

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

سید ابوالقاسم نقیبی^۱

(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 خانودگی به شرح ذیل می‌باشد.

۱- امتناع زوج از پرداخت نفقه با وجود توانایی در پرداخت ۲- امتناع زوج از طلاق زوجه با وجود عجز از پرداخت نفقه ۳- امتناع ولی غایب به غیبت طولانی و بی خبر شوهر از طلاق ۴- امتناع زوج از طلاق یا رجوع در ایلاء وظهار 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 ولایت 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 ولایت انجام دهد.

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

مبحث اول - مفردات و مفاد قاعده 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 بازداشتن چیزی برای اصلاح است. از این رو است که لجام چهار پایان را «حکمه الدابه» 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 احکمتم بین الناس ان تحکمو بالعدل»، به کسی که بین مردم حکم می‌کند حاکم و حکام گفته می‌شود» (راغب اصفهانی، ۱۳۷۶، ص ۱۲۶) ابن اثیر در کتاب نهاییه می‌نویسد: «از جمله نام‌های خداوند حکم و حکیم است و این دو بمعنای حاکم و قاضی است... گفته می‌شود احکمت فلاناً یعنی او را منع کردم و از این رو حاکم می‌گویند که ظلم را از مردم باز می‌دارد» (ابن اثیر، نهاییه، ۱۴۰۶ق، 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 ۲۷۱/۳). 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 ۱۶۱/۱). با استقراء در موارد استعمال واژه‌های حکم، حکومت، و حاکم و حکام در آیات و روایات در می‌یابیم 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، ۱۴۰۹ق، ج ۴۳۴/۱). بین قضاوت و ولایت اشتراک معنوی 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 شرایط است که علاوه بر افتاء در امور محتاج به فتوا و تصدی امور اجرایی، دارای ولایت قضایی است. او می‌تواند مباشرةً به حل و فصل دعاوی مبادرت ورزد یا به دیگران اذن دهد تا به نیابت از وی به قضاوت اقدام نمایند (امام خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲/۹۹). بنابراین قضاء از شئون فقیه جامع شرایط 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 (طریحی، ۱۴۰۸ق، ج ۲/۵۵۴). مولف معجم مقاییس اللغه 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 تلفی لغت شناسان از واژه ولایت در می‌یابیم نمی‌توان ولایت را تنها دوستی دانست زیرا در زبان عرب برای بیان دوستی که یک امر قلبی است از واژه‌هایی چون محبت یا مودت که مقابل بغض و کراهت 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 گرنه 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 نارسایی‌های آنان را در امور عمومی جبران می‌نماید. در عصر غیبت فقیه جامع‌الشرایط با قرار گرفتن در کنار مردم با تصرف در امور عمومی بر اساس مصالح عامه، نارسایی‌های اجتماعی را مرتفع می‌نماید.

۳- ممتنع

کلمه ممتنع اسم فاعل از باب افتعال 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 نفقه زوجه با وجود تمکن و الزام حاکم، استنکاف وی از انجام تکلیف و جوب پرداخت نفقه است از این رو، وی ممتنع و مستنکف شناخته می‌شود. با فهم مفردات شکل دهنده قاعده «الحاکم ولی الممتنع» در می‌یابیم چنانکه شخصی از ایفای حقوق دیگران امتناع ورزد یا از انجام تکالیف شرعی خویش خودداری کند حاکم می‌تواند آنچه را که تکلیف ممتنع است به جهت ولایت 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).

۱-۲- احراز تحقق استنکاف

حاکم در صورتی می‌تواند از ناحیه اشخاص اعمال ولایت کند که استنکاف آنان را در انجام تکالیف شرعی و قانونی احراز نماید. سازوکار احراز استنکاف، اجبار و الزام اشخاص به انجام تکالیف و امتناع 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؛ صفایی و امامی،

۱۳۶۹، ج ۱/۳۷۶). احراز عجز و استتکاف 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 متقین 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 شرایط است. چنانکه حاکم جامع شرایط 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 حسبیه 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 شرایطی است که علاوه بر قضا و سمت دادستان سمت محتسب 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 به‌شمار می‌آید و هرکس بخواهد عهده‌دار امور قضایی یا اجرایی شود باید مأذون از ناحیه وی باشد (امام خمینی، بی‌تا، ج ۹۹/۲). در زمان حاکمیت فقیه جامع شرایط، قوه قضایی مشروعیّت خویش را در امر قضا از ولایت قضایی وی اخذ می‌کند و قضات قانونی، قضات مأذون از ناحیه او بوده و در چارچوب قانون از صلاحیت لازم برخوردارند. با حاکمیت قضایی

فقیه جامع الشرایط، اعمال ولایت قضایی از ناحیه دیگر فقیهان پذیرفته نیست چون موجب اختلال نظام قضایی و هرج و مرج می‌گردد.

۳-۲- درخواست استیفای حق از ناحیه صاحب حق

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

مبحث سوم - مستندات قاعده

در آیات قرآن کریم به آیه‌ای که به صراحت دلالت بر مفاد قاعده داشته باشد وجود ندارد.

۳-۱- 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 ۴/۱۲۷) و الزام ممتنع از عرضه کالا در فرض نایاب شدن آن (احتکار) (حرعاملی، ۱۳۹۱ق، ج ۳۱۷/۱۲) 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 ابوبصیر است که می‌گوید «سمعت اباجعفر (ع) يقول: من کانت عنده امرأه فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یتقیم صلبها کان حقاً علی الامام ان یفرق بینهما» 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 جدایشان سازد (حرعاملی، ۱۳۹۱ق، ج ۲۲۳/۱۵). روایت ابوبصیر 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.

۲-۳- دلیل عقل

عقل و نهادن 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 نفقه زوجه را تأدیه نماید.

۳-۳- بناء عقلاء

ستاندن حق مظلوم از ظالم و رساندن صاحب حق به حق خویش برای حفظ نظام اجتماعی از جمله سیره عملی عقلا و از علت‌های مهم تشکیل حکومت در تمدن مدنی بشر است. بنای عقلاء در حقیقت، سیره عملی است که همیشگی و همه جایی است. چنانکه همه ابنای انسانی در همه زمانها و مکانها برای حفظ نظام اجتماعی به تأسیس حکومت مبادرت نموده‌اند بنابراین نباید بنای عقلا را با عقل که ممکن است حکم آن تبدیل به سیره نشود اشتباه گرفت. بنابراین بنای عقلاء 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 ۳/۱۶۴).

۴-۳- اجماع

با استقراء در آراء و اقوال فقیهان در موارد و مصادیق گوناگون قاعده 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 حجیت مستقل از مدرک می‌باشد.

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

۱-۴- استنکاف زوج از پرداخت نفقه 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 مصادیق 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 متمکنی که از پرداخت نفقه زوجه استنکاف می‌ورزد اتفاق نظر ندارند. اقوال آنان را می‌توان در سه قول به شرح ذیل تقسیم بندی کرد:

۱- الزام زوج متمکن، به پرداخت نفقه یا طلاق زوجه

۲- الزام زوج متمکن، به پرداخت نفقه و حبس زوج تا پرداخت نفقه.

۳- پرداخت نفقه از اموال زوج

۱-۱-۴- الزام زوج متمکن، به پرداخت نفقه یا طلاق زوجه

برخی از فقیهان معتقدند؛ زوجه برای مطالبه نفقه خود به حاکم رجوع می‌کند، حاکم زوج را ملزم به پرداخت نفقه یا طلاق زوجه می‌نماید. شیخ طوسی در کتاب نهاییه می‌نویسد: «و متی لم یقم الرجل بنفقه زوجته، و کان متمکنا من ذلک، الزمه الامام، النفقه او الطلاق...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۷۵). این نظر اختصاص به شیخ طوسی ندارد. ابن ادریس در سرائر نیز از همین قول پیروی کرده است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ص ۵۹۲). مستند این قول روایت ابو بصیر

از امام صادق (ع) (محمد بن طوسی، حرعاملی، ۱۳۹۱ق، ج ۲۲۳/۱۵). و همچنین روایت جمیل بن دراج است که محمد بن یعقوب کلینی در کافی از جمیل بن دراج نقل کرده که گفته است: مرد مجبور به نفقه نیست مگر نفقه والدین و فرزندان، ابن ابی عمیر می‌گوید به جمیل گفتم: و زوجه، گفت: عنبسه 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 نفقه پدر و مادر و فرزندان ملزم می‌باشد اما در زمینه نفقه زوجه، زوج ملزم به دادن نفقه یا طلاق زوجه می‌باشد.

۲-۱-۴- الزام زوج متمکن به پرداخت نفقه زوجه و حبس او تا پرداخت نفقه

بر اساس این قول، چنانکه زوج متمکن به پرداخت نفقه زوجه مبادرت ننماید زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه و الزام زوج به انفاق را از وی درخواست نماید در این صورت حاکم زوج را ملزم به پرداخت نفقه زوجه خواهد کرد. اگر زوج از پرداخت نفقه 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 نفقه شکایت کرد حضرت علی (ع) دستور داد شوهر را به جهت اضرار به زوجه زندانی کنند» (اشعث کوفی، بی‌تا، ص ۱۰۸). اضرار به زوجه از ناحیه زوج در استنکاف از پرداخت نفقه وقتی متصور است که زوج متمکن در انفاق باشد. علاوه بر سیره قضایی، بیانی از امام علی (ع) در این زمینه نقل شده است که آن حضرت فرمود: «مرد برای نفقه اجبار می‌شود، اگر انجام نداد حبس می‌گردد...». (اشعث کوفی، بی‌تا، ص ۱۰۹). فقیهان حبس برای پرداخت نفقه زوجه را مختص به زوج متمکن در پرداخت دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲۲/۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۱۳/۳؛ قاضی ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۳۴۸/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۳۸/۲۵). حبس مذکور برای ادای نفقه 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 متمکن در پرداخت مخیر است بین حبس و تأدیب وی تا او، خود به انفاق مبادرت نماید یا حاکم از

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

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

بر این اساس این قول چنانکه زوج متمکن، از پرداخت نفقه سر باز زند، زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه کند حاکم زوج را مجبور به پرداخت نفقه می‌نماید در صورتیکه وی از پرداخت نفقه استنکاف ورزد حاکم با فروش اموال وی بر زوجه انفاق می‌نماید. شهید ثانی در این زمینه می‌نویسد: «اگر زوج متمکن از انفاق امتناع کند برای حاکم جایز است که از مال زوج برای زوجه انفاق کند اگر چه چیزی از مال او را بفروشد. زمانی که گرفتن نفقه تنها به این وسیله امکان پذیر باشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳۶۲/۸). بسیاری از فقیهان دیگر نیز به جواز فروش اموال زوج متمکن از ناحیه حاکم اذعان نموده‌اند (موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۴۸۲/۱؛ 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 نفقه زوجه خرج کند و نیازی به رضایت زوج نمی‌باشد زیرا در این صورت حاکم ولی اوست...» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۰۷/۳۱).

۲-۴- ضمانت‌های اجرای نفقه 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 نفقه به محکمه رجوع کند در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد». پیش بینی صدور حکم به پرداختن نفقه برای حفظ حق زوجه، در حقیقت ضمانت اجرای مدنی این حق است. قانونگذار در قانون اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ ماده ۱۲۰۵-م مجوز برداشت از اموال ممتنع را رأساً به دادگاه می‌دهد. این

ماده مقرر می‌دارد: «در موارد غیبت یا استنکاف از پرداخت نفقه، چنانچه الزام کسی که پرداخت نفقه به عهده اوست ممکن نباشد دادگاه می‌تواند با مطالبه افراد واجب النفقه، به مقدار نفقه 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 نفقه را به عنوان قرض بپردازند و از شخص غایب یا مستنکف مطالبه نمایند» بنابراین در بررسی ماده ۱۲۰۵ق-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 داماد، 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 نفقه از اموال ممتنع اقدام کند. پشتوانه فقهی فروش اموال زوج برای ادای نفقه زوجه قاعده الحاکم ولی الممتنع می‌باشد... بر اساس این قانون اصلاحی، دادگاه علاوه بر اینکه می‌تواند با صدور دستور فروش اموال محکوم علیه، نفقه زوجه را تمهید نماید، حق دارد به محکوم له اجازه دهد که از دیگران وام بگیرد. وام مذکور دین محکوم علیه تلقی می‌گردد و در ذمه وی مستتر می‌گردد. در توجیه دین کسی که ملزم به انفاق است سه مبنا مطرح شده است. ۱- حاکم ولی یا نماینده قانونی محکوم علیه است بنابراین به منزله این است که وام دهنده به اذن مدیون، دین او را به مستحق نفقه 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 انفاق را اداره می‌کند و باستناد ماده ۳۰۶ق-م مستحق اخذ آن خواهد بود. ۳- وام دهنده حق دارد به مدیون نفقه به عنوان استفاده کننده بدون جهت رجوع کند و آنچه را به ناروا سود برده است به صاحبش برگرداند (مواد ۳۰۱ به بعد ق-م) (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۳۵۹/۲).

قانونگذار ایرانی علاوه بر ضمانت اجرایی مدنی از ضمانت اجرایی کیفری نیز برای ممتنع از پرداخت نفقه بهره جسته است. قانونگذار ایرانی برای نخستین بار در ماده ۲۱۴ قانون جزای عمومی ایران به ترک انفاق زوجه وصف جزایی داده است (اسدی، ۱۳۷۸، صص ۲۰-۱۲). و برای مرتکب، حبس تأدیبی 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 مرتکب جرم ترک انفاق زوجه و دیگر اشخاص واجب‌النفقه 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 انفاق جرم انگاری شده است و مجازات تارک انفاق 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 پیش‌بینی مجازات مذکور بر این مبنای فقهی استوار است که ترک انفاق از گناهان و معاصی است. حاکم می‌تواند مرتکب ترک انفاق را به جهت ارتکاب معصیت، تعزیر نماید چون قاعده «الکل اثم حد او تعزیر» بیان می‌دارد اگر برای معصیتی حدی مقرر نشده باشد مرتکب آن معصیت، مستوجب تعزیر است برخی فقیهان بر مجازات تعزیری ممتنع از انفاق در صورت تمکن و قدرت بر پرداخت اذعان نموده‌اند شیخ یوسف بحرانی صاحب کتاب گرانسنگ حدائق الناضره در زمینه آثار حقوقی مترتب بر نشوز 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 نفقه زوجه را از مال زوج پرداخت می‌نماید اگر چه با فروش بخشی از مال وی باشد» (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۶۱۹). مجازات کیفری یاد شده در قانون را نباید به استنکاف از دادن نفقه گذشته تعمیم بخشید چون اولاً: ظاهر ماده بر مجازات مستنکف از نفقه آینده دلالت دارد. اصولاً اطلاق کلمه نفقه بر آن مجازی است نه حقیقی و فقط دارای ضمانت اجرای مدنی است. ثانیاً: با عنایت به اصل تفسیر مضیق، قانون به نفع متهم تفسیر می‌شود از این رو نباید به موردی که مرد در پرداخت نفقه گذشته استنکاف می‌ورزد تعمیم داد. ثالثاً: تعیین مجازات کیفری برای عدم پرداخت دین مدنی بر خلاف اصل است لذا باید به قدر متیقن آن یعنی نفقه آینده اکتفا کرد (صفایی، امامی، ۱۳۶۹، ص ۱۹۰). بنابراین نفقه گذشته زوجه تنها از طریق دعوی مدنی قابل مطالبه است ماده ۱۲۰۶ ق.م. طلب زوجه از بابت نفقه 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 نفقه دوران

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

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

صدور حکم به پرداختن نفقه 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 متمکن بر نفقه از انفاق استنکاف نماید جایز 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 جایز 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 متمکن از انفاق امتناع کند زوجه امرش را به حاکم می‌برد و حاکم زوج را به یکی از دو امر پرداخت نفقه 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). پشتوانه فقهی قول مذکور قاعده «الحاکم ولی الممتنع» می‌باشد. ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی استنکاف شوهر از دادن نفقه در فرض توانایی پرداخت را از موجبات اجبار شوهر به طلاق دانسته است این ماده مقرر می‌دارد «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به

حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید...». 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 پیش بینی نشده است با این وجود در صورتیکه عدم پرداخت نفقه موجب عسرو حرج زوج شود زوج می‌تواند با استناد ماده ۱۱۳۰ق-م تقاضای طلاق نماید و دادگاه با احراز عسرو حرج می‌تواند به طلاق مبادرت نماید.

۴-۴- استتکاف از طلاق در فرض عجز زوج از پرداخت نفقه

چنانکه زوج هنگام ازدواج متمکن در پرداخت نفقه باشد ولی سپس به جہتی از ادای آن ناتوان شود. در فقه امامیه سه قول به شرح ذیل مطرح شده است:

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

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

برخی به استناد اصل لزوم عقد نکاح و آیات «و ان كان ذو عسره فنظرة الی میسره» (بقره/۲۸۱) و «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» (نور/۳۲) و روایت منقول از شیخ طوسی در تهذیب مبنی بر امتناع امام (ع) از حبس زوج فقیری که از انفاق زوج عاجز بوده است، معتقدند زوج 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 براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲۱۴/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۷۱/۷؛ علامه حلی، بی‌تا، ج ۳۷/۴؛ یوسف بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۷۷/۲۴).

۲-۴-۴- وجه از حق مطالبه فسخ نکاح بر خوردار می‌شود

فاضل آبی بر این باورند که نگهداری زوجه بدون پرداخت نفقه از مصادیق امساک به معروف نیست «فامساک 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 ۱ ص ۱۵). روایت صحیحه ابا بصیر از امام باقر(ع) و صحیحه ربعی و فضیل بن یسار از امام صادق(ع)^۱ نیز از دیگر مستندات این قول بشمار می‌آید.

۳-۴-۴- زوجه از حق مطالبه طلاق از حاکم بر خوردار 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 ۱ ص ۳۶۱/۲) مستند این قول می‌تواند قاعده 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 ربعی و فضیل بن یسار از امام صادق(ع) در زمینه قول خداوند عز و جل که می‌فرماید: «وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَتَّقِ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ» حضرت فرمود: «خوراک او را بدهد چندان که کمر راست کند و نیز او را ببوشاند) وظیفه خود را انجام داده) و الا باید میان آن جدایی افکند».

۵-۴- حکم مستتکف از طلاق در فرض عجز زوج از پرداخت نفقه در حقوق ایران

قانونگذار در قانون مدنی قسمت اخیر ماده ۱۱۲۹ از قول سوم تبعیت کرده است. سؤال مهمی که مطرح می‌شود این است که آیا زوجه‌ای که خود متمکن 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 بر می‌تابند ولی در جمع ادله مشتمل بر تأکید بر حفظ نکاح و زوجیت و مبعوضیت 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 باستناد ظاهر متون فقهی که متعرض این مسأله شده‌اند (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۱/۲۰۰؛ خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲/۳۱۴؛ طباطبایی 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).

۶-۴- غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر و استتکاف ولی او از طلاق

برخی فقیهان بر این باورند چنانکه زوج چهار سال تمام غایب مفقودالاثرا 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 مفقودالاثرا، 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 می‌داند (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: «فاذا خشی الاستمرار بعث کل منهما حکما من اهله و لو امتنع الزوجان بعثهما الحاکم» (محقق حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹۱). پس اگر خوف استمرار اختلاف باشد، هر یک از زوج و زوجه حکم خویش را از اهل خویش بر می‌گزینند و چنانکه زوجین از تعیین حکم امتناع ورزد حاکم حکمها را بر می‌گزیند به تعبیر دیگر چنانکه آنها به گزینش حکم و داور اقدام نمایند حاکم آنان را مجبور به انتخاب داور از خویشاوندان می‌نماید در صورت امتناع، از آنجائیکه بر اساس قاعده الحاکم ولی الممتنع، حاکم بر ممتنع ولایت دارد خود رأساً به تعیین حکم و داور مبادرت خواهد نمود.

۸-۴- استتکاف 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، ۱۴۰۸ق، 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 مضیقه قرار می‌دهد تا به رجوع یا طلاق، راضی گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، 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 مخیر کرده است از این رو نمی‌توان او را به چیزی جز آنچه بر او شرعاً واجب است ملزم نمود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۳/۳۱۶).

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

مسئله بذل مدت در نکاح موقت از ناحیه حاکم در غایب مفقودالأثر از جمله رهیافت‌های شناسایی موضع فقیهان در زمینه امتناع زوج از بذل مدت است. در مبحث غایب مفقودالأثر این سؤال مطرح شده است اگر زوج در نکاح منقطع یا موقت غایب مفقودالأثر شود. آیا حاکم پس از درخواست زوجه و احراز شرایط می‌تواند نسبت به بذل مدت نیابتاً از طرف غایب مفقودالأثر بذل مدت نماید؟ فقیهان در پاسخ این سؤال اتفاق نظر ندارند برخی بر این باورند که اختیار حاکم به قرینه طلاق و نفقه در احادیث به نکاح دائم و زوجه دائمی غایب مفقودالأثر 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 فقیهان معاصر در پاسخ به استفتا و نظر خواهی، در صورت وجود شرایط، بذل مدت از ناحیه حاکم را میسر دانسته‌اند (قاسم زاده، ۱۳۳۹، ص ۲۷۶ به بعد). حال چنانکه زوج با وجود حضور از ادای حقوق زوجه در نکاح منقطع و انجام تکالیف 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 منقطه از ناحیه حاکم، حکمی پیش بینی نشده است با این وجود با استناد ملاک ماده ۱۱۳۰ق-م عدم بذل مدت موجب تحمیل عسر و حرج به زوجه می‌شود از این رو می‌توان با استناد 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 درظهار

چنانکه زوجی به زوجه خویش بگوید پشت تو مانند پشت مادر من است «ظهرک کظهر اُمی» این زن به شوهر خود حرام می‌شود مگر اینکه جزای معین آن در شرع (کفاره) را پرداخت نماید. این گفته زوج در فقهظهار خوانده می‌شود در صورت تحققظهار، 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 ایجاب می‌نماید که مناسبات زوجین خصوصی بوده و آنان خود بر اساس اصل حاکمیت اراده نسبت به تنظیم روابط خود مبادرت نمایند.

۲. بر اساس قاعده 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 قاعده الحاکم ولی الممتنع، قاعده‌ای قضایی است یعنی حاکم پس از رسیدگی به درخواست شخصی که حقوق وی تضییع شده است از باب ولایت مداخله می‌نماید. اعمال ولایت وی تنها در قدر متقین ادله متصور است ولی نسبت به موارد مشکوک باید اصل عدم ولایت 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 وظهار یا امتناع زوجین از انتخاب حکم در فرض بیم از جدایی زوجین، یا امتناع از بذل مدت در نکاح منقطع رأساً به جهت ولایت بر ممتنع تکلیف شرعی و قانونی او را به انجام رساند.

فهرست منابع

- ابن الاثیر، مبارک ابن محمد، (۱۴۰۶ق)، **النهایه فی غریب الحدیث و الاثر**، قم: موسسه اسماعیلیان.
- ابن براج، طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، (۱۴۰۶ق)، **المهذب (لأبن البراج)**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴ق)، **معجم مقاییس اللغه**، جلد ۶، قم: الاعلام اسلامی.
- ابن منظور، (۱۴۰۸ق)، **لسان العرب**، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- اسدی، لیلا، (۱۳۷۸)، **جرم ترک اتفاق و ضمانت های اجرایی آن**، فصلنامه ندای صادق، شماره ۱۴، تهران.
- اسماعیلی، محسن، (۱۳۸۷)، **قاعده ولایت حاکم بر ممتنع**، مجله حکومت اسلامی، سال چهارم.
- اشعث کوفی، محمدبن محمد، (بی تا)، **الجعفریات - الأشعثیات**، چاپ اول، تهران: مکتبه نبوی الحدیثه.
- اصفهان‌ئی، سید ابوالحسن، (۱۴۲۲ق)، **وسیله النجاه (مع حواشی الامام الخمینی)**، چاپ اول، قم: موسسه نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
- اصفهان‌ئی، محمد بن حسن، (۱۴۱۶ق)، **کشف اللثام و الأبهام عن قواعد الأحكام**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

اصفهان، سید ابوالحسن، (۱۴۲۲ق)، **وسيله النجاه (مع حواشی الامام الخمينی)**، یک جلد، چاپ اول، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

امام خمینی، روح الله، (۱۴۱۰ق)، **الرسائل**، قم: موسسه اسماعیلیان.

انصاری، مرتضی، (۱۳۶۷ش)، **المکاسب**، قم: انتشارات علامه.

حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ق)، **قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

موسوی سبزواری، عبدالعلی، (۱۴۱۳ق)، **مهدب الأحکام (للسبزواری)**، چاپ چهارم، قم: موسسه المنار.

بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵ق)، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۲۶ق)، **منهاج الصالحین**، چاپ اول، قم: مجمع الأمام المهدی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.

حر عاملی محمد بن حسن، (۱۳۹۱ق)، **وسائل الشیعه الی التحصیل مسائل الشریعه**، چاپ چهارم، بیروت: احیاء التراث العربی.

حکیم، سید محسن طباطبایی، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)**، چاپ اول، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.

حلی، محمد بن حسن بن یوسف (فخر المحققین)، (۱۳۸۷ق)، **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، چاپ اول، قم: موسسه اسماعیلیان.

حلی، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (بی تا)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، چاپ اول، مشهد: موسسه آل البیت (ع).

حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، **المختصر النافع فی فقه الامامیه**، چاپ ششم، قم: موسسه المطبوعات الدینی.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۴ق)، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، قم: نشر مدنیه العلم.

راغب اصفهانی، (۱۳۷۶)، **معجم مفردات الفاظ القرآن**، چاپ دوم، تهران: انتشارات مرتضوی.

سبزواری، سید عبدالاعلی، (بی تا)، **جامع الأحکام الشرعیه**، چاپ نهم، قم: موسسه المنار.

عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، چاپ اول، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، (۱۳۶۹)، **حقوق خانواده**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة**، چاپ اول، قم: موسسه آل البیت (ع).

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۴ق)، **تکمله العروه الوثقی**، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.

طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۵ق)، **مجمع البیان**، چاپ اول، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.

طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۰ق)، **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**، چاپ دوم، بیروت: دارالکتاب العربی.

عاملی، زین الدین بن علی (شهیدثانی)، (۱۳۹۸ق)، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه**، چاپ دوم، نجف: جامعه النجف الدینیّه.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، (بی تا)، **مفاتیح الشرائع**، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی.

قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۸۰)، **امور حسبی غایب مفقودالأثر**، تهران: ققنوس.

قرشی، سیدعلی اکبر، (۱۳۵۲)، **قاموس قرآن**، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

کاتوزیان ناصر، (۱۳۸۵)، **حقوق خانوادہ**، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۳۸۴)، **الفروع من الکافی**، چاپ پنجم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۶۵)، **بررسی فقهی حقوق خانوادہ**، چاپ اول، تهران: نشر علوم اسلامی.

محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۳)، **قواعد فقه (بخش قضایی)**، چاپ سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

منتظری، حسینعلی، (۱۴۰۹ق)، **دراساه فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه**، چاپ دوم، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.

موسوی عاملی، محمدبن علی، (۱۴۱۱ق)، **نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

مومن سبزواری، محمدباقر بن محمد، (۱۴۲۳ق)، **کفایه الاحکام**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، چاپ هفتم، بیروت: دار أحياء التراث العربی.