

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹  
زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۹۶-۱۷۷

## تبیین استقلال مرد در طلاق بر اساس ماهیت تملیکی عقد نکاح\*

دکتر مهدی موحدی محب

استادیار دانشگاه سمنان

Email: movahedimoheb@profs.semnan.ac.ir

### چکیده

به اتفاق نظر فریقین، طلاق تنها از سوی زوج محقق می‌گردد و فقیهان در تبیین مستند این امر، عموماً به روایت نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» تمسک جسته‌اند. اگر چه این روایت عمدتاً در منابع روایی اهل سنت نقل شده، اما در فقه امامیه بر مضمون آن ادعای اجماع شده است. در این مجال بر آنیم تا استقلال اراده مرد را در ایقاع طلاق، نه حکمی صرفاً تعبدی، که ناشی از ماهیت و اقتضای طبیعت نکاح و طلاق دانسته، روایت یادشده را در اساس، ارشاد به حقیقت مزبور به شمار آوریم. بر این اساس، ماهیت نکاح را «تملیک یا تسلیط بر بضع در مقابل مهر» و حقیقت طلاق را «اعراضی تشریفاتی» دانسته، تسلط مرد را بر طلاق، ناشی از همین تحلیل و منطبق بر طبیعت مسأله می‌دانیم (بدون انکار بهره زن و کارکردها و اهداف متعالی نکاح). البته روشن است که هیچ صاحب حقی نمی‌تواند از رهگذر اعمال حق خود، سبب اضرار به دیگری یا اختلال در نظم جامعه شود؛ بنابراین، حاکم می‌تواند در فرایند اجرای این مسأله، تمهیداتی بیاندیشد.

**کلیدواژه‌ها:** نکاح، طلاق، خلع، مهر، تملیک، اعراض، طبیعت، اقتضا.

## مقدمه

در حقوق مدنی ایران که، به ویژه در بخش خانواده، مبتنی بر فقه امامیه است، طلاق، ایقاعی است که توسط زوج، صورت تحقق به خود می‌گیرد و ارادهٔ زوجه در آن نقشی ندارد. پرسش اساسی این است که چرا طلاق به دست مرد بوده و اصطلاحاً ارادهٔ او در تحقق آن مستقل است؟ آیا این حکم، مبتنی بر امر مولوی شارع بوده تا ما بدان متعبد باشیم؟ یا مبنای این حکم، چیز دیگری است؟ آیا این مسأله، در اثر اقتضائات زمان و مکان، دستخوش تغییر نخواهد گردید؟ آیا می‌توان برای ارادهٔ زن نیز در انحلال رابطهٔ زوجیت، استقلال یا دست کم، سهمی در نظر گرفت و حکم یاد شده را تغییر داده یا تعدیل کرد؟

چنین می‌نماید که در برخی موارد، این تعدیل، برای ضابطه‌مندی اجرای حکم و جلوگیری از آسیب‌های احتمالی، ضروری است؛ اما تا کنون، اصل حکم با تغییر چندانی مواجه نشده است؛ زیرا، اگر چه در برخی موارد به زوجه نیز حق درخواست طلاق داده شده اما در نهایت، انشای صیغهٔ طلاق، باتشریفات ویژه و به‌طور مستقل، توسط زوج یا از سوی او صورت می‌گیرد و بی‌گمان، حق طلاق با حق درخواست طلاق متفاوت است.

سعی نگارنده در این نوشتار بر آن است که از رهگذر واکاوی در چیستی و حقیقت نکاح و طلاق، تنها مطالبی طرح گردند که منطقی در مسیر پاسخ به پرسش‌های یاد شده و اثبات و تأیید فرضیه‌ها قرار می‌گیرند؛ نه صرفاً تکرار مکررات.

با تحلیلی که از ماهیت نکاح و حقیقت طلاق خواهیم داشت، در می‌یابیم که شارع حکیم در روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق»، در صدد بیان امری طبیعی بوده است؛ که عدالت نیز، چیزی جز ابتدای احکام، بر مقتضای طبیعت موضوعات نیست. در واقع، با روشن شدن این مسأله، تلاش‌های تساوی جویانه برای تغییر این حکم-که عمدتاً برخاسته از تصور ناعادلانه بودن آن است، با عنایت به مجموعهٔ احکام شرع-بیشتر در جهت ضابطه‌مند نمودن فرایند اجرایی آن، به کار گرفته خواهد شد تا سلامت خانواده در جامعه اسلامی، بهتر تأمین شده و دستخوش ناپایداری نگردد؛ چرا که چارچوب روابط زن و مرد در خانواده، در راستای ساختن فرد و جامعه و نیل به اهداف والای انسانی، تعریف می‌شود.

## فرضیه‌ها

ا - استقلال ارادهٔ مرد در طلاق، حکمی صرفاً تعبدی نیست.

ب - این حکم، بر پایهٔ تحلیل حقوقی از ماهیت نکاح و اقتضای طبیعت آن و بر اساس

حقیقت طلاق، از سوی شارع مقدس صادر شده و سخن شارع، در واقع، ارشاد به این اقتضای طبیعی است.

ج - با عنایت به اتکای حکم یاد شده بر طبیعت نکاح و طلاق و به لحاظ خلقت زن و مرد، اصل این حکم، دستخوش تغییر نخواهد گردید. اگر چه این به معنای جواز اضرار به غیر و سوء استفاده از حق نیز نبوده و باید برای ضابطه‌مند نمودن فرایند اجرایی آن، تمهیداتی اندیشیده شود.

### مروری بر مبانی فقهی حق طلاق

در پی بروز برخی مشکلات اجتماعی که - چه بسا - اختیار مطلق مرد در طلاق، به وجود آورده، در سال‌های اخیر، تلاش‌هایی در جهت مقید کردن آن در عرصه عمل، صورت گرفته است. البته ضوابطی که با این هدف مقرر گردیده، منافاتی با استقلال مرد در واقع ساختن طلاق ندارد؛ زیرا هدف از قوانینی که مرد را ملزم به مراجعه به دادگاه می‌کند، تلاش در جهت سازش و احراز ناممکن بودن ادامه زندگی مشترک است؛ از این رو، آن چه در مورد حق مطلق زوج در طلاق زوجه می‌گوییم، پس از طی مراحل شرعی و قانونی آن است. به هر روی، مروری گذرا بر مبانی حق طلاق و استقلال اراده مرد در ایقاع آن، در منابع نظام حقوقی اسلام ضروری می‌نماید.

#### قرآن

آیاتی از قرآن کریم به مسأله طلاق پرداخته و پیرامون آن احکامی را بیان داشته‌اند، اما در هیچ‌یک، به صراحت، اختیار مطلق مردان در طلاق بیان نشده است. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴿۱﴾ (طلاق: ۱) ؛  
 ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾ (بقره: ۲۲۸) ؛  
 ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا...﴾ (بقره: ۲۳) ؛  
 ﴿عَسَىٰ رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَنَّ أَنْ يُبْدِيَ لَهُمْ أَزْوَاجًا خَيْرًا مِمَّا كُنْنَ...﴾ (تحریم: ۵).

در این آیات، هر جا سخن از طلاق رفته، خداوند، آن را به مردان نسبت داده است یا این که مردان را مخاطب قرار داده و از زنان، به مطلقات (به صیغه اسم مفعول)، یاد شده است؛ گویی واقع شدن طلاق، تنها به اراده مرد، امری بدیهی، طبیعی و بی‌نیاز از بیان، تلقی گردیده

است.

### روایات

صریح‌ترین روایتی که امر طلاق را به دست مردان می‌سپارد، نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» (متقی هندی، ۶۴۰/۹؛ نوری طبرسی، ۳۰۶/۱۵) یا «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» (ابن ماجه، ۶۷۲/۱؛ متقی هندی، همان، ۶۴۲) یا «إنما یملک الطلاق من أخذ بالساق» (بیهقی، ۳۶۰/۷) است و هم سو با آن، روایات فراوانی در منابع شیعی دیده می‌شود. (کلینی، ۱۳۳/۶-۱۳۰، ح ۲ و ۱۰؛ طوسی، تهذیب، ۵-۲/۸، ح ۱ و ۲ و ۴ و ۸؛ حرّ عاملی، ۳۴۰/۱۵، ح ۱) و اگر چه عمدتاً در منابع روایی اهل سنت آمده اما به هر روی، پذیرش آن، مورد اتفاق فقیهان امامی است.

### اجماع

شیخ الطائفه، پس از نقل روایت «الطلاق لمن أخذ بالساق» در مقام استدلال می‌نویسد: «و علیه إجماع الفرقة و أخبارهم» (طوسی، خلاف، ۵۱۶/۴). هرچند، با وجود دلایل دیگر، چنین اجماعی، مدرکی و طبعاً فاقد اعتبار مستقل است. (مظفر، ۹۹/۲-۹۸) زیرا: اولاً، مورد اجماع مصطلح باید حکمی شرعی بوده و ثانیاً، هیچ دلیلی از قرآن و سنت در خصوص آن در دست نباشد.

### عقل

ممکن است دلیل اختیار مرد در طلاق، این گونه تفریر شود که، چون در نوع مردان، نیروی عاقله بر احساسات، غلبه دارد، لازم است اختیار یاد شده، به او واگذار گردد تا خانواده بر بنیانی سست بنا نشده و به بهانه‌های واهی، رابطه زوجیت، انحلال نیابد.

برخی برآنند که، در خصوص رابطه زوجیت، عنصر عشق و عاطفه در مردان، با غریزه شهوانی آن‌ها ارتباط مهمی داشته و در صورتی که به همسر خود بی‌علاقه شوند، ادامه زندگی زناشویی برایشان ناممکن‌تر است؛ پس شاید این امر، طبیعی باشد که حق طلاق در وهله نخست به دست مردان باشد. (باقری فرد، ۲۸)

گفتنی است که نگارنده در این مجال، در صدد ردّ یا تأیید دلایلی از این دست نیست؛ چه، پاسخ این پرسش، ریشه در تحلیل چستی نکاح و طلاق داشته و دآوری عقل نیز چیزی جز ابتدای حکم بر اقتضای طبیعت موضع آن نیست. براین اساس، معتقدیم چنانچه، اجماع یا روایتی نیز در این باب وجود نمی‌داشت، در حکم مسأله، تفاوتی ایجاد نمی‌شد.

## معنای نکاح

## نکاح در لغت

برخی، معنای حقیقی نکاح را «وطی» دانسته‌اند (جوهری، ۴۱۳/۱؛ فراهیدی، ۶۳/۳) راغب نیز می‌نویسد: «اصل النکاح للعقد ثم استعیر للجماع...» (راغب، ۵۰۵)

در تحلیلی متفاوت، می‌توان نکاح را به معنایی گرفت که برخی، از آن به «انضمام دخولی» یاد کرده و شاهد آن را شیوع در استعمال دانسته‌اند. و این که گفته می‌شود: «تناکحت الأشجار بعضها ببعض» از همین روست؛ چه، در بیشتر مواقع، شاخه‌های برخی از آن‌ها در بعض دیگر داخل می‌شوند. و هرگاه آب و خاک با هم مخلوط شوند، می‌گویند: «نکح الماء الأرض». (بهبهانی، ۴۶۹/۲)

## نکاح در اصطلاح

نکاح، در شریعت، بیشتر به معنای عقد و کم‌تر در معنای وطی به کار رفته است. (شهید ثانی، ۷/۷) بلکه شاید بتوان گفت در قرآن کریم به جز یک مورد که به معنای وطی به کار رفته (بقره: ۲۳۰)، در دیگر موارد، به مفهوم عقد است و به اغلبیت استعمال می‌توان حقیقی بودن این معنا را دریافته و با اصل عدم نقل، معنای لغوی، آن را استصحاب کرد. (کرکی، ۷/۱۲)

از نکاح که اجماعاً مستحب دانسته شده (ابن ادریس، ۵۱۸/۲) و در مواردی، حکم به وجوب آن می‌شود، تعریف‌های گوناگونی ارائه شده است؛ از آن جمله:

- «نکاح، رابطه‌ای است حقوقی-عاطفی که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است.» (محقق داماد، ۲۲)

- «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند.» (امامی، ۴/۳۲۶)

- «نکاح رابطه‌ای است بین زن و مرد برای تشکیل خانواده.» (امامی، همان)

- «عقدی است که به وسیله آن مرد و زن به قصد شرکت در زندگانی و کمک به یکدیگر قانوناً با هم متحد می‌شوند.» (شایگان، ۱، ش ۵۸۹ و ۵۹۱)

- «عقدی که به وسیله آن وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطه زوجیت) به وجود می‌آید.» (امامی، همان)

برخی نیز به محوریت رابطه جنسی در تعریف نکاح، به دیده تردید می‌نگرند؛ چه، براین

باورند که، مقصود از زناشویی، امور گوناگونی است که نمی‌توان به طور قطع یکی از آن‌ها را هدف اصلی دانست؛ هر چند رابطه جنسی زن و مرد از مهم‌ترین آن‌ها است. (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۲۵/۱)

از جمله این اهداف، تحصیل آرامش (روم: ۲۱)، تربیت نسل، توسعه روابط خانوادگی، اجتماعی و عاطفی را می‌توان نام برد؛ اما باید گفت: آن چه ویژه زن و شوهر به حساب می‌آید، رابطه جنسی است و اهداف دیگر، جنبه تبعی دارند. وانگهی، نکاح رابطه‌ای حقوقی است که تکلیف زن و شوهر به حسن معاشرت با یکدیگر را نیز در پی دارد و در تعریف، نیازی به قید عاطفی یا مالی یا دیگر قیود نیست و هرآنچه از سوی بزرگانی، به عنوان قید تلقی گشته، در واقع، پی آمد همان رابطه حقوقی ویژه است.

تعریف‌هایی از این دست، برای نکاح، که از سوی برخی نویسندگان ارائه شده، با آن‌که لایه‌هایی از این رابطه حقوقی را روشن می‌سازد، به گونه‌ای نیست که بتوان با شناخت ماهیت آن، دیگر احکام مرتبط با پیوند زن و شوهر - از جمله، لزوم تحصیل اذن شوهر در خروج از منزل، استقلال اراده مرد در تحقق طلاق، کیفیت طلاق خلع و .... - را بر آن مترتب ساخته، رابطه‌ای منطقی بین آن‌ها برقرار کرد.

نگارنده بر این باور است که اگر با رویکرد کشف رابطه‌ای منطقی میان این احکام، به منابع استنباط و آثار فقیهان رجوع کنیم، به نتایج قابل توجهی دست پیدا خواهیم کرد.<sup>۱</sup> در حقیقت، معتقدیم رویکرد فقیهان در تعریف نکاح و ترسیم محدوده و چارچوب آن، بر خلاف تعاریف یاد شده، روشن‌کننده رابطه منطقی پیش‌گفته است؛ اگر چه ممکن است با شواهد و دلالتی که ارائه می‌شود، یک تحلیل، مناسب‌تر از بقیه معرفی گردد؛ بلکه بیشتر، در صدد اثبات این واقعیت است که - بر خلاف تصور برخی - نکاح از سوی فقیهان تعریف شده و معنا و ماهیت آن، مورد عنایت بوده است؛ ضمن آن‌که از این رهگذر، به توجیه استقلال مرد در ایقاع طلاق و ترسیم رابطه منطقی آن با ماهیت نکاح و نیز ربط این دو با دیگر احکام مقرر در روابط زوجین می‌پردازیم.

### تبیین ماهیت نکاح

أ- تملیک بضع: به این معنا که زن، طی انشای ایجاب عقد، بضع خود (تمامی استمتاعات مرتبط با خود) را به مرد، تملیک نموده و مرد نیز با قبول آن (در نکاح دائم) در ازای تملیک

۱- اگر چه یکی از دانشیان معاصر در این باره می‌نویسد: «قانون مدنی نکاح را تعریف نکرده و فقها نیز خود را با این مسأله آشنا نساخته‌اند. شاید دلیل این سکوت، روشنی مفهوم نکاح

باشد». (کاتوزیان، همان)

مهر به زن، تا ابد، مالک بضع خواهد بود. بر این اساس، عقد نکاح، یک عقد معاوضی است. (طوسی، مبسوط، ۳۱۰/۴) با حفظ این معنی که مالکیت مزبور، دارای اقتضائات ویژه‌ای است؛ از جمله این که مرد نمی‌تواند آن را به دیگری منتقل کند. هم‌چنین زن می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد، برخی از موارد و مصادیق استمتاع (نه تمامی آن‌ها) را از شمول تملیک، استثناء کند؛ چرا که در صورت استثنای تمامی آن‌ها، این شرط، خلاف مقتضای عقد و طبعاً باطل خواهد بود. (توحیدی، ۳۱۴/۵؛ خوبی، ۱۴۲/۱) بضع، به ضم باء، به نکاح، جماع و فرج اطلاق شده است. صاحب لسان العرب می‌نویسد: «إبتضع فلان و بضع، إذا تزوج، والمباضعة: المباشرة». (ابن منظور، ۱۴/۸)

در صحاح جوهری نیز می‌خوانیم: «البضع بالضم: النکاح، عن ابن سکیت قال: یقال ملک فلان بضع فلانة». (جوهری، ۱۱۸۷/۳)

بُضع، کنایه از جمیع استمتاع است؛ چه، روشن است که عقد نکاح، تأثیری در تملیک جسم زن ندارد.

هم‌چنین، فقیهان، برای اثبات درستی بیع فضولی، آن را از باب اولویت، به صحت نکاح فضولی قیاس کرده و در همان‌جا از نکاح، به تملیک بضع یاد کرده‌اند.<sup>۲</sup> (أنصاری، مکاسب، ۳۵۷/۳-۳۵۶؛ نجفی خوانساری، ۱۷/۲).

در صحیحۀ ابی بصیر از امام صادق (ع) نیز این تعبیر به چشم می‌خورد؛ در روایت یاد شده آمده است: مردی که زن را به طلاق مبارات، مطلقه می‌سازد، به او بگوید: «إن ارتجعت فی شیء فأنا أملك ببضعک، فلا یحلّ لزوجها أن یأخذ منها إلا المهر فما دونه» اگر به مقداری [از مابذل] رجوع کردی، در آن صورت، من بضع تو را مالک می‌شوم...<sup>۳</sup> (کلینی، ۱۴۳/۶، ح ۵؛ طوسی، تهذیب، ۱۰۰/۸، ح ۳۳۹؛ حرّ عاملی، ۵۰۰/۱۵، ح ۴)

از جمله مؤیدات این تعبیر، روایتی است که در آن، زوجه موقت، «مستأجرة» خوانده شده است: «...هنّ مستأجرات...» (کلینی، ۴۵۲/۵، ح ۷؛ طوسی، استبصار، ۱۴۷/۳) که با تعبیر به تملیک بضع، تقریباً موافق است زیرا ماهیت اجاره نیز تملیک موقت منافع است. (أنصاری، نکاح، ۲۱۳-۲۱۲)

۲- زیرا به محض رجوع زن، به مال بذل شده یا بخشی از آن، طلاق مبارات، که بائن است، به رجعی تبدیل شده و زن در حکم زوجه خواهد بود. (مفهوم مخالف ماده ۱۴۵ ق.م.، بند ۳)

ممکن است در مقام اشکال گفته شود که: اگر بضع به مرد تملیک می‌شود، باید مرد بتواند آن را به دیگری انتقال دهد؛ در حالی که این گونه نیست.

در پاسخ می‌توان گفت: مقصود از تملیک، در تعریف یاد شده، تملیکی ویژه است (همان گونه که هر عقد، اقتضای ویژه دارد که چارچوب آن را شکل می‌دهد) از جمله این که، غیر قابل انتقال بوده و عامل انحلال آن، منحصر در فسخ و طلاق است؛ وانگهی می‌توان آن را کنایه از تسلط انحصاری ویژه دانست و چه بسا به کارگیری واژه تملیک در مورد بضع، به قرینه تملیک مهر صورت گرفته است؛ زیرا در جریان عقد نکاح، مهریه نیز به تملیک زوجه در می‌آید.

اشکال دیگر این که: در این تحلیل، از دیگر کارکردهای سازنده نکاح، غفلت شده است؛ آثاری چون: ایجاد آرامش از سوی هر یک از زوجین برای دیگری، سالم سازی جامعه و ارتقای فضائل اخلاقی، عاطفی بودن رابطه، اتحاد آنان با هدف تربیت نسل و ....

در پاسخ باید گفت: در عین پذیرش این آثار، نمی‌توان در چارچوب و ماهیت حقوقی نکاح، سهمی برای آن‌ها در نظر گرفت؛ زیرا موارد یاد شده، در ردیف اهداف یا انگیزه‌های نکاح‌اند؛ چنان که در دیگر معاملات نیز، ماهیت حقوقی، از انگیزه‌ها و اهدافی که هر یک از متعاملین دارند، کاملاً مجزا و در نظر عرف و شارع تفکیک شده‌اند.

ب- **تسلط بر بضع**: برخی حقیقت نکاح را تنها تسلط بر بضع می‌دانند نه تملیک.

(حکیم، ۲۱۳؛ نجفی، ۷/۲۹)

چه بسا دلیل ترجیح واژه تسلط بر واژه تملیک، تفاوت تملیک در نکاح با تملیک در دیگر عقود معاوضی است؛ اما از آنجا که ناگزیر باید این تسلط را نیز «تسلطی ویژه» بدانیم، می‌توان گفت: این تعبیر، تفاوت چندانی با واژه تملیک نداشته، مشکلی را حل نخواهد کرد؛ اگر چه ممکن است به دلیل وارد نبودن ایراد احتمالی تخصیص اکثر بدان، از جهاتی، مناسب‌تر به نظر برسد اما نمی‌توان شواهد روایی پیش گفته برای واژه «تملیک» را نادیده گرفت. ضمن آن که با عنایت به تفاوت‌های عقد نکاح با دیگر عقود معاوضی، در آثار، احکام و اسباب انحلال، نمی‌توان انتظار داشت که تملیکی که با آن رخ می‌دهد، تملیکی ویژه با اقتضائاتی خاص نباشد. وانگهی، از آنجا که هسته اصلی تملیک - که تسلط است - با وجود اقتضائات ویژه، حفظ می‌شود، می‌توان تعبیر تسلط را - که البته اقتضائات و چارچوب خاصی دارد - پذیرفت؛ اما با این تعبیر، از آنچه در شواهد روایی آمده، فاصله خواهیم گرفت.



بنابراین در دوران ارتکاب تخصیص اکثر و کنار گذاردن تعبیر به کار رفته در روایات، باید یکی را برگزید.

**ج- تسلیط دو سویه برای انتفاع خاص:** به این معنا که نکاح، عقدی است که برای ایجاد رابطه زوجیت بین زن و مرد تشریح شده، به طوری که هر یک از آن دو، دیگری را بر خود مسلط می‌سازد تا انتفاعی خاص را به او بدهد؛ با این تفاوت که تسلط زوج بر زوجه سبب می‌شود تا زوجه، سلطنتی را که پیش از عقد بر خود داشته، از دست بدهد؛ زیرا زوج را بر آن مسلط کرده و انتفاع خاص، به زوج تعلق گرفته است اما زوج، سلطه خود را بر انتفاع خاص (با وجود انتفاعی که زوجه از او می‌برد) از دست نداده و هم‌چون گذشته در اختیار خود اوست؛ از این روست که بضع زوجه (تمامی استمتاع) به ملک زوج در می‌آید زیرا انتفاع خاص از زوجه، منحصرأ در اختیار زوج است. (آل بحر العلوم، ۱۸۱/۳)

در این تحلیل نیز سخن از تملیک بضع رفته، با این تفاوت که حق انتفاع خاص زوجه را نیز شامل می‌گردد و شاید بتوان از این جهت آن را کامل‌تر دانست؛ اما باید گفت: تعبیر به تسلیط از آن، فاقد معنایی روشن است؛ زیرا زوجه، بر انتفاع خاص از زوج، تسلطی ندارد؛ بلکه نظر به طبیعت استمتاع که نوعاً امری دو سویه است، برای زوجه نیز این فرصت فراهم می‌گردد؛ اما وی تسلطی بر این امر ندارد هر چند محروم نمودن وی از واقعه (بیش از چهار ماه) نیز مشروع نیست همان‌گونه که در روایت صحیح (مجلسی، ۲۵۹/۱۲)، شرط تسلط زوجه بر جماع، به استناد مخالفت با کتاب و سنت، باطل دانسته شده است. (حرّ عاملی، ۳۴۰/۱۵، ح ۱) ضمن آن‌که از همین روایت می‌توان انطباق این حکم (عدم تسلط زوجه بر جماع) را بر اقتضای طبیعی نکاح برداشت نمود (که از آن، به سنت یاد شده است).

مؤید این سخن نیز آن است که در تعریف یاد شده، میان تسلیط زوج بر بضع و تسلیط زوجه بر انتفاع، فرق گذارده و در پایان، تسلیط بضع از سوی زوجه را تملیک دانسته است.

بدیهی است که برای تضمین سلامت و دوام رابطه زوجیت، برای هر یک از زوجین، به واسطه عقد، حقوق و تکالیفی مقرر شده که از آثار و احکام این رابطه به شمار می‌آید و نقشی در چارچوب عقد نکاح ندارد (از آن جمله، تکلیف زوج به قسم، وطی و انفاق، و تکلیف زوجه به تمکین خاص است) اما نظر به تفاوتی که بین تلقی زن و مرد از رابطه جنسی وجود دارد (که آن نیز فطری و تکوینی است)، زن، بضع را در مقابل عوض (مهر) به تملیک زوج در می‌آورد اما زوج، تنها مهر را به او تملیک می‌کند؛ اگر چه زوجه نیز از این رابطه بهره‌مند

می‌گردد.

د- **اباحه انتفاع خاص:** بر اساس این تحلیل، زوجه، بهره‌جویی از خویش را تنها برای زوج، مباح می‌کند نه این‌که آن را به وی تملیک کند. به دیگر سخن، ملکیت بضع برای زوج، از قبیل ملکیت انتفاع است نه ملکیت منفعت. مؤید این نظر نیز آن است که اگر زوجه از روی اکراه یا شبهه وطی شود، مهر المثل، به خود او تعلق خواهد گرفت نه به زوج؛ بنابراین، پس از اثبات این نکته که زوج، تنها در جهت انتفاع، مالک بضع زوجه است، باید خود زوجه را مالک منفعت بضع بدانیم تا اگر او مرتکب فاحشه‌ای شد، چون خود، احترام بضع خویش را زائل کرده، مهري به او تعلق نگیرد. (بهبهانی، ۲/ ۴۱۸-۴۱۷)

اگر چه این تعبیر، تا حدی راه‌گشاست (مشروط به این‌که بتوان از آن، لزوم عقد نکاح را نیز نتیجه گرفت) اما دیگر آثار و احکام عقد نکاح، مثل لزوم تحصیل اذن شوهر در خروج از منزل، کیفیت طلاق خلع و استقلال زوج در ایقاع طلاق را توجیه نکرده و در یک پیوند منطقی با آن‌ها قرار نمی‌گیرد.

در مجموع، آنچه از تعاریف پیش‌گفته، به تکلف کم‌تری دچار است این‌که، نکاح را تملیک بضع در برابر مهر بدانیم؛ با این قید که تملیک یاد شده، اقتضانات ویژه‌ای دارد که آن را متمایز می‌کند؛ اما این بدان معنا نیست که تحلیل دوم و سوم به کلی مردودند بلکه در این مجاله برآنیم تا چگونگی وقوع طلاق و دیگر احکام مرتبط با آن را واجد ارتباطی منطقی و قابل فهم با ماهیت نکاح معرفی کرده و این‌که تعبیری که در مقام تعریف و تحلیل ماهیت نکاح به کار می‌روند باید توجیه‌گر این انسجام و ربط منطقی باشند؛ اگر چه ممکن است یکی کامل‌تر از بقیه باشد.

البته اعتقاد به غیر تعبیدی بودن مسأله استقلال مرد در طلاق و ابتنای این حکم بر اقتضای طبیعت قضیه، به هیچ‌وجه به معنای انکار این حقیقت نیست که منشأ و مبنای تمامی احکام شرع، در نهایت، اراده شارع مقدس در اعتبار آن است؛ بلکه غرض آن است که بدانیم حکم یاد شده- که از احکام اجتماعی امضایی شریعت اسلام است- حکمی صرفاً تعبیدی، هم‌چون تعداد رکعات نماز، نیست که منشأ اعتبار آن به کلی بر ما پوشیده باشد؛ بلکه حتی اگر اجماع یا روایاتی هم مستقیماً دال بر این حکم وجود نداشته باشد، از ملاحظه دیگر احکام شرعی حاکم بر روابط زن و مرد در خانواده، می‌توان تحلیلی در مورد چرایی این حکم، ارائه کرد؛ چه، بر این باوریم که هر یک از احکام را باید به عنوان جزئی از یک نظام و مجموعه منسجم، مورد

تحلیل قرار داد که هر جزء، با عنایت به دیگر اجزاء و در ارتباط با آن‌ها توجیه گردیده و معنا پیدا می‌کند.

### جایگاه مهر در چارچوب نکاح

در این جا بر آن نیستیم که احکام مهر را بازگویم (که در جای خود به گستردگی، در خصوص آن سخن گفته‌اند)؛ اما چنین می‌نماید که در تبیین ماهیت نکاح، به واکاوی نقش مهر نیاز است. چرا که با عنایت به معاوضی بودن عقد نکاح (طوسی، مبسوط، ۳۱۰/۴)، بحث از عوض و معوض، جهت شناخت ماهیت آن، ضروری است.

به دیگر سخن، هم زمان با تملیک بضع از سوی زوجه (ایجاب عقد نکاح)، تملیک مهر نیز از سوی زوج انجام می‌گیرد؛ چه آن‌که، مهر عوض نکاح و بضع دانسته می‌شود. (ابن ادریس، ۵۷۶/۲؛ خوانساری، ۲۹۶/۴)

شاهد و مؤید این مقابله، حق حبس برای زن است؛ چنان‌که ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی ایران مقرر داشته: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر این‌که مهر او حال باشد و این امتناع، مسقط حق نفقه نخواهد بود.» از بیان برخی حقوق دانان، تناظر حکم این ماده با حکم ماده ۳۷۷ همین قانون برداشت می‌گردد (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۶۶۹، ارجاع ذیل ماده ۳۷۷). ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر این‌که مبیع یا ثمن، مؤجل باشد. در این صورت، هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود.»

ناگفته نگذاریم که اگر در نکاح، عدم مهر حتی پس از وقوعه شرط گردد (به طوری که نکاح، کاملاً خالی از مهر باشد)، چنین شرطی باطل بوده و در صورت عدم ذکر مهر در عقد، پس از آن می‌توان بر مهر المسمی توافق کرد و بعد از وقوعه نیز زوجه، مستحق مهر المثل خواهد بود. (نجفی خوانساری، ۲۷۵/۳) بنابراین، غرض شارع این بوده که نکاح، در نهایت، بدون مهر نمآند و عقد نکاح بدون مهر-که به منزله هبه است- جز برای شخص پیامبر (ص) حلال نشده است. (احزاب: ۵۰؛ حرّ عاملی، ۱۹۸/۱۴، ح ۱، ۲ و ۳)

آن‌چه گفتیم در خصوص نکاح دائم است. اما در نکاح منقطع، تسلیط زوج بر بضع از سوی زوجه، در مقابل تملیک مهر به او صورت می‌پذیرد؛ و باید در هنگام عقد بر مهر توافق

شده و عقد خالی از ذکر مهر هنگام انعقاد، باطل است. (کرکی، ۲۰/۱۳-۱۹؛ بحرانی، ۱۵۶/۲۴)

اما نکاح دائم حتی اگر هنگام انعقاد، خالی از مهر باشد، صحیح بوده و بدین ترتیب، مهر به عنوان رکن عقد، تلقی نشده است؛ زیرا غرض از نکاح دائم، غالباً توالد و تناسل است نه تملک مهر؛ و اگر چه مستحب است که نکاح خالی از مهر منعقد نشود (ابن ادریس، ۵۷۶/۲)

اما با بطلان مهر یا اخلال به آن، عقد، باطل نمی‌گردد؛ لکن باید توجه داشت که این حکم، ناشی از نگاه ویژه شارع و اهتمام او به این عقد است؛ زیرا اهمی است که شارع مقدس به امر فروج و اعراض دارد- برخلاف آن چه ممکن است تصور شود- نباید موجب تضییق در اسباب آن گردد؛ بلکه چه بسا این احتیاط و اهتمام، موجب توسعه دایره اسباب آن بوده تا مردم به سفاح و زنا گرفتار نشوند. (امام خمینی، ۱۱۷/۲-۱۱۶؛ حکیم، ۲۱۳) که بر آن دلائلی از روایات نیز وجود دارد. (حرّ عاملی، ۱۹۵/۱۴-۱۹۴، ح ۳) به بیان دیگر، شارع به اداره عقد خالی از مهر پرداخته، همان‌گونه که در خصوص عقد فضولی چنین کرده است. (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱/ ۳۰۱ به بعد)

بنابراین، روشن است که زوجین، به منزله عوضین عقد نکاح نیستند؛ بلکه عوضین، بضع و مهر بوده و حق فسخی که- در صورت مبتلا بودن هر یک از زوجین به عیوبی خاص- به ایشان داده می‌شود ناشی از نوعی اختیار تخلف شرط است که به این شرط، لزوماً تصریح نمی‌شود؛ بلکه چون عقد، مبنی بر سلامت طرفین از این عیوب، منعقد شده، تخلف از آن موجب اختیار خواهد بود (این عیوب خاص، عمدتاً مانع طبیعی زناشویی یا از بیماری‌های واگیر یا تنفرزا هستند).

هم‌چنین در پاسخ به این سؤال که چرا خداوند، در آیه شریفه ﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدْقَتِهِنَّ حَلَّةً﴾ (نساء: ۴)

مهریه را نحله، به معنای بخشش (زبیدی، ۱۲۹/۸) نامیده است؟ می‌گوییم: بنابر آنچه از ظاهر آیه شریفه ﴿... عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجْجًا فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ...﴾ (قصص: ۲۷) بر می‌آید، در شریعت‌های پیشین، مهریه از آن ولی زوجه بوده زیرا در این آیه، حضرت شعیب (ع) به حضرت موسی (ع) می‌گوید: تا این که هشت سال برای من کار کنی و نمی‌گویند برای دخترم کار کنی؛ بر این اساس، بخشش دانستن مهریه، به این معناست که در شریعت اسلام، خداوند، مهریه را به زنان اعطا فرموده و آنان را مالک مهریه دانسته است. (ابن ادریس، همان)

بنابراین، با پذیرش معاوضی بودن عقد نکاح، منطقی است که مهر را عوض بضع بدانیم.

## معنای طلاق

### طلاق در لغت

از طلاق به عنوان مهم‌ترین عامل انحلال و زوال رابطه زوجیت دائم یاد می‌شود. طلاق در لغت به معنای رهایی است و به زبان فصیح و روان نیز «لسان طَلَق» گفته می‌شود. (جوهری، ۳۹۱/۱)

صاحب لسان العرب می‌گوید: «...نعجة طالق: مخلاة ترعى وحدها، وحبسوه فى السجن طلقاً، أى بغير قيد ... و الطالق من الإبل التى يتركها الراعى لنفسه». (ابن منظور، ۲۲۷/۱۰-۲۲۶) از کلمات دیگری که در معنای طلاق به کار رفته، واژه «تسریح» است. خداوند متعال می‌فرماید: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَأَمَّا كُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (بقره: ۲۲۹) زبیدی در معنای این واژه می‌نویسد: «التسريح، حلّ الشعر و إرساله قبل المشط...» (زبیدی، ۱۶۱/۲). در صحاح نیز می‌خوانیم: «تسريح المرأة، تطليقها». (جوهری، ۳۷۴/۱).

بنابراین، معنای لغوی طلاق و تسریح با اندک تفاوتی نسبت به هم، رهایی و آزادی از قید است و با معنای اصطلاحی آن، فاصله چندانی ندارد.

### طلاق در اصطلاح

طلاق را در ماهیت خود، زائل کردن قید نکاح با صیغه مخصوص دانسته‌اند. (نجفی، ۲/۳۲) که البته نظر به اختصاص طلاق به نکاح دائم، باید وصف «دائم» را به نکاح افزود؛ چنان‌که در تحریرالمجلة آمده است: «الطلاق، حلّ عقده الزوجية الدائمة المقتضية للبقاء بذاتها» (کاشف الغطاء، ۸۱/۵) هر چند در این‌که لفظ طلاق، اسم سبب است (یعنی انشاء بینونت و جدایی، با لفظ یا فعل) یا اسم مسبب (یعنی اثر و نتیجه، که خود جدایی است)، اختلاف نظر وجود دارد؛ مثل اختلافی که در دیگر الفاظ معاملات هست. (سبحانی، ۸)

## تحلیل حقیقت طلاق

از یک سو، ماهیت عقد نکاح را تملیک بضع از سوی زوجه به زوج در ازای مهر می‌دانیم. از طرفی، با توجه به این‌که زوجیت را می‌توان حالت اجتماع زوجین به وجه مخصوص، دانست و حالت اجتماع نیز با ترک تنها یک طرف، از بین می‌رود، بنابراین، طلاق را ایقاع

دانسته و برای محقق شدن آن نیازی به اجتماع اراده دو طرف نیست بلکه اراده یک طرف در آن مستقل است؛ نه آن که طلاق نیز یک عقد، با موضوع جدایی زن و مرد از یکدیگر دانسته شود.

پرسش اصلی در این بخش، آن است که چرا شارع، تنها اراده مرد را در واقع ساختن عمل حقوقی طلاق و ایجاد بینونت و جدایی بین زوجین، مستقل دانسته و برای زن، به این شکل، چنین حقی در نظر نگرفته است؟ اگرچه زوجه، در مواردی، حق در خواست طلاق دارد (تبصره ماده ۱۱۳۳ ق.م.؛ و روشن است که حق طلاق و حق درخواست طلاق، دو چیز متفاوتند. حتی در مواردی، امکان مطلقه شدن زن، از سوی حاکم و بدون نظر زوج نیز وجود دارد. (مواد ۱۱۳۰، ۱۱۲۹، ۱۱۳۳ ق.م. و مانند آن)

نگارنده بر این باور است که با مطالعه ماهیت عقد نکاح و تحلیل حقیقت طلاق- بدون اکتفا به تعریفی مبهم یا معرفی آن به عنوان ابزار انحلال رابطه زوجیت، که تنها تکیه بر نتیجه آن (جدایی رسمی زوجین) است- می توان رابطه ای منطقی بین این دو ترسیم و ارائه کرد. با تأمل در ماهیت نکاح، بدین نتیجه می رسیم که زوج در نکاح دائم، می تواند برای همیشه، در مقابل تملیک مهر المثل یا مهر المسمی به زوجه، مالک بضع وی باقی بماند؛ چراکه زوجیت، اقتضای ذاتی برای بقا دارد. (کاشف الغطاء، همان) اما در صورتی که، چنین مالکیت یا تسلطی را نخواهد، می تواند از مالکیت خود دست برداشته، با فراهم بودن دیگر شرایط، با اجرای صیغه طلاق، رسماً به رابطه زوجیت پایان دهد.

روشن است که زوجه نخواهد توانست به طور یک طرفه (هم چون زوج) به این رابطه پایان دهد؛ زیرا وی سلطه بر بضع را، طی عقد نکاح، برای همیشه، در برابر مهر، به زوج واگذار کرده است؛ و طبع مالکیت دائم، اقتضا می کند که زوجه نتواند این مالکیت را بدون نظر زوج (مالک) از او ستانده و به خود بازگرداند و حتی شرط چنین امری ضمن عقد نکاح نیز- بر اساس روایات- خلاف کتاب و سنت بوده و باطل شمرده شده است. (حر عاملی، ۳۴۰/۱۵، ح ۱)

با این تحلیل، روشن می گردد که چرا برای عوض خلع، حدی در نظر گرفته نمی شود؛ زیرا زن برای تسلط دوباره بر بضع، باید رضایت زوج را جلب کند؛ چه، مرد، فعلاً مالک آن بوده و طبیعی است که زن برای بازیافتن تسلط سابق خود، نمی تواند یک طرفه مبلغ خاصی را به مرد تحمیل کرده و حق او را نادیده انگارد؛ بنابراین، همان طور که گفته شد، نکاح، اقتضای دوام

داشته و مالکیت زوج بر بضع، ابدی است اما از آنجا که هر صاحب حقی می‌تواند از حق خود صرف نظر کند (به جز موارد خاص که حکم‌اند نه حق)، در این مورد نیز شارع مقدس با تشریح طلاق، این حق را برای زوج، شناسایی کرده تا او بتواند رسماً و البته با فراهم بودن شرایط و رعایت تشریفات آن، به رابطه زوجیت و تسلط خود بر بضع، پایان دهد؛ اگرچه این امر، با توجه به اصل رجعی بودن طلاق (برابرمقررات شرعی و مستفاد از مفهوم مخالف ماده ۱۱۴۵ ق.م.) به یکباره اتفاق نمی‌افتد؛ بلکه در زمان عدّه، حق رجوع برای مرد در نظر گرفته شده تا پس از سپری شدن آن، رابطه زوجیت دائم به طور کامل منحل گردد.

شهید ثانی پس از تعریف طلاق خلع و مبارات، و این‌که آن‌ها را نوعی «طلاق به عوض» می‌نامد، نوع دیگری از طلاق به عوض را که در آن، شرط وجود کراهت از طرف هیچ‌یک از زوجین مطرح نیست، معرفی می‌کند و آن را به طور مطلق، «طلاق به عوض» می‌نامد. ضمن آن‌که معتقد است استفاده از این تعبیر، به جای طلاق خلع، مناسب‌تر است؛ زیرا ممکن است در تشخیص کراهت از یک یا دو طرف، اشتباه شود. (شهید ثانی، ۳۷۵/۹) هر چند برخی، طلاق به عوض را از اقسام طلاق خلع دانسته‌اند (بحرانی، ۵۵۷/۲۵) اما به نظر می‌رسد طلاق خلع و مبارات از اقسام طلاق به عوض هستند. البته مشهور بر این باورند که طلاق به عوض لزوماً باید به صورت خلع یا مبارات واقع شود و عوض را در غیر این دو، باطل شمرده‌اند. (بحرانی، ۵۷۱/۲۵ - ۵۷۰؛ جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ۲۵۰)

بنابراین، زوج در قبال گرفتن عوض، به میل خویش از حق خود چشم می‌پوشد و صیغه طلاق را جاری می‌سازد و این، منافاتی با وقوع طلاق بدون عوض نخواهد داشت، چرا که زوج می‌تواند بدون دریافت عوض و به طور مطلق، از حق خود نسبت به بضع، صرف نظر کرده، زوجه را مطلقه سازد؛ همان‌گونه که هر صاحب حقی می‌تواند با حق خود چنین کند و حتی برخی با جدا کردن مفهوم «خلع و مبارات» از «طلاق»، آن را به «ازالۀ قید نکاح، بدون عوض، با صیغه» تعریف کرده‌اند. (طباطبایی، ۳۷/۱۱) به این معنا که عوض، در نفس طلاق، جایی ندارد؛ بلکه پرداخت عوض به مرد، تنها برای تحصیل رضایت او در اعراض از حق خویش نسبت به زن است.

مؤید دیگر بر نگاه نگارنده آن است که اخبار به طلاق، نسبت به زوج، اقرار و نسبت به زوجه، ادعا دانسته شده و بر این اساس، فقیهان، اقرار به طلاق را در حق مقرر، نافذ دانسته‌اند؛ با این استدلال که موجب از بین رفتن ملکیت او بر بضع شده و سلطه او را بر زوجه، قطع

می‌کند. (جعفری لنگرودی، همان، ۲۳۳)

در مجموع می‌توان گفت: عقد نکاح به لحاظ حقیقت و ساختار خود، تنها توسط زوج، قابل انحلال بوده و این، منطبق بر طبیعت موضوع است؛ و از همین رو قابل تغییر نیست؛ نه تنها به این دلیل که حکمی تعبدی از سوی شارع مقدس باشد. در واقع، غرض آن است که بدانیم منشأ اعتبار حکم یاد شده، هم‌چون تعداد رکعات نماز، نیست که به کلی بر ما پوشیده باشد؛ اگر چه، به عنوان یک مسلمان، بدان متعبد هستیم.

این روش در تحلیل احکام، و مبتنی دانستن آن‌ها بر اقتضای طبیعی موضوعات، تا حد زیادی در توجیه چرایی مقررات شرعی، راهگشا بوده و معتقدیم عدم تأثیر پذیرش هر یک از نظریات طرح شده، در نتیجه و اصل حکم (استقلال مرد در طلاق)، به معنای بی ثمر بودن بحث از این مسأله نیست؛ چرا که بیش از آن که در صدد بحث از اصل تشریح این حکم باشیم، در مقام تحلیل چرایی آن هستیم و این که باید در تعریف نکاح و طلاق، به ماهیت این دو نظر داشت تا رابطه منطقی میان این دو روشن گردد نه آن‌که این دو را به عنوان دو عمل حقوقی مستقل دانسته و در تعریف، به ماهیت آن نظر نداشت؛ آن‌گونه که در نوشته‌های برخی از نویسندگان شاهدیم.

ضمن آن‌که مناسب‌تر دانستن یک تحلیل، به معنای رد کلی بقیه نیست بلکه آن‌چه از اهمیت ویژه برخوردار است ترسیم ابتدای این حکم بر ماهیت موضوع آن، به عنوان جزئی از نظام حقوق خانواده در اسلام است که با دیگر اجزاء و احکام آن در ارتباطی منطقی است؛ نه حکمی منفرد و با ماهیتی تعبدی یا حکمی مربوط به زمانی خاص و قابل تغییر در زمانی دیگر. به علاوه، از رهگذر این بحث، در می‌یابیم که تعاریفی که از نکاح ارائه شده ولی به ماهیت اصلی نکاح نپرداخته است، در مقام توجیه ارتباط منطقی میان مجموعه مقررات حاکم بر مسأله - چه احکام مربوط به روابط زوجین و چه تشریفات انحلال رابطه زوجیت - چندان کارایی نداشته و اساساً به صرف بازگویی یک حکم قانونی (استقلال مرد در انحلال رابطه زوجیت)، بدون تحلیل نظام‌مند نگاه شارع، نمی‌توان به درک درست احکام، به عنوان یک سیستم، دست یافت. بلکه با همین رویکرد، در تعریف و تحلیل طلاق نیز - چنان‌که گفته شد - باید آن را «اعراض تشریفاتی زوج، از مالکیت ویژه خود بر بضع زوجه» دانست.

البته تردیدی نیست که هیچ صاحب حقی نمی‌تواند اعمال حق خود را وسیله‌ای برای اضرار به دیگری قرار دهد و در احکام شرع و قوانین وضعی نیز راه‌کارهایی برای جلوگیری یا



جبران ضرر و نجات زوجه از عسر و حرج پیش‌بینی شده است (از جمله، ماده ۱۱۳۰ ق.م.م). بنابراین، فارغ از پیش‌داوری جانب‌دارانه یا زمینه‌ها و گرایش‌های دیگر، با واکاوی و تحلیل مسأله به این نتیجه می‌رسیم که حکم بیان شده در روایت نبوی «الطلاق بید من أخذ بالساق» - که عمدتاً در منابع روایی اهل سنت آمده، صرف نظر از بررسی سندی - برخاسته از اقتضای طبیعی نکاح و قابل توجیه با تعریف ارائه شده از ماهیت نکاح و حقیقت طلاق و هم سو با دیگر احکام ناظر به روابط زن و شوهر بوده و طبعاً با عنایت به ثبات موضوع آن، با دگرگونی ابزارها و روش‌های زندگی اجتماعی، اصل حکم، دستخوش تغییر نخواهد گردید؛ اگر چه ممکن است برای جلوگیری از آسیب‌های احتمالی در مرحله اجرا، تمهیداتی از سوی قانون‌گذار اندیشیده شود که گزیری از آن نیست.

### نتیجه‌گیری

۱- هر چند نکاح، عقدی است که با اهداف و انگیزه‌های متفاوت شکل می‌گیرد؛ اما با تحلیل و دقت در ماهیت حقوقی آن که «تملیک بضع در مقابل مهر» است، می‌توان دیگر احکام حقوقی خانواده از جمله: حق زوج در طلاق زوجه، کیفیت طلاق خلع و لزوم تحصیل اذن شوهر در خروج زن از منزل و... را هم سو با آن تحلیل کرده و ارتباط منطقی بین آن‌ها برقرار ساخت.

۲- حقیقت طلاق، چشم‌پوشی و اعراض زوج از حق انحصاری و دائمی خود نسبت به بضع است که لزوماً باید با تشریفات خاص، اجرا گردد؛ اگر چه در مواردی، این کار، توسط دادگاه صالح، از طرف مرد صورت می‌گیرد.

۳- حتی اگر آیات و روایات و اجماعی هم وجود نمی‌داشت، بر اساس تحلیل انجام شده، اقتضای طبیعت نکاح و طلاق آن است که طلاق، تنها به دست زوج باشد از این رو، به هیچ‌وجه با مقتضیات زمان و مکان در تنافی نخواهد بود؛ و تغییر حکمی که ناشی از اقتضاء طبیعت موضوع آن باشد، موجه نیست.

۴- هیچ‌کس از رهگذر اعمال حق خود، نمی‌تواند به دیگری ضرر بزند؛ بر همین اساس، شناسایی حق زوج در طلاق زوجه به هیچ‌وجه به معنای جواز اضرار به زوجه نبوده، شرع و قانون، تمهیدات لازم را در صورت ایراد ضرر به زوجه یا واقع شدن او در عسر و حرج پیش‌بینی کرده و برای زوجه نیز حق درخواست طلاق در نظر گرفته است و حتی در مواردی،

امکان مطلقه شدن زن، از سوی حاکم و حتی بدون نظر زوج نیز وجود دارد. (مواد ۱۱۳۰، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۳ق.م. و مانند آن)

## منابع

### قرآن کریم.

- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، بیروت: دارالفکر، بی‌جا، بی‌تا.
- افریقی مصری، ابن منظور، *لسان العرب*، قم: نشر ادب الحوزه، چاپ اول ۱۴۰۵ق.
- امام خمینی، سید روح الله، *البیع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهارم، ۱۴۱۰ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۴.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، بی‌جا، ۱۴۲۰ق.
- \_\_\_\_\_، *النکاح*، قم: لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، چاپ اول ۱۴۱۵ق.
- آل بحر العلوم، سید محمد، *بلغة الفقیه*، طهران: منشورات مکتبه الصادق، چاپ چهارم، ۱۴۰۳ق.
- باقری فرد، سعیده، *حقوق زنان - برابری یا نابرابری*، قم: نشر معارف، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، بی‌جا، ۱۳۶۳.
- بهبهانی، سید علی، *الفوائد العلیة*، اهواز: مکتبه دارالعلم، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- بیهقی، احمد بن حسین بن علی، *سنن کبری*، بیروت، دارالفکر، بی‌جا، بی‌تا.
- توحیدی، محمد علی، *مصباح الفقاهة* (تقریر أبحاث السيد أبو القاسم الخویی)، قم: انتشارات داوری، چاپ اول بی‌تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق خانواده*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
- \_\_\_\_\_، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول ۱۳۸۰.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *تاج اللغة و صحاح العربیة*، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی‌جا، بی‌تا.
- حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهة*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌جا، بی‌تا.
- حلی، محمد بن منصور احمد بن ادریس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۱ق.
- خراسانی، محمد کاظم، *کفاية الأصول*، بیروت: مؤسسه آل البيت لأحیاء التراث، بی‌جا، بی‌تا.

- خوانساری، سید احمد، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تعلیق: علی اکبر غفاری، طهران: مکتبه الصدوق، چاپ دوم، ۱۴۰۵ق.
- خویی، سید محمد تقی، *الشروط أو الإلتزامات التبعية فی العقود*، بیروت: دارالمؤرخ العربی، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، بی جا: دفتر نشر کتاب، چاپ اول، ۱۴۰۴ق.
- زیبیدی حنفی، سید محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: مکتبه الحیاء، بی جا، بی تا. شایگان، سید علی، *حقوق مدنی*، قزوین: انتشارات طه، چاپ اول، ۱۳۷۵.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام*، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۶ق.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*، طهران: المکتبه الاسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- طباطبایی، سید علی، *ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *کتاب الخلاف*، قم: مؤسسة النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ق.
- \_\_\_\_\_، *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۶۳.
- \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیة*، طهران: المکتبه المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، بی جا، ۱۳۸۷ق.
- \_\_\_\_\_، *تهذیب الأحكام فی شرح المقنعة*، تهران: دار الکتب الاسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، ایران: مؤسسه دارالهجرة، چاپ دوم، ۱۴۰۹ق.
- قانون مدنی ایران* (با آخرین اصلاحات).
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (خانواده)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵.
- \_\_\_\_\_، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۳.
- کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجلة*، طهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۲۶ق.
- کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۱ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۶۷ق.

- متقی هندی، علاءالدین علی، *کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال*، بیروت: مؤسسة الرسالة، بی چا، ١٤٠٩ ق.
- مجلسی، محمد باقر، *ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار*، قم: مکتبه آیه الله المرعشی، بی چا، ١٤٠٦ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دهم، ١٣٨٢.
- مظفر، محمدرضا، *أصول الفقه*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات، چاپ چهارم، ١٣٧٠.
- نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح مکاسب*، (تقریرات المحقق المیرزا محمد حسین النائینی)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ١٤١٨ ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ اول، ١٤٠٨ ق.
- یعقوبی، سیف الله، *نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیة الغراء* (محاضرات الشیخ جعفر السبحانی)، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول، ١٤١٤ ق.