

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره پیاپی ۱۰۴
بهار ۱۳۹۵، ص ۱۷۳-۱۵۱

سیر تکوین نظریه خلع در فقه امامیه*

دکتر مریم السادات محقق

استادیار دانشگاه امام صادق پردیس خواهران

Email: mohaghegh_maryam@yahoo.com

چکیده

در این نوشتار سعی شده، با نگرشی دقیق به روند تاریخی «خلع» در دو فراز قبل از اسلام در عربستان و بعد از اسلام، چگونگی آفرینش نظریه‌های پی‌درپی و تکوین «نهاد خلع» به شکل کنونی را که پشتوانه قانون‌گذاری ایران قرار گرفته، به دست آوریم.

در ضمن بیان دیدگاه‌های فقها به دو جریان فکری در حوزه‌ی انحلال نکاح از ناحیه‌ی زوجه برخوردیم که نشانگر جرقه‌ی فکر جدیدی در این نهاد حقوقی و فاصله‌گیری از نظرگاه فقهای متقدم (ابن بابویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) بود.

اولین فکر با عنوان «وجوب خلع»، توسط ابوالصلاح حلبی پایه‌گذاری و توسط علامه حلی مستدل گردید، اما دیدگاه‌های آنان در این زمینه مجرای جریان انحرافی شد و «خلع» از ابتدای این دوره به پیروی از سلار، از اقسام طلاق و از جانب زوج قرار گرفت و مبدع ایده دوم با نام «خلع معوض» شهید ثانی و سپس میرزای قمی بود، پس از استخراج این دو نظریه، به نظر می‌رسد می‌توان، با الهام از دیدگاه فقهای متقدم، در «نهاد خلع کنونی» بازنگری کرده و نظریه‌ی نوینی را پایه‌گذاری کرد.

کلیدواژه‌ها: طلاق، خلع، خلع واجب، خلع معوض.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۱/۱۸؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۲/۱۸.

مقدمه

پیشینه جدایی به ازدواج برمی‌گردد. مرد و زن پیوند ازدواج می‌بندند تا در کانون گرم خانواده در کنار یکدیگر به آرامش برسند؛ اما بنا به ضرورت، برای همان حفظ آرامش، در مواردی، نمی‌توانند به این زندگی ادامه دهند و یکی از آنان یا هر دو جدایی را اراده می‌کند. در زمینه اراده زوجه برای جدایی، مسایل و مشکلاتی در جامعه ما وجود دارد که از نحوه نگرش مجری قانون نسبت به ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی که «طلاق خلع» را تعریف می‌کند و فتاوا و دیدگاه‌های فقها به عنوان منبع قانون‌گذاری در زمینه خلع به وجود آمده است. «خلع کنونی» با جلب رضایت زوج برای «طلاق» و «نسبت به میزان فدیة» محقق می‌شود.

پژوهش حاضر تلاشی است برای پاسخ به این پرسش: آیا نظریه خلع از ابتدای تشریح همین گونه بوده یا در طول زمان دستخوش تغییراتی شده است؟

در این راستا، حوزه عربستان را در قبل از اسلام و در دوره تشریح، عصر انتقال فقه از عصر ائمه (علیهم السلام) به عصر فقیهان، دوره اجتهاد و گسترش فقه، عصر ابوالصلاح حلبی تا علامه حلی و عصر علامه حلی تا میرزای قمی و عصر حاضر ترسیم کرده‌ایم.

واژه طلاق

در اکثر کتاب‌های لغت، طلاق زنان دارای دو معناست؛ الف. انحلال عقد نکاح؛ ب. رهایی، ترک کردن و جدا شدن (ابن منظور، ۲۲۶/۱۰؛ طریحی، ۵۷/۲؛ الزبیدی، ۱۳/۳۰۱؛ الجوهری، ۴/۱۵۱۹).

معنای مجازی دیگری در تاج العروس آمده است: «طلقت المرأة من زوجها: زن از همسر خود طلاق گرفت و جدا شد.» در این معنا، عمل طلاق برای زن هم به طور مجاز استفاده شده است. (زبیدی، ۱۳/۳۰۱)

در اصطلاح، واژه «طلاق» گاه به عنوان «مقسم» مورد توجه قرار گرفته و گاه به عنوان «قسم» و «نوع» ارزیابی شده است. واژه «طلاق» اگر به عنوان مقسم مورد نظر باشد، به معنای «مطلق جدایی» است و اگر به عنوان قسم و نوع مورد نظر باشد، به معنای «جدا شدن یکجانبه مرد از همسر دائمی خویش» است.

واژه خلع

واژه «خلع» از واژه‌های کلیدی است که برای نیل به مقصود، لازم است در لغت و اصطلاح

به آن پرداخته شود

جوهری می‌نویسد: «*خالعت المرأة بعلمها*»؛ زن خواهان جدایی از زوج خویش است. در این هنگام، زن، خالع یعنی جداکننده یا به تعبیری درآورنده حقوق زوجیت از عهده خویش است. (جوهری، ۳/ ۱۲۰۵-۱۲۰۶)

از بررسی معنای لغوی خلع، دو نکته برداشت می‌شود: ۱- خلع هم به مرد نسبت داده شده و هم به زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی است و وقتی انجام می‌شود، هم زن خالع است و هم مرد؛ (ابن منظور، ۷۶/۸؛ طریحی، ۱/ ۶۸۲-۶۸۴؛ زبیدی، ۱۱/ ۹۹-۱۰۰). ۲- کاربرد خلع برای عمل انحلال نکاح، برگرفته از آیه قرآن است؛ که نشان می‌دهد واژه «خلع» که قبل از اسلام در این معنا به کار نمی‌رفته است. همه کتاب‌های لغت، دلیل این نام‌گذاری را آیه قرآن دانسته‌اند؛ لذا به نظر می‌رسد که «خلع»، اصطلاح و حقیقت شرعی ۱ است و اینکه ارباب لغت به آن اشاره کرده‌اند تحت تأثیر قرآن و روایات بوده است.

از آن جایی که واژه خلع واجب و خلع معوض در پایان مقاله روشن می‌شود لذا از بیان آن در این قسمت خودداری می‌کنیم. طلاق به‌عنوان «نهاد حقوقی جدایی» از ابتدای تمدن بشری پایه‌ریزی گردیده است. در این نوشتار، پیشینه «نهاد خلع» را از رهگذر طلاق نگریسته و به قوانینی درباره طلاق به صورت مختصر اشاره کرده‌ایم.

قبل از اسلام

از آن‌جا که خاستگاه اصلی بحث، عصر جاهلیت و اقوام عربستان است، برای تحلیل پیشینه اختیار جدایی زن در فقه امامیه، فرهنگ حقوقی زمان نزول و بعضی قوانین حاکم در بستر آن زمان را بررسی می‌کنیم.

اختیار طلاق زوجه در حوزه عربستان

طلاق از جمله قوانین قدیمی میان اعراب جاهلی است که مراد از آن، عبارت بود از رفع تمامی حقوقی که مرد بر عهده زن داشته و ترک کردن زن.

۱- در بحث الفاظ اصول فقه عنوان شد که شارع مقدس بعد از اسلام، بعضی از الفاظ را برای مقاصد خاص شرعی خود درغیر آنچه تا آن موقع استعمال می‌شده به کارگرفته است که به آن مصطلح شرعی یا حقیقت شرعیه اطلاق می‌شود. (محقق داماد، ۵۶/۱)

انواع طلاق در جاهلیت

۱. سه طلاقه

طلاق که در زمان ظهور اسلام در میان اعراب مکه رایج بوده، طلاق سه‌گانه (سه‌طلاقه) بوده است که البته به صورت جدا (سه‌طلاقه ولی نه در یک مجلس) اجرا می‌شد. در اخبار، پایه‌گذاری این سنت به اسماعیل بن ابراهیم می‌رسد. این طلاق بدین شکل اتفاق می‌افتاد که اگر مردی، زن خود را طلاق می‌داد، در رجوع به همسر خود، از دیگر مردها سزاوارتر بوده است و در صورت تمایل، اگر به همسر خود رجوع می‌کرد و مجدداً برای بار دوم او را طلاق می‌داد و باز هم به زن سابق خود رجوع می‌کرد و برای بار سوم او را به حباله نکاح خود درمی‌آورد، دیگر راهی برای رجوع مجدد وجود نداشت و اگر زن را طلاق می‌داد، طلاق سوم، بائن محسوب می‌شد. در تاریخ برای چنین طلاقی نیز داستانی ذکر شده که مربوط است به اعیسی که خاندان همسرش نزد او رفتند و خواستار طلاق همسرش شدند، در حالی که طلاق آن زن را تا زمانی که به سه طلاق نرسید قبول نکردند و وقتی سه طلاق واقع شد ایشان قانع شده و پذیرفتند. در طلاق سوم بود که طلاق را بائن شمردند و دیگر امکان رجوع برایش نداشتند.

اعراب جاهلی برای این مشکل (عدم امکان ازدواج مجدد بعد از سه طلاق) نیز راه حلی در نظر گرفتند و قانونی وضع کردند تا مرد بتواند حتی بعد از سه طلاق (طلاق بائن) به همسر سابق خود رجوع کند؛ بدین صورت که زن بعد از طلاق سوم به نکاح مرد دیگری درآید و بعد از نزدیکی، شوهر دومش او را طلاق دهد. در این هنگام است که همسر اول زن می‌تواند مجدداً با صیغه نکاح جدیدی با او ازدواج مجدد کند. به مردی که با چنین زن مطلقه‌ای ازدواج می‌کند تا بتواند وی را مجدداً برای همسر اول خود حلال گرداند، «محلل» می‌گویند. (جوادعلی، ۵/۵۴۸)

۲.ظهار

نوع دیگری از طلاق نیز در آن دوره رایج بود که آن را «ظهار» می‌نامیدند. وجه تسمیه آن، این بود که مرد، زن خود را مستقیماً یا با الفاظی که اشاره به وی داشت، به چیزی که بر مرد حرام بود تشبیه می‌کرد تا بدین وسیله همسر خود را تنبیه کند؛ مثلاً مرد به زن خود می‌گفت: «انت علی کظهر امی او کبطنها، او کفخذها او کفرجها او کظهر اخی او عمی»، یا به الفاظی مشابه چنین مضمونی و چنین بود که ظهار حاصل می‌شد. در قرآن نیز به آن اشاره شده است:

کسانی که از شما نسبت به همسرانشان «ظهار» می‌کنند (می‌گویند: «انت علیّ کظهر امّی = تو نسبت به من به منزله مادرم هستی») آنان هرگز مادرانشان نیستند؛ مادرانشان تنها کسانی‌اند که آنان را به دنیا آورده‌اند. آنان سخنی زشت و باطل می‌گویند و خداوند بخشنده و آمرزنده است. (مجادله: ۲)

این گونه طلاق بین اعراب جاهلی به دلیل عصبانیت، خشم و عدم توانایی اعراب در کنترل رفتارها و انفعالات روحی، بسیار رایج و معمول بوده است.

ظهار، رایج‌ترین نوع طلاق بین اعراب جاهلی و باعث شدیدترین نوع حرمت بین زن و مرد می‌بود. زمانی که مرد می‌خواست زن خود راظهار کند، به او می‌گفت: «انت علیّ کظهر امّی» و زن بر مرد حرام می‌شد و طلاق حاصل می‌گشت. در صدر اسلام نیز زمانی که اوس بن الصامت (برادر عباده بن الصامت) همسر خود، خوله بنت ثعلبه بن مالک راظهار کرد، آیه نازل گردید و کفاره برایظهار مقرر گشت؛ نه این‌که به وسیلهظهار بتوان زنی را طلاق داد. این عمل اوس به‌خاطر فرهنگ به‌جا مانده از دوره جاهلیت در آن دوره بوده است.

مردها در دوره جاهلیت هرگاه با همسران خود یا با خویشان ایشان درگیری پیدا می‌کردند، سوگندظهار را بیان می‌کردند. این نوع از سوگند از نمونه‌های فرهنگ خاص دوره جاهلیت است. برای این نوع از عمل اعراب نیز بابی در کتب فقهی و حدیثی در ضمن احکام طلاق وجود دارد که به وسیله آیات یک تا چهار سوره مجادله لغو گردیده است که بیانگر حرمت این عمل در اسلام و قرار دادن کفاره برایظهار (زوج) است.

۳. ایلاء

در تاریخ، نوع دیگری از طلاق برای اعراب جاهلی ذکر گردیده که «ایلاء» نامیده شده است. ایلاء عبارت است از سوگندی که بر اساس آن مرد، برای مدتی «مثلاً» چند ماه یا یک سال یا دو سال یا حتی چند سال همسر خود را ترک می‌کند و در این مدت با وی هیچ‌گونه تماس و نزدیکی برقرار نمی‌سازد. این نوع از طلاق در حدیثی از ابن عباس نیز منقول است.

در کتب حدیثی و فقهی، باب «ایلاء» در ضمن باب طلاق در نظر گرفته شده است. در اسلام، با نزول آیات ۲۲۶ - ۲۲۷ سوره بقره، از این عمل منع شد و مرد تنها چهار ماه مجاز به ترک بستر همسر خود شد. این نوع طلاق را طلاق مدت‌دار می‌نامند؛ زیرا پس از پایان چهار ماه، اگر مرد از همسر خود تمکین نکند، حاکم طلاق زن را می‌ستاند. (جوادیعلی، ۵/۴۸۵)

۴. طلاق به وکالت از شوهر یا با واگذاری این حق از طرف شوهر

طلاق از نظر بیان و اجرا تنها در دستان مردان بود و زنان عده نگه می داشتند؛ اما برخی از زنان اشراف و قدرتمند هنگام ازدواج شرط می کردند که اختیارشان در دست خودشان باشد؛ بدین شکل که اگر خواستند در نکاح مرد باقی بمانند و اگر طالب جدایی بودند شوهر خود را ترک کنند و طلاق واقع شود. سلمی بنت عمرو بن زید بن لبید بن خدش الخزرجیه، فاطمه بنت الخرشب الأثاریه، أم خارجه، ماریه بنت الجعید، عاتکه بنت مره و السوا بنت الأعبس از زنان اشراف و با نفوذ عرب بودند که هنگام ازدواج شرط کردند که حق طلاق داشته باشند.

شیوه طلاق زنان از مردان در دوره جاهلیت - که به دست زنان با شرط واقع می شد و در واقع زن، مرد را طلاق می داد- شیوه ای عجیب بود که در آن هیچ سخنی در میان نبود. طلاق این زنان که میان قبایل چادر نشین بود، بدین صورت بود که اگر در ورودی چادر محل زندگی شان به سمت مشرق بود، زن آن را به سمت مغرب می گرداند یا اگر به سمت جنوب بود آن را به سمت شمال تغییر جهت می داد. وقتی مرد متوجه انجام این حرکت از سوی زن خود می شد، می فهمید که زن طلاق گرفته است و به خانه بازمی گشت. این، شیوه اهل الوبر (منطقه ای در عربستان که محل اقامت صحرائشینان است) در طلاق بوده است. هنگامی که زن، شوهر خود را طلاق می داد، خانه او را ترک می کرد و به سوی خانواده خود می رفت و این گونه طلاق می گرفت. (همو، ۵/۴۸۵) ماویه، زن حاتم طایی، به علت بذل و بخشش های بی حساب شوهرش، به خانه پدرش رفت و قصیده ای برای همسرش سرود و فرستاد. (الهالی، ۴۹)

ابوهلال نام های برخی زنان عرب، از جمله مادر عبدالمطلب را برمی شمرد که این گونه جدا شده اند: «اذا تزوجت الواحده منهن رجلا واصبحت عنده، كان امرها اليها». و بدین نحو که صبح روز ازدواج اگر غذا درست نمی کردند، نشانگر عدم رضایت و کراهت زن بوده و در نتیجه، اعلام جدایی محسوب می شده است. به نظر او، این نوع جدایی، مخصوص غیر بادیه نشین ها بوده و نوع قبلی برای بادیه نشین ها بوده است. (وافی، ۱۳۲) عمر کحاله ضمن نقل مورد اخیر جدایی، بیان می دارد: «كانوا يخلعون نساءهم ايضا و الخلع فراق الزوجه على مال ماخوذ من خلع الثوب لان المراه لباس الرجل». (کحاله، ۳۴)

اکثر نویسندگان، این نمونه را جزء طلاق خلع تلقی کرده اند (پیشوایی، ۳) ولی نگارنده، استنباط می کند که می توان با طلاق وکالت از شوهر مقایسه کرد؛ در غیر این صورت،

می‌بایست چنین معتقد شویم که زوج حق طلاق خویش را به زوجه در ابتدای نکاح واگذار می‌کرده است.

۵. خلع معوض (توافقی)

با این که اختیار جدایی به دست زوج بوده، در مواردی چنین اختیاری برای زن میسر بوده تا خویش را از حباله نکاح زوج خارج کند و بدین شکل با زوج بر سر طلاق خویش به توافق برسد. ۲. این امر بدین شکل صورت می‌پذیرفته است که خانواده زوجه یا ولی او یا کسی از طرف ولی زن (وکیل ولی زن) با زوج مذاکره کرده و در مقابل پرداخت مالی یا انجام کاری که در جهت منافع زوج است، مرد زن خویش را طلاق می‌داد. این گونه از طلاق را خلع می‌نامیدند. (جوادی‌علی، ۵/۴۸۵)

در تاریخ آمده است که اولین خلع، خلع عامر بن الظرب بوده است که دختر خود را به ازدواج پسر برادرش عامر بن الحارث بن الظرب در آورده بود که وقتی دختر پسر عموی خویش را دید از او متنفر گردید و خواهان طلاق شد. (الهلالی، ۴۹)

کتاب بلوغ الارب فی معرفه احوال العرب، این جریان را به نقل از امالی ابوبکر بن درید با لفظ «خلع» نقل کرده است: «فقال: لا اجمع علیک فراق اهلک و مالک و قد خلعتها منک بما اعطيتها». (آلوسی، ۲/۴۹)

بنابراین، خلع، طلاق است که در مقابل اعطای مالی که زوجه یا نزدیکان زوجه در برابر جدایی زوجه به مرد می‌پردازند، صورت می‌پذیرد.

رسوم نظام جاهلی

۱. عضل

عضل، از رسوم جاهلی است. این عمل بدین صورت بود که مردی با زنی ازدواج می‌کرد اما او را به حال خود رها می‌کرد، نه طلاقش می‌داد و نه نزد او می‌رفت و این عمل را آنقدر ادامه می‌داد تا زن با دادن مالی مرد را راضی به طلاق می‌کرد و جواز ازدواج بعدی خود را می‌ستاند. عضل میان اعراب قریش وجود داشت.

۲. طلاق‌های بی‌حد و حساب و پی‌درپی

یکی از رسوم دوره جاهلیت این بود که مرد می‌توانست زن خود را سه بار یا ده بار یا حتی بیشتر از این تعداد طلاق دهد، سپس مجدداً در دوره عدّه به زن خود رجوع کند. تعداد

۲- این حالت قابل مقایسه با نهاد «خلع معوض» است.

این رجوع‌ها هیچ حدّ و مرزی نداشت و پس از هر بار رجوع، زن مجدداً همسر مرد قلمداد می‌شده است. در اخبار آمده که مردی از انصار از همسر خود خشمناک شد و به او گفت: نه به تو نزدیک می‌شوم و نه تو را رها می‌کنم. زن گفت: چگونه؟ مرد گفت: «تو را طلاق می‌دهم. سپس زمانی که نزدیک پایان مدت عده تو بود، به تو رجوع می‌کنم، سپس مجدداً طلاق می‌دهم و دوباره نزدیک پایان دوره عده‌ات به تو رجوع می‌کنم.» مرد زن خود را طلاق داد و وسیله او را تحقیر کند و به وسیله رجوع قبل از پایان عده، زن را آزار دهد و این عمل را بارها تکرار کرد. سپس پروردگار طلاق را در سه طلاق محصور گرداند؛ بدین شکل که دوبار طلاق می‌دهد و پس از بار سوم: «امْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ». گفته شده که طلاق قبل از اینکه خداوند آن را در سه بار محصور گرداند، حدی نداشت. مرد می‌توانست زن خود را صد بار طلاق دهد و قبل از این که مدت عده‌اش پایان پذیرد به او رجوع کند. اسلام این عمل مضرّ را در آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» حرام گردانید. (بقره: ۲۲۹)

چون در بیشتر موارد، طلاق در دست مردان بود، زمانی که خانواده زن خواستار طلاق او بودند، با اعراب، تهدید، یا ضرب و شتم زوج و راه‌های دیگر، وی را بر طلاق مجبور می‌کردند؛ حتی اگر زوج هیچ تمایلی برای طلاق نداشت و این نحوه از طلاق نزد ایشان کاملاً مشروع و قانونی بود. نزد برخی اعراب جاهلی، حتی طلاق اشخاص عصبانی (خارج از کنترل)، مست و حتی کسی که در حال شوخی و بدون قصد صیغه طلاق را جاری می‌سازد، دارای اعتبار بوده است؛ چون در آن عصر، همین که صیغه طلاق از جانب مرد بیان می‌شده است در اثربخشی آن کفایت می‌کرده است.

اختیار طلاق زوجه در ادیان مستقر در عربستان

ادیان موجود در عربستان عبارت بود از: مسیحیت، زرتشت و یهود.

۱. اختیار طلاق زوجه در دین مسیحیت

برآیند کلی مذاهب سه‌گانه در باب حق طلاق این است که در مذهب کاتولیک، طلاق جنبه قانونی ندارد و حق طلاق برای هیچ‌یک از زوجین متصور نیست و در مذهب پروتستان و ارتدکس، حق طلاق با زن یا مردی است که زوج یا زوجه وی به او خیانت کرده است که پس از اثبات آن، واجد این حق قانونی می‌گردد. (واحدی، ۲۹)

۲. اختیار طلاق زوجه در دین زرتشت

با استنباط از «ماتیگان هزاردستان» می‌توان گفت؛ نوعی طلاق شبیه طلاق خلع در دیانت

زرتشت وجود داشته است که زن با بخشیدن مهر خود یا هر مال دیگر می‌توانسته از شوهر خود تقاضای طلاق نماید. (همو، ۳۴) به نظر می‌رسد از بند ۸ فصل هشتم این قانون بتوان چنین استنباطی کرد: مالی را که شوهر در مدت زناشویی به زن خود ببخشد در صورتی که طلاق به رضایت زن به عمل آمده باشد زن حق تصرف در آن مال را ندارد و دو مرتبه به ملکیت شوهر در خواهد آمد.

۳. اختیار طلاق زوجه در دین یهود

در کتاب‌های دینی یهود، حقوقی در مورد طلاق برای زن شناخته نشده است؛ (همو، ۲۳)

بعد از اسلام

در بررسی تاریخی خلع، پس از طرح مباحث مقدماتی، اینک در حوزه اصلی موضوع خود به طرح پیشینه تاریخی آن می‌پردازیم.

دوره تشریح: قرآن و سنت رسول خدا

اولین دوره فقه، دوره تشریح است که از نظر امامیه، قرآن اولین مصدر تشریح احکام است. در کتاب‌های تفسیر آمده است که آیه ۲۲۹ سوره بقره ۳ در ارتباط با جریان خلع نازل شده است.

دومین مصدر تشریح احکام، سنت رسول خداست (ربانی، ۵۱) در این دوره، بین احادیث منقول از رسول خدا (ص) و امامان معصوم (علیهم‌السلام)، نمونه‌ای را در مورد موضوع خلع می‌آوریم:

رسول خدا (ص) برای نماز صبح بیرون آمد، دید حبیبه دختر سهل بر لب در خانه‌اش ایستاده است. رسول خدا (ص) فرمود: «این کیست؟ او گفت: من حبیبه دختر سهل هستم؛ نه من و نه ثابت. چون ثابت آمد، رسول خدا (ص) به او فرمود: این حبیبه که گفت آنچه خدا خواست گفته شود. حبیبه گفت: ای رسول خدا! هر چه را که به من داده نزد من است. رسول خدا (ص) به ثابت فرمود: از وی بگیر، او گرفت و حبیبه در میان خانواده‌اش نشست (از منزل

۳- «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ.»

شوهر به میان خانواده‌اش رفت.)» ۴

دوره گذار عصر ائمه (ع) به عصر فقیهان

از این دوره به بعد، هرچه از عصر تشریح دور می‌شویم با تغییر و تحول در دیدگاه، نسبت به خلع مواجه می‌گردیم.

۱. دیدگاه ابن بابویه ۵ در «فقه الرضا» ۶

در این کتاب، ماهیت خلع این‌گونه معرفی می‌شود: «خلع، پس تحقق نمی‌یابد مگر از جانب زن. آن، عبارت است از این که زن به شوهر خود بگوید: من به هیچ سوگندی با تو پایبند نیستم و مطیع امر تو نیستم و بر فراش تو کسانی را می‌آورم که کراهت داری. هنگامی که این‌ها را گفت، برای شوهر او حلال می‌شود آنچه از او می‌گیرد گرچه از صدق بیشتر باشد و بینونت و جدایی حاصل می‌شود و پس از انقضای عده، این زن بر سایرین حلال می‌شود و مرد هم از همان لحظه می‌تواند خواهر او را به ازدواج خود درآورد» ۷.

اختلاف فقها درباره متن «فقه الرضا» که آیا تألیف امام رضا (ع) است یا تألیف ابن بابویه، می‌تواند ثابت کند که این کتاب قدیمی‌ترین اثر یک فقیه شیعی است؛ البته برخی آن را به عنوان اثر فقهی قبول نداشته و به عنوان روایت قلمداد کرده‌اند.

۲. بینش شیخ صدوق در المقنع

پس از ابن بابویه، نوبت به فرزندش، شیخ صدوق (م ۳۸۱ ق) می‌رسد که عبارات پدر را درباره خلع با شدت بیشتر نقل می‌کند؛ مانند این که زن بگوید: جنابت از ناحیه تو را غسل

۴- روی عن یحیی بن سعید عن عمرة بنت عبدالرحمن ان حبیبة بنت سهل أخبرتها کانت عند ثابت بن قیس بن شماس وان رسول الله (ص) خرج إلى صلوة الصبح فوجد حبیبة بنت سهل عند بابه فقال رسول الله (ص) من هذه فقالت أنا حبیبة بنت سهل لا أنا ولا ثابت فلما جاء ثابت قال له رسول الله (ص) هذه حبیبة قد ذكرت ما شاء الله أن یذكر فقالت حبیبة یا رسول الله کلما أعطانی عندی فقال رسول الله (ص) لثابت خذ منها فأخذ منها وجلست هی فی أهلها. (الاحسانی، ۳/۳۹۲)

۵- او نخستین مؤلف کتاب فقهی عاری از ذکر سند روایت است که توانسته است کتاب فقهی را مجرد از سند روایت و مانند اثری مخصوص به مؤلف و نشان دهنده فتوا و نظر او تألیف کند و کتابی به همین سبک به نام الشرائع که به نام الرساله الی ابنه هم خوانده می‌شود، جهت پیسر خود، صدوق، به یادگار گذاشت. ظاهر امر این است که این کتاب همان است که الفقه الرضوی هم خوانده می‌شود؛ چون در آغاز آن، قال علی بن موسی هست؛ از این رو برخی چنین پنداشته‌اند که مقصود از او، امام علی بن موسی الرضا (ع) است.

۶- ملامهدی نراقی، علامه مجلسی، میرزا عبدالله افندی، سید مجاهد و شیخ بحرانی این کتاب را تأیید کرده‌اند و معتقدند که در سال ۲۰۰ق. به خط امام رضا (ع) نوشته شده است. در مکه، نسخه‌ای از آن به خط کوفی موجود است. مرحوم شیخ حر عاملی، وحید بهبهانی، سیدحسن صدر و آقارضا همدانی این انتساب را نمی‌پذیرند؛ و هر گروه برای خود دلایلی دارند. این کتاب در ۴۱۱ صفحه در سال ۱۴۰۶ق. توسط کنگره امام رضا (ع) چاپ شده است.

۷- «أما الخلع: فلا یكون إلا من قبل المرأة، و هو أن تقول لزوجها: لا أبر لك قسما، و لا أطیع لك أمرا، و لأوطنن فراشک ما تکرهه، فإذا قالت هذه المقالة فقد حل لزوجها ما یأخذ منها و إن کان أكثر مما أعطها من الصدق و قد بانت منه، و حلت للأزواج بعد انقضای عدتها منه، فحل له أن یتزوج أختها من ساعه.» (ابن بابویه، ۲۴۴)

نخواهم کرد و غیر تو را در فراش تو قرار می‌دهم و به خانه تو کسانی را می‌آورم که تو کراهت داری و حدود الهی را اقامه نمی‌کنم؛ هنگامی که این امور را به شوهر خود گفت، برای او حلال است آنچه از زوجه می‌گیرد، گرچه بیش از صدق باشد و بلافاصله جدایی محقق است و زن می‌تواند پس از انقضای عده ازدواج کند و مرد هم می‌تواند از همان لحظه با خواهر او ازدواج کند. مرحوم صدوق این نکته را اضافه کرده‌اند که مرد با زن شرط می‌کند که اگر در هبه خود رجوع کنی، من مالک بضع تو خواهم بود؛ پس اگر مرد رجوع کند، هبه گرفته‌شده را به زن باز می‌گرداند و دو طلاق دیگر نسبت به زن ممکن است و همان خلع یک طلاق محسوب می‌شود؛ عده او عده مطلقه است و تا انقضای عده حق خروج از خانه را ندارد. (شیخ صدوق، المقنع، ۳۴۸)

نکته حائز اهمیت، جدا بودن خلع از طلاق نزد مرحوم صدوق است که علاوه بر آن همه تأکید وی بر شروع شدن خلع از جانب زن و تحقق بینونت به مجرد ادای آن کلمات و حلیت آن زن برای سایرین پس از انقضای عده، تأکید می‌کند که عده او عده مطلقه است. اگر خلع فقط یک قسم طلاق باشد و لاغیر و مختلعه فقط یک نوع مطلقه باشد، به وضوح عده او هم عده مطلقه خواهد بود و دیگر چه معنا دارد که این همه مورد تأکید قرار گیرد؟

دوره اجتهاد و گسترش فقه

۱. نگاه شیخ مفید در احکام النساء و المقنعه

شیخ مفید (م ۴۱۳ ق) در احکام النساء، خلع را کنار مبارات و طلاق، از اسباب جدایی دانسته است. وی پس از طرح مباحث طلاق و مبارات، با ورود به بحث خلع، آن را با صیغه مفاعله یعنی مخالعه به کار می‌برد و با نفی و استثناء به صورت حصری بیان می‌کند که تنها راه تحقق آن، شقاق زن و عصیان او نسبت به شوهر و ترک اطاعت خداوند است؛ از آن جهت که بودن با زوج را کراهت دارد و می‌خواهد زوج را وادار کند که دست از او بردارد. در چنین وضعی، شوهر می‌تواند از او بخواهد تمامی حقوق خود را ابراء کند و علاوه بر آن، اموال دیگری هم به او واگذار کند تا او را رها کند. سپس رجوع به مختلعه و مبارات را فقط با عقد و مهر جدید اجازه داده است؛ برخلاف مطلقه ثالثه که جز با ازدواج با مرد دیگر بر شوهر قبلی حلال نمی‌شود. (شیخ مفید، احکام النساء، ۴۳-۴۶)

شیخ مفید در المقنعه، خلع را نوعی طلاق دانسته است. با توجه به تصریح فوق، بعید نیست که در این جا طلاق در معنای عام خود یعنی بینونت و جدایی مراد باشد یا دو نوع خلع

در نظر داشته‌اند که یک نوع آن از اقسام طلاق یعنی طلاق بائن بوده است و نوع دیگر از سوی زن محقق می‌شده است.

شیخ مفید در *المقنعه*، خلع را همواره همراه با عوض دانسته است و ماهیت آن را این‌گونه توصیف کرده که زن از زوج خود کراهت دارد و جدایی از او را ترجیح می‌دهد، امر او را عصیان می‌کند و او را از خود منع می‌کند و مراوده او برای جدایی از شوهر است. آن‌گاه شوهر می‌تواند در ازای طلاق از او، درخواست مال کند؛ که در صورت موافقت زن، با او شرط می‌کند که اگر به چیزی رجوع کنی، من مالک بضع تو خواهم بود. اگر این قضیه در محضر دو شاهد عادل باشد و زن در طهر غیرموقعه باشد، بلافاصله جدا می‌گردد و مالک نفس می‌شود و مرد حق رجوع به او را ندارد. زن پس از خروج از عده می‌تواند با هرکس که بخواهد نکاح کند و اگر بخواهد با شوهر قبلی ازدواج کند، با عقد و مهر جدید جائز است و اگر قبل از خروج از عده به عوض خود رجوع کند، مرد هم می‌تواند با حق خودش رجوع کند؛ گرچه زن کارهه باشد. وی در آخر هم اشاره کرده که شرایط خلع، همان شرایط طلاق است. (همو، *المقنعه*، ۵۲۸)

در این عبارات، تبیین خلع، با آنچه که امروزه در حقوق ما بیان می‌شود، متفاوت است: اولاً، در این جا بحث شرط رجوع مطرح است که مرد با زن شرط می‌کند که «اگر به چیزی که بذل کردی رجوع کنی، من مالک بضع هستم». ثانیاً، همین که این بزرگان، شرایط خلع را شرایط طلاق می‌دانند و تک‌تک آن شرایط را بیان می‌کنند، معنایش این است که خلع غیر از طلاق است؛ والا با این فرض که خلع یکی از اقسام طلاق است، این همه تأکید معنا ندارد. ثالثاً، ابن بابویه در *فقه الرضا* معتقد است که خلع، نیاز به لفظ خاص خلع ندارد، بلکه با ابراز کراهت شدید از ناحیه زوجه و گفتن عباراتی چون «لا ابرلک قسما و لا اطیع لک امرأ و لا وطن فراشک ما تکرهه» محقق می‌گردد و جدایی حاصل می‌شود. شیخ صدوق و شیخ مفید نیز همین اعتقاد را دارند.

۲. نظر سید مرتضی در «الناصریات»

اولین نکته‌ای که در کلام سید مرتضی (م ۴۳۶ ق) خودنمایی می‌کند، تصریح ایشان بر این مطلب است که تنها راه جدایی، طلاق نیست. وی خلع را در ردیف ارتداد و لعان، از اسباب بینونت و جدایی قرار می‌دهد و فقط از آن جهت که یکی از طلاق‌های سه‌گانه است، جاری

مجرای طلاق دانسته که سه دفعه خلع هم مثل سه طلاق نیاز به محلل دارد. (سید مرتضی، ۳۵۱ - ۳۵۴)

در بحث نیاز به لفظ طلاق و عدم نیاز به آن، این بحث قابل طرح است که آیا منظور ایشان و سایر فقها فقط یک بحث لفظی بوده که وقوع این جدایی با چه الفاظی محقق می‌شود، یا موکول بودن به اراده‌ها مطرح است که پس از تحقق خلع و مختلعه شدن یک زن، آیا اراده مرد و جاری شدن لفظ طلاق توسط او برای تحقق بینونت لازم است یا خیر که مرحوم سید مرتضی آن را لازم نمی‌داند و پیشاپیش مختلعه را بانه می‌داند.

سید مرتضی تصریح کرده که از این جهت، خلع مثل طلاق است و به تفصیل، آراء موافق و مخالف را نقل کرده است. پس این که خلع صرفاً یکی از اقسام طلاق باشد و لاغیر، امر چندان بدیهی نبوده است. افزون بر آن، سید مرتضی متعرض این نکته نشده که بر فرض قول به فسخ، آیا باید آن را فسخ از سوی مرد بدانیم یا فسخ از سوی زن؟ صدوق و دیگران تحقق خلع را منوط به صدور آن کلمات خاص از ناحیه زن دانستند و با صدور آن کلمات، زن را بانه فرض کردند و همگان قبول دارند که در خلع، کراهت فقط از جانب زن است. آیا بر فرض فسخ بودن، می‌توان آن را فسخ از سوی مرد تلقی کرد؟!

عصر ابوالصلاح حلبی تا علامه حلبی

۱. دیدگاه ابوالصلاح حلبی و تولد نظریه وجوب خلع

ابوالصلاح حلبی (م ۴۴۷ ق.) تحولاتی در نظام و سیستم خلع به وجود آورد؛ زیرا وی خلع را نیازمند صیغه دانست و خلع را از اقسام طلاق قرار داد و خلعی که تا زمان او در نظر فقهای پیشین از جانب زوجه بوده، ابوالصلاح از جانب زوج اعلام کرد و از همه مهم‌تر، نظریه وجوب خلع را برای اولین بار ارائه کرد.

به نظر می‌رسد وی اولین فقیهی باشد که برای کراهت دو درجه قائل شده و حکم هر کدام را از دیگری جدا کرده است. ابوالصلاح ابتدا به تبیین ماهیت خلع پرداخته است: خلع این است که زوجه از مرد کراهت دارد در حالی که مرد در او راغب است و زن، مرد را دعوت می‌کند که از او دست بردارد. در این هنگام، مرد می‌تواند او را اجابت کند و می‌تواند امتناع ورزد تا این که زن به او بگوید: «اگر مرا رها نکنی خدا را عصیان خواهم کرد و درباره حفظ خویشتن، مطیع خدا هم نخواهم بود و در فراش تو، غیر تو را قرار خواهم داد»، از این به بعد، برای مرد حلال نیست که زن را نگاه دارد؛ به‌خاطر این عباراتی که زن به کار برده است. در این

حالت، برای مرد جائز است که چند برابر آنچه به زن داده، از او دریافت کند. آنگاه صیغه خلع را بیان کرده که توسط مرد جاری می‌شود؛ در حالی که تمامی شرایط طلاق باید موجود باشد و پس از جریان صیغه، امر زن به دست خودش است و اگر بخواهند به زندگی برگردند، خواه در عده یا بعد از عده، فقط با عقد و مهر جدید امکان‌پذیر است؛ اما برای ازدواج با غیر شوهر باید صبر کند تا عده تمام شود. (الحلبی، ۳۰۷-۳۰۸)

نکات بدیعی که در نظرات وی به چشم می‌خورد، عبارت است از:

اولاً، وجوب خلع و درجات کراهت است که در یک مرحله طلاق بر مرد واجب نمی‌شود و در مرحله بعد طلاق بر مرد واجب است.

ثانیاً، وی اولین فقیهی است که صراحتاً تمامی دو قسم خلع را به دست مرد دانسته است؛ البته در یک قسم، وجوب را برای مرد پیش‌بینی کرده است که علی‌القاعده اگر مرد از ادای تکلیف خود استنکاف کند، حاکم می‌تواند او را وادار به طلاق کند یا به نیابت از او طلاق را جاری کند.

ثالثاً، او بینونت حاصل در اثر خلع را بینونت خاص می‌داند که تنها راه ازاله آن و برقراری زوجیت، عقد و مهریه جدید است؛ حتی اگر قبل از انقضای عده باشد. وی از این جهت فرقی میان دو قسم خلع قائل نشده؛ یعنی چه مرد از باب وجوب، همسر خود را طلاق خلع داده باشد یا غیر وجوب، باز هم برقراری زوجیت قبل از انقضای عده، موکول به عقد و مهریه جدید است.

رابعاً، گویا او اولین فقیهی است که صیغه خلع را برای خلع لازم دانسته و آن را در ضمن طلاق آورده و در هر دو قسم، صیغه را به این نحو بیان کرده است: «قد خلعتک علی کذا فانک طالق». از همین جا وی این ایهام را ایجاد کرد که خلع با همه اقسامش از اقسام طلاق باشد و لذا امروزه فقط به عنوان یکی از اقسام طلاق مطرح می‌شود.

۲. بینش سلار و نظریه امروزی خلع

نظریه ارائه شده از سوی سلار (م ۴۴۸ ق.). از هر جهت شبیه معنای امروزی خلع است. سلار، نظریه ابوالصلاح را برگزیده؛ با این تفاوت که وجوب خلع را معتقد نشده و کاملاً شبیه سیستم خلع متداول امروز، اجرای خلع را فقط در صورت تحصیل توافق زوجین و از جانب زوج ممکن دانسته است.

وی پس از بیان معنای «بائن» و ملحق کردن خلع و مباراة به بائن، به تبیین ماهیت خلع

پرداخته و فرموده است: اگر زن جدایی از زوج را اختیار کرده باشد یا به این صورت است که مرد چنین اراده‌ای ندارد یا مرد هم خواهان جدایی است. اگر کراهت فقط از سوی زن باشد و مرد چنین خواسته‌ای نداشته باشد، مرد می‌تواند در ازای رها کردن زن، درخواست عوض کند که این عوض می‌تواند بیش از اموالی باشد که به زن رسیده است. اگر زن اجابت کند، مرد می‌تواند صیغه خلع را جاری کند و در ضمن آن شرط می‌کند که اگر زن به عوض رجوع کند، مرد هم به او رجوع می‌کند، در نتیجه، با رجوع زن، مرد هم حق رجوع خواهد داشت. این خلع است که یک طلاق بائن حساب می‌گردد. (سلار، ۱۶۳-۱۶۴)

تعریفی که وی از خلع ارائه می‌کند از هر جهت شبیه معنای امروزی خلع است؛ جز این که مسأله رجوع را به صورت شرط ضمن طلاق مطرح می‌کند که علی‌القاعده باید ضمانت اجرای آن را عدم امکان رجوع در صورت عدم اشتراط بدانیم؛ به این معنا که در صورت عدم اشتراط، نه زن حق رجوع به عوض خود را خواهد داشت و نه مرد حق رجوع به زندگی؛ والا اگر چنین ضمانت اجرایی را نپذیریم و در صورت عدم اشتراط هم قائل به رجوع باشیم، هیچ فایده دیگری برای شرط کردن نمی‌توان فرض کرد.

نکته مهم در کلام وی، عدم تفکیک میان انواع کراهت و منوط کردن تحقق خلع به حصول توافق از ناحیه زوج است؛ چنان که نظریه غالب فقها و حقوقدانان کنونی هم همین است. وی متعرض این نکته نشده که در صورت عدم حصول توافق و وجود کراهتی در زن که حتی اطاعت خداوند را هم زیر پا می‌گذارد، چه راهکاری باید اندیشید. به نظر می‌رسد بتوان مرحوم سلار را اولین فقیهی دانست که خلع را به سبب امروزی مطرح کرده و بعد از او هم سایر فقها کما بیش تابع ایشان شدند.

۳. شیخ طوسی و نظریه توافق بر خلع

شیخ طوسی (م ۴۶۰ ق.) اجرای خلع را محتاج به حاکم ندانسته (شیخ طوسی، الخلاف، ۱۷/۳) و به آیه ۲۲۹ سوره بقره استناد کرده است که اطلاق دارد و «رفع الی الحاکم» را قید نکرده است. ایشان سپس به تفصیل، عدم امکان رجوع مرد را بحث کرده و در مسأله ۹، اشتراط رجوع را مطرح کرده است که اگر زنی خود را با هزار دینار از شوهرش مختلعه کند، با این شرط که هر وقت مبلغ را بخواهد شوهر به او مسترد کند و برای مرد هم رجوع به زندگی حلال باشد، هم خلع و هم شرط را به استناد روایت «المؤمنون عند شروطهم» صحیح می‌داند، وی در ادامه، با استناد به آیه ۲۲۹ سوره بقره، عدم امکان طلاق مختلعه را بحث کرده که اگر

میان زوجین یک مخالعه صحیح محقق شود، مرد مالک عوض است و حق رجوع ندارد و اگر بعد از آن طلاق را جاری کند، طلاق به هیچ وجه به خلع ملحق نمی‌شود، به این نحو که خدا تسریح را برای همان کسی قرار داده است که امساک هم برای اوست و اگر بعد از خلع، مالک امساک نیست، پس مالک تسریح هم نیست. (همو، ۴/۴۲۴)

شیخ طوسی در *المبسوط* پس از آن که نکاح را عقد معاوضه‌ای دانسته و تصریح کرده که مالکیت زوج بر بضع و مالکیت زوجه بر مهر در یک زمان محقق می‌شود، خلع را با صیغه باب مفاعله یعنی مخالعه به کار برده است و به صراحت اعلام کرده که مالکیت زوج بر عوض و زوال ملک او از بضع، به طور همزمان خواهد بود.

شیخ طوسی در *المبسوط* به جنبه توافقی بودن خلعی که در آن کراهت بین زوجین کراهت وجود ندارد و در کتاب *«النهایه»* به خلع واجب در صورتی که زوجه به کراهت شدید برسد که آن عبارات را ادا کند، اشاره کرده است؛ لذا نتیجه می‌گیریم که در حالت کراهت شدید، نیازی به اخذ توافق نیست. (همو، *النهایه و النکته*، ۴۷۰)

بعضی نویسندگان طرح نظریه وجوب خلع را به شیخ طوسی نسبت داده‌اند؛ (حکمت نیا و همکاران، ۱۹۶/۳) اما همان‌طور که در این سیر تاریخی بیان شد ابوالصلاح حلبی مبتکر آن بوده است.

۴. نظر ابن براج

پس از شیخ طوسی، قاضی ابن براج، (م ۴۸۱ ق.) در *«المهذب»* (ابن براج، *المهذب*، ۲/۲۶۷-۲۷۴) و *«جواهر الفقه»* (همو، *جواهر الفقه*، ۱۷۸) متعرض مسأله شده است.

از بررسی کلام وی، چند نکته برداشت می‌شود: اولاً، تحقق خلع نیاز به صیغه طلاق دارد؛ ثانیاً، به نظر می‌رسد که این بزرگوار نیز به تبعیت شیخ طوسی، هم قائل به خلع توافقی باشد و هم حالتی که زن کراهت شدید داشته و به مرحله زیر پا گذاشتن حدود الهی رسیده که در این حالت نیازی به اخذ توافق زوج نیست؛ هرچند که به صراحت همانند شیخ، خلع واجب را طرح نکرده‌اند، اما صاحب جواهر نیز ایشان را در ردیف طرفداران این نظریه قرار داده است.

۵. خلع از نگاه ابن حمزه طوسی و نظریه اجرای صیغه خلع توسط هر یک از زوجین

ابن حمزه طوسی (م ۵۶۰ ق.) درباره ماهیت خلع گفته است: خلع عبارت است از این‌که زن مالی را به شوهر خود بذل کند در قبال آزادی خودش؛ از آن جهت که از شوهر خود کراهت دارد. وی به بیان موجب خلع، کیفیت آن، اندازه فدیة و شروط خلع پرداخته است. وی

موجب خلع را همان اقوالی از جانب زن دانسته که قبلاً از سایر فقها هم نقل شد که ریشه همه آن‌ها در روایات است و کیفیت آن را به این نحو بیان کرده است که باید حتماً واجد سه شرط باشد:

۱. یکی از طرفین لفظ خلع را جاری کند، یعنی باید صیغه خلع ادا شود؛
۲. مقرون به فدیة باشد؛
۳. دیگری اجابت کند.

میزان فدیة از نظر وی، موکول به نظر دو طرف بوده و شروط هشت‌گانه‌ای مطرح می‌کند که بیشتر همان شروط طلاق است. این بزرگوار، خلع را به صورت عقد مطرح و تصریح می‌کند که هر کدام از دو طرف می‌تواند موجب باشد و طرف دیگر، قابل؛ که این امر خلع را کاملاً از ماهیت ایقاعی طلاق دور می‌کند.

۶. برداشت ابن زهره حلبی

ابن زهره حلبی (م ۵۸۵ ق.) پس از ذکر شرائط طلاق تأکید می‌کند که طلاق بر چهار قسم است: واجب، ممنوع، مستحب و مکروه. وی طلاق خلع را از طلاق‌های واجب می‌داند. وی در بیان ماهیت خلع این‌گونه توضیح داده که در خلع، کراهت فقط از جانب زوجه محقق است و مرد در جدایی از زن مخیر است؛ تا زمانی که زن بگوید اگر چنین نکنی، من خدا را عصیان خواهم کرد و معلوم باشد که او این عصیان را خواهد کرد، پس با این حالت طلاق دادن زن واجب است و برای مرد حلال است که در قبال آن عوض بگیرد، خواه زن این عوض را بذل کند یا مرد از او مطالبه عوض کند و مساوی است که به اندازه مهریه‌ای باشد که مرد به زن داده است یا بیشتر باشد. وی سپس این بحث لفظی را مطرح می‌کند که آیا به الفاظ خلع می‌توان برای جدایی اکتفا کرد یا لفظ طلاق هم باید جاری شود؟ وی در این جا، با استناد به اجماع، لفظ طلاق را الزامی دانسته است. (ابن زهره، ۳۷۲)

۷. نگاه ابن‌ادریس

ابن‌ادریس حلی، (م ۵۹۸ ق.) مسأله خلع را مطرح کرده و توکیل در آن را اجازه داده است و آن را عقد معوض دانسته و تصریح کرده است که اولی این است که آن را ایقاع معوض بدانیم. خلع از نظر وی به تنهایی موجب جدایی و بینونت میان زوجین نمی‌شود، مگر این‌که به دنبال آن طلاق جاری شود؛ هر چند، طبق مذهب برخی اصحاب، مثل سید مرتضی، خلع به تنهایی موجب بینونت و جدایی است. (ابن‌ادریس، ۸۳/۲)

۱. محقق حلی و عدم اظهار نظر

محقق حلی، (م ۶۷۶ ق.) در باب خلع و مبارات، در المختصر النافع (محقق حلی، المختصر النافع، ۲۰۳) و شرائع (همو، شرائع الإسلام، ۶۱۱)، چند مطلب اساسی، از جمله لزوم صیغه و ماهیت خلع و وجوب آن را بیان کرده و بعد از بیان نظریات سید مرتضی و شیخ طوسی، نتوانسته هیچ اظهار نظر کند؛ به طوری که در نقل قول از این بزرگان به نظر می‌رسد استنباط صحیحی نداشته، زیرا در پی طرح این سؤال که آیا به صرف صیغه، خلع جاری می‌شود یا خیر، از سید مرتضی نقل کرده که پاسخ مثبت است و از شیخ طوسی پاسخ منفی را نقل کرده است؛ تا وقتی که به دنبال خلع، صیغه طلاق هم جاری شود آن‌گاه به صیغه خلع مجرد از طلاق پرداخته که نزد سید مرتضی، طلاق محسوب می‌شود و نزد شیخ، فسخ خواهد بود؛ در حالی که سید مرتضی، برای خلع، ادای لفظ و صیغه را لازم نمی‌داند و شیخ طوسی نیز قائل به فسخ نیست بلکه معتقد است که اگر قرار باشد صیغه طلاق در پی خلع آورده نشود و بر اساس دیدگاه کسانی که این‌گونه معتقدند، خلع، فسخ است.

عصر علامه حلی تا میرزا ابوالقاسم قمی (۱۱۲۱ - ۱۱۵۱ ق)

۱. دیدگاه علامه حلی و پایان عمر نظریه وجوب خلع

منصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر حلی (م ۷۲۶ ق.) به وجوب نهی از منکر برای نظریه وجوب خلع استدلال کرده اما خود بر این استدلال ایراد کرده و به صراحت نظریه وجوب خلع را به نظریه استحباب خلع تنزل داده است. در واقع، از نظر وی، دلیلی بر وجوب خلع وجود ندارد علاوه بر اینکه ادعا کرده بیشتر فقهای شیعه خلع را واجب نمی‌دانند. (مختلف الشیعه، ۷ / ۳۹۱)

۲. شهید ثانی و مبدع نظریه طلاق معوض

شیخ زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی جبعی (م ۹۶۶ ق.) معروف به شهید ثانی نیز همانند علامه، نظریه وجوب خلع را حمل بر استحباب مؤکد کرده است ولی طلاق دیگری تحت عنوان «طلاق به عوض» را خلق کرده که در واقع با توجه به لزوم کراهت در خلع، طلاق است که زن و شوهر بدون داشتن کراهت، برای طلاق توافق می‌کردند؛ (شهید ثانی، ۹ / ۴۱۱) اما نظریه این فقیه، تقریباً دو قرن با بی‌اعتنایی مواجه شد تا زمان میرزای قمی که با تغییراتی مجدداً مطرح گردید.

۳. صاحب جواهر و پاسخ به استدلال شیخ طوسی در وجوب خلع

شیخ محمد حسین نجفی، معروف به صاحب جواهر الکلام (م ۱۲۶۶ ق.) دیدگاه و استدلال مرحوم شیخ را زیر سؤال برده و آن را منافات با اصول مذهب و قواعد آن دانسته، هر چند تحقق خلع را بدون لفظ محقق شمرده است. (۴/ ۳۳)

۴. میرزا ابوالقاسم قمی و پدیده «خلع بائن»

میرزا ابوالقاسم قمی خلع را از انواع طلاق به معنای خاص جدا دانسته و ضمن پذیرفتن طلاق به عوض، از پدید آوردن اصطلاح «خلع بائن» است (میرزای قمی، ۵۲۸/۱) که به طور کامل در بخش بعدی به آن می‌پردازیم.

عصر حاضر و خلع کنونی

فقه‌های معاصر (شیرازی خاقانی، ۴۴۴؛ روحانی، ۲۳/۹۳؛ امام خمینی، ۲/۳۴۹) معتقدند:

۱. خلع لفظ خاص لازم دارد، اما فرقی بین لفظی که از صیغه طلاق باشد و خلع نمی‌کند.

۲. انجام خلع از جانب زوج است.

جز اندکی از فقهای معاصر (صانعی، ۲۵/۸)، اکثر آنان، معتقد به خلع واجب نیستند و فقط خلعی که زوجه به علت کراهت از زوج با پیشنهاد فدیة، زوج را به انجام خلع راضی می‌کند و زوج هر میزان حتی بالاتر از مهریه می‌تواند مطالبه کند؛ (میرزای قمی، ۵۲۸/۱) که در واقع به پشتوانه همین نظریه، ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی تفسیر و اجرا می‌شود.

امکان استخراج نظریه نوین خلع

در مباحث پیشین، ضمن بیان دیدگاه‌های فقها، به دو جریان فکری در حوزه انحلال نکاح از ناحیه زوجه برخوردیم که نشانگر جرقه‌ی فکر جدیدی در این نهاد حقوقی و فاصله‌گیری از نظرگاه فقهای متقدم (ابن بایویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) بود. اولین فکر، توسط ابوالصلاح حلبی پایه‌گذاری گردید و مستدل کردن آن توسط علامه حلی در «مختلف الشیعه» انجام شد. این بزرگان، نظریه «وجوب خلع» را مطرح کردند؛ اما دیدگاه‌های آنان در این زمینه مجرای پدید آمدن جریان انحرافی شد؛ و «خلع» از ابتدای این دوره به پیروی از سلاله، از اقسام طلاق و از جانب زوج قرار گرفت و همچنین نیازمند صیغه دانسته شد. مبدع ایده دوم، شهید ثانی و سپس میرزای قمی بودند، هر چند که در بیانات شیخ طوسی نیز به توافق بر جدایی اشاره شده بود؛ که ما تحت نظریه «خلع معوض» یا خلع قراردادی، نامگذاری می‌کنیم.

پس از بیان جریان‌شناسی انحراف نظریه خلع از شکل اولیه تا شکل امروزی، با حفظ

اشتراک در مبانی نظریه‌ی خلع واجب و با کشف دلایل اختلاط مباحث و جریان انحرافی، نظریه فقهای متقدم (قبل از قرن پنجم) را روش‌مند کرده و نظریه نوین خلع یکجانبه‌وازی را از جانب زوجه که یک نوع جدایی، غیر از طلاق قابل طرح بوده و قابلیت استدلال دارد.

نتیجه‌گیری

. در اصطلاح، واژه «طلاق» گاه به عنوان «مقسم» و گاه به عنوان «قسم» و «نوع» ارزیابی می‌شود. اگر طلاق به عنوان مقسم مورد نظر باشد، با توجه به معنای لغوی حقیقی، به معنای «مطلق جدایی» است و اگر به عنوان قسم و نوع مورد نظر باشد، به معنای مجازی، «جدا شدن یک‌جانبه مرد از همسر دائمی خویش» است. در نتیجه، اگر منظور از طلاق در هنگام تعریف، مطلق انحلال باشد، می‌توان خلع را از اقسام طلاق قرار داد و در غیر این صورت، طلاق، مقسم نیست و یکی از انواع سه‌گانه انحلال نکاح است. از بررسی معنای لغوی خلع در لغت و معنای اسم مصدری آن، دو نکته برداشت می‌شود که خلع هم به مرد نسبت داده شده و هم به زن؛ بدین معنا که خلع، عمل طرفینی است و وقتی انجام می‌شود هم زن خالع است و هم مرد.

. بسیاری از فرهنگ‌های جاهلی پس از ظهور اسلام رواج داشته و کم‌کم از میان برداشته می‌شده است. به نظر می‌رسد بتوان این‌گونه استنباط کرد که این الگو بعد از ظهور اسلام نیز بر تحکیم انحصاری حق طلاق به دست زوج تأثیر داشته است.

. اصطلاح خلع، قبل از اسلام نبوده؛ چون به تصریح اهل لغت و فقها، این اصطلاح بعد از اسلام و به خاطر آیاتی از قرآن، جعل گردیده است و اینکه در متن کتاب «المفصل» و بعضی کتب دیگر آمده که اولین خلع توسط عامر الحارث بن الظرب صورت پذیرفته است، به نظر می‌رسد که تحت فرهنگ اسلامی از این واژه استفاده شده است.

. به طور مسلم، این نوع جدایی که زوجه توافق زوج را برای طلاق، در قبال مال جلب کند مرسوم بوده و بدون این که اصطلاح «خلع» نامیده شود، قابل مقایسه با خلع بوده است؛ اما در بعضی از اقوام عرب، عمل جدایی از جانب زن، در صورتی که هنگام ازدواج شرط کرده بود که اختیار طلاق را داشته باشد، وجود داشته که با ابرازهای مختلف انجام می‌شده؛ که به نظر می‌رسد این مورد خارج از «خلع» بوده و با طلاق وکالتی قابل مقایسه است.

. این که شرط طلاق قبل از اسلام وجود داشته، بیانگر این است که طلاق حق انحصاری مردان بوده است و آلا اگر زن‌ها نیز دارای چنین حقی می‌بودند، شرط کردن برای داشتن حق

طلاق هنگام عقد چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

. فقهای متقدم (ابن بابویه، شیخ صدوق، سید مرتضی) معتقد بودند که «خلع»، موجب انحلال است و از جانب زوجه با ادای الفاظ میرز کراحت شدید انجام می‌شود و نیازی به صیغه و لفظ خاص ندارد؛ اما دقت در این سیر تاریخی نشان می‌دهد که به تدریج در طول زمان، از دیدگاه آنان، در ماهیت و نحوه اجرای خلع چیزی باقی نمانده و کاملاً دستخوش تغییرات اساسی گردیده و وجوب صیغه برای اجرای خلع از «حلبی» برگرفته شده و لزوم توافق زوج بر میزان فدیة و عدم وجوب خلع در موارد کراحت از «سلار» اخذ شده و به صورت امروزی درآمده است.

. از بررسی انجام شده نتیجه گرفته می‌شود که در حوزه انحلال نکاح، فرای دیدگاه خلع مشهور امروزی، دو نوع نظریه می‌توان استخراج کرد، خلع واجب و خلع معوض. و نظریه سومی را با الهام از دیدگاه فقهای متقدم با نام خلع یکجانبه از ناحیه زوجه، پایه‌گذاری کرد.

منابع

قرآن کریم.

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسين، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، قم: مؤسسه الإمام الهادی (ع)، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *فقه الرضا*، مشهد المقدسه: المؤتمر العالمی للإمام الرضا (ع)، ۱۴۰۶ ق.
- _____، *من لا یحضره الفقیه*، بیروت: دارالاذباء، ۱۴۰۵ ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، *المهذب*، قم المشرفه: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسين، ۱۴۰۶ ق.
- _____، *جواهر الفقه*، قم المشرفه: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة الی نیل الفضیله*، قم: مطبعة الخیام، منشورات مکتبه آیة الله المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ ق.
- ابن حیون، نعمان بن محمد، *الدعائم الاسلام و تأویل الدعائم*، تحقیق محمد حسن الاعظمی، قاهره: دارالمعارف، ۱۹۱۴ م.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع*، قم: اعتماد، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، قم: نشر ادب الحوزه، ١٤٠٥ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الكافی فی الفقه*، اصفهان: مكتبة الإمام أميرالمؤمنین علی (ع)، ١٤٠٠ ق.
- پیشوایی، مهدی، «تاریخ در آینه پژوهش»، *مجله تاریخ در آینه پژوهش*، سال هفتم، سال ١٣٨٩، ش ٣.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية*، بیروت: دارالعلم للملایین، ١٩٥٦ م.
- حکمت نیا و همکاران، *فلسفه حقوق خانواده*، تهران: روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ١٣٨٦.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
- ربانی، محمد حسن، *فقه و فقهای امامیه در گذر زمان*، شرکت چاپ و نشر بین الملل، ١٣٨٦.
- روحانی، محمد صادق، *فقه الصادق*، قم: مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم، ١٤١٢ ق.
- شیر خاقانی، محمد محمد طاهر، *الزواج و الطلاق فی رسالات السماء*، بی جا، بی تا، ١٤٠٠ ق.
- شکری الالوسی، محمود، *بلوغ الارب فی معرفة احوال العرب*، قاهره: دارالمکتبه الطیب، چاپ سوم، ١٣٤٣ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، دارالهدی للطباعه و النشر، ١٤١٤ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن یاقر، *جواهر الکلام*، تهران: مکتب الاسلامیه، بی تا، چاپ ششم.
- صانعی، یوسف، *فقه و زندگی*، قم: انتشارات ثقلین، ١٣٨٦.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، قم: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت، ١٤١٦ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم المشرفه: مطبعة مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین، ١٤٠٧ ق.
- _____، *المبسوط فی الفقه الامامیه*، طهران: المطبعة الحیدریه، المکتبه المرتضویه، چاپ دوم، ١٣٨٨.
- _____، *تهذیب الاحکام*، نجف: افست بیروت، با تصحیح حسن موسوی خراسان، ١٩٥٨ م.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، احیاء التراث الاسلامی، ١٤١١ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *مسائل الناصریات*، مؤسسه الهدی، مرکز البحوث و الدراسات العلمیه، ١٤١٧-١٩٩٧ م.
- علی، جواد، *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ دوم، ١٩٧٠ م.

- قابل، احمد، «شریعت عقلانی» سایت شخصی.
- کحاله، عمر رضا، *الطلاق*، سوریه: مؤسسه الرساله، ۱۹۷۷ م.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الفروع من الکافی*، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع*، طهران: مؤسسه البعثة، چاپ دوم، ۱۴۰۲ ق.
- _____، *شرائع الإسلام*، طهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *اصول فقه*. تهران: انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۶.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: دارالفکر، ۱۹۹۴ م.
- معرفت، محمدهادی، «زن در نگاه قرآن و در فرهنگ زمان نزول وحی» بخش دوم، ترجمه حسن حکیم باشی، *مجله پژوهش‌های قرآنی*، ویژه زن در قرآن ۲، پاییز و زمستان ۱۳۸۰، شماره ۲۷ و ۲۸.
- مفید، محمد بن محمد، *احکام النساء*، بیروت: دارالمفید للطباعة والنشر و التوزیع، ۱۴۱۴-۱۹۹۳ م.
- _____، *المقنعه*، قم المشرفه: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۰ ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *رسائل میرزای قمی*، قم: مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی، تحقیق مکتبه الاعلام الاسلامیه، ۱۳۸۵.
- هلالی، تقی الدین، *احکام الخلع فی الاسلام*، بیروت: دارالفکر العربی، چاپ دوم، ۱۳۷۷ ق.
- واحدی، قدرت‌الله، *مطالعه تطبیقی درباره سیستم‌های حقوقی*، انتشارات آسیا، ۱۳۴۷.
- وافی، علی عبدالواحد، *الاسره و المجتمع*، مصر: دارالاحیاء الکتب العربیه، چاپ چهارم، ۱۹۵۸ م.