

## بررسی قاعده‌ی قضایی «الحاکم ولی الممتنع» و کاربرد آن در حقوق خانواده

سید ابوالقاسم نقیبی<sup>۱</sup>

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۳/۲۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۰۶/۱۸)

### چکیده

بر اساس مفاد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» چنان‌که شخصی از ادای حقوق دیگران امتناع ورزد حاکم پس از احراز امتناع به جهت جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظم عمومی و اجرای عدالت اجتماعی نسبت به ادای حقوق رأساً اقدام می‌نماید. یکی از رهیافت‌های اجرای قاعده از ناحیه حاکم، دعاوی خانوادگی است. اهم موارد اجرای قاعده در دعاوی خانوادگی به شرح ذیل می‌باشد.

۱- امتناع زوج از پرداخت نفقة با وجود توانایی در پرداخت-۲- امتناع زوج از طلاق زوجه با وجود عجز از پرداخت نفقة-۳- امتناع ولی غایب به غیبت طولانی و بی خبر شوهر از طلاق-۴- امتناع زوج از طلاق یا رجوع در ایلاء و ظهار-۵- امتناع زوج یا زوجه از انتخاب حکم در فرض بیم از جدایی زوجین-۶- امتناع زوج از بذل مدت باقی مانده در نکاح منقطع.  
در این موارد حاکم به جهت ولايت بر ممتنع تکلیف شرعی و قانونی او را به انجام رساند. قانونگذار در برخی مواد قانون مدنی از جمله در ماده ۱۱۲۹ اجرای این قاعده را در حقوق کنونی حاکم بر کشور، به رسمیت شناخته است.

به موجب این قاعده چنان‌که شخصی از ادای حقوق دیگران خودداری نماید حاکم جامعه اسلامی می‌تواند از ناحیه وی، آنچه را که وظیفه اوست از باب ولايت انجام دهد.

**واژگان کلیدی:** فقه، حقوق، قاعده فقهی، قاعده قضایی، الحاکم ولی الممتنع، حقوق خانواده.

## مبحث اول- مفردات و مفاد قاعده‌ی الحاکم ولی الممتنع

کلمه‌های «حاکم»، «ولی» و «ممتنع» شکل دهنده حکم کلی و قاعده فقهی، قضایی «الحاکم ولی الممتنع» هستند که تنها با درک صحیح معانی این واژه‌ها، فهم مفاد قاعده میسر می‌شود لذا بایسته است معانی واژه‌های یاد شده تبیین گردد.

### ۱- حاکم

حکم در لغت به معنای منع است حاکم از ماده حکم اخذ شده و به معنای کسی است که اعمال حکم می‌کند. راغب اصفهانی در کتاب «المفردات فی غرائب القرآن» می‌نویسد: «حکم در اصل، منع و بازداشت چیزی برای اصلاح است. از این رو است که لجام چهار پایان را «حکمَة الدابِّ» می‌نامند... و «حکم به شی» یعنی قضاوت کردن به اینکه این گونه است یا اینگونه نیست اعم از این که این قضاوت دیگری را ملزم به آن بکند یا نکند، خداوند می‌فرماید: «واذ حکمتیم بین الناس ان تحکموا بالعدل»، به کسی که بین مردم حکم می‌کنند حاکم و حکام گفته می‌شود» (راغب اصفهانی، ۱۳۷۶، ص ۱۲۶) ابن اثیر در کتاب نهایه می‌نویسد: «از جمله نام‌های خداوند حکم و حکیم است و این دو به معنای حاکم و قاضی است... گفته می‌شود احکمت فلانلاً یعنی او را منع کردم و از این رو حاکم می‌گویند که ظلم را از مردم باز می‌دارد» (ابن اثیر، نهایه، ۱۴۰۶، ج ۴۱۸/۱). ابن منظور در لسان العرب می‌نویسد: «حاکم، کسی است که اعمال حکم می‌کند و جمع آن، حکام است (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۳/۲۷۱). بنابراین معنای اصلی کلمه همان منع از فساد و منع برای اصلاح است و آن در تمام موارد صادق است قضاوت و داوری که یکی از مصادیق این معناست در حقیقت منع از فساد و برای اصلاح است (قرشی، ۱۳۵۲، ج ۱/۱۶۱). با استقراء در موارد استعمال واژه‌های حکم، حکومت، و حاکم و حکام در آیات و روایات در می‌باییم که بیشترین موارد استعمال آن در معنای قضاوت و قاضی است و در برخی موارد به معنی ولایت عامه و والی نیز بکار برده شده است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱/۴۳۴). بین قضاوت و ولایت اشتراک معنی وجود دارد نه اشتراک لفظی، چون هم قاضی و هم والی با سخن و دستور قاطع خود مانع فساد می‌گردند. و قضاوت شعبه‌ای از ولایت است. قدرت و نیروی قاضی غالباً به قدرت و نیروی والی است. و گرنه قاضی به تنهایی (بدون پشتوانه والی) قدرت

منع از فساد و اجرای امور را دارا نمی‌باشد (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱/۴۳۴). در آموزه‌های فقه امامیه، حاکم در عصر غیبت، فقیه جامع الشرایط است که علاوه بر افتاء در امور محتاج به فتوا و تصدی امور اجرایی، دارای ولایت قضایی است. او می‌تواند مباشرتاً به حل و فصل دعاوی مبادرت ورزد یا به دیگران اذن دهد تا به نیابت از وی به قضاؤت اقدام نمایند (امام خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲/۹۹). بنابراین قضاء از شیوه‌نات فقیه جامع الشرایط است که وی از زمامداری و زعامت خویش برای تنفیذ احکام قضایی صادره از ناحیه خود یا قضات مأذون بهره می‌جوید.

## -۲- ولی

ولی کلمه‌ای است که از ولایت مشتق شده است. واژه «ولایت» به فتح واو به معنای نصرت و دوستی است ولی ولایت به کسر واو به معنای امارات و سرپرستی است (طربی، ۱۴۰۸ق، ج ۲/۵۵۴). مولف معجم مقایيس اللげ بر این باور است که «ولی» اساساً به معنای قرب و نزدیکی است. و همه کاربردهای این واژه از جمله سرپرستی به قرب بازگشت می‌نماید (ابن فارس، ۱۴۰۶ق، ج ۶/۱۴۱). در مقابل، مولف کتاب «مفردات»، حقیقت ولایت را به عهده گرفتن کارها و سرپرستی امور دانسته‌اند. بنابراین ولی و مولی کسی است که سرپرستی امور را به عهده می‌گیرد (راغب اصفهانی، ۱۳۷۶، ص ۵۷۰) با امعان نظر در تلقی لغت شناسان از واژه ولایت در می‌یابیم نمی‌توان ولایت را تنها دوستی دانست زیرا در زبان عرب برای بیان دوستی که یک امر قلیبی است از واژه‌هایی چون محبت یا موبد است که مقابل بغض و کراحت هستند استفاده می‌شود. ولی ولایت به معنای تصدی و به عهده گرفتن امری از امور دیگران در مقابل عداوت که به معنای تجاوز و تعدی به دیگران است بکار می‌رود. بنابراین ولایت تصرف در امور دیگران به مصلحت آنان است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱/۵۵). بدون تردید برای تصرف در امور دیگری باید به وی نزدیک شد چون کسی که می‌خواهد در امور دیگری تصرف کند لازمه آن همراه شدن با اوست و گرنم اعمال ولایت امکان پذیر نمی‌باشد. ولی در حقیقت با همراه شدن با مولی علیه، نقص او را جبران و کمبودهای وی را بر طرف می‌کند از این رو ولایت به معنای قرار گرفتن یک شخص در کنار شخص دیگر برای به عهده گرفتن برخی از امور وی و بر طرف کردن بعضی نارسایی‌های اوست. پدر و جد پدری با قرار گرفتن در کنار صغیر، امور وی را به عهده

می‌گیرد تا نواقص وی را در انجام امور بر طرف کند یا امام با قرار گرفتن در کنار آحاد امت نارسایی های آنان را در امور عمومی جبران می‌نماید. در عصر غیبت فقیه جامع الشرایط با قرار گرفتن در کنار مردم با تصرف در امور عمومی بر اساس مصالح عامه، نارسایی های اجتماعی را مرتفع می‌نماید.

### ۳- ممتنع

کلمه ممتنع اسم فاعل از باب افعال و از ریشه «منع» و به معنای استنکاف کننده می‌باشد. در ادبیات فقهی، ممتنع کسی است که با وجود الزام و اجبار حاکم، از انجام تکالیف شرعی و قانونی خویش استنکاف می‌ورزد یا از وصول صاحبان حقوق به حقوق خویش منع می‌کند، خودداری زوج از پرداخت نفقة زوجه با وجود تمکن و الزام حاکم، استنکاف وی از انجام تکلیف و جوب پرداخت نفقة است از این رو، وی ممتنع و مستنکف شناخته می‌شود. با فهم مفردات شکل دهنده قاعده «الحاکم ولی الممتنع» در می‌باییم چنانکه شخصی از ایفای حقوق دیگران امتیاع ورزد یا از انجام تکالیف شرعی خویش خودداری کند حاکم می‌تواند آنچه را که تکلیف ممتنع است به جهت ولايت به انجام برساند.

### مبحث دوم- شرایط اجرای قاعده

برخی از محققان در زمینه قاعده الحاکم ولی الممتنع شرایط اجرای این قاعده را در سه شرط خلاصه کرده‌اند: (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۲۱۸؛ اسماعیلی، ۱۳۸۷، ص ۷۰).

### ۱- احراز تحقیق استنکاف

حاکم در صورتی می‌تواند از ناحیه اشخاص اعمال ولايت کند که استنکاف آنان را در انجام تکالیف شرعی و قانونی احراز نماید. سازوکار احراز استنکاف، اجبار و الزام اشخاص به انجام تکالیف و امتیاع آنان در ایفای آن تکالیف است. از این رو در طلاق قضایی به جهت عجز از انفاق، پیش از طلاق، اجبار شوهر به انفاق و طلاق امری ضروری است. چون عجز و استنکاف از طلاق، تنها از این طریق احراز می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۳۶۴؛ صفائی و امامی،

۱۳۶۹، ج ۱/۳۷۶). احراز عجز و استکاف و امتناع نیازمند به طی فرآیند دادرسی است به این جهت قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، از قواعد فقه قضایی تلقی می‌گردد.

## ۲-۲- وجود حاکم

نکاح و طلاق در حقوق اسلامی از اعمال حقوقی تلقی شده‌اند یعنی نکاح با اراده زوجین و طلاق با اراده زوج تحقق پیدا می‌کند لذا باید نکاح و طلاق را از امور خصوصی به شمار آورد. اصل اولیه عدم ولایت نیز ایجاب می‌نماید که هیچکس از جمله حاکم در مناسبات و روابط خصوصی بدون دلیل نتواند دخالت و اعمال ولایت کند (شیخ انصاری، المکاسب، ص ۱۵۳). با این وجود در برخی موارد، دلیل بر جواز ورود حکومت در مناسبات خصوصی از جمله در امور خانوادگی وجود دارد. که باید در مقدار قدر متفقین مفاد ادله مربوط اکتفاء شود چون در مواردی که نسبت به وجود ولایت شک و تردید شود به نفی آن حکم می‌گردد. حکمت جواز دخالت حاکم در این موارد، حفظ نظم اجتماعی و جلوگیری از ظلم و هرج و مرج و همچنین اجرای عدالت اجتماعی است. بدون تردید اعمال ولایت حاکم، متفرع بر وجود حاکم جامع الشرایط است. چنانکه حاکم جامع الشرایط وجود نداشته باشد یا دسترسی به حاکم یا منصوبین از ناحیه وی ممکن نباشد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» قابل اجراء نخواهد بود مگر اینکه ولایت عدول مومنین را از باب امور حسیه مورد پذیرش قرار دهیم (شیخ انصاری، ۱۳۶۷ش، ص ۳۰۶). در این صورت عدول مومنین به جهت ولایت بر ممتنع، تکلیف وی را انجام می‌دهند. در ادبیات فقهی مراد از واژه حاکم، فقیه جامع الشرایطی است که علاوه بر قضا و سمت دادستان سمت محاسب به معنای عام آن، دارای صلاحیت اداری وسیعی است (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۰۷). بنابراین فقیهی که علاوه بر صلاحیت و مرجعیت در افتاء، دارای ولایت قضایی و ولایت در زعامت باشد حاکم به شمار می‌آید و هر کس بخواهد عهده‌دار امور قضایی یا اجرایی شود باید مأذون از ناحیه وی باشد (امام خمینی، بی‌تا، ج ۹۹/۲). در زمان حاکمیت فقیه جامع الشرایط، قوه قضایی مشروعیت خویش را در امر قضا از ولایت قضایی وی اخذ می‌کند و قصاصات قانونی، قصاصات مأذون از ناحیه او بوده و در چارچوب قانون از صلاحیت لازم برخوردارند. با حاکمیت قضایی

فقیه جامع الشرایط، اعمال ولايت قضایي از ناحيه دیگر فقيهان پذيرفته نیست چون موجب اختلال نظام قضایي و هرج و مرج می‌گردد.

### ۲-۳- درخواست استيفای حق از ناحيه صاحب حق

اصل خصوصی بودن مناسبات و روابط خانوادگی ایجاب می‌کند که حاکم تنها در صورت مطالبه صاحب حق برای استيفای حقوق وی بتواند بر ممتنع اعمال ولايت کند چنانکه فقيهان طلاق زوجه غایب مفقودالاثر و طلاق زنى که از ناحيه شوهر ظهار شده است را منوط به عدم رضایت زوجه و عدم صبروي برو وضع موجود دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ج ۶، ص ۶۵).

### بحث سوم- مستندات قاعده

در آيات قرآن کریم به آیاتی که به صراحت دلالت بر مفاد قاعده داشته باشد وجود ندارد.

### ۱-۳- روایات

در ادبیات فقهی الفاظ عبارت «الحاکم ولی الممتنع» یا «السلطان ولی الممتنع» (شیخ انصاری، ۱۳۶۷، ص ۳۰۶). برگرفته از روایاتی است که متضمن چنین مضمونی هستند لذا عین عبارت مذکور در روایات منقول از معصومین علیهم السلام وجود ندارد، روایات مشتمل بر الزام ممتنع از ایفای دین با وجود امکان و قدرت مالی (کلینی، ۱۳۸۴، ج ۴۱۲/۷) و الزام ممتنع از عرضه کالا در فرض نایاب شدن آن (احتکار) (حرعاملی، ۱۳۹۱ق، ج ۱۲/۷) از جمله روایات مورد استناد در شناسایی قاعده الحاکم ولی الممتنع می‌باشد. برخی از مستندات این قاعده روایاتی هستند که موارد آنها در زمینه حقوق خانواده است از آنجمله روایت ابو بصیر است که می‌گوید «سمعت اباجعفر (ع) يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الامام ان يفرق بينهما» از امام باقر (ع) شنیدم که فرمود: هر کس که زوجه‌ای دارد و به حال او رسیدگی نمی‌کند یا لباس مناسبی او را نمی‌پوشاند و خوراک درستی به او نمی‌دهد بر حاکم است که طلاق او را از مرد بگیرد و از یک دیگر جداشان سازد (حرعاملی، ۱۳۹۱ق، ج ۱۵/۲۲۳).

روایت ابو بصیر از چنان اطلاقی برخوردار است که عجز از انفاق و امتناع از

آن را در بر می‌گیرد یعنی زوجی که عاجز از انفاق یا ممتنع از آن است از ناحیه حاکم مجبور به طلاق دادن زوجه خود می‌شود در صورت عدم مبادرت به طلاق، حاکم می‌تواند بین زوج و زوجه جدائی بیاندازد یعنی زوجه را باستناد ولایت خویش طلاق دهد.

### ۳-۲- دلیل عقل

عقل و انها در زوجی که علیرغم تمکن، از انفاق زوجه امتناع می‌ورزد را ظلم می‌داند و ضرورت رفع آن را درک و به آن حکم می‌کند این درک و حکم عقل با حکم شارع به حرمت امتناع از انفاق و وجوب الزام به انفاق ملازمه دارد. که لازمه وجوب الزام به انفاق، و امتناع زوج از آن، این است که حاکم خود رأساً به جهت ولایتی که دارد اموال زوج را به فروش برساند و نفقة زوجه را تأديه نماید.

### ۳-۳- بناء عقلاه

ستاندن حق مظلوم از ظالم و رساندن صاحب حق به حق خویش برای حفظ نظام اجتماعی از جمله سیره عملی عقلا و از علل‌های مهم تشکیل حکومت در تمدن مدنی بشر است. بنای عقلا در حقیقت، سیره عملی است که همیشگی و همه جائی است. چنانکه همه اینای انسانی در همه زمانها و مکانها برای حفظ نظام اجتماعی به تأسیس حکومت مبادرت نموده‌اند بنابراین باید بنای عقلا را با عقل که ممکن است حکم آن تبدیل به سیره نشود اشتباه گرفت. بنابراین بنای عقلا از ضرورت دخالت حاکم برای حفظ نظام اجتماعی و تضمین حقوق حکایت می‌نماید. حفظ نظام و تأمین عدالت اجتماعی یعنی عدم رهاسازی ظالم به حال خویش و عدم واگذاری ستاندن حق به صاحب حق بدون حکومت میسر نمی‌باشد و اصولاً حکومت برای انجام چنین اموری ضرورت می‌یابد (محمدحسن نجفی ۱۴۰۴ق، ج ۱۳۳).

### ۳-۴- اجماع

با استقراء در آراء و اقوال فقیهان در موارد و مصاديق گوناگون قاعده‌ی الحاکم ولی الممتنع، به راحتی می‌توان اجماع را تحصیل نمود. بسیاری از فقیهان، این قاعده را به عنوان یک قاعده

مسلم تلقی نموده‌اند و در موارد به آن استناد جسته‌اند. با این وجود، اجماع مذکور مدرکی است و فاقد اعتبار و حجت مستقل از مدرک می‌باشد.

## مبحث چهارم- برخی از موارد کاربرد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» در حقوق خانواده

### ۱-۴- استنکاف زوج از پرداخت نفقة زوجه با وجود توانایی در پرداخت در فقه امامیه

قرآن کریم زوج را به معاشرت به معروف با زوجه فرا می‌خواند (عاشروهن بالمعروف) (نساء ۱۹). از جمله مصاديق برجسته معاشرت به معروف تأمین مایحتاج زوجه است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴/۶). بدون تردید محتاج گذاردن زوجه یا فراهم آوردن ذلت اجتماعی او منکر اجتماعی تلقی می‌گردد. و به اختلال نظام حاکم بر مناسبات زوجین می‌انجامد لذا ورود حاکم پس از درخواست زوجه برای حفظ نظام اجتماعی اجتناب ناپذیر می‌نمایاند.

فقیهان امامیه در زمینه حکم زوج ممکنی که از پرداخت نفقة زوجه استنکاف می‌ورزد اتفاق نظر ندارند. اقوال آنان را می‌توان در سه قول به شرح ذیل تقسیم بندی کرد:

۱- الزام زوج ممکن، به پرداخت نفقة یا طلاق زوجه

۲- الزام زوج ممکن، به پرداخت نفقة و حبس زوج تا پرداخت نفقة.

۳- پرداخت نفقة از اموال زوج

### ۱-۱- الزام زوج ممکن، به پرداخت نفقة یا طلاق زوجه

برخی از فقیهان معتقدند؛ زوجه برای مطالبه نفقة خود به حاکم رجوع می‌کند، حاکم زوج را ملزم به پرداخت نفقة یا طلاق زوجه می‌نماید. شیخ طوسی در کتاب نهایه می‌نویسد: « و متى لم يقم الرجل بنفقة زوجته، و كان ممكنا من ذلك، الزمه الإمام، النفقة او الطلاق...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۷۵). این نظر اختصاص به شیخ طوسی ندارد. ابن ادریس در سرائر نیز از همین قول پیروی کرده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۵۹۲). مستند این قول روایت ابو بصیر

از امام صادق(ع) (محمدبن طوسی، حرمعلی، ۱۳۹۱ق، ج ۱۵/۲۲۳). و همچنین روایت جمیل بن دراج است که محمدبن یعقوب کلینی در کافی از جمیل بن دراج نقل کرده که گفته است: مرد مجبور به نفقة نیست مگر نفقة والدین و فرزندان، ابن ابی عمیر می‌گوید به جمیل گفت: و زوجه، گفت: عنیسه از امام صادق(ع) روایت کرده است که آن حضرت فرمود: «هنگامی که به حال او رسیدگی کند یا لباس مناسبی او را بپوشاند و خوراک درستی به دهد به نحوی روپای بایستد، زوجه با او می‌ماند و گرنه او را طلاق می‌دهد». بنابراین مرد بر نفقة پدر و مادر و فرزندان ملزم می‌باشد اما در زمینه نفقة زوجه، زوج ملزم به دادن نفقة یا طلاق زوجه می‌باشد.

#### ۴-۱-۲- الزام زوج متمنکن به پرداخت نفقة زوجه و حبس او تا پرداخت نفقة

بر اساس این قول، چنانکه زوج متمنکن به پرداخت نفقة زوجه مبادرت نماید زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه و الزام زوج به انفاق را از وی درخواست نماید در این صورت حاکم زوج را ملزم به پرداخت نفقة زوجه خواهد کرد. اگر زوج از پرداخت نفقة استنکاف نماید حاکم وی را به جهت اضرار به زوجه زندانی می‌نماید مستند این قول سیره قضایی امام علی(ع) است چنانکه نقل شده است: «زنی نزد علی (ع) علیه شوهرش به جهت عدم اداء نفقة شکایت کرد حضرت علی(ع) دستور داد شوهر را به جهت اضرار به زوجه زندانی کنند» (اشعت کوفی، بی‌تا، ص ۱۰۸). اضرار به زوجه از ناحیه زوج در استنکاف از پرداخت نفقة وقتی متصور است که زوج متمنکن در انفاق باشد. علاوه بر سیره قضایی، بیانی از امام علی(ع) در این زمینه نقل شده است که آن حضرت فرمود: «مرد برای نفقة اجبار می‌شود، اگر انجام نداد حبس می‌گردد...». (اشعت کوفی، بی‌تا، ص ۱۰۹). فقهیان حبس برای پرداخت نفقة زوجه را مختص به زوج متمنکن در پرداخت دانسته اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲۲/۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۱۳/۳؛ قاضی ابن برآج، ۱۴۰۶ق، ج ۳۴۸/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳۸/۲۵). حبس مذکور برای ادائی نفقة دانسته شده است. بنابراین حبس، روشی است برای بدست آوردن و آشکار کردن مال و این در صورتی است که وی مال خود را مخفی کرده باشد. برخی بر این باورند که حاکم در فرض استنکاف زوج متمنکن در پرداخت مخیر است بین حبس و تأدیب وی تا او، خود به انفاق مبادرت نماید یا حاکم از

مال وی به مقدار نفقة زوجه اتفاق نماید (مومن سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۳۱۰/۲؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳۸۱/۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۶۰۰/۷). تأذیب یادشده را مانند حبس، باید سازوکاری برای اظهار مال و ادای نفقة زوجه از ناحیه زوج بشمار آورد.

#### ۴-۱-۳- پرداخت نفقة زوجه از اموال زوج با فروش اموال وی

بر این اساس این قول چنانکه زوج متمكن، از پرداخت نفقة سر باز زند، زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه کند حاکم زوج را مجبور به پرداخت نفقة می‌نماید در صورتیکه وی از پرداخت نفقة استنکاف ورزد حاکم با فروش اموال وی بر زوجه اتفاق می‌نماید. شهید ثانی در این زمینه می‌نویسد: «اگر زوج متمكن از اتفاق امتناع کند برای حاکم جایز است که از مال زوج برای زوجه اتفاق کند اگر چه چیزی از مال او را بفروشد. زمانی که گرفتن نفقة تنها به این وسیله امکان پذیر باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳۶۲/۸). بسیاری از فقهیان دیگر نیز به جواز فروش اموال زوج متمكن از ناحیه حاکم اذعان نموده‌اند (موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱/۴۸۲؛ مومن سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲۷۰/۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۹۵/۱۲؛ حلی، بی تا، ج ۴۹/۲). صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «اگر زوج ممتنع مالی آشکار داشت جایز است حاکم آن را بگیرد و برای نفقة زوجه خرج کند و نیازی به رضایت زوج نمی‌باشد زیرا در این صورت حاکم ولی اوست....» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۰۷/۳۱).

#### ۴-۲- ضمانت‌های اجرای نفقة زوجه در صورت تمکن زوج از پرداخت در حقوق ایران

قانونگذار قانون مدنی در ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقة به محکمه رجوع کند در این صورت محکمه میزان نفقة را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد». پیش‌بینی صدور حکم به پرداختن نفقة برای حفظ حق زوجه، در حقیقت ضمانت اجرای مدنی این حق است. قانونگذار در قانون اصلاحی ۱۴/۸/۱۳۷۰ ماده ۱۲۰۵-م مجوز برداشت از اموال ممتنع را رأساً به دادگاه می‌دهد. این

ماده مقرر می‌دارد: «در موارد غیبت یا استنکاف از پرداخت نفقة، چنانچه الزام کسی که پرداخت نفقة به عهده اوست ممکن نباشد دادگاه می‌تواند با مطالبه افراد واجب النفقة، به مقدار نفقة از اموال غایب یا مستنکف در اختیار آن‌ها یا متکفل مخارج آنان قرار دهد و در صورتی که اموال غایب یا مستنکف در اختیار نباشد همسر وی یا دیگری با اجازه دادگاه می‌توانند نفقة را به عنوان قرض بپردازنند و از شخص غایب یا مستنکف مطالبه نمایند» بنابراین در بررسی ماده ۱۲۰۵ ق-م دادگاه، می‌تواند (چنانچه زوج به امتناع ادامه دهد) از محل اموال او که توسط زوجه و یا کسان او معرفی می‌گردد، برداشت نموده و در اختیار زوجه قرار دهد و چنانچه لازم باشد خود رأساً به فروش اموال زوج مبادرت ورزد (محقق دمامد، ۱۳۶۵، ص ۳۶۵). پرداخت از اموال زوج ممتنع توسط دادگاه منوط به مطالبه زوجه می‌باشد یعنی در صورت عدم مطالبه زوجه دادگاه رأساً نمی‌تواند به برداشت نفقة از اموال ممتنع اقدام کند. پشتوانه فقهی فروش اموال زوج برای ادائی نفقة زوجه قاعده‌ی الحاکم ولی الممتنع می‌باشد. بر اساس این قانون اصلاحی، دادگاه علاوه بر اینکه می‌تواند با صدور دستور فروش اموال محکوم عليه، نفقة زوجه را تمهید نماید، حق دارد به محکوم له اجازه دهد که از دیگران وام بگیرد. وام مذکور دین محکوم عليه تلقی می‌گردد و در ذمه وی مستتر می‌گردد. در توجیه دین کسی که ملزم به اتفاق است سه مبنا مطرح شده است.

۱- حاکم ولی یا نماینده قانونی محکوم عليه است بنابراین به منزله این است که وام دهنده به اذن مدیون، دین او را به مستحق نفقة پرداخته باشد. لذا می‌تواند به زوج مراجعه کند.

۲- وام دهنده در واقع به حکم ضرورت به جای زوج تصمیم می‌گیرد و بخشی از دارایی ملزم به اتفاق را اداره می‌کند و باستاناد ماده ۳۰۶ ق-م مستحق اخذ آن خواهد بود.

۳- وام دهنده حق دارد به مدیون نفقة به عنوان استفاده کننده بدون جهت رجوع کند و آنچه را به ناروا سود برد است به صاحبیش برگرداند (مواد ۳۰۱ به بعد ق-م) (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲/۳۵۹).

قانونگذار ایرانی علاوه بر ضمانت اجرایی مدنی از ضمانت اجرایی کیفری نیز برای ممتنع از پرداخت نفقة بهره جسته است. قانونگذار ایرانی برای نخستین بار در ماده ۲۱۴ قانون جزای عمومی ایران به ترک اتفاق زوجه وصف جزایی داده است (اسدی، ۱۳۷۸، صص ۲۰-۱۲). و برای مرتکب، حبس تأديبي از سه ماه تا یکسال پیش بینی کرده است. بعد از آن در ماده ۲۲ قانون

حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ مجازات حبس جنحه‌ای از سه سال تا یک سال را برای مرتكب جرم ترک اتفاق زوجه و دیگر اشخاص واجب النفعه مقرر داشته است. و سپس ماده ۱۰۵ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ با نسخ ماده ۲۲ مذکور، مجازات شلاق را جایگزین حبس نمود و میزان آن را به نظر حاکم تا ۷۴ ضربه دانسته است. و پس از آن ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ از ترک اتفاق جرم انگاری شده است و مجازات تارک اتفاق سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس معین شده است. و در نهایت در ماده ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ همین مجازات را مقرر داشته است پیش بینی مجازات مذکور بر این مبنای فقهی استوار است که ترک اتفاق از گناهان و معاصی است. حاکم می‌تواند مرتكب ترک اتفاق را به جهت ارتکاب معصیت، تعزیر نماید چون قاعده «لکل اثم حد او تعزیر» بیان می‌دارد اگر برای معصیتی حدی مقرر نشده باشد مرتكب آن معصیت، مستوجب تعزیر است برخی فقیهان بر مجازات تعزیری ممتنع از اتفاق در صورت تمکن و قدرت بر پرداخت اذعان نموده‌اند شیخ یوسف بحرانی صاحب کتاب گرانسنگ حدائق الناظره در زمینه آثار حقوقی مترب بر نشور زوج می‌نویسد: «زوجه شکایت خود را نزد حاکم می‌برد، اگر برای حاکم آنچه ادعا شده است با شاهد یا اعتراف زوج یا مانند آن ثابت شود زوج را تعزیر کند و نفعه زوجه را از مال زوج پرداخت می‌نماید اگر چه با فروش بخشی از مال وی باشد» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۶۱۹).

مجازات کیفری یاد شده در قانون را نباید به استنکاف از دادن نفعه گذشته تعییم بخشد چون اولاً: ظاهر ماده بر مجازات مستنکف از نفعه آینده دلالت دارد. اصولاً اطلاق کلمه نفعه بر آن مجازی است نه حقیقی و فقط دارای ضمانت اجرای مدنی است. ثانیاً: با عنایت به اصل تفسیر مضيق، قانون به نفع متهم تفسیر می‌شود از این رو نباید به موردی که مرد در پرداخت نفعه گذشته استنکاف می‌ورزد تعییم داد. ثالثاً: تعیین مجازات کیفری برای عدم پرداخت دین مدنی بر خلاف اصل است لذا باید به قدر متیقن آن یعنی نفعه آینده اکتفا کرد (صفایی، امامی، ۱۳۶۹، ص ۱۹۰). بنابراین نفعه گذشته زوجه تنها از طریق دعوای مدنی قابل مطالبه است ماده ۱۲۰۶ ق.م طلب زوجه از بابت نفعه مزبور را طلب ممتاز تلقی کرده است بنحوی که در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن مقدم بر غرما خواهد بود. لازم به یادآوری است که نفعه دوران

دادرسی قابل مطالبه است و می‌تواند موضوع حکم قرار گیرد و نباید آن را مطالبه نفقة گذشته به شمار آورد چون از زمان اقامه دعوی، زوجه حق دارد مناسب با دارایی زوج زندگی کند نباید کنندی دادرسی این حق را از بین برد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲/۳۵۶).

#### ۴-۳-استنکاف زوج از طلاق در فرض عدم پرداخت نفقة با وجود توانایی در پرداخت

صدور حکم به پرداختن نفقة برای حفظ حقوق زوجه است با این وجود، ضمانت اجرایی مدنی برای هدف مذکور کافی نیست چون ممکن است زوج اموال خود را مخفی کند. و در نتیجه الزام زوج به انفاق میسر نباشد. در این صورت دادگاه زوج را الزام به طلاق می‌نماید چنانکه از اجرای طلاق امتناع ورزد حاکم به استناد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» طلاق را جاری خواهد ساخت. محقق خوبی در این زمینه می‌نویسد: «اگر ممکن بر نفقة از انفاق استنکاف نماید جائز است برای زوجه که امرش را برای حاکم شرع ببرد، پس حاکم زوج را به یکی از دو امر از انفاق یا طلاق الزام می‌کند، بنابراین اگر زوج از انجام هریک از دو امر استنکاف نماید و انفاق بر زوجه از مال زوج ممکن نباشد جائز است برای حاکم که زوجه را طلاق دهد و فرقی نیست در اینکه زوج حاضر باشد یا غایب...» (خوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۹). برخی دیگر از فقیهان نیز این نظر را اختیار کرده‌اند (سبزواری، بی‌تا، ص ۵۷۴). سیدابوالحسن اصفهانی در کتاب وسیله النجاه در فرض مذکور به امکان اجرای طلاق از ناحیه حاکم در صورت درخواست طلاق از ناحیه زوجه، اذعان کرده‌اند وی می‌نویسد: «اگر زوج ممکن از انفاق امتناع کند زوجه امرش را به حاکم می‌برد و حاکم زوج را به یکی از دو امر پرداخت نفقة یا طلاق الزام می‌کند پس اگر زوج استنکاف نماید و انفاق از مال زوج و اجبار به طلاق ممکن نباشد، ظاهر این است که بر حاکم است که زوجه را طلاق دهد در صورتیکه زوجه اراده طلاق نماید» (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۷۲۶). پشتونه فقهی قول مذکور قاعده «الحاکم ولی الممتنع» می‌باشد. ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی استنکاف شوهر از دادن نفقة در فرض توانایی پرداخت را از موجبات اجبار شوهر به طلاق دانسته است این ماده مقرر می‌دارد «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقة و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقة، زن می‌تواند برای طلاق به

حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید...». در این ماده حاکم تنها می‌تواند زوج را اجبار به طلاق کند ولی اینکه خود رأساً از باب الحاکم ولی الممتنع بتواند به اجرای طلاق مبادرت نماید در این ماده پیش‌بینی نشده است با این وجود در صورتیکه عدم پرداخت نفقة موجب عسر و حرج زوجه شود زوجه می‌تواند باستناد ماده ۱۱۳۰-م تقاضای طلاق نماید و دادگاه با احراز عسر و حرج می‌تواند به طلاق مبادرت نماید.

#### ۴-۴- استنکاف از طلاق در فرض عجز زوج از پرداخت نفقة

چنانکه زوج هنگام ازدواج ممکن در پرداخت نفقة باشد ولی سپس به جهتی از ادائی آن ناتوان شود. در فقه امامیه سه قول به شرح ذیل مطرح شده است:

- ۱- زوجه صبر کند تا وضع مالی زوج بهبود پیدا کند.
- ۲- زوجه از حق مطالبه فسخ نکاح برخوردار می‌شود.
- ۳- زوجه از حق مطالبه طلاق از حاکم برخوردار می‌شود.

#### ۱-۴- زوجه صبر کند تا وضع مالی زوج بهبود پیدا کند

برخی به استناد اصل لزوم عقد نکاح و آیات «وَإِنْ كَانَ ذُو عَسْرَةٍ فَنَظِرْهُ إِلَى مِيسَرَةٍ» (بقره/۲۸۱) و «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» (نور/۳۲) و روایت منقول از شیخ طوسی در تهدیب مبنی بر امتناع امام (ع) از حبس زوج فقیری که از انفاق زوجه عاجز بوده است، معتقدند زوجه باید تحمل کند تا زوج موسر گردد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۲۹/۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲۴/۶؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۷۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۵۹۲/۲؛ قاضی ابن برآج، ۱۴۰۶ق، ج ۲۱۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷۱/۷؛ علامه حلی، بی‌تا، ج ۴/۳۷؛ یوسف بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۷۷/۲۴).

#### ۴-۴-۲- وجه از حق مطالبه فسخ نکاح برخوردار می‌شود

فاضل آبی بر این باورند که نگهداری زوجه بدون پرداخت نفقة از مصاديق امساك به معروف نیست «فامساك بمعروف او تسریح باحسان» (بقره/۲۲۹) از این رو، زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه کند و از وی درخواست فسخ نکاح را نماید چنانکه حاکم وجود نداشته باشد خود زوجه می‌تواند، نکاح را فسخ کند (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱ص ۱۵). روایت صحیحه ابا بصیر از امام باقر(ع) و صحیحه ربیعی و فضیل بن یسار از امام صادق(ع)<sup>۱</sup> نیز از دیگر مستندات این قول بشمار می‌آید.

#### ۴-۴-۳- زوجه از حق مطالبه طلاق از حاکم برخوردار می‌شود

قول سوم این است که زوجه باید به حاکم مراجعه کند تا او زوج را ملزم به طلاق کند چنانکه زوج، زوجه را طلاق ندهد خود اقدام به طلاق خواهد کرد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق ص ۷۶؛ خوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۸۸؛ سبزواری، بی‌تا، ص ۵۷۴، تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۳۶۱/۲) مستند این قول می‌تواند قاعده‌ی الحاکم ولی الممتنع باشد. سید محسن حکیم در این زمینه می‌نویسد: «پس هنگامی که زن با مرد فقیر ازدواج کند یا مرد بعد از عقد فقیر شود برای زن اختیار در فسخ عقد نیست نه برای خودش و نه با واسطه حاکم، ولی جایز است برای زن که امرش را نزد حاکم شرعی ببرد پس حاکم، زوج او را امر به طلاق می‌کند پس اگر زوج امتناع نماید حاکم شرع زوجه را طلاق می‌دهد (حکیم، ۱۴۱۰ق، ص ۳۰۶).

۱. صحیحه ربیعی و فضیل بن یسار از امام صادق(ع) در زمینه قول خداوند عزو جل، که می‌فرماید: «وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقٌ فَلَيْتَقُ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» حضرت فرمود: «خواراک او را بدهد چندان که کمر راست کند و نیز او را پوشاند (وظیفه خود را انجام داده) و آن باید میان آن جدایی افکند».

#### ۵- حکم مستنکف از طلاق در فرض عجز زوج از پرداخت نفقة در حقوق ایران

قانونگذار در قانون مدنی قسمت اخیر ماده ۱۱۲۹ از قول سوم تعیت کرده است. سؤال مهمی که مطرح می‌شود این است که آیا زوجه‌ای که خود ممکن بوده و توانایی تأمین هزینه زندگی مشترک را دارد می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید؟ اطلاق ادله مانند روایت ابابصیر از امام باقر(ع) این درخواست را برابر می‌تابند ولی در جمع ادله مشتمل بر تأکید بر حفظ نکاح و زوجیت و مبغوضیت طلاق با اطلاق ادله پذیرش درخواست طلاق از ناحیه حاکم، اطلاق ادله پذیرش درخواست طلاق را باید بر مورد عجزی که موجب عسر و حرج واقعی برای زن باشد حمل کرد. این تلقی در تفسیر قسمت اخیر ماده ۱۱۲۹ ق-م با مفاد ماده ۱۱۳۰ اصلاح شده قانون مدنی سازگاری بیشتر دارد چون تنها در فرض عجز در توانایی پرداخت و عدم توانایی زوجه در تأمین زندگی است که عسر و حرج واقعی برای وی ایجاد می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱/۳۷۴). با این وجود برخی از عالمان باستاناد ظاهر متون فقهی که متعرض این مسئله شده‌اند (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۱/۱۴۰؛ خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲/۲۰۰؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲/۷۴). معتقدند الزام زوج به طلاق، در فرض عجز او متفرع بر عسر و حرج نمی‌باشد (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۳۷۲).

#### ۶- غیبت طولانی و بی خبر شوهر و استنکاف ولی او از طلاق

برخی فقیهان بر این باورند چنانکه زوج چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد زوجه وی می‌تواند از حاکم درخواست طلاق نماید اگر غایب، ولی (یعنی کسی که با اجازه و تفویض غایب یا به نمایندگی از او بتواند امور او را اداره کند) داشته باشد حاکم، ولی او را دستور به طلاق می‌دهد. و در صورت امتناع ولی غایب مفقود الاثر، حاکم خود اقدام به طلاق می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۲/۲۹۳؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۲/۱۵۸، قاسم زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۷۸). در مقابل محقق

حلی در زمینه زوج غایب مفقودالاثر ضرورتی به طلاق نمی‌بیند و امر به مراعات عده وفات را کافی می‌دانند (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹). قانونگذار قانون مدنی در مواد ۱۰۲۳ و ۱۰۲۹ از قول شهید ثانی پیروی کرده است بر اساس ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی زنی که شوهر او مفقودالاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق، عده وفات نگاه دارد.

#### ۷-۴- امتناع زوجین از انتخاب حکم در صورت بیم جدایی بین زوجین

بعضی از عالمان بر این باورند که در صورتی که بیم جدایی بین زوجین برود هر یک از زوجین باید حکمی از میان خویشاوندان خویش انتخاب کنند (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۸۰/۳). اگر زوجین از انتخاب حکم امتناع ورزند، حاکم خود نسبت به انتخاب حکم اقدام خواهد کرد. علامه حلی در این زمینه می‌نویسد: «فاما خشی الاستمرار بعث كل منهما حكما من أهله و لومتنع الزوجان بعثهما الحاكم» (محقق حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹۱). پس اگر خوف استمرار اختلاف باشد، هر یک از زوج و زوجه حکم خویش را از اهل خویش بر می‌گزیند و چنانکه زوجین از تعیین حکم امتناع ورزد حاکم حکمها را بر می‌گزینند به تعبیر دیگر چنانکه آنها به گزینش حکم و داور اقدام ننمایند حاکم آنان را مجبور به انتخاب داور از خویشاوندان می‌نماید در صورت امتناع، از آنجائیکه بر اساس قاعده‌ی الحاکم ولی الممتنع، حاکم بر ممتنع ولايت دارد خود رأساً به تعیین حکم و داور مبادرت خواهد نمود.

#### ۸-۴- استنکاف زوج از طلاق یا رجوع در ایلاء

چنانکه زوج سوگند یاد کند که همیشه یا بیش از چهار ماه با زوجه دائم خود مجامعت نکند ایلاء تحقق می‌یابد در این صورت زوجه می‌تواند بر آن حالت صبر کند یا به حاکم مراجعه نماید و الزام زوج به طلاق یا رجوع را درخواست نماید. حاکم به زوج چهار ماه

فرصت می‌دهد و پس از آن مدت چنانکه زوج از رجوع و همبستر شدن و ارتباط با همسرش امتناع نماید به رجوع یا طلاق مجبور می‌نماید (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲۹/۳). اگر زوج نه رجوع کند و نه زوجه را طلاق دهد و در صدد اذیت همسرش باشد حاکم او را در محدوده‌ای از «نی» محبوس نموده و از جهت آب و غذا در مضيقه قرار می‌دهد تا به رجوع یا طلاق، راضی گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۲۷). صاحب جواهر بر این باور است که حاکم نمی‌تواند زوج را به یک طرف ملزم نماید انتخاب رجوع یا طلاق با او می‌باشد چون شارع زوج را بین دو امر مخیّر کرده است از این رو نمی‌توان او را به چیزی جز آنچه بر او شرعاً واجب است ملزم نمود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱۶/۳۳).

#### ۴-۹- امتناع زوج از بدل مدت باقی مانده در نکاح منقطع یا موقت

مسئله بدل مدت در نکاح موقت از ناحیه حاکم در غایب مفقودالاثر از جمله رهیافت‌های شناسایی موضع فقهیان در زمینه امتناع زوج از بدل مدت است. در مبحث غایب مفقودالاثر این سؤال مطرح شده است اگر زوج در نکاح منقطع یا موقت غایب مفقودالاثر شود. آیا حاکم پس از درخواست زوجه و احرار شرایط می‌تواند نسبت به بدل مدت نیابتاً از طرف غایب مفقودالاثر بدل مدت نماید؟ فقهیان در پاسخ این سؤال اتفاق نظر ندارند برخی بر این باورند که اختیار حاکم به قرینه طلاق و نفقة در احادیث به نکاح دائم و زوجه دائمی غایب مفقودالاثر اختصاص دارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۶۳، ج ۷۲/۲، قاسم زاده، ۱۳۸۰، ص ۲۸۰). لذا زوجه منقطع تا پایان مدت نکاح باید صبر کند یا شوهر او فوت نماید. در مقابل عده‌ای از فقهیان معاصر در پاسخ به استفتا و نظر خواهی، در صورت وجود شرایط، بدل مدت از ناحیه حاکم را می‌سُرّ دانسته‌اند (قاسم زاده، ۱۳۳۹، ص ۲۷۶ به بعد). حال چنانکه زوج با وجود حضور از ادائی حقوق زوجه در نکاح منقطع و انجام تکاليف شرعی علیرغم درخواست زوجه و الزام حاکم امتناع

ورزد و مدت طولانی وی را ترک گوید حاکم می‌تواند او را به بذل مدت الزام نماید اگر وی از بذل مدت استنکاف نماید حاکم به استناد قاعده «الحاکم ولی الممتنع» از ناحیه زوج، مدت را بذل می‌نماید. در قانون مدنی و قانون امور حسبی در زمینه بذل مدت زوجه منقطعه از ناحیه حاکم، حکمی پیش بینی نشده است با این وجود باستناد ملاک ماده ۱۳۰-ق-م عدم بذل مدت موجب تحملی عسر و حرج به زوجه می‌شود از این رو می‌توان باستناد قاعده نفی عسر و حرج برای حاکم این اختیار را قائل شد تا وی بتواند بر اساس تشخیص خود مدت باقی مانده از نکاح منقطع را که زوجه در عسر و حرج قرارداد از ناحیه زوج بذل کند.

#### ۱۰-۴- استنکاف زوج از رجوع یا طلاق در ظهار

چنانکه زوجی به زوجه خویش بگوید پشت تو مانند پشت مادر من است «ظهر ک کاظهر اُمی» این زن به شوهر خود حرام می‌شود مگر اینکه جزای معین آن در شرع (کفاره) را پرداخت نماید. این گفته زوج در فقه ظهار خوانده می‌شود در صورت تحقق ظهار، زوجه می‌تواند تحمل نماید یا به حاکم شکایت برد حاکم در صورت شکایت زوجه به زوج را ملزم به پرداخت کفاره و رجوع به زوجه یا طلاق می‌کند. اگر زوج تا سه ماه هیچ یک از موارد را نپذیرد حاکم او را به زندان می‌افکند و با سخت گرفتن بر وی از خوردن و آشامیدن، او را ملزم به اختیار رجوع یا طلاق می‌نماید (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۶۶/۳).

#### یافته‌ها

۱. اصل اولیه عدم ولایت انسانی بر انسان دیگر ایجاد می‌نماید که مناسبات زوجین خصوصی بوده و آنان خود بر اساس اصل حاکمیت اراده نسبت به تنظیم روابط خود مبادرت نمایند.

۲. بر اساس قاعده‌ی الحاکم ولی الممتنع، چنانکه شخصی از ادای حقوق دیگران یا انجام تکلیف خویش امتناع ورزد حاکم پس از احراز امتناع به جهت جلوگیری از هرج و مرج و حفظ نظم عمومی و اجرای عدالت اجتماعی نسبت به ادای حقوق رأساً اقدام می‌نماید.

۳. از آنجائی که امتناع و استنکاف در فرآیند دادرسی احراز می‌شود قاعده‌ی الحاکم ولی الممتنع، قاعده‌ای قضایی است یعنی حاکم پس از رسیدگی به درخواست شخصی که حقوق ولی تضییع شده است از باب ولايت مداخله می‌نماید. اعمال ولايت وی تنها در قدر متین ادله متصور است ولی نسبت به موارد مشکوک باید اصل عدم ولايت را جاری ساخت.

حاکم می‌تواند پس از احراز امتناع زوج با وجود توانایی در پرداخت یا پس از احراز امتناع زوج از طلاق زوجه با وجود عجز از پرداخت نفقه یا احراز امتناع ولی غائب به غیبت طولانی و بی خبر شوهر یا امتناع زوج از طلاق یا رجوع در ایلاء و ظهار یا امتناع زوجین از انتخاب حکم در فرض بیم از جدایی زوجین، یا امتناع از بدل مدت در نکاح منقطع رأساً به جهت ولايت بر ممتنع تکلیف شرعی و قانونی او را به انجام رساند.

## فهرست منابع

- ابن الاثير، مبارک ابن محمد، (۱۴۰۶ق)، *النهایه في غريب الحديث والاثر*، قم: موسسه اسماعیلیان.
- ابن براج، طرابلسي، قاضي عبدالعزيز، (۱۴۰۶ق)، *المذهب (لайн البراج)*، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴ق)، *معجم مقاييس اللغا*، جلد ۶، قم: الاعلام اسلامی.
- ابن منظور، (۱۴۰۸ق)، *لسان العرب*، چاپ اول، بیروت: دار احياء التراث العربي.
- اسدی، لیلا، (۱۳۷۸)، *جرم ترك اتفاق و ضمانات های اجرایی آن*، فصلنامه ندای صادق، شماره ۱۴، تهران.
- اسماعیلی، محسن، (۱۳۸۷)، *قاعده‌ی ولايت حاکم بر ممتنع*، مجله حکومت اسلامی، سال چهارم.
- اشعش کوفی، محمدمبین محمد، (بی تا)، *الجعفریات-الأشعثیات*، چاپ اول، تهران: مکتبه نینوی الحدیثه.
- اصفهانی، سید ابوالحسن، (۱۴۲۲ق)، *وسیله النجاه (مع حواشی الأمام الخمینی)*، چاپ اول، قم: موسسه نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
- اصفهانی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ق)، *كشف اللثام و الأبهام عن قواعد الأحكام*، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- اصفهانی، سید ابوالحسن، (۱۴۲۲ق)، **وسیله النجاه (مع حواشی الامام الخمینی)**، یک جلد، چاپ اول، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سر.
- امام خمینی، روح الله، (۱۴۱۰ق)، **الرسائل**، قم: موسسه اسماعیلیان.
- انصاری، مرتضی، (۱۳۶۷ش)، **المکاسب**، قم: انتشارات علامه.
- حلى، حسن بن یوسف، (۱۴۱۴ق)، **قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسی سبزواری، عبدالعلی، (۱۴۱۳ق)، **مهدب الأحكام (السبزواری)**، چاپ چهارم، قم: موسسه المنار.
- بحرانی، یوسف بن احمدبن ابراهیم، (۱۴۰۵ق)، **الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۲۶ق)، **منهاج الصالحين**، چاپ اول، قم: مجمع الأمام المهدی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۰)، **تمثیل و ذوق حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حر عاملی محمدبن حسن، (۱۳۹۱ق)، **وسائل الشیعه الى التحصیل مسائل الشریعه**، چاپ چهارم، بیروت: احیاء التراث العربي.
- حکیم، سید محسن طباطبائی، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحين (المحتشم للحکیم)**، چاپ اول، بیروت: دارالتعارف للطبعات.
- حلى، جعفرین حسن، (۱۴۰۸ق)، **شائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام**، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
- حلى، محمدبن حسن بن یوسف (فخر المحققین)، (۱۳۸۷ق)، **ایضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد**، چاپ اول، قم: موسسه اسماعیلیان.
- حلى، محمدبن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوى**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلى، حسن بن یوسف بن مطهر، (بی‌تا)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، چاپ اول، مشهد: موسسه آل البيت(ع).
- حلى، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، **المختصر النافع في فقه الامامیه**، چاپ ششم، قم: موسسه المطبوعات الدينه.
- حلى، حسن بن یوسف بن مطهر، (بی‌تا)، **مختلف الشیعه في احكام الشریعه**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحين**، قم: نشر مدنیه العلم.
- راغب اصفهانی، (۱۳۷۶)، **معجم مفردات الفاظ القرآن**، چاپ دوم، تهران: انتشارات مرتضوی.
- سبزواری، سید عبدالعلی، (بی‌تا)، **جامع الأحكام الشرعیه**، چاپ نهم، قم: موسسه المنار.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۳ق)، **مسالک الافهام الى تبیح شائع الاسلام**، چاپ اول، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، (۱۳۶۹)، **حقوق خانواده**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- طباطبائی حائری، سید علی بن محمد، (۱۴۱۸ق)، **رباط المسائل في تحقيق الاحکام بالدلائل**، چاپ اول، قم: موسسه آل البيت(ع).
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۴ق)، **تکمله العروه الوثقی**، چاپ اول، قم: کتابخانه داوری.
- طبری، فضل بن حسن، (۱۴۱۵ق)، **مجمع البیان**، چاپ اول، بیروت: موسسه الاعلمی للطبعات.
- طوسی، محمدبن حسن، (۱۳۸۷ق)، **المیسوط فی فقه الامامیه**، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمدبن حسن، (۱۴۰۰ق)، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، چاپ دوم، بیروت: دارالکتاب العربي.

عاملي، زين الدين بن على (شهيدثاني)، (۱۴۹۸ق)، الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه، چاپ دوم، نجف: جامعه النجف الدينية.

فيض كاشاني، محمد محسن ابن شاه مرتضى، (بـ تـ)، مفاتيح الشرائع، چاپ اول، قم: انتشارات كتابخانه آيه الله مرعشى نجفى. قاسم زاده، مرتضى، (۱۳۸۰ق)، امور حسبي غايب مفقود الآخر، تهران: فقتوس.

قرشى، سيدعلى اکبر، (۱۳۵۲ق)، قاموس قرآن، تهران: دارالكتب الاسلاميه.

کاتوزيان ناصر، (۱۳۸۵ق)، حقوق خانواده، تهران: شركت سهامي انتشار.

كليني، محمدين يعقوب، (۱۳۸۴ق)، الفروع من الكافي، چاپ پنجم، تهران: دارالكتب الاسلاميه.

محقق داماد، سيد مصطفى، (۱۳۶۵ق)، برسى فقهى حقوق خانواده، چاپ اول، تهران: نشر علوم اسلامي.

محقق داماد، سيد مصطفى، (۱۳۸۳ق)، قواعد فقه (بخش قضائي)، چاپ سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامي.

منتظرى، حسينعلي، (۱۴۰۹ق)، دراساه فى ولايه الفقه و فقه الدوله الاسلاميه، چاپ دوم، قم: المركز العالمى للدراسات الاسلاميه.

موسوي عاملي، محمدين علي، (۱۴۱۱ق)، نهاية المرام فى شرح مختصر شرائع الاسلام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامي.

مومن سبزوارى، محمد باقر بن محمد، (۱۴۲۳ق)، کفایه الاحکام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامي.

نجفى، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بيروت: دار أحياء التراث العربي.