

مقایسه نقش اِشهاد و تشریفات قانونی در فرایند طلاق

(مقاله علمی - پژوهشی)

مهدی موحدی محب*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۲۲

چکیده

در فقه امامیه، انشای صیغه طلاق در حضور دو شاهد عادل، شرط انعقاد آن دانسته می‌شود. از سوی دیگر، اخذ گواهی عدم امکان سازش و ثبت واقعه طلاق و رجوع، الزامی قانونی بوده و متخلف، مستوجب مجازات است. نوشتار حاضر، به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهد: آیا اِشهاد در انعقاد طلاق موضوعیت دارد یا با تشریفات قانونی آن، قابل جایگزینی است؟ در مورد رجوع چطور؟ نتیجه عدم رعایت تشریفات قانونی مذکور چیست؟ و در مقام پاسخ، با روش توصیفی-تحلیلی، ضمن مقایسه نقش اِشهاد و تشریفات قانونی در ساختار طلاق و رجوع و الزام به آن، با مطالعه مبانی فقهی و اصولی مسئله و عنایت به مقاصد شریعت و اهداف قانون‌گذار، به ارائه تصویری نو و مستند از چارچوب طلاق صحیح و بازترسیم نقش اِشهاد در طلاق و رجوع پرداخته است؛ مستند به ادله‌ای چون، ارشادی بودن امر به اِشهاد، عدم موضوعیت آن، تبعدی نبودن مقوله طلاق، تبدل موضوع در مسئله و هم‌سویی بیشتر با مقاصد شریعت، الزام به رعایت تشریفات قانونی را چهره‌ای روزآمد، منضبط و جامع‌تر از اِشهاد و قابل جایگزینی با آن در طلاق معرفی کرده و طلاق بدون این تشریفات را، هم به دلیل مبعوضیت (از حیث سبب و مسبب) و هم به جهت کامل نبودن اجزا و شرایط، جز در حالت اضطرار، باطل و بی‌اثر می‌داند. همچنین، اِشهاد مذکور در سوره طلاق، به یک معنا، ناظر به کل فرایند جدایی بوده و از همین رو، پس از هر سه فقره (طَلَّقُوهُنَّ، أَمْسِكُوهُنَّ، فَارْقُوهُنَّ)، آمده است، اما به قرینه ادله لزوم احتیاط در فروج و أعراض، از عموم آیه شریفه دست برداشته، معتقدیم که اقتضای احتیاط یادشده، عدم سختگیری در انعقاد یا بازگشت به زوجیت و تحقق رجوع، با کمترین تشریفات است، به خلاف طلاق.

کلیدواژگان:

ثبت رسمی، دلالت نهی بر فساد، گواهی عدم امکان سازش، مقاصد شریعت، نظم عمومی.

* دانشیار، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان

مقدمه

در فقه امامیه، گرفتن شاهد برای طلاق، به معنای جریان صیغه طلاق در حضور دو شاهد عادل (که هم‌زمان، صیغه را بشنوند) شرط صحّت و انعقاد آن است؛^۱ به دیگر سخن، طلاق بدون اِشهاد، گویی شرعاً واقع نشده و اثر آن، که جدایی میان زوجین است، درعالم اعتبار، ایجاد نمی‌گردد؛ در مقابل، فقه اهل سنت، برای اِشهاد در طلاق، چنین نقشی قائل نیست؛^۲ فارغ از اختلاف دو دیدگاه، امروزه براساس قوانین موضوعه، ثبت رسمی طلاق، الزامی قانونی بوده (ماده ۲۰ و ۲۱ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱) و برای تخلف از آن، مجازات تعیین شده است. (قانون مجازات اسلامی، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، ماده ۶۴۵؛ قانون حمایت خانواده، ماده ۴۹)^۳ البته قانون‌گذار به موجب ماده ۲۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، جواز ثبت طلاق را نیز در گرو ارائه گواهی عدم امکان‌سازش از سوی دادگاه صالح دانسته است.^۴ در حقیقت، الزام به رعایت تشریفات قانونی در طلاق، ضمانت اجرای کیفری دارد؛ اما این نوشتار عمدتاً به بحث از ضمانت اجرای مدنی آن می‌پردازد. از سویی می‌توان گفت: طلاق بدون رعایت تشریفات قانونی، اثر حقوقی در پی نداشته و زوجیت، همچنان باقی است؛ چه، طلاق بدون تشریفات قانونی چون اخذ گواهی عدم امکان‌سازش و ثبت رسمی، مورد نهی قانون‌گذار است و نهی هم فی‌الجمله،

۱. صدوق، محمدبن علی، *المقنع*، قم: مؤسسه الإمام الهادی (ع)، ۱۴۱۸، ص ۳۴۳؛ مفید، محمدبن محمدبن نعمان، *المقنعة*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰، ص ۵۲۵؛ سیدمرتضی، *الإلتصار*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۵، صص ۱۲۸-۱۲۷.

۲. قرطبی، محمد بن أحمد، *الجامع لأحكام القرآن*، جلد ۱۸، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۳، ص ۱۵۷.
 ۳. ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم (مجازات‌های تعزیری و بازدارنده): «به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع، طبق مقررات الزامی است. چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یک سال محکوم می‌گردد.» ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده: «چنانچه فردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع از ثبت آن تا یک ماه خودداری کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است.»

۴. ماده ۲۴ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱: «ثبت طلاق و سایر موارد انحلال نکاح و نیز اعلام بطلان نکاح یا طلاق در دفاتر رسمی ازدواج و طلاق حسب مورد، پس از صدور گواهی عدم امکان‌سازش یا حکم مربوط از سوی دادگاه، مجاز است.»

موجب بطلان دانسته می‌شود.^۱ درمقابل، این نظر مطرح است که در صورت انعقاد طلاق با شرایط شرعی خود، اثر آن محقق گردیده و عدم ثبت و نیز عدم اخذ گواهی یادشده، به دلیل اخلال در نظم عمومی، تنها مجازات مقرر را در پی خواهد داشت. در نوشتار حاضر به سه پرسش پاسخ داده می‌شود:

اولاً، آیا اِشهاد معهود در انعقاد طلاق، موضوعیت دارد یا با آن دسته از تشریفات قانونی کنونی، که با همان هدف، وضع شده‌اند، قابل جایگزینی است؟ ثانیاً، آیا اِشهاد درمورد رجوع نیز لازم است؟ ثالثاً، تأثیر عدم رعایت تشریفات قانونی مقرر در طلاق، بر صحت آن چیست؟

۱. معنا و چارچوب نکاح و طلاق

اگرچه در لسان برخی فقیهان، نکاح از ضروب عبادات و دارای شائبه عبادت دانسته شده است، طلاق و نکاح در احکام از مقوله معاملات شمرده می‌شوند. نکاح عقدی معاوضی بوده و طلاق ایقاعی تشریفاتی با اثر انحلال و قطع علقه زوجیت است. البته اگر این تحلیل، در تنافی با کارکردهای سازنده نکاح، مثل ایجاد آرامش میان زوجین، ارتقای فضائل اخلاقی در جامعه، جنبه عاطفی رابطه زوجین، تربیت نسل و دانسته شود، می‌گوییم: در عین پذیرش این آثار برای نکاح، نمی‌توان نکاح را از جمله عبادات دانست و در چارچوب و ماهیت حقوقی نکاح، سهمی برای این قبیل موارد قائل بود؛ زیرا موارد یادشده عمدتاً از انگیزه‌ها یا اهداف نکاح محسوب می‌شوند.^۲

طلاق هم در لغت به معنای رهایی است و به زبان فصیح و روان، «لسان طَلِیق» گفته می‌شود.^۳ ابن منظور می‌گوید: «نَعَجَةُ طَالِقٍ: مَخْلَاةٌ تَرَعَى وَحَدَهَا».^۴ براین اساس، معنای لنوی طلاق، رهایی و آزادی از قید است.

۱. مظفر، محمدرضا، *أصول الفقه*، جلد ۱، نجف: دار النعمان، ۱۳۸۶ق، ص ۳۴۶.

۲. موحدی‌محب، مهدی، *تحلیلی بنیادین بر ملاک تمایز میان نکاح و رابطه نامشروع در حقوق اسلامی*، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۷، شماره ۸۱، صص ۱۹۷ و ۱۹۹.

۳. جوهری، اسماعیل، *تاج اللغة و صحاح العربیة*، جلد ۱، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷، ص ۳۹۱.

۴. ابن منظور، جمال الدین مکرم، *لسان العرب*، جلد ۱۰، قم: نشر آدب الحوزة، ۱۴۰۵، صص ۲۲۷-۲۲۶.

در تعریف اصطلاحی و فقهی طلاق هم گفته‌اند: «الطلاق حلّ عقدۀ النکاح الدائمۀ المقتضیۀ للدوام بذاتها»^۱ در حقوق خانواده نیز طلاق را ایقاعی تشریفاتی دانسته‌اند که به موجب آن مرد، زنی را که به‌طور دائم در قید زوجیت او است، به اذن یا حکم دادگاه رها می‌سازد.^۲ در واقع، در طلاق، زوج از حق استمتاع از زوجه به‌طور رسمی و با تشریفات خاصی، اعراض کرده و از این‌رو، طلاق، ایقاع دانسته شده و انشای آن هم برعهده زوج است.^۳ به‌طور خلاصه، در فقه امامیه طلاق صحیح و مؤثر دانسته می‌شود که در آن، مرد بالغ عاقل قاصد مختار، زوجه دائم خود را در دوره پاک، بدون مباشرت در آن به صیغه مخصوص، صریح و منجز در حضور دو شاهد مرد عادل که هم‌زمان صیغه طلاق را بشنوند، طلاق دهد.

۲. مبانی شرعی لزوم اِشهاد در طلاق

محور بحث و استدلال در خصوص اِشهاد در طلاق، عمدتاً آیاتی از سوره مبارکه طلاق است:

«يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ لَكُمْ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا»^۴.

ذیل همین آیات، در روایات نیز به لزوم اِشهاد در طلاق، تصریح و طلاق بدون آن باطل دانسته شده است.^۵

در فهم مراد شارع از آیه شریفه، میان فقیهان امامی و اهل سنت اختلاف است. گروهی به ضروری بودن اِشهاد و برخی به عدم ضرورت آن معتقدند. اعتقاد به ضرورت اِشهاد، اختصاص به

۱. کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *تحریرالمجله*، جلد ۵، قم: المجمع‌العالمی للتقریب، ۱۴۲۶، ص ۸۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۲۷۳.

۳. موحدی‌محب، مهدی، *تبیین استقلال مرد در طلاق براساس ماهیت تملیکی عقد نکاح*، فصلنامه مطالعات اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، سال ۴۶، ۱۳۹۳، شماره پیاپی ۹۹، ص ۱۹۳.

۴. سوره طلاق، آیه ۱ و ۲.

۵. حرّعاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، جلد ۱۵، بیروت: دار اِحیاء التراث العربی، بی‌تا، ص ۲۸۳.

فقیهان امامی نداشته، برخی از معاصران اهل سنت نیز به ضرورت آن درت حقیق طلاق فتوا داده‌اند.^۱

به اجماع فقیهان امامی، هر طلاق که در آن دو مرد عادل حاضر نباشد، باطل است. اما اِشهاد، شرط صحت رجوع نیست. ولیکن بیشتر فقهای اهل سنت قائل‌اند که طلاق بدون اِشهاد عدلین صحیح است، اما در رجوع باید دو مرد عادل شاهد باشند. مستند هر دو گروه، آیه شریفه یادشده (یا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ... و اَشْهَدُوا ...) است. در واقع، منشأ اختلاف این است که عبارت «اَشْهَدُوا ...» به طَلِّقُوهُنَّ (هنگام انشای صیغه طلاق) برمی‌گردد یا به اَمْسِكُوهُنَّ (رجوع) یا به فارقوهن (ترک رجوع)؟ اهل سنت قائل‌اند که متعلق آن، امساک زوجه و رجوع به او است؛ چه، جدایی میان آن دو با خروج از عده و با ترک رجوع انجام می‌شود. اما امامیه معتقد است که لزوم اِشهاد به طَلِّقُوهُنَّ برمی‌گردد؛ چه، موضوع و محور اصلی آیه شریفه، طلاق بوده و سوره هم به همین مناسبت، طلاق نامیده شده است، اما رجوع، جنبه فرعی و تَبَعی دارد و متعلق اِشهاد نیست.

برخی از فقیهان معاصر معتقدند: «از میان این سه احتمال، از احتمال سوم، به آسانی می‌توان گذشت؛ زیرا کسی قائل به آن نشده است؛ چه، اگر عده تمام شود و شوهر هم رجوع نکند، احتیاجی به شاهد نیست. بحث در احتمال اول و دوم است. اهل سنت قائل هستند که قید مزبور به مورد دوم برمی‌گردد و امامیه قائل‌اند که به مورد اول راجع است. البته از نظر قاعده، قید باید به آنی که نزدیک به آن است که همان احتمال دوم است، برگردد. ولی ما می‌گوییم که به محور اصلی برمی‌گردد و آن اینکه در این سوره، بحث رجوع، جنبه تَبَعی دارد و محور اصلی در آن، همان طلاق و احکام آن است. بر همین اساس، نام سوره، سوره طلاق است. بنابراین، قید مزبور به طلاق برمی‌گردد، نه به رجوع.» وی از ابوزههره نقل می‌کند که اِشهاد برای طلاق است، نه برای رجوع؛ زیرا خداوند می‌فرماید: «ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ»؛ یعنی این اِشهاد برای شما مؤمنین نوعی موعظه از طرف خداوند است. او می‌گوید: این آیه شاهد بر این است که دو شاهد مرد را نصیحت کنند تا طلاق انجام نشود آن دو شاهد ببینند که آیا طلاق،

۱. رضوانی، علی‌اصغر، *فقه مقارن*، قم: ذوی القربی، ۱۳۸۹، ص ۶۸۹؛ الانطاکی، احمد امین، *رفع الشقاق فی احکام الطلاق*، حلب: المطبعة المصرية، ۱۳۷۴ ق، ص ۵۷.

آخرین راه حل است یا نه و مرد را نصیحت کنند. این بحث‌ها موجب شده که قانون مصر عوض شود و قائل شوند که برای طلاق باید دو عادل، شاهد باشند. البته آنها در رجوع هم قائل به شهادت دو عادل هستند.^۱

۳. تحلیل نگارنده از آیات در مورد نقش اِشهاد

اولاً رعایت عده طلاق، به عنوان حکمی عام، واجب است: «فَطَّلَقُوهُنَّ لَعَدَّتِهِنَّ»؛ اگرچه ممکن است برخی انواع آن به تخصیص از این حکم خارج شوند (طلاق یائسه، غیرمدخوله و صغیره).

ثانیاً، فرایند طلاق رجعی تنها با اجرای صیغه طلاق، حتی با فرض فراهم بودن دیگر شرایط، به اتمام نمی‌رسد و برای جدایی زوجین لازم است زن بدون رجوع مرد از عده خارج شود. ثالثاً، در خصوص این که لزوم اِشهاد، مربوط به کدام یک از سه فقره پیش گفته (فَطَّلَقُوهُنَّ لَعَدَّتِهِنَّ، اَمْسُكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، فَاَرْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) است، باید گفت: قدر مسلم، فقره نخست است؛ به این معنا که اگر صیغه طلاق، بدون حضور دو شاهد عادل که صیغه طلاق را بشنوند، انشاء شود، طلاق باطل خواهد بود. اگرچه معتقدیم لزوم اِشهاد به یک معنا ناظر به کل فرایند جدایی زوجین است و از همین رو، پس از هر سه فقره مطرح می‌شود. ضمن آنکه فقره سوم، تکمیل کننده یا شرط تأثیر فقره نخست است. در واقع، هدف شارع، به لحاظ ایقاع بودن طلاق، خارج شدن آن از خفا و شخصی بودن نسبت به زوج بوده است. رابعاً، هنگام نزدیک شدن زن به پایان عده، اگر مرد رجوع را برگزیند، فرایند جدایی کامل نشده و طلاق منتفی خواهد بود. اما در صورتی که زن از عده خارج شود، با تکمیل فرایند مذکور زوجیت انحلال می‌یابد. ضمن آنکه به کار رفتن واژه اِمْسَاکِ در آیه نیز بدین معنا است که رجوع در واقع ادامه زوجیت سابق است و در واقع، اراده شوهر در رجوع موقعیت همسری را ایجاد نمی‌کند، بلکه سبب انحلال آن را بر طرف می‌سازد.^۲

۱. سبحانی، جعفر، درس خارج فقه، ۱۳۹۲؛

<https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/osool/91/920231/>

۲. کاتوزیان، ناصر، اِیقَاع، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۳۷.

خامساً، در مورد تعلق لزوم اِشهاد به عدم رجوع (فَارْقُوهُنَّ)، به نظر می‌رسد، از آنجا که ترک رجوع، امری عدمی و شهادت بر آن، به نوعی، مواجه با تکلف است. بنابراین، در پایان عده با استناد به اصل عدم رجوع تا اتمام عده، زن از زوجیت مرد خارج شده و در این مرحله فرایند جدایی بدون شاهد کامل می‌گردد؛ مگر آنکه لزوم اِشهاد در این مرحله تکمیل اِشهاد بر صیغه قلمداد شده و لازم دانسته شود؛ چه، جدائی محصول حقوقی صیغه طلاق به ضمیمه عدم رجوع تا پایان عده است. نکته دیگر آنکه چنانچه مرد پس از پایان عده ادعای رجوع به زن در ایام عده را مطرح کند، مشمول قاعده فقهی من مَلِكٌ^۱ نیست و قولش را بدون دلیل نمی‌پذیریم به خلاف اقرار او در زمان عده؛ چه، شرط پذیرش اقرار در این قاعده مالکیت بر عمل حقوقی در زمان اقرار است^۲ و چون پس از انقضای عده امکان رجوع منتفی است، لذا مالکیت بر اقرار به آن هم باقی نمی‌ماند.

سادساً، چنانچه مرد پیش از انقضای عده رجوع را برگزیند، در نگاه نخست، مستفاد از ظاهر آیه شریفه آن است که لزوم اِشهاد به مجموع فرایند طلاق و رجوع بازمی‌گردد. به این معنا که اِشهاد، هم هنگام انشای صیغه طلاق و هم برای رجوع، لازم و شرط صحت تلقی می‌شود. توجیهاط مطرح شده، از قبیل استناد به نام سوره طلاق و تبعی و فرعی بودن بحث از رجوع، در میان مجموعه احکام طلاق^۳ نیز چندان موجه نیست و ذهن را قانع نمی‌کند. از سوی دیگر، در طلاق رجعی، جدایی میان زوجین تنها به وقوع صیغه ایجاد نمی‌شود و برای تأثیر صیغه در جدایی، اتمام عده نیز ضروری است. بنابراین، نمی‌توان این دو را از یکدیگر تفکیک کرد. ضمن آنکه حکمت‌هایی که برای لزوم اِشهاد در طلاق بیان می‌شود، نیز ناظر به کل فرایند آن (صیغه، به ضمیمه سپری شدن عده) است، نه تنها به صیغه طلاق. اما با لحاظ ادله لزوم احتیاط در فروج و أعراض، به عنوان مخصص، لزوم اِشهاد را در مورد آن منتفی می‌دانیم. درحقیقت، به قرینه ادله یاد شده، از ظهور آیه شریفه در لزوم اِشهاد

۱. قاعده فقهی «من ملک شیئاً ملک الإقرار به.» (بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، جلد ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۳، ص ۱۰).

۲. همان، ص ۱۳؛ محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه (بخش قضائی)*، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۱۹۴.

۳. سبحانی، پیشین؛ یعقوبی اصفهانی، سیف الله، *نظام الطلاق* (تقریرات الشیخ السبحانی)، قم: الإمام الصادق (ع)، ۱۴۱۴، ص ۱۳۳.

در خصوص رجوع دست برداشته، معتقدیم: اقتضای لزوم احتیاط در فروج و أعراض در این مسئله، آن است که رجوع همانند نکاح با کمترین تشریفات رخ دهد تا مردم کمتر به سفاح گرفتار شوند. چه، دأب شارع آن است که ایجاد زوجیت یا بازگشت به آن، با کمترین مؤونه و تشریفات رخ دهد؛ درحالی که در ایجاد طلاق، هم دأب شارع بر سخت‌گیری در اسباب آن است و هم احتیاط در مقوله طلاق، دقت مضاعف در اسباب وقوع آن را می‌طلبد تا از حالت شخصی بودن نسبت به مرد خارج شود و مرد نتواند به صرف ادعای طلاق از ایفای وظایف زوجیت، شانه خالی کند. همچنین، نظر به اینکه زن و مرد، مدتی را با عنوان زوجین، با یکدیگر به سر برده‌اند، از این رو لازم است جدایی آنان با تشریفات و دقت بیشتر برگزار شود تا طلاق کمتر در معرض تزلزل، تردید یا انکار واقع شود. این مهم به‌خوبی از موعظه خدای متعال به مؤمنان، پس از امر به اِشهاد در آیه شریفه پیدا است: «ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ».

بنابراین، راقم این سطور اگرچه هم‌سو با اجماع فقیهان امامی، قائل به عدم لزوم اِشهاد در رجوع است، اما نه مستند به اجماع و نه حتی با استدلال به نام سوره طلاق یا فرعی دانستن مسئله رجوع در آیات سوره طلاق، بلکه با استناد به ادله لزوم احتیاط در فروج و أعراض که قرینه رفع ید از ظهور آیات مذکورند. ضمن آنکه هدف از لزوم اِشهاد، آن است که مجموع اقدامات ایقاعی مرد از حالت شخصی و تنها وابسته بودن به ادعای او خارج، و راه سوءاستفاده بسته شود که اقتضای جمع میان الزام مذکور و احتیاط یادشده، عدم سخت‌گیری در بازگشت به زوجیت است. آنچه گفته شد، در مورد وجوب اِشهاد در رجوع بود؛ اگرچه استحباب اِشهاد بر کل فرایند مذکور روشن است.^۱

۴. ارتباط اِشهاد و تشریفات قانونی

باور صاحب این قلم، در خصوص کارکرد اِشهاد در وقوع طلاق و تشریفات قانونی مقرر برای آن، به لحاظ عنایت ویژه به این نهاد حقوقی، به دلیل حفظ حدود الهی و صیانت هرچه بیشتر آن از تردید یا انکار است؛ ضمن آنکه گذر از مجرای دادگاه و ثبت رسمی طلاق، صورت جامع‌تری از

۱. طبرسی، ابو علی فضل بن حسن، *مجمع البیان*، جلد ۵، تهران: ناصر خسرو، ۱۳۶۵، ص ۳۰۶.

اِشهاد در این مورد است، به عنوان ابزار اثبات طلاق، برای انتظام امور و تأمین مصلحت زوجین و مصالح عمومی، در جامعه کنونی، مقرر شده است. بنابراین، تشریفات مذکور می‌تواند جایگزین اِشهاد در طلاق باشد. در ادامه، شواهد این نگاه، مطرح می‌گردد:

۴.۱. ارشادی بودن امر به اِشهاد

از ظاهر آیات شریفه مورد بحث پیدا است که امر به اِشهاد، ارشادی بوده و توجه‌دادن به حکم عقل به لزوم عنایت ویژه به امر طلاق است. گواه این برداشت، تفاوت‌هایی است که نکاح و طلاق با دیگر معاملات دارد و بشر معاصر را هم بر آن داشته که نه تنها در طلاق که در خصوص هر امر خطیر دیگری، تشریفات قانونی ویژه‌ای مقرر دارد و متخلف از آن را به فراخور میزان اخلال در نظم عمومی و متناسب با خدشه‌ای که به نظام حیات مدنی جامعه و مقاصد شریعت وارد می‌شود، به دست مجازات بسپارد. براین اساس و در صورت اثبات ارشادی بودن امر شارع به اِشهاد، منطقاً باید بتوان در راستای تحقق هدف شارع از اِشهاد، آن را به شیوه‌ای متناسب با ابزارها و سبک زندگی هر زمان، اجرا کرد. اساساً لزوم عادل بودن شاهد نیز بیانگر آن است که شارع، درصدد حفظ طلاق، از انحراف، تردید و انکار است. درواقع، از حکم قرآنی لزوم اِشهاد در طلاق استفاده می‌شود که مقصود شارع، لزوم اعلان آن به عنوان واقعه‌ای مؤثر در مناسبات مدنی افراد جامعه بوده است؛ به این معنا که براساس نگاه شارع، طلاق باید به طور خاص، قابلیت استناد داشته باشد و زوجین از آن پس، نسبت به یکدیگر بیگانه شناخته شوند؛ چه، این دو طی عقد نکاح به زوجیت یکدیگر درآمده بودند و مدتی به عنوان زوجین شناخته می‌شدند و آثار زوجیت بر روابط آنان بار می‌شده است. از این رو، لازم است قطع این علقه و رابطه نیز به اعلان و اعلام باشد و به طریقی در اذهان به ثبت برسد تا براساس آن، عنوان و حقوق هر یک به روشنی معلوم باشد. البته چه‌بسا کارکرد عمده شهادت در زمان شارع درخصوص طلاق، جنبه اعلامی آن بوده است؛^۱ چه، در آن زمان در قیاس با ابزارهای اثباتی دیگر همچون کتابت، ملموس‌تر، باورپذیرتر و در روابط خانوادگی و مدنی، شناخته شده‌تر و چه بسا در دسترس‌تر بوده است. ضمن آنکه در زمان کنونی هم کتابت صرف و بدون تشریفات و قالب‌های قانونی و اطمینان‌آور، جنبه اثباتی ضعیف‌تری نسبت به شهادت شهود عادل دارد و چه‌بسا انتساب نوشته‌ای

۱. درخصوص طریقت اِشهاد، و نه موضوعیت آن، در دلیل بعد، به تفصیل بیشتر، سخن خواهد رفت.

به صاحب آن نیز در مقام تردید، با شهادت شهود به باور آمده و به اثبات می‌رسد یا حتی هنگام انعقاد یک عمل حقوقی که مقید به کتابت می‌شود، نیز برای اطمینان از اینکه نوشته در معرض انکار قرار نمی‌گیرد، شاهد هم گرفته و نام و اثر شهود، ذیل قباله می‌آید. با این تحلیل، اِشهاد در طلاق در جامعه کنونی، قابل جایگزینی با فرایند مراجعه به دادگاه خانواده، اخذ گواهی عدم امکان‌سازش با تشریفات خاص خود و در پی آن، ثبت رسمی طلاق به نظر می‌رسد. گو اینکه در فرایند یادشده، همه اقوال و احوال، به‌طور رسمی به قید تحریر و کتابت درمی‌آید، وضعیت روشن‌تر و کامل‌تری در تحقق هدف شارع از لزوم اِشهاد، در زمانه و جامعه کنونی فراهم می‌آید. البته شارع در انعقاد نکاح، امر به اِشهاد نمی‌کند و در فقه امامیه، اِشهاد شرط صحت نکاح نیست.^۱ چه، دأب شارع آن است که برای گرفتار نشدن مردم به سفاح، که با لزوم احتیاط در فروج و أعراض تناسب بیشتری دارد، در خصوص نکاح، سهل‌گیری افزون‌تری داشته باشد؛ اگرچه، در عین باور به عدم لزوم اِشهاد در انعقاد نکاح و رجوع و صحیح دانستن نکاح بدون شاهد یا ثبت رسمی، معتقدیم قانون‌گذار می‌تواند الزاماتی چون ثبت را برای نکاح و رجوع مقرر دارد و متخلف را مستحق مجازات بداند. از سوی دیگر، به جز موارد اضطراری که دسترسی به دادگاه یا ثبت رسمی فراهم نیست، نباید در انعقاد طلاق، به دو شاهد بسنده کرد و آن را به جای تشریفات قانونی پذیرفت و اگر گفته شود که پذیرفتن این جایگزینی، طلاق را در معرض تزلزل و انکار قرار می‌دهد و احتمال تبانی را بیشتر می‌کند، خواهیم گفت: این شرایط، امروزه در مورد شهود هم به نحو دیگری صادق است و چه‌بسا با آسیب‌های بیشتری مواجه باشد.

۴.۲. عدم موضوعیت اِشهاد، در آیه شریفه

طلاق، برای وقوع همانند دیگر اعمال حقوقی، نیازمند قصد انشاء و مقرون‌بودن به چیزی است که دلالت بر آن کند (ماده ۱۹۱ قانون مدنی) و که شارع و قانون‌گذار، بنا به اهمیت آن، فراهم‌بودن شرایط و مقدماتی را به‌ضمیمه صیغه لفظی مخصوص در آن، ضروری دانسته‌اند.^۲ روشن است که اِشهاد، مراجعه به دادگاه و ثبت رسمی برای حصول اطمینان از چاره‌پذیر نبودن

۱. علامه‌حلی، حسن بن یوسف، *تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین*، جلد ۲، قم: دارالایمان، ۱۴۰۹، ص ۱۰۵.
 ۲. همان، ص ۱۷۴؛ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی.

شفاق میان زوجین و احراز شرایط، مقدمات و ارکان طلاق و نیز صیانت از نهاد خانواده و انتظام امور مدنی جامعه است و در شاکله قصد انشای نقشی ندارد.

خدای متعال در آیه شریفه طلاق به اِشهاد بر طلاق دستور داده است؛ بدین روی، وجوب آن فی الجمله مسلم است.^۱ اما نکته قابل توجه آنکه، پس از امر به اِشهاد، آن را نصیحت و موعظه‌ای از جانب پروردگار حکیم برای مؤمنان دانسته و در واقع درصدد توجه‌دادن به اهمیت و امتیاز طلاق نسبت به دیگر اعمال حقوقی است؛ چه، نظر به ارتباط تنگاتنگ آن با مقوله آبرو و نسب، مشمول ادله لزوم احتیاط در فروج و أعراض است و باید از حالت شخصی نسبت به مرد، درآید و به نوعی علنی برگزار شود تا از سوی زوجین و جامعه، در آن به دیده تزلزل، تردید یا انکار نگریسته نشود. از این رو باید هنگام انعقاد، بر وقوع آن شاهد گرفته شود. این نگاه ویژه، از تذکر مکرر به حفظ حدود الهی و لزوم رعایت تقوی و... در این آیات به روشنی پیدا است. بنا بر این قرائن، جنبه اعلامی اِشهاد، مورد عنایت شارع است و موضوعیت ندارد.

چنین می‌نماید که آنچه در تحقق این مهم، نقش محوری و اصیل دارد، نفس اعلان و خروج طلاق از حالت شخصی نسبت به مرد است، اما روش و چگونگی تحقق آن، بسته به شیوه‌ها، ابزارها و شرایط روز جامعه و زمینه‌های اجتماعی هر عصر، می‌تواند متفاوت باشد. براین اساس، تثبیت طلاق می‌تواند، با حاضر شدن زوج یا زوجین در دفترخانه طلاق و انجام تشریفات قانونی و قضایی تأمین شود که چه بسا بخشی از آنها نیز تحمل شهادت بر وقوع طلاق باشد. درحقیقت، شارع و قانون‌گذار به دنبال آن بوده‌اند که طلاق پس از اجرای رسمی حکمیت و هنگامی واقع شود که امیدی به امکان سازش میان زوجین نمانده باشد. چه، از آنجا که این دو مدتی با یکدیگر به سربرده و زوج یکدیگر تلقی می‌شده‌اند، لازم است تا طلاق به گونه‌ای واقع شود که از استحکام بیشتری برخوردار باشد و التزام به آن بیشتر و جدی‌تر تضمین شود؛ گو اینکه طلاق، ایقاع است و در انعقاد آن اراده زن نقشی ندارد. از این رو برای آنکه از حالت سرّی و وابسته بودن به ادعای مرد خارج شود، شرط اِشهاد قرار داده شده تا مرد نتواند به صرف ادعای طلاق، از ایفای وظایف زوجیت، شانه خالی کند. اما این الزام، موضوعیت اِشهاد را ثابت نمی‌کند. الزام قانونی به تحصیل اذن دادگاه و صدور گواهی عدم امکان سازش نیز ساختاری برای اجرای دستور

۱. مظفر، محمدرضا، پیشین، ص ۶۵.

شارع به حکمیت میان زوجین، تلاش برای سازش میان آنان و بخشی از فرایند صیانت از خانواده و حقوق جامعه به شمار می‌رود که نشان از ارادهٔ قانون‌گذار حکیم در نظام‌مند کردن و جلوگیری از به هم‌ریختگی در اجرای احکام خانواده دارد.

بنابراین، در طلاق که پس از صدور گواهی عدم امکان سازش از سوی دادگاه صالح در دفترخانه به ثبت رسیده و استعلامات و نظارت‌های لازم نیز از سوی قانون‌گذار بر آن پیش‌بینی شده است، اصرار بر خصوص اِشهاد به عنوان عنصری مستقل وجهی نخواهد داشت. روشن است که عدول از اِشهاد به ثبت رسمی و تشریفات قانونی و قضایی، نیازمند فراهم بودن چند مقدمه است: یکی اثبات طریقت شهادت برای خارج کردن طلاق از حالت سرّی و شخصی و دیگری، مقبول بودن ثبت رسمی به عنوان ابزار اثباتی جامع‌تر و قوی‌تر. چه، در فرایند ثبت، با استعلامات و تشریفات عدیده، اهداف اِشهاد محقق می‌شود و علاوه بر آن، فوائد دیگری نیز در انتظام امور دارد که چه‌بسا در جامعهٔ کنونی، نفس اِشهاد از آن بی‌بهره است. پیش‌فرض سوم آنکه حاکم جامعه علی‌الأصول باید در اجرای تکلیف ذاتی خود مبنی بر حفظ نظام و انتظام امور، متناسب با ابزارها و مناسبات جدید افراد جامعه از اختیارات متناسب هم برخوردار باشند. منطقی نیست که طلاق‌های زیاد، موقعیت خانواده‌ها را متزلزل کند، تهدیدات، مخاطرات و چالش‌های جدّی برای نظام اسلامی فراهم آورد و این همه، به سوءتدبیر حاکم نیز نسبت داده شود، اما وی نتواند چارچوب طلاق صحیح و مؤثر را متناسب با مختصات زمان و مصلحت خانواده و جامعه، ترسیم و اجرای آن را تضمین کند. با این توجیه که طلاق، ماهیتی شرعی دارد و از دسترس حاکم به دور است. اگر به ضرورت عقلی، اختیارات حاکم در ادارهٔ جامعه فراگیر و مطلق باشد، اساساً قول به تفاوت میان اختیارات حکومتی حاکم معصوم و غیرمعصوم، دارای محصلی معقول نیست.^۱ لازمهٔ این حقیقت، آن است که علاوه بر اختیار وضع ضمانت‌اجراهای کیفی، اختیار وضع ضمانت‌اجرای مدنی هم داشته باشد؛ همان‌گونه که در لزوم ثبت معاملات غیرمنقول، چنین اختیاری برای او مورد مناقشه نیست و قانون‌گذار کسی را مالک می‌شناسد که ملک به نام او در دفتر املاک به ثبت رسیده است.^۲ روشن است که از حیث تأثیر در انتظام امور و ارتباط آن با

۱. امام خمینی، سید روح الله، *البیع*، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰، ص ۴۹۷.

۲. قانون ثبت، ماده ۲۲. اگرچه به رغم وجود ماده ۲۲ قانون ثبت، دادگاه‌ها همچنان به مباحثه‌نامه‌های عادی ترتیب اثر می‌دهند و حتی در برخی از شعب، سند رسمی با تاریخ موخر را با سند عادی با تاریخ مقدم باطل اعلام کرده‌اند. ←

قضیه عقلی لزوم حفظ نظام،^۱ اگر طلاق مهم‌تر از معاملات غیرمنقول نباشد، دست‌کم با آن برابر است. براین اساس، حاکم باید بتواند از تاریخ مشخصی اعلام کند که وقوع طلاق صحیح و مؤثر، نیازمند تحصیل گواهی عدم امکان‌سازش از مرجع قضایی و در پی آن، با تشریفات و مقررات ویژه قانونی، ثبت در دفتر رسمی طلاق است که لازمه عقلی و قطعی آن، بطلان طلاق خارج از این مجرا خواهد بود. البته می‌توان بنا به صلاحدید قانون‌گذار، میان بطلان این طلاق و ضمانت‌اجرای کیفری جمع کرد.

۴.۳. تبعیدی نبودن مقوله طلاق

ثبت رسمی و صدور سند رسمی در معاملات، جنبه اثباتی دارد و در جامع کنونی برای حفظ نظم عمومی و جلوگیری از بروز بزه‌های جعل، کلاهبرداری، فروش مال غیر و ... بسیار سودمند، بلکه ضروری است. با تحلیل و بررسی رویه شارع در خصوص معاملات، مشاهده می‌کنیم که معاملات نوعاً امضایی است و در این حوزه، کمتر با تأسیس مواجهیم. به این معنا که پیش از ظهور اسلام نیز بیع، اجاره، نکاح، طلاق و انواع معاملات متداول بوده است؛ اگرچه شارع در برخی موارد، مثل اعلام بطلان نکاح شغار، نکاح شرکت یا نهی از معامله ربوی و حرمت تحصیل مال از آن طریق، دست به تصحیح زده است.

ممکن است این ایراد مطرح شود که أغراض شارع قابل کشف نیست و نمی‌توان به ضرس قاطع، موارد ذکر شده در این مقال را غرض شارع و علت تشریح این حکم دانست؛ چه، استنباط وهمی یا ظنی علت، نمی‌تواند دستاویز توسعه و تسری احکام به موارد به‌ظاهر مشابه باشد. در پاسخ خواهیم گفت: در عین پذیرش ویژگی‌هایی که در نگاه شارع، به مقوله‌هایی چون، نکاح و طلاق وجود دارد و آن نیز به جهت حفظ قداست خانواده و اهداف متعالی آن است، اما هرگز از مقوله عبادات به معنای اخص آن، دانسته نشده است تا در محدوده اسرار و أغراض خاص آن نتوان به ملاکات آن رسید.

→ اما آنچه سبب مقایسه فرایند طلاق با ماده مذکور است، اینکه در هردو، قانون‌گذار در راستای انتظام امور به درستی، اختیار تصرف و تغییر در اسباب قانونی برای ایجاد آثار حقوقی را متناسب با زمان و لوازم آن برای خود، قائل است. به نظر می‌رسد دست‌کم این نگاه در زمان تصویب قانون یادشده مفروض بوده است.

۱. شریعتی، روح‌الله، *قواعد فقه سیاسی*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۲۵۲.

۴.۴. تغییر حکم به واسطه دگرگونی در موضوع

بی‌تردید زمینه‌ها و بسترهای اجتماعی زمان شارع، نمود روشنی در موضوعات احکام شرعی داشته و در آن مؤثر بوده است. از جمله شهادت دو شاهد که از آن به بیّنه شرعی یاد می‌شود، در زمان شارع، یکی از مقبول‌ترین، بهترین و مطمئن‌ترین روش‌های اثباتی بوده است. در واقع، آنچه در مقام اثبات مهم است، طریقت دلیل برای اثبات قضیه و اقناع دادرس می‌باشد. از این‌رو، طبیعی است که با تغییر روش‌ها و ابزارهای زندگی و دگرگونی ارتباطات در دنیای کنونی، ابزارهای اثبات نیز روزآمد و متناسب با شیوه‌ها و عناصر زندگی اجتماعی تغییر کرده است تا همچنان قابلیت اثباتی خود را حفظ کند. از این‌رو، چندان معقول نمی‌نماید که یک روش و ابزار اثبات، توقیفی و تعبدی دانسته شود؛ چه، تلقی توقیفیت چیزی جز موضوعی پنداشتن قطع یا ظن حاصل از آن دلیل به‌خصوص (مثلاً اِشهاد) نخواهد بود. حال آنکه ادله اثبات جنبه طریقی دارد و اعتبار آن، نوعاً وابسته به میزان اعتقادی است که در وجدان دادرس ایجاد می‌کند^۱ و موضوعیت ندارند که نتوان برای احراز و اثبات، ابزار بهتری را جایگزین آن کرد. بلکه از مختصات قطع یا ظن طریقی، کاشفیت و طریقت آن است.^۲

ساده‌ترین شکل تبدل موضوع، تغییر در میزان قابلیت اثبات در ادله اثبات است که به‌صورت طبیعی در پی تغییر سبک و ابزارهای زندگی فردی و اجتماعی ایجاد می‌شود. در واقع، آنچه در جامعه دیروز، قابلیت اثبات داشت و از رهگذر همین قابلیت، الزاماً هم‌زمان با انشای صیغه طلاق باید دو فرد عادل، شاهد اجرای صیغه طلاق می‌بودند، در جامعه امروز، چه‌بسا قابلیت اثباتی آن تنزل کرده است و همان هدف با اجرای صیغه طلاق در دفترخانه رسمی و البته با استعلامات و تشریفات قانونی و قضائی مقرر، تأمین می‌شود. البته همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، می‌توان حضور دو شاهد را به عنوان بخشی از تشریفات، پیش‌بینی کرد یا طلاق درحضور دو شاهد را تنها در فرض اضطرار یا عدم دسترسی به دادگاه یا ثبت رسمی، مؤثر در جدایی زوجین دانست.

۱. کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۴.

۲. سبحانی، جعفر، *الوسیط فی أصول الفقه*، جلد ۲، قم: الإمام الصادق (ع)، ۱۴۳۰، ص ۱۶.

۴.۵. لزوم احتیاط در فروج و أعراض و هم‌سویی بیشتر با مقاصد شریعت.

ویژگی دیگری که سبب تفاوت نگاه شارع به قواعد نکاح و طلاق شده، آن است که زوجین به نوعی رکن و موضوع نکاح به شمار می‌روند^۱ و این دو، شکل‌دهنده رکن اصلی جامعه، یعنی نهاد خانواده است. از این‌رو، شارع اهتمام ویژه‌ای به این مقوله دارد و امر به احتیاط در فروج و أعراض (والبته در دماء و نفوس) نیز در همین راستا است. اگرچه، اقتضای احتیاط در نکاح با طلاق، اندکی متفاوت است. در نکاح، به خلاف آنچه در بادی نظر ممکن است به ذهن برسد، احتیاط، مقتضی آن است که مجرای انعقاد آن، چندان ضیق نبوده، تا مردم به سفاح گرفتار نگردند.^۲ از این‌رو لزوم اِشهاد در نکاح سبب تضییق مجرای انعقاد آن است و احتمال گرفتار آمدن مردم در سفاح را بیشتر می‌کند که این مطلب در مورد رجوع نیز صادق است. در حالی که اقتضای احتیاط یادشده در خصوص طلاق، تسهیل وقوع و کمتر شدن سخت‌گیری‌های آن نیست، بلکه باید هم‌زمان با انعقاد، دلیل اثباتی مناسبی را نیز با آن همراه گردد تا بدون آن، از سوی شارع و قانون‌گذار به رسمیت شناخته نشود.

رویکرد قانون‌گذار نیز به نکاح و طلاق، اسناد و مسائل حقوقی خانواده، متفاوت است. دفترخانه نکاح و طلاق در انعقاد نکاح، وقوع طلاق، رجوع و ثبت اسناد مرتبط با آن، مستقل از دفاتر اسناد رسمی است؛^۳ در مقام دادرسی و رسیدگی قضایی به دعوی خانوادگی نیز قانون‌گذار، رویه متفاوتی داشته و محاکم ویژه‌ای را به‌رسیدگی به دعوی خانوادگی اختصاص داده است. همچنین، رعایت تشریفات آیین دادرسی در این‌گونه دعاوی، الزامی نیست و حضور مشاور زن، ضروری است.

۵. ضمانت اجرای عدم رعایت تشریفات قانونی در طلاق

عدم رعایت تشریفات قانونی در اسباب مختلف انحلال نکاح، جرم‌انگاری شده و برای آن مجازات پیش‌بینی گردیده است.^۴ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب

۱. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد ۵، قم: داوری، صص ۱۲۱-۱۲۰ (ان الزوجین فی النکاح رکنان بمثابئة الثمن و المثل فی البیع...)

۲. امام خمینی، سید روح الله، پیشین، صص ۱۱۷-۱۱۶.

۳. قانون تشکیل دفاتر ازدواج و طلاق

۴. اسدی، لیلاسادات، *حقوق کیفری. خانواده*، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۲۷۳.

۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام مقرر می‌دارد: «از تاریخ این قانون زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند، بایستی جهت رسیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین از دوطرف که برگزیده دادگاه‌اند (آن‌طور که قرآن کریم فرموده است)، حل و فصل نگردید، دادگاه با صدور حکم گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. دفاتر رسمی طلاق حق ثبت طلاق‌هایی را که گواهی عدم امکان سازش برای آنها صادر نشده ندارند. در غیر این صورت، از سردفتر خا طی سلب صلاحیت به عمل خواهد آمد».

در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز لزوم ثبت واقعه طلاق تأکید شده و برای متخلف مجازات در نظر گرفته شده است. ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مقرر می‌دارد:

«چنانچه فردی بدون ثبت در دفاتر رسمی، به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع از ثبت آن تا یک ماه خودداری کند، ضمن الزام به ثبت واقعه، به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق، استنکاف کند نیز مقرر است.»

همان‌گونه که در مواد قانونی فوق تصریح شده، تخلف از تشریفات مقرر ضمانت اجرای کیفری داری و مستلزم مجازات خواهد بود. اما در خصوص تأثیر عدم رعایت تشریفات مقرر، در صحت آن میان حقوق دانان دو نظر به چشم می‌خورد. گروهی ضمن صحیح دانستن طلاق بدون ثبت رسمی، ثبت را از نظر قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی، لازم شمرده و ترک آن را تنها به عنوان یک عمل مجرمانه یا تخلف در نظر می‌گیرند. اما برخی برای آن در ساختار طلاق نقش ثبوتی قائل‌اند و چنین طلاق را باطل می‌شمرند.^۱ یکی از حقوق دانان معاصر در این مورد می‌نویسد: «ثبت طلاق از شرایط درستی آن نیست و نمی‌توان ادعا کرد که جدایی زن و مرد موکول به ثبت مراتب در دفتر رسمی طلاق است. در عرف مذهبی نیز ثبت طلاق ضرورت ندارد و همین که اراده شوهر به صیغه خاص و نزد دو مرد عادل بیان شد، طلاق واقع می‌شود.»^۲

۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، صص ۳۰۱-۳۰۰ و ۳۲۵.

۲. همان، ص ۳۰۰.

همین پرسش در خصوص الزام به تحصیل اذن دادگاه نیز مطرح است. آیا طلاق با فراهم بودن دیگر شرایط، اما بدون اذن دادگاه واقع می‌شود، باطل است؟ حقوق‌دان یادشده معتقد است: «هنوز محاکم فرصت نیافته‌اند تا در این باره تصمیم قاطع بگیرند. از لحن مواد قانون و گفتگوهای مقدماتی آن به خوبی برمی‌آید که قانون‌گذار نمی‌خواهد طلاق را که بدون اذن دادگاه واقع شده است، نافذ بداند. هدف از وضع قانون، جلوگیری از طلاق‌های بی‌مورد و غیابی و حمایت از حقوق زنان است و رسیدن به این هدف، با بطلان این گونه طلاق‌ها ملازمه دارد.»^۱ وی در پاسخ به این ایراد که چرا قانون‌گذار در این باره تصمیم قاطع و روشن خود را اعلام نکرده؟ می‌نویسد: «گذشته از ملاحظات سیاسی که سبب اجمال‌گویی مقنن شده است، از نظر فنی، قوانین ما در این زمینه چنان‌که باید، تنظیم نشده و از این گونه معایب بسیار دارد.»^۲ به نظر می‌رسد وی با وجود باور به لزوم باطل دانستن طلاق که الزامات شکلی و قانونی در آن رعایت نشده، معتقد است جامعه کنونی و عرف مذهبی، آمادگی و زمینه پذیرش آن را ندارد و از همین رو این مسئله به سکوت و اجمال برگزار شده است. البته به باور نگارنده، الزام به ثبت رسمی و لزوم مراجعه به دادگاه صالح، هردو تابع یک ملاک است؛ اگرچه به منظور نیل به اهداف قانون‌گذار، روزآمد کردن صلاحیت‌ها و مقررات این دو مقوله نیز ضروری است. ضمن آنکه نهی قانون‌گذار از معامله از سه فرض خارج نیست:

الف) در این فرض، نهی از یک معامله، در جهت ارشاد به شرطیت، جزئیت یا مانعیت صورت می‌گیرد؛ به این معنی که قانون‌گذار در قالب نهی از معامله فاقد شرط یا جزئی خاص، درصدد بیان و تفهیم جزئیت، شرطیت یا مانعیت چیزی برای صحت آن معامله است. نتیجه طبیعی مخالفت با این نهی، بطلان آن معامله خواهد بود؛ چه، واضح است که وقتی مولا چیزی را شرط یا جزء آن معامله می‌شمارد، معامله بدون آن را نمی‌پذیرد و مؤثر نمی‌داند. مثل آنکه از معامله بدون صیغه لفظی نهی کرده باشد. در این فرض، مولا در مقام بیان آن است که صیغه لفظی، از جمله شرایط صحت معامله است؛ اما این جزئیت را در قالب نهی بیان می‌کند.

۱. همان، ص ۳۰۱.

۲. همان.

ب) در این حالت، نهی از معامله به انگیزه ردع و منع، صورت گرفته و منشأ آن نیز مبغوضیت آن، نزد شارع است. درحقیقت، ریشه نهی از یک معامله آن است که وقوع آن مورد بغض و انزجار مولا است. این فرض دو صورت دارد: یا نهی از سبب است یا از مسبب. نهی از سببی خاص به این معنا که مثلاً مولا از بیع وقت ندا در روز جمعه نهی می‌کند؛ در این حالت، نفس مسبب (مالکیت مشتری بر مال، به سبب بیع) مورد بغض و انزجار مولا نیست، بلکه مالکیت مشتری با این سبب خاص (بیع در این هنگام) مورد بغض او است. در این حالت، معروف میان اصولیان، عدم فساد معامله است؛ چه، از نگاه عرف، شرع یا عقل، منافاتی میان مبغوضیت سبب خاص و صحت عقد وجود ندارد. مثل حرمت ظهار، که منافی با صحت آن نیست.^۱

به عقیده عده‌ای، نهی از طلاق بدون تشریفات قانونی از این جنس است. درحقیقت، اگر مرد بدون رعایت تشریفات قانونی اقدام به طلاق کند، نظم عمومی جامعه مختل شده، لذا به صلاح دید قانون‌گذار، زوج موظف به ارائه درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش به دادگاه شده است. بنابراین، مورد نهی هر آن چیزی است که به اختلال در نظم جامعه بینجامد، نه خود جدایی، مثل آنکه پدر پسرش را از معامله با فردی فاسدالاخلاق نهی کند که در این مورد، ارتباط با فرد فاسد مورد انزجار است، نه خود معامله. ولی چون هنگام معامله، ارتباط با او ناگزیر است، معامله، مورد نهی قرار گرفته است. بیع هنگام نماز جمعه هم به جهت ایجاد تأخیر در نماز مورد انزجار و نهی بوده، لذا باطل دانسته نشده و مؤثر در ایجاد مالکیت خواهد بود. در بحث پیش‌رو نیز عدم مداخله حاکمیت در طلاق، سبب رواج گسیختگی خانواده‌ها و برهم خوردن نظم عمومی جامعه است. بنابراین، متعلق نهی، اخلال در نظم عمومی جامعه است، نه خود طلاق یا جدایی.

ج) در این فرض، نهی از معامله، به انگیزه ردع و منع از معامله صورت می‌گیرد و منشأ آن نیز مبغوضیت آن معامله نزد شارع است؛ اما متعلق نهی مسبب (مثلاً مالکیت) است، نه سبب (مثلاً، بیع). درواقع، شارع و قانون‌گذار، مالکیت مشتری را امضا نمی‌کند. مثل نهی از معامله ربوی که مولا مال حاصل از آن را سحت و پلید معرفی می‌کند. پیدا است که مالکیت بر مال تحصیل شده از این مجرا، مبغوض او است. بنابراین، مبغوضیت مولا

۱. مظفر، محمدرضا، پیشین، ص ۳۵۴.

نسبت به مسبب (نتیجه و اثر حقوقی معامله)، تسلط شرعی مکلف را بر آن سلب کرده و طبعاً مقتضی فساد خواهد بود.^۱

به نظر می‌رسد، نهی قانون‌گذار از طلاق بدون تشریفات قانونی، در واقع، منطبق بر شکل نخست است (فرض الف). درحقیقت، قانون‌گذار درصدد بیان آن است که طلاق بدون مراجعه به دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان‌سازش و نیز ثبت رسمی، فاقد شرایط کامل برای صحت است. چه، با تحلیل قصد قانون‌گذار و پیشینه آن درمی‌یابیم که مقررۀ مذکور پس از آن به تصویب رسیده که افزایش طلاق‌های بی‌رویه و بدون دقت و تلاش کافی در ایجاد صلح و سازش میان زوجین، یا بدون شرایط و مقدمات شرعی، سبب از هم گسیختگی نهاد خانواده شده و مخاطرات جدی ایجاد کرده بوده؛ از این رو، قانون‌گذار درصدد جلوگیری از ادامه این رخداد و اوضاع بیمار اجتماعی برآمده، ابتدا لزوم ثبت رسمی و پس از مدتی، لزوم مراجعه به دادگاه را وضع کرده است. بنابراین، منطقی است که گفته شود: طلاق بدون تشریفات قانونی مذکور، مبعوض مولا و مورد نهی او، از جهت مسبب (جدایی میان زوجین) هم بوده و طبعاً از این حیث نیز فاقد اثر حقوقی است. یکی از صاحب‌نظران پس از بیان چهار رکن طلاق (مطلق، مطلقه، صیغه و اِشهاد) در این باره می‌نویسد: «باتوجه به این که اکنون طلاق بدون موافقت دادگاه واقع نمی‌شود، اگر کسب موافقت دادگاه را نیز به عنوان رکن پنجم طلاق به‌شمار آوریم چندان بی‌وجه نباشد.»^۲ در واقع، در بحث پیش‌رو، با وقوع طلاق‌های بی‌رویه و بدون طی تشریفات قانونی، نظم عمومی جامعه مختل می‌شود؛ لذا با بی‌اعتباری طلاق بدون تشریفات مذکور، اخلال یادشده منتفی بوده و قانون‌گذار نیز به اهداف خود خواهد رسید. از سوی دیگر، با عنایت به اثبات قابلیت جایگزینی اِشهاد، با تشریفات قانونی و پذیرش اینکه اِشهاد، یکی از اجزای طلاق صحیح و مؤثر در وقوع جدایی است، به این نتیجه می‌رسیم که طلاق بدون رعایت تشریفات قانونی (اعم از اخذ گواهی عدم امکان‌سازش و ثبت رسمی) درعین مبعوض بودن (از حیث سبب و مسبب)، به سبب فقدان برخی از اجزای خود نیز مورد نهی و طبعاً باطل و بی‌اثر خواهد بود.

۱. همان، ص ۳۵۵.

۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۲، ص ۳۸۰.

نتیجه‌گیری

۱. اگرچه از ظاهر آیات شریفه در نگاه نخست، لزوم اِشهاد بر رجوع نیز استفاده می‌شود و اساساً به یک معنا، اِشهاد، ناظر به کل فرایند جدایی زوجین بوده و از همین‌رو، پس از هر سه فقره (طَلَّقُوهُنَّ، اَمْسُكُوهُنَّ، فَارْقُوهُنَّ)، مطرح شده، اما به قرینه ادله لزوم احتیاط در فروج و اَعْرَاض، باید رجوع، همانند نکاح، با کمترین تشریفات واقع شود تا مردم کمتر به سفاح گرفتار آیند. چه، دأب شارع ایجاد زوجیت یا بازگشت به آن، با کمترین مؤونه و تشریفات است؛ درحالی که در طلاق هم دأب او بر سخت‌گیری در اسباب آن بوده و هم اقتضای احتیاط در مقوله طلاق، دقت مضاعف در اسباب وقوع آن است تا از حالت شخصی بودن نسبت به مرد خارج شود و مرد نتواند به صرف ادعای طلاق، از ایفای وظایف زوجیت، شانه خالی کند. همچنین، نظر به اینکه زن و مرد مدتی را با عنوان زوجین با یکدیگر به سر برده‌اند، لازم است تا جدایی آنان با تشریفات و دقت بیشتر برگزار شود، تا طلاق، کمتر در معرض تزلزل، تردید یا انکار باشد.

۲. در مورد تعلق لزوم اِشهاد به عدم رجوع (فَارْقُوهُنَّ)، به نظر می‌رسد، از آنجا که ترک رجوع، امری عدمی و شهادت بر آن به نوعی مواجه با تکلف است، بنابراین در پایان عده با استناد به اصل عدم رجوع تا اتمام عده، زن از زوجیت مرد خارج شده و در این مرحله فرایند جدایی، بدون شاهد کامل می‌گردد؛ مگر آنکه لزوم اِشهاد در این مرحله، تکمیل اِشهاد بر صیغه قلمداد و لازم دانسته شود؛ چه، جدایی، اثر حقوقی صیغه طلاق به ضمیمه عدم رجوع تا پایان عده است.

۳. اِشهاد در طلاق، موضوعیت ندارد و اهداف مورد نظر از آن در جوامع کنونی با پیروی از تشریفات و نظامات مقرر قانونی که ابزاری جامع‌تر و چه بسا قوی‌تر است، محقق می‌شود که البته بخشی از آن می‌تواند تحمل شهادت باشد. بنابراین، در طلاقی که پس از طی تشریفات خاص به ثبت رسیده و استعلامات و نظارت‌های لازم از سوی قانون‌گذار بر آن پیش‌بینی شده، لزومی به اِشهاد به طور خاص، نخواهد بود. با تغییر روش‌ها و ابزارهای زندگی و دگرگونی ارتباطات در دنیای کنونی، ابزارهای اثبات نیز باید روزآمد و متناسب با شیوه‌ها و عناصر زندگی اجتماعی، تغییر کرده تا همچنان قابلیت اثباتی خود را حفظ کند. از این‌رو، چندان معقول نمی‌نماید که یک روش و ابزار اثبات را توقیفی تلقی کرد؛ چه، تلقی توقیفیت

چیزی جز موضوعی پنداشتن قطع یا ظن حاصل از آن دلیل به خصوص نخواهد بود. حال آنکه، ادله اثبات، نوعاً جنبه طریقی دارد و راهی به سمت کشف واقع تلقی می‌شود و موضوعیت ندارند.

۴. آیات مورد بحث، ظهور در ارشادی بودن امر به اِشهاد و توجه دادن به حکم عقل به لزوم توجه ویژه به امر طلاق دارد. گواه این برداشت، تفاوت‌های نکاح و طلاق با دیگر معاملات است که بشر معاصر را هم بر آن داشته که نه تنها در طلاق، بلکه در هر امر خطیر دیگری (از جمله در مالکیت بر اموال غیرمنقول)، تشریفات قانونی ویژه‌ای مقرر دارد و متخلف را به مجازات بسپارد. بنابراین، در راستای تحقق هدف شارع از الزام یادشده، می‌توان آن را به شیوه‌ای متناسب با ابزارها و سبک زندگی هر زمان تغییر داد. اساساً لزوم عدالت شاهد، خود بیان‌گر طریقیّت آن است و اینکه شارع درصدد حفظ طلاق از تزلزل، انحراف، تردید و انکار است.

۵. با پذیرش عدم تفاوت میان اختیارات شارع و قانون‌گذار در امور مرتبط باحفظ نظام، نظم عمومی و امور حاکمیتی، قانون‌گذار می‌تواند به فراخور تغییر ابزارها و شیوه‌های زندگی مدنی، تشریفات ویژه‌ای برای روابط مدنی، مقرر کند و برای آن، ضمانت اجرای مدنی و کیفری وضع نماید. نتیجه این نگاه، بطلان طلاق است که بدون تشریفات مذکور انجام می‌پذیرد؛ گو اینکه جنبه عمومی احکام و حقوق خانواده، سبب اهمیت ویژه و انکارناپذیر آن شده است؛ ضمن آنکه جمع میان ضمانت اجرای مدنی (بطلان) و ضمانت اجرای کیفری (مجازات) نیز امکان‌پذیر است.

فهرست منابع

* القرآن الکریم، تنزیل من ربّ العالمین.

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. اسدی، لیلاسادات، **حقوق کیفری خانواده**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۲. رضوانی، علی اصغر، **فقه مقارن**، قم: ذوی القربی، ۱۳۸۹.
۳. سبحانی، جعفر، **درس خارج فقه**، ۱۳۹۲.
۴. شریعتی، روح الله، **قواعد فقه سیاسی**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
۵. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات**، جلد ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۶. کاتوزیان، ناصر، **ایقاع**، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۷. کاتوزیان، ناصر، **حقوق خانواده**، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۸. محقق داماد، سیدمصطفی، **بررسی فقهی حقوق خانواده**، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
۹. محقق داماد، سیدمصطفی، **قواعد فقه (بخش قضائی)**، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۸۱.

مقاله

۱۰. موحدی محب، مهدی، **تبیین استقلال مرد در طلاق بر اساس ماهیت تملیکی عقد نکاح**، فصلنامه مطالعات اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد، سال ۴۶، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۹۹، صص ۱۹۶-۱۷۷.
۱۱. موحدی محب، مهدی، **تحلیلی بنیادین بر ملاک تمایز میان نکاح و رابطه نامشروع در حقوق اسلامی**، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، بهار ۱۳۹۷، شماره ۸۱، صص ۲۰۹-۱۹۱.

قانون

۱۲. قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱).
۱۳. قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲).
۱۴. قانون مدنی ایران - با آخرین اصلاحیه‌ها، تهران: میزان، ۱۳۹۵.

ب) منابع عربی

کتاب

۱۵. ابن منظور افریقی مصری، جمال الدین مکرم، *لسان العرب*، جلد ۱۰، قم: آدب الحوزة، ۱۴۰۵.
۱۶. امام خمینی، سیّد روح الله، *البیع*، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۰.
۱۷. انطاکی، احمد امین، *رفع الشقاق فی احکام الطلاق*، حلب: المطبعة المصرية، ۱۳۷۴ق.
۱۸. بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهية*، جلد ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۳.
۱۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، *تاج اللغة و صحاح العربية*، جلد ۱، بیروت: دارالعلم، ۱۴۰۷.
۲۰. حرّاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، جلد ۱۵، بیروت: دار إحياء التراث العربی، بی تا.
۲۱. سبحانی، جعفر، *الوسیط فی أصول الفقه*، جلد ۲، قم: الإمام الصادق (ع)، ۱۴۳۰.
۲۲. سید مرتضی (علم الهدی)، علی بن الحسین، *الانتصار*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۵.
۲۳. شهیدثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة*، جلد ۵، تحقیق و تصحیح: سید محمد کلانتر، قم: داوری، ۱۴۱۰.
۲۴. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن بابویه، *المقنع*، قم: مؤسسه الإمام الهادی (ع)، ۱۴۱۸.
۲۵. طبرسی، ابوعلی فضل بن حسن، *مجمع البیان*، جلد ۵، تهران: ناصر خسرو، ۱۳۶۵.
۲۶. علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*، جلد ۲، قم: دارالایمان، ۱۴۰۹.
۲۷. قرطبی، محمد بن أحمد، *الجامع لأحكام القرآن*، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۳.
۲۸. کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجلة*، جلد ۵، قم: المجمع العالمی للتقريب، ۱۴۲۶.
۲۹. مظفر، محمدرضا، *أصول الفقه*، جلد ۲، نجف: دار النعمان، ۱۳۸۶ق.
۳۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان، *المقنعة*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۰.
۳۱. یعقوبی اصفهانی، سیف الله، *نظام الطلاق* (تقریرات الشیخ جعفر سبحانی)، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع)، ۱۴۱۴.

