

تعمقی نوین در ماهیت حقی طلاق با نظر به آرای امام خمینی (س)

طوبی شاکری گلپایگانی^۱

زهرا حمیدی سوها^۲

چکیده: لسان ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی گویای ماهیت حقی طلاق به نفع مردان است، این مهم در حالی است که تفحص در بطن آن نه تنها مثبت ماهیت حقی نیست بلکه سویه‌های حکمی بودن آن را به دست می‌دهد. بنابراین از آن رو که نتیجه این فرضیه متضمن تغییر عمیقی در حقوق خانواده است نیازمند غوری دقیق در منابع اصیل است. بدین منظور بایسته است دو مفهوم «حق و حکم» مورد تعریف واقع شوند و سپس بیان گردد که اولاً طلاق در قالب هر یک از آن دو چه ساحتی می‌یابد و ثانیاً نظرات فقها پیرامون این بحث بر چه علیی استوار است. سپس به نقد هر یک از ادله پرداخته می‌شود و در آخر نیز اصول حاکم بر خانواده از منظر قرآن کریم و آرای امام خمینی در این باب ارائه می‌گردد تا میزان تعارض نظریه حقیه با آنان روشن گردد. در نهایت نیز ضروری است تأثیرات این نتایج در قالب پیشنهادهایی به مقنن ارائه شود که به نظرمی‌رسد در رأس آن حذف ماده مذکور قرار گیرد.

لازم به ذکر است که روش به کار گرفته شده در پژوهش روبرو توصیفی-تحلیلی بوده و در نوع نگاه خود دارای عمق فقهی بسیار توأم با نوآوری در استنباط است.

کلیدواژه‌ها: ماهیت طلاق، حق، حکم، امام خمینی، حقوق خانواده.

۱. استادیار گروه مطالعات زنان، عضو هیئت علمی دانشگاه تربیت مدرس، تهران ایران.
E-mail: T.shakeri@modares.ac.ir

۲. کارشناس ارشد مطالعات زنان، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.
E-mail: zahrahamidysoha@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱/۲۱

پژوهشنامه متین/سال بیست و دوم /شماره هشتاد و هفت/ تابستان ۱۳۹۹/ صص ۱۱۴-۸۹

بیان مسئله

ماهیت طلاق در فقه دارای دو سبقه است. برخی از فقها که اغلب در زمره متقدمین هستند، آن را از نوع «حکم» می‌دانند حال آنکه برخی دیگر که اغلب از متأخرین هستند آن را از نوع «حق» برمی‌شمارند. با وجود این سبقه دوگانه، ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایران، ضمن پذیرش قسم دوم، طلاق را حق انحصاری مردان می‌داند که در شرایطی استثنایی از جمله عسر و حرج برای زن نیز متصور است. این انتخاب مقنن سؤالات و بحث‌های انتقادی زیادی را برانگیخته است که اغلب یا بدون پاسخ مانده‌اند و یا در صورت ارائه پاسخ تنها در حد توجیه متوقف شده‌اند و نتوانسته‌اند مخاطب را اقناع سازند.

مسئله اصلی پژوهش حاضر نیز پاسخ به همین پرسش است که «آیا ماهیت طلاق بالواقع حق است؟ یا حکم است؟»

به منظور نیل بدین پاسخ لازم است چندین اقدام صورت گیرد:

۱. نخست آنکه ماهیت و مفهوم «حق و حکم» مورد تفحص قرار گیرد و مخاطب را آگاه سازد که آن هنگام که گفته می‌شود طلاق حق است مفهوم اصلی چیست و بالعکس آن هنگام که بیان می‌شود حکم است مفهوم مستنبط چه خواهد بود؟
 ۲. نظرات فقها پیرامون بحث طلاق جمع‌آوری گشته و ادله هر یک بیان شده و موردسنجش، ارزیابی و یا نقد واقع شوند تا بتوان به یک نتیجه‌گیری متقن دست یافت.
 ۳. در نهایت نیز بایسته است نتایج بحث منظور در قالب پیشنهادهایی به مقنن ارائه گردد.
- بنابراین با اتخاذ این روش که مبانی ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی را به چالش می‌کشد ضروری است مواد و قوانین مربوط به طلاق از این حیث متأثر شوند و در معرض بازنگری و اصلاح قرار گیرند. البته به نظر می‌رسد در رأس این تغییرات حذف ماده مذکور باشد که با پژوهش روبرو کاملاً قابل پیش‌بینی است.

بررسی فقهی ماهیت حق و حکم

حق

جمع فقهای امامیه و اهل سنت در باب معنای اصطلاحی حق با یکدیگر توافق ندارند. باین حال نظرات آنان ذیل دودسته اصلی قابل تقسیم است:

الف) حق، مطلق سلطنت بر شخص یا مال یا چیز دیگر است (تهرانی ۱۳۷۴: ۱۶۰).

ب) حق مرتبه ضعیفی از ملکیت است (طباطبایی یزدی ۱۴۲۳ ج ۱: ۲۸۰؛ آل بحر العلوم بی تا ج ۱: ۱۴-۱۳).

بدین ترتیب حق چه به معنای سلطنت باشد و چه به معنای ملکیت بیانگر نوعی امتیاز شخصی است که فرد محق بر من علیه الحق داراست. به عبارت دیگر، حق توانایی خاصی است که برای کس یا کسانی نسبت به شخص یا چیزی اعتبار شده و مقتضای این توانایی این است که صاحب حق می تواند در متعلق آن تصرف کند یا از آن بهره بگیرد. بنابراین حق، نوعی سلطنت و استیلا برای انسان بر چیزی دیگر است؛ خواه آن چیز که متعلق حق قرار می گیرد مال باشد یا انسان.

حکم

تعریف حکم در فقه این چنین است: «خطاب الشرع المتعلق بافعال المکلفین؛ یعنی حکم آن است که شارع مقدس، درباره فعلی از افعال انسان جعل و اعتبار کند»، به این معنا که آدمی را از ارتکاب فعلی ممنوع کند یا به انجام دادن آن وادار سازد یا در انجام دادن و ترک آن اجازه و رخصت دهد (احکام تکلیفی)، یا بر فعل انسان اثر یا آثاری مترتب کند (احکام وضعی).

مواردی که مفاد حکم شرع اجازه و رخصت در فعل و ترک است، مشابهت زیادی به حق پیدا می کند؛ لذا تبیین دقیق ویژگی های آن ضروری است.

ویژگی هایی که مبین ماهیت و حقیقت حکم اند عبارتند از:

۱. عدم قابلیت اسقاط آن از ناحیه اشخاص؛
۲. عدم امکان نقل و انتقال آن به اسباب انتقال قهری و ارادی؛
۳. عدم امکان تعهد به سلب آن.

منظور از ویژگی سوم حکم این است که در مورد حق، می توان علیه حق تعهد کرد، بدین معنا که شخص تعهد کند فلان حق خود را اعمال نکند، ولی نمی توان علیه حکم تعهد کرد. برای مثال شخص نمی تواند متعهد شود که فلان حکم از او سلب گردد. به همین دلیل است که قانون گذار در ماده ۹۵۹ قانون مدنی ایران مقرر داشته است: «هیچ کس نمی تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند»؛ زیرا حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی به طور کلی عبارت است از اهلیت تمتع و استیفا، که حکم است و سلب حکم از خود، امکان پذیر نیست. علت وجود خصوصیت های سه گانه مذکور نیز این است که اختیار و زمام حکم در دست حاکم، یعنی شارع و قانون گذار است و محکوم علیه یا مکلف در این باره فاقد اختیار است. بر این اساس باید گفت در بسیاری از موارد و مصادیق، تشخیص

حق از حکم کار آسانی نیست؛ از جمله، مواردی که مفاد حکم رخصت است و مدلول آن این است که انسان می‌تواند فلان عمل را انجام دهد. مثل آن که انسان می‌تواند همسر خود را طلاق دهد که در این صورت برای فقیه این سؤال مطرح می‌شود که این توانایی، حق است یا حکم؟ (برادران بی‌تا: ۱۴).

بنابراین مبرهن است تشخیص حق همواره بسیط نبوده و در برخی موارد با حکم خلط می‌گردد. از ابعاد نظر در مبانی و اوصاف حق این نتیجه استخراج می‌گردد که هیچ کدام از مفاهیم مزبور معادل یا مصداقی از حق نیستند؛ بنابراین هرگاه به مفهوم و محتوای حق در حقوق مدنی می‌اندیشیم و آن را در تقابل با حکم قرار می‌دهیم باید از اختلاط و اشتباه حق با مفاهیم مذکور پرهیز کنیم. در قسمت ذیل به دو مفهوم این چنینی اشاره می‌گردد (راسخ ۱۳۹۳ ج ۱: ۲۱۰-۲۰۱).

تفاوت حق و آزادی‌های عمومی

آزادی‌های عمومی که در لسان فقهی همان اباحت عام هستند و در نظر حقوق مدنی از آن‌ها به عنوان اهلیت تمتع یا اهلیت استیفا یاد می‌گردد، به مناسبت زندگی انسان در اجتماع برای او به رسمیت شناخته شده است. برای مثال هر کس می‌تواند ازدواج کند و یا ازدواج نکند. بنابراین این آزادی‌های عمومی و به اصطلاح جوازات شارع به طور کلی احکام تکلیفی است که به فعل یا ترک فعل مربوط می‌گردد، اما از آن‌رو که وجود این اباحت برای اشخاص جزئی از نظم عمومی است و با هیچ قراردادی از فرد سلب نمی‌گردد در ذهن عامه مردم با عنوان «حق» متصور می‌شود. با وجود این هیچ کس نسبت به دیگری واجد رتبه بالاتر نیست و همه در برابر قانون یکسان هستند حال آنکه حق نوعی «امتياز» فردی است در مقابل دیگری (برادران بی‌تا: ۱۷).

تفاوت حق با موقعیت‌های نوعی ناشی از قانون؛ اختیار مربوط به اجرای تکالیف

انسان‌ها در نظم حقوقی، اصولاً در موقعیتی قرار می‌گیرند که در لسان حقوقی معمول از آن به «حق» تعبیر می‌گردد. مانند حق زوجیت و حق طلاق و مانند این‌ها. تحلیل مضمون و محتوای هر یک از این ماهیت‌های حقوقی و مذاقه در اوصاف و مبانی حق به خوبی از این نکته حکایت می‌کند که این عناوین حقوقی در واقع موقعیت‌های «نوعی» بوده و در نتیجه در مقوله حکم قرار می‌گیرد؛ بنابراین اگر عنوان حق بر آن‌ها مترتب می‌شود تعلق به افراد ندارد بلکه در حقیقت بازتاب و نتیجه اجرای تکالیفی است که در نظم حقوقی به عهده اشخاص مزبور گذارده شده است. از این‌رو این عناوین نه موروثی خواهند بود و نه قابل نقل و نه قابل اسقاط (برادران بی‌تا: ۱۷).

حال که ماهیت حق و حکم اجمالاً روشن گردید؛ لازم است به این موضوع پرداخته شود که اگر طلاق در قالب حق مطرح شود چه معنایی می‌یابد و اگر بالعکس در قالب حکم بیان گردد دارای چه وجوهی خواهد بود؛ لذا در مبحث ذیل این بحث را دنبال خواهیم نمود.

طلاق در قالب حق - طلاق در قالب حکم

از مجموع نظرات بیان شده درباره «حق» این دو خصیصه استخراج گردید:

الف) حق سلطنت مطلق بر شخص است.

ب) حق مرتبه ضعیفی از ملک است.

بنا بر قسم (الف) اگر بپذیریم که طلاق حق است و این حق مطابق گفته مشهور از آن مرد است پس به نحو غیر مستقیم باید این را نیز پذیرا باشیم که حق طلاق مرد علیه زن نوعی سلطنت بر وی است.

و یا اگر مطابق قسم دوم حق را نوعی از مالکیت هر چند ضعیف بدانیم باید بگوییم که حق طلاق مرد بر زن نیز به دلیل مالکیتی است که وی بر زن داراست. این نتایج از آن رو که صراحتاً مخالف با قوانین و اصول اسلامی است قابلیت پذیرش را ندارند، از سویی دیگر نمی‌توان طلاق را حق فرض نمود ولی آثار آن را رد کرد. حق در علم فقه دارای تعاریف مخصوص به خود است و هرگاه فقیهی این لفظ را استعمال می‌نماید بدیهتاً به معنا و مفهوم آن نیز آگاه است. بنابراین نتیجه این خواهد بود که حداقل در حال حاضر آنچه در باب حق به دست ما رسیده است دارای این دو مفهوم است و نمی‌تواند خارج از این دو مقوله باشد. بدین ترتیب فرض حق بودن طلاق با این دو معیار قابل رد خواهد بود. البته ممکن است برخی برای رد این سخن این گونه استدلال نمایند که ریاست خانواده از خصایص شوهر است و این ریاست نوعی سلطنت و البته ملکیت را به بار خواهد آورد. در پاسخ به این استدلال باید بیان نمود که بحث ریاست مرد بر خانواده از نظر نظامی است که بایستی در هر مجموعه‌ای برقرار باشد. این مجموعه می‌تواند به کوچکی خانواده و یا به بزرگی یک کشور باشد؛ بنابراین این مقوله نباید با بحث «سلطنت» و «ملکیت» خلط گردد. به عنوان مثال رئیس جمهور اگرچه بر قوه اجرائیه کشور مقام ریاست دارد؛ اما نمی‌توان ادعا نمود کشور ملک اوست و او بر کشورش سلطنت دارد.

از دیگر سو اگر طلاق دارای ماهیت حقی باشد قابلیت انتقال به غیر را دارد. همانطور که امروزه نیز تا حدی مرسوم است که در قباله‌های نکاح، زوجه ضمن عقد شرط می‌کند، حق طلاق را دارا باشد. این امر اگرچه نوعی واگذاری حق است؛ اما برای زن مالکیتی ایجاد نمی‌کند. بدیهی

است که در هر حال آن کسی که حق طلاق اصالتاً از آن اوست مرد است و زن نیز اگر چنین حقی را کسب کرده است به و کالت از اوست؛ اما اگر بالعکس این قضیه عمل نماییم و طلاق را «حکم» بدانیم آنچه رخ می‌دهد آن است که آثار حکم باید درباره طلاق نیز جریان پیدا کند. از جمله آثار حکم نیز آن است که اولاً جعل کننده آن همانند حق، شارع است و ثانیاً از آن رو که مصلحت‌های اجتماعی ایجاب می‌نماید بر مبنای اراده و توافق افراد نیز قابل تغییر نیست. مع الوصف در این حالت نه زن حق طلاق دارد نه مرد. بلکه طلاق دارای شئون مخصوص به خود می‌شود که شریعت مقدس آن را جعل کرده سپس مقنن در قالب قوانینی آن را وضع کرده است.

با این حال بایسته است برای فهم هر چه دقیق‌تر ماهیت طلاق به نظرات فقها پیرامون این بحث نیز اشاره گردد و مبانی و ادله هر یک از آن‌ها مورد سنجش و ارزیابی واقع شود؛ که در مبحث بعدی بررسی خواهد شد.

ماهیت طلاق

طرح بحث را با یک سؤال آغاز می‌نماییم: «آیا طلاق حق است یا حکم؟»

اگر پاسخمان حق باشد اولین مفهوم مستخرج این خواهد بود که شارع امتیازی اختصاصی برای زوج ملحوظ داشته است و اگر بالعکس پاسخمان گواهی حکم بودن ماهیت طلاق را دهد دیگر نمی‌توان به نفع شخصی شوهر اشاره نمود. اتخاذ هر کدام از دو فرض مذکور واجد اثرات عملی فراوانی در حقوق خانواده است. اگر طلاق حق دانسته شود اسقاط آن و یا انتقال آن به غیر از جمله زوجه در ضمن عقد صحیح لازمی همچون نکاح واجد اثر است. بالعکس اگر طلاق را حق ندانسته و حکم بدانیم اسقاط یا انتقال آن به غیر از جمله زوجه ضمن عقد صحیح لازمی مانند نکاح باطل و بلا اثر است و حتی محلی برای بحث ندارد. چرا که در بحث از حکم این مسئله بیان گردید که قواعد حکمی به منظور ملحوظ داشتن منفعتهای فردی وضع نشده‌اند و از همین رو نیز در محدوده اراده افراد و توافقات شخصی‌شان قرار نمی‌گیرد؛ بنابراین نمی‌توان آنان را از خود سلب نمود یا به غیر واگذار کرد.

بنابراین پاسخ به سؤال «آیا طلاق حق است و یا حکم؟» از اهمیت وافری بالأخص در حقوق خانواده برخوردار است و نیازمند رفع ابهام از استنباطات فقهی است. فرض این پژوهش بر این مسئله استوار است که اگرچه ارتکاز ذهنی و تاریخی فقیهان شیعی و سنی گویای ماهیت «حقی» از طلاق است، تأمل در علم فقه با در نظر داشتن پایه‌های قرآنی و البته روایی به استخراج ماهیتی از نوع «حکم» می‌انجامد و خود فقیهان را نیز به استخراج ماهیتی حکمی از این مفهوم فقهی

سوق می‌دهد، چنانکه میان اندیشه آنان و بیاناتشان نوعی دوگانگی رؤیت می‌شود (شاکری گلپایگانی ۱۳۹۳: ۱۳۴).

بدین ترتیب در تبیین ماهیت طلاق باید ابتدا به دو نظر مطرح در فقه امامیه و اهل سنت اشاره نمود. توضیح بیشتر آنکه در فقه آنچه دارای بیشترین شهرت است اصالت «اباحه» است حال آنکه گروه دیگری «حظر» را در اولویت قرار می‌دهند.

بررسی نظریات طلاق «اصالت اباحه و اصالت حَظَر»

قبل از ورود به بحث اصلی لازم است توضیحی اجمالی در باب این دو نظریه به نحوی عام بیان گردد.

فقها و اصولیون هنگامی که شرع تکلیف انسان‌ها را درباره یک فعل خاص مشخص نکرده باشد و آیه یا حدیثی هم درباره آن نباشد، این سؤال را مطرح می‌کنند که «آیا فرد به انجام آن فعل مجاز است یا خیر؟». در پاسخ به این مسئله دو رویکرد وجود دارد: «اصالت اباحه و اصالت حَظَر». اصالت اباحه می‌گوید اگر شرع درباره یک فعل خاص ساکت بود، فرد مجاز به انجام آن کار است و آن فعل جزء امور مباح به حساب می‌آید؛ اما برخلاف آن اصالت حظر بدین معنی است که تا دلیل شرعی بر جواز ارتکاب یک فعل وجود نداشته باشد، باید از انجام آن اجتناب کرد. در این میان، مشهور فقهای امامیه معتقد هستند که حکم عقل و شرع هر دو بر اصالت اباحه قائم است.

حال که به نحو اجمالی با اساس این دو نظریه آشنا شدیم لازم است ارتباط آن را با طلاق موردسنجش قرار دهیم. مبنای این دو نظریه صرف نظر از نتایجی که به دست می‌دهند، به این پرسش برمی‌گردد که «طلاق دارای چه حکمی است؟»؛ بنابراین اشاره به این نکته ظریف ضروری است که پرسش اصلی که شالوده این دو نظریه بر آن استوار است نیز کوچک‌ترین بحثی در ماهیت طلاق که حکم است ندارد بلکه با پذیرش آن در پی واکاوی نوعیت آن برمی‌آید که آیا مباح است یا ممنوع؟

مباح بودن طلاق

مشهور فقیهان شیعی و اهل سنت در تبیین ماهیت طلاق بر اباحه آن به‌عنوان اصل اولی اشاره دارند. به دیگر سخن نزد اینان، تشریح طلاق به‌عنوان حکم امضایی نشان از اباحه آن در وجه عام است. ادله مشهور در مشروعیت و اباحه طلاق در ابتدا برخی از آیات قرآن و سپس برخی از

احادیث موجود است؛ که از جمله آنان می‌توان به آیه ۲۳۶ بقره «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً...» اگر زنان را در صورتی که با آنها نزدیکی نکرده‌اید و برای آنها مهری تعیین نموده‌اید طلاق دادید بر شما گناهی نیست» و آیه ۱ طلاق «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...» ای پیامبر، هنگامی که خواستید زن‌ها را طلاق دهید آنها را به وقت عده طلاق دهید» اشاره نمود. به نظر مشهور هر چند خطاب در آیه ناظر به شخص نبی (ص) است ولی این خطاب در وجه عام است و قرینه‌ای در اختصاص حکم به حضرت نیست. همچنین آیه ۲۲۹ سوره بقره «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...» نیز ناظر به امضای مقید و محدود طلاق و در نتیجه اباحه آن در فقه اسلامی است. شیخ طوسی با استناد به این آیه به تجویز و اباحه طلاق و محدودیت آن تصریح می‌کند و می‌نویسد: «طلاق مجاز است زیرا خداوند می‌فرماید: طلاق دو بار است...» (۱۳۸۷ ج ۵: ۱). به‌غیر از شیخ طوسی صاحب کتاب *المهذب* نیز چنین می‌آورد: «خداوند حق طلاق را به دست مرد داده و آن را مباح گردانیده است، جز اینکه اگر بدون هیچ دلیلی زوجه را طلاق دهد که آن وقت مکروه است» (ابن براج ۱۴۰۶ ج ۲: ۲۷۵). قرطبی نیز نسبت به این دیدگاه ادعای اجماع می‌کند. چنانکه می‌گوید: «کتاب و سنت و اجماع امت دلالت بر آن دارد که طلاق امری مباح و غیر محظور است و ابن منذر نیز می‌گوید: خبری در منع طلاق برای ما ثابت نشده است» (۱۴۰۵ ج ۳: ۱۲۶). در کتاب *المبسوط* سرخسی آمده است: «ایقاع طلاق هر چند نفرت آور باشد؛ اما نزد عامه علما در اصل مباح است» (سرخسی ۱۹۹۳ ج ۵: ۲). در کتاب *درالمختار* نیز طلاق نزد عامه علما به خاطر مطلق بودن آیات مباح دانسته شده است (حصکفی ۲۰۰۲ ج ۳: ۲۴۹).

قائلان به اباحه طلاق به‌غیر از آیاتی که گذشت به یک روایت نیز استناد می‌کنند که همان «أَبْغَضَ الْحَلَالِ عِنْدَ اللَّهِ الطَّلَاقُ» است که به دلیل شهرتی که در فقه داراست در قسمت ذیل مورد بررسی بیشتری قرار می‌گیرد.

بررسی حدیث «أَبْغَضَ الْحَلَالِ عِنْدَ اللَّهِ الطَّلَاقُ»

بسیاری از محدثان از جمله ابو داود، بیهقی، ابن ماجه و کلینی، این حدیث را که از ادله قائلان به اباحه است، روایت کرده‌اند. باین حال صاحب کتاب *الترغیب و الترہیب* چنین می‌آورد: «خطابی می‌گوید مشهور آن است که محارب بن دثار این حدیث را از پیامبر نقل نموده، حال آنکه حدیث مذکور در روایت او مرسل است و اسمی از ابن عمر نیامده است» (منذری ۲۰۰۳ ج ۳: ۶۰: ۳۰۷۳).

صاحب کتاب *عون المعبود* و ابن حجر عسقلانی حدیث را مرسل و غریب دانسته و آن را قابل استناد نمی‌دانند (عظیم آبادی بی تا ج ۶: ۲۲۶؛ عسقلانی ۱۹۹۳ ج ۱۰: ۴۴۷).

با توجه به اختلافی که در صحت و سقم حدیث مذکور میان محدثان وجود دارد، حداقل چیزی که وجود دارد این است که نمی‌توان از آن به‌عنوان دلیلی قوی یاد نمود. از سوی دیگر هر آنچه ترکش لازم نباشد، شامل مباح، واجب، مندوب و مکروه می‌شود. پس حلال با این معنا شامل مباحی است که فعل و ترک آن برابر است. از این رو می‌تواند مکروه نیز باشد (عظیم آبادی بی تا: ۲۲۶).

لازم به ذکر است که در دوره‌های اخیر نیز بعضی از فقیهان مخصوصاً فقهای عامه دو چیز را علت عمده قرار گرفتن طلاق در دست مرد و در نتیجه اباحه آن دانسته‌اند یکی عقلانی تر بودن رفتار مرد که موجب می‌شود سریع تصمیم بگیرد و زوجیت را به هم نزند و دیگری مسئله تبعات مالی که طلاق برای مرد به همراه دارد. از قبیل دادن مهریه و نفقه ایام عدّه (زحیلی بی تا ج ۷: ۳۶۰) این مسئله که عواطف در زنان نمود بیشتری نسبت به مردان دارد بر هیچ کس پوشیده نیست؛ اما میان این سخن و اینکه این عواطف هر گونه قوه تعقلی را مختل نمایند و زن را تا بدان جا پیش برند که با کوچک‌ترین تنش طلب جدایی نماید شکاف بسیار است. حتی می‌توان از زاویه دیگری به این موضوع نگریست و آن اینکه از آنجا که زن عاطفی تر است بر هم زدن علقه زوجیت و تخریب کیان خانواده پس از ایجاد یک دوره وابستگی برایش بسی گران تر خواهد بود. این مشقت در هنگامی که زوجین فرزند مشترک هم داشته باشند دوچندان خواهد شد. چرا که عاطفه مادری به‌عنوان قوی‌ترین حس زنانه نسبت به مفارقت از فرزند و تنش‌های حاصله رضا نمی‌دهد. از همین روست که خداوند در آیه ۱ سوره حج آنگاه که می‌خواهد میزان هراس از قیامت را به تصویر بکشد از عاطفه مادری یاد می‌کند که در این موقعیت باوجود تمامی تعلقات موجود رنگ می‌بازد.

با وجود این به نظر بسیاری از فقیهان، مشروعیت و اباحه طلاق به‌عنوان اصل اولی، بدیهی و بی‌نیاز از تبیین است. بدین ترتیب در اکثریت کتاب‌ها مشاهده می‌شود که فقیه با ورود در بحث طلاق وارد ارکان، اقسام و شرایط آن از جمله بلوغ، عقل و قصد می‌شود و توضیحات مکفی را در این باب ارائه نمی‌کند.

اصالت حظر

نظریه مخالف، بر اصالت حظر (ممنوعیت) در طلاق و مشروعیت آن تنها در شرایط ضروری و حرجی تأکید دارد. قائلان به این نظریه برای اثبات مدعای خود دلایلی ارائه می‌دهند که در

قسمت ذیل ابتدا گفتار فقها و سپس دلایل مورد نظرشان مورد بررسی قرار می گیرد:

الف. کاسانی می گوید: «عقد نکاح، نه تنها سنت است بلکه واجب نیز هست. با این اوصاف طلاق قطع سنت و از بین برنده واجب است» (۱۹۹۶ ج ۳: ۱۴۱).

ب. ابن عابدین، اباحه را برای زمانی می داند که علتی برای طلاق وجود داشته باشد، حال آنکه طلاق بدون علت و سبب، حماقت و سفاهت است. بر این اساس اصل بر حظر است (ابن عابدین ۱۹۹۵ ج ۳: ۲۵۰).

اما دلایلی که این فقها بر آن متفق القول هستند عبارتند از:

۱. طلاق بدون سبب و علت مشروع، کفران نعمت به شمار می آید؛ زیرا عقد ازدواج نعمتی از طرف خداوند برای بندگان است. خداوند می فرماید: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»؛ و از نشانه‌های او اینکه همسرانی از جنس خودتان برای شما آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید و در میانتان مودت و رحمت قرارداد در این نشانه‌هایی است برای گروهی که تفکر می کنند» (روم: ۲۱). از این رو، کفران چنین نعمتی حرام است. پس جز در وقت ضرورت جایز نیست (سرخسی ۱۹۹۳ ج ۵: ۲).

۲. طلاق دادن بدون دلیل موجب آزار و اذیت همسر و فرزندان در فرض وجود می شود. از این روست که خداوند در آیه ۳۴ سوره نساء فرمود: «...فَإِنْ أَعْطَيْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا...»؛ پس اگر از شما اطاعت نمودند، دیگر بر (آزار) آن‌ها راهی نجوید» (ابن عابدین ۱۹۹۵ ج ۳: ۲۵۰). بر مبنای این آیه، طلاق بدون ضرورت و حاجت، بغی است و بغی نیز در اسلام ممنوع و محظور است.

همچنین در همین راستا آیاتی از قرآن و احادیث نبوی وجود دارند که بیانگر اصل بودن حظر در طلاق هستند:

همانند آیه ۱۹ نساء^۱ که اشاره به قداست بقای رابطه زوجیت و نفرت از قطع آن دارد. از این رو مجرد کراهت زوج سبب طلاق نخواهد شد. پرواضح است که آیه مذکور با اصل بودن اباحه قابل جمع نیست، بلکه با اصالت حظر در ترادف است. در آیه‌ای دیگر خداوند می فرماید:

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! برای شما حلال نیست که از زنان، از روی اکراه (و ایجاد ناراحتی برای آن‌ها)، ارث ببرید! و آنان را تحت فشار قرار ندهید که قسمتی از آنچه را به آن‌ها داده‌اید (از مهر)، تملک کنید! مگر اینکه آن‌ها عمل زشت آشکاری انجام دهند؛ و با آنان، به‌طور شایسته رفتار کنید! و اگر از آن‌ها، (به جهتی) کراهت داشتید، (فوراً تصمیم به جدایی نگیرید!) چه بسا چیزی خوشایند شما نباشد و خداوند خیر فراوانی در آن قرار می دهد!

«وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا» و اگر زنی، از طغیان و سرکشی یا اعراض شوهرش، بیم داشته باشد، مانعی ندارد با هم صلح کنند (وزن یا مرد از پاره‌ای از حقوق خود، به خاطر صلح، صرف نظر نماید) و صلح بهتر است اگرچه مردم بخل می‌ورزند و اگر نیکی کنید و پرهیزگاری پیشه سازید، خداوند به آنچه انجام می‌دهید، آگاه است» (نساء: ۱۲۸).

در تفسیر این آیه آمده است: «اگر زن از شوهرش دوری کند و روی گردان باشد، مثلاً از هم‌بستری با وی خودداری نماید، در صورتی که برای بقای رابطه زوجیت آشتی کنند، صلح بهتر است و گناهی بر آنها نیست؛ یعنی آشتی دادن حقیقی بین زوجین به گونه‌ای که اختلاف از بین برود بهتر از جدایی است. حال فرقی نمی‌کند که صلح بر جماع باشد یا مال. پرواضح است که ارشاد زوجه توسط شرع حتی در صورت کوتاه آمدن از حقش برای تداوم رابطه زوجیت بیانگر آن است که اصل در طلاق بر حذر است» (قرطبی ۱۴۰۵ ج ۳: ۴۰۳).

همچنین مستند روایی این نظریه به روایات مربوط به مغضوبیت و مکروهیت طلاق اشاره

دارد:

۱. زنان را طلاق ندهید جز از روی شک (به قرائنی بر بی‌عفتی و فساد اخلاقی آنان) که خداوند مردان و زنان خوش گذران را دوست ندارد (فاضل مقداد بی‌تاج ۲: ۲۵۰).

۲. «ان الله يبغض المطلق الذواق» و یا حدیثی مشابه از امام باقر (ع) که فرمودند: «قال رسول الله (ص): ان الله يبغض او يلعن كل ذواق من الرجال و كل ذواقه من النساء» به این مفهوم که خداوند دشمن می‌دارد یا لعنت می‌کند مردانی را که مرتباً طلاق می‌دهند و زنانی را که مرتباً طلاق می‌گیرند (حر عاملی ۱۹۶۷ ج ۱۵: ۲۶۷).

۳. این کثیر با استناد به همین فرمایش پیامبر (ص)، اصل در طلاق را بر حذر دانسته و طلاق بدون عذر را صحیح نمی‌داند (دمشقی بی‌تاج ۱: ۴۵۹).

به‌غیر از موارد فوق سفارش‌هایی که پیامبر اکرم (ص) در حجّه الوداع در خصوص رعایت حال زنان و اینکه آنان امانت‌هایی از طرف خداوند در دست مردان می‌باشند نیز از جمله مستندات این نظریه است.

اگرچه فقها به دو نظریه فوق در بحث از طلاق اشاره نموده‌اند؛ اما باید متذکر شد که وجود ادله فراوان قرآنی و روایی در موضوع طلاق، حکم را به‌خوبی نمایان کرده است و لذا جایی برای رجوع به اصل و در نتیجه صحبت از اصالت اباحه و یا اصالت حذر باقی نمی‌گذارد. برای

مثال هنگامی که مسئله انزجار و تنفر زن از مرد متصور است و در واقع بنا بر طلاق خلع گذارده شده است، از آن رو که احکام این نوع از طلاق کاملاً در دسترس و موجود است دیگر نوبت به اصل که همان «الاحرج» باشد نیست و نباید به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اشاره نمود؛ بنابراین در صحت وارد بودن دو نظریه مذکور در طلاق تردیدهای جدی وجود دارد؛ با وجود این اگر بنا باشد باز هم میان این دو نظریه به انتخاب دست‌زنیم، با توجه به لسان خطابات موجود آنچه صحیح و مطلوب‌تر است «حظر» است و نه «اباحه». چرا که اگر قائل به اصالت اباحه در طلاق باشیم در مواردی که دلیلی در مورد تجویز طلاق نداریم نیز باید بنا بر این اصل آن را از نظر شرعی تجویز نماییم.

نتیجه چنین تفکری این خواهد بود که هیچ مصلحت یا مفسده راجحی در طلاق نبوده که بر دیگری غلبه نماید. چرا که اگر مصالح راجحی در این بین بود حکم طلاق یا وجوبی می‌شد یا استحبابی. در طرف مقابل نیز اگر مفاسد مرجح می‌گشتند حکم طلاق یا تحریمی می‌گردید یا کراهتی. حال آنکه در نزد متفکران جامعه و یا حتی عامه مردم و به‌طور کلی عرف اجتماع، طلاق باطناً مفسده خیز است و جز در موارد ضروری پیشنهاد نمی‌گردد. تأسیس دادگاه‌های خانواده نیز به دلیل اهمیت و تأثیر شگرف نهاد خانواده در جامعه، اماره‌ای بر همین بحث است. همچنین به نظر می‌رسد این نظریه با هویت مقدس خانواده نیز منافات داشته باشد. به دیگر سخن خانواده از آن رو که در شرع اسلام همچون موجودی مستقل از فرد نگریسته می‌شود و دارای هویت است، خواستار استقرار و دوام است؛ بنابراین حتی هنگامی که به دلایلی استثنائی، مصلحت انحلال بر استقرار پیشی بگیرد، باز هم نمی‌توان قائل به اباحه بود؛ چرا که در این زمان مسلماً مفسده‌ای در خانواده ایجاد شده است که تداوم آن آسیب‌های جبران‌ناپذیر بسیاری را به دنبال دارد، لذا در این فرض نیز باز هم مصلحت و مفسده در حالت تساوی قرار نگرفته‌اند. به هر حال بر مبنای تأملات فوق به نظر می‌رسد که باید در ماهیت اباحی طلاق تردید نمود و بالعکس به ماهیت حظر گونه آن نزدیکی جست. لازم به تذکر است که اگرچه مذاقه عقلی در ماهیت این دو نظریه به نحوی عام و کلی گویای صحت بیشتر «اصالت اباحه» نسبت به «اصالت حظر» است؛ اما این مسئله نمی‌تواند مانع بالعکس بودن این امر در باب طلاق شود؛ چرا که همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره گردید در اینکه آیا طلاق محملی برای بحث از این دو نظریه بوده است یا خیر تردیدهایی وجود دارد.

به هر حال تبیین طلاق بر مبنای احکام پنج‌گانه تکلیفی ناظر به درک فقهی حکمی از طلاق است؛ اما نکته درخور تأمل این است که چرا به‌رغم تأکید بر ماهیت حکمی طلاق، ماهیت حقی

آن نزد فقیهان امری بدیهی و غیر قابل تردید است؟

به نظر می‌رسد فرآیند تحویل طلاق از حکم به حق از زمان قاضی ابن براج به بعد به لحاظ تاریخی قابل تبیین نباشد؛ چراکه وی اولین فردی بود که صراحتاً از حق طلاق انحصاری مردان سخن به میان آورد؛ اما اینکه چرا و به چه دلیل، بحثی است که دارای ابهام است. این اشتباه فقهی و حقوقی منجر به وضع ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی گردید که بیان می‌دارد: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون از دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید...»؛ استفاده از لفظ «می‌تواند» نشان می‌دهد که این حق به این معناست که زوج قدرت دارد و یا محق است که رابطه‌ای را که با زوجه تحت لوای نکاح داشته است، حتی بدون علت موجه تغییر دهد و به اصطلاح زوجه را در معرض چنین تغییری واقع سازد. نگاهی در تاریخچه این ماده این ادعا را اثبات می‌نماید؛ اما به منظور ممانعت از اطاله کلام تنها ماده سابق و لاحق بیان می‌گردد.

ماده ۱۱۳۳ سابق: «مرد می‌تواند هر زمان که بخواهد زن خود را طلاق دهد».

ماده ۱۱۳۳ لاحق: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون و با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید».

اولین پرسشی که در باب قیاس این دو ماده با یکدیگر به ذهن متبادر خواهد شد این است که آیا با وضع ماده اصلاحی، تفاوت ماهوی در محدود نمودن اختیار تام مرد در طلاق دادن همسرش ایجاد شده است یا خیر؟

با توجه به عبارت وضع شده ملاحظه می‌گردد که قانون‌گذار، اعمال حق طلاق از ناحیه زوج را منوط به تحقق دو امر نموده است:

الف. رعایت شرایط مقرر در قانون مدنی.

ب. رجوع به دادگاه.

در نگاه اول به نظر می‌آید که تفاوت آشکاری با ماده سابقه حادث گردیده است؛ چراکه ماده ۱۱۳۳ سابق عاری از این دو شرط بود، اما اگر با دقت نظر به آن نگریسته شود آنچه دریافت می‌گردد آن است که هیچ‌یک از شرایط مذکوره موجب زوال حق طلاق بلا دلیل زوج نبوده و یا حتی اراده وی را نیز محدود نمی‌کند چراکه الزام مرد به رجوع به دادگاه مستلزم این قید که وی می‌بایست دلیل موجه و قابل دفاعی را بر دعوی خود علیه زوجه‌اش اقامه کند، نیست؛ بنابراین تفاوت ماده اصلاحی با ماده سابق در این است که زوج برای اعمال حق مطلق خود می‌بایست به دادگاه مراجعه نماید تا تحقق آن با رعایت مقررات جاریه کشور و با نظم و نسق

قانونی همچون ثبت در دفتر طلاق انجام گیرد. به دیگر سخن، وضع ماده اصلاحی مشعر بر این است که زوج برای استفاده از حق خود در طلاق، می‌بایست به دادگاه مراجعه نماید نه به منظور «اثبات» حق خود.

نتیجه اینکه هر دو ماده (سابق و لاحق) در مطلق‌العنان نمودن زوج در طلاق همسر و عدم محدود نمودن وی دارای حکم واحدی هستند و بر اساس آن‌ها زوج می‌تواند هر زمان که اراده نماید اقدام به طلاق دادن زوجه خویش بنماید و ملزم هم نباشد که جهت خاصی را برای تصمیم خویش ذکر نماید. ولی این محدودیت برای وی متصور خواهد بود که برای رسیدن به مقصود خویش به دادگاه خانواده مراجعه نماید و دادگاه نیز به امید ایجاد سازش و منصرف نمودن وی از طلاق موضوع را به نهاد داوری ارجاع دهد و طبعاً برای مدتی مانع از آرای تصمیم شود؛ اما به‌رحال اگر زوج مصمم بر طلاق باشد سرانجام دادگاه گواهی عدم امکان سازش را صادر می‌نماید و با در دست داشتن آن، زوج می‌تواند رسماً طلاق را واقع و ثبت نماید (مهرپور ۱۳۷۹: ۱۴۷).

ادله مقنن برای وضع ماده مذکور بر دو مبنا واقع شده است:

الف. روایت نبوی «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مِنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ».

ب. اطلاق در خطابه‌های قرآنی (وهابی ۱۳۹۱: ۱۴۴).

اولین مبنا و دلیل اثباتی فقهای امامیه و سنی در خصوص ماهیت حقی طلاق، روایت نبوی «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مِنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» است. نکته مهم اینجاست که این حدیث که در مجامع حقوقی بسیار مطرح است و علی‌الاصول شیعه و سنی هم به آن استناد می‌کنند در کتاب‌های اصلی حدیث شیعه همانند کافی، تهذیب و وسائل‌الشیعه و امثال آن‌ها نقل نگردیده است؛ ولی در کتب حدیث اهل سنت وجود دارد. البته فقهای شیعه هم به مناسبت از آن به‌عنوان حدیث نبوی یاد کرده و به آن استناد نموده‌اند (نجفی بی‌تا ج ۳۲: ۵) برای مثال صاحب‌جواهر و ابن‌ادریس حلی این حدیث را بیان داشته‌اند؛ اما سند آن را از منابع روایی اهل سنت آورده‌اند کما اینکه پاورقی دو کتاب مورد اشاره (جواهر‌الکلام و السرائر) به آن اشعار دارد (نجفی بی‌تا ج ۲۳: ۵؛ ابن‌ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۳۷۶).

البته اصل حدیث و شأن صدور آن برای بیان انحصار طلاق در دست شوهر در مقابل زن و یا دادگاه نبوده است؛ آن‌گونه که در سنن ابن‌ماجه نقل شده شأن نزول و صدور این حدیث بدین گونه است: «ابن عباس می‌گوید: مردی (برده‌ای) خدمت پیامبر اکرم (ص) آمد و گفت: مالک من، کنیزش را به عقد ازدواج من در آورده است و حال می‌خواهد بین من و او جدایی بیندازد؛ یعنی مالک کنیز می‌خواهد کنیز را از شوهرش مطلقه نماید و بدون خواست شوهر و احتمالاً بدون

موافقت زن. ابن عباس می گوید: پیامبر (ص) به منبر رفت و فرمود: ... ای مردم چه شده است که بعضی از شما کنیزش را به عقد ازدواج برده اش درمی آورد و آنگاه می خواهد بین آن ها جدایی بیفکنند؟ همانا طلاق حق کسی است که ساق را در اختیار دارد: (یا ایها الناس ما بال احدکم یزوج عبده امته ثم یرید ان یفرق بینهما؟ انما الطلاق لمن اخذ بالساق) (وهابی ۱۳۹۱: ۱۵۱).

محقق صاحب شرایع در مقام بیان عدم صحت طلاق به وسیله ولی می گوید: علت آن این است که طلاق مخصوص مالک بضع است؛ و شهید ثانی در مسالک در شرح این کلام می گوید: علت این امر حدیث منقول از پیامبر (ص) است که فرمود: طلاق در اختیار کسی است که ساق را در اختیار دارد و آن فرد کنایه از شوهر است که حق منحصر تمتع از زن را داراست. شهید می گوید: مقتضای این روایت این است که طلاق صحیح و معتبر، منحصر در اختیار شوهر است که وصف فوق را دارد، یعنی مالک بضع است (شهید ثانی بی تا ج ۹: ۱۱).

قاضی ابن براج که از فقیهان امامیه در قرن ششم هجری است چنین می نویسد: «خداوند طلاق را در دست مرد قرار داد و نه در دست زنان و آن را برای مردان مباح نمود. هرگاه مردی بخواهد می تواند همسرش را طلاق دهد چه با دلیل و چه بدون دلیل؛ زیرا این نوع از طلاق برای مرد مباح است چه با سبب و چه بدون سبب؛ اما طلاق همسر بدون دلیل مکروه است و اگر مرد چنین نماید امر افضلی را ترک نموده و هیچ گناهی بر او نیست (ابن براج بی تا: ۲۷۵).

در کتاب کنز العمال حدیث مذکور از عایشه چنین نقل گردیده است: «عن عایشه عن ابن عمر... انما الطلاق لمن اخذ بالساق»، ابن ماجه نیز در سنن خود کتاب الطلاق حدیث ۲۰۸۱ روایت مذکور را از ابن عباس به نقل از پیامبر (ص) چنین آورده است: «انما الطلاق ید من اخذ بالساق». اولاً آنچه مسلم است این مسئله است که صرف نقل روایت از منابع اهل سنت بدون اینکه مؤیدی از منابع شیعه وجود داشته باشد مقبول نیست. اضافه بر آن اینکه اصحاب امامیه از نظر عملی به صرف نقل روایت از عایشه به آن عمل نمی نمایند (وهابی ۱۳۹۱: ۱۴۶).

ثانیاً به تعبیر یکی از علماء، روایت مذکور اتفاقاً به نحو دیگری نیز قابل تفسیر است؛ به این معنا که چون با توافق زن و مرد، عقد ازدواج صورت گرفته است؛ بنابراین هم مرد ساق همسرش را به دست گرفته است و هم زن ساق شوهرش را؛ یعنی «من اخذ بالساق» کسی است که با عقد نکاح به دیگری محرم شده است، پس زن و شوهر را با هم در برمی گیرد؛ بنابراین طبق روایت فوق، طلاق به دست هر دوی آن ها (زن و شوهر) است و به عبارت دیگر همان طور که زن و مرد در عقد نکاح و تداوم زوجیت با هم شریکند، در صورت لزوم شرعی هم بالسویه حق طلاق دارند و به اصطلاح نحوی، الطلاق من اخذ بالساق شامل زوجین است و هیچ دلیلی بر انحصار من

اخذ بالساق به زوج وجود ندارد. همچنین این روایت، به عنوان روایتی ضعیف از عایشه نقل شده است و لذا مرسل بوده و اگر ظاهراً از نظر سند نیز مشکل نداشت به آن دلیل که خبر واحد ظنی بوده مقبول نیست (صادقی تهرانی ۱۳۸۴).

ثالثاً روایت مورد نظر دارای معارض است که هم از شیعه نقل شده و هم از اهل سنت و آن قضیه صحابی پیامبر^(ص)، یعنی ابو ایوب انصاری است؛ زیرا به پیغمبر اکرم^(ص) خبر دادند که ابو ایوب انصاری تصمیم گرفته زن خود را طلاق دهد. آن روایت این چنین است: «قال الصادق علیه السلام بلغ النبی صلی الله علیه و آله و سلم ان ابا ایوب یرید ان یطلق امرأته فقال رسول الله صلی الله علیه و آله: ان الطلاق ام ایوب لحوب؛ امام صادق^(ع) فرمود: به پیامبر^(ص) خبر رسید که ابو ایوب در صدد است که همسرش را طلاق دهد - پیامبر که ام ایوب را می شناخت و می دانست طلاق ابو ایوب بر اساس تصمیم درست نیست - فرمود طلاق ام ایوب گناه بزرگی است» این روایت در کتب اهل سنت نیز نقل گردیده است بدین طریق نقل شده است: «عن ابن عباس: یا ابا ایوب إن الطلاق ام ایوب کان حوباً؛ ای ابو ایوب طلاق ام ایوب گناه بزرگی است» (مطهری ۱۳۸۴: ۴۲).

روایت اول حاوی نکاتی ارزنده است که نیاز به تأمل دارد. نخست آنکه در آن عبارت «یرید ان یطلق» ذکر شده است و این بدان معنی است که ابو ایوب بر طلاق همسرش اراده نموده است (تصمیم به طلاق گرفته است) نه آنکه این عمل را انجام داده است؛ بنابراین نهی پیامبر از این تصمیم به عنوان حاکم و ولی مسلمین می تواند افق های نوینی را پیش روی محققین علم فقه حداقل در حوزه مربوط به خانواده بازگشایی نماید. دیگر آنکه در عبارت «ان الطلاق ام ایوب لحوب» دو تأکید آمده است. یکی حرف «ان» که در ادبیات عرب از ادات تأکید به شمار می رود و قطعیت در معنا را می رساند و دیگری حرف «ل» است که همراه با «حوب» آمده و ماهیت گناه آلود آن را عظیم تر جلوه داده است. به جز موارد ذکر شده نکته ظریف دیگری نیز در عبارت به چشم می خورد و آن اینکه کلمه «حوب» ریشه ای قرآنی دارد و به معنای «گناه عظیم» است.

روایت دیگری که معارض حدیث «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مِنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» است، نص حدیث صحیح امام باقر^(ع) از رسول الله^(ص) درباره «ذَوَاقِيَّت» است. ذَوَاقِيَّت به معنای چشش و کام جویی مدام است و منظور از آن ازدواج های مکرر و به قصد هواپرستی و سپس طلاق های متعدد جهت اشباع نامصحیح غریزه جنسی است (مغنیه بی تاج ۶ کتاب الطلاق: ۳).

بنابراین عده ای از فقهای معاصر نیز همچون شهید مطهری، طلاق هایی که بدون سبب شرعی و عقلی باشند را فاقد مشروعیت می دانند و گاهی در رساله عملیه خود به تصریح آورده اند:

«طلاق چه از طرف مرد باشد و چه از طرف زن در صورتی جایز و گذرا است که ادامه زندگی، ادامه عسر یا حرجی باشد که به هیچ وسیله‌ای برطرف شدنی نباشد که در این صورت، طلاق هر یک از دو همسر، حلال و گذرا است» (صادقی تهرانی، مبحث طلاق ۱۳۸۴).

بنابراین می‌توان این‌طور نتیجه‌گیری نمود که شأن نزول صریح‌ترین حدیثی که برای اثبات ماهیت حقی طلاق به آن استناد می‌شود، در مقام اعمال اختیار طلاق به وسیله صاحب و مالک زن (کنیز) بوده و برای رد اختیار او بیان شده است و از طرفی معارضات بسیاری نیز در فقه شیعی دارد؛ بنابراین این مسئله که حدیث مذکور در قانون مدنی ایران نیز نمود خود را نشان داده است و در حکم‌های نهایی دادگاه‌های خانواده نیز بدان استناد می‌شود؛ نکته‌ای است که جای تأمل بسیار دارد.

اطلاق خطابه‌های قرآنی

یکی دیگر از ادله‌ای که مبنای ماهیت حقی طلاق بر آن استوار است، اطلاق در خطابه‌های قرآنی است که از جمله آن آیات ۲۲۹ و ۲۳۱ و ۲۳۲ سوره بقره است:

«الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»؛ (در ایام عده مرد) باید به‌طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند، یا با نیکی او را رها سازد.

«وَ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعْنٌ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَ اذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ مَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَ الْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ»؛ و هنگامی که زنان را طلاق دادید و به آخرین روزهای «عده» رسیدند، یا به طرز صحیحی آن‌ها را نگاه‌دارید و یا به طرز پسندیده‌ای آن‌ها را رهاسازید! و هیچ‌گاه به خاطر زیان رساندن و تعدی کردن آن‌ها را نگاه‌ندارید و کسی که چنین کند، به خویشتن ستم کرده است (و با این اعمال و سوءاستفاده از قوانین الهی) آیات خدا را به استهزا نگیرید! و به یاد بیاورید نعمت خدا را بر خود و کتاب آسمانی و علم و دانشی که بر شما نازل کرده و شمارا با آن پند می‌دهد و از خدا بپرهیزید و بدانید خداوند از هر چیزی آگاه است (بقره: ۲۳۱).

«وَ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعْنٌ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَرْكَى لَكُمْ وَ أَطَهَّرَ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ وَ أَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ»؛ و هنگامی که زنان را طلاق دادید و عده خود را به پایان رساندند مانع آن‌ها نشوید که با همسران (سابق) خویش ازدواج کنند! اگر در میان آنان به طرز پسندیده‌ای

ترازی برقرار گردد. این دستوری است که تنها افرادی از شما که ایمان به خدا و روز قیامت دارند از آن پند می‌گیرند. این (دستور) برای رشد (خانواده‌های) شما مؤثرتر و برای شستن آلودگی‌ها مفیدتر است و خدا می‌داند و شما نمی‌دانید (بقره: ۲۳۲).

در آیات مزبور طرف خطاب طلاق، زوج است و به تعبیر دیگر، مطلق (طلاق دهنده) مرد است. یکی از عالمان دین آورده است: درست است که در اکثر آیات طلاق، مخاطب مردان هستند چون نوعاً پیش نهاد طلاق از طرف آنان است ولی هیچ‌یک از آیات طلاق در مقام حصر در مخاطب نیست، یعنی هرگز اشاره‌ای به جواز مطلق طلاق برای مردان ندارد (صادقی تهرانی ۱۳۸۴). اگر انحصار در خطاب را هم متوجه مردان بدانیم این نتیجه حاصل نمی‌گردد که اعمال حق طلاق بدون قید و شرط است و یا مرد می‌تواند بدون اینکه تخلفی از ناحیه زن در ایفای وظایف زوجیت سر زده باشد یا کیان و عفاف خانواده را به مخاطره اندازد مجاز به طلاق وی باشد، برای رفع توهم و ضرورت تقیید اختیارات زوج، مراجعه به سایر آیات قرآنی ضرورت دارد؛ زیرا همان‌گونه که از اولیای دین نقل شده است «القرآن یفسر بعضه بعضاً؛ پاره‌ای از آیات قرآن، پاره‌ای دیگر را تفسیر می‌نماید» (مکارم شیرازی بی‌تا ج ۱: ۶۱). علی^(ع) نیز می‌فرماید: «ینطق بعضه ببعض و یشهد بعضه علی بعض؛ بعضی از آیات قرآن با بعض دیگری سخن می‌گویند و گواهی می‌دهد» (نهج البلاغه: ۴۱۴ خطبه ۳۳۱). یکی از مباحث علم اصول در مبحث مفاهیم، اطلاق و تقیید و عام و خاص است. اصولیون، مطلق را لفظی واجد نوعی شیوع در معنا تعریف نمودند که فاقد قید است و مقید را در مقابل آن، لفظی که عاری از شیوع در معناست می‌دانند و نیز لفظی که دلالت بر مفهوم و شمول آن نماید، عام و دلالت لفظ بر مفهومی که عمومیت ندارد خاص می‌گویند (ولائی ۱۳۸۰: ۲۹۸-۲۹۷، ۳۰۷).

لذا برای فهم کلام ناطق نباید به سخن مطلق یا عام او توجه نمود بلکه باید با لحاظ مقید و خاص، مراد حقیقی ناطق را برای سامع کشف نمود فی‌المثل اگر گفته شود مردی آمد، مرد مطلق است و معلوم نیست که مراد متکلم از آن چه کسی است ولی هنگامی که بگوید مرد عالمی یا شاعری آمد آن را مقید نموده است و مراد ناطق برای سامع کشف می‌گردد

لفظ عام، لفظی است که شامل فرد فرد آن گردد، مثلاً اگر گفته شود «عالم را احترام نمایید» به هر دانشمند از هر نژاد و مرام و نیز به غیر عادل هم دلالت می‌کند؛ لیکن وقتی گفته می‌شود «عالم عادل را احترام کنید» از این عبارت، تنها حکم احترام به دانشمند عادل استنباط می‌گردد و عالم غیر عادل، مشمول این حکم نمی‌شود؛ بنابراین برای فهم دقیق کلام متکلم، ضرورت دارد قواعد مزبور را لحاظ نمود.

کلام وحی، یعنی قرآن کریم از این قاعده مستثنا نیست کما اینکه علی^(ع) درباره کلام خداوند و رسول او فرمود: «احادیث در دست مردم حق و باطل و صحیح و ناصحیح و ناسخ و منسوخ و عام و خاص است و پیامبر عام و خاص کلام خدا را شناخت» (نهج البلاغه: ۵۶۶ خطبه ۱۰۲). بنابراین ضمن بررسی اطلاق خطابات قرآنی باید به دیگر آیات نیز توجه نمود تا حکم واقعی خداوند از مجموع آیات کشف گردد. نکته حائز اهمیت این است که فقها و مفسرین و محدثین بر این متفقند که عموماً قرآن تخصیص داده نمی‌شوند مگر به واسطه خود قرآن یا خبر متواتر و یا خبری که مقطوع الصدور و از ناحیه معصوم باشد؛ زیرا قرآن قطعی الصدور و قطعی الدلالة است و لذا مورد تخصیص قرار نمی‌گیرد مگر به چیزی که آن هم قطعی الصدور و الدلالة باشد؛ در غیر این صورت آن مخصص، مظنون و بلکه مشکوک و یا خبری موهوم است. به همین سبب دو دسته از آیات قرآن، بر اساس مبنای مذکور می‌بایست مورد بحث قرار گیرند. همچنین اصول حاکم بر خانواده از منظر قرآن کریم نیز در بررسی هرچه دقیق‌تر این بحث می‌تواند راهگشا باشد و ذهن مخاطب را برای پاسخگویی به این سؤال مهم آماده نماید که آیا ماهیت حقی طلاق با اصول حاکم بر خانواده سازگاری دارد یا خیر؟

اصول حاکم بر خانواده

اصل طهارت

در خلقت الهی، شرط تکوین هر چیز، طهارت است. هیچ دانه ناسالم و آلوده‌ای را نمی‌توان یافت که منشأ خلقی پاک و سالم باشد. خداوند برای طهارت نسل انسان به‌عنوان برترین مخلوقش، خانواده را چون حریم امنی به این امر اختصاص داده است؛ لذا اجازه کم‌ترین اهانت و سوءنیتی را به ساحت مقدس آن نمی‌دهد. از همین روست که برای متجاوزان مجازات شدیدی وضع نموده است و از نهاد خانواده پشتیبانی می‌کند و نسبت به زن در کانون خانواده به‌عنوان کلید محوری حمایت می‌نماید، چراکه سست شدن جایگاه زن در خانواده با تضعیف نهاد خانواده به‌صورت کلی در تضاد تام است (کاظمی ۱۳۸۹: ۲۶).

اصل امنیت

امنیت چه در حیات فردی و چه در حیات اجتماعی انسان، در زمره حقوق اولیه و اصول مهم رشد و پایداری است. این اصل در خانواده از حساسیتی دوچندان برخوردار است، چراکه نهاد خانواده نه تنها نیازمند امنیت بیرونی است بلکه به امنیت درونی نیز احتیاج مبرم دارد. توجه شارع

به امنیت درونی از آنجا که بیشتر ناظر به جنبه‌های اخلاقی است و راهکارهای اخلاقی همواره از راهکارهای حقوقی مؤثرتر عمل نموده‌اند، از جمله ارمغان‌های عظیم‌الشان فرهنگ اسلامی است که از سویی نظر به تلطیف در حقوق دارد و در برخورد و تضاد منافع فردی و اجتماعی، مصالح اجتماعی را بر مصالح فردی مقدم می‌دارد (کاظمی ۱۳۸۹: ۲۶).

اصل تقدم مصلحت خانواده بر منافع فردی

در نظام خانواده نیز قرآن کریم اصل ورود خیرات و برکات را به این کانون، رعایت مصالح عام نسبت به مصالح فرد می‌شمارد. از این رو در آیه ۱۹ سوره نساء پروردگار چشم‌پوشی از منافع و مصالح شخصی را موجب سرازیر شدن خیرات و عنایات می‌داند.

اصل معروف

در فرهنگ اسلامی به رفتارها و برخوردهای صحیح و انسانی در خانواده «حسن معاشرت» می‌گویند. نکته مهم اینجاست که نوع بیان ضرورت رعایت اصل معروف در زندگی خانوادگی آن هنگام که روی سخن با مردان است جنبه تکلیف شرعی و حقوقی دارد و آن هنگام که روی به سمت زنان دارد به توصیه‌هایی اخلاقی مبدل می‌شود. به دیگر سخن حسن معاشرت یک وظیفه برای شوهر است حال آنکه به عنوان یک حق برای زن مفروض است. این نکته ظریف خود حاکی از جایگاه والای زن در نظام قانون‌گذاری اسلامی است.

اصل عدم تعدی به حقوق انسانی

نکته قابل توجهی که در آیات مربوطه به حسن معاشرت مردان با زنان وجود دارد این است که خداوند در مواقع عادی در روابط زن و مرد اشاره‌ای به حسن معاشرت نمی‌کند، بلکه در جایی که کم‌تر کسی به نیکی رفتار می‌کند به تقوا و نیکی در برخورد با زنان سفارش می‌نماید. همانند مراحل عده، اعطای مهریه زنان و... از این روست که حتی در آیاتی که بناست احکام طلاق بیان کردند، پایداری خانواده همچون اصلی مهم هدف اصلی شارع واقع می‌شود.

بنا بر موارد بررسی شده و اصول فوق کاملاً مبرهن است که حقی دانستن ماهیت طلاق تفکری ناشایست است و نیازمند دگرگونی است. این دگرگونی نیز همان‌طور که از تفحص در مبانی و ادله به عمل آمد بازگشت به نظریه حکمی بودن ماهیت طلاق است. بر این مبنا می‌توان با نظر به دو رأی امام خمینی نیز بر این عقیده پافشاری نمود که در گفتار ذیل بدان‌ها اشاره می‌گردد.

آرای امام خمینی در طلاق

امام خمینی به عنوان اسلام‌شناسی بزرگ و نیز در جایگاه مرجع تقلید، با شناخت دقیق از اسلام و تأکید بر جنبه اجتماعی آن و با درک درست از نقش زن و مسئولیت او در جامعه، روش‌های رفتاری درس‌آموز، موضع‌گیری‌های روشن‌گرانه و فتاوی‌خویش راهگشای بسیاری از ابهامات بودند. نمونه‌ای از آن، فتوای ایشان در پاسخ دو سؤال است که ذیلاً عرضه می‌گردد. اولین سؤال از جانب بانوان پرسیده شده است و دومین سؤال از جانب فقهای شورای نگهبان که در انتهای پاسخ به سؤال اخیر، امام کلام پرمغزی دارند که می‌تواند مأمّن تأملات عمیق فقهی باشد: پرسش نخست از جانب بانوان این است که: «مسئله اختیار طلاق به دست مرد، موجب ناراحتی و تشویش خاطر گروهی از زنان مبارز ایران شده است و گمان می‌کنند که دیگر به هیچ وجه حق طلاق ندارند؛ و از این موضوع افرادی سوءاستفاده کرده و می‌کنند. نظر حضرت‌عالی راجع به این مسئله چیست؟» امام در پاسخ می‌گویند:

برای زنان، شارع مقدس راه سهلی معین فرموده که خودشان زمام طلاق را به دست بگیرند، به این معنا که در ضمن عقد نکاح اگر شرط کنند که وکیل باشند در طلاق، یا بطور مطلق یا به طور مشروط، یعنی اگر مرد بدرفتاری کرد یا مثلاً زن گرفت، زن وکیل باشد که خود را طلاق دهد، در این صورت هیچ اشکالی برای خانمها پیش نمی‌آید، و می‌توانند خود را طلاق دهند.

از خداوند تعالی توفیق بانوان را خواستارم. امید است تحت تأثیر مخالفین اسلام و انقلاب اسلامی واقع نشوند، که اسلام برای همه است و برای همه نافع است (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۱۰: ۳۸۷؛ انصاری ۱۳۸۹: ۲۵-۱۶).

این کلام امام اگرچه نظری نسبت به ماهیت طلاق نیست و این شاید از آن‌روست که سؤال محمل چنین بحث عمیقی نیست؛ اما بیان می‌دارد که حق طلاق مرد دارای ساحتی خدشه‌ناپذیر نیست و می‌توان بر آن استثنائاتی وارد نمود. صراحت کلام امام در این موضع خود می‌تواند محلی از بحث داشته باشد که تفکر غالب فقهی مبنی بر عدم حق طلاق برای زن مطلق نبوده و می‌توان نگاه‌های نوینی در آن افکند.

رای دیگر مربوط به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی (طلاق عسر و حرجی) است که کلام امام در انتهای بحث بسیار راهگشاست. ظاهراً حکم مندرج در ماده مذکور برای بسیاری از فقها قابل توجیه نبود؛ زیرا در نظر آنان انحلال ارادی نکاح یا به وسیله طلاق بود که بایستی از سوی مرد انجام می‌گرفت و یا با فسخ صورت می‌پذیرفت که موارد فسخ نیز مشخص شده بود و در

قانون مدنی نیز انعکاس داشت. اقدام برای تفریق و جدایی بین زوجین از سوی دادگاه نیز فقط در مورد امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه و نیز در مورد زوجه غایب مفقودالاثر متصور بود و دادگاه نمی‌توانست به جهت دیگری زوجه را طلاق دهد. شاید با همین برداشت و بینش در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ در قانون مدنی، ماده ۱۱۳۰ موجود که موارد و مصادیق معینی را برای تجویز درخواست طلاق مشخص کرده بود حذف شد، اما در عین حال با توجه به جایگاه عسر و حرج و نقش آن در تعلق برخی از احکام، عده‌ای معتقد بودند می‌توان در صورت وجود عسر و حرج به زن این امکان را داد که از دادگاه درخواست طلاق نماید. این امر بین فقهای شورای نگهبان نیز مورد اختلاف بود و برخی همان دیدگاه اول را داشتند که به طریقی جز فسخ و طلاق به دست مرد نمی‌توان نکاح را منحل کرد و به هر حال بنا بر آن واقع شد که موضوع را از امام پیرسند. در نامه‌ای که از سوی فقهای شورای نگهبان در سال ۱۳۶۱ هنگام اصلاح قانون مدنی خدمت امام ارسال شد آمده است که در خصوص مراجعه زن به دادگاه و درخواست اجبار شوهر به طلاق به لحاظ عسر و حرج و اجبار شوهر به طلاق از سوی حاکم شرعی، برخی از فقها نظر منفی دارند و می‌گویند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بپرفرض که ادله حرجی در اینجا حاکم باشد می‌تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به اینکه موارد فسخ اجمالاً محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست پس حق فسخ قهراً منتفی می‌شود، طبعاً حق طلاق هم وجود ندارد و به دست مرد است؛ بنابراین وجهی برای تجویز مراجعه به دادگاه و دخالت دادگاه بر اجبار شوهر به طلاق وجود ندارد.

امام پاسخ داد: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام و اदार به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده شود و اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است» (مهرپور ۱۳۸۴: ۱۳۷-۱۳۸).

کلام فوق که موجب شد اصلاحیه قانون مدنی انطباق بیشتری با عدالت بیابد، جای تأمل بسیار دارد، امام می‌گوید: «اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است». این جمله مشعر بر این معنی است که از نظر فقهی چون امام خمینی تأملاتی دیگر نیز در باب ماهیت حقیه موجود است که به دلیل تفاوت با سیاق رایج فقهی مجال و یا محل بحث از آن‌ها فراهم نیست. به هر حال قدر مسلم این است که به نظر این فقیه ژرف‌نگر و روشن‌بین مخصوصاً پس از تجربه عملی کردن اداره حکومت، امکان پیدا کردن راه سهل‌تر برای اعمال بهتر عدالت و احقاق حق زن در چهارچوب موازین شرعی و فقهی وجود دارد و طبعاً وضع موجود را مناسب نمی‌داند؛ ولی به تعبیر خودشان جرأت ابراز آن فراهم نیست.

از این رو حداقل از این نوع تعبیر این معنی را می‌توان استفاده نمود که حکم رایج میان فقها، حکم ضروری نیست که نتوان طریق دیگری را برای آن جستجو کرد؛ لذا با اتکا به این پشتوانه و اظهار نظر فقیهانه فقیه معتبری چون امام می‌توان پذیرفت که قانون مدنی حداقل در بخش طلاق مشکلات ناروایی دارد که جداً نیازمند اصلاح است و یکی از آن اصلاحات مهم می‌تواند تأسیس ماهیت حکمی طلاق در فقه باشد.

بنابراین از آن رو که این تغییر بسی در حقوق خانواده اثر گذار است لازم است بر مبنای آن پیشنهادهایی به مقنن ارائه گردد که در گفتار ذیل به آن اشاره خواهد شد.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

به نظر می‌رسد بر مبنای آنچه در این مقال گذشت، حداقل فایده بحث‌های فوق در باب ماهیت حقی طلاق رسیدن به رابطه «سالبه کلیه» باشد؛ به این معنا که «هیچ مردی حق طلاق ندارد»؛ اما اگر حتی چنین نیز نشود و به دیگر سخن تنها در حد توقف و تردید در «موجب کلیه» و یا همان «همه مردان حق طلاق دارند» باقی بماند باز هم پژوهش روبرو به هدف اصلی خود که همان تأمل مجدد و عمیق مقنن بر ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی است، از طریق بازخوانی مجدد متون فقهی و خوانشی جدید بر مبنای استدلالات به کار برده شده در این پژوهش، دست یافته است. لازم به ذکر است که تمامی آیات و روایاتی که مورد بررسی قرار گرفتند نه تنها نشانگر ماهیت حقی طلاق نبودند بلکه به نوعی پایداری خانواده را نیز در بطن خود به همراه داشتند و این نشانگر نبوغ بی‌اندازه شارع در سیستم قانون‌گذاری اسلامی است؛ بنابراین بهترین پیشنهادی که می‌توان بر این اساس به مقنن ارائه نمود حذف ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی است. با این حال در قسمت ذیل ماده‌ای تدوین شده است که بر مبنای حکمی بودن ماهیت طلاق شکل گرفته است. بدین ترتیب مقنن موظف است به دور از نگاه‌های جنسیتی به تدوین ضوابطی پردازد که طلاق را از حیطة اراده و توافقات شخصی زوجین خارج سازد.

هر یک از زوجین می‌توانند در صورت داشتن ادله زیر با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق

همسر خود را بنمایند:

۱. محکومیت زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال یا بیشتر حبس و بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.
۲. ابتلا به هر گونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانواده خلل وارد

- آورد و ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد.
۳. هرگاه زوج حتی با کسب رضایت زوجه و اخذ مجوز از دادگاه همسر دیگری اختیار کند؛ اما پس از مدتی زوجه به دلیل عدم رعایت عدالت از جانب زوج متقاضی طلاق شود و این عدم عدالت را به اثبات برساند.
۴. هرگاه یکی از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانواده با دادگاه است.
۵. در صورتی که هر یک از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر حیثیت خانوادگی و شئون طرف دیگر باشد به حکم قطعی در دادگاه محکوم شود. تشخیص این که جرمی مغایر حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقع طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.
۶. استکفاف شوهر از دادن نفقه زن و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او به ایفا هم ممکن نباشد.
۷. عدم تمکین زن از شوهر بدون علت موجه.
۸. سوء رفتار و یا سوء معاشرت هر یک از زوجین به حدی که ادامه زندگی را برای طرف دیگر غیرقابل تحمل نماید.
۹. ابتلای هر یک از زوجین به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای طرف دیگر در مخاطره باشد.
۱۰. جنون هر یک از زوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد.
۱۱. در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای طرف دیگر همچنین در صورتی که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات جسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند.
- تبصره ۱: موارد مندرج در این ماده مانع از آن نخواهد بود که دادگاه در سایر مواردی که ادله متقنی از جانب زوجین مطرح گردد حکم طلاق را صادر ننماید.

منابع

- آل بحر العلوم، سید محمد. (بی تا) *بلغة الفقیه*، بی جا، بی نا.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰) *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر. (۱۴۰۶) *المهذب*، قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم، مؤسسة النشر الإسلامی.

- ابن عابدین، محمد بن امین. (۱۹۹۵) **حاشیه رد المحتار علی الدر المختار: شرح تنویر الابصار فی فقه مذهب الامام ابی حنیفه النعمان**، بیروت: دارالفکر.
- امام خمینی، سیدروح الله. (۱۳۸۵) **صحیفه امام** (دوره ۲۲ جلدی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ چهارم.
- انصاری، محمدجواد. (۱۳۸۹) **حق طلاق برای زن از دیدگاه امام خمینی**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- برادران، دلاور. (بی تا) «حق و حکم»، (دکتری فقه و حقوق) دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.
- تهرانی، هادی. (۱۳۷۴) **رساله الفرق بین الحق و الحکم**، به کوشش نعمت الله صفری، قم: نشر مفید.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۹۶۷) **وسائل الشیعه**، قم: مؤسسه آل البيت.
- حصکفی، محمد بن علی. (۲۰۰۲) **الدر المختار فی شرح تنویر الابصار**، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- دمشقی، ابن کثیر. (بی تا) **تفسیر ابن کثیر**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- راسخ، محمد. (۱۳۹۳) **حق و مصلحت**، تهران: طرح نو.
- زحیلی، وهبه. (بی تا) **الفقه الاسلامی و ادلته**، بیروت: دارالفکر.
- سرخسی، شمس الدین. (۱۹۹۳) **المبسوط**، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- شاکری گلپایگانی، طوبی. (۱۳۹۳) **ضرورت تبیین مبادی حق در علم اصول**، تهران: فکرسازان.
- شهید ثانی. (بی تا) **مسائلک الافهام**، بی جا، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷) **المبسوط**، قم: المکتبه المرتضویه.
- صادقی تهرانی، محمد. (۱۳۸۴) **رساله توضیح المسائل نوین: مبحث طلاق**، تهران: انتشارات امید فردا، نسخه الکترونیکی (برنامه کتابراه).
- طباطبایی زدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۳ ق) **حاشیه کتاب المکاسب**، بی جا: دارالمصطفی لاحیاء التراث.
- عسقلانی، شمس الدین. (۱۹۹۳) **فتح الباری شرح صحیح البخاری**، بیروت: دارالفکر.
- عظیم آبادی، شمس الحق. (بی تا) **عون المعبود شرح سنن ابی داود**، بیروت: دارالفکر.
- فاضل مقداد، جمال الدین مقداد بن عبدالله سیوری. (بی تا) **کنز العرفان فی فقه القرآن**، قم: مکتب نوید اسلام.
- **قانون مدنی**.
- قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد. (۱۴۰۵ ق) **الجامع الاحکام القرآن**، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- کاسانی، علاء الدین. (۱۹۹۶) **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**، بی جا: دارالکتاب العربی.
- کاظمی، زهره. (۱۳۸۹) **جایگاه متعه طلاق در نظام قانون گذاری اسلامی**، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
- مطهری، مرتضی. (۱۳۸۴) **نظام حقوق زن در اسلام**، تهران: صدرا

- مغنیه، محمدجواد. (بی تا) **فقه الامام الصادق**، کتاب الطلاق، قم: مؤسسه انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر. (بی تا) **تفسیر نمونه**، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- منذری، زکی الدین. (۲۰۰۳) **التروغیب و الترهیب**، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- مهرپور، حسین. (۱۳۷۹) «بررسی فقهی - حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در طلاق»، **نامه مفید**، شماره ۲۱، صص ۱۸۰ - ۱۴۷.
- مهرپور، حسین. (۱۳۸۴) **مباحثی از حقوق زن**، تهران: نشر اطلاعات.
- نجفی، شیخ محمدحسن. (بی تا) **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- **نهج البلاغه**
- ولائی، عیسی. (۱۳۸۰) **فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول**، تهران: نشر نی.
- وهابی، مصطفی. (۱۳۹۱) «بررسی مبانی حق زوج در مطلقه نمودن زوجه»، موضوع ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی» **راه وکالت**، شماره ۷، صص ۱۵۸ - ۱۴۲.