

Journal Iranian Political Sociology

Vol. 5, No.11, Bahman2023

<https://doi.org/10.30510/psi.2022.338198.3364>

The right of a man to divorce: A challenge to the implication of the no-harm rule in justifying a wife's request for divorce in the light of the Iranian and Egyptian legal systems

Abstract:

One of the most important legal issues in any society is family law, which has a high importance and status. In the discussion of family law, according to the realities that can be seen in society, divorce and the right to divorce under the influence of jurisprudential and religious teachings is one of the most controversial issues that is always discussed among jurists. Therefore, due to the flow of jurisprudential discourse in the subject laws, the main issue of the monopoly of the right to divorce, which is in the hands of the man, has always been a hotbed of marital challenges. Thus, the laws as well as the jurisprudential opinions indicate the fact that the right to divorce has been introduced for men as a principle. The fact that it can be modified according to a rule or rule has been hardly addressed by earlier jurists and has been hypothetically rejected. However, the flow of the harmless rule in feedback with principles such as the principle of the right to divorce a man always expresses the fact that with deep thought and dynamic digging and contemplation on social realities that arise from time and place, in the foundation of historical lag. Jurisprudence has changed. The transformation that Islamic-based legal systems today have inevitably incorporated into the subject law. This dynamism can be considered as an important basis in the enlightenment of contemporary jurists who have considered the component of time and place, in modifying the laws of the subject. Therefore, this study examines the scope of the entry of the harmless rule in this basic jurisprudential principle in the two legal systems of Iran and Egypt. The findings of this study indicate that in charity, type of association, delegating the right to divorce to the wife and other examples, the two legal systems have accepted with conditions that the wife can apply for divorce and a kind of right if the harm and hardship in marriage continue. She got a divorce.

Keywords: harmless rule; Charity; Socialization; Delegation of the right to divorce; Absent missing effect

حق طلاق مرد: چالشی پیرامون دلالت قاعده لاضرر در توجیه مطالبه طلاق از سوی زوجه در پرتو نظام حقوقی ایران و مصر

رضا ساکی^۱

سید مهدی جلالی^۲

سعید شریعتی^۳

تاریخ دریافت: ۱۶/۲/۱۴۰۱

تاریخ پذیرش: ۲۶/۵/۱۴۰۱

چکیده:

یکی از مهمترین مباحث حقوقی در هر جامعه‌ای حقوق خانواده می‌باشد که از اهمیت و جایگاه رفیعی برخوردار است. در بحث از حقوق خانواده نیز با توجه به واقعیت‌هایی که در جامعه به چشم می‌خورد طلاق و حق طلاق با تاثیرپذیری از آموزه‌های فقهی و دینی از جنجال برانگیزترین مباحثی است که همواره میان حقوقدانان مورد بحث می‌باشد. از همین روی به دلیل جریان گفتمان فقهی در قوانین موضوعه، مسئله اصلی انحصار حق طلاق که مرد آن را در دست دارد، همیشه گرانگاه چالش‌های زناشویی بوده است. بنابراین قوانین و نیز آرای فقهی مبین این واقعیت است که حق طلاق برای مرد به عنوان یک اصل القاء شده است. اینکه می‌توان آن را به موجب ضابطه‌ای یا قاعده‌ای تعدیل کرد فقهای متقدم به سختی به آن پرداخته و به صورت مفروض آن را رد نموده‌اند. با این حال جریان قاعده لاضرر در بازخورد با اصولی چون اصل حق طلاق مرد همواره این واقعیت را بیان می‌کند که با ژرف اندیشی و کند و کاو پویا و نیز غور در واقعیت‌های اجتماعی که برخاستی از زمان و مکان است، در شالوده تأخر تاریخی فقه دگرگونی ایجاد کرده است. دگرگونی که امروزه نظام‌های حقوقی مبتنی بر اسلام ناگزیر در قوانین موضوعه لحاظ کرده‌اند. پویایی مزبور را می‌توان در روشنگری فقهای معاصر که مولفه زمان و مکان را مد نظر قرار داده‌اند، مبنای مهمی در تعدیل قوانین موضوعه دانست. پس این پژوهش به بررسی دامنه ورود قاعده لاضرر در این اصل اساسی فقهی در دو نظام حقوقی ایران و مصر پرداخته است. یافته این تحقیق مبین این است که در انفاق، نوع معاشرت، تفویض حق طلاق به زوجه و مصادیقی دیگر، دو نظام حقوقی با شروطی پذیرفته‌اند که زوجه در صورت احراز اثبات اضرار و عسرت در ادامه زندگی زناشویی بتواند تقاضای طلاق نموده و به نوعی حق طلاق را به دست آورد.

واژگان کلیدی: قاعده لاضرر؛ انفاق؛ معاشرت؛ تفویض حق طلاق؛ غائب مفقود الاثر

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران. Lawlawer96@yahoo.com

^۲ استادیار گروه حقوق، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق، ایران. (نویسنده مسئول) di.s.m.jalali52@gmail.com

مقدمه:

خانواده این نهاد اساسی در دل اجتماع نمودی پر رنگ به سمت القاء این باور دارد که بدون آن نه تنها هر یک از نوع بشر در تنهایی و عزلت خود خواهد پوسید بلکه به تکامل نیز نخواهد رسید. این باور اصیل در طول دوره‌های تاریخی اگر چه فراز و نشیب‌هایی به خود دیده اما هنوز بر اعتقاد خود راستین ایستاده است. اما این یک اصل در فلسفه حیات است. به دنبال حقیقت هستی همیشه استثنائاتی نیز مترتب می‌گردد که طی طریق در مسیر احتمالاً سنگلاخی را میسر می‌کند. اگر ازدواج را اصل این ماهیت دانسته و در پی آن تکامل را دنبال کنیم، طلاق می‌تواند استثنایی باشد که بعضاً می‌تواند اگر چه ماهیتی منفور داشته اما ادامه مسیر را میسر کند. طلاق یکی از منفورترین حلال‌هایی است که در ادبیات فقهی اسلام وجود دارد. اگر چه آن را در اقوال فقهی صراحتاً در دست مرد مقبوض دانسته‌اند، اما مواردی چند نیز زن را بر داشتن این حق، محق می‌داند. این پژوهش سعی دارد با توجه به مبنای مقررات حقوق خانواده و مصادیقی که در فرایند زناشویی چالش برانگیز است، دامنه حق زوجه جهت دست‌یازی به اعمال طلاق را در دو نظام حقوقی ایران و مصر بررسی کند. مباحث مهمی چون قاعده لاضرر که در موضوعات مختلف توانایی آن را دارد که مقررات اساسی و اصولی حقوق خانواده از جمله حق طلاق را به نفع زوجه تفسیر، تحلیل و تعدیل کند.

بنابراین این واقعیت که در بیشتر مسائل مربوط به طلاق که ناشی از عدم رعایت حقوق متقابل زوجین نسبت به یکدیگر می‌باشد، قاعده لاضرر به صورت خاص جریان دارد. بنابراین اینقاعده علاوه بر اینکه در برخی مصادیق موجبی است تا در رابطه با طلاق از بروز مشکلات حقوقی در حوزه خانواده جلوگیری کند، خود مبنایی است که زوجه می‌تواند به واسطه آن حق طلاق که علی‌الاصول در دست زوجاست را بدست آورد. به طور کلی قاعده لاضرر یکی از اساسی‌ترین قواعد در شریعت اسلام است اما در خصوص مسائلی از جمله نشوز زوجین، انفاق زوجه، سوء معاشرت، تعارض حق اشتغال زوجه با حقوق زوج و ... نیز اعمال آن در طلاق به درخواست زوجه و به طور کلی رفع ضرر و زیان ناشی از روابط زوجین، این قاعده مورد توجه واقع می‌شود. در ذیل مسائل انفاق، حسن معاشرت، غیبت زوج و برخی موضوعات مرتبط در پرتو قاعده لاضرر و تأثیر آن در تعدیل اصل حق طلاق در دست مرد در دو نظام حقوقی ایران و مصر بررسی می‌شود.

۱- درنگی وجیز در مفهوم قاعده لاضرر و حق طلاق

«ضرر» با در نظر گرفتن موارد استعمال آن گاهی در معنای «قرار دادن دیگری در تنگنا» به کار می‌رود چنانکه در حدیث «لا ضرر» نیز به همین معنی به کار رفته است. همچنین ضرر به معنای «ایجاد نقص در جان و یا مال و یا عرض» به کار می‌رود. بنابراین تعریف لا ضرر نه تنها ضررهای مالی و جانی را شامل می‌شود، بلکه، ضررهای معنوی را نیز در برمی‌گیرد. (ابن نجیم، ۱۴۰۳: ۵۲) هرچند که به نظر «ضرر» شامل ضرر معنوی نمی‌شود اما واقعیت این است که این دیدگاه مضیق بوده و بر پایه برداشت درستی نیست. چرا که می‌توان ادعا کرد که «حدیث لا ضرر» در ارتباط با ضرر معنوی که «سمره» بر انصاری وارد می‌نموده، صادر گردیده است. علاوه بر آن، «حدیث لا ضرر» در مقام بیان یک حکم تعبدی نیست، بلکه یک قاعده عقلانی است که به منظور اجرای عدالت اجتماعی و رفع هر گونه ظلم و تجاوز به تمام انسانهاست.

در مقابل «ضرار» نیز آن است که شخصی، متصدی ضرر رساندن به دیگری گردد و بخواهد به عمد و با سبق تصمیم بر دیگری ضرر وارد آورد و این معنا از کلمات «محقق اصفهانی» و «نائینی» استفاده می‌شود. و به نظر می‌رسد در حدیث لا ضرر و لا ضرار مقصود از «لا ضرار» همین معنای اخیر بوده باشد. (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۱۳۹)

بررسی موارد استعمال واژه‌های ضرر و ضرار در منابع اسلامی نشان می‌دهد که «ضرر» شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است، ولی «ضرار» مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگری زیان وارد سازد (الدبوسی، ۱۴۱۵) که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به سوء استفاده از حق تعبیر می‌شود. رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم سمره را مضار خواند، و ناگفته پیدا است که وی با استفاده از حق خود می‌خواست به صاحب منزل زیان وارد سازد.

حق طلاق نیز که به موجب ماده ۱۱۳۳ موضوعی مصادره شده در دست مرد می‌باشد، دارای استثنائاتی است که هم اصل آن یعنی حقی برای مرد و چه استثنائات آن دارای صبغه ای شرعی است. هر چند مصادیقی که به واسطه آن حق طلاق در دست زوجه قرار می‌گیرد دارای مستحذاتی عرفی نیز می‌باشد، اما می‌توان ادعا کرد غالب این شروط دارای ریشه و اذن فقهی است. اگر آیاتی چون «آیه ۲۲۹ و ۲۳۱ سوره بقره» و «آیه ۲ سوره طلاق» توجه شود، بیان شده: در صورتی که زندگی زناشویی و بقای نکاح دشوار شود، به زن حق می‌دهد که به حاکم شرع رجوع نموده و درخواست طلاق نماید. حاکم شوهر را مجبور به طلاق می‌کند و اگر شوهر از دادن طلاق خودداری کند، حاکم به عنوان ولی ممتنع زن را طلاق می‌دهد. حق طلاق زوج و زوجه در گفتمان فقهی نیز بین فقها اینگونه مورد توجه است: «در جامع الشتات تألیف فقیه بزرگ میرزای قمی در کتاب الطلاق، نگاشته شده: «شکی نیست در این‌که، چنان‌که زوج را حقوق چند بر زوجه است که در تخلف از آنها زوجه ناشزه است هم چنین زوجه را به زوج حقوقی چند هست که در تخلف آن زوج ناشزه است هم چنین زوجه را بر زوج این است که نفقه و کسوه او را به موافق شریعت مقدسه بدهد با او بدون وجه شرعی کج خلقی نکند و او را اذیت نکند پس هرگاه 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 بروفای 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...» (گرجی، میرزای قمی، ۱۳۸۱: ۵۰۸) بنابراین جدا از اصل انگاری طلاق و حق آن برای مرد باید اذعان کرد در گفتمان فقهی و به تبع آن در قانون این حق برای زوج و زوجه مفهوم سازی شده است. البته شایان ذکر است؛ آ زوجه با مراجعه با قواعدی چون قاعده لاضرر و یا عسر و حرج به این مهم موضوعیت می‌بخشد.

۲- دلالت قاعده لاضرر در پرتو حقوق زوجه در طلاق

دلالت قاعده لاضرر در حقوق خانواده و به تبع آن در موضوع طلاق مسأله ای است که در قانون در سایه قاعده عسر و حرج و ماده ۱۱۳۳ قرار گرفته است. اما واقعیت این است که می‌توان در مواردی مشخص، مصادیقی را بیان کرد که نه تنها دلالت بر حق زن در حوزه خانواده را می‌توان از آن استخراج کرد بلکه به صورت خاص در مورد طلاق باید آن را جاری دانست. مشخص ترین سند و نص را می‌توان در آیهی «و لا تمسکوهن ضراراً لتعتدو» مشاهده نمود. در این آیه از اینکه مردان برای ضرر زدن و تجاوز به حقوق زنان آنان را نگهداری کنند و از طلاق آنها خودداری کنند صراحتاً نهی شده اند. پس براساس قاعده لاضرر، روابط زوجین مبتنی بر نفی ضرر است.

به عبارتی آثار اعمال قاعده لاضرر در حقوق زوجه به این شکل نمایان می‌گردد: یکی آن که هرگونه رفتار موجب مضیقه جایز نیست. از همین رو اجازه هر رفتاری به زوج داده نمی‌شود. دیگر آن که در موارد ضرر و ضرار، با رجوع زیان دیده به حاکم شرع جلوی زیان گرفته می‌شود. (سرخوش، خطیبی قمی، ۱۳۹۹: ۲۱۹) از طرفی دیگر همانطور که در فوق نیز تشریح شد که «در قاعده لاضرر «لا» برای نفی کردن آمده‌است. و این قاعده، ادله اولیه را تخصیص می‌زند و آن را مَعْنُون می‌کند به نفیض خاص» (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۶: ۵۴) یعنی ادله عام تخصیص می‌خورند و مقید می‌شوند به نبود ضرر و تمام احکام اسلام هم منوط است به اینکه ضرری نباشد و هیچ حکم ضرری تشریح نشده است.

حال ثمره این نظر در باب طلاق به خوبی نمود پیدا می‌کند. چرا که طبق ادله اولیه، طلاق منحصرأً به دست مرد است. طبق قاعده لاضرر این حکم اولیه از ابتدا تخصیص می‌خورد و نتیجه‌اش این می‌شود که انحصار طلاق در دست مرد در صورتی مشروع است که ضرری نباشد و ایجاد ضرر ننماید. به عبارتی قاعده لاضرر یک حکم اولیه است که حکم اولیه دیگر را که عام است تخصیص می‌زند. حال اگر زوجه در زندگی دچار ضرر شود و شوهر هم طلاقش ندهد، طبق این قاعده، انحصار طلاق در دست مرد مشروع نخواهد بود و این انحصار برداشته می‌شود. و فرد دیگری بجز زوج هم می‌تواند زوجه را طلاق دهد. البته قاعده لاضرر در اینجا تشریح کننده حق طلاق برای فردی غیر از زوج نمی‌باشد. چرا که لسان این قاعده رفع حکم ضرری است نه وضع حکم. اما اینکه فرد دیگری بجز زوج هم می‌تواند زوجه را طلاق دهد از این باب است، و لازمه برداشته شدن انحصار طلاق به دست مرد، آن است که حاکم هم بتواند مطلق باشد. پس از آنجایی که «الحاکم ولی الممتنع» است لذا حاکم شرع می‌تواند زوجه را ولو شوهرش هم راضی نباشد مطلقه سازد.

از نظر عقلی نیز این قاعده می‌تواند در باب طلاق در این عرصه ای گسترده توجیه و مشروعیت داشته باشد. چرا که بدون اجرای این قاعده، شیرازه نظام یک جامعه از هم پاشیده می‌شود. پس هر انسانی برای رسیدن به خواسته‌ها و مطامع خود دست به هر کاری می‌زند ولو آن که به ضرر دیگری تمام شود. به علاوه عرف عقلاء نیز بر این است که، موضوعات پیش آمده در نهاد خانواده و مراودات و مناسبات اجتماعی که در پرتو تشکیل آن به وجود می‌آید، باید مبتنی بر اصل عدم ضرر به یکدیگر (زوجین) باشد والا ارزش و اعتباری نخواهد داشت. براینکه این عدم ارزش و اعتبار را می‌توان در این موضوع جستجو کرد که زوجه اگرچه حق طلاق ندارد اما حق تمسک به قاعده لاضرر را در مواردی که حضور زوج برایش ضرری بیشتر دارد، می‌تواند توجیهی عقلانی در نظر گرفت.

این که زن به عنوان یکی از جلوه‌های آفرینش نظام احسن خلقت، دارای ویژگی‌ها و خصوصیات است که لازمه خلقت او بوده و در جای خود بسیار نیکو و پسندیده است، موضوعی مبرهن و واضح می‌باشد. که می‌توان بازخورد آن را در این مسأله باز یافت که زن سریع تر از مرد تحت تأثیر احساسات و عواطف خود قرار می‌گیرد و این امر سبب می‌شود که او بتواند همچون چشمه ساری پرآب به سیراب کردن گلها و ریاحین باغ زندگی خود بپردازد. اما اینکه توجیه کرد که اگر امر طلاق به دست زن سپرده می‌شد چه بسا که با هر مشاجره و درگیری سختی ارکان خانواده سست می‌شد، تحلیلی مبتنی بر مطالبه به مقصود است که ریشه در تأخر تاریخی نظام مرد سالاری داشته و نه تنها به جامعه عرب زمان تشریح که حتی به ابتدای تشکیل نهاد های بزرگ خانواده، قبیله و ... بر می‌گردد. بنابراین اگر با این سنت قوی چنین حقی را از زن سلب می‌کنیم، بنابراین باید سعی کنیم ابزاری عقلی،

فقهی و حقوقی را به وی داد تا بتواند به واسطه آن اقداماتی انجام داده تا به طور مطلق در اختیار مرد و در زندان تصمیم و اراده وی قرار نگیرد.

۳- وظایف زوج در قبال زوجه در نظام حقوقی ایران و مصر و جایگاه قاعده لاضرر در آن

۳-۱- انفاق

از مهمترین مسائل حقوق خانواده که مراحل مختلف زندگی، حتی فرایند طلاق را در بر می گیرد، موضوع نفقه و انفاق می باشد. نفقه اگر چه دارای وضعیتی موسع بوده و در نظام حقوقی ایران و به تبع آن می تواند فرزند، پدر، مادر را نیز در بر گیرد، اما در خصوص زوجه با جلوه ای مجزا از دیگر افراد واجب النفقه مد نظر قرار گرفته شده است. در ذیل این موضوع در دو نظام حقوقی ایران و مصر مورد توجه قرار می گیرد.

۱-۱-۳- در نظام حقوقی ایران

به طور خلاصه مفهوم اصطلاحی نفقه همسر را باید در لسان فقها اینگونه بیان کرد که آن را معمولاً به معنای «غذا، لباس، مسکن و...» گرفته اند. می توان از عبارات آنان برداشت کرد که نیازمندی های زن، که از دیدگاه آنان محصور است، نفقه نامیده می شود. البته عده معدودی نیز نفقه را به معنای خوراک زن گرفته و در مقابل لباس و مسکن قرار داده اند. قانون مدنی ایران نیز به تبع فقه و دیدگاه مشهور فقها در ماده ۱۱۰۷ نفقه را شامل مجموع نیازمندی های فوق دانسته و لباس و مسکن را جزو نفقه برشمرده است نه جدای از آن: «نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که بطور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد، و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء.»

حال با توجه به مختصات مصداقی نفقه زوجه باید شرایط آن را نیز که در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی بیان شده مورد بررسی قرار داد. به موجب ماده مزبور که قانونگذار مقرر می کند: «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او بدادن نفقه زن می تولند برای طلاق بحاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار بطلاق می نماید هم چنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه» هرچند واسط پرداخت نفقه به موجب قانون مدنی تمکین زوجه نیز می باشد. اما آنچه از این ماده استنباط می شود، این است که «عدم انفاق ممکن است به علت استتکاف زوج باشد؛ یعنی زوج با وجود ملائت از پرداخت نفقه خودداری کند یا به دلیل اعسار و عجز، امکان عمل به تکلیف برای وی میسر نباشد. به هر حال قانونگذار در ایجاد حق طلاق هیچ تفاوتی بین این دو قائل نشده است.» (جلالی، ۱۴۰۰: ۵۹) بنابراین در اینجا موضوع انفاق زوجه می تواند موجبی در ایجاد حق طلاق برای زوجه به شمار آید.

مقرراتی نیز در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی در زمینه نفقه زوجه بیان شده که به نوعی ضمانت اجرایی برای زوج است. این ماده مقرر می دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظائف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.» بنابراین با جمع دو ماده مزبور با توجه به اینکه به طور علی الاصول، اجازه طلاق به شوهر واگذار شده؛ احتیاج به ضمانت ندارد. لذا هر زمانی که شوهر نتواند زن خود را به وسیله نصیحت و یا ندادن نفقه در موارد نشوز، وادار به رعایت وظایف زناشویی بنماید، برای رهایی خود می تواند او را طلاق دهد. پس ضمانت اجرایی

حقوق زن را، شکایت از شوهر نزد حاکم و تقاضای طلاق از دادگاه دانسته است و ضمانت اجرا در حقوق شوهر را امتناع از پرداخت نفقه و استفاده از حق طلاق که در دست مرد است، شمرده است.

به هر حال آنچه موجب حق طلاق برخلاف اصل به دلیل عدم انفاق زوجه می‌گردد، دو شرط است که در ماده ۱۱۲۹ در قالب استتکاف با وجود ملائت و دیگر عدم امکان پرداخت به دلیل عجز و عسر که در مورد هر دو شرط آنچه به نظر جریان دارد، قاعده لاضرر است. چرا که وقتی زوج از پرداخت (با توجه به توانایی مالی) خودداری می‌کند، به زوجه ضرر رسانده و موجب ضرر وی می‌شود. در ابتدا حکم استتکاف زوج در پرداخت نفقه را باید بیان کرد که از نظر فقهی از مصادیق نشوز زوج می‌باشد. به عبارت دیگر همانطور که زن اگر به تکالیف خود در برابر مرد عمل نکند، ناشزه تلقی می‌شود، مرد نیز در صورت ترک انفاق و عدم پرداخت نفقه در صورت ملائت و یا وظایفی که بر عهده وی است مرد نیز ترک انفاق نماید یا از وظایف دیگری که به عهده او است خودداری کند، ناشز محسوب خواهد شد. با وقوع عقد نکاح دائم، مرد مکلف می‌شود (با تمکین زن)، نفقه او را پرداخت کند و اگر از این تکلیف قانونی، سرباز زند، هم از منظر کیفری و هم مدنی، دارای ضمانت اجرا خواهد بود.

این نگاه را می‌توان در رویکرد فقهی نیز مورد واکاوی قرار داد. مبنای فقهی حکم نشوز زوج در صورت استتکاف از پرداخت آیات و روایاتی است که فقها در استدلال خود بیان نموده‌اند. از جمله می‌توان به آیه ۲۲۹ سوره بقره اشاره کرد. خداوند در این آیه می‌فرماید: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» یعنی: طلاق، (طلاق) که رجوع و بازگشت دارد، (و در هر مرتبه است) (و در هر مرتبه،) باید به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند (و آشتی نماید)، یا با نیکی او را رها سازد (و از او جدا شود). همچنین خداوند در آیه ۲۳۱ همان سوره می‌فرماید: «وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ قَبْلَ أَنْ يَجْلِهِنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ» یعنی: و هنگامی که زنان را طلاق دادید، و به آخرین روزهای «عده» رسیدند، یا به طرز صحیحی آنها را نگاه دارید (و آشتی کنید)، و یا به طرز پسندیده ای آنها را رها سازید! و هیچ‌گاه به خاطر زیان رساندن و تعدی کردن، آنها را نگاه ندارید! و کسی که چنین کند، به خویشتن ستم کرده است. آیات مورد اشاره این مهم را برای زوج به عنوان تکلیف در نظر می‌گیرند که با زوجه باید به نیکی رفتار کند. آنچه فقها در این آیات و تکلیف زوج استنباط نموده‌اند؛ مهیا کردن شرایط مساعد برای زوجه (همسر) است. که در صورت عدم نیکی (عدم تهیه چنین شرایط مطلوبی) باید زوج، زوجه را طلاق دهد. فلسفه این نگرش نیز برخاستی از اصل عدالت است که سعی شده با در نظر گرفتن شرایطی که زیان را محتمل می‌داند، با شروطی مانع این اضرار گردد. پس این موضوع معمول است هر کجا زمینه‌ی انحراف و ظلم و خطر بیشتر است، هشدارها و سفارش‌ها نیز باید بیشتر باشد. با آنکه در دو آیه ی قبل فرمود: «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» بار دیگر در این آیه می‌فرماید: «فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف» زیرا شرایط روحی زن و مرد در موقع جدایی، عادی نیست و زمینه‌ی انتقام و آزار رسانی بسیار وسیع و خطر ظلم و تعدی فراوان است. (قرائتی، ۱۳۹۷: جلسه ۲۳۱) بنابراین آنچه مد نظر آیه موصوف می‌باشد، احتمال ظلم و تعدی به حقوق زن است چرا که شرایط به وجود آمده ممکن است با تنفر و لجبازی زوج، موجب اضرار زوجه گردد.

همچنین چنین مبنایی را در روایات نیز می‌توان مشاهده نمود. امام صادق (ع) می‌فرماید: «هرگاه مردی همسرش را پوشاک و خوراک مناسب دهد، زن ملزم است به زندگی با وی ادامه دهد و گرنه مرد باید او را طلاق دهد.» (حر

عاملی، ۱۳۸۹، ج ۱۵: ۴) نگاه امامان معصوم به ارتباط زوجین این واقعیت را القاء می کند که مرد اجازه ندارد زن را از زندگی متعارفش در خانه پدری (با ازدواج) محروم کند و در مقابل نیز وقتی به نیازهای زن در زندگی زناشویی نگذارد. این رفتار نمونه بارز فعل زیانباری است که بر زن تحمیل می گردد و موجب عسر و حرج وی و ضررش می گردد که به واقع برخلاف ضوابط حاکم بر قاعده لاضرر می باشد. همچنین در این زمینه امام محمد باقر (ع) می فرماید: «هرکس همسری دارد و او را خوراک و پوشاک ندهد، امام حق دارد بین آنها جدایی بیندازد» به هر حال آنچه در این دو حدیث مبین وضعیت زوجین می باشد، استنکاف از انفاق و ایجاد حق طلاق که در صورت اصرار زوج به وسیله حاکم و به درخواست زوجه اعمال می گردد. علاوه بر مبانی نصی و روایی می توان این حق را که به تبع فقه ایجاد شده در قانون و به موجب ماده ۱۱۲۹ نیز برای زوجه بیان کرد.

در اینجا، پرسشی که ایجاد می شود این است که موضوع نفقه حق بوده و می توان آن را به عنوان شرط ضمن عقد ساقط کرد و یا خیر تکلیفی عینی است که برای مرد در مقابل تکالیف زوجه در نظر گرفته شده و اسقاط آن به موجب هیچ گونه شرطی عملی نیست. واقعیت این است در خصوص عدم اسقاط آن دو استدلال می توان ارائه داد. نخست تحلیلی بر اساس مولفه های شخصی و فردی مرتبط با زوجه. چرا که بر طبق قاعده لاضرر می توان این توافق را رفتاری زیانبار برای زوجه دانست. رفتاری که در نهایت وی را از حقوق مختلفی از جمله امتیازات مادی چون پرداخت ماهیانه مایحتاج (به موجب قانون) و امتیازات معنوی چون داشتن حق طلاق در صورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه به زوجه محروم می کند. استدلال دیگر بر اساس ضابطه نوعی است. به عبارت دیگر تکلیف زوج در خصوص پرداخت نفقه تکلیفی قانونی است که به موجب ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی که مقرر می کند: «در عقد دائم نفقه زن بعهده شوهر است» برای زوجه در نظر گرفته شده است. البته این استدلالات نافی این مهم نیست که زوجه نتواند نفقه ای را که مستقر شده و طلبکار است را مانند دیگر طلبها، ببخشد یا به شوهر صلح کند، چرا که همانگونه که در فوق نیز بیان شد، ماهیت نفقه «حق» است. پس همانطور که حق دارای این ویژگی است که قابل واگذاری (به صورت جزئی) یا مصالحه می باشد، نفقه مستقر شده نیز همین خصیصه حقوقی را دارد.

ذیل ماده ۱۱۲۹ به جنبه دیگری از حق زوجه مبنی بر حق طلاق به دلیل نفقه بیان شده است، این جنبه عجز از پرداخت می باشد. با توجه به اینکه مختصات اعمال این حق به موجب قانون مشخص نشده است، اما برخی از استادان متعرض آن گردیده و گفته اند اگر زن هنگام عقد جاهل به اعسار زوج و عجز او از انفاق باشد و به این گمان با مرد ازدواج نموده است که عادتاً مرد فاقد معاش مبادرت به ازدواج و تشکیل زندگی نمی کند، می تواند به استناد خیار تدلیس، عقد را فسخ کند و سکوت قانونگذار را دلیل تمایل به خیار تدلیس دانسته اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۲۳؛ صفار، ۱۳۸۴: ۱۲۹) همچنین در پاسخ به این ایراد که در تدلیس وجود عملیات فریبکارانه شرط است و در این حالت عملیات فریبکارانه ای صورت نگرفته، اظهار داشته اند، «چون تدلیس به سکوت را اگر به معنای خودداری از سخن گفتن (فعل مثبت) در نظر بگیریم، عملیات فریبکارانه رخ داده است پس تدلیس محقق گردیده و خیار فسخ ایجاد شده است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۲۳) این در حالی است که پذیرش این استدلال دشوار است. چرا که اغوای طرف مقابل فعل مثبت لازم دارد و نمی توان در حالی که تدلیس نیازمند انجام عملی عمدی و مثبت است، با مفروض گرفتن سکوت به عنوان فعل مثبت، با وجود این که اصولاً سکوت

فاقد هر گونه اثر است و نمی‌تواند فعل مثبت تلقی گردد، این وضعیت را به استناد تدلیس موجد حق فسخ برای زن دانست. (جلالی، ۱۴۰۰: ۶۲)

همچنین عرف جامعه این روش را نمی‌پسندد که هر آن زوجه بتواند با تمسک به مشکلات مالی (عجز در پرداخت نفقه) تقاضای فسخ نکاح کند. پس ساختار جامعه و ریشه‌های عرفی حاکم بر آن اعتقاد دارد که زن و شوهر باید با فراز و نشیب‌های زندگی مشترک، شانه به شانه با همدیگر حرکت نمایند و کاروان زندگی را به سوی اهداف مقدس آن پیش ببرند و نباید مسائل و مشکلات اتفاقی و بعضاً ناخواسته باعث گسستن پیوند ازدواج شود. در این بین می‌توان به آیه ۷ سوره شریفه طلاق اشاره کرد. در این آیه خداوند می‌فرماید: «... سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» که بیانگر این واقعیت است که «و خدا به زودی بعد هر سختی آسانی قرار دهد.» همچنین از نظر اصولی می‌توان به اصل استصحاب نیز استناد کرد. به عبارت دیگر گشایش و توانایی سابق زوج بر عجز وی در لاحق بقاء یافته است. همچنین حتی در صورت عجز سابق زوج، زوجه می‌تواند با مبنای قاعده لاضرر به ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی استناد کند.

در نهایت موضوع دیگری که در باب انفاق و حق طلاق زوجه به نظر قابل طرح می‌باشد، موضوع ادعای زوجه و مقررات شکلی آن می‌باشد. در ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی قانونگذار مقرر می‌کند: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه بمحکمه رجوع کند در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را بدادن آن محکوم خواهد کرد.» پس از صدور حکم انفاق دو حالت قابل تصور است؛ یا حکم قابل اجرا است، یعنی زوج طوعاً مبادرت به اجرای حکم و پرداخت نفقه می‌کند و اگر او این کار را انجام نداد، امکان اجرای حکم از اموال وی وجود دارد که در این حالت سببی برای طلاق زوجه نیست؛ یا این که حکم به دلیل استنکاف زوج و عدم دسترسی به اموال او و یا به علت اعسار وی قابل اجرا نمی‌باشد. در این حالت ماده ۱۱۱۲ همان قانون با عبارت «اگر اجرای حکم مذکور در ماده قبل ممکن نباشد، مطابق ماده ۱۱۲۹ رفتار خواهد شد.» (جلالی، ۱۴۰۰: ۶۷) که در این صورت مطابق فراز پایانی ماده ۱۱۲۹ زوجه حق طلاق دارد. مقررات در این زمینه این است که زوجه نمی‌تواند به صورت مستقیم تقاضای طلاق به دلیل عدم انفاق نماید بلکه باید نخست طرح دعوی الزام به انفاق کند.

حال پرسش این است که اثبات ادعای زوجه مبنی بر استنکاف از پرداخت نفقه و یا عجز در پرداخت، برای قاضی تا چه میزان می‌تواند در حقوق زوجین موثر باشد. به عبارت دیگر با توجه به اطلاع دادرسی که در نظام دادرسی حقوقی وجود دارد، اینکه زوجه الزام دارد اجرائیه معطل مانده را جهت اجرای مفاد ماده ۱۱۲۹ ارائه دهد، حقوق استثنایی وی جهت داشتن حق طلاق را محدود نمی‌کند. واقعیت این است که وجود اطلاع دادرسی در رسیدگی‌های قضایی از یک سو و وجود مراحل مختلف جهت احراز خودداری از پرداخت و یا عجز در پرداخت انفاق، این باور را تقویت می‌کند که شرایط برای اعمال حق طلاق در این وضعیت برای زوجه دشوار و طاقت فرساست. زوجه باید دادخواست الزام به انفاق را تقدیم کرده که در این صورت با توجه به ورود کارشناس به موضوع و امکان اعتراض به نظریه کارشناسی زمان زیادی را به خود اختصاص می‌دهد و صدور رأی بدوی نیز به علت امکان تجدید نظر خواهی که معمولاً برای اطلاع دادرسی درخواست می‌گردد، پایان کار نخواهد بود. از این رو زوجه با صدور حکم در مرحله بدوی نیز باید منتظر تأیید حکم در مراجع تجدید نظر مانده، پس از تأیید حکم و صدور اجرائیه و ابلاغ آن به زوج با عدم اجرای حکم، دعوی اصلی خود را آغاز نماید. تالی فاسد این فرایند طولانی این

است که زوجه جهت کسب حق خود باید فرایندی مدت دار را طی کند. این در حالی است که به همین میزان نیز باید معطل در صدور حکم طلاق بماند که بدان معنا است که زوجه باید این زمان به اضافه زمان رسیدگی به دعوی طلاق را که کمتر از آن نخواهد بود، بدون داشتن نفقه در قید زوجیت مرد زندگی کند و این ستمی است که تحمیل به زوجه شده و روا نیست. (جلالی، ۱۴۰۰: ۶۸) به هر حال به نظر می‌رسد می‌توان با تمسک به قاعده لاضرر فرایند اعمال این حق استثنایی را که به زوجه در مقابل اصل حق طلاق مرد اعطا شده از منظر شکلی سهل‌تر نمود تا زوجه اگر در دریافت حقوق خود (نفقه) در عسر و حرج می‌باشد، در اثبات، اعمال و اجرای براینده این تمسک و عجز در پرداخت نفقه نیز در خسران قرار نگیرد.

۲-۱-۳- در نظام حقوقی مصر

در خصوص حقوق مصر نیز می‌توان در قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۲۹ در مواد ۴ و ۵ و ۶ نیز طلاق به علت عدم انفاق اشاره کرد. از جمع این مواد بزوم اجتماع شرایطی به شرح ذیل قابل واکاوی است. نخست اینکه زوج از پرداخت نفقه به همسرش خودداری کند. مراد از نفقه در حقوق مصر نیز نفقه عادی و ضروری زمان حاضر و آینده است و عدم پرداخت نفقه گذشته مجتذ طلاق نیست؛ چرا که نفقه گذشته، جزء دیون مرد است و زن می‌تواند آن را از راه قانونی مطالبه و وصول کند. در این خصوص اگر کفیلی حاضر به پرداخت نفقه زوجه شود، چون دلیل طلاق از بین رفته است، زن حق درخواست طلاق ندارد.

دوم اینکه زوج فاقد مال ظاهر باشد. در قانون مصر منظور از مال ظاهر، مالی است که بتوان آن را تصرف کرد و با فروش آن نفقه زوجه را تأمین نمود که اگر چنین مالی موجود باشد، امکان پذیرش تقاضای طلاق زوجه وجود ندارد. بلکه با طرح دعوی طلاق در دادگاه نسبت به پرداخت نفقه، حکم صادر می‌شود. این حکم با استفاده از اموال موجود مرد اجرا می‌گردد. صدر ماده ۴ قانون اخیر چنین مقرر می‌دارد: «اگر زوج از پرداخت نفقه به همسرش خودداری نماید، در صورتی که دارای مال ظاهر باشد، حکم به انفاق با استفاده از اموالش علیه او اجرا می‌شود. بنابراین با تحقق شرط فقدان مال ظاهر، روند طلاق آغاز می‌گردد. البته با توجه به این که مرد حاضر و یا غائب باشد، روند رسیدگی متفاوت است.

در صورت حضور زوج و عدم اذعان به اعسار یا ملائت و یا اقرار به یسار و در مقابل عدم انفاق، قاضی بدون این که مهلتی به او بدهد، زوجه را طلاق می‌دهد. همچنین است در حالتی که مرد ادعای اعسار از انفاق نموده و نتواند آن را با بینه یا تصدیق زوجه اثبات کند. در این صورت اگر زوج ادعای اعسار کرد و آنرا ثابت نمود، دادگاه به او مهلتی حداکثر یک ماه می‌دهد تا در این مدت به زن نفقه بدهد. در صورتی دادگاه زن را طلاق می‌تهد که زوج موفق به انجام وظیفه محوله از سوی دادگاه نشود.

حالت دوم به موجب ماده مورد نظر غیبت زوج است که فرض‌هایی را بیان نموده است. ابتدا مردی دور از خانواده و در محلی تقریباً نزدیک به سر می‌برد و در دوران غیبت، نفقه‌ای به همسرش پرداخت نکرده است، زوجه به دادگاه شکایت می‌کند. در این صورت اگر مرد دارای مال ظاهر است که به دستور دادگاه نفقه از آن وصول می‌گردد. اما در صورت عدم وجود مال؛ دادگاه مهلتی معقول جهت پرداخت نفقه به زوج می‌دهد که در صورت فرجه مورد نظر و عدم پرداخت، زوجه طلاق داده می‌شود.

در وهله دیگر؛ حالتی است که زوج به محلی خیلی دور از خانواده (مثلاً در استانی دیگر و یا کشوری خارجی) به سر می‌برد، به گونه‌ای که دسترسی به او مشکل باشد و سا اصولاً مجهول‌المکان باشد و برای همسرش نیز نفقه‌ای نگذاشته‌باشد، دادگاه بدون رعایت تشریفات و بلافاصله پس از تقاضای زن و اثبات این موضوع زوج را طلاق می‌دهد.

همچنین در صورت زندانی بودن زوج و اعسار وی از انفاق، احکام این ماده اجرا می‌گردد؛ با این توضیح که اگر حبس مرد کوتاه مدت باشد، مطابق بند نخست و تشریفات حاکم بر آن عمل می‌گردد و در صورت حبس بلند مدت، بر طبق بند دوم که بیان شد و اگر نفقه‌ای برای زوج بر جای نگذاشته باشد، بدون تشریفات، زوج را طلاق داده می‌شود.

البته موضوع نفقه علاوه بر جریان ماهوی آن که در پرتو مقررات در پیش گفته بیان شد، دارای ساز و کاری است که با مقررات مرتبط با بیمه سعی نموده معضل این مسأله را حل کند. در این کشور ابتدا قانون تنظیم برخی شرایط و اجرائیات دادخواهی‌های ناشی از مسائل احوال شخصیه به شماره ۱ سال ۲۰۰۰ — که در قانون شماره ۹۱ سال ۲۰۰۰ اصلاح شد — به تصویب رسید. ماده ۷۱ این قانون مقرر می‌داشت که یک نظام بیمه خانواده با هدف تضمین اجرای احکام صادره برای پرداخت نفقه زوج یا مطلقه یا اولاد یا اقارب ایجاد شود و تحت نظر بانک اجتماعی ناصر اداره گردد. برابر این قانون بانک اجتماعی ناصر مکلف به پرداخت نفقه‌ها، اجور و هر چیزی که در حکم آن است و به نفع زوج مطلقه، اولاد یا والدین صادر می‌شود می‌باشد (بانک اجتماعی ناصر یک مؤسسه غیرانتفاعی است که مطابق قانون شماره ۶۶ سال ۱۹۷۱ تأسیس شده و در واقع عهده دار اداره امور مالی تأمین اجتماعی این کشور است). این بانک پس از پرداخت مبالغ محکوم‌به می‌تواند آنها را از محکوم‌علیه دریافت نماید. (ویشکه، ۱۳۸۸: ۲۴) بنابراین به نظر می‌رسد در این زمینه اگر مقررات بیمه موضوع نفقه زوج را تحت حمایت قرار دهد، در صورت عجز و ناتوانی از پرداخت نفقه، بتوان آن را به عنوان تمهیدی در راستای حفظ و بقای کانون خانواده در نظر گرفت.

۲-۳- حسن معاشرت و سوء استفاده از آن با حق دعوی نشوز برای زن و مرد

در رویکرد غالب لغویون، نشوز از ریشه‌ی نشز به معنای مکان مرتفع از زمین و بلند شدن و برخاستن آمده است. در این دیدگاه، نشوز به کراهت داشتن و اشمئزاز هر یک از زوجین از دیگری و طلب نافرمانی (استعصاء) از همسر و سوء معاشرت با وی معنا شده است. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۵: ۸۱۴) همچنین به طور خاص، نشوز زوج به معنای، بغض به شوهر و سرپیچی از اطاعت او و دل‌کندن از او (راغب اصفهانی، ۱۳۸۷: ۳۹۴) و نشوز زوج به ضرب، جفا و زیان زدن به زوج تعریف شده است لذا در مفهوم نشوز نوعی استعلا و ایستادگی، موضع‌گیری منفی، امتناع و سرپیچی نهفته است. (واسطی، ۱۴۱۴، ج ۸: ۹۵۱) بنابراین نشوز فی‌الذاته مبنایی برای طرح دعوایی است که یکی از علل آن می‌تولند سوء معاشرت باشد که از طرف زوجین ایجاد می‌گردد. همچنین کلمه «معاشرت» بر وزن مفاعله است که با توجه به اینکه باب مفاعله از مفاهیم اجتماعی و دوسویه است، یعنی این حسن رفتار باید دوسویه و متقابل باشد؛ هم از ناحیه مرد و هم از ناحیه زن. قانون مدنی به صورت کلی در مواد ۱۱۰۲ تا ۱۱۰۴ به بیان حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر پرداخته و با عبارت کلی «رعایت حسن معاشرت» به موضوع‌های غیرمالی مختلفی مانند نیکویی رفتار و اخلاق، محبت و تواضع، احترام به حقوق متقابل

یکدیگر و نیز حق مقاربت و نیز ترک نکردن و بلا تکلیف نگذاشتن زن اشاره کرده است. همان گونه که مسائل ۲۴۱۷ و ۲۴۱۸ توضیح المسائل امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۴۸۰) نیز برخی از این موارد را بیان کرده است.

پس در پرتو آنچه بیان شد یکی از مواردی که در کتب فقهی از موجبات طلاق محسوب می‌گردد، بحث از طلاق قاضی به دلیل سوء معاشرت با زوجه است و منظور از ضرر در این جا آزار و اذیتی است که زوج به زوجه روا می‌دارد؛ اعم از این که آزار و اذیت به وسیله گفتار او باشد، مانند فحش و ناسزاگویی و یا این که آزار و اذیت فعلی باشد، مانند کتک زدن یا دوری بدون علت شرعی از او. از طرفی این واقعیتی است اگر فقها به تبع آموزه‌های قرآنی و روایی ریاست و ولایت خانواده را از شئون مرد می‌دانند در مقابل توصیه‌ها و تأکیدات فراوانی بر حسن معاشرت مرد با همسر خود بر اساس نص قرآن بیان می‌کنند. به هر حال در ذیل مصادیقی که موجب سوء معاشرت می‌گردد و ایجاد ضرر برای زوجه کرده و بنابراین حق طلاق را برای وی ایجاد می‌کند در دو نظام حقوقی ایران و مصر مورد بررسی قرار داده می‌شود.

۳-۲-۱- در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران اگر موضوع معاشرت با پسوند خانواده مورد نظر و مورد گفتگو باشد، همان‌طور که در (آیه ۱۹ سوره نساء) آمده به این معنی است که معاشرت به معروف، ملاک رفتاری برای مردان تنها نیست و مقصود از «عاشروهن بالمعروف» هم‌زمان، تعیین ملاک و مبنای رفتاری شوهر با زن و زن با شوهر خویش است؛ پس مردان و زنان در رفتار متقابل خانوادگی و زناشویی از این زاویه که هر دو باید طبق معروف رفتار کنند، همسان و برابرند. آیه مبارکه «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ» (بقره، ۲۸۸) نیز به گونه‌ای صریح، وظایف، حقوق و آداب معاشرت متقابل مرد و زن در درون خانواده را برابر و همانند می‌شمارد و معیار آن را معروف معرفی می‌کند. نصوص روایی و سنت نیز معروف را به همین معنی می‌دانند. مانند فرمایشات پیامبر در حجه الوداع: «عن النبی (ص) أَنَّهُ قَالَ فِي خُطْبَةِ الْوَدَاعِ: إِنَّ لِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا وَ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقًّا، حَقُّكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُؤْتَيْنَ أَحَدًا فَرْشَكُمْ وَ لَا يَدْخُلْنَ بَيْتَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ إِلَّا بِإِذْنِكُمْ وَ أَنْ لَا يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ فَإِنْ فَعَلْنَ فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ أَذِنَ لَكُمْ أَنْ تَعْضُلُوهُنَّ وَ تَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ تَضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مَبْرُوحٍ إِذَا اتَّهِنَ وَ أَطْعَمَكُمْ فَعَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.» (ابن شعبه الحرانی، ۱۴۱۳، ۴، ۳۳) شما را بر زنان حقی است؛ همان‌گونه که ایشان را بر شما حقی است. از حقوق شما بر زنان است که نگذارند بر فراش شما کسی پا گذارد و در آنچه معروف است، از شما اطاعت کنند. هرگاه این حقوق از ناحیه زنان انجام شود بر شما است که خوراک و پوشاک ایشان را طبق متعارف، تأمین کنید.

رشیدرضا در تفسیر المنار می‌نویسد: در مفهوم معاشرت، مشارکت و برابری نهفته است؛ یعنی مردان با زنان بر اساس متعارف رفتار کنند و زنان نیز می‌باید با مردان بر پایه معروف معاشرت داشته باشند. (رشید رضا، ۱۳۷۹، ۴، ۴۵۶) و هبه زحیلی از قرآن پژوهان و مفسران معاصر، به هنگام بر شماری حقوق شوهر بر زن، از جمله آن حقوق، برخوردار و معاشرت به معروف زن را یاد می‌کند. (زحیلی، ۱۳۸۶، ۳۳۰) واژه معروف ۳۸ بار در قرآن آمده که ۱۹ مورد آن به موضوع معاشرت مردان با زنان در محیط خانواده پرداخته و معروف را ضابطه و قانون کلی در معاشرت

و روابط خانوادگی قرار داده است: آیه ۱۹، سوره نساء: «و عاشروهنّ بالمعروف.» با ایشان (زنان) به شایستگی رفتار کنید.

آیه ۲۲۸، سوره بقره: «و لهنّ مثل للذی علیهنّ بالمعروف.» مانند همان وظایفی که بر عهده زنان است به‌طور شایسته، به‌نفع آنان برعهده مردان است.

آنچه آوردیم نمونه‌ای است از آیات بسیاری که در حوزه‌های مختلف زندگی خانوادگی نظر دارد و مردان را به رعایت معروف و ترک رفتار ناپسند فرا می‌خواند؛ اگر مجموع این آیات در نظر گرفته شود، بی‌تردید می‌توان گفت از نگاه قرآن هر نوع رفتاری که در چارچوب معروف جای گیرد، بایسته و ستوده و هرگونه رفتاری که از این دایره بیرون افتد، ناپسند و نکوهیده است. به دیگر سخن، اگر رفتار معروف و ستوده را در برخورد زوجین به ویژه زوج با زوجه در نظر بگیریم می‌توان برآیند آن را حسن معاشرتی تلقی کرد که که سوء استفاده از آن همان فاصله از معروف پس دست یازی به نکوهیده تریم رفتار گفتاری و عملکردی است. پس بر این اساس، معروف در حوزه خانواده از منظر قرآن را نمی‌توان به مثابه یک سفارش و یادداشت اخلاقی در نظر گرفت، بلکه در باور قرآن، افزون بر این که معروف (حسن معاشرت)، ضابطه و ملاک برای رفتاری مناسب بین زوجین محسوب می‌شود و با آن زوجه می‌تواند ارزش خود را در زندگی فهم و درک کرده و کرامت انسانی خود را مورد داوری قرار دهد، بایداهای الزامی و فقهی را نیز می‌باید با مقیاس معروف سنجید. این سنجش بر مبنای ضرر و زیان زوجه یا زوج معنا پیدا می‌کند. به عبارت دیگر در قاعده لاضرر وقتی تحلیل گردد، مشخص می‌کند زوجه ای که در کنار زوج خود و با رفتارهایی نکوهیده گذران می‌کند، تا چه میزان باید چنین رفتارهایی را تحمل کند. آنچه از آیات بر می‌آید واحد معروف کرامت انسانی فرد است. پس هر زمان شأن زاده شده از کرامت انسانی زوجه یا زوج هتک گردید، آن زمان است که معروف مورد ملاک خدشه‌دار شده است.

در بیان نمونه‌های معاشرت به معروف می‌توان به مصادیقی از این دست در ذیل اشاره کرد:

ابن کثیر مصادیق معاشرت به معروف را چنین برمی‌شمارد: معاشرت به معروف یعنی با همسران‌تان خوش‌زبان و خوش‌رفتار باشید، خود را بیاراید به اندازه توانایی، همان‌سان که دوست دارید همسران‌تان خود را برای شما بیاریند، شما نیز همان کنید که از همسران‌تان می‌پسندید. (ابن کثیر، ۱۴۲۰، ۳، ۴۶۶)

قرطبی در تفسیر خود می‌نویسد: حسن معاشرت با زنان به این است که حقوق زن از مهر و نفقه را به‌طور کامل پردازد و در برابر، زن بدون سبب و تقصیر و گناه، رو ترش نکند؛ در سخن گفتن گشاده‌روی باشد، نه سخت دل و بدزبان؛ و به کس دیگری اظهار تمایل نکند. خداوند، حسن معاشرت با زن عقد کرده را سفارش کرده است تا ادامه زندگی و مصاحبت و همزیستی ایشان کامل باشد؛ چه آن‌که حسن معاشرت، روان را آرام‌تر و زندگی را گواراتر می‌سازد. (قرطبی، ۱۴۰۵، ۲، ۹۷)

طبرسی سه نظریه را در نمونه‌های معاشرت به معروف نقل می‌کند:

انصاف و میانه‌روی، نیک‌رفتاری و خوش‌گفتاری است؛ کاری انجام ندهد که سبب زیان همسر گردد، زشت به او نگوید و با گشاده‌رویی با او برخورد کند؛ همان‌گونه که مرد می‌پسندد که همسرش با او رفتار داشته باشد، با همسرش رفتار کند و خویشتن را بیاراید. شیخ طوسی معاشرت به معروف را ادای حقوق واجب زن بر مرد دانسته است. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۰) اسحاق بن عمار به نقل از امام صادق (ع) روایت می‌کند: از امام پرسیدم: حق زن

بر شوهرش چیست، که اگر آن را انجام دهد نیکوکار و معاشرت به معروف خواهد بود؟ امام فرمود: او را سیر کند، بپوشاند و از لغزش‌هایش بگذرد. (حر عاملی، ۱۳۸۹، ج ۱۵: ۱۲۱)

حسن معاشرت یکی از حقوق غیر مالی زوجین در اسلام است که در فقه شیعه بدان موکداً سفارش شده است. مطابق ماده ۱۰۳ قانون مدنی ایران نیز با تأسی از فقه امامیه این موضوع را مد نظر قرار داده و به این شکل بدان اشاره نموده است: «زن و شوهر، مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند». پس هرگاه ادامه زندگی زناشویی برای زنی ضرری شد مثل جایی که مرد از قوامیت خود در خانواده سوء استفاده کرده و وجودش از نظر رفتاری و فعلی برای زن محدودیت و رنج ایجاد کند که زن راهی جز جدایی و دوری از مرد نداشته باشد، به استناد این ماده زن حق درخواست طلاق پیدا می‌کند. زیرا درجایی که مرد از حقوق زن سوء استفاده کند و بدین وسیله موجب ضرر بر آن شود و ضرری در زندگی زناشویی برای زن پدید آورد، قاعده لاضرر آن حق را از مرد سلب می‌کند که یکی از این حقوق طلاق است که منحصر در دست مرد است.

۲-۲-۳- در نظام حقوقی مصر

در قانون مصر، طلاقی که در صورت نشوز و سوء معاشرت و بنابراین ضرر برای زوجه حق درخواست طلاق را جایز می‌دانند. ماده ۶ قانون احوال شخصیه مصر در خصوص تضرر زوجه در زندگی با زوج چنین مقرر می‌دارد: «اگر زوجه با مراجعه به دادگاه ادعا نماید که به خاطر اعمال زوج متحمل ضرری شده است که با وجود آن دوام زوجیت برایش نیست، می‌تواند تقاضای طلاق نماید. با ثبوت ضرر ادعایی زوجه و عدم امکان اصلاح بین زوجین، قاضی حکم طلاق زوجه را به طلاق بائن صادر می‌کند. اما اگر زوج ادعای زوجه را رد نمود و زوجه نیز نتوانست اضرار به خود را اثبات نماید، در صورتی که زوجه به دعوای خود باقی باشد، قاضی مطابق مواد ۷، ۸، ۹، ۱۰ و ۱۱ دو داور را جهت حکمیت بین طرفین تعیین می‌کند.» البته همانطور که در این ماده نیز مشخص است ضرر بایست دارای شروطی از جمله اینکه از طرف زوج به زوجه عمدی باشد. همچنین غیر قابل تحمل بوده و امکان ادامه زندگی با وجود این ضرر وجود نداشته باشد. با توجه به آنچه بیان شد می‌توان سوء معاشرت و بداخلاقی که رفتاری ناپسند می‌باشد را یکی از مبناهای ضرر به زوجه دانست که قانونگذار مصر در قالب ضرر غیر قابل تحمل آن را مورد توجه قرار داده است.

۳-۳- حضور فیزیکی و روانی مرد به عنوان حقی برای عدم ضرر به زن

همانطور که حضور معنوی زوج یکی از حقوق مهم زوجه به شمار می‌آید و برآیند آن حسن معاشرت، امنیت و آرامشی است که با وجود وی برای زوجه ایجاد می‌گردد و عدم آن با رفتارهای ناپسند می‌تواند با شرایطی حق طلاق برای زوجه ایجاد کند. حضور فیزیکی زوج نیز به مراتب مهم تر بوده و عدم حضور وی (موقت و یا دائم) می‌تواند مبنایی برای حق طلاق تلقی گردد. به هر حال عدم حضور فیزیکی مرد که در قالب غائب حائز مقرراتی خواهد بود در ذیل و به موجب مقررات دو نظام حقوقی ایران و مصر بررسی می‌گردد.

۱-۳-۳- در نظام حقوقی ایران

به درستی یکی از تعدیلاتی که زوجه به واسطه آن می‌تواند حق طلاق مرد را به چالش کشیده و با تمهیدات حقوقی و فقهی ملحوظ در آن، خود را از اضراری که بر وی تحمیل شده رها سازد، حق طلاق به موجب غیبت زوج می‌باشد. در این زمینه ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌کند: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب

مفقود الاثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد». قبل از تبیین موضوع نیک است غائب را از منظر حقوقی بررسی کرده و درنگی در جایگاه حقوقی آن در قانون داشته باشیم.

بر اساس ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی: «غایب مفقود الاثر کسی است که از غیبت او مدت نسبتاً مدیدی گذشته باشد و از او به هیچ وجه خبری به دست نیاید». به غایب مفقود الاثر به تاسی از فقها «غایب مفقود الخبر» نیز گفته شده است (تقوی علویکلایی، مبینی سوچلمایی، احمدی، ۱۳۹۴: ۳۷۶) که در تفاوت این دو واژه اختلاف است. حال منظور از غیبت در مجال حقوقی، غیبت از اقامتگاه است که می‌تواند ارادی و یا قهری باشد. ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی در تعریف اقامتگاه اشخاص مقرر کرده است: «اقامتگاه هر شخصی عبارت از محلی است که شخص در آنجا سکونت داشته و مرکز مهم امور او نیز در آنجا باشد. اگر محل سکونت شخصی غیر از مرکز مهم امور او باشد، مرکز امور او اقامتگاه محسوب است. اقامتگاه اشخاص حقوقی مرکز عملیات آن‌ها خواهد بود.» بنابراین با جمع این دو ماده باید اذعان کرد: غائب شخصی است که اقامتگاه (با تعریف قانون) خود (ارادی یا قهری) را ترک کرده و مدت مدیدی (عرف آن را مشخص می‌کند) به آن مراجعه نکرده است. حال اگر زوجه‌ای ادعای غیبت زوج خود را در دادگاه مطرح کرد؛ نخست بایست این چارچوب قانونی غیبت را برای زوج خود احراز و اثبات کند و سپس بر اساس مقررات مرتبط با مبنای غائب مفقود الاثر آثار حقوقی مترتب بر آن از جمله طلاق را تقاضا نماید.

به هر حال طلاق زوجه غایب مفقود الاثر یکی از حقوق غیرمالی زوجه است که در حالی که پرتویی از عدم حضور فیزیکی زوج در زندگی زناشویی تلقی می‌گردد، امنیت و حمایت مفروض وی نیز که حضوری معنوی و روانی محسوب می‌گردد از زوجه سلب گردیده است. آنچه در بادی امر حادث شده زیان و ضرری است که به زوجه به دلیل عدم حضور زوج تحمیل شده است. البته نباید از نظر دور داشت امروزه به دلیل فعالیت وسیع زنان در عرصه اجتماع از منظر مالی شاید غیبت زوج چندان موضوعیت پیدا نکند. با این حال در قید و بند شخصی بودن که حضور فیزیکی و معنوی حمایتی ندارد خود می‌تواند اصل زیان و ضرر برای زوجه تلقی گشته که مبنایی برای ایجاد حق طلاق می‌گردد.

در فقه زوجه‌ای که همسرش غایب است اعم از اینکه غایب مفقودالخبر باشد یا به علت دیگری مانند مسافرت و حبس غیبت نموده باشد، فرقی ندارد که مفقود در داخل شهر یا در سفر یا در جنگ باشد و کسی از حال او اطلاع نداشته باشد؛ (نصوص روایی و فتوایی شامل همه این موارد می‌شود) در صورتی که غایب مال و دارایی داشته باشد که از آن نفقه زن تأدیه شود یا متبرعی نفقه او را بپردازد باید صبر کند تا وضعیت او روشن شود، اما اگر غایب هیچ‌گونه مالی برای تأمین نفقه زوجه برجای نگذاشته باشد و متبرعی هم نباشد که نفقه او را بپردازد، زوجه می‌تواند بعد از گذشت چهار سال از جستجوی شوهر و یأس از پیدا شدن او از حاکم درخواست طلاق نماید. بعد از طلاق زن به دستور حاکم عده نگه می‌دارد و پس از سپری شدن عده می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۲۸۷). حاکم می‌تواند بعد از درخواست زن و جستجو در مدت چهار سال، زن را طلاق دهد. اعم از اینکه خود مستقلاً به این امر مبادرت بورزد یا به ولی غایب یا شخص دیگر امر کند که این کار را بکند. البته بهتر است که بگوئیم امر ولی بر تصدی حاکم مقدم است (صفایی، خیریه، ۱۳۹۱: ۱۲۱). شهیدثانی (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۶: ۶۵)، فخرالمحققین (علامه حلی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۳۵۳)، شیخ مفید (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۵۳۷)، حلی

(محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۳۸۵) معتقدند، با امکان اذن ولی لازم است از او اجازه بگیرند و اگر وی اجازه نداد، حاکم خود به تنهایی طلاق را به عهده گرفته و زن را مطلقه می‌کند.

به هر حال فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۶: ۶۵؛ سبزواری، ۱۳۸۸، ج ۲۵: ۱۲۴؛ علامه حلی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۳۵۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۷۸؛ فاضل هندی، ۱۳۹۳، ج ۱۸: ۱۲۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۲۴) سه وضعیت را تعیین کرده و تنها از این سه وضعیت یک حالت را مترصد حق طلاق برای زوجه می‌دانند. در این سه وضعیت دو حالتی که حق طلاق به زوجه تعلق نمی‌گیرد به این شرح است:

در صورتی که خبری از مرد غائب مبنی بر زنده بودن وی موجود باشد. در این صورت چنانچه مرد مالی داشت، نفقه زوجه از اموال او تأمین می‌گردد. در غیر این صورت اگر شخصی نباشد که نفقه زن را پرداخت نماید، حاکم شرع تا زمان مشخص شدن وضعیت زن، از بیت المال نفقه وی را پرداخت می‌نماید. حالت دیگر که در فرض غیبت زوجه حق طلاق ندارد؛ وقتی است که خبری از غایب موجود نباشد و زن نداند که مرد او زنده است یا فوت کرده و زوج غائب دارای مالی بوده که پاسخگوی نفقه زوجه باشد و یا شخصی به عنوان متولی امور غائب یا تبرعاً وظیفه انفاق به زوجه را بر عهده بگیرد. (جلالی، ۱۴۰۰: ۸۷-۸۸) بر این دیدگاه سه استدلال استوار است. اینکه بر اساس اصل استصحاب می‌توان حیات زوج را ایجاب کرد که در این صورت، بقای زوجیت احراز می‌گردد. دوم جمیع فقها بر این فتوا هم عقیده هستند و در نهایت روایات وارده در این زمینه، موید این نظر می‌باشند. البته دیدگاه این دسته برمدار وضعیت اقتصادی زوجه استوار است. بنابراین همان میزان که نفقه زن پرداخت گردد، کفایت نموده و زوجه حتی در غیبت زوج باید در زوجیت وی باقی بماند. در نهایت وضعیت سوم که فقها نیز به زوجه حق طلاق داده‌اند؛ در صورتی است که زوج غائب مفقود الاثر بوده و فاقد اموال باشد که بتوان از آن نفقه زوجه را پرداخت نمود و شخصی هم نباشد که متولی امور غائب بوده و از اموال وی یا تبرعاً نفقه زن را پرداخت کند. در این صورت زوجه اگر بخواهد می‌تواند به حاکم رجوع و طی تشریفات خاص تقاضای طلاق کند.

این در حالی است که فقیه معاصر طباطبایی یزدی می‌نویسد: چنانچه بقای زوجه بر زوجیت موجب وقوع او در حرام شود، خواه این وقوع قهراً یا اختیاراً باشد، برای حفظ زن از قرار گرفتن در معصیت، طلاق لازم است. ممکن است درباره مسأله مفقود گفته شود اگر انجام عملیات مذکوره و تعیین ضرب‌الاجل [مدت چهار سال] و فحص و جستجو از حال مفقود، موجب وقوع او در معصیت شود، جایز است که بدون طی این مقدمات زن توسط حاکم طلاق داده شود. (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۷۶) این همان روشنگری است که در بیان این فقیه معاصر مشاهده می‌شود که با استفاده از عناوین ثانویه ضرر و حرج و برای جلوگیری از مفسده‌ای که ممکن است، زن گرفتار آن شود، حکم به عدم لزوم انجام مقدمات تفحص و زمان تعیین شده در فقه داده‌اند. (صفایی، خیریه، ۱۳۹۱: ۱۲۷).

همانطور که در ابتدا نیز بیان شد فقها غائب مفقود الاثر را غائب مفقود الخیر قلمداد می‌کردند. بنابراین در این مقطع می‌باشد که می‌توان علت این تغییر عنوان چیست و چه اثری بر آن مترتب است. چرا که زوج شخصی نیست که خبری از وی نباشد. چرا که در این دو حالت کماکان خبر مبنی بر زنده بودن وی وجود دارد.

از طرفی همانطور که در نظر فقیه معاصر؛ طباطبایی یزدی لحاظ شده و می‌توان گفت در نظر و دیدگاه دیگر فقها وجود ندارد، زمان و مکان در این زمینه می‌باشد. شوهری که زندگی خانوادگی را ترک می‌گوید و به دنبال حادثه به کشور دیگر پناه برده و زن و خویشان او هیچ‌گونه خبر و اطلاعی از او ندارند و زن نمی‌تواند مخارج زندگی

خود را تأمین نماید یا اینکه جان و شرافت خود را حفظ کند، نگهداری او عادلانه به نظر نمی‌رسد. زن به منظور نجات از قیدی که زندگی را برای او دشوار و تحمل‌ناپذیر کرده است طلاق داده می‌شود. آنچه در فوق و در استدلال فقها در خصوص اصل استصحاب و بقای حیات زوج بیان شد؛ در واقع با قاعده لاضرر تراحم پیدا می‌کند. آنچه در دیدگاه برخی فقها (طباطبایی یزدی) قاعده لاضرر و حرج زوجه را با ظرافت بر اصل استصحاب به درستی مقدم دانسته است. براساس مبنای قاعده لاضرر باید اذعان نمود که اجرای قاعده لاضرر سبب می‌شود که احکام عادی و نخستین جای خود را به حکمی ثانوی و استثنایی دهد، به گونه ای که از آن ضرری برنخیزد و زیانی جبران نشده به بار نیاید. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱: ۴۸) پس هر کجا تراحمی بین اجرای قاعده لاضرر و حکم دیگری رخ دهد، جبران ضرر ناروا مقدم است که از آن به حکومت قاعده لاضرر تعبیر می‌شود. (انصاری، ۱۳۸۸، ج ۴: ۲۷۳) در اینجا نیز ماندن زوجه در علقه زوجیت مردی که غائب است دارای ضرر ناروا است. پس همین مبنای ضرر باعث می‌شود که حکم (استصحاب حیات زوج) برداشته شده و اختیار به جای آن بنشیند. پس زوجه زیان دیده حق طلاق را به دست آورد.

در حقوق نیز به تاسی از همین دیدگاه و به موجب ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، صرف غائب مفقود الاثر بودن زوج، صرف نظر از این که مالی برای پرداخت نفقه زوجه موجود باشد یا نه، برای زن حق طلاق ایجاد می‌کند و قانون مدنی شرط عدم انفاق به زن در دوره غیبت زوج را جزء شرایط طلاق به علت غیبت (که مورد قبول و نظر فقها است) نپذیرفته است. به عبارت دیگر قانونگذار با درک اهمیت مولفه زمان و مکان سعی کرده مشکلات مالی را در دعوی غائب گرانگه حکم و تصمیم قرار ندهد تا با چالش های بزرگ دیگری چون تنهایی زوجه و بیم خطر شرافتی و ... این انعطاف و تعدیل را به خرج دهد تا زوجه بتواند این حق را بدست آورد که تقاضای طلاق نماید. البت طبق قانون زن زمانی می‌تواند به علت غیبت شوهر از وی جدا شود که چهار سال از زمان غیبت مرد گذشته باشد. حال پرسش اساسی این است که مبدأ مدت چهار سال ذکر شده در قانون از چه وقتی محاسبه می‌گردد. واقعیت این است که قانون مدنی ساکت بوده و در بین فقها نیز نمی‌توان نظر جامعی یافت و در این زمینه اختلاف وجود دارد. با این حال اکثریت فقها (علامه حلی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲؛ طباطبایی، ۱۳۸۶، ج ۱۱: ۱۳۷؛ فاضل هندی، ۱۳۹۳، ج ۱۸: ۱۲۴؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۶: ۶۵؛ صانعی، ۱۳۸۰: ۱۳۴) بر این اعتقادند که زمان شروع، وقتی است که زن به حاکم رجوع مینماید و تا زمانی که به حاکم رجوع نکرده است- ولو صد سال طول بکشد- زمان چهار سال شروع نمی‌شود. اما عده ای از فقها عقیده دارند که آنچه اهمیت دارد، گذشتن مدت چهار سال از زمان غیبت شوهر است؛ خواه این زمان قبل از رجوع زوجه به حاکم باشد یا بعد از آن. (حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ج ۳: ۷۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۹۶، ج ۲: ۷۱) این اختلاف دیدگاه نیز در نزد شارحان قانون مدنی باقی مانده و برخی دیدگاه نخست و برخی دیدگاه دوم را اتخاذ کرده اند. با این حال اکثریت شارحان و نویسندگان قانون مدنی معتقدند که منظر قانون مدنی بر این است که قبل از رجوع به دادگاه، مدت غیبت قابل احتساب باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۸۵؛ صفایی، امامی، ۱۳۹۹: ۲۱۶؛ صفار، ۱۳۸۴: ۱۲۴) به نظر می‌رسد این دیدگاه با عدالت نیز سازگاری بیشتری داشته باشد. چه کسی نمی‌داند که علقه زوجیت موضوع مادی نیست که چهار سال که بلکه تا پایان عمر قابل نگه داشتن است به ویژه وقتی بین زوجین عشق و مهری وجود داشته باشد. اما وقتی زوجه این مبنای معنوی را زیر پا می‌نهد، به نظر از جهات در مضیقه و محدودیت است که تقاضای رهایی دارد. پس بهتر است اگر حقی برای زوجه در این فرایند در

نظر گرفته شده و با مبناها و اصول مختلف فقهی و حقوقی رسمیت پیدا کرده، دیگر سدی از دل قانون برای انجام نگرفتن آن در مقابلش قرار داده نشود.

۲-۳-۳- در نظام حقوقی مصر

مواد ۲۱ تا ۲ قانون احوال شخصیه سال ۱۹۲۹ مصر در این خصوص تعیین تکلیف نموده است. مطابق ماده ۲۱ این قانون در صورتی که غیبت در حالی صورت گرفته باشد که ظن هلاک غایب برود - مثلاً مفقود از افراد قوای مسلحی باشد که در حین عملیات نظامی مفقود شده است - پس از گذشت چهار سال از زمان غیبت، وزیر دفاع طی قراری که اعتبار حکم قاضی را دارد، فوت غائب مفقود الاثر را اعلام می نماید. در سایر موارد، مثل مفقود شدن شخص یا غرق شدن کشتی یا خراب شدن منزل یا آتش سوزی، این وظیفه بر عهده قاضی است که حکم موت غایب را پس از چهار سال از زمن غیبت صادر کند. اما در صورتی که غیبت در حالی صورت گرفته باشد که ظن بقا و زنده بودن غائب می رود - مانند غیبت مردی که برای طلب علم رفته است - قانونگذار مهلت معینی را برای صدور حکم موت وی در نظر نگرفته، بلکه این امر به قاضی تفویض شده است. وی با گذشت مدتی که با اوجه به سن غایب، وضعیت جسمی او و موقعیتی که وی در آن مفقود شده است، صلاح می داند و پس از جستجو از وی در هر جایی و با هر وسیله که ممکن است، حکم موت غایب را صادر می کند. همچنین پس از صدور حکم و یا قرار فوت مفقود الاثر، زوجه ملزم به نگه داشتن عده وفات است. پس در نظام حقوقی مصر زوجه هنگامی به علت غایب مفقود الاثر بودن زوج، از وی جدا می شود که حکم موت فرضی وی مطابق ماده ۲۱ قانون احوال شخصیه صادر شده باشد. حال در صورت زنده بودن زوج و برگشت وی در صورتی که زوجه ازدواج نکرده و یا ازدواج کرده و با شوهر دوم نزدیکی نکرده باشد، زوج نخست حق مراجعت به زوجه را دارد.

آنچه بیان شد در صورتی بود که زوج مفقود الاثر باشد. حال اگر زوج غائب معلوم الاثر باشد در حقوق مصر و به موجب مواد ۱۲ و ۱۳ قانون احوال شخصیه سال ۱۹۲۹ مصر باید شرایطی احراز و حادث گردد تا برای زوجه حق طلاق ایجاد شود. بنابراین در ماده ۱۲ آمده است: « اگر زوج بدون داشتن عذر موجه یک سال یا بیشتر غایب باشد و این غیبت موجب تضرر برای زوجه شود، وی می تواند از قاضی تقاضای طلاق بای نماید؛ هر چند که زوج مالی داشته باشد که بتواند از این اموال نفقه زن را پرداخت نمود.»

در ماده ۱۳ همین قانون نیز آمده است: « اگر امکان وصول نامه به زوج غایب باشد، دادگاہ نامه ای برای وی ارسال می نماید و به او مهلت مناسبی می دهد تا در این مهلت یا به نزد زن مراجعت نموده یا او را پیش خود برده و وی را طلاق بدهد. در صورتی که هیچ کدام از این امور را انجام نداد و عذر موجهی هم نداشت، دادگاه به طلاق بائن بین آنها جدایی می اندازد و اگر امکان ارسال نامه به وی نباشد، دادگاه بدون ضرب الاجل زوجه را طلاق می دهد.» حال با در نظر گرفتن این دو ماده می توان شروطی را جهت ایجاد حق طلاق برای زوجه در نظر گرفت. نخست اینکه یک سال از موضوع غیبت زوج معلوم الحال بگذرد. البته برخی مدت سال را ۳۶۵ (السمنی، ۱۹۹۹: ۴۵۱) و برخی سال را بر اساس سال قمری دانسته اند چرا که در حقوق اسلامی اصل بر سال قمری در نظر گرفته می شود. (جلالی، ۱۴۰۰: ۱۰۲) دوم اینکه غیبت زوج باعث اضرار زوجه گردد. غیبت زمانی امکان تفریق به زوجه می دهد که موجب اضرار به وی گردد؛ مثل اینکه زن ترس از وقوع در حرام داشته باشد و در این خصوص کافی است که در دادخواست خود این امر را تذکر دهد و در صورت سوگند ادعای او پذیرفته می شود. (السمنی، ۱۹۹۹: ۴۵۱-۴۵۱)

۵۴۲) پس از تحقق این سه شرط باید بین دو حالت تفاوت قایل شد؛ حالت اول حالتی است که زوج غائب معلوم امکان است و می‌توان برای وی نامه‌ای فرستاد. در این صورت از طرف دادگاه نامه‌ای برای او ارسال می‌گردد و قاضی مهلت معقولی را برای وی تعیین می‌نماید و او را بین انجام یکی از سه کار، مراجعت نزد همسر، بودن او به نزد خود و یا طلاق زوجه، مخیر می‌کند. چنانکه پس از انقضای مهلت، زوج هیچ کدام از این امور را انجام نداد و عذر موجهی هم نیاورد، دادگاه زوجه را طلاق می‌دهد. حالت دوم وقتی است که زوج غائب، مجهول‌المکان باشد. در این صورت دادگاه بدون تعیین ضرب‌الاجل، اقدام به صدور حکم طلاق زوجه می‌نماید. (جلالی، ۱۴۰۰: ۱۰۳) آنچه در این نوع طلاق مد نظر قرار گرفته شده است طلاق بائن است. چرا که رویکرد حقوق مصر در این تشریفات و مقررات بر پایه ضرری است که به زوجه رسیده و یا خواهد رسید. بنابراین قاعده‌ای که در ایجاد حق طلاق از یک سو و ایجاد نوع طلاق در مقررات غائب مفقود الاثر جاری است، قاعده لاضرر می‌باشد.

۴- تفویض اختیار طلاق به زوجه حکم یا حق: جایگاه قاعده لاضرر با تفسیری پویا و روزآمد

با توجه به آراء فقها، نص قانون و آموزه‌های فقهی این واقعیت که طلاق اساساً حقی برای مرد محسوب می‌گردد. حقی که به صورت یک قاعده و اصل حقوق مختلفی را تحت الشعاع خود قرار می‌دهد. با این حال پرسش اساسی و قابل طرح این است که آیا این حق مطلق است یا خیر. به عبارت دیگر آیا مرد تحت هر شرایطی (حتی اگر به زیان زن) می‌تواند از این حق استفاده کند؟ از طرف دیگر نیز، اگر مرد از این حق سوء استفاده کند و همسر خویش را طلاق ندهد و بدین وسیله به او اضرار دهد، باز هم به لحاظ این که طلاق در دست اوست می‌توان پذیرفت که زن همچنان در سختی و اضرار باشد؟ در فوق و در بحث نفقه به این اجماع (روایی و نظری) رسیدیم که حق طلاق یک حق مطلق در دست مرد نمی‌تواند باشد. چرا که در آن مبحث زوجه می‌توانست با شرایطی این اصل را به صورت استثناء به نفع خود مصادره کند.

۴-۱- در نظام حقوقی ایران

در تشریح بحث و ارتباط این عنوان با قاعده لاضرر باید اذعان کرد: فقهای امامیه قاعده‌ی لاضرر را هم در مورد عبادات به کار برده‌اند و هم غیر آن، اعم از اینکه در معاملات و یا در روابط قراردادی که مد نظر قرار گرفته است. به عبارتی دیگر این قاعده را هم در احکام تکلیفی و وضعی هر دو بکار برده‌اند. حتی در تمام مواردی که در آنها عسر و حرج وجود دارد، از این قاعده نیز استفاده کرده‌اند. چنانچه در زیر اشاره می‌شود تقریباً در اکثر ابواب اعم از ابوابی که مبنای آن حکم تکلیفی است یا ابوابی که حکم در آنها وضعی است فقها این قاعده بهره برده‌اند. (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۲۱: ۶۵؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۳۹۲) و مستند این حکم قاعده‌ی «لاضرر ولاضرار فی الاسلام» است. یا در امر به معروف و نهی از منکر که امری واجب است اگر خوف ضرر و آزار رود، برطبق این قاعده برداشته می‌شود مگر بحث در خطر بودن کیان اسلام باشد. (شهید ثانی، ۱۳۹۹، ج ۲: ۴۱۵) بنابراین قاعده در مسأله ازدواج نیز- در شرایط خاص- براساس قاعده لاضرر و لاجرح برخی فقها، قائل به حق فسخ یا جواز طلاق برای زن شده‌اند. حال باید بررسی کرد ضابطه‌ی جاری در قاعده لاضرر در سوء استفاده از حق، باید قصد اضرار نیز در آن باشد و یا به صورت مطلق ضرر ایجاد کند قابل استناد است. باید گفت که هرچند در برخی مدارک این قاعده که مربوط به سوء استفاده از حق است، معیار قصد اضرار دیده می‌شود، همچون آیه مبارکه ی سوره بقره (آیه ۲۳) که به

مسلمانان توصیه می‌کنند «در هنگام اتمام عده‌ی زنان را به خاطر اضرار به آنها و تعدی و دشمنی نگاه ندارید.»^۱ در برخی احادیث نیز به قصد اضرار اشاره شده است.^۲ اما بدین معنی نیست که در فقه اسلامی، قصد اضرار معیار مطلق سوء استفاده از حق واقع شده و در تمام موارد چنین نمی‌باشد.

بنابراین می‌توان گفت که در تحقق سوء استفاده از حق وجود قصد اضرار، ضروری نیست بلکه معیار اصلی تحقق ضرر است، خواه قصد اضرار وجود داشته باشد یا خیر. از اینجاست که ظرافت و دقت نظر اسلام به خوبی روشن می‌باشد و صدها قرن جلوتر از دیگر قوانین و حقوق قدم برمی‌دارد و مسأله را محدود به سوء استفاده از حق نمی‌کند، بلکه ملاک را ورود ضرر قرار می‌دهد چه این ضرر ارادی باشد یا غیرارادی و چه قصد اضرار و تقصیر در آن باشد یا نباشد. بنابراین محدوده حق هر فرد تا جایی است که باعث ورود ضرر به غیر نشود مگر آنکه عدم اعمال آن حق مستوجب ضرر برای خود صاحب حق شود. حتی در مواردی که حق فردی باعث ورود ضرر به حقوق اجتماعی می‌شود نیز اسلام اجازه‌ی اعمال حق را نمی‌دهد مگر در مواردی که محدوده‌ی ضرر را خود تعیین کرده باشد و در بسیاری از موارد توجه به مصالح اجتماعی حق، بیشتر از مصالح فردی آن حق است و اگر حق باعث ضرر به مصالح اجتماعی شود، مستوجب کیفر و مجازات یا مسئولیت مدنی می‌شود. لذا می‌توان چنین نتیجه گرفت که اسلام بسیار وسیع‌تر از ملاکهای کشورهای دیگر ورود ضرر را ملاک سوء استفاده از حق قرار داده که تمام ملاک‌های دیگر از جمله قصد اضرار و غایت اجتماعی حقوق را نیز دربر می‌گیرد.

با توجه به اهمیتی که قاعده لاضرر در بسیاری از ابواب فقه و حقوق ما دارد و به عنوان یکی از مستندات ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی محسوب می‌شود، هرگاه، ادامه زندگی زناشویی برای زنی ضرری شد مثل جایی که مرد به مرض‌های سری خطرناک مبتلا شود زن راهی جز جدایی و دوری از مرد نداشته باشد، به استناد این ماده زن حق درخواست طلاق پیدا می‌کند. زیرا در جایی که مرد از حقوق زن سوء استفاده کند و بدین وسیله موجب ضرر بر آن شود و ضرری در زندگی زناشویی برای زن پدید آورد، قاعده لاضرر آن حق را از مرد سلب می‌کند که یکی از این حقوق طلاق است که منحصر در دست مرد است.

در مجموع از دیدگاه اسلامی زندگی از روی اجبار و اکراه هیچگاه مورد تایید و قبول نبوده است و لذا هر نوع خشونت علیه زن از دیدگاه اسلام مردود است. مطابق دستورات اسلام زن می‌تواند به محکمه مراجعه نموده درخواست طلاق نماید و البته در خواست زوجه می‌بایست مبتنی بر دلیل باشد. گه در شریعت مقدس دلایل و قواعد زیادی در این باره شریعت پیش بینی نموده است، زیرا هر موضوع که بین زن و شوهر به وجود بیاید به محکمه مربوط نخواهد شد.

بنابراین از نظر فقه اسلامی و قانون مدنی ایران حق طلاق به صورت حقی طبیعی برای زن وجود ندارد ولی به صورت حقی قراردادی و تفویضی قابل اجرا است. اعمال حق طلاق برای زنان نیز همانند مردان مهیا است اما مبنای حق طلاق مرد یک اصل و قاعده است که در حوزه حقوق زنان این حق در قالب شرط و استثناء مصداق خارجی پیدا می‌کند. پس به تعبیر شهید مطهری خروجی اعمال این حقوق متفاوت است. (مطهری، ۱۳۸۹: ۲۳۴)

^۱ «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيَعْنِ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيُعْتَدُوا» خود کلمه «لِيُعْتَدُوا» دلالت می‌کند که ضرر به معنی تعمد و قصد ضرر است.

^۲ در جمله «قضیه سمره» که پیامبر فرمود «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ» تو کسی هستی که قصد اضرار داری و مصر بر ضرری.

همان‌گونه که در سند ازدواج این شرط لحاظ شده است: «ضمن (عقد نکاح، خارج لازم) زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه کند و نیز به زوجه وکللت بلاعزل با حق توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول کند.»

طبق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی، طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر شرط نمایند، امام خمینی معتقد است: «هرگاه زن در ضمن عقد، با شوهرش شرط کند که اگر شوهر مسافرت نماید یا مثلاً شش ماه به او خرجی ندهد از طرف او برای طلاق خود وکیل باشد چنانچه پس از مسافرت مرد یا شش ماه خرجی ندادن، خود را طلاق دهد صحیح است.» (موسوی خمینی، ۱۳۸۷: ۲۵۳۹)

مثل اینکه شرط شود هرگاه [شوهر]، زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک نفقه نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند، یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد. که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد. (حمیدی، ۱۳۵۳: ۱۴۹) البته باید توجه داشت که این وکالت از جهتی قابل عزل نیست، زیرا اگر [این شرط] به نحو شرط نتیجه (یعنی زن در حین اجرای صیغه عقد بگوید: من خودم را به شرط اینکه وکیل بلاعزل در طلاق باشم به زوجیت تو در می‌آورم و مرد هم قبول کند چنین شرطی لازم است و اگر مرد قبول کرد، وکالت زوجه در طلاق قابل فسخ نیست.) شرط شده که زن وکیل باشد [لذا] این وکالت قابل عزل نیست. (موسوی خمینی، ۱۳۹۶، ج ۳: ۳۱۹) در جای دیگر نیز بیان کرده‌اند: «زنانی که می‌خواهند ازدواج کنند از همان اول می‌توانند اختیاراتی برای خودشان قرار دهند که نه مخالف شرع باشد و نه مخالف حیثیت خودشان، مثلاً می‌توانند از اول شرط کنند که چنانچه مرد فساد اخلاقی داشت و یا اگر با زن بد رفتاری کرد، زن در طلاق وکیل باشد. اسلام همانطور که حق طلاق را برای مرد قرار داده این حق را برای زن نیز قرار داده است و زن می‌تواند در وقت ازدواج شرط کند که اگر به من چه کردی، من در طلاق وکیل باشم و اگر این شرط را کرد دیگر مرد نمی‌تواند او را معزول کند.» (بی‌آزار شیرازی، ۱۳۸۹، ج ۳: ۲۳۶)

از منظری دیگر همانطور که مشخص شد تفویض حق طلاق در حقوق ایران اشاره ای نشده و تنها می‌توان با رویکردهای عام دیگر از جمله تمسک به قواعد حقوقی-فقهی، وکالت داشتن زن در امر طلاق و ... آن را احراز کرد. شاید این عدم احراز را بتوان براینده عدم اتفاق نظر فقها در این زمینه دانست. به عنوان مثال سید مرتضی که از قائلین به این موضوع است معتقد است: تخییر در طلاق جایز است و این که تخییر و تملیک طلاق باطل است و باعث تفویض نمی‌شود، سخن لغوی است که گفته شده؛ زیرا فقهای شیعه امامیه به جواز تخییر فتوا داده‌اند و اخبار و روایات وارده از ائمه (ع) مبین آن است که تفویض با تخییر واقع می‌شود و فقها نیز در خصوص مسائل تخییر بحث نموده‌اند. (حسینی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۴۱) در این راستا ابن جنید نیز با مفروض دانستن جواز تخییر فقط به بیان شرایطی در این زمینه پرداخته است. «اگر مردی بخواهد زنی را مخیر کند، یک ماده از او دوری کند، در حالی که زن در طهر غیر موافقه است؛ مثل زمانی که می‌خواهد وی را طلاق دهد، وی را مخیز می‌کند و به او می‌گوید به تو اختیار می‌دهم یا امرت را به خودت واگذار کردم...» (إشتهاردی، ۱۳۷۸: ۲۶۷) در وسایل شیعه و در

باب مرتبط با تفویض اختیار طلاق به زوجه جمعاً ۱۹ روایت نقل شده که ده روایت از این نوزده روایت را می توان در جواز تفویض تحلیل کرد. (جلالی، ۱۴۰۰: ۱۸۱) این در حالی است که مشهور در فقه امامیه، عدم جواز تفویض طلاق به زوجه است. از جمله شیخ طوسی که روایات در این زمینه را محمول بر نوعی تقیه می داند و با سه دلیل استدلال می کند: نخست: قول بر جواز موافق مذاهب اهل سنت است. دوم اینکه وقتی عقد نکاح به طور صحیح منعقد شد، زوال آن ممکن نیست، مگر به طرق مشخص و منصوص و دیگر امکان عمل به ورايات مفید جواز به علت تعارض در احکام آن ها وجود ندارد و نمی توانیم عمل به یکی از این روایات را به دیگری ترجیح دهیم. (شیخ طوسی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۸۹) این استدلال توسط برخی از فقها مورد تأیید قرار گرفته و گفته شده است اخبار دال بر جواز تفویض به دلیل موافقت با عامه مطروح است و ترجیح با نظر مخالف می باشد. (صانعی، ۱۳۸۰: ۱۳۴) به هر حال در این راستا می توان راهکارهای تعدیل حق طلاق مرد که در قوانین نیز متجلی شده است را در قواعدی از جمله قاعده لاضرر مورد واکاوی قرار داد. این قواعد عبارتند از: طلاق زوجه ناشی از قاعده عسر و حرج؛ طلاق زوجه ناشی از ترک انفاق از سوی زوج که در فوق مفصل شرح داده شد؛ طلاق زوجه بخاطر غیبت شوهر بیش از سه سال؛ طلاق زوجه بر اساس قاعده لاضرر و در نهایت طلاق زوجه ناشی از وکالت داشتن زن در طلاق. البته آنچه در این مجال مد نظر است طلاق و حق طلاق زن با توجه به قاعده لاضرر است. که هر یک از این تمهیدات و اصول یا به صورت ارادی و یا قهری ممکن است حق طلاق را به زوجه تفویض کنند، بدون اینکه بتوان مطلقاً مشکل شرعی در آنها مشاهده نمود.

۲-۴- در نظام حقوقی مصر

این موضوع در نظام حقوقی مصر نیز مد نظر می باشد. در قانون احوالشخصیه سال ۱۹۲۹ مصر، ماده ای در مورد تفویض طلاق گنجانده نشده است، اما دارالافتاء مصر (اداره حقوق دادگستری) در پاسخ به استفتای شماره ۷۷ سال ۱۹۸۱ در مورد تفویض طلاق به زوجه چنین نظر داده است:

« اگر زوج شخصاً حق طلاق دارد، پس می تواند آن را به نیابت به دیگری واگذار کند. شخص ثالث می تواند خود زوجه باشد و چنین نیابتی (وکیل کردن زوجه برای طلاق) غیر از تفویض نیست. هنگامی که تفویض صورت گرفت، اختیار طلاق در دست زن قرار می گیرد. اگر خواست طلاق می گیرد و اگر نخواست طلاق نمی گیرد. محدوده اختیار زوجه در طلاق را زوج هنگام تفویض طلاق مشخص می کند. چنانچه گفت هر گاه بخواهی می توانی خودت را طلاق دهی، فقط در این زمان حق طلاق دارد و با گذشت آن چنین حقی برای وی وجود ندارد.» (الفقی، ۲۰۰۵: ۵۲) با توجه به آنچه از این استفتاء مشخص می گردد، در حقوق مصر به تبعیت از فقه حنفی، تفویض طلاق به زوجه پذیرفته شده است. بر همین اساس حقوقدانان مصری با تأسی از فقه حنفی، شرایط آن را مشخص نموده اند.

نخست اینکه صیغه طلاق می تواند هر افظی که دلالت بر تفویض کند، باشد؛ مثل « طلقی نفسک: خودت را طلاق بده»، « اختاری نفسک: خود را اختیار کن»، « امرک بیدک: اختیارت در دست خود توست» از میان این الفاظ، آن چه که به صراحت دلالت بر تفویض می نماید، مثل « طلقی نفسک» نیاز به نیت ندارد، اما الفاظی که کنایه از تفویض است، مثل « اختاری نفسک» نیاز به نیت دارد. (جلالی، ۱۴۰۰: ۱۹۴)

دوم اینکه: «آن چه به وسیله‌ی تفویض، از سوی زوجه واقع می‌شود، در واقع آن چه هست که خود زوج شایستگی واقع ساختن آن را داشته، بدین معنا که زوجه هیچ گونه اختیاری بیشتر از زوج نخواهد داشت؛ پس مطابق اصل رجعی بودن طلاق، این طلاق، رجعی خواهد بود مگر این که طلاق، قبل از دخول بوده یا تفویض با پرداخت و بذل مالی صورت گرفته و یا این که زوجه، سه طلاقه باشد که در این موارد طلاق بائن خواهد بود. ماده ۵ قانون سال ۱۹۲۹ مصر اشاره می‌کند که «هر گونه طلاقی، رجعی قلمداد می‌شود مگر طلاقی که تکمیل‌کننده‌ی سه طلاق بوده و همچنین طلاق قبل از دخول و طلاق بر مال و آنچه که مطابق این قانون طلاق بائن محسوب می‌شود».^۳ به مقتضای این ماده، آن چه زوج، مالک آن می‌شود، طلاق رجعی است غیر از آن صوری که استثناء شده است. پس با تفویض طلاق هم، با هر گونه لفظی که باشد چه صریح چه کنایی، زوجه مالک طلاق رجعی شده و یک طلاق رجعی منعقد می‌شود چه زوج اراده طلاق واحد کند یا بیشتر.» (فلاحی، ابوالمحمدی، ۱۳۹۸: ۱۶۵) به نظر با جمع نظرات فقهای امامیه (اشتهاردی، ۱۳۷۸: ۲۶۷؛ شهید ثانی، ۱۳۸۱: ۸۴) نیز می‌توان استثنائاتی که این نوع طلاق را بائن محسوب می‌کند مثل طلاق یائسه، غیر مدخوله یا اختیار با عوض را در بین قائلین به تفویض مشاهده نمود.

در نهایت نیز تفویض طلاق ممکن است قبل از انعقاد عقد باشد یا هنگام انعقاد عقد و یا لاحق بر عقد. چنانچه تفویض سابق بر عقد باشد، مثل این که مرد به زن بگوید اگر با تو ازدواج کردم، اختیارات با خودت است و هر وقت می‌خواهی طلاق بگیری و سپس ازدواج صورت گیرد، این حق برای زن به وجود می‌آید که پس از انعقاد عقد نکاح هر وقت بخواهد، طلاق بگیرد. (جلالی، ۱۴۰۰: ۱۹۴) اما هنگامی که تفویض، مقارن و هم‌زمان با عقد ازدواج باشد، هنگامی صحیح است که ایجاب عقد، ابتدای به امر از سوی زوجه و مشروط به تفویض طلاق به شخص زوجه باشد مثل این که زن به مرد بگوید: «خودم را به عقد ازدواج تو در می‌آورم با شرط این که، طلاق به دست من باشد و هر وقت که خواستم، خودم را مطلقه سازم» سپس زوج به او بگوید: «عقد ازدواج با این شرط را قبول کردم» ولیکن در صورتی که زوج، شروع‌کننده‌ی ایجاب عقد ازدواج باشد به این صورت که بگوید: «تو را به عقد ازدواج خود در می‌آورم با این شرط که امر طلاق دادن خودت به دست تو باشد تا این که هر وقت خواستی، خود را مطلقه سازی» پس زن بگوید: «قبول کردم»؛ در این حالت، عقد ازدواج صحیح است ولیکن تفویضی واقع نمی‌شود به این علت که تفویض، قبل از ازدواج، واقع شده و معلق بر ازدواج نیست و قبل از آنکه زوج، تملکی بر تفویض پیدا کند، از سوی او اعطاء شده است که این امری محال است. (فلاحی، ابوالمحمدی، ۱۳۹۸: ۱۶۶) به نظر می‌رسد که استدلال مزبور در خصوص عدم پذیرش تفویض در فرضی که مقارن با عقد ازدواج است، صحیح به نظر نمی‌رسد چون در فرضی که تفویض قبل از عقد هم صورت می‌پذیرفت، هنوز عقد تحقق نیافته بود؛ علاوه بر آن در این فرض، قول صحت در آن قوی‌تر است چون تفویض قرین عقد است و باید در خصوص ادعای عدم پذیرش تفویض با ایجاب زوج، کمی تأمل کرد. (الفقی، ۲۰۰۵: ۵۲-۵۴) به هر حال همانطور که ملاحظه می‌شود موضوع تفویض حق طلاق به زوجه به عنوان یک امتیاز می‌تواند بر مبنای قاعده لاضرر (به ویژه مصادیق مورد نظر در ماده ۱۱۱۹ موضوعیت پیدا کند. بررسی روایات (هر چند نظر مخالف وجود دارد) نیز این مهم را القاء می

^۳ - ماده ۵ قانون مدنی مصر: «ولو فوّض الزوج زوجته فی أن تطلق نفسها ثلاثاً دفعهً واحدهً فطلقت نفسها كذلك فلا يقع بذلك إلا طلاقه واحدهً رجعیة، لأن الزوج نفسه لا یملک إلا ما یکون علی هذا النحو طبقاً للقانون فلا یستطیع تملیکها اکثر ممّا یملک».

کند که زوج در اضرار می تواند از حق طلاق استفاده کند که این حق می تواند با پیش بینی و تفویض آن برای خود عملی گردد.

۵- گفتمان عدالت محوری در دیدگاه فقهی و گفتمان مساوات گرایی: بررسی جایگاه قاعده لاضرر در هر یک

از جمله نگرش های مساوات گرایی را می توان در پرتو مکاتبی چون فمینیسم بررسی کرد. مکتبی که برخاستی از رویکرد تشابه گرا بوده و حقوق افراد به ویژه حقوق زن را در قالبی متساوی با مرد می داند. بنابراین حقوق زن را تنها در ترازوی ارزش های ظاهری و مالی می سنجد و احیا می کند. حال آنکه اسلام و به تبع آن نظام حقوقی ایران از نگاه فراتر از تشابه حقوق موضوع حق زن و زوج در خانواده را نگریده و آنچه را در احیای این حقوق دخیل می داند، ارزش انسانی می داند.

ملاحظه اصول مردانه و زنانه در چارچوب دیدگاه جهان شناسانه آئین اسلام می تواند مقصود قوانین دینی ای که نقش زن و مرد را در تمدن های مختلف تعیین می کند را روشن سازد. قرآن در تمام مدتی که نفس را با مفهوم وحدانیت بارور می کند، به ثنویت و دوگانگی در آفرینش اشاره دارد: « و از هر چیز، زوجی آفریدیم (سوره ذاریات، آیه: ۴۹). در تفسیر این آیه شریفه مبنی بر فلسفه خلقت مبتنی بر زوج محور بودن را می توان در حدیثی از امیر المومنین علی (ع) به این شرح بیان کرد:

« امیرالمؤمنین (علیه السلام) - وَبِمَقَارَنَتِهِ بَيْنَ الْأَشْيَاءِ عُرِفَ أَنَّ لَهَا قَرِينَ لَهَا ضَادٌّ النُّورَ بِالظُّلْمَةِ ۖ وَالْأَيْسَ بِالْبَلَلِ وَالْخَسَنَ بِاللَّيْنِ وَالصَّرْدَ بِالْحَرُورِ مُؤَلَّفٌ بَيْنَ مُتَعَادِيَاتِهَا وَمُفَرَّقٌ بَيْنَ مُتَدَانِيَاتِهَا دَالَةٌ ۖ بِنَفْرِيقِهَا عَلَى مُفَرِّقِهَا وَبِتَأْلِيفِهَا عَلَى مُؤَلِّفِهَا وَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ. یعنی: امام علی (علیه السلام) - اوست که بین اشیاء مقارنه و نزدیکی ایجاد می کند و ما درمی یابیم که او را قرینی نیست. اوست که تاریکی را ضد نور قرار داده و رطوبت را ضد خشکی و گرما را ضد سرما گردانیده است، در بین چیزهای متضاد نزدیکی ایجاد می کند و بین اجزای نزدیک فاصله می اندازد. با جداکردن اشیاء مقرون از یکدیگر نشان می دهد که جداکننده ای هست و با پیوند بخشیدن اشیای متضاد، نشان می دهد که پیونددهنده ای هست و این کلام خداوند عزوجل است که می فرماید:

وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ. (مجلسی، ۱۴۰۴: ۳۰۴)

به هر حال از دید اسلام و رویکرد وی به جفت، زوج و از این دست واژگان، دوگانگی در خلقت به هیچ وجه مستلزم آن نیست که مرد ذاتاً و منحصرأ «فعال» و زن به همان نحو «منفعل» باشد. زنان و مردان هر دو عنصر فعال و منفعل را در وجود خویش تجسم می بخشند. همه انسان ها باید بعد عبودیشان را فعال کنند و در راه خدا از طریق عبادت و اعمال نیک تلاش کنند. آنان با تسلیم به اراده و قانون الهی باید بعد افقی شان را آرام کنند و با پذیرش اراده الهی در تقسیم مقدرات، نفوس خود را ظرف لطف پروردگار قرار دهند. (عطارد، ۱۳۸۷: ۴۹) پس با مذاقه در گفتمان حقوقی که بیانگر دو رویکرد تشابه و عدالت حتی در سرزمین های اسلامی است، می توان آنچه به عنوان اسلام و فقه شیعه در شاکله و جان مکاتبی چون فمینیسم آرام گرفته را تنها پندارهایی دانست که مسیر خاص و ویژه خود با تکیه بر تصورات فمینیسم را طی می کند نه تعامل با اندیشه ورزی اسلام و فقه امامیه. این تقابل در کشور های عربی که وام دار فقه عامه هم هستند به غایت مشهود و قابل فهم می باشد. این گفتمان

مساوات گرا در پندارهای اسلامی برخاست مکتبی در قامت فمینیسم اسلامی است که سعی نموده اصول و قواعد حقوق خانواده را در آموزه های دینی به سبکی امروزی روزآمد و تعدیل کند.

واقعیت این است که ترکیب فمینیسم اسلامی، ترکیبی نادرست و مبهم از مفهوم حقوق زن در اجتماع و زوجه در نهاد خانواده است. چرا که نمود فمینیسم در عرصه اجتماع القاء گر حقوقی است که در شاکله اندیشه لیبرال ها آزادی مطلق را تدریس می نماید. در صورتی که فقه شیعه بر گرفته از مبانی آسمانی چون قرآن دایره مدار فطرت انسانی بوده و آنچه را به عنوان حق در خصوص زن تثبیت می نمایند، در ذات وی نهادینه شده است. اسلام و به تبع آن فقه شیعه، دین اعتدال است. لذا نه آزادی های بی قید را برای زن، القاء می کند و نه محدودیت های جاهلی که در اعصار، در خصوص زن ها روا می رفته را ابقا. فمینیسم جنبشی است علیه ظلم به زنان، اما ماهیت آن و آنچه که به عنوان دستاورد در آموزه های خود داشت ظلمی نا محسوس را بر زنان روا داشته است. به هر حال فمینیسم اسلامی جنبشی نوین در دل آموزه های اسلامی است. اما این جنبش مبلغ دغدغه های بینش فمینیسم تلقی می گردد تا تقلایی برای جلوگیری از تحریف آموزه های اسلام در دل این مکتب داشته باشد.

هر حال مبنای فمینیسم اسلامی که وجهه ای تعدیل یافته از خاستگاه اندیشه فمینیسم می باشد؛ این است که در ظاهر مواجهه و تقابل جدی با دین صورت نپذیرد. آنان با تمسک جستن به منابع دینی - از جمله قرآن کریم و احادیث - در تلاش بودند تفاسیر عرف گرایانه و مدرنیستی از این منابع ارائه دهند. از این رو این نظریه پردازان بر لزوم به کارگیری شیوه های کلاسیک استنباط احکام شرعی، از جمله «تفسیر» و «اجتهاد» در راستای احقاق حقوق زنان و ارائه تفاسیر «زنانه» و به دور از «رویکرد مردسالارانه» تأکید می ورزند. (حسین زاده، عباسیان، ۱۳۹۶: ۸۴)

چرا که محوریت مرد را در نصوص اسلامی غالب می دانستند و تنها معتقد بودند که بایست تفسیری متفاوت از آنها و به نوعی تفسیری امروزی از اندیشه های سنتی دینی باید داشت. از طرفی وقتی فمینیسم و اسلام یا مسلمان بودن پیوسته است، ابهام در معنا به وجود می آید. فمینیسم اسلامی قادر به تأمین نیازهای شناسایی افراد مختلف نیست و کل فعالیت زنان را بر اساس چهارچوب اسلامی تعریف می کند. در حالی که فمینیسم اسلامی اصطلاحی گسترده است که در دانشگاه ها از آن استفاده می شود، محققانی مانند اسمیت و وودوارد (۲۰۱۴) تفاوت های بالقوه بین فمینیسم اسلامی، فمینیست های مسلمان و فمینیسم اسلام گرا در متن برخی کشورهای اسلامی را نشان می دهند و چنین است که سردرگمی معنا و عمل، و نقض غرض در بین فمینیست های اسلامی پدید می آید. (مجدانی، ۱۴۰۰)

بنابراین در نظر گرفتن تفاوت یا عدم تفاوت جنسی در حقوق زنان، مهم ترین اختلاف مکتب اسلام با فمینیسم است. روح این اختلاف که در مبانی وجود شناختی و معرفت شناختی هر دو مکتب آشکار می شود، ریشه در این امر دارد که مصلحت از جانب چه کسی تعیین گردد. اسلام این امر خطیر را از خداوند متعال طلب می نماید، اما فمینیسم بشر را تعیین کننده مصلحت خویش می داند. از این رو، در اسلام، عدالت از یک واقعیت نفس الامری برخوردار است و بر این اساس تساوی حقوقی چون مخالف با مقتضیات وجودی زن است، خشونت علیه زنان محسوب می شود، اما در فمینیسم عدالت کاملاً امری نسبی است و بر حسب تجربه های مختلف بشری، معنای آن نیز متغیر می شود و به تبع آن، معنای خشونت علیه زنان نیز تغییر می کند. (شیر محمد، ۱۳۹۹: ۲۹۴) با این نگرش ریشه های پیدایش فمینیسم اسلامی را می توان در اراده تفسیر و تحلیل آیات و روایاتی بازخوانی کرد که سه ویژگی اساسی آنها را در مقابل جنبش جهانی زنان (فمینیسم) قرار داده و سعی شده با این تفاسیر از این هجمه ها بکاهد.

چون روش شناسی فمینیستی اسلامی شامل سه روش ارزیابی است: اول بازگشت به قرآن برای "اصلاح داستان‌های دروغین رایج در عموم مردم"، دوم، تبلیغ و ترویج آیاتی که مساوات زن و مرد را به روشنی بیان می‌کند و سوم، نقد آیاتی که نابرابری جنسیتی را در نتیجه تفسیر مردسالارانه استنتاج می‌کنند.

پس با این بیان مسأله عدالت در گفتمان حقوق جنسیتی در هر مکتب فکری به فراخور نوع اندیشه می‌تواند پاسخی متفاوت داشته باشد. این امر در تحلیل و استخراج اصل عدالت در نظام فکری و عملی اسلام، دارای عمق و وسعت بیشتری است، چرا که دین اسلام با ارائه ی برنامه ای جامع تلاش دارد، مفهوم عدالت را در تمام ابعاد و سطوح فکری و عملی زندگی مسلمانان نهادینه سازد. به بیان دیگر «دستیابی به روش، در نظام حقوقی اسلام پیچیدگی خاصی دارد؛ زیرا باید مبنای قانونگذار را در هستی شناسی، انسان شناسی و غایت انسان به خوبی درک کرد و به این امر پی برد که آیا قانون گذار این امور را با قواعد حقوقی پیوند زده است و در صورت مثبت بودن پاسخ، میزان پیوند را شناخت. با این شناخت می‌توان به پرسش عادلانه بودن قوانین پاسخ داد؛ زیرا در این صورت قوانینی عادلانه خواهد بود که با مبانی و شرایط خود هماهنگ باشد.» (حکمت نیا، ۱۳۹۰: ۳۵۳) حتی اگر نتوان آن را بر اساس ملاک های جاری در احکام (اولیه و ثانویه) تطبیق داد، با بازخوانی آن در قواعد فقهی چون لاضرر و یا عسر و حرج و ... آن را تعدیل کرده و به عنوان یک ضابطه کارآمد در اختیار دو طرف مهم قرارداد زندگی زناشویی یعنی مرد و زن نهاد.

از این رو، برای شناخت نحوه چینش قواعد و احکام اسلام در جهت دستیابی به نظامی عادلانه در نهاد خانواده و روابط میان زوجین، ناگزیر باید نوع نگرش دین اسلام به انسان، جنسیت، عدالت و زوجیت به خوبی درک شود. در این صورت است که می‌توان به معیار و تعرفه اصل عدالت جنسیتی در روابط زوجین با گفتمان عدالت محور اسلامی دست یافت. در واقع یک تفاوت اساسی میان شیوه تحقیق و تحلیل در علوم اسلامی با سایر مکاتب انسان گرا موجود است و آن اینکه در اندیشه اسلامی در موضوعات گوناگون از جمله موضوعات مدنی یا سیاسی یا اجتماعی و حتی گزاره‌های تصریح شده و نشده و گزاره‌های اخلاقی و غیراخلاقی و گزاره‌های تفسیری متن دقیقاً یک قوام مایه از تفکر مبداءشناسی، هستی شناسی و انسان شناسی وجود دارد، زیرا پیکره‌ی حقوق اسلامی، نظامی است که متناسب و منتظم با نظام هستی بر محور تفکر توحیدی است. (میرخانی، ۱۳۹۲: ۱۴۲) بنابراین تا جایی که بتواند موضوعات جاری احکام را در قالب اصل ارائه می‌دهد. هر گاه نیز این اصول با زمان و مکان همخوانی و همگرایی نداشته باشد، این انعطاف را به خرج داده و با ارائه شروطی با درون مایه های قواعدی فقهی استثنائات را بر اصول حاکم می‌کند. ورود و جریان قاعده لاضرر به عنوان یک ضابطه استثناء ساز برای عدم زیان و اضرار زوجه در زندگی زناشویی از همین گفتمان تغذیه می‌کند.

جمع بندی و نتیجه گیری:

همانطور که بیان شد در شرع مقدس اسلام (فارغ از گفتمان های مختلف مذاهب اسلامی) مواردی وجود دارد که صریحاً اجازه می‌دهد که زوجه از حاکم درخواست طلاق کند. بنابراین رویکرد اگر چه فقهای اسلامی (عامه و امامیه) اصل حق طلاق مرد را پذیرفته‌اند، اما سعی نموده اند همواره در چارچوب این اصل اولیه مقررات مرتبط با حقوق خانواده و روابط بین زوجین را تحلیل کنند. دو نظام حقوقی ایران و مصر نیز به تاسی از زعمای فقه در مذهب حاکم بر نظام حقوقی خود، دنباله رو گفتمان های فقها بوده و به نوعی روابط اجتماعی خانواده را محصول اراده این گفتمان دانسته در تصویب و تنظیم قوانین خود را وامدار این مهم می دانند.

همانطور که در فوق نیز به صورت مبسوط بیان شد؛ جریان قاعده لاضرر به عنوان ضابطه و معیاری از عدم زیان به افراد در حقوق خانواده برخی اصول را دستخوش دگرگونی نموده و در واقع اطلاق آن را دستمایه تعدیل قرار داده و آثار برخی استثنائات را بر آن مترتب نموده است. دلالت قاعده لاضرر در نظام حقوق خانواده ایران و به تبع آن در موضوع طلاق مسأله‌ای است که در سایه قاعده عسر و حرج و ماده ۱۱۳۳ قرار گرفته است. اما واقعیت این است که می‌توان در مواردی مشخص، مصادیقی را بیان کرد که نه تنها دلالت بر حق زن در حوزه خانواده را می‌توان از آن استخراج کرد بلکه به صورت خاص در مورد طلاق باید آن را جاری دانست. مشخص ترین سند و نص را می‌توان در آیه‌ی « و لا تمسکوهن ضرراً لتعتدو» مشاهده نمود. در این آیه از اینکه مردان برای ضرر زدن و تجاوز به حقوق زنان آنان را نگهداری کنند و از طلاق آنها خودداری کنند صراحتاً نهی شده اند. پس براساس قاعده لاضرر، روابط زوجین مبتنی بر نفی ضرر است. به عبارتی آثار اعمال قاعده لاضرر در حقوق زوجه به این شکل نمایان می‌گردد: یکی آن که هرگونه رفتار موجب مضیقه جایز نیست. از همین رو اجازه هر رفتاری به زوج داده نمی‌شود. این مهم را می‌توان در موضوع انفاق مورد واکاوی قرار داد. موضوعی که در نظام حقوقی مصر نیز مورد تأیید و احراز می‌باشد. بنابراین زوجی که از دادن نفقه زوجه خود استنکاف کرده ویا توانایی پرداخت آنرا ندارد بنا به شرایطی برای زوجه این حق ایجاد می‌شود که به حاکم رجوع کرده و تقاضای طلاق کند.

همچنین موضوع معاشرت و سوء معاشرت که باعث می‌گردد زوجه بتواند با اطلاق و تکلیفی که در ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی ملحوظ است تقاضای طلاق کند. زیرا درجایی که مرد از حقوق زن سوء استفاده کند و بدین وسیله موجب ضرر بر آن شود و ضرری در زندگی زناشویی برای زن پدید آورد، قاعده لاضرر آن حق را از مرد سلب می‌کند که یکی از این حقوق طلاق است که منحصر در دست مرد است. در نظام حقوقی مصر نیز با شرایطی در قانون و با اثبات زوجمبنی بر نشوز زوج می‌تواند تقاضای طلاق کند.

نکته دیگر در این پژوهش که بازخوانی قاعده لاضرر را جهت احراز حق طلاق برای زوجه وامی‌کاود، موضوع اختیار و تفویض حق طلاق به زوجه می‌باشد. واقعیت این است که در فقه امامیه فقهای اندکی تفویض اختیار طلاق زوجه را پذیرفته اند. بنابراین در بین فقهای این مذهب مشهور رأی به عدم پذیرش داده اند. همین رویکرد موجبی شده که در قوانین ایران نیز به تاسی از فقه امامیه به آن اشاره‌ای نشود. البته هرچند بحث وکالت در طلاق به موجب ماده ۱۱۳۸ طرح شده است اما وکالت نمی‌تواند مبین تفویض اختیار طلاق به زوجه و آنگونه که فقهای عامه بدون شک به آن اذعان داشته و پایبند هستند، باشد. این در حالی است که در نظام حقوقی مصر نیز اگر چه در قانوناحوال

شخصیه نصی در این زمینه وجود ندارد اما به تبع بهره از فقه حنفی آن را در رویه و ایستفناات می توان مشاهده نمود.

در نهایت باید گفت: جهان حقوق، جهانی است نسبی گرا. یعنی به فراخور زمان و مکان قابل تغییر و بازنگری است. بنابراین می توان از برخی نگرش های شاذ در راستای تقویت حقوق و پویایی آن استفاده نمود. به عنوان مثال، عدم ایجاد محدودیت برای زن در درخواست و تقاضای طلاق تحت تسلط و چیرگی اصل حق بر طلاق توسط مرد، که در نظامات حقوقی برگرفته از نگرش های فمینیستی پذیرفته شده است می تواند نکته مهم و ضروری باشد که زن در فرایند دادرسی و طلاق از حقوق حقه و مکتسبه خود که قانون برایش ایجاد و در نظر گرفته است، نگذرد. از سویی بازناسایی قاعده لاضرر و اینکه هیچ حکم ضرری در اسلام وجود ندارد، مقررات حقوق خانواده را با آن در مواجهه با اصولی چون اصل اولیه و ابتدایی «حق طلاق برای مرد» تعدیل نماید تا به عنوان ابزاری جهت سوء استفاده مرد استفاده نشود.

منابع و مآخذ:

قرآن کریم

فارسی:

- ۱- انور، حمیدی، (۱۳۵۳)، قانون مدنی، تهران: چاپخانه سپهر، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ج ۱-۳، چ ۲۹.
- ۲- بی آزار شیرازی، عبدالکریم، (۱۳۸۹)، رساله نوین امام خمینی (ره)، تهران: انتشارات دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ج ۳، چ ۲۲.
- ۳- تقوی علویکلایی، فاطمه و مبینی سوچلمایی، حسن و احمدی، مهدی، (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی وضعیت غایب مفقود الاثر قبل و بعد از صدور حکم موت فرضی در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، نخستین کنگره بین المللی جامع حقوق، <https://civilica.com/doc/503221>
- ۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۸)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱.
- ۵- جلالی، مهدی، (۱۴۰۰)، اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران (با مطالعه تطبیقی)، تهران: انتشارات خرسندی، چ ۳.
- ۶- حسین زاده، ابوالحسن، عباسیان، حسین، (۱۳۹۶)، چارچوب تاریخی فمینیسم اسلامی، فصلنامه انسان پژوهی دینی ش ۳۴.
- ۷- حکمت نیا، محمود، (۱۳۹۰)، لاضرر به مثابه نظریه در ساختار نظام فقهی و حقوقی، مطالعات راهبردی زنان، ش ۵۱.
- ۸- سرخوش، جواد و خطیبی قمی، فرینازسادات، (۱۳۹۹)، واکاوی قاعده لاضرر در حقوق مالی زوجه، سومین کنفرانس ملی حقوق در چشم انداز ۱۴۰۴، رشت، <https://civilica.com/doc/1152566>
- ۹- شیرمحمد، معصومه، (۱۳۹۹)، تعریف تفاوت فمینیسم اسلامی و غربی، سومین کنفرانس بین المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق، تهران،،، <https://civilica.com/doc/1130926>
- ۱۰- صفار، محمد جواد، (۱۳۸۴)، بازپژوهی حقوق زن، (زیر نظر ناصر قربان نیا) تهران: انتشارات روز نو، چ ۱.
- ۱۱- صفایی، حسین، خیریه، زینب، (۱۳۹۱)، مبانی فقهی و قانونی طلاق زوجه غایب مفقود الاثر به علت انقضای چهار سال از تاریخ غیبت یا عسرو حرج با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)، پژوهشنامه متین، دوره ۱۴، ش ۵۶.
- ۱۲- عطار زاده، مجتبی، (۱۳۸۷)، بررسی تطبیقی مفهوم جنسیت در اسلام و غرب، مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۲.
- ۱۳- فلاحی، آزاد، ابوالمحمدی، محمد رسول، (۱۳۹۸)، نگرشی تطبیقی به تفویض طلاق در فقه اسلامی، حقوق ایران و مصر، فصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۱۲، ش ۲ (۲۴).
- ۱۴- قرائتی، محسن، (۱۳۹۷)، سوره بقره-تفسیر نور (سوره ۲۳۱)، پایگاه سخنرانی مذهبی، جلسه ۲۳۱.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، حقوق مدنی (حقوق خانواده)، تهران: انتشارات میزان، چ ۲۳.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، ضمان قهری، تهران: انتشارات میزان، چ ۱۰.
- ۱۷- گرجی، ابوالقاسم، ابوالقاسم بن محمد حسن میرزای قمی، (۱۳۸۱)، جامع الشتات (کتاب طلاق)، تهران: انتشارات: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، چ ۱.

- ۱۸- مجدانی، لیلا، (۱۴۰۰)، رشد فمینیسم اسلامی در سایه عدم معرفی الگوهای اصیل دینی، خبرگزاری تسنیم، قابل دسترس در سایت به آدرس <https://www.tasnimnews.com/fa/news/>: ۲۵۳۹۰۰۲/۲۸/۰۴/۱۴۰۰
- ۱۹- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۸)، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی ج ۱، چ ۲۱.
- ۲۰- مطهری، مرتضی، (۱۳۸۹)، نظام حقوق زن در اسلام، تهران: انتشارات صدرا، چ ۶.
- ۲۱- میرخانی، عزت، (۱۳۹۲)، تحلیل عدالت جنسیتی در مناسبات عاطفی، اخلاقی و عاطفی خانواده، زن در فرهنگ و هنر، تهران، مرکز مطالعات و تحقیقات زنان، ش ۱.
- ۲۲- ویشکه، عباس، (۱۳۸۸)، نگاهی حقوقی به تأمین نفقه در پیشگیری از طلاق، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، دوره ۱۱، ش ۴۳.
- عربی و فقهی:**
- ۱- الدبوسی، ابوزید عبدالله بن عمر، ۱۴۱۵، تأسیس النظر، تحقیق مصطفی محمد قبانی دمشقی، دار ابن زیدون، مکتبه الکلیات الازهریه، بیروت.
- ۲- ابن نجیم، زین الدین، (۱۴۰۳)، الأشباه والنظائر، تحقیق محمد مطیع الحافظ، دارالفکر، دمشق.
- ۳- حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۳۸۹) وسایل الشیعه، مترجم: صحت، علی، قم: موسسه آل البيت.
- ۴- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، بیروت، دارالفکر. ج ۵، ص: ۸۱۴.
- ۵- راغب اصفهانی، حسن، (۱۳۸۷)، المفردات فی غریب القرآن، تهران: انتشارات صادق، چ ۴.
- ۶- واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی؛ (۱۴۱۴)، تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۱، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزی ج ۸.
- ۷- ابن شعبه الحرانی، حسن بن علی، (۱۴۱۳)، تحف العقول، قم: نشر آل علی.
- ۸- محمد رشید، رضا، (۱۳۷۹)، تفسیر القرآن الکریم (تفسیر المنار)، مدرسه فقاقت، قم.
- ۹- زحیلی، وهبه، (۱۳۸۶)، الفقه الاسلامی و ادلته، تهران: نشر احسان
- ۱۰- ابن کثیر، اسماعیل ابن عمر، (۱۴۲۰)، تفسیر القرآن العظیم، محقق شمس الدین محمد حسین، بیروت: دار الکتب علمیه
- ۱۱- قرطبی، احمد بن محمد، (۱۴۰۵)، الجامع لأحكام القرآن، تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- ۱۲- طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۲۳)، المبسوط فی فقه الإمامیه، محقق، مصحح، کشفی، محمد تقی، قم: موسسه نشر اسلامی، چ ۱.
- ۱۳- فخرالمحققین، ابوطالب محمد بن حسن حلی، (علامه حلی)، (۱۳۸۷) ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۱.
- ۱۴- شیخ مفید، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳) من لایحضره الفقیه، قم: دار احیاء التراث العربی، چ ۲.
- ۱۵- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸) شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ ۲.
- ۱۶- سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۳۸۸)، مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام، قم: انتشارات دار التفسیر، چ ۱.
- ۱۷- فخرالمحققین، ابوطالب محمد بن حسن حلی، (علامه حلی)، (۱۴۱۳) قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ ۱.

- ۱۸- حسینی روحانی، محمد صادق، (۱۴۱۴)، فقه الصادق، قم: انتشارات موسسه دارالکتاب، چ ۲.
- ۱۹- فاضل هندی، محمدبن حسن، (۱۳۹۳)، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱.
- ۲۰- موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۳۸۹) تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چ ۱.
- ۲۱- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، (۱۳۹۶)، العروه الوثقی، قم: انتشارات دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۳.
- ۲۲- انصاری، مرتضی، (۱۳۸۸)، مکاسب، ترجمه و توضیح، آیت الله پایانی، مترجم: محمد مسعود عباسی، قم: موسسه انتشارات دارالعلم، چ ۱۳.
- ۲۳- طباطبایی، علی، (۱۳۸۶)، ریاض المسائل، قم: انتشارات بوستان کتاب قم، چ ۴.
- ۲۴- السمنی، حسن علی، (۱۹۹۹)، الوجیز فی الاحوال شخصیه، مصر: نشر دار الکتب القانونیه مصر، چ ۱.
- ۲۵- موسوی بجنوردی، حسن، (۱۳۹۶)، قواعد الفقهیه، تهران: انتشارات مجد، ج ۱، چ ۶.
- ۲۶- نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۹۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، قم: انتشارات دار الکتب اسلامی، ج ۲۱.
- ۲۷- شهید ثانی، جبعی عاملی، زین الدین، (۱۳۹۸)، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، ترجمه علی شیروانی، تهران: انتشارات دارالعلم، ج ۲، چ ۵.
- ۲۸- موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۳۸۷)، توضیح المسائل، تهران: انتشارات طاهری، مسأله ۲۵۳۹.
- ۲۹- موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۳۹۶)، استفتائات، تهران: انتشارات موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۲، چ ۱، سؤال ۲.
- ۳۰- حسینی، احمد، (۱۳۷۹)، رسائل الشریف المرتضی، قم: انتشارات دار القرآن الکریم، ج ۱، چ ۳.
- ۳۱- إشتهاردی، علی پناه، (۱۳۷۸)، فتاوی ابن جنید، قم: انتشارات موسسه نشر اسلامی، چ ۱.
- ۳۲- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۷۸)، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، تهران: انتشارات دار الکتب اسلامی، ج ۸، چ ۳.
- ۳۳- صانعی، یوسف، (۱۳۸۰)، فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله، (کتاب طلاق)، قم: انتشارات موسسه نشر اسلامی، چ ۱.
- ۳۴- الفقی، عمرو عیسی، (۲۰۰۵)، الموسوعه الشامله احوال الشخصیه، نشر مکتب جامعه الحدیث، چ ۱.
- ۳۵- شهید ثانی، جبعی عاملی، زین الدین، (۱۳۸۱)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، چ ۳.
- ۳۶- مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۴)، بحار الانوار، بیروت: مؤسسه الوفاء، ج ۴.