

نوع طلاق مبتنی بر عسر و حرج

تاریخ دریافت: ۸۶/۱۲/۱۴

تاریخ تایید: ۸۷/۰۵/۰۷

محمدعلی انصاری پور

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران

محمدحسین صادقی مقدم

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران

چکیده

با اصلاح ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی توسط کمیسیون قضائی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۱ و ورود قاعده عسر و حرج (به عنوان یک قاعده ثانویه) به این ماده و تعریف عسر و حرج و تعیین مصداق به رأی آن در اصلاح ماده فوق‌الذکر در سال ۱۳۸۱ توسط مجلس شورای اسلامی تحول عمیقی در حقوق خانواده و به خصوص مبحث طلاق بوجود آمده است. یکی از انتقادات وارده بر این اصلاحات عدم تعیین نوع طلاق حرجی است. در اینکه طلاق حاکم (غیر از طلاق به خاطر غیبت زوج) رجعی است یا بائن، حتی قبل از اصلاح ماده ۱۱۳۰، مورد اختلاف فقهای عظام و نویسندگان حقوقی بوده است. اما با ورود قاعده عسر و حرج به مبحث طلاق و عدم تعیین نوع طلاق حرجی در قانون، اختلافات فقهاء، نویسندگان حقوقی و دادگاه‌ها ظهور و بروز بیشتری پیدا کرده است. در اینکه نوع طلاق حرجی چیست، چهار نظر ابراز شده است. بعضی آن را خلع، گروه دیگری آن را رجعی، دسته‌ای آن را بائن (غیر از موارد مصرحه در فقه و قانون مدنی) و در نهایت جمع دیگری تعیین نوع طلاق حرجی را از اختیارات حاکم دانسته‌اند. در این نوشته هر چهار نظر مورد بررسی قرار گرفته و نظری که با موازین فقهی، حقوقی و عقلی انطباق بیشتری دارد انتخاب و معرفی گردیده است.

واژگان کلیدی: عسر و حرج، طلاق حرجی، رجعی، خلع، بائن خاص

مقدمه

در جریان اصلاح قانون مدنی توسط کمیسیون قضائی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۱ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی نیز مورد اصلاح قرار گرفت و قاعده عسر و حرج وارد این ماده گردید. گرچه مفهوم این قاعده به طور محدود در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و بخصوص در بند دو آن، قبل از اصلاح آن، وجود داشت اما ماده مذکور صریحاً اشاره‌ای به این قاعده نداشت.^۱ به علاوه این قاعده به عنوان یک قاعده کلی مورد استفاده و استناد حقوق‌دانان و دادگاه‌ها به ویژه در حقوق خانواده و

۱. متن پیشین ماده ۱۱۳۰ به این شرح است: «حکم ماده قبل در موارد ذیل نیز جاری است: ۱- در مواردی که شوهر سایر حقوق واجب زن را وفا نکند و اجبار او هم به ایفاء ممکن نباشد. ۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگی زن را با او غیر قابل تحمل سازد. ۳- در صورتی که به واسطه امراض صعب‌العلاج دوام زناشویی به رأی زن موجب مخاطره باشد». یکی از نویسندگان عقیده دارند که بند ۳ این ماده مبتنی بر قاعده لاجرج بوده، در حالی که به نظر می‌رسد هر سه بند و بخصوص بند ۲ از نظر مفهومی می‌تواند از مصادیق قاعده لاجرج باشد (صفائی، ۱۳۸۰: ۲۴۴).

مبحث طلاق قرار نمی‌گرفت. ماده ۱۱۳۰ اصلاحی در سال ۱۳۶۱ مقرر می‌داشت که، «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که به رأی محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». این عبارت، بدلیل رسا نبودن آن، در اصلاح قانون مدنی توسط مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۰ مورد بازنگری قرار گرفت و متن آن اصلاح گردید. متن فعلی ماده ۱۱۳۰ به این شرح است: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». ^۱ در هیچ‌یک از دو متن قبل تعریفی از مفهوم عسر و حرج ارائه نشده است. در سال ۱۳۸۱ یک تبصره به ماده مذکور اضافه گردید که علاوه بر تعریف عسر و حرج «به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برآی زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد» پنج حالت را صریحاً از مصادیق عسر و حرج محسوب نموده و در سایر موارد نیز تشخیص دادگاه را ملاک قرار داده است.

با اصلاح قانون مدنی و ورود قاعده عسر و حرج (به عنوان یک قاعده ثانویه) در مبحث طلاق و مورد عمل قرار گرفتن این قاعده در دادگاه‌های خانواده تحول عمیقی در حقوق خانواده به وجود آمده است. یکی از مسائل مرتبط با طلاق مبتنی بر عسر و حرج - که از این به بعد از آن به عنوان «طلاق حرجی» یاد می‌شود - که مورد اختلاف فقهای عظام، نویسندگان حقوقی و دادگاه‌ها قرار گرفته نوع این طلاق است.

ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی، طلاق را به دو نوع تقسیم و مقرر می‌دارد: «طلاق بر دو قسم است بائن و رجعی». گرچه مفاهیم طلاق بائن و رجعی به رأی افراد آشنا به فقه و حقوق دانان روشن و آشکار است، با این وجود اشاره به تعریف آن‌ها در اینجا خالی از فایده نیست. ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی در تعریف طلاق بائن اعلام می‌دارد: «در طلاق بائن به رأی شوهر حق رجوع نیست»؛ و ماده ۱۱۴۸ در تعریف طلاق رجعی مقرر می‌دارد که، «در طلاق رجعی به رأی شوهر در مدت عدّه حق رجوع است». بنابراین طلاق بائن طلاق است که در آن به رأی شوهر حق رجوع نیست و با وقوع طلاق

۱. لازم به ذکر است که در اصلاح قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ کلمه ضرر نیز از متن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی حذف گردید در حالی که مانعی به رأی استناد به قاعده لاضرر حتی در مسائل مربوط به حقوق خانواده وجود ندارد. (بحرالعلوم، ۱۹۷۳: ۲۰۰-۲۱۰) در فقه اهل سنت و همچنین در حقوق خانواده اغلب کشورهای عربی ضرر یکی از مبانی قانونی به رأی تقاضای طلاق توسط زن شناخته شده است (زحیلی، ۲۰۰۲: ج ۹: ۷۰۶۵-۷۰۶۰)؛ (بدران: ۴۴۳-۴۴۶)؛ (کمال‌الدین‌امام، ۲۰۰۳: ۴۵۵-۴۳۵)؛ (شلی، ۱۹۷۷: ۵۸۶-۵۸۱).

رابطه نکاح به طور کامل قطع می‌شود. برخلاف طلاق رجعی که در آن شوهر می‌تواند در ایام عده رجوع نموده و زندگی زناشویی را بدون نکاح مجدد از سرگیرد.

چند نوع از طلاق باین را ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی احصاء نموده که عبارت است از: «۱- طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود، ۲- طلاق یائسه، ۳- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد، ۴- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید، اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید».

سؤالی که در اینجا مطرح و سعی شده برای آن پاسخی مناسبی ارائه گردد این است که اگر خانمی از دادگاه بر مبنای عسر و حرج تقاضای طلاق نماید و عسر و حرج وی نیز در دادگاه ثابت و دادگاه حکم به طلاق صادر نماید آیا این طلاق رجعی است یا باین؟ در قانون مدنی و در سایر قوانین مربوطه به ماهیت این نوع طلاق و اینکه آیا این طلاق رجعی است و یا باین اشاره‌ای نشده است.

بدلیل فقدان نص قانونی در این خصوص، دادگاه‌های ما به حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱ و ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب^۲ مصوب ۱۳۷۹ باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نمایند. چون در بین فقهاء در این خصوص اختلاف نظر هست و حتی مواردی نیز هست که یک فقیه در پاسخ به دو استفتاء دو پاسخ متفاوت ارائه نموده در بین دادگاه‌ها نیز اختلاف نظر وجود دارد و حتی یک دادگاه در دو پرونده دو رأی متعاقب صادر نموده است.

با توجه به اهمیت تعیین نوع طلاق حرجی از جنبه‌های گوناگون و بخصوص آثار شرعی، حقوقی و اجتماعی آن و اختلاف فقهاء، حقوق دانان و دادگاه‌ها در این رابطه و عدم تحلیل این موضوع به صورت مستدل تاکنون، بررسی آن از جنبه‌های فقهی و حقوقی ضروری به نظر می‌رسد. لذا این مقاله نوع طلاق حرجی را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده و نظری را که با مبانی فقهی و حقوقی انطباق بیشتری دارد ارائه می‌نماید. امید است که این نوشته بتواند تا حدی ارائه طریق نموده و زمینه را برای تعیین نوع طلاق حرجی از طریق قانون و یا صدور رأی وحدت رویه توسط هیئت عمومی دیوان عالی کشور فراهم سازد. قبل از بحث و بررسی فتاوی فقهاء، نظریات حقوق دانان و آراء دادگاه‌ها لازم است که مختصراً به مشکلات ناشی از این اختلاف نظر در عمل یعنی در رویه قضائی اشاره شود.

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید...».

۲. ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...».

۱- رویه قضائی

دادگاه‌ها اعم از بدوی و تجدید نظر و حتی دیوان عالی کشور با استناد به فتاوی فقهاء و یا با استنباط‌های گوناگون از فقه و قانون آرای متفاوت و متضادی را در این رابطه صادر نموده‌اند. بعضی از دادگاه‌ها طلاق حرجی را به طور مطلق بائن، بعضی دیگر آن را رجعی و دسته دیگری آن را خلع شناخته‌اند.^۱ یکی از احکامی که عمق مشکلات ناشی از عدم تعیین نوع طلاق حرجی و تفاوت آرای دادگاه‌ها را در این خصوص به خوبی مسجل و روشن می‌سازد دادنامه شماره ۳۱۴ مورخ ۱۳۸۱/۹/۲۲ شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور (که موضوع آن نوع طلاق حرجی نیز نبوده) می‌باشد. در پرونده مربوطه خانمی بر اساس عسر و حرج تقاضای طلاق نموده و شعبه دوم دادگاه عمومی بروجن با احراز عسر و حرج و از جمله با استناد به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی حکم بر گواهی عدم امکان سازش زوجین جهت اجرای صیغه طلاق صادر می‌نماید. در این رأی، دادگاه اجرای صیغه طلاق را موکول به تأدیه تمام حقوق شرعی و قانونی زوجه اعم از مهریه و نفقه و اجرت‌المثل می‌نماید. با تجدید نظر خواهی شوهر، پرونده به دادگاه تجدید نظر ارسال و این دادگاه اعتراض تجدید نظر خواه را فقط در مورد اجرت‌المثل دوران زندگی مشترک وارد دانسته و این قسمت از دادنامه نقض می‌گردد. پس از ارسال پرونده به اجرای احکام، قاضی اجرای احکام با استناد به تعارض صدر و ذیل رأی آن را قابل اجرا ندانسته و اعلام داشته است که منوط کردن اجرای صیغه طلاق به پرداخت حق و حقوق زوجه در حالی که رأی عدم امکان سازش بر مبنای عسر و حرج صادر گردیده تشدید عسر و حرج می‌باشد. لذا پرونده در اجرای ماده ۳۲۶ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^۲ به دادگاه صادر کننده رأی بدوی جهت اعلام نظر ارسال و دادگاه بدوی نیز خود را به دلیل اینکه دادگاه تجدید نظر با اصلاحاتی رأی دادگاه بدوی را تأیید نموده فارغ از رسیدگی دانسته و پرونده را جهت اعمال بند «ب» ماده ۳۲۶ نزد ریاست دادگستری استان می‌فرستد. پس از تشکیل جلسه مجدد دادگاه تجدید نظر، پرونده جهت اظهار نظر به دیوان عالی کشور ارسال می‌گردد. شعبه هفتم دیوان عالی کشور به موضوع رسیدگی نموده و رأی مذکور را با اصلاحیه خود و اصلاحیه دادگاه تجدید نظر قابل اجرا دانسته است. اما پس از ارجاع پرونده به اجرای احکام، قاضی

۱. به بعضی از این آراء در ذیل هر یک از بخش‌های ۳، ۴ و ۶ در این نوشته اشاره خواهد شد.

۲. ماده ۳۲۶ مقرر می‌دارد: «آرای دادگاه‌های عمومی و انقلاب در موارد زیر نقض می‌گردد: الف - قاضی صادر کننده رأی متوجه اشتباه خود شود. ب - قاضی دیگری پی به اشتباه رأی صادره برد به نحوی که اگر به قاضی صادر کننده رأی تذکر دهد، متنبه شود. ج - دادگاه صادر کننده رأی یا قاضی، صلاحیت رسیدگی را نداشته و یا بعداً کشف شود که قاضی فاقد صلاحیت برای رسیدگی بوده است.»

اجرای احکام اشکالات متعددی را از جمله اشکال اولیه مجدداً مطرح و اعلام می‌دارد که، «در مواردی که دادخواست طلاق به درخواست زوج می‌باشد دادگاه در خصوص حقوقات شرعیه زوج طبق تبصره ۳ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مکلف به رعایت حقوق زوج می‌باشد لیکن در صورتی که درخواست طلاق از ناحیه زوج می‌باشد و به اتکای عسر و حرج زوج بدون اینکه وی درخواست مهریه نموده باشد اضافه نمودن بر خواسته خواهان در حکم صادره خارج از چارچوب تکلیف دادگاه است و صدور حکم بدون تقدیم خواسته و ابطال تمبر هزینه دادرسی و ... فاقد وجاهت قانونی است».

سپس قاضی اجرای احکام ایراد دیگری می‌گیرد که مربوط به نوع طلاق حرجی می‌شود و آن عبارت است از اینکه: «طلاق که به استناد عسر و حرج همسر، موضوع رأی قرار می‌گیرد از نوع طلاق بائن است که طبق ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی نفقه به ایام عده آن تعلق نمی‌گیرد جز در صورت حمل». با وصول پرونده و ارجاع آن به شعبه هفتم دیوان عالی کشور جهت اظهار نظر ارشادی، شعبه یاد شده انشاء رأی نموده که بخشی از آن به این شرح است: «با عنایت به محتویات پرونده و دادنامه شماره ۲۰۷-۳/۵/۸۰ هجین شعبه و مستنداً به ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی که صراحت دارد طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد و در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد. ۱- چون طلاق مزبور از نوع طلاق خلع است بنابراین لازم است زوج مقداری از مال ... در قبال طلاق خلع به زوج خود بذل کند تا طلاق واقع گردد. ۲- از طرفی نفقه در طلاق رجعی بر ذمه زوج می‌باشد و در طلاق خلع نفقه تعلق نمی‌گیرد».

پرونده از طریق دفتر شعبه هفتم دیوان عالی کشور به اجرای احکام بروجن ارسال شده و قاضی محترم اجرای احکام با توجه به اینکه در دادنامه تصریح به رفع نواقص توسط دادگاه صادر کننده حکم بدوی گردیده، پرونده را به شعبه دوم دادگاه عمومی بروجن ارسال و این دادگاه به استناد دلایلی و با اشاره به ایرادات قاضی اجرای احکام از جمله حکم به پرداخت نفقه که با توجه به نوع طلاق وجاهت قانونی نداشته در نهایت اعلام می‌دارد که در واقع این ایرادات به دادنامه شماره ۲۰۷-۷ شعبه هفتم دیوان عالی کشور وارد گردیده و در اجرای مواد ۳۲۶ و ۴۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی^۱ می‌بایست به نظر ریاست محترم دیوان عالی کشور برسد.

۱. ماده ۴۱۲ مقرر می‌دارد: «مرجع رسیدگی به ادعای موضوع ماده ۳۲۶ نسبت به احکام دادگاه تجدید نظر، دیوان عالی کشور است که چنانچه پس از رسیدگی آن را نقض نمود جهت رسیدگی به یکی از شعب دادگاه تجدید نظر همان استان و یا در صورت فقدان شعبه دیگر به نزدیکترین شعبه دادگاه تجدید نظر استان دیگر ارسال می‌دارد. مرجع رسیدگی به ادعای مذکور نسبت به احکام شعب دیوان عالی کشور، رئیس دیوان عالی کشور است که پس از رسیدگی و نقض آن، رسیدگی به پرونده را به شعبه دیگر دیوان عالی کشور ارجاع می‌نماید».

پس از ارسال پرونده به دیوان عالی کشور، ریاست محترم دیوان عالی کشور انشاء رأی نموده که بخشی از آن به این شرح است: «اگر چه ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و موارد احصاء شده در آن به رأی احراز عسر و حرج زوج و صدور حکم طلاق به خواست مشارالیها تأسیس جدیدی است که موارد آن فراتر از کراهت زن از شوهر در طلاق خلع می‌باشد و تکلیف زوج به بذل تمام یا قسمتی از مهریه یا مال خود به زوج صرفاً در طلاق خلع پیش‌بینی شده است به نظر می‌رسد قاعده اخیر در شقوق مختلف ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مجری باشد». در ادامه همین رأی چنین آمده است: «چون طلاق موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی از نوع طلاق بائن است و به موجب ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی پرداخت نفقه در ایام عده طلاق خاص رجعی است. در طلاق بائن به استثناء مورد حمل زن استحقاق دریافت نفقه را ندارد».

در نهایت با توجه به اشکالات موجود در آرای محاکم بدوی و تجدید نظر و در نتیجه رأی شماره ۲۰۷ مورخ ۸۰/۵/۴ شعبه هفتم دیوان عالی کشور که عمده‌تاً در تأیید و ابرام آراء مزبور صادر شده مبتنی بر اشتباه بوده و در اجرای ماده ۴۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب رأی معترض عنه شعبه هفتم نقض و پرونده جهت رسیدگی مجدد به شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور ارجاع می‌شود.

در اینجا رئیس شعبه اقدام به انشاء رأی اقلیت نموده که بخشی از آن به این شرح است: «در خصوص مطالبه نفقه چنانچه مقصود نامبرده عبارت از نفقه ایام عده بوده باشد با توجه به اینکه خواسته وی طلاق به علت عسر و حرج است که اقتضاء می‌نماید از لحظه اول اجرای صیغه طلاق انفصال و جدائی کامل و دائمی طبق حکمی که صادر شده است تحقق یابد قهراً بینونت تامه بوجود آمده و زوج در مدت اخذ به عده به منزله زوج نبوده تا اینکه ملزم بوده باشد در خانه زوج اقامت داشته باشد و زوج هم بر طبق همان تکلیفی که قبلاً داشته است بر وی انفاق نماید ... فلذا با وصف مزبور یعنی با خواسته‌ای که عبارت از طلاق بائن است محلی از به رأی نفقه ایام عده باقی نمانده است».

اکثریت شعبه که از مستشار و معاون شعبه تشکیل می‌شوند در رأی خود از جمله آورده‌اند که، «ایراد قاضی محترم اجرای احکام دادگستری بروجن در تلقی طلاق موارد عسر و حرج مطلقاً به طلاق بائن (حتی در مواردی که بذل مال نشود) و عدم تعیین نفقه ایام عده برای زوج در این مورد که این ایراد در رأی شماره ۸۱/۱۱۲۰-۸۱/۷/۲۷ صادره از ناحیه ریاست معظم دیوان عالی کشور هم مورد پذیرش قرار گرفته است وارد نمی‌باشد ... همان‌طوری که در مسئله ۱۰ استفتانات راجع به دادگاه‌های مدنی خاص کتاب موازین قضائیه از دیدگاه حضرت امام خمینی (ره) آمده است و بعضی

از فقهای دیگر نیز به آن تصریح دارند تعیین نوع طلاق منوط به شرایط موجود و تابع آن است که چه قسم طلاق واقع می‌شود و از طرفی موارد طلاق بائن هم در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی احصاء گردیده است و طلاق صادره در ما نحن فیه با شقوق مندرج در این ماده انطباق ندارد لذا تلقی این طلاق به طلاق بائن توجیه شرعی و قانونی ندارد.^۱

چنانکه روشن است رأی فوق یکی از نمونه‌های بسیار خوب برای بیان اختلاف نظر در بین فقهاء و دادگاه‌ها در تعیین نوع طلاق حرجی است. بعضی آن را رجعی، بعضی دیگر آن را خلع و برخی دیگر آن را بائن (غیر از موارد شش‌گانه در فقه) دانسته‌اند.

۲- خلع بودن طلاق حرجی

عده‌ای از فقهاء اعتقاد دارند که طلاق حرجی طلاق بائن از نوع خلع است. بسیاری از دادگاه‌ها نیز یا اعتقاد به خلعی بودن طلاق حرجی دارند و یا اینکه بیشتر به دنبال این هستند که طلاق حرجی را به صورت خلع واقع سازند.

۲-۱- فتاوی

از یکی از فقهاء سؤال شده است: «زنی که از شوهر خود اکراه شدید دارد و مهریه خود را می‌بخشد تا طلاق جاری شود، ولی شوهر حتی مازاد بر مهر قبول نمی‌کند، تکلیف چیست؟» ایشان (برخلاف نظر کلی خود در باب طلاق قاضی که آن را طلاق رجعی می‌دانند) در پاسخ فرموده‌اند: «در صورتی که ثابت شود ادامه زندگی به رأی زن همراه با عسر و حرج شدید است، حاکم شرع می‌تواند طلاق خلعی مزبور را انجام دهد اگر چه شوهر راضی نباشد». (فاضل لنکرانی، جلد اول: ۴۲۱). از ظاهر این فتوا استفاده می‌گردد که عسر و حرج می‌تواند علت و مبنای طلاق خلع قرار گیرد. یکی دیگر از فقهاء در پاسخ به این سؤال که آیا طلاق حاکم طلاق با ویژگی خاص است و با طلاق خلع تفاوت دارد و اینکه آیا حاکم در صورت درخواست زوجه و احراز شرایط طلاق، فقط می‌تواند حکم طلاق خلع را صادر نماید، اعلام داشته است که، «باید در قالب یکی از طلاق‌ها واقع شود. اگر احتمال اطلاع زوج یا رجوع او وجود نداشته باشد می‌تواند طلاق رجعی بدهد در غیر این صورت خلعی می‌دهد با بذل کمی از سوی زوجه و قبول حاکم از طرف شخص ممتنع» (گزارش مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۸۰، ضمیمه شماره ۱: ۱-۲).

۱. اشاره خواهد شد که طلاق صغیره (که بائن بودن آن اجماعی است) در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی گنجانده نشده است. پس چطور می‌توان ادعا کرد که موارد طلاق بائن در ماده ۱۱۴۵ احصاء گردیده است؟

۲-۲- آرای دادگاهها

آرای زیادی از دادگاهها صادر شده که طلاق حرجی را طلاق خلعی تلقی کرده‌اند. چنانکه در بخش ۲ (رویه قضائی) گذشت، شعبه هفتم دیوان عالی کشور اعلام داشته است که، «چون طلاق مزبور از نوع طلاق خلع است بنابراین لازم است زوجه مقداری از مال در قبال طلاق خلع بزوجه بذل کند تا طلاق واقع گردد». (دادنامه شماره ۳۴۷ مورخ ۸۰/۸/۲۷). شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور نیز در پرونده‌ای با استناد به فتوای آیه الله لنکرانی در جامع المسائل اعلام می‌کند که، «در صورتی که طلاق حرجی باشد و از سوی زوجه مهر و سایر حقوق بذل شود، در این فرض موافقت زوج در قبول بذل شرط نیست و نوع طلاق خلع است». (دادنامه شماره ۲۱ مورخ ۸۰/۶/۳۱) همین شعبه در پرونده دیگری نیز اظهار می‌دارد که، «طبق فتوای حضرت آیه الله فاضل لنکرانی در کتاب جامع المسائل ج اول ص ۴۵۰ در پاسخ به سؤال ۱۵۹۱ در صورتی که ثابت شود ادامه زندگی به رأی زن همراه با عسر و حرج باشد حاکم شرع می‌تواند طلاق خلع مزبور را انجام دهد اگر چه شوهر راضی نباشد». (دادنامه شماره ۲۱۸ مورخ ۸۰/۱۱/۷). شعبه ۳۰ دیوان عالی کشور نیز در پرونده‌ای بیان داشته است که، «به صراحت ماده ۱۱۴۶ از قانون مدنی طلاق که به لحاظ وجود عسر و حرج زوجه و کراهت او از زوج واقع می‌شود از نوع طلاق خلعی است». (دادنامه شماره ۵۲۴ مورخ ۸۱/۹/۲۸).

۲-۳- دلایل

طرفداران خلعی بودن طلاق حرجی هیچ دلیل فقهی و حقوقی به رأی مدعیان خود ارائه نکرده‌اند. به نظر می‌رسد که آن‌ها از یک طرف به باین بودن طلاق حرجی اعتقاد نداشته‌اند و از طرف دیگر می‌خواسته‌اند با واقع ساختن طلاق به صورت خلعی از رجوع شوهر جلوگیری کنند، لذا خلعی بودن طلاق حرجی را انتخاب کرده‌اند.

۲-۴- رد خلعی بودن طلاق حرجی

برای اینکه مشخص گردد که آیا طلاق حرجی می‌تواند از نوع خلع باشد یا نه باید دید که طلاق خلع و شرایط آن چیست. به رأی وقوع طلاق خلعی شرایطی در کتب فقهی ذکر شده است که به دو مورد مهم آن در اینجا اشاره می‌شود.

۲-۴-۱- قراردادی بودن خلع

طلاق خلع یک طلاق قراردادی و معاوضی است. در خلع رضایت شوهر یکی از مبانی طلاق شمرده می‌شود، در حالی که در طلاق حرجی ممکن است شوهر به هیچ وجه راضی به طلاق نباشد. به عبارت دیگر در خلع اختیار و رضای مرد شرط است اما در طلاق حرجی به طور عمده طلاق بدون رضایت زوج و با دستور دادگاه انجام می‌پذیرد.

صاحب جواهر ابتدا خلع را از نظر لغوی به معنی کندن و از نظر شرعی به معنای از بین بردن علقه زوجیت و قید نکاح در برابر پرداخت فدیة و مالی از جانب زن و کراهت او از شوهرش تعریف نموده است.^۱ (نجفی، ج ۳۳: ۲-۴، معجم فقه الجواهر، ج ۲: ۴۳۰) صاحب جواهر آنگاه صریحاً به معاوضی بودن خلع اشاره می‌نماید:

«ظاهر سخن فقهاء این است که در صیغه خلع شرط است که به شکل معاوضه بین شوهر و زن واقع شود. این امر به دو شکل تحقق پیدا می‌کند. اول اینکه زن خلع را به شکل انشائی تقاضا می‌کند و دوم اینکه مرد ابتدا آن را با تصریح به ذکر عوض مطرح و زن بدون فاصله‌ای که با معاوضه منافات دارد آن را قبول کند. بدون این خلع باطل است و در این رابطه اختلافی در بین فقهاء نیست»^۲ سپس ادامه می‌دهند: «... بلکه ظاهر روایات لزوم و اعتبار انشاء تراضی بین زن و شوهر نسبت به خلع است. و شکی نیست که اگر انشاء از جانب طرفین لازم باشد خلع نیز برای آن‌ها حکم سایر معاوضات را خواهد داشت. پس فدیة‌ای که در خلع داده می‌شود یا یک معاوضه مستقلاً است و یا نوعی از صلح است»^۳ (نجفی، ج ۳۳: ۱۳-۱۴). امام خمینی نیز به قراردادی بودن خلع تصریح دارند و می‌فرمایند: «خلع از ایقاعات است اما در احتیاج داشتن به دو طرف و دو انشاء به عقود شباهت دارد: یکی دادن چیزی از طرف زوجه که شوهرش او را طلاق دهد و دوم انشاء طلاق از طرف زوج در مقابل آنچه زوجه بذل نموده است». (امام خمینی، ج ۲: ۳۴۹، مسئله ۳)^۴ امام سپس به فوریت انشاء اشاره نموده و می‌فرمایند: «در صحت خلع شرط است که بین انشاء بذل و طلاق آن قدر فاصله نباشد که به فوریت عرفی خلل وارد کند. پس اگر به فوریت خللی وارد کند خلع باطل می‌شود و شوهر مستحق عوض نمی‌باشد». (امام خمینی، همان: ۳۵۰، مسئله ۴)^۵. ایشان ادامه می‌دهند: «در تحقق خلع شرط است دادن فداء در مقابل طلاق. و فداء به هر چیزی که مالیت داشته باشد چه عین و چه دین یا منفعت و چه کم باشد یا زیاد و حتی اگر از مهر تعیین شده بیشتر باشد، جایز است» (امام خمینی، همان: ۳۵۱، مسئله ۹).^۶

۱. «الخلع لغة بمعنى النزاع و شرعاً: إزالة قيد النكاح بقديه من الزوجه».

۲. «و ظاهر الاصحاب انه يعتبر في صيغته الخلع وقوعها على جهة المعاوضه بينه و بين الزوجه، و يتحقق ذلك باحد امرين، الاول: تقدم سوالها ذلك على وجه الانشاء له ... و الثاني: ابتداءه به مصرحاً بذكر العوض فتقبل المرء بعده بلافصل ينافي المعاوضه، و بدون ذلك يقع الخلع باطلا، بل لا اجد فيه خلافاً بينهم».

۳. «بل ظاهر النصوص اعتبار انشاء التراضی بينهما بذلك، و لاریب فی انه متى اعتبر الانشاء من الطرفين كان لهما حکم سائر المعاوضه، فالفداء فی المقام اما معاوضه مستقلة او قسم من اقسام الصلح ...».

۴. «الخلع من الايقاعات لكن يشبه العقود فی الاحتیاج الی طرفین و انشاءین: بذل شیء من طرف الزوجه ليطلقها الزوج و انشاء الطلاق من طرفه بما بذلت، ...».

۵. «يعتبر في صحت الخلع عدم الفصل بين انشاء البذل و الطلاق بما يخل بالفورية العرفیه، فلو اخل بها بطل الخلع و لم يستحق الزوج العوض ...».

۶. «يشترط في تحقق الخلع بذل الفداء عوضاً عن الطلاق، و يجوز الفداء بكل متمول من عین او دین او منفعة قل او کثر و ان زاد على المهر المسمى ...».

صاحب جوهر در همین راستا می‌فرماید که زوجه باید در دادن و بذل فدیة مختار باشد. اگر شوهر او را به بذل فدیة اجبار کند فعل حرامی را مرتکب شده است. اگر شوهر زن را با اکراه به بذل فدیة طلاق دهد این طلاق صحیح است اما فدیة‌ای که زن به بذل آن اکراه شده به شوهر داده نمی‌شود. صاحب جوهر ادامه می‌دهد که: «اختلاف قابل توجهی بین فقهاء نیست در اینکه طلاق در چنین موردی رجعی خواهد بود اگر موردش رجعی باشد و بطلان فداء مستلزم بطلان طلاق نیست» (نجفی، ج ۳۳: ۵۵-۵۴، معجم فقه الجواهر، ج ۲: ص ۴۴۰).^۱

با توجه به مراتب فوق، طلاق حرجی نمی‌تواند طلاق خلعی باشد. به علاوه بعضی از فقهاء نیز به این امر تصریح دارند. به عنوان مثال در پاسخ به این سؤال که، «در صورتی که کراهت زوجه نسبت به زوج محرز گردد و زوجه جهت خلعی شدن طلاق اعلام بذل نماید با توجه به استنکاف زوج آیا حاکم می‌تواند به جای زوج مستنکف قبول بذل نموده و اجرای صیغه طلاق خلع نماید» یکی از فقهاء اعلام داشته‌اند که: «بدون قبول بذل از طرف زوج خلع صحیح نیست» و یکی دیگر از فقهاء با ذکر کلمه «خیر» به سؤال مذکور پاسخ منفی داده‌اند (گزارش مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۸۰، ضمیمه شماره ۳: ۴-۵).
 آرای زیادی نیز از شعب دیوان عالی کشور صادر شده که خلع را عقد معاوضی و مبنای آن را تراضی طرفین دانسته و اجبار شوهر را به قبول بذل و اجبار زن را به بذل مال مردود دانسته‌اند. (دادنامه شماره ۷/۱۰۴ مورخ ۷۰/۹/۲۵، دادنامه شماره ۳۳/۱۸۲۷ مورخ ۷۰/۲/۱۹، دادنامه شماره ۳۳/۱۶۰۵ مورخ ۳۳/۱۲/۱۲، دادنامه شماره ۳۳/۳۵۶۷ مورخ ۷۶/۲/۲۱ و دادنامه شماره ۳۳/۱۷۷۷ مورخ ۷۱/۲/۵ در بازگیر، ۱۳۷۸: ۵۱۱-۵۲۲).

۲-۴-۲- کراهت زن

طلاق خلع بر مبنای کراهت زن از مرد است اما در عسر و حرج ممکن است کراهتی در کار نباشد. به عبارت دیگر ممکن است منشاء عسر و حرج کراهت زن نباشد مانند مواردی که زن به خاطر اعتیاد و یا گرفتاری شوهر به امراض صعب‌العلاج و یا ناباروری شوهر تقاضای طلاق می‌نماید.

صاحب جوهر شروطی را تحت عنوان شروط خلع به رأی طلاق خلعی ذکر می‌کنند که از جمله آن‌ها شروط مختلعه است.

یکی از آن‌ها این است که، زن از شوهرش کراهت داشته باشد. ایشان می‌فرمایند: «... در خلع شرط است که کراهت فقط از طرف زن باشد نه اینکه کراهت از طرف مرد باشد - که اگر کراهت

۱. «ان تكون الزوجه في بذل الفدية: لو اكرهها على الفدية فعل حراما، بلاخلاف ولا اشكال. ولو طلق به ای الاكراه صح الطلاق، و لم تسلم له الفدية التي فرض الاكراه عليها ... نعم لا خلاف معتد به في صيرورة الطلاق رجعيا اذا كان مورده كذلك، و لا يستلزم بطلان الفداء بطلانه».

فقط از ناحیه مرد باشد - گرفتن عوض جایز نیست و کراهت نباید از طرف هر دو باشد چون در این صورت مبارات خواهد بود. اختلافی در اصل شرط بودن کراهت نیست، بلکه اجماع به هر دو نوع (محصل و منقول) در این مورد وجود دارد.^۱

صاحب جواهر مطلب بالا را با این بیان تأکید می‌نماید: «اگر شوهر زن را به طلاق خلعی طلاق دهد در حالی که اخلاق آنان نسبت به یکدیگر خوب و کراهتی بین آنان نیست خلع صحیح نمی‌باشد و شوهر نیز مالک فدیة نمی‌شود بدون اینکه در این رابطه بین فقها اختلاف و یا اشکالی باشد. بلکه اجماع به هر دو نوع در این خصوص وجود دارد و اگر او را طلاق دهد و وضع چنین باشد شوهر مالک عوض نمی‌شود ولی طلاق صحیح است و شوهر می‌تواند رجوع کند بر فرضی که طلاق رجعی باشد و الا بائن است و یا باطل بدون اینکه در این رابطه اختلافی را بین فقهاء دیده باشیم، بلکه در این خصوص اجماع به هر دو نوع وجود دارد»^۲ (نجفی، ج ۳۳: ۵۴-۵۵)؛ (عاملی، ۱۴۱۹ ه.ق: ۴۱۹-۴۲۰).

حضرت امام نیز در *تحریر الوسیله* می‌فرماید که، «خلع طلاق است در مقابل دادن فدیة از طرف زنی که از شوهرش کراهت دارد... و شرط است که فقط زن به تنهایی از شوهرش کراهت داشته باشد» (امام خمینی، ج ۲: ۳۴۹، مسئله ۱).^۳ سپس می‌فرماید: «در خلع شرط است بنا بر احوط که کراهت زن شدید باشد به طوری که از گفتار یا رفتار او و غیر اینها این ترس وجود داشته باشد که از اطاعت شوهر بیرون آمده و داخل در معصیت شود» (امام خمینی، ج ۲: ۳۵۲، مسئله ۱۳).^۴ فرقی نیست که کراهتی که در خلع شرط است یک کراهت ذاتی و از بد سیمائی یا بد خلقی و نداداری شوهر و مانند آن نشأت بگیرد و یا اینکه این کراهت از بعضی عوارض مانند وجود هوو و عدم پایبندی شوهر به بعضی از حقوق واجبه و مستحبه زن نشأت بگیرد (امام خمینی، ج ۲: ۳۵۲، مسئله ۱۴).^۵

امام می‌فرماید که اگر کراهت زن و درخواست جدایی توسط زن به خاطر این است که شوهر با دشنام دادن، اهانت کردن، زدن و مانند اینها او را اذیت و آزار می‌کند، لذا زن تصمیم می‌گیرد که

۱. «یشترط فی الخلع ان تكون الكراهية من المراه خاصة، لا منه وحده، فلا يجوز اخذ العوض، و لا منهما فيكون مباراه. و لا خلاف في اصل اشتراط الكراهية، بل الاجماع بقسميه عليه».

۲. «لو خالعاها و الاخلاق ملتئمهاى لا كراهه بينهما لم يصح الخلع، و لا يملك الفديه، بلاخلاف و لا اشكال، بل الاجماع بقسميه عليه. و لو طلقها و الحال هذه بعوض لم يملك العوض، و لكن صح الطلاق، و له الرجعه مع فرض كون مورده رجعيا، و الا كان بانئا او باطلا بلا خلاف اجده في شئى من ذلك، بل الاجماع بقسميه عليه».

۳. «الخلع هو الطلاق بقديه من الزوجه الكارهه لزوجها... بانه يعتبر فيه كراهه الزوجه لزوجها خاصة...».

۴. «یشترط فی الخلع علی الاحوط ان تكون كراهه الزوجه شديدہ بحيث يخاف من قولها او فعلها او غيرهما الخروج عن الطاعة والدخول فی المعصية...».

۵. «الظاهر انه لا فرق بين ان تكون الكراهه المشترطه فی الخلع ذاتيه ناشئه من خصوصيات الزوج كقبح منظره و سوء خلقه و فقره و غير ذلك و بين ان تكون ناشئه من بعض العوارض مثل وجود الضرر و عدم ايفاء الزوج بعض الحقوق الواجبه او المستحبه».

خودش را نجات دهد و به این جهت چیزی را به شوهر می‌بخشد تا او را طلاق دهد و شوهر هم او را طلاق دهد، چنین طلاق‌ی خلع محسوب نمی‌شود. (امام خمینی، ج ۲: ۳۵۲، مسئله ۱۴).^۱ همین‌طور اگر طلاق در مقابل گرفتن عوضی توسط شوهر واقع شود ولی زن و شوهر یگدیگر را دوست داشته باشند، در این صورت خلع واقع نمی‌شود و شوهر نیز مالک مال دریافتی نمی‌شود. اگر مورد طلاق رجعی باشد، آن طلاق رجعی است و الا بائن خواهد بود (امام خمینی، ج ۲: ۳۵۲، مسئله ۱۵).^۲ با توجه به اینکه، اولاً، طلاق حرجی یک طلاق قراردادی نیست، بلکه با حکم و دستور دادگاه واقع می‌شود، و ثانیاً، ممکن است که شوهر به هیچ وجه راضی به طلاق نباشد (چنانکه در بسیاری از دعاوی مطروحه در دادگاه‌ها این گونه است)، ثالثاً، ممکن است که زوجه هیچ کراهتی از همسرش نداشته باشد مانند مواردی که زن به دلیل ناتوانی جنسی شوهر، یا عدم توانایی او بر باروری، یا ابتلاء به امراض صعب‌العلاج و یا اعتیاد تقاضای طلاق می‌کند، طلاق حرجی نمی‌تواند یک طلاق خلعی باشد.

۲-۵- خلع بودن طلاق ستم به زن است

اگر زنی که از ناحیه شوهر در عسر و حرج قرار گرفته مجبور گردد که به رأی رهائی خود مبلغی مال به شوهر بپردازد، این ظلم مضاعف به زن است چون پرداخت آن من غیر وجه است. وانگهی اگر حاکم این اختیار را دارد که بدون رضایت زوج و با اجبار زن به بذل فدیة طلاق را به صورت خلع واقع سازد چرا او نتواند از ابتدا و بدون تحمیل فدیة به زن طلاق را به صورت بائن واقع سازد؟

۳- رجعی بودن طلاق

برخی از فقهاء و حقوق‌دانان معتقدند که طلاق حرجی طلاق رجعی است. بسیاری از دادگاه‌ها نیز این نظریه را پذیرفته و رأی به رجعی بودن طلاق حرجی داده‌اند.

۳-۱- فتاوی

از یکی از فقهاء سؤال شده است که، «در مواردی که حاکم شرع، زوج را ملزم به طلاق دادن زوجه‌اش می‌کند و در صورت امتناع او از طلاق، خود حاکم شرع زوجه را مطلقه می‌کند، این طلاق چه نوع طلاق‌ی است ...». ایشان در پاسخ می‌فرمایند که، «در این فرض طلاق رجعی است و تمام احکام و آثار آن مترتب است لکن در صورت رجوع زوج، حاکم شرع با تقاضای زن مجدداً او را

۱. «نعم ان كانت الكراهه و طلب المفارقة من جهة ابناء الزوج لها بالسب و الشتم و الضرب و نحوها فترید تخلیص نفسها منها فبذلت شيئاً ليطلقها فطلقها لم يتحقق الخلع».

۲. «لو طلقها بعوض مع عدم الكراهه و كون الاخلاق ملتئمة لم يصح الخلع و لم يملك العوض و لكن صح الطلاق بالشرط المتقدم، فان كان مورد الرجعی كان رجعیاً و الا بائناً».

مطلقه می‌کند و چنانچه باز رجوع کرد مجدداً او را مطلقه می‌کند تا سه طلاقه شود و امکان رجوع منتفی گردد». (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰: ۴۵۶، سؤال ۱۳۳۷).^۱

یکی دیگر از فقهاء نیز طلاق مبتنی بر عسر و حرج را رجعی دانسته‌اند. ایشان در پاسخ به این سؤال که هرگاه مردی زندگی را بر همسرش سخت بگیرد و حاضر به طلاق او هم نباشد قاضی در چه صورتی می‌تواند این زن را طلاق دهد، می‌فرمایند که، «طلاق در صورتی برای قاضی جایز است که عدم امکان سازش در حدی باشد که منجر به عسر شدید و حرج گردد و زوج شخصاً حاضر به طلاق نباشد و طلاق قاضی طلاق رجعی است، ولی اگر رجوع واقع شود و باز موضوع عدم سازش باقی باشد مجدداً طلاق می‌دهد تا سومین مرتبه که طلاق بائن بشود» (مکارم، ۱۳۸۱: ۲۶۲، سؤال ۹۳۲).

۳-۲- نظریات حقوقی

جمعی از نویسندگان حقوقی معتقدند که طلاق حرجی طلاق رجعی است. به عنوان مثال، یکی از آنها عقیده دارند که طلاق حاکم علی الاطلاق رجعی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۰۲۱-۱۰۲۲ مواد ۲۹۵۳-۲۹۵۴ و ۲۹۶۲ و ۱۰۲۹ ماده ۳۰۳۵) و سپس ادامه می‌دهند که، «کسانی که بدون رعایت مقررات خانواده که مربوط به نظم عمومی است و روی استحسان ... طلاق حاکم را طلاق بائن دانسته‌اند توجه به حکم ماده ۹۴۳ قانون مدنی نکرده و به طور ضمنی او را از ارث محروم کرده‌اند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۲۱۹). یکی دیگر از نویسندگان نیز همین عقیده را دارند و تصریح دارند که طلاق قضائی در همه حال رجعی است اما نسبت به رجوع شوهر اعلام می‌کنند که، «در جایی که طلاق به درخواست زن انجام می‌شود، رجوع با مانع الهام گرفته از نظم عمومی روبرو است و حرمت احکام طلاق و اجبار شوهر بر طلاق و جلوگیری از تکرار دعاوی ایجاب می‌کند که شوهر نتواند از حکم رجوع استفاده کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۴۴۰).

۳-۳- آرای دادگاهها

آرای زیادی از دادگاهها صادر شده که طلاق حرجی را رجعی دانسته‌اند. رأی شماره ۳۱۴ مورخ ۸۱/۹/۱۸ که قبلاً در بخش ۲ (رویه قضائی) ذکر شد یکی از این نمونه‌هاست. شعبه ۱۵ دیوان عالی کشور نیز در پرونده‌ای تصریح می‌کند که، «نوع طلاق حرجی و جایی که دادگاه زوج را ملزم به طلاق می‌نماید حسب فتوای امام و فتوای حضرت آیه الله لنکرانی در جلد ۲ کتاب جامع‌المسائل (ص ۴۵۶) رجعی است و تمام احکام و آثار طلاق رجعی بر آن مترتب است».

۱. چنانکه قبلاً در ذیل "خلع بودن طلاق حرجی" گذشت، همین فقیه در موردی که زن از شوهرش کراهت داشته ولی شوهر راضی به طلاق نباشد و ادامه زندگی همراه با عسر و حرج برای زن باشد، فرموده اند که دادگاه می‌تواند زن را به صورت خلع طلاق دهد.

(دادنامه شماره ۱۶۱ مورخ ۱۲/۱۰/۸۰). در پرونده‌ای که دادگاه به خاطر عسر و حرج حکم به طلاق رجعی نموده و در عین حال طلاق را در حکم بائن دانسته که زوج حق رجوع ندارد، شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور اعلام داشته است که طلاق بائن که زوج حق رجوع ندارد شش قسم است و قسم هفتمی وجود ندارد. در نتیجه حکم دادگاه بدوی را رد کرده و آن را رجعی شناخته است (دادنامه شماره ۵۷۲۲ مورخ ۱/۴/۷۴).

۳-۴- دلایل رجعی بودن طلاق حرجی

دلایلی به رأی رجعی بودن طلاق حرجی ابراز شده^۱ که در اینجا به مهمترین آنها اشاره می‌شود:

۳-۴-۱- موارد طلاق بائن در شرع و قانون مدنی احصاء شده است و در غیر از این موارد طلاق رجعی محسوب می‌شود (مهرپور، ۱۳۷۱: ۴۶): (کاظمی، ۱۳۷۱: ۱۵۷): (دادنامه شماره ۳۱۴ مورخ ۱۸/۹/۱۳۸۱ و دادنامه شماره ۵۷۲۲ مورخ ۱/۴/۷۴).

اولاً، موارد شش‌گانه در فقه که پنج مورد آن (به جز طلاق صغیره) در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی ذکر شده مفید حصر نیست. ثانیاً، این ماده فقط ناظر به طلاق‌های بائنی است که به اراده و اختیار و خواست شوهر واقع می‌شود. (صفائی، ۱۳۸۰: ۲۹۳): (صفائی، ۱۳۸۴: ۲۴۵): (امامی، ۱۳۷۶: ۶۵) به همین دلیل بعضی از فقهاء مانند آیت الله خوئی و آیت الله سیستانی طلاق حاکم زن شخصی را که نه حاضر است که مخارج زندگانی او را بدهد و نه حاضر است او را طلاق دهد طلاق بائن دانسته‌اند (خوئی، ۱۴۱۰: ۲۹۳. مسئله ۱۴۶۹): (سیستانی، ۱۳۸۲: ۴۰۸. مسئله ۲۴۸۵) اگر طلاق بائن منحصر به موارد شش‌گانه بود، طلاق حاکم نمی‌بایست بائن و به عنوان قسم هفتم از طلاق‌های بائن تلقی می‌شد.

۳-۴-۲- اگر دلیل وقوع طلاق از بین برود، مثلاً اگر شوهر تنگدست بوده و یا سوء رفتار از بین برود دلیلی ندارد که رجوع را منتفی بدانیم (هدایت نیا، بی تا: ۱۰). نویسنده دیگری عقیده دارد که، «طلاق حرجی ذاتاً رجعی است ولی تا زمانی که سبب و موجب طلاق باقی است، رجوع مرد بی تأثیر است» (علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ۶). یکی دیگر از نویسندگان استدلال کرده است که،

۱. بعضی از دلایل رجعی بودن طلاق ضعیف و هیچ مبنای فقهی و حقوقی ندارد. مثلاً یکی از نویسندگان در رد کسانی که قائل به بائن بودن طلاق حرجی هستند می‌گوید که طرفداران بائن بودن طلاق حرجی به حکم ماده ۹۴۳ قانون مدنی توجیهی ننموده و به طور ضمنی زن را از ارث محروم کرده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۲۱۹) به عبارت دیگر، منظور ایشان این است که اگر طلاق رجعی باشد و شوهر در ایام عده بمیرد زن از مرد ارث می‌برد ولی اگر بائن باشد خیر. این نویسنده محترم فرض را بر این گذاشته‌اند که شوهر فردی ثروتمند و در ایام عده هم خواهند مرد. لذا گفته‌اند که بائن بودن طلاق زن را از ارث محروم می‌کند. اولاً، با توجه به سنینی که زوجین اقدام به طلاق می‌کنند احتمال مرگ شوهر در ایام عده گرچه محتمل اما بسیار بعید است. ثانیاً، در بسیاری از موارد (مثل مواردی که زن به خاطر اعتیاد شوهر در عسر و حرج قرار می‌گیرد و تقاضای طلاق می‌کند) شوهر چیزی ندارد تا برفرض مرگ در ایام عده اموال او به وراثت از جمله همسر مطلقه برسد. ثالثاً، در اکثر قریب به اتفاق طلاق‌های حرجی، زن همه حقوق خود را می‌بخشد تا سریع‌تر به طلاق برسد. با این توصیف چه طور می‌توان تصور کرد که به خاطر محروم نکردن زن از ارث بایستی طلاق حرجی را رجعی شناخت؟

طلاق حاکم به خاطر عسر و حرج با استفاده از حکم ولاتی بوده و حکم ولاتی از احکام ثانویه بوده و احکام ثانویه بر احکام اولیه حکومت دارد. چون اساس و پایه حکم ثانوی در اینجا عسر و حرج زوجه است و حکم ثانوی تا رفع عسر و حرج دوام دارد نتیجه گرفته‌اند که طلاق واقع با حکم حاکم بر اساس عسر و حرج یک طلاق رجعی است اما اجازه رجوع با حکم است. حاکم اگر مشاهده نمود که عسر و حرج رفع شده اجازه رجوع می‌دهد و اگر تا اتمام عده عسر و حرج باقی بود زوج حق رجوع ندارد. در نهایت طلاق بائن همان موارد شش‌گانه مصرح در فقه و روایات می‌باشد و طلاق بائن هفتمی وجود ندارد و بنابراین طلاق یک طلاق رجعی است که به واسطه عدم حق رجوع در حکم بائن است و اگر از روایات استفاده گردد این نوع طلاق یک طلاق بائن است همین است که زوج حق رجوع ندارد (کاظمی، ۱۳۷۱: ۱۵۸-۱۵۵).

بر این نظر چندین اشکال وارد است. اول آنکه، اگر طلاق رجعی است به چه دلیل می‌توان رجوع شوهر را منوط به اذن حاکم نمود. طلاق رجعی عبارت است از: طلاقی که شوهر حق رجوع دارد چه رجوع کند و چه نکند^۱ (محقق حلی، ۱۳۸۳: ۱۳)، (مروارید، ۱۴۱۰: ۵۱۲ و ۴۵۶)، (معجم فقه الجواهر، جلد ۴: ۳۷۹). به عبارت دیگر رجوع جزء لاینفک طلاق رجعی است. آیا می‌شود بخشی از آثار حقوقی و شرعی یک عنوان حقوقی مثل بیع، اجاره، ابراء، طلاق، و... را از آن گرفت و بخشی دیگر آن را به رسمیت شناخت؟ رجوع حکم است و نه حق (امام خمینی، جلد ۲: ۳۴۸، مسئله ۲): (دادنامه شماره ۵۷۲۲ مورخ ۱/۴/۷۴).

آیا حکم بودن رجوع با حرجی بودن زندگی به رأی زن سازگار است؟ دوم آنکه، اگر حاکم آن قدر اختیار دارد که رجوع را که لازمه طلاق رجعی است از آن بگیرد چرا این اختیار را نداشته باشد که طلاق را از ابتدا به صورت بائن واقع سازد؟

دلیل سوم، علت وجود عسر و حرج به رأی زن رابطه زوجیت با شوهرش بوده و با وقوع طلاق این عسر و حرج از بین می‌رود. چطور می‌توان فرض نمود که زن با شوهر زندگی نکند و بعد بشود اثبات کرد که عسر و حرج رفع شده یا نه؟

چهارمین علت، خود این نظر ممکن است مستلزم عسر و حرج به رأی زن بشود. چون زن با دوندگی و مراجعه به دادگاه و اضطراب و نگرانی توانسته است ثابت کند که دوام زوجیت او مستلزم عسر و حرج شده است. حال اگر طلاق حرجی رجعی باشد، زن بعد از وقوع طلاق هم باید این اضطراب و نگرانی را داشته باشد که هر روز ممکن است شوهر رجوع نموده و زندگی او را مجدداً به همان وضع مشقت بار برگرداند.

۱. «الرجعی هو الذی للمطلق مراجعتها فیه، سواء راجع ام لم یراجع».

دلیل پنجم آنکه، نویسنده اخیر الذکر از یک طرف می‌گوید که طلاق حرجی رجعی است اما اجازه رجوع با حاکم است و از طرف دیگر اظهار می‌دارد که طلاق حرجی رجعی است که به واسطه عدم رجوع در حکم بائن است. مشخص نیست که ایشان رجوع را پذیرفته‌اند و لو با اجازه حاکم و یا اینکه رجوعی در کار نیست و به همین دلیل طلاق حرجی در حکم بائن است.

همین اشکال بر فتوای آن بزرگوار می‌گردد که طلاق را رجعی شمرده، ولی فرموده‌اند به محض رجوع شوهر مجدداً طلاق دیگری داده شود تا طلاق ثالث و سپس بائن گردد، وارد است. چون مبنای طلاق دوم و سوم روشن نیست، بدیهی است که مبنای طلاق عسر و حرج نمی‌تواند باشد چون زن با شوهرش زندگی نکرده تا در عسر و حرج قرار گیرد. اگر گفته شود (چنانکه یکی دیگر از فقهاء این مطلب را عنوان کرده‌اند) که مرد می‌تواند رجوع کند و اگر باز موضوع عدم سازش باقی بود، حاکم طلاق می‌دهد. معنای این نظر زندگی مجدد زن با شوهر است. یعنی خروج از یک حرج و ورود به حرج دیگری. به علاوه اقامه دعوا برای طلاق و اثبات عسر و حرج برای بار دوم و سوم خود مستلزم عسر و حرج دیگری است. جای انکار نیست که اقامه دعوا و تشریفات دادرسی و مشکلاتی که زن باید تحمل کند تا به نتیجه برسد خود موجب ضیق و حرج دیگری بر زن است.

۳-۴-۳- بعضی از نویسندگان گفته‌اند که در فقه (که قانون مدنی در مبحث طلاق رجعی و بائن از آن پیروی کرده است) اصل در طلاق، رجعی بودن آن است. به عبارت دیگر، طلاق رجعی اصل و طلاق بائن استثناء است و علی‌القاعده باید طلاق را، جز در مواردی که صریحاً بائن اعلام گردیده، رجعی به شمار آورد (صفائی، ۱۳۸۰: ۲۹۰)؛ و اینکه اصل رجعی بودن طلاق و روایاتی که مبنای آن می‌باشد مربوط به طلاق است که به اختیار و اراده مرد واقع می‌شود، نه طلاق که شوهر به حکم دادگاه ملزم به آن می‌گردد. به عبارت دیگر، اصل رجعی بودن و روایات مربوط به آن منصرف از طلاق است که به حکم دادگاه واقع می‌شود. فقط طلاق زوجه غایب مفقودالاثار، با اینکه به حکم دادگاه می‌باشد، با توجه به وضع خاص شوهر و با توجه به دلیل خاص رجعی به شمار آمده است (ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی)؛ (صفائی، ۱۳۸۰: ۲۹۳)؛ (صفائی، ۱۳۸۴: ۲۴۴).

در پایان این بخش لازم است متذکر گردیم که از حضرت امام سؤالی به این شرح شده است: «در مواردی که دادگاه زندگی زوجین را غیر ممکن تشخیص می‌دهد و بدون رضایت زوج حکم طلاق را صادر می‌کند، آیا طلاق مزبور رجعی است یا خلعی؟» امام در پاسخ فرموده‌اند که، «تابع این است که چه شرایطی موجود باشد و چه قسم طلاق واقع شود» (آمام خمینی، ۱۳۸۱: ۳۲۷)؛ (کریمی، ۱۳۶۵: ۱۳۷ مسئله ۱۰).

بعضی از این فتوای امام استظهار کرده‌اند که طلاق به سبب عسر و حرج زوج حسب اختلاف موارد ممکن است رجعی باشد یا بائن. به عبارت دیگر اگر از موارد شش‌گانه طلاق بائن باشد

(یعنی زن غیر بالغه، غیر مدخوله و یا یائسه است و یا اینکه طلاق خلع، مبارات و یا طلاق ثالث است) طلاق حاکم بائن است و گرنه در بقیه موارد طلاق رجعی است و زوج حق رجوع دارد (دادنامه شماره ۳۱۴ مورخ ۱۳۸۱/۹/۱۸ شعبه ۲۲ دیوان عالی کشور).

اما به نظر می‌رسد که این برداشت درست نباشد. در مورد غیر بالغه، غیر مدخوله، یائسه و طلاق ثالث حاکم نقشی ندارد. به عبارت دیگر چه حاکم به آن اشاره بکند و چه نکند طلاق بائن است. در مورد خلع و مبارات نیز با توجه به رضایت شوهر (چنانکه قبلاً توضیح داده شد) طلاق بائن واقع می‌شود. بنابراین حاکم چه نقشی می‌تواند داشته باشد در اینکه طلاق بائن باشد و یا نباشد؟ شاید بتوان گفت که مراد امام از بائن غیر از موارد شش‌گانه باشد که در این صورت نظر و رأی حاکم بر بینونت معنی پیدا می‌کند.

در این رابطه دو احتمال وجود دارد: ۱- ممکن است نظر حضرت امام این باشد که اگر مثلاً شوهر غایب باشد حکم بر رجعی بودن طلاق می‌دهد و اگر به خاطر ترک نفقه و عسر و حرج باشد طلاق بائن است. این احتمال با توجه به پاسخ امام به شورای نگهبان^۱ در خصوص استعلامی که از ایشان در رابطه با طلاق حرجی شده بود سازگارتر است (مهرپور، ج ۱، ۱۳۷۱: ۲۰۱).

۲- احتمال دوم این است که مراد حضرت امام این باشد که صرف نظر از این موارد شش‌گانه اگر حاکم در مورد زن بالغه مدخوله غیر یائسه و به طلاق اول تشخیص داد که رجوع شوهر هیچ اثر مثبتی در احیاء زندگی مشترک نداشته و این نکاح به هیچ وجه قابل برگشت و ساماندهی مجدد نیست حکم به بائن می‌کند. اما اگر تشخیص دادگاه این بود که ممکن است شوهر تادیب شده و زن هم از رجوع او ناراضی نیست در این صورت حکم به رجعی بودن آن خواهد داد. این موضوع در قسمت زیر مورد بحث قرار می‌گیرد.

۴- مختار بودن دادگاه در انتخاب نوع طلاق

بعضی از فقهاء تعیین نوع طلاق صادره بر مبنای عسر و حرج را به دادگاه واگذار نموده‌اند. یکی از فقهاء در پاسخ به این سؤال که «هرگاه طلاق توسط دادگاه واقع گردد آیا از نوع طلاق رجعی است یا بائن؟» اعلام نموده‌اند که، «دادگاه می‌تواند طلاق رجعی یا بائن دهد طبق مصلحت و ضرورتی که تشخیص می‌دهد» (گزارش مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۸۰، ضمیمه شماره ۳: ۴-۵).

یکی از نویسندگان نیز اظهار داشته‌اند که به عنوان یک راه حل ممکن است که تعیین نوع طلاق به حاکم واگذار شود. به عبارت دیگر، حاکم با در نظر گرفتن شرایط موجود در هر پرونده

۱. این نظر امام در بخش ۶ مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

طلاق را به صورت بائن و یا رجعی واقع می‌سازد. همین نویسنده سپس این نظر را با این بیان که، «لکن در شرایط فعلی که قضات محاکم مجتهد نبوده و شرایط اجتهاد را دارا نیستند ... باز گذاشتن دست آن‌ها در این گونه موارد به مصلحت نیست» (هدایت نیا، ۱۳۷۸: ۱۱). این عقیده، صرف نظر از اینکه دلیلی بر آن اقامه نگردیده است، ظاهراً در بین دادگاه‌ها نیز طرفداری ندارد.

۵- بائن خاص

عده‌ای از فقهاء و نویسندگان حقوقی اظهار می‌دارند که طلاق حرجی طلاق بائن و در حقیقت یک نهاد حقوقی مستقل و غیر از موارد شش‌گانه طلاق بائن که در فقه و قانون مدنی آمده می‌باشد. این نظر در آراء بعضی از محاکم نیز به چشم می‌خورد.

۵-۱- فتاوی

از آیت الله گلپایگانی سؤال شده است که در مورد طلاق حرجی که از سوی زوجه تقاضا شده است و زوج هم موافقت ندارد و نیز مورد از مواردی نیست که زوج از احد الامرین، یعنی طلاق و یا پرداخت نفقه امتناع نموده باشد، بلکه از مواردی می‌باشد که زندگی برای زوجه غیر قابل تحمل است (و به اصطلاح مشقت غیر قابل تحمل برای زوجه است) آیا حاکم می‌تواند اجازه طلاق برای وی صادر نماید یا خیر؟ و بر فرض جواز اجازه طلاق آیا نوع طلاق مذکور رجعی می‌باشد و یا بائن؟ ایشان در پاسخ به قسمت دوم سؤال می‌فرمایند: «در موردی که حاکم شرع جامع‌الشرایط زوج را مکلف به معاشرت به معروف یا تسریح به احسان نماید و زوج امتناع کند و حاکم ولایه زوجه را طلاق دهد طلاق بائن است و زوج حق رجوع ندارد». (گلپایگانی، ۱۳۸۲: ۴۲ و ۴۳ سؤال ۷۷). طبق این گفته طلاق حرجی بائن است حتی اگر به خاطر ترک نفقه نباشد.

حضرت امام در پاسخ به شورای محترم نگهبان در خصوص اجبار شوهر به طلاق در موارد عسر و حرج می‌فرمایند: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود و اگر جرات بود مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است» (مهرپور، جلد ۱، ۱۳۷۱: ۲۰۱).

گر چه روشن نیست که مراد امام از ذیل فرمایش ایشان چیست اما این لحن با بائن بودن طلاق سازگارتر است. در این خصوص از یکی از اساتید حوزه استفسار به عمل آمد که منظور امام از جمله آخرشان چه بوده است؟ ایشان فرمودند که احتمالاً منظور ایشان این بوده است که زن جهت دفع حرج می‌تواند خود را مطلقه سازد.

۲-۵- نظریات حقوقی

کمیسیون قوانین مدنی اداره حقوقی دادگستری در نظریه مشورتی شماره ۶۹۷/۷-۲۹/۳/۶۹ شماره ۶۹/۳/۲۹-۷/۶۹۷ در پاسخ به این سؤال که، «آیا در مواردی که زوجه ضمن مطالبه حقوق شرعی و قانونی به لحاظ عسر و حرج خویش از دادگاه تقاضای طلاق نماید و با امتناع زوج، حاکم زوجه را مطلقه کند، طلاق مزبور رجعی است؟» اعلام می‌دارد: «احصاء موارد طلاق بائن در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی، با توجه به موارد عادی طلاق است که وفق موازین شرع و قانون مدنی اصولاً در اختیار زوج است ... بنابراین می‌توان گفت که طلاق‌هایی که زوج با اختیار و حقی که دارد واقع می‌شود اصولاً رجعی است و در ایام عده حق رجوع دارد به جز مواردی که تصریح به بائن بودن آن شده است و این امر منصرف از مواردی است که به‌رغم اراده و خواست مرد، به حکم دادگاه طلاق واقع می‌شود. بنابراین با توجه به حکمتی که برای الزام شوهر به طلاق توسط دادگاه وجود دارد و ملاک موجود در روایات مربوط به اختیار حاکم در تفریق زوجین در مورد استنکاف شوهر از دادن نفقه و فتوای برخی از مراجع به بائن بودن طلاق حاکم در مورد مزبور، به نظر کمیسیون طلاق که بر اجرای مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی به حکم دادگاه واقع می‌شود، بائن محسوب است و زوج در ایام عده حق رجوع ندارد»^۱.

اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۷۹۲۵ مورخ ۱۳۸۰/۸/۲۲ خود نیز اعلام داشته که طلاق که بر اساس ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و به علت عسر و حرج زوجه صادر می‌شود بائن است. چون اگر رجعی باشد رافع عسر و حرج زوجه نبوده و بیهوده و عبث خواهد بود (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۴: ۴۲۸).

بعضی از نویسندگان حقوقی طلاق را که زن از دادگاه درخواست می‌کند و شوهر اجبار به آن می‌گردد بائن شناخته (صفائی، ۱۳۸۰: ۲۹۲)، (صفائی، ۱۳۸۴: ۲۴۴) و بعضی نیز اضافه می‌کنند که شوهر نمی‌تواند در مدت عده به طلاق رجوع کند اگر چه طبیعتاً طلاق مزبور رجعی باشد (امامی، ۱۳۷۶: ۶۵-۶۴).

۳-۵- آرای دادگاه‌ها

علاوه بر موارد مندرج در رأی شماره ۳۱۴ مورخ ۸۱/۹/۱۸ که در بخش ۲ (رویه قضایی) گذشت از جمله اظهار نظر ریاست محترم دیوان عالی کشور دایر به بائن بودن طلاق حرجی، آرای بسیاری نیز از دادگاه‌ها و به خصوص دیوان عالی کشور صادر شده که طلاق حرجی را طلاق بائن دانسته‌اند. مثلاً شعبه ۹ دیوان عالی کشور در پرونده‌ای به طور کلی اعلام داشته که، «طلاق به حکم حاکم از نوع طلاق بائن می‌باشد». (دادنامه شماره ۹/۷ مورخ ۸۰/۱/۲۰).

۱. نظری شبیه به این نظر نیز از طرف کمیسیون بررسی امور حقوقی و قضائی دادگستری استان تهران مطرح گردیده است (ر.ک. به بازگیر، ۱۳۷۸: ۵۰۱-۵۰۲).

۵-۴- دلایل باین بودن طلاق حرجی

۵-۴-۱- روایاتی وجود دارد که به حاکم اجازه می‌دهد تا زن را در موردی که شوهر از پرداخت نفقه امتناع نموده و یا از پرداخت آن ناتوان است طلاق دهد. تعابیری که در این خصوص استفاده شده مانند، «و الا فرق بینهما» (حر العاملی، ۱۴۰۳، د.ق، ابواب النفقات، باب ۱، حدیث ۱: ۲۲۳)؛ و یا «کان حقا علی الامام ان یفرق بینهما» (حر العاملی، همان، حدیث ۲) نشان می‌دهد که این طلاق نمی‌تواند رجعی باشد. کلمه «تفریق» که از ریشه فرق می‌آید مفهوم بینونت را می‌رساند. در لسان العرب کلمه «فرق» به: «خلاف الجمع» معنی شده است. بعضی از مشتقات این کلمه مثل مفارقت نیز به مباینیت ترجمه شده است. پیرو روایات فوق الذکر جمعی از فقهاء، طلاق به درخواست زن را به دلیل ترک نفقه یا فقر، طلاق باین دانسته‌اند. آیت الله خویی می‌فرماید: «هرگاه زوج از دادن نفقه امتناع کند در حالی زوجة استحقاق نفقه دارد، زوجة موضوع را به حاکم شرع ارجاع و حاکم شوهر را ملزم به پرداخت نفقه و یا طلاق می‌نماید. اگر شوهر از انجام هر یک از این دو کار خودداری کند، حاکم زن را طلاق می‌دهد و ظاهر این است که چنین طلاق باین بوده و شوهر در ایام عده حق رجوع ندارد و چنین عده‌ای عده طلاق است»^۱ (خویی، ۱۴۱۰، د.ق: ۳۰۱، مسئله ۱۴۶۹).

آیت الله سیستانی پس از تعریف طلاق باین آن را شش قسم دانسته‌اند که قسم پنجم آن شامل خلع و مبارات بوده و قسم ششم آن عبارت است از: طلاق حاکم شرع زن شخصی را که نه حاضر است منخارج زندگانی او را بدهد و نه حاضر است او را طلاق دهد (سیستانی، ۱۳۸۲: ۴۰۸ مسئله ۲۴۸۵). آیت الله میرزا جواد تبریزی نیز عقیده دارند که طلاق حاکم در صورت امتناع شوهر از پرداخت نفقه به همسرش باین است (گزارش مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۸۰، ضمیمه شماره ۱: ۱)

اگر طلاق باین منحصر به موارد شش‌گانه باشد پس طلاق به خاطر ترک نفقه نباید باین باشد چون با هیچ‌یک از موارد شش‌گانه انطباق ندارد. در مورد طلاق حرجی نیز شوهر نمی‌تواند تصمیم گیرنده باشد و به او این اجازه را داد که هر لحظه که بخواهد طلاق را کان لم یکن تلقی کند. چنانکه طلاق به خاطر عدم پرداخت نفقه طلاق باین است، طلاق حرجی نیز باید باین باشد. چون ملاک باین بودن طلاق به خاطر عدم پرداخت نفقه در طلاق حرجی نیز موجود است (مهرپور، ۱۳۷۱: ۴۸ و ۴۵).

۵-۴-۲- رجعی بودن طلاق به دلیل احتیاج دارد. به عبارت دیگر اصل اولی این است که طلاق رجعی نباشد. چون هر حادثی مسبوق به عدم است و مقتضای استصحاب بقای آن به همان وضع است. بنابراین طلاق حرجی نمی‌تواند رجعی باشد. به بیان دیگر، زوجیت زائل شده

۱. «ان الزوج اذا كان ممتنعا من الانفاق علی زوجته مع استحقاقها النفقة علیه رفعت امرها الی الحاکم فیامر زوجها بالانفاق او الطلاق فان امتنع عن کلیمها طلقها الحاکم والظاهر ان الطلاق حیثئذ باین لا یجوز للزوج الرجوع بها اثناء العده و عدتها عده الطلاق».

قابل برگشت نیست مگر با قیام دلیل و در ما نحن فیه دلیل خاصی وجود ندارد که طلاق حرجی را رجعی تلقی کرده باشد^۱ (طباطبائی قمی، ۱۴۱۸ ه.ق: ۴۳۹).

۳-۴-۵- صدور طلاق توسط حاکم به خاطر نجات زن از قید زوجیت کسی است که به مقتضای وظیفه‌اش عمل نمی‌کند و فراهم نمودن امکان رجوع به رأی شوهر نقض این غرض محسوب می‌شود (طباطبائی قمی، ۱۴۱۸ ه.ق: ۴۳۹).^۲ بدین معنی که اگر دادگاه شوهر را ملزم به طلاق نماید و سپس شوهر بتواند در ایام عده رجوع نموده و طلاق را بی اثر نماید حکم طلاق و الزام شوهر به اجرای آن لغو و بی فایده خواهد بود (صفائی، ۱۳۸۰: ۲۹۲)؛ (صفائی، ۱۳۸۴: ۲۴۴)؛ (امامی، ۱۳۷۶: ۶۵).

۴-۴-۵ مفاد و مضمون قاعده حرج ایجاب می‌کند که طلاق حرجی بائن باشد. مرحوم سید حسن بجنوردی بر اساس آیه شریفه: «وما جعل علیکم فی الدین من حرج» اعلام می‌دارند که معنای عدم حرج در دین عبارت است از: عدم جعل حکمی که موجب حرج و یا ضیق بر مکلفین می‌شود (بجنوردی، جلد ۱: ۲۱۱).^۳ به عبارت دیگر ایشان منفی را نفس حکمی می‌دانند که ضیق و حرج از آن نشأت می‌گیرد و در این مورد بیان داشته‌اند: «در قاعده لاجرح هم مثل قاعده لاضرر، خواه حکم حرجی تکلیفی باشد و یا وضعی، برداشته می‌شود نه اینکه تنها حرج نفی بشود یا اینکه حکم با موضوعش برداشته شود. بلکه برداشتن حکم در قاعده لاجرح روشنتر از برداشتن حکم در قاعده لاضرر است زیرا در لاجرح برداشتن حکم به صورت صریح از آیه قرآنی استفاده می‌شود، ولی در قاعده لاضرر ظاهر حدیث نشان می‌دهد که لاضرر نفی ضرر می‌کند نه نفی حکم ضرری» (بجنوردی، ج ۲: ۵۳۹)، (بجنوردی، ۱۳۸۹ ه.ق: ۲۱۴).

به علاوه عزیمت دانستن جواز افطار شیخ و شیخه در ماه رمضان و رخصت ندانستن آن به دلیل اینکه مدرک آن نفی حرج است توسط جمعی از فحول فقهاء مثل صاحب جوهر^۴ با بائن بودن طلاق حرجی انطباق بیشتری دارد چه منشاء حرج را لزوم نکاح و یا انحصار طلاق به دست مرد بدانیم (نجفی، ۱۳۶۷: ۱۵۱-۱۴۴)

۴-۴-۵- در فلسفه تشریح قاعده حرج بیان شده است که تکلیف به چیزی که باعث حرج می‌شود مکلف را به مخالفت با آن وامی‌دارد و پذیرفته نیست که از صاحب لطف چیزی صادر شود که خود آن

۱. این مطلب که اصل اولی در طلاق بائن بودن آن است و رجعی بودن طلاق به امری برخلاف اصل و ثبوت آن نیاز به دلیل دارد به سید محمد کاظم یزدی نیز نسبت داده شده است (علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ۶).

۲. «یمكن الاستدلال علی المدعی بوجهین: احدهما ان الطلاق الرجعی یحتاج الی دلیل و الاصل الاولی عدم کونه رجعیاً. فان کل حادث مسبق بالعدم و مقتضی الاستصحاب بقائه علی ما کان فلا یکون الطلاق رجعیاً و بتقریب الاخر ان الزوجیه الزائله لاتعود الا مع قیام دلیل. ثانيهما: ان التصدی الحاکم الطلاق بنجاء المرته عن قید زوجیه من لا یقوم بمقتضی وظیفه و امکان الرجوع للزوج نقض لهذا الغرض».

۳. «فمعنی عدم الحرج فی الدین هو عدم جعل حکم یوجب الضیق علی المكلفین».

۴. «ثم لا یخفی علیک ان الحکم فی المقام و نظائره من العزائم لا الرخص ... بلاخلاف فیه من احد اصحابنا ... ضروره کون المدرك فیه نفی الحرج و نحوه مما یقضى برفع التکلیف».

چیز در مخالفت کردن مکلف با آن مدخلیت و نقش داشته باشد (حسینی المرغسی، ۱۴۱۷ ه.ق: ۲۸۸). بدون تردید اگر طلاق حرجی را باین ندانیم و زن به خاطر رجوع شوهر در عسر و حرج قرار گیرد امکان وقوع در مفسده و مخالفت با احکام شرعی بسیار زیاد خواهد بود.

۴-۶- بعضی از نویسندگان با عقلانی دانستن باین بودن طلاق حرجی اعلام داشته‌اند که در مواردی زن اقامه دعوا نموده و از دادگاه اجبار شوهر خود را به طلاق درخواست می‌کند به خاطر این است که زندگی زناشویی مختل شده و ادامه آن موجب عسر و حرج برای زن می‌شود. بنابراین عقلانی نیست که زن قانوناً بتواند درخواست طلاق کند و پس از جریان دادرسی و صدور حکم به طلاق و الزام شوهر به اجرای آن، شوهر بتواند از آن رجوع کند و نکاح را به وضعیت قبل در آورد. و الا باید گفت که اجازه درخواست طلاق توسط زن لغو و به مسخره نزدیکتر است تا تأسیس قانونی (امامی، ۱۳۷۶: ۶۵).

۴-۷- وقتی که قانونگذار در طلاق خلع و مبارات، که شوهر به اختیار خود آن را واقع ساخته است، برای رعایت حال زن و جلوگیری از ضرر او طلاق را، مادام که زن رجوع به عوض نکرده، باین تلقی کرده است، به طریق اولی طلاق قضایی که شوهر به حکم دادگاه ملزم به آن شده باید باین باشد. چون حکمتی که به رأی باین بودن خلع و مبارات وجود دارد، در مورد طلاق حاکم به نحو روشن‌تری مشهود است (مهرپور، ۱۳۷۱: ۴۷-۴۸).

۴-۸- علت حق رجوع در طلاق رجعی این است که مرد، برخلاف زن، حاضر به ادامه زندگی نیست و لذا تصمیم به افتراق و طلاق می‌گیرد. اما در طلاقی که بر مبنای عسر و حرج واقع می‌شود اراده مرد هیچ نقشی ندارد، بلکه با درخواست زن و اثبات عسر و حرج، دادگاه حکم به طلاق می‌دهد.

۴-۹- اگر طلاق رجعی باشد زن باید به اجماع فقهاء در مدت عده در منزل شوهرش زندگی کند. (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۳ ه.ق: ۱۷۸)، (حسینی روحانی، ج ۱۸: ۳۴۱-۳۳۸) آیا وجود چنین حکمی می‌تواند با طلاق حرجی سازگار باشد؟ آیا رجعی دانستن طلاق حرجی باعث تشدید عسر و حرج به رأی زن نمی‌شود؟

۴-۱۰- دلیل دیگری که به رأی باین بودن طلاق حرجی اقامه شده نظم عمومی، حراست از احکام و جلوگیری از تکرار دعاوی است. با قضاوت حاکم باید خصومت رفع و مشکل حل و فصل شود (طباطبائی یزدی، همان: ۴۱۳).^۱ اگر شوهر بتواند رجوع کند، خصومت بین زوجین و حرج زن ادامه خواهد یافت.

۱. «القضاء: و هو الحكم بين الناس عند التنازع والتشاجر، و رفع الخصومه و فصل الامر بينهم».

نتیجه‌گیری

از مجموع مطالب گفته شده در فوق بدست می‌آید که باین تلقی کردن طلاق حرجی (به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل) چه از نظر فقهی و چه از نظر حقوقی منطقی‌تر به نظر می‌رسد. رجعی تلقی کردن طلاق حرجی گذشته از اینکه با فلسفه این طلاق که دفع عسر و حرج از زن است منافات دارد، در جایی می‌تواند منطقی و پذیرفته باشد که طلاق با اراده شوهر واقع شود در حالی که در طلاق حرجی ممکن است اراده شوهر هیچ نقشی نداشته باشد. خلع شمردن طلاق حرجی نیز به دلیل ماهیت قراردادی داشتن خلع و لزوم کراهت زن از شوهر صحیح نمی‌باشد چون اولاً، طلاق حرجی قراردادی نیست و ثانیاً، موارد زیادی وجود دارد که زن از شوهر خود کراهتی نداشته ولی بر اساس عسر و حرج تقاضای طلاق نموده است. نظر سوم، علاوه بر اینکه دلیلی بر آن ارائه نگردیده، در رویه قضائی نیز جایگاهی ندارد. هر یک از نظریات مطرح شده درباره ماهیت طلاق حرجی از حمایت یک و یا چند فتوا برخوردار است. در مجموع نظر چهارم که باین خاص است محکم‌ترین، منطقی‌ترین و راحت‌ترین آن‌ها بوده و از حمایت فتوایی و نظری بیشتری نیز برخوردار و در عمل نیز مشکلات خاصی را بدنبال ندارد. با توجه به این نتیجه‌گیری و جهت جلوگیری از تشتت آرای قضایی و مشکلاتی که عدم تعیین نوع طلاق حرجی برای مردم دارد ضرورت دارد که باین بودن طلاق حرجی به صورت قانونی، از طریق اضافه نمودن یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی و یا از طریق رأی وحدت رویه، روشن گردد.

منابع

الف- فارسی

- ۱- اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، مجموعه مدنی، تهران، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۴.
- ۲- امامی، سید حسن، *حقوق خانواده*، جلد ۵، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۳۷۶.
- ۳- بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور: حقوق خانواده*، جلد دوم، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۸.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ارث*، جلد اول، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۵.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مجموعه محشی: قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
- ۶- الموسوی خمینی، روح الله، *استفتائات از محضر حضرت آیه الله امام خمینی*، جلد سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱.
- ۷- سیستانی، سید علی حسینی، *رساله توضیح المسائل*، قم، مؤسسه انتشارات هجرت، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
- ۸- صفائی، سید حسین و امامی، اسدالله، *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ هشتم، ۱۳۸۰.
- ۹- صفائی، سید حسین و امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- ۱۰- علوی قزوینی، سید علی، *طلاق قضایی گامی موثر در احقاق حقوق زن*، روزنامه آفتاب، شماره ۱۱۱۰ مورخ ۲۰ آذر ۱۳۸۲.
- ۱۱- فاضل لنکرانی محمد، *جامع المسائل*، جلد اول، قم، مطبوعاتی امیر، چاپ ۱۱، بی تا.
- ۱۲- فاضل لنکرانی محمد، *جامع المسائل*، جلد دوم، قم، انتشارات امیرالعلم، چاپ ۱۰، ۱۳۸۰.

- ۱۳- کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، جلد اول، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۵.
- ۱۴- کاظمی، سید عزالدین، نقدی بر مقاله: *طلاق قضائی و طبیعت حقوقی آن*، مجله قضائی و حقوقی دادگستری، شماره چهارم، تابستان ۱۳۷۱.
- ۱۵- کربمی، حسین، *موازین قضائی از دیدگاه امام خمینی*، ج ۱، قم، انتشارات شکوری، ۱۳۶۵.
- ۱۶- «گزارش مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه راجع به نوع طلاق حرجی» با سه ضمیمه، ۱۳۸۰.
- ۱۷- الموسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، *مجمع المسائل*، جلد ۵، قم، دار القرآن الکریم، ۱۳۸۲.
- ۱۸- مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، جلد اول، قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب، چاپ سوم، ۱۳۸۱.
- ۱۹- مهرپور، حسین، *طلاق قضائی و طبیعت حقوقی آن*، مجله قضائی و حقوقی دادگستری، شماره سوم، بهار ۱۳۷۱.
- ۲۰- مهرپور، حسین، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، جلد ۱، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
- ۲۱- هدایت‌نیا، عسر و حرج (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی)، قم، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، ۱۳۷۸.
- ب- عربی
- ۲۲- بجنوردی، سید میرزا حسن الموسوی، *القواعد الفقهیه*، جلد ۱، نجف، مطبعه الاداب، ۱۳۸۹ ه.ق.
- ۲۳- بجنوردی، سید میرزا حسن الموسوی، *منتهی الاصول*، جلد ۲، قم، منشورات مکتبه بصیرتی، الطبعة الثانية، بی تا.
- ۲۴- بحر العلوم، عزالدین، *بحوث فقهیه*، بیروت، دار الزهراء، الطبعة الثانية، ۱۹۷۳.
- ۲۵- بدران، ابوالعینین بدران، *لفقه المقارن للاحوال الشخصیه بین المذاهب الاربعه السنیه و المذهب الجعفری و القانون*، الجزء الاول، بیروت، دار النهضه العربیه، بی تا.
- ۲۶- حر العاملی، محمد بن الحسن، *وسائل الشیعه*، جلد ۱۵، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة الخامسة، ۱۴۰۳ ه.ق.
- ۲۷- حسینی المراحی، السید میر عبد الفتاح، *العناوین*، جلد ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۲۸- حسینی روحانی، سید محمد صادق، *فقه الصادق*، قم، مطبعه دار التبلیغ الاسلامی، بی تا.
- ۲۹- الموسوی خمینی روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ چهارم، بی تا.
- ۳۰- خوبی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، الجزء الثاني، قم، المطبعه مهر، الطبعة الثامن و العشرون، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۳۱- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی وادلته*، جلد ۹، دمشق، دار الفکر المعاصر، الطبعة الرابعه، ۲۰۰۲.
- ۳۲- شلبی، محمد مصطفی، *احکام الاسره فی الاسلام*، بیروت، دار النهضه العربیه، الطبعة الثانية، ۱۹۷۷ (۱۹۳۷ ه.ق).
- ۳۳- طباطبائی قمی، سید تقی، *مبانی منهاج الصالحین*، جلد دهم، بیروت، دار السرور، ۱۹۹۷ (۱۴۱۸ ه.ق).
- ۳۴- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، *عروه الوثقی*، ج ۶، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ ه.ق.
- ۳۵- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام الی تفسیح شرایع الاسلام*، جلد ۹، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ ه.ق.
- ۳۶- کمال الدین امام، محمد و عبد الهادی سالم الشافعی، *جابر، مسائل الاحوال الشخصیه*، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۳.
- ۳۷- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرایع الاسلام*، جلد ۳، قم، دار التفسیر، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
- ۳۸- مروارید، علی اصغر، *سلسله البیانیه الفقهیه*، جلد ۲۰، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۳۹- *معجم فقه الجواهر*، ج ۲، بیروت، مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، ۱۹۹۷ (۱۴۱۸ ه.ق).
- ۴۰- *معجم فقه الجواهر*، ج ۴، بیروت، مؤسسه دائره معارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت علیهم السلام، ۱۹۹۷ (۱۴۱۸ ه.ق).
- ۴۱- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۱۷، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- ۴۲- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۳۳، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۴۰۹ ه.ق.