

وجوب طلاق خُلَع بر مرد

برگرفته از نظریات فقهی مرجع عالیقدر
حضرت آیه الله العظمی صانعی مدظله العالی

ناشر: انتشارات میثم تمار

تدوین: مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین

نوبت چاپ: اول / بهار ۱۳۸۶

www.saanei.org

www.feqh.org

فهرست مطالب

درآمد	۱. وجوب نهي از منکر
مقدمه	اشکال های وارد بر این استدلال
تقسیمات طلاق	اشکال اول و پاسخ آن
۱. طلاق رجعی	اشکال دوم و پاسخ آن
۲. طلاق باین	اشکال سوم و پاسخ آن
اقسام طلاق باین	۲. ارتکاز و اعتبار عقلا در عقود
طلاق خُلَع	۳. حکم عقل
معنای لغوی خُلَع	اشکال ها و ایرادهای وارد شده بر اصل
معنای اصطلاحی خُلَع	قول به وجوب خُلَع اشکال اول
بیان کیفیت کراهت زن از شوهر	بررسی روایت الطلاق بید من اخذ بالساق
دلایل اثبات طلاق خُلَع	الف. بررسی سند روایت
کتاب	ب. بررسی دلالت حدیث
کیفیت استدلال	اشکال دوم
سنت	جواب اشکال
موضوع بحث (محل نزاع)	اشکال سوم
احکام چهارگانه طلاق خُلَع	دسته اول
۱. طلاق غیر جایز (حرام)	کیفیت استدلال
۲. طلاق مباح	دسته دوم
۳. طلاق مستحب	بررسی روایات
۴. طلاق واجب	پاسخی دیگر
اقوال در مسأله	اشکال به این پاسخ
دلایل قایلان به عدم وجوب طلاق خُلَع	دلایل قایلان به جواز اخذ مازاد
اشکال به استدلال اول	نتیجه گیری و تحقیق
اشکال به استدلال دوم	کتابنامه
دلایل قایلان بر وجوب طلاق خُلَع	

در آمد

آنگاه که خداوند (نفخت فيه من روحی)^۱ را منشأ پیدایش انسان اعلام کرد و بر این خلقت آفرین فرستاد (فتبارك الله احسن الخالقین)^۲ همه راههای تکامل بشر به سوی کمال مطلق را هموار نمود و ملاک در رسیدن به مرحله «حتی تحرق ابصار القلوب حُبَّ التَّوَر»^۳ را تقوا و ایمان و عمل صالح برشمرد. احقاق حق و عدم ظلم به افراد جامعه در رسیدن به حقوق معنوی و اجتماعی شان را محور اصلی رسالت پیامبران قرار داده و هیچ گاه و در هیچ جایی از قرآن ملاک حرکت الی الله و رسیدن به حق را ملیت و جنسیت ندانسته است؛ چراکه رسیدن به حق با ملاک جنسیت و ملیت که از امور تکوینی است خود ظلمی است که هر قانونگذاری بالأخص قانونگذار و شارع حکیم خود را از آن مبرا ساخته است (وما رَبَّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ).^۴

با توجه به این اصل کلی در حقوق، یکی از مباحثی که شبهه تبعیض جنسیتی در آن مطرح می باشد. حق طلاق در قوانین مدنی اسلام است به این بیان که مرد حق محروم کردن زن از زندگی زناشویی که مورد علاقه زن می باشد را در هر زمان داشته باشد بدون آنکه زن دارای چنین حقی باشد. هر چند در قانون مدنی در تاریخ ۱۳۸۱/۸/۱۹ ماده ۱۱۳۳ که پیش تر می گفت «مرد هر وقت بخواهد می تواند همسر خود را طلاق بدهد» بدین گونه اصلاح گردید:

«مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش بنماید».

تبصره: زن نیز می تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹ و ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰) این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید.^۵

لکن ایجاد حق طلاق برای زن به وسیله شرط، و یا عدم پرداخت نفقه و عسر و حرج، مضافاً به عدم حلّ شبهه تبعیض که محدودده آن اختیار داری مرد به صورت مطلق و بدون قید و شرط عسر و حرج برای طلاق می باشد، اثبات این امور با توجه به تفسیرهای مختلف از آن کاری دشوار و مشکل می باشد.

بنابراین، در این نوشتار که جلد هشتم از سلسله مباحث مصوّب دفتر حقوقی مؤسسه فقه الثقلین با عنوان «فقه و زندگی» می باشد به دنبال راهکاری جهت رفع شبهه مذکور در قوانین مدنی اسلام با توجه به عنصر زمان و مکان می باشد، هر چند بر خواننده گرامی مخفی نیست که نظریه مطرح در این کتاب و استدلالات صورت گرفته پیرامون آن از ابداعات و نوآوریهای حضرت آیه الله العظمی صانعی «دام ظلّه» می باشد که به صورت دروس خارج فقه در سال ۱۳۸۱ هجری شمسی در ماه مبارک رمضان ارائه گردیده است که در تدوین آن جهت استفاده فرهیختگان و دانش پژوهان غیر حوزوی، سعی گردیده حتی المقدور با حفظ اتقان استدلالات و با عباراتی غیر حوزوی انجام گیرد. امید آنکه مورد قبول حق جلّ و علا و رضایت خاطر حضرت ولی عصر(عج) واقع گردد.

مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین

۱. سوره ص، آیه ۷۲.

۲. سوره مؤمنون، آیه ۱۴.

۳. مفاتیح الجنان، مناجات شعبانیه، ص ۲۶۳.

۴. سوره فصّلت، آیه ۴۶.

۵. قانون مدنی با اصطلاحات و الحاقات.

ماده ۱۱۱۹ - طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهای خود را مطلقه سازد.

ماده ۱۱۲۹ - در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.

ماده ۱۱۳۰ - در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن شرع حاکم طلاق داده می شود.

مقدمه

تبعیض بین زن و مرد در حق طلاق از موضوع های سؤال برانگیز در فقه است. پرسیده می شود که چگونه يك مرد حق دارد، هر زمان که از ادامه زندگی مشترك با همسر خود ناراضی باشد، با پرداخت مهریه، از او جدا شود؛ اما اگر زنی از زندگی مشترك خود ناراضی باشد، حق ندارد از همسرش جدا شود؟ آیا اسلام - که بر پایه کرامت انسان و تساوی زن و مرد^۶ در بهره مندی از مواهب مادی و معنوی بنا گردیده است - به مرد اجازه داده است که بتواند زندگی زن را تباہ نماید و زن هیچ راهی برای خلاصی از يك زندگی سیاه نداشته باشد؟

هر چند عده ای در پاسخ به این شبهه گفته اند اگر طلاق به دست زن باشد و امکان طلاق گرفتن برای او وجود داشته باشد، با توجه به احساسی بودن او، با بروز کمترین مشکلی به طلاق گرفتن تمایل نشان می دهد و در طلاق بی پرواست:

... و محابهن النساء فی الطلاق...^۷ این خود موجب تزلزل کانون زندگی و خانواده است.

اما این جواب بر طرف کننده اشکال تبعیض و شبهه ظلم به زنان نیست؛ چرا که اولاً رغبت زنان بر طلاق، ادعایی بدون دلیل است و هیچ دلیل و مدرک معتبر روانشناسی، روان کاوی و آماری مبتنی بر علم بر آن اقامه نگردیده است و بیش از يك احتمال نیست. و حدیث مورد استناد نیز، از جهت سند و دلالت، مورد اشکال است. ثانیاً، این جواب نمی تواند رافع اشکال کسانی باشد که به طور کلی به اسلام اعتقادی ندارند؛ چه رسد که اعتقاد به اخبار و روایات داشته باشند. ثالثاً، تزلزل کانون خانواده با در اختیار داشتن حق طلاق به دست مرد نیز وجود دارد؛ چراکه زن نیز اطمینان به ادامه زندگی با مردی که هر زمانی اراده کند، می تواند از او جدا شود، ندارد. از این رو، چنین حقی برای مرد خود موجب تزلزل کانون زندگی است.

ما، در این نوشتار، برآنیم تا با تأملی دیگر در متون فقهی و مستندات حکم طلاق، راهی برای رفع این تفاوت و اختلاف بیابیم. چنانچه راهی که برطرف کننده شبهه تبعیض باشد نیابیم، به ناچار باید به توجیه این قانون، در حد درک و فهم خویش از احکام الهی بپردازیم.

ظاهراً تنها راهی که می تواند رافع اشکال تبعیض باشد، حکم به وجوب طلاق خلع با وجود شرایط آن بر مرد است. و شرط اصلی در طلاق خلع، کراهت و عدم رضایت زن از ادامه زندگی است. این کراهت و عدم رضایت قیدی ندارد، بلکه به هر دلیلی که باشد، ولو آن که زن به خاطر ازدواج با مرد دیگری بخواهد از شوهرش طلاق بگیرد، تحقق پیدا می کند.

با اثبات این قول - که مختار استاد معظم (دام ظلّه) نیز هست - اشکال تبعیض مرتفع می شود؛ چراکه همان گونه که هر وقت مرد اراده کند، می تواند با پرداخت همه مهریه زن را طلاق دهد، زن نیز می تواند با باز گرداندن مهریه یا بخشش آن به شوهر، مرد را به طلاق دادن ملزم کند. بنابراین، زن و مرد در داشتن حق طلاق برابرند و تفاوتی بین آنها وجود ندارد. ممکن است گفته شود در صورت درخواست زن برای طلاق، زن باید حق داشته باشد که مهریه خویش را نیز از مرد بگیرد.

در پاسخ باید گفت که بطلان این کلام آشکار است؛ چراکه داشتن چنین اختیاری برای زن در طلاق نه تنها عدالت و برابری در حق طلاق نیست، بلکه ظلمی فاحش بر مرد است؛ چراکه مردی که هیچ گونه کراهتی از زندگی نداشته، بلکه راضی به ادامه زندگی خویش است، با وجود چنین حکمی هم باید مهریه را بدهد و هم از همسر خود جدا شود که تقریباً شبیه جمع بین عوض و معوض برای يك طرف عقد است و بطلان جمع بین عوض و معوض در عقود و معاملات نیز حکمی عقلی، عقلایی و اجماعی است.

والحمد لله

۶. (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ...) (سوره اسراء، آیه ۷۰)؛ (...أَنْتِي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِنْكُمْ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى...) (سوره آل عمران، آیه ۱۹۵)؛ (مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً...) (سوره نحل، آیه ۹۷).

۷. وسائل الشیعة، ج ۲۷، کتاب الشهادات، باب ۲۴، ص ۳۶۵، ح ۵۰.

تقسیمات طلاق

قبل از بیان تقسیمات طلاق ذکر دو نکته ضروری به نظر می رسد:

نکته اول. همان قدر که اسلام نسبت به ازدواج تأکید نموده و آثار و پیامدهای مثبت آن را به زوجین بشارت داده است و آن را در آیات قرآن، مایه آرامش زوجین^۸ و در اخبار از آن به عنوان سنت پیامبر و محبوب ترین بنیان نزد خداوند^۹ یاد کرده است، نسبت به واقع شدن طلاق هشدار داده، و به عنوان مبعوض ترین حلال ها نزد خداوند، به ترك آن سفارش کرده است.^{۱۰} بی شك، خراب کردن بنیان محبوب ازدواج نمی تواند نزد خداوند محبوب باشد، چراکه در این صورت، اجتماع نقیضین لازم می آید.

نکته دوم. طلاق در اسلام از احکام امضایی است، نه تأسیسی؛ یعنی قبل از بعثت پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله) بوده و طبق عرف و عادت آن روزگار واقع می شده است. اسلام نیز آن را تنفیذ نموده است. این گونه نیست که اسلام آن را پایه گذاری و ایجاد کرده باشد. بنابر شواهد تاریخی، در بین بشر، خصوصاً اعراب جاهلی طلاق رایج بوده و بدون هیچ قید و شرطی و به آسانی صورت می گرفته است؛ تا جایی که يك مرد، به صورت مکرر، بدون در نظر گرفتن هیچ حقی برای همسران خود، آنها را طلاق می داده است. با آمدن اسلام، دایره آن به نفع زن هر چه بیشتر محدود گردیده است.^{۱۱} در يك تقسیم بندی کلی طلاق به دو دسته تقسیم می گردد:

۱. طلاق رجعی:

به طلاقی اطلاق می شود که مرد، پس از پرداخت مهریه و اجرای صیغه طلاق و شروع عدّه، می تواند با الفاظ و یا اعمال و رفتاری که دالّ بر رضایت به ادامه زندگی باشد، در ایام عدّه بدون عقد نکاح، دوباره علقه زوجیت را برقرار سازد. این گونه بازگشت به زندگی را رجوع می نامند و از نظر عدد محدود است.^{۱۲}

۲. طلاق باین:

به طلاقی اطلاق می گردد که با از هم گسستن علقه زوجیت، هیچ يك از زوجین نمی توانند بدون عقد مجدد با یکدیگر زندگی زناشویی داشته باشند و به عقد نکاح جدیدی نیاز دارند.

اقسام طلاق باین

طلاق باین شش قسم است:

۱. اگر مردی، پس از دو مرتبه طلاق و رجوع کردن، برای بار سوم زن خویش را طلاق دهد، از نظر شرعی طلاق سوم او باین است.

۸. (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...) (سوره روم، آیه ۲۱).

۹. قال (صلی الله علیه و آله): النکاح سنتی فمن رغب عن سنتی، فلیس منی (بخارالانوار، ج ۱۰۳، ص ۲۲۰) و در حدیث دیگر: قال امیرالمؤمنین (علیه السلام): تزوجوا فإن رسول الله (صلی الله علیه و آله) كثيراً ما كان يقول: من كان يحب أن يتبع سنتي فليتزوج فان من سنتي التزويج و اطلبوا الولد فانى اكثر بكم الأمم غداً. (بخارالانوار، ج ۱۰۳، ص ۲۱۸).

۱۰. و عنه، عن محمد بن الحسين، عن عبدالرحمن بن محمد، عن ابی خدیجه، (عن ابی هاشم)، عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال: ان الله - عزّ و جلّ - يحب البيت الذى فيه العرس و يبغض البيت الذى فيه الطلاق. و ما من شيء ابغض الى الله - عزّ و جلّ - من الطلاق. (وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، باب ۱، ص ۷، ح ۲)

۱۱. موجبات طلاق در حقوق ایران و اقلیت های غیر مسلمان، ص ۳۱. و شاهد بر این محدودیت آیات مربوط به احکام طلاق مانند آیه های ۲۲۹ و ۲۳۰ سوره بقره می باشد که شارع احکام خاصی را نسبت به زوجین وضع نموده است.

۱۲. چنانچه مردی زنی را طلاق دهد سپس رجوع نماید و با او آمیزش کند و مجدداً، با وجود شرایط طلاق، او را طلاق دهد و قبل از اتمام عده به زن رجوع کند و با او آمیزش کند و دوباره او را طلاق دهد، دیگر نمی تواند برای بار سوم به او رجوع کند، مگر آن که آن زن با مردی دیگر ازدواج کند: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...) (سوره بقره، آیه ۲۳۰)

۲. طلاق خُلع که شرط آن نارضایتی زن از زندگی زناشویی است؛ با آن که مرد از زندگی خویش راضی است.
 ۳. طلاق مُبارات که شرط آن نارضایتی زوجین است. در این صورت، مرد می تواند با اخذ تمام مهریه یا کمتر از مقدار مهریه، از زن جدا شود.
 ۴. طلاق زنی که با او آمیزش نشده باشد.
 ۵. طلاق زن یائسه.
 ۶. طلاق دختری که به سنّ حیض دیدن نرسیده و صغیر باشد.
- ما، در این نوشتار، از طلاق خُلع - که یکی از اقسام طلاق باین است - سخن خواهیم گفت.

طلاق خُلع

طلاق خُلع، یکی از طلاق های مشروع در فقه است. در این نوشتار، با تأمل و بررسی مجدد ادله آن، در صدد هستیم که ببینیم آیا می توان به وسیله این طلاق شبهه ظلم به زنان و تبعیض بین زن و مرد در حق طلاق را رفع کرد؟ قبل از بیان موضوع بحث و تقریر محل نزاع در طلاق خُلع، به بیان معنای لغوی و اصطلاحی خُلع می پردازیم و در ادامه، به کنکاش و بررسی ادله و اقوال در باره حکم آن می پردازیم.

معنای لغوی خُلع

واژه خُلع به معنای نزع و کندن است. صاحب القاموس می گوید:

الخُلع، کالمع: الترع... و بالضم: طلاق المرأة ببذل منها او من غيرها؛^{۱۳} خُلع به معنای کندن است و مراد از آن، طلاق دادن زن [به وسیله مرد] در ازای مالی است که زن از [مال] خود یا [مال] غیر خود به مرد پرداخت می کند.

الصحاح^{۱۴} نیز، خُلع را با همین عبارت معنا کرده است.

فیومی در المصباح نیز گفته است:

خلعت: النعل و غیره (خلعاً) نزعته، و (خالعت) المرأة زوجها (مخالعة) اذا افتدت منه و طلقها علی الفدیة (فخلعها) هو (خلعاً). و الاسم (الخُلع) بالضم، و هو استعارة من خُلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فاذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه؛^{۱۵} خُلع كفش و غیر كفش، یعنی کندن آن و خُلع کردن زن، خُلع مرد به هنگامی است که مرد فدیة ای از زن می گیرد و او را طلاق می دهد. و خُلع، استعارة از کندن لباس است؛ چرا که هر کدام از زوجین لباس يك دیگریند: (... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...).^{۱۶} به این طریق، هر کدام از زوجین لباس بودن برای یکدیگر را از خود جدا می کنند.

معنای اصطلاحی خُلع

خُلع در اصطلاح فقه به معنای از هم گسستن نکاح به وسیله فدیة ای است که از طرف زوجه به زوج پرداخت می شود؛ این تعریف در کلام علامه در قواعد^{۱۷} نیز آمده و فقهای^{۱۸} بعد از ایشان این معنا را در کتاب هایشان ذکر کرده و آن را صحیح دانسته اند.

در بعضی از عبارت ها^{۱۹} بر خُلع، اطلاق افتدا نیز شده است؛ چنان که صاحب التنقیح می گوید:

يقال لهذا الايقاع افتداء و خُلع: اما الاول فلقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)^{۲۰} كأنها المكان كراهتها له مأسورة فافتدت منه بشيء.

۱۳. القاموس المحيط، ص ۶۴۲.

۱۴. الصحاح، ج ۲، ص ۹۳۴.

۱۵. المصباح المنير، ج ۱، ص ۱۷۸.

۱۶. سوره بقره، آیه ۱۸۷.

۱۷. و هو ازالة قيد النكاح بفدية. (قواعد الاحكام، ج ۳، ص ۱۵۶).

۱۸. التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۳۵۹؛ كشف اللثام، ج ۸، ص ۱۸۱؛ جواهر الكلام، ج ۳۳، ص ۳۲.

۱۹. الايضاح الفوائد، ج ۳، ص ۳۷۵؛ التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۳۵۹.

۲۰. سوره بقره، آیه ۲۲۹.

کراهت زن نسبت به شوهرش به منزله آن است که زن اسیر دست مرد شده است و فدیة ای می دهد و خویش را آزاد می کند.

بیان کیفیت کراهت زن از شوهر

باید توجه داشت که در طلاق خلع کراهت و تنفر فقط از جانب زن می باشد و مرد هیچ گونه کراهتی از زن ندارد. این کراهت زن از شوهر خویش که یکی از شرایط تحقق موضوع خلع می باشد دارای مراحل مختلفی می باشد چراکه گاهی زن تنفر شدیدی نسبت به مرد دارد، به طوری که به مرد می گوید من دیگر تو را اطاعت نمی کنم و حتی پا را فراتر نهاده و به حالت تهدید می گوید: با شخص دیگری همبستر می گردم. به عبارت دیگر زن یا تهدید به معصیت عرضی و آبرویی می کند و یا تهدید به ترك واجبی در رابطه با آنچه که باید برای شوهرش انجام دهد، می نماید.

گاهی نیز کراهت و عدم رضایتمندی خویش را از اخلاق یا قیافه زوج ابراز می دارد و هیچ کلامی که بوی معصیت و گناه از آن استشمام شود، بر زبان جاری نمی کند. لذا بر طبق آنچه استاد معظم «دام ظلّه» اختیار کرده اند، خلع با مطلق کراهت قابل تحقق است و لازم نیست که حتماً زوجه الفاظی که دال بر عصیان باشد، بر زبان جاری کند.

دلایل اثبات طلاق خلع

ادله اثبات طلاق خلع، کتاب و سنت و اجماع مسلمین است.^{۲۱}

کتاب

اصل مشروعیت طلاق خلع از کتاب الله است؛ آنجا که خداوند در سوره بقره، آیه ۲۲۹ می فرماید:

(الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...)

پس اگر می ترسید که [زوجین] حدود الهی را اجرا نکنند، بنابراین، حرجی (حرمتی) بر آن دو نفر (زوجین) نسبت به آنچه که زن آن را فدیة می دهد، نیست.

کیفیت استدلال

با توجه به شأن نزول آیه و استدلال امام صادق (علیه السلام) در روایتی از ابی بصیر^{۲۲} (در مورد اخذ مقدار مجاز مال از زن) به آیه شریفه بیانگر این مطلب است که آیه فوق مشرع طلاق خلع در اسلام می باشد.

سنت

روایات متواتری از طرق شیعه^{۲۳} و سنی بر مشروعیت طلاق خلع دلالت دارند که ما در اینجا تنها به روایتی که از طریق اهل سنت نقل شده و بیان کننده شأن نزول آیه نیز می باشد، اشاره می کنیم.

روی آن جمیلة بنت عبدالله بن ابی کانت تحت ثابت بن قیس بن شماس و کانت تبغضه و هو یحبها، فاتنا رسول الله (صلی الله علیه وآله) فقالت: یا رسول الله! لا انا و لا ثابت، لا یجمع رأسی و رأسه شیء و الله ما اعیب علیه فی دین و لاخلق و لکن اکره الکفر فی الاسلام. ما اطیعه بغضاً، انی

۲۱. طلاق خلع از ضروریات فقه اسلام است.

۲۲. عن ابی بصیر عن ابی عبدالله (علیه السلام)... وحل له ما اخذ منها من مهرها وما زاد وذلك قول الله: (فلا جناح علیهما فیما افادت به)... الخ؛

وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المباراة، باب ۱، ص ۲۸۲، ح ۹.

۲۳. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المباراة، باب ۱، ص ۲۷۹، احادیث ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸ و ۹.

رفعت جانب الخياء فرأيته أقبل في عدة فاذا هو اشد هم سواداً و اقصرهم قامه و اقبههم وجهاً، فزلت و كان قد اصدقها حديقه فاختلفت منه بما و هو اول خلع كان في الاسلام؛^{۲۴}

ابن عباس می گوید: دختر عبدالله ابن ابی — که زن ثابت بن قیس بن شماس بود — نزد رسول گرامی اسلام (صلی الله علیه و آله) آمد و عرض کرد: ای پیامبر خدا، نه من و نه ثابت، هیچ چیز نمی تواند ما را کنار یکدیگر نگه دارد. به خدا قسم! هیچ عیبی در دین و اخلاق او نمی گیرم و لکن کراهت دارم از این که بعد از مسلمان شدنم دوباره کافر گردم. من از روی بغض او را اطاعت نمی کنم. من او را در میان عده ای دیدم که او سیاه ترین و کوتاه ترین آنها از حیث قد و زشت ترین آنها از حیث چهره بود. در این هنگام، آیه (... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا...) نازل گردید و مهریه و صداق او باغی بود که ثابت بن قیس گفت: ای پیامبر خدا، آیا باغ را — که مهریه اش است — بر می گرداند؟ پیامبر به دختر عبدالله ابن ابی رو کرد و فرمود: آیا باغ را به او بر می گردانی؟ او گفت: بله، بلکه زیادتیر از باغ نیز به او می دهم. ثابت گفت: باغ برای من کافی است و چیز دیگر نمی خواهم. پس زن از مرد جدا شد و طلاق گرفت.

موضوع بحث (محل نزاع)

علامه در قواعد^{۲۶} طلاق خلع را، از جهت حکم شرعی، به چهار نوع تقسیم نموده است: حرام، مباح، مستحب و واجب.

احکام چهارگانه طلاق خلع

۱. طلاق غیر جایز (حرام):

هنگامی است که مرد برای طلاق دادن، زن را به بخشش مالی مجبور کند؛ در حالی که زوجین با یکدیگر سازگارند و زن از مرد متنفر نباشد. که در این مورد تمامی فقها فرموده اند: طلاق واقع شده، جزماً و قطعاً، طلاق خلع نیست و آن مال هم در ملکیت زوجه باقی می ماند و تصرف مرد در آن حرام است؛^{۲۷} اما چنانچه مرد یا وکیل او لفظ طلاق را بر زبان بیاورد و صیغه طلاق را اجرا نماید فقها آن را طلاق رجعی دانسته اند و فرموده اند: مرد مالک مال نمی گردد؛ هر چند صاحب کشف اللثام^{۲۸} فرموده است احتمال دارد که اصلاً این طلاق باطل باشد و عامه نیز به فساد این طلاق قایل اند؛^{۲۹} چراکه قصد زوج از اجرای صیغه طلاق، طلاقیه بوده است که در مقابل آن، چیزی دریافت دارد و با توجه به حرمت مال اخذ شده (در صورت اجبار زن) و عدم مالکیت نسبت به آن مال، طلاقش مجانی واقع گردیده است. بنابراین، آنچه که بر مبنای آن صیغه طلاق را اجرا نموده است، در خارج تحقق پیدا نکرده است؛ یعنی «ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد». به عبارت دیگر، چنانچه طلاقش صحیح باشد لازمه اش صحت و حلّیت مالی است که به خاطر آن صیغه طلاق اجرا شده است، لکن بطلان چنین لازمی، با توجه به اجماع فقها بر حرمت مال اخذ شده، واضح و آشکار است. بنابراین، بطلان ملزومش هم — که صحت چنین طلاقیه باشد — واضح است؛

۲. طلاق مباح:

در جایی است که زن از شوهر خویش متنفر و متجر باشد و خوف آن را داشته باشد که نتواند حقوق شوهرش را ادا نماید. در نتیجه، موجب معصیت گردد. بنابراین، مهریه خویش و یا اموال دیگری را به مرد می بخشد تا او را طلاق دهد.

۲۴. تفسیر الکشاف، ج ۱، ص ۲۷۴.

۲۵. سوره بقره، آیه ۲۲۹.

۲۶. قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۵۶.

۲۷. شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۴۱.

۲۸. کشف اللثام، ج ۸، ص ۱۸۵.

۲۹. الحاوی الکبیر، ج ۱۰، ص ۶.

۳. طلاق مستحب:

در صورتی است که زن بگوید من کسی را بر تو داخل می کنم که تو از او کراهت و تنفر داری؛ کنایه از این که با مرد دیگری هم بستر می شوم. قایل این قول ابن ادریس^{۳۰} و محقق^{۳۱} هستند؛ هر چند صاحب کشف اللثام^{۳۲} در پایان بیان این تقسیم بندی می فرماید چنین تقسیم بندی و فرق گذاشتن بین مراتب کراهت، در کلمات هیچ يك از فقها وجود ندارد؛ مگر در کلام علامه.

۴. طلاق واجب:

موضوع این مورد همان مورد قبلی است، لکن برخی از فقها قایل به وجوب شده اند و فرموده اند با چنین کراهتی از طرف زن نسبت به شوهر خویش، بر مرد واجب است که زن را، پس از قبول مال بخشیده شده، طلاق دهد.

با توجه به این تقسیمات، آنچه که باید مورد بحث و کنکاش قرار گیرد، وجوب طلاق در صورت مطلق کراهت زن از مرد می باشد. هر چند این تنفر از شکل ظاهری یا اراده ازدواج با مرد دیگری باشد، و لازم نیست این تنفر به حدی باشد که احتمال معصیت زن در امور واجبه نسبت به شوهرش، را به دنبال داشته باشد.

در صورتی که بتوانیم با بررسی ادله طرفین به وجوب خلع در این صورت قایل شویم، دیگر شبهه تبعیض بین زن و مرد در حکم طلاق وجود ندارد و هیچ گونه حقی از زن در طلاق ضایع نگردیده است و ظلمی به او صورت نگرفته؛ زیرا همچنان که مرد می تواند به هر دلیلی زن خود را پس از پرداخت مهریه طلاق دهد، زن نیز می تواند با داشتن هر گونه کراهتی از مرد ولو آن که این کراهت ناشی از اراده ازدواج با مرد دیگری باشد، با پرداخت همه مهریه و یا به مقدار آن، اگر تلف شده باشد، از مرد درخواست طلاق نماید و مرد هم باید او را طلاق دهد تا زن بتواند با آزادی کامل به دنبال زندگی دیگری برود ولو آن که مرد از زندگی خویش با این زن راضی باشد و هیچ گونه تنفیری از او نداشته باشد.

بر طبق این نظریه، دیگر نه حقی از مرد ضایع می گردد، چراکه حداقل، مهریه ای که به زن داده بود دریافت کرده است و نه حقی از زن، چراکه زن در صورت مطلقه شدن از طرف مرد، مهریه و عوض بضع خود را دریافت نموده است.

حال، با توجه به مشخص شدن محل نزاع - که می تواند راهگشا و پاسخ به یکی از شبهات مطرح در نظام حقوقی اسلام باشد - در ادامه بحث، به اقوال در این مسأله و ادله طرفینواشکال ها و ایرادهای آن می پردازیم. در خاتمه نیز به بیان ادله خویش و بررسی ماهوی روایت «الطلاق بید من اخذ بالاساق»^{۳۳} - که یکی از مهم ترین ادله قایلان به عدم وجوب است - خواهیم پرداخت.

اقوال در مسأله

قبل از بیان اقوال فقهاء، باید توجه داشت که آنچه رافع شبهه تبعیض است، وجوب خلع با مطلق کراهت است، لکن محل نزاع بین فقهاء همان صورت سوم از صوری است که علامه در قواعد برای طلاق خلع بیان نموده است. لکن به جهت بررسی تمام جوانب بحث لازم است اقوال و استدلالات فقهاء در این صورت نیز مورد بررسی قرار گیرد.

در قسم سوم طلاق خلع، دو قول وجود دارد: يك قول، قول مشهور بین فقهاست که قایل به عدم وجوب طلاق بر مرد هستند و قول دوم - که مختار فقهای همچون شیخ در النهایه^{۳۴} و ابن زهرة در غنیة^{۳۵} و ابن حمزه در الوسيلة^{۳۶} و ابی الصلاح در الکافی^{۳۷} و ابن براج در الکامل^{۳۸} است - اعتقاد به وجوب طلاق خلع است و ناگفته نماند که اولین قایل این قول شیخ طوسی در کتاب النهایة است.^{۳۹}

۳۰. السرائر، ج ۲، ص ۷۲۴.

۳۱. شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۴۰.

۳۲. کشف اللثام، ج ۸، ص ۱۸۷.

۳۳. سنن الدار قطنی، ج ۴، ص ۱۰۳، ص ۳۷.

۳۴. النهایة، ج ۲، ص ۴۷۰.

۳۵. غنیة الزرع، ص ۳۷۵.

۳۶. الوسيلة، ص ۳۳۱.

۳۷. الکافی، ص ۳۰۷.

۳۸. ر. ک. الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۵۵۵.

دلایل قایلان به عدم وجوب طلاق خلع^{۴۰}

تمامی فقهایی که قایل به عدم وجوب شده اند، به دو وجه استناد کرده اند:

۱. اصل برائت ذمه مرد از حکم وجوب که این اصل معارضی ندارد.
۲. عدم وجود دلیلی از کتاب و سنت بر الزام مرد به طلاق دادن؛ چرا که در آیه ۲۲۹ بقره - که دلیل اصلی بر طلاق خلع است - کلمه «فلا جناح» آمده است که ظهور در جواز دارد، نه وجوب (... فَلَآ جُنَاحَ عَلَیْهِمَا فِیْمَا افْتَدَتْ...^{۴۱}). در روایات^{۴۲} نیز نسبت به مرد جمله «حلّ له ما أخذ منها» آمده است که اشعار به جواز دارد و جایز بودن اخذ با جواز طلاق دادن ملازمه دارد، نه وجوب آن. بنابراین، الزام مرد به طلاق، اجتهاد در مقابل نص است.

اشکال به استدلال اول

با توجه به ادله ای که، در ادامه، بر قول مختار اقامه خواهیم نمود، دیگر نمی توان به اصالة البرائة - که مبتنی بر عدم دلیل بر وجوب است - تمسک نمود.

اشکال به استدلال دوم

استدلال دوم نیز ناقم است؛ چرا که اولاً آیه ۲۲۹ سوره بقره و روایات وارد شده در موضوع طلاق خلع ناظر بر حلیت اخذ است، نه در مقام بیان حکم جواز خلع و عدم وجوب آن؛ چرا که اصل تشریح طلاق در قرآن آمده است و از آیه (... فَلَآ جُنَاحَ عَلَیْهِمَا فِیْمَا افْتَدَتْ...^{۴۳})، با توجه به جملات قبل - که خداوند عادل می فرماید: (... وَلَا یَحِلُّ لَکُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شِئْنًا...^{۴۴}) - در می یابیم که خداوند حکیم، پس از بیان حکم حرمت اخذ اجباری اموال زن، یک مورد از این حکم (پرداخت مهریه یا مالی از طرف زن، با اختیار و بدون اجبار، به شوهر و درخواست طلاق از طرف زن) را استثنا کرده است. بنابراین، استثنا از حکم حرمت فقط مربوط به جایی است که آیه بیان کرده است: (... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا یُقِیْمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَآ جُنَاحَ عَلَیْهِمَا فِیْمَا افْتَدَتْ...^{۴۵}). به عبارت دیگر، استثنا، استثنای منقطع است که دلالت بر خروج فردی از حکم مستثمانه دارد؛ گرچه این فرد از افراد مستثمانه نیست؛ همانند آیه شریفه (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...^{۴۶}) که «تجارة عن تراض» از افراد باطل و مستثمانه نیست، لکن از حکم مستثمانه - که عدم جواز اکل است - استثنا گردیده است. در بحث ما حکم مستثمانه، عدم جواز اخذ اموال پرداخت

۳۹. بنابر آنچه شیخ در کتاب المبسوط فرموده کتاب النهایه را بر پایه متون اخبار تألیف فرموده است: «و کنت عملت علی قدیم الوقت کتاب النهایه، و ذکرتم جمیع مارواه اصحابنا فی مصتفاقم و اصولها من المسائل و فرقوه فی کتبهم»، المبسوط، ج ۱، ص ۲. ظاهراً شیخ با تأسی به صدوقین چنین کتابی را نگاشته است. چرا که شیخ صدوق کتاب المنع و هدایه را نیز بر این منوال نگاشته است. برای توضیح بیشتر می توان به مقدمه کتاب هدایه که توسط مؤسسه تحقیقاتی الامام الهادی(علیه السلام) چاپ گردیده مراجعه کرد.

۴۰. صاحب شرایع، بعد از بیان ادله عدم وجوب، می فرماید: در مورد وجوب خلع روایتی وارد شده است(شرایع الاسلام، صفحه ۴۰...) و صاحب جواهر می فرماید: ما و فقهای دیگر چنین روایتی را پیدا نکردیم(جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۴۵) و فاضل اصفهانی نیز در کشف اللثام می فرماید: ما به چنین روایتی برخورد نکردیم(کشف اللثام، ج ۸، ص ۱۸۷)، لکن استاد معظم در این باره می فرماید: از آن جهت که قول به وجوب، اولین بار از طرف شیخ و آن هم در کتاب النهایه ایشان بیان گردیده است و النهایه نیز بر مبنای متون اخبار تألیف گردیده است، بنابراین، شاید نظر محقق بر این بوده است که قول به وجوب - که در این کتاب (با آن خصوصیتی که ذکر گردید) مطرح گردیده است - حتماً دارای روایتی بوده است.

۴۱. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبارة، باب ۱، ص ۲۷۹، ح ۱ و ۲ و ۳ و ۴ و ۷.

۴۲. سوره بقره، آیه ۲۲۹ و آیه ۲۰ سوره نساء نیز بر حکم حرمت اخذ اجباری اموال پرداخت شده به زن، دلالت دارند: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شِئْنًا...).

۴۳. سوره بقره، آیه ۲۲۹.

۴۴. سوره نساء، آیه ۲۹.

شده به زن است و حکم مستثنا جواز اخذ در صورت تنفر زن از شوهر است. ناگفته نماند که روایات نیز ناظر بر مطلبی است که در قرآن آمده است، [یعنی جواز و حلّیت اخذ اموالی که زن اختیاریاً به شوهر پرداخت می کند تا او را طلاق دهد؛ آنه مقام بیان جواز خلع یا وجوب آن بر مرد. ثانیاً، اگر هم بپذیریم که آیه و روایات در مقام بیان جواز خلع نیز هستند، لکن باید توجه داشت که جواز خلع مستفاد از آنها با وجوب خلع (چه از باب نهي از منکر یا از باب نفي ظلم یا از باب عدل و ارتکاز عقلايي) منافاتی نداشته و ندارد؛ چراکه ترتب اکثر احکام بر موضوعات، فی حد نفسه و بماهو هو است؛ یعنی حکم روی طبیعت مطلقه بار می شود، نه بر روی مطلق الطبیعة؛ با تمام عوارض و طواری آن. توضیح آن که وقتی می گوئیم حکمی بر طبیعت مطلقه موضوعی تعلق گرفته است؛ یعنی این حکم با شروط اختیاری یا عسر و حرج قابل تغییر است و حکم شأنی است، به خلاف جایی که حکم بر مطلق الطبیعة با همه عوارض و طواری موضوع بار شده باشد؛ چراکه در این صورت، دیگر حکم فعلی از جمیع جهات شده است که به هیچ وجه قابل تغییر نیست؛ مانند حکم اجرای صیغه طلاق که شارع آن را در دست مرد قرار داده است و زن هیچ گاه نمی تواند از جانب خود صیغه طلاق را جاری نماید. ناگفته نماند که جواز خلع يك حکم فعلی از جمیع جهات نیست؛ چراکه فعلی بودن حکمی از جمیع جهات، خلاف ظاهر ادله است. و چنانچه حکمی بخوهد فعلی من جمیع الجهات باشد، باید شاهد و قرینه ای در ادله آن حکم بر این مطلب وجود داشته باشد و در موضوعی که ما بدان می پردازیم در هیچ يك از ادله طلاق خلع چنین شاهد و قرینه ای وجود ندارد. به عبارت دیگر، حکم جواز خلع روی موضوع بماهو هو و طبیعت مطلقه آورده شده است، که این جواز قابل تغییر نیز هست.^{۴۵}

دلایل قایلان بر وجوب طلاق خلع

از آنجا که مدعیای ما در طلاق خلع وجوب طلاق بر مرد در همه صورت های تنفر زن از شوهر است، علاوه بر ذکر دلیل فقهایی که فقط قایل به وجوب طلاق در صورت خاص خودش - که وجه سوم از صور کراهت زن بود - هستند، در اینجا به بیان ادله ای که همه موارد کراهت را شامل شود می پردازیم:

۱. وجوب نهي از منکر^{۴۶}

هنگامی که زن کراهت خویش را از زندگی با شوهر بیان می کند، اگر مرد، زن را طلاق ندهد، ممکن است زن از حیث این که وظایف واجب خود را نسبت به شوهرش انجام نمی دهد، به گناه و منکر مبتلا گردد. بنابراین، برای جلوگیری از معصیت و فعل منکر زن، بر مرد واجب است او را طلاق دهد.

اشکال های وارد بر این استدلال

مشهور فقها به این دلیل اشکال کرده اند و آن را رد کرده اند. عمده اشکالات به سه اشکال باز می گردد.

اشکال اول و پاسخ آن

اشکال اول. این که تنها راه نهي از منکر منحصر در طلاق خلع باشد، صحیح نیست؛ چرا که نهي از منکر می تواند به وسیله طلاق عادی نیز انجام گیرد؛ یعنی مرد، زن را بدون گرفتن پول طلاق دهد؛ چراکه نگرفتن پول از زن توسط مرد موجب حفظ غیرت مرد است. این اشکال وارد نیست؛ چراکه اگر گفته شود مرد زنی را که از شوهرش کراهت دارد (و مرد از او بیزار نیست)، بدون دریافت پول، طلاق دهد، این ظلم به مرد است؛ زیرا با از هم گسستن کانون خانواده، علاوه بر فشارهای روحی و روانی وارد آمده بر مردی که به زندگی خویش علاقه مند بوده است، موجب ضرر و زیان مرد نسبت به مخارج ازدواج و هزینه هایی که برای تشکیل خانواده پرداخت کرده است می شود. به علاوه، این اشکال مطلوب و مقصود ما را - که وجوب طلاق بر مرد در صورت درخواست زن و کراهت از شوهر است - اثبات می کند. بلکه بالاتر از آن چیزی است که ما خواستار آن هستیم؛ زیرا با این گونه طلاق، زن علاوه از آن که با اختیار خود از قید زوجیت رهایی یافته است، مبلغی نیز

۴۵. مانند حکم استحباب نماز شب که با نذر واجب گردد.

۴۶. اولین بار علامه در المختلف، این وجه را بیان نموده و آن را رد کرده است، (مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۸۳) فقهای بعد از ایشان نیز این دلیل را ذکر کرده اند و به آن اشکال نموده اند. لازم به ذکر است که این دلیل در هیچ يك از کتب فقهایی که قایل به وجوب شده اند، وجود ندارد.

دریافت کرده است؛ به خلاف طلاق خلع که زن باید مالی را برای رهایی از علقه زوجیت هم پرداخت کند. بنابراین، برای جلوگیری از ظلم به مرد باید بگوییم تنها راه فی از منکر در موضوع خلع (کراهت زن) منحصر در طلاق خلع است، نه طلاق عادی.

اشکال دوم و پاسخ آن

اشکال دوم. منکر باید در خارج تحقق پیدا کند تا رفع منکر و فی از آن بتواند واجب گردد، اما در محل بحث ما - که زن فقط اظهار تنفر و کراهت از شوهر خویش می کند و هنوز فعل منکری انجام نداده است - نمی توانیم بگوییم بر مرد واجب است زن خویش را برای جلوگیری از این منکر طلاق دهد. بنابراین، استدلال به فی از منکر برای الزام مرد به طلاق، بدون وجه است. به عبارت دیگر، آنچه واجب است رفع منکر است. نه دفع منکر. در پاسخ می گوییم که دفع منکر همانند رفع منکر واجب است.

در توضیح باید گفت که اصولاً فلسفه فی از منکر جلوگیری از مفاسد و اصلاح جامعه است و در دفع منکر نیز این علت و خواسته شارع وجود دارد و رفع منکر نیز به دفع منکر باز می گردد؛ چراکه در رفع منکر منکری انجام گرفته و ناهی با فی خویش در نظر دارد تا این عمل زشت و قبیح از طرف آورنده منکر بار دیگر در آینده انجام نگیرد و این خود دفع منکر است. خلاصه آن که فلسفه رفع منکر - که انجام ندادن منکرات است - در دفع از منکر اقواست؛ زیرا شارع حکیم با وجوب دفع منکر، از ابتدا، جلوی انجام منکر را گرفته است. به قول معروف، پیشگیری قبل از درمان انجام گرفته است.

ممکن است بر مبنای مناط ذکر شده اشکال شود و گفته شود که با توجه به فلسفه فی از منکر - که عدم عصیان است - اگر شخصی منکری را انجام داد، دیگر وجهی برای وجوب فی از منکر باقی نمی ماند. در جواب می گوییم این که شارع بر مکلف واجب کرده است که اگر منکری انجام گرفت، آن را فی نماید، به خاطر آن است که فعل این منکر از طرف شخص عاصی قرینه است که این شخص بار دیگر نیز این فعل منکر را انجام خواهد داد. بنابراین، شارع امر به فی از منکر نموده تا این شخص در آینده آن را دیگر انجام ندهد. از این رو، فلسفه فی از منکر در آنجا نیز وجود دارد. پس اگر اطمینان به انجام منکر از طرف شخصی در زمان بعد باشد، فی از منکر در این مورد نیز واجب است (با آن که منکر هنوز انجام نگرفته است) و باید آن شخص را وادار به ترک آن گناه نمود.

اشکال سوم و پاسخ آن

اشکال سوم. بر فرض که قبول کنیم چنین گفتاری از زن و کراهتش منکر باشد و رفع از منکر نیز واجب باشد، اما در جای خود ثابت شده است که فی از منکری که در آن حق ناهی از بین برود واجب نیست. به عبارت دیگر، حتی اگر زن فعل حرامی نیز انجام دهد، نمی توانیم بگوییم بر مرد واجب است به خاطر آن که زن به تکرار فعل حرام روی نیاورد، زن را طلاق خلع دهد؛ زیرا طلاق موجب از بین رفتن حق مرد - که خواهان ادامه زندگی با زن خویش است - می گردد و واضح است که هیچ فقهی قایل به این مطلب نیست؛ چرا که اگر فی از منکر به طور مطلق و بدون قید و شرطی واجب باشد، یکی از لوازمات باطل آن این است که بگوییم هر گاه عبدی مولای خویش را، در امور مربوط به مولا، اطاعت نکرد (معصیت مولا را انجام داد)، مولا برای آن که عید مرتکب اصرار بر معصیت نگردد، از باب فی از منکر، واجب است او را آزاد نماید.

پاسخ این اشکال واضح است؛ چراکه ما هم قبول داریم که جلوگیری از گناه دیگران نباید باعث از بین رفتن حق ناهی یا افراد دیگر گردد و این قاعده ای عقلایی و شرعی است، لکن اشکال ما این است که با الزام مرد بر طلاق خلع حقی از او ضایع نمی گردد، زیرا در طلاق خلع، پولی را که مرد بابت مهریه زن پرداخته بوده می گیرد و زن نیز آنچه را که در مقابل این مهریه بوده - که بضع است - از مرد می گیرد (یعنی مرد، دیگر حق تصرف در آن را ندارد). بنابراین، تقریباً مانند برگشت عوضین به مالک اصلی و قبلی خودشان است و حقی از کسی ضایع نگردیده است تا گفته شود فی از منکر به خاطر از بین رفتن حق ناهی قابل اجرا نیست. به عبارت دیگر، ما هم کبرای کلیه را قبول داریم، اما تطبیق صغرا بر کبرا را قبول نداریم و آن را از مصادیق قاعده کلی عقلایی مذکور نمی دانیم.

ممکن است به این پاسخ، اشکال شود که حق مرد از این جهت که بدون زن می گردد، از بین می رود. بنابراین، اشکال تعارض وجوب فی از منکر با ضرر بر ناهی به قوت خود باقی است. این اشکال نیز وارد نیست، زیرا در طلاق عادی نیز که مرد مهریه را می پردازد و زن را طلاق می دهد، زن بی شوهر می شود. بنابراین، حق زن نیز ضایع گردیده است. اما از آنچه که بیان شد، معلوم گردید که در هیچ کدام از دو مورد حقی از زوجین ضایع نمی گردد و ظلمی در حقشان انجام نمی گردد؛ چرا که هر کدام از زوجین آنچه را که به عنوان عوض قرار داده بودند، باز پس می گیرند، بلکه می توان گفت در طلاق خلع مرد بهره بیشتری برده؛ چرا که استمتاع او از زن قبل از طلاق، تقریباً استمتاعی مجانی و بدون پرداخت عوض به حساب می آید.

۲. ارتکاز و اعتبار عقلا در عقود

ارتکاز و اعتبار عقلا در عقود بر آن است که اگر عقدی لازم است، لزوم آن از طرفین عقد است. همچنان اگر عقدی جایز باشد، جواز آن نیز از طرفین عقد است. اختلاف در لزوم و جواز در يك عقد (به این معنا که عقدی از جهت یکی از طرفین لازم باشد و از جهت طرف دیگر جایز باشد) مخالف ارتکاز و اعتبار نزد عقلاست؛ زیرا عقلا وجهی برای ترجیح اختیارداری یکی از طرفین عقد برای بر هم زدن عقد، بدون آن که طرف دیگر چنین حقی داشته باشد، نمی بینند و آن را تبعیض و ترجیح بلاوجه می دانند که در صورت تحقق، موجب تضییع حقوق افراد و مخالف با زندگی اجتماعی و تساوی در قوانین است.

به علاوه، از آن که استقرا و بررسی جمیع عقود امضایی و تأسیسی دلالت بر موافقت با این اعتبار دارند و نمی توان عقدی را یافت که از جهت یکی از طرفین لازم باشد و از جهت طرف دیگر جایز، از این رو، اگر يك طرف عقد حق داشته باشد عقد را به هم بزند، باید طرف دیگر نیز چنین حقی را داشته باشد. در مسأله مورد بحث ما نیز، عقلا نمی پذیرند که مرد بتواند هرگاه اراده کرد عقد نکاحی را که دارای دو طرف است بر هم بزند و زنی که يك طرف عقد است، به هیچ وجه نتواند آن را بر هم بزند. بنابراین، عقلا می گویند از آنجا که در طلاق، زن نمی تواند خود را مطلقه نماید، باید راهی پیدا کرد که زن بتواند مرد را الزام به بر هم زدن عقد نماید (ولو آن که مرد خواستار از هم گسستن عقد نباشد) تا به این وسیله این ارتکاز و بنای عقلایی در عقود - که دلیلی هم بر ردعش بالعموم و بالخصوص نداریم - مراعات گردیده باشد.

ناگفته نماند این ارتکاز عقلایی در عقود، مورد قبول و امضاء شارع نیز هست، مگر مواردی که خود شارع مانع آن شده باشد. به عبارت دیگر، این که می گوئیم جایز است هر زمان که مرد بخواهد، می تواند با پرداخت مهریه همسر خویش را مطلقه نماید، هنگامی در نظر عقلا مورد قبول است و عقلا حکم به عادلانه بودن آن، می نمایند که بگوئیم در صورت درخواست زن و پرداخت مهریه گرفته شده و یا بخشش آن، مرد مجبور و ملزم به طلاق دادن زن می باشد. این ملازمه با اصول و ضوابط اسلامی و عادلانه بودن احکام تشریحی - که کتاب و سنت نیز بر آن دلالت دارند - موافق است: (وَكَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَا مُبَدِّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)،^{۴۷} (... وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ).^{۴۸} و عقلا خلاف این ملازمه را خلاف عدل و آن را ظلم می دانند.

به بیان دیگر، عقل و عقلا قبیح می دانند که يك امر غیر اختیاری (زن بودن یا مرد بودن) سبب قرار دادن کل اختیارات برای يك طرف عقد گردد؛ و همین امر غیر اختیاری سبب عدم اختیار برای طرف دیگر - که حاضر به رعایت جمیع حقوق است - گردد؛ زیرا مرد بودن و زن بودن در دست انسان نیست: (... يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ).^{۴۹}

ناگفته نماند هر قانونگذاری در امور اختیاری می تواند بر حسب مصالح در قانونگذاری بین افراد به خاطر اختیار و انتخاب خودشان تفاوت قرار دهد و هیچ قبح عقلی و ظلمی نیز وجود ندارد.

۳. حکم عقل

عقل قبیح می داند که بگوئیم مرد هر زمان که خواست - ولو آن که زن راضی به طلاق نباشد - می تواند زن خویش را با پرداخت مهریه طلاق دهد، ولی زن نمی تواند - ولو با پرداخت مهریه ای که گرفته و یا بخشش آن - مرد را الزام به طلاق نماید. در این گونه موارد عقل حکم به ظلم در حق زن می نماید؛ زیرا عقل بین زن و مرد در داشتن چنین حقی تفاوتی نمی بیند و چنانچه شارع بخواهد مانع این حکم عقلی یا ارتکازات عقلایی گردد، لازم است با نصوص فراوان و صریح این ارتکازات عقلایی را رد کرده و خطا و اشتباه آن را بیان کند؛ همچنان که شارع موظف است نادرستی درك عقل به ظلم بودن و قبیح بودن فعلی را با بیانی واضح و رسا بیان کند و يك روایت و دلیل شرعی - که خلاف عقل است - خود به خود از حجیت ساقط می گردد؛ زیرا آنچه مخالف عقل است، نمی تواند دلالت بر بطلان درك عقل کند. بنابراین، شارع حکیم موظف است، با دلیل و برهان و نصوص فراوان، نادرست بودن درك عقل را به مکلف بفهماند.

روشن است که در محل بحث ما يك روایت و نص، چه رسد به نصوص و روایات فراوانی، وجود ندارد و نهایت و غایت آنچه که می توان به آن تمسک نمود، همان اطلاق «الطلاق بید من أخذ بالساق»^{۵۰} است که آن هم مخالف با اصل عدل و نفی ظلم در احکام اسلام است و بیان کردیم که ظهور دلیل

۴۷. سوره انعام، آیه ۱۱۵.

۴۸. سوره فصلت، آیه ۴۶.

۴۹. سوره شوری، آیه ۴۹.

۵۰. سنن الدار قطنی، ج ۴، ح ۱۰۳، ص ۳۷.

مخالف با اصول مسلم عقلی و نقلی (یعنی عدل و عدم ظلم در احکام اسلام و خلاف عقل نبودن احکام) حجت نیست؛ چه رسد که بخواهیم اطلاق چنین دلیلی را حجت قرار دهیم. از این رو، با حکم عقل بر ظلم بودن و قبیح بودن حکم جواز طلاق بر مرد (با کراهت زن و بخشش مال به مرد) راهی جز قول به وجوب چنین طلاق خلعی به خاطر حکم عقل به قبیح جواز و حکم عقل به حسن لزوم و وجوب آن نداشته و نداریم.

اشکال ها و ایرادهای وارد شده بر اصل قول به وجوب خلع

با توجه به استدلالاتی که برای قول مختار - که الزام مرد به طلاق در صورت پرداخت یا بخشش مهریه از طرف زن است - کردیم، در ادامه بحث به بررسی اشکالاتی که ممکن است بر این استدلال یا به اصل قول به وجوب خلع وارد گردد، می پردازیم.

اشکال اول

الزام مرد به طلاق خلع با روایت معروف «الطلاق بید من أخذ بالساق»^۱ منافات دارد؛ چراکه ظاهر روایت بر اختیار داشتن مرد در طلاق دلالت دارد که این اختیاری مرد با الزام مرد به طلاق، تعارض دارد و در مقام تعارض، این روایت بر وجوه استدلال شده بر وجوب و الزام مرد به طلاق، مقدم است؛ چراکه این روایت موافق کتاب و روایات رسیده در خصوص طلاق خلع است و در جای خود ثابت است که موافقت با کتاب نیز یکی از مرجحات باب تعارض است.

بررسی روایت الطلاق بید من اخذ بالساق

این روایت از دو حیث قابل بررسی و مناقشه است: الف. سند، ب. دلالت.

الف. بررسی سند روایت

این روایت يك روایت عامی است که تنها در کتب اهل سنت نقل گردیده و از طرق شیعه چنین روایتی نقل نگردیده^۲ است. در کتب اهل سنت نیز به دو طریق این روایت نقل گردیده است؛ که در هر دو طریق ضعف سند وجود دارد.

۱ - حدّثنا محمد بن یحیی، حدّثنا یحیی بن عبدالله بن بکیر، حدّثنا ابن لعیبه، عن موسی بن ایوب الغافقی، عن عکرمة، عن ابن عباس قال: أتى النبی (صلی الله علیه وآله) رجلاً، فقال: یا رسول الله! ان سیدی زوجنی آمنه و هو یرید أن یفرق بینی و بینها. قال: فصعد رسول الله (صلی الله علیه وآله) المنبر، فقال: یا أيها الناس! ما بال أحدکم یزوج عبده آمنه. ثم یرید أن یفرق بینهما؟ إنما الطلاق لمن اخذ بالساق؛^۳

ابن عباس می گوید: شخصی خدمت رسول خدا (صلی الله علیه وآله) شرفیاب شد و فرمود: مولایم مرا به ازدواج يك کنیزی درآورده است و اکنون می خواهد ما را از یکدیگر جدا نماید. در این هنگام، رسول خدا بر بالای منبر قرار گرفت و فرمود: این که شما بندگان خود را به تزویج کنیزان درآوردید، اشکالی ندارد، لکن در هنگام جدایی اختیار طلاق به دست کسی است که پای زن را گرفته و به خانه برده (کنایه از شوهر) است.

۲ - ... خالد بن عبد السلام الصدقی، حدّثنا الفضل بن المختار عن عبید الله بن موهب عن عصمة بن مالك.^۴

ناگفته نماند که در طریق اول درباره ابن لعیبه گفته اند که او ضعیف است^۵ و در سند نقل دوم نیز فضل بن مختار وجود دارد که او را نیز ضعیف دانسته اند.^۶ بنابراین، این حدیث در کتب عامه نیز دارای سند صحیحی نیست.

۵۱. سنن الدار قطنی، ج ۴، ح ۱۰۳، ص ۳۷.

۵۲. صاحب مسالك در بحث صحت و کيل کردن زوجه برای طلاق دادن خود، بعد از استدلال شیخ برای عدم جواز و کالت به روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق» می فرماید: «و الخبر مع تسلیم سنده لاینافی ذلك» و عبارت مع تسلیمه دلیل بر این است که ایشان نیز این روایت را حجت نمی دانسته اند. (مسالك، ج ۹، ص ۱۵)

۵۳. سنن ابن ماجه، ص ۳۴۹، ح ۲۰۸۱؛ سنن البیهقی، ج ۱۱، ص ۲۷۰.

۵۴. سنن الدار قطنی، ج ۴، ح ۱۰۳، ص ۳۷.

۵۵. عبدالله بن عقبه بن لعیبه و یکتی ابا عبد الرحمن و کان ضعیفاً الخ، (الطبقات الکبری، ج ۷، ص ۵۱۶).

ب. بررسی دلالت حدیث

این روایت از حیث دلالت بر عدم وجوب و الزام مرد بر طلاق خلع دارای اشکالاتی است که به بیان آن می پردازیم:

اولاً، احتمال دارد که حصر در این جمله، حصر اضافی باشد؛ نه حصر حقیقی. توضیح آن که با توجه به صدر این روایت - که بحث اختلاف بین زوج و مولا در حق طلاق است - منحصر کردن حق طلاق به دست زوج توسط شارع يك انحصار حقیقی نیست که خواسته باشد بگوید همه افراد غیر از زوج هر کسی که می خواهد باشد هیچ حقی در طلاق دادن زوجه مرد ندارند؛ به طوری که حتی زوجه را هم شامل گردد و اختیار مطلقه شدن را از او هم بگیرد و شاهد بر اضافی بودن حصر، مورد روایت است؛ چراکه در روایت سؤال از اختلاف زوج و مولا بوده و جواب هم ظهور در حصر اضافی نسبت به همان مورد دارد و همین احتمال - ولو آن که نگوییم ظاهر روایت است - برای تمام نبودن استدلال کافی است: اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

به علاوه، ظهور حدیث در حصر اضافی به قرینه مورد و جملات پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) در رابطه با حسن تزویج عبید روشن و آشکار است. به عبارت دیگر، احتمال دارد که روایت فقط مربوط به حصر در امثال مورد روایت - که طلاق مولا و عبد است - باشد؛ یعنی طلاق زوجه عبد به دست مولا نیست؛ بلکه در دست خود عبد است؛ نه يك حصر کلی و حقیقی - که بخواند بگوید طلاق به دست شوهر است - در همه جا و در مقابل همه افراد. بنابراین، حصر در حدیث «من اخذ بالساق» نیز مربوط به همان حصر اضافی است؛ یعنی نسبت به عبد در برابر مولا. شاهد بر این احتمال، استفاده کلمه «ما بال أحدکم» یا «ما بال أقوام» یا «ألا إنما يملك الطلاق من أخذ بالساق»^{۵۷} در نقل های متفاوت از حدیث است؛ گو این که پیامبر مردم را از این که بیایند بندگان و کنیزان را به یکدیگر تزویج نمایند سپس بخوانند آنها را از هم جدا کنند، نمی کرده است.

شاهد دیگر آن که جمله «الطلاق بيد من اخذ بالساق» در همه نقل ها یا به صورت همان قضیه منقول از ابن عباس آمده و یا این که در ادامه تخریر پیامبر از ازدواج بندگان و کنیزان و سپس جدا کردن آنها آمده است. بنابراین، با این جمله نمی توان برای حصر و حقیقی بودن آن، به گونه ای که همه افراد حتی زوجه را هم شامل گردد، استدلال نمود؛ زیرا احتمال اضافی بودن حصر مانع از استدلال و تمسک به عموم آن است؛ چه رسد به ادعای ظهورش در اضافی بودن.

ثانیاً، چنانچه قبول نماییم که این جمله بیان کننده يك قاعده کلی است و حصر در آن حصر حقیقی است، باز هم نمی توان گفت که این قاعده کلی با وجوب خلع منافات دارد؛ چراکه این قاعده مربوط به طلاق است، لکن بحث ما در خلع است که برخی گفته اند به صیغه طلاق نیاز ندارد^{۵۸} و برخی نیز فرموده اند چنانچه بدون لفظ طلاق واقع گردد، فسخ می باشد نه طلاق.^{۵۹} بنابراین، خلع و طلاق دو باب جداگانه هستند و ادله طلاق در آن راه ندارد.^{۶۰}

ثالثاً، این قاعده، بر فرض تمام بودن آن، با اجبار و الزام مرد بر طلاق منافاتی ندارد؛ چراکه مدعای ما این است که می گوییم با فرض کراهت زن و بخشش مهریه خویش و تقاضای طلاق، بر مرد واجب است که او را طلاق دهد و چنانچه راضی به طلاق دادن نگردد، حاکم او را مجبور به طلاق می کند؛ همانند موارد عسر و حرج برای زن.

بنابراین، باز هم اجرای طلاق را به دست مرد داده ایم و چنانچه طلاق را به دست مرد نمی دانستیم، باید به محض بخشش مهریه از طرف زن حکم به جدایی بین زن و مرد می کردیم، ولی در کلمات کسانی که قایل به وجوب نیز هستند می بینیم که آنها نیز قایل شده اند که بعد از خلع به صیغه طلاق از طرف مرد نیز نیاز است.^{۶۱}

از این رو، این الزام مؤید قاعده «الطلاق بيد من أخذ بالساق» است و منافاتی با آن ندارد، بلکه مؤکد آن نیز هست.

۵۶. الفضل. قال ابو حاتم: احادیثه منكرة، يحدث بالأباطیل و قال الأزدي: منكر الحدیث جداً و قال ابن عدی: احادیثه منكرة عامتها لا يتابع علیها. (میزان الاعتدال، ج ۳ الذهبی، ص ۳۵۸).

۵۷. سنن الدار قطنی، ج ۴، ح ۱۰۳، ص ۳۷.

۵۸. جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۲.

۵۹. جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۹.

۶۰. لکن ناگفته نماند که این جواب بر مبنای کسانی که خلع را نوعی از طلاق می دانند و قایل به لزوم صیغه در آن هستند، صحیح نیست و این جواب يك جواب مبنایی است.

۶۱. تهذیب الاحکام، ج ۸، ص ۹۷، ذیل حدیث ۳۲۷ - ۳۲۸؛ الجوامع الفقهیة، ص ۵۵۲، سطر ۳۳؛ السرائر، ج ۲، ص ۷۲۶؛ غنیة الزروع، ج

اشکال دوم

وجوب خلع بر مرد و الزام او به طلاق با روایاتی^{۶۲} که دلالت دارند بر این که مرد نمی تواند اختیار طلاق را به وسیله شرط به زن منتقل کند منافات دارد؛ چراکه واضح است اختیارداری مرد در طلاق با الزام او بر طلاق منافات دارد. یکی از این روایات، صحیحه محمد بن قیس است: محمد بن قیس، عن ابی جعفر (علیه السلام): «أنته قضی فی رجل تزوّج امرأة و اصدقته هی و اشترطت علیه أن یبدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنة و ولیت حقاً لیست بأهله فقضی أن علیه الصداق و یبده الجماع و الطلاق و ذلك السنة»؛^{۶۳} محمد بن قیس حکایت می کند که امام صادق (ع) در مورد مردی که زنی را تزویج نموده بود و آن زن به مرد مهریه داده بود و بر مرد شرط کرده بود که جماع و طلاق - که از حقوق مرد است - به دست او باشد، فرمودند: آن زن مخالف سنت عمل کرده است و عهده دار مسئولیتی شده است که شایستگی آن را نداشته است. محمد بن قیس می گوید: سپس امام صادق (علیه السلام) حکم فرمودند: مهریه بر عهده مرد است و طلاق و جماع نیز در دست اوست و این کار مطابق سنت است.

جواب اشکال

این اشکال به سه وجه قابل دفع است:

وجه اول. فقهای بزرگوار به این صحیحه بر بطلان شرط واگذاری اختیار طلاق به زن، استناد نموده اند. بر اساس این دلالت از روایت می توان قایل به تنافی این صحیحه با قول به وجوب و الزام مرد به طلاق خلع گردید. اما ما معتقدیم این صحیحه ظهور در این معنا و دلالت بر آن ندارد، بلکه احتمال دیگری نیز در روایت وجود دارد که با آن احتمال، این صحیحه دیگر منافاتی با قول به وجوب خلع ندارد و آن احتمال این است که بگوییم این که امام فرموده طلاق به دست مرد است، به این معناست که مرد باید زن را طلاق بدهد، نه این که زن مرد را طلاق دهد؛ یعنی زن حق ندارد بر مرد شرط کند که من هر زمان خواستم تو را طلاق می دهم و بگوییم: «انت طالق یا هو طالق». با در نظر گرفتن این احتمال، روایت مربوط به نفی طلاق دادن مرد به دست زن است، نه در مقام بیان جواز و عدم وجوب و الزام مرد بر طلاق.

این احتمال مؤید به دو شاهد می باشد: یک شاهد خارجی و یک شاهد داخلی.

اما شاهد خارجی روایت ابن مسعود در کتاب کترالعمال است - که در همین باره نقل گردیده است - و متن روایت این چنین است:

«عن ابن مسعود أنه جاء الیه رجل فقال: کان بیبی و بین امرأتی بعض ما یكون بین الناس، فقالت: لو ان الذی بیدک من امری بیدی لعلمت کیف اصنع، فقال: فقلت: ان الذی بیدی من امرک بیدک فقالت: انت طالق ثلاثاً الخ»؛^{۶۴}

شاهد ما جمله «فقلت انت طالق ثلاثاً» است؛ یعنی زن گفت: تو را سه طلاقه کردم. صراحت این روایت، احتمال مختار ما را در روایت محمد بن قیس تقویت می نماید.

شاهد داخلی و قرینه داخلی نیز بر این احتمال جمله «خالفت السنة» می باشد؛ زیرا مراد از سنت، سنت اجتماعی و شیوه و دیدن عقلا در جماع و طلاق است؛ چراکه هم پیش قدمی در جماع و هم در امر طلاق در همه جوامع و در همه زمان ها و لو قبل از اسلام با مردان بوده است و در جامعه ای اگر گفته می شد که فلان زن فلان مرد را طلاق داده، او را مسخره می کردند. همین سنت، روش و دیدن عقلا بعد از اسلام و تا زمان ما نیز رایج است. بنابراین معنا از سنت، این احتمال در روایت تقویت می گردد که بگوییم روایت در مقام بیان آن است که بگوید زن نمی تواند مرد را طلاق دهد و صیغه طلاق را جاری نماید، چراکه این کار مخالف سنت رایج و دأب و دیدن عقلاست؛ بلکه این مرد است که باید زن را طلاق دهد.

وجه دوم. بر فرض که قبول نماییم این حدیث بر اختیارداری مرد در طلاق دلالت دارد و مانند روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق» است، لکن نمی توانیم بگوییم هر حکمی که به وسیله این حدیث در طلاق ثابت می شود، در طلاق خلع نیز جریان دارد؛ چراکه آنچه در طلاق اتفاق می افتد، پرداخت مهریه از طرف مرد و جدا شدن زوجین از یکدیگر است، لکن در طلاق خلع پرداخت مهریه یا مال از طرف زن است. بنابراین، هر چند هر دو از اقسام طلاق اند، ولی دو نوع جداگانه هستند. از این رو، می توان گفت اصلاً خلع از اقسام طلاق نیست؛ چراکه اولاً برخی از فقها اجرای صیغه

۶۲. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شروطه، باب ۴۱، ح ۵ و ۶، ص ۹۳ و باب ۴۲، ح ۱، ص ۹۸، و احادیث دیگر.

۶۳. وسائل الشیعة، ج ۲۱، کتاب النکاح، ابواب المهور، باب ۲۹، ح ۱، ص ۲۸۹، و این روایت را مشایخ ثلاثه ذکر نموده اند.

۶۴. کترالعمال، ص ۲۸۸، ح ۲۷۸۹۶، ج ۹.

طلاق را در آن لازم ندانسته اند^{۶۵} و ثانیاً در کتب فقها طلاق و خلع با دو عنوان جداگانه مورد بحث قرار گرفته است: یکی (کتاب الطلاق) و دیگری (کتاب الخلع و المبارة).

وجه سوم. با صرف نظر کردن از دو جواب قبل، باز هم اشکال تنافی وارد نیست؛ چراکه می‌گوییم اجبار مرد بر خلع با اختیاریت مرد منافاتی ندارد، بلکه مؤکد اختیاریت اوست؛ زیرا همچنان که قبلاً نیز تذکر داده شد، در طلاق خلع نیز باید مرد صیغه را اجرا کند و به مرد می‌گویند تو باید زن خود را طلاق دهی و زن بدون اجرای صیغه (از طرف مرد) در قید زوجیت با آن مرد باقی است و به صرف پرداخت مهریه یا مال به شوهر، زن از زوجیت خارج نمی‌گردد. بنابراین، در قول به وجوب خلع، در حدود اختیاریت مرد تصرف شده است؛ یعنی اطلاق «الطلاق بید من أخذ بالساق» یا اطلاق مانند صحیحه محمد بن قیس^{۶۶} - که دلیل اختیاریت مرد است - تقیید گردیده است؛ نه این که اصل اختیاریت او به کلی نفی گردیده باشد تا اشکال و بحث تنافی و تعارض پیش آید. این تحدید اختیاریت مرد در طلاق خلع مطلبی است که در فقه دارای شبیه و نظیر نیز می‌باشد و آن فتوای اصحاب به لزوم و وجوب طلاق بر مرد در مورد عسر و حرج زن است که در آن مورد هم بحث، بحث از تصرف در اطلاق دلیل «الطلاق بید من أخذ بالساق» است که فقها فرموده اند اطلاق این دلیل محکوم دلیل «لا حرج» است، نه این که «لا حرج» نافی اطلاق و دلیل بودن «الطلاق بید من أخذ بالساق» باشد. بنابراین، همان گونه که فقها در مورد عسر و حرج بین «لا حرج» و اطلاق دلیل «الطلاق بید من أخذ بالساق» تنافی ندیده اند، در موضوع سخن ما نیز این گونه است. به عبارت دیگر، این اطلاق فقط در خلع تقیید نگردیده است، بلکه در مورد دیگر - که همان عسر و حرج زوجه در ادامه زندگی است - نیز مقید گردیده است.

اشکال سوم

این اشکال مبنی بر يك مقدمه است و آن این که یکی از تفاوت های بین خلع و مبارات آن است که در مبارات مرد حق ندارد مازاد بر مهر را از زن بگیرد. اما در خلع چنین محدودیتی وجود ندارد و مرد می‌تواند هر مقدار که در نظر داشته باشد، از زن بگیرد و او را طلاق دهد. با توجه به این مقدمه، اشکالی که مطرح می‌گردد، آن است که این عدم محدودیت در مطالبه مال در طلاق خلع - که مورد اجماع اصحاب است و بر آن روایات صحیحی^{۶۷} دلالت دارد - با اجبار مرد و الزام او به طلاق دادن زن تنافی و ناسازگاری دارد؛ چراکه اگر مرد نخواهد زن را طلاق دهد، از او مبلغی را درخواست می‌کند که پرداخت آن از توان زن خارج باشد و شما هم قایل هستید که نمی‌توان مرد را تا مال را اخذ نکرده باشد و یا قابلیت اخذ نداشته باشد، مجبور به طلاق نمود. به عبارت دیگر، قانونگذار قانونی وضع نموده است که در خود آن قانون، راه عدم اجرای آن و لغو کردن آن قرار داده شده است، و این عمل از قانونگذار حکیم قبیح است. بنابراین، قول به لزوم، بدون وجه و دلیل است. بلکه دلیل بر خلاف آن وجود دارد. ناگفته نماند که این تفاوت بین خلع و مبارات علاوه بر جنبه اعتباری^{۶۸} - که در بعضی از روایات نیز بدان اشاره گردیده^{۶۹} - از روایات صحیحی مستفاد است و با توجه به آن که جواب ما از این اشکال به بحث تعارض این روایات با یکدیگر برمی‌گردد، در ذیل، به این روایات اشاره می‌کنیم. سپس به بررسی آنها می‌پردازیم.

با بررسی این روایات مشخص می‌گردد که روایات دال بر تفاوت بین خلع و مبارات دو دسته هستند؛ يك دسته که با اطلاقیان دلالت می‌کنند بر این که مرد در طلاق خلع هر مقداری از اموال زن را که اراده کرد می‌تواند از او بگیرد و دسته دیگر که با صراحت و تصریح دلالت بر این مطلب دارند. که در هر دو دسته از روایات تصریح گردیده است که امکان اخذ مازاد بر مهریه در مبارات وجود ندارد.

دسته اول

۱. روایت سماعة بن مهران:

۶۵. جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۲.

۶۶. وسائل الشیعة، ج ۲۱، کتاب النکاح، ابواب المهور، باب ۲۹، ح ۱، ص ۲۸۹.

۶۷. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبارة، باب ۱ و ۳ و ۴، ص ۲۷۹. این روایات به تفصیل در بحث بعد بیان خواهد گردید.

۶۸. وجه اعتباری آن است که چون در مبارات کراهت از هر دو طرف است، بنابراین، زاید بر مهر را مرد نمی‌تواند بگیرد؛ اما در خلع چون کراهت از طرف زن است و او خواستار از هم گسستن زندگی است، باید هر مقدار که مرد درخواست نمود، بپردازد. به علاوه، زمانی که زن جملاتی که گفتنش جایز نبوده بر زبان رانده، مرد می‌تواند هر مقدار که خواست از او بگیرد.

۶۹. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبارة، باب ۴، ح ۱، ص ۲۸۷.

عن سماعة بن مهران قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام)... فقال: إذا قلت: لا أطيع الله فيك حلّ له أن يأخذ منها ما وجد؛^{۷۰} امام صادق (عليه السلام) به سماعه فرمود: هنگامی که زن به مرد گفت: آنچه که خداوند در رابطه با تو به من دستور داده، انجام نمی دهم، بر مرد جایز است هر آنچه که از زن یافت نمود، از او بگیرد [و او را طلاق دهد].

۲. روایت محمد بن مسلم:

محمد بن مسلم، عن ابی جعفر (عليه السلام) قال: إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أطيع لك امرأ... حلّ له ما أخذ منها... الخ؛^{۷۱} همچنین روایات زیادی که در باب ۱ و باب ۳ کتاب الخلع و المباراة وسائل الشیعة، جلد ۲۲ با همین جملات وارد گردیده است.

کیفیت استدلال

این دسته از روایات با اطلاقشان «حلّ له ما أخذ منها و له أن يأخذ من مالها ما قدر» دلالت دارند که حتی مازاد بر مهریه را نیز مرد می تواند از زن بگیرد. این اطلاق از آن جهت که در مقام بیان است، تمام و قابل تمسک است.

دسته دوم

۱. صحیح زرارۀ:

عن زرارة، عن ابی جعفر (عليه السلام) قال: المبرأة يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعة يؤخذ منها، (ما شئت)^{۷۲} أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر... و المختلعة يؤخذ منها ما شاء...؛^{۷۳}

زرارة می گوید: امام جعفر صادق (عليه السلام) فرمود: مرد در مبارات کمتر از مهریه را از زن می تواند بگیرد، لکن در خلع مرد هم می تواند هر مقداری که خواست از زن بگیرد و هم می تواند آنچه که بر آن تراضی نمودند، از زن بگیرد؛ چه این تراضی به اندازه مهریه باشد و چه بیشتر از آن. سپس امام (عليه السلام) بار دیگر فرمودند: مرد می تواند در خلع هر مقدار که خواست از زن بگیرد.

۲. روایت سماعة:

... فإذا اختلعت فیهی بائن، و له أن يأخذ من مالها ما قدر علیه، و لیس له أن يأخذ من المبرأة کلّ الذي أعطاه؛^{۷۴}

هر چند روایت اول نص و صریح در مطلوب است، اما روایت سماعة نیز به جهت جمله «لیس له أن يأخذ من المبرأة کلّ الذي أعطاه» در جواز اخذ مازاد بر مهریه از طرف مرد در طلاق خلع ظهور دارد.

بررسی روایات

با توجه به این که اشکال سوم بر قول مختار - که وجوب طلاق خلع بر مرد است - مبتنی بر استفاده از این روایات است، به بررسی اشکالات وارد بر دلالت این روایات می پردازیم. این روایات دارای دو اشکال هستند.

۱. تعارض در این روایات

صریح و نص صحیح زرارۀ و ظهور موثقه سماعة دلالت می کنند که در مبارات مرد حق ندارد تمام مهریه را بگیرد، بلکه باید کمتر از مهر را اخذ نماید. لکن این قسمت از مدلول دو روایت با روایت صحیحی^{۷۵} که بالخصوص در مورد مبارات به وسیله ابی بصیر نقل گردیده، معارضه دارد؛ چراکه در صحیح ابی بصیر امام (عليه السلام) به صراحت می فرمایند برای مرد (در طلاق مبارات) حلال نیست، مگر گرفتن مهریه یا کمتر از آن.

۷۰. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبرأة، باب ۴، ح ۶، ص ۲۸۹.

۷۱. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبرأة، باب ۱، ح ۱، ص ۲۷۹.

۷۲. این روایت در الکافی و تهذیب با کلمه «ما شاء» آمده و ذیل این حدیث نیز بر صحت نسخه الکافی و تهذیب دلالت می کند. (تهذیب الاحکام،

ج ۸، ح ۳۴۰، ص ۱۰۱؛ الکافی، ج ۶، ح ۲، ص ۱۴۲)

۷۳. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبرأة، باب ۴، ح ۱، ص ۲۸۷.

۷۴. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبرأة، باب ۴، ح ۴، ص ۲۸۸.

۷۵. وسائل الشیعة، ج ۲۲، کتاب الخلع و المبرأة، باب ۴، ح ۲، ص ۲۸۷؛ عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله (عليه السلام) فی حدیث المبرأة، قال: و لا

یحلّ لزوجها أن يأخذ منها، إلاّ المهر فما دونه.

بنابراین، آن دو روایت بر عدم جواز اخذ تمام مهریه در مبارات دلالت می کردند و این صحیحه بر جواز اخذ تمام مهریه دلالت می کند. بنابراین، بین روایات دال بر اخذ مقدار مجاز از مهریه در مبارات تعارض وجود دارد. در نتیجه دو روایت زرارة و سماعة نسبت به حکم مبارات، به دلیل تعارض و تساقط، حجت نیستند. از این رو، با توجه به عدم حجیت قسمتی از صحیحه زرارة و موثقه سماعة، نتیجه می گیریم فقرات دیگر این دو روایت نیز - که در باره اخذ مال بدون قید و شرط مرد از زن در طلاق خلع بود - حجت نیست، زیرا این دو حکم به وسیله «او» بر یکدیگر عطف شده اند و واضح است که چنانچه معطوف علیه (اخذ مال در مبارات) حجت نباشد، معطوف (اخذ هر مقدار از اموال زن در خلع) نیز حجت نیست. در اینجا که معطوف علیه (حکم مبارات) با صحیحه ابی بصیر تعارض دارد، معطوف نیز در حکم تعارض است و از حجیت ساقط است. به عبارت دیگر، معطوف دارای معارضه عرضی است.

نتیجه آن که با توجه به این تعارض یا قایل به تساقط می شویم، که باید به اصول و قواعد اولیه مراجعه کنیم و یا قایل به تخییر در باب تعارض می شویم و در باب تعارض متکافین مبنای مختار استاد معظم (دام ظلّه) تخییر است. بنابراین، ما در حکم مبارات به روایت ابی بصیر عمل می نماییم که دلالت بر جواز اخذ مهر و کمتر از آن در مبارات می نماید و دو روایت زرارة و سماعة قابل عمل نیستند، در نتیجه، دیگر دلیلی بر جواز اخذ اموال زن بدون قید و شرط و حد و مرز، از طرف مرد باقی نمی ماند و مرد، بر طبق قواعد، حق ندارد بیشتر از مهریه ای که در نکاح بر آن توافق نموده اند، از زن طلب نماید. ممکن است برای رفع تعارض نسبت به خلع گفته شود موارد مختلفی در روایات وجود دارد که صدر روایتی حجت نیست، لکن ذیل آن حجت است و فقها به يك قسمت روایت فتوا داده اند و آن را حجت قرار داده اند که بنای عقلا نیز موافق با این گونه تبعیض در حجیت است. از این رو، در بحث ما نیز، اگرچه صحیحه زرارة و موثقه سماعة نسبت به مبارات حجت نیستند، اما عدم حجیتشان نسبت به حکم خلع بدون وجه و دلیل است؛ زیرا رفع ید از حجت به دلیل نیاز دارد و ما در اینجا بر رفع ید از این حجت دلیلی نداریم.

لکن با کمی تأمل در می یابیم که این قاعده در بحث ما تمام نیست؛ زیرا آن مواردی که فقها قسمتی از روایتی را حجت دانسته اند و قسمت دیگر روایت را حجت ندانسته اند مربوط به جایی است که هر کدام از صدر و ذیل روایت دارای دو حکم جداگانه و همچون دو کلام جداگانه هستند و در دو موضوع مختلف بیان گردیده اند و صدر و ذیل از جهت حکم قابل تفکیک از یکدیگرند، نه در اینجا که دو حکم با او عطف به یکدیگر ارتباط پیدا کرده اند و حکم هم در هر دو مورد طلاق بین زوجین است.

۲. اولاً حکم مستفاد از صحیحه زرارة و موثقه سماعة و روایات مطلقه که دلالت می کردند بر این که مرد می تواند در طلاق هر مقداری که اراده نمود از زن برای طلاق دادن از او بگیرد، مخالف عدلی است که جزء اصول مسلم اسلام است؛ چراکه زیر بنای تمامی احکام عدالت و جلوگیری از ظلم و تضییع حقوق است و عدل و عدالت میزان احکام اسلام اند، نه این که احکام شرعی میزان عدالت و معیار آن، و چه نیکوست که در اینجا کلام علامه شهید مرتضی مطهری را برای روشن شدن این مبنای فقهی بیان کنیم:

اصل عدالت از مقیاس های اسلام است که باید دید چه چیز بر آن منطبق می شود. عدالت در سلسله علل احکام است، نه در سلسله معلولات. نه این است که آنچه دین گفت، عدل است، بلکه آنچه عدل است، دین می گوید. این معنا مقیاس بودن عدالت است برای دین. پس باید بحث کرد که آیا دین مقیاس عدالت است یا عدالت مقیاس دین. مقدسی اقتضا می کند که بگوییم دین مقیاس عدالت است، اما حقیقت این طور نیست. این نظیر آن چیزی است که در باب حسن و قبح عقلی میان متکلمان رایج شد و شیعه و معتزله عدلی شدند؛ یعنی عدل را مقیاس دین شمردند، نه دین را مقیاس عدل. به همین دلیل، عقل یکی از ادله شرعی قرار گرفت تا آنجا که گفتند: «العدل و التوحید علویان و الجبر و التشبیه امویان».

در جاهلیت دین را مقیاس عدالت و حسن و قبح می دانستند. لذا در سوره اعراف از آنها نقل می کند که هر کار زشتی را به حساب دین می گذاشتند. قرآن می گوید: «بگو [خدا] امر به فحشا نمی کند».^{۷۷۷۶}

نکته مهم و قابل توجه در این باره آن است که تشخیص عدالت و عدم ظلم در غیر تعبدیات بر عهده عقلاست؛ چراکه اگر شارع و قانونگذار حکیم بخواهد حکمی را بیان نماید و از مردم بخواهد به آن عمل نمایند، ناگزیر باید قانونی وضع نماید که موجب گسترش عدالت در جامعه و رفع تبعیض گردد و این امر مستلزم آن است که افراد جامعه و عقلا این قانون را عادلانه بدانند.

با این توضیح، حتی می توانیم بگوییم اولاً این حکم نه تنها مخالف عدل است، بلکه حکمی ظالمانه است و مخالف آیه شریفه (... وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ)^{۷۸} است؛ چراکه اگر مرد بخواهد زن را طلاق بدهد، فقط ملزم به پرداخت مهریه است، لکن اگر زن بخواهد طلاق بگیرد، مرد هر چه خواست

۷۶. سوره اعراف، آیه ۲۷ و ۲۸.

۷۷. بررسی اجمالی مبانی اقتصادی، ص ۱۴.

۷۸. سوره فصلت، آیه ۴۶.

می تواند از او بگیرد؛ بلکه می تواند با درخواستی سنگین او را از هستی و زندگی و حق حیاتی که خداوند به او ارزانی داشته، ساقط نماید. این تفاوت حکم بین دو نفر به جهت يك امر غیر اختیاری (زن بودن و مرد بودن) در يك قرارداد عقلائی، چیزی جز ظلم نیست.

ثانیاً. این حکم مخالف آیه (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ...) ^{۷۹} است؛ چرا که با چنین حکم ظالمانه ای چگونه می خواهیم مردم عدل و قسط را اجرا کنند و به دنبال آن باشند؛ چگونه احکامی که باید منابع تعلیم قسط و عدم ظلم برای مردم باشند، خودشان احکامی تبعیض آمیز در اموری غیر اختیاری هستند که خود بالاترین ظلم است؟

ثالثاً. این حکم مخالف آیات تسریح به احسان و امساک به معروف در طلاق نیز می باشد. ^{۸۰}

ممکن است کسی اشکال کند که این مطالبی که بیان شد، اجتهاد در مقابل نص است؛ چراکه حکمی که شما آن را ظالمانه می خوانید، مستفاد از روایات صحیحی است که برخی از آنها نص در این حکم هستند. بنابراین، با توجه به وجود این روایات ما باید تعبداً این حکم را بپذیریم.

لکن این اشکال وارد نیست، چراکه اولاً بر طبق روایات معصومان و فرمایشات ائمه (علیهم السلام) ملاک صحت و حجیت روایات، عدم مخالفت آنها با قرآن است و ما در این مباحث ثابت کردیم که این حکم مخالف اصول مسلم قرآنی است و ثانیاً روایاتی که خلاف عقل و نقل باشند، نمی تواند برای ما حجت باشند، بلکه، همانطور که فقها فرموده اند: «یرد علمها الی اهلها». ^{۸۱} این مطلب در موارد متعددی در روایات ما مصداق دارد؛ مانند روایات کثیری که برخی از آنها با اسناد معتبر دلالت بر تحریف قرآن دارند ^{۸۲} و یا روایاتی که در ارتباط با سهو النبی است و در کتب اربعه نیز ذکر گردیده و تعداد آن هیجده روایت است که به وسیله سیزده نفر از محدثین بزرگ نقل گردیده است، لکن به غیر از شیخ صدوق ^{۸۳} و استادش سایر علما این روایات را به خاطر مخالفتشان با اصل عصمت در انبیا - که يك اصل عقلی و عقلائی است - رد کرده اند.

بنابراین، به صرف وجود روایات صحیح نمی توان به حکمی فتوا داد؛ چراکه اولاً این روایات باید بر قرآن عرضه گردند تا مخالف با آیات صریح و محکم قرآن نباشند و ثانیاً، باید مخالف عقل نیز نباشند.

فقیه محقق و زاهد مرحوم مقدس اردبیلی (قدس سره) در کتاب مجمع الفائدة و البرهان بارها به این نکته اشاره فرموده است؛ مثلاً در ذیل حکم تنصیف دیه زن نسبت به مرد می فرماید این حکم مخالف قواعد منقول و معقول است، با آن که خود ایشان اخبار صحیحی را که - دال بر تنصیف اند - نیز ذکر می نماید. ^{۸۴} از کلام ایشان و استدلالات ایشان استفاده می گردد که مراد از عقل، عقل و درک معصومان - علیهم السلام - که علم و یقین است نیست؛ چراکه ما راهی به آن نداریم؛ همچنان که مراد از عقل، عقل برهانی قطعی فلسفی نیز نیست؛ چراکه آن برهان ها مانند اجتماع نقیضین و غیر آن مربوط به حقایق و تکوین است، نه باب قوانین و احکام که باب قرارداد و اعتبار است. به علاوه، غالباً در احکام شرعی یکی از مقدمات آنها ظنی است و از آنجا که نتیجه هر برهانی تابع احسّ مقدمتین است، بنابراین نتیجه برهان ظنی خواهد بود و واضح است که مقدمه ظنی نمی تواند وسیله ای برای نتیجه ای قطعی باشد و باید توجه داشت که مراد از عقل درک ها و فکرها و بینش های مستقل، که در ارتباط با کتاب و سنت نباشد، نیز مورد نظر نیست؛ زیرا اولاً دلیلی بر اعتبار و حجیت چنین درک ها و بینش هایی - که ظنی است - نداریم؛ چراکه اصل در ظنون عدم حجیت است: (... إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً). ^{۸۵}

و ثانیاً ادله قطعی بر حرمت و بطلان قیاس و اعتبارات عقلی ای که بدون ارتباط با کتاب و سنت باشند، دلالت دارد.

بلکه مراد از عقل - که در فقه و اصول به آن استدلال می گردد و در موارد زیادی در فقه مطرح گردیده و معتمد فقهاست - درک، اندیشه و برداشتی است که با توجه به کتاب و سنت، (قرآن و عترت) برای فقیه پیدا می شود.

۷۹. سوره حدید، آیه ۲۵.

۸۰. (الطَّلَاقُ مَرَاتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ اَنْ تَاْخُذُوْا مِمَّا اَنْتُمْ مَوْهَنَ شَيْئاً)؛ سوره بقره، آیه ۲۲۹.

۸۱. «فتح جواز تخصیص الاصول و القواعد المسلمة في الفقه لامانع من العمل بالرواية مع صحتها، و مع الالباء یرد علیها الی اهلها»؛ جامع المدارك، ج ۶، ص ۲۰۲.

۸۲. مرآة العقول، ج ۱۲، ص ۵۲۵.

۸۳. من لا یحضره الفقیه، ج ۱، باب ۴۹ (باب احکام السهو فی الصلاة)، ذیل ح ۴۸، ص ۲۳۴.

۸۴. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۴، ص ۶۸ و ج ۸، ص ۲۴ که ایشان موافقت با عقل را حتی جابر ضعف روایت می دانند: و لایضر ضعفها لأنها موافقة للعقل و النقل.

۸۵. سوره النجم، آیه ۲۸.

بنابراین، چنانچه فقهی حکمی را خلاف حکم عقل یافت ولو آن که روایات صحیحی هم بر آن دلالت داشته باشد، نمی تواند بر طبق آن حکم نماید و واضح است که این مخالفت، در احکام عبادات راه ندارد؛ چراکه عقل در تعبدیات - که به دست شارع است - نمی تواند حسن و قبح و مصلح و مفساد آن را درک نماید. بنابراین، نمی تواند حکم به درستی یا نادرستی، عملی بنماید. به عبارت دیگر، عقل درک کاملی از مصلح و مفساد احکام عبادی ندارد و مقدمات مورد نیازش کامل نیست. بنابراین، به نتیجه ای نیز نمی رسد؛ اما در امور غیر عبادی - که اکثراً احکامی امضایی و اموری عقلایی هستند - عقل، درک کاملی از مصلح، مفساد و حسن و قبح و بقیه جهات آن داشته و دارد. بنابراین، می تواند حکم قابل اطمینانی ارائه نماید.

پاسخی دیگر

با توجه به این که از يك طرف، نصوص صحیح و صریحی بر جواز اخذ مازاد بر مهر در طلاق خلع وارد گردیده است و از طرفی نیز این اخبار با حکم عقل و عقلا در باب معاوضات منافات دارد و شبهه ظالمانه بودن این حکم به نظر می رسد، لذا جهت رفع این شبهه می توان گفت که زن در ابتدای عقد نکاح بر مرد شرط نماید که اگر زن خواست خود را مختلعه نماید، مرد حق نداشته باشد که مازاد بر مهر را از زن بگیرد و با این شرط که مخالف ذات عقد نکاح نیز نیست، این شبهه نیز رفع می گردد و به آن نصوص نیز عمل گردیده است.

اشکال به این پاسخ

این پاسخ دارای اشکال واضحی است و آن این که بر طرف کردن نقصان قوانین به وسیله شرط، نشان دهنده نقص قانونگذار است و دأب و دیدن در قانونگذاری آن است که قانون اولاً عادلانه و ثانیاً عام باشد؛ یعنی این عدالت - که در تدوین قانون لحاظ گردیده است - حتی نسبت به افرادی که ملتفت قانون نیز نیستند و به آن توجه ندارند، وجود داشته باشد؛ چراکه اگر عدالت در قانون عام نباشد و شخصی نسبت به آن قانون ناآگاه باشد و بخواهیم این قانون را در حق او اجرا نماییم، حکمی ظالمانه خواهد بود؛ زیرا قانون علیه کسی جاری گردیده که نه اطلاع از وضع آن داشته و نه اطلاعی از اسباب رفع آن.

روشن است که شرط گذاشتن در قانونگذاری و حاکمیت اراده مربوط به ذیل قانون و ما بعد آن است که افراد می توانند جهت بهره برداری بیشتر از معاملات و قراردادهای طرفینی، یا محکم تر کردن آن از شروط به نفع خود، نه ضرر دیگران بهره ببرند. این شروط نیز نباید با ذات آن معاوضات معارضه و تنافی داشته باشد. بنابراین، روشن است که شروط برای رفع ظالمانه بودن احکام و جبران نقص قوانین وضع نگردیده است.

دلایل قیالان به جواز اخذ مازاد

قیالان به جواز اخذ مطلق و بدون قید و شرط در طلاق خلع - که ادعای اجماع نیز بر آن گردیده است - به عموم آیه ۲۲۹ بقره و نصوص رسیده - که در مباحث قبل ذکر گردید - استناد نموده اند؛ اما با توجه به مباحث گذشته ثابت نمودیم که این روایات به دو جهت قابل استناد نیستند و نمی توانند حجت و دلیل بر این قول باشند. اما در رابطه با استدلال به آیه؛

اولاً. آیه یاد شده دارای عموم نیست، بلکه فقط در مقام بیان جواز اخذ فدیة از زن است و ناظر به مقدار فدیة نیست.

ثانیاً. آیه می فرماید (... فِيمَا أَفْتَدَتْ بِهِ...) ^{۸۶}، یعنی آنچه که زن به عنوان فدیة می پردازد، گرفتنش جایز است نه هر آنچه که مرد بخواهد، بتواند از او بگیرد؛ و این اختیار دارای مرد تا حدی باشد که زن به هیچ وجهی نتواند طلاق خلع بگیرد. زیرا چنانچه این حکم اخذ مطلق و بدون قید و شرط از آیه استفاده گردد، خود آیه مانع تحقق حکمی گردیده است که در مقام بیان و تشریح آن بوده است؛ چراکه مرد با درخواست اموال زیادی از زن به نحوی که خارج از توان و قدرت زن بر ادای آن باشد، مانع تحقق چنین قانونی می گردد و این گونه قانونگذاری به هیچ وجه در شأن قانونگذار حکیم نیست. ^{۸۷}

نتیجه گیری و تحقیق

با توجه به اصل تشریح طلاق خلع در قرآن و عدم وجود دلیل معتبری از کتاب و سنت که دلالت بر مانعیت قول به وجوب طلاق خلع بر مرد داشته باشد از يك سو و وجود ادله و ارتکازات عقلانی باب عقود و مقیاس بودن عدالت در احکام شرع از سوی دیگر، نتیجه می گیریم که با مطلق کراهت

۸۶. سوره بقره، آیه ۲۲۹.

۸۷. مقدس اردبیلی در بحث احتکار به شبهه چنین مطلبی اشاره فرموده اند. مجمع الفائدة، ج ۸، ص ۲۴: و لعلّ فیهما... و إلاّ لأنتفی فائدة إيجاب البیع

بشمن لا یقدر احد علی شراثة.

زن از زندگی زناشویی و بازگرداندن مهریه یا مالی به مرد و درخواست طلاق، بر مرد واجب است که زن را مطلقه نماید و چنانچه از این امر استنکاف نماید دادگاه می تواند ولایه بر ممتنع زن را مطلقه نماید.

کتابنامه

۱. وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعه، محمد بن الحسن الحرّ العاملی (م ۱۱۰۴ ق)، مؤسسه آل البیت، ۱۴۲۱ ق.
۲. بحار الأنوار، محمد باقر مجلسی (م ۱۱۱۱ ق)، انتشارات کتابچی، چاپ پنجم، ۱۳۸۴ شمسی، چاپ اسلامی.
۳. القاموس المحیط، مجد الدین محمد بن یعقوب الفیروز آبادی، المتوفی ۸۱۷، ضبط و توثیق یوسف الشیخ محمد البقاعی، دارالفکر، یک جلد.
۴. الصحاح، المسمی تاج اللغة و صحاح العربیة، لابی نصر اسماعیل بن حماد الجوهری حقه و ضبطه شهاب الدین ابو عمرو، دارالفکر، ۲ جلد.
۵. المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، العالم العلامة احمد بن محمد بن علی المقرئ الفیومی، (م ۷۷۰ ق)، مؤسسه دارالهجرة، ۲ جلد.
۶. قواعد الأحکام، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی «العلامة الحلّی»، (م ۶۴۸ - ۷۲۶ ق)، مؤسسه النشر الاسلامی، شوال ۱۴۱۹ هـ.
۷. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، جمال الدین مقداد بن عبدالله السیوری الحلّی، (م ۸۲۶ ق)، مکتبه آية الله المرعشی، ۱۴۰۴ ق.
۸. کشف اللثام عن قواعد الاحکام، بماء الدین محمد بن الحسن الاصفهانی، المعروف بـ (الفاضل الهندی) (م ۱۰۶۲ - ۱۱۳۷ ق)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۹. الايضاح الفوائد فی شرح القواعد، أبو طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر الحلّی، (م ۶۸۲ - ۷۷۱ ق)، المطبعة العلمیه.
۱۰. الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التأویل، محمود بن عمر الزمخشری (م ۵۲۸ ق)، دار الكتاب العربی.
۱۱. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، محمد حسن النجفی (م ۱۲۶۶ ق)، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م / ۱۳۶۰، ۴۳ جلد.
۱۲. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، المحقق الحلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، اخراج و تعلیق و تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال، انتشارات دارالتفسیر.
۱۳. الحاوی الکبیر، فی فقه مذهب الامام الشافعی، ابی الحسن علی بن محمد بن حبیب الماوردی البصری، منشورات دارالکتب العلمیه.
۱۴. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، أبو جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادريس الحلّی (م ۵۹۸ ق)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۳ جلد.
۱۵. النهایة و نکتها، شیخ الطائفه الطوسی و المحقق الاول الحلّی، مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۶. غنیة التزوع الی علمی الاصول و الفروع، السید حمزة بن علی بن زهرة الحلّی، (م ۵۱۱ - ۵۸۵ ق)، تحقیق الشیخ ابراهیم البهادری، قم: مؤسسه الإمام الصادق (علیه السلام)، ۱۴۱۸ ق، ۲ جلد.
۱۷. الوسيلة الی نیل الفضیلة، ابی جعفر محمد بن علی الطوسی المعروف بابن حمزه من اعلام القرن السادس، مکتبه آية الله المرعشی النجفی، (۱۴۰۸ هـ ق).
۱۸. الکافی فی الفقه، ابی الصلاح الحلّی، ۴۴۷ - ۳۷۴، تحقیق رضا استادی، منشورات مکتبه الامام امیرالمؤمنین علی (علیه السلام)، اصفهان.
۱۹. الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، یوسف البحرانی (م ۱۱۸۶ ق)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ هـ ق، ۲۵ جلد.
۲۰. المبسوط فی فقه الامامیه، شیخ الطائفه، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی الطوسی، المتوفی ۴۶۰، المکتبه المرتضویه.
۲۱. الهدایة فی الاصول و الفروع، الشیخ ابی جعفر الصدوق، محمد بن علی بن الحسن بن بابویه القمی، المتوفی سنة ۳۸۱ هـ، تحقیق مؤسسه الامام الهادی (علیه السلام).
۲۲. مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الشهد الثاني، ۹۱۱ - ۹۶۵ ق، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۳. سنن ابن ماجه، الحافظ ابی عبدالله محمد بن یزید القزوی بن ابن ماجه، ۲۰۲ - ۲۷۵، دار احیاء التراث العربی.
۲۴. السنن الکبری، الحافظ ابی بکر احمد بن الحسن بن علی البیهقی، المتوفی ۴۵۸ هـ - دار الفکر.
۲۵. سنن الدار قطنی، علی بن عمر الدار قطنی (م ۳۰۶ - ۳۸۵)، دار احیاء التراث العربی، ۲ جلد در ۴ جزء، بیروت.
۲۶. الطبقات الکبری، لابن سعد، متوفای ۲۳۰، الناشر دار صادر بیروت، ۸ جلدی.
۲۷. میزان الاعتدال، الذهبی، متوفای ۷۴۸، تحقیق علی محمد البجاوی، الناشر دار المعرفة، بیروت، ۴ جلدی.

۲۸. تہذیب الاحکام فی شرح المنقعة، شیخ الطائفة أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسی (۳۸۵ - ۴۶۰ ق)، تہران: دار الکتب اسلامیہ، ۱۳۶۵ ش، ۱۰ جلد.
۲۹. الجوامع الفقہیہ لجماعة من الارکان وعدة من الاعیان، ناشر انتشارات جہان، تہران.
۳۰. کتر العمال فی سنن الأقوال و الأفعال، علاء الدین علی المتقی بن حسام الدین الہندی (م ۹۷۵ ق)، تحقیق: محمود عمر الدمیاطی، منشورات محمد علی بیضون، دارالکتب العلمیہ، بیروت لبنان، ۱۸ جلدی.
۳۱. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، سید احمد خوانساری، مؤسسة اسماعیلیان للطباعة و النشر، ۱۴۰۵ ق، ۶ جلد.
۳۲. مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول (صلی اللہ علیہ وآلہ)، شیخ الاسلام محمد باقر مجلسی، ناشر دارالکتب الاسلامیہ، تہران، ۱۳۹۸ ق.
۳۳. من لایحضرہ الفقیہ، ابو جعفر الصدوق محمد بن علی بن الحسین بن بابویہ القمی (م ۳۸۱ ق)، حققہ و علق علیہ: الحجۃ السید حسن الخراسانی، دارالاضواء، بیروت لبنان، ۴ جلد.
۳۴. مجمع الفائدة و البرہان فی شرح ارشاد الازہان، احمد المقدس الوردی (م ۹۹۳ ق)، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ ھ ق، ۱۴ جلد.
۳۵. بررسی اجمالی اقتصاد اسلامی، مرتضی مطہری (م ۱۳۵۸ ش)، تہران: حکمت، ۱۴۰۳ ق.
۳۶. مجموعہ قوانین با آخرین اصلاحات (قانون مدنی)، دانایی، مسعود، ۳ جلد، سعید نوین .
۳۷. مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ، للعلامة الحلی الحسن بن یوسف بن مطہر، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیہ، قسم احیاء التراث الاسلامی.