

تحلیل حقوقی ماهیت توافقات در ضمن طلاق توافقی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۵

غفور خوئیینی^۱

مریم غنی زاده بافقی^۲

شیرین دشتیان روزبهانی^۳*

DOI:10.30497/FLJ.2022.241969.1749

چکیده

توافقات ضمن طلاق توافقی با نزدیک کردن آثار طلاق به چهره دلخواه زوجین، باب نسبتاً جدیدی را به مباحث حقوق خانواده افزوده است. از آنجا که این توافقات با تراضی زوجین در ضمن طلاق درج می‌شوند، روشی کارآمد برای جلوگیری از تنش‌های ناشی از طلاق می‌باشد؛ اما با عدم تبیین ماهیت آن از هدف خود دور مانده است. چه طلاق توافقی، چه خود توافقات، چندان مورد پژوهش ماهیت‌شناسی قرار نگرفته‌اند. از مباحث اختلافی در خصوص طلاق توافقی، کشف ماهیت آن است. ما در این مقاله با نظر به این اختلاف، به دنبال پاسخگویی به این سؤال هستیم که ماهیت توافقات ضمن طلاق توافقی چیست. آنچه این نوع طلاق را از طلاق ساده متمایز می‌کند، تراضی زوجین با یکدیگر در آثار طلاق است؛ اما نقش این تراضی تبیین نشده است تا مشخص گردد توافقات انجام‌شده تنها داعی و انگیزه در طلاق است یا شرط ضمن طلاق. این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی با بررسی ماهیت طلاق توافقی و توافقات ضمن آن، مشخص می‌کند که این توافقات از جنس شرط می‌باشند. بنابراین از مقررات قانون مدنی در مبحث شروط پیروی می‌کنند که مهم‌ترین اثر آن برخورداری این توافقات از ضمانت‌اجرای عدم انجام شرط است.

کلیدواژه‌ها

طلاق توافقی، توافق، شرط، ایقاع.

1. Ghkhoeini@khu.ac.ir

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی. تهران. ایران.

ghanizadebafghi@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی. تهران. ایران.

۳. (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی. تهران. ایران.

Sh.dashtian.r@gmail.com

مقدمه

سازمان‌دهی تغییرات اجتماعی همواره مستلزم نوآوری در قوانین و مقررات است. تغییراتی که در ساختار فرهنگی و اجتماعی دهه ۴۰ شمسی در جامعه ایران رخ داد، قانون‌گذار را بر آن داشت که در قوانین حقوق خانواده بازنگری کند. بر همین اساس، طلاق توافقی اولین بار با تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۵۳ وارد فرهنگ حقوقی کشور شد. اگرچه بعد از انقلاب اسلامی به جهت مغایرت با شرع اسلام کنار گذاشته شد، مجدداً در سال ۱۳۷۱ با قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق، به مقررات حقوق خانواده وارد گردید. این قانون نیز (به جز بند «ب» تبصره ۶ آن و نیز قانون تفسیر تبصره‌های ۱ و ۶ این قانون مصوب ۱۳۷۳) مستنداً با تصویب ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده در تاریخ ۱۳۹۱/۱۲/۹ نسخ شد. در نهایت طلاق توافقی با تصویب قانون حمایت خانواده مجدداً در سال ۱۳۹۲ احیا گردید.

بنابر آنچه بیان شد، طلاق توافقی نسبت به سایر موضوعات حقوق خانواده قدمت بسیار کمتری دارد؛ از این جهت، موضوعات آن نیاز به بررسی و تحقیق دارند. اولین مسئله در خصوص آن، شناسایی ماهیت طلاق توافقی است. ماهیت طلاق توافقی چیست؟ آیا عقدی است که زوجین به شراکت آن را ایجاد می‌کنند یا همچون طلاق ساده ایقاع است یا مجموعه‌ای از هر دو؟ در خصوص ماهیت طلاق توافقی، اگرچه تحقیقاتی همچون پژوهش‌های علوی و اشرفی (۱۳۹۷) با عنوان «ماهیت حقوقی طلاق توافقی در نظام حقوقی ایران» و شریعتی و صفدرزاده (۱۳۹۶) در مقاله دیگری با عنوان «ماهیت و آثار طلاق توافقی در فقه و حقوق ایران»، صورت گرفته است، همچنان ماهیت آن مبهم می‌باشد و نظر واحدی ارائه نشده است و هر یک از صاحب‌نظران بنابه دیدگاه فقهی و حقوقی خود، نظری را بیان کرده‌اند. اما در نهایت با توجه به شباهت خلع و مبارات به این نوع طلاق از جهت تأثیر اراده زن و توافق زوجین، از آنجا که خلع و مبارات به لحاظ شباهت آثار به طلاق ساده، طلاق و ایقاع فرض شده‌اند (به این صورت که خلع مانند عقود معاوضی نیازمند اراده طرفینی است، اما حقیقتاً معاوضه نیست و از ایقاعات است)، پس همواره با اراده شوهر صورت می‌گیرند، اگرچه محرک اراده زوج

دریافت مالی از زوجه است. به بیان دیگر، فدیة داعی و انگیزه شوهر در طلاق خلع است، نه عوض طلاق. بر این اساس، طلاق خلع یک معاوضه حقیقی نیست تا با بطلان عوض معین باطل شود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۲۱). بر این مبنا، طلاق توافقی ایقاع است. اما اراده زن در طلاق توافقی چه نقشی دارد؟ جایگاه توافقات در نهاد طلاق توافقی چیست؟ ماهیت این توافقات چیست؟

مستفاد از ماهیت طلاق توافقی که طلاق مشروط است، توافقات انجام شده بین زوجین شرط ضمن طلاق هستند و همانند شرط ضمن عقد، قراردادهایی اند که اگرچه می توانستند خود به استقلال واقع شوند، در ضمن طلاق در می آیند تا در سایه آن به زندگی حقوقی ادامه دهند. بر این اساس، ماهیت توافق در طلاق توافقی آشکار می شود؛ موضوعی که تاکنون مورد پژوهش قرار نگرفته و غفلت از آن نقض غرض قانون گذار از تصویب مقررات مربوط به طلاق توافقی است؛ چرا که از اهداف تصویب آن، کاهش تنش های ناشی از طلاق بین زوجین است که با تبیین نشدن ماهیت توافق در طلاق توافقی، سرنوشت عدم اجرای توافق در طلاق توافقی مبهم رها می شود و این خود زمینه ساز دعاوی جدیدی در این حوزه است.

مفهوم شناسی مصطلحات

۱. مفهوم طلاق

واژه طلاق از ریشه عربی و به معنی «گشودن گره» و «رها کردن» آمده است. در لغت به معنای رهایی، آزاد کردن، ترک کردن، مفارقت و جدایی (آذرتاش، ۱۳۸۵، ص ۴۰۲) و در اصطلاح طلاق عبارت است از انحلال عقد نکاح دائم و در اصطلاح شرعی، عبارت از «زایل کردن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوصی» می باشد. ذکر قید صیغه مخصوص در این تعریف از آن جهت است که تعریف فسخ نکاح از آن خارج شود؛ زیرا در مواردی که عقد نکاح به علت تدلیس یا عیب فسخ می شود، دیگر به صیغه مخصوص نیازی نیست (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۳۷۹-۳۸۰). در حقوق ایران، طلاق عبارت است از انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده او (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۱).

۲. مفهوم طلاق توافقی

طلاق توافقی نوعی از طلاق است که در آن زوجین با توافق، نکاح را منحل می‌کنند و علت ایجاد چنین توافقی لزوماً کراهت زوجین از یکدیگر نیست و می‌تواند دلایلی مختلف مانند عدم امکان سازش به لحاظ تفاوت فرهنگی یا فکری، مهاجرت، تشکیل زندگی جدید و ... داشته باشد.

به بیان دیگر، طلاق توافقی نوعی خاص از طلاق است که در آن، زن و شوهر در تمام مسائل مربوط به زندگی مشترک، از جمله مهریه، نفقه، جهیزیه و حضانت فرزند (در صورت داشتن فرزند مشترک) توافق می‌کنند و دادخواست صدور گواهی عدم امکان سازش را به دادگاه تسلیم می‌کنند تا حاکم براساس مفاد توافق، حکم طلاق صادر نماید (رحمانی، ۱۳۹۵، ص ۳۱).

۳. مفهوم شرط

در مفهوم لغوی، شرط واژه‌ای عربی است که جمع آن شروط و شرایط است. در لغت عرب، شرط به معنای الزام و التزامی است که در ضمن عقد بیع و مانند آن مندرج است (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ص ۳۲۹). در فرهنگ عمید نیز، شرط در معنای مصدری به معنای لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی و نیز ملزم ساختن یا ملزم به چیزی در هنگام معامله آمده و در معنای اسم مصدر به الزام و تعلیق چیزی به چیزی دیگر تعریف شده است (عمید، ۱۳۶۹، ص ۸۴۳).

در اصطلاح حقوق، شرط معانی مختلفی دارد؛ یک معنا که از منطق و فلسفه گرفته شده، عبارت است از امری که در پیدایش و تحقق امر دیگری که مشروط نامیده می‌شود، تأثیر دارد. به بیان دیگر، شرط عبارت است از امری که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید، ولی از وجود آن، وجود مشروط لازم نمی‌شود. شرط در این معنا به اموری اطلاق می‌گردد که صحت و اعتبار عقد بر آن متفرع است و در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و مواد دیگر، شرط به این معنا آمده است؛ مثلاً مشروعیت جهت معامله یا معلوم بودن مورد معامله، شرط صحت عقد است؛ زیرا صحت عقد به آن بستگی دارد (شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۹).

در معنای دیگر، شرط توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در زمره توابع عقد دیگری درآمده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۱۱۴). در این معنا، شرط عبارت است از مطلق عهد و تعهد (شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۹) و به دو قسم تقسیم می‌شود: گروه اول شروطی‌اند که با توجه به موضوعشان، التزام مستقلی نیستند و لزوماً باید ضمن عقد دیگری درج شوند؛ مانند زمان اجرای قرارداد و وصف مورد معامله. هدف از درج این شروط تکمیل تعهد اصلی و واضح نمودن نحوه انجام آن است. گروه دوم شروطی‌اند که قابلیت آن را دارند که به‌عنوان یک قرارداد مستقل مورد توافق باشند، اما دو طرف نظر به ملاحظاتی، آن را تابع عقد دیگری قرار داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۱۱۴).

۱. طلاق توافقی در فقه و حقوق

نظر به تعریف طلاق توافقی، برخی حقوقدانان گفته‌اند: در قانون مدنی به پیروی از فقه، طلاق با توافق زوجین پیش‌بینی نشده است؛ چرا که طلاق به دست و ارادهٔ مرد و حق اوست و رضایت و عدم رضایت زن اثری در موضوع ندارد. پس نه در فقه و نه در قانون، توافق زوجین جزء موجبات طلاق نیست (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۴۰)؛ اما اگر معنا و مفهوم گسترده‌ای را برای توافق مد نظر قرار دهیم، طلاق خلع و مبارات قسمی از اقسام طلاق با توافق طرفین است؛ زیرا براساس توافق زوجین واقع شده‌اند و توافق مبنای طلاق یا انگیزهٔ آن بوده است. بنابراین در فقه و قانون مدنی، یک نوع از طلاق توافقی پذیرفته شده است. اما طلاق توافقی تنها محدود به خلع و مبارات نیست و به نظر می‌رسد هدف از وضع مقررات مربوط به آن در قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ و قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق سال ۱۳۷۱، رفع نابسامانی‌های فراوان ناشی از اعمال خودسرانهٔ حق مردان در طلاق بوده است. آنها زنان خود را طلاق می‌دادند، اما سرنوشت فرزندان مشترک، حضانت، ملاقات و نفقهٔ آنها و نحوهٔ ایفای حقوق زن از قبیل مهریه، نفقهٔ معوقه، نفقهٔ ایام عده، جهیزیه و بهرهٔ زنان از زندگی مشترک، معلوم نبود. فلسفهٔ وضع این قوانین در حقیقت تعیین تکلیف همهٔ امور مربوط به زندگی مشترک قبل از پایان آن است (محبی، ۱۳۹۰، ص ۵۸). درنهایت با بررسی قانون حمایت خانواده

مصوب ۱۳۹۱، مشخص می‌شود که طلاق توافقی قلمرو وسیع‌تری دارد و منحصر به خلع یا مبارات نیست.^۱

بنابر آنچه بیان شد، مشخصه اصلی طلاق توافقی مبتنی بودن آن بر تراضی، توافق و اراده زوجین است. شناسایی نقش این تراضی و توافقات در طلاق توافقی مستلزم تبیین ماهیت آن است.

۲. ماهیت طلاق توافقی

با توجه به تعریف عامی که از طلاق توافقی شد و نظر به تعریف خلع و مبارات به صورت خاص،^۲ در این موارد تنها شوهر نیست که درباره جدایی تصمیم می‌گیرد و اراده زن نیز مؤثر در امر طلاق است. به بیان دیگر، زوجین با تراضی و توافق به زندگی مشترک خاتمه می‌دهند و اراده طرفین در ایجاد این عمل حقوقی دخالت دارد. همین مداخلت اراده زن و بحث توافقات، سبب تردید در ماهیت طلاق توافقی می‌شود و به دنبال آن، این سؤال مطرح است که طلاق توافقی عقد است یا ایقاع و اگر ایقاع است، بائن است یا رجعی؟ در پاسخ به سؤال باید گفت: ماهیت طلاق توافقی به دلیل حضور مؤثر اراده زن در آن، محل

۱. ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱: «در صورتی که زوجین متقاضی طلاق توافقی باشند، دادگاه باید موضوع را به مرکز مشاوره خانواده ارجاع دهد. در این موارد، طرفین می‌توانند تقاضای طلاق توافقی را از ابتدا در مراکز مذکور مطرح کنند. در صورت عدم انصراف متقاضی از طلاق، مرکز مشاوره خانواده موضوع را با مشخص کردن موارد توافق جهت اتخاذ تصمیم نهایی به دادگاه منعکس می‌کند».

ماده ۲۶: «در صورتی که طلاق، توافقی یا به درخواست زوج باشد، دادگاه به صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام و اگر به درخواست زوجه باشد، حسب مورد، مطابق قانون به صدور حکم به الزام زوج به طلاق یا احراز شرایط اعمال وکالت در طلاق مبادرت می‌کند».

۲. ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی در تعریف خلع می‌گوید: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق می‌گیرد؛ اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن یا بیشتر یا کمتر از مهر باشد».

ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی در تعریف مبارات می‌گوید: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت، عوض باید زائد بر مهر نباشد».

اشکال و تردید است و سابقه حقوقی طولانی ندارد و در فقه نیز مطرح نشده است؛ اما در مورد خلع و مبارات، مباحثی در این خصوص آمده و نظرات مختلفی عرضه شده است. از آنجا که خلع و مبارات را از اقسام طلاق توافقی دانستیم، بر همین اساس با نگاه به نظرات در باب ماهیت آنها، در ادامه به بررسی ماهیت طلاق توافقی می‌پردازیم تا قلمرو بحث و تعارضات فکری آن روشن شود.^۱

۱-۲. نظریه ایقاع بودن

بر مبنای این نظریه، از آنجا که خلع جهت تحقق متکی به اراده مرد است، پس از ایقاعات است؛ اما برخی آن را نیازمند صیغه طلاق می‌دانند و در مقابل گروه دوم معتقد به عدم لزوم اجرای صیغه طلاق پس از وقوع آن هستند.

۱-۲-۱. نیاز به اجرای صیغه طلاق

بنابر نظر برخی فقیهان (طوسی، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۴۲۲؛ همو، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۳۴۴؛ حلی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۷۲۶؛ حر عاملی، بی تا، ج ۶، ص ۸۷؛ علوی و اشرفی، ۱۳۹۷، ص ۸۸)، پس از توافق زوجین بر انحلال نکاح در ازای پرداخت مالی از طرف زوجه، زوج باید زوجه را با صیغه طلاق، طلاق دهد. در غیر این صورت، تنها با توافق، جدایی حاصل نمی‌شود؛ زیرا از یک طرف، در خصوص این موضوع اجماع وجود دارد (طوسی، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۴۲۲) و از سوی دیگر، در روایتی که از امام کاظم^(ع) نقل شده، آن حضرت تصریح فرموده‌اند که باید بعد از خلع تا زمانی که زوجه در عده است، طلاق اجرا گردد.^۲

ایراداتی بر این نظریه وارد شده و مشهور فقها بیان داشته‌اند که مستندات ایشان ضعیف و خالی از قوت است (فیض کاشانی، ۱۴۰۱ ق، ص ۳۲۲؛ نجفی، ۱۳۷۶، ج ۳۳، ص ۷)؛ زیرا اولاً

۱. با توجه به شباهت ماهیت خلع و مبارات و تکراری بودن مباحث در خصوص ماهیت مبارات، در این مقاله تنها به ذکر نظریات در خصوص خلع بسنده می‌شود.

۲. «محمد بن یعقوب، عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد بن سماعه بن جعفر بن سماعه، عن موسی بن بکر، بن عبدالصالح علیه السلام قال: علی علیه السلام: المختلعه یتبعها الطلاق مادامت فی العده».

نه تنها در این مسئله اجماع وجود ندارد، بلکه از مسائل پراختلاف است و ثانیاً روایت مورد استناد از حیث سند و دلالت، محل بحث و گفتگوست؛ زیرا در سلسله سند، شخصی به نام موسی بن بکر وجود دارد که واقفی است و موثق نمی‌باشد (نجاشی اسدی کوفی، ۱۴۱۶ ق، ص ۴۰۷).

۲-۱-۲. عدم نیاز به صیغه طلاق

به عقیده بسیاری از فقیهان، خلع یک عمل حقوقی است که پس از تحقق، به اجرای صیغه طلاق نیاز ندارد (صدوق، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۴۸؛ حلی، ۱۴۱۸ ق، ج ۷، ص ۳۹۵؛ حر عاملی، بی تا، ج ۶، ص ۸۸۸۷؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۱ ق، ص ۸۹؛ علوی و اشرفی، ۱۳۹۷، ص ۹۰) و خودبه‌خود سبب جدایی زوجین می‌گردد. در روایت صحیحی که حلبی از امام صادق^(ع) نقل می‌کند، ایشان فرموده‌اند: «عده مختلعه همان عده مطلقه است و خلع او به منزله طلاق است بدون آنکه طلاق نامیده شود» (حر عاملی، بی تا، ج ۱۵، ص ۴۹۱).^۱ علاوه بر این، روایات معتبر دیگری نیز وجود دارد که پس از خلع نیاز به اجرای طلاق نیست (همان، ص ۴۹۱-۴۹۵). اگرچه به استناد این روایات با وجود خلع نیازی به اجرای طلاق نیست، این عمل حقوقی متکی به اراده زوج است و طلاق محسوب می‌شود و احکام خاص طلاق را در کیفیت اجرا و آثار دارد و مستند ایشان روایاتی می‌باشد که خلع را طلاق دانسته است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۶، ص ۸۹).

۲-۲. نظریه فسخ بودن

به عقیده شیخ طوسی در موردی که خلع با لفظ خلع واقع شود، جدایی زوجین نیازمند طلاق نیست و فسخ نکاح محسوب می‌شود. به بیان دیگر، زوج با گرفتن مال از زوجه، نکاح را فسخ می‌نماید؛ پس بنابر این عقیده، خلع، فسخ است (طوسی، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۳۸۷). در رد این نظریه باید گفت: اولاً از آنجا که آثار طلاق بر خلع مترتب است، خلع نیازمند تشریفات است؛ اما در فسخ نکاح، نیاز به تشریفات خاص مانند حضور دو شاهد عادل و پاک

۱. «عده المختلعه عده المطلقه و خلعها طلاقها من غیر أن یسمى طلاقاً».

بودن زوجه نیست.^۱ ثانیاً در فسخ امکان رجوع وجود ندارد؛ اما در خلع در صورت رجوع زوجه به فدیة، حق رجوع برای زوج مستقر می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۲۵). ثالثاً اگر خلع فسخ نکاح باشد، تکرار آن نباید موجب حرمت نکاح شود؛ در صورتی که به اتفاق فقها و مفهوم از آیات و روایات، خلع از دفعات طلاق محسوب و انجام آن پس از دو بار، موجب حرمت نکاح می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۶، ص ۸۷)؛ پس خلع نمی‌تواند ماهیت فسخ داشته باشد.

۲-۳. نظریه عقد معوض بودن

برخی نویسندگان حقوقی با توجه به نقش اراده زوجین در وقوع خلع، شرط اهلیت زوجه و اینکه فدیة در برابر طلاق قرار می‌گیرد، خلع را یک عقد معوض می‌دانند. وابستگی بین طلاق و فدیة به نحوی است که یکی بدون دیگری رخ نمی‌دهد و فرقی هم نمی‌کند که صیغه طلاق خلع با کلمه مشتق از طلاق بیان شود یا کلمه مشتق از خلع؛ چرا که تفکیک آن دو برخلاف قصد زوجین است. بنابراین با آنکه طلاق ایقاع مستقلی است، اما در خلع، به‌عنوان عوض قرار گرفته و بنابراین باید احکام عقود معاوضی را بر آن جاری ساخت (امامی، ۱۳۹۱، ص ۵۹).

معاوضه شمردن خلع با این اشکال مواجه است که معاوضه از اقسام معاملات است و از شرایط اساسی مورد معامله، داشتن مالیت است؛ در حالی که در خلع، آنچه به زن می‌رسد، ارزش مالی ندارد؛ پس نمی‌توان ادعا کرد دو مال باهم مبادله شده‌اند. صرف نظر از این ایراد، «با مفهومی که ما امروز از طلاق داریم، پذیرفتن طلاق خلع به‌عنوان معاوضه دشوار است؛ بر فرض که حقوق غیرمالی نیز بتواند موضوع معامله قرار گیرد، نه طلاق دادن زن حق شوهر است و نه ساختمان حقوقی و آثار آن را می‌توان تابع اراده او دانست. جدایی زن و شوهر پدیده‌ای است که اجتماع درباره روی دادن و آثار آن نفع مستقیم دارد. طلاق سازمان حقوقی ویژه‌ای است که قانون آن را اداره می‌کند، به حکم یا اذن دادگاه واقع می‌شود، تمام قواعد راجع به آن امری است و هنگام گفتگو از آثار آن، پای انحلال و بقای خانواده در میان است نه پیروی از اراده شوهر» (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۲۷۵).

۱. ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی: «در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است، شرط نیست».

۴-۲. نظریه ماهیت ترکیبی

برخی نویسندگان توافق بر تملک مال و تعهد به اجرای طلاق را عقد و اجرای طلاق را ایقاع می‌دانند و یک ماهیت دوگانه برای خلع قائل می‌شوند. به بیان دیگر، خلع تعبیر به دو عمل حقوقی جدای از هم می‌شود: الف. ایقاع موجب جدایی زن و مرد. ب. قراردادی که سبب تملک فدیة به شوهر می‌شود و در برابر بخشش حق رجوع شوهر از بین می‌رود. بنابر این نظریه، خلع مجموع یک عقد و ایقاع است؛ به این نحو که ابتدا قراردادی بین زوجین منعقد می‌شود که به سبب آن، زوجه مال مورد توافق را به زوج تملیک و زوج نیز حق رجوع را از خود ساقط می‌کند و سپس زوج با اراده خود و بدون دخالت اراده زوجه، اقدام به طلاق می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۴۰۱).

این نظریه مبتنی بر نظریه اول در خصوص ماهیت خلع است که پیش از این ایرادات آن بیان شد و از سوی دیگر، بر فرض پذیرش استقلال هر یک از دو عمل، وابستگی طلاق بر بخشش غیرقابل انکار است؛ یعنی زوج به دلیل توافق با زوجه و دریافت فدیة، به اجرای طلاق راضی می‌شود. همچنین رجعی شدن طلاق با فساد فدیة یا رجوع زن به فدیة با استقلال طلاق سنخیت ندارد. از طرفی دیگر، اجرای صیغه طلاق پس از خلع در دید مشهور لازم نیست و حداکثر از باب احتیاط است. در خلع یک قصد بیشتر وجود ندارد و آن هم اجرای طلاق در ازای فدیة است؛ پس تجزیه قصد زوج بی‌معناست (نجفی، ۱۳۷۶، ج ۳۳، ص ۱۷).

۵-۲. نظریه طلاق مشروط (نظر برگزیده)

از مجموع آنچه گفته شد، به خوبی روشن است که نظر فقها و حقوق دانان در این موضوع مختلف است و نظریه واحد و غیرقابل خدشه‌ای عرضه نشده است. آیات و روایاتی هم که فقها جهت استدلال و توجیه ماهیت خلع بدان استناد جسته‌اند، صرفاً به جواز خلع اشاره دارند؛ مانند آیه ۲۲۹ سوره بقره که در مقام بیان جواز خلع و فدیة دادن است و ماهیت این عمل حقوقی را روشن نمی‌سازد؛^۱ اما اگر ماهیت طلاق توافقی را براساس قوانین موجود و رویه

۱. ... و لایحل لکم أن تأخذوا مما ءاتیموهن شیئاً إلا أن یخافا ألا یقیما حدود الله فإن خفتم ألا یقیما حدود الله فلا جناح علیهما فیما أفنتدت به ... «... حلال نیست که چیزی از مهر آنان به جور بگیرید، مگر آنکه بترسید حدود دین خدا را جمع

حال حاضر محاکم، اراده و خواست زوجین و بهره‌گیری از نظرات در باب ماهیت خلع و مبارات تفسیر کنیم، به رفع این ابهامات کمک شایانی خواهد کرد و با ارائه نظری کاربردی، گرهی از مشکلات حقوقی گشوده خواهد شد.

با توجه به مقررات قانون مدنی، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، رویه مرسوم محاکم (که برای طلاق توافقی نیز نیاز به تقدیم دادخواست و تحصیل گواهی عدم امکان سازش و تعیین تکلیف امور مشترک بین زوجین است) و نظر فقهای اعظمی بر طلاق بودن خلع (طوسی، ۱۴۲۰ ق، ج ۳۹، ص ۳۴؛ مکی العاملی، ۱۴۱۱ ق، ج ۶، ص ۸۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۷۲۶؛ شایگان، ۱۳۷۵، ص ۲۵۹)، طلاق توافقی همان‌گونه که از نام و مقررات مربوط به آن پیداست، طلاق است؛ بر همین اساس است که آثار طلاق را دارد؛ از جمله آنکه برای اجرای آن، زوج باید در طهر غیرمواقع باشد، همچنین عده طلاق نگه دارد و انجام آن بیش از دو بار موجب حرمت نکاح می‌شود.

اما آنچه همچنان مبهم است، ماهیت حقوقی عمل زن در طلاق توافقی و به تبع آن، در خلع و مبارات است که زن مالی را به شوهر می‌دهد و رضایت او را جلب می‌کند. همچنین سایر توافقاتی که بر مبنای آن طلاق توافقی صورت گرفته است نیز، همچنان ماهیت مبهمی دارند. برخی فدیة را انگیزه و داعی زوج در طلاق تفسیر کرده‌اند؛ با این استدلال که به‌عنوان مثال، در خلع، کراهت از جانب زوجه بوده و زوج تمایلی به جدایی از او ندارد و با دادن فدیة، زوج انگیزه در طلاق پیدا می‌کند؛ در نتیجه آنچه سبب جدایی زوجین می‌شود، اجرای صیغه طلاق از سوی زوج است. اما اگر فدیة صرفاً نقش داعی داشته باشد، پس صحت و سقم آن نباید در عمل اصلی، یعنی طلاق تأثیری داشته باشد؛ در صورتی که با معلوم شدن عدم مالیت یا مال غیر درآمدن فدیة یا مغضوب بودن آن، خلع باطل و طلاق بائن تبدیل به طلاق رجعی می‌گردد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۶، ص ۹۶؛ رحمانی، ۱۳۹۵، ص ۷۴)؛ پس پرداخت فدیة از جانب

به احکام ازدواج نگاه ندارند؛ در چنین صورت، زن هرچه از مهر خود به شوهر (برای طلاق) ببخشد، بر آنان روا باشد... (بقره، ۲۲۹).

زن تنها نمی‌تواند داعی در طلاق باشد و باید نقش فدیة را با ارزش‌تر از یک داعی شمرد. به نظر می‌رسد فدیة در طلاق خلع، شرط آن محسوب می‌شود. اندراج شرط در طلاق به دو روش ممکن است: الف. به نحو تبانی؛ یعنی طرفین ابتدا در خصوص آن توافق می‌کنند و سپس طلاق متبایناً بر آن انشا می‌شود. ب. در زمان وقوع طلاق شرط مورد قبول مشروطه قرار می‌گیرد. حال اگر به هر دلیل، شرط محقق نشود، مثل اینکه شرط فاسد یا مورد آن مال غیر باشد، تأثیری در صحت و بطلان طلاق نخواهد داشت؛ زیرا شرط بنابه تراضی طرفین، فرع بر طلاق است و با از بین رفتن فرع، اصل همچنان باقی می‌ماند، اما اثر درج آن این است که وجود شرط در خلع سبب می‌شود زوج در ایام عده، حق رجوع نداشته باشد؛ لیکن بطلان شرط این حق را به وی برمی‌گرداند (طالب احمدی، ۱۳۹۱، ص ۲۶). شهید ثانی از جمله موافقان این نظر در فقه است. وی در *مسالك الافهام*، حقیقت خلع را عبارت از قول زوج دانسته است و می‌نویسد گفتار زوج موجب مفارقت می‌گردد و خواست قبلی زن یا قبول بعدی او سبب جدایی شمرده نمی‌شود. اراده زن شرط محسوب می‌شود و در حقیقت این مرد است که با اجرای صیغه خلع، لباس زوجیت را از تن بیرون می‌کند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۴۷؛ رحمانی، ۱۳۹۵، ص ۷۶). بنابر آنچه گفته شد، ماهیت طلاق توافقی مشروط است. تنها ایرادی که بر این نظریه وارد است، ایراد عدم امکان درج شرط در ایقاعات است. گفته شده است: آوردن شرط در عملی که با یک اراده واقع می‌شود، با ماهیت آن ناسازگار به نظر می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۸۵).

نظریه طلاق مشروط بیش از سایر نظریات با حقیقت طلاق توافقی و اراده زوجین منطبق است؛ چرا که در واقع در این عمل حقوقی، طلاق امر اصلی بوده و فدیة و سایر توافقات تعهد فرعی‌اند و در حقوق تعهد فرعی، ضمن عمل حقوقی دیگر شرط است. همان‌طور که در سطور بالا آمد، تنها ایراد وارد بر آن، ایراد عدم ضمنیت در ایقاعات است که در مبحث بعدی بیان خواهد شد که شرط ضمن ایقاع امری است ممکن که با طبیعت ایقاع و نفوذ آن هیچ منافاتی ندارد. شرط ضمن ایقاع با توجه به «اصل آزادی شروط»، مشمول عموم ادله شرط قرار می‌گیرد و

نمی‌توان گفت ایقاعات امور بسیطی‌اند که ضمنیت در آنها متصور نیست.

۶.۲. رجوع در طلاق توافقی

در رجعی یا بائن بودن طلاق توافقی نیز، اراده زوجین دخیل است. اگر طلاق در قالب بذل و به صورت خلع یا در چارچوب مقررات به‌عنوان مبارات واقع شود، به صراحت ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی، مادام که زن به عوض رجوع نکرده باشد، بائن است و تمامی احکام طلاق بائن بر آن حاکم است. بر این اساس، اگر زن و مرد متفقاً اقدام به تقدیم دادخواست طلاق نمایند، دادگاه با حصول شرایط مبارات، گواهی عدم امکان سازش را به‌نحو مبارات تنظیم می‌کند و اگر خواهان زوجه باشد و زوج با قبول فدیة با وی توافق کرده باشد، دادگاه با نظر به خلع، این گواهی را صادر می‌کند که در هر دو مورد، طلاق بائن است.

شبهه این استدلال در مورد طلاق به وکالت آمده است؛ در این نوع طلاق، زن با دادن فدیة به زوج، آن را تبدیل به طلاق بائن می‌کند؛ یعنی زن تمام یا بخشی از مهریه خود را به موکل خویش (زوج) بذل و از جانب او قبول می‌نماید. در این حالت، مادام که زوجه تا پایان عده به فدیة رجوع نکند، شوهر نیز حق رجوع به طلاق را نخواهد داشت. در این طلاق، کراهت از زوج و وکالت زن از شوهر برای خلع و قبول بذل لازم است. در غیر این صورت، طلاق رجعی خواهد بود؛ زیرا اصل بر رجعی بودن طلاق است. اما اقدام زن هم بیهوده نیست؛ چرا که دست‌کم رجوع زوج یک امتیاز را از او سلب می‌کند و در صورت ادامه طلاق و رجوع، طلاق سوم بائن خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۳۳۲ و ۳۳۳). در غیر این موارد با توجه به ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی که اقسام طلاق بائن را برشمرده است، طلاق رجعی است؛ اما اگر معتقد باشیم که رجوع در زمان عده برای شوهر در طلاق رجعی از مقوله حق است (نقیبی، ۱۳۹۰، ص ۶۴)، یکی از توافقات بین زوجین می‌تواند اسقاط یا صلح حق رجوع زوج باشد. در این موارد، اگرچه طلاق رجعی

۱. 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 زن رجوع به عوض نکرده باشد؛ ۴. سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید، اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید).

است، شوهر حق رجوع نخواهد داشت.

۳. شرط در ایقاعات

هنگامی که یک رابطه حقوقی بین دو نفر شکل می‌گیرد، حقوق و تعهداتی برای هر یک از طرفین به وجود می‌آید. برخی از این حقوق و تعهدات در قانون به صراحت مورد اشاره قرار گرفته‌اند. مثلاً هنگامی که عقد بیعی میان خریدار و فروشنده منعقد می‌شود، وفق ماده ۳۶۲ قانون مدنی، فروشنده مکلف است مبیع را به خریدار تحویل دهد یا براساس ماده ۳۷۹ قانون مدنی، اگر مشتری به شرایط مقرر بین طرفین عمل نکند، بایع حق فسخ معامله را دارد یا به عنوان مثال، در طلاق، براساس مقررات ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، حق طلاق با مرد است، ولی وفق ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده، جهت ثبت آن، زوج مکلف به تأدیه حقوق مالی زوجه است. اما قانون تمام آنچه را که از ایجاد چنین رابطه حقوقی مد نظر طرفین است، بیان نمی‌کند. بنابراین طرفین ناچار به تکمیل اراده خود هستند. این تکمیل اراده در قالب شروط بیان می‌شود. از این منظر، یکی از مسائل قابل بحث در ایقاعات، امکان وجود شرط در ضمن آن است؛ موضوعی چالش برانگیز که در قانون مدنی و به تبعیت از آن، در حقوق ایران مسکوت مانده است. در فقه نیز، مورد مناقشه است و حکم قاطعی درباره آن وجود ندارد.

ریشه بحث به مهجور ماندن مبحث ایقاعات در ادبیات فقهی و حقوقی ما برمی‌گردد. علی‌رغم اهمیت ایقاعات در روابط حقوقی و زندگی اجتماعی، قانون مدنی ایران برخلاف مبحث قراردادهای، که بسیار مفصل بدان پرداخته، در مورد ایقاعات، باب مستقلی را در نظر نگرفته و قواعد عمومی آن را تبیین نکرده است. برخی حقوق‌دانان علت این امر را چنین بیان داشته‌اند: «مهم‌ترین دلیل بی‌اعتنایی را باید در پیشینه قانون مدنی جستجو کرد؛ نه تنها در فقه نیز مبحث ایقاعات به مرز تمهید قواعد عمومی آن نزدیک نشده، قانون مدنی فرانسه هم که در تدوین الهام‌بخش نویسندگان آن بوده، به عمل حقوقی یک‌طرفی یا تک‌ارادی بی‌اعتناست و نویسندگان حقوقی آن کشور نیز سعی دارند همه اعمال حقوقی را به عقد بازگردانند. در نتیجه ادبیات حقوقی ما در این زمینه فقیر مانده است» (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۱). در مورد مسئله شرط ضمن ایقاعات، موضوع به مراتب

مهجورتر است. از آنجا که برخلاف قراردادها که بر اصل آزادی قراردادها مبتنی اند، ایقاعات اعمال حقوقی خلاف قاعده و نیازمند بیان قانون‌گذارند (که بر حسب ضرورت قائل به وجود آنها شده است)، سکوت قانون‌گذار در این خصوص و بیان مسئله شرط ذیل مبحث عقود، سبب شده تا نویسندگان حقوقی غالباً به این موضوع نپردازند. فقط در مورد برخی مصادیق ایقاع، مطالبی بیان داشته‌اند؛ به‌عنوان مثال در مورد امکان یا عدم امکان شرط عوض در ابراء، از دیدگاه برخی حقوقدانان شرط عوض ضمن ابراء، ابراء را به ایقاعی همراه با پیشنهاد یا ایجاب وقوع شرط تبدیل می‌کند. پس اگر شرط مورد پذیرش قرار بگیرد، عقد و ایقاعی همراه هم قرار می‌گیرند که نیروی اراده، آن دو را مانند تابع و متبوع به هم پیوند داده است؛ مانند طلاق خلع که در آن طلاق به فدیة منوط شده است. به عبارت دیگر، ایقاع در کنار عقد قرار گرفته و ماهیتی مرکب به وجود آمده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۸۱).

درمقابل برخی بیان داشته‌اند: روش دیگری که دائن چیزی از مدیون دریافت کند، اما نه به‌صورت شرط ضمن ابراء، این است که ابتدا صلحی بین دائن و مدیون واقع شود؛ به‌عنوان مثال، مدیون مالی را در حق طلبکار مصالحه کند و در ضمن عقد صلح شرط شود که دائن ذمه مدیون را نسبت به دینی که بر عهده دارد، ابراء نماید یا به‌صورت شرط نتیجه بیان کند: من فلان متاع را در حق شما صلح می‌کنم به شرط آنکه ذمه‌ام از فلان دین بری شود (طاهری، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۰). همین‌طور در خصوص بذل مدت مشروط در نکاح منقطع نیز نظرات مختلف است. برخی فقہیان معتقدند که در نکاح منقطع بذل مدت باقی‌مانده از جانب مرد به شرط عدم ازدواج زن با شخص معینی، صحیح ولی شرط باطل است. اما درمقابل، برخی معتقدند که شرط صحیح و لازم‌الوفاست (فصیحی‌زاده و کیانی، ۱۳۹۳، ص ۳۴).

بنابر آنچه بیان شد، وضعیت اشتراط در ایقاعات به‌طور دقیق روشن نشده و تنها مصداقی به موضوع پرداخته شده است. پس لازم است بررسی شود که با توجه به ماهیت یک‌طرفی ایقاعات، درج شرط که نیاز به دو اراده دارد، ضمن آن قابل تصور است یا خیر؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا باید به معرفی اقسام ایقاع پرداخت.

۴. اقسام ایقاعات

۴-۱. به لحاظ ذکر در قانون مدنی

برخی ایقاعات در قانون نام معین و احکام ویژه‌ای دارند، مانند عقود و به همین سبب، به آنها ایقاعات معین گفته می‌شود؛ مانند طلاق، ابرا و اخذ به شفعه. برخی نامشان در قانون آمده، اما احکام آنها مشخص نیست و بر این اساس، لازم است از قواعد عمومی استنباط شوند؛ مانند اجازة و رد مالک در معامله فضولی یا نهادن سر تیر بر روی دیوار. به این گروه ایقاعات نیمه‌معین گفته می‌شود و در آخر، برخی نه نام آنها در قانون آمده است و نه احکامشان، اما به مقتضیات زندگی اجتماعی و طبق قواعد عمومی نافذند که به آن، ایقاع نامعین گفته می‌شود، مانند ایقاعات اذنی؛ هر چند وجود دسته سوم محل تردید است و فقط گروه اندکی از نویسندگان حقوقی به آن اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۴۷۴ و ۴۷۵).

۴-۲. به لحاظ ارتباط با یک قرارداد

در تقسیم‌بندی دیگر ایقاع به دو دسته ایقاع حاصل از قرارداد (یا با اندکی تساهل، ایقاع قراردادی) و ایقاع غیرقراردادی تقسیم می‌شود (حقیقت، ۱۳۹۶، ص ۷۹). منظور از ایقاع حاصل از قرارداد، ایقاعی است که به تبع عقد حاصل می‌شود؛ یعنی وجود آنها به تبع قراردادی است که پیش از آن انشا گشته یا ناشی از حقی است که آن عقد به یکی از طرفین داده؛ مانند اخذ به شفعه که منشأ آن عقد بیعی است که سابق بر آن منعقد شده، یا ابراء که مبتنی بر عقدی می‌باشد که پیش از آن بسته شده و موجد دین قابل ابراء است. طلاق نیز ایقاعی است که قبل از آن، عقد ازدواج دائم رخ داده و به سبب آن، برای مرد این حق به وجود آمده است و گرنه طلاق موضوعیت نداشت. اما منظور از ایقاع غیرقراردادی، ایقاعی است که بدون پشتوانه قراردادی اجرا می‌شود و طرفی در مقابل آن وجود ندارد، مانند حیازت مباحات و تحجیر.

با تعاریفی که ارائه شد، بدیهی است که محل بحث، ایقاعات قراردادی می‌باشد، صرف نظر از معین یا نامعین بودن؛ چرا که در ایقاعات غیرقراردادی یا یک طرفه، از آنجا که طرفی (اراده‌ای) در مقابل موقع وجود ندارد و از طرفی، شرط در ماهیت، نیازمند دو اراده است، جمع بین این دو ناممکن و امکان اشتراط منتفی است. البته استثنائاتی هم وجود دارد، مانند اذن به گذاشتن

سر تیر بر دیوار همسایه یا ابراء حاصل از الزامات خارج از قرارداد. در این موارد، اگرچه پیش از آن قراردادی منعقد نشده است، به دلیل وجود یک رابطه دوسویه، امکان درج شرط وجود دارد (حقیقت، ۱۳۹۶، ص ۷۹).

۵. بررسی صحت و بطلان شرط ضمن ایقاعات

برخلاف عقود که وجود شرط در آن امری مرسوم و مورد پذیرش منطبق حقوقی می باشد، در ایقاعات، در امکان درج شرط شک شده است. با بازنگری فلسفه وجودی شرط، روشن شد که درج آن ضمن ایقاع از اقتضائات زندگی اجتماعی است. در قبول این نظر، گفته شده: اگر شرط ضمن ایقاع تعهدی را بر عهده موقع بگذارد، این شرط بدون نیاز به قبول نافذ است؛ زیرا مشروطاً علیه، خود قبول تعهد کرده و نهایت آن است که شرط مورد پذیرش مشروطاً له قرار نگیرد و از نفعی که برای او ایجاد شده، صرف نظر کند؛ شبیه شرط خیار که به سود ثالث ایجاد شده است و بدون اینکه به قبول او نیاز باشد، به وی حق فسخ می دهد؛ یعنی ثالث می تواند از حق خود صرف نظر کند و از آن نفع نبرد و همین طور اگر مفاد شرط طرف ایقاع را متعهد بگرداند (مثلاً ابراء به شرط انجام کاری توسط مدیون باشد)، نفوذ شرط نیاز به قبول مشروطاً علیه دارد بدون اینکه با ذات ابراء مخالف باشد. بنابراین در ابراء همراه با شرط خیار، حق از آغاز ناپایدار است و همراه با شرط به وجود می آید. پس نباید فسخ ابراء را تجاوز به حق دیگری شمرد. اصل حکومت و آزادی اراده در ابراء پذیرفته شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ ق، ص ۶۲). مخالفان این نظریه بر شباهت شرط ضمن ابراء و شرط خیار به نفع ثالث در عقد ایراد وارد کرده اند و آن را قیاس صحیحی نمی دانند. آنها می گویند: شرط خیار برای بیگانه مبتنی بر قرارداد و بر مبنای رضایت طرفینی است؛ در حالی که تعهد ضمن ابراء ناشی از یک اراده می باشد. بنابراین نمی توان گفت که چون طرفین عقد حق دارند به نفع بیگانه شرط کنند، ابراء کننده نیز می تواند بر عهده خود ایجاد دین کند (همان، ص ۶۳). گروه دیگر از مخالفان نیز بیان داشته اند: شرط بین دو نفر منعقد می شود، در حالی که ایقاع ناشی از اراده یک نفر است. به بیان دیگر، شرط به موردی اختصاص دارد که دو اراده درباره مفاد آن تراضی کنند. پس در ایقاع که با یک اراده واقع می شود، سخن گفتن از شرط محلی ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲، ص ۵۶۸).

با بررسی نظر سایر مخالفان، به نظر می‌رسد یکی از مواردی که سبب شده نظریه وجود شرط در ایقاع رد شود، کلی‌نگری و عدم تفکیک در معانی مختلف شرط و انواع ایقاع است. نگارنده قائل به امکان درج شرط در ایقاعات است، اما نه هر شرطی و نه هر ایقاعی. شاید در این مبحث از این جهت ایقاعات با عقود متفاوت باشند که برعکس عقود که درج هر شرط در هر معنایی تقریباً با ذات آن هماهنگ و ممکن است، در ایقاعات به جهت ماهیت خاص آن، هر ایقاعی تحمل هر شرطی را ندارد؛ اما این مانع پذیرش امکان درج شرط در ایقاع نمی‌شود. در این مقاله، منظور از شرط، اعمال حقوقی‌ای است که قابلیت آن را دارند تا جدای از عقد و ایقاع، به حیات حقوقی خود ادامه دهند، اما نظر به ملاحظاتی، ذیل عمل حقوقی دیگر می‌آیند تا در پناه و تحت تأثیر اثرات حقوقی آن به حیات خود ادامه دهند و تنها در ایقاعاتی این معنا از شرط قابل درج است که طرف دومی در مقابل موقع و اراده دیگری در کنار اراده موقع قابل تصور باشد تا عناوین مشروطه و مشروط‌علیه حاصل شود. این تفکیک به پذیرش نظریه کمک فراوان می‌کند. جهت صحت ادعا، به نقد و بررسی دلایل مخالفان پرداخته می‌شود (فصیحی‌زاده و کیانی، ۱۳۹۳، ص ۴۰).

۱-۵. عدم سازگاری ماهیت یک‌طرفی ایقاع با دوطرفه بودن شرط

اقتضای مفهوم طرفینی شرط این است که به واسطه دو شخص به وجود می‌آید، در صورتی که ایقاع با اراده یک شخص محقق می‌گردد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۴، ص ۲۱۸). در جواب آمده است: اگرچه برای محقق شدن شرط، وجود دو طرف مشروطه و مشروط‌علیه لازم است، این امر سبب نمی‌شود که مورد و محل شرط نیز وابسته به دو شخص باشد و حتی اگر قبول مشروط‌علیه را لازم بدانیم، این قبولی به شرط تعلق می‌گیرد نه به محل و مورد شرط، یعنی ایقاع، که لازمه آن ناسازگاری با ماهیت یک‌طرفی ایقاع باشد و موجب تبدیل آن به عقد شود. بنابراین شرط در ایقاع امر ممکن است که با طبیعت ایقاع و نفوذ آن هیچ منافاتی ندارد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ج ۴، ص ۲۱۸).

۲-۵. عدم تصور ضمانت در ایقاعات

در توضیح این دلیل آمده: با توجه به تعریف شرط در قاموس اللغة، مفهوم شرط بر شروط

ضمن ایقاع قابل صدق نیست و منصرف به عقود است؛ زیرا در قاموس در تعریف شرط آمده است: «الشرط الزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه»: شرط الزام و التزامی است که در بیع و مانند آن واقع می‌شود و با توجه به این نکته که امثال بیع، تنها اموری هستند که محتاج به قبول باشند، پس تنها عقود مجرای شرط می‌شوند و ایقاعات به علت عدم احتیاج به قبول، چنین نیستند (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۱، ص ۲۳۴).

در اشکال به استدلال مذکور، گفته شده: مستفاد از تعریف شرط آن است که در ضمن التزام دیگری باشد نه اینکه در ضمن دو التزام مرتبط به هم که لازمه آن آمدن در ضمن عقد باشد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ج ۴، ص ۲۱۸) و با نظر به اینکه ایقاع نیز التزامی است که از جانب یک شخص محقق می‌شود، عنوان الزام در ضمن التزام دیگر محقق می‌شود و صاحب القاموس المحيط نیز شرط را به این معنا بیان کرده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲، ص ۳۱).

۳-۵. عدم امکان اعاده امر معدوم

آنچه از مفهوم شرط به دست می‌آید، این است که مشروط‌فیه (چیزی که شرط در ضمن آن می‌آید) موجب ایجاد امری در عالم اعتبار می‌شود، به نحوی که اگر مشروط‌علیه از انجام شرط امتناع کرد، مشروط‌له با اعمال حق خیار خود، آن امر ثابت و موجود را در عالم اعتبار منحل نماید؛ در صورتی که در ایقاعاتی مانند طلاق، عتق و ابراء، بر حسب ارتکاز عرفی این امر ممکن نیست؛ زیرا این قسم از ایقاعات، خود سبب انحلال و برهم زدن امر ثابتی در عالم اعتبار می‌گردند. در طلاق «علقه زوجیت»، در عتق «رقیت» و در ابراء «اشتغال ذمه» از بین می‌رود (موسوی خوئی، بی تا، ص ۲۷۰ و ۲۷۱).

یکی از مهم‌ترین دلایلی که مخالفان درج شرط در ایقاع به آن استناد می‌کنند، عدم امکان فسخ ایقاع در صورت امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط است؛ در حالی که ملازمه بین شرط و تسلط بر فسخ به صورت قاعده کلی تخصیص‌ناپذیر پذیرفته نیست؛ زیرا در برخی از اعمال حقوقی، موارد فسخ و انحلال از قواعد عمومی قراردادها پیروی نمی‌کند و از امور تبعدی و منحصر به مواردی می‌باشد که شارع جعل کرده است. مصداق بارز آن نکاح می‌باشد که انحلال

آن تنها از طریقی که شارع بیان کرده، ممکن است؛ درحالی که شروط ضمن عقد نکاح کاملاً مرسوم و پذیرفته شده است.

مخالفان نظریه وجود شرط در ایقاعات دلایل دیگری را نیز بیان کرده‌اند،^۱ اما تمام این دلایل نیز با پاسخ‌های نقضی و جواب‌های حلی بسیاری از محققان روبرو شده است. بنابراین با تمسک به عموم ادله روایت «المؤمنون عند شروطهم»، اصل حاکمیت اراده و اصل صحت حق این است که درج شرط در ایقاعات همچون عقود، امری ممکن است و در تأیید آن مصادیق متعددی در فقه آمده است: شرط نمودن در ضمن عتق (قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۲۲۸)، شرط در اجازة عقد فضولی (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۳۷)، شرط عوض در اباحه (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۲۹۴ و ۲۹۵)، شرط دریافت دیه ضمن ساقط کردن حق قصاص (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۲۸۷)، منوط کردن بخشش مدت باقی مانده در نکاح منقطع توسط مرد به شرط عدم ازدواج زن با شخصی معین (روحانی، بی تا، ج ۲، ص ۵۱۵) و شرط عوض ضمن ابراء (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۸۱) که متفقاً به قابلیت امکان درج شرط در ایقاعات اشاره دارند.

با تبیین امکان درج شرط در ایقاعات، نظریه طلاق مشروط در ماهیت طلاق توافقی قوت بیشتری می‌یابد و به تبع آن، ماهیت توافقات در طلاق توافقی روشن می‌گردد. زوجینی که در ادامه زندگی به توافق نرسیده‌اند، حال سعی دارند در انحلال آن به توافق برسند. از آنجا که در حقوق ما، انحلال نکاح به دست مرد منوط به تأدیة حقوق مالی زن است و از سوی دیگر، زن جز در موارد خاصی توانایی بر هم زدن نکاح را ندارد، وقتی ادامه زندگی مشترک میسر نباشد، با هم به مصالحه برمی‌خیزند. طلاق با شروط مورد توافق طرفین، راه‌حلی میانه به نام طلاق توافقی است که هم مرد بدون تأدیة کامل حقوق مالی زن به مطلوب خود می‌رسد و هم زن در انحلال نکاح دخیل است و اراده خود را در آن تأثیر می‌دهد و به آن دست می‌یابد.

در حقوق ما، طلاق، آخرین عملی که با اجرای صیغه محقق می‌شود و نکاح را منحل می‌کند،

۱. رد نظریه به دلیل نیاز شرط به عوض و عدم بقای اعتباری ایقاعات در معنای سببی.

متکی بر ارادهٔ مرد، یعنی یک عمل حقوقی یک‌جانبه (ایقاع) است. رویهٔ قضایی و قوانین موجود کاملاً بر این امر استوارند.^۱ طلاق توافقی هم از این قاعده مستثنی نیست. بنابراین طلاق توافقی، طلاق و ایقاع است. اما جایگاه توافقات در ساختار حقوقی آن چیست؟ هر دیدگاهی در مورد ماهیت توافقات و نحوهٔ وابستگی آن به طلاق توافقی ابراز شود، سبب بروز آثار متفاوتی خواهد شد. به‌عنوان مثال، اگر این توافقات را تنها انگیزه و داعی در طلاق بدانیم، پس از طلاق، خلف وعده در مورد آن تأثیری بر طلاق ندارد و همچنین اگر آن را عقدی جدای از طلاق بدانیم نیز همین‌طور است؛ درحالی‌که می‌دانیم اجرا یا عدم اجرای توافقات مؤثر بر طلاق است.^۲ با پذیرش نظریهٔ طلاق مشروط در ماهیت طلاق توافقی و با لحاظ اینکه این توافقات داخل در ساختار حقوقی طلاق و تابع آن هستند، مستقلاً انشا نمی‌شوند و ضمن طلاق (عمل حقوقی اصلی) گنجانده می‌شوند و از آن، کسب اعتبار و نفوذ می‌کنند؛ یعنی الزامی و التزامی هستند ضمن الزام دیگر. پس شرط بودن این توافقات محرز می‌گردد.

یافته‌های پژوهش

طلاق توافقی به سبک و سیاق قانون حمایت خانواده، پدیدهٔ نوظهوری در سیستم حقوقی کشور است که پیش از تبیین ماهیت، مراجعه به آن رواج بسیار یافته است. از آنجا که کشف ماهیت هر عمل حقوقی و تبیین هویت آن در برخورداری کامل از آثار و ضمانت‌اجراهای آن تأثیری بسزا دارد، لازم است ماهیت طلاق توافقی مشخص گردد؛ امری که اگرچه تا حدودی مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته، اتفاق نظری حاصل نشده است.

در ماهیت طلاق توافقی با توجه به شباهت‌هایی که خلع و مبارات با آن دارند و نگاه به نظریاتی که در باب ماهیت خلع و مبارات آمده است، گفته شده: ۱. ایقاع است و نیازمند طلاق؛ ۲. ایقاع است و بی‌نیاز از طلاق؛ ۳. فسخ است؛ ۴. عقد است؛ ۵. ماهیتی ترکیبی از عقد و ایقاع

۱. مواد ۳۳ تا ۳۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱.

۲. رجوع زن به فدیة طلاق باین را تبدیل به رجعی می‌کند یا مورد دیگر عدم بخشش کل یا بخشی از مهریه توسط زن در اجرای صیغهٔ طلاق توسط مرد خلل وارد می‌نماید.

دارد. اما هیچ‌کدام از این نظریات تبیین‌کننده ماهیت طلاق توافقی نیست؛ چرا که جایگاه توافقات را در این طلاق مشخص نمی‌کنند. اگر طلاق توافقی ایقاع است، صرف‌نظر از اینکه به صیغه طلاق نیازمند باشد یا خیر، توافقات چه نقشی در آن دارند؟ وجه تمایز طلاق توافقی از طلاق ساده همین توافقات است که با شبیه کردن آن به طلاق ساده، هدف از جعل آن در مقررات حقوق خانواده برآورده نخواهد شد. به نظر می‌رسد طلاق توافقی آمده است تا از بروز آسیب‌های ناشی از جدایی بکاهد؛ زیرا طلاق بر مبنای توافق و رعایت حقوق متقابل زوجین و از روی اختیار طرفینی است. بنابراین توافقات داخل در ساختار حقوقی طلاق است. البته آن را تبدیل به عقد نمی‌کند، ولی جدای از طلاق هم نیست و به آن وابسته می‌باشد. در نتیجه سایر نظریات نیز کنار گذاشته می‌شوند. نظریه آخر و پذیرفته شده‌ای که تا حدود بسیاری تفسیرکننده اراده زوجین و مطابق با حقیقت طلاق توافقی است، نظریه طلاق مشروط است.

طلاق توافقی، طلاق و ایقاع است؛ رویه قضایی، مقررات حقوق خانواده و پشتوانه فقهی آن، همگی مؤید این مطلب‌اند. توافقات نیز از جنس الزام و التزام هستند. الزام و التزامی دوطرفه (بین زوجین)، وابسته و مرتبط با طلاق؛ این تلقی از توافقات کاملاً منطبق بر معنای شرط است. شرط در معنای تخصصی حقوقی الزام و التزامی است که به واسطه ارتباط آن با مشروط به وجود می‌آید. بنابراین طلاق توافقی، طلاق مشروط است؛ به عبارت دیگر، توافقات شرط ضمن طلاق هستند. تنها ایراد وارد بر این نظریه ایراد عدم امکان ضمنیت در ایقاعات است که در رد آن چنین گفته شد: با بررسی ماهیت ایقاع و شرط مشخص می‌شود که شرط ضمن ایقاع در تضاد با ماهیت آن نمی‌باشد. شرط جهت تحقق، نیازمند دو اراده است: اراده مشروط‌علیه برای قبول تعهد و اراده مشروط‌له برای رد یا قبول حق ناشی از شرط. متعلق هر دوی این اراده‌ها شرط است و نه محل و مورد شرط؛ پس لازمه درج شرط این نیست که مورد و محل شرط نیز وابسته به وجود دو اراده باشد. بنابراین شرط ضمن ایقاع امری ممکن و با توجه به اصل آزادی شروط تحت شمول ادله شرط قرار می‌گیرند.

تبیین و پذیرش این نظریه در حقوق خانواده کمک شایانی به کاهش تنش‌های ناشی از جدایی می‌کند؛ چرا که عدم تعیین سرنوشت توافقات، خود منجر به بروز کشمکش‌های فراوانی بین زوجین می‌شود که نقض غرض قانون‌گذار از جعل طلاق توافقی است. از طرفی با شرط خواندن توافقات، از ضمانت‌اجرای شرط در حقوق برخوردار خواهد شد که خود سبب پایان بسیاری از اختلافات دوران پس‌اطلاق و درنهایت، مصداق توصیه قرآن کریم در «تصریح باحسان» خواهد بود.

منابع

- قرآن کریم.
- آذرتاش، آذرنوش (۱۳۸۵). فرهنگ معاصر عربی - فارسی. تهران: نشر نی.
- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ ق.). کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق.). لسان العرب. بیروت: دار الفکر.
- انصاری (شیخ)، مرتضی (۱۴۱۵ ق.). کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات. قم: اسماعیلیون.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۱). حقوق مدنی. جلد ۵. تهران: انتشارات اسلامی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۰ ق.). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.
- _____ (۱۴۱۳ ق.). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه
- حر عاملی، محمدحسن (بی تا). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ ق.). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حقیقت، صبا (۱۳۹۶). «بررسی شرط در ایقاعات با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)». پژوهشنامه متین، ۱۹ (۷۶)، ص ۸۹-۷۷.
- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۰ ق.). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: انتشارات استقلال.

- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- رحمانی، مهدی (۱۳۹۵). *طلاق با توافق زوجین*. رساله دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دانشگاه مازندران.
- روحانی، سید محمدصادق (بی تا). *منهاج الصالحین*. بی جا: بی نا.
- شایگان، علی (۱۳۷۵). *حقوق مدنی*. جلد ۱. تهران: گنج دانش.
- شریعتی، الهام و صفدرزاده، سیده فائزه (۱۳۹۶). «ماهیت و آثار طلاق توافقی در فقه و حقوق ایران». *فصلنامه شورای فرهنگی - اجتماعی زنان و خانواده*، ۲۰(۷۸)، ص ۱۰۶-۱۰۹.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۴). *تعهدات*. تهران: مجد.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بابویه قمی (۱۴۱۵ ق). *المقنع*. قم: مؤسسه الامام الهادی علیه السلام.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۲). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.
- طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۱). «ماهیت حقوقی خلع». *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ۴(۲)، ص ۹۱-۱۱۵.
- طاهری، حبیب الله (بی تا). *حقوق مدنی خانواده* (جلد ۳). تهران: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ ق). *العروه الوثقی*. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- _____ (۱۴۱۰ ق). *حاشیه المکاسب*. قم: اسماعیلیون.
- طوسی (شیخ)، محمد بن الحسن (۱۳۸۸). *المبسوط فی فقه الامامیه*. قم: مکتبه المرتضویه.
- _____ (۱۴۱۴ ق). *کتاب الخلاف*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- عمید، حسن (۱۳۶۹). *فرهنگ عمید*. تهران: امیرکبیر.
- علوی، سید محمدتقی و اشرفی، مهدی (۱۳۹۷). «ماهیت حقوقی طلاق توافقی در نظام حقوقی ایران». *دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده*، ۲۳(۶۹)، ص ۷۹-۱۰۴.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ ق). *حاشیه المکاسب*. قم: انوار المهدی.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله الفصاح*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- فصیحی زاده، علیرضا و کیانی، عباس (۱۳۹۳). «تحلیل حقوقی اندراج شرط در ضمن ایقاع و آثار آن». *آموزه های فقه مدنی*، ۶(۹)، ص ۳۱-۵۸.

- فیض کاشانی، ملا محسن (۱۴۰۱ ق). *مفاتیح الشرایع*. قم: مجمع ذخایر الاسلامی.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱). *جامع الشتات*. تهران: کیهان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *دوره حقوق مدنی - خانواده: نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۹۵). *دوره حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، آثار قرارداد*. جلد ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۷۸). *دوره مقدماتی حقوق مدنی - اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محبی، مرضیه (۱۳۹۰). «طلاق توافقی: ماهیت و آثار». *وکیل مدافع*، ۲(۵)، ص ۵۷-۶۵.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰). *بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن*. تهران: مرکز نشر علوم انسانی.
- مکی العاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین (۱۴۱۱ ق). *اللمعه الدمشقیه*. قم: منشورات دار الفکر.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی خوئیینی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). *منهاج الصالحین المعاملات*. قم: نشر مدینه العلم - آیت الله العظمی السید الخویی.
- نجاشی اسدی کوفی، احمد بن علی (۱۴۱۶ ق). *فهرست اسماء مصنفی الشیعه المشتهر برجال النجاشی*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۶). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*. تهران: المکتبه الاسلامیه.
- نقیبه، سید ابوالقاسم (۱۳۹۰). «قواعد اختصاصی فقه خانواده و کاربرد آن در قانون مدنی». *دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده*، ۱۶(۵۵)، ص ۲۳-۴۷.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ ق). *قراءات فقهیه معاصره*. قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه الاسلامی بر مذهب اهل بیت.