

بررسی ماهیت حقوقی و عناصر و ارکان طلاق خلع و مبارات

سید علی محمد پناهنده
وکیل پایه یک دادگستری

قبل از ورود به اصل موضوع، ابتدا به عنوان مقدمه‌ی بحث مطالبی را در خصوص تعریف طلاق، موجبات و اقسام آن به اختصار ذکر می‌کنیم.

فصل اول - کلیات

مبحث اول) تعریف طلاق

واژه طلاق از نظر لغوی به معنی باز نمودن گره، رها کردن، آزاد کردن و وا گذاشتن است و از لحاظ شرعی عبارت است از زائل نمودن قید نکاح با صیغه مخصوص^(۱).

در خصوص تعریف فوق باید خاطر نشان ساخت که منظور از عبارت «صیغه مخصوص» در تعریف موصوف این است که بدین وسیله فسخ نکاح از طلاق متمایز و مقصود از واژه نکاح در این تعریف نیز نکاح دائم است؛ زیرا انحلال منقطع (متعّه) از طرق دیگری چون بذل مدت و یا انقضای آن صورت می‌گیرد.

برخی از حقوق دانسان^(۲) در تعریف طلاق گفته‌اند «یقاعی است تشریفات که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را

که به طور دائم در قید زوجیت اوست، رها می‌سازد» با توجه به این تعریف می‌توان گفت که اولاً؛ طلاق عملی تشریفاتی است؛ یعنی علاوه بر اعلام اراده‌ی مرد نیاز به حضور دو شاهد عادل داشته و صیغه طلاق نیز باید حتماً خوانده شود. ثانیاً؛ طلاق ایقاع است؛ یعنی به اراده یک طرفه مرد واقع گردیده و اراده زن در آن نقشی ندارد. ثانیاً؛ در شرایط کنونی، طبق مقررات موضوعه طلاق باید به اذن یا حکم دادگاه واقع شود؛ هر چند که اگر این عامل نیز نادیده گرفته شود نمی‌توان طلاق را غیر شرعی دانسته و به طلاق آن رأی داد. رابعاً؛ طلاق وسیله‌ای جهت انحلال نکاح دائم است در صورتی که جهت انحلال نکاح موقت باید به روش‌های دیگری غیر از طلاق تمسک جست.

مبحث دوم) شرایط طلاق و ارکان آن
طلاق در واقع دارای چهار رکن است که عبارتند از:

۱- مَطْلِق (طلاق دهنده)

۲- مَطْلُقه (طلاق داده شده)

۳- صیغه طلاق

۴- اشهاد

البته در وضعیت فعلی می‌توان رکنی دیگر یعنی صدور گواهی عدم امکان سازش از سوی دادگاه را نیز به آن اضافه نمود.

۱- شرایط طلاق دهنده

طبق ماده (۱۱۳۶) قانون مدنی، طلاق دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد که به دلیل اختصار از توضیح این موارد خودداری می‌شود.

۲- شرایط مطلقه

الف) پاک بودن زن، طبق ماده (۱۱۴۰) قانون مدنی. طلاق زن در مدت عادت زنانگی و در حال نفاس صحیح نیست، نفاس حالتی است مانند عادت زنانگی که هنگام زایمان و مدتی بعد از آن در زنان پیدا می‌شود و مدت آن حداکثر ده روز بعد از زایمان است.

ب- طلاق باید در طهر غیر موقه باشد.

ماده (۱۱۴۱) قانون مدنی می‌گوید «طلاق در طهر موقه صحیح نیست مگر این که



زن یائسه یا حامل باشد.»

۳- صیغه طلاق

در خصوص صیغه طلاق گفته شده که صرفاً باید از واژه طلاق و مشتقات آن استفاده شود. فقها معتقدند^(۳) که باید فقط از اسم فاعل کلمه طلاق (طالق) استفاده شود اما در مورد این که آیا باید صیغه طلاق فقط به زبان عربی بیان شود یا خیر اختلاف نظر وجود دارد؛ طبق نظریه مشهور بیان آن به زبان غیر عرب فاقد اشکال است و طبق ماده (۱۱۳۵) قانون مدنی طلاق باید مُنَجَز باشد.

۴- اَشْهَاد

بنابر آیات و روایات وارده صیغه طلاق باید در حضور دو مرد عادل به عنوان شاهد بیان شود و ماده (۱۱۳۴) قانون مدنی بر این امر دلالت دارد.

مبحث سوم) موجبات طلاق

این موجبات عبارتند از:

الف) اراده مرد

ب) درخواست زن

ج) توافق طرفین برای طلاق

الف) اراده مرد

طبق ماده (۱۱۳۳) قانون مدنی «مرد هر وقت که بخواهد می تواند زن خود را طلاق دهد» البته این اختیار به موجب ماده (۸) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ خورشیدی تعدیل شد و تبصره "۲" ماده (۳) قانون دادگاه های مدنی خاص برای جلوگیری از سوء استفاده مرد از این اختیار، ارجاع به داور و سعی در سازش زوجین از این طریق و لزوم اجازه دادگاه را در صورت عدم حصول سازش برای طلاق مقرر نمود و ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مورخ ۷۰/۱۲/۲۸ مصوب مجتمع تشیخ مصطلحت نیز بر لزوم اجازه دادگاه جهت طلاق تأکید نمود؛ لذا با توجه به قوانین مذکور می توان گفت که در حال حاضر اراده مرد به تنهایی و بدون حکم دادگاه

در مال حاضر اراده مرد به تنهایی و بدون کمک دادگاه کافی برای طلاق نیست و این مصلحتی است که قانون جهت بقای خانواده و جلوگیری از خودسری مرد در این زمینه اندیشیده و به قول یکی از محقق دانان می توان آن را یک قاعده حقوقی جدید در حقوق ایران دانست

کافی برای طلاق نیست و این مصلحتی است که قانون جهت بقای خانواده و جلوگیری از خودسری مرد در این زمینه اندیشیده و به قول یکی از حقوق دانان می توان آن را یک قاعده حقوقی جدید در حقوق ایران دانست.^(۴)

ب) طلاق به درخواست زن

طبق ماده (۱۱۲۹) قانون مدنی، خودداری شوهر از دادن نفقه و ماده (۱۰۲۹) همان قانون، غیبت مرد در صورتی که به مدت چهار سال مفقودالثر باشد و ماده (۱۱۳۰) قانون مزبور، عسر و حرج از موجباتی هستند که زن به سبب آن ها می تواند درخواست طلاق نماید.

ج) توافق طرفین

ماده (۸) قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ و قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ توافق زوجین را برای طلاق از موجباتی می دانست که دادگاه براساس آن گواهی عدم امکان سازش صادر می کرد. اما تبصره "۲" ماده (۳) لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص هر چند که موارد طلاق را به آن چه که در قانون مدنی و احکام شرع آمده بود، محدود کرد اما از نوعی طلاق با توافق سخن گفته بود که در آن مراجعه به دادگاه را غیر لازم ذکر کرده بود. اما در ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب مجمع تشیخ مصطلحت ۱۳۷۱ از طلاق با توافق سخنی به میان نیامده است. البته در فقه از یک نوع طلاق با توافق تحت عنوان خلع و مبارات سخن به میان آمده است.

مبحث چهارم) اقسام طلاق

به طور کلی از نظر فقها^(۵) طلاق بر دو قسم است:

۱- طلاق بدعت (بدعی) و آن طلاق است که برخلاف شرایط مقرر در شرع انجام گرفته باشد که این نوع طلاق اگر واقع شود، باطل است؛ مانند طلاق زن حائض و مدخوله چه شوهر حاضر باشد چه غایب به شرط آن که مدت آن به اندازه ای نگذشته باشد که از طهر واقعه خارج شده باشد و نیز طلاق زنی که در حالت نفاس است یا طلاق زن مدخوله در طهر واقعه و یا انجام سه طلاق در یک طلاق بدون آن که میان آن ها رجوع واقع شود. البته اگر سه طلاق در یک زمان واقع شود می توان آن را یکی محسوب نمود.

۲) طلاق سنت (سنّی)

و آن طلاقی است که مطابق مقررات و رعایت کامل شرایط شرعی انجام یافته باشد مانند طلاق بائن، رجعی و عدی^(۶)، البته طلاق سنت بر دو قسم است:

الف) طلاق رجعی

ب) طلاق بائن

مطابق ماده (۱۱۴۵) قانون مدنی در موارد ذیل طلاق بائن است:

۱- طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود؛

۲- طلاق یائسه؛

۳- طلاق خلع و مبارات مادام که زوجه رجوع به عوض نکرده باشد؛

۴- سومین طلاقی که بعد از سه وصلت در متوالی به عمل آید؛ اعم از این که وصلت در نتیجه رجوع باشد یا نکاح جدید.

البته طلاق صغیره^(۷) در فقه در شمار طلاق های بائن آورده شده ولی قانون مدنی متعرض این موضوع نشده است. به جز طلاق های فوق بقیه رجعی هستند و با توجه به این که موارد بائن در قانون مدنی احصا شده، می توان نتیجه گرفت اصل در طلاق، رجعی بودن آن است و آن چه احصا

گردیده استثنای اصل است. لازم به توضیح است که در خصوص طلاق هایی که توسط حاکم (دادگاه) واقع می شود، اختلاف نظر وجود دارد بحث در خصوص آن از حوصله این مقال خارج می باشد.

ولی موضوع دیگری که نیازمند توضیح است این است که به استثنای طلاق زوجه غیر مدخوله، یا سسه^(۸) و صغیره، در بقیه طلاق ها اعم از رجعی یا بائن طلاق، دارای عده می باشد و چون در سه نوع طلاق مذکور عده وجود ندارد به محض وقوع طلاق، زن بلافاصله می تواند با مرد دیگری ازدواج نماید و رجوع در این موارد معنی ندارد؛ لذا چنان چه زن و مرد بخواهند مجدداً با هم ازدواج نمایند حتماً بایستی عقد جدیدی منعقد شود. البته مراد از غیر مدخوله در سطور بالا به معنای باکره نیست بلکه زوجه ای است که قبل از وقوع نکاح بدون آن که زوج با وی نزدیکی کرده باشد، او را طلاق دهد بنابراین اگر زوجه ی غیر مدخوله قبلاً شوهر داشته و دخول واقع شده باشد و سپس مطلقه گردیده و بعد از آن ازدواج نموده و لسی زوج کنونی قبل از دخول وی را طلاق داده باشد، غیر مدخوله محسوب گردیده و عده ندارد و طلاق نیز بائن می باشد. اما اگر مردی به مطلقه رجعی خود رجوع کند و قبل از نزدیکی مجدد وی را طلاق دهد مطلقه غیر مدخوله محسوب نخواهد شد؛ چون زوجه قبلاً مدخوله بوده و رجوع از دواج جدید محسوب نمی گردد. لذا در صورت اخیر مدخوله محسوب می شود.

فصل دوم) طلاق خلع و ارکان و عناصر آن

مبحث اول) طلاق خلع از لحاظ لغوی و اصطلاحی

ماده (۱۱۴۶) قانون مدنی می گوید: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می دهد، طلاق می گیرد؛

اعم از این که مال مزبور عین مهر، معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.»

۱ - معنای لغوی و اصطلاحی خلع

واژه خلع بر وزن صلح به ضم «خا» به معنی دوری جستن و به فسخ «خا» به معنی کندن است^(۹) و چون در قرآن کریم زن و شوهر به منزله لباس یک دیگر دانسته شده؛ «هن لباس لکم و انتم لباس لهن»^(۱۰)، لذا جدایی زن از شوهر را به کندن لباس تشبیه کرده اند. در اصطلاح فقه و حقوق خلع به معنی رها ساختن زوجه در قبال بذل مال است.

مبحث دوم) مستندات شرعی طلاق خلع

داستان جمیله دختر سهل و زوجه ی قیس بن ثابت شماسی در عهد رسول اکرم (ص) و دو آیه از قرآن کریم به شرح ذیل از مستندات اصلی طلاق خلع به شمار می آیند.

۱ - ماجرای جمیله بنت سهل

در تفسیر الدار المنثور^(۱۱) در مورد اولین طلاق خلع در اسلام آمده است که جمیله دختر سهل و همسر قیس بن ثابت از شوهرش به لحاظ زشتی چهره اش بدش می آمد. روزی به نزد رسول آمد و عرض کرد اگر چه قیس شوهر من است ولی از او بسیار متنفرم به نحوی که اگر از ترس خدا

نبود آب دهان به صورتش می افکند. امروز نیز او را با عده ای دیدم که به سوی خانه می آیند و در میان آن ها قیس از همه زشت تر بود. او از پیغمبر تقاضا کرد که او را از قید زندگی زناشویی با قیس برهاند. پیامبر به او فرمود آیا حضری چیزی به او بدهی؟ گفت آری. پیامبر فرمود: آیا باغی که قیس مهر تو قرار داده به او بر می گردانی و زن جواب مثبت داد. پیامبر فرمود تا قیس را حاضر کردند و به او فرمود باغی را که مهر همسرت قرار داده ای به تو بر می گرداند و تو او را طلاق ده و قیس نیز چنین کرد. البته در روایت آمده که جمیله گفت چیزی بیشتر از باغ حاضرم به او بدهم ولی پیامبر قبول نکرد و فرمود همان کافی است. از این دادستان عده ای نتیجه می گیرند که در طلاق خلع این امکان وجود دارد که بتوان شوهر را ملزم به طلاق کرد و از جمله شیخ طوسی^(۱۲) در کتاب نهاییه می گوید گر زوجه شدیداً مایل به طلاق بود و نفرت شدید خود را از زندگی اعلام کرد، بر شوهر واجب است او را طلاق خلع دهد؛ یعنی مالی از او بگیرد و او را مطلقه سازد ولی دیگر فقها این نظریه شیخ را نپذیرفتند و تاکنون نیز چنین بوده که زن باید با دادن مالی شوهر را به طلاق راغب

سازد و الزام او مورد نظر نبوده است. غیر از داستان فوق دو آیه از قرآن کریم در مورد مشروعیت طلاق خلع آورده شده از جمله: **الف)** آیه ۲۲۹ سوره بقره: «لایحل لکم ان تأخذوا مما آتیتموهن شیئا الا ان یحافا الا یتقیما حدود الله فان خفتم الا یتقیما حدود الله فلا جناح علیهما فیما اقتدت به» «بر شما روا نیست چیزی از کابین زنان را که به آنان داده اید پس بگیرید مگر این که بیم داشته باشید که آیین خدا را انجام ندهند و اگر بیم آن داشته باشید که آیین خدا را نگاه ندارند، باکی نیست که زن کابین خود را برای رهایی از شوهر به وی ببخشد.»

ب) قسمتی از آیه ۱۹ سوره نسائی فرماید: «ولا تعضوهن لتذهبوا ببعض ما آتیتموهن الا ان یتبن بفاحشه مینه» به آن ها سخت نگیرید که چیزی از کابین آنان را به دست آورید مگر این که کار زشتی از آن ها سرزند که بعضی معتقدند مراد از فاحشه مینه عمل زناست و عده ای دیگر عقیده دارند که مراد از آن نشوز است.^(۱۳)

اما شیخ طوسی در تفسیر تبیان از امام صادق (ع) نقل می کند که مراد از فاحشه مینه، مصیبت خدا و ارتکاب گناه «خلال به واجب و عدم اطلاعت است» آیات فوق دلیلی بر خلع است و البته قسمت اخیر آیه ۲۲۹ سوره بقره «فلا جناح علیهما فیما اقتدت به» را که دال بر کراهت زن از شوهر به نحوی که اگر او را طلاق ندهد مرتکب معصیت خواهد شد، دانسته اند.^(۱۴)

به هر حال آیه مزبور و داستان مذکور دلیلی بر مشروعیت طلاق خلع و مستند شرعی آن محسوب می شود.

مبحث سوم) ارکان و عناصر طلاق خلع با توجه به ماده (۱۱۴۶) قانون مدنی می توان گفت در طلاق خلع دو رکن اصلی و اساسی وجود دارد که عبارتند از:

- ۱- کراهت زن
- ۲- فدیة

و از آن جا که صیغه خلع نیز مورد نزاع و اختلاف است، صیغه خلع را نیز به عنوان یکی دیگر (سومین رکن) از ارکان خلع مورد بررسی قرار خواهیم داد.

گفتار اول از مبحث سوم ۱- کراهت

کراهت زن از شوهر: همان گونه که از صراحت ماده (۱۱۴۶) قانون مدنی بر می آید یکی از ارکان اساسی طلاق خلع که بدون وجود آن خلع محقق نمی گردد، کراهت زوجه از زوج است که این کراهت ممکن است ذاتی یا عارضی باشد؛ ذاتی مانند این که زوجه از صورت یا سیرت زوج کراهت و تنفر دارد به نحوی که تحمل او برایش دشوار باشد. عارضی مانند این که زوج در اثر ازدواج با زن دیگری و یا ندادن نفقه و مسایلی از این قبل تنفر و انزجار زوجه را برانگیزد.

اما در خصوص میزان کراهت و تنفر، اختلاف وجود دارد؛ عده ای معتقدند که صرف کراهت کافی نیست و باید به نحوی باشد که اظهار گردد و از رفتار و گفتار زوجه چنین استنباط گردد که اگر شوهر او را طلاق ندهد، مرتکب معصیتی خواهد شد که حداقل آن نشوز خواهد بود و این امر را از آیه ی کریمه (۲۲۹) سوره بقره (فلا جناح علیهما فیما اقتدت به) استنباط نموده اند ولی نظر مشهور علما و فقها این است که صرف اظهار کراهت جهت تحقق خلع کافی است^(۱۵)، البته چنان چه فی الواقع کراهتی

یکی از ارکان اساسی طلاق خلع که بدون وجود آن خلع محقق نمی گردد، کراهت زوجه از زوج است که این کراهت ممکن است ذاتی یا عارضی باشد؛ ذاتی مانند این که زوجه از صورت یا سیرت زوج کراهت و تنفر دارد به نحوی که تحمل او برایش دشوار باشد. عارضی مانند این که زوج در اثر ازدواج با زن دیگری و یا ندادن نفقه و مسایلی از این قبل تنفر و انزجار زوجه را برانگیزد.

وجود نداشته باشد بلکه شوهر با اعمال خود از قبیل آزار و اذیت زن و فحاشی به او و رفتاری از این قبیل سبب شود که زن به اصطلاح مهر را حلال و جان خود را آزاد نماید و یا حاضر شود مالی را به شوهر بدهد تا وی را طلاق دهد؛ در این وضعیت خلع محقق نخواهد شد و گرفتن مال بنا به نص قرآن کریم حرام می باشد و آیاتی که در صفحات قبل مورد اشاره قرار گرفت نیز دلیلی بر تأیید این عقیده می باشد؛ بنا بر این در صورت عدم کراهت زن از شوهر به صرف دادن مالی به شوهر خلع محقق نخواهد شد ولی از آن جا که اثبات کراهت و تحلیل روانی وضعیت زن دشوار است و معمولاً تازن از شوهر کراهت نداشته باشد مالی به او نمی پردازد تا خود را آزاد سازد، می توان گفت که این عمل (دادن مال) و پیشنهاد طلاق از سوی زن قرینه و آماره ای است بر وجود کراهت زن از شوهر و اثبات خلاف این آماره به عهده مدعی یعنی آن کسی است که عدم کراهت و بطلان خلع را ادعا می نماید. البته چنان چه کراهت دو طرفه باشد، طلاق مبارات خواهد بود که در آخر مورد بحث قرار خواهد گرفت.

گفتار دوم) از مبحث سوم: صیغه خلع

خلع دارای ایجاب و قبول است که توسط زوجین یا وکیل آن ها اظهار می شود؛ بدین نحو که زوج می گوید «خلعتک علی کذا» یعنی تو را به این مبلغ خلع کردم و یا می گوید «خالعتک علی کذا» و یا می گوید «زوجتی مختلعه علی اکذا» که همان معنی را می دهد و زن در جواب می گوید «قبلیت» و خلع واقع می شود؛ البته به وکالت نیز می شود صیغه خلع را اجرا کرد. به هر صورت، توالی عرفی ایجاب و قبول باید رعایت شود.

عده ای بر این باورند که صیغه طلاق باید به صیغه خلع ضمیمه شود؛ چون در غیر

این صورت طلاق خلع واقع نخواهد شد و صیغه بدین گونه اجرامی شود که زوج می گوید «خلعتک علی کذا فانک طالق» خلع کردم تو را بدین مبلغ و تو مطلقه ای» و زوجه در جواب می گوید «قبلت» یا این که ابتدا زن بگوید «بذلت لک کذا لتطقتنی» یعنی بخشیدم به تو مقداری مال (یا مهر خود را) تا مرا طلاق دهی و زوج در پاسخ می گوید «خلعتک علی کذا فانک طالق» خلع کردم تو را بدین مبلغ و تو مطلقه ای، البته همان گونه که ذکر شد.

فقها معتقدند که طلاق باید به صیغه مخصوص طلاق واقع شود اما در خصوص صیغه ای که با آن طلاق خلع واقع می شود؛ سه الی چهار نظریه ابراز شده است؛ برخی معتقدند که اجرای صیغه ی مخصوص خلع برای وقوع طلاق لازم است؛ برخی دیگر عقیده دارند که ممکن است طلاق خلع با صیغه طلاق واقع شود و چون کراهت و بذل مال وجود دارد، طلاق خلع خواهد بود و قصد عنوان خلع ضرورت ندارد؛ بعضی بر این باورند که نه صیغه خلع ضرورت دارد نه صیغه طلاق. دکتر لنگرودی^(۱۶) این نظر را درست و ماده (۱۱۶۴) قانون مدنی را مؤید این نظر و محمول بر آن می داند و هم او نظریه ای را که معتقد به اجرای صیغه خلع و طلاق همزمان است، ضعیف و غیر قابل قبول می داند. ما در این نوشتار در پی نقد و تأیید نظریات فوق یا یکی از آن ها نبوده بلکه در پی بررسی این موضوع هستیم که خلع را باید طلاق محسوب کرد یا فسخ نکاح؟ در پاسخ باید متذکر شد که برخی از فقها از جمله شیخ طوسی (علیه الرحمه) بر این باورند که خلع، فسخ نکاح است نه طلاق. این استاد برجسته در این زمینه چنین استدلال می کند که در آیه شریفه «الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان» طلاق رجعی دو بار است و در آن رجوع کردن جایز است پس وظیفه شوهر

فقها معتقدند که طلاق باید به صیغه مخصوص طلاق واقع شود اما در خصوص صیغه ای که با آن طلاق خلع واقع می شود؛ سه الی چهار نظریه ابراز شده است

نسبت به زن یکی از دو چیز است یا نگهداشتن او به خوبی یا رها کردن او به خوشی.

دو طلاق ذکر شده و طلاق سوم هم در آیه شریفه «فان طلقها فلاتحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره». ذکر گردیده؛ بنا بر این اگر قائل شویم که خلع هم طلاق است، قائل به طلاق چهارم شده ایم که آن نیز باطل است. از متأخرین،^(۱۷) علامه اردبیلی در کتاب زبده البیان همین عقیده شیخ طوسی را پی گرفته و می گوید که خلع، فسخ نکاح است. وی عقیده دارد احکام طلاق مانند احتیاج به محلل در صورت وقوع آن در سه بار و حرمت ابدی و در صورت وقوع آن در نه بار و نیز تنصیف مهر در خلع ثابت نیست؛ اما به دلایل ذیل این عقیده قابل پذیرش به نظر نمی رسد؛

اول این که این که طلاق امری تشریفاتی است و در فسخ نکاح نیازی به تشریفات نیست؛ دوم این که در طلاق شرایط خاص در زوجه از قبیل نبودن در طهر مواقعه و نفاس و حیض ضروری است در حالی که در فسخ رعایت این شرایط ضرورتی ندارد و با توجه به حدیثی که محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل می کند مبنی بر این که «لاخلع و لامباراه الا علی طهر من المراه و من غیر جماع و شاهدین» یعنی خلع و مبارات انجام نمی گیرد مگر آن که شرایط طلاق جمع باشد از قبیل پاک بودن، بدون نزدیکی و حضور دو شاهد، می توان نتیجه گرفت که خلع، فسخ نکاح نیست؛ از این ها

گذشته فسخ حقی است برای طرفین در صورتی که طلاق حق شوهر است و مهم تر از همه ی موارد فوق این که در فسخ به طور کلی حق رجوع وجود ندارد؛ در حالی که در خلع چنان چه زن به فدیسه رجوع کند مرد نیز در مقابل می تواند به طلاق رجوع نموده و بدون نکاح مجدد زن به زوجیت او رجعت نماید در حالی که اگر خلع، فسخ نکاح بود چنین چیزی به هیچ وجه امکان پذیر نبود. علی هذا با عنایت به موارد فوق الاشاره چنین به نظر می رسد که نظریات آن دسته از فقها چون شیخ طوسی و علامه اردبیلی که خلع را فسخ نکاح می دانند، درست نبوده و به همین خاطر این نظریه نیز در اقلیت مانده و پذیرفته نشده و اکثریت فقها معتقد به طلاق بودن خلع هستند.^(۱۸) اگر خلع را فسخ بدانیم در صورت وقوع آن در سه دفعه احتیاج به محلل نخواهد بود، در حالی که چنین نیست؛ بیشتر فقها معتقدند که جدایی حاصل از خلع به منزله طلاق بائن خواهد بود چون که پس از خلع زوج نمی تواند به زوجه خود رجوع نماید (البته در صورت عدم رجوع زوجه به فداء).

گفتار دوم از مبحث سوم:

۳- فدیسه

از عناصر مهم طلاق خلع فدیسه است. مهر زن در خلع فدای خلع می شود و از همین رو در مورد مهر و یا مال بیشتری که زن در این وضعیت برای خلاصی خود به زوج می بخشد، به فدیسه یا فداء تعبیر شده است؛ البته در شرع و قانون مقدار فدیسه مشخص نشده بلکه به تراضی طرفین واگذار گردیده است. طبق ماده (۱۱۴۶) قانون مدنی که می گوید مال می تواند در خلع مورد بذل واقع شود، فدیسه باید مالیت داشته و قابل تملیک و تملک باشد؛ به علاوه با استفاده از وحدت ملاک ماده (۱۰۷۸) قانون مدنی که می گوید هر چیزی که مالیت داشته و قابل تملیک باشد می توان مهر قرارداد، نتیجه

می گیریم که فدیة نیز باید همین خصوصیات را داشته باشد با این تفاوت که مقدار فدیة باید از قبل معلوم گردیده باشد و شیء ای مردود و مجهول را نمی توان فدیة قرارداد. همان طور که در ماده (۱۱۴۶) قانون مدنی تصریح شده فدیة می تواند عین مهر یا مال دیگری باشد استنباط می شود که مالی که مورد فدیة قرار می گیرد ممکن است عین خارجی بوده و نیز ممکن است دین و یا منفعت بوده و در ذمه شوهر باشد. بنابراین مهریه و یا نفقه را که در ذمه شوهر است و یا اجرت شیر دادن فرزند را در مدت مشخص می توان فدیة قرارداد. البته در خصوص معلوم بودن فدیة - که در سطور گذشته به آن اشاره شد - به نظر می رسد که لزومی ندارد فدیة به طور کامل و یا به تفصیل معلوم باشد بلکه معلوم بودن به اجمال نیز کافی خواهد بود و با توجه به صراحت قانون، فدیة باید از جانب زوجه داده شود؛ البته مباشرت وی در این امر لازم نیست بلکه همان گونه که می شود امر طلاق یا نکاح را به و کالت برگزار کرد هیچ اشکالی ندارد که پرداخت فدیة از سوی ثالث و به و کالت از زوجه انجام شود، فقط در این مورد که آیا ثالث می تواند به طور تبرعی و بدون این که بعداً به زن رجوع نماید فدیة را بپردازد؟ گفته شده که در این صورت خلع باطل است. عده ای نیز می گویند که چون خلع و مبارات در حکم عقود معاوضی هستند عوض به عهده ی کسی است که معوض در ملکیت او داخل می شود، هم چنان که در بیع است (ماده ۱۹۷ قانون مدنی) اما عده ای دیگر از جمله مرحوم دکتر امامی^(۱۹) عقیده دارند که این دلیل درست نیست؛ زیرا خلع و مبارات از عقود معاوضی حقیقی نیستند تا بشود تمامی احکام عقود مزبور را در مورد آن ها جاری نمود.

ایشان^(۲۰) عقیده دارند موجب بطلان

طلاق که بذل آن از سوی ثالث به عمل آمد، ادله ای است که اجازه ی خلع و مبارات را در حقوق اسلامی می دهد و آن منحصر به موردی است که بذل از طرف زن داده شده باشد اما مرد در اثر خلع مالک فدیة گردیده و مجاز است که هر گونه تصرفی در آن بنماید و لازم نیست که منتظر پایان یافتن عده و یا رجوع زن به فدیة گردد و با این وصف اگر عوض در ذمه شوهر باشد با انجام طلاق، ذمه ی وی بری و دین ساقط می شود و اگر عوض عین خارجی باشد، به مالکیت شوهر داخل می شود.

البته عده ای از فقهای اهل سنت^(۲۱) عقیده دارند که در خلع و مبارات چنان چه بذل از طرف ثالث باشد ولی صبغه بین زن و شوهر واقع شود، ایرادی ندارد و در این صورت خلع و مبارات صحیح خواهد بود.

هم چنین آنان بر این عقیده اند که^(۲۲) که فدیة باید معلوم و معین باشد؛ چه از لحاظ جنس، وصف و یا مقدار و اگر فدیة مجهول باشد، خلع فاسد است. در این مورد اخیر عقیده ی آن ها با فقهای شیعه مطابقت دارد. حنبلی ها عقیده دارند که اگر فدیة از چیزهایی باشد که مسلمان شرعاً نتواند مالک آن شود؛ مانند شراب و گوشت خوک، خلع فاسد است ولی اگر کسی با زوجه خود به مقداری سر که خلع نماید و بعد معلوم شود شراب بوده خلع صحیح است و زن باید سر که را بدهد. در مقابل شافعیه معتقد است اگر فدیة از چیزهایی باشد که شرعاً نتوان مالک آن شد، خلع صحیح است ولی فرق دیگر اهل سنت معتقدند که در این وضعیت اگر طرفین به حرام بودن فدیة آگاهی داشته باشند و آن (مال حرام) را فدیة قرار دهند، خلع صحیح بوده ولی بدون عوض واقع خواهد شد و به شخص خلع کننده چیزی از فدیة نخواهد رسید. هم چنین اهل سنت قبول دارند که نفقه زن و بهای شیر دادن بچه را در مدت معین

می توان فدیة قرارداد و اگر کسی به و کالت یا ضمانت زن فدیة را قبول نماید، خلع صحیح است. اهل سنت هم چنین عقیده دارند که اگر فدیة قبل از قبض تلف شود خلع باطل نمی شود بلکه زوجه ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بپردازد.

پی نوشت ها:

- (۱) جواهر الکلام، جلد ۳۳، ص ۲ درباره طلاق می گوید: «از الة قید النکاح بصیغه مخصوصه
- (۲) کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، ص ۳۰۱.
- (۳) محقق داماد، کتاب حقوق خانواده، ص ۳۸۳.
- (۴) صفایی، دکتر حسین، حقوق خانواده، ص ۳۶۲.
- (۵) محقق، محمد باقر، حقوق مدنی، زوجین، ص ۲۸۴.
- (۶) طلاق عدی طلاقی است که پس از آن مرد در ایام عده رجوع کند و یا زن نزدیکی نماید و پس از آن در طهر دیگر زن را طلاق دهد. این نوع طلاق از اقسام طلاق رجعی است.
- (۷) دکتر جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق خانواده، ص ۲۴۹.
- (۸) یانسه به زنی گفته می شود که از نظر سن و سال در حدی است که امثال او در آن سن حائض نمی شوند و به عبارت دیگر زنی است که از بارداری مأیوس است.
- (۹) کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، ص ۴۴۹.
- (۱۰) سوره بقره، آیه ۱۸۷.
- (۱۱) محقق، محمد باقر، حقوق مدنی، زوجین، ص ۱۵۵.
- (۱۲) مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳، ص ۳۰، سال ۱۳۷۱.
- (۱۳) محقق، محمد باقر، همان، ص ۱۵۵.
- (۱۴) محقق، داماد، کتاب حقوق خانواده، ص ۴۲۱.
- (۱۵) محقق، داماد، همان، ص ۴۲۸.
- (۱۶) شیخ طوسی، مبسوط، جزء ثالث، ص ۱۷۱.
- (۱۷) محقق، محمد باقر، همان، ص ۱۵۵.
- (۱۸) نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۳۳، ص ۹.
- (۱۹) امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۵، ص ۵۱.
- (۲۰) امامی، دکتر سید حسن، همان، ص ۲۵۱.
- (۲۱) محقق، محمد باقر، همان، ص ۱۵۵.
- (۲۲) همان