

## تأثیر مفهوم اضافه در ماهیت طلاق برای ضابطه‌مند نمودن حق طلاق زوج

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۰

کبری پور عبدالله<sup>۱</sup>

فریبا حاجعلی<sup>۲\*</sup>

DOI:10.30497/FLJ.2022.242740.1775

### چکیده

تبیین ماهیت موضوعات احکام از جهت حق یا حکم بودن، آثار متعددی از لحاظ مستند شدن به اراده مخاطب حکم یا محدود شدن به خطاب شرعی و الزامات ناشی از آن دارد. موضوع طلاق و اینکه اقدام به آن در اختیار زوج بوده یا موکول به تعیین شارع از جهت فعل و ترک است، نیازمند تعیین حق یا حکم بودن در ماهیت آن است. گروهی معتقدند طلاق به دست زوج، بدو حکمی اباحی است که در شرایط وجوب و استحباب و حرمت و کراهت، امر به فعل یا ترک آن صورت می‌گیرد و چنین نیست که زوج بتواند با ملاحظه یک‌جانبه مصالح شخصی، به انحلال نکاح اقدام نماید. در مقابل، گروهی بر این باورند که در صورت عدم رعایت مصالح عالی خانواده، هرگز طلاق از نظر شارع صحیح نیست و صحت آن محل اشکال است و حتی بنا بر قول به حق بودن طلاق، اجازه سوءاستفاده از این حق داده نمی‌شود. اما در ملاحظه‌ای سوم، می‌توان برای طلاق، ماهیتی مرکب در نظر گرفت و قبول کرد که لزوماً تقابل میان حق و حکم در مرتبه نظری، موجب انحصار ماهیت‌ها در مقام عمل نمی‌شود؛ چرا که در فرض حق دانستن طلاق و اینکه تقابل حق و تکلیف از مقولات اضافی است، می‌توان حق طلاق را مقوله‌ای اضافی و از حیثیات مرکبه دانست و آن را مستلزم تکلیف تأمین مصالح خانواده دانست و ضوابط آن را بر این اساس مشخص کرد. تحقیق حاضر به روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است و اطلاعات کتابخانه‌ای و اسنادی مورد تحقیق قرار گرفته‌اند. ثابت شده است که ماهیت طلاق از مقولات ذات‌الاضافه بوده و با توجه به نسبتی که با اولویت‌های وظایف زوجیتی برقرار می‌کند، محدودیت در اعمال پیدا می‌کند.

### کلیدواژه‌ها

حق، حکم، ماهیت طلاق، ماهیت اضافی، مصالح خانواده، تکلیف.   
پژوهش‌های فقهی و مطالعات فقهی   
رتال جامع علوم انسانی

۱. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی. دانشگاه امام صادق(ع). تهران. ایران. poorabdollah@isu.ac.ir

۲. نویسنده مسوول) دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی. دانشگاه الزهراء(س). تهران. ایران. f.hajiali@alzahra.ac.ir

## مقدمه

**بیان مسئله:** طلاق از اقسام انحلال نکاح است و وقوع شرعی و صحیح آن منوط به رعایت شرایط و مقررات آن توسط مطلق و وجود این شرایط در طرفین است. در واقع طلاق، نوعی ایقاع می‌باشد که به دست زوج انجام می‌شود و به‌عنوان یک حق، اعمال آن در شرایط مختلف، حالات خمسۀ تکلیفیه را اقتضا می‌کند که ربطی به فرض ماهیت حکمی طلاق ندارد؛ کما اینکه در مورد برخی دیگر از حقوق، اعمال حق ممکن است که مقتضی چنین شرایط و آثاری باشد. بنابراین از نظر قائلین به حق بودن ماهیت طلاق، حالات پنج‌گانه حکم تکلیفی را شامل می‌شود. در مقابل، برای استدلال به منظور اثبات حکمی بودن ماهیت طلاق و چگونگی نحوه ارتباط حق و حکم، به دو نوع استعمال فقهی «حق» اشاره شده است: حقوق قراردادی که زیرساخت حکم شرعی‌اند و حقوق ذاتی که چنین نیستند.

اعطای حقوق ذاتی (مانند: حق خوردن، آشامیدن و حقوق مرتبط با حیات فردی) مشروط به اموری مانند: اختیار، اراده و ... نیست، ولی اعطای حقوق قراردادی، نیازمند شرایطی مانند: وجود بلوغ، عقل، قصد و رضا است. حقوق قراردادی در صورت تحقق شرایطشان، اساس شکل‌گیری و نفوذ حکم شرعی مرتبط با خود می‌شوند. این قبیل حقوق معنای سلطه و اقتدار نداشته و در واقع، معنای «شایستگی» و «سزاواری» خواهند داشت. ولایت بر صغیر و محجور از این قبیل حقوق است؛ یعنی حق ذاتی نیست و فقط با وجود شرایط معتبر، زیرساخت حکم شرعی می‌باشد. در مورد طلاق نیز زوج در صورت بلوغ و سایر شرایط، شایستگی مخاطب شرعی برای یکی از حالات چهارگانه را پیدا می‌کند. تأکید بر اباحی بودن طلاق و تبیین طلاق بر مبنای احکام پنج‌گانه تکلیفی، ناظر به درک فقهی «حکمی» از طلاق است (شاکری گلپایگانی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۲) یا اینکه در تعبیری دیگر بگوییم: طلاق به خودی خود مباح، در فرض ایلاء وظهار واجب، در فرض شقاق مستحب، در فرض عدم طهارت و طهر غیرمواقعۀ حرام و در فرض بیماری دارای کراهت است (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ ق، ج ۱، ص ۴۴۰).

حال در همان فرض اباحه که مسلماً حکم بودن را می‌رساند، اثری از اسقاط وجود ندارد و

حتی قائم به شخص هم نیست و در نتیجه حکم است. شارع وجود زوج را با شرایطی که مذکور است، زیرساخت و وجهه تخاطب به مشروعیت حکم طلاق قرار داده است. در واقع، حقوق به معنای شایستگی و صلاحیت برای کار بست هر یک از احکام می‌باشند. حق مالکیت و حق نکاح، خاستگاه مشروعیت احکام بیع و نکاح است. مصالح خانواده در قبال مصالح و منافع زوج و زوجه، مقتضی انشای حکم تکلیفی اباحی است، نه حکم وضعی موجد حق (شاکری گلپایگانی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۵). بدین ترتیب، سؤال اصلی بر سر تعیین ماهیت حکمی یا حقی بودن طلاق می‌باشد.

**مرور پیشینه:** در خصوص تفاوت‌های حق و حکم از منظر فقهی، پژوهش‌های متعدد و متنوعی صورت گرفته است، اما در خصوص اثبات رابطه تضایف میان این دو، به‌ویژه در موضوع طلاق و آثاری که این نسبت در مسئله طلاق به دنبال دارد، منبعی یافت نشد.

**فرضیه‌ها:** اگر طلاق را حق اختصاصی زوج بدانیم، همه احکام و آثار متعارف حقوق، از جمله قابلیت نقل و اسقاط را در پی خواهد داشت؛ یعنی دارای سه خصیصه است: اسقاط، نقل و ارث‌بری؛ اما این‌گونه نیست که در همه مصادیق حقوق، علی‌رغم اذعان به حقانیت آنها، هر سه معیار جمع شده باشد. از همه مهم‌تر اینکه استیفای حقوق شرایطی دارد، مانند آنکه در تعارض با مصالح عامه و مصالح غیر نباشد و حق معادل آزادی مطلق دانسته نشده باشد. از طرفی دیگر، در توجیه و ضرورت اعتقاد به ماهیت حکم بودن طلاق می‌توان گفت: اگر طلاق را حکمی تکلیفی و اباحی بدانیم و نهایتاً به این شکل، مشروعیت اجرای طلاق به دست زوج ثابت شود، آنگاه باید گفت که نظر به حالات چهارگانه رجحان و عدم رجحان (وجوب، استحباب، حرمت و کراهت)، زوج مکلف است تا به مقتضای تکلیف خود عمل کند و چنین نیست که بدون وجود هیچ دلیل یا وجه رجحانی، بتواند اقدام به انجام طلاق نماید.

حال با احراز اینکه از نظر شارع، زوج صلاحیت و حق طلاق را دارد و این حق مبنای مشروعیت طلاق را تشکیل می‌دهد، اگر در غیر از حالات مذکور، زوج بدون هیچ دلیلی، طلاق را واقع کند، باید گفت: طلاق مشروعیت ندارد.

**هدف اصلی:** با توجه به دیدگاه‌های مطرح شده در این زمینه، سؤالات و ابهامات متعددی پیش‌روی حق دانستن یا اعتقاد به حکم اباحه یا رابطه تضایف، در خصوص ماهیت طلاق وجود دارد که با توجه به اهتمام شارع به حفظ نهاد خانواده، لازم است ماهیت طلاق مورد بررسی عمیق قرار گیرد تا مطلوب واقعی شارع مقدس برای حفظ نهاد خانواده و کاربست صحیح امر طلاق تأمین شود.

### مفهوم‌شناسی مصطلحات

#### تبیین مفهوم «اضافه» در ارتباط با معناشناسی «حق» و «حکم»

##### الف. معناشناسی حق

حق در لغت به معنای خلاف باطل، واجب، ثابت، یقین، مال، ملک، صدق و عدل به کار رفته است (مشکینی، ۱۳۹۲، ص ۲۱۳). همه معانی گفته شده برای حق، به یک معنای واحد برمی‌گردد و بقیه معانی‌ای که برای آن قرار داده‌اند، از باب اشتباه مفهوم به مصداق است. آن یک معنا به اعتبار معنای مصدری، همان «ثبوت» و به اعتبار وجه وصفی، همان «ثابت» است (اصفهانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱، ص ۳۸).

در تبیین مفهوم حق، نظریات: سلطنت (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۲۲۴)، ملک (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ ق؛ خوانساری نجفی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۰۷)، اعتبار خاص (اصفهانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱، ص ۴۴) و اعتبار مستقل از سلطنت و ملک و توجه به متعلق حق (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۹) مطرح شده است.

از سوی دیگر، حق در اصطلاح فقهی، دارای دو معناست: نخست، «حق در معنای عام» که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می‌باشد. شاهد این مدعا، مواردی نظیر: حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و ... است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده، لیکن همه از مصادیق حکم است و آثار حق به معنای خاص را ندارد. دوم، «حق به معنای خاص» که در مقابل ملک و حکم است (طهرانی، ۱۳۷۴، ص ۱۷۱). فقهای که حق را در مقابل ملک و حکم می‌دانند، مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است و از آن با تعبیر حکم شرعی و خطاب شارع نیز یاد می‌کنند (فروغی، ۱۳۹۷، ص ۶۵).

## ب. معنانشناسی حکم

حکم در لغت به معنای قضاوت کردن، بازداشتن و فرمان دادن است (خلیل بن احمد، ۱۴۰۵ ق، ص ۱۲۴) و در اصطلاح، به معنای قانونی است که خداوند برای تنظیم زندگی انسانها وضع کرده است (صدر، ۱۴۰۸ ق، ج ۱، ص ۱۳). این قوانین با ملاک جلب منفعت و دفع مفسده برای انسان، در عناوین پنج‌گانه به صورت احکام تکلیفی یا احکام وضعی از سوی شارع مقدس وضع و ابلاغ می‌شود. در اصطلاح فقه و حقوق، «حکم» عبارت است از: اوامر و نواهی قانون‌گذار که یا به‌طور مستقیم کاری را مباح یا واجب یا ممنوع می‌دارد یا آثار حقوقی خاص بر اعمال اشخاص بار می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۸، ص ۲۴۳).

### ۱. شناسایی نسبت حق و حکم در ارتباط با مفهوم «اضافه»

برای شناسایی نوع تقابل و نسبت میان حق و حکم، بر اساس مبانی فقهی به مفاهیم و معیارهایی اشاره و نظریاتی در این باره مطرح شده است که در ادامه آورده می‌شوند.

#### ۱-۱. نسبت «تناقض» با توجه به نحوه خطاب و تعلق به مکلفان و نوع سلطه در حق و

##### حکم

در اینکه آیا حق در مقابل حکم، از نظر مفهوم و مصداق، همان سلطنت و تسلط است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۵۵) یا ملک و نوع این سلطه چیست؟ (نایینی، ۱۳۷۶، ص ۳)، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. عموماً معتقدند حق در واقع، همان سلطه اعتباری است، نه سلطه تکلیفی (جواز و ترخیص)؛ مانند پدر که سلطنت تکلیفی بر اموال فرزند صغیر دارد و سلطنت اعتباری را خود صغیر بر اموالش دارد (اصفهانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۴، ص ۲۶۶). البته اشکال می‌شود که سلطنت از احکام حق است، نه خود حق (خراسانی، ۱۴۰۶ ق، ص ۴)؛ در حالی که حکم در صورت ترخیصی بودن، مشتمل بر سلطه‌ای تکلیفی است. پس با توجه به نوع تسلط، می‌توان حق یا حکم بودن موضوعات را تشخیص داد و تقابل آن دو از قبیل تکلیفی بودن یا اعتباری بودن سلطه است.

حق در معنای فقهی آن مشتمل بر توانایی و اختیار، اقتدار و سلطه است. البته سلطه ناشی

از ملکیت، سلطه‌ای تام است و سلطه ناشی از سلطنت، ضعیف و مرتبه نازل ملک است (خوانساری نجفی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۰۶).

به عبارت دیگر، حکم یا احکام در فقه اسلامی عبارت‌اند از: اوامر و نواهی که به افعال مکلفان یا به وقایع و اتفاقات تعلق می‌گیرد. احکام ممکن است از دو جهت مورد مطالعه قرار گیرند: یکی از جهت صدور از مبدأ و دیگری از حیث توجه به مکلف. دو لفظ حکم و حق در مرحله صدور از منشأ، متحد و یکسان هستند و هر دو به حکم به معنای عام تعبیر می‌شوند؛ ولی در مرحله تعلق به اشخاص، گاهی «حکم» به معنای خاص و گاهی «حق» نامیده می‌شوند. وقتی که حکم شارع الزام در اقدام یا نهی از اقدام پدید می‌آورد، «تکلیف» نامیده می‌شود و از آن، به وجوب یا حرمت تعبیر می‌کنند؛ وقتی برای بعضی از اشخاص، اموری ثابت و برقرار می‌شود که در ید و تسلط آنها قرار می‌گیرد، این تسلط را حق می‌نامند. لذا از این جهت است که حق و حکم یا بهتر بگوییم: حق و تکلیف در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند. در واقع، حق و حکم هر دو مجعول شرعی‌اند، ولی حکم از چنان موقعیتی برخوردار است که اراده مکلفان در برابر آن ارزش ندارد؛ در حالی که صاحب حق دارای اراده کافی در اعمال حق خود می‌باشد. از این نظر، تقابل این دو را می‌توان از نوع تناقض مفروض دانست و آنها را دو موضوع متعارض در نظر گرفت. در واقع، وجود یا فقدان اراده اشخاص، شاخص اصلی در تمیز و تشخیص حق از حکم می‌باشد و تقابل این دو از نوع تناقض تصور می‌شود.

## ۱-۲. نسبت «تضایف» با توجه به تعاملات و نحوه ارتباط مکلفان و مخاطبان حق و حکم

قانون‌گذار برای تنظیم تعاملات و روابط اجتماعی انسان‌ها، ناچار است که پاره‌ای از مردم را در برابر دیگران به انجام اموری مکلف کند. این تکلیف سبب می‌شود که دسته دوم برای خود امتیازی احساس کنند و بتوانند اجرای تکالیف دسته نخست را از ایشان بخواهند. در این گونه موارد، هدف قانون‌گذار حفظ مصالحی بالاتر از نفع اشخاص معین است. او ناگزیر است که موقعیت هر شخص را در اجتماع معین و بر آن آثاری بار کند. در ایجاد این موقعیت‌ها، یا اراده شخص و خواسته‌های او اثر ندارد یا شرط اجرای حکم است، نه علت حق. امتیازی که

از این راه برای اشخاص دیگر ایجاد می‌شود، با حق شباهت دارد و تشخیص آنها را ممکن می‌کند؛ برای مثال، حفظ نظم و تأمین پرورش کودکان ایجاب می‌کند که پدر و مادر به نگهداری آنان مکلف شوند. بنابراین خواستن این تکلیف از والدین، با شناسایی حق تأدیب برای ایشان ملازمه دارد و باید پدر و مادر محترم باشند و اختیار اداره زندگی کودک را در دست گیرند. پس این بحث به میان می‌آید که آیا سلطه پدر و مادر در موضوع حضانت، حق آنهاست یا نتیجه اجرای تکالیفشان (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۲۷۰).

برای روشن تر شدن مسئله تمییز حق و حکم، توجه به این نکته ضروری است که بر اثر زیاد شدن قوانین آمری و دخالت روزافزون دولت در امور اقتصادی و خانواده، در بسیاری موارد، حق و تکلیف با هم مخلوط شده و همراه حق، تکالیف گوناگون نیز آمده‌اند؛ برای مثال، گفته می‌شود: «نگهداری اطفال، هم حق و هم تکلیف ابوین است»؛ چرا که لازمه اجرای این تکلیف، بهره‌مندی از آن حق می‌باشد و بدون استفاده از حق، اقدام برای انجام تکلیف امکان‌پذیر نخواهد بود. این همان لزوم برقراری توازن در حق و تکلیف است که بر اساس عدالت و حکمت شارع تدبیر شده و در نظام حقوق اسلامی، به‌ویژه نظام حقوق خانواده، مبنای قانون‌گذاری قرار گرفته است. بنابراین با یک‌سویه فرض کردن حق و تکلیف و از حیث ملاحظه تلازم حقوق و تکالیف یک فرد، توازن و تعادل را باید این چنین تصور و ایجاد کرد. این معنا و ارتباط تلازم میان حق و تکلیف، در برآیند کلی حقوق و تکالیف یک فرد قابل تصور است نه در ارتباط با حقوق و تکالیف سایر اشخاص.

از طرف دیگر، با دوسویه فرض کردن حق و تکلیف در ارتباطات دوطرفه افراد، می‌توان این توازن و تعادل را به شکل دیگری ترسیم کرد، مانند انفاق به زوجه و اقارب؛ در عین حال که حق آنان است، در زمره تکالیف شوهر و خویشان است. پس باید حدود این حقوق و تکالیف را بازشناسی کرد؛ حاکمیت مطلق اراده را در قلمرو «حکم» نپذیرفت و استیفا و اجرای «حق» را به اراده صاحب آن واگذار کرد. البته این تلاش با تشخیص آمری و تکمیلی بودن قانون به تنهایی به ثمر نمی‌رسد.

اساساً فصل ممیز و خصیصه ذاتی حکم در مقابل حق، در این است که خطابات و قضایای فقهی و تکلیفی در جاتی از الزام را به نفع دیگران به فرد تحمیل می‌کنند. لذا در احکام وجوبی، فرد ملزم به ایجاد متعلق حکم و در احکام تحریمی، ملزم به عدم ایجاد می‌باشد. احکام کراهتی یا استحبابی الزام آور نیستند و احکام اباحی، دارای اختیار انفعالی و موقعیت برابر با دیگران اند (اصفهانی، ۱۴۰۴ ق، ص ۳۳۶).

اما در مفهوم حق، فرد در موقعیتی قرار می‌گیرد که می‌تواند رابطه جدیدی با موضوع به نفع خود برقرار و به الزام دیگران برای استیفای آن حق اقدام کند یا امتیاز و مصونیت‌هایی در مقابل دیگری (فرد یا دولت) به دست آورد؛ ولی در امور و احکام اباحی، فرد مجاز به الزام غیر نیست و رابطه وی با موضوع، برابر با رابطه دیگران با همان موضوع است.

چگونگی ایجاد این الزامات طرفینی در روابط اشخاص در عرصه‌های مختلف اجتماعی و خانوادگی، به گونه‌ای است که از یک سو، کسی را ملزم نموده، تکلیفی را بر عهده او می‌نهد و از سوی دیگر، در قبال این الزام، به شخص دیگری اختیار مطالبه‌گری از این الزام شرعی و قانونی را واگذار می‌کند. این همان تقابل تضایف تکلیف و حق در مقابل یکدیگر است؛ همان عبارت مشهوری که در قبال هر حقی، تکلیفی و در کنار هر تکلیفی، حقی قرار دارد و این هر دو (حق و تکلیف) نتیجه یکدیگر و وابسته به هم در تحقق عملی می‌باشند. بنابراین موضوع واحد که در ارتباط با دو طرف انسانی قرار می‌گیرد، از یک حیث و نسبت به یک طرف، حق نامیده می‌شود و از حیث دیگر و نسبت به طرف دیگر، تکلیف نام می‌گیرد. البته با توسعه ارتباطات انسانی، می‌توان به اطراف قضیه افزود و کسان دیگری را نیز مرتبط با موضوع واحد دانست. بدین ترتیب، موضوع واحد از برخی جهات و حیثیات، حق و از برخی جهات و حیثیات دیگر، تکلیف قلمداد می‌شود.

موضوع طلاق نیز در ارتباط با زوج و زوجه و سایر اعضای خانواده که اطراف قضیه می‌باشند، می‌تواند دارای جهات و حیثیات متعدد تلقی شود و از یک حیث و در ارتباط با یک طرف، حق، اما از حیث دیگر و در ارتباط با اطراف و افراد دیگر، تکلیف در نظر گرفته شود.



بنابراین طلاق را از حیث اینکه انشا و اجرای آن به دست مرد است و وقوع آن در گرو رضایت زوج، می‌توان حق دانست، ولی از سوی دیگر، به تکلیف بودن طلاق برای زوج و لزوم رعایت شرایط تکالیف حکم کرد؛ چرا که طلاق را نمی‌توان امری فردی و شخصی و یک‌طرفه تصور کرد و در واقع، حقیقت طلاق و انحلال نکاح، بازگشت به فروپاشی و اضمحلال خانواده دارد و همگی اعضای خانواده با آن درگیر شده، تحت تأثیر قرار می‌گیرند. پس نمی‌توان به ظاهر آن اکتفا کرد و صرفاً آن را دوطرفه و در ارتباط طرفینی میان زوجین بررسی کرد.

## ۲. نقد و بررسی روش‌شناسی و معیارهای تشخیص حق یا حکم بودن طلاق

ضرورت پرداختن به مفاهیم حق و حکم این است که شناسایی مفاهیم حق و حکم و تفکیک آنها از یکدیگر، می‌تواند به روشن شدن بسیاری از مباحث فقهی و حقوقی و احکام مربوط به آنها کمک کند؛ از جمله آنکه در بحث طلاق، ماهیت حق بودن طلاق از سلطه زوج بر اقدام به طلاق حکایت دارد و ماهیت حکم بودن طلاق، موظف بودن زوج به اجرای طلاق با توجه به حالات خمسه تکلیفیه در احکام شرعی را می‌رساند. لذا با توجه به معیارهایی که در مقام تشخیص ماهیت حق از ماهیت حکم مطرح شده است، می‌توان در دو حیطه زیر، به نقد و بررسی آنها پرداخت:

### ۲-۱. تشخیص و تمییز حق و حکم در حیطه مفهومی

در واقع به لحاظ مفهومی، مقصود از حکم در اینجا حکم اباحی است و باید به تفکیک حق از اباحه بالمعنی‌الاعم پرداخت. با توجه به تقابل حق و تکلیف و ارتباط معنایی آن دو به صورت اضافی، نمی‌توان فقط تکلیف را به اباحه به معنای خاص (حکم مباح) اختصاص داد؛ زیرا قیاس حق و مباح به معنای خاص، به لحاظ شباهت آن دو در آزادی عمل در ترک یا فعل، نباید منجر به این شود که تقابل حق و تکلیف را منحصر به تقابل حق و حکم مباح به معنی‌أخص دانست و محل نزاع را تقابل میان این دو فرض کرد.

در عین حال، حتی اگر طلاق حق هم باشد، حق بودن منافاتی با لزوم رعایت شروط در اعمال آن نیست؛ بلکه نهایتاً حقی مشروط است. حق بودن طلاق دلیل بر جواز سوءاستفاده از

طلاق نیست. مخصوصاً که در قرآن کریم در مورد طلاق با عبارت «تسریح یا احسان»، دستور و نص صریح داریم. به عبارت دیگر، ادله جواز طلاق مطلق نیست و به قیودی از جمله رعایت حسن معاشرت، احسان و اصل معروف مقید است.

بدین ترتیب، تصور فقدان وجه رجحان در صدور مجوز طلاق از ناحیه شارع مقدس و تجویز طلاق در حالت خلوی طلاق از رجحان و حکم به اباحه اصطلاحی و متساوی‌الطرفین در ترک و فعل، بسیار نادر است؛ چون این حالت شاذ طلاق است. لذا با توجه به توسعه مفهومی اباحه، تقابل میان حق و حکم اباحی عام وجود دارد که در نتیجه، تقابل میان حق و تکلیف را به دنبال خواهد داشت، نه فقط اباحه بمعنی الاخص؛ لذا اختصاص محل نزاع به اباحه بمعنی الاخص برای تعیین ماهیت طلاق و تمییز حق یا حکم بودن آن به لحاظ مفهومی، در یک قسم از اقسام طلاق (طلاق مباح) صحیح نمی‌باشد. تعیین ماهیت، منحصرأ در یک قسم و آن هم قسم شاذ و نادر، به دلیل شباهت حق با حکم مباح درست نیست. علاوه بر این، مصادیق مکروه در طلاق با عنایت به روایات متعدد، با تصریح به عبارت «مبغوض‌ترین حلال نزد خداوند متعال»، غلبه شایان توجهی خواهد داشت. دلالت بر کراهت طلاق در این روایات و رجحان ترک طلاق، اختصاص محل نزاع به طلاق مباح را به شدت تضعیف می‌کند. از همین روست که برخی لزوم وجه رجحان در صحت طلاق را شرط می‌دانند و معتقدند که طلاق نیازمند دلیل است و در برخی موارد که نمی‌توان دلیل شرعی و نقلی برای آن اقامه نمود، دلیل عقلی هم کافی است که البته باید به تأیید شرع برسد.

تشابه حق و حکم مباح خاص در این است که در هر دو، اراده شخص مبنی بر ترک و فعل نافذ است و شخص در انتخاب یکی از فعل و ترک، به طور برابر مختار است. در صورتی که ماهیت طلاق، باید در بردارنده همه اقسام و قدر جامع همه صور مجاز طلاق باشد. پس محل نزاع، تفاوت حق و حکم اباحی بمعنی الأعم است؛ در واقع نزاع بر سر حق یا تکلیف بودن طلاق است نه حق و حکم بودن طلاق؛ چون تکلیف اخص از حکم است و حکم به دو نوع وضعی و تکلیفی تقسیم می‌شود.

در خصوص حکم وضعی، مطالب دیگری وجود دارد که با این بیانات و استدلالات قابل توجیه نیست؛ زیرا اگر زوجیت را که ثمره نکاح است، یک حکم وضعی بدانیم، انحلال نکاح و متارکه (عدم زوجیت)، در قالب طلاق نیز به قرینه تقابل می‌تواند در ردیف احکام وضعی قرار گیرد. در این صورت، بنابر قول به حکم بودن طلاق، باید گفت: طلاق نه یک حکم تکلیفی و به‌عنوان فعل مکلف، بلکه یک حکم وضعی خواهد بود که در این صورت، تقابل میان حق و حکم را نمی‌توان به‌صورتی که مطرح شده، در نظر گرفت. پس برای تصحیح محل نزاع در حیطة مفهومی، باید مراد از حکم را در تقابل، فقط حکم تکلیفی دانست و به ماهیت حقی یا حکمی طلاق از منظر حکم تکلیفی پرداخت.

## ۲-۲. تشخیص و تمیز حق و حکم در حیطة مصداقی

آنچه اکثراً در تقابل حق و حکم مورد بحث واقع شده، تشخیص مصداقی و صغریات حق و حکم است که نیازمند اجتهاد از ظواهر نصوص و استنتاج از لسان ادله و بررسی آثار حق و حکم در موضوع مورد بحث است؛ به‌ویژه آنکه قرینه قابلیت و عدم قابلیت اسقاط همیشه نمی‌تواند راهگشا باشد. برخی از مهم‌ترین معیارها در تشخیص مصداقی حق از حکم عبارت‌اند از:

### ۲-۲-۱. تمسک به عمومات و اطلاقات ادله

عموم و اطلاقات ادله معیاری است که می‌تواند در مقام اثبات، گسست حق از حکم را نشان دهد. در بحث از موضوع طلاق و با فرض اینکه طلاق حق اختصاصی زوج است، اگر زوج بخواهد این حق خود را ضمن عقد نکاح ساقط کند، عمومات «المؤمنون عند شروطهم» می‌تواند مورد استناد قرار بگیرد و قیدی در ادله نکاح و عمومات شروط وجود ندارد که مانع شود تا زوج بتواند اقدام به طلاق را از خود سلب نماید؛ یعنی حق بر طلاق، قابلیت اسقاط در ضمن عقد نکاح را خواهد داشت.

حال اشکال منتقدان این است که اگر در جریان زندگی مشترک، اولویت انحلال نکاح پیشامد کرد و زوج هم به استناد اسقاط حق طلاق از خود، نتواند زوجه اش را طلاق دهد، چاره چیست؟ اینجاست که همان مصلحت الزامی رخ می‌نماید و باعث می‌شود تا بگوییم: زوج که

طلاق به دست اوست، حق ندارد طلاق را از خود اسقاط نماید و باید برای نکاح که مورد اهتمام شارع است، راهی برای انحلال در موارد ضرورت باقی بگذارد و در این صورت، موضوع طلاق در سیاق احکام قرار می‌گیرد.

در مقابل می‌توان گفت: این نتیجه‌گیری صحیح نیست؛ زیرا حتی اگر طلاق حکم هم باشد، در صورت ضرورت و مصلحت الزامی، حکم نیز قابل تغییر است و به ماهیت حق بودن ربطی ندارد؛ چون مجعولات شارع، اعم از حکم یا حق، دایر مدار مصالح‌اند. در ضمن، ملاک قابلیت اسقاط حین انعقاد عقد مطرح است که به‌عنوان شرط ضمن عقد، منافاتی با مقتضای عقد نداشته باشد و بر خلاف شرع نباشد و سایر معیارهای صحت شروط ضمن عقد را دارا باشد. تأثیرات بعدی و شرایط استثنایی که موجب تغییر مصالح حکم شود، از باب دیگری است و ملاک صحت حکم اولیه (جواز اشتراط اسقاط) نیست.

#### ۲-۲-۲. توجه به لسان دلیل و ظواهر لفظی

اگر در لسان دلیل تعبیراتی باشد که در حق یا حکم بودن مجعول شرعی «ظهور» داشته باشد، مطابق آن عمل می‌شود (حسین‌آبادی جرقویینی، ۱۴۲۳ ق، صص ۶۵ و ۶۶). البته اگر مورد، «عرفاً» حق تلقی شود، مفاد دلیل هم قاعدتاً محمول بر همان معنای عرفی است و در همان معنا ظهور خواهد داشت؛ برای مثال، اگر مفاد دلیل، اثبات حقی برای شخص باشد، نظیر بیان «حق فسخ در نکاح»، ظاهر در حق است، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود.

در بحث از حق طلاق، روایت نبوی «الطَّلَاقُ بِيَدٍ مِّنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» می‌تواند این ظهور را داشته باشد و تحقق طلاق را به اراده زوج موکول کند؛ زیرا مقصود از ید همان سلطه است که ماهیت حق بودن را ایجاد می‌کند. اما باید توجه داشت که به‌جز این روایت که در منابع روایی امامیه هم ذکر نشده است، روایت دیگری با این مضمون صریح وجود ندارد، لذا باید ظهور روایات دیگر بحث طلاق و نیز آیات متعدد مربوط به موضوع طلاق مورد بررسی قرار گیرد. بدیهی است که در دست داشتن و صاحب ید بودن، ظهور در موظف بودن و تکلیف ندارد و چنین برداشتی بر خلاف فهم عرفی است. البته آیات با دلالت بر وقوع طلاق به دست زوج،

با مخاطب قرار دادن مستقیم مردان، همان معنای ید و سلطه در روایت مذکور را تداعی می‌کنند. اگر در آنجا استفاده حق بودن از معنای ید صحیح بود، در اینجا هم باید همان ظهور را داشته باشد.

البته در مقابل می‌توان ادعا کرد که زوج در تمام موارد وجوب و استحباب وقوع طلاق به‌عنوان یک حکم، در مقام کسی که حباله نکاح به دست وی است، موظف می‌شود تا طلاق را واقع کند و وقتی می‌خواهد طلاق را واقع کند، مخاطب آیات قرآن می‌شود که در این صورت، شرایط و مقررات اجرای طلاق را نیز به‌عنوان یک حکم باید اجرا کند.

### ۳-۲-۲. توجه به قالب گزاره‌های تشریحی طلاق

#### ۳-۲-۳-۱. قابلیت انطباق عناوین احکام بر طلاق

برای اثبات ماهیت طلاق می‌توان گفت: قابلیت انطباق عناوین احکام خمسۀ تکلیفیه بر مصادیق مختلف طلاق، مبین ماهیت حکمی طلاق است. استقرای احکام مرتبط با طلاق در ادله شرعی لفظی، نشانگر آن است که شارع مقدس برای موضوع طلاق، احکام پنج‌گانه تکلیفی و نیز احکام وضعی متناسب هر یک از فروع موضوع طلاق را وضع کرده است.

در واقع، فقط وقوع طلاق به دست زوج است و او مخاطب شارع است تا طلاق مشروع و مجاز را در حالات چهارگانه، نظام خارجی دهد. در حالی که این مقررات و این معانی برای مفهوم و موضوع حق صدق نمی‌کند و نمی‌توان گفت: برخی حقوق واجب و برخی مستحب و یا حرام و مکروه می‌باشند.

در پاسخ می‌توان اشکال کرد که: هم احکام تکلیفی و هم احکام وضعی توسط شارع، در فروع مربوط به طلاق جعل شده که ناظر به شرایط مختلف ایقاع طلاق است. لذا می‌توان نتیجه گرفت که بحث به‌طور کلی، در خصوص نحوه و شرایط انشای طلاق و واقع کردن آن است و ربطی به ماهیت آن به‌لحاظ نظری ندارد. در مقام عمل، هنگام اعمال برخی حقوق نیز می‌توان به احکام وجوب، استحباب، کراهت و اباحت اشاره کرد؛ مثل استحباب عفو از مهریه به‌عنوان یک حق. انطباق حکم استحباب هنگام عفو از مهریه که یکی از شرایط خاص مربوط به آن است، ماهیت مهریه را به‌عنوان یک حق مالی تغییر نمی‌دهد و موجب نمی‌شود که مهریه

از حق بودن خارج شده، ماهیت حکمی پیدا کند. همچنین در مورد حق فسخ هم می‌توان به حالات خمسه اشاره نمود و در عین حال، آن را حق دانست. پس ربطی به ماهیت ندارد، بلکه شرایط اعمال حق متفاوت است و احکامی را به دنبال خواهد داشت. چرا در مورد فسخ نکاح، به حکم بودن آن اذعان نمی‌شود، در حالی که از این جهت با طلاق فرقی ندارد.

#### ۲-۳-۲-۲. استقرا

از دیدگاه برخی از محققان، از جمله شهید صدر، «حق» بر خلاف حکم، اسقاط‌پذیر است. وی در تبیین این مطلب به چند ضابطه اشاره دارد. یکی از این ضوابط، «استقرا و تنقیح مناط» از موارد استقرایی است. از نظر وی، باید مواردی را که دلیلی بر اسقاط‌پذیری آنها وجود دارد، برشمرد و آنگاه ملاک و نکته‌ای را که اشتراک این موارد را در قابلیت اسقاط موجب شده، انتزاع کرد و سپس به‌عنوان یک قاعده کلی، هر مجموعی را که مشتمل بر این نکته باشد (حتی اگر دلیل خاصی هم در آن باره نباشد)، با توجه به همین ملاک، حق تلقی کرد. البته حجیت این ملاک، به این است که این استقرا مفید قطع و بدون استثنا باشد (حائری، ۱۴۲۳ ق، ص ۱۳۴).

استقرا در نصوص مرتبط با مصادیق مختلف طلاق، مؤید ماهیت حکمی طلاق است و وجوب، استحباب، کراهت و حرمت در حالات گوناگون طلاق، در گرو رضایت زوج نیست و تبعیت از اراده شارع در همه این حالات ضروری است. پس زوج نمی‌تواند هرگونه که خواست، طلاق را واقع کند و مصالح را نادیده بگیرد. هرچند در اینجا می‌توان اشکال کرد که دلیل شرعی یا فتوا برای بطلان طلاق بدون استحباب وجود ندارد و در نتیجه، جریان مفهوم حق در ماهیت طلاق مردود نیست.

در پاسخ می‌توان گفت: فقها تصریح نموده‌اند که تنقیح مناط در این گونه موارد، باید قطعی بوده و مثال نقض و استثنا نداشته باشد؛ در حالی که موارد نقض و استثنا در خصوص اسقاط‌پذیری برخی حقوق، بارها مطرح شده است.

#### ۲-۲-۴. سیره عقلا

سیره عقلا یکی دیگر از ضوابطی است که شهید صدر در مقام تمییز حق از حکم، مطرح می‌کند. از دیدگاه وی، می‌توان با توجه و تمسک به ارتکازها و قضاوت‌های عرفی و عقلایی

و کشف ملاک قضاوت عرف، به ضابطه‌ای در مقام تشخیص دست یافت (حائری، ۱۴۲۳ ق، ص ۱۳۴).

از مفاد برخی از روایات می‌توان این ارتکاز عقلایی را امضا شده تلقی کرد؛ صحیحۀ محمد ابن مسلم از امام جعفر صادق<sup>(ع)</sup> را می‌توان شهادی بر این مدعا تلقی کرد. وی می‌فرماید: «قُلْتُ لَهُ: رَجُلٌ جَنَى إِلَى أَعْفُو عَنْهُ أَوْ أَرْفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ؟ قَالَ: هُوَ حَقِّكَ؛ إِنْ عَفَوْتَ عَنْهُ فَحَسَنٌ وَإِنْ رَفَعْتَهُ إِلَى الْإِمَامِ فَإِنَّمَا طَلَبْتَ حَقِّكَ، وَكَيْفَ لَكَ بِالْإِمَامِ؟» (همان‌جا). قصاص در ارتکاز متشرعه و قضاوت عرف، یک حق است و روایت هم همین معنا را تأیید می‌کند.

در پاسخ باید گفت: دلیل سیره در این بیان تمام نیست؛ زیرا اولاً نشانه حق بودن چیزی، این باشد که شخص هرگاه اراده کرد، بتواند هر کاری را در مورد آن چیز انجام دهد، قابل نقض و محل مناقشه است و نشانه ماهیت حق بودن از نظر عقلا نیست؛ ثانیاً در اثبات سیره از نظر عقلا، قطعاً حقوق نیز باید مشروط به رعایت برخی مصالح باشند و عموماً عقلا اعمال حق به طور مطلق و بدون مصلحت را جایز نمی‌دانند. بنابراین مطلق بودن اعمال حق در همه حقوق، از نظر سیره عقلا مردود است؛ ثالثاً موضوع طلاق در ارتباط با انحلال نکاح و تزلزل بنیان خانواده بوده و از اهم مصالحی است که به راحتی با آن برخورد نمی‌شود؛ لذا نمی‌توان با استناد به مشروط بودن طلاق به رعایت مصالح از نظر عقلا، ماهیت حقی آن را ملغی کرد و قایل به ماهیت حکمی طلاق شد؛ چرا که در هر دو حالت حق و حکم، عقلا رعایت مصالح را شرط صحت دانسته، اعمال حق بدون رعایت مصلحت را نیز همانند حکم نمی‌پذیرند.

#### ۵-۲-۲. وجود مصلحت الزامی در متعلق تکلیف

برای اثبات حکم بودن طلاق، می‌توان گفت: تشریح احکام مبتنی بر مصالح و مفاسد می‌باشد. در تشخیص حق از حکم، می‌توان از جهت وجود مصلحت در موضوع تأمل کرد و در صورت وجود مصلحت، رأی به حکم بودن آن موضوع داد؛ به عنوان مثال، اگر حضانت را حق به معنای اصطلاحی بدانیم، والدین در اعمال و اسقاط آن مختار خواهند بود و تعهد الزام‌آوری در این باره متوجه والدین نخواهد بود؛ اما اگر «حضانت» ماهیت حکمی داشته باشد، والدین به این

امر مکلف‌اند و نمی‌توانند از این امر شانه خالی کنند یا آن را ساقط نمایند. علاوه بر وجود نصوص قانونی مؤکد بر تکلیفی بودن ماهیت حضانت، یکی از راه‌های کشف ماهیت حضانت این است که فلسفه آن به دقت ملاحظه شود: «حضانت و نگهداری فرزندان از حقوق و وظایف مشترک زوجین است» (ماده ۱۱۶۸ ق.م.).

در مقام مقایسه حق و حکم از نظر جلب مصلحت، باید پرسید که آیا تعلق حق بدون مصلحت ملزمه از طرف شارع صورت می‌گیرد و شارع بدون چنین مصلحتی کسی را صاحب حق می‌داند یا خیر. خاستگاه مصلحت و عدم مفسده بالسویه در همه حقوق و تکالیف وجود دارد. بنابراین می‌توان حضانت را از جهتی حق مشروط به رعایت مصلحت دانست و این استدلال که شرط «مصلحت» تعیین‌کننده ماهیت حکم بودن است، نادرست می‌باشد؛ چرا که اعطای حق به ذی‌حق نیز از جانب شارع، دایر مدار مصلحت است و بدون آن، حق از جانب او تشریح نمی‌شود.

مقصود از دایر مدار بودن احکام شریعت حول مدار مصلحت، مختص به «حکم» اصطلاحی در برابر «حق» نیست و باید حکم به معنای عام، یعنی مجعولات شرعی را مقصود قرار دهیم که شامل حق نیز به عنوان یک مجعول شرعی می‌شود. اساساً همه مجعولات شرعی دایر مدار مصلحت می‌باشند.

#### ۶-۲-۲. اصل عدم

در صورت شک بین حق و حکم، به مقتضای اصل عدم حق، حق بودن آن را نفی می‌نماییم؛ چون برای اثبات حق، باید ویژگی‌های اسقاط‌پذیری، ارث‌بری و قابلیت انتقال ثابت شود که در صورت شک، اصل بر عدم این‌گونه خصوصیات است. اگرچه بدین واسطه، حکم بودن این‌گونه موارد نیز اثبات نمی‌شود، اما با عنایت به اینکه دوران امر بین حق و حکم مطرح می‌باشد، با نفی حق، حکم اثبات می‌شود.

البته این ادعا را می‌توان متقابلاً در مورد حکم نیز بیان نمود؛ زیرا احکام نیز برای اثبات، نیازمند دلیل هستند و بدون دلیل نمی‌توان حکم شارع را ثابت نمود؛ به‌ویژه اینکه در مورد



حقوق نیز، این ویژگی‌ها غالبی است و موارد نقض وجود دارد، پس اصل عدم، کارآیی خود را در این گونه موارد نخواهد داشت.

### ۲-۲-۲. استصحاب

در صورت شک بین حق و حکم و در مواردی که دلیل لفظی و امارات در میان نباشد، مرجع همان اصول عملیه و ادله فقهیه است. ویژگی‌هایی چون اسقاط، حق نقل و انتقال، از امورات وجودیه‌ای هستند که حدوث آنها نیازمند دلیل است. اگر در حدوث این ویژگی‌ها شک وجود داشته باشد، یعنی در موارد اشتباه بین حق و حکم، چنانچه امکان تمسک به عموماً نصوص وجود داشته باشد، برای رفع شبهه به آنها تمسک می‌نماییم و در غیر این صورت، با اصل عملیه، عدم ترتیب آثار حق را استصحاب و در نتیجه، در فرض دوران بین حق و حکم، حکم بودن مورد مشکوک را احراز می‌کنیم.

در رد این دلیل باید گفت: با توجه به مثال‌های نقضی که در مورد این خصایص ثلاثه مطرح شده است، نمی‌توان با قاطعیت چنین استدلالی را پذیرفت. حقوقی که اسقاط‌ناپذیر یا غیرقابل انتقال یا توارث می‌باشند، قطعیت این ملاک‌ها را از بین می‌برند و نمی‌توان به یقین سابق که از ارکان استصحاب است، در همه موارد اذعان کرد.

بدین ترتیب، کلیه ادله مطرح شده در اثبات ماهیت طلاق، به لحاظ ماهیت منحصره حقی یا حکمی، از سوی منتقدان قابل مناقشه بوده و کافی تلقی نمی‌شود. لذا با توجه به تقابل تضایف در ارتباط میان حق و حکم، باید روی ماهیت مرکبه طلاق متمرکز شده و به بررسی آثار آن بپردازیم.

### ۳. ماهیت مرکبه بودن طلاق با توجه به مفهوم اضافه در ماهیت آن

همان‌طور که از مباحث پیشین معلوم شد، از جهت مصداقی نمی‌توان به راحتی مسئله حق یا حکم بودن طلاق را حل و آثار حقوقی لازم را بر موضوع طلاق مترتب کرد. اما توجه به نسبت تضایف حق و تکلیف می‌تواند راه برون‌رفت مناسبی برای حل مسئله پیش‌رو باشد. از آنجا که

حق از مقوله «ملک» دانسته شده و ملکیت دارای چهار حیطة معنایی است، می‌توان وجود درجه‌ای از اضافه را در مفهوم حق احراز کرد.

اضافه از مقولات عشر و اشاره به معنای رابطه بین دو چیز است؛ طوری که تصور یکی بدون دیگری ممکن نباشد. از مقوله اضافه، به «مضاف» و گاه «نسبت» و از دو طرف اضافه، به مضافان یا متضایفان نیز تعبیر کرده‌اند (دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، ص ۸۹)؛ همانند معنای پدری که با معنای پسری فهمیده می‌شود. اطلاق معنای «ملک» به کلمه «حق» به چهار اعتبار می‌تواند باشد: ملکیت حقیقی و اضافه اشراقی (ویژه حق باری تعالی)، ملکیت ذاتی (مالکیت انسان بر نفس، اعضا، منافع و اعمالش)، ملکیت مقولی (مربوط به اعراض نسبی) و ملکیت اعتباری (توسعه در مفاهیم حقیقی، مانند: اعتبار ریاست برای زید بر قومهش یا فوقیت که مفهومی اضافی است) (جزایری، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۱۲۱). مرحوم شیخ انصاری ملکیت و زوجیت و احکام وضعی را از احکام تکلیفی انتزاع کرده است؛ زیرا ملکیت از اعتباریات ذهنیه است و نمی‌توان آن را استقلالاً جعل نمود (همان، ص ۱۲۲). ملکیت عقلایی و شرعی از عوارض موجودات خارجی است و مناط در اعتبارات وضعی، مثل ملکیت، اعتبار «من بیده الأمر» است و فعلیت دو طرف اضافه (من له الملك و من علیه الملك) در جعل آن لازم نیست (همان‌جا).

همان‌طور که گفته شد: حق به معنای ثبوت است و ثبوت مفهومی عام می‌باشد و در واقع می‌توان گفت: ملکیت و حکم تکلیفی، هر دو حق است؛ یعنی ملکیت و حکم تکلیفی در وعای تشریح موجود و ثابت‌اند (همان، ص ۱۳۲). اضافه ملکیت (من له الحق و من علیه الحق) اعتباری است به معنای واجدیت نه سلطنت. در واقع، مالک اعتباراً واجد است، خواه سلطنت در تصرف داشته باشد و خواه نداشته باشد (همان، ص ۱۳۴). به این ترتیب، حق به معنای ثبوت، متضمن تکلیف است و تکلیف خود یک نحوه ثبوت است. رابطه تضایفی حق و تکلیف در همه اموری که رابطه انسانی با دیگری مطرح است، وجود دارد و «من له الحق»، حقوق دیگران هم به عهده‌اش می‌آید و «من علیه الحق» دارای تکلیف می‌شود.

مرحوم مصباح یزدی در این باره می‌فرماید: «این رابطه یک رابطه قراردادی بین حق و تکلیف است. در این حالت، مقام جعل و تشریح - نه مقام مفهوم - مدنظر است. مصالح زندگی انسان‌ها اقتضا دارد که اگر برای کسی حقی جعل و تشریح می‌گردد، بایستی برای او تکلیفی نیز قرار داده شود. هرکس در اجتماع از دستاوردهای دیگران بهره می‌برد، موظف به بهره‌رسانی به دیگران نیز می‌باشد. نمی‌توان برای فردی حق استفاده از منافع مردم قایل شد، اما هیچ تکلیفی در خدمت به مردم برای او در نظر نگرفت (مصباح یزدی، ۱۳۸۲، ج ۳، ص ۲). در موضوع طلاق نیز چنین است که حتی اگر طلاق حق اختصاصی زوج باشد، این حق در تضایف با تکلیف نسبت به تأمین منافع زوجه و بنیاد خانواده است و چنین نیست که زوج بتواند هر وقت بخواهد، به انحلال نکاح اقدام کند و مصلحت ملزمه تحکیم خانواده را نادیده بگیرد و بر خلاف حسن معاشرت با زوجه اقدام نماید. بدین ترتیب، ماهیت مرکبه برای طلاق قابل تصور است.

#### ۴. لزوم ضابطه‌مندی طلاق بر اساس ماهیت مرکبه آن

اقدام یک‌جانبه زوج برای انحلال نکاح و فقدان دلیل برای ایجاد محدودیت در این جهت، پژوهش‌گران و نیز قضات محاکم خانواده را به تأمل قابل‌قبولی در این جهت سوق داده است. طلاق در ارتکاز فقهای شیعه و سنی، ماهیت «حق» را دارد، اما تأمل در نصوص و گزاره‌های شرعی می‌تواند ماهیت «حکم» برای طلاق را تقویت نماید. ارتکاز فقها ناشی از تکرر استعمال طلاق در مفهوم «حق» می‌باشد و در مقابل، تحلیل فروع طلاق احتمال ماهیت «حکم» را برای آن ثابت می‌کند؛ بدین معنا که طلاق بدو دارای فرض اولیه حکمی و تکلیفی می‌باشد و لذا گروهی بر این باورند که اقسام پنج‌گانه حکم در طلاق، مانع از آن است که طلاق حق دانسته شود؛ چرا که این حالات برای حق متصور نیست. فرض اولیه اباحه در طلاق که موهم حق بودن آن است، به دنبال تحقق شرایط آن و به دلیل غیرقابل اسقاط بودن طلاق، زوج را مکلف به اقدام به طلاق و مراعات شرایط اجرای آن در یکی از حالات چهارگانه می‌نماید.

تبیین فقهی این موضوع و اصلاح قانون در این جهت می‌تواند ابهامات ماهیت طلاق را برطرف نماید.

به عبارت دیگر، قائلان به ماهیت حکمی طلاق، به دلیل دغدغه سوءاستفاده از طلاق، به عنوان یک حق و احتمال عدم رعایت مصالح خانواده و امکان تضییع حق زوجه، معتقدند که با ضابطه‌مند کردن طلاق در قالب یک حکم شرعی، می‌توان از خصوصیات احکام که دایر مدار مصالح می‌باشند، در جهت رفع دغدغه مذکور بهره جست و ابهامات قانونی را در این راستا برطرف کرد.

بدیهی است که بنای شارع بر حفظ و تداوم نهاد خانواده و تحکیم روابط اعضای آن است و انحلال و متلاشی کردن آن مرجوح و مبعوض حق تعالی است. از خطابات کتاب و سنت فهمیده می‌شود که طلاق از امور اباحی و اختیار آن به دست زوج است و در رأی رایج، این اختیار همان حق دانسته شده است؛ در حالی که اختیار در مباح، نفی خصیصه ذاتی حکم را نمی‌کند.

مطابق صراحت ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مرد می‌تواند هر وقت بخواهد، زن خود را طلاق بدهد و اراده و خواست مرد، تعیین‌کننده در وقوع طلاق است و زن می‌تواند با وجود شرایط مقرر در ماده ۱۱۱۹، برای مطلقه شدن در برخی موارد وکیل در توکیل باشد. همچنین طبق ماده ۱۱۲۹ در صورت عجز یا امتناع از پرداخت نفقه به زن و نیز ماده ۱۱۳۰ در صورتی که ادامه زندگی با مرد موجب عسر و حرج برای زن است، وی می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. البته قانون جدید این محدودیت را برای مرد قایل شده است که ابتدا به دادگاه مراجعه کند و ضمن ثبت دادخواست، دلایل خود را نیز شرح دهد و پس از رجوع به داوری و طی مراحل لازم، قاضی حکم به اجرای طلاق صادر نماید. بدیهی است که با بیان ساده‌ترین دلایل از سوی زوج، در بسیاری از مواردی که رغبتی به ادامه زندگی مشترک از جانب او وجود نداشته باشد، حکم به مفارقت به راحتی صادر و مصلحت عالی تحکیم بنیان خانواده و جلوگیری از تزلزل و انحلال آن نادیده گرفته می‌شود.

در نتیجه، به موجب فهم عمومی فقهی و هم صراحت قانونی، اختیار طلاق و انحلال نکاح به دست زوج داده شده است؛ اما لازم است که بررسی موضوع اقدام به طلاق توسط زوج را در هر دو حیطة ماهیت انجام داد و در هر حیطة، تبیین مفهوم حکم و حق صورت گیرد و امکان سنجی حکم بودن طلاق به دست زوج، به ویژه در صورت حکم اباحی، تعقیب شود.

در موضوع طلاق، قایلان به حکم بودن طلاق معتقدند که اگر آن را حق بدانیم، زوج هرگاه بخواهد، می تواند اقدام به انحلال نکاح نماید؛ در حالی که از سویی، با مصلحت ملزمه تحکیم خانواده روبرو هستیم و از سویی دیگر، می توان تشریح طلاق را مبتنی بر جلب مصلحت ملزمه همین تحکیم دانست؛ یعنی وقتی روابط زوجین متزلزل شده است و نیل به تحکیم ممکن نیست، به منظور دفع مفسده روابط ناسالم زوجین و حفظ سلامت اخلاقی ایشان، شارع مقدس انحلال را تشریح می کند. حال اگر دلیلی برای این مفسده نباشد، طلاق هم مشروعیت نخواهد داشت و بدین ترتیب، طلاق ماهیت حکمی خواهد داشت. لذا لازم است که در قوانین فعلی مربوط به طلاق بازنگری شود و در هر موردی که این مفسده ثابت نمی شود، حکم طلاق را نافذ ندانسته، شرط صحت یا لزوم ترتب آثار را منوط به اثبات مصلحت ملزمه در طلاق یا دفع مفسده بدانیم.

در مقابل، می توان چنین ادعا نمود که در بسیاری از مصادیق اعمال حق، این حالت آزادی اراده به طور مطلق وجود ندارد؛ بلکه اعمال حق نیز دارای شرایط خاص و مشروط به شروطی می باشد. نحوه اعمال حق در شرایط مختلف، می تواند تابع یکی از احکام تکلیفیه یا حتی احکام وضعیه قرار گیرد. گاهی اعمال حق در برخی شرایط باطل یا صحیح است و به عنوان یک حکم وضعی، می توان آثاری را بر این اعمال حق برشمرد، ولی این ترتب آثار حکمی مانع حق دانستن و ماهیت حق بودن نمی باشد.

بنابراین در مورد ماهیت طلاق باید بگوییم که:

اولاً اشکالی در حق و حکم بودن طلاق، به‌عنوان یک ماهیت مرکب وجود ندارد. در تعیین ماهیات مرکبه، در نظر گرفتن حیثیات مهم است. طلاق را می‌توان از جهتی حکم و از جهت دیگر حق دانست.

ثانیاً با توجه به همه اقسام طلاق (مثل خلع و مبارات)، باید این حق را یک حق دوطرفه و مشترک میان زن و مرد دانست؛ گرچه انشای صیغه در ید مرد باشد.

ثالثاً شرط اعمال این حق و اجرای حکم طلاق، رعایت مصالح مهم است و نمی‌تواند به‌عنوان یک حق مطلق و بدون شرط اعمال شود.

رابعاً اجازه سوءاستفاده از حق طلاق برای مردان وجود ندارد و بدون دلیل نمی‌توانند اقدام به طلاق نمایند و اثبات مصلحت در جواز طلاق، امری قطعی و مورد تأیید شرع است و ربطی به ماهیت طلاق ندارد.

خامساً در صدور حکم طلاق و نفوذ قانونی آن، باید چند امر برای قاضی احراز گردد: ۱. عدم سوءاستفاده از طلاق؛ ۲. وجود مصلحت در جدایی و متارکه؛ ۳. وجود مفسده در صورت دوام نکاح. این شروط در همه اقسام طلاق مورد نظر می‌باشند و اختصاصی به طلاق رجعی ندارند.

سادساً طلاق به‌عنوان یک حکم، منحصر در حکم تکلیفی نیست و در برخی شرایط در قالب یک حکم وضعی نیز می‌توان احکامی را بر آن مترتب دانست؛ مخصوصاً در مقام قیاس با ازدواج؛ چرا که زوجیت یک حکم وضعی است و در نتیجه، انحلال زوجیت نیز به تبع آن می‌تواند یک حکم وضعی تلقی شود و آثاری را به دنبال داشته باشد.

بنابراین بحث اصلی در این است که طلاق نیز همانند نکاح، نه تنها حق مرد، بلکه حق زن نیز می‌باشد و به همین دلیل، اقسام طلاق در شریعت وضع و جعل شده است؛ از آن جمله است: طلاق خلع، طلاق قضایی و به دست حاکم، طلاق مبارات، طلاق توافقی که اراده زن نیز در آن نقش داشته و تنها مردان مطرح نیستند. مشکل اصلی بیان قایلان به حکم بودن نکاح،

تمرکز بر طلاق رجعی و تنها یک قسم از طلاق و تسری حکم آن به همه اقسام طلاق و بالاتر از آن، تسری و تعمیم به ماهیت طلاق است.

در مقابل هر حقی، تکلیفی و در مقابل هر تکلیفی، یک حق قرار می‌گیرد. بنابراین تقابل تضاد یا تعارض در این باره قابل قبول نیست و نمی‌توان با توجه به خصوصیات مذکور برای حق یا تکلیف، ارتباط آنها را از نوع تضاد یا تعارض برشمرد. این گونه نیست که موضوعات فقهی را صرفاً یا حق بدانیم یا حکم و از این جهت باید برای تعیین ماهیت طلاق، به این نکته توجه نموده، ماهیت آن را از زمره ماهیات مرکبه برشمردیم که ملاحظه حیثیات بحث در آن تعیین کننده است. علت اختلاف نظر در این خصوص و عدم قطعیت در مورد مصادیق حق و حکم، ناشی از عدم توجه به این نکته است. مقولات ذات‌الاضافه در تعیین ماهیت نمی‌توانند مطلق باشند؛ بلکه با توجه به نسبتی که برقرار می‌کنند، تعیین ماهیت می‌شوند.

بدین ترتیب، طلاق از جهت حق بودن منوط به رعایت شروط و مصالحی است که دایر مدار آن است و هرگز اجازه سوءاستفاده از طلاق به زوج داده نمی‌شود؛ بلکه باید شرط احسان و مصلحت زوجه و خانواده در اعمال آن در نظر گرفته شود. از طرف دیگر، به‌عنوان یک حکم، دایر مدار مصلحت خانواده و دفع مفاسد واقعی است و در اجرای آن نمی‌توان بدون اثبات این ملاک مهم، جواز اقدام به طلاق را صادر نمود.

در هر مورد، باید با ملاحظه اصول کلی و مبانی فقه و حقوق اسلامی و لوازم حفظ نظم و اخلاق حسنه و به‌طور خلاصه با ملاحظه روح حاکم بر نظام حقوقی اسلام، تشخیص دهیم که مورد طلاق در زمره احکام است یا حقوق و اگر حق است، تا چه حد اراده صاحب حق بر آن حکومت می‌کند. این مهم به دلیل این است که طلاق ماهیت مرکب دارد و در اجرای آن، باید حیثیات و شرایط مختلف افراد در نظر گرفته شود و با توجه به شرایط افراد، در خصوص حق یا حکم بودن آن از جنبه محدودۀ آزادی عمل و اراده فرد، از سوی قاضی حکم صادر شود. در تمامی شرایط و مصادیق، حفظ مصالح مهم و دفع مفاسد و عدم سوءاستفاده از طلاق، شرط

اساسی انجام آن و ترتب آثار شرعی می‌باشد؛ لذا بازنگری و اصلاح برخی قوانین بر اساس چنین مبنا و معیاری ضروری است.

با ملاحظه نکات فوق‌الذکر، پیشنهاد تعدیل و تصحیح مواد قانونی مرتبط با طلاق بر اساس مبانی فقهی، لازم و ضروری است و باید به‌عنوان شروط مندرج در قوانین طلاق، حداقل در قالب تبصره‌های الحاقی در نظر گرفته شود. همچنین باید در مشروعیت و قانونی دانستن طلاق در محاکم، لزوم دفع مفسده و حفظ مصلحت خانواده قید و جزئیات آن به تفصیل تبیین شود.

### یافته‌های پژوهش

حق اختصاصی زوج برای اقدام به طلاق را می‌توان در مقایسه با مفهوم حکم مورد بررسی قرار داد؛ ولی در تفکیک مصداقی حق از حکم برای طلاق، دچار اشکالات متعددی می‌شویم که در بررسی ادله به آنها اشاره شد. اما بررسی حق طلاق به‌صورت رابطه تضایف با تکلیف، می‌تواند پاسخ مناسبی به سؤال در مورد ماهیت حق طلاق برای زوج را به دنبال داشته باشد. پس از این تحلیل درمی‌یابیم که چرا تقابل «حق و حکم»، چنان‌که باید، طرح نشده و چرا کاوش‌های نویسندگان و محققان به نتیجه مطلوب نرسیده است و چرا در مورد مصادیق حق و حکم همواره اختلاف نظر وجود دارد. رفع همه دشواری‌ها در دو نکته زیر نهفته است:

اولاً حق و تکلیف با توجه به رابطه تضایف و ارتباط متقابلی که دارند، بنابه شرایط و حالات مختلف و با توجه به حیثیات متفاوت، در مورد مصادیقشان از ماهیات مرکبه برخوردارند. طلاق نیز در زمره همین مقولات است که ماهیت مرکب دارد و در اجرای آن باید حیثیات مختلف در نظر گرفته شود و بنابه فراخور حال، در خصوص حق یا حکم بودن آن، از جنبه محدودۀ آزادی عمل و اراده فرد قضاوت صورت پذیرد.

ثانیاً دو مفهومی که باید روبروی هم قرار گیرد، حق و «تکلیف» است نه «حق» و «حکم». در واقع زوج همان‌طور که به دلالت التزامی آیات قرآن و دلالت حدیث نبوی، حق بر طلاق دارد، نسبت به تأمین منافع زوجه و فرزندان، در صورت اراده بر طلاق، موظف به تکالیفی است. در هر حال، رعایت مصالح و دفع مفسد و عدم سوءاستفاده از طلاق، شرط اساسی



انجام آن و نفوذ و ترتب آثار حقوقی می‌باشد. لذا اعمال اصلاحات و بازنگری در قوانین مربوط به طلاق با این رویکرد، از ضروریات تعدیل و تغییر قوانین حوزه خانواده است. پس در نهایت، آنچه مهم و تعیین‌کننده می‌باشد، تشخیص درست محل نزاع و بررسی ارتباط میان حق و تکلیف است. ارتباط حق و حکم یا به عبارت دقیق‌تر، حق و تکلیف را می‌توان این‌گونه تشریح نمود: حقی که موجد تکلیف است و تکلیفی که مبنای یک حق واقع می‌شود، محل نزاع واقع شده است. در واقع، باید حیثیات مختلف را برای شناسایی ماهیت حق و تکلیف مورد توجه قرار داد؛ چرا که این موضوعات از مقولات ذات‌الاضافه محسوب شده، نسبت به افراد و جهات مختلف قابل سنجش می‌باشند. طلاق از حیث زوج، یک حق و از حیث ارتباط با زوجه و خانواده، یک حکم تکلیفی است؛ چرا که تقابل حق و تکلیف از مقولات اضافی و رابطه تضایف برقرار بوده و در برابر و ارتباط دوسویه و مستقیم با یکدیگر قرار دارند.

### منابع

- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ ق). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، جلد ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ ق). *حاشیه کتاب المکاسب*، جلد ۴. قم: دار المصطفی (ص) لإحياء التراث.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). *الفصول الغریبه فی الأصول الفقهیه*. قم: دار احیاء العلوم الاسلامیه.
- انصاری، الشیخ مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ ه). *کتاب المکاسب*. قم: دارالکتاب.
- جزایری، نعمت‌الله (۱۴۱۶ ق). *رساله حق و حکم*. قم: دارالکتاب.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ ق). *فقه العقود*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حسین‌آبادی جرقویی، محمدرضا (۱۴۲۳ ق). *رساله فی المعامله و الاختلاف بین المتعاقدين*. قم: میثم تمار.
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ ق). *حاشیه المکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و الإرشاد الإسلامی.
- خلیل بن احمد (۱۴۰۵ ق). *کتاب العین*. قم: مؤسسه دارالهجره.
- خوانساری نجفی، موسی (۱۳۷۶). *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۱. قم: الجماعه المدرسین، مؤسسه النشر الاسلامی.
- *دانشنامه بزرگ اسلامی*، برگرفته از مقاله «اضافه»، جلد ۹. تهران: مرکز دایرةالمعارف بزرگ اسلامی.

- شاکری گلپایگانی، طوبی (۱۳۹۳). ضرورت تبیین مبادی حق در علم اصول. تهران: انتشارات فکرسازان.
- صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ ق). دروس فی علم الاصول، جلد ۱. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۳۷۶). حاشیه کتاب مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طهرانی، محمدهادی (۱۳۷۴). درآمدی بر رساله حق و حکم. تصحیح نعمت‌الله جزایری. قم: نامه مفید.
- فروغی، سید علی‌رضا (۱۳۹۷). فقه استدلالی مباحث شروط مکاسب. تهران: مجد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰). مقدمه علم حقوق. تهران: گنج دانش.
- مشکینی، میرزا علی (۱۳۹۲). «مصطلحات الفقه». قم: موسسه دارالحدیث العلمیه والتفایه، مرکز للطباعه والنشر.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۲). اخلاق در قرآن (سلسه مباحث معارف قرآن). تحقیق محمدحسین اسکندری. قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (۵).
- موسوی الخمینی، روح‌الله (۱۳۷۹). کتاب البیع، جلد ۱. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- نایینی، محمدحسین (۱۳۷۶). منیه الطالب. قم: الجماعه المدرسین بقم المشرفه، مؤسسه النشر الاسلامی.

