

نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره هفتم، پاییز و زمستان ۹۷، صفحات ۵۷-۷۹

تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۰۲/۰۹

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۹/۱۶

بررسی حق یا حکم بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی

مرتضی رحیمی^۱

سمیه سلیمانی^۲

چکیده

حق یا حکم بودن اختیار رجوع زوج به زوجه در عده‌ی طلاق رجعی که در ماده‌ی ۱۱۴۸ ق.م.و منابع فقهی به آن تصریح شده، مورد اختلاف است. برخی آن را «حق» و قابل اسقاط و مصالحه دانسته و گروهی دیگر آن را حکم برشمرده و از همین روی اسقاط آن را ممکن ندانسته اند. اختلاف یاد شده از آن روی است که علاوه بر دشوار بودن تشخیص مصادیق حکم و حق در مواردی، هر دو توسط شارع بیان شده اند. با وجود نقدهای وارده بر برخی از معیارهای تشخیص حق و حکم، از جمله قابلیت نقل، انتقال، اسقاط و عدم آنها، بررسی ادله حق و حکم، بهترین راه برای تمیز حق و حکم است، از همین رو حکم بودن اختیار رجوع زوج با معیارهای مزبور، به‌ویژه ادله آن، از جمله آیات و روایات قابل اثبات است. برخی از قائلان هر دو دیدگاه، اسقاط آن را با شرط و صلح ممکن دانسته با این حال به جواز رجوع زوج باور دارند. در این صورت اختلاف مذکور ثمره نزاعی نخواهد داشت. در پاره‌ای موارد، از جمله اختیار رجوع زوج در ماده‌ی ۱۱۴۸ ق، به گونه‌ی مجاز از حکم به حق تعبیر شده، همچنین برخی از فقهاء، از جمله امام خمینی-ره- گرچه بارها به حکم بودن اختیار رجوع زوج تصریح نموده اند، اما گاهی از اختیار مزبور به حق تعبیر کرده اند.

کلیدواژه: حق، حکم، رجوع، طلاق رجعی.

mrahimi2@gmail.com
s.soleimani23@gmail.com

۱. دانشیار علوم قرآن و فقه دانشگاه شیراز، شیراز- ایران (نویسنده مسئول)
۲. کارشناسی ارشد دانشگاه شیراز، شیراز- ایران

مقدمه

با وجود اهمیت ازدواج و استحکام خانواده به تصریح قرآن و روایات در برخی موارد طلاق جایز است. در عین حال قرآن از طریق مواردی چون حکم به لزوم عده و اختیار رجوع زوج در تأخیر جدایی کوشیده است. (بقره/ ۲۳۱ و ۲۲۸؛ طلاق/ ۱ و ۲) قانون مدنی ایران نیز در مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ اشاره نموده که در طلاق رجعی با وجود منحل شدن پیمان و عقد نکاح، پیوند و علقه‌ی زناشویی تا پایان مدت عده باقی می‌باشد و رجوع شوهر در این مدت ممکن و شدنی است.

در برداشت از ماده‌ی ۱۱۴۸ ق.م. به دلیل کلمه حق، ابهام و اختلاف نظر است، برخی آن را حق و برخی حکم دانسته‌اند و برخی نیز درباره‌ی آن اظهار نظر نکرده‌اند.

در مورد پیشینه‌ی تحقیق باید گفت که در منابع فقهی و حقوقی درباره حق یا حکم بودن اختیار رجوع زوج به زوجه در ایام عده به صورت مختصر و پراکنده نکاتی بیان شده است، از این رو هدف از تحقیق حاضر که با روش توصیفی تحلیلی انجام شده، آن است که به پرسش‌هایی، مانند: «آیا اختیار رجوع زوج به زوجه در عده طلاق رجعی، حکمی شرعی است و غیر قابل اسقاط و مصالحه یا حقی اصطلاحی و قابل اسقاط و مصالحه است؟»، «بر فرض حق بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی آیا با ساقط شدن حق رجوع توسط زوج، طلاق رجعی به طلاق باین تبدیل می‌شود؟»، «بر فرض تغییر ماهیت طلاق رجعی به باین، آیا دیگر آثار طلاق رجعی مانند (نفقه، توارث و...) نیز از بین می‌رود؟» پاسخ گوید و ابهام ماده ۱۱۴۸ در مورد کلمه حق را از بین ببرد.

۱. مفهوم شناسی مصطلحات

رجوع، در لغت به معنی برگشتن (فراهیدی، ۱۴۱۴، ۱، ۲۲۵) و در اصطلاح فقه و حقوق به معنی بازگشت زن مطلقه در مدت عده به نکاح سابق است. (امامی، بی تا، ۵، ۶۸؛ نجفی، بی تا، ۳۲، ۱۲۱)

حق و مشتقات آن در معانی چندی به کار رفته‌اند، از جمله: ملک، مال، سلطنت، بهره و نصیب، امتیاز و ثبوت (مسعود، ۱۳۷۶، ۱، ۶۸۹) ضد باطل، عدل، موجود ثابت، امر مقضی،

حزم، سزاوار (معلوف، ۱۳۸۶، ۱۴۴). قدر جامع همه معانی نوعی «ثبوت» می باشد که به نفع کسی اعتبار و جعل شده و دیگران به رعایت آن موظف هستند. در زبان فارسی گاهی «هستی پایدار»، معادل حق دانسته شده و هر چیزی را که ثابت و پایدار باشد، حق نامیده‌اند (جوادی آملی، ۱۳۷۵، ۷۴).

بحر العلوم در تعریف اصطلاحی حق گفته است:

«حق سلطه ای است که وضع و جعل شده و زمام و افسار آن به دست ذی الحق (حقدار) می باشد به گونه ای که وی می تواند آن را اعمال کند و یا ساقط نماید (بحر العلوم، ۱۳۸۸، ۱، ۳۵).

با توجه به آیهی «مَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا» (اسراء/۳۳) حق در اغلب موارد به معنای «سلطنت» به کار رفته است. گاهی در حقوق در تعریف حق گفته می شود: «حق عبارت است از قدرت یک فرد انسانی مطابق با قانون بر انسان دیگر، یا بر یک مال و یا بر هر دو، اعم از این که مال مذکور مادی و محسوس باشد؛ مانند خانه، یا نباشد؛ مانند طلب.» (لنگرودی، ۱۳۷۱، ۱۵).

۲. آثار و اقسام حق

آثار حق عبارتند از: قابل اسقاط بودن، قابلیت نقل و انتقال داشتن -چه به صورت ارادی چه به صورت قهری- و ایجاد تعهد علیه آن (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۲۵۲).

به نظر می رسد که ایجاد تعهد علیه حق یا تعهد به سلب حق، که از آن به عنوان چهارمین اثر یا ویژگی حق تعبیر شده، همان اسقاط حق است، لذا به ویژگی یا اثر «قابل اسقاط بودن حق» بازگشت دارد؛ از این رو می توان گفت که حقوق دارای سه ویژگی و اثر هستند که عبارتند از: ۱- قابل اسقاط بودن ۲- قابلیت نقل داشتن ۳- قابلیت انتقال داشتن. گرچه نقل و انتقال گاهی مترادف به کار برده شده اند، اما در بحث آثار حق متفاوت هستند، زیرا منظور از نقل، جابجایی حق با اسبابی، مانند عقود است و حال آن که منظور از انتقال حق، جابجایی آن با اسباب قهری، همچون ارث می باشد.

در هر حقی حداقل یکی از آثار سه‌گانه باید موجود باشد و هیچ حقی خالی از یکی از این سه ویژگی نیست (لنگرودی، ۱۳۷۱، ۵).

حقوق به اقسامی، مانند موارد ذیل تقسیم پذیر است: ۱- حقوقی که تنها 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 و مواردی، مانند ابوت پدر، ولایت حاکم و حق استمتاع زوج از زوجه که نه قابل اسقاطند و نه قابل نقل و انتقال، حق محسوب نمی‌شوند و در زمره احکامند، از این رو تمام اقسام حق قابل اسقاط هستند، اما قابلیت نقل یا انتقال آنها به غیر مورد بحث است. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۱۸)

۳. مفهوم حکم

حکم در لغت به معنی امر و فرمان، محکم کاری در کار، وثوق و نفوذ ناپذیری می‌باشد. (فراهیدی، ۱۴۱۴، ۱، ۴۱۲) میله‌ی آهنی لگام اسب را «حکمه» نامیده‌اند. منع نیز از معانی اصلی حکم بوده و «أُحْكِمْتُ وَحِكْمَتُ»، یعنی مَنَعْتُ و رَدَدْتُ. در جمله‌ی «حَكَمَ الْيَتِيمَ كَمَا تُحَكِّمُ وَاَلْدَاك» بر یتیم آنچنان حکم کن که بر پسر خود حکم می‌کنی؛ حکم به صورت مانع ستم شدن معنی شده است، اطلاق حاکم به قاضی به دلیل آن است که وی مانع ستم می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۸، ۲۴۸).

شهید اول در تعریف حکم گفته است:

«حکم شرعی عبارت است از خطاب شارع که به کارهای مکلفان مربوط می‌شود، به گونه اقتضا یا تخییر.» (شهید اول عاملی، بی تا، ۱، ۳۰).

با توجه به آنچه به آثار سه‌گانه حق که پیش از این به آنها اشاره رفت، حکم ویژگی‌ها و آثاری دارد، از جمله: ۱- عدم قابلیت اسقاط آن از ناحیه اشخاص. ۲- عدم امکان نقل ۳- عدم امکان انتقال آن به اسباب انتقال قهری

برخی از دانشمندان، همچون محقق داماد ضمن مترادف گرفتن ویژگی های عدم نقل و عدم انتقال، ویژگی و اثر دیگری برای حکم بیان نموده اند که عبارت است از «عدم امکان تعهد علیه حکم»، بر اساس این ویژگی شخص نمی تواند متعهد شود که فلان حکم از او سلب گردد؛ سلب حکم امکان ندارد؛ آن گاه اشاره نموده اند که علت وجود خصوصیت های مذکور آن است که اختیار و زمام حکم در دست حاکم یعنی شارع و قانونگذار است و محکوم علیه یا مکلف در این باره اختیاری ندارد. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۲۱) اما همان گونه که گذشت ویژگی و اثر عدم امکان نقل با ویژگی و اثر عدم امکان انتقال، متفاوت هستند، از سویی ویژگی و اثر عدم امکان تعهد به سلب آن «به ویژگی و اثر «عدم قابلیت اسقاط» بازگشت دارد.

۴. تفاوت حق و حکم

حق و حکم از نظر تعریف و آثار متفاوت هستند، زیرا حق برای صاحبش سلطه ایجاد می کند، اما حکم صرفاً رخصت و جوازی است که شرع یا قانون برای شخص پدید می آورد. سید یزدی گفته:

«حق، مرتبه‌ی ضعیفی از ملک، بلکه نوعی از ملک و مالکیت است برخلاف حکم که مجرد جعل رخصت و اجازه است در انجام دادن یا انجام ندادن چیزی و یا حکم به بار کردن اثر است بر انجام فعلی یا ترک آن» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ۱، ۵۵).

برخی گفته اند حق همان حکم شرعی است و با آن هیچ فرقی ندارد؛ جز اینکه حق، حکمی است که اختیار آن در دست مکلف قرار دارد، از این رو اسقاط پذیر است. به عبارت دیگر، حق به احکام اسقاط پذیر اطلاق می شود (مرعشی، ۱۴۲۷ق، ۱، ۲۳۴)؛ بلکه، حق سلطه بر افعال خاصه است، اما حکم، سلطه نیست بلکه تشریحی الهی می باشد، از این رو یکی دانستن حق و حکم صحیح نیست. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ۶، ۱۴۰)

۵. رابطه‌ی اختیار با حکم و حق

خیار مترادف با اختیار و یا اسم مصدر از اختیار می باشد؛ برخی از فقهاء با توجه به

ویژگی و آثار حق و حکم، آن را از جمله حقوق برشمرده اند، نه از جمله احکام. (لاری، ۱۴۱۸، ۲، ۲۷۳) اما در نگاه دیگری خیار یا اختیار، حکم شرعی دانسته شده است، چنان که میرزا حبیب الله رشتی گفته است:

«خیار(اختیار) یک حکم شرعی است که به جعل شارع منوط می باشد و به مکلف مربوط نمی باشد.» (رشتی، ۱۴۰۷، ۲۷۶)

با توجه به آنچه در ویژگی ها و آثار حق و حکم گذشت و با توجه به دلایل اختیار رجوع زوج، از جمله آیه «و بعولتهنَّ أحقَّ برِّهنَّ» (البقره ۲۲۸) و مانند آن، خیار، از جمله احکام شرعی می باشد.

۶. حق یا حکم بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی

در منابع فقهی (لاری، ۱۴۱۸، ۱، ۳۲۸) و نیز در ماده ۱۱۴۸ق.م. به جواز رجوع زوج به زوجه در مدت عده رجعی تصریح شده است.

۶.۱. دیدگاه اول (حق بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی)

بر اساس این دیدگاه اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی از حقوق زوج بوده و از همین روی قابل اسقاط می باشد (غروی اصفهانی، ۱۳۶۳، ۳، ۱۵۹). به همین سبب برخی مصالحه بر آن را صحیح دانسته اند (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۵۰).

برخی از حقوقدانان با توجه به ماده‌ی (۱۱۴۸ق.م) اختیار رجوع را حق زوج دانسته اند و اشاره نموده اند که چون هدف قانونگذار، حمایت از حاکمیت اراده زوج و مسلط کردن وی بر سرنوشت خانواده می باشد، از همین روی حق مزبور را قابل اسقاط و مصالحه دانسته اند که زوج می تواند آن را مستقیماً، یا در ضمن عقد لازم، یا به صورت مصالحه معوض و غیر معوض ساقط کند، لنگرودی گفته است:

«در طلاق رجعی اسقاط حق رجوع زوج به زوجه صحیح است» (لنگرودی، ۱۳۸۷، ۱۰۲۹).

۶.۲. دیدگاه دوم (حکم بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی)

اکثر فقهای امامیه اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی را حکم دانسته اند. امام خمینی فرموده اند: «ظاهر آن است که اختیار رجوع در طلاق رجعی حکمی شرعی است» (خمینی، ۱۴۲۵، ۳، ۶۲۲).

بحر العلوم نیز اختیار رجوع زوج را حکم و از قواعد آمره و غیر قابل اسقاط دانسته است (بحرالعلوم، ۱۳۸۸، ۱، ص ۲۰). سید یزدی نیز گفته است: «جواز رجوع زوج به مطلقه رجعیه حکمی شرعی و غیر قابل اسقاط می‌باشد» (طباطبایی یزدی، بی تا، ۲، ۱۱۴).

گروهی از حقوقدانان نیز حکم بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی و قابل اسقاط نبودن آن را اقوی و با اصول حقوقی سازگارتر دانسته اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ۲۵۸).

۶.۱.۱. دلایل دیدگاه اول (حق بودن اختیار رجوع زوج)

۱- ذکر کلمه «حق» در ماده‌ی ۱۱۴۸ قانون مدنی نشانگر آن است که قانون مدنی نیز به «حق بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی» نظر دارد. بفرض که قانون مدنی در این مورد سکوت کرده باشد، اصل آزادی اراده و حکومت مواد ۱۰ و ۷۵۴ ق.م. حق و قابل اسقاط و مصالحه بودن آن را نتیجه می‌دهد.

۲- هدف قانونگذار از ایجاد حق رجوع، آن است که از حقوق خصوصی و حاکمیت اراده شوهر و تسلط وی بر سرنوشت خانواده حمایت کند، به‌ویژه آن که ماده ۱۱۰۵ ق.م نیز در روابط زوجین، ریاست خانواده را از خصایص و ویژگی‌های شوهر می‌داند. اگر طلاق به اختیار مرد و رجوع، حق اوست، وی می‌تواند این حق یا اسقاط آن را در ابتدا و یا در ضمن عقد شرط کند.

نقد و نظر

کاربرد کلمه‌ی حق در ماده‌ی ۱۱۴۸ ق.م که در دلیل اول به آن استناد شده، دلیل بر حق بودن اختیار رجوع زوج نیست؛ زیرا، ممکن است که معنای مجازی حق مراد باشد، همان گونه که در ماده‌ی ۹۵۹ ق.م «هیچ‌کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام

یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» به صورت مجاز به کار رفته است، زیرا حق تمتع و حق اجرای حقوق مدنی که همان اهلیت تمتع و اهلیت استیفا است از جنس حق به معنای خاص آن نبوده و جنبه‌ی حکمی دارد، در بیان این مدعا باید گفت که «اهلیت تمتع و اهلیت استیفا» لازمه‌ی شخصیت حقوقی و از لوازم حیات انسانی هر فرد می باشد، از این رو سلب این حقوق و انفکاک آنها از فرد ممکن نیست، این امر بر حکم بودن مفاد این ماده دلالت دارد. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۸۷). به علاوه می توان مواد مزبور را به مواردی که مخالف نظم و ضد مقاصد و مصالح مثبت جامعه نباشد منصرف دانست.

در نقد دلیل دوم می توان گفت که ریاست مرد، وظیفه ای اجتماعی و مسؤولیتی برای نظام بخشی و مصلحت خانواده و حمایت از اعضای آن است، نه دستاویزی برای سلطه جویی و برتری خواهی مرد. قوامیت مرد بر زن به روابط زوجیت محدود شده و برای حفظ مصالح خانواده می باشد، از همین روی اختیار رجوع زوج جهت پیشگیری از انحلال خانواده و تأمین منافع عمومی است که به دلیل موقعیت اجتماعی زوج به او داده شده و تسلط مزبور از آن کسی نیست تا قابل اسقاط باشد. علامه طباطبایی گفته است:

«جمله «للرجال علیهن درجۃ» (البقره/۲۲۸) به برتری زوج نسبت به حق رجوع محدود بوده و بر برتری در تمام موارد دلالت ندارد» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ۲، ۳۴۰).

از زاویه‌ی حقوقی نیز تصریح شده که خانواده سازمان حقوقی ویژه‌ای است که حاکمیت اراده، جز به طور محدود و استثنایی، در آن راه ندارد، از این رو کاربرد کلمه «حق» در ماده- ۱۱۴۸ ق.م. دلیل بر این نیست که اسقاط اختیار رجوع در طلاق و صلح بر آن ممکن است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱، ۴۴۳).

۶.۲.۱. دلایل دیدگاه دوم (حکم بودن اختیار رجوع زوج)

۱- روایت امام موسی کاظم (ع) در وصف طلاق باین: «اگر مرد زنش را طلاق دهد که در آن حق رجوع ندارد، از همان لحظه ای که زنش را طلاق داده آن زن از وی جدا می شود» (حرعاملی، ۱۴۱۶، ۲۲، ۲۱۶).

روایت مزبور حاکی از آن است که در طلاق باین از همان لحظه‌ی طلاق، زوجین از

یکدیگر جدا می شوند، اما مفهوم روایت مزبور آن است که در طلاقى که زوج حق رجوع دارد، به محض وقوع و انشای طلاق، مطلقه رجعیه از شوهرش جدا نشده و کماکان بر علقه و پیوند زوجیت باقی است و زوج نیز حق اسقاط آن را ندارد، از این امر می توان حکم بودن اختیار رجوع زوج را نتیجه گرفت.

۲- در ماده‌ی ۱۱۴۸ ق.م.ت.ح. تحقق رجوع در طلاق به قصد رجوع مشروط شده که به نوعی حکم بودن اختیار رجوع زوج را نتیجه می دهد، زیرا در اعمال حق شخصی احتیاجی به قصد نیست، بلکه صرف لفظ یا فعلی که بر اعمال حق دلالت کند، کافی است.

۳- کلمه‌ی حق در ماده‌ی ۱۱۴۹ ق.م.ت.ح. به معنای حق و امتیاز فردی نیست؛ بلکه، به معنای اختیار می باشد؛ زیرا، اگر رجوع قابل اسقاط باشد و اسقاط آن، طلاق رجعی را به طلاق باین تبدیل کند، از آنجا که در این صورت زن دیگر نمی‌تواند از حقوق زوجیت، مانند نفقه و ارث برخوردار گردد، حق زوجه لطمه می‌بیند (صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ۲۵۹-۲۶۰).

مشروط شدن تحقق رجوع در طلاق به قصد رجوع که در دلیل دوم به آن اشاره رفت، دلیل بر حکم بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی نیست، زیرا گرچه برخی تحقق رجوع را به قصد رجوع مشروط نموده اند (امامی، بی تا، ۵، ۶۸). برخی از فقها قصد رجوع را شرط تحقق رجوع ندانسته و گفته اند اگر شوهر در هنگام رجوع در طلاق، قصد رجوع هم نکند، باز رجوع تحقق می‌یابد (خمینی، ۱۴۲۴، ۷۹۵).

عدم نیاز اعمال حق شخصی به قصد نیز به صورت کلی قابل قبول نمی باشد، مثلاً با آن که بیع حق شخصی است، قصد در آن لازم است (لنگرودی، ۱۳۴۶، ۵۳۵). از همین روی ماده‌ی ۱۹۰ ق.م.ت.ح. نیز آن را از شرایط اساسی بیع برشمرده است.

درباره‌ی دلیل سوم این دیدگاه نیز می توان گفت که بر فرض حق بودن اختیار رجوع و قابلیت اسقاط آن نیز ماهیت طلاق رجعی به باین تبدیل نمی شود، چنان که امام خمینی فرموده اند:

«ظاهراً جواز رجوع زوج در طلاق رجعی حکم شرعی است که قابل اسقاط نیست... از این رو اگر زوج بگوید: حق رجوع خودم را ساقط نمودم، حق رجوع زوج ساقط نشده و وی

پس از آن حق رجوع دارد» (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۷۹۶).

به علاوه در فقه امامیه بجز طلاق های ششگانه باین - مانند: طلاق غیر مدخوله، طلاق یائسه، طلاق دختر صغیره، طلاق خلع و مبارات در فرضی که زوجه به بذل رجوع نکرده و طلاق سوم که پس از سه وصلت متوالی تحقق یافته است- هر طلاقی رجعی محسوب شده و رجعی بودن طلاق مقتضی آن است که تا زمانی که نص خاصی بر باین بودن طلاق نداشته باشیم حکم اصل را جاری کنیم .

برخی از حقوقدانان تحدید شارع در مورد انواع طلاق باین را مفید حصر ندانسته‌اند و گفته اند: «موارد ششگانه تنها به طلاقهای باینی ناظر هستند که به اراده و اختیار شوهر واقع می شوند» (مهرپور، ۱۳۷۱، ص ۴۸)؛ از همین روی برخی از فقها طلاق زنی را که شوهرش وی را طلاق نمی دهد و از دادن نفقه به وی خودداری می کند، از جمله اقسام طلاق باین برشمرده اند (روحانی قمی، ۱۴۱۷ق، ۳۴۹). این طلاق توسط حاکم شرع صورت می گیرد.

برفرض که تحدید شارع در مورد انواع طلاق را مفید حصر ندانیم، چنان که در سخن امام خمینی -ره- گذشت، اسقاط حق رجوع در عده‌ی طلاق رجعی توسط زوج موجب باین شدن طلاق رجعی نمی شود، لنگرودی نیز گفته است:

«اسقاط حق رجوع موجب تغییر ماهیت این طلاق نمی شود» (لنگرودی، ۱۳۸۷، ۱۰۲۹).

از جمله نقدهای دلیل سوم آن است که طلاق رجعی با تمامی احکام و آثار خود انجام شده و اسقاط اختیار طبیعت آن را تغییر نداده و تنها مانع از رجوع زوج به زوجه می شود، از سویی چون غرض قانونگذار جلوگیری از طلاقهای بی مورد و گسسته شدن پیوند خانواده و صیانت از مصالح کودکان حاصل از آن است، لذا باین دانستن این طلاقها با مصلحت و اهداف قانونگذار مغایر است.

۷. رابطه اسقاط اختیار زوج و دیگر آثار طلاق رجعی

بر فرض که اسقاط اختیار رجوع موجب باین شدن طلاق رجعی شود، آیا با اسقاط اختیار رجوع، دیگر آثار طلاق رجعی نیز از بین می‌روند یا آن که باقی می‌مانند؟ برای پاسخ به

پرسش مزبور، برخی از آثار طلاق رجعی به شکل ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرند:

- ۱- رجوع زوج به زوجه در مدت عده (م ۱۱۴۸ ق.م)
 - ۲- مطالبه‌ی نفقه زوجه در مدت عده (م ۱۱۰۹ ق.م)
 - ۳- توارث زوجین در صورت فوت یکی از آنها در مدت عده (م ۹۴۳ ق.م)
 - ۴- منوط بودن ازدواج مرد با دختر برادر یا دختر خواهر زن به اجازه زن در مدت عده‌ی رجعیه
 - ۵- در مدت عده‌ی رجعیه مرد نمی‌تواند با خواهر زن ازدواج کند.
 - ۶- اگر در مدت عده‌ی زوج یا زوجه مرتکب زنا شوند، زنا‌ی محصنه محسوب می‌شود؛ زیرا، در حکم زوجین هستند. (م ۸۵ ق.م.ا)
 - ۷- زنا با زنی که در عده‌ی رجعیه است، موجب حرمت ابدی می‌شود (م ۱۰۵۴ ق.م)
 - ۸- ایجاد حرمت ابدی ناشی از نه طلاق که شش تای آن عدی باشد (م ۱۰۵۸ ق.م)
- در خصوص از بین رفتن یا باقی ماندن دیگر آثار طلاق رجعی در فرض اسقاط اختیار زوج دو دیدگاه ذیل قابل توجه و بررسی هستند:

الف) طلاق مزبور طبیعتاً رجعی بوده و تنها در خصوص رجوع حکم طلاق باین را دارد، اما دیگر احکام رجعی به حال خود باقی هستند، زیرا طلاق رجعی با تمامی احکام و آثار خود محقق گردیده و اسقاط حق رجوع تنها مانع از آن است که شوهر بتواند زوجیت سابق را بازگرداند، ولی طبیعت آن را تغییر نداده و دیگر احکام آن را ملغی نمی‌سازد (امامی، بی‌تا، ۵، ۷۰؛ لنگرودی، ۱۳۸۷، ۱۰۲۹).

ب) در صورت اسقاط اختیار رجوع یا صلح بر آن، طلاق رجعی مزبور حکم طلاق باین را دارد، با وجود این که اگر زوج نذر کند که به زوجه رجوع نکند یا اگر در ضمن عقد لازمی، شرط عدم رجوع کند، اطلاق طلاق باین بر طلاق رجعی صحیح نیست (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ۱۱۴).

دو دیدگاهی که به آنها اشاره رفت نشانگر آن هستند که بر فرض که اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی موجب تبدیل شدن طلاق رجعی به طلاق باین شود، دیگر آثار طلاق رجعی از بین نمی روند.

اسقاط اختیار رجوع زوج، با بقای دیگر آثار طلاق رجعی، مانند: نفقه، توارث جفا به زوج و برخلاف وجدان و انصاف قضایی نیست، زیرا در هر صورت چون زوجه در مدت عده حق ازدواج ندارد، در صورت از بین رفتن همه آثار طلاق رجعی، تامین معیشتی زن نیز مشکل شده و ممکن است که موجب عسر و حرج و ضرر وی شود، از همین رو مفسران آیهی «سَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِیلاً» (احزاب/۴۹) را طلاق بدون الحاق ضرر به زوجه تفسیر نموده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۱، ۲، ۳۵۱).

۸. شرط اسقاط حق رجوع

آیا شرط اسقاط اختیار زوج ممکن است؟ پاسخ به این پرسش فرع بر حکم یا حق دانستن اختیار رجوع زوج است، زیرا بر فرض حکم بودن اختیار رجوع زوج در طلاق رجعی، اسقاط آن ممکن نیست و مدت عده، مهلتی است برای تصمیم بهتر نه تسلط داشتن زوج تا بتواند آن را اسقاط کند، لذا گرچه اسقاط اختیار رجوع در ضمن عقد لازم مستقلاً شرط شود، موجب از بین رفتن آن اختیار نخواهد شد و شرط مزبور باطل بوده و زوج با وجود ساقط کردن اختیار رجوع می‌تواند به زوجه رجوع کند (خمینی، ۱۴۲۵، ۳، ۶۲۲)، زیرا رجوع یک حق و امتیاز فردی نیست که به نفع زوج لحاظ شده باشد، بلکه اختیاری است که در راه مصلحت خانواده و بقای آن به شوهر داده شده است و به عبارتی، رجوع در طلاق رجعی یک قاعده امری است که بر اساس مصلحت اجتماعی مقرر گردیده است و از همین رو اراده شوهر نمی‌تواند آن را ساقط و توافق بر خلاف آن نیز فاقد اعتبار است (صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ۲۵۸). حسن امامی گفته است:

«رجوع در طلاق رجعی حکم است، بدین جهت رجوع قابل انتقال و اسقاط شناخته نشده است و نمی‌توان عدم رجوع را ضمن عقد لازم شرط نمود (امامی، بی‌تا، ۲، ۴۰۲).

روایت علی (ع) که در آن فرموده‌اند: «هر کس برای زوجه‌اش شرطی بگذارد، باید به آن

وفا کند؛ زیرا «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً أو احلاً حراماً» (حرعاملی، ۱۴۱۶، ۱۲، ۳۵۳) دلیل بر امکان اسقاط اختیار زوج در عده‌ی طلاق رجعی نیست، زیرا می‌توان آن را به مواردی که خلاف اقتضای طلاق رجعی نباشند منطبق دانست، زیرا وفای به شرط و قرارداد زمانی لازم است که با نظم عمومی یا مقتضای ذات آن تداخل نداشته باشد، از این رو با وجود صحیح بودن طلاق، چون شرط اسقاط اختیار رجوع بر خلاف مقتضای طلاق رجعی و بر خلاف مصلحت در نظر گرفته شده توسط شارع می‌باشد، حتی اگر به نحو الزام آوری هم اسقاط شده باشد، زوج اختیار رجوع دارد.

۹. صلح، بر اسقاط اختیار رجوع

در خصوص جواز و عدم جواز مصالحه بر اسقاط اختیار رجوع زوج اختلاف نظر هست، میرزای قمی از طرفداران جواز صلح بر اسقاط اختیار رجوع در پاسخ پرسشی درباره‌ی صلح گفته است:

«الحال در نظرم نیست که در کتب فقهیه مذکور باشد، و لکن عدم ذکر آن بخصوص، دلیل عدم جواز آن نیست. به جهت آن که شأن فقها بیان امهات مسائل است و گاهی متوجه فروع می‌شوند. و هر گاه فرعی مذکور نباشد دلیل عدم جواز آن نیست، مثلاً در کتاب اجاره احکام اجیر خاص و عام را ذکر می‌کنند و شرایط و مبطلات را ذکر می‌کنند و لکن اکثر مسائل استیجار عبادات را بخصوص متوجه نمی‌شوند. و از آن چه در کتاب اجاره مذکور است احکام آن مستفاد می‌شود. و هم چنین در کتاب صلح متوجه قواعد کلیه صلح شده و شرایط آن را منقح کرده‌اند، هر گاه بخصوص در احکام رجعت و کتاب طلاق هم متوجه این نباشند که آیا این صلح خاص صحیح است یا نه، ضرر ندارد. و اما دلیل در این مسأله: همان عمومات صلح است. مثل قولهم علیهم السلام «الصلح جایز بین المسلمین إلا صلحاً احلاً حراماً أو حراماً حلالاً» (حرعاملی، ۱۴۱۶، ۱۸، ۴۴۳) و شکی نیست که این صلح نه محلل حرام است و نه محرّم حلال. پس جایز خواهد بود. زیرا که جایز است از برای مطلقه رجعیه که چیزی بدهد به شوهرش که در عده به او رجوع نکند و او را بگذارد تا عده او منقضی شود و از شر او خلاص شود، یا به مقصد خود برسد که مطلق العنان شود. و هیچ فرقی ما بین حق الرجوع و حق الشفع نیست. و چون این معنی در ضمن سایر عقود لازمه متحقق نمی‌شود و

زوجه می‌خواهد که این معاوضه در ضمن عقد لازمی باشد، رجوع به صلح می‌کند» (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۵۱).

استدلال میرزای قمی درست نیست، زیرا اگر شک در اینجا از نوع شک در حق یا حکم بودن باشد، مورد از جمله‌ی شبهات مصداقیه است که تمسک به عام در آن‌ها جایز نیست؛ ولی با فرض این که جواز رجوع از جمله حقوق باشد، اگر در قابلیت نقل آن شک شود، بازگشت شک در این فرض به این است که آیا این امر قابلیت نقل دارد یا خیر؟ و این امر نیز با تمسک به عموم اثبات نمی‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۲۶).

با توجه به حکم بودن اختیار رجوع زوج، صلح بر اسقاط آن جایز نیست، چنان که امام خمینی-ره- فرموده اند: «صلح از حقوقی صحیح است که قابل نقل و اسقاط باشد و آنچه قابل نقل و اسقاط نیست صلح از آن صحیح نمی‌باشد، مانند حق مطالبه دین و حق رجوع در طلاق رجعی و حق رجوع در بذل که ثابت است از برای زوجه در طلاق خلعی؛ که در این صور، صلح صحیح نیست» (خمینی، ۱۴۲۵، ۲، ۴۷۱).

امامی از حقوقدانان نیز گفته است:

«حقوقی که غیر قابل اسقاط و غیر قابل انتقال می‌باشد نمی‌تواند مورد صلح قرار گیرد مانند حق مطالبه دائن در طلب و حق رجوع زوج در طلاق رجعی ...» (امامی، بی تا، ۲، ۳۲۵).

با توجه به عدم جواز صلح بر اسقاط اختیار رجوع اگر زوج در عوض مصالحه مزبور از زوجه مالی گرفته باشد، مالک آن نمی‌شود (خمینی، ۱۴۲۴، ۱، ۵۳۱).

از بررسی دیدگاه فقها می‌توان دریافت که فقهای، مانند میرزای قمی که صلح بر اسقاط اختیار رجوع زوج را جایز دانسته اند، اختیار رجوع زوج را از حقوق زوج برشمرده و از همین رو آن را قابل اسقاط دانسته اند، اما فقهای، مانند حضرت امام-ره- که اسقاط اختیار مزبور و صلح بر آن را جایز ندانسته اند، دیدگاهشان مبتنی بر حکم بودن اختیار رجوع زوج است، بدیهی است که حکم شرعی قابل اسقاط نیست، از همین روی بحث از امکان اسقاط و صلح بر آن متفرع بر نزاع حکم یا حق بودن اختیار رجوع زوج است.

از جمله مباحث متفرع بر اسقاط اختیار رجوع زوج و اسقاط آن، جواز و عدم جواز رجوع زوج به زوجه در فرض اسقاط اختیار رجوع است، از دیدگاه قائلان جواز اسقاط اختیار رجوع و مصالحه بر آن در جواز رجوع زوج به زوجه تردیدی نیست، چنان که میرزای قمی گفته است:

«بعضی افاضل اهل عصر نقل کرده‌اند که با وجود تسلیم صحت مصالحه گفته است که بعد مصالحه هر گاه زوج رجوع کند، رجوع او صحیح است و منشا عود زوجیت می‌شود. هر چند فعل حرام کرده است. حاصل این که هر چند از باب حکم طلبی حرام است رجوع، و لکن از باب حکم وضعی که ترتب اثر بر مجرد رجوع است، اثر مترتب می‌شود» (میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۵۱).

آیت الله خویی و تبریزی نیز گفته‌اند:

«این مصالحه اگر چه صحیح و لازم است که رجوع ننماید، ولی حق رجوع او از بین نمی‌رود و در صورتی که رجوع کند، طلاق که داده موجب جدایی نمی‌شود» (خمینی، ۱۴۲۴، ۲، ۵۳۱).

قائلان به عدم جواز اسقاط اختیار رجوع زوج و صلح بر آن نیز رجوع زوج به زوجه در فرض اسقاط اختیار را جایز دانسته‌اند، چنان که امام خمینی -ره- فرموده‌اند: «مصلحه با مرد نسبت به عدم رجوع در طلاق رجعی مردی که زن خود را طلاق رجعی داد، اگر مالی از او بگیرد و با او صلح کند که دیگر به او رجوع نکند حق رجوع از بین نمی‌رود» (خمینی، ۱۴۲۴، ۵۳۱).

۱۰. انطباق معیارهای تشخیص حق و حکم بر اختیار رجوع زوج

با توجه به آن که نزاع‌های پیرامون اختیار رجوع زوج بر حق یا حکم بودن آن مبتنی است، باید روشن شود که معیارهای کدامیک از آنها بر اختیار رجوع زوج منطبق است.

از جمله‌ی راه‌های تشخیص حق و حکم توجه به آثار آنها می‌باشد، از جمله‌ی آثار حق، قابل نقل و انتقال و اسقاط آن است، آثار مزبور در حکم وجود ندارند (نابینی، ۱۳۷۳، ۱،

۴۲). بر ضابطه‌های مزبور اشکالاتی به صورت ذیل وارد شده‌اند:

اول: ضابطه‌های مزبور به دلیل آن که بر احراز حق بودن متوقف هستند مستلزم دور می‌باشند.

دوم: برخی از حقوق همانند حکم قابل نقل و انتقال نیستند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۵۵؛ غروی اصفهانی، ۱۳۶۳، ۱، ۵۰).

اشکال دور منطقی نیست، زیرا چنان که گذشت حکم بودن اختیار اسقاط رجوع زوج از دلیلی، مانند روایات و نتیجه گرفته می‌شود، لذا مستلزم دور نیست، از سویی گرچه برخی از حقوق نیز همانند حکم قابل نقل و انتقال نیستند، اما در قابل اسقاط نبودن حکم به طور کلی تردیدی نیست، از سویی بیشتر فقها بر این باورند که هر حقی قابل اسقاط است، زیرا حق، اعتبار خاصی است که اثرش اضافه و سلطنت می‌باشد. اگر مجعول شرعی مستلزم چنین اضافه و سلطنتی نباشد، حق نبوده و حکم خواهد بود، از طرفی مواردی، مانند «أبوت»، «ولایت» و «وصایت» که به عنوان حقوق اسقاط ناپذیر بر شمرده شده‌اند، حقوق نبوده و حکم هستند و از همین روی، مواردی، مانند «حق مؤمن بر مؤمن» و «حق همسایه بر همسایه» از سنخ احکام هستند. نتیجه آنکه قوام حق به قابلیت آن برای اسقاط است، به خلاف حکم که عکس آن است (نایینی، ۱۳۷۳، ۱، ۱۰۶-۱۰۷). شیخ انصاری نیز گفته‌اند:

«هر صاحب حقی، می‌تواند حق خود را ساقط کند» (انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۶۱).

همچنین آیت الله حکیم آن را یک قاعده‌ی عقلی دانسته است (حکیم، بی‌تا، ۱، ۸).

امام خمینی-ره- نیز اختیار رجوع زوج را حکم بر شمرده‌اند نه حق. (خمینی، ۱۴۲۵، ۳، ۶۲۱) سید محمد صدر بین مجعول مطابقی و التزامی تفصیل قائل شده و گفته است:

«در صورتی که مدلول مطابقی جعل، حق باشد و حکم تکلیفی به صورت التزامی از آن به دست آید، چنین حقی اسقاط پذیر است. اما اگر مدلول مطابقی جعل، یک حکم تکلیفی باشد و حق از آن به صورت التزامی به دست آید چنین حقی اسقاط نمی‌پذیرد» (صدر، ۱۴۲۰ق، ۳، ۲۳۴).

محقق اصفهانی با وجود آن که مواردی، مانند: حق ولایت حاکم و وصایت وصی را حقوقی برشمرده که قابلیت اسقاط، نقل و انتقال ندارند، در عین حال به حکم بودن برخی از آن حقوق اذعان نموده اند (غروی اصفهانی، ۱۳۶۳، ۱، ۵۰)؛ همچنین محقق یزدی قسم ششم از حقوق را به مواردی اختصاص داده که حکم یا حق بودن آنها مشکوک است و در آن فهرستی از مصادیق مشتبه بین حق و حکم، از جمله حق رجوع در عده‌ی رجعیه را برشمرده، اما در پایان تصریح نموده که برخی از این حقوق در عده‌ی احکام هستند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۵۶).

محقق اصفهانی قابلیت اسقاط را از آثار حق دانسته و گفته است: «انصاف آن است که هیچ موردی را که حق بودن آن مسلم و قطعی باشد نمی‌یابیم که در قابل اسقاط بودن آن تردید شود، چه برسد به این که به غیر قابل اسقاط بودن آن یقین پیدا کنیم؛ هم‌چنان که در مورد حق ولایت و نظایر آن به صرف این که از آن‌ها به حق تعبیر شده، موجب نمی‌شود که آن را حق بدانیم اگر چه مسلم است که در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده است» (غروی اصفهانی، ۱۳۶۳، ۱، ۵۱-۵۲).

گرچه صاحب حق می‌تواند حق خویش را اسقاط نموده و از آن بگذرد، اگر حق همراه با تکلیف باشد، حق در زمره‌ی احکام در آمده و اسقاط آن در اختیار شخص نیست، کاتوزیان گفته است:

«امروزه بیشتر حقوق غیر مالی به ویژه آن‌ها که در امور خانواده و احوال شخصی وجود داشته است به لحاظ ارتباط با نظم عمومی و اخلاق حسنه، به صورت حکم و در زمره‌ی (موقعیت‌های حقوقی) در آمده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۲۵۹).

۱۰.۱. ضابطه‌ای دیگر برای تشخیص حکم و حق

علاوه بر معیارهای گذشته، می‌توان برای تشخیص درست حق از حکم به مفاد ادله رجوع نمود، زیرا حق و حکم هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی هستند. گاهی ادله بیانگر این معناست که اراده‌ی شخص در نتیجه حاصل از آن تأثیری ندارد، در این صورت نتیجه حاصله «حکم» بوده و گاهی نیز اراده شخص در نتیجه حاصل از آن تأثیرگذار است، در این

صورت نتیجه‌ی حاصله «حق» می باشد، از این رو فقیه باید با دقت در ادله‌ی شرعی، موارد را از یکدیگر تشخیص دهد در مواردی که حکم بودن مورد شک و تردید است و از مفاد ادله، هیچ کدام از آن دو احراز نشود، مرجع، مقتضای اصول و قواعد عامه است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۲۰-۲۳).

در صورت شک در حکم و حق بودن موردی چه اصلی برای احراز حق یا حکم بودن آن مورد مبنا قرار می گیرد؟ در این باره چند دیدگاه ذیل قابل تصور هستند:

۱۰.۱.۱ دیدگاه اول: اصل استصحاب: بر اساس این دیدگاه هرگاه در «حکم» یا «حق» بودن امری تردید باشد، اصل استصحاب جریان یافته و امتیاز موجود سابق که در حق و یا حکم بودن آن تردید بوده و در نتیجه، بقا و عدم آن برای ما مشکوک است، کماکان باقی خواهد بود، این گونه موارد، از جمله احکام محسوب می شوند (نایینی، ۱۳۷۳، ۱، ۴۲).

۱۰.۱.۲ دیدگاه دوم: تفصیل: بر اساس این دیدگاه بین موردی که در حق و حکم بودن امری تردید است با موردی که قابلیت اسقاط و عدم قابلیت اسقاط آن مورد تردید است باید تفصیل قائل شد، یعنی در مورد اول، اصل استصحاب جاری است؛ اما در مورد دوم، اصل آن است که حق در اختیار صاحب آن است، مگر آن که در استفاده از آن مانعی ایجاد شود و در موارد تردید، اصل، عدم مانع است. به موجب این نظریه، اصل آزادی اراده در از بین بردن حق، همواره حاکم است، مگر آن که مانعی مسلم از این امر جلوگیری کند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶، ۵۶).

۱۰.۱.۳ دیدگاه سوم: نفی همه آثار وجودی حق و حکم

بر اساس این دیدگاه چنانچه در حق یا حکم بودن چیزی تردید باشد، با اصل عدم، کلیه‌ی آثار وجودی حق و یا حکم بودن از آن نفی می شود، لذا نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال. حق یا حکم بودن از امور وجودی است و این آثار، مترتب بر احراز وجود آن‌ها است و در فرض شک، آثار مترتب نخواهد شد. به علاوه اگر اصل هم جاری شود، گرچه آثار را نفی می کند، حکم بودن آن را اثبات نمی کند؛ زیرا اثبات حکم بودن از لوازم

عقلی و «اصل مثبت» است که حجت نیست (بحر العلوم، ۱۳۸۸، ۱، ۱۹).

در بین دیدگاه‌های سه گانه دیدگاه سوم اقوی است. برخی از فقها در فرض تردید در حق یا حکم بودن موردی از طریق ادله، اجماع و در فقدان ادله و اجماع با استناد به اصل استصحاب، حکم بودن و غیر قابل اسقاط بودن آن را نتیجه می‌گیرند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ۴، ۲۹). دیدگاه‌های سه گانه که به آنها اشاره رفت راهکار موردی را بیان می‌کنند که ادله ای، مانند آیات، روایات و اجماع برای اثبات حکم یا حق بودن آنها وجود نداشته باشد، بدیهی است که در صورت وجود ادله مزبور نوبت به اصل نمی‌رسد.

با توجه به نکته فوق از آنجا که ادله ای از کتاب و سنت وجود دارند که اختیار رجوع زوج را تا پایان عده همچنان باقی می‌دانند، نوبت به اصل نمی‌رسد، از جمله‌ی آنها می‌توان به آیه‌ی «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا.» (بقره/۲۲۸) و مفهوم روایت «إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعةً طلقها» (حرعاملی، ۱۴۱۶، ۲۲، ۲۱۶) اشاره نمود. لذا گرچه اسقاط اختیار رجوع در ضمن عقد لازم یا صلح شرط شود، اختیار مزبور ساقط نمی‌شود و زوج همچنان حق رجوع به زوجه دارد و با توجه به دلایلی که حکم بودن اختیار رجوع زوج را نتیجه می‌دهند نوبت به بهره‌گیری از اصل استصحاب نمی‌رسد، زیرا ادله لفظی بر اصول عملیه مقدم هستند.

۱۱. نتیجه‌گیری

تشخیص مصادیق حق و حکم، از جمله‌ی اختیار رجوع زوج به زوجه در عده‌ی طلاق رجعی، از آن روی مشکل است که هر دو با ویژگی‌های گوناگون از ناحیه شارع بیان شده‌اند.

از آنجا که بررسی ادله‌ی مجعولات شرعی بهترین راه برای تمیز حق یا حکم بودن آنها می‌باشد، از آیات و روایاتی که درباره‌ی رجوع زوج به زوجه سخن می‌گویند می‌توان نتیجه گرفت که امکان رجوع زوج به زوجه در عده‌ی طلاق رجعی از جمله احکام شرعی می‌باشد، لذا با وجود ادله‌ی لفظی آیات و روایات، استفاده از اصل عملی، مانند استصحاب بی معنا می‌باشد، در صورت فقدان ادله لفظی و شک در حق یا حکم بودن موردی، هیچیک از آثار

وجودی حق و حکم جاری نمی شوند.

گرچه قابل اسقاط نبودن یک مجعول شرعی، از جمله آثار سه گانه ای است که برای حکم بیان شده است، قابل اسقاط بودن اختیار رجوع زوج به وسیله صلح، با حکم یا حق بودن آن قابل جمع است، شاهد مدعا آن که برخی از فقهای که به حکم بودن اختیار رجوع زوج به زوجه باور دارند، همانند فقهای که رجوع زوج به زوجه را حق برشمرده اند، مصالحه بر اسقاط آن را ممکن دانسته اند.

گرچه اختیار رجوع زوج به زوجه یک حکم شرعی است، اما اگر اسقاط اختیار رجوع زوج را با شرط یا صلح بپذیریم، دیگر آثار طلاق رجعی، از جمله نفقه، ارث، عدم جواز نکاح با معتده و... باقی خواهند بود.

کاربرد حق برای برخی از احکام، از جمله اختیار رجوع زوج در ماده ۱۱۴۸ق.م و موارد مشابه آن مجازی است، نه حقیقی، چنان که امام خمینی - ره- با وجود تصریح مکرر به حکم بودن و غیر قابل صلح بودن اختیار رجوع زوج، در عبارت «و منها حق الرجوع به مطلقه رجعیه» از آن به عنوان «حق» تعبیر نموده اند. از سویی حق در معنای عام آن - مانند حق ابوت، اختیار رجوع زوج و... - شامل حکم، اعم از تکلیفی و وضعی نیز می شود بر خلاف معنای خاص آن که در مقابل ملک و حکم قرار دارد.

برخی از فقهاء با وجود آنکه اختیار رجوع زوج را حکم دانسته اند بر این باورند که چنان که اسقاط اختیار رجوع زوج شرط گردد و یا بر آن مصالحه شود، اسقاط اختیار رجوع زوج صحیح است؛ در صورت پذیرش دیدگاه این گروه از فقهاء، نزاع «حکم یا حق بودن اختیار رجوع» ثمره ای نخواهد داشت. اما از آنجا که بر خلاف دیدگاه این گروه از فقهاء، اسقاط اختیار رجوع زوج با اشتراط یا مصالحه صحیح نیست، اختلاف درباره «حق یا حکم بودن اختیار رجوع زوج» دارای ثمره است.

بهتر است که در ماده‌ی ۱۱۴۸ گفته شود «در طلاق رجعی برای زوج در مدت عده اختیار رجوع است» و یا در ذیل ماده تبصره اضافه شود که «حق در این ماده به معنای اختیار است و از همین رو قابل اسقاط نیست».

منابع

الف) منابع فارسی

- ۱- امامی، سید حسن (بی تا)، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات الاسلامیه.
- ۲- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۵ش)، *فلسفه حقوق بشر*، چاپ اول، قم، اسراء.
- ۳- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۵ق)، *تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴- _____ (۱۴۲۴ق)، *توضیح المسائل (محشی امام خمینی)*، ج ۲، چاپ هشتم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۵- صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۸۸)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران.
- ۶- طباطبایی، محمدحسن (۱۳۷۴)، *تفسیر المیزان*، جلد ۲، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۷- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۸- _____ (۱۳۹۱)، *حقوق مدنی خانواده*، جلد ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- ۹- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸)، *فروع کافی*، جلد ۵، چاپ اول، گروه مترجمان قم، قدس.
- ۱۰- لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۱)، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران، گنج دانش.
- ۱۱- _____ (۱۳۸۷)، *مجموعه محشای قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۱۲- _____ (۱۳۶۴)، *ترمیمولوژی حقوق*، چاپ اول، تهران، کتابخانه ابن سینا.
- ۱۳- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶ق)، *قواعد فقه*، جلد ۱ و ۲، چاپ دوازدهم، تهران، نشر علوم اسلامی.
- ۱۴- مرعشی، سید محمد حسن (۱۴۲۷ق)، *دیدگاه‌های نو در حقوق*، تهران، نشر میزان.
- ۱۵- مسعود. جبران (۱۳۷۶)، *الرائد. فرهنگ الفبایی عربی- فارسی*، مشهد، مؤسسه چاپ و انتشارات.

- ۱۶- منصور، جهانگیر (۱۳۹۳)، *قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، نشر دوران.
- ۱۷- مهرپور، حسین (۱۳۷۱)، «*طلاق قضایی و طبیعت حقوقی آن*»، *مجله قضائی و حقوقی دادگستری*، شماره ۳، صفحات ۲۷-۵۲.

ب- منابع عربی

- ۱۸- *قرآن کریم*
- ۱۹- اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵)، *کتاب البیع*، چاپ اول، قم، اسماعیلیان.
- ۲۰- اصفهانی، ابوالحسن (۱۴۲۲)، *وسيلة النجاة مع حواشی الامام الخمينی*، چاپ اول، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۲۱- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، *کتاب المکاسب*، جلد ۲، چاپ اول، قم، کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری.
- ۲۲- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۳۸۸)، *بلغة الفقيه*، جلد ۱، چاپ چهارم، تهران، منشورات مکتبه .
- ۲۳- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، *وسائل الشیعة*، جلد ۱۲، ۱۸ و ۲۲، چاپ سوم، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
- ۲۴- حکیم (طباطبایی)، سید محسن (بی تا)، *نهج الفقاهه*، جلد ۱، چاپ اول، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
- ۲۵- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۸)، *المفردات فی غریب القرآن*، بیروت، دارالمعرفه.
- ۲۶- رشتی، حبیب الله (۱۴۰۷)، *فقه الامامیه*، قم، کتابفروشی داورى.
- ۲۷- روحانی قمی حسینی، سید محمد (۱۴۱۷)، *المسائل المنتخبة*، قم، مکتبه الالفین.
- ۲۸- زحیلی، وهبه (۱۴۱۱)، *تفسیر المنیر*، جلد ۳، چاپ اول، لبنان، دارالفکر .
- ۲۹- شهید اول عاملی، محمد بن مکی (بی تا)، *القواعد و الفوائد*، جلد ۱، چاپ اول، قم، کتابفروشی مفید.
- ۳۰- صدر، سید محمد (۱۴۱۶)، *ماوراء الفقه*، جلد ۳، چاپ اول، بیروت، دارالاضواء.

- ۳۱- طباطبایی یزدی، محمد کاظم (بی تا)، *ملحقات عروه الوثقی*، جلد ۲، قم، مکتب دآوری.
- ۳۲- _____ (۱۴۱۰)، *حاشیة المکاسب*، جلد ۱، چاپ اول، قم، نشر اسماعیلان.
- ۳۳- غروی اصفهانی (کمپانی) محمد حسین (۱۳۶۳)، *رساله فی تحقیق الحق و الحکم*، بی جا.
- ۳۴- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۴)، *کتاب العین*، جلد ۱، چاپ اول، قم، انتشارات اسوه.
- ۳۵- لاری، سید عبد الحسین (۱۴۱۸)، *التعلیقة علی المکاسب*، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف.
- ۳۶- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱)، *القواعد*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۳۷- معلوف، لويس (۱۳۸۶ش)، *المنجد فی اللغة العربیة*، تهران، نشر استقلال.
- ۳۸- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴)، *کتاب النکاح*، جلد ۴، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- ۳۹- میرزای قمی، ابو القاسم (۱۴۱۳)، *جامع الشتات*، جلد ۳، چاپ اول، تهران، مؤسسه کیهان.
- ۴۰- نایینی غروی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ش)، *منیة الطالب*، جلد ۱، چاپ اول، نشر مکتب محمدی .
- ۴۱- نجفی، محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۳۲، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.