

اقسام و شرایط طلاق از منظر فقه شافعی و حنفی

سید مهدی میرداداشی *

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۴/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۲۵)

چکیده

ما در این مقاله، با رویکردی توصیفی به مطالعه اقسام و شرایط طلاق از دیدگاه فقه شافعی و حنفی خواهیم پرداخت. مسائل احوال شخصیه از جمله طلاق از امور مهم و زیربنایی هر جامعه می‌باشد و اسلام به خاطر ویژگی‌های آن احکام و مقررات خاصی برای آن وضع نموده است. به طور طبیعی با توجه به اختلاف قواعد و مقررات فقهی مذاهب اسلامی احکام و مقررات مربوط به احوال شخصیه در مذاهب مختلف نیز اختلاف پیدا می‌کند و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز این تفاوت را محترم شمرده و مطابق اصول ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی ایرانیان غیرشیعه در احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث، وصیت) بر طبق مذاهب خودشان عمل می‌کنند و در انجام احکام و مقررات و مراسم مذهب خودشان آزادند. عمل به این اصول قانون اساسی مستلزم این است که دادگاه‌ها و مراجع قضایی نیز براساس احکام و مقررات مذاهب در دعاوی آنها رسیدگی نمایند. از آنجا که قوانین موجود در مورد احوال شخصیه براساس فقه امامیه تنظیم شده و قضات نیز اطلاع تفصیلی از مقررات مذاهب غیرشعبی ندارند و قضات اهل سنت نیز غالباً با قواعد مذهب خویش آشنایی دارند، در عمل قضات برای رسیدگی به پرونده‌هایی که مربوط به احوال شخصیه اهل سنت می‌شود با مشکلاتی مواجه هستند و ناچار به ارجاع به مراکز و مجامع علمی اهل سنت و اخذ فتوای رسمی از آنها می‌شوند. این مقاله می‌کوشد تا در این مسیر گامی هرچند کوچک بردارد و شرایط اجرایی کردن اصل ۱۲ قانون اساسی را فراهم آورد.

کلیدواژگان

احوال شخصیه، طلاق، فقه حنفی، فقه شافعی.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

رایانامه: mirdadashim@yahoo.com

اقسام طلاق

در منابع مذهب شافعیه و حنفیه طلاق به اعتبارات مختلف تقسیمات گوناگونی دارد:

الف. طلاق صریح و کنایه

در طلاق صریح، وضوح لفظ در دلالت بر طلاق به شکلی است که احتمال غیر طلاق نمی‌رود. در خصوص الفاظ صریح دو نظر وجود دارد؛ در یک نظر صرایح طلاق خود دو نوعند:

۱. صرایحی که صراحت آنها بالذات و نفس الفاظ است بدون این که احتیاج به امر دیگری باشد که آن را صریح بنفسه گویند و آن الفاظی است که در قرآن کریم آمده و فقها آن را در سه لفظ؛ طلاق و مشتقات آن، سراح و مشتقات آن، فراق و مشتقات آن منحصر کرده‌اند.

۲. الفاظی که محتاج به ضم ضمیمه است و مانند الفاظ نوع اول در قرآن تکرار نشده‌اند و در دو لفظ انحصار یافته و آن را صریح بغیره می‌نامند؛ یکی خلع و مشتقات آن در صورتی که مال در صیغه ذکر شده باشد. دیگری، مفادات و مشتقات آن.

البته مشهور فقها الفاظ صریح را در فقه شافعیه، الفاظ «طلاق»، «سراح» و «فراق» می‌دانند، چه این که این سه لفظ در قرآن آورده شده‌اند: «یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن»، (طلاق / ۱) «و اسرحکن سراحا جمیلا» (احزاب / ۲۸) و «او فارقوهن بمعروف». (طلاق / ۲) در صورتی که طلاق با این سه لفظ و مشتقات آنها واقع گردد، نیاز به احراز نیت و قصد ندارد (الخن و البغا، ۱۴۱۷هـ ق، ۱۱۶/۲؛ الشریبئی / ۱۹۹۵ م / ۳۵۷/۳؛ الکیبولی / ۱۴۱۹هـ ق / ۱۱/۲؛ ابن عابدین / ۱۴۱۵هـ ق / ۲۷/۳).

و حتی اگر مطلق بگوید: «لم أنو به الطلاق» از او پذیرفته نمی‌شود. بر این مطلب ادعای اجماع شده، مگر این که قرینه‌ای خلاف آن را ثابت نماید. (همان)

اما اگر زوج الفاظ دیگر، مانند «خلع» را به قصد وقوع طلاق بگوید، طلاق واقع می‌شود، در غیر این صورت طلاق باطل است. و اگر ترجمه این الفاظ (طلاق، سراح و فراق) در هر زبانی عرفاً مشهور در معنای طلاق باشد، طلاق صریح تلقی می‌شود و اگر ترجمه به کار رفته برای سه لفظ

نباشد و یا اگر ترجمه سه لفظ باشد، ولی مشهور در معنای طلاق نباشد، طلاق به کنایه تلقی می‌شوند که در صورت حدوث اختلاف، مستلزم اثبات و اقتران به نیت است. اما در طلاق کنایه، لازم است زوج همراه با لفظ، قصد وقوع طلاق را نیز داشته باشد. کنایات لفاظی هستند که واضع آنها را برای خصوص طلاق اصطلاحی وضع نکرده باشد، بلکه احتمال غیر طلاق نیز در آنها می‌رود، مانند این که زوج بگوید: «حلال خدا بر من حرام باشد» که در صورتی که این جمله با قصد وقوع طلاق همراه باشد، موجب وقوع یک طلاق رجعی است و اگر بیش از یک طلاق را قصد کند، همان یک طلاق واقع می‌شود. (همان)

ب. طلاق سنی و بدعی

طلاق از حیث این که موافق یا مخالف شرع باشد به سنی و بدعی تقسیم می‌شود. در واقع طلاق به اعتبار حال زوجه از جهت حیض بودن و عدم آن، بزرگ بودن و کوچک بودن به سه دسته تقسیم می‌شود: طلاق سنی، طلاق بدعی و طلاقی که نه سنی است و نه بدعی؛ چون زن از سه حال خارج نیست:

۱. طاهر از حیض و نفاس است و مرد با وی در آن طهر مواجهه نکرده است؛
 ۲. بعد از نزدیکی مرد با زن، وی حائض یا نفساء شده یا در طهر مواجهه باشد؛
 ۳. زن صغیره باشد که هنوز حیض نشده یا یائسه باشد و از سن محیض گذشته باشد یا حامله باشد یا غیر مدخول بها باشد یا خواستار خلع باشد.
- در فرض اول، طلاق سنی، در فرض دوم، بدعی و در فرض سوم، نه سنی و نه بدعی است (همان؛ الصاغر ج ۱ / ۱۴۲۰ هـ ق / ۲ / ۱۹۰).

طلاق سنی جایز است و به دلیل فرموده خداوند: «یا ایها النبی اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن؛ ای پیامبر، هر زمان خواستید زنان را طلاق دهید، در زمان عدّه آنها را طلاق گوئید. (طلاق / ۱). واقع شده است؛ یعنی در وقتی آنها را طلاق دهید که در آن وقت، عدّه شروع بشود و آن زمان پاکی است، چون زمان حیض در عدّه به حساب نمی‌آید (الخن، پیشین، ج ۲، ص ۱۱۷). طلاق بدعی از نظر شافعی و حنفی حرام است، ولی واقع می‌شود؛ یعنی صرفاً مستلزم معصیت

است، چون مخالف صورت مشروع می‌باشد. برای تحریم طلاق بدعی دو سبب می‌باشد: یکی حیض در مورد زنی که حیض می‌بیند؛ یعنی طلاق حائض بعد از دخول بدعی است، چون طلاق در این زمان، موجب اضرار به زن می‌شود، به لحاظ این‌که بقیه مدت حیض به حساب عده منظور نمی‌شود و از این جهت زمان عده طولانی می‌شود و رسول خدا (ص) فرموده است: «لا ضرر و لا ضرار». دیگری، امکان حمل است؛ یعنی طلاق در طهر موقعه بدعی است، چون احتمال دارد زن حامل شده باشد و مرد نخواهد زن حامل خویش را طلاق دهد. (همان؛ غزالی/۱۴۱۸هـ-ق/۵۶/۲؛ الصاغر ج۱ / پیشین/۱۹۱)

طلاق زنان گروه سوم که نه سنی است و نه بدعی جائز و واقع شده و حرام نیست.

ج. طلاق بائن و رجعی

طلاق سنی، به اعتبار امکان رجوع و عدم امکان رجوع مرد در ایام عده به طلاق بائن و رجعی تقسیم می‌شود. طلاق بائن خود بر دو نوع است:

۱. بینونت صغری: طلاق بائنی که مرد می‌تواند مطلقه‌اش را با عقد جدید به زوجیت خود در آورد.

۲. بینونت کبری: طلاقی که مرد به موجب آن سه طلاق را تکمیل نموده و دیگر نمی‌تواند مطلقه‌اش را برگرداند، مگر این‌که زن، شوهر دیگری اختیار کند و دخول واقع شود و ازدواج وی با طلاق یا مرگ شوهر دوم پایان یافته باشد (الخن، پیشین، ج ۲، ص ۱۳۳؛ الزحیلی / ۱۴۱۸هـ-ق/۴۳۶/۹؛ زیدان / ۱۴۱۷ هـ ق/۵۰/۷).

به هر حال طلاق‌های بائن بر سه قسم است:

۱. طلاق قبل از دخول؛

۲. طلاق خلع اعم از این‌که قبل از دخول یا بعد از آن باشد؛

۳. اگر سه بار طلاق دهد، اعم از این‌که در یک مجلس سه طلاقه دهد یا در مجالس متعدد و

اعم از این‌که قبل از دخول یا بعد از آن باشد (الشیرازی / ۱۴۱۷ هـ-ق،/۴/۳۷۳).

در فقه حنفی علاوه بر موارد فوق، دو قسم دیگر نیز از موارد طلاق بائن می‌باشد:

۱. خلوت نمودن با زوجه بدون دخول، موجب عده است و برای مطلق در ایام عده حق رجوع نیست، چون چنین طلاق نیز بائن است.

۲. در صورتی که زوج بگوید: «انت طالق طلاقاً بائناً» یا بگوید: «انت طالق طلقه شدیدة» یا بگوید: «انت کالجبل» یا «انت طالق افحش الطلاق» یا «انت طالق اشد الطلاق» و غیر اینها طلاق بائن خواهد بود. همچنین در صورتی که با الفاظ کنایی دال بر انفصال فوری طلاق دهد، طلاق بائن خواهد بود؛ مثل این که بگوید: «انت بته» یا «انت تبلة» یا «انت بریه». (ابن عابدین / ۱۴۲۱ هـ ق / ۱۶۱ / ۹؛ مغنیه / ۱۳۷۷ ش / مغنیه / ۴۱۹؛ الکیبولی / پیشین / ۷۹).

طلاق رجعی، طلاق است که مرد در ایام عده امکان رجوع دارد. براساس فقه شافعی و حنفی اصل در طلاق، رجعی بودن است، و اگر مرد بعد از نزدیکی، یک یا دوبار زنش را طلاق داده باشد، می تواند در ایام عده رجوع نماید (الشربینی / پیشین / ۳ / ۳۳۵؛ الکاسانی الحنفی / ۱۴۲۰ هـ ق / ۲۸۴ / ۳؛ زیدان / پیشین / ۶).

د. طلاق خلع و یا غیر خلع

خلع در لغت به معنای نزع و ازاله است (ابن منظور / ۱۴۰۵ هـ ق / ۸ / ۴۲۹) و عرفاً به مفهوم ازاله زوجیت و در اصطلاح فقه شافعی و حنفی عبارت از جدایی زوجین در مقابل عوض مقصودی است که با لفظ طلاق یا خلع به زوج داده می شود (ابن عبدالواحد / بی تا / ۵۸ / ۴). در مشروعیت «خلع» نباید تردید نمود؛ خداوند در قرآن می فرماید: «فلا جناح علیهما فیما افتدت به؛ (بقره / ۲۲۹) مانعی برای آنها نیست که زن فدیة و عوض بپردازد و طلاق بگیرد» و حدیث ابن عباس در مورد جمیله همسر ثابت بن قیس نیز دلالت بر مشروعیت طلاق خلع دارد. در واقع جمیله از همسرش متنفر بود لذا خدمت رسول خدا (ص) رسید و جریان را مطرح نمود که در چنین وقتی آیه فوق نازل شد. ثابت به رسول خدا (ص) فرمود به جمیله امر کند تا «باغ» وی را برگرداند تا طلاقش دهد و رسول خدا (ص) نیز دستور دادند و جمیله قبول نمود و طلاق خلع برای اولین بار واقع شد (قربانی لاهیجی / ۱۳۸۱ / ۹؛ الخن، پیشین، ج ۲، ص ۱۲۱ به بعد؛ محمد بن عبدالواحد، پیشین، ص ۵۷).

به هر حال، فقهای شافعی و حنفی، بابتی مستقل را به «خلع» یا طلاق خلعی و بیان شرایط و ارکان آن اختصاص داده‌اند و خواه کراهت از جانب زوجه باشد یا زوجین، تحت همین عنوان و با شرایط و احکام یکسان بررسی نموده‌اند. مخالف یا زوج می‌بایست عاقل، بالغ، رشید و مختار باشد و بتواند طلاق را شرعاً واقع سازد. در مقابل مختلعه یا زوجه نیز باید تحت حباله نکاح زوج و یا در عده رجعیه باشد و نیز بالغه، عاقله، رشیده و مختاره باشد و اهلیت تصرف در اموال خود چون فدیة را داشته باشد، عوض خلع یا فدیة باید معلوم، معین و مقدور التسلیم باشد، صیغه خلع همانند طلاق است؛ از الفاظ صریح و کنایه و نیز صیغه‌های «خالعتک و فادیتک» که حاکی از مفارقت در مقابل عوض است، در صیغه خلع، قبول مختلعه شرط است؛ چون خلع از جانب وی معاوضه است و در هر معاوضه‌ای لازم است، دهنده، عوض قبول نماید (الشربینی / پیشین / ۳۳۵/۳؛ الزحیلی / پیشین / ۴۸۷؛ ابن عابدین / پیشین / ۷۱/۱۰؛ السرخسی / ۱۴۰۹هـ ق / ۱۷۳/۶).

هـ طلاق واجب، حرام، مستحب و مکروه

از جهت تعلق احکام در ایقاع طلاق، می‌توان به چهار دسته از طلاق در فقه شافعی اشاره نمود؛

طلاق واجب؛ که در دو حالت می‌آید:

۱. در صورتی که شقاق و اختلاف بین زن و مرد ایجاد شود و داور نیز نظر به طلاق داشته باشد؛

۲. در صورتی که مرد، زن خویش را ایلاء نموده باشد.

طلاق حرام، که همان طلاق بدعی است در دو صورت می‌باشد:

۱. طلاق زن حائض یا نفساء؛

۲. طلاق در طهر مواقعه.

طلاق مستحب نیز در دو حالت است:

۱. در صورتی که مرد در حق زن و در معیشت کوتاهی نماید؛

۲. زن عقیفه نباشد.

و طلاق مکروه، آن طلاقی است که از روی سنت و بدعت نباشد (الشیرازی / پیشین / ۴/۲۹۰).

در فقه حنفی، اصل، اباحه طلاق است و در صورتی مستحب است که زن موذی یا تارک الصلوه باشد و در صورتی که نگهداری زن موجب فوات امر معروف بشود، واجب است و در صورتی که بدعی باشد، حرام است. هر چند فقهای حنفی طلاق مکروه را ذکر نکردند، اما می‌توان آن را از طلاق مستحب استنتاج نمود؛ به این معنی که طلاق دادن زنی که حقوق زوج و حقوق الله را رعایت نماید، مکروه است (زیدان/پیشین/۳۵۱/۷).

و. طلاق منجز، معلق و مضاف

صیغه طلاق از حیث اشتغال بر تعلیق به امر آینده یا اضافه به زمانی در آینده و عدم اشتغال آن بر تعلیق به سه قسم تقسیم می‌شود:

۱. طلاق منجز؛ آن است که صیغه آن مطلق جاری شده و معلق به امر دیگری نشده و یا به زمان آینده نسبت داده نشده باشد.

۲. طلاق معلق؛ آن است که حصول طلاق ارتباط به امری پیدا کند که در زمان آینده حاصل می‌شود. در فقه شافعی و حنفی، طلاق معلق مانند طلاق منجز صحیح بوده و واقع می‌شود. دلیل صحت طلاق معلق، فرموده رسول اکرم (ص) می‌باشد «المسلمون عند شروطهم»^۱ (الخن/پیشین/۱۲۸/۲؛ الشیرازی/پیشین/۳۱۹/۴؛ محمود طهماز/ ۱۴۲۰هـ ق/۱۸۳/۲).

۳. طلاق مضاف؛ آن است که صیغه آن مقید به زمانی در آینده باشد که طلاق دهنده قصد وقوع طلاق را در آن وقت دارد و حصول طلاق را بدون ادوات شرط به آن زمان ربط می‌دهد؛ مثل این که مرد به زنش بگوید؛ تو روز اول ماه رمضان طالق می‌شوی که در این مثال به محض رؤیت هلال در اول ماه رمضان، طلاق زن حاصل می‌شود (الانصاری/۱۴۱۸هـ ق/ ۱۰/۸ و ۱۳؛ الشربینی/پیشین/۳۱۳/۳؛ زیدان/پیشین/ ۴۸۶/۷؛ الحنفی الحصکفی/ ۱۴۲۳هـ ق/۲۰۹/۲).

۱. «كما يصح الطلاق و يقع منجزاً، فانه يصح معلقاً... دليله قول النبي (ص) المسلمون عند شروطهم»؛ «اذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل (اي لا يتقلب) كدخول الدار، و مجي الشهر، تعلق به، فاذا وجد الشرط، وقع و اذا لم يوجد لم يقع»

یکی از فروع بحث طلاق معلق، این است که آیا سوگند یاد کردن به طلاق یا حلف به طلاق، صحیح و دارای اثر است یا خیر؟ سوگند به طلاق یعنی این که زوج، به منظور ترغیب یا نهی خود یا شخص دیگر از امری و یا اثبات و تحقق موضوعی، طلاق زنش را به امری معلق نماید؛ مثلاً زوج بگوید: به طلاقم باید فلان کار را انجام دهم؛ به طلاقم دروغ نمی‌گویم؛ به طلاقم فردا باید به منزل من بیائید و

در فقه شافعی و حنفی، حلف به طلاق پذیرفته شده است؛ یعنی مشهور فقهای شافعی و حنفی به صحت آن حکم نموده‌اند و در مقام بیان ادله صحت، به دلایل استنادی مربوط به صحت طلاق معلق و برخی روایات اشاره کرده‌اند (الزحیلی / پیشین/ ۴۴۷؛ / الجوزیه/ ۱۴۲۱هـ ق / ۲۸۰؛ الانصاری/ پیشین/ ۴۰ و ۴۱). البته برخی از فقهای متقدم شافعیه و اکثریت متأخرین، سوگند به طلاق را نپذیرفته و آن را از مصادیق طلاق معلق نمی‌دانند که این قول مورد پیروی قوانین موضوعه کشورهای اسلامی قرار گرفته است (مثل ماده ۲۵ قانون مصر، ماده ۸۹ قانون اردن و ماده ۹۰ قانون سوریه) (الانصاری/ همان/ ۴۰ و ۴۱؛ الزحیلی / همان/ ۴۴۷).

ز. طلاق به اشاره و کتابت

ممکن است که مطلق بنابر دلایلی نتواند صیغه طلاق را بر زبان جاری کند. در این وضعیت، این سؤال پیش می‌آید که آیا طلاق به اشاره یا کتابت صحیح است یا خیر؟

در فقه شافعی، طلاق از سوی کسی که قادر بر تکلم نیست، همچون شخص لال، با اشاره واقع می‌شود، ولی در صورتی که قدرت بر نطق داشته باشد، طلاق با اشاره واقع نمی‌شود، چه این که اشاره، در صورت ضرورت، قائم مقام لفظ و عبارت می‌شود و در این فرض ضرورتی وجود ندارد (الشیرازی، پیشین، ج ۴، ص ۳۰).

اما در مورد طلاق به کتابت اختلاف است؛ یعنی اگر کسی که قدرت بر تکلم دارد و با نوشتن، نیت طلاق بکند، برخی گفته‌اند: مانند اشاره، در اینجا نیز طلاق واقع نمی‌شود، در حالی که برخی دیگر می‌گویند این طلاق صحیح است.

در صورت صحت طلاق کتابت، در این که آیا این طلاق حتی از سوی شخص حاضر هم

پذیرفته می‌شود یا خیر اختلاف است؛ برخی می‌گویند طلاق به کتابت فقط در حق شخص غائب صحیح است و عده‌ای گفته‌اند که طلاق به کتابت از تمام افراد، حتی از شخص حاضر، واقع می‌شود؛ چون «کتابت» به منزله کنایه است (الشیرازی/ ۱۴۱۶ هـ ق/ ۱۳/۳).

به هر حال در صورتی طلاق به کتابت واقع می‌شود که مقرون به شرایط زیر باشد:

۱. کتابت مقرون به نیت باشد و کاتب قصد وقوع طلاق را داشته باشد؛

۲. نقش کتابت باید ثابت باشد و اگر بر روی آب بنویسد هر چند توأم با نیت باشد، طلاق واقع نمی‌شود؛

۳. کتابت و نیت در طلاق هر دو باید از زوج باشد (الزحیلی/ پیشین/ ۳۸۲).

در فقه حنفیه، طلاق، اعم از این‌که طلاق دهنده قدرت بر نطق داشته یا نداشته باشد، به کتابت واقع می‌شود، چنانچه طلاق شخص لال با اشاره واقع می‌شود.

در واقع «کتابت» بر دو قسم است: «مستبینه» که بعد از کتابت باقی خواهد ماند؛ مانند آنچه که بر روی ورق نوشته می‌شود و «غیر مستبینه» مانند چیزی که بر روی هوا یا آب نوشته می‌شود.

اگر طلاق به شکل غیر مستبینه نوشته شود، واقع نخواهد شد، هر چند نیت طلاق نموده باشد. ولی در صورتی که مستبینه باشد، واقع می‌شود. البته مستبینه خود بر دو قسم است: مرسومه که در آن خطاب به زوجه می‌شود و غیر مرسومه مانند این‌که بر روی ورقه‌ای نوشته شود: فلانۀ زوجتی طالق» که در صورتی که نیت طلاق نموده باشد، واقع خواهد شد (الکاسانی الحنفی/ پیشین/ ۱۰۹/۳؛ شیخ نظام‌الدین/ ۱۴۲۳ هـ ق/ ۱/ ۴۷۶).

شرایط صحت طلاق

در فقه شافعی ارکان^۱ طلاق چهار امر ذکر شده: مطلق، صیغه، قصد، زوجه (الانصاری/ ۱۴۱۸ هـ ق/ ۱۷۳/۸).

۱. منظور از رکن بطور توسع و مجاز آن است که ماهیت بدون آن تحقق نیابد اگر چه داخل در ماهیت نباشد.

برخی نیز علاوه بر موارد فوق ولایت را نیز افزوده‌اند (الشربینی / پیشین / ۳/۳۶۵).
اکنون در سه بند، شرایط مطلق، مطلقه و صیغه طلاق را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

الف) شرایط مطلق

در فقه شافعی برای مطلق شرایط زیر ذکر شده است:

۱- زوجیت؛ ۲- قصد؛ ۳- بلوغ؛ ۴- عقل؛ ۵- اختیار (الشیرازی / پیشین / ۲۷۷).

شرط اول بدیهی می‌باشد. شرط دوم در کلمات برخی از فقهای شافعی نیامده است، اما به لحاظ اهمیت و نقش آن در ماهیت طلاق و ترتب اثر، به عنوان یکی از پنج رکن طلاق ذکر شده است؛ بنابراین مباحث خود را زیر دو عنوان کلی می‌آوریم: ۱- قصد و اختیار؛ ۲- بلوغ و عقل.
البته در منابع فقه حنفی صرفاً به زوجیت، بلوغ و عقل اشاره شده است. (الحنفی الحسکفی / پیشین / ۲۰۶).

۱. قصد و اختیار

در فقه شافعی مطلق باید در زمان تلفظ و جاری نمودن صیغه طلاق، قاصد باشد و اگر سهواً یا برای تمثیل یا تدریس باشد، طلاق بلا اثر خواهد بود، چنانچه گفته‌ایم فقهای شافعی در بحث از الفاظ طلاق، معتقدند که در طلاق صریح، قصد و نیت مطلق لازم نیست، زیرا الفاظ صریح، دارای حقیقت عرفیه هستند، که عرفاً درخصوص مفارقت و جدایی زوجین استعمال می‌شوند و اگر زوج ادعا کند قصد طلاق نداشته، از وی پذیرفته نمی‌شود، مگر این که به نحوی اثبات کند که در این لفظ قصد طلاق نداشته و نائم یا صغیر بوده که در صورت وجود قرینه پذیرفته می‌شود، اما در الفاظ کنایه حتماً باید قصد و نیت طلاق داشته باشد.

با این حال، از نظر فقه شافعی، در صورتی که زوج، رشید، بالغ، عاقل و مختار باشد و صیغه طلاق را، هرچند بدون قصد، جاری نماید، طلاق واقع می‌شود؛ چرا که طلاق «هازل» و «لاعب» را پذیرفته است و «لاعب» و «هزل» وی عذری برای عدم وقوع طلاق نخواهد بود.

در این مورد خاص، به حدیثی از ابی هریره استناد شده که از پیامبر(ص) نقل نمود: «ثلاث جدهنّ جدّ و هزلهنّ جدّ الطلاق و النکاح و الرجعة»؛ یعنی تلفظ به سه چیز با قصد انجام آنها یا بدون

قصد از روی شوخی، جدی تلقی خواهد شد و آنها نکاح، طلاق و رجوع در طلاق رجعی می‌باشد (الخن / پیشین / ۱۲۴ / ۲؛ الشربینی / پیشین / ۳ / ۳۶۷؛ الانصاری / پیشین / ۶ / ۴۴۳).

فقه‌های شافعی در مورد طلاق شخص مست و عصبانی (غضب‌بان) معتقدند که طلاق شخص عصبانی واقع می‌شود، مگر این‌که عصبانیت او به درجه‌ای رسیده باشد که عقل او زایل شده و افعال و گفتار از کنترل گوینده خارج شده باشد که در این صورت در حکم مجنون و طلاق وی باطل است (همان).

اگر شخص اشتبهاً مشروبات الکلی بنوشد و یا این‌که دیگری مخفیانه به او بدهد و یا این‌که سکر غیر حرام باشد یعنی از باب ضرورت یا اکراه آنرا نوشیده باشد، در صورت جاری ساختن صیغه طلاق در این وضعیت طلاقش واقع نمی‌شود، در غیر این وضعیت، اگر مسکر را به اختیار و عمدتاً بنوشد، مشهور فقها شافعی معتقدند که طلاق وی به دلیل وجود نص خاص از رسول اکرم (ص) صحیح است (همان).

در مورد طلاق مکره باید دید آیا اکراه به حق می‌باشد یا خیر؟ اگر به حق باشد، مانند الزام حاکم نسبت به طلاق زن از سوی زوج، واقع می‌شود و اگر به ناحق باشد، طلاق مکره صحیح نخواهد بود (الشیرازی / پیشین / ۲۷۹).

۲. بلوغ و عقل

از نظر فقه شافعی، سن بلوغ در دختر و پسر ۱۵ سالگی است، ولی با توجه به طبیعی بودن بلوغ، و این‌که ممکن است بر حسب آب و هوا و منطقه جغرافیایی تغییر کند، سن بلوغ نیز می‌تواند متغیر باشد. برای مثال با زوال منی و یا حیض بلوغ محقق می‌شود، با این حال حداقل سن بلوغ نه سالگی است (مغنیه / ۱۳۷۷ / ۴۰۹؛ شیخ الاسلام / ۱۳۴۷ / ۲ / ۱۴۳).

از نظر فقه شافعی بلوغ در صحت و وقوع طلاق شرط است؛ بنابراین طلاق بچه هر چند ممیز باشد واقع نخواهد شد. (ابن عابدین / پیشین / ۲۰۶؛ زیدان / پیشین / ۷ / ۳۶۱) چنانچه طلاق مجنون نیز، چه جنون دائمی و چه ادواری (البته در هنگام جنون ادواری) باشد، صحیح نخواهد بود.

در این مورد به روایتی از علی (ع) از رسول خدا (ص) استناد شده است: «رفع القلم عن ثلاثة؛

عن النائم حتی یستيقظ، و عن الصبي حتی یحتلم و عن المجنون حتی یعقل»؛ (الصاغر ج۱ / پیشین / ۱۹۶) رسول خدا (ص) فرموده است از سه طایفه تکلیف برداشته شده است: از شخص خواب تا بیدار شود و از بچه تا بالغ شود و از مجنون تا عاقل شود.

از نظر فقه حنفی هر فاقد عقلی به مجنون ملحق می‌شود؛ چون ملاک یکی است و آن فقدان عقل می‌باشد. اشخاص زیر در حکم عدم وقوع طلاق، به مجنون ملحق می‌شوند:

۱. نائم (خوابیده)؛

۲. فاسد التذییر، کم بینش)؛

۳. میرسم؛

۴. مغمی علیه؛

۵. مدهوش^۱ (شیخ نظام‌الدین / پیشین / ۴۴۷؛ / عبدالوهاب / پیشین / ۳/۳۴۳).

لازم به ذکر است که در مذهب حنفی طلاق مکره واقع می‌شود (محمود طهماز / پیشین / ۱۹۷؛ الحنفی الحصکفی / پیشین / ۲۰۶) چنانچه طلاق شخص غضبان (عصبانی)، سکران (مست)، هازل (شوخ)، سفیه، لال با اشاره، غالط یا ناسی، مریض یا کافر نیز واقع می‌شود (الحنفی الحصکفی / همان؛ محمود طهماز / پیشین / ۱۹۷).

در فقه شافعی و حنفی، ولی نمی‌تواند از جانب صغیر و مجنون اقدام به طلاق نماید. دلیل این حکم، حدیث «الطلاق بید من اخذ بالساق» (الشربینی / پیشین / ۳/۳۵۶؛ الشیرازی / پیشین / ۲/۷۷؛ السرخسی / پیشین / ۱۷۸) می‌باشد.

طلاق «سفیه» در صورتیکه موجب تصرف در اموال او نباشد، صحیح است (الزحیلی / پیشین / ۳۶۷، الجزیری / ۱۴۱۱ق / ۴/۴۰۱).

۱. «و لا یقع طلاق الصبي و ان كان یعقل و المجنون و النائم و المرسم و المغمی علیه و المدهوش و كذلك المعتوه لا یقع طلاقه»؛ گفتنی است به کسی که به مرض «برسام» مبتلا می‌شود، میرسم اطلاق می‌شود. «برسام» مرضی است که در دماغ پیدا می‌شود و عقل انسان را از بین می‌برد.

در فقه شافعی و حنفی، وکالت در طلاق پذیرفته شده است، اگر زوج به کسی گفت: «وکیل باش ز منم را طلاق بده» وکیل حق طلاق خلع را ندارد و فقط حق یک طلاق را دارد و اگر بیش از آن طلاق دهد، فقط یک طلاق واقع می‌شود و اگر وکالت در سه طلاق داد، می‌تواند یک یا دو یا سه طلاق بدهد (الشربینی / پیشین / ۳/ ۳۵۶؛ الجزیری / همان؛ محمد بن عبد الواحد / پیشین / ۳/ ۴۲۹).

ب) شرایط مطلقه

از شرایط مطلقه این است که تنها زوجه در عقد نکاح صحیح زوج باشد. این که فقهای شافعی در بحث ارکان طلاق، «ولایت» را عنوان نموده‌اند به مفهوم تسلط شوهر بر زن است که در تصرف شرعی وی باشد، طلاق دادن زن معتده از طلاق رجعی مادام که در عده است، صحیح می‌باشد؛ چون مطلقه رجعیه زوجه است، پس طلاق به مطلقه رجعیه واقع می‌شود و از عدد طلاقات می‌کاهد (الکاسانی الحنفی / پیشین / ۳/ ۱۳۴).

در فقه شافعی و حنفی، پاکی زن و نیز بودن وی در طهر غیر مواقعه شرط نیست؛ یعنی هر چند طلاق زن در صورت ناپاکی یا بودن در طهر مواقعه حرام است و معصیت دارد، اما طلاق واقع می‌شود (زیدان / پیشین / ۴۲۱؛ الحسنی السمرقندی / ۱۴۲۱ هـ ق / ۲/ ۵۷۰؛ السرخسی / پیشین / ۶/ ۵۷).

ج) شرایط صیغه

ما در اقسام طلاق به طلاق صریح و کنایه و نیز طلاق به کتابت و اشاره و هم چنین طلاق تنجیزی و تعلیقی اشاره نموده‌ایم و در اینجا از تکرار آنها خود داری می‌نمائیم و صرفاً به دو مطلب می‌پردازیم؛ یکی اشهاد بر صیغه طلاق و دیگری داوری.

فقهای شافعیه و حنفیه، اشهاد بر طلاق را در زمره شرایط صحت آن نیاورده‌اند؛ به دلیل این که اولاً، خدای متعال در آیات متعددی بدون این که وجوب اشهاد را ذکر نموده باشد، به اختیار زوج در طلاق تصریح نموده و آنچه در آیه «و اشهدوا ذوی عدل منکم» (طلاق / ۲) آمده، امر ندبی و استحبابی است، چنانچه در آیه دیگری (بقره / ۲۸۲) در باب قرض و بیع نیز بر استحباب اشهاد اشاره رفته است.

ثانیاً در سنت دلیلی بر وجوب اشهاد در طلاق وارد نشده است (الانصاری/ پیشین/ ۵۹/۷؛ الشربینی/ پیشین/ ۳/ ۴۲۷؛ زیدان/ پیشین/ ۲۸/۸؛ الحسنی السمرقندی/ پیشین/ ۶۰/۱).
در مورد داوری، براساس آیه قرآن (نساء/ ۳۵) قول راجح شافعی و حنفی بر لزوم انتخاب حکمین حکایت دارد که باید سعی بر سازش بین زن و مرد نمایند. بر زوجین لازم است آنچه که حکمین حکم نموده‌اند بپذیرند، البته، حکمین حق ندارند بر جدایی زوجین اجتماع کنند، مگر این‌که زوج آنها را در طلاق وکیل نموده باشد (الزحیلی/ پیشین/ ۵۲۸؛ سابق/ پیشین/ ۱۹۶/۲).

مواد پیشنهادی

اقسام و شرایط طلاق در مذهب شافعی

مواد پیشنهادی در خصوص اقسام و شرایط طلاق در مذهب شافعی به شرح زیر است:

- ماده ۱- طلاق معلق همانند طلاق منجز صحیح است و واقع می‌شود.^۱
تبصره: طلاق مضاف نیز صحیح است و واقع می‌شود.
- ماده ۲- طلاق دهنده باید بالغ، عاقل، قاصد و مختار باشد، طلاق صغیر هرچند ممیز، مجنون، معتوه، مکره، کسی که سهواً و عن عذر مست شده باشد، بیهوش و شخص عصبانی که اقوال و افعالش از کنترل خارج شده است، صحیح نیست.
- ماده ۳- طلاق «هازل» و «لاعب» در صورتی که مطلقاً رشید، بالغ، عاقل و مختار باشد، واقع می‌شود.
- ماده ۴- طلاق با لفظ یا با نوشتار محقق می‌شود. در مورد کسی که عاجز از لفظ یا نوشتار باشد، طلاق با اشاره‌ای که دلالت بر آن نماید، واقع می‌شود.
تبصره: در صورت ایقاع طلاق با نوشتار، لازم است همراه با نیت باشد.

۱. ماده ۹۰ قانون احوال شخصیه سوریه و ماده ۸۹ قانون احوال شخصیه اردن طلاق معلق را باطل اعلام نموده و ماده ۱۰۵ قانون احوال شخصیه کویت، منجز بودن در طلاق را شرط دانسته است.

- ماده ۵- طلاق در صورتی که با الفاظ صریح واقع شود احتیاج به نیت ندارد طلاق با الفاظ کنایی تنها وقتی واقع می‌شود که همراه با نیت باشد.
- ماده ۶- طلاق بدعی (طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس یا در طهر مواقعه) صحیح است و واقع می‌شود.^۱
- ماده ۷- طلاق بدون حضور دو مرد عادل نیز واقع می‌شود.
- ماده ۸- طلاق بر دو قسم است: بائن و رجعی.
- ماده ۹- در طلاق بائن، برای شوهر حق رجوع نیست.
- ماده ۱۰- هر طلاقی که واقع می‌شود رجعی است مگر طلاق سوم، طلاق قبل از دخول، طلاق در مقابل عوض^۲ و هر طلاقی که در این قانون، بائن معرفی شده باشد.
- ماده ۱۱- طلاق خلع طلاقی است که در آن، مقابل عوض مورد توافق، شوهر زوجه خویش را به لفظ خلع یا طلاق یا مبارات یا لفظی معادل اینها طلاق بدهد.^۳
- ماده ۱۲- برای صحت خلع، اهلیت زوجین برای انشاء طلاق مطابق این قانون شرط است.
- ماده ۱۳- در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است.
- ماده ۱۴- رجوع تنها با لفظ ممکن است، رجوع فعلی فقط هنگامی که قدرت بر نطق وجود نداشته باشد، معتبر است.
- ماده ۱۵- رجوع معلق باطل است.
- ماده ۱۶- رجوع در صورتی که با الفاظ صریح واقع شود احتیاج به قصد ندارد. رجوع با الفاظ کنایی تنها هنگامی واقع می‌شود که همراه با نیت باشد.

۱. البته طلاق بدعی مستلزم معصیت است اما از نظر فقه شافعی واقع می‌شود.

۲. طلاق خلع، بائن است حتی اگر مختلعه به فدیة رجوع نماید.

۳. گفتنی است فقهای شافعی احکام خلع و مبارات را تحت یک عنوان «خلع» و با شرایط و احکام یکسان بررسی نموده‌اند.

تبصره: در صورت تحقق رجوع به کتابت، لازم است همراه با نیت باشد.

اقسام و شرایط طلاق در مذهب حنفی

مواد پیشنهادی در خصوص اقسام و شرایط طلاق در مذهب حنفی به شرح زیر است:

ماده ۱- طلاق دهنده باید زوج، بالغ و عاقل باشد، بنابراین طلاق صغیر هر چند ممیز، مجنون، نائم، معتوه، مبرسم، مغمی علیه و مدهوش، صحیح نیست.

ماده ۲- طلاق «هازل»، «لاعب»، «مکره»، «سفیه»، «غالط»، «ناسی»، «مریض»، «کافر»، «طلاق از روی عصبانیت» و «مست» واقع می‌شود.

تبصره: چنان چه شخص از باب تداوی و یا اکراه، مست شده باشد، طلاقش واقع نمی‌شود.

ماده ۳- طلاق با لفظ یا با نوشتار محقق می‌شود. در مورد کسی که عاجز از لفظ یا نوشتار باشد، طلاق با اشاره‌ای که دلالت بر آن نماید، واقع می‌شود.

ماده ۴- طلاق در صورتی که با الفاظ صریح واقع شود احتیاج به نیت ندارد طلاق با الفاظ کنایی تنها در صورتی واقع می‌شود که همراه با نیت باشد.

ماده ۵- طلاق بدعی (طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس یا در طهر موقعه) صحیح است و واقع می‌شود.^۱

ماده ۶- طلاق بدون حضور دو مرد عادل نیز واقع می‌شود.

ماده ۷- طلاق بر دو قسم است: بائن و رجعی.

ماده ۸- در طلاق بائن، برای شوهر حق رجوع نیست.

ماده ۹- هر طلاقی که واقع می‌شود رجعی است مگر طلاق سوم، طلاق قبل از دخول، طلاق در مقابل عوض^۲ و هر طلاقی که در این قانون، بائن معرفی شده باشد.

۱. البته طلاق بدعی مستلزم معصیت است اما از نظر فقه حنفی واقع می‌شود.

۲. طلاق خلع، بائن است حتی اگر مختلعه به فدیة رجوع نماید.

- ماده ۱۰- طلاق خلع طلاق است که در آن، مقابل عوض مورد توافق، شوهر زوجه خویش را به لفظ خلع یا طلاق یا مبارات یا بیع و شراء طلاق بدهد.^۱
- ماده ۱۱- برای صحت خلع، قبول زوجه و اهلیت زوجین برای انشاء طلاق مطابق این قانون شرط است.^۲
- ماده ۱۲- در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است.
- ماده ۱۳- رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند.
- ماده ۱۴- رجوع معلق، مضاف و موقت باطل است.
- ماده ۱۵- رجوع در صورتی که با الفاظ صریح واقع شود احتیاج به قصد ندارد. رجوع با الفاظ کنایی تنها هنگامی واقع می‌شود که همراه با نیت باشد.

۱. گفتنی است فقهای حنفی احکام خلع و مبارات را تحت یک عنوان «خلع» و با شرایط و احکام یکسان مورد بررسی قرار داده‌اند.

۲. در فقه حنفی این اختلاف مطرح است که آیا طلاق خلع تمامی حقوق زوجیت از جمله مهر را ساقط می‌کند و یا تنها عوض خلع را باید بپردازد و حق مطالبه بقیه حقوق‌اش را دارد.

منابع و مأخذ

قرآن کریم.

١. ابن حجاج، مسلم، ١٤١٢ هـ ق، صحیح مسلم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ چهارم، ج ٢.
٢. ابن عابدین، ١٤٢١ هـ ق، حاشیه ابن عابدین رد المختار علی الدر المختار، دمشق، دار الثقافه و التراث، چاپ اول، ج ٩.
٣. ابن عابدین، ١٤١٥ هـ ق، حاشیه رد المختار، بیروت، دار الفکر، ج ٣.
٤. ابن عبدالواحد، محمد، بی تا، شرح فتح القدير، بیروت، احیاء التراث العربی، ج ٤.
٥. ابن منظور، ١٤٠٥ هـ ق، لسان العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ٨.
٦. انصاری، شمس الدین (محمد بن ابوالعباس احمد بن حمزه ابن شهاب الدین رملی منوفی مصری «شافعی صغیر»)، ١٤١٤ هـ ق، نهایت المحتاج الی شرح المنهاج، بهمراه حاشیه شبراملی قاهری و حاشیه مغربی رشیدی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ج ٦.
٧. الانصاری، شیخ زکریا بن محمد، ١٤١٨ هـ ق، الغرر البهیة، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ج ٨.
٨. الجزیری، عبد الرحمن، ١٤١١ هـ ق، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دار الفکر، چاپ اول، ج ٤.
٩. الجوزیه، ابن قیم، ١٤٢١ هـ ق، جامع الفقه، دار الوفاء، چاپ اول، ج ٥.
١٠. الحسنی السمرقندی، ناصرالدین ابی القاسم، ١٤٢١ هـ ق، الفقه النافع، ریاض، مکتبه العبیکان، چاپ اول، ج ٢.
١١. حسینی، سید حسن، ١٣٧٢، ارث در فقه شافعی، سنندج، نشر علوم قرآن.
١٢. الحنفی الحصفی، محمد بن علی، ١٤٢٣ هـ ق، الدر المختار، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ج ٢.

١٣. الحنفى، ابن نجيم، ١٤٢٢ هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار احياء التراث العربى، چاپ اول، ج ٣.
١٤. الخن، مصطفى و البغا، مصطفى، ١٤١٧ هـ ق، الفقه المنهجى على مذهب الامام الشافعى، دمشق، دار العلوم الانسانيه، چاپ اول، ج ٢.
١٥. الزحيلي، وهبه، ١٤١٨ هـ ق، الفقه الاسلامى و ادلته، دمشق، دار الفكر، چاپ چهارم، ج ٩.
١٦. زيدان، عبدالكريم، ١٤١٧ هـ ق، المفصل فى احكام المراه و البيت المسلم فى الشريعه الاسلاميه، بيروت، مؤسسه الرساله، چاپ سوم، ج ٧.
١٧. سابق، شيخ سيد، ١٩٩٥ م، فقه السنه، بيروت، دار الفكر، ج ٢.
١٨. السرخسى، شمس الدين، ١٤٠٩ هـ ق، المبسوط، بيروت، دارالمعرفه، ج ٦.
١٩. الشريبنى، محمد الخطيب، ١٩٩٥ م، مغنى المحتاج الى معرفه معانى الفاظ المنهاج، بيروت، دار الفكر، ج ٣.
٢٠. شيخ نظام الدين، ١٤٢٣ هـ ق الفتاوى الهنديه، بيروت، دار احياء التراث العربى، چاپ اول، ج ١.
٢١. الشيرازى، ابى اسحاق، ١٤١٧ هـ ق، المهذب فى فقه الامام الشافعى، دمشق، دار القلم، چاپ اول، ج ٤.
٢٢. الصاغر جى، شيخ اسعد محمد سعيد، ١٤٢٠ هـ ق، الفقه الحنفى و ادلته، دمشق، دار الكلم الطيب، چاپ اول، ج ٢.
٢٣. طهماز، عبدالحميد محمود، ١٤٢٠ هـ ق، الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، دمشق، دار القلم، چاپ اول، ج ٢.
٢٤. غزالى، امام محمد، ١٤١٨ هـ ق، الوجيز فى فقه الامام الشافعى، بيروت، دارالارقم، چاپ اول، ج ٢.
٢٥. قربانى لاهيجى، زين العابدين، ١٣٨١، تفسير جامع آيات الاحكام، قم، نشر سايه، چاپ اول، ج ٩.
٢٦. الكاسانى الحنفى، الامام علاء الدين، ١٤٢٠ هـ ق، بدائع الصناعات فى ترتيب الشرائع، بيروت، دار المعرفه، چاپ اول، ج ٣.
٢٧. الكوهجى، شيخ عبدالله، بى تا، زاد المحتاج بشرح المنهاج، بيروت، المكتبه العصريه، ج ٣.

١٤٠ فصلنامه تخصصی مطالعات فقهی و فلسفی / سال پنجم، شماره ١٧، بهار ١٣٩٣

٢٨. الكيبولى، عبدالرحمن، ١٤١٩هـ ق، مجمع الانهر فى شرح ملتقى الابههر، بيروت، دار الكتب العلميه، چاپ اول، ج ٢.

٢٩. مغنيه، محمدجواد، ١٣٧٧ش، الفقه على المذاهب الخمسه، تهران، مؤسسه الصادق(ع)، چاپ سوم .

٣٠. الموصلى الحنفى، عبدالله، ١٤١٩هـ ق، الاختيار لتعليل المختار، بيروت، دار الكتب العلميه، چاپ اول، ج ٣، ٤ و ٥.

٣١. النووى، ابى ذكريا، ١٤١٧ هـ ق، المجموع شرح المهذب، بيروت، دار الفكر، چاپ اول، ج ١٨.