

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه تهران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

عنوان پایان نامه

وجوب طلاق خلع بر مرد

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر انصاری پور

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر کریمی

دانشجو: اعظم شوهانی

1	مقدمه
2	الف: تعریف مسئله
2	ب: هدف و ضرورت اجرای طرح
4	پ: پیشینه ی تحقیق
5	ت: سوالات تحقیق
5	ث: فرضیه ها
5	ج: روش تحقیق
5	ح: شیوه ی طرح مباحث
6	بخش اول: اثبات وجوب طلاق خلع بر مرد با توسل به ماهیت آن
6	فصل اول: تبیین ماهیت طلاق خلع
6	مبحث اول: طلاق خلع
6	بند اول: معنای لغوی خلع
6	بند دوم: معنای اصطلاحی خلع
7	بند سوم: دلایل اثبات طلاق خلع
8	مبحث دوم: شرایط اساسی طلاق خلع
8	بند اول: کراهت
10	بند دوم: عوض
15	فصل دوم: خلع: طلاق یا ماهیتی مستقل
15	مبحث اول: تعریف و ماهیت طلاق
15	بند اول: تعریف طلاق
15	بند دوم: ماهیت طلاق
16	بند سوم: ارکان و تقسیم بندی طلاق

18	مبحث دوم: طلاق عمل ارادی یا عمل قضایی
18	بند اول: ولایت بر طلاق
18	الف: معنای ولایت
18	ب: اعمال ولایت بر طلاق
20	بند دوم: ولایت حاکم بر طلاق خلع
21	مبحث سوم: تطبیق ماهیت طلاق با طلاق خلع
21	بند اول: عقد یا ایقاع بودن
22	بند دوم: طلاق یا فسخ بودن
24	مبحث چهارم: آیین دادرسی طلاق: داورى
25	بند اول: داورى
25	الف: معنای لغوی و اصطلاحی داورى
25	ب: ماهیت داورى
28	ج: شرط ارجاع به داورى: شقاق
28	بند دوم: داورى در طلاق
28	الف: مخاطب بعث حکمین (مسول ارجاع به داورى)
29	ب: لزوم ارجاع به داورى
30	ج: حدود اختیارات داور
32	بند سوم: داورى در طلاق خلع
34	بخش دوم: اثبات وجوب طلاق خلع بر مرد از طریق مطالعه تطبیقى
	فصل اول: اثبات وجوب طلاق خلع بر مرد از طریق مطالعه
34	تطبیقى با سایر انواع طلاق

53	مبحث سوم: دلایل قائلین به عدم وجوب
53	بند اول: استدلال اول و پاسخ به آن
53	بند دوم: استدلال دوم و پاسخ به آن
57	مبحث چهارم: دلایل قائلین بر وجوب طلاق خلع
57	بند اول: وجوب نهی از منکر
58	الف: اشکال وارده بر این استدلال و پاسخ آن
58	ب: اشکال دوم و پاسخ آن
59	ج: اشکال سوم و پاسخ آن
60	بند دوم: قاعده ی لاضرر
63	بند سوم: نمونه ای از رویه ی قضایی
65	بند چهارم: حکم عقل
66	مبحث پنجم: دلایل قائلین بر جواز اخذ مازاد
67	بند اول: آیه
67	بند دوم: روایات
69	بند سوم: اشکال وارده بر قول به وجوب خلع
70	بند چهارم: بررسی روایات و پاسخ به اشکال مطرح شده
70	الف: تعارض در این روایات
71	ب: مخالف عدل بودن روایات
74	نتیجه
78	منابع

مقدمه

آنگاه که خداوند انسان را آفرید و بر این آفرینش آفرین فرستاد «فتبارک الله احسن الخالقین»[□]، همه راههای تکامل بشر و پیشرفت و تعالی آنها را هموار کرد و ملاک رسیدن به این تعالی را تقوا و ایمان و عمل صالح برشمرد. از لحظه خلقت انسان خداوند برای قوم بشر پیامبران و رسولانی را گمارد و وظیفه اصلی آنها را احقاق حق و ایجاد عدالت و صلح و هدایت انسانها قرار داد. «والمیزانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ»[□]. محور اصلی رسالت پیامبر ایجاد عدم ظلم به انسانها برای رشد در مسیر تعالی روحی و معنوی و اجتماعی شان بوده و در هیچ جایی از کتب آسمانی و قرآن کریم ملاک حرکت به سوی خدا و رسیدن به حق را ملیت و جنسیت ندانسته است.

در قوانین موضوعه و جاری جمهوری اسلامی ایران در زمینه های مختلف مقرراتی وجود دارد که در آنها تفاوت هایی بین زن و مرد دیده می شود، و بعضی از آنها به نظر می رسد که در آن رعایت حقوق زنان صورت نگرفته است. بررسی این موضوعات از چند جهت حائز اهمیت است؛ یکی از این جهت که اگر این موضوعات واقعاً تبعیض آمیز هستند، وظیفه ی شرعی و انسانی ایجاب می کند که در مقام اصلاح آنها برآمد. از سوی دیگر عمده ی آنها مبنای فقهی، شرعی، و اسلامی دارد و وقتی به عنوان حکم اسلامی مطرح می گردد، احتمال دارد که دیدگاه و بینش اسلامی به چالش کشیده شود و لازم است با بررسی دقیق این مقررات و مبانی و فلسفه و حکمت آنها یا بر خلاف آنچه که در ظاهر امر مشهود است، دیدگاه واقعی اسلام را پیدا کرد، و اصلاح و تغییر آنها را با کشف آن دیدگاه با عنایت به مقتضیات زمان و مکان و با استفاده از اجتهاد پویا امکان پذیر ساخت و یا تبیین و توجیه عقلی، منطقی و قانع کننده ای به عمل آورد.[□]

در این رساله سعی بر آن است که، با بررسی تاریخی از نهاد خلع و با دقت و کاوش در منشاء طلاق خلع به این نتیجه رسید که خلع از زمان تاسیس آن، در صورت درخواست زوجه از زوج و وجود شرایط اساسی آن بر مرد واجب بوده است، مضافاً اینکه نظریه وجوب طلاق خلع که از سوی فقهای قدیم مانند، شیخ طوسی، ابی الصلاح، ابن برّاج و ابن زهره، بیان شده می تواند به خاطر نزدیکی زمانی این اشخاص به عصر معصومین (ع) از اعتبار بیشتری برخوردار باشد و قابل توسعه است.

□ سوره ی مؤمنون، آیه 14

□ سوره ی حدید، آیه 25

□ دکتر حسین مهرپور، مباحثی از حقوق زن؛ انتشارات اطلاعات اطلاعات 1387.

در این رساله سعی شده است که با آوردن احادیث و آراء مختلف از متون فقهی و بیان نظرات علماء و حقوقدانان و همچنین با تحقیق در رویه قضایی و بیان آثار و نتایج آن وجوب طلاق خلع بر مرد مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و امید است که افق تازه ای در این مورد گشوده شود که بتواند مورد توجه و استفاده علاقه مندان قرار گیرد.

الف: تعریف مسئله

مسئله ی مورد بحث همانطور که گفته شد، وجوب طلاق خلع بر مرد است. ماده ی ۱۱۴۶ قانون مدنی بیان می دارد: « طلاق خلع آن است که زن به واسطه ی کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می دهد طلاق بگیرد...» در تعریف این مسئله می توان گفت: هرگاه در طلاق خلع دو شرط اساسی آن که عبارتند از: کراهت و عوض وجود داشته باشد، زوجه می تواند با مراجعه به حاکم به استناد وجود کراهت از شوهر تقاضای خلع نماید که شوهر در اینجا مجبور به طلاق می شود و در صورت امتناع حاکم شرع به عنوان ولی ممتنع، حکم به تفریق بین آنها خواهد کرد.

ب: هدف و ضرورت اجرای تحقیق

تفاوت بین زن و مرد در حق طلاق از موضوع های سوال برانگیز در فقه است. پرسیده می شود که چگونه یک مرد حق دارد، هر زمان که از ادامه زندگی مشترک با همسر خود ناراضی باشد با پرداخت مهریه از او جدا شود، اما اگر زنی از زندگی مشترک خود ناراضی باشد حق ندارد _ جز در موارد عسر و حرج _ از همسرش جدا شود؟

یکی از مباحثی که شبهه ی تبعیض جنسیتی در آن مطرح می باشد، حق طلاق در قوانین مدنی اسلامی است به این بیان که مرد حق محروم کردن زن از زندگی زناشویی که مورد علاقه ی زن می باشد را در هر زمان داشته باشد بدون آنکه زن دارای چنین حقی باشد [□]. هرچند در قانون مدنی در تاریخ ۱۳۸۱/۸/۱۹ ماده ی ۱۱۳۳ که پیش تر می گفت: " مرد هر وقت بخواهد می تواند همسر خود را طلاق دهد " بدین گونه اصلاح گردید:

" مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش بنماید"

[□] با توجه به قضایی بودن طلاق و بحث دآوری در طلاق به نظر می رسد این مطلب نمی تواند موضوعیت داشته باشد.

تبصره: زن نیز می تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹ و ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰) این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

لیکن ایجاد حق طلاق به وسیله شرط و یا عدم پرداخت نفقه و عسر و حرج، به گونه ایست که اثبات این امور با توجه به تفسیرهای مختلف از آن کاری دشوار و مشکل می باشد.

هر چند عده ای در پاسخ به این شبهه گفته اند اگر طلاق به دست زن باشد و امکان طلاق گرفتن برای او باشد، با توجه به احساسی بودن او، با بروز کمترین مشکلی به طلاق گرفتن تمایل نشان می دهد و در طلاق بی پرواست:

... و محاباته‌ن النساء فی الطلاق[□] ...

این خود موجب تزلزل کانون زندگی و خانواده است.

اما این جواب برطرف کننده ی اشکال تفاوت در حق طلاق میان زن و مرد نیست، چرا که اولاً رغبت زنان بر طلاق ادعایی بدون دلیل است، ثانیاً تزلزل کانون خانواده با در اختیار داشتن حق طلاق به دست مرد نیز وجود دارد، چرا که زن نیز اطمینان به ادامه زندگی با مردی که هر زمان که اراده کند، می تواند از او جدا شود، ندارد. از این رو چنین حقی برای مرد خود موجب تزلزل کانون زندگی است.

ما در این رساله برآنیم تا با تأملی دیگر در متون فقهی و مستندات حکم طلاق، راهی برای رفع این تفاوت و اختلاف بیابیم. چنانکه راهی که برطرف کننده ی این مشکل باشد، نیابیم، به ناچار باید به توجیه این قانون، در حد درک و فهم خویش از احکام الهی بپردازیم.

ظاهراً تنها راهی که می توان یافت حکم به وجوب طلاق خلع با وجود شرایط آن بر مرد است. و شرط اصلی در طلاق خلع، کراهت و عدم رضایت زن از ادامه زندگی است. این کراهت و عدم رضایت قیدی ندارد و نیازی نیست که به حد عسر و حرج زوجه برسد، کراهت به هر دلیلی که باشد خلع می تواند تحقق پیدا کند.

□ . شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 27، کتاب الشهادات، باب 24، ص 365، ح 50.

با اثبات این قول تفاوت در حق طلاق بین زن و مرد از بین می رود چرا که همان گونه که هر وقت مرد اراده کند می تواند با پرداخت همه ی مهریه زن خود را طلاق دهد، زن نیز می تواند با بازگرداندن مهریه یا بخشش آن به شوهر، مرد را به طلاق دادن ملزم کند. بنابراین مرد و زن در داشتن حق طلاق برابرند و تفاوتی بین آنها وجود ندارد

پ: پیشینه ی تحقیق

در بررسی کتب فقهی، از قدیم تا معاصر، گفتار یا فصلی که به طور مستقل به این موضوع، پرداخته باشد، دیده نشده است. منتهی در بررسی کتب فقهی به این نتیجه دست یافته شد که اکثر فقهای امامیه و اهل سنت با وجوب طلاق خلع بر مرد موافق نیستند و فقط آن را در برخی مواقع مستحب می دانند اما در میان فقهای قدیم شیخ طوسی در النهایه به وجوب طلاق خلع بر مرد اشاره می کند[□]. این قول را ابی صلاح، ابن براج، و ابن زهره نیز قائل شده اند و احتجاج نموده اند که نهی از منکر واجب است و فقط با خلع نهی از منکر ایجاد می شود، پس خلع واجب است[□]. محققان و اندیشمندان معاصر نیز این مسئله را تا حدودی مورد توجه قرار داده اند اما آن را تنها در ضمن مباحث کتب خود، به طور اجمالی و نه چندان جدی مورد بررسی قرار داده اند[□].

ت: سوالات تحقیق

در این تحقیق، سعی شده است که به سوالات اساسی و دقیق زیر پاسخ گفته شود.

۱_ آیا طلاق خلع بر مرد واجب است؟ و رویه قضایی آن را به این نحو پذیرفته است؟

۲_ تفاوت طلاق خلع با طلاق به نحو عسر و حرج و طلاق توافقی در چیست؟

۳_ طلاق چه نوع حقی است آیا حق خصوصی مرد است و یا اینکه زوجه نیز می تواند به عنوان یک حق از آن استفاده کند؟

[□] در این باره در بخش دوم به تفصیل بحث خواهد شد.
محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد 32، ص 5.
حسین مهرپور، مباحثی از حقوق زن، ص 185.

ث: فرضیه ها

آنچه را که می توان به عنوان یک فرضیه مطرح کرد این است که با مطالعه و توجه به منابع فقهی مذاهب اسلامی و آنچه که به عنوان مشرع طلاق خلع شناخته شده است و با توجه به دلایل عقلی و نقلی، ثابت کرد که طلاق خلع بر مرد واجب است.

ج: روش تحقیق

روش به کار رفته در این تحقیق به صورت تحلیلی _ تطبیقی می باشد که به صورت کتابخانه ای و یادداشت برداری انجام شده است. البته در ادامه کار نیز سعی بر آن شده است که با استفاده از آراء قضایی رویه برخی از قضات در این خصوص بیان شود.

ح: شیوه ی طرح مباحث

در این تحقیق سعی شده است که هر یک از دلایل و موجبات وجوب طلاق خلع بر مرد به طور مستقل و از نگاه های متفاوت، مورد بررسی قرار گیرد. بدین صورت که ابتدا به طرح کلیات مسئله پرداخته شده و سپس در ادامه طلاق خلع و شرایط اساسی آن بیان شده است. بعد از آن با بررسی تطبیقی میان طلاق خلع و طلاق به نحو عسر و حرج و طلاق توافقی وجوه تفاوت آنها بیان می شود. در ادامه، به بیان دلایل قائلین به عدم وجوب طلاق خلع بر مرد و نقد این دلایل پرداخته شده و بعد از آن دلایل طرفداران وجوب طلاق خلع و نحوه ی استدلال بیان می شود و در آخر نیز به بیان قول حق و نتیجه ی تحقیق و پیشنهادات ارائه شده پرداخته می شود.

بخش اول: اثبات وجوب طلاق خلع بر مرد با توسل به ماهیت آن

فصل اول: تبیین ماهیت طلاق خلع

مبحث اول: طلاق خلع

طلاق خلع یکی از طلاق های مشروع در فقه است. قبل از بیان موضوع و تقریر محل نزاع در طلاق خلع، به بیان معنای لغوی و اصطلاحی خلع می پردازیم:

بند اول: معنای لغوی خلع

خلع به ضم خاء و سکون لام از خلع به فتح خاء و سکون لام مشتق است و در لغت به معنای کندن و درآوردن لباس است.[□] الصحاح نیز، خلع را با همین عبارت معنا کرده است.^{□□}

بند دوم: معنای اصطلاحی خلع

خلع در اصطلاح فقه به معنای از هم گسستن نکاح به وسیله ی فدیة ای است که از طرف زوجه به زوج پرداخت می شود؛ این تعریف در کلام علامه در قواعد^{□□} نیز آمده و فقهای بعد از ایشان این معنا را در کتاب هایشان ذکر کرده و آن را صحیح دانسته اند.

[□] فیروز آبادی، القاموس المحيط، ص 642.

^{□□} اسماعیل بن حماد جوهری، الصحاح، ظبط و توثیق: محمدالبقاعی، ج 2، ص 934.

^{□□} و هو ازالة قيد النکاح بفدية. (علامه حلی، قواعد الاحکام، ج 3، ص 156)

همچنانکه واضح است معنی اصطلاحی از معنای لغوی آن دور نیافتاده است، زیرا مرد و زن در قرآن مجید به لباس یکدیگر تعبیر شده اند: «... هنّ لباسٌ لكم و أنتم لباسٌ لهنّ...»^{□□} به این طریق هر یک از زوجین لباس بودن برای یکدیگر را از خود جدا می کند.

بند سوم: دلایل اثبات طلاق خلع

ادله اثبات طلاق خلع، کتاب، سنت و اجماع مسلمین است:

کتاب: اصل مشروعیت طلاق خلع از کتاب قرآن مجید است؛ آنجا که خداوند در سوره ی بقره، آیه ی ۲۲۹ می فرماید:

"الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان و لا یحل لکم أن تأخذوا مما آتیتموهن شیئاً إلا یقیما حدود الله فإن خفتم ألا یقیما حدود الله فلا جناح علیهما فیما أفتدت به..."

طلاق {رجعی} دو بار است. پس از آن یا {باید زن را} بخوبی نگاه داشت، یا به شایستگی آزاد نمود. و برای شما روا نیست که از آنچه که به آنان داده اید، چیزی باز ستانید. پس اگر می ترسید که {زوجین} حدود الهی را اجرا نکنند، بنابراین، حرجی بر آن دو نفر {زوجین} نسبت به آنچه که زن آن را فدیة می دهد نیست.

با توجه به شأن نزول آیه و استدلال امام صادق علیه السلام در روایتی از ابی بصیر^{□□} (در مورد اخذ مقدار مجاز مال از زن) به آیه ی شریفه بیانگر این مطلب است که آیه ی فوق مشرع طلاق خلع در اسلام است.

سنت: روایات متواتر زیادی از طرق شیعه^{□□} و سنی بر مشروعیت طلاق خلع دلالت دارند که در اینجا به بیان مضمون معروفترین روایت که منشأ تشریح خلع بوده است مبادرت می شود:

ابن عباس می گوید: دختر عبدالله ابن ابی - که زن ثابت بن قیس شماس بود - نزد رسول گرامی اسلام آمد و عرض کرد: ای پیامبر خدا، نه من و نه ثابت، هیچ چیز نمی تواند ما را کنار یکدیگر نگه دارد. به خدا قسم هیچ عیبی در دین و اخلاق او نمی گیرم و لکن کراهت دارم از این که بعد از مسلمان شدنم دوباره کافر گردم. من از روی بغض او را اطاعت نمی کنم. من او را در میان عده ای دیدم که او سیاه ترین و کوتاه ترین

□□ سوره ی بقره، آیه ی 187.

□□ عن ابی بصر عن ابی عبدالله... و حل له ما اخذ منها من مهرها و مازاد و ذلك قول الله: "فلا جناح علیهما فیما افتدت به" ... الخ؛ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 22، کتاب الخلع و المبرات، باب 1، ص 282.

□□ وسائل الشیعه، ج 22، کتاب الخلع و المبرات، باب 1، ص 279، احادیث 1، 2، 3، 4، 5، 6، 7، 8، 9.

آنها از حیث قد و زشت ترین آنها از حیث چهره بود. در این هنگام، آیه " ... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يَاقِيمَا ... " نازل گردید و مهریه و صداق او باغی بود که ثابت بن قیس گفت: ای پیامبر خدا، آیا باغ را بر می گردانند؟ پیامبر به دختر عبدالله ابن ابی رو کرد و گفت: آیا باغ را به او بر می گردانی؟ او گفت: بله، بلکه زیادتراً از باغ نیز به می دهم. ثابت گفت: باغ برای من کافی است. پس زن از مرد جدا شد.^{□□□}

مبحث دوم: شرایط اساسی طلاق خلع

برای تقاضای طلاق خلع علاوه بر شرایط عمومی تقاضای طلاق دو شرط اساسی نیز لازم است که عبارتند از: ۱_ کراهت ۲_ عوض

بند اول: کراهت

یکی از عناصر لازم در طلاق خلع آن است که زوجه نسبت به زوج کراهت داشته باشد و در غیر این صورت طلاق خلع صحیح نیست. و لزوماً باید این کراهت تنها از ناحیه ی زوجه باشد، نه از طرفین یا از ناحیه ی فقط زوج. کراهت لازم در طلاق خلع، گاهی ذاتی است مثل کراهتی که ناشی از خصوصیات زوج است، از قبیل زشتی چهره و سوء خلق وی و امثال آن، و گاهی عارضی است؛ مثل آنکه زوجه به خاطر ازدواج مجدد شوهرش از وی متنفر است. با وجود هر یک از دو نوع کراهت طلاق خلع می تواند صورت گیرد. اما چنانکه شوهر زنش را آزار دهد یا او را ناسزا گوید و یا از انجام وظایف زناشویی تخلف نماید، و زن به خاطر نجات و رهایی از دست او مهر یا مالی را بذل، و درخواست طلاق کند، گرفتن مال مزبور بر مرد حرام، و خلع باطل است و چنانچه با این شرایط طلاق اتفاق افتد، رجعی خواهد بود.^{□□}

□□ سوره ی بقره، آیه ی 229.

□□ محمود بن عمر الزمخشری، تفسیر الکشاف، ج 1، ص 274.

□□ روی آن جمیلة بنت عبدالله بن ابی کانت تحت ثابت بن قیس بن شماس و کانت تبغضه و هو یحبها، فاتنا رسول الله صلی الله علیه و آله فقالت: یا رسول الله، لا انا و لا ثابت، لا یجمع رأسی و رأسه شیء و الله ما اعیب علیه فی دین و لا خلق و لکن اکره الکفر فی الاسلام. ما اطبعه بغضاً، انی رفعت جانب الخباء فرأیته اقبل فی عدة فاذا هو اشد هم سواداً و اقصرهم قامة و اقبحهم وجهاً، فنزلت و کان قد اصدقها حدیقة فاختلعت منه بها و هو اول خلع کان فی الاسلام؛

□□ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج 33، ص 41_ یوسف البحرانی، حدائق الناضرة، چاپ قدیم ج 5، ص 379_ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، ص 352_ شهید ثانی، شرح لمعه، ج 2، ص 152.

شهید ثانی(ره) در الروضة گفته اند: اگر زن از بعضی حقوق واجبه ی خود که بر عهده ی مرد است از جمله قسمت^{□□} و نفقه به خاطر دلجویی از مرد بگذرد، قبول آن بر مرد حلال است، مرد نمی تواند از بعضی از حقوق زن را منع کند، تا اینکه زن مالی را به او بدهد، و او را طلاق دهد، اگر مرد زن را مجبور به بذل کرد، به خصوص بذلی که همراه با آزار، زدن و تهدید زن باشد، قبول بذل بر مرد حلال نیست.^{□□}

مستند فقهی کراهت، اولاً اجماع و ثانیاً نصوص در حد متواتر است؛ که از آن نمونه حدیث متعلق به همسر ثابت بن قیس می باشد. نمونه ی دیگر گفتار امام باقر است: «خلع واقع نمی شود تا اینکه زن بگوید: هیچ امری از تو اطاعت نمی کنم و به هیچ قسمی بر تو پایبند نیستم، و هیچ حدی را بر تو نگه نمی دارم و به دستورات و گفته های احترام نمی گزارم، فدیة از من بگیر و رهایم کن»^{□□}

به نظر بسیاری از فقهاء مطلق کراهت کافی نیست، بلکه باید به حدی باشد که از گفتار و کردار وی چنین استشمام گردد که چنانچه شوهرش او را طلاق ندهد، مرتکب معصیت خواهد شد و لااقل ناشزه می گردد. این نکته را از آیه ی شریفه ۲۲۹ سوره ی بقره استنباط نموده اند. «... فَإِنْ خِفْتُمْ الْإِيقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ».

ولی قول مشهور در فقه امامیه این است که اظهار کراهت از جانب زوجه برای درخواست طلاق خلع کافی است و لازم نیست که کراهت به حدی باشد که از رفتار و کردار زوجه بروز کند.^{□□}

فقهای اهل سنت معتقدند که خلع در حالت سازگاری هم واقع می شود و نیازی به وجود کراهت زوجه نیست. استدلال جمهور این است که می گویند: خداوند در قرآن فرموده: "فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنِ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيًّا"^{□□} و اگر با رضایت خاطر چیزی از مهریه ی خود به شما بخشیدند آن را دریافت دارید و حلال و گوارا مصرف کنید." وقتی که جایز باشد که زن تمام مهریه اش را به شوهرش هبه کند بدون آنکه در مقابل آن چیزی برایش حاصل شود، جایز بودن آن در خلع که زن مالک نفس خودش می شود به طریق

□□ قسم مصدر قسمت است. قسم: حقی است مشترک میان زن و شوهر، زیرا ثمره ی آن مشترک میان هردو است و آن معاشرت و مصاحبت با یکدیگر است، خداوند متعال، در سوره ی نساء آیه ی 18 می فرماید: «و عاشروهن بالمعروف» به نقل از شهید ثانی، الروضة البهیة، ج 5، ص 404.

□□ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج 5، ص 429.

□□ نجفی، جواهر الکلام، ج 33، ص 41_ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 22، باب 4، ص 288، روایة 28614.

□□ امامی، حقوق مدنی، ج 5، ص 53_ جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ص 255_ محقق داماد، حقوق خانواده نکاح و انحلال آن، ص

□□ سوره ی نساء، آیه ی 4.

اولی جایز است.^{□□} منتهی در فقه حنابله آمده است: وقتی بین زوجین سازگاری اخلاقی باشد و زوجین خوفی از عدم اقامه ی حدود الهی نداشته باشند و علیرغم آن اقدام به خلع نمایند، مکروه است.^{□□}

حال هرگاه میان زن و شوهر توافق اخلاقی برقرار و کراهتی از ناحیه ی زن وجود نداشته باشد و در عین حال طلاق در برابر عوض داده شود، در میان فقهاء امامیه شهید ثانی چنین طلاق را صحیح و غیر رجعی دانسته اند، هرچند که آن را طلاق خلع ننمیده اند، بلکه بر آن "طلاق عوض" نام نهاده اند. البته از نظر ایشان طلاق به عوض همانند طلاق خلع از انواع طلاق بائن است.^{□□} میرزای قمی نیز از ایشان پیروی کرده اند.^{□□} ولی مشهور فقهاء طلاق به عوض را نپذیرفته اند و معتقدند چنانچه طلاق خلع فاقد عنصر کراهت زوجه باشد، رجعی واقع می گردد و زوج مالک بذل نخواهد شد.^{□□} قانون مدنی به پیروی از مشهور چنین طلاق را از اقسام طلاق های بائن ذکر نکرده است، مطابق قانون مدنی طلاق به عوض هنگامی صحیح است که مبتنی بر کراهت زن یا زن و شوهر به صورت خلع و مبارات باشد و پذیرش نوع دیگری از طلاق به عوض در حقوق ایران برخلاف ظاهر قانون مدنی و قول مشهور فقهای امامیه است که حتی ادعای اجماع بر آن نیز شده است و اصولاً قانون مدنی محمول بر قول مشهور فقهای امامیه است.^{□□}

حقوقدانان نیز قائلند که، بنابر صریح ماده « ۱۱۴۶ » یکی از عناصر لازم در طلاق خلع آنست که زن نسبت به مرد کراهت داشته باشد، در غیر این صورت طلاق خلع صحیح نیست.^{□□}

بند دوم: عوض

یکی دیگر از شرایط اساسی طلاق خلع عوض است. زن در خلع باید مالی را برای جلب رضایت شوهر به او بدهد. بذل مال نیز از جانب زوجه از شرایط اساسی صحت خلع می باشد و در صورت نپرداختن فدیة خلعی صورت نمی گیرد.^{□□}

□□ رازی، مفاتیح الغیب، ج 3، ص 100.

□□ ابن قدامه، المغنی، ج 7، ص 53.

□□ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 9، ص 375_ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج 6، ص 90 {لانه طلاق به عوض لاخلع}.

□□ میرزای قمی، جامع الشتات، رساله الطلاق، کتاب الخلع و المبارات {چاپ سنگی}.

□□ نجفی، جواهر الکلام، ج 33، ص 55_ امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، مسئله 15 ص 320.

□□ دکتر صفائی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج 1، ص 294.

□□ دکتر امامی، حقوق مدنی، ج 5، ص 47_ محقق داماد، بررسی فقهی خانواده، ص 424، عبدالعلی صابر صفائی، موجبات و آثار طلاق در

حقوق مدنی ایران و...، ص 25.

□□ تحریر الوسیله، ج 2، ص 351_ بررسی فقهی حقوق خانواده، ص 423_ السید السابق، فقه السنه، ج 2، ص 201.

الف: معنا و مفهوم فدیة

فدیة، فداء، چیزی است که اسیر برای نجات خود می پردازد. اما در باب طلاق، فدیة اصطلاحاً، به معنای عوض خلع استعمال می شود، یعنی آنچه را که زن بذل می کند تا خود را از حباله ی نکاح مرد آزاد کند.^{□□} فقها نیز فدیة را به عنوان شرط اساسی در طلاق خلع دانسته اند. فدیة همان عوضی است که زن به مرد می بخشد تا اینکه مرد او را طلاق دهد و هر آنچه که مهر قراردادش صحیح است، فدیة قرارداد آن نیز صحیح است و هر آنچه مهر دادنش صحیح نیست، نمی تواند به عنوان فدیة قرار گیرد.^{□□} فدیة دادن فقط زمانی صحیح است که زن در قید نکاح باشد، به همین جهت خلع از نظر علمای شیعه در طلاق بائن واقع نمی شود، زیرا زن از پیوند نکاح رها شده است.^{□□}

ب: مقدار و اوصاف عوض

وقتی خلع به شیوه درست واقع شود و جامع تمام شرایط و ارکانش باشد هم بذل عوض از جانب زن صحیح است و هم گرفتن آن توسط شوهر درست می باشد، اما اینکه مقدار عوض چقدر باشد تا زن آن را پرداخت نماید فقها درباره ی آن متفق القول نیستند و درباره ی آن اختلاف دارند. بعضی می گویند: مقدار عوض همان است که زن و شوهر بر سر آن اتفاق داشته اند خواه عین مهر باشد یا کمتر یا بیشتر از آن. قول دیگری می گوید: مقدار عوض همان اندازه است که شوهر در عقد ازدواج به همسرش عطا کرده است.

(۱) دیدگاه اول: مبتنی بر رضایت زوجین

در این دیدگاه مقدار عوض همان است که زن و شوهر بر آن توافق و رضایت داشته باشند و اینکه زن در اثر ازدواج چه مقدار مهر از شوهرش دریافت نموده باشد اعتباری ندارد. این قول جمهور (اهل سنت) است.^{□□}

□□ علیرضا فیض، مبادی فقه و اصول، ص 323.

□□ شهید ثانی، الروضة البهیة، ج 6، ص 90_ محقق حلی، شرائع الاسلام، ج 3، ص 37_ محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، ج 6، ص 22.

□□ نجفی، جواهر الکلام، ج 33، ص 19.

□□ ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، ج 1، ص 282_ صابونی، روائع البیان، ص 317.

فقهای امامیه^{□□} اعتقاد دارند که بذل در خلع اقل و اکثر ندارد، بلکه هر چیزی را که ارزش دارد و قابل انتفاع است می توان فدیة ی خلع قرار داد به دلایل زیر:

۱- آیه ی شریفه « فلا جناح علیهما فیما افتدت به » ظاهر این آیه است که زن هر چیز را می تواند فدیة ی خلع قرار دهد.

۲- روایتی است که در آن امام فرموده است: « فإذا قالت لك فقد حلّ له ان یخلعها بما تراضیا علیه من قلیل او کثیر^{□□} ». یعنی وقتی زن اظهار کراهت کرده هر چیزی که مورد توافق قرار گرفت خواه کم باشد و یا زیاد می توانند عوض خلع قرار دهند.

۳- برخی از فقها بر این مطلب ادعای اجماع نموده اند.^{□□}

قانون مدنی هم مقدار عوض را به تراضی زن و شوهر واگذار نموده است. به دستور ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی هر مقداری که بین زن و شوهر توافق شود، زن می تواند آن را به عنوان بدل خلع به شوهرش بدهد. بنابراین ممکن است فدیة عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر باشد. اما در طلاق مبارات بنا بر متن صریح ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی عوضی که زن در مقابل طلاق به شوهر می دهد نباید زائد بر میزان مهر باشد.

۲) دیدگاه دوم: همان مقدار که شوهر در عقد ازدواج به همسرش داده

طرفداران این قول می گویند مقدار عوض خلع به همان اندازه است که شوهر در عقد ازدواج به همسرش داده است، و همین مقدار در خلع جایز است. در تفسیر ابن کثیر آمده است که برای شوهر جایز نیست که در خلع بیشتر از آنچه که به همسرش داده است از ایشان بگیرد.^{□□}

طرفداران این قول به مسئله ی زن ثابت بن قیس استدلال نموده اند، ایشان میگویند: زمانی که زن ثابت بن قیس نزد پیامبر آمد و عرض کرد: ای رسول خدا من بر ثابت از لحاظ دینی و اخلاقی عیب و ایرادی ندارم اما از او خوشم نمی آید و دوست ندارم در حالی که مسلمان هستم مرتکب کاری شوم که در اسلام

□□ شهید ثانی، روضه البهیة، ج 2، ص 163 - حلی، شرایع الاسلام، ج 5، ص 116.

□□ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 15، ص 493، احادیث 1، 4، 5، 6.

□□ سید علی طباطبائی، ریاض، ج 2، ص 231.

□□ ابن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، ج 1، ص 282 - قرطبی، الجامع لاحکام القرآن، ج 3، ص 141 - قرضاوی، جایگاه زن در جامعه اسلامی، ص 110.

کفر محسوب گردد. پیامبر فرمود: آیا حضری باغی را که مهر شما گردیده به ایشان برگردانی؟ زن گفت: بله. پیامبر به ثابت فرمود: باغ را از ایشان بگیر، و چیزی را به آن اضافه ننمود. حتی در بعضی روایات آمده که پیامبر فرمود: زیاده لازم نیست، فقط باغ را پس بده. این حدیث صراحتاً بیان می کند که مقدار عوض به همان اندازه است که شوهر در عقد ازدواج به همسرش داده است نه بیشتر از آن. و آیه قرآن که می فرماید: «فلا جناح علیهما فیما افتدت به» حمل بر آن مقدار می شود که شوهر به همسرش داده است، چون در ابتدای آیه آمده است که می فرماید: «ولا یحلُّ أن تأخذوا مما ءاتیتموهنَّ شیئاً...» از آنچه به ایشان داده اید چیزی برندارید و باز پس نگیرید.

۳) اوصاف و ویژگیهای عوض

زن و مرد هر چیزی را که دارای ارزش است و انتفاع از آن ممکن است می توانند عوض خلع قرار بدهند. بنابراین عوض ممکن است یکی از اموال ذیل باشد:

۱_ کلی؛ ممکن است عوض خلع کلی باشد مثل ده خروار گندم یا صد رأس گوسفند.

۲_ کلی در معین؛ صد من از یک انبار گندم.

۳_ عین معین باشد؛ مانند یک باب خانه طبق سند مالکیت.

۴_ منفعت باشد؛ مانند ده سال سکونت و استفاده از خانه ای بدون پرداخت اجاره بهاء

۵_ انجام کار؛ مانند شیردادن و نگهداری بچه مشترک به مدت دو سال.

۶_ ترک کار مانند ترک شکایت علیه شوهر یا ترک دعوی مطروحه.

۷_ ابراء؛ مانند اینکه زن شوهر را در مقابل طلاق از مهر که نپرداخته است، ابراء کند.

۸_ اسقاط حق غیر مالی؛ مانند اینکه زن در مقابل طلاق از حق حضانت خود راجع به طفل مشترک چشم بپوشد.

۹_ انتقال دین؛ مثلاً زن مطالبه خود را از شخص ثالث به زوج واگذار کند.

اوصاف فدیة عبارتند از:

۱_ فدیة باید موجود باشد.

۲_ فدیة باید مالیت داشته باشد.

۳_ فدیة باید تا اندازه ای معلوم و معین باشد.

۴_ فدیة باید قابل تسلیم باشد.