مطالعات اسلامی زنان و خانواده
دوفصلنامه علمی- پژوهشی
سال نهم- شماره شانزدهم
بهار و تابستان ۱۴۰۱

ماهیت فقهی - حقوقی «رجوع» در طلاق رجعی و برخی آثار آن

منصور غریب‌پور[۱]
ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی[۲]
رهام ولایتی‌نژاد[۳]

چکیده

طبق ادله، چنان‌چه تداوم رابطه زوجیت، به تضییع حق، ضرر و عسر و حرج برای زن منتهی شود، حکم طلاق، قرار داده شده است. اسلام با حکم رجوع بعد از طلاق و قراردادن دوره عدّه، به زوجین فرصت می‌دهد درباره خود، فرزندان و ... بیاندیشند و نسبت به جدایی یا تداوم رابطه زوجیت تصمیم بگیرند. درباره ماهیت رجعت در طلاق، دو دیدگاه ارائه شده است: دیدگاهی آن را حق زوج تلقی کرده که مشخصه دائمی حق، قابلیت اسقاط است و نظری دیگر، آن را حکم شرعی جواز به شمار می‌آورد که قابل اسقاط و صلح و هبه و مانند آن نیست و هرکدام برای نظر خویش، دلایلی ارائه نموده‌اند. ازآنجاکه این مسئله در موضوعات خانوادگی دارای اثر حقوقی و واجد جنبه‌های کاربردی است، لازم است با ارائه توصیفی درست، مبانی و ادله فقهی و حقوقی آن تحلیل شود و مبتنی بر استناد و استدلال، نظر نهایی مساعد نظم خانواده، استنباط گردد. بنابراین در این پژوهش با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و به روش توصیفی - تحلیلی و استنباطی به این پرسش‌های مهم پرداخته شده است که ماهیت رجوع در طلاق رجعی چیست؟ ادله اثباتی آن چگونه تقریر و تبیین می‌شود؟ و آثار کاربردی آن در نظام حقوقی چه می‌باشد؟ در بررسی گزارش‌های توصیفی و نیز ادله قرآنی، روایی، قواعد اصولی، آراء فقهی و مناسبت و حفظ مصالح خانواده، این نتیجه اخذ شده است که ماهیت رجوع، حقی برای زوج است و می‌توان آن را در چارچوب امتیازات حق قابل اسقاط، نقل و انتقال، تعویض و تقویم، صلح و هبه و... مورد سنجش و ارزیابی قرار داد.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، طلاق، رجوع، حق، حکم.

---

۱. استادیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران؛ ma.gharibpoor@gmail.com
۲.دانش‌آموخته سطح ۴ حوزه و دانشیار گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران (نویسنده‌مسئول)؛ Alishahi88@gmail.com
۳. کارشناسی ارشد الهیات دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران؛ velayatiroham@gmail.com
تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۰/۳/۲۰ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۸/۱۶

مقدمه

اهمیت و ضرورت: یکی از مسائل اساسی و برخوردار از ضرورت پژوهشی در موضوع ازدواج و خانواده، ماهیت طلاق رجعی و جایگاه اراده و حقوق زوجین در آن است. در فقه و حقوق اسلامی، طلاق و رجوع، ایقاعاتی هستند که در ید و مبتنی بر اراده زوج قرار داده شده است و زوجه، اراده‌ای بر اعمال یا ایجاب امر طلاق و رجوع ندارد. اگرچه برخی از فقها، با احتیاط، وکالت در طلاق را برای زوجه پذیرفته‌اند، که آن هم صرفا وکیل در اعمال اراده زوج بر ایجاب طلاق است. با همین نگاه، در قرآن (که آیات طلاق، بیشتر مربوط به دورانی است که صیغه طلاق جاری شده و زن و مرد در دوران «عده» می‌باشند و بیش از آنکه به مسئله طلاق پرداخته باشد)، مستقیم یا غیر مستیقم به تشویق برای بازگشت به زوجیت اشاره کرده است. مطابق ظاهر آیات، مرد، مخاطب احکام رجوع و طلاق قرار داده شده و در نظم رایج حقوقی نیز اراده زوج برای انشاء طلاق و رجوع در طلاق رجعی، مؤثر است.

در تصویر معنای حقوقی این موضوع باید گفت: طلاق رجعی در فقه و حقوق مدنی، نوعی از طلاق است که شوهر می‌تواند در ایام عده و بدون نکاح مجدد، به زوجه برگردد (شهید اول، ۱۳۹۴، ج۲، ص۱۰۴) و با رجوع در ایام عده، همان رابطه نکاح به حالت سابق برمی‌گردد (لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۱۰۲۹). ماهیت این رجوع، از جهتی از حیث حکم و یا حق‌بودن، مورد ملاحظه قرار گرفته است و از سوی دیگر، متأثر از نظراتی است که یکی به زوجیت حقیقی بین زن و مرد، قبل از سپری‌شدن عده طلاق قائل است و دیگری، زوجیت در ایام عده را حکمی قلمداد می‌کند و معتقد است زوجیت در ایام عده، گسسته است و با منقضی‌شدن ایام عده، طلاق تحقق پیدا می‌کند که مثلاً قانون مدنی رأی به زوجیت حکمی داده است. از منظری دیگر، قواعد و مسائلی است که نقش و اراده زوجین را در این موضوع ترسیم می‌کند که می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: آیا ادعا، اخبار یا اقرار زوجه مبنی بر رجوع زوج در طلاق رجعی، اثر حقوقی رجوع زوج را ایجاد می‌کند یا خیر که در متون فقهی و حقوقی کمتر مورد امعان نظر قرار گرفته است. همچنین درباره بار اثباتی مطلب مذکور و ادله آن: آیا زوجه برای اثبات ادعایش مبنی بر رجوع زوج، باید از طریق ارائه سند، بیّنه، سوگند و امارات اقدام کند،

یا اخبار زوجه از رجوع زوج برای ایجاد اثر حقوقی رجوع زوج در طلاق رجعی پذیرفته می‌شود؟ در این زمینه، بر اساس نظریات فقهی، فقط ادعای رجوع از طرف زوج و اخبار بر انکار طلاق و نیز با ارائه سند کتبی رجوع از طرف دفاتر ثبت ازدواج و طلاق، مطابق قانون حمایت از خانواده (ماده ۲۰) پذیرفته شده است و قانون‌گذار درباره اخبار زوجه از رجوع زوج در طلاق رجعی سکوت کرده است و همین طور از این قبیل است: امکان تسری وکالت در طلاق به وکالت در رجوع، تراضی و توافق بر امر رجوع، رویه حاکم برای اثبات رجوع و ... .

لذا بر اساس موقعیت نهاد خانواده و آثار اجتماعی و تربیتی آن، ماهیت رجوع و آثار آن به نسبت زوج و زوجه، دارای اهمیت و نیازمند تحقیق علمی از منظر فقهی و حقوقی است و باید به لحاظ کاربردی و اهمیت حقوقی و تأمین حق زن، در سطح حقوق‌گذاری و حقوق‌ورزی، مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد.

روش و مواد تحقیق: در این پژوهش، با استفاده از مبانی فقهی و استناد و استدلال در چارچوب نظام ادله در اثبات موضوعات مدنی، به روش تحلیلی- توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و... به ماهیت‌سنجی و آثار موضوع مذکور و پاسخ‌گویی به سؤالات مطروحه اقدام شده است.

نوآوری این پژوهش: این مقاله با توجه به پیشینه پژوهش و تحقیقات انجام‌شده، در جهات زیر دارای نوآوری است:

تحقیقات انجام‌شده در مسئله تحقیق، غالباً در دفاع و تایید دیدگاه مشهور فقهی، یعنی حکم‌بودن ماهیت رجوع، نگارش شده؛ ولی مقاله حاضر، اولا برای رسیدن به پاسخ مسئله تحقیق، با نظم جدیدی، اوصاف و ویژگی‌های حق و حکم را مبتنی بر آراء فقها و حقوقدانان بررسی نموده است. ثانیا با اخذ نظریه مختار در موضوع حق و حکم، با استفاده از ادله اثباتی متقن و نو، و نیز دسته‌بندی منظم انظار فقهای امامیه، و با استفاده از نظرات حقوقی، ماهیت رجوع را به‌عنوان حق زوج، اثبات و تحلیل کرده است. ثالثا در بخش پایانی مقاله، برخی آثار کاربردی حق‌بودن رجوع را بیان ساخته است.

۱. مفهوم‌شناسی

پیش از پرداختن به موضوع، لازم است برخی اصطلاحات در این بحث، مفهوم‌شناسی گردند تا مباحث پسینی به راحتی قابل فهم شوند.

۱,۱. طلاق

طلاق از ریشه طلق، یطلق، طلاقا است و به معنای آزادی و ترک‌کردن است (مرعی، ۱۴۱۳، ج۱، ص۱۳۴) و در اصطلاح شرع به عقد نکاح گفته می شود که با اجرای صیغه خاص انجام می‌گیرد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۹، ص۹) طلاق دارای چهار رکن است که عبارتند از: صیغه، طلاق‌دهنده، مطلقه و گواهان طلاق (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۳، ج۳، ص۲۲۱) و اقسامی دارد مانند بائن، رجعی، عدی، خلع و مبارات و ... . (روحانی، ۱۳۹۲، ج۲۲، ص۴۳۲)

۱,۲. طلاق رجعی

طلاق رجعی اصطلاحی است که زوج در طلاق، اختیار رجوع به زن را داشته باشد (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ص۶۶۷) و با این تعریف، به جز موارد شش‌گانه طلاق بائن (طلاق غیر مدخوله، طلاق صغیره، طلاق یائسه، طلاق خلع، طلاق مبارات و سه طلاقه)، هر طلاقی، رجعی محسوب می‌شود.

۱,۳. رجوع

رجوع، نقیض ذهاب و به معنای برگشت است (حسین یوسف، ۱۴۱۰، ج۱، ص۲۸۵) و در اصطلاح، در سه معنی به کار می‌رود: الف: برگشت به حالت پیش از عقد معین یا قبل از ایقاع معین. در این صورت، معنای فسخ می‌دهد. رجوع در هر حال، از ایقاعات است و همیشه لازم است و لزوم آن، لزوم عرفی است که مورد تأیید قانون‌گذاران است. ب: در خصوص طلاق استعمال می‌شود (مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ ق.م) و آن هم در حقیقت، فسخ طلاق رجعی است که از ایقاعات جایز است. ج: در خصوص هبه استعمال می‌شود که به معنای برگشت واهب از هبه است. (ماده ۸۰۳ ق.م)

رجوع در طلاق یا رَجعت در طلاق به این معنا است که مرد، زنی را که طلاق داده است،

بدون خواندن صیغه عقد، دوباره همسر خود کند. با این کار، حکم طلاق باطل می‌شود و زن و مرد، دوباره همسر هم می‌شوند. (مشکینی، ۱۳۹۰، ص۲۶۹)

۱،۴. حق و حکم

حق: حق و مشتقات آن در معانی مختلفی به کار رفته است، از قبیل سلطنت، مال، بهره، نصیب، امتیاز، ثبوت، ضد باطل، امر موجود، اسم الله، اسم قرآن، اسلام، نقیض باطل و وجوب و ... (ابن‌منظور، ۱۴۰۸، ج۱۰، ص۴۹-۵۴ و زمخشری، ۱۳۸۸، ص۱۸۸) البته برخی محققان گفته‌اند همه این معانی به یک معنای محوری و کلیدی که ثبوت می‌باشد، برمی‌گردد. در اصطلاح، حق سلطه‌ای وضعی و جعلی است که اختیار اعمال آن در دست ذوالحق است و می‌تواند آن را اعمال کند و یا اسقاط نماید (بحرالعلوم،۱۴۰۳ق، ج۱، ص۳۵). در نگاه دیگری آمده است: حق در اصطلاح فقهی و حقوقی (شرع و عرف)، معنای خاصی دارد و قطعاً از امور اعتباری و قراردادی است؛ چه عرف و عقل، این حق را جعل کنند و شارع مقدس امضا کند، چه خود شارع مستقلاً آن را جعل کند که مجعول تأسیسی است و از همین‌جا استفاده می‌شود که حق، نوعی حکم شرعی وضعی است، مثل سایر احکام وضعیه از قبیل ملکیت و زوجیت و مثل احکام تکلیفی از قبیل وجوب و حرمت؛ با این تفاوت که دیگر احکام پس از جعل، اختیارشان در دست شارع است و مکلف نمی‌تواند آن را اسقاط کند یا به دیگری منتقل نماید، ولی حق به‌گونه‌ای است که زمام امرش در دستان صاحب حق است و می‌تواند حق خود را اعمال یا اسقاط نماید، یا اگر قابل انتقال است، به دیگری نقل دهد. (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ج۲، ص۳۲)

حکم: در لغت به معنای قضاوت‌کردن، بازداشتن و فرمان‌دادن آمده است (فراهیدی، ۱۴۰۵، ذیل واژه حکم) و در اصطلاح به معنای «خطاب الشّرع المتعلق بافعال المکلّفین» آمده است. حکم آن است که شارع مقدس، حکمی تکلیفی یا وضعی درباره فعلی از افعال انسان، جعل و اعتبار کند، به این معنا که آدمی را از ارتکاب فعلی باز دارد یا به انجام‌دادن آن وادار سازد یا در انجام‌دادن و ترك آن، اجازه و رخصت دهد (احکام تکلیفی)، و یا بر فعل انسان، اثری مترتب کند (احکام وضعی). (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج۱، ص۱۹)

۲. تفصیل توصیفی و نظری حق و حکم

۲,۱. نظریات در باب حق

برای رسیدن به تعریف رجوع، فهم ماهیت حق و حکم، ضروری است؛ به‌ویژه مفهوم حق که در لسان لغویان و فقها دارای پراکندگی معنایی و مصداقی خاصی است. در توصیف معنایی حق در بین فقها نظریاتی ابراز شده است که به مواردی از آنها اشاره می‌شود: برخی آن را مرتبه ضعیفی از ملک شمرده‌اند (یزدی، ۱۳۷۶، ج۱، ص۵۷) و برای مفهوم ملک نیز اعتبارات گوناگونی ذکر کرده‌اند؛ مثل سلطنت فعلیه، نسبتی بین مالک و مملوک، سلطنت شأنیه، احاطه، مقوله جده یا اضافه ... (مروج، ۱۴۱۹، ص۱۱۳-۱۱۶). برخی نیز حق را به اعتبار صاحب حق، همان سلطنت دانسته‌اند که بر شیء پیدا می‌کند (ذهنی تهرانی، ۱۳۷۳، ص۱۶۰). در تعاریف حقوقی، حق، اختیار و تسلطی است که برای شخص در روابط او با دیگران ایجاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص۲۵۳). دیدگاه سوم در باب ماهیت حق این است که آن را اعتبار خاصی می‌دانند که همین اعتبار، مقوّم ماهیت آن است و آثار مخصوص به خود دارد و سلطنت هم یکی از آثار آن است. (محمدی خراسانی، ۱۳۸۸، ص۴)

نظریات در باب حکم، اختلافی نیست؛ لذا به دو گزاره اشاره می‌شود. در اعتبار فقهی حکم، گفته شده است: اعتبار شرعی می‌باشد که به افعال بندگان الهی تعلق می‌گیرد، چه مستقیما و مباشرتا و چه غیر مستقیم (حکیم، بی تا، ص۵۵). از منظر حقوقی، حکم همان اوامر و نواهی شارع یا قانون‌گذار دانسته شده که یا به طور مستقیم، کاری را مباح، واجب و یا ممنوع می‌کند و یا آثار حقوقی خاص بر اعمال اشخاص بار می‌نماید. (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص۲۵۳)

۲,۲. ویژگی و اوصاف حق و حکم در انظار فقهی

ویژگی‌هایی که مبین ماهیت و حقیقت حکم‌اند عبارتند از: عدم قابلیت اسقاط آن از ناحیه اشخاص، عدم امکان نقل و انتقال آن به اسباب انتقال قهری و ارادی، عدم امکان تعهد به سلب آن (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج۱، ص۱۷)، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد (طوسی، ۱۳۶۳، ص۱۵۷) و عمومیت احکام برای تمامی مکلفان. (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج۱، ص۲۴)

بر پایه تعاریفی که در مورد حق ارائه شد، می‌توان ویژگی‌های زیر را برشمرد. حق اساسا چهار نوع بیشتر نیست و شاید بتوان حصر عقلی درست کرد:

۱. آنچه که قابل اسقاط، نقل و انتقال است مثل حق تحجیر که اسقاط یا نقل آن جایز است و نیز قابل انتقال قهری است.
۲. آنچه که صرفا قابل اسقاط و نقل است، اما قابل انتقال قهری نیست. مثل حق سبق در مکان نماز.
۳. آنچه که قابل اسقاط و انتقال است، ولی قابل نقل نیست، مثل حق شفعه.
۴. آنچه که فقط قابل اسقاط است، مانند حق غیبت؛ بنا بر اینکه حقی باشد که طلب حلالیت بر آن واجب باشد.

طبق این نظر محققانه، حق دارای سه وصف است: قابل اسقاط، قابل انتقال و نقل. لذا حق به معنای فقهی، از این چهار حالت بیرون نیست و اگر چیزی حداقل، یکی از این اوصاف را نداشته باشد، حق نیست؛ بلکه حکمی تکلیفی یا وضعی خواهد بود. مثل ولایت پدر و جد بر صغیر، که قابل اسقاط، نقل و انتقال نیست. البته قابل اسقاط بودن، وصف دائمی حق است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۳، ص۳۷۸؛ ایروانی نجفی، ۱۳۸۴ش، ج۲، ص۱۰۷؛ روحانی، ۱۳۹۲، ج۱۵، ص۲۰۴؛ خمینی، ۱۴۲۸، ج۱، ص۵۲)

تقسیم زیر هم از علامه نایینی نقل شده است:

۱. حقوقی که فقط قابل اسقاط هستند، مثل حق قذف.
۲. حقوق قابل اسقاط و نقل بلاعوض، مانند حق قسم.
۳. حقوق قابل اسقاط و نقل، اعم از تبرعی و معوض، مثل حق تحجیر.
۴. حقوق قابل اسقاط و انتقال قهری و در عین حال غیر قابل نقل ارادی، مانند حق خیار که به وارث منتقل می‌شود، ولی به عقیده برخی فقها، نقل آن به دیگری صحیح نیست. (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ج۱، ص۴۲ و طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ص۵۵) بر این اساس، از دیدگاه فقهی، مهم‌ترین تفاوت بین حق و حکم، غیر قابل اسقاط بودن حکم و عدم امکان توافق بر خلاف آن است؛ زیرا اختیار حکم به دست حاکم است

و محکومٌ‌علیه در این‌باره اختیاری ندارد. درحالی‌که حق در بسیاری از موارد، قابل اسقاط است و می‌توان از آن صرف نظر کرد و یا به دیگری واگذار نمود، البتّه حقوق غیر مالی، قابل واگذاری به غیر نمی‌باشد. بعضی از این حقوق به سبب مخصوص، قابل زوال است، مانند حق زوجیت که به‌وسیله فسخ نکاح و طلاق، منحل می‌گردد. برخی دیگر، دائمی، غیر قابل انتقال به غیر و زوال‌ناپذیر است، مانند بنوّت که به هیچ وجه، پدر و مادر نمی‌توانند نسبت مزبور را از خود سلب نمایند. چنان‌چه فرزند نیز نمی‌تواند نسبت بین خود و پدر و مادرش را از خود سلب کند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰ش، ج۱، ۵۶ و محقق داماد،۱۴۰۶، ج ۱، ص۱۸)

۲،۳. روش‌های تشخیص حق از حکم

در بسیاری از موارد، تشخیص حق از حکم، کار آسانی نیست؛ از جمله، مواردی که مفاد حکم، رخصت است و مدلول آن این است که انسان می‌تواند فلان عمل را انجام دهد. مثل آنکه انسان می‌تواند زوجه خود را طلاق دهد که در این صورت، برای فقیه این سؤال مطرح می‌شود که این توانایی، حق است یا حکم؟ اگر حق است، زوج می‌تواند به طریقی بر عدم انجام‌دادن طلاق متعهد شود و یا این حق خود را اسقاط کند و اگر حکم است چنین نخواهد بود.

الف) تصریح نصوص: در زمینه حق یا حکم‌بودن رجوع، نصوصی داریم که در ادامه بیان می‌شود.

ب) اجماع: گاهی اجماع داریم که فلان موضوع، جزء احکام یا جزء حقوق است که این نیز می‌تواند مشخص‌کننده باشد.

ج) اصل: اگر اجماع و نصّی نداشتیم و شك کردیم که آیا رجوع زوج از قبیل حقوق است که قابل اسقاط باشد یا از قبیل حکم است که قابل اسقاط نیست؟ اصل این است که حکم است و قابل اسقاط نیست به دو دلیل: اطلاق ادلّه و استصحاب. بنابراین بین حکم و حق، فرق است و در مواردی که شك داریم که حقّ است یا حکم، اصل این است که حکم باشد

و غیر قابل اسقاط (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج۴، ص۲۸). برخی نیز عقیده دارند که برای تشخیص حق از حکم باید به آثار توجه کرد: چنان‌چه این آثار قابل نقل و انتقال و اسقاط باشند، این سلطه و توانایی، حق است و در غیر این صورت، از مصادیق حکم خواهد بود (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص۸). به موجب این نظریه، توانایی صاحب حق این است که بتواند از امتیاز خود صرف نظر کند و امتیازی که نتوان آن را از بین برد، در زمره تکالیف است؛ یعنی امری است که از سوی شرع صادر شده و حقی برای شخص به وجود نمی‌آورد.

۲,۴. حکم موارد شك و تردید

در مواردی که از مفاد ادله، حق یا حکم‌بودن احراز نشود و تردید حاصل گردد، برای رفع تردید، سه نظریه ارائه شده است:

الف) از نظر میرزای نایینی، در موارد تردید، اصل استصحاب جریان می‌یابد. به موجب این اصل، موجود سابق، که در حق و یا حکم‌بودن آن تردید است و در نتیجه، بقا و عدم آن برای ما مشکوك است، کماکان باقی خواهد بود و این‌گونه موارد، از جمله احکام محسوب خواهند شد. (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ص۱۴۲)

ب) به نظر برخی، میان موردی که تردید در حق و حکم‌بودن امری باشد با موردی که در قابلیت اسقاط و عدم قابلیت اسقاط، تردید وجود داشته باشد، فرق است. در مورد اول، اصل استصحاب جاری است؛ اما در مورد دوم، اصل آن است که حق در اختیار صاحب آن است، مگر آنکه در استفاده از آن، مانعی ایجاد شود و در موارد تردید، اصل، عدم مانع است. به موجب این نظریه، اصل آزادی اراده در ازبین‌بردن حق، همواره حاکم است، مگر آنکه مانعی مسلم از این امر جلوگیری کند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ص۵۶)

ج) در دیدگاه دیگری، هرگاه در مورد حکم و یا حق‌بودن امری تردید کنیم، به مقتضای اصل عدم، کلیه آثار وجودی حق و یا حکم‌بودن آن امر، نفی می‌شود؛ بنابراین، چنین امری نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال. بنا بر این نظر، حق و یا حکم‌بودن، از امور وجودی است و این آثار، مترتب بر احراز وجود آنها است. بنابراین در فرض شك، آثار، مترتب نخواهد

شد و به‌عبارت دیگر، صرف شك كافی است و نیازی به اجرای اصل عدم نیست. به‌علاوه، اگر اصل هم جاری شود، هرچند آثار را نفی می‌کند، حکم‌بودن آن امر را اثبات نخواهد کرد؛ زیرا اثبات حکم‌بودن از لوازم عقلی و به اصطلاح «اصل مثبت» است و مثبتات اصل، حجت نیست (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج۱، ص۱۹). این نظر، انسب و وجیه‌تر است. سید ابوالقاسم خویی نیز ضمن اینکه تفاوت حق و حکم را اعتباری می‌داند، در موقع شک مراحل طولی، اخذ دلیل (در صورت وجود)، اخذ به عموم و اطلاق دلیل مشکوک، جریان استصحاب در شبهات حکمیه و یا رجوع به مقتضای سایر اصول عملیه و لفظیه را پیشنهاد می‌کند. (خویی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۴۸)

از منظر حقوقی، راهکاری ارائه شده است و آن اینکه تمیز حق و حکم تا حدودی بستگی به تشخیص قوانین امری و تکمیلی دارد. حق و حکم هر دو نتیجه قانون است. در پاره‌ای موارد، مصلحت مهمی مورد نظر بوده است که اراده شخص در برابر آن بی‌ارزش است. این قانون، امری و موقعیت ناشی از آن، حکم است و گاهی حفظ منافع خصوصی افراد، نقش اراده و ... مد نظر بوده است که اینجا، قانون تکمیلی و قابل تغییر است و موقعیت ناشی از آن حق می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ص۲۵۳)

۳. ماهیت رجوع؛ حق یا حکم

بحث اصلی در این مقاله، ماهیت رجوع در طلاق رجعی است. در پژوهش‌های انجام‌شده، نوع مباحث، بر روی چیستی طلاق، که آیا حقیقی است یا حکمی، تمرکز کرده است که در اینجا، محور تحقیق نیست.

در ادامه، پس از تبیین مختصر مباحث حق و حکم، به بررسی و تحلیل ماهیت رجوع پرداخته می‌شود.

۳،۱. اقوال فقها

الف) مستظهر از عبارت شیخ طوسی در المبسوط، جواز حکمی است (طوسی، ۱۳۶۳، ج۳، ص۹۹). مشهور فقیهان نیز رجوع را حکم می‌دانند و ظاهر این است که اختیار رجوع در طلاق

رجعی، حکم شرعی است. بر این اساس، به مواردی اشاره می‌شود: ظاهر آن است که جواز رجوع در طلاق رجعی، حکم شرعی غیر قابل اسقاط است. مطابق همین، در بیانات فقیهان آمده است که رجوع، حکم است و قابل اسقاط و مصالحه با معوض یا غیر معوض نیست (فخر المحققین حلی، ۱۳۸۷، ج۳، ص۳۲۱؛ یزدی، ۱۳۷۰ش، ج۳، ص۶۲؛ خمینی، بی تا، ج۲، ص ۳۳۱)؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۲۱۷؛ مشکور، بی‌تا، ج۱، ص۲۱۷، موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰، ج۱، ص۳۷۴؛ علوی گرگانی، ۱۴۲۶، ج۲، ص۳۱۲؛ سیستانی، ۱۴۳۰، ج۳، ص۱۶۴؛ مشکینی، ۱۳۹۰، ج۴، ص۳۶۵؛ ایروانی نجفی، ۱۳۸۴، ج۲، ص۲۶؛ سبزواری، بی‌تا، ج۲۶، ص۱۷۴ و شریفی اشکوری، ۱۳۸۷، ج۹، ص۲۶۹). برخی حقوقدانان نیز حکم‌بودن اختیار رجوع را قوی‌تر و با اصول حقوقی سازگارتر می‌دانند. (صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ص۲۵۸)

آنچه از بررسی نظرات این دسته به‌عنوان دلیل می‌توان به دست آورد، به طور خلاصه عبارت است از:

۱. سیاق ادله لفظی.
۲. اصالت عدم سقوط با اسقاط؛ بدین معنا که هرگاه در حق یا حکم‌بودن چیزی شک کردیم، در واقع شک به این برمی‌گردد که آیا قابل اسقاط است یا نه. در این صورت، مقتضای اصل (استصحاب)، عدم سقوط است.
۳. عدم ترتب آثاری مانند صلح و مثل آن.
۴. عدم استفاده معنای حقیقی از آیات قرآن در زمینه حق‌بودن و دلالت آنها بر مجرد اولویت که مناسب حکم است (یزدی، ۱۴۱۵، ج۳، ص۶۲؛ سبزواری، بی‌تا، ج۲۶، ص۱۷۴ و مشکینی، ۱۳۹۰، ج۴، ص۳۶۵).
۵. عدم بیان آیات قرآنی در جهت اثبات حقیت.
۶. ظهور اخبار روایی در حکم‌بودن رجوع و عدم اشعار اخبار وارده در خصوص حق. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ج۱، ص۲۱۷)

ب) برخی فقیهان و مفسران آن را حق می‌دانند. (به‌عنوان نمونه :صانعی، بی‌تا، ج۲، ص۳۵۲؛ رازی، ۱۴۲۳، ۲۲۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۱۴۵؛ سند، ۱۹۶۲، ج۲، ص۳۴۵؛ ملکیان اصفهانی، ۱۳۹۴،

ج۱۸، ص۲۰۲؛ شوکانی، ۱۴۱۸، ص۳؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷، ج۷، ص۷۱؛ مددی، ۱۳۹۶، ص۲۹۸ و طباطبایی، ۱۳۶۳، ج۲، ص۲۳۷). این طور گفته شده است که: «الرجعه من حقوق الزوج ... فیصح الصلح من الزوجه علی عدم ایقاعها من الزوج و هل یصح الصلح علی اسقاطها أصاله الاظهر عدمه للشک فی صحه الصلح علی اسقاط الحقوق التی لا مدخل لها بالمال....» (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ص۱۲؛ غروی اصفهانی، ۱۳۶۳، ج۳، ص۱۵۹ و میرزای قمی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۱۵۰). برخی از حقوقدانان نیز مستفاد از ماده ۱۱۴۸ ق.م، اختیار رجوع را حق ارادی زوج برای تنظیم و تمشیت امور خانواده می‌دانند و متناسب با این وظیفه، آن را قابل اسقاط، انتقال و مصالحه (معوض و غیر معوض) بیان کرده‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۷، ص۱۰۲۹). در این دیدگاه، به این موارد استدلال شده است:

یک- به آیات قرآن کریم مانند ظاهر آیه: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ (بقره:۲۲۸) می‌توان استدلال کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۱۴۵ و طباطبایی، ۱۳۶۳، ج۲، ص۲۳۷) و سیاق دیگر آیات. (سند، ۱۹۶۲، ج۲، ص۳۴۵)

دو- رجوع، عمل حقوقی ایقاع است و از اسباب شرعی محسوب نمی‌گردد: «الرجعه من الایقاعات لا من الاحکام و الاسباب الشرعیه، فالاصل عدم تأثیرها من دون لفظ یدل علیها». (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ص۱۲)

سه- رجوع، تابعی از حق طلاق محسوب می‌گردد (ملکیان اصفهانی، ۱۳۹۴، ج۱۸، ص۲۰۲) و خلاف بین مسلمانان در مشروعیت آن وجود ندارد. (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷، ج۷، ص۷۱)

ج) برخی از فقیهان، تفاوتی بین حق و حکم قائل نیستند و لذا از این منظر، رجوع هم می‌تواند حق باشد و هم حکم. ظاهرا صاحب این دیدگاه، سید خویی است. ایشان ناظر به کلام شهید اول در قواعد می‌گوید: برخی از فقهاء، فرق بین حق و حکم را به بدیهات ملحق و گمان کرده‌اند که اختلاف بین آنها از واضحات است. بعضی مانند مرحوم نایینی و سید یزدی گفته‌اند: حق مرتبه ضعیفه‌ای از ملکیت و از آن بالاتر، حق استفاده از منفعت است و از آن بالاتر، مالکیت عین می‌باشد. البته چیزی از این تعاریف به دست نمی‌آید و مانعی نیست که حق را بر طایفه‌ای از احکام اطلاق کنند که قابل اسقاط باشد و این موجب فرق بین حق و حکم نمی‌شود: «لاینبغی الریب فی أن الحکم و الحق متحدان حقیقه لان قوامها بالاعتبار الصرف... فلا وجه لتقسیم المجعول الشرعی أو العقلایی إلی الحق و الحکم لکی نحتاج إلی

بیان الفارق بینهما بل کلها حکم شرعی أو عقلایی قد اعتبر لمصالح خاصه». (خویی، ۱۴۱۷، ج۲، ص۴۶)

۳،۲. نقد و بررسی دیدگاه‌ها

نظریه مختار، همان حق‌بودن رجوع در طلاق رجعی است و تحلیل آن چنین است: اولا ادله طرفداران حکم‌بودن رجوع، قابل نقض است. عده‌ای به اصول عملیه تمسک کرده‌اند. روشن است این اصول وقتی مورد استفاده قرار می‌گیرند که دلیل در دسترس نباشد: «الاصل دلیل حیث لا دلیل» (لطفی، ۱۳۸۵، ص۲۲۱). از سویی، عده‌ای به آیات قرآنی تمسک کرده‌اند که باید گفت: مفاد آیات مربوط به طلاق و رجوع در آن، صراحت ندارد و بلکه به‌صورت کلی، توصیه‌ها و مبانی را در این راستا بیان کرده است و به تعبیر دیگر، به لحاظ اصولی، در مقام بیان از این جهت نیستند و بلکه آیه: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**﴾ ظهور در محقیت زوج در این رجوع دارد و این حق را وقتی می‌تواند اعمال کند که متضمن اضرار نباشد و به تعبیر حقوقی، استفاده از این حق، موجب ضرر به زوجه نشود: ﴿**ان ارادوا اصلاحا....و لا تمسکوهن ضرارا...**﴾. استناد به سیاق ادله لفظی و ظهور اخبار و روایات، ادعایی است که مدعیان آن، استدلال قابل توجهی در مورد آن ارائه نداده‌اند. اما دلایل حلی و اثباتی که می‌توان در این جهت ارائه داد، به شرح زیر است:

الف) آیات قرآنی: مستفاد از برخی آیات قرآن، رجوع، حق زوج در طلاق رجعی است و جمله: ﴿**ان ارادوا اصلاحا**﴾ (بقره:۲۸)، بیانگر هدف و نیت از رجوع است که باید به نیت اصلاح باشد و مستلزم ضرر برای زوجه نباشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۱، ج۲، ص۱۴۵ و شریعت اصفهانی، ۱۳۹۸، ص۲۲۴) و از سویی مؤید این معنا، آیات مرتبط به این موضوع است و از آنجاکه اصل مسئله رجوع، عرفی و از حقوق است، سیاق و ظهور آیات، همان حق عرفی را با قیودی تایید و امضا می‌کند. به تعبیر دیگر، سیاق و ظهور آیات در موضوع طلاق رجعی، بیان جنبه‌های حقوقی بین زوجین است. (سند، ۱۹۶۲، ج۲، ص۳۴۵)

ب) روایات: در این زمینه روایاتی نقل شده است که جمله معین و مصرح آنها در دلالت

بر حق‌بودن رجوع عبارت: «هو املک برجعتها ما لم تنقض عدتها» (کلینی، ۱۴۰۷، ج۶، ص۷۳) بدین معنا که زوج، سزاوارتر و مالک‌تر به رجوع نسبت به آن زوجه است. این «املک» که بر وزن افعل است، به معنای تفضیل نیست، بلکه تعیین است.

ج) ماهیت عرفی و امضایی رجوع، کاشف از حق و اختیار آن برای زوج است. رجوع در طلاق، یک حق نامحدود جاهلی بود. در جاهلیت، برای طلاق و مراجعه، حدّ و عددی نبود و اسلام با نظام دقیق، آن را محدود به دو بار کرد (ملکیان، ۱۴۰۰ش، ص۲۵۳) . از طرفی از حق رجوع، سوء استفاده می‌کردند (مکارم شیرازی، ۱۳۵۳، ج۲، ص۱۵۳و قرائتی، ۱۳۸۷، ج۱، ص۳۵۴) و بارها و بارها به قصد آزار و اذیت زن، در زمان عده، رجوع کرده و مجدداً زن را طلاق می‌دادند. قرآن کریم آن را محدود به دو بار کرد و فرمود: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ؛ طلاق [رجعی] دو بار است، پس از آن یا باید زن را به خوبی نگاه داشته یا به نیکی آزاد کنند﴾ (بقره:۲۲۹). در شأن نزول این آیه، گفته شده است: زنی نزد عایشه آمد و از همسرش شکایت کرد که شوهرش او را طلاق داده و سپس به قصد ضرررزدن به او مجددًا رجوع می‌کند. عایشه ماجرا را برای پیامبرﷺ نقل کرد و این آیه شریفه نازل شد (پیشوایی، ۱۳۸۹، ص۷۴-۷۵). بنابراین، شارع مقدس، به دلیل رواج سنت‌های ناپسند در موضوع طلاق و رجوع در جامعه عصر نزول وحی، در مقام دفاع از حقوق و حفظ کرامت زن، در آیاتی (مانند ۲۲۹ و ۲۳۰ سوره بقره و آیات اول و دوم سوره طلاق)، احکامی بر موضوع طلاق و نیز قیودی بر حق رجوع وضع کرده است. در آیه ۲۲۹ سوره بقره، حق رجوع در طلاق که پیش از اسلام نامحدود بود، محدود شد و به دو مرتبه رسید و اگر برای بار سوم طلاق صورت پذیرد، مرد نمی‌تواند رجوع کند و همسرش از او جدا می‌شود. افزون بر این، در آیه ۲۳۲ سوره بقره، خداوند درباره کسانی که پس از انقضای عده، به خاطر تعصب و سنت‌های جاهلی، مانع ازدواج همسران خود می‌شدند، می‌فرماید: چون زنان را طلاق دادید و زمان عده ایشان سر آمد، پس مانع ازدواج آنان با همتایانشان نشوید. پس رجوع یک حق امضایی است که فقط به‌صورت تأسیسی محدود شده است. این قوی‌ترین دلیل برای مدعای حق‌بودن رجوع است و روشن است که در عصر جاهلیت، مفهوم حکم، ناشناخته و نامأنوس بوده است.

د) همان‌گونه‌که برخی اعلام گفته‌اند رجوع از اعمال حقوقی ایقاعی است و جزو احکام و

ناشی از اسباب شرعیه نمی‌باشد. ضمن اینکه احکام شرعیه، اسباب شرعیه توقیفیه می‌خواهند و لذا اگر در حکم‌بودن آن تردید شود، کما اینکه در اینجا از موارد مشکوک و مردد است، اصل، عدم تأثیر آن است و نیاز به دلالت لفظی در این زمینه نیست. (کاشف الغطا، ۱۴۲۲، ص۱۲)

هـ) این حق، تابعی از حق طلاق و جزء ماهیت آن است و طلاق رجعی، همان طلاق متزلزل است و با پایان عده و عدم رجوع، طلاق استقرار پیدا می‌کند و لذا ماهیت رجوع، همان ماهیت طلاق است که اولا طبق نصوص، حق مرد می‌باشد (حر عاملی، ۱۴۱۳، ج۵، ص۲۶۹؛ به نقل از علایی نوین، ۱۳۸۹، ص۱۰۹). از پیامبر ﷺ نقل شده که فرمود: طلاق در اختیار کسی است که ساق را در اختیار دارد، کنایه از شوهر است که حق تمتع دارد. شهید ثانی در این زمینه می‌فرماید: مقتضای این روایت این است که طلاق صحیح و معتبر منحصراً در اختیار مرد است که وصف فوق را دارد و مالک بضع است (علایی نوین، ۱۳۸۹، ص۱۱۰) و از طرفی، روایاتی مبنی بر عدم اهلیت زن بر اختیار در طلاق وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۱۳، ج۵، ص۳۳۷) و ثانیا بر اساس نظر مشهور و بلکه اجماعی می‌توان در شروط ضمن عقد، طلاق را اسقاط، انتقال و مورد مصالحه قرار داد.

در اینجا لازم است برای تکمیل این دلیل، اشاره‌ای مختصر به ماهیت طلاق رجعی شود. اگرچه مسئله محوری در این پژوهش، تنقیح ماهیت رجوع در طلاق رجعی است و تحلیل ماهیت طلاق رجعی، بحث جداگانه و مستوفایی می‌طلبد.

۴. تحلیل ماهیت طلاق رجعی

در فقه امامیه در این خصوص، دو دیدگاه وجود دارد:

الف) برخی فقها قائل هستند که مطلقه رجعیه، زوجه حقیقی است و تمام آثار زوجیت در مدت عده نیز بر او بار می‌شود. (طوسی، ۱۳۵۱، ج۴، ص۲۱۷؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج۲، ص۷۴۵؛ ابن‌براج، ۱۴۱۱، ج۲، ص۳۲۶؛ شهید اول، ۱۴۱۹، ج۱، ص۳۲۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۱، ج۱۳، ص۲۷۴؛ خویی، ۱۴۰۸، ج۵، ص۵۲۸ و غروی تبریزی، ۱۴۲۶، ج۹، ص۱۲۲)

بر اساس این دیدگاه، معنای رجوع، رجوع از طلاق و بینونت است و لذا برخی فقهای

معتقد به این نظر گفته‌اند: منظور از رجوع، رجوع به زوجیت بعد از زوال و جدایی نیست مثل حق فسخ؛ بلکه رجوع از انشا و باطل‌کردن انشای طلاق است؛ زیرا زوجیت به خودی خود، در حقیقت باقی است و برای اعاده آن نیاز به رجوع نیست ... اما علقه زوجیت در معرض زوال است؛ یعنی اگر عده منقضی شود و شوهر رجوع نکند، سببی که پیش از این انشا شده است . یعنی صیغه طلاق . اثر خود را می‌گذارد و بینونت را ایجاد می‌کند. (خویی، ۱۴۰۸، ص۴۴۱ و حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۵، ص۶۱)

ب) برخی دیگر از فقها، به زوجه حکمی‌بودن مطلقه رجعیه قائل‌اند (طبرسی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۲۹۹-۲۲۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۵، ج۳، ص۱۳۳؛ سبزواری، ۱۴۱۷، ج۳، ص۵۶۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج۲، ص۵۲۶ و موسوی عاملی، ۱۴۱۰، ج۷، ص۳۱۸). طبق این دیدگاه، ماهیت طلاق رجعی، عبارت از «رجوع الی الزوجیه» است و به تعبیر روشن‌تر، ماهیت طلاق رجعی، شبیه بیع خیاری است که از زمان وقوع عقد، طرفین عقد (بایع و مشتری)، مالک عوضین می‌شوند، ولی به دلیل وجود خیار برای هر کدام از طرفین، امکان ازبین‌بردن مالکیت طرف دیگر وجود دارد و تنظیر آن در طلاق رجعی چنین است که با ایجاد و انشای طلاق، بین زن و مرد جدایی حاصل می‌شود، ولی مرد حق دارد و می‌تواند با رجوع الی الزوجه، این مقتضی را از بین ببرد و اگر رجوع نکرد، جدایی مستقر می‌گردد. (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۵، ص۶۷)

شاید بتوان دیدگاه بینابین و سومی را هم تحت عنوان طلاق تعلیقی ارائه داد. این دیدگاه بر این باور است که بعد از جاری شدن صیغه طلاق، حالتی برای زن ایجاد می‌شود که وضعیت حقوقی زن در این حالت، معلق بر گذشتن مدت عده و عدم رجوع شوهر در این مدت به وی می‌باشد. در صورت رجوع شوهر، تعلیق از بین می‌رود و وضعیت زن و شوهر به حالت سابق برمی‌گردد و در صورت عدم رجوع، تعلیق تمام می‌شود و وضعیت ایشان مستقر شده و بینونت و جدایی بینشان حاصل می‌شود (خویی، ۱۳۶۸، ص۲ و سیستانی، ۱۴۱۷، ص۳۳). اما این نظر، ذیل همان دیدگاه اول ارزیابی شده است. در قانون مدنی ایران ماده ۱۱۲۰ و نیز قانون امور حسبی (بند۲ م ۳۸)، زوجه مطلقه رجعیه را در حکم زوجه می‌داند.

در ارائه و تحلیل نظر مختار باید گفت: اولا طلاق یک عمل حقوقی یک‌جانبه است و

مانند سایر اعمال حقوقی، قصد و رضا یا اراده در آن، از شرایط صحت محسوب می‌شود (ماده ۱۱۳۶ ق.م). ثانیا از سویی (همان‌گونه‌که سید خویی گفتند)، طلاق تعلیقی، وضعیت زوجه در طلاق رجعی را معلق به انقضای ایام عده برای استقرار طلاق می‌انگارد و اراده زوج مبنی بر انشاء و تنجیز طلاق، بر وضعیت رابطه زوج و زوجه حاکمیت دارد. بنابراین دیدگاه زوجیت حقیقی مطلقه رجعیه، که متأثر از نقش و حاکمیت اراده زوج بر استقرار و یا رجوع از طلاق است، منطقی‌تر و به واقع نزدیک‌تر است. زیرا:

یک- صیغه طلاق مانند بسیاری از عقود و ایقاعات، به محض انشاء، تأثیر خود را که همان زوال علقه زوجیت است، نمی‌گذارد؛ بلکه از جهتی مانند هبه و وقف که به محض انشاء، اثر خود را بر جای نمی‌گذارند و نیاز به قبض دارند و دلیلی هم بر ایجاد اثر آنی انشای طلاق رجعی هم نداریم.

دو- در این تنظیر (قراردادن زوجیت حکمی به جای زوجیت حقیقی)، مبنایی و مصلحتی مشاهده نمی‌شود. بلکه زوجیت حقیقی، همه آثار بیان‌شده در زوجیت حکمی را به نحو کامل‌تری دارد و برخی گفته‌اند مصداقی از آثار در زوجیت حکمی نیست که در زوجیت حقیقی نباشد و لذا مدعیان زوجیت حکمی نمی‌توانند با بیان موردی از حکم، اثر، حق و تکلیفی بین زوجیت حکمی و حقیقی تمایز ایجاد کنند.

۵. آثار و احکام دو دیدگاه زوجیت حقیقی و حکمی

برای پرهیز از اطاله، فهرست‌وار مواردی از آثار و احکام دو نظر بیان می‌شود.

الف) گفتیم در دیدگاه زوجیت حقیقی، از زمان انشای طلاق، بینونت حاصل نمی‌شود و طلاق شبیه عقد صرف و قبض در آن است؛ ولی در دیدگاه حکمی (شبیه بیع خیاری)، بینونت ایجاد می‌شود، ولی در مدت عده، زوج می‌تواند به زوجه برگردد. لذا بنا بر زوجه حقیقی‌بودن رجعیه، معنای رجوع، رجوع از طلاق و بینونت است، اما بنا بر زوجه حکمی‌بودن، معنای رجوع، رجوع به زوجیت است.

ب) مواردی از آثار حکمی هم مترتب بر این دو دیدگاه وجود دارد؛ از جمله: در زوجیت

حقیقی، اعمال زناشویی و آرایش و استعمال عطر و سرمه و زینت اجازه داده شده است، ولی در زوجیت حکمی نمی‌توانند این کارها را انجام بدهند (غروی تبریزی، ۱۴۲۶، ج۲، ص۵۴۷) و دیگر اینکه تمتع در زوجیت حقیقی نیاز به قصد رجوع ندارد ولی در زوجیت حکمی بدون قصد رجوع، این حق را ندارد. (تبریزی، ۱۳۷۸، ص۳۷۵)

ج) توجیه وضع حقوق و تکالیف بر اساس نظر زوجیت حقیقی بر مطلقه رجعیه مطابق قاعده است، ولی بر اساس زوجیت حکمی (جدایی حقیقی)، ناشی از تعبد شرعی است.

د) برخی ماهیت رجوع را متأثر از زوجه حقیقی یا حکمی‌بودن مطلقه رجعیه دانسته‌اند. بدین تقریر که در زوجیت حقیقی، رجوع یا عدم رجوع، ناشی از قدرت شوهر بر بقای علقه زوجیت و از احکام سلطنت ایشان بر زن است، ولی در فرض زوجیت حکمی، رجوع مانند خیار در عقود لازمه خواهد بود که حق ذوالخیار است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۵، ص۶۹). البته نگارندگان ضمن پذیرش زوجیت حقیقی، در بندهای قبلی، ادله حق‌بودن رجوع را بیان کردند. اینک با برگشت به بحث اصلی مقاله، لازم است برای تکمیل بحث، به برخی آثار ماهیت رجوع (نه ماهیت طلاق رجعی) نیز اشاره کنیم.

۶. برخی آثار پذیرش حق‌بودن رجوع

۶,۱. امکان‌سنجی اعمال شرط و توافق در طلاق رجعی

با قبول شباهت حکم طلاق رجعی و رجوع در طلاق رجعی، اعمال شرط ضمن عقد نکاح درباره اراده زوجه بر رجوع یا عدم قبول رجوع زوج از طرف زوجه، دور از ذهن نیست؛ لذا به نظر می‌رسد می‌توان اعمال شرط ضمن عقد نکاح درباره رجوع را نیز پذیرفت و زن بتواند وکالت در رجوع یا عدم قبول رجوع را به‌صورت شرط ضمن عقد، در قرارداد بر عهده بگیرد. اگرچه برخی گفته‌اند لزوم ایقاعات، حکم شرعی (و نه حق) است و دلیل شرعی بر حق فسخ در ایقاع نداریم و قراردادن خیار شرط در ایقاع، سبب فسخ نخواهد شد. با این وجود، برخی فقها گفته‌اند که اگر فسخ به معنای انحلال عقد باشد، در ایقاعات جاری نمی‌شود؛ اما اگر به معنای ازبین‌بردن چیزی باشد، نظریه عدم جریان آن در ایقاعات،

قابل مناقشه است. بنابراین، رجوع در عده نیز فسخ می‌باشد، چون به معنای فسخ و ازبین‌بردن طلاق است، همان‌گونه‌که طلاق به معنای ازبین‌بردن نکاح است. (زراعت، ۱۳۹۱، ص۱۰۶-۱۰۷ و ۱۰۹)

۶،۲. مصالحه بر اسقاط حق رجوع

پذیرش این حق مبتنی بر پذیرش رجوع به‌عنوان یک حق می‌باشد. فقیهانی که رجوع را حکم می‌دانند، بالتبع قائل به اسقاط حکم شرعی نیستند؛ اما فقهایی که ماهیت رجوع را حق تلقی کرده‌اند، اوصاف و ویژگی‌های آن را هم مترتب می‌کنند. لذا بعضی با استفاده از قواعد و عمومات در روایات، صلح بر اسقاط را پذیرفته‌اند. (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج۱۸، ص۴۴۳) میرزای قمی در این زمینه گفته است: این صلح، نه حرامی را حلال می‌کند و حلالی را حرام و لذا جایز و نافذ است. (قمی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۱۵۱)

۶،۳. پذیرش ادله اثباتی زوجه بر رجوع زوج در طلاق رجعی با جعل شرط ضمن عقد

بررسی این بند بر اساس این است که رجوع، حق است و قابل نقل و انتقال باشد. همان‌گونه‌که گفته شد، در فقه و حقوق اسلامی، احکام رجوع در طلاق رجعی مورد بررسی قرار گرفته است. رجوع قولی، با به‌کاربردن هر لفظی اتفاق می‌افتد که بر رجوع مرد به همسر دلالت می‌کند. به‌کاربردن عباراتی مانند: «به تو رجوع کردم» یا «تو را به ازدواج سابق برگرداندم»، رجوع قولی است. رجوع فعلی، به رجوعی گفته می‌شود که در آن، مرد با انجام کاری، نشان می‌دهد که زن را دوباره همسر خود کرده است. رجوع فعلی، با بوسیدن یا لمس‌کردن همسر یا آمیزش با او محقق می‌شود. شهادت در رجوع و یا اخبار زوجه از رجوع، شرط صحت نیست. (اراکی، ۱۴۱۴، ج۲، ص۱۱۱)

بنابراین، رجوع در طلاق رجعی ایقاعی، اراده‌ای از طرف شوهر برای بی‌اثرکردن طلاق است و رجوع، چه به‌صورت فعلی و یا قولی در طلاق رجعی، ناشی از اقوال یا اعمالی است که طبق دیدگاه مشهور، اراده‌کردن بر آنها از طرف زوج است. اما آیا راهی برای پذیرش ادله زوجه

مبنی بر رجوع وجود دارد؟

قانون مدنی درباره اخبار و اقرار زوجه از رجوع زوج، ساکت است. اخبار از رجوع توسط زوجه در ایام عده، خلاف اصل است؛ زیرا اصل بر طلاق است و با تأیید زوج یا شهادت دو نفر شاهد مرد عادل اثبات می‌شود. چنان‌چه زوجه پس از انقضای عده، مدعی رجوع زوج در ایام عده باشد پذیرفته نمی‌شود؛ زیرا اقرار وی به نفع خود و خلاف اصل صادر شده است و ضمن استحقاق نفقه و حق سکونت پس از دوران عده، چنان‌چه زوج فوت کرده باشد، از ماترک نیز ارث می‌برد؛ درحالی‌که مطابق قاعده اقرار، اقرار مقر به نفع دیگری پذیرفته می‌شود و خلاف آن، نیاز به بینه دارد.

لذا با توجه به اهمیت آثار و پیامدهای رجوع در طلاق رجعی، ادعای زوجه مبنی بر رجوع زوج، قابل رسیدگی است و مطابق قانون آیین دادرسی مدنی، زوجه باید برای اثبات ادعا درباره رجوع زوج، به دلایل زیر استناد نماید:

۱. اقرار بر رجوع توسط زوج.
۲. سند و گواهی‌نامه ثبت رجوع در طلاق رجعی در محاکم قضایی یا دفاتر ثبت ازدواج و طلاق.
۳. گرفتن شاهد بر رجوع قولی زوج در طلاق رجعی مطابق با موازین شرعی در باب شهادت.
۴. امارات.
۵. سوگند بر رجوع قولی یا فعلی و یا اشارات مبتنی بر رجوع.

از طرفی، ضمن مطالبی که در خصوص ماهیت حقی رجوع بیان شد، مرد می‌تواند در شروط ضمن عقد، حق رجوع را در طلاق محتمل بر پایه یکی از ویژگی‌های حق که شمرده شد، یا از خود اسقاط کند، یا انتقال دهد، یا مصالحه نماید و یا حق استدلال بر رجوع برای زن و قبولی آنها قائل شود که در این فروض، زوجه می‌تواند با رجوع به زوج، زمینه تداوم رابطه زوجیت را فراهم نماید.

نتیجه‌گیری

یکی از مسائلی که در مباحث حقوقی درباره نکاح و خانواده، به لحاظ علمی بین فقها و حقوقدانان، مطرح و مورد اختلاف می‌باشد، موضوع ماهیت رجوع در طلاق رجعی و آثار آن می‌باشد. در این مقاله، با رویکردی نو در تعریف و تحریر ادله، اولاً ماهیت و مسائل مربوط به حق و حکم در بستری معطوف به مسئله، تحلیل گردید و حق به‌عنوان یک امر اعتباری که جلوه‌های گوناگون دارد، تعریف شد. ثانیاً بر اساس مفهوم برگزیده در تعریف حق و حکم، جهت نیل به ماهیت رجوع، نظرات فقها و برخی حقوقدانان و ادله آنها در دو طیف جداگانه بررسی گردید و سپس با نقد و بررسی، نظریه مختار، مبنی بر حق‌بودن رجوع برای زوج و ترتیب آثار و اوصاف حق بر آن، در فرایندی نقلی و عرفی در چارچوب ادله پنج‌گانه ارائه شد. در بخش پایانی، متخذ از این نگاه مستدل و با نظم اثباتی جدید، برخی آثار مترتب و مربوط از قبیل: امکان‌سنجی اعمال شرط و توافق در طلاق رجعی، ادله اثباتی زوجه بر رجوع و پذیرش آن و ... جهت اشعار به ابعاد کاربردی مسئله و از باب نمونه، تقریر و تحلیل گردید.

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن‌ادریس حلی، محمدبن منصور (۱۴۱۰ق)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۲. ابن‌براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۱۱ق)، *المهذب*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. ابن منظور، محمدبن مکرم (۱۴۰۸ق)، *لسان العرب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی
۴. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۴ق). *المسائل الواضحه*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۵. ایروانی نجفی، میرزا علی (۱۳۸۴ش) *حاشیه المکاسب*، تهران: کیا.
۶. بحرالعلوم، محمدبن محمدتقی (۱۴۰۳ق)، *بلغه الفقیه*، تهران: مکتبه الصادق.
۷. پیشوایی، مهدی و پیشوایی، فریده (۱۳۸۹ش)، «گونه‌های طلاق در جاهلیت و تحول نظام طلاق جاهلی با ظهور اسلام»، *تاریخ در آیینه پژوهش*، سال هفتم، ش۳، ص۴۹-۷۴.
۸. تبریزی، میرزاجواد (۱۳۷۸ش)، *استفتائات جدید*، قم: سرور.
۹. ترحینی عاملی، محمدحسن (۱۴۲۷ق)، *الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیه*، قم: دارالفقه للطباعه و النشر.
۱۰. جزائری، سیدمحمدجعفر مروج، (۱۴۱۹ق)، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*. قم: مؤسسه دار الکتاب.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۴ش)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. ـــــــــــ (۱۳۸۷ش)، *مجموعه محشای قانون مدنی*، تهران: گنج دانش.
۱۳. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۵ش)، «مطلقه رجعیه، زوجه حقیقی یا زوجه حکمی»، *مجله حقوق اسلامی*، ش۸، ص۶۱-۸۸.
۱۴. حسینی مراغه‌ای، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، *العناوین الفقهیه*،قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین
۱۵. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
۱۶. خوانساری نجفی، موسی‌بن محمد، (۱۳۷۳ق)، *منیه الطالب* (تقریرات درس میرزای نایینی)، تهران: المکتبه المحمدیه.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸ش)، *مستند العروه الوثقی*، تقریر: مرتضی بروجردی، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۱۸. ـــــــــــ (۱۴۱۷ق)، *مصباح الفقاهه*، قم: موسسه انصاریان.
۱۹. خمینی، روح الله (بی تا)، *تحریر الوسیله*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۲۰. ذهنی تهرانی، سیدمحمدجواد (۱۳۷۳ش)، *ترجمه و شرح اللعمة الدمشقیة*، محمدبن مکی، قم: کتاب‌فروشی وجدانی.
۲۱. رازی، محمدبن ابی‌بکر (۱۴۲۳ق)، *أسئله القرآن و أجوبتها*، بیروت: المکتبه العصریه.

۲۲. روحانی، سیدمحمدصادق (۱۳۹۲ش)، *فقه الصادق*، قم: آیین روشن.
۲۳. زراعت، عباس (۱۳۹۱ش)، *خودآموز مکاسب، خیارات، خیار شرط و غبن*، تهران: انتشارات جنگل.
۲۴. زمخشری، جارالله(۱۳۸۸ش)، *کشاف*، تهران: خانه کتاب.
۲۵. سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۷ق)، *مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام*، قم: مکتب آیةالله سبزواری.
۲۶. سند، محمد (۱۹۶۲م)، *بحوث فی القواعد الفقهیه*، قم: موسسه محکمات الثقلین.
۲۷. سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۷ق)، *منهاج الصالحین*، قم: مهر.
۲۸. ـــــــــــــــ(۱۴۳۰ق)، *منهاج الصالحین*، بیروت: دار المورخ العربی.
۲۹. شریعت اصفهانی، فتح‌الله (۱۳۹۸ش)، *رساله فی تحقیق معنی البیع*، قم: انتشارات دار البیع.
۳۰. شریفی اشکوری، الیاس (۱۳۸۷ش)، *فقرات فقهیه*، قم: بیت آیت‌الله الیاس شریفی اشکوری.
۳۱. شوکانی، محمدبن علی (۱۴۱۸ق)، *فتح القدیر*، بیروت: المکتبه المصریه.
۳۲. شهید اول، محمدبن مکی (۱۳۹۴ش)، *اللمعه الدمشقیه*، ترجمه: محسن غرویان و علی شیروانی، قم: انتشارات دار الفکر.
۳۳. ـــــــــــــــ (۱۴۱۹ق)، *ذکری الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: آل البیت علیهم‌السلام.
۳۴. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۸ش)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۳۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۶۳ش)، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم: بنیاد علمی و فکری علامه.
۳۶. طباطبایی حکیم، سیدمحسن (بی‌تا)، *نهج الفقاهة*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۳۷. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، (۱۳۷۰ ش)، *حاشیه بر مکاسب*، قم: موسسه اسماعیلیان.
۳۸. طبرسی، فضل‌بن حسن (۱۳۵۲ش)، *ترجمه تفسیر مجمع البیان*، ترجمه: احمد بهشتی، تهران: فراهانی.
۳۹. ـــــــــــــــ(۱۴۱۰ق)، *المؤتلف من المختلف بین ائمه السلف*، مشهد، مجتمع البحوث الاسلامیه.
۴۰. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۵۱ش)، *المبسوط*، قم: المکتب المرتضویه.
۴۱. عاملی، زین الدین بن علی(۱۴۱۳ ق)، *مسالک الافهام الی التنقیح شرائع الاسلام*، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
۴۲. علایی نوین، فروزان (۱۳۸۹ش)، «بررسی حق طلاق زنان در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، *مجله فدک*، سال اول، ش۲، ص۱۰۷-۱۲۷.
۴۳. علوی گرگانی، محمدعلی (۱۴۲۶ق)، *التعلیقة علی تحریر الوسیلة*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله.
۴۴. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۶۳ش)، *رساله فی التحقیق و الحکم*، بی‌جا: بی‌نا.
۴۵. غروی تبریزی، میرزا علی (۱۴۲۶ق)، *التنقیح فی شرح العروه الوثقی*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۴۶. فاضل هندی، بهاءالدین محمدبن حسن اصفهانی (۱۴۱۵ق)، *کشف اللثام عن قواعد الاحکام*: قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۷. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، *تفصیل الشریعة- الطلاق و المواریث*، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار علیهم‌السلام.

۴۸. فخر المحققین حلّی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ش)، *إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۹. فراهیدی،خلیل بن محمد (۱۴۰۵ق)،*کتاب العین*، قم: انتشارات دارالهجره.
۵۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵ش) *مقدمه علم حقوق*، تهران: گنج دانش.
۵۱. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، (۱۴۲۲ق)، *أنوار الفقاهه*، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۲. کلینی،محمدبن یعقوب(۱۴۰۷ق)، *الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۵۳. لطفی، اسدالله، (۱۳۸۵ش)، *اصول فقه*، تهران: مجد.
۵۴. محقق حلی، جعفربن حسن (۱۴۰۸ق)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، مصحح: عبدالحسین محمد بقال، قم: انتشارات مؤسسه اسماعیلیه.
۵۵. محقق کرکی، علی (۱۴۱۱ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: موسسه آل البیت علیهم‌السلام.
۵۶. محقق داماد یزدی، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق)، *قواعد الفقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۷. محمدی خراسانی، علی (۱۳۸۸ش)،*کوثر فقه*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۵۸. مرعی،حسین عبدالله (۱۴۱۳ق)، *القاموس الفقهی*، بیروت ،بی‌تا
۵۹. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر (۱۴۱۹ق)، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم: مؤسسه دار الکتاب.
۶۰. مددی، سیدمحمود (۱۳۹۶ش)، *آرشیو دروس خارج اصول*، اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه.
۶۱. مشکور، ام‌علی (بی‌تا)، *أحکام المرأة والأسرة* ، نجف: دار الزهراء الثقافیة.
۶۲. مشکینی، علی (۱۳۹۰ش)، *التعلیقة الإستدلالیة علی تحریر الوسیلة*، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۱ق)، *الامثل فی تفسیر کتاب الله المنزل*، قم: مدرسه الامام علی‌بن ابی‌طالب علیه‌السلام.
۶۴. ـــــــــــــــ (۱۴۲۴ق)، *کتاب النکاح*، قم: مدرسه الامام علی‌بن ابی‌طالب علیه‌السلام.
۶۵. ـــــــــــــــ (۱۳۵۳ش)، *تفسیر نمونه*، طهران: دارالکتب الاسلامیه.
۶۶. ملکیان اصفهانی، رسول (۱۴۰۰ش)، *علم مفاهیم‌شناسی در قرآن*، اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه.
۶۷. موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۹۰ش)، *مباحث حقوقی تحریر الوسیلة*، تهران: انتشارات مجد.
۶۸. موسوی عاملی، سیدمحمدبن علی (۱۴۱۰ق)، *مدارک الاحکام فی شرح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۶۹. موسی،حسین یوسف (۱۴۱۰ق)، *الافصاح فی فقه اللغه*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۷۰. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، *جامع الشتات*، تهران: مؤسسه کیهان.