به منظور نجات زن و رهايى او از اين مشكل، بين آن دو تفرقه و جدايى افكند، بديهى است كه تامين اين هدف با امكان رجوع شوهر در زمان عده تنافى آشكار دارد. (93)**

**با اين همه، در پاسخ از دلايل فوق مى‏توان گفت: مقتضاى عموم آيه قرآن «و بعولتهن احق بردهن ان ارادا اصلاحا ....» رجعى بودن هر طلاقى است مگر آنكه يكى از عناوين شش گانه (غير مدخوله، يائسه، صغيره، سه طلاقه، خلع و مبارات) بر آن منطبق باشد كه در اين صورت طلاق بائن خواهد بوده بنابراين طلاق حاكم نيز هرگاه منطبق بر يكى از موارد ششگانه فوق الذكر نباشد رجعى محسوب مى‏گردد. (94)**

**در خصوص تعابيرى از قبيل: «كان حقا على الامام ان يفرق بينهما» و نظاير آن، كه در برخى احاديث وارد شده و ممكن است از آن بائن بودن طلاق حاكم استنباط شود، بايد گفت: روايتهاى مزبور صرفا به لزوم انجام طلاق از سوى حاكم اشاره دارد و به هيچ وجه طبيعت طلاق مزبور را تشريع نكرده است. در حقيقت‏شارع تشخيص نوع و طبيعت طلاق مزبور را به ساير ادله‏اى كه متكفل بيان انواع طلاق و شرايط هر يك از آنهاست، واگذار كرده است و تعابير مزبور نيز هيچ اشاره‏اى بر بائن بودن طلاق ندارد، چرا كه مشابه اين تعبيرات در باب ظهار و ايلا وجود دارد. در حالى كه طلاقى كه در باب ظهار يا ايلا واقع مى‏گردد به تناسب مورد ممكن است‏بائن باشد يا رجعى.**

**از اين رو بعيد نيست كه طلاق حاكم، بر فرض اينكه مصداق هيچيك از انواع ششگانه طلاق بائن نباشد. ذاتا رجعى محسوب شود، ولى تا زمانى كه سبب و موجب اين طلاق (اعم از عجز يا امتناع شوهر از انفاق يا عدم حسن معاشرت وى يا عسر و حرج و ....) از بين نرفته است رجوع مرد بى تاثير بوده، ولى پس از رفع موجبات طلاق (از قبيل تمكن شوهر از انفاق و حاضر شدن وى به پرداخت نفقه و يا تعهد رعايت‏حسن معاشرت و يا رفع هر عامل ديگرى كه موجب تضرر زوجه و وقوع وى در عسر و حرج است) رجوع مرد مؤثر و سبب از سر گرفته شدن زندگى مشترك خواهد بود.**

**مطابق اين نظريه، از آنجا كه طلاق حاكم ذاتا رجعى است هر چند حق رجوع مرد تا رفع موجبات طلاق با مانع مواجه و بى تاثير مى‏باشد ولى ساير آثار طلاق رجعى از قبيل حق توارث زوجين از يكديگر - در صورتى كه يكى از آنها در زمان عده فوت نمايد - يا استحقاق زوجه نسبت‏به نفقه در ايام عده، و ... ثابت‏خواهد بود. در حالى كه اگر طلاق مزبور را بائن تلقى نماييم هيچيك از آثار فوق را نخواهد داشت.**

**شايان ذكر است كه هر چند نظريه فوق در ميان فقها سابقه‏اى ندارد و اساسا كسى به اين موضوع اشاره نكرده است ولى ظاهرا به حسب قواعد و دلايل فقهى گريزى از پذيرش آن نيست. (95) در پايان از صاحب نظران و انديشمندان انتظار داريم كه ما را از نظرات اصلاحى و تكميلى خود بهره‏مند سازند والسلام.**

**پى‏نوشتها:**

**1- كنزالعمال، 5/155، رقم 3151.**

**2- وسائل الشيعه، ج 7، باب 29 من ابواب المهور، ص‏40، حديث 1 و نيز ر.ك: وسائل الشيعه، ج 7، باب 42 از ابواب الطلاق، حديث 1.**

**3- وسائل الشيعة، ج 7، ابواب مقدمات طلاق، باب 1، احاديث 1 تا 8.**

**4- ر.ك: جواهر الكلام، ج 31، ص‏207; مناهج المتقين، ص‏376; وسيله النجاة، ص‏269; شرح لمعه، ج 5، ص‏249; تحرير الوسيله ج‏2، ص‏306; الحدائق الناضرة، ج‏24، ص‏619.**

**5- ينابيع الفقهيه، ج 18، ص 43.**

**6- همان، ج 20، ص‏119.**

**7- همان، ج 18، ص 87.**

**8- در جامع الشتات تاليف فقيه بزرگوار، ميرزا ابوالقاسم قمى در مورد سرنوشت زنى كه شوهرش بناروا بناى ناسازگارى گذاشته و پيوسته او را اذيت مى‏كند و از اداء حقوق واجبه او سر باز مى‏زند، جوابى به شرح زير آمده است: جواب: شكى نيست در اينكه چنانچه زوج را حقوق چند بر زوجه است كه در تخلف از آنها زوجه ناشزه مى‏شود و همچنين زوجه را بر زوج حقوقى چند هست كه در تخلف آن زوج ناشز مى‏شود و حقوق زوجه بر زوج اين است كه نفقه و كسوه او را به موافق شريعت مقدسه بدهد با او بدون وجه شرعى كج‏خلقى نكند و او را اذيت نكند. پس هرگاه زوج تخلف كرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه نفعى نكرد به حاكم شرع مراجعه مى‏كند و بعد از ثبوت در نزد حاكم شرع او را الزام و اجبار مى‏كند بر وفاى حقوق يا بر طلاق دادن زوجه، هرگاه براى حاكم علم حاصل شود به اينكه زوج سلوك به معروف نمى‏كند و وفاى به حقوق زوجه نمى‏كند او را اجبار مى‏كند بر طلاق و اين اجبار منافى صحت نيست‏» (جامع الشتات، چاپ سنگى 1303 ه ق، كتاب الطلاق، ص‏508)**

**9- منهاج الصالحين، ج 2، ص 282، مساله 1366; و نيز ر.ك: بحث نفقات، مساله 1406.**

**همچنين در بيانات امام خمينى (ره) رهبر فقيد انقلاب اسلامى براى خانواده‏هاى شهداى پانزدهم خرداد ماه 42 در روز چهارشنبه 9/8/58 مندرج در روزنامه كيهان، شماره 10846، مورخ 12 آبان ماه 1358 چنين آمده است: «از شؤون فقه است كه اگر چنانچه مردى با زن خودش بدرفتارى كند، فقيه او را اولا نصيحت مى‏كند و ثانيا تاديب مى‏كند، اگر ديد ادب نمى‏شود اجراى طلاق مى‏كند».**

**در مجمع المسائل، آية‏اله گلپايگانى آمده است: در صورتيكه با رسيدگى كامل احراز شود كه با رعايت‏حقوق زوج از طرف زوجه و عدم نشوز او با تمكين از مرد، زوج امساك به معروف ندارد حاكم شرع او را ملزم به يكى از دو امر از امساك بمعروف يا تسريح باحسان مينمايد و در صورت امتناع، زوجه را بتقاضاى خودش مطلقه مينمايد (مجمع المسائل، ج‏2، ص‏264).**

**10- ر.ك: وسائل الشيعه، ج 15، باب 1، احاديث ابواب النفقات.**

**11- همان.**

**12- در اين زمينه برخى از فقهاء اماميه تا آنجا پيش رفته‏اند كه صحت نكاحى را كه صرفا به منظور ايجاد محرميت واقع شده و قصد تمتعات جنسى به هيچوجه در آن ملحوظ نشده باشد مورد ترديد قرار داده‏اند. مرحوم ميرزاى قمى در جامع الشتات گويد: «و يمكن ان يقال اذا فرض ان يعقد دواما على امراة‏لمحض محرمية امها لا غير بحيث لم يتصور الانتفاع ببضعها ابدا يشكل الحكم بالصحة‏» (جامع الشتات، ص‏438).**

**13- صاحب جواهر در شرح عبارت شرايع «لايجوز للرجل ان يترك وطى‏ء امرائه اكثر من اربعه اشهر» آورده است: بل فى كشف اللثام نسبته الى الاكثر، بل عن نهاية المرام هو المعروف من مذهب الاصحاب، بل فى المسالك هذا الحكم موضع وفاق و لعله الحجة بعد كونه مدة الايلاء و الصحيح عن الرضاعليه السلام ........ مؤيدا بنفى العسر والحرج. (جواهر الكلام، ج‏29، ص‏115)**

**14- وسائل الشيعة، ج 14، باب 71 از ابواب مقدمات نكاح، حديث 1 (ص‏100).**

**15- الحدائق الناضرة، ج 23، ص‏90 و نيز ر.ك: الخوئى، مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح، ج 1، ص‏124.**

**16- جواهرالكلام، ج 29،ص‏116.**

**17- جواهر الكلام، ج 29، ص‏117. در مقابل گروهى از فقها حكم مزبور را در نكاح منقطع نيز جارى دانسته‏اند، در منهاج الصالحين آمده است: «بل الحكم كذلك فى المنقطعة على الاحوط (منهاج الصالحين، ج 2، ص‏260، مساله 1235) و همچنين ر.ك: سيد ابوالحسن اصفهانى، وسيلة النجاة، مساله 613.**

**18- وسائل الشيعة، ج 15، ص‏84، ابواب القسم و النشوز و الشقاق، ص‏84.**

**19- مجمع البيان، ج 3، ص‏121، وسائل الشيعه، ج 15، باب 5 - ابواب القسم و النشوز و الشقاق - حديث 2، ص‏84.**

**20- جواهر الكلام، ج 31، ص‏150.**

**21- ر.ك: جواهر الكلام، ج 31، ص‏155 و نيز منهاج الصالحين، ج 2، ص‏281 و سيد ابوالحسن اصفهانى، وسيلة‏النجاة، ص‏268.**

**22- در حديث مشتمل بر وصيت امير المؤمين عليه السلام به فرزندش محمد بن حنفيه آمده است: «لا تملك المراة من الامر ما يجاوز نفسها، فان ذلك انعم لحالها و ارخى لبالها، و ادوم لجمالها، فان المراة ريحانة و ليست‏بقهرمانه، فدارها على كل حال و احسن الصحبة لها ليصفو عيشك (وسائل الشيعة، ج 14، باب جملة من آداب عشرة النساء، حديث 3، ص‏120) و نيز ر.ك: وسائل الشيعة، باب استحباب اكرام الزوجة و ترك ضربها، ص‏119، و نيز باب: استحباب الاحسان الى الزوجة و العفو عن ذنبها، ص‏121.**

**23- وسايل الشيعه، ج 15، باب وجوب تمكين المراه زوجها من نفسها على كل حال، حديث 3، ص 112، و نيز ر.ك: مجموع احاديث اين باب.**

**24- حقوق خانواده، سيد حسين صفائى، ج 1، ص‏163.**

**25- در قانون حمايت‏خانواده، مصوب 1353 در ماده 18 در مورد شغل زن و مرد مقرر داشته است: شوهر مى‏تواند با تاييد دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلى كه منافى مصالح خانوادگى يا حيثيت‏خود يا زن باشد منع كند، زن نيز مى‏تواند از دادگاه چنين تقاضايى را بنمايد دادگاه در صورتى كه اختلالى در امر معيشت‏خانواده ايجاد نشود، مرد را از اشتغال مذكور منع مى‏كند».**

**26- وسائل الشيعة، ج 15، ص‏229.**

**27- ر.ك: آية‏اله اراكى، رسالتان فى الارث و نفقة الزوجة، ص‏259.**

**28- منهاج الصالحين، ج 2، ص‏289.**

**29- به عقيده گروهى از فقهاى اماميه، نفقه با عقد واجب مى‏شود ولى نشوز مانع وجوب انفاق است و تا زمانى كه وجود مانع اثبات نشده وجوب نفقه استمرار خواهد داشت، د رمقابل گروهى از فقها مى‏گويند: نفقه به مجرد عقد واجب نمى شود بلكه تمكين نيز شرط وجوب نفقه است. نظريه اول در حقوق ايران قابل قبولتر به نظر مى‏رسد، زيرا چنانچه از مواد 1106 و 1108 ق.م استفاده مى‏شود، در حقوق ما با تحقق رابطه زوجيت استحقاق نفقه پديد مى‏آيد، ولى نشوز زن مانع آن است. (در اين زمينه ر.ك: مسالك الافهام، ج 1، ص 155 و جواهر الكلام، ج 31، ص‏305).**

**30- برخى از فقها گفته‏اند منظور از خوف نشوز در آيه مباركه، علم به نشوز زوجه است. چنانكه گروهى ديگر، آن را به توقع و انتظار نشوز تفسير كرده‏اند.**

**اما در مورد معناى هجر (دورى گزيدن)، گروهى از فقها عقيده دارند كه هجر عبارتست از پشت كردن شوهر به زن در خوابگاه و برخى نيز آن را به جدا كردن بستر خواب تفسير كرده‏اند.**

**اما مفهوم ضرب (زدن) نيز به موجب حديثى كه از امام باقرعليه السلام نقل شده عبارت است از زدن با مسواك، «انه الضرب بالسواك‏»، صاحب مسالك در توجيه معناى اين حديث گفته است: شايد حكمت و هدف از اين دستور اين است كه زن گمان شوخى و ملاعبت كند و اين امر خود سبب اصلاح و سازش ميان ايشان گردد و الا صرف نظر از اين توجيه، زدن بامسواك نمى‏تواند وسيله مناسبى براى اصلاح يا تاديب به شمار آيد، صاحب حدائق نيز اين توجيه را مناسب دانسته است. (ر.ك: الحدائق الناضره، ج 24، ص‏618).**

**31- در روايات ابى بصير از امام صادق عليه السلام آمده است: قال: اتت امراة الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: ما حق الزوج على المراة، قال صلى الله عليه وآله وسلم ان تجيبه الى حاجته و ان كانت على ظهرقتب و لا تعطى شيئا الا باذنه، ان فعلت فعليها الوزر و له الاجر، و لا تبيت ليلة و هو عليها ساخط قالت: يا رسول الله و فان كان ظالما، قال: نعم.**

**در حديث فوق، مراعات حقوق شوهر بر زن لازم و واجب شده است‏حتى در صورتى كه شوهر ظالم باشد، و ظاهرا مقصود از ظلم در اين حديث، ظلم به زوجه است‏يعنى شوهر به سبب عدم رعايت‏حقوق زن بر وى ظلم گرده است، كه اين همان معناى نشوز است.**

**32- ر.ك: وسيلة النجاة-ص‏269; جواهر الكلام، ج 31، ص‏207).**

**مع الوصف، از كلام اين فقيه بزرگوار در بحث اينكه آيا تمكين شرط وجوب نفقه است‏يا اينكه نشوز مانع است؟ چنين فهميده مى‏شود كه وى تمايل به معاوضى بودن عقد نكاح پيدا كرده. ر.ك: جواهر الكلام، ج 31، ص‏306،بنابراين هرگاه در عقد نكاح شبه معاوضه‏اى بين استمتاع و انفاق باشد، لازمه آن اين است كه اگر شوهر از اداى حقوق زن سر باز زند، زن نيز بتواند از اداى حقوق شوهر خوددارى كند. همانگونه كه در ساير عقود معاوضى، مطلب چنين است. ولى پوشيده نيست كه سخن فوق متين و پسنديده نيست، زيرا آيه «الرجل قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا» (النساء/ 34) كه يكى از دلايل استنادى صاحب جواهر، براى اثبات مدعاى فوق مى‏باشد، دلالتى بر وقوع معاوضه بين نفقه و رياست‏شوهر بر خانواده (قوامية) ندارد. بلكه در نهايت مى‏توان گفت‏بذل نفقه و مهر از سوى شوهر حكمت تشريع، ولايت و سلطنتى است كه براى شوهر قرار داده شده است. همچنين از نصوصى كه حقوق متقابل زوجين را بيان كرده است‏برنمى‏آيد كه هرگاه يكى از زوجين از اداى حقوق طرف مقابل امتناع ورزد، طرف ديگر بتواند از اداى حقوق او سر باز زند. براى ديدن نظر مخالف ر.ك: آية‏اله حكيم، منهاج الصالحين، ج 2.**

**33- امساك، در لغت‏به معناى كف و منع است، در تفسير ابوالفتوح رازى آمده است: و امساك خلاف اطلاق باشد، و بخيل را از اين جا ممسك گويند و نيز گويد «الامساك و هو الكف و الامتناع من الشى‏ء و هو المنع ايضا، يقال: امسك عن كذا كامساك الصائم عن الطعام و الشراب، و امسكت الدابة اذا منعته من السير (تفسير روض الجنان، ج‏3، ص‏273، چاپ آستان قدس رضوى) - در تفسير مجمع البيان آمده است «و الامساك خلاف الاطلاق، و ما بفلان مسكة و تماسك اذا يكن فيه خير و المسك، الاهاب لانه يمسك البدن باحتوائه عليه و المتسك، السوار لاستمسا كه فى اليد. (مجمع البيان، ج‏1، ص‏577).**

**34- تسريح در لغت‏به معناى رها كردن، و واگذاشتن است در تفسير روض‏الجنان، شيخ ابوالفتوح رازى آمده است:**

**«و التسريح خلاف الامساك، و هو الاطلاق من قولهم: سرحت النابة اذا تركتها فى المرعى و السرح ايضا كذلك. و السرح اسم للدواب السارحة كالركب و الشرب و السرحان، الذئب لسروحه فى اثر السرح. و سرحة درختى است دراز لانطلاقه فى جمعة العلو و شانه را «مسرح‏» گويند لانسراحه فى الشعر. و ملخ‏را «سرياح‏» گويند لانطلاقه فى البلاد (تفسير روض الجنان، ج 3، ص‏273).**

**در المصباح المنير در ماده (سرح) آمده است: سرحت الابل سرحا من باب نفع و يسروحا ايضا رعت‏بنفسها و سرحتها بالتثقيل مبالغة و تكثير و منه قيل سرحت المراة اذا طلقتها و الاسم السراح بالفتح و يقال لعمال الرامى سرح تسمية بالمصدر و سرحت الشعر تسريحا و السرحان بالكسر الذئب و الاسد و الجمع السراحين و يقال للفجر الكاذب سرحان على التشبيه. در اين زمينه ر.ك: العين، ج‏2، ص‏810، ماده (سرح).**

**مفردات راغب در ماده (سرح) گويد:**

**«.... التسريح فى الطلاق نحو قوله او تسريح باحسان و قوله و سرحوهن سراحا جميلا مستعار من تسريح الابل كالطلاق فى كونه مستعارا من اطلاق الابل....**

**در مجمع البيان نيز آمده است: و التسريح ماخوذ من السرح و هو الاطلاق و سرح الماشية فى المرعى سرحا اذا طلقتها ترعى و سرحت الماشية انطلقت فى المرعى (مجمع البيان، ج‏1، ص‏577).**

**35- بحوث فقهيه، تقريرات شيخ حسين حلى، صص‏187-186.**

**36- در تفسير ابوالفتوح رازى، از هشام بن عروة از پدرش و او از عايشه، نقل مى‏كند كه در جاهليت مردان هر قدر كه مى‏خواستند; مى‏توانستند زنان خود را به دفعات متعدد طلاق دهند و رجوع نمايند و از اين طريق موجبات آزار و اذيت آنان را فراهم مى‏آوردند، تا اينكه زنى از شوهرش كه با وى چنين رفتارى مى‏كرد بنزد عايشه شكايت كرد. و عايشه موضوع شكايت او را به رسول خدا گفت و اين آيه نازل گرديد و براى طلاق حدى قائل شد كه آن سه بار باشد و بعد از سه بار اگر مرد خواست رجوع كند، زن بايد شوهر ديگرى اختيار كند سپس به ازدواج شوهر اول خود درآيد. (روض الجنان، ج‏2، ص‏272 و نيز ر.ك: مجمع البيان، ج‏1،ص‏577).**

**37- مرحوم فيض كاشانى در وافى گويد: «او تسريح باحسان: بان يطلقها التطليقة الثالثه بعد الرجعة كما فى الخبر النبوى المذكوره او بان لا يراجعها حتى تبيين منه و تخرج عن العدة، فالامساك هو الاخذ... و التسريح الاطلاق و تفريع هذا التخيير على المرتين يؤيد المعنى الاول و على المعنى الثانى تخبير مطلق و حكم مبتداء بعد تعليم كيفية الطلاق‏» (وافى، ج‏3، ابواب الطلاق، ص‏148).**

**38- ابن فهد حلى در مهذب البارع ر.ك: ينابيع الفقهيه، ج‏20، ص‏159.**

**39- ر.ك: الخلاف، ج 4، ص‏445; ينابيع الفقهيه، ج 20، صص‏301 و 218.**

**40- وسائل الشيعه، ج 15، ابواب اقسام الطلاق و احكامه، باب 4، حديث 7، ص 359.**

**41- همان، حديث 12، ص‏361.**

**42- همان، حديث 10، ص‏360. در همين زمينه به روايات رقم 13 و 2 مراجعه كنيد. در تفسير ابوالفتوح رازى در ذيل تفسير آيه الطلاق مرتان ... آمده است: در خبر است كه: رسول‏صلى الله عليه وآله وسلم اين آيت‏برخواند، گفتند: يا رسول الله: فاين الثالثه؟ طلاق سوم كجاست؟ گفت: فامساك بمعروف او تسريح باحسان تفسير روض الجنان، ج 3، ص 272; مجمع البيان، ج 1، ص‏578.**

**43- ر.ك: مجمع البيان، ج 1، ص 578; و نيز الخلاف، ج 4، ص‏445 - و الميزان فى تفسير القرآن، ج‏2، ص‏233. در تاحكام القرآنن جصاص در مورد تفسير (فامساك بمعروف) آمده است: و قد روى جماعة من السلف منهم السدى و الضحاك انه تركها حتى تنقضى عدتها و هذا التاويل ااصح ...» (احكام القرآن، ج 1، ص 390).**

**44- شيخ طوسى در تبيان گويد: «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره‏» المعنى فيه التطليقة الثالثه على ماروى عن ابى جعفر عليه السلام و به قال السدى و الضحاك و الزجاج و الجبائى و النظام و ... (التبيان فى تفسير القرآن، ج‏2، ص‏250).**

**در سرائر آمده است: اختلف الناس فى الثالثه، فقال ابن عباس: او تسريح باحسان، و قال غيره: فان طلقها فلاتحل له من بد حتى تنكح زوجا غيره الثالثه، و هذا مذهبنا (ينابيع الفقهيه، ج‏20، ص‏301). در فقه القرآن راوندى نيز آمده است: «اختلفوا فى الثالثه: فقال ابن عباس او تسريح باحسان الطلقه الثالثه و قال غيره فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، التطليقة الثالثه و هو الاقوى. (ينابيع الفقهيه، ج‏20، ص‏218).**

**45- الخلاف، ج 4، ص‏445.**

**46- احكام القرآن، جصاص، ج 1، ص‏390.**

**47- همان.**

**48- همان.**

**49- وسائل الشيعه، ج 15، باب 10، ابواب الايلاء، حديث 2، ص‏543.**

**50- ايلاء به معنى سوگند ياد كردن شوهر بر ترك نزديكى با همسر دائمى خود براى مدت بيش از چهار ماه يا مدت نامعين، مى‏باشد و از نظر فقهى، شخص ايلاء كننده (مولى) پس از چهار ماه بايد يكى از دو راه را انتخاب كند يا فديه بپردازد و به سوى همسرش باز گردد، و يا او را طلاق دهد.**

**51- وسائل الشيعه، ج 14، باب 5، ابواب مقدمات النكاح و آدابه، حديث 4، ص 81.**

**52- ر.ك: (مجمع البيان، ج 3، ص 42) همچنين (تفسيرالبيضاوى، ج 1، ص 332)، (تفسير روض الجنان، ج‏5، ص‏298). النهاية فى غريب الحديث، ماده كلم.**

**53- وسائل الشيعه، ج 15، باب 1 - ابواب النفقات، حديث 13، ص 226.**

**54- وسائل الشيعه، ج 13، باب 4 - ابواب الوكالة، حديث 1، ص 288.**

**55- صاحب جواهر در كتاب وكالت در ذيل حديث فوق در موردى كه زن عالم به صحت وكالت‏باشد ضمن رد احتمال حق فسخ براى زوجه يا حاكم در فرض ياد شده، و نيز رد احتمال لزوم صبر بر زوجه، با پذيرش ولايت‏حاكم بر طلاق به بحث‏خاتمه داده است، عبارت جواهر در اين زمينه به قرار ذيل است:**

**نعم قد يقال: بان له (للحاكم) الطلاق عنه مع امتناعه من وقوعه، فيؤثر اثره حينئذ مع فرض الزوجية فى الواقع للامتناع عن القيام بها والطلاق والا لم يحتج الى الطلاق، و ربما احتمل ان لها الفسخ او للحاكم او البقاء على الزوجية حتى يفرج الله عنها بموت و نحوه و لعل ما ذكرناه او لى بعد عموم ولاية الحاكم لمثل ذلك لقاعدة الضرر و غيرها و للآية و نحوها و الله العالم. (جواهر الكلام، ج 27، ص 439).**

**در ملحقات عروة الوثقى، تاليف مرحوم سيد محمد كاظم يزدى، نيز در همين زمينه آمده است:**

**و ليس للمراة ان تتزوج مع علمها بصدق الوكيل، وهل يجوز للحاكم الشرعى حينئذ اجبار الزوج على الطلاق ولو بالنحو المزبور و الظاهر عدمه، نعم لا يبعد جواز طلاقه عنه ولاية ...... و الاحوط مع امتناع الزوج من الطلاق فسخها و فسخ الحاكم و طلاقها ولاية (ملحقات عروة الوثقى، ج 2، ص‏156).**

**56- الفقيه، ج 3، باب 2، حديث 4399، ص 398، و نيز ر.ك: مكارم الاخلاق، ص 235.**

**57- در تقريرات مرحوم شيخ حسين حلى آمده است « ان يجبر الزوج اولا بان يوقع الزوج الطلاق بنفسه فان امتنع، اجرى الحاكم بنفسه الطلاق جبرا عليه، لان الحاكم الشرعى لا يقف مكتوف اليد فى مثل هذه الموارد و قد سبق ان الحاكم الشرعى ولى الممتنع، لذلك كان عليه ان يجرى الطلاق بنفسه (بحوث فقيه، ص‏191).**

**58- وسائل الشيعه، ج 15، باب 1 - ابواب النفقات، حديث 2، ص 223. ترجمه حديث: ابوبصير گويد كه از امام باقرعليه السلام شنيدم كه مى‏فرمود: هر كسى كه در نزد او زنى باشد و او، غذا و پوشاك آن زن را تامين نكند، بر امام (والى) فرض و واجب است كه بين ايشان جدايى (طلاق) افكند.**

**59- نكاح، آشتيانى، ص 167 به بعد.**

**60- وسائل الشيعه، ج 15، باب 1 - ابواب النفقات، حديث 1.**

**61- همان، حديث 4.**

**62- همان، حديث 2; و ر.ك: احاديث 4، 6 و 12 باب مذكور.**

**63- پوشيده نيست كه اطلاق روايات فوق شامل معسر (كسى كه به سبب اعسار عاجز از پرداخت نفقه همسر است) نيز مى‏باشد، اگر چه گروهى ادعا كرده‏اند كه احاديث فوق تنها شامل موسر (فردى كه قادر به پرداخت نفقه همسر خود مى‏باشد) بوده و معسر از تحت روايات فوق خارج مى‏باشد. اين گروه براى اثبات مدعاى خود به حديثى از اميرالمؤمين عليه السلام استناد كرده‏اندحيث قال: ان امراة استعدت على زوجها انه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فابى عليه السلام ان يحسبه و قال: «ان مع العسر يسرا». زنى از شوهرش، به سبب ترك انفاق به امام اميرالمؤمنين عليه السلام شكايت‏برده از آن حضرت تقاضاى حبس شوهرش را نمود، در حاليكه شوهرش، از پرداخت نفقه عاجز بوده است، امام عليه السلام ضمن امتناع از زندانى كردن او، فرمودند: «ان مع العسر يسرا»، اما با عنايت‏به مفاد حديث روشن مى‏شود كه درخواست زن از اميرالمؤمنين عليه السلام اجراى طلاق نبوده بلكه وى راضى به ادامه زندگى مشترك بوده ولى از آنجايى كه پرداخت نفقه، دينى بر عهده شوهر است و شوهر نيز در حديث فوق، به دليل اعسار، از پرداخت دين (بدهى) خود عاجز بوده از اين رو زن جهت استيفاى طلب خود به امام عليه السلام مراجعه كرده تا امام عليه السلام از راههاى معمول و متداول از قبيل حبس مديون و .... طلب او را استيفاء نمايد. شاهد اين مطلب فقره (فابى ان يحبسه) است زيرا به قرينه اين فقره معلوم مى‏شود كه تنها درخواست زن، حبس شوهر تا زمان ايفاى دين بوده كه امام عليه السلام به دنبال اين درخواست، از زندانى كردن او ابا نموده‏اند و زن را امر به صبر كرده و فرموده‏اند: ان مع العسر يسرا. به هر حال حديث فوق نمى‏تواند، اطلاق روايات ياد شده در متن را به حالت اعسار، تقييد نمايد.**

**64- ظهار از ظهر بفتح «فا» به معنى پشت است و به معانى كمك و يارى كردن نيز آمده است و در اصطلاح شرع عبارات از آن است كه مرد پشت زوجه خويش را كه منكوحه به نكاح دائم است‏به پشت مادر و يا يكى از محارم نسبى يا رضاعى خود تشبيه نمايد و عده‏اى از فقها هم تشبيه پشت زوجه متعدد را نيز به مادر و يا بيكى از محارم نسبى يا رضاعى ظهار مى‏دانند. چنانكه شيخ و محقق حلى صاحب شرايع معتقدند كه در نكاح موقت (متعه) نيز ظهار هست. (محمد باقرمحقق، حقوق مدنى زوجين، ص‏167).**

**65- وسائل الشيعة، ج 15، باب 8 - ابواب الايلاء، حديث 1.**

**66- همان، حديث 4.**

**67- همان، باب 11 - ابواب الايلاء، حديث 4.**

**68- همان، حديث 5.**

**69- همان، ج 15، باب 9 - ابواب الايلاء، حديث 3.**

**70- همان، حديث 4.**

**71- همان، حديث 1.**

**72- مرحوم شيخ حسين حلى (ره)، بحوث فقهيه، ص 195.**

**73- مرحوم فيض كاشانى در وافى گويد: «بيان: و استعدت: استعانت و استنصرت عليه متظلمه‏» (وافى، ج 3، باب حق المراه على زوجها، ص 116).**

**74- وسائل الشيعه، ج 22، باب حكم طلاق زوجة المفقود، حديث 4، ص‏158، (چاپ مؤسسة آل البيت).**

**75- همان، حديث 5.**

**76- همان، حديث 1، ص 157.**

**77- بحوث فقهيه، ص‏198.**

**78- وسائل الشيعه، ج 15، باب 11، ابواب الايلاء، حديث 5.**

**79- بحوث فقهيه، ص 198.**

**80- مرحوم سيد محمدكاظم يزدى، ملحقات عروة الوثقى، ج 2، ص 75.**

**81- همان، ص 73.**

**82- بحوث فقهيه، ص 205.**

**83- تقريرات نائينى، ج 2، ص ...; سيستانى، قاعده لا ضرر و لا ضرار، ص 302.**

**84- براى ديدن تفصيل اين نظريه ر.ك: آية‏الله سيستانى، قاعده لاضرر و لاضرار، صص 133 و 149. وى در پايان اين بحث آورده است: و بذلك يكون مفاد لاضرر نفى التسبيب الى الضرر لجعل حكم ضررى كما هو مسلك المشهور، وى آنگاه در بحث اثبات طلاق حاكم به استناد قاعده لاضرر آورده است: فيمكن التمسك به فى المقام حيث‏يفرض سقوط الحكم بالانفاق لعدم قدرة الزوج او ثبوته فى حقه مع عدم عمله على وفقه ولو اجبارا، از يصدق على جعل لزوم الزوجية و بقائها انه تسبيب الى الضرر من قبل الشارع فينتفى بلاضرر. همان، ص 303.**

**85- بحوث فقهيه، ص 208.**

**86- همان.**

**87- سيد على سيستانى، قاعده لاضرر و لاضرار، ص 302; بحوث فقهيه، ص 208. ظاهرا استدلال فوق، پايه و اساس نظريه كسانى است كه به منظور اثبات حق طلاق براى حاكم در فرض غيبت‏شوهر و يا حق فسخ نكاح براى زوجه در مواردى از قبيل اعسار متاخر شوهر ...، به قاعده نفى ضرر و يا نفى حرج استناد كرده‏اند، از جمله، مرحوم سيد محمدكاظم يزدى صاحب كتاب عروة‏الوثقى، وى در بحث طلاق همسر غايب مفقودالاثر از سوى حاكم آورده است، «و يمكن ان يقال بجوازه لقاعدة نفى الحرج و الضرر خصوصا اذا كانت‏شابة و استلزم صبرها طول عمرها وقوعها فى مشقة شديدة...(ملحقات عروة‏الوثقى، ج 2، ص 75).**

**همچنين علامه حلى قدس سره در مختلف الشيعه، پس از انكار شرط دانستن تمكن مالى زوج در صحت عقد نكاح، به منظور اثبات حق فسخ براى زوجه در زمينه فقر شوهر گويد: «نعم اثبتالها الخيار دفعا للضرر عنها و دفعا للمشقة اللاحقة بها بسبب احتياجها مع فقره الى مؤونه يعجز عنها، و لا يمكنها التزوج بغيره فلو لم يجعل لها الخيار كان ذلك من اعظم الضرر عليها و هو منفى اجماعا» (مختلف الشيعة، كتاب النكاح، ص 576). وى در مساله اعسار متاخر زوج، پس از نقل قول مشهور فقها مبنى بر عدم خيار فسخ براى زوجه گويد: «قال ابن الجنيد بالخيار لرواية عن الصادق و لاشتماله على الضرر اذ لا يمكنهاالانفاق فلو لم يجعل لها الخيار لزم الحرج المنفى بالاجماع‏» (مختلف الشيعه، كتاب النكاح، ص‏582).**

**88- منية الطالب، تقريرات نائينى، ج 2.**

**89- ر.ك: قاعده لاضرر و لاضرار، صص 150 و 134 و ر.ك: بحوث فقهيه، ص 210.**

**90- مساله 1469 منهاج الصالحين، ج 2.**

**91- ممكن است گفته شود، هرگاه در رجعى يا بائن بودن طلاقى ترديد شود اصل رجعى بودن آن است، زيرا مى‏توان به وسيله اصل عدم، هر يك از عناوين شش گانه‏اى را كه سبب بائن بودن طلاق مى‏گردد، نفى كرده و در نتيجه رجعى بودن طلاق را ثابت كنيم. ولى مخفى نيست كه اين استدلال مردود است زيرا استناد به اصول ياد شده براى اثبات رجعى بودن طلاق، از موارد استناد به اصول مثبت است كه در علم اصول عدم حجيت آنها باثبات رسيده است. مرحوم سيد محمد كاظم يزدى در همين زمينه در ملحقات عروة‏الوثقى آورده است:**

**و اذا شك فى ان الطلاق كان رجعيا او بائنا فالاصل هو الاول لان الاصل عدم وقوع الطلاق الثالث و كذا الاصل عدم وقوع الخلع فتامل لانهما من الاصول المثبته، و فى الحقيقه يرجع الشك الى ان هذا الواقع ثان او ثالث او خلع او غيره و اصالة عدم وقوع الثالث لا تثبت انه ثان، كما ان اصالة عدم وقوع الخلع لا تثبت وقوع غيره بل هى معارضة باصالة عدم وقوع غير الخلع، نعم اصالة عدم وقوع الثالث تنفع فى عدم الحاقه الى المحلل كما ان اصالة عدم وقوع الخلع تنفع فى عدم ترتب آثاره الخاصة (ملحقات عروة الوثقى، ج 2، ص‏115).**

**92- وسائل الشيعه، ج 15، باب 1 - ابواب النفقات، حديث 2.**

**93- كميسيون قوانين مدنى اداره حقوقى دادگسترى نيز در نظريه مشورتى شماره 697/7-29/3/69 در اين زمينه در پاسخ سؤال زير:**

**«آيا در مواردى كه زوجه ضمن مطالبه حقوق شرعى و قانونى به لحاظ عسر و حرج خويش از دادگاه تقاضاى طلاق نمايد و با امتناع زوج، حاكم، زوجه را مطلقه كند، طلاق مذكور رجعى است؟»**

**چنين اظهار نظر كرده است: «احصاى موارد طلاق باين در ماده 1145 قانون مدنى، با توجه به موارد عادى طلاق است كه وفق موازين شرع و قانون مدنى على الاصول در اختيار زوج است و طبق ماده 1133 قانون مدنى مرد مى‏تواند هر وقت‏بخواهد زن خود را طلاق دهد. بنابر اين مى‏توان گفت كه طلاقهايى كه زوج با اختيار و حقى كه دارد واقع مى‏شود اصولا رجعى است و در ايام عده مرد حق رجوع دارد بجز مواردى كه تصريح به باين بودن آن شده است و اين امر منصرف از مواردى است كه على رغم اراده و خواست مرد، به حكم دادگاه طلاق واقع مى‏شود بنابراين با توجه به حكمتى كه براى الزام شوهر به طلاق توسط دادگاه وجود دارد و ملاك موجود در روايات مربوط به اختيار حاكم در تفريق زوجين در مورد استنكاف شوهر از دادن نفقه و فتواى برخى از مراجع به باين بودن طلاق حاكم در مورد مزبور، به نظر كميسيون طلاقى كه در اجراى مواد 1129 و 1130 قانون مدنى به حكم دادگاه واقع مى‏شود باين محسوب است و زوج در ايام عده حق رجوع ندارد».**

**94- ملحقات عروة‏الوثقى، ج 2، ص 115، مرحوم سيد محمد كاظم يزدى در ملحقات عروة‏الوثقى گويد: «يمكن ان يقال مقتضى عموم قوله تعالى (و بعولتهن احق بردهن) جواز الرد الا ما اخرجه الدليل ....».**

**95- نظريه فوق، عينا در ماده 111 قانون احوال شخصيه سوريه به شرح ذيل پيش بينى شده است:**

**«تفريق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا و للزوج ان يراجع زوجته فى العدة بشرط ان يثبت‏يساره و يستعد للانفاق‏».**