

ماهیت حقوقی طلاق توافقی در نظام حقوقی ایران^۱

سید محمدتقی علوی^۲

مهدی اشرفی^۳

چکیده

یکی از نهادهای حقوق خانواده و قانون حمایت از خانواده، نهاد طلاق توافقی است. طبق این نهاد زن و شوهر توافق خود را برای انحلال عقد نکاح و نیز حل و فصل تمام وابستگی‌های مالی و مسائل فرزندان مشترک به محکمه خانواده برده، با تحصیل گواهی عدم امکان سازش، زمینه جدایی خود را از یکدیگر فراهم می‌کنند. حقوق خانواده از شرع و فقه اقتباس شده است؛ ولی طلاق توافقی تا آنجا که مورد بررسی قرار گرفته است، از شرع و فقه اقتباس نشده است و در حال افزایش تدریجی قابل توجهی است. ماهیت این توافق به درستی معلوم نیست؛ برخی محققان آن را همان طلاق خلع و مبارات و برخی دیگر نهادی ویژه می‌دانند. در این مقاله سعی شده است ماهیت توافق و مقایسه آن با خلع و مبارات از منظر فقها و حقوق‌دانان به‌طور نظری مورد بررسی قرار گیرد. نظریه مقرون به صواب این است که طلاق توافقی متفاوت با خلع و مبارات است؛ از طرفی خود ماهیت خلع و مبارات در نظر حقوق‌دانان مضطرب و اختلافی است. اکثریت ایشان با پیروی از قانون مدنی آن را طلاق می‌دانند، اما از فحوای کلامشان عقد بودن آن حاصل می‌شود. باید گفت این توافق نه طلاق است، نه فسخ نکاح، بلکه خود دارای احکام و شرایط است و فقط از آثار طلاق تبعیت می‌کند.

واژگان کلیدی

طلاق، طلاق توافقی، خلع، مبارات

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۷/۵/۲۲؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۸/۱

alavi@tabrizu.ac.ir

۲- استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز، آذربایجان شرقی، ایران

۳- دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تبریز آذربایجان شرقی، ایران (نویسنده مسئول)
mehdi.ashrafy.ma@gmail.com

مقدمه

طلاق توافقی را برای اولین بار، قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ به رسمیت شناخت و از آن سال وارد فرهنگ حقوقی کشورمان شد. پس از انقلاب اسلامی این که مغایر با مقررات فقهی به حساب می‌آمد، به بوته فراموشی سپرده شد تا آن‌که با قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۱ دوباره پا به عرصه حقوق خانواده گذاشت. دوباره با تصویب قانون حمایت از خانواده جدید مصوب ۹۱/۱۲/۹ با استناد به ماده ۵۸ آن، قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ به جز بند «ب» تبصره ۶ آن و نیز قانون تفسیر تبصره‌های ۱ و ۶ قانون مذکور مصوب ۱۳۷۳/۶/۳ نسخ شد. این نهاد با تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۲ مجدداً احیا گردید.

اما طلاق توافقی چیست؟ آیا عقدی است که زن و مرد در موجودیت یافتن آن شریکند؟ یا ایقاعی تشریفاتی است که اراده مرد و فدیة زن بدان هستی می‌بخشد؟ یا مجموعه‌ای از هر دو این‌هاست؟ ربط آن با دو تأسیس فقهی خلع و مبارات چیست؟ آیا می‌توان طلاق توافقی را فرزند تازه جان‌گرفته از آبشخور فقه و حقوق و مقتضیات زمان نامید که در عین حفظ ارکان همه این‌ها، ویژگی‌های خاص خود را دارد؟

چنان‌که نام آن حکایت می‌کند، طلاق توافقی مجموعه‌ای است از طلاق به عنوان ایقاعی تشریفاتی که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه، زن را که در قید زوجیت اوست، رها می‌کند. توافق زوجین نیز ساخته‌ای حقوقی است که با تصویب قوانین مورد اشاره متولد شده است. با توجه به این‌که در تاریخ حقوق، بحثی به نام طلاق توافقی وجود ندارد، حقوق ما همچنان به پشتوانه فقه، این توافق را چهره دیگری از طلاق خلع و مبارات می‌داند. ماده ۱۱۴۶ ق.م. در تعریف طلاق خلع بیان می‌دارد: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق بگیرد، اعم از این‌که مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد». در این گونه طلاق، که زن از زندگی زناشویی ناراضی است، برای رهایی خود از قید ازدواج، با پرداخت مالی به شوهر موافقت او را برای طلاق جلب می‌کند. معمولاً در این گونه موارد، زن به قول معروف مهرش را حلال و جاننش را آزاد می‌کند.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

۱- تعریف مبارات

مبارات از مصدر باب مفاعله و مشتق از برائت است و معنی مفارقت می‌دهد (امامی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۶۴) و در جایی دیگر به معنی بیزار شدن از یکدیگر آمده است (صفایی، امامی، ۱۳۹۳، ص ۲۸۹). برخی از حقوق‌دانان به تبع قانون مدنی آن را نوعی طلاق دانسته، بیان می‌دارند که در اصطلاح حقوقی نوعی طلاق است که در ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی بدین صورت تعریف شده است: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد» (امامی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۶۴؛ صفایی، امامی، ۱۳۹۳، ص ۲۸۹). در حالی که مبارات و خلع که در مباحث آتی در این خصوص تفصیلاً به آن خواهیم پرداخت، نه طلاق هستند، نه فسخ نکاح، و خود مانند لعان یکی از موجبات افتراق زوجین می‌باشند که فقط از آثار طلاق تبعیت می‌کنند.

مبارات در لغت به معنی بیزار شدن از یکدیگر است (صفایی، امامی، ۱۳۹۳، ص ۲۸۹) و در اصطلاح حقوقی نوعی طلاق است که ماده ۱۱۴۷ ق.م. در مورد آن بیان می‌دارد: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت عوض باید زاید بر میزان مهر نباشد». در این صورت نیز زن می‌تواند با دادن مالی به شوهر او را حاضر به طلاق کند؛ در این صورت عوض باید زاید بر میزان مهر نباشد. در این‌گونه طلاق، برخلاف نوع پیشین، کراهت و نارضایی از زندگی زناشویی دوجانبه است و از این رو قانون‌گذار مالی را که زن در ازای طلاق به شوهر می‌دهد، محدود کرده و زاید بر میزان مهر را مجاز نشمرده است.

۲- تعریف خلع

خلع اسم مصدر از خَلَع به معنای کندن و برکندن (جامه و غیره) گرفته شده است (معین، ۱۳۸۷، ص ۴۶۳) و به جهت آن‌که در قرآن کریم هر یک از زوجین مادام که رابطه زوجیت برقرار باشد، لباس دیگری قلمداد شده است^۱، جدایی آنها از یکدیگر گویی به منزله درآوردن لباس و

۱- ... هُنَّ لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ... (بقره، ۱۸۷)

کندن آن است که در میان روایات و کلام فقیهان و مسلمانان این جدایی با شرایط خاصی خُلع نامیده شده است.

البته در قرآن از این جدایی با شرایط خاصی به افتدء تعبیر شده است؛ لیکن مفاد آیه‌ای که مستند جواز این نوع جدایی است^۱، در روایات و به تبع آن در کلام فقیهان خُلع نامیده شده است. در اصطلاح فقهی، خُلع آن است که زوجه به دلیل کراهتی که از زوج خویش دارد و بیم مخالفت و نافرمانی شدید او می‌رود، با توافق زوج، مالی را به او می‌بخشد تا از قید زوجیت رها گردد (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۲؛ محقق بحرانی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲۵، ص ۵۵۳).

بنابراین دو عنصر مهم در خُلع وجود دارد: اول، تنفر و کراهتی که زوجه از زوج خویش دارد، به گونه‌ای که دوام زندگی را برای او و شاید هر دو مشکل ساخته و منجر به نافرمانی و معصیت و بی‌توجهی به تکالیف شرعی و قانونی و احساسات و عواطف انسانی می‌شود. دوم، بخشیدن مالی توسط زوجه به زوج تا او را از قید زوجیت رها سازد؛ به گونه‌ای که در زمان عده حق رجوع نداشته باشد.

ماهیت طلاق توافقی از نظر حقوق دانان

بعضی از حقوق دانان بیان می‌دارند که «مفاد توافق زوجین حاکی از اجبار به عدم سازش است و قصد انشا ندارند تا عقد صلح واقع شود، با انصراف یک طرف عدم سازش از بین می‌رود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۵۹).

بعضی دیگر معتقدند «اگر هدف زوج از برهم زدن این قرارداد قصد اضرار باشد، حق فسخ قرارداد وجود ندارد و گرنه رعایت اصل استحکام خانواده ایجاب می‌کند که امکان الزام زوج برای طلاق توافقی ممکن نباشد. براساس مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۴۷ قانون مدنی، خلع و مبارات نوعی طلاق توافقی است، ولی اگر زوجین از یکدیگر کراهت نداشته باشند، چنانچه اصل طلاق که از حقوق مرد است، در مقابل بذل مالی، هبه، مصالحه و یا به عنوان شرط ضمن عقد یا ایقاعی الزامی ایجاد کند، این امر از فروع آن عقد تلقی و لازم‌الاتباع خواهد

۱- ... فلا جناحٌ علیهما فیما افتدت به ... (بقره، ۲۲۹)

بود) (روشن، ۱۳۹۰، ص ۲۵۵).

برخی دیگر معتقدند «در فقه امامیه و قانون مدنی طلاق با توافق پیش‌بینی نشده است؛ زیرا طلاق ناشی از اراده مرد است و حق و اختیار اوست و رضایت یا عدم رضایت زوجه اثری در آن ندارد؛ نه در فقه و نه در قانون، طلاق با توافق متصور نیست» (مهرپور محمدآبادی، ۱۳۵۱، ص ۲۷). برخی از حقوق‌دانان دیگر معتقدند «مقصود از طلاق با توافق در حقوق ما همان طلاق خلع و مبارات است و این طلاق‌ها خود نوعی طلاق توافقی محسوب می‌شوند؛ چون توافق مبنا و انگیزه آن بوده است» (صفایی، امامی، ۱۳۹۳، ص ۲۴۱).

در این میان به نظر می‌رسد مشهور فقها توافق در طلاق و طلاق به عوض را نپذیرفته‌اند و معتقدند چنانچه طلاق فاقد عنصر کراهت زوج باشد، عوض تملیک نشده و طلاق رجعی است و بیان می‌دارد هرگاه شخصی بدون وکالت یا ولایت، به نحو تبرعی مالی را به زوج بذل کند و طلاق زوجه او را درخواست کند، صحیح نیست؛ زیرا اولاً خلع از عقود معاوضی است و نمی‌تواند عوض برای غیر صاحب معوض قرار گیرد و ثانیاً مستفاد از ادله خلع آن است که بذل فدیة توسط زوجه یا وکیل او انجام گیرد، و پرداخت مال توسط شخص دیگر جواز شرعی ندارد؛ البته چنانچه پرداخت مال توسط شخص اجنبی، انگیزه برای طلاق شود و شوهر زن خویش را طلاق دهد، به نظر می‌رسد طلاق صحیح است، ولی این طلاق رجعی خواهد بود، نه خلع (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۱۹). اما دکتر کاتوزیان چنین بیان می‌دارند «توافق طرفین به عنوان مبنای طلاق و اجرای آن مورد استناد قرار می‌گیرد و هیچ‌گاه در ماهیت عمل حقوقی طلاق دخالت ندارد. نباید چنین پنداشت که طلاق به توافق زوجین در زمره عقود است» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۷۲).

در نهایت این‌که هنوز حقوق‌دانان در تشخیص ماهیت حقوقی توافق در طلاق توافقی به اتفاق نظر نرسیده‌اند و اختلاف نظر وجود دارد و لازم است که نظرات فقها در این باره مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

ماهیت طلاق توافقی از نظر فقها

با مطالعه و بررسی منابع فقهی و نظرات فقهی، مشاهده می‌شود که طلاق توافقی در فقه

وجود ندارد و در مورد ماهیت توافق در طلاق توافقی در فقه هیچگونه بحثی در بین فقهای متقدمین و متأخرین مطرح نشده است و اکثر فقهای معاصر آن را نوعی طلاق خلع و مبارات دانسته‌اند. بنابراین، لازم است ماهیت حقوقی خلع و مبارات از منظر فقها مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

ماهیت مبارات از منظر فقها و حقوق دانان

ماهیت حقوقی مبارات را از منظر فقها و حقوق دانان مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم:

۱- ماهیت مبارات از منظر فقها

برخی از فقهای متأخر از جمله فاضل هندی در *کشف‌اللثام (فاضل هندی، ۱۴۰۵هـ ج ۲، ص ۱۶۰)* و صاحب *جواهر* در *جواهرالکلام (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳، ص ۸۱)* مبارات را قسمی از خلع دانسته‌اند. صاحب *جواهر* بیان داشته است که مبارات با خلع از نظر ماهیت فرقی ندارد، مگر در سه جهت:

۱- در مبارات، کراهت از طرفین (هم زوج و هم زوجه) است؛ در حالی که در خلع، کراهت تنها از سوی زوجه است. علاوه بر اجماع، نصوص معتبر نیز بر این مسأله دلالت دارند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳، ص ۸۹).

۲- در مبارات، جایز نیست فدیة بیش از مقدار مهر باشد؛ خواه عین مهر باشد خواه معادل آن؛ در حالی که در خلع چنین شرطی وجود ندارد (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳، ص ۹۴). خلع در مباحث آتی تفصیلاً مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

۳- اجرای صیغه مبارات لزوماً باید منتهی به صیغه طلاق گردد؛ در حالی که در خلع، اختلاف نظر وجود دارد (همی، ص ۹۰ به بعد). در مبحث خلع، نظرات اختلافی را تفصیلاً مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

همچنین برخی دیگر از فقها از جمله شهید ثانی نیز در *شرح‌المعه مبارات* را نوعی از خلع دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۰هـ ج ۶، ص ۱۱۱).

برخی از فقهای متقدم نیز مانند شهید اول در *لمعه (مکی‌العاملی، ۱۴۱۱هـ ص ۱۸۵)* و شیخ

طوسی در مبسوط بین خلع و مبارات اختلافی نمی‌بینند و مبارات را نوعی از خلع دانسته، آن را به معنی عام به کار برده‌اند (طوسی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۳۷۳).
با توجه به این‌که مبارات، طلاق نیست و خود یک باب جدا از طلاق است که در اکثر کتب فقهی باب جداگانه‌ای را به خود اختصاص داده است، هم حقوق‌دانان ما قریب به اتفاق و هم قانون‌گذار در ماده ۱۱۴۵ و ۱۱۴۷ قانون مدنی مبارات را از اقسام طلاق دانسته‌اند.

۲- ماهیت مبارات از منظر حقوق‌دانان

برخی حقوق‌دانان با توجه به ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی، مبارات را طلاق دانسته و بیان داشته‌اند که برای انعقاد طلاق مبارات علاوه بر شرایط اساسی مختص به طلاق، شرایط زیر نیز ضروری است:

الف- کراهت زوجین از یکدیگر: در توضیح آن با توجه به ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی بیان می‌دارند که طلاق در صورتی مبارات است که کراهت از ناحیه زوجین به یکدیگر باشد و چنانچه زن به تنهایی کراهت از شوهر داشته باشد، طلاق خلع است و هرگاه شوهر به تنهایی از زن خود کراهت داشته باشد، طلاق از اقسام خلع و مبارات نیست (امامی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۶۴ و ۶۵).

ب- مقدار فدیة: با توجه به صراحت ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی بیان می‌دارند که در طلاق مبارات، عوضی که زن در مقابل طلاق به شوهر می‌دهد، نباید زاید بر میزان مهر باشد؛ بنابراین ممکن است فدیة در طلاق خلع، عین مهر یا معادل مهر یا کمتر قرار داده شود. مضافاً این را هم بیان می‌دارند که فلسفه این امر آن است که در طلاق مبارات که کراهت از ناحیه زوجین است، دور از انصاف است که برای انحلال نکاح، زن بیش از آنچه مهر قرار داده شده است، بذل نماید (همانجا).

ج- صیغه طلاق مبارات: در صیغه طلاق مبارات، این حقوق‌دان از طرفی در چندین مورد مبارات را طلاق دانسته و از طرفی دیگر بیان داشته است طلاق مبارات به اعتبار آن که در مقابل بذل مال از طرف زن واقع می‌شود، مانند عقد دارای دو طرف است و توافق دو اراده لازم است (امامی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۶۴-۶۵).

مشاهده می‌شود که این حقوق‌دان در یک پاراگراف در مورد مبارات هم از لفظ طلاق استفاده کرده است، که به اتفاق نظر همه حقوق‌دانان طلاق ایقاع است، و هم از لفظ عقد استفاده کرده است و می‌فرماید مبارات مانند عقد دارای دو طرف است و توافق دو اراده لازم است.

برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز به تبع ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی مبارات را نوعی طلاق دانسته و بیان داشته‌اند در این صورت زن می‌تواند با دادن مالی به شوهر او را حاضر به طلاق کند؛ ولی عوض باید زاید بر میزان مهر نباشد و همچنین اضافه کرده‌اند که در این گونه طلاق، برخلاف طلاق خلع، کراهت و نارضایی از زندگی زناشویی دو جانبه است و از این رو قانون‌گذار مالی را که زن در ازای طلاق به شوهر می‌دهد، محدود کرده، زاید بر میزان مهر را مجاز نشمرده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ص ۲۸۹).

به نظر می‌رسد این حقوق‌دان نیز مبارات را به تبع قانون مدنی نوعی از طلاق دانسته است. از فحوای نوشته ایشان که بیان داشته «زن مالی را در ازای طلاق به شوهر می‌دهد»، چنین بر می‌آید که این حقوق‌دان نیز ماهیت مبارات را عقد دانسته است؛ در حالی که ابتدا از طرفی آن را نوعی از طلاق دانسته بود.

برخی دیگر از حقوق‌دانان نیز به پیروی از فقه و قانون مدنی بیان داشته‌اند که طلاق مبارات با طلاق خلع از نظر ماهیت هیچ فرقی ندارد، مگر در سه جهت: اول- در طلاق مبارات، کراهت از طرفین است؛ در حالی که در خلع کراهت تنها از سوی زوجه است.

دوم- در طلاق مبارات، جایز نیست فدیة بیشتر از مقدار مهر باشد؛ خواه عین مهر باشد خواه معادل آن؛ در حالی که در خلع چنین شرطی وجود ندارد.

سوم- اجرای صیغه طلاق مبارات لزوماً باید منتهی به صیغه طلاق گردد؛ در حالی که در طلاق خلع بیان می‌دارند که اختلاف نظر وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۲۷).

این حقوق‌دان به تبع ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی مبارات را نوعی از طلاق دانسته است و از اواخر کلام ایشان که بیان فرموده است «در عوضی که زن باید بدهد» چنین برداشت می‌شود که ماهیت مبارات را عقد می‌داند؛ در حالی که از طرفی مبارات را نوعی از طلاق

می‌داند و به اتفاق همه حقوق‌دانان و فقها طلاق ایقاع است، نه عقد. بنابراین با توجه به نظرات فقها و حقوق‌دانان که قریب به اتفاق مبارات را نوعی از خلع می‌دانند، محوریت بحث را بیشتر در مورد خلع مورد چالش قرار می‌دهیم. همچنین اکثر حقوق‌دانان از طرفی مبارات و خلع را به پیروی از قانون مدنی آن را طلاق می‌دانند و از طرفی دیگر از فحوای کلامشان بر می‌آید که آن را نوعی عقد می‌دانند و چنین برداشت می‌شود که اقوال و نظرات حقوق‌دانان مضطرب و اختلافی است.

ماهیت خلع از منظر فقها و حقوق‌دانان

یکی از راه‌های جدایی زوجین که در مدت عده، زوج حق رجوع به زوجه را نداشته باشد، خلع است. طبیعت این جدایی به گونه‌ای است که از طرفی تمام ارکان و شرایط اساسی عقد، مانند تراضی طرفین یا ایجاب و قبول آنها، در آن لازم است و از سوی دیگر شباهت به ایقاع دارد.

به بیان دیگر، آثار طلاق را که یکی از ایقاعات است، دارا می‌باشد. بدین جهت، همواره در ذهن حقوق‌دانان و فقها سؤال‌های گوناگونی در خصوص ماهیت این عمل حقوقی و آثار آن مطرح بوده و هست که اولاً: خلع، عقد است یا ایقاع؟ ثانیاً: در صورت ایقاع بودن، از مصادیق طلاق است یا فسخ نکاح؟ مهمترین و محوری‌ترین مسأله این است که ماهیت حقوقی خلع چیست؟ پاسخ به این سؤال در توجیه ماهیت حقوقی طلاق توافقی نقش کلیدی دارد؛ به همین دلیل، سعی بر آن است که تعریف و ماهیت حقوقی خلع بیشتر مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

نقد و بررسی ماهیت حقوقی خلع از نظر فقها، نویسندگان حقوقی و

قانون مدنی

همان‌گونه که از تعریف خلع برمی‌آید، این عمل حقوقی با اراده زوج به‌تنهایی واقع نمی‌شود؛ بلکه اراده زوجین در تحقق آن نقش اصلی دارد. به بیان دیگر، این عمل حقوقی مانند طلاق ساده نیست که صرفاً زوج در مورد جدایی تصمیم بگیرد؛ بلکه طرفین با یکدیگر

توافق می‌نمایند که به دلیل عدم تمایل زوجه به ادامه زندگی و کراهتی که از زوج خویش دارد، مالی را به وی ببخشد و او نیز در برابر گرفتن آن مال، زن را به گونه‌ای رها - می‌سازد که در زمان عده قابل رجوع نباشد.

بر این اساس، اراده طرفین به صورت ایجاب و قبول دخالت دارد؛ یعنی یا زوجه پیشنهاد رهایی خویش را در مقابل پرداخت مالی می‌کند و زوج او را قبول می‌نماید، یا بر عکس، زوج پیشنهاد جدایی با پرداخت مال معینی را می‌نماید و زوجه قبول می‌کند. حتی بسیاری تصریح کرده‌اند که ایجاب و قبول مانند سایر قراردادها باید توالی عرفی داشته باشد و الا تحقق نمی‌یابد.

بنابراین، به طرح نظریه‌های فقها و حقوق‌دانان در خصوص ماهیت حقوقی خلع و نقد و بررسی ادله ارائه شده می‌پردازیم و نظریه‌ای را که مقرون به صواب باشد، عرضه می‌کنیم.

۱- نظریه نیاز خلع به طلاق

بنا به نظر برخی فقیهان (طوسی، ۱۴۱۴هـ ج ۴، ص ۴۲۲؛ همو، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۳۴۴؛ عاملی، بی‌تا، ج ۶، ص ۸۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰هـ ج ۲، ص ۷۲۶) پس از توافق زوجین بر جدایی در مقابل پرداخت مالی از سوی زوجه، زوج باید صیغه طلاق را جاری کند و زوجه را طلاق گوید. در غیر این صورت، به صرف توافق، جدایی حاصل نمی‌شود؛ زیرا از طرفی اجماع بر این امر وجود دارد (طوسی، ۱۴۱۴هـ ج ۴، ص ۴۲۲؛ همو، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۳۴۴) و از سوی دیگر در روایتی که موسی بن بکر از امام کاظم علیه السلام نقل کرده است، آن حضرت تصریح فرموده است که باید پس از خلع تا زمانی که زوجه در عده است، طلاق اجرا گردد (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۴۹۰-۴۹۲).

به‌علاوه شیخ طوسی با استناد به آیه ۲۲۹ سوره بقره می‌گوید: اگر جدایی زوجین در عوض مالی که زوجه می‌پردازد و بدون اتمام طلاق هم طلاق محسوب گردد، مستلزم آن

۱- «محمد بن یعقوب، عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد بن سماعة عن جعفر بن سماعة، عن موسی بن بکر، عن العبد الصالح علیه السلام قال: قال علی علیه السلام: المختلعة یتبعها الطلاق مادامت فی العدة».

است که در این آیه تا چهار طلاق رجوع مجاز شمرده شود (طوسی، ۱۴۱۴ هـ ج ۴، ص ۲۲) در حالی که به اتفاق مسلم است که تا سه طلاق صورت نگرفته رجوع جایز و از طلاق سوم ممنوع است. بنابراین، جدایی در عوض مال وقتی طلاق محسوب می‌شود که اجرای طلاق در پی آن می‌آید.

ابن ادریس در تأیید این نظریه به اصل بقای زوجیت استناد می‌کند و می‌گوید: «هر کس مدعی است به صرف خلع جدایی حاصل شود، باید دلیل اقامه کند؛ در حالی که در کتاب و سنت و اجماع دلیلی بر آن نیست و اصل بر بقای زوجیت است» (ابن ادریس، ۱۴۱۰ هـ ج ۲، ص ۷۲۶).

طبق این نظریه، همان‌گونه که بعضی از ایشان تصریح کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۳۴۴، ۳۶۹ و ۳۶۳) (لانه عقد معاوضه کالبیع) و (الرده لا تؤثر فی عقد الخلع) در واقع، دو عمل حقوقی جداگانه ولی مربوط به هم پدید می‌آید. به بیان دیگر، خلع مرکب از دو عمل حقوقی است: اول- قرارداد بین زوجین مبنی بر آن که زوجه به دلیل کراهتی که از زوج خود دارد، مالی را که از مهریه کمتر یا بیشتر یا معادل آن است، به زوج می‌بخشد و در مقابل زوج قبول می‌کند که او را طلاق گوید به نحوی که قابل رجوع نباشد. دوم- بر مبنای توافق، زوج اقدام به طلاق زوجه با اراده خویش می‌نماید و در حال انشای طلاق، زوجه باید در حال طهر و پاکی بوده، دو مرد عادل شاهد بر این امر باشند. بر این اساس خلع، طلاق نامیده می‌شود.

لیکن همان‌گونه که مشهور فقها اظهار نظر کرده‌اند، مستند این گروه ضعیف و خالی از قوت است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص ۷)؛ زیرا اولاً در این مسأله اجماع وجود ندارد و شاید بتوان گفت یکی از مسائل پر اختلاف است، و ثانیاً روایت مورد استناد از حیث سند و دلالت قابل بحث و گفتگوست؛ زیرا در سلسله سند موسی بن بکر وجود دارد که واقفی بوده و در کتب رجال توثیق نشده است (نجاشی، ۱۴۱۶ هـ ص ۴۰۷).

علاوه بر آن، از لحاظ دلالت نیز اجمال دارد و احتمالات گوناگونی در آن وجود دارد که موجب عدم قابلیت استناد به آن می‌گردد. ثالثاً روایات معتبر زیادی وجود دارد که پس از خلع نیاز به اجرای طلاق نیست (جرعاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۴۹۱-۴۹۲ و ۴۹۴-۴۹۵)؛ حتی در برخی از آنها عدم جواز و مشروعیت طلاق پس از خلع استنباط می‌شود. در روایت صحیحی

که حلبی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند، ایشان فرموده‌اند: «عده مختلعه همان عده مطلقه است و خلع او به منزله طلاق است، بدون آن‌که طلاق نامیده شود» (همو، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۴۹۱)؛ در روایت صحیح دیگری سلیمان بن خالد می‌گوید به امام صادق علیه السلام عرض کردم آیا پس از خلع، طلاق زوجه، جایز است؛ ایشان در پاسخ فرمودند که خلع کافی است و اگر حاکمیت جامعه در دست ما بود و بیم اختلاف نمی‌رفت، طلاق را در این صورت جایز نمی‌دانستیم (همو، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۴۹۲)؛^۲

۲- نظریه عدم نیاز خلع به طلاق

به اعتقاد بسیاری از فقیهان، خلع یک عمل حقوقی است که پس از تحقق نیاز به اجرای صیغه طلاق ندارد (عکبری بغدادی، ۱۴۱۰ هـ ص ۵۲۸؛ صدوق، ۱۴۱۵ هـ ص ۳۴۸؛ سلار بن عبدالعزیز، ۱۴۱۴ هـ ص ۱۶۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ هـ ص ۳۳۱؛ حلی، ۱۴۱۸ هـ ج ۷، ص ۳۹۵؛ عاملی، بی‌تا، ج ۶، ص ۸۸۱۷) و به خودی خود موجب جدایی زوجین است و مستند آن علاوه بر ادله‌ای که در رد نظریه اول آورده شد، روایاتی است که خلع را طلاق دانسته و در برخی از آنها تصریح شده است که نیازی به طلاق پس از خلع نیست و یا حتی از بعضی از آنها عدم مشروعیت طلاق استنباط می‌گردد.

این گروه علاوه بر روایاتی که قبلاً نقل شد، به روایت صحیح که اسماعیل بن بزیع از امام رضا علیه السلام نقل می‌کند (حرعاملی، بی‌تا، ص ۴۹۲-۴۹۳)^۳ استناد کرده‌اند، ایشان می‌گوید: «از امام رضا علیه السلام سؤال کردم آیا زنی که در حال طهر و در حضور دو شاهد عادل از طریق خلع از همسر خویش جدا شده، مادامی که طلاق داده نشده است از او جدا می‌شود و به

۱- «عدة المختلعة عدة المطلقة، و خلعها طلاقها من غیر أن یسمى طلاقاً».

۲- «و یاسناده عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن ابن ابي عمیر، عن سلیمان ابن خالد: قلت: أرأیت إن هو طلقها بعد ما خلعها أیجوز علیها؟ قال: ولم یطلقها و قد کفا الخلع، و لو کان الامر إلینا لم نجز طلاقاً».

۳- «عن محمد بن اسماعیل بن بزیع قال: سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن المرأة تباری زوجها أو تختلعه منه بشهادة شاهدين علی طهر من غیر جماع هل تبین منه بذلک أو تكون امرأته مالم یتبعها بطلاق؟ فقال: تبین منه و إن شاءت یرد إلیها ما اخذ منها و تكون امرأته فعلت، فقلت: فأنه قد روی لنا أنها لا تبین منه حتی یتبعها بطلاق، قال: لیس ذلک إذا خلع، فقلت: تبین منه؟ قال: نعم».

بیان دیگر با خلع جدا می‌شود یا نیاز به طلاق دارد؟ حضرت فرمود: جدا می‌شود. ابن بزیع گوید به حضرت گفتم برای ما روایت شده که تا طلاق اجرا نگردد، جدایی حاصل نمی‌شود. حضرت در پاسخ فرمود: در این صورت، خلع نیست؛ و در پایان فرمود: به صرف خلع، جدایی حاصل می‌گردد».

حتی برخی فقهای عامه بر این باورند که نه تنها با الفاظ خاصی که صریح در معنای خلع یا کنایه از آن است، خلع واقع می‌شود، بلکه هر لفظی که با این قصد ابراز شود، موجب جدایی است (جزیری، ۱۴۰۴ هـ.ج.ع، ص ۲۸۶ به بعد). به هر حال، این گروه از فقیهان در کفایت خلع و عدم نیاز به طلاق پس از آن، اتفاق نظر دارند؛ ولی در ماهیت این نوع جدایی وحدت نظر ندارند و به دو گروه تقسیم می‌شوند:

الف- ماهیت فسخ داشتن خلع: به عقیده این گروه، جدایی زوجین از طریق خلع و بدون نیاز به طلاق، فسخ نکاح محسوب می‌شود؛ یعنی زوج با گرفتن مال از زوجه، نکاح را فسخ می‌کند؛ پس طبق این عقیده، خلع فسخ نکاح است. این گروه غیر از روایاتی که خلع را کافی از طلاق می‌داند، مستند دیگری ندارند. این نظریه در میان فقیهان حنبلی مشهور است؛ و لیکن شافعی نیز با وجود آن‌که در کتاب الام آن را طلاق دانسته، در کتاب القدیم فسخ بودن را بیان کرده است (جزیری، ۱۴۰۴ هـ.ج.ع، ص ۲۸۶ به بعد).

علاوه بر آن‌که دلیل بر فسخ بودن خلع وجود ندارد، از مجموع روایاتی که آثار طلاق باین را بر خلع مترتب ساخته است، استنباط می‌شود که خلع نمی‌تواند ماهیت فسخ داشته باشد (حعاملی، بی‌تا، ص ۴۱۷ به بعد)؛ زیرا اولاً در فسخ نیاز به تشریفات خاص مانند پاک بودن زوجه، حضور دو شاهد، نیست؛ در حالی که در خلع به تصریح روایات این شرایط لازم است. ثانیاً در فسخ امکان رجوع نیست؛ زیرا عقد به کلی منحل می‌گردد و علقه زوجیت از بین می‌رود؛ در حالی که در خلع، در صورت رجوع زوجه به مالی که به زوج بخشیده تا زمانی که در عده است، امکان رجوع وجود دارد و علقه زوجیت به کلی پاره نمی‌شود. ثالثاً اگر خلع فسخ باشد، تکرار آن موجب حرمت نکاح نمی‌گردد؛ در حالی که به اتفاق فقها و مفاد آیه قرآن و روایات، خلع از دفعات طلاق محسوب شده، تکرار آن بیش از دو بار موجب حرمت نکاح می‌گردد (حعاملی، بی‌تا، ج ۶، ص ۸۷ به بعد).

بر همین اساس، قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۳۲ مقرر می‌دارد: «در فسخ نکاح، رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است، شرط نیست». بنابراین خلع، فسخ نکاح نیست و این ادعا بدون دلیل است.

ب- ماهیت طلاق داشتن خلع: بسیاری بر این باورند که هر چند به استناد روایات، با وجود خلع نیازی به اجرای طلاق نیست؛ لیکن این عمل حقوقی متکی به اراده زوج است و طلاق محسوب می‌شود و در کیفیت اجرا و آثار، احکام خاص طلاق را دارد. مستند ایشان روایاتی است که خلع را طلاق دانسته است (حرعاملی، همان، ص ۴۱۷ به بعد).

این گروه نیز اتفاق نظر نداشته، تعابیر مختلفی درخصوص این امر دارند؛ یعنی با آن‌که همگان این نوع جدایی را طلاق نامیده‌اند، بعضی از ایشان آن را از عقود معاوضی به حساب آورده (عاملی، بی‌تا، ج ۶، ص ۹۱؛ نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۴؛ بحرانی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۵، ص ۵۸۶) و بطلان فدیة یا متعلق به غیر بودن آن را موجب بطلان خلع دانسته‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۶، ص ۹۶). برخی دیگر، آن را ایقاعی دانسته‌اند که شبیه عقود معاوضی بوده، محتاج به دو طرف و دو انشا است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۳۴۹).

۳- توقف در خصوص ماهیت خلع

برخی فقیهان در خصوص ماهیت خلع فقط به نقل نظرات دیگران پرداخته، از اظهار نظر صریح خودداری کرده‌اند. از این گروه می‌توان محقق حلی صاحب شرایع الاسلام را نام برد که با اشاره به اختلاف نظر موجود، از اظهار عقیده صریح خودداری می‌کند (حلی، ۱۴۰۹ هـ ج ۳، ص ۶۱۱)؛ «هل یقع بمجرد؟ المروی، نعم و قال الشیخ: لا یقع حتی یتبع بالطلاق، ...»؛ نیز در مختصرالنافع در کتاب الخلع و المباره، ص ۲۰۳ می‌گوید: سید مرتضی قائل به آن است که خلع بدون نیاز به طلاق واقع می‌شود؛ ولی شیخ طوسی اجرای طلاق را نیز لازم می‌داند؛ ولی خود ایشان اظهار نظر نمی‌کند (حلی، ۱۴۰۲ هـ ص ۲۰۳). صاحب حدائق نیز بعد از بیان نظرات و روایات، توقف را ترجیح داده، اظهار نظر نمی‌کند؛ هر چند که آن را از عقود معاوضی محسوب می‌کند (بحرانی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۵، ص ۵۶۰، ۵۶۱، ۵۶۲ و ۵۶۳).

تحلیل دکترین حقوقی در خصوص خلع

از مجموع آنچه گفته شد، به خوبی بر می آید که در این موضوع، اقوال فقها بسیار گوناگون و نظریات ارائه شده مختلف است و در واقع توجیه منطقی و غیرقابل خدشه‌ای از ماهیت حقوقی خلع ارائه نشده است. همین تزلزل و اضطراب در آثار نویسندگان حقوق خانواده نیز کم و بیش دیده می شود که ذیلاً به بیان مواردی از آن می پردازیم:

۱- بعضی از حقوق دانان از طرفی خلع را از عقود معاوضی حقیقی قلمداد کرده اند (مامی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۵۷): ولی از سوی دیگر آن را معاوضه حقیقی محسوب نموده اند:

«بستگی بین طلاق و فدیة طوری است که بدون یکی دیگری واقع نمی شود، در این امر فرقی نمی کند که صیغه طلاق خلع به کلمه مشتق از طلاق گفته شود، یا به کلمه مشتق از خلع اکتفا گردد؛ زیرا تفکیک آن دو برخلاف مقصود زن و شوهر است. بنابراین با آن که طلاق ایقاع مستقلی است در مورد خلع، یکی از دو عوض قرار گرفته است و ناچار باید حکم عقد معاوضی را بر آن جاری ساخت» (همان، ص ۵۹). ایشان پس از این بیان، نتیجه می گیرد که با بطلان فدیة طلاق باطل است و تأکید می کند که طلاق خلع مهمتر است و بستگی طلاق و فدیة به یکدیگر مانند بستگی دو مورد عقد معاوضی است و در صورت بطلان فدیة، طلاق خلع واقع نمی شود (همان، ص ۶۰). همچنین در خصوص تأثیر تلف فدیة قبل از قبض به گونه متعارض سخن می گوید؛ یعنی در عین حال که خلع را معاوضه حقیقی محسوب نمی کند و زن را مسؤول بدلی آن مال می داند، از سوی دیگر آن را معاوضه حقیقی به شمار آورده، تلف فدیة قبل از قبض را موجب بطلان طلاق می داند (همان، ص ۶۰-۶۱).

۲- برخی دیگر از حقوق دانان نیز از طرفی خلع را از عقود معاوضی شمرده (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۱۹)، از طرفی دیگر آن را ایقاع دانسته اند و می نویسند: طلاق خلع همانند عقود معاوضی محتاج به اراده طرفین است؛ ولی واقعا معاوضه نیست؛ بلکه از ایقاعات است و همواره با اراده شوهر انجام می گیرد، هر چند که انگیزه اراده وی دریافت مالی از زوجه باشد. به عبارت دیگر، فدیة انگیزه شوهر در طلاق خلع است، نه عوض طلاق. و طلاق خلع یک معاوضه حقیقی نیست تا با بطلان عوض معین باطل گردد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۲۱).

بنابراین ملاحظه می‌کنیم که این نویسنده از طرفی خلع را عقد معاوضی و از سوی دیگر ایقاع می‌داند و آن را به اراده شوهر مربوط می‌داند؛ در حالی که طبق روایاتی که برخی از آنها قبلاً نقل شد و به برخی دیگر اشاره خواهیم کرد، اراده دو طرف قطعاً نقش دارد و حتی گاهی زوج آنچه را که زوجه پیشنهاد کرده است، قبول می‌کند. پس فدیة صرفاً محرک بر بانگیزه‌تر شدن شوهر در طلاق نیست؛ بلکه عوض رهایی زوجه از قید زوجیت است و نتیجه سخن تمام فقهای که خلع را بدون نیاز به اجرای طلاق محقق دانسته‌اند، چیزی جز این مطلب نیست.

۳- به نظر برخی حقوق‌دانان، طلاق خلع به دو عمل حقوقی جداگانه تحلیل می‌شود: الف- ایقاعی که سبب جدایی زن و مرد است. ب- قراردادی که سبب تملک فدیة به شوهر می‌شود و در برابر حق رجوع شوهر را از بین می‌برد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۴۰۱).

به بیان دیگر، خلع مخلوطی از یک عقد و یک ایقاع است؛ یعنی ابتدا قراردادی بین زوجین منعقد می‌شود که به موجب آن، زوجه مالی را به زوج تملیک می‌کند و نیز زوج حق رجوع را از خود ساقط می‌کند و آنگاه زوج با اراده خویش و بدون دخالت اراده زوجه، مبادرت به طلاق می‌نماید. این نظریه الهام گرفته از نظریه اول است که فقهای چون شیخ طوسی بر آن اصرار داشتند که پس از توافق زوجین باید توسط زوج صیغه طلاق جاری گردد.

قانون مدنی ایران نیز خلع را به گونه‌ای تعریف کرده است که این اجمال را برطرف نمی‌سازد. به موجب ماده ۱۱۴۶ ق.م «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق بگیرد؛ اعم از این که مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد». از تعریف مذکور به خوبی بر نمی‌آید که خلع معاوضه است یا ایقاع؟ و در صورت اول، آیا مالی که زوجه می‌پردازد، در مقابل طلاقی است که زوجه به اراده خود به طور مستقل انشا می‌کند؟ یا این که با پرداخت مال خودبه‌خود جدایی حاصل می‌شود و در صورت دوم مالی که زوجه می‌پردازد، چه نقشی در خلع دارد؟

از بررسی نظرات فقها و عقاید نویسندگان حقوقی و قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که ماهیت طلاق خلع در هاله‌ای از ابهام باقی است و نظرات متعارضی در این خصوص

ابراز شده است و از مطالعه آیه کریمه قرآن و روایات رسیده در این خصوص به خوبی استنباط می‌شود که تحلیل‌های ارائه شده خالی از نقص، تعارض و ابهام نیست. واقعیت آن است که آیه ۲۲۹ سوره بقره صرفاً در مقام بیان جواز خلع و افتدا می‌باشد. به موجب این آیه، هرگاه زوجه از زوج خویش تنفر داشته باشد و بیم نافرمانی و عصیان رود، می‌تواند مالی را به زوج خود ببخشد تا او را رها سازد.

همچنین روایاتی که در این خصوص وارد شده است، به اصل جواز خلع تصریح دارد (حرعاملی، همان، ص ۴۸۷ به بعد)؛ و لیکن در کیفیت توافق و تعیین ماهیت آن، روایات مختلف است و همین امر سبب اختلاف نظر در میان فقها و حقوق‌دانان شده است. از طرفی در برخی روایات، خلع نوعی معاوضه است که به صرف توافق و پرداخت مال از ناحیه زوجه و قبول زوج یا پیشنهاد زوج و قبول زوجه به پرداخت مال در مقابل رهاسازی او خلع واقع می‌شود (همان، ص ۴۸۷ و ۴۸۹). در برخی از همین روایات، تصریح شده است که خلع کافی است و نیازی به اجرای طلاق نیست (همان، ص ۴۹۱-۴۹۳) و از سوی دیگر در برخی روایات صرف توافق و پرداخت مال کافی نیست؛ بلکه باید زوج اقدام به انشای طلاق نماید (همان، ص ۴۹۰-۴۹۲).

همان‌گونه که در نقد نظریه اول گفته شد، روایاتی که به استناد آن، پس از خلع، طلاق را لازم دانسته‌اند، از حیث سند و دلالت مخدوش است و مدعا را اثبات نمی‌کند؛ به همین دلیل، مشهور فقها این نظریه را نپذیرفته‌اند و ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی را نیز نمی‌توان این‌گونه تفسیر نمود؛ زیرا دلیلی بر ضرورت اجرای طلاق با وجود توافق زوجین نیست؛ اما روایاتی که خلع را به‌تنهایی کافی دانسته، با وجود آن اجرای طلاق را لازم نمی‌داند و طبق بعضی، آن را مشروع نمی‌داند، از لحاظ تعداد فراوان (همان، ص ۴۸۷-۴۹۳) و از جهت سند و دلالت معتبر و قابل استناد هستند. به همین دلیل، اکثر فقها با وجود خلع نیاز به اجرای طلاق نمی‌بینند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۷-۶؛ بحرانی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۵، ص ۵۵۶ و ۵۸۶؛ صدوق، ۱۴۱۵ هـ ص ۳۴۸؛ عکبری بغدادی، ۱۴۱۰ هـ ص ۸۳۰؛ سلار بن عبدالعزیز، ۱۴۱۴ هـ ص ۱۶۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ هـ ص ۳۳۱؛ حلی، ۱۴۱۸ هـ ج ۷، ص ۳۹۵؛ عاملی، بی‌تا، ج ۶، ص ۸۸۷).

بنابراین، خلع به محض توافق زوجین و پرداخت مال از ناحیه زوجه در مقابل رهاسازی او از قید زوجیت تحقق یافته، موجب جدایی است و نیاز به اجرای طلاق ندارد؛

لکن این توافق آثار طلاق را دارد و برای اجرا نیز باید زوجه در حالت طهر بوده و انجام توافق در حضور دو شاهد عادل صورت گیرد.

زوجه باید عده طلاق را نگه دارد و در این مدت اگر به فدیة رجوع کرد، طلاق رجعی می‌گردد و مانند طلاق از موارد جدایی محسوب می‌شود که تکرار آن بیش از دو بار موجب حرمت نکاح می‌شود و سایر آثار طلاق را دارد. شاید به دلیل آن‌که جدایی آثار طلاق را دارد و در برخی روایات تعبیر شده است که «خلعها طلاقها» با وجود آن که مشهور بر این باورند که خلع به‌تنهایی برای جدایی زوجین کافی است، ولی آن را طلاق محسوب نموده‌اند.

از بررسی روایات چنین استنباط می‌شود که جدایی زوجین به صرف توافق بر جدایی در مقابل پرداخت مال از ناحیه زوجه حاصل می‌شود و نیاز به انجام تشریفات خاص و اجرای صیغه طلاق نیست و این جدایی همان آثار طلاق را دارد. بنابراین دلیلی وجود ندارد که چنین توافقی را طلاق بنامیم و اصولاً تعبیر به طلاق خلع مجازی است؛ با وجود آن که می‌دانیم خلع یک ماهیت حقوقی دو جانبه است که اراده زوجین در ایجاد آن نقش دارد؛ در حالی که طلاق با اراده زوج و بدون نیاز به قبولی و مشارکت زوجه تحقق می‌یابد.

تنها توجیهی که ممکن است برای این نامگذاری شود، آن است که در برخی روایات، خلع را به‌تنهایی برای جدایی کافی دانسته، آن را طلاق نامیده‌اند. ظاهر این تعبیرها به چنان برداشتی منجر شده است؛ لیکن از آنجا که یقین داریم خلع از لحاظ مفهوم و کیفیت انشا با طلاق متفاوت است و این دو نمی‌توانند یک مفهوم و یک عمل حقوقی محسوب شوند، بلکه صرفاً از لحاظ آثار و شرایط انشا یکسان هستند، می‌توان چنین گفت که در آن دسته روایات که خلع به طلاق تعبیر شده است، به لحاظ این مشابهت است و در این بیان، نوعی تشبیه به کار رفته است؛ یعنی روایتی که می‌گوید: «المختلعه خلعها طلاقها» یا «عده المختلعه عده المطلقه» به لحاظ مشابهت زیاد در شرایط و آثار، وجه شباهت و ادات تشبیه حذف شده است که در اصطلاح علم بیان و بدیع، تشبیه بلیغ نامیده می‌شود؛ مانند آن که شخص به واسطه جود و سخاوت زیاد تشبیه به دریا شده، گفته می‌شود دل شما دریاست. این‌گونه تشبیه‌ها در عرف رایج است. می‌توان گفت در این قبیل روایات نیز خلع دقیقاً همان طلاق

نیست؛ ولی چون دارای شرایط و آثار یکسان هستند، از لحاظ این تشابه به یکدیگر تشبیه شده‌اند و ادات تشبیه حذف شده و گفته شده است «خلعها طلاقها».

در نتیجه، خلع در واقع طلاق نیست؛ بلکه به لحاظ آثار و شرایط به منزله طلاق محسوب می‌شود و اطلاق طلاق بر آن مجاز است و نمی‌توان آن را طلاق حقیقی دانست. هر چند که آثار را دارد؛ یعنی طبق معمول راه جدایی زوجین، طلاق و در موارد مشخص، فسخ نکاح است؛ ولی در موردی که تنفر زوجه سبب اختلاف، دلسردی و نافرمانی شود، شارح مقدس به تصریح قرآن و روایات، این طریق را برای جدایی مجاز شمرده است که با توافق حاصل می‌شود. شاهد آن روایاتی است که بیان می‌دارد خلع بدون آن که طلاق نامیده شود، به منزله طلاق مختلعه است (حرعاملی، بی‌تا، ص ۴۹۱ و ۵۰۲)^۱ و در برخی روایت دیگر نیز آمده است که خلع مثل طلاق است (همان، ص ۵۰۲)^۲.

از کلام برخی فقها نیز، هر چند گاهی تعبیر به طلاق نموده‌اند، استنباط می‌شود که خلع از عقود معاوضی بوده، به صرف توافق، جدایی حاصل می‌شود و نیازی به اجرای طلاق نیست. در نتیجه، اطلاق طلاق بر آن، نوعی مجاز و ناشی از شباهت موجود در آثار و شرایط ایجاد آن است. به لحاظ اهمیت این نظر، نظر برخی فقهای بزرگ، که به طور صریح یا ضمنی مؤید این نظر هستند، به اختصار نقل می‌شود:

۱- شیخ صدوق در *المقنع* می‌گوید: «هرگاه از جانب زوجه اظهار تنفر و کراهت از زوج و نافرمانی شدید باشد، جایز است که زوج مالی را از او بگیرد و در اثر این توافق زوجه از او به نحو بائن جدا می‌گردد» (صدوق، ۱۴۱۵هـ ص ۳۴۸).

۲- شیخ مفید در کتاب *المقنعه* می‌گوید: «در خلع، جدایی زوجین با توافق یکدیگر و پس از پرداخت مالی از ناحیه زوجه به زوج واقع می‌شود» (مفید، ۱۴۱۰هـ ص ۱۳۰).

۳- سید مرتضی^۳ تصریح می‌کند که خلع موجب جدایی زوجین به نحو بائن می‌گردد؛

۱- الحلبي عن أبي عبدالله (ع): «عدة المختلعة عدة المطلقة، و خلعها طلاقها من غير أن يسمي طلاقاً».

۲- أبوبصير از امام صادق (ع): «عدة المختلعة عدة المطلقة، و خلعها طلاقها».

۳- «الخلع فرقة بائنة، و ليست كل فرقة طلاقاً و ... أن الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأة و جرى مجرى الطلاق في أنه ينقص من عدد الطلاق».

اما هر جدایی طلاق محسوب نمی‌شود. از این حیث که خلع مانند طلاق از تعداد دفعات مجاز طلاق محسوب می‌شود، به منزله طلاق و جایگزین آن محسوب می‌گردد؛ یعنی به دلیل تشابه در آثار به نحو مجاز طلاق گفته می‌شود. در واقع، طلاق نیست؛ بلکه خود عمل حقوقی مستقلی است (سیدمرتضی، ۱۴۱۷ هـ ص ۲۵۱).

۴- محقق بحرانی نیز به طور مکرر بر این تصریح کرده و می‌گوید: «از روایت حلبی و جمیل بن دراج و عمل ثابت بن قیس در حضور پیامبر ﷺ و روایت دیگری که در این مورد وارد شده است، استنباط می‌گردد که خلع عقد معاوضی است و نیاز به اراده طرفین دارد و با وجود توافق زوجین بر جدایی، پرداخت مال توسط زوجه، خودبه‌خود جدایی حاصل می‌شود و نیاز به اجرای صیغه طلاق نیست؛ حتی از بعضی روایات، عدم مشروعیت طلاق پس از وقوع خلع استنباط می‌شود» (بحرانی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۵، ص ۵۵۸، ۵۶۰، ۵۶۳، ۵۶۵ و ۵۸۵-۵۹۰).

۵- شیخ طوسی نیز در مبسوط: «...لأنه عقد معاوضه کالبيع» خلع را عقد معاوضه مانند بیع دانسته است (طوسی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۳۶۹).

۶- از کلام بسیاری از فقهای که آن را طلاق محسوب کرده‌اند نیز استنباط می‌شود که ایشان نیز خلع را نوعی معاوضه و عقد تلقی می‌کرده‌اند. از تحلیل‌های آنها این امر به خوبی آشکار می‌گردد؛ ولی شاید به دلیل ظاهر روایاتی که تعبیر به طلاق کرده‌اند، آنها نیز الهام گرفته و خلع را طلاق نیز نامیده‌اند.

نکته قابل توجه آن است که در خلع امکان جدایی از طریق توافق به همان مورد خاص (تنفر شدید) محدود می‌باشد و در نتیجه قابل تسری نیست که زوجین هرگاه هر گونه اراده کنند، این‌گونه از یکدیگر جدا شوند. چنانچه به تفصیل بیان گردید و آیات و روایاتی در مورد خلع وجود دارد، خلع فقط در مورد تنفر شدید است و جواز این امر در شرایط خاص و اضطراری است.

براساس مشاهدات در برخی شعب دادگاه خانواده بخصوص در تهران، آمار طلاقهای توافقی در حال افزایش است و برخی از قضات دادگستری نیز معتقدند آمار طلاق توافقی در سالهای اخیر افزایش چشمگیری داشته است.^۱

دو سوم از طلاقهای موجود در کشور توافقی هستند؛ آخرین آمارهای اعلام شده نشان می‌دهد ۸۲ درصد از زوج‌هایی که برای طلاق به دادگاه مراجعه می‌کنند خواستار طلاق توافقی هستند و متأسفانه ظرف ۱۵ دقیقه مجوز جاری شدن صیغه طلاق را از دادگاه می‌گیرند.^۱ به گزارش مهر، زوج جوانی سه ساعت پس از ازدواج تصمیم گرفتند برای طلاق توافقی به دادگاه مراجعه کنند.^۲

یافته‌های پژوهش

همان‌گونه که به تفصیل بیان شد، در خصوص ماهیت خلع اختلاف نظر وجود دارد که به طور اختصار نظریه‌های مطروح به شرح زیر است:

۱- خلع مرکب از دو عمل حقوقی است: اول توافق بر جدایی که در این صورت عقد مرکب از پرداخت مال توسط زوجه و تعهد زوج بر انجام طلاق است. دوم اجرای طلاق توسط زوج که عمل حقوقی یکطرفه و ایقاع است. این نظریه مبنای محکم علمی ندارد و مشهور آن را نپذیرفته‌اند.

۲- خلع یک عمل حقوقی بیش نیست و با تحقق آن، طرفین به نحو بائن از یکدیگر جدا می‌گردند. طرفداران این نظریه به سه دسته تقسیم می‌شوند:

الف- خلع را فسخ نکاح تلقی کرده‌اند و چنان‌که به تفصیل اشاره شد، این نظریه علاوه بر آن‌که دلیلی ندارد، با آثاری هم که برای خلع بیان شده است، سازگار نیست.

ب- خلع را طلاق نامیده‌اند و استناد ایشان به برخی روایاتی است که از خلع تعبیر به طلاق کرده و علاوه بر آن، آثار طلاق را بر خلع نیز مترتب ساخته است. این نظریه نیز هر چند مستند به آثار یکسان خلع و طلاق و ظاهر برخی روایات است، نمی‌تواند دلیل بر طلاق بودن خلع باشد.

ج- خلع را از عقود معاوضی دانسته‌اند که با صرف توافق زوجین بر جدایی در مقابل

۱- پایگاه اطلاع رسانی تبیان www.Migna.ir در تاریخ ۱۳۹۴/۴/۲۵

۱- پایگاه اطلاع رسانی تبیان www.Migna.ir در تاریخ ۱۳۹۴/۴/۲۵

۲- پایگاه اطلاع رسانی تبیان www.Migna.ir در تاریخ ۱۳۹۴/۴/۲۵

پرداخت مالی از ناحیه زوجه حاصل می‌شود و نیاز به تشریفات خاص دیگری علاوه بر حضور دو شاهد و پاک بودن زوجه ندارد. این نظریه که برخی فقها به‌طور صریح و گروه دیگری به‌طور ضمنی پذیرفته‌اند، با ماهیت خلع و کیفیت انشای آن سازگار است.

۳- روایت نبوی است که می‌فرماید: «الطلاق بید من اخذ بالساق»؛ یعنی طلاق به دست شوهر است (نوری، ۱۴۰۸ هـ ج ۱۵، ص ۳۱۱ به بعد) و حتی روایتی است^۱ که از حضرت علی علیه السلام سؤال کردند آیا می‌توان برخلاف آن شرط کرد که طلاق به دست زن باشد؛ امام فرمود: این شرط خلاف سنت است و شرط باطل است (همان، ص ۳۱۱). از این روایت و برخی دیگر از روایات استنباط می‌شود که طلاق فقط در دست مرد است و ایقاع می‌باشد و توافقی که در ضمن طلاق آمده است، یا همان خلع یا مبارات، نمی‌تواند ماهیت طلاق را دگرگون سازد و آن را به عقد تبدیل کند.

در نهایت هنوز بین حقوق‌دانان در تشخیص ماهیت حقوقی توافق در طلاق توافقی اختلاف نظر وجود دارد که به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفت؛ اما چنان‌که به طرح نظریه‌های فقها و حقوق‌دانان در خصوص ماهیت حقوقی خلع و نقد و بررسی ادله ارائه شده پرداختیم، به نظر می‌رسد که توافق را باید از ارکان طلاق توافقی نامید نه توافق قبل از طلاق (جزو شرایط آن) و ماهیت خلع چنان‌که ذکر شد، با توجه به آیات و روایات و نظر اکثر فقها و بعضی حقوق‌دانان، عقد است و توافق از ارکان خلع است با شرایط خاص خود؛ یعنی زوجه‌ای که تنفر و انزجار شدید از شوهر خود دارد، مالی به شوهر خود پرداخت می‌کند و شوهر که طلاق در دست اوست، در مقابل آن، طلاق را اعمال می‌کند و زوجه را از قید زوجیت رها می‌کند. نباید چنین پنداشت که توافق قبل از طلاق توافقی، ماهیت خاصی دارد و مبنای طلاق قرار می‌گیرد. خلع نه طلاق است و نه فسخ نکاح؛ بلکه خود دارای احکام و شرایط است و فقط از آثار طلاق تبعیت می‌کند. در نتیجه، نظر مورد اختیار این است که طلاق توافقی که قانون حمایت خانواده آن را

۱- «الخلع فرقه بائنة، و ليست كل فرقة طلاقاً و ... أن الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأة و جرى مجرى الطلاق في أنه ينقص من عدد الطلاق».

به رسمیت شناخته و شرایط، آثار و ارکان آن را مقرر کرده است، با خلع که در فقه از آن یاد شده است، متفاوت است و طلاق توافقی چندان با فقه سازگاری ندارد. پیشنهاد این است که طلاق توافقی از قانون حذف شده، خلع جایگزین آن شود و ارکان، شرایط، قلمرو و آثار خلع که در فقه مطرح شده است و فقهای متقدم و متأخر به تفصیل در مورد آن بحث و بررسی کرده‌اند، بر آن مترتب گردد و با حقوق اسلام سازگاری داشته باشد. بدیهی است که علت گرایش زوجین به انجام طلاق توافقی و از طرفی پذیرش این امر از طرف قانون‌گذار و سیستم قضایی کشور، پرهیز از اطاله دادرسی در موضوع طلاق و تعیین تکلیف زوجین ناسازگار است.

منابع

قرآن کریم

- ابن ادريس، محمد بن منصور، كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى (۱۴۱۰ هـ)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين، الطبعة الثانية
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيله الى نيل الفضيله (۱۴۰۸ هـ)، قم، مكتبة آية الله العظمی المرعشی النجفی، الطبعة الاولى
- امامی، حسن، حقوق مدنی، (۱۳۹۱)، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ هجدهم
- بحرانی، یوسف، الحدائق الناظره فی احكام العترة الطاهره (۱۴۰۹ هـ)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين، الطبعة الاولى
- بهاءالدين اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن، كشف اللثام (۱۴۰۵ هـ)، قم، مكتبة السيد المرعشی النجفی،
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (۱۴۱۰ هـ)، جامعه النجف الدينيه، الطبعة الاولى
- جزیری، عبدالرحمن، كتاب الفقه على المذاهب الاربعه (۱۴۰۴ هـ)، ترکیه، استانبول، دارالدعوه،
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی (۱۳۷۶)، تهران، انتشارات امیرکبیر
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه (بی تا)، لبنان، بیروت، دار احیاء التراث العربی
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعه فی احكام الشریعه (۱۴۱۸ هـ)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين، الطبعة الاولى
- دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (سلار)، المراسم العلویه فی الاحكام النوبیه (۱۴۱۴ هـ)، قم، المعاونیه الثقافیة للمجمع العاملی لأهل البيت علیهم السلام
- روشن، محمد، حقوق خانواده (۱۳۹۰)، تهران، نشر جنگل
- صدوق، محمد بن علی بابویه قمی، المقنع (۱۴۱۵ هـ)، قم، مؤسسه الامام الهادی علیه السلام، المطبعة اعتماد

صفایی، حسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده (۱۳۹۳)، تهران، نشر میزان، چاپ
سی و هفتم

طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه (۱۳۸۸)، قم، المکتبه المرتضویه، الطبعة
الثانیه

_____ کتاب الخلاف (۱۴۱۴هـ)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین،
لطبعة الجدیده

عکبری بغدادی، محمد بن محمد (شیخ مفید)، المقنعه (۱۴۱۰هـ)، قم مؤسسه النشر الاسلامی
التابعه لجماعه المدرسین، الطبعة الثانیه

علم الهدی، علی بن حسین (سید شریف مرتضی)، مسائل الناصریات (۱۴۱۷هـ)، تهران،
المطبعة مؤسسه الهدی

کاتوزیان، ناصر، خانواده (۱۳۹۲)، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم
کلینی رازی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی (۱۳۶۷)، تهران، دارالکتب الاسلامیه، الطبعة
الثالثه

محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن (۱۳۹۰)، تهران، مرکز
نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم

حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و
الحرام، (۱۴۰۹هـ)، قم، انتشارات استقلال، الطبعة الثانیه

_____ المختصر النافع فی فقه الامامیه (۱۴۰۲هـ)، قم، مؤسسه البعثه، الطبعة الثانیه
معین، محمد، فرهنگ فارسی (۱۳۸۷)، تهران، انتشارات فرهنگ نما با همکاری انتشارات کتاب
آراد، چاپ اول

مکی العاملی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین، (۱۴۱۱هـ)، اللمعه الدمشقیه، قم، منشورات
دارالفکر، الطبعة الاولى

مهرپور محمدآبادی، حسین، طلاق با توافق زوجین در حقوق ایران (۱۳۵۱)، پایان‌نامه
کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران

موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله* (۱۳۹۰)، النجف الاشرف، مطبعه الآداب، الطبعه الثانيه

موسوی خوئی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین المعاملات* (۱۴۱۰هـ)، قم، نشر مدینه العلم - آیه الله العظمی السید الخویی، الطبعه الثامنه و العشرون

نجاشی أسدی کوفی، احمد بن علی، *فهرست اسماء مصنفی الشیعه المشتهر برجال النجاشی* (۱۴۱۶هـ)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، الطبعه الخامسه

نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام* (۱۳۶۷)، تهران، المكتبه الاسلامیه، الطبعه السادسه

نوری طبرسی، حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل* (۱۴۰۸هـ)، لبنان - بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، الطبعه الثانيه

سایتها

<http://www.google.com>

<http://www.Migna.ir>

<http://www.tebyan.ir>