

جدائی خلعی بدون صیغه طلاق^۱

محمد جعفری هرندی^۲

دانشیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد شهرری، گروه فقه و حقوق، تهران، ایران.

چکیده

یکی از موجبات جدایی زن از شوهر «خلع» است. و آن زمانی محقق می‌شود که زن به دلیل ناخشنودی از مرد، مالی به وی می‌دهد تا از او جدا شود. سؤال این است که در این صورت آیا بر مرد، به لحاظ تکلیف شرعی، واجب است زوجه خود را از قید زوجیت رها سازد؟ آیا این جدایی باید با رأی دادگاه باشد؟ و بالاخره آیا به صرف توافق طرفین بر مالی که باید مبادله شود؛ جدایی خودبه‌خود محقق می‌گردد و یا آن که نیازمند صیغه طلاق است؟

فقها سؤال نخست را چندان مورد توجه قرار نداده‌اند. در خصوص سؤال دوم، نظر مشهور بر عدم لزوم مراجعه به دادگاه است. فقهای متقدم در پاسخ به سؤال سوم، نظر بر بی‌نیازی به صیغه طلاق دارند و بیش‌تر فقیهان متأخر بر نیاز. در این نوشته فرض لزوم مراجعه به دادگاه و عدم نیاز به صیغه طلاق اثبات شده است.

واژگان کلیدی: خلع، جدایی، طلاق، مال، تکلیف.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۰/۵/۱۹؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۱/۱۰/۱۴.

۲. پست الکترونیک: harandi_lawyer@yahoo.com.

مقدمه

موجبات جدایی زن و شوهر را فقها و حقوق‌دانان به امور قهری و اختیاری تقسیم می‌کنند. از جمله امور اختیاری، طلاق است که یکی از ایقاعات به شمار می‌رود و با اراده‌ی شوهر صورت می‌گیرد.

افزون بر طلاق، لعان، ایلاء،ظهار هم از موجبات جدایی زن و شوهر است که به ندرت و در شرایط ویژه رخ می‌دهد.

از موجبات جدایی قهری، مرگ یکی از زوجین است که اراده‌ی هیچ یک از دو طرف عقد نکاح در پایان دادن به این رابطه‌ی حقوقی مؤثر نیست و در همین راستا می‌توان ارتداد را هم به نحوی جزء عوامل قهری غیرمستقیم برای جدایی قلمداد کرد.

جدایی از راه خلع از موجبات گسیختن پیوند زناشویی است. این اصطلاح از «خلع، یخلع» گرفته شده است و در لغت به معنای جداکردن است و در قرآن مجید خطاب به موسی آمده است: «فاخلع نعلیک»؛ یعنی «پای ابزار بیرون کن» (طه، ۱۲) و بر درآوردن لباس از تن یا پوشاندن لباس بر دیگری و نیز بر رها کردن چهارپا و فروکشیدن صاحب منصبی از مقامش اطلاق می‌شود (طریحی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۶۸۲؛ ابن‌منظور، ۱۳۶۳ق، ج ۸ ص ۷۶).

«خلع» در اصطلاح فقه به معنای آن است که مرد زن خود را رها سازد، چنان‌که لباس را از تن خود در می‌آورد. این اصطلاح از آن‌جا آمده که خداوند می‌فرماید: «زنان برای شما لباسند و شما برای آنان لباس می‌باشید» (بقره، ۱۸۷). چون جدایی صورت می‌گیرد این لباس از تن جدا می‌شود. فقها جدایی را با ناخوشایندی زن از مرد و پرداخت مالی از سوی زن برای آن‌که مرد او را از قید زوجیت رها سازد «خلع» می‌نامند. این نوع جدایی را گاهی حقوق‌دانان در زیر مجموعه‌ی طلاق ذکر کرده و گاهی آن را قسیم طلاق و در ردیف دیگر موجبات جدایی آورده‌اند. سیدمرتضی و شیخ‌طوسی در کتاب *الطلاق* هم‌چنان که بابت به طلاق و لعان و ارتداد اختصاص می‌دهند، بابت هم تحت عنوان خلع و مبارات، نشوز و شقاق دارند (سیدمرتضی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۵۲؛ شیخ‌طوسی، بی‌تا، ص ۵۲۹). پس از شیخ، شهیدثانی در شرح‌معه کتابی برای طلاق و کتابی برای خلع و مبارات اختصاص داده است (شهیدثانی، ج ۶، ۱۴۱۰ق، صص ۸۷ و ۹۰). اما فقهای چون مفید و حلبی، خلع را ذیل بحث طلاق آورده‌اند (مفید، بی‌تا، ص ۴۴؛ حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۰۷).

قانون مدنی ایران خلع و مبارات را یکی از انواع طلاق بائن در ماده‌ی ۱۱۴۵ق.م ذکر کرده است. این‌که بعضی از فقها جدایی از طرق خلع را غیر از طلاق مصطلح تلقی کرده‌اند،

حداقل می‌رساند که طلاق مصطلح با اراده‌ی مرد و بدون پیش زمینه می‌تواند محقق شود. ولی خلع دارای پیش زمینه است و تحقق آن منوط به آماده شدن شرایط قبلی می‌باشد. این نوع جدایی می‌طلبد تا زمینه‌های ایجاد آن واکاوی و به سه سؤال پاسخ داده شود:

اول- آیا رهاکردن زن به وسیله‌ی مرد با فراهم آمدن زمینه از طریق خلع بر مرد واجب است؟

دوم- آیا برای چنین جدایی، طرح دعوا نزد قاضی و صدور حکم لازم است یا زوج می‌تواند خود رأساً زن را مانند طلاق، رها سازد؟

سوم- آیا با صرف توافق زن و مرد بر مقدار بذل مال، جدایی محقق می‌شود یا افزون بر آن نیازمند صیغه‌ی طلاق هم می‌باشد؟

سؤال دوم و سوم جنبه‌ی کاربردی دارد و هم اکنون می‌تواند مورد عمل قرار گیرد و سؤال اول بیش‌تر جنبه‌ی شخصی دارد.

پاسخ سؤال اول

روایات و نظرات فقها، جدایی از راه خلع را مشروط به آن می‌دانند که زن از شوهر خود بیزار باشد و این بیزاری را با جملاتی چون «من از جنابت با تو غسل نخواهم کرد» و «در بسترت کسی را وارد می‌کنم که خوش نداری» و نظایر این ابراز دارد (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۴۴؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۴۰۹). این عبارات اقتباس از روایاتی است که در این باب نقل شده است (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۵، صص ۴۸۷ و ۴۸۹). اگر چنین وضعی پیش آید و زن بی‌علاقگی خود را بدان صراحت ابراز نماید، اجماع تمام فقها به استناد روایات وارده و آیه‌ی ۲۲۹، سوره‌ی بقره (و حلال نیست که از آن چه به زنان داده‌اید، چیزی بازستانید. مگر آن که بدانند که حدود خدا را رعایت نمی‌کنند. اما هرگاه دانستید که آن دو حدود خدا را رعایت نمی‌کنند، اگر زن خود را از شوهر باز خرد گناهی بر آن دو نیست) بر این است که اخذ مال از زن برای شوهر در قبال رها کردن زن روا است. در حالی که بدون ابراز کراهت از سوی زوجه نسبت به مرد، دریافت مال به وسیله‌ی مرد از او روا نیست و به این موضوع که به زور از زنان مالی می‌ستانند. آیه‌ی ۱۹ از سوره‌ی نساء اشاره دارد: «... شما را حلال نیست که زنان را برخلاف میلشان به ارث ببرید و تا قسمتی از آن چه به آنان داده‌اید، بازپس-ستانید، بر آنان سخت مگیرید».

در این‌که پس از ابراز تنفر و پرداخت مال از سوی زن، بر مرد واجب باشد زن را رها سازد، بحث خاصی عنوان نشده جز این که شیخ طوسی در *النهایه* می‌گوید: «... واجب است

خلع، در صورتی که زن به شوهر خود بگوید: «اگر مرا طلاق ندهی، امر تو را اطاعت نمی‌کنم و حدی برایت نگاه نمی‌دارم و از جنابت با تو غسل نخواهم کرد و به بسترت کسی را که خوش نداری وارد خواهم ساخت. چون شوهر از زن چنین سخنی شنید یا از رفتارش سرپیچی نسبت بدان امور را دانست، اگرچه زن بدان‌ها زیان نگشوده باشد، واجب است بر مرد که او را (از همسری) خلع نماید» (شیخ طوسی، بی‌تا، ص ۵۲۹).

از این عبارت می‌توان استظهار کرد که شیخ در چنین شرایطی قائل به این بوده که رها ساختن زن بر شوهر واجب است.

هم‌چنین ابن‌زهرة می‌گوید: «خلع در صورتی است که زن به طور خاص از مرد کراهت داشته باشد و مرد در صورت درخواست جدایی به وسیله‌ی زن در جدایی از او مخیر است. اما اگر زن بگوید: «اگر مرا طلاق ندهی خدا را در اطاعت از تو نافرمانی خواهم کرد و با دیگری همبستر خواهم شد»، در این صورت خلع بر مرد واجب خواهد شد (ابن‌زهرة، ۱۳۱۷ش، صص ۳۷۴ و ۳۷۵).

از این عبارت نیز مانند عبارت شیخ، می‌توان وجوب رها ساختن را استظهار کرد؛ گرچه محتمل است وجوب یاد شده ناظر به صدور حکم حاکم هم باشد. از مفهوم آنچه فاضل آبی در کشف‌الرموز می‌گوید، می‌توان مطلب یاد شده را تأیید کرد؛ زیرا این فقیه پس از تعریف خلع و نقل نظر سیدمرتضی و شیخ طوسی و این‌که با جملات یاد شده موضوع خلع پیش می‌آید می‌گوید: «هرگاه زن بگوید بر تو کسی را وارد می‌سازم که تو را خوش نیاید (با بیگانه هم‌بستر می‌شوم)، خلع واجب نیست بلکه مستحب است» (الفاضل الآبی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۲۳۶).

یکی دیگر از فقها که در صدد مقایسه‌ی نظرات فقهای شیعه و سنی است، به‌طور صریح در صورت ابراز تنفر از سوی زوجه به وجوب خلع فتوی می‌دهد (قمی‌سبزواری، ۱۳۷۹ق، ص ۴۸۹). اما نظر درست آن است که خلع واجب نیست، بلکه مستحب است؛ آن هم استحبابی مؤکد که به خاطر حمیت و غرور و قبیح بودن شکیبایی بر ادامه‌ی زندگی با چنین گفتاری است (فاضل‌مقداد، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۳۸۵). با همه‌ی این‌ها بیش‌تر فقها از کنار این موضوع گذشته و صرفاً به روا بودن گرفتن مال در چنین جدایی فتوا داده‌اند.

روایات وارده در باب خلع با تکرار مضامینی که دارد، برابر آنچه در وسائل‌الشیعه آمده بالغ بر چهل و یک حدیث است که یازده حدیث از آن، مربوط به روا بودن اخذ مال از سوی شوهر است و در این روایات که انتظار می‌رود به وجوب یا استحباب چنین جدایی اشارت رود، مطلبی دال بر این حکم دیده نمی‌شود و عمدتاً تصریح بر حلال بودن اخذ مال در قبالی

رها کردن زوجه دارد. در هر صورت چون این امر یک تکلیف شخصی است و کاربرد اجتماعی و حکومتی ندارد، مگر زمانی که حکومت بخواهد مسلمانی را ملزم به انجام واجبات کند، به بحث بیش از این نیاز ندارد.

طرح دعوی نزد حاکم

داستان تشریح طلاق خلع از آنجا شروع شده است که جمیله دختر عبدالله بن ابی (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۰۳) یا حبیبه دختر سهل (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ش، ج ۴، ص ۳۴۲) از شوهر خود ثابت بن قیس تنفر داشته در حالی که مرد او را دوست داشته است. زن نزد رسول خدا(ص) آمد و گفت: «ای رسول خدا نه من و نه ثابت، سر من و سر او بر یک (متکا) گذاشته نخواهد شد. نه آن که عیبی در دین و خوی داشته باشد ... من (روزی) پرده-ی خیمه را بالا زده، دیدم او همراه گروهی می آید در حالی که از همه سیاه تر و کوتاه قدتر است و صورتی زشت تر دارد. شوهر این زن باغچه‌ی را کابین او کرده بود، آن گاه آیه‌ی ۲۲۹ بقره نازل شد. ثابت گفت: «به او دستور بده که باغچه را بازگرداند». پیامبر(ص) به زن گفت چه می‌گویی؟ زن گفت: «بلی و بیش تر هم!». او گفت: «نه فقط باغچه». رسول خدا(ص) فرمود: «بگیر از وی آن چه را به او داده‌ای و رهایش ساز و زن با دادن آن از رابطه‌ی زناشویی خلع شد و این اولین خلع در اسلام بود» (فاضل مقداد، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۳۸۴).

فقهها در پاسخ به این که آیا حکم قاضی در تحقق خلع لازم است یا خیر، بیش از سؤال از وجوب آن بر شوهر - در صورت درخواست زن - بحث کرده‌اند و در این خصوص هم نظر مشهور آن است که در خلع نیاز به رأی حاکم نیست و مرد می‌تواند با رعایت شروطی که در طلاق لازم است، زن خود را از طریق خلع رها سازد.

علامه حلی عدم نیاز به حاکم را به مشهور علمای شیعه نسبت می‌دهد و ابن جنید را مخالف این نظر می‌داند که این فقیه به استناد آیه‌ی قرآنی و روایت زراره وجود حاکم را لازم دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۳۹۷).

شیخ در خلاف عدم نیاز به حاکم را اجماعی می‌داند و آیه‌ی شریفه را هم دلیل می‌آورد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۲۴).

دلیل کسانی که خلع را نیازمند رأی دادگاه (حاکم) می‌دانند؛ یکی آیه‌ی ۲۲۹، بقره است. در این آیه «فان خفتم» خطاب به مردم شده و در چنین مواردی که اجرای حکم توجه به جمع دارد، ولی حکم به‌طور طبیعی باید به دست شخص یا اشخاص معین اجرا شود، عامل اجرای حکم - اگر نحوه‌ی آن به صورت ویژه از سوی شارع بیان نشده باشد -

حاکم خواهد بود. مثل اجرای حدود در مورد گناهکاران که خطاب به جمع است و چون گروه مسلمانان نمی‌توانند به صورت دسته جمعی مجری حکم باشند، به ناچار حاکم این وظیفه را عهده‌دار می‌شود.

در این جا هم، خطاب «خفتم» به جمع است، پس به ناچار باید حاکم تشخیص دهد که آیا بیم عدم اجرای حدود الهی از سوی زن و شوهر وجود دارد یا خیر؟

روایت زراره، دلیل دیگری است که در آن آمده است: «... که خلع محقق نمی‌شود، مگر نزد سلطان و چون چنین کردی، زن اختیار خویش را دارد بدون آن که طلاق نامبرده شود» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۸، ص ۹۸).

در این روایت که در ابتدای آن چگونگی تحقق زمینه‌ی خلع بیان شده است به صراحت و به صورت جمله‌ی متضمن حصر (استثنای بعد از نفی) انجام خلع، منوط به نظر سلطان (قاضی) شده است.

در مقابل این نظر، قول مشهور قرار دارد که دلایل ایشان عبارت است:

اولاً- خلع یک نوع عقد معاوضی است و مانند دیگر عقود، شرط تحقق آن وجود حاکم نیست.

ثانیاً- این جدایی نوعی طلاق است و در طلاق، جلب نظر حاکم لازم نمی‌باشد.

ثالثاً- روایت زراره حمل بر استحباب می‌شود.

رابعاً- خطاب «و ان خفتم» در آیه‌ی شریفه می‌تواند متوجه‌ی زوجین هم باشد (علامه‌حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۳۹۷).

از سیر فتاوی استفاده می‌شود که متقدمان در طلاق خلع، ترافع نزد حاکم را لازم می‌دانسته‌اند - اگرچه گروهی از فقها تعرضی نسبت به این مطلب نداشته‌اند - ولی از زمان شیخ طوسی به این طرف اکثر قریب به اتفاق فقها به عدم لزوم حاکم در چنین طلاق‌ی و با دلایلی که ذکر شد اصرار دارند.

با مراجعه به استدلال طرفین به نظر می‌رسد به دلایلی نظر متقدمان قوی‌تر باشد:

۱- تشریح جدایی به صورت خلع یک تشریح خاص و مربوط به داستان طرح دعوی جمیله دختر عبدالله بن ابی‌نزد رسول خدا(ص) است و نزول آیه‌ی شریفه در این خصوص و دخالت رسول اکرم(ص) حاکی از این است که این رویداد نوعی حکمیت بوده است؛ چون رسول الله(ص) طرفین را که در حکم خواهان و خوانده بودند مخاطب قرار داده و نظر آنان را خواسته و پس از استماع اظهاراتشان حکم فرموده که آنان از هم جدایند (نه آن‌که مرد باید زن خود را طلاق دهد).

در بعضی از منابع آمده است که رسول خدا(ص) پس از آن که سخن دو طرف را شنید به زن فرمود: «عده نگهدار» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۷۲۷) و این حاکی از حکمی است که قاضی محکمه برای طرف دعوا صادر کرده و از آن پس، برابر مفاد حکم، جدایی محقق شده است. در آیه‌ی شریفه جمله‌ی «خفتم» به صورت خطاب جمع آمده و این خطاب مانند خطاب‌های مشابه - فاقطعوا و فاجلدوا در آیات مربوط به حد سرقت، زنا و قذف - ناظر به جامعه‌ی مسلمین است و نماینده‌ی جامعه‌ی مسلمانان هم حاکم و سلطان می‌باشد و این که ابن جنید می‌گوید: «خلع محقق نمی‌شود مگر نزد سلطان که عهده‌دار کار مسلمانان است»، سخن به سزایی است و متکی به سنت عملی پیامبر(ص) است.

۲- در روایت صحیح زراره با عبارت «... و لا یکون ذلک الا عند سلطان» خلع هرگز محقق نمی‌شود، مگر نزد سلطان (حرعاملی، بی تا، ج ۱۵، ص ۴۹۳). از این گونه جدایی یاد شده و چنین حصری قطعاً دارای مفهوم است و مفهوم آن ایجاب می‌کند که خلع بدون نظر حاکم وجه شرعی نداشته باشد. این که گفته شود مقصود از آن استحباب است (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۳۹۷) ادعایی است بدون دلیل همان طور که ادعای این که خطاب «خفتم» هم متوجه‌ی زن و شوهر است سخنی بدون دلیل می‌باشد (همان).

۳- از عبارت «لو کان الامر الینا لم نجز الا للعهده»؛ یعنی «اگر کار در دست ما بود، اجازه نمی‌دادیم طلاق را مگر آن که در عده باشد» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۸، ص ۶۵) که در روایت حلبی وارد شده می‌توان استفاده کرد که خلع عملاً و به طور متعارف در جامعه‌ی اسلامی نزد حاکم صورت می‌گرفته و لذا امام صادق(ع) ضمن بیان حکم شرعی فرموده‌اند: «اگر کار در دست ما بود» و مقصود از در دست نبودن کار (امر) حکومت است که در زمان اظهار حکم شرعی در دست آن امام نبوده است و به همین جهت چنین مطلبی را حضرت ابراز می‌فرمایند و گرنه اصل خلع و چگونگی آن را پیش تر بیان فرموده‌اند.

این که گفته می‌شود خلع یک عقد معاوضی است (همان)، صرف نظر از آن که خلع عقد نیست، بلکه ایقاع است و به دلیل آن که تراضی در پرداخت مال پیش از تحقق جدایی صورت می‌گیرد، از روی مسامحه عقد بر آن اطلاق شده، نمی‌توان گفت؛ چون عقد است و نیاز به نظر حاکم و قاضی ندارد.

درست است که عقود و ایقاعات ناشی از اراده‌ی اشخاص است و اگر منع شرعی در اعمال اراده وجود نداشته باشد محقق می‌شود؛ اما هم چنان که شارع می‌تواند مانع تحقق قانونی پاره‌ای از اراده‌ها شود - مثلاً اقاله در نکاح - حق دارد تحقق بعضی از آن‌ها را هم منوط به تأیید حاکم بداند و خلع با توجه بدان چه گفته شد یکی از این‌ها است.

۴- این که گفته شده خلع نوعی طلاق است، خود اول کلام می‌باشد و چنان که پیش‌تر یادآوری شد، بعضی از فقها تحت عنوان فراق و جدایی، خلع را قسیم طلاق قرار داده و پس از آن این پرسش را مطرح کرده‌اند که آیا خلع در حکم طلاق است یا فسخ محسوب می‌شود که هر یک از این دو عنوان پیامدهای خاص خود را دارد (سیدمرتضی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۵۱). کسانی که در خلع، صیغه طلاق را لازم می‌دانند باید آن را نوعی طلاق محسوب دارند و در بحث بعدی و اثبات خواهد شد که در خلع، نیاز به اجرای صیغه طلاق نیست و با قبول مال از سوی شوهر جدایی خودبه‌خود محقق می‌شود.

عدم نیاز خلع به صیغه طلاق

مشهور فقهای شیعه، برخلاف بیش‌تر فقهای اهل سنت اصرار دارند که خلع بدون صیغه طلاق موجب جدایی زن و مرد نمی‌شود (قمی‌سبزواری، ۱۳۷۹ق، ص ۴۸۹؛ الشوکانی، ۱۹۷۳م، ج ۷، صص ۳۶-۴۱). از فقهای متقدم ابن‌جنید و سیدمرتضی بر این نظر تصریح کرده‌اند که خلع نیاز به صیغه طلاق ندارد و بنا بر برداشت علامه‌ی حلی، ظاهر کلام ابن‌ابی‌عقیل، شیخ‌مفید، صدوق، سلار و ابن‌حمزه هم همین است (علامه‌حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، صص ۳۹۲ و ۳۹۳).

ابن‌ادریس هم می‌گوید: «اصحاب ما اختلاف ندارند که مبارات واقع نمی‌شود، مگر با صیغه طلاق و اختلاف دارند در خلع ... و گروهی از محصلان برآنند که با لفظ خلع هم محقق می‌شود» (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۷۲۳). به این ترتیب می‌توان گفت عده‌ی بیش‌تر فقها و محدثان پیش از شیخ‌طوسی جدایی به وسیله‌ی خلع را بدون صیغه طلاق روا دانسته و همان‌طور که گفته شد، اختلاف دارند که آیا چنین جدایی فسخ محسوب می‌شود یا طلاق که هر یک پی‌آمدهای شرعی خود را دارا است.

ادله‌ی لزوم صیغه طلاق در خلع

علامه‌ی حلی در *مختلف‌الشیعه* که موارد اختلاف فقهی فقهای شیعه را به خصوص ذکر می‌کند؛ به دلایل آنان هم می‌پردازد و دلیل موافقان با نظریه‌ی مورد بحث را از شیخ‌طوسی به این نحو بیان کرده است:

یکی از این دلایل روایت موسی‌بن‌بکر از ابی‌الحسن الاول است که در آن آمده است: «المختلعه یتبعها الطلاق ما دامت فی عدتها»؛ یعنی «زن جدا شده به وسیله‌ی خلع، مطلقه

هم می‌تواند باشد تا زمانی که در عده است» و آن‌گاه شیخ روایات دال بر وقوع خلع بدون طلاق را تأویل می‌نماید و به دلیل موافقت با مذهب عام صدور آن روایات را ناشی از تقیه می‌داند.

دلیل بر تقیه روایتی است از عبیدبن زراره از امام صادق (ع) که فرمودند: «آن‌چه از من شنیدی که موافق سخن مردم (فقه‌های عامه) است در آن تقیه است و آن‌چه شنیدی که موافق با سخن مردم نیست، تقیه در آن وجود ندارد». هم‌چنین روایت سلیمان بن خالد که در آن آمده است: «اگر کار به ما ارجاع می‌شد آن را طلاق نمی‌دانستیم»، حاکی از آن است که حکم به عدم لزوم طلاق در روایات وارده ناشی از تقیه است.

دلیل دیگر این که از شرایط خلع آن است که مرد به زن بگوید اگر از آن چه داده‌ای برگردی، من اولویت دارم نسبت به تو (حق رجوع دارم) و چون باید شرط کند و طلاق با شرط محقق نمی‌شود؛ پس می‌بایست علاوه بر آن صیغه‌ی طلاق خالی از شرط هم اجرا گردد (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۳۹۴).

یادآوری این نکته ضروری است که بعضی از فقها دلیل لزوم صیغه‌ی طلاق را اجماع طایفه (شیعه) ذکر کرده و در عین حال توجه داشته‌اند که مخالف با این نظر هم وجود دارد و لذا گفته‌اند: «این که در میان اصحاب کسانی گفته‌اند که لفظ خلع برای جدایی کافی است، سخن خلاف اجماع آنان مؤثر در بی‌اعتبار کردن دلالت اجماع نیست» (ابن زهره، ۱۳۱۷ش، ص ۳۷۵).

از این نوع استدلال می‌توان حدس زد که ابن زهره از جمله فقیهانی است که اجماع را از راه دخول معصوم در مجمعی حجت می‌داند و لذا مخالفت افراد شناخته شده را موجب لطمه زدن به حجیت اجماع تلقی نمی‌کند.

ضرورت یادآوری موضوع بدان جهت است که از سخن بعضی از عالمانی که صیغه‌ی طلاق را لازم نمی‌دانند برداشت می‌شود که عدم لزوم صیغه اجماعی است، چنان‌که از کلام سید-مرتضی در آغاز بحث چنین استظهار می‌شود؛ ولی در دنباله‌ی کلام به صراحت می‌گوید: «دلیل درستی آن‌چه ما برگزیده‌ایم، اجماعی است که پیش‌تر ذکر شد» (سیدمرتضی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۵۱).

ادله‌ی عدم لزوم صیغه طلاق

شیخ مفید بدون ذکر دلیل جدایی از طریق خلع را با تلفظ صیغه‌ی طلاق و بدون آن روا می‌داند (مفید، بی‌تا، ص ۴۴) و در جای دیگر صریحاً اعلام می‌دارد که با هر لفظی که حاکی از جدایی باشد، خلع محقق می‌شود (همان، ۱۴۱۰ق، صص ۸۲۸-۸۵۹).

سیدمرتضی نیز بر همین باور است و به نظر می‌رسد، دلیل فتوای خود را اجماع شیعه می‌داند (سیدمرتضی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۵۱). از متأخرین علامه‌حلی با این نظر موافق است و در مختلف به صراحت می‌فرماید: «مورد اعتماد آن چیزی است که سیدمرتضی و ابن‌جنید برگزیده‌اند» (علامه‌حلی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۹۶). این گروه از فقها افزون بر این که دلایلی بر نظر خود اقامه می‌کنند به رد ادله‌ی آنان که قائل به لزوم صیغه‌ی طلاق می‌باشند، می‌پردازند.

متقدمان از این گروه، مانند سیدمرتضی و شیخ مفید ظاهراً چندان لزومی نمی‌دیده‌اند که متعرض نظریه‌ی مخالف خود از شیعیان شوند. چون مخالف معتبری در زمان آنان و پیش از آن وجود نداشته‌اند، ولی چون بعد از ایشان فقیهانی با نظر عدم لزوم صیغه‌ی طلاق مخالف بوده‌اند و در میان آنان و در رأسشان فقیه‌ی مانند شیخ طوسی دیده می‌شود؛ به ناچار می‌بایست به دلایل آنان توجه کافی بشود و اگر ضعیف می‌نماید با ادله‌ی استوار نقد گردد. لذا علامه که موافق نظر متقدمان بوده، پس از نقل دلایل متأخران از زبان شیخ چنین به نقد آن‌ها می‌پردازد:

الف- حدیث موسی بن بکر که در آن به آوردن لفظ طلاق بعد از قرار خلع اشاره شده است را ضعیف‌السند و موسی بن بکر را واقفی مذهب می‌داند و نیز علی بن فضال یکی دیگر از ناقلان حدیث را ضعیف می‌شمرد و از این‌ها گذشته می‌فرماید در روایت صراحتی بر لزوم صیغه‌ی طلاق وجود ندارد.

ب- این که روایات دال بر عدم لزوم صیغه‌ی طلاق، حمل بر تقیه شود را هم نمی‌پذیرد و می‌گوید: «چنان نیست که بتوان هر نوع موافقت با عامه را ناشی از تقیه به حساب آورد».

ج- این که گفته شده طلاق با شرط واقع نمی‌شود منافاتی با مشروط بودن خلع ندارد؛ چون از لوازم خلع آن است که اگر زن در عده، بذل خویش را باز پس گیرد، مرد هم مجاز است وی را به خانه خود بازگرداند. پس تصریح به این «لازم» در قالب شرط منافات با تحقق آن نخواهد داشت (همان، ص ۳۹۴).

بعد از علامه فقیهان دیگری هم قائل به عدم لزوم اجرای صیغه‌ی طلاق در جدایی از راه خلع شده‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۸۹؛ طباطبائی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۹۴). در میان این فقیهان صاحب‌جواهر در کتاب خود به حد لزوم و کفایت از اقوال فقها بهره می‌برد،

مفصل تر و متأخرتر از دیگران به موضوع پرداخته و اتفاقاً او از جمله فقهای است که صیغه-ی طلاق را در خلع لازم نمی‌داند. در این‌جا ادله‌ی این فقیه به صورت فشرده برای اثبات فرضیه مورد نظر بازگو می‌شود. وی در شرح سخن علامه که صحت خلع بدون طلاق را مستند به روایات می‌کند؛ این روایات را مستفیض می‌شمرد و روایات دیگری هم نقل می‌نماید. در این روایات مضامینی یافت می‌شود که می‌توان آن‌ها را در حد نص بر عدم لزوم صیغه‌ی طلاق تلقی کرد؛ مثل آن‌که امام صادق (ع) در روایت حلبی می‌فرماید: «خلع زن طلاق او است و همین (خلع) کافی است، بدون آن‌که نام طلاق برده شود» (نجفی، ۱۳۶۸ش، ج ۳۳، ص ۵) و در روایتی از امام رضا (ع) آمده که راوی در پی سؤال از چگونگی خلع خدمت امام (ع) عرض می‌کند: «روایت شده که زن از مرد جدا نمی‌شود مگر آن‌که در خلع طلاق هم بدهد» و امام (ع) می‌فرماید: «چنین نیست، وقتی خلع انجام شد». راوی می‌گوید: «زن جدا می‌شود»؟ امام (ع) می‌فرماید: «بلی» (همان).

صاحب‌جواهر روایت دیگری هم می‌آورد و در پایان می‌گوید: «افزون بر این‌ها نصوص دیگری نیز وجود دارد و به هر صورت روا نیست جز این‌که به نصوص یاد شده عمل شود» (همان، ص ۶). آن‌گاه نوبت به رد نظر مخالفان فتوای خود می‌پردازد و اظهار می‌دارد: این‌که بعضی اصل در جدایی را طلاق دانسته‌اند، چنین اصلی مقطوع است. منظور صاحب‌جواهر این است که با روایات وارده (اماره) اصل جایگاهی ندارد و بر فرض آن‌که چنین اصلی از روایات و آیات به‌دست آمده باشد، نصوص صحیح‌ه‌ی دال بر عدم لزوم صیغه بر آن اصل، حاکم خواهد بود. اجماع را ممنوع می‌داند، بدان معنا که وجود آن اثبات نشده است و چون بعضی از فقها اجرای صیغه طلاق را از باب احتیاط واجب دانسته‌اند (فاضل آبی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۲۳۶). صاحب‌جواهر برای رعایت احتیاط هم لزومی نمی‌بیند.

خبر موسی بن بکر را هم مانند علامه ضعیف‌السند و قاصرالدلاله می‌داند و اضافه می‌کند؛ شاید منظور از «تبعیت طلاق در پی نکاح» این باشد که چون زن به مال خود رجوع نماید و در عده باشد مرد می‌تواند او را طلاق دهد. از این‌جا به بعد اظهار تعجب می‌کند که چگونه این همه نصوص را حمل بر تقیه کرده‌اند؟! آن‌هم به خاطر مخالفتشان با خبر موسی بن بکر و غریب‌تر از این، استدلال ابن‌سماعه و دیگران به این امر است که «طلاق با شرط محقق نمی‌شود در حالی که از شرایط خلع این است که مرد خطاب به زن بگوید: «اگر به آن‌چه داده‌ای رجوع کنی، من اختیار بازگرداندن تو را خواهم داشت»، بنابراین جدایی با خلع تنها به وقوع نمی‌پیوندد».

این استدلال در اصل این‌که خلع مشروط به اظهار شرط از سوی مرد باشد و تفریعی که بر آن شده مردود است. زیرا این‌که مرد حق رجوع در صورت بازستاندن زن بذل خود را داراست، از احکام مترتب بر خلع می‌باشد نه شرط آن (همان، ص ۷).

نتیجه

از مجموع دلایلی که در این بحث مطرح شد چنین نتیجه گرفته می‌شود:

۱- دلیل قائلان به لزوم صیغه طلاق از روایات یک یا دو روایت می‌باشد که از لحاظ دلالت و سند مورد نقد و قابل مناقشه هستند.

۲- در خصوص اجماع باید گفت صرف‌نظر از منقول بودن و عدم اثبات آن، اجماع برخلاف آن هم ادعا شده است؛ زیرا گروه مقابل هم برای اثبات مدعای خود به اجماع استناد کرده بودند.

۳- استناد به اصل یا قاعده‌ی که «جدایی در نکاح باید به وسیله طلاق صورت گیرد»، موردی ندارد؛ زیرا ادله معتبری وجود دارد که حاکم بر چنین اصلی - بر فرض اثبات - خواهد بود.

۴- دلایل طرفداران عدم لزوم صیغه، بیش‌تر روایاتی است صحیح و فراوان که در مضمون و دلالت آن‌ها هیچ تردیدی وجود ندارد و کسانی که مخالف با این نظر هستند، اشکالی بر دلالت این روایات وارد نکرده‌اند، بلکه صدور آن‌ها را از باب تقیه دانسته‌اند.

۵- درمسأله‌ی مطروحه با قطع نظر از کتاب، روایات فراوانی مورد استناد دو طرف است که مجالی برای استدلال به اجماع وجود نخواهد داشت جز این که به عنوان مؤید آورده شود. از سویی به نظر می‌رسد مقصود از اجماع در لسان فقیهانی که در این مبحث اظهار نظر کرده‌اند، اتفاق نظر اکثریت یا تمام فقهایی است که در زمان آنان می‌زیسته‌اند و در غیر این صورت چگونه می‌توان پذیرفت که مقصود سید و شیخ از اجماع، اتفاق همه‌ی فقها باشد؛ در حالی که نظر این دو فقیه در تقابل است. چنین ادعای متناقضی از سوی این دو فقیه در باب حجیت خبر واحد هم مطرح شده است که موجب شگفتی اصولیان است و به همین جهت شیخ انصاری کوشیده با تأویلاتی رفع تناقض نماید (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱، صص ۳۱۳ و ۳۳۴).

۶- در خصوص ادعای تقیه، شرایط تقیه که عمدتاً برای حفظ جان شیعیان بوده در مسأله وجود نداشته و از سخن امام صادق(ع) در پایان روایت حلبی که فرموده است: «لوکان

الامر اینا لمنجز طلاقها الا للعهده» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۸، ص ۹۵) می‌توان به روشنی استفاده کرد که در این مورد خاص، موجبی برای تقیه وجود نداشته و لذا با صراحت امام(ع) می‌فرماید: «اگر کار در دست ما بود» که همین بیان نوعی تعرض به وضع موجود است. به این ترتیب نمی‌توان هر آن چه موافق با عامه است را حمل بر تقیه نمود.

۷- نکته‌ی حائز اهمیت در استناد به روایات این‌که متقدمانی چون سیدمرتضی، خبر واحد را حجت نمی‌دانستند؛ مگر آن‌که محفوف به قرائن قطع‌آور باشد و به دلیل آن‌که روایت موسی بن بکر و علی بن فضال جز اخبار آحاد بدون قرینه است، از دیدگاه این فقها قابل استناد نبوده و از عمل به آن‌ها دوری جسته و در مقابل به اخباری که حاکی از عدم لزوم صیغه‌ی طلاق است، رو آورده و بحثی از مرتبط بودن آن‌ها با تقیه به میان نیاورده‌اند.

۸- وقتی صیغه‌ی طلاق در خلع، شرط نباشد و طرح آن در دادگاه لازم، باید در دادگاه خانواده مطرح شود و پس از صدور رأی دیگر نیازی به اجرای صیغه‌ی طلاق نمی‌باشد و در نتیجه از زمان صدور رأی با وجود شرایطی که در اجرای صیغه‌ی طلاق لازم است، زن و مرد خودبه‌خود از هم جدا می‌شوند و نمی‌بایست در پی اجرای صیغه‌ی طلاق باشند.

اکنون بعد از صدور گواهی عدم سازش از طرف دادگاه‌های خانواده، حتی در مواردی که زن با بخشیدن مهریه‌ی خویش یا مالی، نظر شوهر را برای جدایی جلب می‌کند، چون اجرای صیغه‌ی طلاق را لازم می‌دانند، زوجه می‌بایست مسیری نه چندان آسان را برای تحقق این امر طی نماید و معمولاً مردان به دلایل مختلف از حضور در دفاتر رسمی طلاق و انجام کار سرباز می‌زنند و زن را دچار مخمصه می‌سازند. اما وقتی لزومی برای اجرای صیغه‌ی طلاق نباشد و بعد از صدور رأی، زوجین از هم جدا شوند می‌توان رأی صادره را به یکی از دفاتر طلاق ارائه کرد و واقعه‌ی جدایی را ثبت نمود.

منابع

قرآن مجید.

ابن ادریس، ابوجعفر محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، بی‌چاپ، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ق.

ابن براج، سعدالدین ابوالقاسم عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب*، بی‌چاپ، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۶ق.
ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، بی‌چاپ، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۳۱۷ش.

- ابن حمزه، ابوجعفر محمدبن علی الطوسی، *الوسيله الى نبیل الفضيله*، بی‌جا، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۸ق.
- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمدبن مکرم، *لسان العرب*، بی‌جا، قم، ادب الحوزه، ۱۳۶۳ش.
- انصاری، مرتضی، *فرائد/اصول*، بی‌جا، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حراغی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه*، بی‌جا، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- حلی، ابوالصلاح تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، بی‌جا، اصفهان، مکتبه امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ق.
- سلار، ابوعلی حمزه بن عبدالعزیز، *المراسم العلویه فی الاحکام النبویه*، بی‌جا، قم، معاونت فرهنگی مجمع جهانی اهل بیت (ع)، ۱۴۱۴ق.
- سیدمرتضی، علم‌الهدی علی بن الحسین، *الناصریات*، بی‌جا، تهران، رابطه الثقافه و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ق.
- شوکانی، محمدبن علی، *نبیل الاوطار من احادیث سید الاخیار*، بی‌جا، بیروت، دارالجمیل، ۱۹۷۳م.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی‌العاملی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، بی‌جا، قم، داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، بی‌جا، قم، معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- طباطبائی، سیدعلی، *رياض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، بی‌جا، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع)، ۱۴۰۴ق.
- طبرسی، امین‌الاسلام ابوعلی الفضل بن الحسن، *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، بی‌جا، بیروت، مؤسسه اعلمی، ۱۴۱۵ق.
- طریحی، شیخ فخرالدین، *مجمع البحرین*، بی‌جا، تهران، فرهنگ اسلامی، ۱۴۰۸ق.
- طوسی، محمدبن الحسن، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه*، بی‌جا، تهران، آخوندی، ۱۳۹۰ق.
- _____، *الخلاف*، بی‌جا، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ق.
- _____، *رجال الطوسی*، بی‌جا، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۵ق.
- _____، *المبسوط فی فقه الامامیه*، بی‌جا، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ش.
- _____، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بی‌جا، قم، قدس محمدی، بی‌تا.
- علامه حلی، ابومنصور حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه*، بی‌جا، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۲ق.
- القمی‌السبزواری، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق*، بی‌جا، قم، زمینه‌سازان ظهور امام عصر (عج)، ۱۳۷۹ق.

فاضل آبی، زین الدین ابوعلی الحسن بن ابی طالب، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، بی چا، قم، جامعہ مدرسین، ۱۴۰۸ق.

فاضل مقداد، جمال الدین المقدادین عبدالله السیوری، کنزالعرفان فی فقہ القرآن، بی چا، تهرآن، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۵ق.

قانون مدنی ایران.

مفید، محمدبن النعمان، احکام النساء، بی چا، بی جا، کنگره جهانی هزاره مفید، بی تا.

_____، المقنعه، بی چا، قم، جامعہ مدرسین، ۱۴۱۰ق.

النجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، بی چا، تهرآن، آخوندی، ۱۳۶۷ش.