

## تعبدگرایی و آزاداندیشی

### تأملی در مقالات «تضاد و تعارض در فقه اسلامی»<sup>۱</sup>\*

نوئل، ج. کولسن

ترجمه: اسماعیل نعمت‌اللهی و محمد امامی پور

تعلیقه‌ها از: سیدصادق سیدحسینی ناشی

#### چکیده

مقاله حاضر، گزینشی از ترجمه فصل تعبدگرایی و آزاداندیشی از کتاب «تضاد و تعارض در فقه اسلامی»، به همراه تعلیقات نقادانه آن است. نویسنده در این فصل کتاب خود، روند قضا در کشورهای اسلامی را حرکت از تعبدگرایی به آزاداندیشی معرفی کرده، و برای اثبات آن، به برخی پرونده‌های قضایی طلاق در کشورهای اسلامی، استشهاد کرده است. تلاش ناقد بر اثبات این مسأله است که اولاً نشان دهد روحیه تقلیدگرایی به فقه سنی قدیم منحصر است و فقه شیعه و فقه سنی معاصر، فقهی پویا است؛ و ثانیاً با تأکید بر تفاوت فقه و قانون، و بیان اقتضائات آن دو، آنچه را که نویسنده تضاد و تعارض انگاشته، از عدم توجه به اقتضائات قانون در برابر اقتضائات فقه معرفی شده است.

#### کلیدواژه‌ها

فقه، قانون، تعبدگرایی، آزاداندیشی، قضا. طالعالت فریبی

\* تاریخ دریافت ۱۳۹۳/۲/۳۱؛ تاریخ پذیرش ۱۳۹۳/۵/۲۵.

فقه اسلام، اجتهادی نظری است برای فهم مناسبات دقیق قانون الاهی. مسأله این است که نظریه به دست آمده، در عمل، تا چه اندازه به فقیه - که وظیفه اش شرح این قانون است - و قاضی - که وظیفه اش اجرای آن است - اختیار داده است. آیا قاضی یا فقیه، در تصمیم گیری، از آزادی شخصی برخوردار است؛ یا این که باید از برخی منابع به رسمیت شناخته شده پیروی کند؟<sup>۲</sup>

روند کلی تلاش فقها برای فهم مناسبات شریعت، «اجتهاد» خوانده می شود و فردی که به این کار می پردازد، «مجتهد» نامیده می شود. عالمانی که در این زمینه پیشگام بودند، از آزادی کامل در تحقیق مستقل «اجتهاد» بهره داشتند؛ اما به مرور زمان، روند اجتهاد محدودتر شد.<sup>۳</sup> دلیل این امر اوضاع و احوالی بود که عملاً رشد نظریه اجتهاد را احاطه کرده بود. گروه بندی دانشمندان در مذاهب، بر اساس پیروی شخصی از فقهای برجسته ای قرار داشت که گوی سبقت را از معاصران خود ربوده بودند. این امر، شرایطی را به وجود آورد که در آن، شاگردان از اصول و قواعد مذهب خاص خود پیروی کردند و فضایل و اعتبار استاد خود را تقریباً تا حد تقدیس ستودند. در واقع، این قهرمان پرستی به رغم تمایل خود پیشوایان [مذاهب] ظهور یافت که پیوسته بر فردی بودن و خطاپذیری نظریات خود تأکید می کردند.

بدین ترتیب، به نظریات فقهای اولیه چنان اعتباری داده شد که خود آن ها هرگز مدعی آن نبودند. کتب آن ها، به تعبیر فقهی، «امّ الکتب» آن مذهب گردید و موضوع تفاسیر جامع و فزاینده نسل های بعدی شاگردانی قرار گرفت<sup>۴</sup> که از سر وفاداری، محتوا و شکل اصلی تعالیم اساتید گذشته خود را حفظ کردند. بدین ترتیب، نظریه فقهای سلف، دست کم در درون هر مذهب، با اجماع عمومی مورد تأیید قرار گرفت و استقرار یافت؛ و در محافل فقها این اعتقاد شکل گرفت که روند اجتهاد، سیر طبیعی خود را به طور کامل طی کرده است. در آغاز قرن دهم (چهارم هجری) روشن شد که تلاش نسل های پیشین فقها، این نظریه را به بلوغ کامل رسانده است و اجتهاد بیش تر، بی هدف یا بی فایده خواهد بود. قاضی یا فقیه، دیگر احساس نمی کرد که بتواند آزادانه به بررسی متن قرآن یا مفاد سنت پیامبر (ص) پردازد؛ همچنین حق نداشت به قیاس متوسل شود یا به چنان استحضانی دست زند. اکنون، آنان می بایست به عنوان «مقلد»، احکام را از این مجموعه های معتبر بگیرند و در صدد تخلف از آن ها بر نیایند.<sup>۵</sup>

حقیقت این است که قضات مسلمان، همانند سایر همتایان خود در سراسر دنیا، تابع

سابقه‌ای قضایی بودند؛ و از نظر آن‌ها هدف اساسی حقوق، تثبیت نظم اجتماعی بود. سایر نظام‌های حقوقی تاریخی، مانند حقوق رم و حقوق عرفی «کامن لا»، نیز دوران کمابیش طولانی خود را تجربه کرده‌اند؛ دورانی که حقوق راکد و قواعد آن، ثابت ماند؛ و دلیل آن صرفاً این بود که این نظام‌ها با روحیه جامعه‌ای، هماهنگ بودند که برای اداره آن طراحی شده بودند. اما هنگامی که نظم اجتماعی تغییر و تحول یافت، این حقوق ثابت، به هم ریخت و اعتبار آن از بین رفت.<sup>۶</sup> حقوق اسلام نیز مانند سایر نظام‌های حقوقی، از این روند عمومی مصون نماند. شاید حقوق اسلامی برای مدت نسبتاً طولانی، ثابت و ایستا باقی مانده باشد، اما این عدم پویایی، عمدتاً به این دلیل بود که خود جامعه اسلامی در طول این مدت، نسبتاً بدون تغییر باقی مانده است. در واقع، تا چند دهه گذشته قرن حاضر (بیستم) نیروی اجتماعی مهمی وجود نداشت که با اعتبار مجموعه‌های حقوقی قرون وسطا به مبارزه برخیزد. ولی امروزه جامعه اسلامی، ارزش‌ها و معیارهای رفتاری مختلفی را پذیرفته است؛ از این رو، نظریه سنتی مورد تردید قرار گرفته و اعتبار اصل تقلید بیش از پیش مخدوش شده است.

اکنون، قصد دارم نتایج این رویکرد جدید را آن‌گونه که در دو منطقه خاورمیانه و پاکستان پدید آمد، بررسی کنم و نشان دهم که این رویکرد، چگونه تغییرات اساسی و مهمی را در قواعد شرعی و سنتی طلاق ایجاد کرده است.

بنابر حقوق سنتی اسلام، جدایی زوجین می‌تواند به سه طریق، واقع شود: اول، از راه رضایت متقابل زوجین؛ جایی که بدون نیاز به مراجعه به دادگاه، صرف توافق آن دو، عقد را منحل می‌کند. دوم، از راه حکم قضایی طلاق در موافقت با دادخواست زوجه‌ای که اثبات کند همسرش دچار بیماری روانی یا جسمی شده است، یا یکی از جرایم زناشویی، مانند بدرفتاری، ترک خانواده، یا ترک نفقه از او سر زده که زندگی زناشویی را برای زن، تحمل‌ناپذیر و عسر‌آور می‌سازد. آخرین راه که اهمیت آن کم‌تر از دو راه قبل نیست، فسخ یک جانبه نکاح از جانب زوج و از راه اعمال اختیاری است که طلاق مشهور است؛ فرایندی که برای تمایز کامل آن از دو نوع دیگر، به بهترین وجه، «طرد» زوجه توسط زوج نامیده می‌شود. طبق اجماع مراجع سنتی، اختیار شوهر در طلاق همسر، دل‌بخواهی و بی‌قیدوشرط است.<sup>۷</sup> وی می‌تواند به میل خود، این اختیار را اعمال کند، و دادگاه یا هیچ مقام رسمی دیگری، نمی‌تواند انگیزه او را از این کار بررسی کند. اعمال حق طلاق، یک جریان کاملاً فراقضایی است<sup>۸</sup> و گرفتار هیچ تشریفات نیست. طلاقی که سه مرتبه تکرار

شود، موجب انحلال قطعی ازدواج و رجوع ناپذیری آن می‌شود. از سوی دیگر، طلاق که فقط یک مرتبه اعلام شود، قطعی نیست؛ زیرا شوهر می‌تواند منصرف شده، به میل خود طلاق را در خلال مدتی که به «عده زن» معروف است، لغا کند. مدت عده، حدود سه ماه پس از طلاق یا در مواردی که زوجه آبستن است، تا زمان ولادت طفل است.<sup>۹</sup>

قانون احوال شخصیه سوریه، مصوب سال ۱۹۵۳، کانون مناسبی برای اهداف ما است. مقدمه بخشی از این قانون که به طلاق مربوط بود، به قدر کافی صراحت داشت. اما پس از این ندای هشداردهنده مقدمه، دو انحراف اساسی از قواعد سنتی طلاق، به وجود آمده که شاید نوعی سسرفت به نظر برسند.

اول، طلاق که سه بار تکرار شود، و به تعبیری سه طلاقه، دیگر عامل قطعی و فوری از هم گسیختن رابطه زناشویی نبود و تنها می‌بایست طلاق واحدی محسوب می‌شد که شوهر می‌توانست آن را لغو کند.<sup>۱۰</sup>

دوم، و مهم‌تر این که ماده ۱۱۷ قانون [احوال شخصیه] سوریه مقرر می‌دارد هر گاه دادگاه، ملاحظه کند که شوهری بدون دلیل معقول، همسر خود را طلاق داده و موجب ورود خسارت مادی به او شده است، می‌تواند به شوهر دستور دهد که به زن خسارت بپردازد. مقرر مزبور، اولین تلاش حقیقی در طول سیزده قرن سنت حقوقی است که برای مهار کردن اختیار شوهر در موضوع طلاق انجام شده است. برای اولین بار، انگیزه مرد در اعمال حق طلاق، واریسی شد و در صورت سوء استفاده از آن، موقعیت زوجه تا حدی مورد حمایت قرار گرفت.

قانون احوال شخصیه تونس، مصوب سال ۱۹۵۷، به طور خلاصه چنین اعلام می‌کند: «هر گونه طلاق خارج از دادگاه، فاقد اعتبار حقوقی است.» هنگامی که مردی می‌خواهد همسرش را طلاق دهد، باید در دادگاه حضور یابد و دادگاه باید در صورتی حکم طلاق صادر کند که وی همچنان مُصراً [بر طلاق] باشد. اما دادگاه، این اختیار را دارد که با در نظر گرفتن تمام اوضاع و احوال، حکم کند که آیا لازم است مرد به زن خسارت بپردازد یا خیر؛ و در صورت لزوم، چه مقدار باید خسارت بپردازد. این قانون، هیچ حدی را [برای این خسارت] تعیین نکرده است.

در تأیید این نوآوری بزرگ (این مقرر که طلاق اکنون تنها در صورت رسیدگی قضایی معتبر است) حقوق دانان تونس، به آیه‌ای از قرآن استشهاد کردند که می‌گوید: «هر گاه میان زوجین اختلافی رخ داد، حکم و داور تعیین نمایید.»<sup>۱۱</sup> از آن جا که اراده مرد برای طلاق

همسر، روشن‌ترین نشانه وجود اختلاف میان زوجین بود، و نیز از آن‌جا که دادگاه‌ها مناسب‌ترین نهاد برای انجام وظیفه داورى که قرآن در آن اوضاع و احوال، به آن دستور داده است بودند، چه مرجع مطمئن‌تری برای مداخله قضایی در همه موارد طلاق وجود داشت؟ البته زوج هنوز هم اختیار دارد که نکاح را یک طرفه فسخ کند، منوط به این که حاضر باشد، خسارت پردازد؛ اما ضربه نهایی و مهلک بر نظام مردسالارانه نظریات سنتی هنوز از راه نرسیده بود. قانون تونس اعلام می‌کند که دادگاه در سه مورد اصلی، حکم طلاق را صادر می‌کند: اول، هنگامی که یکی از زوجین بتواند یکی از موجبات پذیرفته شده برای انحلال قضایی نکاح، از قبیل بیماری جسمی یا روحی و یا جرایم زناشویی را اثبات کند؛ دوم، در صورت توافق زوجین بر طلاق؛ و سوم، در صورتی که یکی از زوجین بر طلاق اصرار نماید و دادگاه نیز خسارت قابل پرداخت مناسبی را ارزیابی و تعیین کند.<sup>۱۲</sup> به طور اختصار، حقوق تونس اکنون زوجه را در موضوع طلاق، دست‌کم از لحاظ نظری، در رتبه‌ای دقیقاً مساوی با زوج قرار می‌دهد. در تأیید این اقدام انقلابی نیز می‌شد ادعا کرد که خود قرآن، دلیل لازم را فراهم کرده است، به ویژه در آیه ۲۲۸ سوره بقره: «زنان همان حقی را بر مردان دارند که مردان بر آن‌ها دارند.»<sup>۱۳</sup> شاید امروزه هیچ قانون جدیدی درباره طلاق نباشد که به نحوی صریح‌تر و قاطعانه‌تر از قانون تونس، این نظریه را پاس بدارد که طلاق باید هنگامی ممکن باشد که از دواج عملاً از هم پاشیده باشد.

در دعوی «آقامحمد علیه کلثوم بی بی» در سال ۱۹۸۷، که دعوی اصلی در این زمینه است، زنی پس از فوت همسر مسلمانش، علاوه بر سهم الارث، نفقه یک سال از ترکه همسر سابقش را مطالبه کرد. دادگاه بدوی ادعای او را بر اساس آیه ۲۴۰ سوره بقره پذیرفت. در این آیه آمده است: «کسانی از شما که می‌میرند و همسرانی به جا می‌گذارند، برای همسرانشان هرینه یک سال را وصیت کنند.»<sup>۱۴</sup> اما قاعده مسلم، به گونه‌ای که در منابع معتبر فقهی ثبت شده، این بود که زوجه فرد متوفای چنین حق نفقه‌ای ندارد. چنین تلقی شد که مقررات بعدی قرآن درباره سهم معین زوجه از ترکه، آیه مزبور را نسخ کرده است. به همین دلیل، هیأت مشاوران سلطنتی که آخرین دادگاه استیناف در این پرونده بود، ادعای نفقه مزبور را رد کرد و اظهار نمود: «عالی جنابان... تمایل ندارند درباره روشی تأمل کنند که با آن، متن منقول از قرآن... باید با قاعده مقرر در [کتاب معتبر فقه حنفی، یعنی] هدایه جمع شود،...؛ اما اشتباه است که دادگاه در موضوعی از این دست، تفسیری از قرآن داشته باشد که با رأی صریح مفسران اثری با چنین قدمت و اعتبار عالی‌ای مخالف باشد.»

تا زمانی که اصل موجود در «دعوی کلثوم بی بی» حاکم بود، تنها مرجعی که می توانست قاعدهٔ مسلم در کتب فقهی را رد کند، خود قانون گذار بود. چنین قضیه ای، در مورد حقوق طلاق، در دو موقعیت عمده به وقوع پیوست: اولین موقعیت، تصویب «قانون انحلال نکاح مسلمانان»، در سال ۱۹۳۹ بود. بر اساس فقه سنتی حنفی، زوجهٔ مسلمان به هیچ وجه حق نداشت از دادگاه درخواست کند که ازدواج وی را به دلیل ارتکاب جرایم زناشویی توسط همسر منحل کند.<sup>۱۵</sup> او در صورتی می توانست از دادگاه، اعلام بطلان ازدواج را بخواهد که معلوم شود شوهر اصلاً قدرت بر آمیزش ندارد، و [نیز] زوجه می توانست از دادگاه بخواهد که اعلام کند وی بیوه است؛ و در نتیجه، ازدواج او خاتمه یافته است. اما زوجه تنها در صورتی می توانست حکم اخیر را درخواست کند که شوهرش ناپدید شده و با گذشت نود سال از تاریخ ولادتش، خبری از او به دست نیامده باشد. اما با تصویب «قانون انحلال نکاح مسلمانان»، که آشکارا از قوانین دعاوی زناشویی انگلیس سرمشق گرفته بود، به زوجهٔ مسلمان حق داده شد که بر اساس موجبات متعارفی چون بدرفتاری، ترک خانواده، و ترک انفاق، درخواست طلاق کند.

اما جایی که قانون گذار از ورود به آن واهمه داشت، این بود که قضات تا آن زمان، نه تنها برای محدود کردن اختیار شوهر در موضوع طلاق، بلکه حتی برای ایجاد توازن بین زوجین از راه اعطای حقی تقریباً مساوی به زوجه در پایان بخشیدن یک طرفه به ازدواج، وارد شده بودند.<sup>۱۶</sup> به این منظور، دادگاهها ادعا کردند که حق دارند منابع سنتی را نادیده بگیرند و با تفسیری مستقل از وحی الهی، قواعد حقوقی را تعیین کنند.

دعوی اصلی در این زمینه که در واقع حدود دو سال قبل از تصویب «فرمان قوانین خانواده» رخ داده بود، دعوی «بلقیس فاطمه علیه نجم الاکرن قرشی» بود که دادگاه عالی لاهور در سال ۱۹۵۹ به آن رسیدگی کرد. ازدواج بلقیس فاطمه، ازدواجی صرفاً اسمی بود و او هرگز با شوهرش زندگی نکرده بود. سرانجام وی طبق «قانون انحلال نکاح مسلمانان» و به این دلیل که شوهرش در دادن نفقه وی کوتاهی ورزیده، از دادگاه درخواست طلاق کرد. وقتی دادگاه دادخواست وی را رد کرد، گفته شد که دادگاه عالی با وجود این، باید حکم طلاق را صادر کند؛ زیرا ادعا شد که بر اساس فقه اسلام، زوجه حق دارد با پس دادن مال یا منافع مادی ای که احتمالاً از شوهر دریافت کرده، درخواست طلاق کند.

بر اساس فقه سنتی حنفی، زوجه می تواند با پرداخت عوضی به شوهر در مقابل رهایی اش، طلاق را به دست آورد. عوض معمولاً همان مالی است که هنگام ازدواج با

شوهر به عنوان مهریه از او دریافت کرده است. این نوع طلاق، «خلع» نامیده می‌شود. طلاق خلع یک شیوه غیرقضایی است و به حکم دادگاه، نیازی ندارد. اما چون طلاق است که با توافق زوجین انجام می‌شود، رضایت آزادانه شوهر برای اعتبار آن، ضروری است. اما در دعوی بقیس فاطمه، این استدلال مطرح شد که آیه قرآنی که مستند نهاد طلاق خلع است، به دادگاه اجازه می‌دهد که در اوضاع و احوال خاص، طلاق خلع را حتی بدون رضایت شوهر، بر زوجین تحمیل کند. در آیه مربوطه، چنین آمده است: «و اگر بیم داشتید که آن دو، حدود الهی را اقامه نکنند، در مورد آنچه زن به مرد فدیة کند، باکی بر آن دو نیست.»<sup>۱۷</sup> استدلال شد که این آیه باید خطاب به قاضی باشد؛ کسی که مسؤول تعیین این امر است که آیا زوجین حدود الهی را رعایت می‌کنند یا خیر؛ به تعبیر دیگر، تعیین این مسأله که آیا اختلاف طرفین آن قدر جدی هست که زندگی زناشویی را تحمل ناپذیر سازد، یا خیر؟ حال از آن جا که طلاق خلع با توافق زوجین نافذ است، چه زندگی زناشویی قابل تحمل باشد و چه نباشد، تنها توجیه این ارجاع به قاضی، باید این باشد که وی اختیار دارد ازدواج را در صورتی که واقعاً برای زوجه تحمل ناپذیر شده باشد، خاتمه دهد. اگر قاضی چنین اختیاری نداشته باشد، [یعنی] اگر وقوع خلع تنها با توافق زوج امکان‌پذیر باشد، هر حکم دادگاه مبنی بر این که ازدواج زوجین در واقع فرو پاشیده و به همین دلیل زوجین نمی‌توانند حدود الهی را رعایت کنند، کاملاً بی‌معنا خواهد بود.<sup>۱۸</sup> دادگاه عالی با پذیرش این استدلال‌ها حکم کرد که زن مسلمان می‌تواند طلاق خلع را به عنوان یک حق، درخواست کند؛ دادگاه محتاطانه این قید را نیز اضافه کرد که البته نه «به دلیل هر هوا و هوس گذرا»، بلکه تنها «در صورتی که قاضی احراز کند که حدود الهی رعایت نخواهد شد، یعنی احراز کند که... یک وضعیت زناشویی هماهنگ، بدان گونه که اسلام مقرر کرده، امکان‌پذیر نیست». البته زوجه مکلف است که آنچه از زوج در قبال ازدواج دریافت کرده، به وی بازگرداند. بقیس فاطمه در واقع زیورهایی به ارزش ۲۵۰۰ روپیه به عنوان مهریه دریافت کرده بود، و این مبلغ را در قبال رهایی اش، به زوج پرداخت کرد.

اگرچه رأی دادگاه در این دعوا آشکارا نتیجه تفسیر مستقل دادگاه از قرآن و انحرافی اساسی از فقه سنتی حنفی بود، می‌توان گفت که فقه مذهب مالکی، بدان گونه که مثلاً در مراکش، تونس، یا نیجریه اجرا می‌شود، همواره این مطلب را به رسمیت شناخته است که طلاق خلع را می‌توان با اصرار زوجه و به رغم فقدان موافقت زوج، عملی ساخت. فقه

مالکی در این مورد، به آیه دیگری از قرآن استناد می‌کند که با آیه مربوط به خلع، ارتباط نزدیکی دارد و در آن چنین آمده است: «و اگر از ناسازگاری آن دو بیم داشتید، پس داوری از خانوادهٔ مرد و داوری از خانوادهٔ زن تعیین کنید.»<sup>۱۹</sup> فقه مالکی با توجه به این آیه، شیوه خاصی را در دعاوی راجع به اختلافات زناشویی ابداع کرد که طبق آن، دو داور علت اختلاف را بررسی می‌کردند. اگر تلاش برای سازش به جایی نمی‌رسید، وظیفهٔ داوران این بود که تعیین کنند کدام یک از طرفین، مسئول اصلی فروپاشی ازدواج است. اگر معلوم می‌شد که تقصیر اصلی، متوجه زوج است، داوران می‌توانستند وی را به «طلاق» دادن زوجه و ادار نمایند؛ و اگر وی از این کار خودداری می‌کرد، می‌توانستند از طرف وی طلاق را اعلام کنند. از سوی دیگر، اگر تقصیر اصلی بر عهدهٔ زوجه بود، داورها اختیار داشتند که طلاق خلع را تحمیل کنند، و طبق آن، زوجه مکلف بود در قبال رهایی اش مهریه را بازگرداند. بنابراین، زنی که می‌خواست خود را از شوهری ناخواسته هر چند که رفتار زناشویی مرد زیان‌بار و در خور سرزنش نباشد - نجات بخشد، در صورتی که حاضر بود بهای رهایی خود را بپردازد، می‌توانست به این شیوه متوسل شود.

بنابراین در قلمرو خاص حقوق طلاق، قوانین جدید حقوق اسلامی در خاورمیانه و آرای قضایی در پاکستان، محدودیت نظریات کتب فقهی قرون وسطایی را تا این حد نقض کردند. به‌کارگیری اجتهاد هنوز هم تا حدود زیادی استثنایی بر اصل کلی است، و احترام زیاد به مراجع سنتی، همان‌گونه که در حکم دعاوی در پاکستان آمده، به این معناست که «نباید با این مراجع به سادگی درافتاد؛» اما امروزه گرایش آشکاری به آزادی بیش‌تر در تحقیق مستقل (اجتهاد) برای تعیین مناسبات حقوق دینی به چشم می‌خورد. البته چنین تحقیقی تنها در محدوده‌ای دقیقاً مشخص می‌تواند انجام شود. هر گونه انحراف طرح‌ریزی شده از فقه مراجع سنتی، باید حتماً بر ادله‌ای از قرآن یا سنت مبتنی باشد، یا دست‌کم با هیچ مقررۀ خاصی از آن دو معارض نباشد. این فرایند قطعاً یکی از فرایندهای استدلال قضایی است که با مفهوم اختیار نامحدود و هوس خودسرانهٔ «قاضی»، بسیار تفاوت دارد؛ قاضی‌ای که به گفتهٔ رئیس سابق محکمهٔ استیناف انگلیس، زیر درخت نخلی نشسته، «نه اصولی در اختیار دارد که موظف باشد طبق آن‌ها عمل کند و نه قواعدی حقوقی که او را راهنمایی کند».

پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



در فرایند قانون‌گذاری حکومت اسلامی، حاکم، مکلف به تبعیت از فتوای خود یا فتوای مشهور یا هر فرد خاص دیگری نیست؛ و ارکان قانون‌گذاری به همان میزان که مکلف به ارزیابی مصالح شرع و جامعه اسلامی اند، به تبعیت از فتوای فقهی خود یا مرجع تقلید خود مکلف نیستند. این امر، برخاسته از یکی از تفاوت‌های عمده قانون و حکم شرعی است. بنابراین به صرف وجود فتوایی معتبر در جوامع فقهی که گویای وجود توجیهی شرعی برای آن در شریعت است، با فرض اصلاح بودن اجرای این نگرش در سطح جامعه، تبدیل آن فتوا به قانون، بلامانع است؛ و قانون مذکور، خلاف شرع نخواهد بود و عدم مطابقت آن با فتوای دیگر، به معنای مخالفت با شرع نیست. بنابراین در کشورهای اسلامی تابع مذاهب اهل سنت، فتوای هر یک از مذاهب اربعه سنی برای تبدیل به قانون، اعتبار دارد. بنابراین اقدام دادگاه‌های اهل سنت پاکستان در بهره‌برداری از دیدگاه‌های فقهی غیر رایج در مذاهب اربعه، نه تنها انحرافی از شریعت و تعبدگرایی به سوی آزاداندیشی نیست، بلکه تحفظ بر اصول شریعت در لزوم تحفظ و ارج نهادن بر دیدگاه‌های فقهی و پرهیز از تجمید نسبت به برخی دیدگاه‌ها و نادیده گرفتن دیگر نظرها است.

### یادداشتها:

۱. این مقاله به همت پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی تهیه شده است.
۲. بحث تعیین دایره آزادی فقیه در حوزه فقاهت، هویتی متفاوت با بحث تعیین دایره آزادی قاضی در اجرای آرای فقهی دارد؛ زیرا در حوزه فقاهت، سخن بر سر انفتاح یا انسداد باب اجتهاد و تجویز گذر از اندیشه‌های فقهی پیشوایان مذهبی در تحلیل منابع اصیل شریعت و بیان آزادانه رأی جدید فقهی است؛ اما در امر قضا، به دنبال تبیین حوزه اختیارات قاضی در اجرای آرای فقهی موجود هستیم؛ یعنی آیا او می‌تواند به رأی فقهی خود و یا دیگری عمل کند و یا باید انحصاراً یکی از آن‌ها را مورد نظر قرار دهد و سایر افکار را نادیده بگیرد؟ پذیرش آزاداندیشی در مقابل تقلید از پیشوایان مذهبی و یا فقهای متقدم در عرصه فقاهت، به معنای پذیرش رویه نامتعین در احکام قضایی در مقابل لزوم اجرای آرای شخص یا مذهب خاص نیست، بلکه چه بسا در عین اعتقاد به توسعه در دایره اجتهاد، بتوان قاضی را مکلف به اجرای قوانینی دانست که تنها از یک دیدگاه خاص تبعیت می‌کند؛ دیدگاهی که لزوماً منطبق با دیدگاه متبوع نمی‌باشد. البته قانون همیشه چنین شرایطی را دارد؛ زیرا

برای تمام افراد جامعه یکسان است و در یک موضوع واحد، قوانین مختلفی برای افراد متفاوت وضع نمی‌شود و اصل عدالت، مقتضی یکسان بودن قانون برای همه و برابر بودن همگی در مقابل یک قانون است.

۳. گروه‌بندی مذاهب و پیدایش مذاهب فقهی با تقدیس اساتید خود، از ویژگی‌های فقه اهل سنت است و در فقه شیعه چنین چیزی وجود ندارد. آنچه نویسنده محترم مقاله درباره محدودیت اجتهاد از آن یاد کرده، تنها درباره پیدایش مذاهب فقهی اهل سنت و تحقق انسداد در باب اجتهاد، قابل انکار نیست؛ اما فقه شیعه به دلیل وجود روش فقهی توانمندی که از پیشوایان خود آموخته، پویایی روزافزون خود را حفظ نموده است «نک: جناتی، ۱۳۸۹: ۵۷، ۱۰۵، ۱۶۵، ۲۲۱ و ۲۶۲؛ ابوالعینین، ۱۴۳۵ هـ: ۳۵ و ۱۱۷؛ شرف‌الدین، ۱۹۹۵ م: ۳۷ و ۲۰۴؛ جناتی، ۱۳۸۹: ۶۳ و ۲۲۱؛ القطان، ۱۴۲۲ هـ: ۲۳».

۴. گروه‌بندی فقها در درون جامعه اسلامی، به دلیل تمایل هر دسته به نوعی نگرش خاص به منابع فقهی بود؛ این نگرش‌ها، از سه جهت با هم تفاوت داشتند: یکی از جهت توسعه و تضییق دایره دلایل کشف سنت نبوی؛ دوم از جهت تعیین حدود اعتبار عقل در عرصه کشف اراده الهی؛ و سوم از جهت نحوه تفسیر قرآن و سنت. اختلاف نگرش در دو عرصه کشف سنت نبوی و نیز تعیین حدود اعتبار عقل، اختلافی اصولی است و دسته‌بندی فقها و گرایش هر فقیه به یک گروه، تنها بر پذیرش اصول خاصی از سوی آن فقیه در فقه و اجتهاد و فهم احکام شرعی از منابع آن دلالت دارد و هیچ دلالتی بر تقلید وی از دیدگاه فقهی فقیه متقدم ندارد. بنابراین بسیاری از اختلافات مذهبی، میان مذاهب فقهی اسلام، در زمره اختلافاتی اصولی قرار می‌گیرند؛ مانند اختلاف بر سر حجیت کلام اهل بیت (ع) برای شناخت سنت نبوی و یا حکم الهی و یا حجیت استحسان، قیاس و مصالح مرسله برای درک حکم شرعی. اختلاف نخست، باعث گروه‌بندی بین فقهای سنی و شیعه شده است. فقهای شیعه آن را پذیرفته‌اند ولی فقهای سنی آن را در حد روایت راوی ثقه فرو می‌کاهند و حجیت ذاتی آن را نمی‌پذیرند. اختلاف دوم، هم باعث جدایی بین دو گروه سنی و شیعه شده و هم در میان خود فقهای سنی نیز باعث دسته‌بندی شده است؛ چرا که فقهای شیعه، حجیت هیچ یک را نمی‌پذیرند و فقهای اهل سنت به چند گروه تقسیم شده و هر یک اعتبار برخی را پذیرفته و برخی دیگر را نمی‌پذیرند. با این مقدمه روشن شد که ادعای فروکاهش اجتهاد و تبدیل آن به تقلید از پیشوایان مذهبی در فقه شیعی، کاملاً مردود بوده، بلکه بالندگی آن دو چندان شده است؛ در فقه مذاهب اهل سنت نیز به نحو مطلق قابل پذیرش نیست و تنها در حوزه تفسیر متون، پذیرفتنی است. علت انسداد باب اجتهاد در فقه اهل سنت، رواج بیش از حد کاربرد دلیل عقل و توسعه آن نسبت به

عقل‌ظنی بود، به گونه‌ای که باعث پیدایش بیش از حد مذاهب شد و این برای فقهای اسلامی و جامعه علمی مسلمانان سده‌های نخستین، قابل پذیرش نبود. از این رو، فقط چهار مذهب را به رسمیت شناختند و بدین ترتیب، مذاهب فقهی را محدود کردند (ر. ک: طهرانی، ۱۴۰۱ هـ: خوبی، ۱۴۱۰ هـ: ۱۲؛ همو، ۱۴۱۳ هـ: ۲۸۵؛ کریمی، ۱۴۲۰ هـ: ۱۰۴؛ شهرستانی، ۱۴۱۵ هـ: ۴۵۲/۱؛ عطاردی، ۱۴۰۶ هـ: ۵/۱).

۵. به یقین مذهب شیعه جعفری از این ایراد مبرا است؛ زیرا اجتهاد در میان فقهای مذهب جعفری، از زمان امامان شیعه تاکنون به مفهوم دقیق آن ادامه داشته است و بلکه در سده‌های اخیر، اصول فقه شیعه و جوامع فقهی با گستردگی و توسعه یافتگی چشم‌گیری روبه‌رو شده است و به گونه‌ای که سخن از تحقیقات تخصصی در موضوعات فقهی به میان می‌آید و ضرورت تخصصی شدن اجتهاد در هر باب از ابواب فقهی مطرح می‌شود. ذکر این نکته لازم است که کلام امامان معصوم (ع) نزد فقهای شیعی، نه به عنوان نظر یک فقیه، بلکه به عنوان یکی از منابع دستیابی به پیام الهی و شریعت آسمانی قلمداد می‌شود؛ از این رو، دقت این فقها در کلمات پیشوایان معصوم خود، مانند دقت نظر فقهای اسلامی در احادیث نبوی (ص) است؛ اما درباره کاهش تب و تاب اجتهاد در مذاهب اهل سنت نیز توجه به این مطلب مهم، ضرورت دارد که فقهای اهل سنت بالاخص در سده‌های میانه و معاصر، از روش اجتهاد مصطلح خود برای فتوا دادن در موضوعات مستحدث، استفاده می‌کردند و محدودیت به مذاهب اربعه را تنها در دایره موضوعات قدیم و غیرمستحدث می‌پذیرفتند (شرف‌الدین، ۱۹۹۵ م: ۲۰۸ و ۲۱۱؛ ابوالعینین، ۱۴۳۵ هـ: ۹۵ و ۱۰۶).

۶. اولاً با مطالعه تاریخ تمدن غرب و اسلام، می‌توان دریافت که حرکت به سوی مدنیت در جوامع اسلامی از آغاز پیدایش اسلام تا دو سده اخیر، بسیار پرشتاب بود؛ در حالی که تحول در مظاهر تمدن در جوامع غربی به، کندی پیش می‌رفت و تا حدود زیادی از تمدن اسلامی و پیشرفت علوم در سرزمین‌های اسلامی متأثر بود و تنها در دو سده اخیر، جای این دو تغییر یافته. از این رو، ادعای ایستایی در جوامع اسلامی و پویایی در جوامع غربی، بر خلاف واقع است و چنین ادعایی نمی‌تواند پایه و اساس تحولات شگرف قوانین در جوامع غربی و ثبات آن‌ها در جوامع اسلامی باشد. ثانیاً تحول در قوانین کیفری مورد اجرای حکومت‌های اسلامی، انکارپذیر نیست و تنها در قوانین مدنی، با نوعی ثبات همراه هستیم. ثانیاً علت ثبات در قوانین کشورهای اسلامی، ریشه‌دار بودن این قوانین در احکام شرعی است، به گونه‌ای که تغییر یا تبدیل آن‌ها به دقت نظرهای زیاد در توجیه شرعی آن نیاز دارد؛ در حالی که تحولات قوانین مدنی و کیفری در سیستم‌های حقوق عرفی، ناشی از ارتباط قانون‌گذاری با ذوق متغیر جوامع و ارزش‌گذاری متنوع آن‌ها با توجه به فهم جدید خود از ارتباطات

اجتماعی است. بنابراین تحولات اجتماعی تنها در صورتی قادر به ایجاد تغییر در حقوق اسلامی خواهد بود که زمینه این تغییر در خود احکام شرع فراهم شده باشد و مبانی شرعی و حقوقی با هماهنگی یکدیگر سیر این تحولات را تعریف کنند.

۷. در موارد تحقق شروط حرج یا ضرر مانند عدم انفاق زوج به زوجه، برخی از فقهای شیعه، به صراحت فتوا به سلطه زوجه بر طلاق داده‌اند و تعبیر تسلط زوجه بر طلاق را مطرح کرده‌اند؛ چنان‌که «شهید ثانی می‌گوید: «اذ تجدد عجز الزوج عن النفقة ففی تسلط الزوجه علی الفسخ قولان... احدهما... ان لها الخيار... لظاهر قوله تعالی: فأمساک بمعروف او تسریح بإحسان. و الامساک بدون النفقة خلاف المعروف فتعین الآخر» (نک: همو، ۱۴۱۳هـ: ۴۰۷/۷). به نظر می‌رسد که اختیار زوجه بر طلاق، ملازم تسلط وی بر اجرای آن نیست و ظاهراً با خواست وی، زوج و یا حاکم باید مجری طلاق باشد؛ چنان‌که شهید ثانی به این امر تصریح دارند: «فاذا تعذر صدور من الزوج فسخ الحاکم، لانه الولی» (نک: همان)؛ اما مهم اجرای ایقاع طلاق نیست، بلکه مهم، سلطه زوجه بر استیفای این حق است، حال چه با اجرای خود یا حاکم؛ از همین رو، بحث زیادی در این باره در کتب فقهی وجود ندارد و در تمامی مواردی که به سلطه زوجه بر جدایی از زوج اشاره شده، به طلاق حاکم و یا الزام زوج به طلاق از سوی حاکم اشاره شده است «یزدی، ۱۳۸۶: ۷۵/۱: مغنیه، ۱۳۷۹هـ: ۵۳/۶: قد اباحوا للحاکم الشرعی ان یطلق لعدم الانفاق... سواء أکان سببه فقر الزوج و عجزه ام عناده و عصیانه» در موارد تطبیق عناوین ثانویه‌ای مانند ضرر، «ضرری زائد بر ضررهای مقتضای نفس اجرای طلاق»، حقوقی که اعمال آن‌ها از سوی ذی‌حق باعث تحقق این عناوین در مورد فرد دیگر می‌شود، مقید و محدود شده و در موضوع، عنوان ثانوی منتفی می‌گردد؛ چنان‌که در صورت جریان قاعده لاجرح و لاضرر نسبت به اجنبی، قاعده سلطنت نسبت به ذی‌حق مانند مالک، مقید می‌شود و سلطنت، منتفی می‌شود «شهید ثانی، ۱۳۹۸هـ: ۳۵/۷؛ محقق بحرانی، ۱۴۰۹هـ: ۳۰۸/۲۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹هـ: ۱۴۴؛ اصغری، ۱۳۸۸: ۲۶۲؛ مکارم، ۱۴۱۱هـ: ۱۹۰/۱. با توجه به این که سلطنت بر طلاق مانند سلطنت بر سایر امور از جمله اموال است، بنابراین نمی‌توان تردیدی در نفی سلطنت زوج بر طلاق زوجه در مواردی داشت که موجب ضرر و یا حرج زوجه می‌شود و مسلماً نادیده گرفتن حقوق مالی، محروم کردن زن از ارث، رها کردن زن در شرایط سخت اجتماعی بدون هیچ‌گونه پشتیبانی و یا وارد کردن زیان‌های سخت روانی و عاطفی به طور ناگهانی در اثر جدا کردن غیرمنطقی و بی‌دلیل وی از خانواده، همگی زیان‌هایی هستند که تحمل آن‌ها بعضاً بسیار مشقت‌بار است و به هیچ وجه، وجود چنین ضررهایی در درون مفهوم و طبیعت حکم طلاق نهفته نیست، بلکه تنها برای برخی افراد و در شرایطی خاص،

موضوعیت پیدا می‌کند که تشخیص آن با مراجعه‌ی زوجه به حاکم و رسیدگی حاکم میسر می‌شود و اقدام یک طرفه‌ی زوج به اعمال حق طلاق، پیش از فصل خصومت در دادگاه با فرض اعلام وجود ضرر یا حرج برای زوجه از سوی حاکم، هیچ اعتباری ندارد و محکوم به بطلان است؛ مانند تصرفات ضرری و حرجی مالک در ملک خود بدون کسب اجازه‌ی فرد متضرر و یا حاکم عندالترافع. در موارد عدم دسترسی به حاکم شرعی، زوجه نزد عدول مؤمنین رفته و الا بر اساس قاعده‌ی لاضرر و نفی حرج و نیز با توجه به آیه‌ی قرآن «لا تمسکوهن ضراً لاعتدوا» و نیز آیه‌ی دیگر «فلا تمیلوا کل المیل فتذروها کالمعلقة» (نساء/ ۱۲۹) اختیار طلاق و نفی علقه‌ی زوجیت و اجرای صیغه‌ی طلاق را از طرف زوج - که ممتنع است - خواهد داشت (در مورد این دیدگاه، نک: محسنی، ۱۳۸۲: ۳۳۳/۱) و در موارد وجود حاکم، زن باید موضوع را که از مصادیق اختلاف و خصومت بین دو نفر در حقوق خصوصی است، برای حل و رفع خصومت، به نزد حاکم شرع ببرد و حاکم بدو آزوج را به رفع شرایط ضرری و حرجی الزام کند و در صورت امتناع زوج، وی این اختیار را به زوجه می‌دهد که یا این شرایط را تحمل کند یا طلب جدایی نماید؛ و زوجه با داشتن اختیار در جدایی، می‌تواند تقاضای اجرای صیغه‌ی طلاق با الزام زوج و یا در صورت امتناع وی، مستقیماً توسط خود حاکم به عنوان ولی ممتنع نماید (نک: سیستانی، ۱۴۱۴هـ: ۱۰۹/۳؛ حکیم، ۱۴۱۰هـ: ۳۰۵/۲؛ خویی، ۱۴۲۲هـ: ۵۶۲/۲). اذن حاکم در حقوق خصوصی مانند حق قصاص، شرط تکلیفی است یا وضعی؟ اتخاذ هر یک از این دو دیدگاه به عنوان دیدگاه برگزیده، شامل حال تمام حقوق خصوصی مورد ترافع متخاصمین است که از آن جمله می‌توان به حق طلاق در صورت ترافع زوجه با استناد به عسر و حرج و یا ضرر شد «لزوجة العاجز عن النفقة ان ترفع امرها الی الحاکم الشرعی نک: مغنیه، ۱۳۷۹هـ: ۵۲/۶؛ حکیم، ۱۴۱۰هـ: ۱۶۱/۲).

۸. غیر قضایی بودن طلاق نه به دلیل اثبات حق طلاق به عنوان حق انحصاری برای مرد در گذشته و نفی این حق برای مردان در شرایط فعلی است، بلکه توجه زنان به حقوق شرعی خویش و مراجعه‌ی آنان به محاکم قضایی برای دادخواهی نسبت به ضررها و زیان‌های فراوانی که شوهر با اعمال این حق بر آنها روا می‌دارد، باعث قضایی شدن این حق در عصر حاضر شده است؛ در حالی که در گذشته، چنین اختلاف و تظلم خواهی‌ای از سوی زنان اساساً معنا نداشت؛ بنابراین در محاکم قضایی معاصر نیز حق طلاق به عنوان حق شرعی اولی مردان دانسته شده است؛ اما نظر به این که زوجه متقاضی حقوق خود بوده و ادعای متضرر شدن خود از سوی زوج به دلیل اعمال حق مذکور می‌نماید، محکمه در صدد رسیدگی و بررسی این ادعا بوده تا در صورت صحت، ضمن نفی حق طلاق در موضوع ضرر، زوج را به رعایت حقوق زن پیش از استفاده از حق خود ملزم سازد؛ قواعد لاضرر و

لا حرج، نه تنها باعث نفی الزامات حکمی زیانبار هستند و جواز حکمی را ثابت می‌کنند، بلکه مثبت جواز حق است و برای فرد متضرر و معسر، حق و سلطه در موضوع خود را اثبات می‌کند (خویی، ۱۳۷۷: ۲۹۶/۶)؛ و دلیل لاضرر و نفی حرج در اسلام باعث تقیید دلایل احکام اولی شرعی از باب حکومت است (سیستانی، ۱۴۱۴هـ: ۲۳۳) و از این حیث بین احکام اولی وضعی و تکلیفی، هیچ تفاوتی نیست (خمینی، ۱۴۱۸هـ: ۳۰۴/۸) بلکه احکام وضعی - از جمله احکامی که گویای آثار صحت عقود و ایقاعات می‌باشند و از جمله نفوذ طلاق بر اثبات آن‌ها مبتنی است - به طریق اولی، به حدیث لاضرر و نفی حرج، منتفی می‌شود (بجنوردی، ۱۴۱۹هـ: ۲۳۵/۱) و با وجود ضرر یا حرج زوجه جایی برای حق طلاق زوج باقی نمی‌ماند.

۹. مسلماً حق رجوع زوج به زوجه پس از طلاق، تنها به طلاق رجعی محدود است که زوجه در قلب خود نفرتی از مرد ندارد و مایل به ادامه زندگی با اوست، ولی زوج علاقه‌ای به وی ندارد و پس از تأمین همه حقوق زن، در محضر دادگاه نسبت به جدایی از وی اقدام کرده است. از این رو، بازگشت وی به همسر سابقش در زمان عدّه، حقی است با لحاظ اراده طرفین و نه یک حق یک طرفه و تحمیلی، علاقه زوجه به استمرار زوجیت در زمان طلاق دادن شوهر ثابت است و در طلاق رجعی استمرار هم دارد، به گونه‌ای که در زمان عدّه طلاق رجعی، مستحب است زن خود را برای شوهرش آرایش کند و بدون حجاب نزد او بیاید و شوهر او واجب است که نفقه وی و مسکن او را در زمان عدّه طلاق رجعی فراهم کند (نک: حلبی، ۱۴۰۳هـ: ۳۱۲-۳۱۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷هـ: ۲۴۶/۵؛ ابن زهره، ۱۴۱۷هـ: ۳۸۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰هـ: ۶۶۷/۲ و ۷۳۷؛ الطلاق الرجعی مزیل للنکاح زوالاً متزلزلاً لا یستقر الا بانقضاء العدّه، نجفی، ۱۳۶۵: ۳۰۲/۳۲). این در حالی است که در موارد تنفر زوجین از یکدیگر یا تنفر زوجه، از زوج، طلاق «مبارات» و «خلع» به نحو جزمی و مستقر واقع می‌شوند و زوج در زمان عدّه، حق رجوع به زوجه را ندارد (امام خمینی، ۱۳۹۰هـ: ۳۵۳/۲، ۳۵۴ و ۴۵۸؛ و نیز نک: منابع ذکر شده قبل).

۱۰. نفی اعتبار شرعی سه طلاقه کردن زن در مجلس واحد از سوی شوهر، از سوی فقه شیعه از همان سده‌های نخستین ثابت بوده است و حکمی اجماعی است (بحرانی، ۱۴۰۹هـ: ۲۳۴/۲۵؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۸۲/۳۲). این حکم در فقه اهل سنت نیز دارای پیروانی است؛ چنان‌که می‌توان به طرفداری ابن تیمیه از فقهای حنبلی سده‌های ۷ و ۸ اشاره کرد (ابن تیمیه، ۱۴۱۶: ۷۷/۳۳).

۱۱. «وإن خفتم شقاق بینهما فابعثوا حکماً من اهله و حکماً من اهلها». (نساء/۳۵).

۱۲. حق طلاق به حکم اولی برای مرد است، ولی با عنوان ثانوی، برای زن نیز ثابت است؛ یعنی نه مرد می‌تواند به طور ضروری از این حق استفاده کند و نه زن به طور ضروری از آن محروم است؛ بلکه

زن افزون بر مواردی که با توکیل ضمن عقد، مجاز در اجرای طلاق به وکالت از زوج و جدایی از او به حکم اولی است، در موارد ضرر یا عسر و حرج نیز از این حق بهره مند خواهد شد و اصرار زوج به طلاق به دلیل تنفر شدید قلبی از زوج، از مصادیق ضرر معنوی است؛ و یا می توان آن را شرایط تحمل ناپذیر روحی و از مصادیق عسر و حرج دانست؛ اما از آن جا که قانون باید واجد معیارهای کاربردی و عینی باشد تا باعث وحدت رویه قضایی شود و از رسیدگی مختلف و ناعادلانه در پرونده های مشابه پرهیز گردد، با پیدایش قوانین مدون در کشورهای اسلامی، این جوامع به تدریج به سوی بیان چنین معیارهایی رو آورده اند که از آن جمله، ارتکاب جرائم زناشویی و یا تنفر قلبی توأم با متارکه عملی یک ساله و اصرار بر جدایی است که می تواند به عنوان برخی معیارهای عینی برای تحقق عسر و حرج و یا ضرر معنوی و شأنی محسوب شود؛ و مسلماً بحث توسعه در مفهوم ضرر نفسی، به تمامی ضررهایی که عرفاً ضرر شناخته شده، به جای خود موکول است؛ و طبق دیدگاه برگزیده، این مفهوم دربرگیرنده همه انواع بیماری های روانی از جمله افسردگی روحی ناشی از تنفر قلبی نیز می شود (درباره اطلاق مفهوم ضرر و شبهات مصادیقی در آن ر. ک: امام خمینی، ۱۴۲۱ هـ: ۳۲۶/۴؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ هـ: ۳۹۶/۲؛ عراقی، ۱۴۱۴ هـ: ۳۲۹/۲ - ۳۳۰).

۱۳. «ولهنّ مثل الذی علیهنّ بالمعروف». (بقره/ ۲۲۸).

۱۴. «والذین یتوفون منکم و یذرون ازواجاً وصیّة لأزواجهم متاعاً إلى الحول».

۱۵. همان گونه که بیان شد، در فقه اسلامی بر پذیرش احکام ثانویه، به عنوان بخشی از شریعت سهله و سمحه اتفاق نظر وجود دارد و نمی توان زوج را در شرایط طاقت فرسا به کلیه الزامات عقدی زوجیت و استمرار آن ملزم دانست، اما در شرایط عادی، صرف ارتکاب جرم پنهان و غیرمکرر زناشویی از سوی زوج به گونه ای که موجب ضرر شأنی به زوجه نشده و او را در تنگنای حیثیتی و روانی قرار ندهد، زن نمی تواند از شوهر جدا شود؛ بنابراین توجه قوانین کشورهای اسلامی به موضوعاتی مانند بدرفتاری، ترک نفقه و ارتکاب جرایم متعدد جنسی، همگی برای بیان معیارهای عینی برای اثبات عناوین ثانوی در قانون است و نه تنها ایجاد تغییر در احکام اسلام نیست، بلکه برای تبدیل فتوا به قانون است؛ چرا که از ضرورت های تبدیل حکم شرعی یا فتوا به قانون، تعیین معیارهای عینی و ثابت برای موضوعات است. بنابراین آنچه در شرع مقدس اسلام آمده، گویای اثبات حکم ثانوی طلاق برای زن در موارد عسر و حرج و یا ضرر است؛ و آنچه در قوانین کشورهای اسلامی بیان می شود، تعریف معیارهای عینی و ثابت عسر و حرج است؛ اگرچه بر اساس دیدگاه فقهی برخی از فقهای اسلام در برخی از موارد مذکور، زوجه حق طلاق دارد، اگرچه عسر و حرجی برای وی ایجاد نشده باشد و با مراجعه به حاکم به صرف تحقق یکی از آن موارد، مانند ترک انفاق

زوج، حاکم می‌تواند زوج را با تقاضای زوجه، به اجرای طلاق مجبور نماید «نک: سیددیدی، ۱۳۸۶: ۷۶/۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷هـ: ۳۸۱/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳هـ: ۴۰۷/۷»؛ بلکه حتی اگر زوج پس از ازدواج دچار فقر شود و نتواند نفقه زوجه را بدهد، برخی فقها قائل به اثبات حق طلاق برای او شده‌اند و حتی برخی در اجرای این حق نیز زوجه را مستقل دانسته و گفته‌اند که نیازی نیست به حاکم مراجعه کند (برای ملاحظه اقوال، ر. ک: روحانی، ۱۴۱۲هـ: ۴۸۰/۲۱ تا ۴۸۳).

۱۶. بر خلاف تحلیل نویسنده مقاله از تحولات تقنینی و نیز تغییرات رویه قضایی، این امور نه تنها بیانگر نوعی تحول در احکام شریعت نبوده و نمی‌باشد، بلکه دقیقاً زنده کردن مجموعه احکام اسلام است و به دنبال اصلاح رویه نادرستی است که بر برخی از احکام متمرکز و به تمام احکام در کنار یکدیگر توجهی ندارد؛ به بیان دیگر، نهاد طلاق در شریعت اسلام، تنها حق بی‌چون و چرایا بی‌قید و شرط زوج در جدایی از زوجه نمی‌باشد، و حتی تلقی این حکم به عنوان حکم شرع، مخدوش است، بلکه حق طلاق زوج در کنار قواعد کلی حقوق خصوصی و با رعایت حدود و قیود شرعی آن، تشکیل دهنده نهاد شرعی طلاق است و مهم‌ترین این اصول، رعایت عدم اضرار به غیر در اعمال حق از ناحیه شوهر و رعایت عدم عسر و حرج و ضرر به زوجه در الزام به زوجیت در حق وی است؛ و مسلماً نتیجه پذیرش حق طلاق در کنار این اصول، چیزی جز محدود کردن اختیار شوهر بر اساس حقوق زن و نیز اعطای حق طلاق به زوجه در موارد عسر و حرج یا ضرر وی نخواهد بود که تشخیص هر دو موضوع بر عهده دادگاه است؛ زیرا قطعاً از موارد اختلافی و موضوع نزاعی بین زوجین می‌باشد؛ از این رو، حرکت قضات در کشورهای اسلامی در محدود کردن حق طلاق زوج و یا اعطای محدود این حق بر اساس موازین تعریف شده به زوجه، همگی با فهم کامل نهاد طلاق در شریعت مقدس اسلام، سازگار است و انحراف از آن نیست.

۱۷. «فإن خفتم الأیقیمه حدود الله فلا جناح علیهما فیما افتدت به» (بقره/۲۲۹).

۱۸. باید دو موضوع را تفکیک کرد: ۱. تحقق عناوین ثانوی مانند عسر و حرج نسبت به زوجه در اثر الزام وی به تحمل زوجیت با شرایط غیرعادی زوج؛ ۲. تمایل زن به جدایی از شوهر با بخشش کلیه حقوق مالی خود که ناشی از ازدواج است به همسرش. در صورت دوم، اگرچه شرایط عسر و حرج برای زن فراهم نشده است، وی در عین حال، تمایل به جدایی و تغییر مسیر زندگی خود دارد؛ ولی در صورت اول، زن توان ادامه زندگی با همسرش را به دلیل ترک نفقه یا مانند آن ندارد، اگرچه حقوق مالی اش را نیز می‌خواهد؛ به بیان دیگر، این دو صورت هیچ تلازمی با هم ندارند و البته در برخی موارد، ممکن است با یکدیگر همراه شوند. آنچه مورد اتفاق فقهای اسلامی است، اثبات حکم



ثانوی در حق زوجه در موارد تحقق عنوان ثانوی عسر و حرج است؛ و آنچه مورد اختلاف فقهای مذکور است، اثبات حق طلاق به حکم اولی برای زوجه با فرض خلع است که مشهور قریب به اتفاق فقها با آن مخالفند، ولی برخی قائل به اثبات جنین حقی برای زوجه به صرف خلع هستند، اگرچه زوج تمایلی به جدایی نداشته باشد. به نظر می‌رسد که در رویه قضایی کشورهای اسلامی، برای رعایت احتیاط، سعی کرده‌اند با ادغام این دو صورت در فرض تحقق شرایط هر دو در موردی واحد، نسبت به دادن اذن به طلاق به زوجه اقدام کند که در چنین صورتی، منافاتی با رأی مشهور فقها نخواهد داشت؛ و البته در فرض عدم تحقق عسر و حرج نیز حکم دادگاه به اثبات حق طلاق خلعی پس از خلع برای زوجه مطابق با رأی برخی فقهای اسلامی است و خلاف شرع نخواهد بود. اختلاف مورد توجه، اختلاف در کنایات صیغه خلع «خالعتک» از صیغه طلاق «انت طالق» است که هیچ ارتباطی به بحث جاری ندارد و بحث ما در اجباری بودن اجرای صیغه لازم از سوی شوهر یا عدم اجباری بودن آن پس از بذل مال توسط زوجه است. آنچه در قوانین کشورهای مختلف اعم از سکولار و دینی، ملاحظه می‌شود، پذیرش حق خلع برای زوجه و الزام زوج به قبول آن در فرض تنفر شدید زوجه از زوج و یا متارکه عملی ایشان است؛ به گونه‌ای که زوجه حاضر به ایفای وظایف زوجیت و زندگی در کنار زوج نباشد، اما در موارد اختلافات عادی و تنفر قلبی خفیف زوجه، به جهت برخی ویژگی‌های اخلاقی زوج به گونه‌ای که او خود را در عین عدم تمایل قلبی، به وظایف و مسؤولیت‌های زوجیت و زناشویی پایبند بداند، اگرچه حق تقاضای طلاق با بذل مال برای زوجه ثابت است، هیچ قانونی شوهر را به پذیرش و انجام آن ملزم نکرده و بلکه در تمام نظام‌های حقوقی، ضرورت انجام مشاوره خانواده برای رفع کدورت‌ها پیشنهاد شده است؛ در فقه اسلامی نیز از دیدگاه برخی از فقهای شیعه و سنی، ملزم بودن زوج به پذیرش خلع و مکلف بودن او به اجرای صیغه طلاق پس از بذل مال از سوی زوجه، به شکل مقید در موارد تنفر شدید و یا متارکه عملی زوجین و استتکاف زوجه از ایفای وظایف زوجیت، ثابت و مسلم است (شیخ طوسی، بی تا: ۵۲۹؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷هـ: ۳۷۴ و ۳۷۵؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸هـ: ۳۳۱؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳هـ: ۳۰۷). علامه این قول را به ابن برآج نیز نسبت داده است. بدین ترتیب، قول به وجوب خلع در موارد تنفر شدید قلبی زوجه که ممکن است به استتکاف وی از تکالیف زوجیت یا ارتکاب محرمات دیگری بینجامد، قولی شاذ نیست و البته شهرت آن کمتر از قول به عدم وجوب است (علامه حلی، ۱۴۱۳هـ: ۷۵/۷؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶هـ: ۱۸۷/۸؛ بحرانی، ۱۴۰۹هـ: ۲۴۷/۲۵). بدین ترتیب می‌توان گفت که در حدود مذکور، نه تنها وجوب خلع بر زوج دیدگاه فقهی شاذ نمی‌باشد، بلکه در قرن دهم، برخی از فقها به بحث وجوب فوری آن در موارد تحقق بذل

مال از سوی شخص ثالث پرداخته‌اند و این پرسش را مطرح کرده‌اند که «هل يجب الخلع فوراً ببذل الاجنبی المهر كما يجب ببذل الزوجه ام لا» الصیمری، ۱۴۰۹ هـ: السؤال الاول). با این توضیحات، روشن می‌شود که دیدگاه نویسنده درباره فاصله گرفتن قانون کشورهای اسلامی از فقه اسلامی در مورد طلاق خلع، کاملاً نادرست است؛ و بلکه تنها گزینش فتوای مشهور در برابر فتوای اشهر است؛ با توجه به مطابقت آن با مصالح ضروری اجتماعی و اجرایی و همان‌گونه که قبلاً اشاره شد قانون در یک کشور باید برای همه یکسان باشد، اگرچه فتاوای مختلفی در فقه وجود داشته باشد و گزینش یکی از فتاوا و تبعیت از آن برای قانون‌گذاری، بر اساس معیار تطبیق با مصالح اجرایی و اجتماعی است که در چنین شرایطی، ضمن استیفای مصالح مذکور، عدم مغایرت با شرع نیز تضمین خواهد شد؛ افزون بر این، تأکید می‌شود که در نظام حقوقی هیچ کشوری، صرف عدم تمایل زوجه به زوج و تقاضای طلاق از سوی وی در مقابل بذل مال بدون متارکه عملی، یا استنکاف وی از وظایف زناشویی و زوجیت و یا آمادگی وی برای انجام چنین کارهایی، به هیچ وجه در حق زوج، الزام‌آور دانسته نشده است.

۱۹. «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» (نساء/۳۵).

### منابع:

۱. ابن ادریس، محمد بن ادریس الحللی، ۱۴۱۰ هـ، السرائر، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲. ابن تیمیه، احمد بن تیمیه الحرانی، ۱۴۱۶ هـ، مجموع الفتاوی، مدینه، مجمع الملک فهد لطباعة المصحف الشریف.
۳. ابن حمزه، طوسی، ۱۴۰۸ هـ، الوسیلة، قم، منشورات مکتبه آیه‌الله المرعشی.
۴. ابن زهره، حلبی، ۱۴۱۷ هـ، غنیة النزوع، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه امام صادق(ع).
۵. اصغری، سیدمحمد، ۱۳۸۸، عدالت به مثابه قاعده، مقاله ۱۶، دوره ۳۹، شماره (۱)، فصلنامه حقوق.
۶. امام خمینی، سیدروح‌الله، ۱۳۹۰ هـ، تحریر الوسیلة، النجف الاشرف، دارالکتب العلمیة.
۷. \_\_\_\_\_، ۱۴۲۱ هـ، البیع، تحقیق و نشر مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۸. بجنوردی، سیدمحمد، ۱۴۱۹ هـ، القواعد الفقهیة، قم، الهادی.

- ۹ . بدران، ابو العینی، ۱۴۳۵ھ، تاریخ الفقہ الاسلامی، بیروت، دارالنهضة.
- ۱۰ . جناتی، محمد ابراہیم، ۱۳۸۹، تاریخ تحولات و کیفیت بیان فقہ، قم، انصاریان.
- ۱۱ . حسینی مراغی، سید میر الفتاح، ۱۴۱۷ھ، العناوین الفقہیہ، قم، مؤسسۃ النشر الاسلامی.
- ۱۲ . حکیم، سید محسن، ۱۴۱۰ھ، منہاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
- ۱۳ . حلبی، ابو الصلاح، ۱۴۰۳ھ، الکافی فی الفقہ، تحقیق رضا استادی، اصفہان، مکتبۃ الامام امیر المؤمنین (ع).
- ۱۴ . خمینی، سید مصطفیٰ، ۱۴۱۸ھ، تحریرات فی الاصول، تحقیق و نشر مؤسسۃ تنظیم آثار امام خمینی.
- ۱۵ . خوئی، سید ابو القاسم، ۱۴۲۲ھ، مصباح الاصول، تحقیق مؤسسۃ احیاء آثار امام خوئی، قم، مؤسسۃ احیاء آثار امام خوئی.
- ۱۶ . \_\_\_\_\_، ۱۳۷۷، مصباح الفقاہ، قم، داوری.
- ۱۷ . \_\_\_\_\_، ۱۴۱۰ھ، کتاب الاجتہاد والتقلید، تحقیق میرزا علی غروی تبریزی، قم، دار انصاریان.
- ۱۸ . \_\_\_\_\_، ۱۴۱۳ھ، کتاب الزکاة، قم، منشورات مدرسہ دارالعلم، چاپ اول.
- ۱۹ . روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۲ھ، فقہ الصادق، قم، مؤسسۃ دارالکتاب، چاپ سوم.
- ۲۰ . سیستانی، سید علی، ۱۴۱۴ھ، قاعدۃ لاضرر و لا ضرار، قم، مکتب آیۃ اللہ سید سیستانی.
- ۲۱ . \_\_\_\_\_، ۱۴۱۴ھ، منہاج الصالحین، قم، کتاب آیۃ اللہ سید سیستانی.
- ۲۲ . شرف الدین، عبدالعظیم، ۱۹۹۵م، تاریخ التشریع الاسلامی، بنغازی، جامعۃ قان یونس.
- ۲۳ . شہرستانی، سید علی، ۱۴۱۵ھ، ضوء النبی (ص)، قم، چاپ ستارہ.
- ۲۴ . شہید ثانی، زین الدین بن علی العاملی، ۱۳۹۸ھ، الروضة البہیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق سید محمد کلانتر، قم، انتشارات داوری، چاپ دوم.
- ۲۵ . \_\_\_\_\_، ۱۴۱۳ھ، مسالک الافہام، تحقیق و نشر مؤسسۃ المعارف

- الاسلامية، قم، چاپ اول.
۲۶. الصیری، حسین، ۱۴۰۹هـ، الاسئلة الصیریة، (در ضمن کتاب رسائل کرکی چاپ گردیده)، قم، مکتب آية الله مرعشی نجفی.
۲۷. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن، ۱۳۸۷هـ، المبسوط، تصحیح سید محمد تقی کشفی، تهران، مکتب مرتضویه لاحیاء آثار الجعفریة.
۲۸. \_\_\_\_\_، بی تا، النهاية، قم، قدس محمدی.
۲۹. طهرانی، آقابزرگ، ۱۴۰۱هـ، توضیح الرشاد فی تاریخ حصر الاجتهاد، تحقیق محمد علی انصاری، قم، چاپ خیام.
۳۰. عراقی، ضیاء الدین، ۱۴۱۴هـ، مقالات الاصول، تحقیق شیخ محسن عراقی، قم، مجمع الفكر الاسلامی، چاپ اول.
۳۱. عطاردی، عزیز الله، ۱۴۰۶هـ، مستند الامام الرضا(ع)، مشهد، المؤتمر العالمی الامام الرضا(ع).
۳۲. علامه حلی، ابی منصور الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، ۱۴۱۳هـ، مختلف الشیعة، تحقیق مؤسسه نشر اسلامی، قم، چاپ دوم.
۳۳. فاضل هندی، ۱۴۱۶هـ، کشف اللثام، تحقیق مؤسسه نشر اسلامی، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
۳۴. فخر المحققین، ابی طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر الحلی، ۱۳۸۷هـ، ایضاح الفوائد، تحقیق سید حسین موسوی کرمانی، قم، چاپ اول.
۳۵. کریمی، حسین، ۱۴۲۰هـ، قاعدة القرعة، قم، اعتماد، چاپ اول.
۳۶. محقق بحرانی، ۱۴۰۹هـ، الحدائق الناضرة، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
۳۷. محسنی، محمد آصف، ۱۳۸۲، الفقه والمسائل الطیبة، قم، بوستان کتاب.
۳۸. مغنیه، محمد جاد، ۱۳۷۹هـ، فقه الامام جعفر الصادق(ع)، قم، مؤسسه انصاریان.
۳۹. مکارم، ناصر، ۱۴۱۱هـ، القواعد الفقهیة، قم، مدرسة الامام أمير المؤمنين(ع).
۴۰. مناع القطان، ۱۴۲۲هـ، تاریخ التشریح الاسلامی، ریاض، مکتبة المعارف.
۴۱. نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۵، جواهر الکلام، تحقیق عباس قوچانی، تهران، دارالکتب الاسلامیة، چاپ دوم.
۴۲. یزدی، سید محمد کاظم، ۱۳۸۶، تکملة العروة الوثقی، قم، مکتبة الداوری، چاپ اول.