

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod:Y6SH22A1245 ISSN-P: 2538-3701

بررسی آرای غیر مشهور در باب نکاح و میزان تأثیر قانون مدنی از آن

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۳/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۶/۱۸)

مکیه رضانی

چکیده

مقنن در وضع مواد بخش نکاح قانون مدنی در مواردی برخلاف نظر مشهور فقها عمل نموده است. این امر در پنج ماده ۱۰۳۷، ۱۰۴۱، ۱۰۴۳، ۱۱۰۲ و ۱۱۲۲ قانون مدنی قابل بررسی می باشد. در ماده ۱۰۳۷ تعارض میان این ماده و سخن فقها درباره قابلیت استرداد هدایایی که به وسیله تقصیر متهم تلف شده اند مورد بررسی قرار می گیرد. و در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، مقنن برخلاف نظر مشهور فقها که سن بلوغ دختر را نه سال تمام قمری می داند، قائل شده است که نکاح دختر تا قبل از سن ۱۳ سالگی منوط به اذن ولی است. از بررسی ادله مشهور و حتی نظر خود قانون مدنی در تبصره ماده ۱۲۱۰ متوجه می شویم که مقنن نیز از نظر ملاک سن بلوغ در دختر و پسر موافق با نظر مشهور فقها است، اما اینکه قانون مدنی تا سن ۱۳ سالگی برای ازدواج دختر اذن ولی را لازم می داند، قابل بررسی است. همچنین بر اساس ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نیز برخلاف نظر مشهور فقها نکاح دختر باکره رشیده که به سن بلوغ رسیده است را منوط به اجازه ولی قرار داده است، در حالی که مشهور اذن ولی را شرط نمی داند. از طرفی برخی از فقهای متأخر شرط بنایی را نافذ می دانند، اما در نظام حقوقی کشور ما نظریه غالب دکترین حقوقی و جامعه حقوق دانان شرط بنایی را نافذ دانسته اند و در ادامه نگاه قانون گذار ما به موضوع، متأثر از دیدگاه غیر مشهور فقها بوده است به طوری که مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ قانون مدنی، نمونه بارز موادی هستند که شرط مذکور را دارای اعتبار می دانند. البته باید اشاره کرد این مواد علاوه بر موضوع نکاح و طلاق در سایر عقود قابل تسری خواهد بود. در اعتبار شرط تبانی تفاوتی بین عقد نکاح و سایر عقود به نظر نمی رسد، بنابراین شرط تبانی را باید در سایر عقود نیز جاری و معتبر دانست.

واژگان کلیدی: آرای غیر مشهور، نکاح، زوجه، قانون مدنی، ازدواج، زوج و زوجه

مقدمه

طلاق زوجه غایب مفقودالاثر یکی از حقوق غیرمالی زوجه است. براساس قول مشهور فقها، اگر مرد گم شود، به گونه‌ای که هیچ خبری از او در دست نباشد و فوت و حیاتش معلوم نگردد. اگر مالی از او باقی مانده یا ولی‌ای داشته باشد که امور او را سرپرستی نماید، یا متبرعی باشد که برای زوجه او خرج کند، بر زوجه واجب است که صبر کند؛ در غیر این صورت مسأله طلاق زوجه مطرح می‌گردد. براساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، زن او می‌تواند، تقاضای طلاق کند...» این در صورتی است که زن دچار عسر و حرج نشده باشد، اما در صورت قرار گرفتن زن در مشقت و سختی غیرقابل تحمل، از حیث امور مالی و غیرمالی، آیا باز هم باید قائل به جستجو در مدت چهار سال و گذشت مهلت‌های مقرر در قانون مدنی بود یا خیر؟ یا اینکه اگر نفقه زوجه به طریقی تأمین گردد، آیا در این صورت زوجه باید صبر کند یا حاکم و ولی زوج در صورت نیاز زوجه به همسر می‌توانند تصمیم دیگری اتخاذ نمایند. احکام و قوانین شریعت اسلامی، براساس مصالح و مفاسد ملزومه و عدالت پایه‌ریزی شده است و در تشریع قوانین اسلامی، هیچگونه ضرر و حرجی ملاحظه نمی‌گردد و هرگونه ضرر و مشقتی مرفوع است. این مسأله به خوبی از ادله فقهی قابل استفاده است. چنانچه در برخی از آیات قرآن کریم می‌خوانیم «... مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸). «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵). یکی از مصادیق عسر و حرج غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر است. به گونه‌ای که گاهی پای‌بندی به پیمان زناشویی موجب ضرر و حرج زوجه می‌گردد. باتوجه به مسائلی که قبلاً ذکر شد و باتوجه به شرایط موجود فعلی که در مواردی مردان مفقودالاثر می‌شوند و هیچ‌گونه اثر و اطلاعی از آنان در دست نیست، و این امر منشأ ایجاد ابتلائات و گرفتاری‌های گوناگون است که از جمله آنها قرار گرفتن زوجه در وضعیت عسر و حرج غیرقابل تحمل است، و با توجه به ظرفیت فقه در پاسخگویی به مسائل هر زمان و استخراج و استنباط احکام جدید و تأثیر زمان و مکان در استنباط، می‌توان به احکام نو و جدید در موضوع مورد بحث نائل آمد.

بخش اول: بررسی و مفهوم عقد

عقد در لغت عرب، در اصل به معنای بستن و گره زدن آمده است و از این رو عرب به قلاده و گردنبندی که به گردن بسته می‌شود «عقد» می‌گوید (جوهری، ۱۴۲۰ق: ج ۲، ص ۵۱۰). در مقابل این واژه، کلمه «حَلَّ» قرار دارد و «حَلَّ و عقد» به معنای گشودن و بستن است. اکثر لغویون معتقدند عقد

به مناسبت معنای لغوی آن به عهد محکم، موثق و مشدد می باشد (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ج ۳، ص ۲۷۰). همچنین از آن رو عقد گفته می شود که دو طرف پیمان، اراده انشایی خود را نسبت به یک اثر حقوقی به یک گره می زنند. مفهوم فقهی و حقوقی عقد به مفهوم لغوی آن نزدیک است؛ فقها عقد را «الترام مرتبط با الترام دیگر»، «ربط دو الترام»، «ربط دو قرار» و مانند آن تعریف کرده اند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۵؛ نراقی، ۱۴۰۸ق: ص ۱۱؛ خویی، ۱۳۷۱: ج ۳، ص ۱۴). از نظر حقوقی نیز عقد «تراضی طرفین» برای ایجاد یک اثر حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ج ۱، ص ۲۱). بنابراین توافق دو یا چند طرف در صدق مفهوم عقد ضرورت دارد و همین امر موجب تمایز مفهوم عقد و ایقاع است. بعضی فقها عقد را «لفظ دال بر نقل ملک به دیگری معنی کرده اند» (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۲۶۷). این تعریف دقیقی نیست و مسامحه در تعبیر بوده؛ زیرا لفظ وسیله اعلام توافق و تراضی طرفین است. همانطور که تعریف قانون مدنی از عقد نیز دقیق نیست. مطابق ماده ۱۸۳ ق.م: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». این تعریف عقد را به «تعهد» یک طرف در مقابل طرف دیگر معنی کرده است؛ در حالی که تعهد اثر عقد است نه خود عقد.

بخش دوم: مفهوم نکاح و عقد نکاح

جمعی از واژه شناسان معتقدند لغت نکاح در اصل به معنای «وطی و جماع» است (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۶۲۶؛ جوهری، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۴۱۳؛ طریحی، ۱۳۶۷: ج ۴، ص ۳۶۹)؛ اما به معنای عقد نکاح مجازاً به کار رفته است (جوهری، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۴۰۳). برخی دیگر می نویسند: نکاح در اصل به معنای عقد است و بطور مجازی در معنای جماع به کار می رود، زیرا کلماتی که به مفهوم جماع دلالت دارند، کنایی هستند (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ص ۵۰۵). بعضی نیز معنای «بُضع» را در ردیف معنای واژه نکاح ذکر کرده اند (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۶۲۶). بعضی نیز احتمال داده اند این واژه مشترک میان دو معنای وطی و عقد باشد (طریحی، ۱۳۶۷: ج ۴، ص ۳۶۹). همین احتمالات در منابع فقهی نیز می باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۲۵). لذا این نظر که لغویون اجماع دارند موضوع له حقیقی نکاح وطی است و استعمال آن در عقد نکاح مجازی است؛ صحیح نمی باشد (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰ق: ص ۵۳۵). با توجه به آنچه در معنای واژه نکاح و عقد بیان شد، تعریف عقد نکاح اینگونه می شود: «عقد نکاح توافق دو اراده است که به منظور ایجاد رابطه زوجیت صورت می گیرد». این تعریف عام و شامل عقد نکاح دایم و منقطع را می شود.

بخش سوم: طلاق زوجه غایب در فقه و قانون مدنی و مبانی فقهی و حقوقی انقضای چهار سال

۱) طلاق زوجه غایب در فقه

در فقه زنی که همسرش غایب است اعم از اینکه غایب مفقودالخبر باشد یا به علت دیگری مانند مسافرت و حبس غیبت نموده باشد، فرقی ندارد که مفقود در داخل شهر یا در سفر یا در جنگ باشد و کسی از حال او اطلاع نداشته باشد؛ زیرا نصوص شامل همه این موارد می‌شود در صورتی که غایب مال و دارایی داشته باشد که از آن نفقه زن تأدیه شود یا متبرعی نفقه او را پردازد باید صبر کند تا وضعیت او روشن شود، اما اگر غایب هیچ‌گونه مالی برای تأمین نفقه زوجه بر جای نگذاشته باشد و متبرعی هم نباشد که نفقه او را پردازد، زوجه می‌تواند بعد از گذشت چهار سال از جستجوی شوهر و یأس از پیدا شدن او از حاکم درخواست طلاق نماید. بعد از طلاق زن به دستور حاکم عده نگه می‌دارد و پس از سپری شدن عده می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند (شهید ثانی ۱۴۱۰: ج ۲: ۲۸۷). حاکم می‌تواند بعد از درخواست زن و جستجو در مدت چهار سال، زن را طلاق دهد. اعم از اینکه خود مستقلاً به این امر مبادرت بورزد یا به ولی غایب یا شخص دیگر امر کند که این کار را بکند. البته بهتر است که بگوئیم امر ولی بر تصدی حاکم مقدم است. شهید ثانی (شهید ثانی ۱۴۱۰: ج ۶: ۶۵)، فخرالمحققین (فخرالمحققین ۱۳۸۷: ج ۳: ۳۵۳)، شیخ مفید (شیخ مفید ۱۴۱۳: ۵۳۷)، حلی (محقق حلی ۱۴۰۸: ج ۲: ۳۸۵) معتقدند، با امکان اذن ولی لازم است از او اجازه بگیرند و اگر وی اجازه نداد، حاکم خود به تنهایی طلاق را به عهده گرفته و زن را مطلقه می‌کند. با مطالعه کتب روایی و فقهی به دو دسته روایت درباره جستجو و تفحص از غایب مواجه می‌شویم که منشأ دو نوع اظهارنظر در فقه گردیده است. بعضی از روایات مانند «صحیحہ بریدبن معاویه» دلالت دارد که از زمان رجوع زن به حاکم چهار سال مدت تعیین می‌گردد. عبارت «... و از زمانی که زن به حاکم رجوع می‌کند چهار سال مدت تعیین می‌شود» [۳] مشعر بر این معنا است. (شیخ مفید ۱۴۱۳: ج ۳: ۳۵۴) براساس این روایت، فتوای مشهور فقها این است که بعد از مراجعه زن به دادگاه مدت جستجو از غایب آغاز می‌گردد (علامه حلی ۱۴۱۳: ج ۳: ۱۴۵). در مقابل این روایت برخی از روایات مانند صحیحہ حلبی می‌گویند: ... بعد از گذشتن چهار سال حاکم کسی را به عنوان والی به مکانی که غایب در آنجا مفقود شده می‌فرستد یا اینکه با آنجا مکاتبه و نامه‌نگاری می‌نماید [۴] (کلینی ۱۴۰۷: ج ۶: ۱۴۷). در این روایت به گذشتن چهار سال بدون بیان مرافعه زن به نزد حاکم اشاره شده است. به نظر می‌رسد گذشتن چهار سال در این

روایت موضوعیت داشته باشد. صرف نظر از اختلاف موجود در روایات، آنچه به عنوان نقطه اشتراک در هر دو دسته از روایات ملاحظه می‌شود، گذشتن مدت چهار سال است. بنابراین برطبق این روایات باید از زمان غیبت غایب چهار سال بگذرد تا همسر او بتواند تقاضای طلاق نماید.

۲- طلاق زوجه غایب در قانون مدنی

درباره امور غیرمالی غایب مفقودالاثَر آنچه مورد توجه قانونگذار واقع شده و احکام خاصی راجع به آن مقرر گردیده است طلاق زن اوست. براساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثَر باشد، زن او می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. در این صورت دادگاه اقدام به نشر آگهی به ترتیب مذکور خواهد کرد و بعد از گذشتن یک سال از تاریخ نخستین آگهی، در صورتی که خبری از غایب نرسیده باشد، به طلاق حکم خواهد داد.

در مورد عدّه زوجه مطلقه غایب ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی می‌گوید: «زنی که شوهر او غایب بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عدّه وفات نگاه دارد». این قاعده از فقه اسلامی گرفته شده و بدین نحو توجیه می‌شود که ممکن است، شوهر مرده باشد (صفایی و قاسم‌زاده ۱۳۸۰: ۷۸-۷۷).

۳- انقضای مدت چهار سال

چنانکه بیان شد انقضای مدت چهار سال از غیبت غایب مطلبی است که در فقه و ماده ۱۰۲۹ و قانون مدنی به آن پرداخته شده است به نظر می‌رسد مبنای عقلی و عرفی این قاعده آن است که بعد از این مدت و بحث و فحص از غایب، وی مرده فرض می‌شود. لذا همسر او می‌تواند پس از طلاق و نگه داشتن عدّه ازدواج نماید. عدّه‌ای که در فقه و قانون مطرح شد عدّه وفات است. بنابراین باوجود اینکه زن طلاق گرفته، اما باید عدّه وفات نگه دارد و این امر مشعر بر این مسأله است که زوج مرده فرض شده است. البته مبنای حکم می‌تواند عسر و حرج فرض شارع و قانونگذار بوده باشد. این بدان معنا است که بعد از انقضای چهار سال شارع و قانونگذار فرض می‌کنند که زن در عسر و حرج واقع می‌شود، لذا پس از سپری شدن مدت مذکور، زوجه غایب می‌تواند درخواست طلاق نماید. توضیحات فوق بر مبنای انقضای مدت چهار سالی است که در فقه و قانون مطرح گردیده است. در مواردی ممکن است عدم لزوم انقضای مدت توجیه گردد، که به بیان آن می‌پردازیم.

بخش چهارم: توجیه عدم گذشت چهار سال در جستجو از غایب

در مواردی که زوجه غایب در عسر و حرج مالی و غیرمالی واقع شده است عدم گذراندن چهار سال را می‌توان به دو طریق توجیه نمود:

اول: عسر و حرج

براساس روایات و قول مشهور فقها و ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، بدون طی شدن مدت چهار سال از غیبت زوج و انتشار آگاهی و تشریفات لازم نمی‌توان زوج را طلاق داد. اما با استناد به ادله عسر و حرج و ضرر، در مدت کمتر از چهار سال زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

دوم: طریقت تفحص در مدت چهار سال

به نظر می‌رسد، مدت ذکر شده در روایات طریقت داشته و نه موضوعیت. مدت مذکور باید با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال و اقتضائات و شیوه‌های جستجو در آن عصر مورد توجه قرار گیرد. امروزه با گسترش وسایل ارتباط جمعی مانند تلفن، پیامک، اینترنت، آگاهی و جستجو آسان و هموار گردیده، لذا تعبد به زمان چهار سال خصوصاً زمانی که زن در عسر و حرج واقع شده است عقلایی به نظر نمی‌رسد. هدف از جستجو دستیابی و اطلاع از وضعیت غایب است. چنانچه با شیوه متعارف و معمول امروزی ظن غالب در این باره حاصل گردد، کفایت می‌کند. در صورت بروز اوضاع و احوال مشقت‌بار برای زوج و عدم حصول آگاهی از وضعیت زوج در زمان کمتر از چهار سال، گذراندن مدت چهار سال لازم و ضروری نیست.

بخش پنجم: طلاق به درخواست زوج غایب به علت عسر و حرج

در مواردی زوج غایب مفقودالاثر در عسر و حرج مالی و غیرمالی ناشی از عدم حضور و غیبت همسرش قرار می‌گیرد ادامه وضعیت زوجیت، وی را در عسر و حرج قرار می‌دهد. به دنبال این مسأله امر طلاق زوج غایب مفقودالاثر به علت عسر و حرج مطرح می‌شود. در این بخش به درخواست طلاق زوج به علت ترک انفاق و عدم ایفای وظایف زناشویی ناشی از وضعیت دشوار و مشقت‌بار حاصل از غیبت زوج می‌پردازیم.

۱) درخواست طلاق به علت امتناع یا عجز از تأدیه نفقه

در مواردی ممکن است، به علت غیبت طولانی و بی‌اطلاع شوهر، زوج به علت ترک انفاق در مشقت و حرج باشد. همانطور که مشهور فقهای امامیه گفته‌اند، زنی که شوهر او غایب مفقودالاثر شده می‌تواند به حاکم مراجعه و بعد از فحص و جستجو از وضعیت او در مدت چهار سال از حاکم درخواست طلاق نماید (امینی و آیتی ۱۳۷۷: ۳۵۶) اما در صورتی که غیبت زوج باعث شود که زن از جهت تأمین نفقه در مضیقه و مشقت و عسر و حرج واقع شود، تکلیف زوج به او چیست؟ بعضی از فقها در این باره می‌نویسند: نباید درخواست طلاق از سوی زن را منحصر به موردی دانست که زوج

مفقودالاثر است؛ زیرا ادله عام و خاص فراوانی داریم که برابر آنها حاکم شرع در بسیاری از ضرورت‌های دیگر که ضرر و مشقت شدید از باقی ماندن زوجه بر همسری با زوج پدید می‌آید، ولایت بر طلاق دارد. مثل زوج غایبی که محل زندگی او معلوم است، ولی از دادن نفقه از روی عصیان یا ناتوانی امتناع می‌کند (آل کاشف الغطاء بی تا ج ۵: ۹۵) بعضی دیگر از فقها می‌گویند: «از نظر فقهی قوی است که در صورتی که زن از نفقه محروم باشد، برای رعایت مصلحت اساسی او که از جمله آن مصالح، حق مالی و جنبه اقتصادی آن یعنی نفقه است، براساس قواعد عامه و آنچه از اطلاق روایات حاصل می‌شود، زن را طلاق دهد». (صدر ۱۴۲۰: ۳۵۴-۳۵۳) طباطبایی یزدی که از فقهای معاصر می‌باشد معتقد است که بعید نیست قاضی حق داشته باشد زوجه مردی را طلاق دهد که علم دارد مرد در جایی محبوس است که هرگز بر نمی‌گردد، همچنین در موردی که مرد حاضر و ناتوان از پرداخت نفقه است، البته با این شرط که زوجه برنگرفتن نفقه صبر نمی‌کند. در تمامی این موارد و اشیاء و نظایر آن، مثل اینکه مرد مفقود باشد یا در مکانی حبس ابد باشد، ظاهر کلام فقها این است که زن نمی‌تواند از همسرش جدا شود و حاکم هم نمی‌تواند زن را طلاق دهد، مگر اینکه گفته شود که با استناد به قاعده نفی عسر و حرج و ضرر زن می‌تواند طلاق بگیرد. در صورت عدم پرداخت نفقه می‌توان زوج را مجبور به طلاق دادن کرد و اگر این امکان به علت عدم وجود زوج وجود نداشته باشد، امام معصوم^(ع) و در عصر حاضر و در زمان غیبت حاکم شرع از جانب امام نائب است که زن را طلاق می‌دهد (طباطبایی یزدی ۱۴۱۴ ج ۱: ۷۴) آیت‌الله خویی درباره مردی که قدرت بر دادن نفقه دارد، اما درعین حال از پرداخت نفقه استنکاف می‌ورزد و اجبار او به انفاق ممکن نیست می‌نویسد: بعضی از فقها گفته‌اند حاکم شوهر را ملزم می‌کند که یا نفقه زن را پردازد یا اینکه او را طلاق بدهد و اگر از هر دو امتناع کرد، حاکم خود طلاق را واقع می‌سازد (خویی ۱۴۱۰ ج ۲: ۲۸۰) ایشان در ادامه می‌گویند: جایز است که زن به حاکم شرع مراجعه نماید و حاکم شرع زوج را امر به طلاق کند و اگر از طلاق دادن امتناع ورزد، حاکم شرع خودش طلاق می‌دهد، و اگر شوهر از انفاق کردن امتناع ورزد و انفاق زن از مال شوهر امکان نداشته باشد، جایز است که حاکم، زن را طلاق دهد و در این حکم فرقی میان حاضر و غایب وجود ندارد. ولی اگر زوج مفقود باشد، اما زن علم به حیات و زنده بودن او داشته باشد، بر او واجب است که صبر کند و نمی‌تواند تقاضای طلاق نماید، هرچند نه از شوهر مالی وجود داشته باشد و نه دیگری نفقه زن را بدهد. این بیان از ایشان مایه شگفتی و تعجب است، چگونه درباره مردی که حاضر است و از انفاق امتناع می‌ورزد در حالی که توانایی بر دادن نفقه همسرش را

دارد یا اینکه مردی به بیان ایشان حاضر یا غایب باشد و نفقه همسرش تأمین نمی‌شود و امکان انفاق از مال شوهر امکان‌پذیر نیست، حاکم می‌تواند زن را طلاق بدهد، اما درباره زنی که شوهرش مفقود است و خبری از حیات و ممات او ندارد و شوهر مالی ندارد که از محل آن نفقه زن تأدیه شود و کسی هم نباشد که نفقه او را پردازد و زن در سختی و حرج ناشی از مشکلات مالی و اقتصادی به سر می‌برد، محکوم به صبر باشد و حق تقاضای طلاق نداشته باشد. برچه مبنا و اساسی زن در چنین مواردی محکوم به صبر است؟ اگر زنی خود شرایط سختی و مشقت را بپذیرد و حاضر باشد که باوجود تمام مشکلات مالی، همچنان به پیمان زناشویی وفادار بماند، حرفی نیست، اما اینکه حکم کنیم که در صورت عدم تأمین نفقه، زن موظف و مکلف به صبر است، آن هم در شرایطی که در عسر و حرج به سر می‌برد با روح قوانین اسلام و عدالت سازگار نیست. براساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، زنی که شوهرش چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، می‌تواند تقاضای طلاق نماید. چنانکه ملاحظه می‌گردد، این ماده قانونی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه گذشتن مدت چهار سال از غیبت زوج را برای درخواست زن جهت طلاق از دادگاه معتبر دانسته است. از طرف دیگر در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی می‌خوانیم: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». این ماده با دیدگاه بعضی از فقها مانند طباطبایی یزدی و خویی، سازگاری دارد که در محل مناسب به مقایسه و ارزیابی دیدگاه فقها و قانون مدنی در این باره می‌پردازیم.

بخش ششم: طلاق به درخواست زوجه ناشی از عدم ایفای وظایف زناشویی

بند اول: دیدگاه فقها

زنی که شوهر او مفقود شده است تنها مشکل او عدم پرداخت نفقه نیست، بلکه گاهی عدم انجام وظایف زناشویی از جانب شوهر مشکلاتی را به وجود می‌آورد که در بعضی از روایات از جمله صحیحہ حلبی وارد شده است که: «راوی از امام^(ع) سؤال می‌کند که زن می‌گوید چیزی را می‌خواهم که سایر زنان می‌خواهند.» [۵] (کلینی ۱۴۰۷ ج ۶: ۱۴۷). هرچند این عبارت مفهومی مبتنی براینکه حاکم بتواند تصمیم مقتضی در امر طلاق زوجه را اتخاذ نماید، ندارد، اما به نظر می‌رسد، در صورت درخواست زوجه و حادث شدن عسر و حرج، طلاق حاکم لازم بوده و صبر کردن زوجه واجب نیست، زیرا در جایی که عدم نفقه موجب طلاق حاکم شود، به طریق اولی وقتی در صورت عدم

اجرای صیغه طلاق ترس از ایجاد مفسده و عدم اجرای حدود الهی در میان باشد طلاق امر ضروری محسوب می گردد.

حضرت امام (امام خمینی ۱۳۷۹ج او ۲: ۷۳۳ م ۱۰)، صاحب جواهر (نجفی بی تا ج ۳۱: ۲۰۷)، صاحب حدائق (بحرانی بی تا ج ۲۴: ۶۱۹) و سیدابوالحسن اصفهانی (اصفهانی ۱۴۲۲ ج ۲: ۳۰۶) گفته اند در صورت امتناع شوهر از انجام دستور دادگاه مبنی بر رعایت حقوق زوجه و انجام وظایف زوجیت، دادگاه می تواند حکم طلاق صادر نماید. فقیه معاصر طباطبایی یزدی می نویسد: چنانچه بقای زوجه بر زوجیت موجب وقوع او در حرام شود، خواه این وقوع قهراً یا اختیاراً باشد، برای حفظ زن از قرار گرفتن در معصیت، طلاق لازم است. ممکن است درباره مسأله مفقود گفته شود اگر انجام عملیات مذکوره و تعیین ضرب الاجل [مدت چهار سال] و فحص و جستجو از حال مفقود، موجب وقوع او در معصیت شود، جایز است که بدون طی این مقدمات زن توسط حاکم طلاق داده شود. این همان روشنگری است که در بیان این فقیه معاصر مشاهده می شود که با استفاده از عناوین ثانویه ضرر و حرج و برای جلوگیری از مفسده ای که ممکن است، زن گرفتار آن شود، حکم به عدم لزوم انجام مقدمات تفحص و زمان تعیین شده در فقه داده اند. بعضی دیگر از فقها به نظر طباطبایی اشکال وارد کرده می گویند: برخی از بزرگان گفته اند در صورت عدم تمکین زوجه غایب که حیاتش معلوم باشد، حاکم می تواند زوجه اش را طلاق دهد و همین طور درباره محبوسی که به حبس ابد محکوم شده است، ولی آنچه ایشان ذکر کرده اند بعید است و ابعاد از آن عقیده ایشان درباره مفقودی است که اعمال کیفیات مذکور [مدت و تفحص]، درباره او ممکن است، اما اعمال اینگونه کیفیات موجب وقوع زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام می گردد که به نظر ایشان بدون اعمال آن کیفیات زوجه توسط حاکم طلاق داده می شود. لازمه کلام صاحب **عروه** (طباطبایی) جواز مبادرت به طلاق زوجه بدون اذن زوج است، هنگامی که معلوم گردد بقای زوجه به زوجیت موجب وقوع در معصیت است و ضعف این نظر واضح است (طباطبایی حکیم ۱۴۰۰ ج ۲: ۳۲۱). به نظر می رسد، این اشکال چیزی از ارزش فتوای طباطبایی کم نمی کند. چه بسا که ارزش فتوای ایشان امروزه مشهود و قابل ملاحظه است. چگونه ایشان در صورت عدم ایفای وظایف زناشویی از جانب مردی که حاضر است، قول بزرگان فقه را در حق طلاق زن می پذیرند. اما فتوای طباطبایی از نظر ایشان بعید است. در حالی که ملاک حکم به طلاق درباره مردی که غایب مفقودالاثراست و همسر او در عسر و حرج به سر می برد به طریق اولی وجود دارد. بنابراین در صورت جوان بودن زوجه و عسر و حرج او و ترس از وقوع او در معصیت و

حرام، قائل شدن به طلاق او براساس حکم عقل و شرع موجه و صحیح است و مصلحتی که در این حکم وجود دارد امری است واضح که نیازی به استدلال ندارد. برخی دیگر از فقها می‌گویند: فقیه امامی جایز است در صورت وجود شرایط لازم، زن را طلاق دهد و کسی حق ندارد تا زمانی که عمل فقیه موافق اصل اسلام و مذهب است بر او اعتراض کند. عده‌ای از فقها که از طلاق دادن خودداری می‌کنند به دلیل رعایت جانب احتیاط و خداترسی آنان است؛ اگرچه خود به حکم فقهی و شرعی صحیح دست پیدا کرده‌اند، اما جانب تقوا و احتیاط را رعایت می‌کنند و هم اینکه تقوا و ترس آنان بدین جهت است که مبدا کسانی که اهل علم و فقیه دین نبوده و شریعت را امین نیستند، بدون اینکه شرایط لازم برای طلاق فراهم شده باشد مبادرت به انشای حکم طلاق بنمایند. این مسأله مانعی برای صدور حکم طلاق از جانب فقها است (مغنیه بی‌تاج ۲: ۴۵۴-۴۵۲). البته برای گریز از چنین مشکلی می‌توان راه حل معقول ارائه داد و اینکه مراجع فرد امین و مورد اطمینانی را وکیل خود کرده و شروط و قیودی برای او معین کنند تا در چهارچوب آن شرایط طلاق را انشاء کند. همان طور که سیدابوالحسن اصفهانی چنین کردند. جریان فتوای تاریخی سیدابوالحسن اصفهانی به این صورت است که در زمان ایشان سیدمحسن امین نزد ایشان آمده اظهار می‌کند ۵۰۰ نفر از زنان لبنانی چند سال است که شوهرانشان رهایشان کرده‌اند به گونه‌ای که ایشان جوان هستند و از جهت امور مالی و نیازهای طبیعی جنسی و عاطفی در سختی و حرج به سر می‌برند. ایشان، سیدمحسن امین را وکیل می‌کنند که از طرف ایشان زنان را مطلقه نماید. این آن چیزی است که در بعضی از کتب به عنوان راه حل معقول مطرح شده و عملکرد سیدابوالحسن اصفهانی از مصادیق عملی این راه حل معقول است. باید تصریح کرد، اگر چه قانون مدنی کشور ما هیچ تعریفی از شرط تبانی ارائه نکرده است و لیکن جایگاه شرط تبانی را قانون مدنی علی‌رغم نظر مشهور فقها مبنی بر عدم صحت و بطلان شرط مذکور، پذیرفته است از طرفی نگاه و تحلیل اغلب حقوق‌دانان از مواد قانون مدنی منطبق با شرط قبل از عقد یا به عبارتی شرط تبانی است، هرچند باید دانست که حقوق‌دانان در تفکیک اقسام شروط، شرط تبانی را از اقسام شرط ضمنی بر می‌شمارند. باید توجه داشت قانون مدنی به صراحت در مواد ذیل الاشعار شرط ضمنی یا به عبارتی شرط تبانی را قانونی دانسته است و در همین راستا قانون مدنی در ماده ۱۱۱۳ مقرر می‌دارد:

در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد، مگر این که شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد و همچنین در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مصرح می‌دارد: هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط

شده و بعد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده است، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایا بر آن واقع شده باشد. بدیهی است عقد نکاح خصوصییتی ندارد تا مشروعیت شرط بنایی را مورد مصرح در قانون منحصر بدانیم، بلکه برعکس اگر در باب نکاح، با توجه به حساسیت شرعی آن، شرط ضمنی بنایی مشروع باشد، به طریق اولی در ابواب یا عقود دیگر نیز معتبر خواهد بود. در بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ نیز شرط بنایی قانونی اعلام شده است، طبق این بند (مطالبه وفا به شروط و عهود راجعه به معاملات و قراردادهای اعم از این که در ضمن معامله و قرار داد تصریح شده و یا بنای متعاملین بر آن بوده و یا عادات و عرفا معامله مبنی بر آن باشد...).

نتیجه گیری

با عنایت به مذاقه در مبانی فقهی و حقوقی به شرحی که بیان شد باید تصریح کرد علی‌رغم دیدگاه مشهور فقها مبنی بر عدم پذیرش شرط تبانی، قانون مدنی با قبول دیدگاه غیر مشهور (به طور خاص در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ در مباحث نکاح و طلاق... یا عقد متبایا بر آن واقع شده باشد و هم چنین بند ۷ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸) با عنایت به اصل حاکمیت اراده و هم چنین قاعده تبعیت عقد از قصد مشترک متعاقدين، نسبت به پذیرش شرط تبانی اقدام و شرط معنونه را معتبر اعلام کرده است. باید تصریح کرد که شرط تبانی با توجه به مواد یاد شده قانون مدنی صرفا اختصاص به عقد نکاح ندارد، بلکه این شرط در تمامی عقود می‌تواند مورد استفاده و بهره‌برداری قرارگیرد. با امعان نظر به مراتب مصرحه، علی‌رغم اعلام اعتبار و مشروعیت قانونی شرط تبانی، قانون مدنی ما هیچ تعریف مشخص از آن ارائه نکرده است، از طرفی تعاریف مورد ارائه اکثر حقوق دانان نیز معانی را ذکر می‌کنند که دارای انطباق با تعریف شرط قبل از عقد است، اگرچه باید اذعان داشت که در تعاریف ارائه شده شرط تبانی را از عداد شرط ضمنی می‌دانند. با عنایت به بررسی و مذاقه در آنچه از تعاریف به عمل آمده استاد جعفری لنگرودی از مفهوم، شرط به معنای عام و همچنین شرط تبانی در معنی اخص در آثار مختلف که به صورت بسیار مختصر و گذرا بدان اشاره شده است این گونه استنباط می‌شود، مشارالیه نیز همانند جامعه حقوق دانان کشور شرط تبانی را با عنایت به ایفای نقش مبانی عرفی و حقوقی شرط مذکور، قابل پذیرش و لازم الوفا می‌داند و بر صحت و درستی شرط قبل از عقد به طور مطلق تاکید دارند. حسب نظر وی، در شرط تبانی مذاکرات متعاقدين پیش از اقدام به عقد از دو صورت خارج نیست، اول مذاکراتی که بین آنها و بین قصد انشاء، فاصله زمانی به مقداری واقع شود که

نمی‌توان گفت مدلول ایجاب و قبول ناظر به آن مذاکرات پیش از عقد است. دوم - مذاکراتی که تقریباً متصل به عقد است این مذاکرات بین فقها مشهور است. در حالی که، ایجاب و قبول را بتوان ناظر به آن مذاکرات دانست، در این صورت به نظر می‌رسد که مدلول آن مذاکرات، در قلمرو انشا داخل می‌شود. با عنایت به شرحی که گذشت می‌توان مثال بارز سنت جاری مابین تجار و بازرگانان که منجر به رویه مسلم در عرف تجاری شده است و به کرات مورد عمل قرار می‌گیرد را ابراز کرد که تا زمانی که متعاملین هر آنچه را که مقرر کرده‌اند از آن اعلام انصراف و یا شیوه جدیدی اتخاذ نکنند علی‌القاعده رعایت و الزام به رویه باقی است.

منابع و مآخذ

- امینی، علیرضا و محمدرضا آیتی. (۱۳۷۸) تحریرالروضه فی شرح اللمعه، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، چاپ دوم.
- بازرگیر، یدالله. (۱۳۸۲) آرای قطعیت یافته دادگاه‌ها در امور مدنی، تهران: انتشارات بازرگیر.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (بی تا) الحقائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بیات، اسدالله. (۱۳۷۴) «مبانی فقهی نقش زمان و مکان در اجتهاد»، کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره)، مجموعه مقالات، نقش زمان و مکان در اجتهاد، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، الفارق دائره المعارف عمومی حقوق جلد سوم، گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، دوره متوسط حقوق مدنی (حقوق خانواده)، گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، اساس در قوانین مدنی (المدونه)، گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، تاثیر اراده در حقوق مدنی، گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، گنج دانش
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۹)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش
- الحسینی المراغی، میر عبدالفتاح، (۱۲۹۷) العناوین، موسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى
- حیدری، محمد علی و شریعت زاده، میترا، (۱۳۹۳) شرط تبانی از دیدگاه فقه امامیه و حقوق مدنی، دو فصل نامه علمی - اختصاصی معارف فقه علوی، سال اول، شماره اول، پاییز و زمستان
- خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۰ق) منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۴۱۰ق) الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، جلد چهارم، چاپ اول، مجد
- شیخ مفید، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق) من لایحضره الفقیه، قم: دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم.
- صدر، سید محمد باقر. (۱۴۲۰ق) ماوراء فقه، بیروت: بی نا، چاپ اول.

- صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم زاده. (۱۳۸۰) حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن. (۱۴۰۰ق) منهاج الصالحین، بیروت: دارالتعریف للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۱۴ق) ملحقات عروه الوثقی، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۳۷۶) حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان
- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق) قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- فخرالمحققین، ابوطالب محمد بن حسن حلّی. (۱۳۸۷) ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فیروز آبادی، ابوطاهر مجدالدین محمدبن یعقوب، (۱۳۴۱)، القاموس المحيط، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۵) حقوق خانواده، تهران: نشر یلدا.
- کلینی، محمدبن یعقوب. (۱۴۰۷ق) کافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلام، مرکز نشر علوم اسلامی
- مغنیه، محمدجواد. (بی تا) الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت: دارالتیاء الجدید.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰) القواعد الفقهیة، قم: مدرسه امام علی^(ع).
- نجفی، محمدبن حسن. (بی تا) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دارالاحیاء التراث، چاپ هفتم.
- وائقی، محسن، (۱۳۹۱)، مقاله بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و ایران، فصلنامه پژوهش، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز