

## ماهیت حقوقی طلاق خلع

حبیب طالب احمدی\*

### چکیده

طلاق خلع یکی از راه‌های قانونی انحلال نکاح و امروزه شایع‌ترین گونه طلاق در جامعه ما است. تعیین ماهیت حقوقی آن از موضوعات بحث‌انگیز و اختلافی بوده و دیدگاه‌های گوناگونی در این رابطه وجود دارد. دیدگاه‌هایی که در ماهیت خلع ابراز شده تحت سه عنوان کلی ایقاع، عقد یا عملی ترکیبی طبقه‌بندی می‌شوند. البته معتقدین به هریک از عناوین یادشده نیز با یکدیگر هم عقیده نیستند. پیچیدگی مسئله به حدی است که گاه یک شخص در آثار خود، نظرات متفاوتی را ابراز می‌کند. این تحقیق در صدد بیان و نقد آراء یادشده به جهت تبیین ماهیت حقوقی طلاق خلع و اثبات فرضیه ایقاع بودن آن است.

واژه‌های کلیدی: طلاق، خلع، انحلال نکاح، حقوق خانواده.

### ۱. مقدمه

خانواده کوچکترین ولی اساسی‌ترین واحد اجتماعی است که قوام آن، پایداری جامعه را در پی دارد. این نهاد با پیمان زناشویی شکل می‌گیرد و مشمول قواعد و

---

\* استادیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز talebahm@shirazu.ac.ir

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۱۰/۱۴

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۱۰/۲۷

مقررات ویژه‌ای است که با سایر اعمال حقوقی، قدری متفاوت است. موضوع عقد نکاح، ایجاد رابطه زناشویی میان یک زن و مرد است و لازمه تداوم یک زندگی مشترک، انعطاف‌پذیری و تفاوت‌های مقررات حاکم بر خانواده را با سایر مقررات توجیه می‌کند.

حقوق خانواده به شدت مبتنی بر رعایت مصالح اجتماعی است و برخلاف سایر عقود و معاملات، جامعه خود را در استواری پیوند زناشویی سهیم می‌داند. از همین رو قانونگذار نسبت به فروپاشی خانواده حساس بوده و اجازه انحلال آن را جز در موارد معدود و معین نمی‌پذیرد. ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی در مقام بیان راه‌های انحلال نکاح، مقرر داشته: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود».

انحلال عقد نکاح از راه‌های متداول انحلال عقود در قواعد عمومی معاملات، میسر نیست. درج خیار شرط در ضمن عقد نکاح، موجب تزلزل در آن گشته، به کیان خانواده آسیب می‌رساند و به صراحت ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی چنین شرطی باطل است<sup>۱</sup> و گرچه در قانون، غیرقابل اقاله بودن نکاح دیده نمی‌شود ولی به اقتباس از فقه، این مورد از مسلمات است که زوجین با تراضی نمی‌توانند پیوند زناشویی را از هم بگسلند.

سه طریق فسخ، طلاق و بذل مدت در ماده یادشده به ظاهر شیوه‌های انحصاری انحلال قانونی عقد نکاح محسوب می‌شوند، با این حال در قانون مدنی، لعان نیز به عنوان موجب انحلال نکاح در مواد ۸۸۲ و ۸۸۳ آمده<sup>۲</sup> که در عمل متروک است. کفر، فوت و انقضای مدت در نکاح موقت نیز از اسباب قهری انحلال عقد نکاح به شمار می‌آیند. به هر حال قانونگذار، راه‌های انحلال نکاح را در اختیار خود گرفته و از هم پاشیدن پیوند زناشویی را به سادگی نمی‌پذیرد.

متأسفانه طلاق، با آمار رو به رشدی که امروزه در جامعه ما یافته از معمولترین روش‌های انحلال نکاح محسوب می‌شود. در ماهیت حقوقی این عمل تردیدی نیست؛ چرا که تنها با اراده مرد واقع شده و ایقاع بودن آن مسلم است. با این حال، اظهار نظر در خصوص ماهیت برخی از گونه‌های طلاق ساده نیست.

## ماهیت حقوقی طلاق خلع

پیش‌تر زوجین مجاز بودند بدون مراجعه به دادگاه و با توافق از یکدیگر جدا شوند که «طلاق توافقی» خوانده می‌شد. در ماهیت عقدی یا ایقاعی آن تردیدهایی وجود داشت که با حذف ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، موضوع منتفی و با لزوم مراجعه به محکمه، شمار طلاق خلع، افزایش یافته است.<sup>۳</sup> چنین وضعی می‌تواند بر گریزانی زنان از زندگی مشترک و سستی کیان خانواده تعبیر شود؛ زیرا زنان حاضرند حقوق حقه خود مانند مهریه را بذل نموده و از زندگی خانوادگی فرار کنند. اما واقعیت آن است که طلاق از سوی مرد برای او بار مالی دارد؛ زیرا پذیرش تقاضای طلاق از طرف مرد، موکول به پرداخت کلیه حقوق زن، اعم از مهریه، نفقه، اجرت‌المثل و گاهی نیمی از دارایی است. لذا مرد برای طلاق، پیش‌قدم نمی‌شود و عرصه را چنان بر زن تنگ می‌کند که او راضی به چشم پوشی از تمام حقوق خود می‌شود تا طلاق بگیرد.

چون در طلاق خلع، زن مالی به مرد بذل می‌کند و در ظاهر این توافق دارای عوضین، یعنی فدیة در برابر طلاق است لذا در خصوص ماهیت حقوقی آن به عنوان یک عمل حقوقی یک طرفه یا دو طرفه یا ترکیبی بودن ماهیت آن دیدگاه‌های گوناگونی ابراز شده است. دشواری در تعیین ماهیت خلع به حدی است که برخی از محققین در آثار خود معتقد به دیدگاه‌های مختلفند. بدیهی است که پذیرش هر کدام از دیدگاه‌هایی که در مورد ماهیت حقوقی طلاق خلع ابراز شده، آثار و نتایج متفاوتی از دیگری در پی دارد. برخی از آثار و نتایج مزبور در موارد زیر نمایان است:

۱- ماهیت حقوقی طلاق خلع، نقش اراده زوجین را در تحقق آن معلوم می‌کند: اگر خلع ایقاع باشد، تنها با اراده زوج واقع می‌شود، ولی در صورت عقد بودن نیازمند تراضی دو طرف است. در صورت اخیر وجود اراده سالم هر دو طرف شرط صحت عمل خواهد بود، در حالی که اگر خلع ایقاع باشد فقدان یا عیب اراده زوجه در وضعیت حقوقی آن مؤثر نیست.

۲- تعیین ماهیت حقوقی طلاق خلع در چگونگی انشای آن مؤثر است: کسانی که معتقدند خلع از اقسام طلاق است به ضرورت استعمال لفظ طلاق تمایل داشته و گروهی که برای آن ماهیت عقدی قائلند به کارگیری لفظ خلع را در انشای آن ضروری می‌دانند.

۳- آنچه سبب تملیک فدیة به زوج می‌شود بنابر ماهیت حقوقی طلاق خلع معلوم می‌شود: اگر طلاق خلع عملی یک سویه باشد به مانند اخذ به شفعه ایقاعی مملک شمرده می‌شود، ولی با عقد بودن آن، انتقال مالکیت فدیة با تراضی صورت می‌گیرد. در صورت اخیر، ماهیت تراضی مزبور باید روشن شود تا بتوان احکام مترتب بر آن را بار کرد.

۴- ارتباط میان طلاق و فدیة جز با تعیین ماهیت حقوقی طلاق خلع ممکن نیست. بنابر این پاسخ به پرسش‌های زیر، جز با تبیین ماهیت حقوقی طلاق مزبور میسر نیست: آیا فدیة عوض طلاق می‌باشد یا داعی در انشای آن است؟ بود و نبود فدیة در هنگام طلاق چه تأثیری بر وضعیت حقوقی آن می‌گذارد؟ اگر فدیة پیش از تسلیم به زوج تلف شود آیا طلاق منفسخ می‌شود یا می‌توان بدل آن را از زوجه مطالبه کرد یا طلاق رجعی می‌شود؟ خلع مبتنی بر بذل فاسد چه وضعی دارد؟ اگر فدیة شرایط مورد معامله را نداشته باشد آیا طلاق باطل است؟ مال غیر درآمدن فدیة چه تأثیری بر طلاق دارد؟ اگر طلاق خلع دارای ماهیت عقدی باشد عوضین آن کدامند؟ بر فرض معوض بودن خلع، آیا طلاق می‌تواند عوض فدیة قرار گیرد یا عوض فدیة، عدم امکان بازگشت از طلاق است که موجب بائن شدن آن می‌شود؟

۵- تعیین ماهیت حقوقی طلاق خلع می‌تواند در کیفیت انشای آن به کار آید: کسانی که تعلیق را ویژه قراردادها می‌دانند، با ایقاع شمردن طلاق خلع، معلق بودن آن را بر انتقال فدیة نمی‌پذیرند، ولی توجیه تعلیق مزبور در صورت عقد بودن طلاق خلع، ایراد مزبور را ندارد.

این تحقیق در پی تبیین ماهیت حقوقی خلع، پس از آشنایی اجمالی با تعریف، مشروعیت، پیشینه تاریخی و کیفیت انشای آن، به نقل و نقد دیدگاه‌های موجود در آثار فقها و حقوقدانان می‌پردازد تا در نهایت، ماهیت این عمل حقوقی روشن شود. بدیهی است ذکر مقدمات، موجب تسهیل در مطالعه ماهیت خلع شده و در نتیجه‌گیری مؤثر خواهد بود.

ماهیت حقوقی طلاق خلع

## ۲. تعریف خلع

### ۲-۱. تعریف لفظی

خُلْع بر وزن صلح اسمی تازی از مصدر خَلَع بر وزن قلب به معنی نزع و کندن است. (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۴: ۱۷۹) زوجین در قرآن به لباس یکدیگر تشبیه شده‌اند چنان که در آیه ۱۸۷ سوره بقره می‌خوانیم: « هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ ». چون خلع، موجب مفارقت زن و شوهر است، به معنی از تن درآوردن و کندن لباس زوجیت به کار رفته است.

### ۲-۲. تعریف اصطلاحی

خلع در اصطلاح عبارت است از ازاله قید نکاح به دلیل کراهت زن از شوهرش در برابر فدیهای که به او می‌دهد. اگر کراهت دو سویه باشد از باب خلع خارج و مبارات خواهد بود و اگر به دلیل آزار و اذیت باشد مانند این که مردی زنش را کتک بزند تا این که زن مال خود را که معمولاً مهریه اوست به او منتقل و طلاق بگیرد خلع نبوده، بلکه طلاق رجعی است؛ زیرا طلاق به علت ایراد ضرب و جرح زوج است و اخذ مال در این فرض از مصادیق اخذ به عنف می‌باشد. (شفائی، ۱۳۶۲: ۴۶)

### ۲-۳. تعریف قانونی

طلاق خلع در ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی تعریف شده است. طبق ماده مزبور «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».

## ۳. مشروعیت خلع

طلاق خلع در کل فرق اسلامی پذیرفته شده (ابن‌قدامه، بی تا، ج ۷: ۵۱) و از جمله احکام امضایی اسلام است (یعقوبی، ۱۴۱۴: ۳۵۹) که به اقتباس از فقه و بدون پرداختن

به جزئیات آن، وارد گستره حقوق ما شده و چنان که گفته شد در قانون مدنی به عنوان یکی از راه‌های قانونی انحلال نکاح شمرده می‌شود. مشروعیت خلع به استناد آیات قرآنی تأیید می‌شود. آیات مورد استناد عبارتند از:

**الف)** آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره: «و لا یحل لکم أن تأخذوا مما آتیتموهن شیئا إلا أن یخافا ألا یقیما حدود الله فان خفتم ألا یقیما حدود الله فلا جناح علیهما فیما افتدت به». یعنی «و روا نیست شما را که بازستانید از آنچه بدانان داده‌اید چیزی را مگر آن که بترسند که بیای ندارند حدود خدا را و اگر ترسیدید که بیای ندارند حدود خدا را نیست باکی بر آنان در آنچه زن به فدیة دهد».

**ب)** آیه ۴ سوره مبارکه نساء: «فإن طبن لکم عن شیء منه نفساً فکلوه هنیئاً مریئاً». یعنی «و اگر به دلخواه خویش گذشتند از چیزی از آن (کابین) برای شما، پس بخوریدش گوارا نوش باد».

**ج)** آیه ۱۹ سوره مبارکه نساء: «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتیتموهن إلا أن یأتین بفاحشة مبینه». یعنی «و به آنها سخت نگیرید که چیزی از کابین آنان را به دست آورید مگر این که کار زشتی از آنها سر بزند».

علاوه بر این آیات، روایات متعدد هم بر صحت خلع دلالت دارند. در کتب روایی، روایات مربوط به خلع، تحت عنوان کتاب خلع و مبارات دیده می‌شوند. (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۱۵: ۴۸۷)

#### ۴. پیشینه خلع

در تاریخ اسلام نقل شده که جمیله دختر عبدالله بن ابی (برخی او را دختر ابی و بعضی دیگر، زن مزبور را حفصه دختر سهل الانصاریه دانسته‌اند) از شوهرش، ثابت بن قیس بن شماس، بدش می‌آمد و برعکس، شوهرش او را دوست می‌داشت. روزی جمیله نزد رسول خدا (ص) آمد و عرض کرد سر من با سر شوهرم در یک بالین جمع نمی‌شود. چه کنم که از او خوشم نمی‌آید و حال آن که در دین و اخلاق او هم عیبی نمی‌بینم و از طرفی مایل نیستم که به کاری اقدام نمایم که در اسلام جایز نبوده و کفر

#### ماهیت حقوقی طلاق خلع

محسوب گردد؛ زیرا روزی او را با جمعی دیدم که به طرف منزل می آمدند و من آنها را نظاره می کردم. دیدم که ثابت در میان آن جمع از همه سیاه تر و زشت تر بود. در این هنگام آیه ۲۲۹ از سوره بقره نازل شد. البته برخی قسمتی از آیه ۱۹ از سوره نساء را دلیل بر موضوع خلع می دانند. (محقق، ۱۳۶۰: ۱۵۶)

پس از نزول آیه مربوط به خلع، پیامبر (ص) ثابت را احضار و جریان را با وی در میان گذاشت. او باغی را مهر زوجه اش کرده بود. پیامبر (ص) رو به جمیله فرمود در قبال این کراهت چه گذشتی را حاضر است برای شوهر خود بنماید. او پاسخ داد باغی را که مهر من است حاضرم به او ببخشم و نیز حاضرم زیاده تر هم به او بدهم. پیامبر (ص) فرمود زیاده لازم نیست فقط باغ را به وی برگردان، سپس رو به ثابت نمود و فرمود باغ را از زوجه ات پس بگیر و او را رها کن و ثابت چنین کرد. این اولین خلعی بود که در اسلام رخ داد. (طباطبایی، بی تا، ج ۲: ۲۵۴؛ محقق، ۱۳۶۰: ۱۵۶)

#### ۵. انشای خلع

در خصوص چگونگی انشای خلع، دو دیدگاه در میان فقها وجود دارد: برخی معتقدند علاوه بر اجرای صیغه خلع باید مرد صیغه طلاق را نیز جاری کند. (طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۴۲۲؛ شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج ۶: ۸۷) عده ای از حقوقدانانها ذکر هر دو صیغه خلع و طلاق را گفتاری ضعیف و بی دلیل می دانند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۵۳) در نظر غالب نیز تنها اجرای صیغه خلع برای مفارقت زوجین کافی است و اگر هم پس از خلع، صیغه طلاق اجرا شود از باب تأکید یا رعایت احتیاط شمرده می شود. (حائری، ۱۳۷۶، ج ۲: ۱۰۰۵؛ امامی، ۱۳۷۵، ج ۵: ۴۸؛ خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲: ۳۱۳؛ فقیه، ۱۴۱۵: ۱۹۶)

در دیدگاه نخست، اجرای خلع دو مرحله ای است و خلع عقدی است میان زوجین که در آن زن مالی به شوهرش می دهد و شوهر تعهد به دادن طلاق نموده و سپس زن خود را طلاق می دهد. بدیهی است طلاق که به این ترتیب واقع شود ایقاع است. آنچه مورد اختلاف است اجرای یک مرحله ای خلع می باشد. یعنی ابتدا زن مالی

را به شوهرش به منظور جدایی از او پیشنهاد کند و مرد بگوید تو را در ازای این مال، خلع کردم یا این که مرد ابتدا چنین گوید و زن متعاقباً آن را بپذیرد. در این نوشتار ماهیت چنین فرضی مطالعه می‌شود.

استفاده از واژه خلع در اجرای صیغه آن نیز از موارد اختلافی است: فقهای امامیه بیشتر طرفدار استفاده از لفظ خلع یا طلاق در اجرای خلع هستند هرچند برخی فقها به دلیل عدم ورود نص صریح در لزوم استفاده از واژه خلع یا طلاق، استفاده از این الفاظ را مبتنی بر رعایت احتیاط می‌دانند. (فقیه، ۱۴۱۵: ۱۹۵ و یعقوبی، ۱۴۱۴: ۳۵۸) عدم ضرورت استفاده از صیغه خلع یا طلاق در بین علمای حقوق نیز طرفدارانی دارد. (صفائی و امامی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۲۹۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۵۲)

در فقه اهل سنت، ایقاعات همانند طلاق و ابراء به کنایه همراه با نیت انشاء می‌شوند، ولی در باب عقود اگر گواه گرفتن در عقد شرط باشد مانند نکاح با کنایه منعقد نمی‌شوند؛ زیرا گواه از نیت شخص خبر ندارد و اگر گواه گرفتن شرط نباشد، مشروط بر آن که تعلیق بردار باشند مانند خلع، به کنایه منعقد می‌شوند مشروط بر آن که شخص، نیت آن معنای کنایی را کرده باشد. در عقود که تعلیق بردار نیستند موضوع اختلافی است. (ابن قدامه، بی تا، ج ۸: ۱۸۱؛ زلمی، ۱۳۷۵: ۱۳)

به این ترتیب فقهای عامه اجرای صیغه خلع را با الفاظ دیگر و حتی کنایات در صورت قصد طلاق از سوی زوج یا با وجود قرائن می‌پذیرند. همچنین از عبارات یادشده، اعتقاد به ماهیت عقدی و معلق بودن خلع نیز به دست می‌آید که در ذیل عنوان مستقلی، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد مبنای اختلاف در چگونگی انشای خلع، چنان که یاد شد، اختلاف در تعیین ماهیت آن است. معمولاً کسانی که خلع را از اقسام طلاق می‌شمارند به انشای آن به لفظ طلاق متمایلند. (صفائی، ۱۳۶۲: ۹۴)

## ۶. نظریه فسخ

در موردی که خلع به غیر لفظ طلاق واقع شود شیخ طوسی آن را از اقسام طلاق



#### ماهیت حقوقی طلاق خلع

خارج و فسخ محسوب می‌کند. (شیخ طوسی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۴۲۴) علامه اردبیلی نیز با شیخ طوسی هم عقیده است. (اردبیلی، بی تا: ۶۰۹) در فقه اهل سنت نیز گروهی فسخ بودن خلع را از روایات برداشت می‌کنند. (ابن قدامه، بی تا، ج ۷: ۵۶) عمده دلایل این گروه عبارت است از:

**الف) نظر به این که خلع را می‌توان به غیر لفظ طلاق جاری کرد و نظر به این که** دلیلی بر طلاق بودن خلع در این وضعیت وجود ندارد بهتر است آن را فسخ بدانیم؛ زیرا اگر خلع از اقسام طلاق محسوب می‌شد استفاده از لفظ طلاق در آن ضروری بود. **ب) از آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره** طلاق نبودن خلع استفاده می‌شود: طبق این آیه شریفه «طلاق» که در آن شوهر رجوع تواند کرد دو مرتبه است... و حلال نیست که چیزی از مهر آنان به جور بگیرند، مگر آن که ترسند حدود دین خدا را راجع به احکام ازدواج نگاه ندارند، در چنین صورت، زن هرچه از مهر خود به شوهر ببخشد برآنان روا باشد...»<sup>۴</sup> و در ابتدای آیه بعد آمده است: «پس اگر زن را طلاق سوم داد روا نیست که آن زن و شوهر، دیگر بار رجوع کنند...»<sup>۵</sup> حال نظر به این که در ابتدای آیه ۲۲۹ دو مرتبه طلاق آمده<sup>۶</sup> و در ابتدای آیه بعد طلاق سوم غیر قابل رجوع شمرده شده است، اگر خلع از اقسام طلاق بود می‌بایست طلاق چهارم غیر قابل رجوع شناخته می‌شد، در حالی که شارع از شناسایی خلع به عنوان طلاق و داشتن نیت طلاق به هنگام خلع خودداری کرده است.

به نظر می‌رسد هر دو استدلال در دلالت بر ماهیت خلع، قابل مناقشه است: در مورد دلیل اول باید گفت صرف امکان اجرای خلع به غیر لفظ طلاق، مانع از طلاق شمرده شدن آن نیست؛ چرا که اگر بپذیریم خلع از اقسام طلاق است، استعمال لفظ خلع در اجرای صیغه، دلالت بر طلاق بودن آن نیز خواهد کرد. این وضعیت در سایر اعمال حقوقی نیز دیده می‌شود. برای مثال در سلم و سلف که بالاتر دیدیم از اقسام بیع به شمار می‌آیند تفاوتی ندارد که صیغه عقد با لفظ سلف، سلم یا بیع اجرا شود. در هر صورت، نتیجه که همان بیع است پدید می‌آید. علاوه بر این که جمیع شرایط طلاق که اعم از خلع است در خلع نیز شرط می‌باشد، ولی چون خلع، اخص از طلاق است تمام

شرایط آن در طلاق شرط نیست. لذا در خلع، کراهت زن از مرد شرط است، در حالی که در هر طلاق چینی شرطی نیست، ولی در طهر غیرموقعه بودن زن به هنگام طلاق اعم از خلع، شرط است. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳: ۱۰؛ خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲: ۳۱۳) صرف نظر از گفتارهایی که اجرای صیغه طلاق را پس از خلع برای مفارقت ضروری می‌شمرند (شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج ۶: ۸۷) امکان اجرای خلع فقط با صیغه طلاق نیز دلالت بر طلاق بودن خلع دارد و اجرای صیغه طلاق پس از صیغه خلع یا بالعکس تأکیدی بیش نیست. (امامی، ۱۳۷۵، ج ۵: ۴۸)

در مورد دلیل دوم نیز آیات استنادی، دلالت صریح بر فسخ بودن ماهیت خلع ندارند و در جهت عکس نیز می‌توان استدلال کرد: یعنی از موقعیت مطالب مربوط به خلع که در میان آیات مربوط به طلاق وارد شده است چنین دریافت که خلع نیز از اقسام طلاق است، در غیر این صورت، شارع احکام آن را جداگانه وضع می‌فرمود. همچنین دوبار طلاق که در ابتدای آیه ۲۲۹ سوره بقره آمده رجعی است؛ زیرا برای زوج حق رجوع شناخته شده است و اگر اشکال شود که خلع چگونه طلاق است که زوج در آن حق رجوع ندارد می‌توان پاسخ داد آیه دلالت بر رجعی بودن طلاق مطلق دارد و از آن رجعی بودن خلع که از اقسام طلاق با ویژگی‌های خاص خود است به دست نمی‌آید. اما در پاسخ به این ایراد که اگر خلع، طلاق باشد تعداد طلاق غیرقابل رجوع از سه به چهار می‌رسد نیز باید گفت این احتمال وجود دارد که نظر شارع، احتساب خلع در شمار یکی از طلاق‌های سه‌گانه باشد. (شهیدثانی، ۱۳۹۸، ج ۶: ۸۹) به عبارت دیگر شاید بتوان از آیه چنین برداشت کرد که زوج می‌تواند دوبار زوجه را طلاق دهد و اگر طلاق مطلق بود حق رجوع دارد و نیز می‌تواند به جای طلاق مطلق او را به خلع طلاق دهد. در چنین صورتی داشتن حق رجوع از آیه به دست نمی‌آید. در پاسخ به این که بدون حق رجوع، چگونه دوباره رابطه زوجیت برقرار گشته تا نوبت به طلاق سوم برسد می‌توان گفت علقه زوجیت پس از طلاق، لزوماً با رجوع محقق نمی‌شود و ممکن است رابطه زناشویی با ازدواج مجدد برقرار شود چنان که قانونگذار نیز در بند ۴ ماده ۱۱۴۵ به این موضوع توجه داشته است.

در فسخ نکاح، تشریفات خاص مانند پاک بودن زوجه یا حضور دو شاهد شرط

#### ماهیت حقوقی طلاق خلع

نیست.<sup>۷</sup> امکان رجوع در آن وجود ندارد و تکرار فسخ، موجب حرمت نکاح نمی شود، ولی شرایط ویژه در خلع ضرورت داشته، با رجوع زوجه به فدیة، طلاق رجعی گشته و خلع از دفعات طلاق شمرده می شود. (سلطانی نژاد، ۱۳۷۶: ۱۴۷)

علاوه بر دلایل فوق از بیشتر روایات وارده از سوی معصومین (ع) طلاق بودن خلع به دست می آید. برای مثال در روایتی از امام صادق (ع) نقل شده است که زنی با خلع از همسرش جدا شده و امام (ع) عده وی را همان عده طلاق مقرر نموده و می فرماید: «خلعها طلاقها من غیر آن یسمی طلاقاً». (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۱۵: ۴۹۱) در بیشتر فتاوی نیز فقها خلع را از اقسام طلاق شمرده‌اند و قول بر فسخ بودن آن اندک است.

#### ۷. نظریه معاوضه

چون در خلع، زوجه در برابر مالی که به زوج می دهد از او طلاق می گیرد و اراده زوجین در وقوع خلع، نقش داشته و به مانند عقود در خلع نیز ایجاب و قبول که بیانگر تراضی است وجود دارد<sup>۸</sup> و اهلیت زوجه در هنگام خلع شرط است و مالی که زوجه به زوج می دهد در برابر طلاق از سوی زوج، عوضین یکدیگر محسوب می شوند (خزائلی، ۱۳۶۰: ۱۰۷) و در خلع استفاده از صیغه خاص طلاق ضرورت ندارد و به دلیل جریان قواعد حاکم بر معاوضات در آن و روایاتی که دلالت بر ماهیت معاوضی خلع می نماید گروهی به این نتیجه رسیده‌اند که خلع را از معاوضات بدانند. در ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی نیز فدیة به عنوان عوض نام برده شده<sup>۹</sup> که می تواند تأییدی بر دیدگاه معاوضه بودن خلع باشد.

قائلین به این نظریه در ماهیت معاوضی خلع یکسان نمی اندیشند. برخی در حقیقت آن را به مانند سایر معاوضات پنداشته و گروه دیگر خلع را معاوضه مجازی شمرده‌اند. بدیهی است آثار و نتایج هر یک از این دو دیدگاه با دیگری متفاوت است.

### ۱-۷. معاوضه حقیقی

کسانی که معتقدند خلع معاوضه حقیقی است رابطه مستقیم و سببی میان مالی که زوجه می‌دهد و طلاق را به عنوان دلیل دیدگاه خود بیان می‌نمایند. در نتیجه اگر فدییه باطل باشد به تبع آن طلاق خلع هم باطل خواهد بود. (سلطانی نژاد، ۱۳۷۶: ۱۴۷) از همین رو شیخ طوسی فدییه را جزء ماهیت خلع دانسته و معتقد است اگر خلع مبتنی بر بذل فاسدی باشد صحیح نخواهد بود و نیز اگر فدییه مال معینی باشد که مال غیر درآید، خلع مخدوش است؛ زیرا در خلع عوض لازم است و بطلان آن، بطلان ملزوم را به دنبال دارد. برطبق این نظریه، طلاق غیرمعوّض، منظور طرفین نبوده و نمی‌توان حکم به پرداخت بدل کرد؛ زیرا مثل یا قیمت مال برای طلاق، مورد نظر زوج نبوده است. (طوسی، ۱۳۸۸، ج ۴: ۳۵۷-۳۴۴)

برخی از فقهای معاصر با این که صراحتاً خلع را طلاق و از جمله ایقاعات می‌دانند، ولی به شباهت آن به عقود از جهت نیاز به دو انشاء و داشتن دو طرف معترفند و با این که انشای خلع را با لفظ خلع یا طلاق پذیرفته‌اند، ولی اگر خلع به لفظ خلع واقع شود قائل به رابطه معاوضی میان خلع و طلاقند. (۱۳۶۶، ج ۲: ۳۱۵-۳۱۳)

### ۲-۷. معاوضه مجازی

گروهی خلع را معاوضه حقیقی ندانسته و اطلاق معاوضه را برخلع به مانند بیع نمی‌شمارند. در بیع به عنوان نمونه‌ای از معاوضات حقیقی اگر هریک از ثمن و مثنی شرایط لازم را نداشته باشند عقد از حال صحت خارج می‌شود، در حالی که در خلع اگر آنچه به عنوان بذل به زوج داده شده به هر علت مانند عدم مالیت یا غصبی بودن یا مال غیر درآمدن، صحیح نباشد طلاق فاسد نمی‌شود. صرف نظر از این که برخی به صراحت طلاق خلع را در حکم معاوضه می‌دانند، ولی مال غیر بودن فدییه را به دلیل عدم تحقق شرط خلع، موجب بطلان آن شمرده‌اند. (شفائی، ۱۳۶۲: ۴۷-۴۹) همچنین اگر زوجه به آنچه بذل کرده رجوع کند، طلاق به عنوان عوض بذل باطل نمی‌شود، بلکه از بائن به رجعی تبدیل می‌گردد. لذا گفته‌اند خلع، معاوضه به معنی اعم است و

#### ماهیت حقوقی طلاق خلع

بذل برای انشای طلاق، انگیزه‌ای بیش نیست و آنچه میان زن و مرد گفته می‌شود به ظاهر ایجاب و قبول است، ولی به واقع چنین نیست. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳: ۱۷؛ فقیه، ۱۴۱۵: ۲۰۱) به این ترتیب اگر آنچه بذل می‌شود مال معین باشد و پیش از قبض تلف شود نباید همانند بیع حکم به انفساخ طلاق کرد، بلکه زوج می‌تواند به مثل آن در صورت مثلی بودن و به قیمت آن در صورت قیمی بودن رجوع کند. شاید علت این امر خارج بودن تلف از اختیار زن باشد. (شفائی، ۱۳۶۲: ۴۹)

شهید ثانی پس از بیان آن که اگر مال مبذول از آن غیر باشد، خلع به دلیل اصل صحت، باطل نمی‌شود و مسؤولیت پرداخت فدیة به پرداخت مثل یا قیمت آن تبدیل می‌گردد معتقدند در فرضی که زوج بر مال غیر بذل آگاه باشد، خلع باطل است؛ زیرا زوج به معاوضه فاسد اقدام کرده است و برفرض این که زوج از مال غیر بودن بذل آگاه نباشد حکم به بطلان خلع را ترجیح می‌دهد و دلیل آن را لزوم عوض، بنا به ماهیت خلع، عنوان می‌کند مگر آن که پس از خلع، طلاق واقع شده باشد که طلاق رجعی است. به عبارت دیگر، طلاق در فرض اخیر مبتنی بر خلع نیست. (شهید ثانی، ۱۳۹۸، ج ۶: ۹۵) در این حالت به نظر می‌رسد شهیدثانی به قول اول یعنی معاوضه حقیقی بودن خلع متمایل شده باشد.

این اضطراب در آراء علمای حقوق نیز به چشم می‌خورد: برخی خلع را از عقود معاوضی حقیقی نمی‌دانند و می‌نویسند: «از نظر تحلیلی می‌توان طلاق خلع و مبارات را در حکم عقد معاوضی دانست که یک مورد آن، ایقاع و مورد دیگر آن فدیة است» با این حال ایشان نتایج یک معاوضه حقیقی را بر آن بار نموده در ادامه می‌نویسند: «و بستگی بین آن دو مانند بستگی بین ثمن و مئمن در بیع می‌باشد که وجود حقوقی هر یک منوط به وجود حقوقی دیگری است. بنا بر این علت تحقق هر یک تحقق دیگری خواهد بود. لذا چنانچه به جهتی از جهات فدیة باطل باشد طلاق واقع نمی‌شود و الا طلاق برخلاف قصد طرفین واقع شده است، زیرا هیچ یک قصد تحقق طلاق ساده نداشته‌اند». البته در ادامه طلاق را در خلع و مبارات امر مستقلی دانسته و فدیة را داعی و انگیزه آن می‌شمارد که به صورت عقد معوض منعقد می‌گردد و لذا از این دیدگاه، طبیعت ایقاعی طلاق تغییر نمی‌یابد و چون ایشان ضرورتی برای انشای صیغه طلاق پس

از صیغه خلع قائل نیستند باید بر آن بود که طلاق بودن خلع را با ماهیت ایقاعی آن پذیرفته‌اند. در همین قسمت نظریه علت دانستن فدیة برای طلاق نیز به عنوان گفتاری در عرض دیدگاه‌های پیشین مطرح شده و بدون آن که در رد یا قبول آن اظهار نظر شود، نتیجه نظریه معاوضه حقیقی بودن خلع به اختصار ذکر می‌شود. (امامی، ۱۳۷۵، ج ۵: ۵۳)

برخی دیگر خلع را به عنوان عقدی معوض معرفی می‌کنند که به موجب آن یک طرف عوض می‌دهد و طرف دیگر طلاق می‌دهد، ولی طبع معاوضه در خلع را متفاوت از معاوضات مالی معمولی دانسته، پس از اشاره به تفاوت‌های خلع با معاوضه می‌نویسند: «به همین جهت آن را شبه معاوضه می‌نامند»، ولی خود در ادامه، همچنان اعتقاد بر معاوضه بودن خلع دارند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۵۴-۲۵۸)

معاوضه شمردن خلع با این اشکال مواجه است که معاوضه از اقسام معاملات است و داشتن مالیت مورد معامله از شرایط اساسی آن محسوب می‌شود، ولی آنچه در خلع به زن می‌رسد ارزش مالی ندارد و نمی‌توان ادعا کرد دو مال با هم مبادله شده‌اند. علاوه این که گفته‌اند مقید بودن قصد شوهر در طلاق به تملک فدیة مسلم نیست و داشتن قصد معاوضی وی در خلع محل تردید است. همچنین اگر دادن فدیة را در قالب معاوضه توجیه کنیم مستلزم لزوم آن است و اگر آنرا هبه بشماریم چون به شرط عوض بوده باید غیرقابل رجوع باشد و حال آن که زوجه می‌تواند به فدیة رجوع کند. با فرض رجوع نیز اگر خلع، معاوضه به شمار می‌آید مستلزم بطلان آن بود در حالی که طلاق خلع پس از رجوع زن به فدیة رجعی می‌گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۳۷؛ ۱۳۶۸: ۴۵۱؛ نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳: ۲۲)

## ۸. نظریه ترکیبی

اگر اجرای صیغه طلاق را پس از صیغه خلع ضروری بدانیم خلع، تراضی بر انشای طلاق از سوی زوج در برابر فدیة بوده و ماهیت عقدی می‌یابد و طلاق، ایقاعی مستقل شمرده می‌شود. به عبارت دیگر مرد در عوض فدیة با طلاق زن موافقت کرده و

#### ماهیت حقوقی طلاق خلع

اقدام به ایقاع می‌کند و دو عمل حقوقی بطور مستقل انجام می‌گیرند. (شفایی، ۱۳۶۲: ۴۹) اما اگر انشای طلاق را بنابر گفتار مشهور بطور جداگانه لازم ندانیم طبق نظریه ترکیبی، قصد انشای دو عمل حقوقی در خلع با یکدیگر درآمیخته و قصد انشای زوج به دو قصد تجزیه می‌شود: قصد طلاق و دیگری انشای معاوضه. به این ترتیب قبول زوجه جهت انشای معاوضه لازم است و تأثیری در وقوع نفس طلاق نخواهد داشت. این ادعا در صدد توجیه عدم تأثیر بطلان هر یک از دو موجود حقوقی در دیگری است. در این دیدگاه به دلیل استقلال هر یک از این دو عمل حقوقی، بطلان هر کدام در دیگری بی‌اثر شمرده می‌شود. همچنین کسانی که معوض بودن طلاق را نمی‌پذیرند ممکن است با این توجیه قانع شوند؛ زیرا طلاق بطور مستقل و بدون عوض انشاء می‌شود. در این فرض، نقش فدیة در خلع به مانند مهر در نکاح شمرده شده و همچنان که فساد مهر در صحت نکاح مؤثر نیست، فساد بذل نیز در صحت خلع تأثیر نخواهد داشت.

نخستین اشکال دیدگاه مزبور آن است که بر فرض پذیرش استقلال هر یک از دو عمل، مبتنی بودن طلاق بر خلع، غیرقابل انکار است. یعنی زوج به دلیل تراضی با زوجه و اخذ فدیة به دادن طلاق راضی می‌شود و همچنان که صلح مبتنی بر معامله باطله باطل است<sup>۱۱</sup> فساد خلع نیز باید به بطلان طلاق منتهی شود. تبدیل طلاق بائن به رجعی با فساد فدیة یا رجوع زن به فدیة با استقلال طلاق، قابل توجیه نیست. دو دیگر آن که 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 انشای مفارقت از زوجه در برابر فدیة است پس تجزیه قصد زوج و جهی ندارد. قیاس خلع با نکاح نیز در مذهب امامیه پذیرفته نشده است. (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳: ۱۷) از نظر قانونی نیز بر فرض که تراضی دو طرف را هبه بدانیم باید طبق ماده ۸۰۳ قانون مدنی<sup>۱۱</sup> از طرف واهب به دلیل معوض بودن آن، مشروط بر دادن عوض، غیرقابل رجوع باشد، در حالی که زوجه طبق بند ۳ ماده ۱۱۴۵ همان قانون<sup>۱۲</sup>، حق رجوع به فدیة را دارد.

برخی اساتید حقوق مدنی این ترکیب را به گونه‌ای دیگر تحلیل نموده‌اند. به نظر ایشان طلاق خلع مشتمل بر دو امر است: اول قراردادی که سبب تملیک فدیة به شوهر

می‌شود و در برابر، حق رجوع شوهر را در ایام عده از بین می‌برد و دوم ایقاعی که سبب جدایی زن و مرد است. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱: ۴۵۳)

در این تحلیل، زن فدیة را به مرد می‌بخشد و هبه با شرط عدم رجوع مرد از طلاق جزء مصادیق هبه معوض بوده و علی‌القاعده باید غیرقابل رجوع باشد، در حالی که زن در ایام عده حق رجوع به فدیة را دارد. در پاسخ گفته‌اند در توافق میان زن و مرد، بنای دو طرف بر آن بوده که در برابر گرفتن فدیة، طلاق خلع داده شود و هرگاه زن به عوض رجوع کند، مرد نیز اختیار رجوع به نکاح را داشته باشد. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱: ۴۵۷)

هرچند بنای اول را می‌توان به اراده دو طرف نسبت داد ولی انتساب بنای دوم به اراده ایشان محل تردید است. حق رجوع زن به فدیة بیشتر به اراده قانونگذار منتسب است تا اراده دو طرف. علاوه این که آنچه به عنوان خلع واقع می‌شود در عرف، استقلال و شخصیت ویژه دارد و عملی واحد است که به نظر می‌رسد منتسب به اراده زوج باشد و اراده زوجه در اصل طلاق دخیل نبوده و نقش فرعی دارد و توافق مستقلی از طلاق مورد نظر طرفین نیست. به بیان دیگر، خلع چند انشای گوناگون در ضمن یک قالب نیست و بطور کلی نباید جزئی از انشاء را که بطور مستقل مورد نظر نبوده جداگانه ارزیابی کرد و حداکثر می‌توان از اعمال حقوقی مشابه برای تعبیر اراده دو طرف استفاده کرد. (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۳)

## ۹. نظریه معاوضه یا طلاق

بعضی از فقها خلع را از ایقاعات شبیه به عقود دانسته و برای انشای آن دو طرف را با اراده انشایی لازم می‌دانند و با این که اجرای صیغه خلع را به لفظ خلع یا طلاق کافی شمرده‌اند، ولی از ظاهر کلام ایشان چنین استفاده می‌شود که ماهیت عمل انجام شده با هریک از دو لفظ، متفاوت از دیگری است. با این توضیح که اگر خلع با لفظ خلع جاری شود رابطه معاوضی میان مفارقت و فدیة برقرار است و لذا در صورتی که فدیة باطل یا مال غیر درآید، خلع باطل است و توالی عرفی میان بذل از سوی زوجه و



#### ماهیت حقوقی طلاق خلع

اجرای صیغه خلع یا قبول زوجه بلافاصله پس از آن ضروری است. ولی اگر برای مفارقت از لفظ طلاق استفاده شده باشد، در حالی که فدیة مالیت نداشته یا مال غیر بوده یا توالی عرفی به ترتیب مذکور رعایت نشود، طلاق رجعی است. (خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲: ۳۱۴)

در این بیان، جمع میان ایقاع بودن خلع با نیاز به دو انشاء جهت تحقق آن دشوار است. همچنین به نظر می‌رسد در این دیدگاه، ماهیت خلعی که با لفظ خلع انشاء شده با خلعی که به لفظ طلاق انشاء می‌شود متفاوت است و فقط در صورت نخست رابطه معاوضی برقرار است. این در حالی است که مرد با قصد واحد از واژگان خلع یا طلاق به منظور مفارقت استفاده کرده و تغییر الفاظ با قصد واحد نباید در تشخیص ماهیت یا آثار آن مؤثر باشد. شاید در چنین دیدگاهی بیش از اندازه متعارف به معانی الفاظ مورد استفاده برای کشف ماهیت عمل انجام شده بها داده می‌شود.

#### ۱۰. نظریه طلاق معلق

برخی در فقه اهل سنت بر این باورند که خلع به ایجاب و قبول واقع می‌شود، ولی ماهیت عقدی آن نسبت به دو طرف باید به دو اعتبار لحاظ شود و بر همین اساس، احکام آن نسبت به هریک از طرفین متفاوت از دیگری است. آنچه از جانب مرد واقع می‌شود طلاق معلق بر انتقال فدیة از سوی زن است و از جانب زن، دادن فدیة مشمول احکام معاوضه است. البته معتقدند عملی که زن در خلع انجام می‌دهد معاوضه‌ای شبیه به تبرعات می‌باشد؛ زیرا در ظاهر، زن فدیة را به مرد می‌بخشد، در حالی که آن را در ازای طلاق به مرد می‌دهد. در این دیدگاه، حقیقت معنی خلع، تعلیق طلاق بر قبول انتقال مال از جانب زن بوده و با قبول زن، معلق علیه حاصل و طلاق واقع می‌شود. (ابوزهره، ۱۳۷۷: ۳۳۰)

به نظر می‌رسد در این تحلیل، خلع به ایجاب و قبول محقق می‌شود پس ماهیت عقدی دارد، در حالی که عمل مرد، ایقاعی معلق است و قبول زن به پذیرش شرط تعلیقی می‌ماند. از سوی زن نیز صرف قبول به معنی دادن فدیة به مرد تعبیر شده که

چون در ازای طلاق است در حکم معاوضه و چون طلاق پیش از آن انشاء شده، موضوع شرط تعلیقی و از جانبی شبه تبرع نامیده می‌شود. به این ترتیب ماهیت عمل در ابهام می‌ماند. علاوه این که آنچه از سوی زوجین انجام می‌گیرد عملی واحد است و نمی‌تواند نسبت به یک طرف، طلاق معلق و نسبت به دیگری، معاوضه یا در حکم آن باشد. همچنین صیغه خلع، مفهوم تعلیق یادشده نیست. در غیر این صورت باید قائل به معلق بودن تمام عقود معوض شد.

#### ۱۱. نظریه طلاق مشروط

زن می‌تواند از شوهر تقاضای طلاق کند (طلاق خلع) اگر شوهر راضی شد به اراده او طلاق انجام می‌گیرد. (شایگان، ۱۳۷۵:۲۵۹) در این دیدگاه، خلع از جمله ایقاعات است. پیوند زناشویی به اختیار زوج از هم می‌گسلد و اراده زوجه در انشای آن نقشی ندارد و باید آن را از اقسام طلاق شمرد. نظر اکثریت در فقه نیز طلاق بودن خلع است. (جعفری‌لنگردوی، ۱۳۷۶:۲۵۲) آنچه در این بیان باید روشن شود، تکلیف ماهیت حقوقی عملی است که از جانب زوجه برای مفارقت از شوهر انجام می‌شود؛ زیرا نمی‌توان منکر نقش فدیة در طلاق خلع شد؛ زیرا اگر زوجه آن را به زوج ندهد، زوج حاضر به جدایی از همسرش نمی‌شود.

یکی از محققین، دادن مال را از جانب زوجه، ایجاد انگیزه در انشای طلاق توسط زوج دانسته می‌نویسد: «طلاق خلع اگرچه همانند عقود معاوضی محتاج به اراده طرفین است ولی واقعاً معاوضه نیست بلکه از ایقاعات است و همواره با اراده شوهر انجام می‌گیرد، هر چند که انگیزه وی دریافت مال از زوجه باشد و به عبارت دیگر فدیة انگیزه شوهر در طلاق خلع است، نه عوض طلاق.» (محقق داماد، ۱۳۶۷:۴۳۰) به این ترتیب چون در خلع، کراهت از سوی زوجه بوده و زوج تمایلی به جدایی از او ندارد با دادن فدیة، زوج داعی در طلاق پیدا می‌کند. در نتیجه آنچه موجب جدایی زوجین می‌شود انشای طلاق از سوی زوج است. (امامی، ۱۳۷۵، ج ۵: ۵۴)

این بیان علی‌رغم ظاهر موجه، قابل مناقشه است: نحوه ورود فدیة در دارایی زوج

#### ماهیت حقوقی طلاق خلع

در این سخن روشن نیست. بخشش فدیة که با اراده دو طرف محقق می‌شود یا باید بطور مستقل از طلاق و با تعهد زوج به دادن طلاق در برابر فدیة واقع شود که در این صورت، طلاق متعاقب هبه، ایقاع جداگانه‌ای بوده و در فقه تردیدی در ماهیت ایقاعی و طلاق شمردن آن نیست و اگر با انجام یک عمل حقوقی مفارقت حاصل شده، پس منظور تجزیه قصد زوج است که به نظریه ترکیبی باز می‌گردد. علاوه آن که اگر دادن مال از سوی زوجه صرفاً برای ایجاد انگیزه در زوج باشد علی‌القاعده صحت و سقم آن نباید در عمل اصلی یعنی طلاق مؤثر باشد و حال آن که با معلوم شدن عدم مالیت یا مال غیر درآمدن فدیة یا مغضوب بودن آن، اگر نگوئیم خلع باطل است، طلاق از حالت بائن خارج و برای زوج حق رجوع ایجاد می‌شود. در نتیجه دادن فدیة از طرف زن نمی‌تواند صرفاً داعی در طلاق باشد و باید نقش فدیة را با ارزش‌تر از یک داعی شمرد.

برخی باتوجه به ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی، طلاق خلع را علی‌رغم وجود توافق و تراضی زوجین در زمینه میزان عوض یا فدیة، عقد محسوب نمی‌نمایند و اعتقاد به ماهیت ایقاعی آن دارند، با این حال در مورد شرط یا انگیزه بودن مالی که از جانب زن داده می‌شود نتیجه‌گیری نکرده‌اند. (صفائی و امامی، ۱۳۷۲، ج ۱: ۳۲۹)

به نظر می‌رسد فدیة در طلاق خلع، شرط آن محسوب می‌شود. درج شرط نیز در ضمن طلاق به دو صورت ممکن است: یا ابتدا در خصوص آن توافق شده و طلاق متبانیاً بر آن انشاء می‌شود و یا در هنگام اجرای طلاق، شرط مورد قبول زن قرار می‌گیرد. پس بازگشت قبول زوجه به شرط است نه قبول ایجاب زوج و اگر قبل از طلاق، مالی از سوی زن به مرد پیشنهاد شود و او طلاق را جاری کند عمل او مفهم پذیرش شرط ضمنی طلاق است. حال اگر به هر دلیل شرط محقق نشود مانند آن که شرط فاسد بوده یا مورد آن مال غیر باشد، تأثیری در صحت طلاق نخواهد داشت؛ زیرا شرط در دید دو طرف، فرعی بیش نبوده و با از بین رفتن فرع، اصل همچنان باقی می‌ماند با این تفاوت که وجود شرط در خلع موجب عدم حق رجوع زوج در ایام عده است و با بطلان شرط، طلاق به ماهیت اصلی خود که رجعی است بازمی‌گردد.

دیدگاه اخیر در فقه نیز مطرح است: شهید ثانی در کتاب مسالک الأفهام حقیقت

خلع را عبارت از قول زوج دانسته و می‌نویسند 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. (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۲: ۴۷)

می‌توان مورد مشابه این وضع را در هبه به شرط عوض مشاهده کرد. با این که هبه اصولاً قابل رجوع است، ولی طبق بند ۲ ماده ۸۰۳ قانون مدنی در صورتی که شرط عوض شده باشد و اهب حق رجوع ندارد. حال اگر شرط فاسد باشد به مانند آن است که هبه مطلق بوده و اهب می‌تواند به آنچه بخشیده رجوع کند. با این که شرط در هبه، مورد آن محسوب نمی‌شود، ولی اثرش در هبه از بین بردن حق رجوع و اهب است. اشاره اجمالی به تشابه میان هبه مشروط و خلع جهت توجیه منجز بودن آن در آثار برخی از فقهای معاصر نیز دیده می‌شود. (یعقوبی، ۱۴۱۴: ۳۶۴)

در پاسخ به این اشکال که اگر خلع ماهیت طلاق را دارد پس باید با صیغه طلاق نیز واقع شود باید گفت طلاق اعم از خلع بوده و در خلع معنای طلاق نهفته است به مانند سلم یا سلف که متضمن معنی بیع هستند. فقها نیز بنابر نظر مشهور خلع را طلاق محسوب نموده و جمیع شرایط طلاق را در آن شرط می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۳: ۱۰؛ خمینی، ۱۳۶۶، ج ۲: ۳۱۳) لیکن در توجیه نقش فدیة با یکدیگر اختلاف دارند. قانون مدنی هم در ماده ۱۱۴۵ خلع را مادام که زن به عوض رجوع نکرده باشد از جمله اقسام طلاق باین می‌شمارد و در تفسیر منطقی و منظم از قوانین باید بر آن بود که قانونگذار اعمال حقوقی همگون را تحت یک عنوان قرار می‌دهد.

پذیرش خلع به عنوان طلاق مشروط با تردید در اعتبار و نفوذ شروط ضمن ایقاعات مواجه است. آوردن شرط اضافی در عملی که با یک قصد واقع می‌شود با ماهیت آن ناسازگار به نظر می‌رسد؛ زیرا شرط به تراضی تحقق می‌یابد. در پاسخ باید گفت مفهوم شرط بیش از این اقتضا ندارد که به سود یکی و زیان دیگری باشد و هیچ ضرورتی ندارد که ضمن عقد واقع شود. البته نفوذ شرط، منوط به قبول مشروط‌علیه است بدون این که با ماهیت ایقاع مخالف باشد. البته این تحلیل از نقد صاحب نظران حقوق مدنی در امان نمانده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۱۸۵)

## ماهیت حقوقی طلاق خلع

هرچند در طلاق، اختیار شوهر سازمان یافته و محدود است، ولی قانونگذار تحت شرایط خلع به وی اجازه می‌دهد تا مفارقت از همسرش را مشروط به انتقال فدیة به خود کند. این شرط از اقسام شرط نتیجه بوده و با وقوع طلاق محقق می‌گردد اعم از این که طلاق مبتنی بر شرط واقع یا در زمان انشای آن، شرط طلاق یاد و مورد قبول زوجه قرار گیرد. با این بیان، زوجه شرط را قبول می‌کند نه اصل طلاق را و آوردن شرط با ماهیت ایقاعی طلاق منافاتی ندارد.

هر شرطی دارای دو طرف است. کسی که شرط به نفع اوست مشروط‌الیه و دیگری که بر او شرط شده مشروط‌علیه خوانده می‌شود. اگر طلاق خلع را به عنوان عمل حقوقی مشروط بپذیریم تشخیص دو طرف شرط اندکی دشوار است. از طرفی با چنین شرطی، مالی از دارایی زن به دارایی مرد افزوده شده و لذا باید شرط را به سود مرد و به زیان زن دانست و از دیگرسو، زن با اعطای فدیة از قید زوجیت رها می‌شود و دیگر ناچار نیست با مردی که از او کراهت دارد زندگی کند. به نظر می‌رسد احتمال دوم صحیح باشد؛ زیرا تنها زن می‌تواند به عنوان مشروط‌الها از شرط صرف نظر کرده و به فدیة‌ای که داده رجوع کند، در حالی که شرط برای مرد الزام آور است و او نمی‌تواند با پس دادن فدیة به زن رجوع کند.

## ۱۲. نتیجه‌گیری

خلع یکی از راه‌های شرعی و قانونی انحلال نکاح است که به موجب آن زن به واسطه کراهتی که از همسر خود دارد مالی را به او می‌دهد تا طلاق بگیرد. در صورت انشای دو مرحله‌ای، خلع عقدی است که پیش از طلاق انشاء می‌شود و تشخیص ماهیت این دو عمل آسان است. آنچه مورد اختلاف است تعیین ماهیت حقوقی خلع با انشای یک مرحله‌ای آن می‌باشد. این تحقیق پس از بیان دیدگاه‌های گوناگون در عقد، ایقاع یا ترکیبی بودن ماهیت آن، تلاش کرد تا خلع را به عنوان گونه‌ای طلاق شناخته و ماهیت جداگانه‌ای برای آن فرض نکند. لذا آن را یک عمل حقوقی واحد دانسته و با گرایش به شناسایی آن به عنوان یک ایقاع، دادن فدیة از سوی زن به مرد در قالب شرط

ضمن طلاق، توجیه شد. هرچند این نتیجه نیز مصون از انتقاد نیست، ولی به نظر می‌رسد با ماهیت خلع به عنوان گونه‌ای طلاق، با مقررات همخوانی بیشتری دارد.

### پی‌نوشت

۱. ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده است».
۲. ماده ۸۸۲ قانون مدنی: «بعد از لعان، زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند و همچنین فرزندی که به سبب انکار او، لعان واقع شده، از پدر و پدر از او ارث نمی‌برد لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند».
۳. ماده ۸۸۳ قانون مدنی: «هر گاه پدر بعد از لعان رجوع کند پسر از او ارث می‌برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی‌برند».
۴. طبق آمار منتشره از سوی مسؤولین محترم قوه قضائیه، حدود هشتاد و پنج درصد از طلاق‌ها خلعی است. (روزنامه ایران مورخ ۱۳۸۴/۳/۱۲)
۵. آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ اَنْ تَاْخُذُوْا مِمَّا اَتَيْتُمُوْهُنَّ شَيْئًا اِلَّا اَنْ يَخَافَا اَلْاَيْقِيْمَا حُدُوْدَ اللّٰهِ فَاِنْ خِفْتُمْ اَلْاَيْقِيْمَا حُدُوْدَ اللّٰهِ فَلَاجِنَاْحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهٖ تَلْكُ حُدُوْدِ اللّٰهِ فَلَا تَعْتَدُوْهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُوْدَ اللّٰهِ فَاُولٰٓئِكَ هُمُ الظّٰلِمُوْنَ».
۶. آیه ۲۳۰ سوره مبارکه بقره: «فَاِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهٗ مِنْ بَعْدِ حَتٰى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهٗ فَاِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا اَنْ يَتَرَاجَعَا اِنْ ظَنَّا اَنْ يُقِيْمَا حُدُوْدَ اللّٰهِ وَ تَلْكُ حُدُوْدِ اللّٰهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُوْنَ».
۷. گفته‌اند که مرتان به معنی مره بعد مره می‌باشد و در نتیجه جمع دو یا سه طلاق با هم جایز نیست. رجوع کنید به کتاب احکام قرآن، محمد خزائلی، انتشارات جاویدان، ۱۳۶۰: تهران، ص ۱۱۲.
۸. ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی: «در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است شرط نیست».
۹. طبق رأی شماره ۱۸۲۷-۱۳۷۰/۲/۱۹-شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور «طلاق خلع بدون تراضی طرفین شرعیت ندارد».
۱۰. ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد».
۱۱. ماده ۷۶۵ قانون مدنی: «صلح دعوی مبتنی بر معامله باطله باطل است ولی صلح دعوی ناشی از بطلان معامله صحیح است».

## ماهیت حقوقی طلاق خلع

۱۱. ماده ۸۰۳ قانون مدنی: «بعد از قبض نیز واهب می تواند با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع کند مگر در موارد ذیل:

- ۱- در صورتی که متهب پدر یا مادر و یا اولاد واهب باشد.
- ۲- در صورتی که هبه معوض بوده و عوض هم داده شده باشد.
- ۳- در صورتی که عین موهوبه از ملکیت متهب خارج شده یا متعلق حق غیر واقع شود خواه قهراً مثل این که متهب به واسطه فلس محجور شود خواه اختیاراً مثل این که عین موهوبه به رهن داده شود.

۴- در صورتی که در عین موهوبه تغییری حاصل شود».

۱۲. ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی: «در موارد ذیل طلاق بائن است:

- ۱- طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود.
- ۲- طلاق یا ئسه.
- 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 این که وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید».

## منابع

### الف. فارسی

- امامی، حسن (۱۳۷۵). **حقوق مدنی**. ج ۵. تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). **حقوق خانواده**. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حائری (شاهباغ)، علی (۱۳۷۶). **شرح قانون مدنی**، ج ۲. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- خزائلی، محمد (۱۳۶۰). **احکام قرآن**، تهران: انتشارات جاویدان.
- زلمی، مصطفی ابراهیم (۱۳۷۵). **خاستگاه‌های اختلاف در فقه مذاهب**. ترجمه حسین صابری، مشهد: انتشارات بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی.
- سلطانی‌نژاد، هدایت‌الله (۱۳۷۶). «ماهیت حقوقی طلاق خلع». **نامه مفید**، ۳ (۱۰): ۱۴۷-۱۶۲.

شایگان، علی (۱۳۷۵). **حقوق مدنی**. قزوین: انتشارات طه.

شفائی، محسن (۱۳۶۲). **طلاق در مذاهب**. تهران: انتشارات شفایی.

صفائی، حسین و اسدالله امامی (۱۳۷۲). حقوق خانواده، ج ۱. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۳). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی. تهران: انتشارات بهنشر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). حقوق مدنی: خانواده، ج ۱. تهران: انتشارات بهنشر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰). حقوق مدنی: ایقاع، تهران: یلدا.

محقق، محمدباقر (۱۳۶۰). حقوق مدنی زوجین در زمان زناشویی دائم از نظر قرآن. تهران: بنیاد قرآن.

محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۷). تحلیل فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن. تهران: نشر علوم اسلامی.

#### ب) عربی

ابن قدامه، ابی عبدالله بن احمد بن محمد (بی تا). المغنی. ج ۷ و ۸. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

ابن منظور. (۱۴۰۸). لسان العرب. ج ۴. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

ابوزهره، محمد (۱۳۷۷). الأحوال الشخصیه. قاهره: دارالفکر العربی.

اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). زبده البیان فی احکام القرآن. تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.

حراغلی، محمد بن حسن (۱۳۹۱). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. ج ۱۵. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

خمینی، روح الله (۱۳۶۶). تحریر الوسیله. ج ۲. تهران: مکتبه اعتماد کاظمینی.

شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی (۱۳۹۸). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه. ج ۶. نجف: جامعه النجف الدینیة.

شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی (بی تا). مسالک الأفهام. ج ۲. قم: دارالهدی للطباعه و النشر.

طباطبایی، سید محمد حسین (بی تا). المیزان فی تفسیر القرآن. ج ۲. قم: مؤسسه النشر



ماهيت حقوقى طلاق خلع

الأسلامى.

طوسى، ابى جعفر محمد بن الحسن (١٣٨٨). **المبسوط فى فقه الأماميه**. ج ٤. تهران: المكتبه لاحياء الآثار الجعفريه.

طوسى، ابى جعفر محمد بن الحسن (١٤١٤). **كتاب الخلاف**. ج ٤. قم: مؤسسه النشر الإسلامى.

فقيه، مفيد (١٤١٥). **كتاب الطلاق على متن الشرائع**. بيروت: دارالصفوه.

نجفى، محمد حسن (١٣٦٧). **جواهر الكلام فى شرح شرايع الإسلام**. ج ٣٣. تهران: دارالكتب الإسلاميه.

يعقوبى اصفهانى، سيف الله (١٤١٤). **نظام الطلاق فى الشريعه الاسلاميه الغراء**. (تقريرات بحث جعفر سبحانى)، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

