

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 32, autumn 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Review of the Jurisprudential Evidences of the Clarification Condition in the Divorce Based on Faiz Kashani's Point of View

Safaei Bazar Jome.Somayyeh¹

1: Assistant Professor, Department of Law, Bandar Anzali Branch, Islamic Azad University, Bandar Anzali, Iran. (miss_safayi@yahoo.com)

Clarification in divorce is one of the conditions mentioned by famous Imami jurists regarding divorce, i.e. if divorce has been read with sarcastic words that are not specific to divorce, divorce will not take place and such a divorce is invalid, and it is believed that the reason for this is the hadiths and consensus of the sect. On the other hand, another group of jurists including Faiz Kashani consider the occurrence of divorce with non-specific words to be correct by referring to the hadiths and believe that whoever intends to divorce can do so with any words. The present research analyzes and reviews famous evidences by referring to jurisprudential sources and the jurists' opinions, and by preferring the non-famous point of view, it comes to the conclusion that the opinion of the non-famous group is more correct, because it seems that it does not matter how divorce is expressed, but what it matters is the intention of divorce, and if the couple expresses the intention of divorce with indirect and sarcastic words like I hate you, or the authority is in your hands, etc., while having the intention of divorce, the divorce will take place.

Keywords Divorce, Clarification Condition in the Divorce, Sarcastic Words, Intention in Divorce.

- S. Safaei Bazar Jome (2023). Review of the Jurisprudential Evidences of the Clarification Condition in the Divorce Based on Faiz Kashani's Point of View, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(32), 275-292.

[Doi: 10.22075/feqh.2022.26987.3243](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.26987.3243)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵ - شماره ۳۲ - پاییز ۱۴۰۲

صفحات ۲۷۵ - ۲۹۲ (علمی - پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۱/۰۲/۰۵ - بازنگری ۱۴۰۱/۰۶/۱۳ - پذیرش ۱۴۰۱/۰۷/۱۶

نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با نگرشی بر دیدگاه فیض کاشانی

سمیه صفایی بازارجمعه^۱

miss_safayi@yahoo.com

۱: استادیار، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد انزلی، انزلی، ایران.

چکیده

«صراحت» در صیغه طلاق، یکی از شروطی است که مشهور فقهای امامیه در باب طلاق از آن نام برده‌اند؛ بدین معنا که اگر طلاق با الفاظ کنایی و غیر مخصوص طلاق تلفظ گردد طلاق واقع نشده و چنین طلاق باطل است و دلیل این امر را روایات و اجماع امامیه می‌دانند. در مقابل، گروهی دیگر از فقها از جمله فیض کاشانی با استناد به روایات، وقوع طلاق با الفاظ غیر مخصوص را صحیح دانسته و معتقدند کسی که نیت طلاق داشته باشد با هر لفظی می‌تواند آن را واقع سازد. تحقیق حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با مراجعه به منابع فقهی و آرای فقها به تحلیل و نقد مستندات مشهور پرداخته و با مرجع دانستن دیدگاه غیر مشهور به این نتیجه رسیده که قول مخالف مشهور صحیح تر است؛ چراکه به نظر می‌رسد مهم نیست طلاق با چه لفظی بیان گردد بلکه آن چه اهمیت دارد قصد انشاء طلاق است و اگر زوج طلاق را با الفاظ غیر صریح و کنایی مانند «من از تو بیزارم یا اختیارت به دست خودت است» و ... بیان کند در حالی که نیت طلاق داشته باشد، طلاق واقع خواهد شد. **کلیدواژه:** صیغه طلاق، شرطیت تصریح در طلاق، الفاظ کنایی طلاق، نیت در طلاق.

- صفایی بازارجمعه، سمیه (۱۴۰۲) نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با نگرشی بر دیدگاه فیض کاشانی. مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۲، صفحات ۲۷۵-۲۹۲.

Doi: [10.22075/feqh.2022.26987.3243](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.26987.3243)

مقدمه

حفظ و استحکام بخشیدن به زندگی زناشویی از تشکیل خانواده نیز مهم‌تر است اما گاهی یکی از زوجین و یا هر دو در انجام تکالیف خود کوتاهی کرده و در نتیجه، منجر به بروز اختلاف بین آن دو خواهد شد و زوجین قادر به ادامه آن رابطه نخواهند بود؛ به همین دلیل در قوانین همه کشورها، در هر رابطه حقوقی که شرایط تشکیل و ایجاد آن مطرح گردیده است، طرّقی نیز به منظور خاتمه آن پیش بینی شده است؛ لذا قانونگذار علاوه بر شرایطی که برای تشکیل و انعقاد عقد نکاح پیش بینی نموده، راه‌هایی نیز جهت خاتمه آن قرار داده است. به عبارت بهتر می‌توان گفت با انعقاد عقد نکاح بین زن و مرد، اصل این است که این عقد نمی‌تواند منحل گردد جز به واسطه اسباب شرعی از جمله «موت»، «طلاق» و «فسخ نکاح» به واسطه عیوب خاصی مانند جنون، جذام، برص، عنن و...؛ لذا شارع مقدّس یکی از اسباب ازاله نکاح را «طلاق» دانسته است. در اسلام، طلاق حقّ طبیعی مرد است به شرط این که روابط مرد با زن جریان طبیعی خود را طی کند؛ یعنی هر یک حقوق و تکالیف خود را در حقّ دیگری اداء نماید و اگر مرد قصد زندگی با زن را ندارد به خوبی و نیکی او را طلاق دهد و از طلاق امتناع نکند و علقه زناشویی را پایان دهد (فَإِذَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ يَأْخُذُ بِهَا: بقره: ۲۲۹).

از طرفی، در فقه امامیه گفته شده است که طلاق با هر لفظی که بیانگر مفاد آن است، تحقق نمی‌یابد بلکه با صیغه خاصّ و همراه با شرایطی واقع می‌گردد؛ اما عده‌ای دیگر نیز برخلاف گروه مشهور، معتقدند که آن چه تعیین کننده است نیت طلاق است، حال با هر لفظی که بیان شود مهمّ نیست (ابن جنید، ۱۴۱۶: ۲۶۷، فیض کاشانی، ۱۳۹۲: ۳۱۵/۲).

قانونگذار در قانون مدنی نیز مطابق این نظر مشهور فقها، در ماده ۱۱۳۴ تصریح می‌کند: «طلاق، باید به صیغه طلاق و در حضور لاقبل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.» انحصار طلاق به صیغه مخصوص آن، نشان از این دارد که قانونگذار می‌خواهد طلاق با لفظ مخصوص و صریح واقع گردد. حال سؤال این است که چرا

نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با تگرشی بر دیدگاه فیض کاشانی ۲۷۷

حتماً باید از الفاظ خاصی استفاده کرد و چرا با نیت و قصد طلاق و استفاده از کلماتی که به هر حال منظور را می‌رساند نتوان گفت طلاق شرعی و حقوقی صورت می‌گیرد؟ البته اگرچه در حوزه فقه و حقوق درباره شرایط وقوع طلاق تحقیقاتی صورت پذیرفته است اما تاکنون اختصاصاً نسبت به نقد نظر مشهور و نیز نظر مرحوم فیض کاشانی در ما نحن فیه تحقیق جامعی صورت نگرفته است. در این مقاله تلاش شده است به بررسی مستندات هر دو نظریه و در نهایت، نقد نظر مشهور پرداخته شود.

۱- مفهوم «طلاق» و «تصریح»

طلاق از ریشه طلق می‌باشد؛ در لسان العرب، طلاق به معنای گسستن گره است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ذیل ماده طلاق)؛ در فرهنگ لغت دهخدا آمده است: طلاق به معنای رها کردن عقد نکاح، انحلال رابطه زناشویی در عقد نکاح دائم می‌باشد (دهخدا، ۱۳۷۲: ذیل مدخل ط).

در اصطلاح فقهی، طلاق به معنای «ازاله قید النکاح بصیغه مخصوصه» می‌باشد؛ یعنی زائل نمودن پیوند نکاح با صیغه مخصوص (نجفی، ۱۴۰۴: ۲/۳۲). به عبارت دیگر، طلاق عبارت است از «از بین بردن نکاح به واسطه صیغه طلاق». به نظر می‌رسد استفاده از عبارت «صیغه مخصوص» در تعاریف فقهای امامیه از طلاق، به جهت خروج «فسخ نکاح» از تعریف طلاق است، زیرا در مواردی که نکاح به واسطه عیب و یا تدلیس فسخ می‌گردد، دیگر نیازی به صیغه مخصوص نیست. طلاق از جمله ایقاعات است و ایقاع، عملی است شرعی و یک طرفه، که به مجرد قصد انشاء و رضای یک طرف، اثری بر آن مترتب می‌گردد.

واژه صریح نیز در لغت به معنای ظاهر، بی‌پرده و رک می‌باشد؛ علامه دهخدا در این خصوص می‌گوید: صریح یعنی خالص از هر چیزی، ظاهر و آشکارا، بی‌پرده و پوست‌کنده می‌باشد و در اصطلاح، لفظی را گویند که مقصود از آن فی‌نفسه روشن باشد؛ نقطه مقابل آن «کنایه» می‌باشد؛ یعنی لفظی را گویند که مقصود آن فی‌نفسه آشکار نباشد (دهخدا، ۱۳۷۲: ذیل مدخل ص). در فرهنگ فقه آمده است که تصریح

به معنای روشن و آشکارا سخن گفتن است؛ به عبارت دیگر، تصریح به آن نوع سخن گفتنی اطلاق می‌شود که در آن احتمال خلاف ظاهر لفظ نمی‌رود (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۶: ۵۰۳/۲).

۲- نظریات فقها درباره شرط تصریح در طلاق و ادله آنها

۲-۱- دیدگاه مشهور فقها

مشهور فقهای امامیه قائلند که الفاظ صیغه طلاق، باید صراحت در طلاق داشته باشد و صیغه طلاق باید با صیغه مخصوص بیان گردد تا آنجا که سید مرتضی در الانتصار در اینباره ادعای اجماع کرده است (سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۳۰۱)؛ به عبارت دیگر، هیچ اختلافی بین فقها وجود ندارد که طلاق با الفاظ صریح واقع می‌شود و اختلاف در وقوع طلاق با الفاظ کنایی می‌باشد که مشهور فقها می‌گویند طلاق، به واسطه الفاظ کنایی منعقد نمی‌گردد. شیخ مفید^۱ در اینباره می‌گوید: طلاق این است که مرد، یک مرتبه به لفظ طلاق زنش را طلاق دهد؛ پس به زن می‌گوید «أنت طالق» یا «هی طالق» (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۵۲۵).

شیخ طوسی در مبسوط^۲ به این مسأله تصریح کرده و می‌گوید: «صریح الطلاق عندنا لفظه واحده و هو قوله «أنت طالق أو هی طالق أو فلانه طالق» و...» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵/۵) لفظی که صراحت در طلاق دارد، فقط یک لفظ است: «طالق»، به این صورت که گفته شود «أنت طالق أو هی طالق أو فلانه طالق» که نیاز به این دارد که با نیت همراه باشد؛ بنابراین اگر طلاق، عاری از نیت باشد اصلاً واقع نمی‌شود؛ همچنین طلاق به واسطه الفاظ کنایی منعقد نمی‌گردد، خواه با نیت باشد خواه بدون نیت؛ ایشان همین

۱. فاذا طهرت من دمهيا طلقها بلفظ الطلاق مره واحده فقال لها أنت طالق أو هی طالق و أومی إليها بعینها و فلانه بنت فلان طالق و یشهد علی نفسه بذلک رجلین مسلمین عدلین فإذا فعل ذلک فقد بانت منه بواحد.

۲. یتحتاج الی مقارنه النیه له، فان تجرد عن النیه لم یقع به شیء و لایقع بشیء من الکنایات طلاق، نوی أو لم ینو بحال.

نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با تکرشی بر دیدگاه فیض کاشانی ۲۷۹

نظر را در خلاف نیز بیان می کند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴/۴۵۹)؛ هرچند که ایشان در مبسوط می گوید با «أنت مطلقه» همراه با نیت، طلاق واقع می گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۵/۲۵) لکن این مطلب به نوعی اعتراف به این است که این لفظ، از الفاظ کنایی می باشند، چراکه لفظ صریح، نیازی به نیت ندارد، ضمن این که ایشان می گوید طلاق با «أنت من مطلقات» واقع نمی شود؛ در صورتی که هیچ وجه رجحانی بین این دو لفظ وجود ندارد که بتوان گفت با یکی طلاق واقع بشود و با دیگری خیر. همچنین شایان ذکر است که شیخ طوسی علیرغم اعتقاد به الفاظ صریح و مخصوص، پاسخ «نعم» یعنی «بله» مرد در جواب سؤال «طلقت امراتك؟ آیا زنت را طلاق داده ای؟» را جایز دانسته و معتقد است به واسطه نعم، طلاق واقع می شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۵/۱۱۲).

محقق حلی نیز در اینباره می گوید که صیغه مخصوصی که منجر به ازاله قید نکاح می شود «أنت طالق یا فلانی طالق یا هذه طالق» یا الفاظ مشابهی که دال بر تعیین مطلقه است، می باشد؛ پس اگر مرد بگوید «أنت الطلاق یا طلاق یا من المطلقات»^۲ حتی اگر نیت طلاق کند، طلاق واقع نمی شود... و طلاق با الفاظ کنایی واقع نمی گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳/۸).

علامه حلی اولین شرط از شرایط صیغه طلاق را «صراحت لفظ» دانسته و می گوید: «الأول: التصريح و...»^۳ لفظ صریح این است که مرد بگوید «أنت أو هذه أو فلانه أو زوجته طالق»... طلاق با الفاظ کنایی واقع نمی گردد، حتی اگر نیت طلاق را داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳/۱۲۷).

۱. ... صریح الطلاق لفظ واحد و هو قوله: أنت طالق، أو هي طالق، أو فلانه طالق، مع مقارنه النيه له، فان تجرد عن النيه لم يقع به شيء و الكنايات لا يقع بها شيء، فارنها نيه أو لم تفرنها.

۲. ... فالصيغه المتلقاه لازاله قيد النكاح أنت طالق أو فلانه أو هذه و ما شاكلها من الألفاظ الداله على تعيين المطلقه فلو قال أنت الطلاق أو طلاق أو من المطلقات لم يكن شيئاً و لو نوى به الطلاق ... و لا يقع الطلاق بالكنايه.

۳. ... هو قوله: أنت أو هذه أو فلانه أو زوجته طالق و لو قال: أنت طلاق أو الطلاق أو من المطلقات أو مطلقه - على رأى - أو طلقت فلانه - على رأى - لم يقع ... و لا يقع بالكنايات جمع و إن نوى بها الطلاق.

فخرالمحققین سخنان پدرش را تأیید کرده و می گوید: «اگر مرد بگوید: «أنت من المطلقات أو أنت مطلّقه»^۱ بنابر نظر صحیح تر طلاق، واقع نمی شود و این نظر مختار علامه و شیخ طوسی در خلاف است، زیرا این الفاظ صراحت در طلاق ندارند به دلیل عدم شهرت در عرف شرعی و نیز به این دلیل که از نظر لغوی این الفاظ، اخبار هستند و انتقال اخبار به انشاء، برخلاف اصل است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۳۰۶/۳).

شهید اول نیز همین نظر را دارد: «اللفظ الصریح: أنت أو هذه أو فلانة أو زوجتی مثلاً طالق...»^۲ لفظ صریح در طلاق عبارت است از: «أنت یا هذه یا فلانة یا زوجتی طالق» پس اگر مرد بگوید أنت الطلاق یا بگوید مطلقه یا طلقت فلانة، بنابر نظر مشهور فقها، طلاق واقع نمی شود (طلاق با الفاظ کنایی واقع نمی گردد یعنی) الفاظ سراح، فراق، خلیه و بریه معتبر نیستند و حتی اگر مرد با این الفاظ، قصد طلاق نیز کند واقع نمی شود (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۹۳).

شهید ثانی^۳ - گرچه در بعضی الفاظ کنایی مثل جملات خبری نظر دیگری دارد اما به طور کلی - درباره استفاده از الفاظ کنایی معتقد است که کنایه در طلاق، لفظی است که احتمال معنای طلاق در آن وجود دارد ... واژه صریح در مقابل آن قرار دارد که احتمال معنای دیگری جز طلاق در آن وجود ندارد و از نظر فقهای اهل سنت شامل الفاظ طلاق و سراح و فراق و مشتقات آن می باشد؛ اهل سنت بر وقوع طلاق با الفاظ کنایی همراه با نیت اجماع دارند و فقهای امامیه بر عدم وقوع طلاق با این الفاظ یعنی با

۱... لو قال أنت من المطلقات أو أنت مطلّقه الأصحّ انه لا يقع و هو اختیار المصنّف و الشیخ فی الخلاف (لأنه)

لیس بصریح لعدم الاشتهار فی عرف الشرع فیہ (و لأنه) إخبار لغه و النقل إلى الإنشاء علی خلاف الأصل.

۲... فلا یکفی: أنت طلاق، و لا مطلقه و لا طلقت فلانة علی قول مشهور و لا عبره بالسراح و الفراق و الخلیه و البریه و إن قصد الطلاق.

۳. الکنایه فی الطلاق هی اللفظ المحتمل للطلاق و غیره... یقابله الصریح و هو ما لا یحتمل ظاهره غیر الطلاق و هو عند العامه لفظ الطلاق و السراح و الفراق و ما اشتقّ منها و أطبقوا علی وقوعه بالکنایه مع نیه الطلاق و أطبق أصحابنا علی عدم وقوعه به مطلقاً یعنی بجمیع ألفاظ الکنایه و لکن اختلفوا فی کلمات مخصوصه.

نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با تگرشی بر دیدگاه فیض کاشانی ۲۸۱

همه الفاظ کنایی، اجماع دارند، لکن در الفاظ مخصوصه طلاق اختلاف دارند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۶۸/۹)

صاحب کشف اللثام نیز در شرطیت صراحت در صیغه طلاق، از واژه «بلا خلاف» استفاده کرده و می‌گوید: «لایقع عندنا بالکنایات جمع و إن نوى بها الطلاق ظاهره أو باطنه ... خلافاً للعلماء» (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۱/۸).

شایان ذکر است که علمای اهل سنت معتقد به وقوع طلاق حتی با الفاظ کنایی هستند (الزلمی و صابری، ۱۳۹۲: ۵۱/۱۳۲) و این برخلاف نظر مشهور فقهای امامیه است که طلاق را با الفاظ کنایی، چه کنایی ظاهری و چه باطنی، باطل می‌دانند اگرچه نیت طلاق بشود.

در نهایت صاحب جواهر نیز می‌گوید: «کیف کان فقد بان لك الوجه فی أنه لایقع الطلاق بالکنایه عندنا التی هی اللفظ المحتمل للطلاق و غیره ...» (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۹/۳۲) به هر حال، مشخص شد که به چه دلیلی بین فقهای امامیه، طلاق به واسطه الفاظ کنایی، یعنی الفاظی که احتمال معنای طلاق را می‌دهند، واقع نمی‌شود. همچنین مرحوم آخوند معتقد است صیغه طلاق باید الفاظ مخصوصی باشد که از طرف شارع تأیید شده باشد (در نص آمده باشد) به دلیل اصالت بقاء عصمت نکاح و تا زمانی که به امری که آن را رفع نکرده باشد، قطع حاصل نشده باشد. صرف مشروعیت داشتن طلاق برای رفع نکاح، مقتضی این نیست که اگر طلاق با هر لفظی انشاء بشود موجب رفع نکاح است، تا زمانی که دلیل مشروعیت طلاق ازین جهت اطلاق داشته باشد، اما می‌بینیم که دلیل، اطلاق ندارد؛ پس طلاق واقع نمی‌گردد مگر این که از «أنت یا فلانه یا هذه طالق» استفاده شده باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۴۷).

۲-۲- ادله مشهور فقها

مشهور فقها برای اثبات نظر خویش به روایات، اجماع و اصل استصحاب بقاء نکاح

استناد کرده اند:

الف) روایات

در وقوع طلاق با الفاظ صریح و عدم وقوع آن با الفاظ کنایی، به روایاتی چند استناد شده است که از جمله می‌توان به روایات ذیل اشاره کرد:

در خبر صحیحی که محمد بن مسلم از امام محمد باقر علیه السلام نقل کرده، آمده است: «سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت علي حرام أو بانه أو بریه أو خلیه، قال: هذا كله ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العده بعد ما تطهر من حیضها قبل أن یجامعها: أنت طالق أو اعتدی، یرید بذلك الطلاق، و یشهد علی ذلك رجلین عدلین: از امام محمد باقر علیه السلام درباره مردی که به همسرش گفته بود تو بر من حرام هستی یا تو جدا شده هستی و یا آزاد و رها هستی سؤال شد، ایشان فرمودند: همه این الفاظ بلا اثر است، بلکه طلاق این است که مرد به زنش - قبل از عده و بعد از طهر غیر مواقعه (بعد از دوره پاکی که نزدیکی صورت نگرفته باشد) بگوید تو طلاق داده شده هستی و یا بگوید عده نگه دار و قصد طلاق کند و دو شاهد عادل هم بر آن بگیرد» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱/۲۲).

همچنین خبری که حلبی از امام صادق علیه السلام نقل کرده است که فرمودند: «الطلاق أن يقول لها: اعتدی، أو يقول لها: أنت طالق: این است که مرد به زن بگوید: عده نگه دار یا به او بگوید تو طلاق داده شده هستی (همان).

در روایت دیگری حلبی از امام جعفر صادق (ع) نقل کرده است که: «قال: سألته عن رجل قال لامرأته أنت منی خلیه أو بریه أو بته أو بانن أو حرام قال لیس بشيء: از امام صادق علیه السلام درباره مردی که به همسرش گفت تو از من رها هستی یا آزاد هستی و یا جدا شده هستی یا تو بر من حرام هستی، فرمودند: تمامی این الفاظ بی اثر است (شیخ صدوق، ۱۴۰۴: ۵۴۹/۳).

همچنین در خبری از ابن سماعه، از صفوان از محمد بن مسلم آمده است: «قال: قلت لابی عبدالله علیه السلام: رجل قال لامرأته: أنت علی حرام فقال: لیس علیه کفارہ ولا طلاق: به امام صادق علیه السلام گفتم مردی به همسرش گفت تو بر من حرام هستی،

نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با نگرشی بر دیدگاه فیض کاشانی ۲۸۳

امام علیه السلام فرمودند: کفارہ ای بر او واجب نیست و طلاقى واقع نشده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰/۲۲).

شاهد مثال در روایت اول، «هذا کله لیس بشیء»، و در روایت دوم «يقول لها: أنت طالق»، و در روایت سوم «قال لیس بشیء» و در روایت اخیر «لا کفارہ علیه» می باشد که امام در همه این موارد، طلاق را با صیغه مخصوص صحیح می داند، لذا روایات مذکور صراحتاً دالّ بر این است که طلاق تنها با الفاظ صحیح منعقد می گردد و استفاده از الفاظ کنایی، بی اثر است و طلاق به واسطه آنها منعقد نمی شود.

ب) اجماع

همان گونه که گفته شد، مسأله مذکور نظر مشهور فقهاست، تاجایی که توسط برخی فقها در این خصوص ادعای اجماع شده است، چنان که سید مرتضی در انتصار می گوید: «الحجّه لما نذهب إليه بعد إجماع الطائفة...» و دلیل این قول را اجماع می داند (سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۳۰۱). در مسالک الافهام آمده است که بر عدم وقوع طلاق با همه الفاظ کنایی اتفاق نظر وجود دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۶۷/۹)؛ مرحوم فاضل هندی نیز از واژه «بلاخلاف» استفاده می کند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۳۰/۸). باید گفت حتی اگر اجماع را به واسطه اقوال مخالف در مانحن فیه، ثابت شده ندانیم یا باتوجه به روایات موجود، ایراد مدرکی بودن بر آن بگیریم، حدّ اقل می توان از «شهرت» به عنوان مؤید قول مذکور نام برد.

ج) اصل استصحاب بقاء نکاح

وقتی نکاح منعقد شده و شرعاً تحقّق یافت هرگاه در ازاله آن شکّ شود بنا بر اصل استصحاب، یقین سابق، ناقض چنین شکّی می شود تا زمانی که ثابت شود نکاح به واسطه مجوزات شرعی از جمله طلاق، از بین رفته است؛ بنابراین اگر دلیل قطعی بر الفاظی که طلاق با آنها واقع می شود، وجود داشته باشد و مرد، از آن صیغ استفاده کند حکم به طلاق و ازاله نکاح می شود، اما اگر شکّ شود که صیغه ای که به کار برده شده است

از الفاظ قطعی شرعی دال بر طلاق می باشد یا خیر، در این حالت با استناد به اصل، حکم به بقاء نکاح می کنیم.

۳- دیدگاه فیض کاشانی

فیض کاشانی در کتاب مفاتیح الشرائع پیرامون اقوال در مسأله می گوید: «المشهور اشتراط كون الصیغه صریحه كـ «أنت طالق أو فلانه أو هذه أو ما شاكلها و كذا طَلَّقْتَكِ أو طَلَّقْتِ فلانه على الأصحّ و منع الشيخ منهما لا وجه له و كونهما على صورة الاخبار مشترك الوجود و إنما الاعتبار بالقصد الإنشائي كما في سائر العقود... مشهور فقهای امامیه صریح بودن صیغه طلاق را شرط دانسته اند؛ الفاضلی مانند «أنت طالق یا فلانه طالق یا هذه طالق» و امثال اینها؛ همچنین بنابر قول صحیح تر طلاق با صیغه «طَلَّقْتَكِ» یا «طَلَّقْتِ فلانه» واقع می گردد ولی شیخ طوسی از این الفاظ منع کرده است اما هیچ دلیلی بر منع ندارد و اگر علت منع وی این باشد که این صیغه ها، در صورت اخبار است، نه انشاء؛ می گوئیم اگر چنین باشد این اشکال به طور مشترک بر همه صیغه ها وارد است و آن چه شرط می باشد قصد انشاء است، همانگونه که در سایر عقود چنین است» (فیض کاشانی، ۱۳۹۲: ۳۱۵/۲).

ایشان در ادامه با اشاره به این که در گفتار شیخ طوسی تضاد وجود دارد، می گوید: با وجود این که شیخ طوسی آن دو صیغه را قبول ندارد اما می گوید جایز است که مرد در جواب «طَلَّقْتِ امرأتک» بگوید «نعم» [و با آن طلاق واقع می شود] همانگونه که در روایت نیز آمده است و حتّی با گفتن «أنت مطلقه» نیز طلاق صورت می گیرد به شرط این که نیت طلاق داشته باشد، و این که شیخ می گوید همراه با «نیت»، اشاره به این دارد که لفظ «أنت مطلقه» از کنایات است، زیرا الفاظ صریح در طلاق، متوقف بر نیت کردن نیست.

بنظر می رسد فرمایش مرحوم فیض صحیح است زیرا هیچ شکی وجود ندارد که تنها اگر بپذیریم طلاق، با الفاظ کنایی منعقد می گردد نیاز به «نیت» وجود دارد و اگر لفظ صریح باشد نیت تأثیری در وقوع آن نخواهد داشت و ایرادی که ایشان بر شیخ می گیرد

نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با نگرشی بر دیدگاه فیض کاشانی ۲۸۵

نشاندهنده این است که ایشان به وقوع طلاق با الفاظ کنایی تمایل دارد و می‌خواهد بگوید این دو گانه گویی‌ها در کلام شیخ نیز نشاندهنده تمایل قلبی شیخ به وقوع طلاق حتی بدون صیغه صریح است.

همچنان که صاحب جواهر در این باره از واژه «الاخلاف» استفاده می‌کند و می‌فرماید: «لا خلاف أجده فی اعتبار النیة بالکنایة عند من أوقع الطلاق بها...» (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۹/۳۲) هیچ خلافتی در این نیافتیم که کسانی که قائل به وقوع طلاق با الفاظ کنایی هستند می‌گویند نیت در آن معتبر است و بدون نیت، طلاق واقع نمی‌شود. ابن جنید اسکافی نیز معتقد است که طلاق تنها با لفظ طلاق و یا قول «اعتدی» واقع می‌شود و لاغیر، یعنی در مقام طلاق دادن همین که مرد به زن بگوید عده نگه دار بمنزله طلاق است زیرا عده نگه داشتن و مطلقه شدن با هم ملازمه دارد. (ابن جنید، ۱۴۱۶: ۲۶۷) مرحوم فیض، نظر ابن جنید را مبنی بر وقوع طلاق با لفظ «اعتدی» مطرح می‌کند و معتقد است دو خبر حسنی که موید نظر ایشان است معارضی ندارد. مرحوم بحرانی نیز در شرح مفاتیح^۱ می‌گوید که ما به همه اخبار معتبری که با عموم آیات و روایاتی که بر وقوع طلاق بدون تقیید با صیغه خاصی دلالت دارد، عمل می‌کنیم زیرا آنچه که در آن‌ها بیان شده است، حصر صیغه طلاق در این قول که می‌گوید «طلاق فقط»، این است که بگوید: انت طالق» را نفی می‌کند و تنها مجوز این قول، همان دلیل است. لکن از جهت دلالی ضعیف تر از دلایل دیگری است که الفاظ کنایی را جایز می‌داند گرچه دلایل مجوز الفاظ کنایی، دارای مضمونی قوی است (آل عصفور، بی تا: ۲۸۲/۱)

۱... حیثینذ یكون قد أعملنا جميع الأخبار المعتبرة مؤيدا بعموم الآيات و الأخبار الدالة على الطلاق من غیر تقیید بصیغه لأن ما ذكره ينفيه الحصر الواقع فی قوله «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق» و إنما المسوخ لها هو الدلیل و إن كانت أضعف فی الدلالة من غيرها من الكنايات فالقول بمضمونها قوی جدا. انوار اللوامع، ۱۰، ۲۸۲ و ۲۷۷.

همچنین شهید ثانی می گوید: «... و رده المصنّف بأنه بعيد عن شبه الإنشاء، لأنه إخبار بوقوع الطلاق فيما مضى كما ذكرناه...»^۱ محقق حلی استفاده از الفاظ کنایه خبری را دارای اشکال می داند و می گوید بعید است زیرا این الفاظ، اخبار (خبر دادن) به وقوع طلاق است همانطور که قبلا هم گفتیم، و اخبار، غیر از انشاء است. (دو امر جدا هستند). اما من این نظر محقق را قبول ندارم زیرا ایشان - قبلا بارها تکرار کرده است که - دیگران لفظ ماضی را در انشاء مناسب تر می داند و بویژه استفاده از ماضی را در نکاح (که خبر از وقوع نکاح در گذشته است)، صریح در انشاء می داند پس چرا در جاهای دیگر (از جمله در طلاق) آن را صحیح نمی داند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۹/۶۴)

واضح است که عبارت فوق نشان دهنده این است که از نظر شهید ثانی طلاق، تنها با الفاظ مخصوص واقع نمی گردد و با الفاظ خبری مثل «طلقت فلانه» یا «طلقتک» نیز طلاق واقع می شود، گرچه ایشان درباره استفاده از الفاظ کنایه، فقط نظر مشهور را بیان می کند و خود نظری نمی دهد اما تمایل وی به این قول مشخص است.

۳-۴ ادله مخالفان مشهور

اکثر قائلین به این قول، فقط به مخالفت خویش با رای مشهور اکتفاء کردند و دلیلی برای قول خود بیان نکردند، اما می توان گفت که مستندشان، به قرار ذیل است:

الف) آیات

۱. ... و الإخبار غیر الإنشاء. و فيه نظر، لأن المصنّف - علی ما تکرّر منه فيما سبق مرارا - و غیره يجعلون اللفظ الماضي أنسب بالإنشاء، بل قد جعله فی النکاح صریحا فی الإنشاء، [مع أنه خبر بوقوع النکاح فيما مضى] فما الذی عدا فيما بدأ؟

در آیاتی چند از جمله «وَأَسْرَحُكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا»^۱ و «سَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا»^۲ و «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»^۳ و «إِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ»^۴ و «فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ»^۵ در طلاق، از الفاظ «سراح» و «فراق» استفاده شده است. از طرفی، تقریباً همه فقهای که معتقد به وقوع طلاق، فقط بواسطه الفاظ صریح هستند، معتقدند که طلاق بواسطه «اعتدی» نیز واقع می شود، از این رو می توان گفت که طلاقی که بواسطه اعتدی واقع می شود به طریق اولی با الفاظ مثل «سراح» و «فراق» و مشتقات آنها - که دلالت واضح تری بر طلاق دارند- نیز واقع می شود، چرا که در آیات مذکور از این الفاظ استفاده شده است و این آیات، دال بر مطلب است.

ب) روایت

مشهور فقهاء، یکی از دلایل نظر خویش را روایات دانسته اند که در جای خویش به تعدادی از آنها اشاره شد، اما از همان اخبار می توان به رای نظر غیرمشهور نیز رسید چرا که مضمون آن اخبار این است که «امام علیه السلام می گوید طلاق این است که مرد بگوید اعتدی یا طالق» و گفته شد که «اعتدی» بهر حال از الفاظ کنایی می باشد حتی اگر خفی باشد، پس به طریق اولی با الفاظ دیگری که کنایی هستند و دلالتشان بر طلاق اوضح است، طلاق واقع می شود.

از جمله این روایات، خبر سماعه از عبد الله بن سنان است که از امام جعفر صادق علیه السلام نقل کرده است: «قال: يرسل إليها فيقول الرسول: اعتدى، فإن فلاناً فارقك. قال ابن سماعه: وإنما معنى قول الرسول: اعتدى، فإن فلاناً قد فارقك يعني: الطلاق، أنه لا تكون فرقة إلا بطلاق» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱/۲۲) شاهد مثال در جمله آخر است که

۱. احزاب ۲۸

۲. احزاب ۴۹

۳. بقره ۲۲۹

۴. نساء ۱۳۰

۵. طلاق ۲

می گوید «آنه لا تكون فرقه إلاً بطلاق» یعنی «فراقی نیست جز بواسطه طلاق» که موید این است که هر لفظی که در معنای فراق و جدایی است، می تواند واقع کننده طلاق باشد.

۴) ارزیابی ادله مشهور

در مقام تحلیل ادله ارائه شده می توان به نکات ذیل اشاره کرد:

۱. با وجود اینکه محمدبن مسلم یکی از چند شخصیت اول حدیثی ما است اما شیخ طوسی در رجال متعرض وی شده است، لکن نمی توان از حیث سندی به این روایت و روایات مشابه ایرادی وارد کرد اما از جهت دلالت، این احادیث قاصر هستند چرا که امام علیه السلام می فرماید این الفاظ بی اثر هستند اما سپس ادامه می دهد: «طلاق این است که مرد به زن بگوید: عده نگه دار یا به او بگوید تو طلاق داده شده هستی.» در حالیکه می دانیم واژه اعتدی خود از الفاظ کنایی محسوب می شود چرا که همانطور که قبلاً گفته شد فقهای که از واژه اعتدی استفاده کرده اند بلافاصله بعد از آن ذکر نیت را آورده اند و ذکر نیت در صورتی است که از الفاظ غیر صریح استفاده شود. پس چنین روایاتی قاصر است و دال بر ادعای آنان نیست.

۲. اجماع ادعایی از طرف سیدمرتضی، شهیدثانی و فاضل هندی نیز محقق نشده است چرا که مخالفینی در مسئله وجود دارند.

۳. فقهای مشهور برای اثبات مدعای خویش از «اصل» نام می برد در حالیکه زمانی که نص شرعی در مورد مسئله ای وجود دارد، نوبت به استفاده از اصل نمی رسد بعبارت دیگر استناد به اصل چه لفظی و چه عملی، در صورتی صحیح است که دلیلی بر خلاف آن وجود نداشته باشد و لذا با وجود دلیل معتبر و نص شرعی که بر عدم شرطیت الفاظ صریح در وقوع طلاق وجود دارد، نوبت به استفاده از اصل نمی رسد و اصل استصحاب در اینجا کاربردی ندارد.

ضمن اینکه اگر بپذیریم قاعده «العقود تابعه للقصد» شامل ایقاعات نیز می شود، می توان پذیرفت طلاق کنایی، با قصد و نیت طلاق، واقع می شود.

نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با تکرشی بر دیدگاه فیض کاشانی ۲۸۹

شایان ذکر است که ایقاع به عنوان یک عمل حقوقی، جهت ایجاد، نیازمند قصد انشاء است با لحاظ این نکته که قصد انشاء ایقاعی با قصد انشاء عقدی یکی نیست زیرا قصد انشاء ایقاعی بتنهایی قادر به ایجاد موجود اعتباری است اما قصد انشاء عقدی به دلیل وابستگی به رکن قبول علاوه بر ایجاب، واجد چنین خصوصیتی نیست. (سلمانزاده، عباسی، ۱۳۹۷، ۱۹۸)

لذا بنظر می‌رسد قول شرطیت تصریح در وقوع طلاق، با موازین و روح فقه اسلامی سازگاری ندارد و شایسته است که قانون‌گذار در ماده مذکور که طبق نظر مشهور وضع گردیده است، تجدیدنظر نماید.

۵- نتیجه گیری

گفته شد که مشهور فقهای امامیه معتقد به شرطیت تصریح، در صیغه طلاق هستند و روایات، اجماع فرقه و اصل را مستند حکم خویش قرار داده اند. این در حالی است که عده ای دیگر از فقها می‌گویند طلاق، بواسطه الفاظ کنایی نیز منعقد می‌گردد و روایات را دال بر آن می‌دانند. هرچند، قانون مدنی کشور مطابق نظر مشهور فقها، در ماده ۱۱۳۴ مقرر می‌دارد: «طلاق، باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دونفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.» و انحصار طلاق به صیغه مخصوص آن، نشان از این دارد که قانونگذار مصر است که طلاق با لفظ مخصوص و صریح واقع گردد. الفاظ کنایه طلاق که شامل الفاظی است که برای طلاق و نیز موارد دیگر کاربرد دارد - الفاظی مانند تو بر من حرام هستی، رحمت را پاک کن و تو از این به بعد آزاد هستی و... این الفاظ - نیازمند به نیت زوج است و تنها اگر وی با گفتن این الفاظ نیت طلاق را داشته باشد، طلاق واقع می‌شود و اگر چنین نیتی نداشته باشد طلاق واقع نمی‌گردد. لذا همانگونه که گفته شد بنظر می‌رسد که قول مخالف مشهور صحیح تر باشد چراکه مهم نیست طلاق با چه لفظی بیان گردد بلکه آنچه اهمیت دارد، قصد انشاء طلاق است و اگر مرد طلاق را با الفاظ کنایی بیان کند درحالی که نیت طلاق داشته باشد، طلاق واقع خواهد شد.

منابع

- قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۱۳ق)، **کتاب الفراق - مقاله فی الطلاق**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب (۱۴۱۶ق)، **مجموعه فتاوی ابن جنید**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، لبنان - سوریه: دار الفکر.
- اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام**، ج ۸، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الزلمی، مصطفی ابراهیم (۱۳۹۲)، **خاستگاه های اختلاف در فقه مذاهب**، ترجمه: حسین صابری، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی.
- بحرانی (آل عصفور)، حسین بن محمد (بی تا)، **الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع**، ج ۱، قم: مجمع البحوث العلمیه.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ج ۹، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی (۱۴۲۶ق)، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام**، ج ۲، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۲۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۸۸ق)، **تذکره الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۳، قم: اسماعیلیان.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، **إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، ج ۳، قم: اسماعیلیان.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، **لغت نامه**، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.

- نقدی بر مستندات فقهی شرط «تصریح» در صیغه طلاق با تکرشی بر دیدگاه فیض کاشانی ۲۹۱
- سلمان زاده، جعفر؛ عباسی، مصطفی (۱۳۹۷)، تأثیر اکراه در ایقاع، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۸، ۱۸۳-۲۰۲.
- سید مرتضی (علم الهدی)، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۰۴ق)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۵، تهران: المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، کتاب الخلاف، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللّمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت - لبنان: دار التراث - الدار الاسلامیه.
- فیض کاشانی، محمد بن مرتضی (۱۳۹۲)، مفاتیح الشرائع، ج ۲، قم: دار التفسیر.
- فیض، علیرضا (۱۳۸۳)، مبادئ فقه و اصول، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مفید (شیخ)، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق)، المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمه الله علیه.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۹ و ۳۴، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

