

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

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۲/۱۱، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۵/۱۲)

مکیه رمضانی

چکیده

مقنن در وضع مواد بخش نکاح قانون مدنی در مواردی برخلاف نظر مشهور فقها عمل نموده است. 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 متاخر 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. البته باید اشاره کرد این موضوع 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 معتبر دانست.

واژگان کلیدی: آرای غیر مشهور، نکاح، زوجة، قانون مدنی، نظر فقها

مقدمه

طلاق زوجه غایب مفقودالاثَر 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 مفقودالاثَر 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 ملزمه 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 مفقودالاثَر 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 عسرو 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: کلیات

بند اول: 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 «حَلّ» قرار دارد و «حَلّ و عقد» به معنای گشودن و بستن است. اکثر لغویون معتقدند عقد به مناسبت معنای لغوی آن به عهد محکم، موثق و مشدد می‌باشد (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ج ۳، ص ۲۷۰). همچنین از آن رو عقد گفته می‌شود که دو طرف پیمان، اراده انشایی خود را نسبت به یک اثر حقوقی به یک گره می‌زنند. مفهوم فقهی و حقوقی عقد به مفهوم لغوی آن نزدیک است؛ فقها عقد را «التزام مرتبط با التزام دیگر»، «ربط دو التزام»، «ربط دو قرار» و مانند آن تعریف کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۵؛ نراقی، ۱۴۰۸ق: ص ۱۱؛ خویی، ۱۳۷۱: ج ۳، ص ۱۴). از نظر حقوقی نیز عقد «ترازی 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 دالّ بر نقل ملک به دیگری معنی کرده‌اند» (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.

بند 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 دوم: طلاق زوجه غایب در فقه و قانون مدنی و مبانی فقهی و حقوقی

انقضای چهار سال

بند اول: 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 اظهار نظر 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». 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 می گردد (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۳: ۱۴۵). در مقابل این روایت برخی از روایات مانند صحیحہ حلبی می گوید: ... بعد از گذشتن چهار سال حاکم کسی را به عنوان والی به مکانی که غایب در آنجا مفقود شده می فرستد یا اینکه با آنجا مکاتبه و نامه نگاری می نماید (کلینی ۱۴۰۷ ج ۶: ۱۴۷). در این روایت به گذشتن چهار سال بدون بیان مرافعه زن به نزد حاکم اشاره شده است. به نظر می رسد 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 می شود، گذشتن مدت چهار سال است. بنابراین برطبق این روایات باید از زمان غیبت غایب چهار سال بگذرد تا همسر او بتواند تقاضای طلاق نماید.

بند دوم: طلاق زوجه غایب در قانون مدنی

درباره امور غیرمالی غایب مفقودالاثر 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 مفقودالاثر باشد، زن او می تواند 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 عده زوجه مطلقه غایب ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی می گوید: «زنی که شوهر او غایب بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عده وفات نگاه دارد». این قاعده از فقه اسلامی گرفته شده و بدین نحو توجیه می شود که ممکن است، شوهر مرده باشد (صفایی و قاسم زاده ۱۳۸۰: ۷۸-۷۷).

بند سوم: 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 نگه‌داشتن عده ازدواج نماید. عده‌ای که در فقه و قانون مطرح شد عده وفات است. بنابراین باوجود اینکه زن طلاق گرفته، اما باید عده 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 سوم: 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:

بند 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 نمی توان زوج را طلاق داد. اما با استناد به ادله عسر و حرج و ضرر، در مدت کمتر از چهار سال زن می تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

بند دوم: طریقت تفحص در مدت چهار سال

به نظر می رسد، مدت ذکر شده در روایات طریقت داشته و نه موضوعیت. مدت مذکور باید با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال و اقتضائات و شیوه های 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 نمی رسد. 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 می کند. در صورت بروز اوضاع و احوال مشقت بار برای زوج و عدم حصول آگاهی از وضعیت زوج در زمان کمتر از چهار سال، گذراندن مدت چهار سال لازم و ضروری نیست.

بخش چهارم: طلاق به درخواست زوجه غایب به علت عسر و حرج

در مواردی زوجه غایب مفقودالاثار در عسر و حرج مالی و غیرمالی ناشی از عدم حضور و غیبت همسرش قرار می گیرد ادامه وضعیت زوجیت، وی را در عسر و حرج قرار می دهد. به دنبال این مسأله امر طلاق زوجه غایب مفقودالاثار به علت عسر و حرج مطرح می شود. در این بخش به درخواست طلاق زوجه به علت ترک انفاق و عدم ایفای وظایف زناشویی ناشی از وضعیت دشوار و مشقت بار حاصل از غیبت زوج می پردازیم.

بند اول: درخواست طلاق به علت امتناع یا عجز از تأدیه نفقه

در مواردی ممکن است، به علت غیبت طولانی و بی اطلاع شوهر، زوجه به علت ترک انفاق در مشقت و حرج باشد. همانطور که مشهور فقهای امامیه گفته‌اند، زنی که شوهر او غایب مفقودالاثراً 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 زوجه او چیست؟ بعضی از فقها در این باره می‌نویسند: نباید درخواست طلاق از سوی زن را منحصر به موردی دانست که زوج مفقودالاثراً 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 کاشف‌الغطاء بی‌تا 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 اشباه 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 می تواند طلاق بگیرد. در صورت عدم پرداخت نفقه می توان 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 می دهد (طباطبایی یزدی ۱۴۱۴ ج ۱: ۷۴) آیت الله خویی درباره مردی که قدرت بر دادن نفقه دارد، اما درعین حال از پرداخت نفقه استنکاف می ورزد و اجبار او به انفاق ممکن نیست می نویسد: بعضی از فقها گفته اند حاکم شوهر را ملزم می کند که یا نفقه زن را پردازد یا اینکه او را طلاق بدهد و اگر از هر دو امتناع کرد، حاکم خود طلاق را واقع می سازد (خویی ۱۴۱۰ ج ۲: ۲۸۰) ایشان در ادامه می گوید: 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 می دهد، 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 نمی تواند تقاضای طلاق نماید، هر چند 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 می ورزد در حالی که توانایی بر دادن نفقه همسرش را دارد یا اینکه مردی به بیان ایشان حاضر یا غایب باشد و نفقه همسرش تأمین نمی شود و امکان انفاق از مال شوهر امکان پذیر نیست، حاکم می تواند 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 درصورت 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 مفقودالاثرباشد، 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: «درصورت 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 درصورت 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 پنجم: 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.» (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 می‌گردد. حضرت امام (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۷۳۳ م ۱۰)، صاحب جواهر (نجفی بی تا ج ۳۱: ۲۰۷)، صاحب حدائق (بحرانی بی تا ج ۲۴: ۶۱۹) و سید ابوالحسن اصفهانی (اصفهانی ۱۴۲۲ ج ۲: ۳۰۶) گفته‌اند در صورت امتناع شوهر از انجام دستور دادگاه مبنی بر رعایت حقوق زوجه و انجام وظایف زوجیت، دادگاه می‌تواند حکم طلاق صادر نماید. فقیه معاصر طباطبایی یزدی می‌نویسد: 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 ضرب‌الاجل [مدت چهار سال] و فحوص 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 می‌شود که با استفاده از عناوین ثانویه ضرر و حرج و برای جلوگیری از مفسده‌ای که ممکن است، زن گرفتار آن شود، حکم به عدم لزوم انجام مقدمات تفحص و زمان تعیین شده در فقه داده‌اند. بعضی دیگر از فقها به نظر طباطبایی اشکال وارد کرده می‌گویند: برخی از بزرگان گفته‌اند در صورت عدم تمکین زوجه غایب که حیاتش معلوم باشد، حاکم می‌تواند زوجه‌اش را طلاق دهد و همین طور درباره محبوسی که به حبس ابد محکوم شده است، ولی آنچه ایشان ذکر

کرده‌اند 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 می‌گردد که به نظر ایشان بدون اعمال آن کیفیات زوجه توسط حاکم طلاق داده می‌شود. 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 می‌رسد، این اشکال چیزی از ارزش فتوای طباطبایی کم نمی‌کند. 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 می‌پذیرند. اما فتوای طباطبایی از نظر ایشان بعید است. در حالی که ملاک حکم به طلاق درباره مردی که غایب مفقودالاثَر است و همسر او در عسر و حرج به سر می‌برد 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 بی تا ج ۲: ۴۵۴-۴۵۲). البته برای گریز از چنین مشکلی می توان 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 می کند ۵۰۰ نفر از زنان لبنانی چند سال است که شوهرانشان رهایشان کرده اند به گونه ای که ایشان جوان هستند و از جهت امور مالی و نیازهای طبیعی جنسی و عاطفی در سختی و حرج به سر می برند. ایشان، سیدمحسن امین را وکیل می کنند 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 علی رغم نظر مشهور فقها مبنی بر عدم صحت و بطلان شرط مذکور، پذیرفته است از طرفی نگاه و تحلیل اغلب حقوق دانان از مواد قانون مدنی منطبق با شرط قبل از عقد یا به عبارتی شرط تبانی است، هرچند باید دانست که حقوق دانان در تفکیک اقسام شروط، شرط تبانی را از اقسام شرط ضمنی بر می شمارند. 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 می دارد: در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد، مگر این که شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد. هم چنین در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مصرح می دارد: 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 خصوصیتی 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. دربند 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 علی رغم 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 می تواند مورد استفاده و بهره برداری قرار گیرد. با امعان نظر به مراتب مصرحه، علی رغم 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 می کنند 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 متعاقبین پیش از اقدام به عقد از دو صورت خارج نیست، اول مذاکراتی که بین آنها و بین قصد انشا، 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 علی القاعده 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.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۸۲) آرای قطعیّ یافته دادگاه‌ها در امور مدنی، تهران: انتشارات بازگیر.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (بی تا) الحدائق الناضره فی احکام العتره 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، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، گنج دانش
- الحسینی المراغی، میر عبدالفتاح، (۱۲۹۷) العناوین، موسسه النشر الاسلامی، الطبعه 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، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق) منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: شروط ضمن عقد، جلد چهارم، چاپ اول، مجلد
- 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، سید حسین و سید مرتضی قاسم زاده. (۱۳۸۰) حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ق) ملحقات عروه الوثقی، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۶) حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق) قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- فخرالمحققین، ابوطالب محمد بن حسن حلی. (۱۳۸۷) ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فیروز آبادی، ابوطاهر مجدالدین محمد بن یعقوب، (۱۳۴۱)، القاموس المحيط، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۵) حقوق خانواده، تهران: نشر یلدا.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق) کافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- محقق حلی، 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، محمد جواد. (بی تا) الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت: دارالتیاء الجدید.

- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰) القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام علی^(ع).
- نجفی، محمد بن حسن. (بی تا) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دارالاحیاء التراث، چاپ هفتم.
- واثقی، محسن، (۱۳۹۱)، مقاله بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و ایران، فصلنامه پژوهش، سال هشتم، شماره بیست و نهم، پاییز