

تحلیل ماهیت و احکام انحلال نکاح به لحاظ ترک انفاق

تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۲۵

تاریخ تأیید: ۱۳۸۶/۱۱/۳

جواد حبیبی تبار*

۳۹

فقه و حقوق / سال چهارم / شماره ۱۵ / زمستان ۱۳۸۶

چکیده

از جمله مواردی که حاکم شرع می‌تواند بدون رضایت مردی، نکاح او با همسرش را منحل اعلام کند، موردی است که شوهر، نفقه همسرش را نپردازد و زن، به حاکم مراجعه و تقاضای جدایی کند. در این مقاله به این سؤالات پاسخ داده می‌شود: مراد از ترک نفقه، نفقه زمان حال است یا گذشته و یا هر دو؟ در مورد ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی از نظر فقهی، آیا تفاوتی بین زوج موسر یا معسر وجود دارد یا خیر؟ وضع زن از حیث ایسار و اعسار در خصوص موضوع، مؤثر است یا نه؟ شرایط اعمال ماده مزبور در خصوص مورد چیست؟ آیا رعایت تشریفات یاد شده از منظر فقهی ضروری است؟ اگر چنین انحلالی در نکاح متصور است، ماهیت آن فسخ نکاح است یا طلاق؟ و بالأخره، تفاوت این دو در چیست؟

واژگان کلیدی: نفقه، ترک انفاق، فسخ نکاح، انحلال نکاح، طلاق حاکم، طلاق قضایی،

عده، احوال شخصیه.

* مدرس حوزه علمیه قم و استاد مدعو دانشگاه قم و دانشگاه تهران (پردیس قم).

(j-habibitabar@hawzah.net)

مقدمه

در فقه اسلامی انحلال نکاح، در چند مورد محقق می‌شود که برخی ارادی و برخی غیرارادی است. از جمله مواردی که نکاح با اراده و به نحو ایقاع، واقع می‌شود، انحلال نکاح به جهت فسخ و یا طلاق است. ولی انحلال غیرارادی شامل مصادیق انفساخ نکاح، مانند لعان و ارتداد خواهد بود. حال اگر شوهری نفقه همسرش در نکاح دائم را علی‌رغم یسر و یا با فرض عسر مالی نپردازد و همسر او نیز در عسر یا یسر مالی باشد، یقیناً این نکاح به نحو غیرارادی منحل نمی‌شود، بلکه نیازمند اراده است. این اراده، اگر با تصدیق مقدمات حق فسخ نکاح از سوی دادگاه برای زوجه متصور باشد، از نوع ایقاع و در دست زن است و اگر از مصادیق طلاق واجب (یعنی تکلیفی شرعی بر گردن زوج باشد که همسرش را مطلقه سازد)، ایقاعی است در دست مرد و چنانچه از این تکلیف سر باز زند، زن می‌تواند علیه او در دادگاه طرح دعوی کند و حاکم، با احراز مقدمات و شرایط، آن مرد را به طلاق محکوم نماید و در صورت امتناع زوج از طلاق، از باب ولی ممتنع، زوجه او را مطلقه سازد.

قانون مدنی به این سمت تمایل پیدا کرده است که این نحوه انحلال در نکاح، ایقاعی در دست شوهر است و اگر انجام این تکلیف از او خواسته شد و امتناع کرد، حاکم او را مجبور به طلاق می‌سازد و اگر اجبار میسر نبود، حاکم، زن چنین شخصی را طلاق می‌دهد. ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی می‌گوید:

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 به طلاق اجبار می‌کند. در صورت عجز شوهر از دادن نفقه نیز همین‌طور عمل می‌شود.

به‌طور مسلم ماده مارالذکر از مصادیق طلاق قضایی است. البته باید توجه داشت، در حال حاضر که در نکاح‌نامه‌های رسمی (قریب به این مضمون) شرط می‌شود که: زوج به زوجه وکالت داد تا در مواردی خود را مطلقه سازد، از جمله اگر به مدت شش ماه نفقه واجبۀ او را نپردازد، چنانچه زنی به جهت تحقق این شرط بخواهد خود را مطلقه کند، این از مصادیق طلاق قضایی نخواهد بود، بلکه به لحاظ تحقق شرط ضمن عقد، مشروط آن نیز محقق شده است و چنین زنی از دادگاه صرفاً اعمال حق

وکالت خود را استیذان می‌نماید و طلاقى که مطلق آن زن و به وکالت از شوهرش باشد، طلاق غیرقضایی است. در این ماده قانونی چند مطلب، قطعی و مسلم فرض شده است: اول اینکه این انحلال از نوع طلاق است نه فسخ؛ دوم اینکه تکلیف طلاق، در چنین فرضی متوجه خود زوج است و سوم اینکه تفاوتی بین زوج موسر و معسر و یا زوجه موسر و معسر وجود ندارد. در این نوشتار این موارد را از منظر فقهی و حقوقی بررسی می‌کنیم.

سیر مطالب این نوشتار چنین است که ابتدا به بررسی فقهی و سپس حقوقی موضوع می‌پردازیم.

۱. بررسی و تحلیل فقهی موضوع

موضوع مورد بحث امتناع مرد از پرداخت نفقه همسر دائمی‌اش است. حال باید بررسی کرد، در چه زمانی عنوان امتناع از پرداخت نفقه - که در بحث ما آمده است - تحقق خارجی می‌یابد. از نظر تصور عقلی، امتناع زوج از پرداخت نفقه، چهار صورت دارد که در ذیل شکل‌های آن را ترسیم می‌کنیم:

اول. شوهر، مال نقدی آشکار دارد و نفقه نمی‌دهد؛

دوم. شوهر، مال غیرنقدی آشکار دارد و نفقه نمی‌پردازد؛

سوم. شوهر، مال دارد ولی پنهان کرده است و نفقه نمی‌دهد؛

چهارم. شوهر، به لحاظ فقر مالی نمی‌تواند نفقه بپردازد.

در دو صورت اول و دوم، شوهر توسط حاکم، ملزم به انفاق یا پرداخت نفقه به زن می‌شود که در این صورت موضوع طلاق منتفی است.

اما در صورت سوم، اکثر فقها بر این عقیده‌اند که اگر شوهر ثروتمند، مال خود را مخفی کند و به الزام حاکم مبنی بر پرداخت نفقه ملزم نشود و حبس کردن مرد بتواند مقدمه پرداخت نفقه زن را فراهم کند، حاکم، مرد مامطل را حبس می‌کند (طوسی، الف، ۱۴۲۰: ۱۲۹؛ محقق حلّی، ۱۴۰۹: ۴۲۴ و نجفی، بی‌تا، ۳۱: ۳۸۸). براساس این نظریه، اختیار حاکم در الزام، به نحو طولی است. یعنی ابتدا حاکم مرد را به انفاق الزام می‌کند و اگر این الزام ممکن نشد، نوبت به الزام به طلاق می‌رسد.

در مقابل، برخی دیگر از فقهای بزرگ امامیه بر این عقیده‌اند که حاکم از ابتدا چنین

مردی را مجبور می‌کند که یکی از دو راه انفاق یا طلاق را برگزیند (الجیلانی القمی، ۱۳۰۳: ۵۰۸؛ طباطبایی قمی، بی‌تا: ۳۱۶؛ اصفهانی، بی‌تا، ج ۳: ۱۳۹؛ خوبی، ۱۳۵۲: ۲۹۳؛ اراکی، ۱۳۷۳: ۲۰۲ و گلپایگانی، بی‌تا: ۲۳۹).

عمده دلیل شیعه در خصوص مورد، روایات مأثوره از ائمه معصومین علیهم‌السلام است که تفریق بین زوجین از نوع طلاق را تجویز کرده است (عاملی، ۱۴۱۲، ۲۱: ۵۱۰).
 بحث در خصوص صورت چهارم است؛ یعنی مواردی که شوهر به لحاظ فقر و نداری، نتواند نفقه همسر خود را پردازد، این مصداق، گرچه در اصطلاح، امتناع از پرداخت نفقه تلقی نمی‌شود ولی در خصوص بحث ما، این قسم از پرداخت نشدن نفقه مورد گفت‌وگوی جدی است. در این زمینه دو نظر کلی در بین فقها دیده می‌شود: یکی عدم امکان انحلال نکاح و دیگری امکان انحلال آن. نظر اخیر خود بر دو نوع است: یکی اینکه در صورت ناتوانی مرد از پرداخت نفقه، زوجه، مالک خیار فسخ نکاح می‌شود؛ دوم اینکه حاکم شرع به دنبال مراجعه زوجه به او، زوج را به طلاق مجبور می‌کند و در صورت امتناع زوج، حاکم شرع رأساً زوجه را طلاق می‌دهد. در نتیجه سه نظر در این زمینه وجود دارد: الف. عدم امکان انحلال نکاح؛ ب. جواز فسخ نکاح؛ ج. جواز طلاق از سوی حاکم.

الف. عدم امکان انحلال نکاح

برخی از فقهای شیعه عقیده دارند: در صورتی که مرد از پرداخت نفقه زن ناتوان باشد، زن مکلف است صبر کند تا مرد به مکنت مالی برسد. شیخ طوسی در مبسوط و خلاف این نظر را ابراز کرده است (طوسی، ب، بی‌تا: ۲۱ و طوسی، الف: ۱۱۷).
 ابن حمزه (ابن حمزه، ۱۳۹۹: ۲۸۶)، محقق حلی در شرایع (محقق حلی، همان: ۲۷۹)، ابن‌ادریس (ابن‌ادریس، ۱۴۱۷: ۶۵۶) و صاحب جواهر (نجفی، همان: ۱۰۵) نیز این قول را پذیرفته‌اند. شهید ثانی ضمن پذیرش این قول، آن را به مشهور نسبت داده است (عاملی جبلی، الف، ۱۴۱۳: ۴۰۷).

الف - ۱. ادله نظر عدم امکان انحلال نکاح

بزرگانی که فرموده‌اند، نکاح زنی که شوهرش به دلیل فقر نمی‌تواند به او نفقه بدهد منحل نمی‌شود، دلایلی ارائه کرده‌اند:

۱. کتاب: خداوند می فرماید: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» (بقره، ۲۸۰). این آیه عموم دارد و شامل همه طلبکاران - از جمله زنی که از شوهرش نفقه طلبکار است - می شود. پس زن باید تا یسر شوهرش انتظار بکشد. خداوند در جای دیگر می فرماید: «وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» (نور، ۳۲). خداوند در این آیه فقرا را تشویق به ازدواج فرموده و اگر فقر سببی بود که زوجه، به وسیله آن می توانست نکاح را منحل کند، هرگز خداوند کسی را به نکاح با زنی که مالک فسخ نکاح خویش است، تشویق نمی کرد (طوسی، الف: ۱۱۸).

۲. سنت: در روایتی آمده است که زنی، نزد حضرت علی علیه السلام آمد و از شوهرش به لحاظ فقر و نداری شکایت کرد. امام علیه السلام آن مرد را زندانی نکرد، بلکه به آن زن فرمود: «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا» (شرح، ۶). پس امام علیه السلام شوهر این زن را مجبور به طلاق همسرش نکرد و یا به زن اختیار فسخ نکاح را نداد.

۳. استصحاب: می دانیم که عقد نکاح از عقود لازمه است و حالت سابقه آن روشن است. حال اگر شک کنیم که آیا فقر و نداری شوهر و عجز او از انفاق به زوجه اش، می تواند لزوم عقد نکاح را بر هم بزند، لزوم عقد نکاح استصحاب می شود (عاملی جبلی، الف: ۴۰۷).

الف - ۲. نقد و بررسی

۱. نقد دلیل اول: این آیه با توجه به آیات قبل، مربوط به کسانی است که با گرفتن قرض ربوی، خود را گرفتار کرده اند. با توجه به عبارت «فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» در این آیه، عموم و شمول نسبت به محل بحث ندارد. حتی اگر این عموم را بپذیریم، چون آیه ناظر به تحقق دین است، فقط ناظر به نفقه گذشته خواهد بود و قطعاً شمولی نسبت به نفقه حال و آینده که دین نیست ندارد. در حالی که محل بحث، شوهری است که نفقه همسرش را در حال حاضر ندارد و نمی تواند نفقه آینده را هم بپردازد. اما آیه دیگر ناظر به تشویق فقرا به ازدواج است، که خداوند وعده کرده است آنها را از فضل خود غنی کند؛ در حالی که فرض ما در مورد کسی است که علی رغم ازدواج، غنی نشده است. از سوی دیگر، اینکه زنی با مرد فقیر ازدواج کند، به امید اینکه او غنی شود، فعل حرامی نیست. حال اگر آن مرد غنی نشد، ذی حق بودن زن در انحلال نکاحش با آن مرد، منافاتی با تجویز اصل نکاح آنها ندارد.

۲. نقد دلیل دوم: آنچه از امیرالمؤمنین علیه السلام نقل شده است، بر فرض تمام بودن سند آن (با توجه به دلایل و مستندات قول به جواز طلاق که خواهد آمد)، حمل بر موردی می‌شود که مرد توان پرداخت حداقل نفقه را دارد، ولی نمی‌تواند در حد شئون زن، نفقه او را بپردازد تا بدین وسیله بین روایات باب جمع شده باشد. بنابراین قضاوت حضرت، از باب قضیه فی‌واقعه است. از سوی دیگر، شاید خواسته زن از امام، طلاق نبوده بلکه الزام مرد به کار بوده و یا امام ملاحظه کرده‌اند که عسر زن در حدی نیست که مرد الزام به طلاق شود (البصری، ۱۴۱۰: ۱۴۰).

۳. نقد دلیل سوم: این دلیل در مقابل کسانی قابل استناد است که قائل به جواز فسخ نکاح باشند، در حالی که نظر مختار ما در این بحث، الزام زوج به طلاق است نه فسخ نکاح.

ب. جواز فسخ نکاح

نظر دوم این است که در صورت عجز مرد از پرداخت نفقه زن، زوجه، مالک خیار فسخ نکاح می‌شود. علامه حلی این نظر را در مختلف، به ابن جنید اسکافی نسبت داده است (حلی، ۱۳۷۵: ۳۲۷) و فاضل مقداد معتقد است، این قول دور از صواب نیست (السیوری، ۱۴۰۴: ۱۰۸). فاضل هندی این قول را قول قوی دانسته است (فاضل هندی، ۱۴۲۲: ۹۱).

ب - ۱. ادله نظریه جواز فسخ نکاح

۱. کتاب: خداوند می‌فرماید: «فَامْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» (بقره، ۲۲۹) و چون در فرض مورد بحث، مرد نمی‌تواند امساک به معروف داشته باشد، باید زن را به شایستگی آزاد کند و اگر مرد نکاح را فسخ نکرد، حاکم با ولایتی که دارد، نکاح را فسخ می‌کند (عاملی جبلّی، الف: ۴۰۷).

۲. حدیث: در تفسیر آیه شریفه «وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» (طلاق، ۷)، از امام صادق علیه السلام نقل شده است که آن حضرت فرمود: اگر مرد، چیزی که زن را سیر کند و لباسی که او را بپوشاند (دارد، می‌تواند با او زندگی کند) در غیر این صورت، میان آن دو جدایی افکنده می‌شود (عاملی، ۱۴۱۲، ۲۱: ۵۰۹).

۳. قاعده لاضرر: پرداختن نفقه به زن به معنی اضرار به او می‌باشد و این ضرر شرعاً

منفی است و راه دفع ضرر آن است که حق فسخ نکاح، در دست زن باشد، در غیر این صورت، حرجی که به نحو اجماعی نفی شده است، در مورد زن محقق می‌شود (حلی، ۱۳۷۵: ۳۲۷).

ب- ۲. نقد و بررسی

گرچه در فرض مسئله، اصل ضرورت امکان انحلال نکاح را قبول داریم، ولی اینکه این انحلال در قالب فسخ نکاح باشد را نمی‌پذیریم. زیرا:

۱. کتاب: آیه «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» (بقره، ۲۲۹)، ناظر به آن است که یا شوهر، همسرش را نگهدارد و با او رفتار شایسته داشته باشد و یا او را از علقه زوجیت رها سازد. ولی بر اینکه انحلال نکاح در قالب فسخ باشد یا طلاق، دلالتی ندارد.

۲. سنت: آنچه از حضرت ابی‌عبدالله الصادق علیه السلام نقل شده است، کلمه «یَفْرُقَ بَيْنَهُمَا» است که اصل انحلال نکاح را تصریح می‌کند. اما اینکه این انحلال در قالب فسخ باشد یا طلاق، مستلزم دلیل جداگانه‌ای است.

۳. قاعده لاضرر: آنچه قاعده لاضرر افاده می‌کند، لزوم دفع ضرر از زن، با امکان انحلال چنین نکاحی است و اینکه این انحلال در چه چارچوبی باشد، از این قاعده مستفاد نمی‌شود.

ج. جواز طلاق از سوی حاکم (قول مختار)

برخی فقها گفته‌اند، اگر شوهر به وظایف واجبه خود در قبال همسرش قیام نکرد، زن او می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و درخواست طلاق نماید. همچنین، شیخ مفید در *المقنعه* می‌فرماید:

و لیس للحاکم ان یجبر الزوج علی الفراق اّلا ان یمنع و اجبار للزوجة من حقوق النکاح (العکبری البغدادی، ۱۴۱۷: ۵۱۹).

میرزای قمی نیز در *جامع‌الشتات* می‌فرماید:

اگر زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه، نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع می‌کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم، او را الزام و اجبار می‌کند بر وفای حقوق یا بر طلاق دادن زوجه، هرگاه برای حاکم، علم حاصل شود به اینکه زوج، سلوک به

معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار می‌کند بر طلاق و این اجبار، منافی صحت طلاق نیست (الجیلانی القمی، همان: ۵۰۸).

با توجه به نظر این دسته از فقها، می‌توان ترک انفاق از سوی زوج را یکی از مصادیق ترک وظایف واجبه شوهر نسبت به زن دانست.

برخی دیگر از فقها در مورد اختیار حاکم در طلاق زوجه، فقط به طلاق زوجه مرد غایب مفقودالاثراکتفا کرده‌اند که با توجه به ادله باب، این انحصار مورد پذیرش نیست و دلیل آنها که ظاهر نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» است (مغنیه، ۱۳۷۷: ۴۵۲)، قابل مناقشه است (حبیبی تبار، ۱۳۸۵).

البته برخی دیگر از فقها این انحصار را قبول ندارند. از جمله، صاحب عروه در مورد شخص غیرمفقودی که جایی زندانی شده است و نمی‌تواند به نزد خانواده‌اش بیاید و شخص حاضر معسری که توان پرداخت نفقه را نداشته است و زوجه نمی‌تواند بر این حالت صبر کند و مانند این موارد، می‌فرماید:

هرچند ظاهر کلمات فقها، با تمسک به ظاهر «الطلاق بید من اخذ بالساق»، عدم جواز رهایی چنین زنی به دست حاکم است، اما امکان دارد که به دلیل قاعده نفی حرج و ضرر، قائل به جواز طلاق شویم، خصوصاً در صورتی که زن، جوان باشد و صبر زن باعث گذشتن زمان عمرش و افتادن وی در مشقت شدید شود. از بعضی احادیث نیز ممکن است چنین استفاده‌ای بکنیم (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷: ۱۱۵).

علامه کاشف‌الغطا نیز در تحریرالمجله می‌فرماید:

نباید جواز درخواست طلاق از سوی زن را منحصر به موردی دانست که زوج مفقودالاثراکت است، زیرا ادله عام و خاص فراوانی داریم که حاکم شرع در بسیاری از ضرورت‌های دیگر، که ضرر و مشقت شدیدی از باقی ماندن زوجه بر همسری با آن زوج پدید می‌آید، ولایت بر طلاق دارد. مثل زوج غایبی که محل زندگی وی معلوم است ولی از دادن نفقه به زن، از روی عصیان یا ناتوانی امتناع می‌کند (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۶: ۹۵).

در بین فقهای معاصر، جواز مراجعه زن به حاکم، جهت طلاق در فرض مورد بحث، شهرت فتوایی وجود دارد. از جمله مرحوم آیت‌الله خوئی فرموده‌اند:

در صورت ناتوانی مرد از پرداخت نفقه پس از عقد ازدواج، زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند، حاکم شرع به مرد می‌گوید که زن را طلاق دهد و اگر مرد امتناع کند، حاکم شرع خود اقدام به طلاق زن می‌کند (خوئی، ۱۳۵۲: ۲۹۳).

مرحوم آیت‌الله میرزا جواد آقاتبریزی رحمته‌الله نیز در پاسخ به این سؤال که اگر شوهر نفقه نمی‌دهد، آیا زن حق طلاق دارد؟ فرموده‌اند:

چنانچه شوهر نفقه نمی‌دهد یا عاجز از انفاق باشد، در این صورت زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا شوهر را به طلاق یا انفاق اجبار نماید و پس از امتناع شوهر از انفاق و طلاق، برای حاکم شرع جایز است طلاق بدهد (گنجینه آرای فقهی قضایی، شماره ۲).

آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز چنین فتوایی داده‌اند (همان) و آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز در پاسخ به سؤال مشابهی، چنین نظر داده‌اند:

در صورت دوم (که مرد نفقه زنش را نپردازد) قاضی می‌تواند شوهر را مجبور به طلاق کند (همان).

ج- ۱- ادله

برای جواز طلاق از سوی حاکم در فرض مطالبه (قول مختار)، دلایلی وجود دارد که در ذیل می‌آوریم:

۱. کتاب: به آیات متعددی از قرآن می‌توان استناد کرد:

الف. «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» (بقره، ۲۲۹)؛ خداوند مرد را مخیر فرموده که یا زن را به شایستگی نگهدارد و یا او را آزاد سازد. چنانچه مردی (حتی به دلیل فقر و نداری) نفقه همسر خود را ندهد، وضعیت او از امساک به معروف خارج است، پس در فرض مطالبه زن، راه دوم را باید برگزیند. حال اگر خود از این تکلیف سرباز زد، حاکم از سوی ممتنع اقدام می‌کند.

ب. خداوند می‌فرماید: «فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ» (طلاق، ۲). گرچه این آیه ناظر به پایان اعتدال است، ولی کاملاً روشن است که یک حکم کلی را در روابط زوجیت بیان می‌کند و آن اینکه، هر مردی مکلف است در رابطه با همسرش یکی از دو راه را برگزیند: یا امساک به معروف و یا تسریح به احسان. اگر به هر دلیل، امساک به معروف مقدور نبود، گزینش راه دوم در فرض مطالبه ذی‌حق، ضروری است.

ج. خداوند می‌فرماید: «لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَّارًا لِنَعْتَدُوا» (بقره، ۲۳۱)؛ پس بر مرد جایز نیست زن را به هر تقدیر نگهدارد، حتی اگر به قیمت ضرر برای زن و یا تعدی به

حقوق وی باشد. ترک نفقه به هر دلیل، تعدی و ضرر نسبت به زن است، با این بیان که این قسمت از آیه شریفه، در مقام تأسیس حکم جدید است که همان حرمت امساک ضرری باشد؛ اعم از اینکه موجب امساک ضرری، تقصیر زوج باشد (اینکه عمداً حقوق زوجه را رعایت نکند) و یا بدون تقصیر باشد (اینکه از روی ناچاری نتواند حقوق واجبه زن را مراعات کند) (بحرالعلوم، ۱۴۱۰: ۱۸۶).

۲. حدیث: امام صادق علیه السلام در تفسیر آیه شریفه «وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» (طلاق، ۷) فرمود: «اگر مرد به زن، غذایی که او را سیر کند و لباسی که وی را بپوشاند بدهد (می‌تواند با وی زندگی کند) و در غیر این صورت، میان آن دو جدایی افکنده می‌شود» (عاملی، همان، ۲۱: ۵۰۹). ابوبصیر نقل می‌کند که امام باقر علیه السلام فرمود: «کسی که در نزد خود زنی داشته باشد، ولی به او لباس نپوشاند و غذایی ندهد، بر امام لازم است که بین آن دو جدایی افکند» (عاملی، همان، ۴: ۵۱۰ و ۶: ۵۱۱ و ۱۲: ۵۱۲ و ۲۱: ۵۱۰).

عیاشی در تفسیر خود، از ابوالقاسم فارسی نقل می‌کند که به امام رضا علیه السلام گفتیم: فدایت شوم خداوند در کتاب خود فرموده است: «فَامْسَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» (بقره، ۲۲۹)، منظور از آن چیست؟ آن حضرت فرمود: «امساک به معروف، اذیت نکردن و دادن نفقه و تسریح به احسان طلاق است، بر طبق آنچه که کتاب خدا به آن نازل شده است» (عاملی، همان، ۲۱: ۵۱۲).

۳. قاعده لاجرح: خداوند در قرآن فرموده است: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج، ۷۸)؛ طبق این قاعده، هر نوع حکم که موجب حرج شود و سختی آور باشد، از ساحت دین اسلام نفی شده است. ندادن نفقه از سوی شوهر به زن نیز موجب فراهم آمدن سختی جسمی و روحی برای زن می‌شود و از مصادیق حرج است. حال آیا اسلام، حکم به ضرورت بقای این زوجیت می‌نماید یا برای نفی حرج، انحلال این نکاح را تجویز می‌کند؟ با توجه به قاعده نفی حرج، تجویز انحلال نکاح، امری روشن است.

۴. قاعده لاضرر: پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و سلم فرمود: «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» (صدوق، ۱۴۱۴: ۷۶). در مورد این قاعده، حتی اگر دلالت و حوزه شمول آن را فقط به احکام اثباتی محدود کنیم، مع الوصف چون حکم به لزوم و بقای زوجیت، امری اثباتی است و اگر در مصداقی موجب ضرر باشد، این حکم منفی است. بنابراین اگر شوهری نفقه

همسرش را حتی در صورت فقر نمی‌پردازد، زن او در حال تضرر است و بقای چنین زوجیتی موجب استمرار ضرر خواهد بود و اسلام این حکم ضرری را امضا نکرده است.

۵. **حصری بودن موجبات فسخ نکاح:** عقد نکاح، لازم است و موجبات فسخ آن، حصری است و در ادله، بیان روشنی که این مورد را از موجبات فسخ بدانند نداریم. از طرفی، راهکاری که برای نفی این ضرر وجود دارد همان انحلال نکاح در قالبی غیر از فسخ است. ممکن است گفته شود مؤذای این ادله، انحلال نکاح است در حالی که ادعا، جواز طلاق است. بنابراین مدعا، اخص از دلیل است. در پاسخ می‌گوییم اصل جواز انحلال که ثابت شد، با توجه به روایاتی که از این انحلال به طلاق تعبیر کرده‌اند، نوع آن ثابت می‌شود. بنابراین هدف از ادله‌ای که مطلق انحلال را تجویز کرده‌اند، همان طلاق خواهد بود. از جمله این روایات، حدیث منقول از حضرت امام رضا علیه السلام است که گفته شد. از طرفی، این قول موافق با احتیاط در فروج است.

دلیل قول به طلاق، علاوه بر آنچه تفصیل آن به مناسبت مباحث ذکر شد، آن است که ماهیت نکاح، عقد لازم و مبتنی بر حکم است نه حق. از طرفی مصادیق حق فسخ در مورد نکاح، حصری و تابع بیان شارع است و شارع مقدس، چنین مصداقی را به‌عنوان موجد حق فسخ، بیان نکرده است (فیض، ۱۳۶۷: ۳۲۲).

از سوی دیگر، در روایات مأثوره از ائمه معصومین علیهم السلام، از این نوع جدایی به طلاق تعبیر شده است که ظهور در معنا و مفهوم طلاق دارد و ادعای تسامح در تعبیر، مردود است؛ زیرا مسامحه در تعبیر، خلاف اصل است. برخی فقها نیز همین استنباط را داشته‌اند (عاملی، همان، ۲۱: ۵۱۰) و به نظر می‌رسد این استنباط، از احادیث نزدیک به صواب است.

د. جمع‌بندی و بیان چند تذکر

۱. اگر مردی که ثروت نقدی آشکار دارد، از پرداخت نفقه واجب همسرش خودداری کند، به فتوای اکثر امامیه، زن باید با ترافع نزد حاکم، شوهر را مجبور به انفاق کند و یا از مال او بردارد و جهت مخارج به زوجه بپردازد. پس جایی برای بحث از حق طلاق وجود ندارد.

۲. اگر مردی ثروت غیرنقدی آشکار داشته باشد و از پرداخت نفقه خودداری کند، علمای امامیه قائل‌اند که زن می‌تواند به حاکم مراجعه کند و حاکم، مرد را به انفاق امر

می‌کند و در صورت امتناع وی، از اموالش می‌فروشد و نفقه زن او را می‌پردازد. پس جایی برای بحث از طلاق نیست.

۳. اگر مرد اموالی دارد، ولی پنهان کرده است و از پرداخت نفقه خودداری می‌کند و به پرداخت نفقه هم ملزم نمی‌شود، بیشتر فقهای امامیه می‌گویند: زن به حاکم رجوع می‌کند و چنانچه مرد به انفاق ملزم نشود، بین او و زنش جدایی افکنده می‌شود. ولی حنابله و شافعیه این انحلال نکاح را از نوع فسخ می‌دانند.

۴. اگر مرد فقیر باشد و از پرداخت نفقه ناتوان شود، در بین امامیه دو قول وجود دارد: یکی عدم جواز انحلال نکاح و دیگری جواز آن. در فرض جواز نیز دو قول است: یکی جواز انحلال در قالب فسخ و دیگری در قالب طلاق که قول اخیر، نظر مشهور فقهای معاصر است، اعم از اینکه به سبب ترک انفاق، زن در حرج باشد یا نباشد.

۵. با توجه به بررسی کلمات فقها، موضوع امتناع از انفاق، ناظر به تحقق ترک نفقه و دین شدن آن است، نه بحث نفقه حال و نه جنبه تعزیری آن. ولی اینکه حاکم می‌تواند مرد را به پرداخت نفقه ملزم کند، اعم است از اینکه دستور پرداخت نفقه حال یا گذشته زوجه را بدهد.

۶. در اینکه مردی که از پرداخت نفقه همسرش خودداری می‌کند، ممتنع محسوب می‌شود، براساس ظاهر کلمات فقها، بین اینکه زن، خودش تمکن مالی داشته یا خیر، تفاوتی نیست.

۷. در تحقق عنوان ترک انفاق، بین عدم پرداخت کلی یا جزئی، تفاوتی وجود ندارد. بنابراین اگر کسی به همسرش غذا بدهد و لباس ندهد یا بالعکس، حکم امتناع از انفاق را دارد.

۲. بررسی و تحلیل حقوقی موضوع

همان‌طور که گذشت، قانون مدنی در ماده ۱۱۲۹ چنین بیان داشته است: در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم دادگاه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق، به حاکم رجوع کند و حاکم، شوهر را به طلاق اجبار می‌نماید. در صورت عجز شوهر از دادن نفقه نیز همچنین است.

حال در این قسمت از بحث، بر مبنای قانون مدنی به بررسی حقوقی موضوع و تحلیل نظری آن خواهیم پرداخت.

الف. ملاک تحقق امتناع از پرداخت نفقه

در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی، در صورتی به زن اجازه داده شده است تا به جهت ترک انفاق شوهرش نسبت به او، به دادگاه مراجعه کند و تقاضای طلاق کند که شوهر از پرداخت نفقه استنکاف کند و دادگاه صالح، او را به پرداخت نفقه محکوم نماید و اجرای حکم محکمه مبنی بر پرداخت نفقه، ممکن نشود. با توجه به این بیان قانون مدنی باید گفت، در پرونده طلاق به موضوع نفقه رسیدگی نخواهد شد، بلکه باید قبلاً دادخواستی به دادگاه خانواده تسلیم شود که خواسته آن، الزام خواننده به پرداخت نفقه باشد و دادگاه با توجه به ادله اثبات دعوی و با توجه به سبب وجوب انفاق (اعم از نکاح یا تمکین) و با توجه به ادعای وجود مانع مشروع از تمکین توسط زوجه و سایر مباحث مربوطه احراز کند که شوهر باید نفقه به زن بپردازد و در این جهت، مرد را به پرداخت نفقه محکوم کند و حکم صادره، به جهت عدم اعتراض در مهلت قانونی یا به جهت ابرام در مرجع تجدیدنظر یا به جهات دیگر، قطعیت یابد. سپس حکم قطعی به طرفین ابلاغ شود و محکوم‌لها (زن) تقاضای صدور اجرائیه کند و پس از صدور اجرائیه، در واحد اجرای احکام مدنی دادگستری، تشکیل پرونده شود و مراحل قانونی جهت اجرای حکم سپری شود؛ بنابراین اجرای حکم دادگاه، خواه به جهت ممانعت محکوم‌علیه و خواه به جهت عسر او، ممکن نباشد. جری تمام این تشریفات، مقدمه تشکیل پرونده طلاق دانسته شده است. بنابراین حتی اگر زنی در دادسرای محل، علیه شوهرش شکایت ترک انفاق مطرح کند و شوهرش را تحت تعقیب کیفری قرار دهد و در دادسرا علیه مرد کیفرخواست صادر شود و در دادگاه جزا، در اجرای ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی، مرد به تحمل حبس محکوم شود و این حکم نیز پس از قطعیت اجرا شود،* این پرونده مقدمه‌ای برای تشکیل پرونده طلاق به لحاظ ترک انفاق

* برای اطلاع از موازین کیفری در این خصوص، به کتاب‌های گام به گام با نهاد دادسرا، اثر همین نویسنده؛ مجموعه محشای قانون تعزیرات، نوشته بهمن کشاورز و یا محشای قانون مجازات اسلامی، نوشته دکتر ایرج گلدوزیان مراجعه نمایید.

نخواهد بود. زیرا قانون مدنی از محکومیت مرد به پرداخت نفقه و عدم امکان اجرای حکم، در این خصوص سخن گفته است. در حالی که در پرونده جزایی، فقط شوهر از جهت عدم پرداخت نفقه تحت تعقیب کیفری قرار می‌گیرد و دستور صدور مبلغی خاص، به عنوان نفقه در این پرونده متصور نیست.

در گذشته که دادگاه‌های مدنی خاص می‌توانستند به امور جزایی مربوط به خانواده (به‌عنوان صلاحیت اضافی) رسیدگی کنند، تصور این بود که در پرونده کیفری ترک انفاق، دادخواست حقوقی مطالبه نفقه گذشته نیز تسلیم می‌شود و پس از صدور حکم در این خصوص و قطعیت آن و صدور اجرائیه و عدم امکان اجرای حکم دادگاه در این خصوص، نسبت به تشکیل پرونده طلاق اقدام می‌شود. اما در حال حاضر که دادگاه‌های خانواده، صلاحیت‌های سیزده‌گانه‌ای دارند که در ماده واحده قانون، اختصاص تعدادی از شعبه‌های دادگاه‌های عمومی به دادگاه‌های اصل ۲۱ قانون اساسی احصا شده است و دارای صلاحیت اضافی در امور جزایی مربوط به خانواده نیستند، این موضوع نیز که در ضمن رسیدگی جزایی، دادخواست حقوقی مطالبه نفقه تسلیم دادگاه شود، منتفی است. زیرا رویه حاکم این است که در پرونده ترک انفاق کیفری، دادخواست حقوقی مطالبه نفقه گذشته را نمی‌پذیرند. با توجه به این توضیحات، به نظر می‌رسد برای اعمال ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی در مورد مطالبه نفقه گذشته، حتماً باید دادخواست حقوقی به دادگاه خانواده تسلیم کرد، گرچه شمول ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی نسبت به نفقه گذشته و حال، محل اختلاف است. دیوان عالی کشور در رأی اصراری خود (رأی شماره ۲۴۰۰ مورخه ۱۳۳۹/۷/۹)، شمول این ماده نسبت به نفقه گذشته را پذیرفته است، ولی برخی حقوقدانان آن را به نفقه آینده محدود کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۸: ۳۲-۳۳). در عین حال، وجه جمعی که برخی دیگر از اساتید حقوق بیان کرده‌اند، مبنی بر اینکه دادگاه می‌تواند استنکاف شوهر از دادن نفقه گذشته و عدم اجرای حکم را نشانه خودداری از انفاق در آینده ببیند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۶۹۷)، سخن صوابی است.

ب. طلاق یا فسخ نکاح

قانون مدنی در این ماده، مبتنی بر قول مشهور فقهای معاصر امامیه (نجفی، همان: ۳۸۸ و الجیلانی القمی، همان: ۵۰۸) که موافق نظر فرقه مالکیه از اهل سنت

(الدسوقی، بی تا، ۲: ۵۱۸) نیز می‌باشد، به‌طور آشکار سخن از طلاق مطرح نموده است، نه فسخ نکاح و از آنجا که گفته است، اجبار شوهر به طلاق توسط حاکم پس از آن است که حکم محکمه مبنی بر الزام شوهر به دادن نفقه عملی نشده باشد، قانون مدنی قول به ترتب الزام به طلاق بر الزام قبلی به انفاق را پذیرفته است که موافق با نظر برخی فقهای امامیه است (محقق حلی، همان: ۴۲۴ و نجفی، همان: ۳۸۸).

ج. رعایت احوال شخصیه غیر شیعیان

همان‌طور که می‌دانیم، احوال شخصیه، اوصافی است که مربوط به شخص انسان است، صرف‌نظر از اینکه این انسان در اجتماع چه شغل و موقعیتی داشته باشد و برخلاف احوال عینیه، موضوع قرارداد مادی واقع نمی‌شوند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول دوازدهم و سیزدهم، پس از معرفی مذهب رسمی کشور برای سایر مذاهب رسمی، آزادی در مراسم مذهبی و تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه قائل شده است و احوال شخصیه را شامل ازدواج، طلاق، ارث و وصیت دانسته است و دعاوی مربوط به آنها را در دادگاه‌ها به رسمیت شناخته است.

البته آنچه از نظر حقوقی به‌نحو اجماعی و اتفاقی از احوال شخصیه شمرده شده است، چهار مصداق دارد که عبارت‌اند از: ولادت، نکاح، طلاق و مرگ، که از آنها به نحو مسامحی* به وقایع چهارگانه تعبیر شده است.

بنابراین در اینکه نکاح از احوال شخصیه است، تردیدی نیست. در ماده ۶ قانون مدنی نیز چنین می‌خوانیم: «قوانین مربوط به احوال شخصیه از قبیل: نکاح و طلاق و اهلیت اشخاص و ارث، در مورد همه اتباع ایران، حتی اگر مقیم در خارج باشند، مجری خواهد بود». ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه، مصوب سال ۱۳۱۲ نیز ضمن تأکید بر بحث احوال شخصیه پیروان مذاهب رسمی غیر شیعه در ایران، مرجع رسیدگی را واحد قرار داده است. بنابراین از حیث صلاحیت ذاتی، همه محاکم خانواده حق رسیدگی به احوال شخصیه آنها را دارند. اما از نظر مستندات فتوایی که قائم‌مقام قانون مدنی قرار می‌گیرد (گرچه این از مواردی است که

* نکاح و طلاق هر دو عمل حقوقی و به ترتیب، عقد و ایقاع هستند نه واقعه حقوقی.

بار ابراز ادله اثبات احکام، برخلاف متعارف آن، بر عهده مدعی قرار می‌گیرد) تابع مذهب اصحاب دعوی است و به همین دلیل باید اقوال حنفیه، مالکیه، شافعیه و حنبلیه را در خصوص مورد، به تفصیل بیان کرد.

چنانچه شخص ممتنع از پرداخت نفقه، ثروتمند باشد، ولی ثروت نقدی یا غیرنقدی آشکار از او در دسترس نباشد و به عبارت دیگر، اموال خود را پنهان ساخته باشد؛ ابوحنیفه معتقد است چنین مردی باید به زندان بیفتد و حداقل یک ماه و حداکثر سه ماه در حبس بماند تا به پرداخت نفقه مجبور شود (الغندور، ۱۹۷۲: ۲۲۲)*.

پیروان سه فرقه دیگر اهل سنت، اعم از مالکیه، شافعیه و حنبلیه معتقدند: مرد ممتنع از پرداخت نفقه که ثروتمند است ولی مال آشکار ندارد، مجبور به انفاق به زوجه خود می‌شود و اگر استنکاف کرد، بین او و زنش جدایی افکنده می‌شود (الدسوقی، همان: ۵۱۸؛ الشربینی، ۱۳۷۷: ۴۲۲ و ابن‌قدامة، بی‌تا: ۲۴۶).

در صورتی که شوهر به لحاظ فقر نتواند نفقه همسر خود را بپردازد، علمای اهل سنت نظرات مختلفی دارند و چه بسا منشأ اختلاف در این مسئله، تشبیه ضرر عدم انفاق به ضرر ناتوانی جنسی مرد باشد، زیرا همه فقهای اهل سنت در فرض ابتلای مرد به عنن، به زن او اجازه جدا شدن از شوهر را می‌دهند (ابن‌رشد، ۱۴۱۶: ۱۰۲۳). ما در اینجا به بیان دو نظریه بسنده می‌کنیم:

ابوحنیفه می‌گوید: اگر مرد در عسرت مالی است، زن او نمی‌تواند طلاق بگیرد (ابن‌الهمام، بی‌تا: ۳۸۹) و در زمان نداری شوهر، زن باید از نزدیکانی که نفقه او قبل از ازدواج به عهده آنها بوده است، علیه ذمه شوهرش استدانه کند و این مبالغ بر گردن زوج، دین خواهد بود (ابوزهره، ۱۹۷۱: ۳۰۹).

مالکیه، شافعیه و حنبلیه معتقدند: چنانچه مرد در عسرت مالی باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند (الدسوقی، همان: ۵۱۸؛ الشافعی، ۱۴۲۳: ۲۹۰؛ النووی، ۱۴۱۵: ۳۷ و ابن‌قدامة، همان: ۲۴۳).

* بر مبنای ماده ۳۴۷ قانون شماره ۳۴۷ قانون شماره ۷۸ مصوب سال ۱۹۱۳م در مصر، مدت حبس چنین شخصی، حداکثر سی روز است.

د. بیان چند تذکر

۱. برای تشکیل پرونده طلاق به لحاظ ترک انفاق باید قبلاً پرونده حقوقی مطالبه نفقه و الزام به پرداخت آن، از سوی زوجه علیه زوج تشکیل و حکم مقتضی بر له زوجه صادر و پرونده در اجرای احکام مدنی مطرح و اجرای حکم، به لحاظ استنکاف شوهر یا عجز او از پرداخت نفقه، ممکن نشده باشد. در این خصوص وجود پرونده قبلی کیفری و محکومیت شوهر به مجازات، در رابطه با بزه ترک انفاق، کافی نیست.
۲. از منظر قانون مدنی، سبب وجوب انفاق، خود نکاح است، پس هرگاه در تمکین یا نشوز زوجه مرد شویم، این مرد است که مدعی نشوز محسوب می شود و باید اقامه بیینه کند.
۳. در اجرای ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی، تفاوتی بین موردی که زن، ثروتمند یا فقیر باشد وجود ندارد، چون این طلاق متفرع بر عسر و حرج زوجه نیست.
۴. منظور از حاکم در ماده ۱۱۲۹، تمام قضات دادگاه‌های خانواده و یا قضات دادگاه‌های عمومی بخش که قائم مقام دادگاه‌های خانواده تلقی می شوند، است (حبیبی تبار، ۱۳۸۳: ۳۴).

جمع بندی

عدم پرداخت نفقه، اعم از عدم پرداخت کل یا بخشی از نفقه واجب است و مقصود از الزام به انفاق در ماده ۱۱۲۹، اعم از نفقه گذشته و حال است، با این توضیح که عدم پرداخت نفقه گذشته، قرینه عدم پرداخت نفقه آینده است و منظور از اجبار به طلاق، محکوم کردن زوج به مطلقه ساختن همسرش است. در صورتی که مرد از اجرای حکم طلاق خودداری کرد، طبق آیین نامه اجرایی مربوطه، صیغه طلاق توسط دادگاه جاری می شود و دستور ثبت آن توسط دادگاه به دفاتر رسمی ثبت طلاق صادر خواهد شد. این با عمومات بحث ولایت حاکم، سازگاری دارد و با قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع» منطبق است (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۱۱۱).

ترک انفاق، اعم از ترک کلی یا جزئی پرداخت نفقه است. پس ترک انفاق یعنی

نپرداختن نفقه کافی. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۲۲۵۸-۱۳۷۸/۶/۲ چنین آورده است:

اگر مبلغی که زوج به عنوان نفقه به زوجه می پردازد، به قدری باشد که کفاف تهیه مسکن یا کرایه مسکن، خرید لباس، اثاث البیت و غذا را بنماید، مشمول ترک انفاق نیست، حتی اگر نفقه یک روز باشد. اما اگر فقط مبلغی جزئی در حد کفاف غذا و مخارج روزانه به زوجه بپردازد، بدون تهیه مسکن، ترک انفاق است و جنبه جزائی هم موکول به عدم پرداخت نفقه حال است (حتی یک روز)، ولی مطالبه نفقه ایام گذشته (حتی روز گذشته)، جنبه کیفری ندارد.

در قانون مدنی از دو واژه حاکم و حاکم شرع مکرر استفاده شده است. حقوقدانان برای این واژه‌ها در موارد مختلف استعمال در قانون، معانی مختلفی را استفاده کرده‌اند. در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی، مقصود از حاکم، قاضی مجتهد یا مجتهد جامع‌الشرایط نیست، بلکه تمام قضات شاغل در دادگاه‌های خانواده یا قائم‌مقام آن دادگاه است. در این خصوص اداره حقوقی قوه قضائیه، نظریه شماره ۷/۸۱۶۵-۱۳۸۳/۱۰/۳۰ چنین بیان کرده است:

منظور مقنن از اصطلاحات حاکم و حاکم شرع، به ترتیب در مادّین ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ (اصلاحی ۱۳۷۰) قانون مدنی، قاضی مجتهد یا مجتهد جامع‌الشرایط نیست و تمام قضات شاغل در دادگاه‌ها، که از طرف شورای عالی قضایی یا ریاست قوه قضائیه تعیین شده‌اند، حاکم شرع محسوب می‌شوند.

بعضی از حقوقدانان به این جهت که در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی کلمه حاکم شرع نیامده است، بلکه عنوان حاکم آمده است، چنین استظهار کرده‌اند که مطلق کلمه حاکم، شامل هر قاضی حتی قضات سایر کشورها خواهد شد. از اداره حقوقی قوه قضائیه نیز، اظهارنظری به نفع این استظهار صادر شده است (نظریه شماره ۱۳۶۲/۸/۷-۷/۳۳۹۶) که این مطلب با توجه به فقه امامیه، که خواستگاه قانون مدنی و تبیین‌کننده بایسته‌های آن است و نظر به شرایطی که مقنن برای حاکم قرار داده است، محل تأمل و درنگ است.

منابع

۱. ابن الهمام، کمال‌الدین محمد بن عبدالواحد ابن الهمام الحنفی. بی‌تا. شرح فتح‌التقدیر. ج ۲ و ۴. بیروت: دارالفکر.
۲. ابن حمزه، ابومحمد علی بن احمد بن سعید بن حزم. ۱۴۰۸ق. المحلی. ج ۹. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۳. ابن رشد الحفید، محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن‌الرشد القرطبی الاندلسی. ۱۴۱۶ق. بدایة‌المجتهد و نهایة‌المقتصد. ج ۳. بیروت: دار ابن حزم.
۴. ابن قدامه، امام موفق‌الدین ابن قدامه. بی‌تا. المغنی. ج ۹. بیروت: دارالکتب العربی.
۵. ابوزهره، محمد. ۱۹۷۱م. عقد‌الزواج و آثاره. قاهره: دارالفکر العربی.
۶. اصفهانی، سیدابوالحسن. بی‌تا. وسیلة‌النجاة. قم: مطبعة مهر استوار.
۷. امامی، سیدحسن. ۱۳۷۶. حقوق مدنی. ج ۵. تهران: کتابفروشی اسلامیة دوازدهم.
۸. بحرالعلوم، عزالدین. ۱۴۱۰ق. بحوث فقهیه (من محاضرات الشیخ حسین الحلّی). بغداد. چهارم.
۹. البصری، عارف. ۱۴۱۰ق. نفقات‌الزوجه فی‌التشريع الاسلامی. بیروت: الدارالاسلامیه.
۱۰. الجیلانی القمی، میرزا ابوالقاسم بن الحسن (میرزای قمی). ۱۳۰۳. جامع‌السننات. چاپ سنگی.
۱۱. حبیبی تبار، جواد. ۱۳۸۵. «بررسی ماهیت و احکام انحلال نکاح غایب مفقودالاثار». فصلنامه تخصصی فقه و حقوق. ش ۱۰.
۱۲. حبیبی تبار، جواد. ۱۳۸۳. گام به گام با حقوق خانواده. قم: گام به گام. دوم.
۱۳. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلّی). ۱۳۷۵. مختلف‌الشیعه فی احکام‌الشریعه. ج ۷. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

١٤. الحلّي، محمد بن ادريس. ١٤١٧ق. السرائر. ج ٢. قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
١٥. خوئي، سيد ابوالقاسم الموسوي. ١٣٥٢. منهاج الصالحين. ج ٢. تهران: مكتبة لطيفي.
١٦. الدسوقي، شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي. بي تا. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. ج ٢. بيروت: دار الفكر.
١٧. السيوري الحلّي، جمال الدين مقداد بن عبدالله (فاضل مقداد). ١٤٠٤ق. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. ج ٣. قم: مكتبة آية الله العظمى المرعشي.
١٨. الشافعي، محمد بن ادريس. ١٤٢٣ق. الام. ج ٥. بيروت: دار الفكر.
١٩. الشربيني، محمد بن احمد. ١٣٧٧. معنى المحتاج. ج ٣. بيروت: دار احياء التراث العربي.
٢٠. صدوق، محمد بن حسين بن بابويه القمي. ١٤١٤ق. من لا يحضره الفقيه. ج ٣. قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
٢١. الطباطبائي اليزدي، سيد محمد كاظم. ١٤١٧ق. العروة الوثقى. ج ٦. قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
٢٢. طباطبائي قمي، سيد تقى. بي تا. مباني منهاج الصالحين. ج ٢ و ١٠. قم: بي تا.
٢٣. طوسي، محمد بن الحسن (شيخ طوسي). الف. ١٤٢٠ق. كتاب الخلاف. ج ٥. قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
٢٤. طوسي، محمد بن الحسن (شيخ طوسي). ب. بي تا. المبسوط في فقه الاماميه. ج ٦. بي تا: المكتبة المرتضويه.
٢٥. عاملي جبلي، شيخ زين الدين بن علي (شهيد ثاني). ١٤١٣ق. مسالك الافهام في شرح شرائع الاسلام. ج ٧. قم: مؤسسة المعارف الاسلاميه.
٢٦. عاملي، شيخ محمد بن الحسن الحر (شيخ حرّ عاملي). ١٤١٢ق. وسائل الشيعه. ج ٢. ٤. ٦. ١٢. ١٣ و ٢١. قم: مؤسسة آل البيت.
٢٧. العكبري البغدادي، محمد بن محمد بن النعمان (شيخ مفيد). المقنعه. قم.
٢٨. الغندور، احمد. ١٩٧٢م. الاحوال الشخصية. كويت: مطبوعات جامعة الكويت.
٢٩. فاضل هندي، بهاء الدين محمد بن الحسن اصفهاني. ١٤٢٢ق. كشف اللثام عن قواعد الاحكام. ج ٧. قم: مؤسسة النشر الاسلامي. دوم.
٣٠. كاتوزيان، ناصر. ١٣٨٢. قانون مدني در نظم حقوق كنوني. تهران: نشر ميزان. هشتم.

۳۱. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۱. حقوق خانواده. ج ۱ و ۲. تهران: شرکت انتشار.
۳۲. کاشف الغطاء، محمدحسین. ۱۴۲۶ق. تحریرالمجله. ج ۵. تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
۳۳. گلپایگانی، سیدمحمدرضا. بی تا. مجمع المسائل. قم: مؤسسه دارالقرآن الکریم.
۳۴. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن. ۱۴۰۹ق. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. ج ۴. بیروت: دارالزهراء.
۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی. ۱۳۷۷. قواعد فقهی ۳ (بخش قضایی). تهران: نشر علوم اسلامی. اول.
۳۶. مغنیه، محمدجواد. ۱۳۷۷. الفقه علی المذاهب الخمسه. تهران: مؤسسه امام صادق علیه السلام. چهارم.
۳۷. نجفی، محمدحسن. بی تا. جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۳۰ و ۳۱. بیروت: دار احیاء التراث العربی. هفتم.

