

بررسی فقهی حقوقی ماهیت طلاق توافقی

زینب ذوالفقاری مقدم^۱

^۱ کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، پژوهشگر و فعال فرهنگی

چکیده

طلاق بخش مهمی از سرنوشت یک انسان در طول زندگی اجتماعی می باشد؛ همان گونه که ازدواج دارای اهمیت است. زندگی مشترک همان گونه که تولدی با نام ازدواج دارد، برای انقضای آن نهادی با نام طلاق پیش بینی شده است که برای خاتمه ازدواج دائم و اتمام آن به کار می رود. در اندیشه فقهی تشیع، طلاق انواع و اقسامی دارد که بر هر کدام از آنها، احکام خاصی مترتب می باشد و زوجین در صورتی که قصد طلاق و جدایی را داشته باشند باید شرایط خود را با آن تطبیق دهند. بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، تقنین در اندیشه حقوقی نظام جمهوری اسلامی، باید تطابق با اصول فقه داشته باشد و از همین رو نهادی با نام طلاق توافقی وارد اندیشه حقوقی شده است که در نظام قضایی کشور با عناوین خلع و مبارات شناسایی می شوند. در این نوشتار قصد داریم با بررسی مبانی فقهی و آراء فقها در این زمینه و بررسی کتب و آثار و نظرات دکترین حقوق خصوصی به بررسی این موضوع و سوال بپردازیم که آیا طلاق توافقی نهادی مستقل می باشد یا همان عناوین فقهی خلع و مبارات است که به نظر می رسد با توجه به ادله و نظرات ارائه شده، نهاد طلاق توافقی می تواند نهادی مستقل از دو نوع خلع و مبارات باشد.

واژه های کلیدی: ازدواج دائم، طلاق، خلع، مبارات، فسخ

۱- بررسی مفاهیم

قبل از ورود به مباحث اصلی در این مقاله، لازم است به بیان مفاهیمی که در آن استفاده شده است بپردازیم تا تصویر ذهنی صحیحی از آنها برای فرد بوجود آمده و در نتیجه درک بهتری از آنها داشته باشند.

۱-۱- معنای لغوی و اصطلاحی طلاق

اولین واژه ای که در این نوشتار قصد داریم به بیان آن، بپردازیم واژه طلاق می باشد که محور مباحث این نوشتار می باشد. که برای درک بهتر از این موضوع به بررسی لغوی و اصطلاحی این واژه می پردازیم

۱-۱-۱- طلاق در لغت

طلاق در لغت به معنی؛ پاره کردن وازبین بردن تیری وگشودن گرهی است وهمچنین به معنی ترک کردن ورهاکردن از قید نکاح آمده است. در زبان عرب، طلق را در باب تفعیل است استعمال می کنند ومعنای رهایی وطلاق دادن را منظور می نمایند وبدین لحاظ به معنی تفعیل است.آن چنان که سلام به معنی تسلیم می آید. (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۸، ص ۱۸۷) بر این اساس طلاق در لغت به معنای ترک القوم و یا ترک الشیء است و لذا «طَلَّقَ الْقَوْمَ» به معنای «ترکت القوم» می باشد. همچنین به معنای گسترش، رهایی، آزادی و وسعت هم آمده است و عبارت «اطلاق ادله» از این باب است و به معنای عموم، شمول و گسترش مفاد دلیل است. طلاق در اصطلاح فقها در شرع به معنای «حل عقد النکاح» است یعنی همان گره ای که با نکاح ایجاد می شود که از آن تعبیر به «عقد النکاح» می کنند را باز کنند. (اسدی، شکری، ۱۳۹۴، ص ۷۹) این معنای لغوی و اصطلاحی در طلاق موجب شده که این بحث مطرح شود که آیا در طلاق حقیقت شرعیه ای وجود دارد (حقیقت شرعیه یعنی از مخترعات شرعیه باشد) یا اینکه به همان معنای لغوی می باشد ولی در شرع حدود و قیود و شرایطی به آن اضافه شده است؟ مثلاً هر قومی برای خود طلاق دارد ولی شارع در معنای لغوی آن دست برده است؛ طلاق قبل از اسلام و در میان غیر مسلمان هم بوده است و همانند بیع و شراء است که حقیقت شرعیه ندارد و در میان مردم همیشه رایج بوده است ولی شارع حدود و ثغوری برای آن در نظر گرفته و به عنوان نمونه بیع کالی به کالی و یا غرری را حرام می داند(رفسنجانی مقدم، محمدیان، ۱۳۹۴، ص ۶۶). درکتب فارسی در تعریف واژه طلاق نوشته اند: طلاق به معنی جداسدن زن از مرد، رها شدن زن از قید نکاح وفسخ کردن عقد نکاح و مصدر لازم است هم چنین در معنای اسم مصدری جدایی زن از مرد «طلاق دادن». (دهخدا، ۱۳۴۹، ج ۳۲، ص ۲۹)خدای متعال درسوره طلاق و بقره کلمه طلاق راچندین مرتبه آورده است. نام یکی از سوره های قرآن کریم نیز طلاق است. در زبان های دیگر نیزبه گونه های مختلف وبا الفاظ گوناگون طلاق را مورد بررسی قرار داده اند. طلاق رهایی و خالی شدن از پیوند و عهد و پیمان است. (راغب اصفهانی، ۱۳۸۷، ص ۱۲). باید توجه داشت که در زبان عرب، طلق را به باب تفعیل می برند و معنای رهایی و طلاق دادن را می دهد. طلاق به معنای تطلیق است؛ مثل سلام به معنای تسلیم و کلام به معنای تکلیم. (طبرسی، ۱۴۱۲ق، ص ۱۴). البته باید توجه داشت که برای واژه ی طلاق معانی متعددی از جمله رهائی، آزاد کردن، ترک کردن و وا گذاشتن ذکر شده است. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۱)

۱-۱-۲- معنای اصطلاحی طلاق

طلاق در مفهوم اصطلاحی خود، عبارت است از پایان دادن زناشویی به وسیله زن و شوهر و این معنی در علوم انسانی اعم از فقه، حقوق، روان شناسی و سایر علوم این حوزه مصطلح می باشد.. طلاق را اغلب راه حل رایج و قانونی عدم سازش زن و

شوهر، فروریختن ساختار زندگی خانوادگی، قطع پیوند زناشویی و اختلال ارتباط والدین با فرزندان تعریف کرده اند. (راغب اصفهانی، ۱۳۸۷، ص ۴۷). همچنین برخی از حقوق دانان در تعریف طلاق گفته اند: «طلاق عبارت است از انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده قانونی او» برخی دیگر از حقوق دانان طلاق ایقاعی تشریفاتی دانسته شده است که به سبب آن زوج، به اذن یا حکم دادگاه، زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست رها می سازد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۷۱). از میان تعاریف مذکور، تعریف اولی صحیح تر به منظور می رسد. البته این تعریف با اندکی تفاوت به تعریف فقها نزدیک است. نکته دیگری که باید بدان در تعریف اصطلاحی طلاق توجه داشت این است که طلاق جزء ایقاعات است و از این جهت مرحوم محقق آن را در بحث ایقاعات مطرح کرده است. در تعریف ایقاع باید گفت ایقاع چیزی است که بر خلاف عقد که دو طرف دارد، یک طرف دارد و در آن قبول وجود ندارد. نمونه ایقاعات را میتوان در عقد وقف مشاهده کرد. در این خصوص باید گفت بعضی قائل هستند که اگر کسی مثلاً زمینی را برای مسجد وقف کند کار تمام است و دیگر احتیاج به قبول ندارد ولی کسانی که آن را عقد می دانند می گویند که باید یک نماز در آن خوانده شود و آن نماز به منزله ی قبول است. یا مثلاً گفته اند که در وقف خاصه موقوف علیهم و یا حاکم باید آن را قبول کنند. به هر حال، طلاق از ایقاعات است و متوقف بر قبول زوج یا رضایت او نیست. طلاق به ید «من اخذ بالساق» است. (رفسنجانی مقدم، محمدیان، ۱۳۹۴، ص ۹۴) که این عبارت در احادیث اهل بیت عصمت و طهارت (علیهم السلام) به عنوان یک قاعده کلیه وارد شده است. (ابن ابی جمهور، ۱۳۶۱، ج ۱، ص ۲۲۴)

طلاق در فقه یکی از حقوق مرد محسوب می شود اما طبق قوانین فعلی زن هم می تواند از دادگاه تقاضای حکم طلاق کند و یا می تواند باهم برای طلاق توافق کنند. زن و شوهر باید برای تحقق طلاق از هر نوعی تشریفاتی را طی کنند و تصمیم این که آن ها می توانند از هم جدا شوند یا نه با دادگاه است. طلاق به انواع و اقسامی تقسیم می شود که هر کدام از آن ها شرایط خاصی دارند. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۲۵) از دیدگاه حقوق موضوعه دکترین آن طلاق نوعی ایقاع است که یکی از راه های خاتمه نکاح می باشد که در قوانین ایران برای این که زن و شوهر از یک دیگر طلاق بگیرند باید تشریفاتی را طی کنند. طلاق در فقه اسلامی حق مرد می باشد اما طرفین می توانند با توافق، به زن وکالت طلاق بدهند. به علاوه شرایطی وجود دارد که زن می تواند از دادگاه حکم طلاق بگیرد. (ساروخانی، قاسمی، ۱۳۹۱، ص ۵۲)

طلاق از نظر فقه های اسلامی، مطابق با معنای لغوی آن است. از این جهت نمی توان در مقام تعریف، معنای شرعی و اصطلاحی را بدون لحاظ قرار دادن معنای لغوی مورد بررسی قرار داد. فقها و حقوق دانان اسلامی در تعریف طلاق، متأثر از دو امر می باشند.

اولاً: معنای واژه طلاق در لغت و ادبیات عرب با معنایی که در شرع استعمال شده انطباق دارد و ثانیاً: احکام طلاق در قرآن کریم و سنت نبوی، در مقام تعریف، تقریباً یک معنای واحد را دست داده اند. صاحب جواهر در اثر معروف خود آورده است: «وشرعاً إزالة قید النکاح بصیغه طالق و شبهها» (نجفی، ۱۳۷۷، ج ۳۲، ص ۲) یعنی طلاق در اصطلاح شرعی گسستن بند نکاح با لفظ «طالق» می اشد. نظیر این تعریف در شرح لمعه از سوی شهید ثانی بیان شده است که می فرماید: «و هو إزالة قید النکاح بغير عوض بصیغه طالق» (شهید ثانی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۴۷) یعنی، از بین بردن و زائل کردن قید نکاح بوسیله صیغه ی طلاق و بدون عوض می باشد.

عفیف طباره در روح الدین اسلامی می گوید: طلاق در فقه و شریعت اسلامی عبارت است از گسستن عقد نکاح و منحل شدن آن در زمان حال یا آینده، بوسیله الفاظ و کلماتی که در این معنی صریح هستند مانند اینکه شوهر به همسرش بگوید: توطالق هستی. (حکیم، بی تا، ص ۶۴۷)

اکثر فقها در تعریف اصطلاحی و شرعی طلاق گفته اند: «حل عقد النکاح بلفظ الطلاق و نحوه» و یا «حل رابطه الزواج» یعنی جداسدن و گسستن رابطه ی زوجیت. (خطیب شربینی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۳۵۶)

در مقام جمع بندی نظرات ارائه شده از سوی فقها و حقوق دانان باید گفت به نظر می رسد طلاق در اصطلاح به معنای پایان دادن به پیوند ازدواج است و مانند ازدواج با خواندن صیغه انجام می شود، اما برخلاف ازدواج، جزء ایقاعات است؛ یعنی یک طرفه است و تنها از سوی مرد انجام می شود. واژه ی طلاق در اصطلاح شرعی عبارت است از از قید نکاح بدون عوض با صیغه ی طلاق و شبه آن. عاملی نیز طلاق را به زائل کردن قید و پیوند نکاح با صیغه ی مخصوص تعریف کرده است. ذکر قید صیغه ی مخصوص در این تعریف به این دلیل است که تعریف فسخ نکاح از تعریف طلاق خارج شود، زیرا در مواردی که عقد نکاح به علت تدلیس و یا عیب فسخ می شود، دیگر نیازی به صیغه ی مخصوص نیست. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۱۱۴)

به این بیان که طلاق در اصطلاح شرعی عبارتست از «ازاله قید نکاح بدون عوض باصیغه طالق و شبهه آن» توضیح مطلب به این صورت است که اولاً طلاق جزء ایقاعات است که در کتاب جواهر الکلام بدان تصریح شده است و جزء عقود نیست و تنها ایجاب در آن کفایت می کند اما اگر جزء عقود شرعی قرار می گرفت بایستی علاوه بر ایجاب، قبول هم در آن وجود داشت که در این صورت دو طرفه می بود در حالی که خود طلاق یک طرفه است و از طرف مرد صورت می گیرد ثانیاً این که طلاق فسخ نیست بلکه بر اساس صیغه خاصی مثل طالق صورت می گیرد در حالی که اگر فسخ بود دیگر نیازمند صیغه خاص نبود و بدون صیغه هم جاری می شد ثالثاً در تعریف بدون عوض درج شده است و دلالت بر این دارد که طلاقی که با عوض همراه باشد داخل در تعریف مطلق نیست. بنابراین طلاق عبارتست از انحلال عقد نکاح دائمی با صیغه خاص و رعایت تشریفات شرعی، (همان، ص ۷۶) همچنین مباحث چالشی مختلفی وجود دارد مخصوصاً در حوزه مسائل مربوط به زنان که صاحب نظران و نظریه پردازان مورد بحث و بررسی قرار داده اند و هر کدام از صاحب نظران به تناسب نگرش و دیدگاه عقیدتی خویش، آن حوزه را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده اند. یکی از موضوعاتی که صاحب نظران مورد بحث و بررسی خود قرار داده اند، موضوع «حق طلاق» است و این که چرا این حق تنها به مردان داده شده و زنان از آن بی بهره اند.

۲- ماهیت طلاق توافقی

ماهیت طلاق توافقی به طور کلی در قوانین مدنی و قانون حمایت خانواده بیان شده است، که البته در قانون مدنی چیزی به نام طلاق توافقی در مواد مجزا نداریم و فقط طلاقی با نام خلع و مبارات وجود دارد که قضات در بحث طلاق توافقی به آنها استناد می کنند. همچنین قضات دادگاه ها طلاق توافقی را به لحاظ قانونی با مواد مربوط به خلع توجیه می کنند. بحث طلاق توافقی در قانون حمایت خانواده نیز اشاراتی در بحث طلاق، بر طلاق توافقی داشته که غالباً روند دادرسی آن را بیان می کند و متأسفانه هیچ یک از قوانین ما به ماهیت آن اشاره نکرده اند و فقط به توجیه و خلط با مباحث فقهی سعی در اجرا و به اصطلاح خود، کاستن از اطاله ی دادرسی نموده است. و همانگونه که در قانون مدنی بحث شده، طلاق خلع آن است که زن به واسطه ی کراهتی که از مرد دارد، باید مالی کمتر، معادل یا بیشتر از مهریه خود را به مرد بدهد تا او را راضی به طلاق کند و مبارات نیز همانند خلع می باشد با این تفاوت که کراهت در مبارات طرفینی است و میزان بذل مهریه نیز نمی تواند بیشتر از میزان و مبلغ مهریه باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۲۱۴) دکتر کاتوزیان در مورد نقش اراده در ساختمان حقوقی طلاق توافقی و توان تغییر ماهیت طلاق نظر بر ایقاعی دانستن آن دارد، و می توان طرفین را تنها مبنای درخواست گواهی عدم امکان سازش می داند. مثل طلاق قضایی که سوء رفتار یا ترک انفاق از ناحیه شوهر تنها مجوزی برای تقاضای طلاق از جانب است، اما ماهیت ایقاعی را از بین نمی برد. تردید در ماهیت طلاق توافقی از آنجا آغاز می شود که در آن همانطور که از عنوان توافق

متبادر است. اراده زن نیز حضور موثر دارد و همین مدخلیت قصد و رضای زن است که ایجاب می کند توافق بدون حضور و نقش آفرینی دو اراده ی آزاد و مستقل امکان پذیر نمی گردد. در ایقاع انشای اثر حقوقی مستقل است و منوط به رضای دیگری نمی شود، یعنی انشاءکننده می خواهد خود به تنهایی اثر مطلوب را ایجاد کند. ولی در عقد، هر یک از دو طرف انشاء اثر عقد را منطو به انشاء طرف دیگر می کند. به همین جهت انشاء هر یک در ایجاد اثر عقد ناتوان است و چنان آفریده شده که تنها با هم گامی و ترکیب انشاء متقابل خود کارگزار است. به بیان دیگر، اراده ی هر یک از دو سومی عقد زمینه و مقتضی ایجاد سبب را فراهم می آورد و هنگامی به کمال می رسد که برخورد دو اراده صورت پذیرد. کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۴۲۲-۴۲۱

۱-۱- ماهیت طلاق توافقی به معنی عام

شارع شرایطی را برای جدایی و طلاق، علی رغم بیان کراهت بسیار، تشریع نموده است به دلیل امکان ایجاد ناسازگاری ها و حد و کینه در زوجین در طول زندگی و امکان مشکل تر شدن زندگی مشترک و ایجاد عسرو حرج برای زوجین و قانونگذار معاصرهم موجباتی از باب حفظ نظم عمومی بر قواعد شرعی آن افزوده است. حکم اولیه و ابتدایی این است که اختیار طلاق در دست مرد است برطبق ماده ۱۱۳۳ که در قانون مدنی آمده است. البته در مواردی خاص به زن اجازه داده شده تا با مراجعه به حاکم تقاضای طلاق نماید گاه نیز تفاهم و توافق طرفین مبنای طلاق قرار می گیرد. توافق زوجین به آن معنا است که اراده زن همچون اراده ی مرد به همان اندازه در طلاق موثر باشد و به بیان دیگر می توان گفت طلاق اقاله ی یک قرار دائمی است که این قراردادی ما بین زوجین بوده است. همچنین طلاق ایقاعی در اختیار مرد است، اما زوج می تواند برای اجرای طلاق با زوجه به مصالحه برخیزد و زوجه با بذل قسمتی از حقوق مالی خود (مهریه، جهیزیه، نفقه) یا مال دیگری وی را راضی به اجرای صیغه طلاق نماید. از آنجا که هر نهادی در عالم حقوق بر اساس اراده و قصد طرفین صورت می گیرد و آنچه از اراده طرفین منتج شود در عالم حقوق تحقق می یابد بایستی اراده زوجین را به هنگام طلاق توافقی مورد توجه قرار دهیم. در این نوع طلاق که می تواند از نوع خلع یا مبارات باشد، طرفین، توافق خود را به شرایط مالی (مهریه، جهیزیه نفقه ایام عده، نفقه معوقه) و نیز مالی طلاق (حضانت فرزندان یا ملاقات آنان) به محضر دادگاه، تقدیم می کنند تا دادگاه گواهی عدم سازش صادر نماید. این نوع طلاق در مرحله ی جرا نیز با مشکلات و دردسرهای فراوانی مواجه می باشد، زیرا از یک جهت حق طلاق با مرد است و از جهتی دیگر دلیلی به عنوان استثنا بر این اصل، از باب ولایت حاکم بر زوج ممتنع وجود ندارد تا قاضی را مجاز اجرای صیغه ی طلاق از ناحیه زوج دانست. لازم به ذکر است، پیشتر زوجین مجاز بودند بدون مراجعه به دادگاه و با توافق از یکدیگر به دفترخانه طلاق رجوع و تقاضای طلاق بنمایند که «طلاق توافقی» نامیده می شد. در ماهیت عقدی یا ایقاعی آن تردیدهایی وجود داشت که با حذف ماده لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، موضوع منتفی و با مراجعه به محکمه، شمار طلاق خلع، افزایش یافته است. (طبق آمار منتشره از سوی مسئولین محترم قوه قضائیه در روزنامه های ایران، مورخ ۱۳۸۴/۳/۱۲، حدود هشتاد و پنج درصد از طلاق ها خلعی است) برخی معتقدند آنچه به عنوان طلاق توافقی در نظام حقوقی ایران مشهود است، یکی از اقسام طلاق بائن یعنی خلع و مبارات می باشد. با صدقه در آراء صادره از محاکم خانواده آشکار می گردد، که در تمامی طلاق های توافقی زوجه اقدام به بذل های که اکثراً قسمتی یا همه ی مهریه می باشد می نماید و در نتیجه قاضی محکمه اقدام به صدور گواهی عدم امکان ساش وفق ماده ی واحده ی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱/۸/۲۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام می نماید. با اتخاذ مفهوم گسترده ی از تراضی زوجین، می توان طلاق های توافقی را نوعی طلاق با تراضی زوجین دانست در مرحله ی عمل نیز دادگاه ها از طلاق خلع یا مبارات تحت عنوان طلاق با تراضی استفاده نمایند و در احکام نیز از لفظ خلع یا مبارات جهت تعیین نوع طلاق بهره می برند. در طلاق توافقی گاه زن و مرد هردو باهم اقدام به تقدیم دادخواست طلاق می نمایند که قضات محکمه به طلاق مبارات حکم می دهند و گاهی خواهان طلاق زوجه است. که زوج نیز، آن موافقت

می نمایند و دادگاه رأی بر طلاق خلع می کند. (شهدی نژاد، ۱۳۸۸، ش ۲۹، ص ۱۳۰) گذشتن زنان از بخشی یا تمام حقوق مالی شان برای راضی کردن شوهر بر طلاق می تواند بر گریه زنان از زندگی مشترک و هستی کیان خانواده تعبیر شود، زیرا زنان حاضرند حقوق حقه می شود مانند مهریه را بذل نموده و فقط از زندگی خانوادگی و شرایطی سختی که در آن قرار دارند فرار کنند. اما واقعیت آن است که طلاق از سوی مرد برای او بار مالی دارد زیرا پذیرش تقاضای طلاق (سوی مرد، موکول به پرداخت کلیه ی حقوق زن، اعم از مهریه، نفقه، اجرت المثل، گاهی نیمی از دارایی است. لذا مرد برای طلاق پیش قدم نمی شود عرصه را چنان بر زن تنگ می کند که او راضی به چشم پوشی از تمام حقوق خود می شود تا طلاق بگیرد. چون در طلاق خلع زن مالی را به مرد بذل می کند و در ظاهر این توافق دارای عوضین، یعنی خدییه 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 دیدگاه های گوناگونی ابراز شده است. دشواری تعیین ماهیت خلع به حدی است که برخی از محققین در آثار خود معتقد به دیدگاه های مختلف اند. (موسوی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۷)

بدیهی است که پذیرش هر کدام از دیدگاه هایی که در مورد ماهیت حقوقی طلاق خلع ابراز شده و آثار و نتایج متفاوت از دیگری در پی دارد. برخی از آثار و نتایج در موارد ذیل بیان می گردد:

۱- تعیین ماهیت حقوقی طلاق خلع از چگونگی انشا آن مؤثر است. برطبق نظر افرادی که معتقدند خلع از اقسام طلاق است، به ضرورت استعمال لفظ طلاق تمایل داشته و گروه دیگر که ماهیت عقدی آن قائل اند به کارگیری لفظ خلع را در انشای آن ضروری می دانند.

۲- ماهیت حقوقی طلاق خلع، نقش اراده زوجین در تحت آن معلوم می کند. در صورت عقد بودن نیاز به تراضی و اعلام رضایت از وی هر دو طرف است اما در صورتی که خلع ایقاع باشد، تنها با اراده زوج واقع می شود. ولی در صورت اول یعنی عقد بودن وجود اراده سالم هر دو طرف شرط صحت عمل خواهد بود. در حالی که اگر خلع استماع باشد فقدان یا طیب اراده زوج در وضعیت حقوقی آن مؤثر نیست.

۳- ارتباط میان طلاق و فدییه جز با تعیین ماهیت حقوقی طلاق خلع امکان ندارد.

۴- آنچه موجب تملیک زوج به زوج می شود. بنابر ماهیت حقوقی طلاق خلع معلوم می شود. اگر طلاق خلع عملی یک سو به باشد، مانند اخذ شفعه ایقاعی مسلک شمرده می شود، ولی با عقد بودن آن انتقال مالکیت فدییه با تراضی صورت می گیرد. در صورت اخیر، ماهیت تراضی مزبور باید روشن شود تا بتوان احکام مترتب بر آن را بار کرد.

۵- تعیین ماهیت حقوقی طلاق خلع می تواند در کیفیت انشای آن به کار آید، کسانی که تعلیق را ویژه قراردادهای دانند، با ایقاع شمردن طلاق خلع، معلق بودن آن را بر انتقال فدییه نمی پذیرند ولی، توجیه تعلیق مزبور در صورت عقد بودن طلاق خلع، ایراد مزبور را ندارد. (طالب احمدی، ۱۳۹۱، ص ۹۴)

۱-۲- صور طلاق توافقی از نظر فقه امامیه

شهید ثانی طلاق بدون عوض، بدون کراهت از ناحیه زن و شوهر را پذیرفته در کتاب شرح لمعه، (شهید ثانی ۱۳۷۱ ج ۲، ص ۱۴۷) و همچنین مرحوم میرزای قمی پس از چهل سال مخالفت خودش با نظر شهید ثانی در این باره، موافقت خود را با بیان کردن است و چند دلیل درباره ی نظر شهید ثانی بیان کرده است. (میرزای قمی، ۱۳۸۷، ص ۶۳۵) صاحب جواهر از مخالفین سر سخت طلاق به عوض است و می گوید ای کاش میرزای قمی به مخالفت خود با شهید ثانی باقی می ماند و دلایل میرزای

قمی را رد می‌کند. (نجفی، ج ۳۲، ص ۵۵) در فقه امامیه دو نظر درباره ی وکالت زوجه در طلاق وجود دارد که مشهور فقهای امامیه بر این نظر هستند که همان طور که در دیگر عقود و ایقاعات چنین کاری را می توان انجام داد پس در طلاق هم می‌توان به زن وکالت داد که خود را مطلقه نماید زیرا زن از لحاظ حقوقی، کامل بوده و می‌تواند وکیل شود هم چنین آن نیز عموماً جوانه و طلاق در امتحان قابل نیابت است. (همان، ج ۲۲، ص ۱۲۴)

۳-۱- ماهیت طلاق توافقی به معنای خاص

همان گونه که سابقاً بیان شد، طلاق ایقاعی است که به طور یک طرفه از جانب زوجه انجام می‌شود. بنا بر کلیات در فقه و حقوق موضوعه، اصل در ایقاعات بر رضایت ایقاع کننده است و اثر اراده‌ی ولی در مرتبه‌ی اول حائز اهمیت می‌باشد بنابراین اجرای طلاق توافقی بدون حضور زوج، ظاهراً با این اصل در تعارض می باشد. در مواردی که طبق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی حق طلاق به علت عسر و حرج زوجه داده شده باشد، یا مراجعه به حاکم به عنوان ولی ممتنع از طرف زوجه و سپس اثبات حالت عسر و حرج طلاق را واقع سازد و زن می تواند طلاق بگیرد. هم‌چنین، در مواردی که مجوز طلاق بر طبق تحقق یک یا چند شرط از شروط ضمن عقد ازدواج صادر می شود، زوج حق انحصاری خود را برای طلاق در هنگام انعقاد نکاح، حتی با احراز شرایطی به زوجه واگذار می‌کند و زوجه به وکالت از زوج این حق را اجرا می کند و خود را مطلقه می کند. (اسدی، ۱۳۸۸، ص ۲۱) ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی قاعده‌ی عسر و حرج، ماده‌ی ۱۱۲۹ قانون مدنی ترک انفاق توسط زوج، ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مشروط ضمن عقد نکاح، و ماده‌ی ۱۰۲۹ قانون مدنی مفقودالاثر شدن، بنابراین طلاق ایقاعی است که با قصد و رضای زوج یا نماینده قانونی او انجام می شود و سبب از بین رابطةی زناشویی و علقةی زوجیت میان آنان می‌شود. (همان، ص ۲۳)

۴-۱- ماهیت طلاق توافقی از نظر حقوق دانان

بعضی از حقوق دانان معتقدند «اگر هدف زوج از برهم زدن این قرارداد قصد اضرار باشد، حق فسخ قرارداد وجود ندارد و گر نه رعایت اصل استحکام خانواده ایجاب می کند که امکان الزام زوج برای طلاق توافقی ممکن نباشد. هم چنین برخی دیگر از حقوق دانان بیان می دارند که «مقاد توافقی زوجین حاکی از اجبار به عدم سازش است و قصد انشا ندارند تا عقد صلح واقع شود، با انصراف یک طرف عدم سازش از بین می رود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۵۹)

در مقابل برخی دیگر معتقدند در فقه امامیه و قانون مدنی طلاق با توافق پیش بینی نشده است زیرا طلاق ناشی از اراده مرد است و حق و اختیار اوست و رضایت یا عدم رضایت زوجه اثری در آن ندارد؛ نه در فقه و نه در قانون، علل طلاق با توافق متصور نیست. براساس مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۶۷ قانون مدنی، خلع و مبارات نوعی طلاق توافقی است، ولی اگر زوجین از یکدیگر کراهت نداشته باشند، چنانچه اصل طلاق که از حقوق مرد است، در مقابل بذل مالی، هبه، مطالعه و یا به عنوان شامل ضمن عقد یا ایقاعی الزامی ایجاد کند، این امر از فروع آن عقد تلقی و لازم الاتباع خواهد بود. (مهرپور محمدآبادی، ۱۳۱۵، ص ۲۷) هم چنین برخی دیگر از حقوق دانان معتقد هستند هدف از طلاق با توافق طرفین در حقوق ما در واقع همان طلاق خلع و مبارات است و این طلاق ها خود نوعی طلاق توافقی حساب می شوند؛ چون توافق انگیزه و مینای آن بوده است. (صفایی، امامی، ۱۳۶۳، ص ۲۶۱) بر اساس ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده دادگاه دست زوجین را برای اجرای طلاق باز نگذاشته است و به راحتی حکم طلاق را صادر نمی‌نماید؛ بلکه دادگاه زوجین متقاضی طلاق توافقی را الزام به رجوع به مشاوره نموده است تا با رجوع به مشاوره موارد اختلاف مشخص گردد و زوجین فرصتی دیگر برای تفکر در مورد زندگی خود داشته باشند؛ اما متأسفانه امروزه نظارتی دقیق بر مراکز مشاوره طلاق وجود ندارد و آنچه مدنظر قانون‌گذار بوده است در بعضی از این مراکز اجرا

نمی‌شود. به همین صورت زوجین می‌توانند تقاضای طلاق توافقی را از همان ابتدا در مراکز مشاوره مطرح کنند. این امر کمک شایانی در حفظ حرمت زندگی نموده و زوجین از همان ابتدا وارد صحنه دادگاه و برخورد با مواد قانونی نمی‌شوند؛ بلکه ابتدا سعی می‌شود در مراکزی که متخصصان امور خانواده در آن موجود می‌باشند مشکلات و اختلافات در میان گذاشته شود تا اگر راه‌حلی برای ادامه زندگی وجود دارد در پیش پای زوجین قرار گیرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۱۶، ص ۹۱) بنابراین قانون حمایت از خانواده تمام مراجعان برای طلاق توافقی به دادگاه را ملزم به رجوع به مشاوره نموده است، به این معنا که دیگر طلاق توافقی بدون مراجعه به مشاوره امکان ثبتش وجود ندارد. الزام به رجوع به مراکز مشاوره از جمله تفاوت‌های موجود میان طلاق توافقی و سایر طلاق‌ها می‌باشد؛ زیرا در کلیه موارد طلاق به‌منظور ایجاد سازش بین زوجین، دادگاه آنان را به داوری ارجاع می‌دهد (ماده ۲۷ قانون حمایت خانواده) در صورتی که در طلاق توافقی زوجین تنها ملزم به رجوع به مشاور هستند. بر اساس ماده ۸ و ۹ آیین نامه اجرایی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۳ در صورتی که زوجین متقاضی طلاق در ابتدا به دادگاه مراجعه نمایند و دادگاه آنان را به مرکز مشاوره ارجاع دهد و پس از مشاوره اگر از تصمیم خود منصرف شوند مرکز مشاوره صورت جلسه‌ای تنظیم و جهت اتخاذ تصمیم به دادگاه ارسال می‌کند و گزارشی از اظهارات زوجین و موارد توافق و نظر خودش را پیرامون موضوع به دادگاه ارسال می‌نماید. در مواردی نیز که خود زوجین از ابتدا مستقیماً به مرکز مشاوره مراجعه نموده‌اند در صورتی که انصراف از طلاق بدهند پرونده آنان در مراکز مشاوره بایگانی می‌گردد و در صورت عدم توافق، مرکز مشاوره اظهارات و موارد توافق و اختلاف را در صورت جلسه‌ای تنظیم و در صورتی که زوجین برای طلاق به دادگاه مراجعه نمایند مرکز مشاوره صورت جلسات را برای دادگاه ارسال می‌نماید. زن و شوهر ملزم به دریافت گواهی عدم امکان سازش هستند و از این موضوعت معاف نشده با وجود اینکه قانون حمایت خانواده، طلاق با توافق را پذیرفته است. (صفایی، امامی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۲۴۱) بر اساس ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده در طلاق توافقی دادگاه پس از دریافت نظر مرکز مشاوره اقدام به صدور گواهی عدم امکان سازش می‌نماید. مدت اعتبار گواهی صادر شده از جانب دادگاه برای تسلیم به دفتر رسمی ازدواج و طلاق سه ماه پس از تاریخ ابلاغ رأی قطعی می‌باشد و زوجین تنها سه ماه فرصت دارند تا طلاق را در دفترخانه ثبت نمایند و در صورتی که زوجین در این مدت گواهی را به دفترخانه تسلیم ننمایند، گواهی صادره فاقد اعتبار می‌گردد و کلیه توافقاتی که زوجین در مرکز مشاوره و جلسات دادگاه داشته‌اند ملغی می‌گردد. همچنین دادگاه در ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش بایستی با توجه به شروط ضمن عقد نکاح و مندرجات سند نکاحیه و توافقاتی که میان زوجین صورت گرفته است، تکلیف جهیزیه، مهریه و نفقه زوجه و فرزندان و اجرت‌المثل ایام زوجیت را تعیین می‌نماید. دادگاه همچنین بایستی در مورد حضانت کودکان و چگونگی پرداخت نفقه و ملاقات آنان تصمیم‌گیری نماید. (ماده ۲۹ قانون) در طلاق توافقی با توجه به اینکه این طلاق مبتنی بر توافقات میان زوجه است دادگاه بر اساس توافق اقدام به اتخاذ تصمیم می‌نماید. (همان، ج ۱، ص ۲۴) بایستی متذکر شد که بیشترین علت دخالت دادگاه‌ها در طلاق توافقی، تعیین تکلیف نسبت به حضانت فرزندان مشترک پس از طلاق است که بایستی میان زوجین توافق وجود داشته باشد؛ لذا توافق صورت گرفته نیز مورد پذیرش دادگاه قرار خواهد گرفت؛ اما اگر دادگاه توافقات صورت گرفته راجع به حضانت و ملاقات و سایر موارد مربوط به کودک را خلاف مصلحت کودک بداند می‌تواند حضانت کودک را به دیگری واگذار نماید و یا شخصی ناظر تعیین کند. (ماده ۴۱ قانون) در هر صورت رعایت مصلحت کودک در اولویت قرار دارد. نفقه فرزندان پس از طلاق، ارتباطی به حضانت ندارد و در صورتی که حضانت فرزندان به مادر سپرده شود پدر معسر از پرداخت نفقه فرزندان معاف نیست. به‌طور کلی در طلاق توافقی مانند سایر طلاق‌ها بایستی تکلیف شروط ضمن عقد نکاح و مندرجات سند نکاحیه و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر و نسبت به فرزندان مشخص گردد، با این تفاوت که در این نوع طلاق زوجین در نهایت به توافقی نسبت به موارد ذکر شده خواهند رسید و دادگاه توافق آنان را در دستور کار خود قرار خواهد داد. (همان، ج ۱، ص ۲۵۰) به نظر می‌آید از نظر مشهور فقها توافق در طلاق و طلاق به عوض را قبول ندارند و همچنین آنان

بر این عقیده اند که اگر در طلاق عنصر کراهت زوج نباشد، عوض تملیک نشده و طلاق رجعی است و بیان می دارد هرگاه شخصی بدون وکالت با ولایت، به نحو تیرعی مالی را به زوج بذل کند و عطلاق زوجه او را درخواست کند، صحیح نیست؛ زیرا اولاً مستقاد از ادله خلع آن است که بذل فدیة توسط زوجه با وکیل اور انجام گیرد، و پرداخت مال توسط شخص دیگر جواز شرعی ندارد؛ البته چنانچه پرداخت مال توسط شخص اجنبی، انگیزه برای عطلاق شود و شوهر زن خویش را طلاق دهد، به نظر می رسد طلاق صحیح است، ولی این طلاق رجعی خواهد بود، نه خلع. ثانیاً طلاق خلع از عقود معارضی است و نمی تواند عوض برای غیر صاحب معرض قرار گیرد (محقق داماد، ۱۳۹۱، ص ۱۹)؛ اما دکتر کاتوزیان بر این عقیده دست که توافق طرفین به عنوان مبنای طلاق و اجرای آن مورد استناد قرار می گیرد و هیچ وقت توافق طرفین در ماهیت عمل حقوقی طلاق دخالت ندارد و نمی توان گفت که طلاق به توافق زوجین جز عقود است. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۵۱) در نهایت این که هنوز حقوق دانان در تشخیص ماهیت حقوقی توافق در طلاق توافقی به اتفاق نظر نرسیده اند و اختلاف نظر وجود دارد و لازم است که نظرات فقها در این باره مورد بحث و بررسی قرار گیرد. با مطالعه و بررسی منابع فقهی و نظرات فقهی، مشاهده می شود که طلاق توافقی در فقه وجود ندارد و در مورد ماهیت توافق در طلاق توافقی در فقه هیچگونه بحثی در بین فقهای متقدمین و متأخرین مطرح نشده است و اکثر فقهای معاصر آن را نوعی عطلاق خلع و مبارات دانسته اند. بنابراین، لازم است ماهیت حقوقی خلع و مبارات از منظر فقها مورد بحث و بررسی قرار گیرد. (همان، ص ۱۴۴)

نتیجه گیری:

بر اساس آنچه بیان شد می توان به نتیجه رسید که طلاق از ایقاعات بوده و برای تحقق آن، اراده زوج کفایت می کند و اراده زن تاثیری در تحقق آن ندارد. عمده علت این امر در ماهیت ایقاعی آن می باشد و بر اساس منابع تقنینی در اندیشه فقه و حقوق موضوعه، این امر در اختیار زوج می باشد؛ البته بر اساس انواع طلاق که در اندیشه دکترین فقه و حقوق بیان شده است، بر اساس قواعدی مانند لاضرر، لاجرح و غیره، زوج حق ندارد اعمال حق خود را وسیله ای برای اضرار همسر قرار دهد و مراجع رسیدگی کننده در فرض تحقق شرایط عسر و حرج به نیابت از زوج و برای حفظ حقوق وی، اقدام به مطلقه نمودن وی می نمایند که لازمه این امر، احراز شرایط عسر و حرج در زندگی مشترک برای زوجه می باشد. در این میان نوع دیگری از طلاق وجود دارد که بر اساس آن، زن و مرد با رضایت فی ما بین اقدام به امر طلاق می کنند و مرجع قضایی پس از احراز شرایط، حکم به مطلقه نمودن زوجه می کند. برای این امر نهادهای مختلفی مانند خلع و مبارات تشکیل شده اند که به نظر می رسد ماهیت این دو نوع با طلاق توافقی که در مراجع قضایی مورد استفاده می شود، تفاوت داشته باشد.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن منظور، محمدبن مکرم، لسان العرب، انتشارات دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۰۸ق.
۲. ابن ابی جمهور، محمدبن زین الدین، عوالی اللئالی الغریزیه فی الاحادیث الدینیّه، انتشارات مطبعه سیدالشهدا، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۱.
۳. اسدی، لیلا سادات، شکری، فریده، آیین دادرسی امور دعاوی خانوادگی، تهران دانشگاه امام صادق، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۴. اسدی، لیلادسات، قانون و رویه قضایی در اجرای طلاق، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۲۶، دوره اول، ۱۳۸۸.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات، دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۱.
۷. حکیم، محسن، منهاج الصالحین، نجف، چاپ اول، بی تا.
۸. خطیب شربینی، احمدبن محمد، معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، انتشارات دار الذخائر، بیروت، چاپ اول، ۱۴۰۵ق.
۹. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ یازدهم، ۱۳۴۹.
۱۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ قرآن، ترجمه غلامرضا خسروی حسینی، المکتبه المرتضویه لإحياء آثار الجعفریه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۱۱. رفسنجانی مقدم، مصطفی، محمدیان، علی، «تکلیف زوجین نسبت به حسن معاشرت با یکدیگر»، دوره ۱۸، ۱۳۹۴.
۱۲. ساروخانی، باقر، قاسمی علیرضا، «بررسی جامعه شناختی عوامل موثر بر طلاق توافقی در شهرستان کرمانشاه، زنان و خانواده، ش ۲۱، ۱۳۹۱.
۱۳. شهدی نژاد، علیرضا، بررسی اجرای مفادگواهی عدم امکان سازش در طلاق توافقی، پژوهشگاه حقوق اسلامی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۸.

۱۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، انتشارات مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ ششم، ۱۳۸۹.
۱۵. صفایی، حسین، امامی، اسد الله، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، فسخ و طلاق، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۹.
۱۶. طالب احمدی، حبیب « ماهیت حقوقی طلاق خلع»، نشریه مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره چهارم، شماره دوم، ۱۳۹۱.
۱۷. طبرسی، فصل بن حسن، جوامع الجامع، انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه، قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ق.
۱۸. کاتوزیان، ناصر حقوق مدنی، انتشارات میزان، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۱.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، شرکت انتشار با همکای بهمن برنا، تهران، چاپ هفتم، ۱۳۹۱.
۲۰. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، انتشارات مرکز نشر علوم انسانی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۲۱. مهرپور محمدآبادی، حسین، طلاق با توافق زوجین در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۲۲. موسوی، مهری سادات، بازنمایی معنایی طلاق توافقی، نشریه خانواده پژوهی، تابستان دوره ۱۲، شماره ۴۶، ۱۳۹۵.
۲۳. میرزای قمی، محمد حسن، غنایم الایام رساله فی الانفراد اطلاق بالوضعن الخلع، انتشارات حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول، بی تا.
۲۴. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، انتشارات اسلامیه، قم، چاپ ششم، ۱۳۹۲.