

بررسی ماهیت حقوقی و عناصر و ارکان طلاق خلع و مبارات

سید علی محمد پناهنده- وکیل پایه یک دادگستری

فصل سوم: ماهیت حقوقی طلاق خلع و مبارات

پس از تشریح عناصر خلع با در نظر گرفتن این که در خلع و مبارات زن و شوهر هر دو درباره طلاق تصمیم می گیرند و به توافق می رسند و یا به عبارت دیگر در این گونه طلاق ها زن مالی به شوهر می دهد و شوهر نیز در مقابل، او را طلاق می دهد و صیغه طلاق نیز به گونه ای گفته می شود که اراده ی هر دو طرف به صورت ایجاب و قبول در آن دخالت دارد و همان گونه که قبلاً گفته شد توالی عرفی بین ایجاب و قبول نیز در این خصوص باید رعایت گردد و چنین به نظر می رسد که فدیة در یک طرف و طلاق در طرف دیگر در برابر هم قرار می گیرند، باید دید که در این گونه موارد طلاق به صورت عقد نمایان می گردد و یا ماهیت ایقاعی خود را کماکان حفظ می نماید: گذشته از این چنان چه این گونه موارد، نوعی قرارداد محسوب شود آیا می توان رابطه ی عوض و معوض هم چون عقود معاوضی را در آن ها جاری دانست؟ لذا برای پاسخ به پرسش های فوق و درک ماهیت حقوقی طلاق خلع و مبارات ابتدا نظریاتی را که توسط فقهای امامیه و حقوق دانان در این خصوص ابراز گردیده مورد بررسی قرار داده و سپس نتیجه گیری لازم به عمل خواهد آمد.

۱- برخی از فقها چون شیخ طوسی (علیه الرحمه)^(۲۳) عقیده دارند که خلع و مبارات در حکم عقود معاوضی که یک طرف آن فدیة و طرف دیگر آن طلاق است. قرارداد و بستگی بین این دو همانند بستگی بین ثمن و مثن در عقد بیع است و وجود حقوقی هر یک، منوط به وجود حقوقی دیگر است؛ بنابراین علت تحقق هر یک، تحقق دیگری است لذا چنان چه فدیة به جهتی از جهات باطل باشد، طلاق نیز واقع نخواهد شد و همان گونه که در سایر معاملات معوض چنان چه عوض متعلق به غیر بوده و یا به نحوی از انحا به مالکیت دیگری در نیاید، معوض نیز از ملکیت صاحب آن خارج نمی گردد و رابطه علیتی که بین آن دو وجود دارد سبب می شود که یکی بدون دیگری تحقق پیدا نکند.

۲- نظریه مشهور در فقه این است که فدیة داعی^(۲۴) و جهت بر طلاق می باشد که شوهر را به طلاق برانگیخته و راغب می سازد و ولی خود طلاق به صورت امری مستقل بوده و ماهیت ایقاعی خود را هم چنان حفظ می نماید. هر چند این امر ظاهراً به صورت عقد معوض جلوه گر می شود، اما واقعیت این است که توافق بر آن چه مبذل می شود، به صورت شرطی برای تحقق طلاق می باشد؛ زیرا اگر این امر به صورت عوض و معوض واقع شود؛ همانند آن چه در عقود معاوضی اتفاق می افتد واقع می شود، لازمه اش این است که همزمان با فدیة طلاق نیز صورت گرفته و تحقق پذیرد، در صورتی که وقوع طلاق پس از توافق بر فدیة، توسط مرد صورت می گیرد و همین امر یکی از دلایل معاوضی نبودن طلاق خلع محسوب می شود اما دلیل دیگر- همان گونه که صاحب جواهر^(۲۵) به آن توجه نموده- منحل نشدن طلاق خلع در اثر رجوع به فدیة است؛ زیرا اقتضای معاوضه ایجاب می کند از بین رفتن یکی از دو عوض تعهد متقابل را نیز منتفی ساخته و

از بین ببرد، در صورتی که در طلاق خلع این امر بدین گونه صورت نمی گیرد و اما تلف فدیة همانند رجوع، سبب منحل شدن طلاق نخواهد شد لذا هر گاه فدیة به جهتی از جهات باطل باشد طلاق باطل نخواهد شد؛ بلکه در این صورت، طلاق به وضعیت طبیعی خود رجعت خواهد کرد. به عبارت دیگر هر گاه طلاق طبیعتاً رجعی باشد، باطل شدن فدیة سبب رجعی بودن طلاق و هر گاه در اصل بائن باشد، باطل شدن فدیة آن را از بائن بودن خارج نخواهد کرد. این نظریه از سوی فقهای چون شهید اول و در میان حقوق دانان متأخر از سوی اساتیدی چون مرحوم دکتر حسن امامی مورد پذیرش و تأیید بوده است ولی گروهی دیگر از فقها از جمله صاحب جواهر^(۲۶)، میرزای قمی^(۲۷) و علامه حلی^(۲۸) ضمن پذیرش این نظریه که فدیة داعی و جهت بر طلاق بوده و رابطه عوض و معوض را (بین فدیة و طلاق) مورد پذیرش قرار نمی دهند، بین حالتی که طرفین به ویژه شوهر از بطلان فدیة آگاهی داشته ولی با این حال طلاق را واقع می سازد و حالتی که جاهل به بطلان فدیة بوده، تفاوت قائل گردیده و در حالت نخست طلاق را باطل می دانند و بدین گونه استدلال می نمایند که فی الواقع شوهر اراده طلاق خلع را که باید در برابر تملک فدیة انجام گیرد ننموده است و این امر را مصداق قاعده «ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع» محسوب می نمایند و نتیجه می گیرند که آن چه واقع شده را قصد ننموده و آن چه را قصد نموده اند، واقع نشده است؛ به همین دلیل وقوع طلاق خلع را در این صورت باطل می شمارند. اما در خصوص حالت دوم یعنی جهل به بطلان فدیة، طلاق را درست دانسته و نظر می دهند که باید مثل یا قیمت فدیة که مورد توافق قرار گرفته، به شوهر داده شود. قابل توجه است که در بین حقوق دانان اخیر، دکتر ناصر کاتوزیان در همین راستا و توجیه مطلب، طلاق خلع و مبارات را به دو عمل حقوقی به این شرح تحلیل می نمایند:

الف) ایقاعی که سبب جدایی زن و مرد است؛

ب) قراردادی است که سبب تملیک فدیة به شوهر می گردد و در مقابل، حق رجوع شوهر را از بین می برد. این استاد بزرگ عقیده دارد «... که نباید این دو عمل حقوقی را که در خلع و مبارات مخلوط گردیده اند به منزله دو رکن توافق طرفین در یک عقد به شمار آورد و آثار تعهد متقابل را بر آن بار کرد^(۲۹)» با آن که این تحلیل از نظر منطقی نسبتاً دقیق و معقول به نظر می رسد اما پذیرش آن در مواردی که طلاق ذاتاً بائن است (چون طلاق یائسه، غیر مدخوله و صغیره) تقریباً دشوار بوده و قابل خدشه به نظر می رسد؛ زیرا در این موارد یا عده وجود ندارد و یا اگر عده وجود داشته باشد (مانند سه طلاقه) حق رجوعی برای شوهر پس از طلاق وجود ندارد؛ بنابراین نمی توان پذیرفت - آن گونه که این استاد معظم و گران قدر نظر می دهند- قبول فدیة از سوی شوهر در برابر اسقاط حق رجوع قرار دارد؛ زیرا حق رجوع در چنین مواردی وجود ندارد تا در برابر قبول فدیة قرار گرفته و به صورت قراردادی مستقل جلوه گر گردد؛ بنابراین به نظر می رسد که در این موارد (بائن بودن طلاق) باید به نظر مشهور در فقه امامیه توسل بسته و فدیة را به عنوان داعی و انگیزه ای برای برانگیختن شوهر به طلاق به شمار آورده و یا آن را شرطی برای واقع ساختن طلاق از سوی شوهر دانست. به هر صورت پذیرش هر یک از نظریات مطروحه در این زمینه نه تنها از نظر و نظری

بلکه از جهت عملی حائز اهمیت بوده و آثار متفاوتی را به دنبال خواهد داشت که ذیلاً به این آثار اشاره می شود:

الف) اگر رابطه بین فدیة و طلاق هم چون رابطه ی عوض و معوض در عقود معاوضی باشد، بطلان فدیة به هر دلیل سبب باطل شدن طلاق و یا به عبارتی مانع از وقوع آن می گردد؛ زیرا در این صورت رابطه علیتی که بین عوض و معوض موجود است مانع از تحقق یکی بدون تحقق دیگری می گردد؛ پس اگر فدیة مال غیر بوده و یا قابلیت تملک نداشته باشد، طلاق نیز وقوع نخواهد یافت و یا باطل خواهد شد و این نتیجه پذیرش نظریه اول (معوذی بودن خلع) می باشد.

ب) در صورتی که طلاق خلع را امری مستقل از فدیة دانسته و فدیة را داعی و جهتی بر وقوع طلاق بدانیم، در صورتی که فدیة به جهتی از جهات چون مستحق للغير بودن و یا مالیت نداشتن قابلیت تملک نداشته و یا به عبارتی باطل باشد، طلاق باطل نشده بلکه به طور ساده واقع می شود و یا به عبارت دیگر طلاق در این صورت تابع طبیعت اصلی خود می شود؛ یعنی هر گاه طلاق رجعی باشد شوهر نیز می تواند در مدت عده به طلاق رجوع نماید و هر گاه طلاق بائن باشد (چون طلاق قبل از نزدیکی یا طلاق یائسه و یا مطلقه در بار سوم) و شوهر نتواند به طلاق رجوع نماید، طبق نظریه مشهور در فقه در این حالت به جهت جلوگیری از ضرر و زیان مرد و در راستای اجرای مفاد قاعده لاضرر و یا به حکم شرع، زوجه مسئول پرداخت بدل فدیة اعم از مثل و قیمت به شوهر قلمداد گردیده ولی هر گاه طلاق در اثر نبودن یکی از شرایط لازم، باطل گردد، شوهر نیز مالک فدیة نخواهد شد.

ج) اگر فدیة عین معین بوده و قبل از قبض تلف شود زن ضامن بدل آن اعم از مثل و قیمت خواهد بود؛ اعم از این که زوجه در این تلف مقصر باشد یا نباشد؛ زیرا فدیة در اثر طلاق به ملکیت شوهر در آمده و زن مسئولیت تسلیم آن را به عهده دارد؛ چون اگر خلع معاوضه حقیقی به شمار می رفت طبق قواعد عمومی معاوضه باید با تلف بدل قبل از قبض، عقد منفسخ و در نتیجه طلاق منحل می گردید در صورتی که چنین چیزی رخ نمی دهد اما اگر فدیة به دلایل خارجی و پیش از طلاق تلف شود، در صورتی که طلاق طبیعتاً رجعی باشد و تملیک فدیة در برابر اسقاط حق رجوع شوهر به عنوان قراردادی مستقل از طلاق پذیرفته شود، در این صورت این قرارداد منفسخ گردیده و طلاق نیز به صورت رجعی واقع خواهد شد؛ البته در حالی که طرفین به ویژه شوهر جاهل به تلف باشند.

مبحث دوم) رجوع به فدیة و آثار آن

با توجه به ماده (۱۱۴۵) ق.م. - که بر مبنای نظریات فقهای امامیه تدوین یافته- در طلاق خلع و مبارات، زن می تواند در مدت عده به فدیة رجوع نماید؛ در این صورت وصف بائن بودن طلاق زائل گردیده و رجعی می شود و شوهر می تواند در ایام عده به زوجه رجوع نماید. البته باید توجه داشت که رجوع به فدیة، عمل حقوقی یک طرفه ای بوده که صرفاً به اراده زوجه واقع می شود اما با وجود یک جانبه بودن آن باید دارای شرایطی باشد؛ از جمله این که زن فقط در ایام عده می تواند به فدیة رجوع نماید و دیگر این که باید مرد در ایام عده

از رجوع زوجه به فدیة آگاهی یابد تا بتواند متقابلاً حق خود را اعمال نماید واضح است چنان چه مرد از این امر (رجوع زوجه به فدیة) آگاهی نیابد، رجوع زن به فدیة بلااثر خواهد بود. غیر از موارد مذکور، رجوع باید به گونه ای باشد که مرد نیز توانایی رجوع به نکاح را داشته باشد؛ پس اگر طلاق خلع واقع شده، طبیعتاً بائن باشد (چون طلاق یائسه، غیر مدخوله، مطلقه در بار سوم و طلاق صغیره در مواد (۱۱۵۵) و (۱۰۵۷) قانون مدنی) بدین جهت که چون مرد در این گونه طلاق ها حق رجوع نخواهد داشت، رجوع زن بلااثر خواهد بود؛ چون اگر توافق طرفین را در نظر بگیریم بذل فدیة در برابر طلاق خلع بوده به عبارتی دیگر مقسود این بوده که در برابر مالی که زوجه به زوج می دهد، شوهر نیز او را طلاق بائن دهد؛ حال اگر زوجه بتواند به فدیة رجوع نموده و آن را پس بگیرد ولی مرد نتواند به نکاح رجوع نماید این امر با خواست مشترک طرفین مغایرت خواهد داشت و گذشته از این، رجوع زن به بذل در این صورت موجب زیان مرد بوده و این زیان به موجب قاعده لاضرر منتفی خواهد بود. صرف نظر از استدلال های فوق، شرع و قانون چنین مقرر داشته که زن در مواقعی بتواند به فدیة رجوع نماید که مرد نیز توانایی رجوع به نکاح را داشته باشد و رجوع زن را در غیر این صورت مؤثر نشناخته است و این خود دلیلی مهم بر بی اثر بودن رجوع زن در مواردی است که مرد نتواند به نکاح رجوع نماید. اما در مواردی که در طلاق خلع و مبارات، شوهر به نحوی از انحراف رجوع به طلاق را بر خود غیر ممکن گرداند. مانند این که در ایام عده با خواهر مطلقه ازدواج نموده و یا زن چهارم اختیار کند علاوه بر این که این موضوع مطرح می شود که آیا مرد می تواند در ایام عده به چنین اقداماتی مبادرت نماید با این که امکان رجوع زن به فدیة در این ایام وجود داشته که این عمل سبب رجعی گردیدن طلاق خواهد گردید، هر چند با توجه به این که طلاق به صورت بائن واقع گردیده و در واقع این زن بوده که با دادن مالی به مرد وی را به طلاق تشویق نموده و در وقوع طلاق مؤثر بوده و فرض بر این است که زن در اثر کراهت از مرد به چنین اقدامی دست یازیده، در رجوع مجدد او به فدیة که سبب رجعی شدن طلاق و بازگشت او به همسری مرد خواهد شد، امری است بعید که ندرتاً واقع می شود ولی در هر حال به نظر می رسد که مانع شرعی و یا قانونی برای مرد جهت دست یازیدن به اقداماتی که وی نتواند در ایام عده در صورت رجوع زن به فدیة رجوع به نکاح نماید، وجود نداشته؛ فلذا مبادرت مرد به چنین اقداماتی مجاز خواهد بود حال چنان چه مرد بتواند در ایام عده ی طلاق، همسر چهارم اختیار نموده و یا با خواهر مطلقه ازدواج نماید، این پرسش مطرح می شود که زن در چنین وضعیتی می تواند به فدیة رجوع نماید یا خیر. در خصوص پاسخ این پرسش اختلاف نظر وجود دارد؛ عده ای معتقدند که در این صورت زن حق رجوع به فدیة را نخواهد داشت؛ زیرا می داند که مرد در عوض نمی تواند به نکاح رجوع و از حق خود استفاده نماید اما برخی دیگر بر این باورند که چون شوهر خود برای اعمال حق خویش ایجاد مانع نموده، این اقدام او نمی تواند موجب سقوط حق زوجه در این خصوص گردد. علی هذا با توجه به اصول حقوقی و موازین شرعی نظر دوم صائب تر به نظر می رسد؛ زیرا چنان چه مرد با علم و آگاهی از شرایط رجوع

برای اعمال حق متقابل خود ایجاد مانع نماید با عنایت به قاعده فقهی و حقوقی اقدام، اقدام مرد به ضرر خود نمی تواند موجبی برای سقوط حق زوجه گردد.

اما در خصوص این که پس از رجوع زن به فدیة^(۳۰) همه ی آثار رجعی بودن به خلع و مبارات باز می گردد یا خیر، نیز اختلاف نظر وجود دارد^(۳۱)؛ عده ای عقیده دارند که پس از رجوع زن به فدیة تمامی آثار و احکام طلاق رجعی نسبت به بقیه مدت جاری می گردد؛ زیرا چنان چه طلاق رجعی باشد با بذل فدیة ماهیت آن تغییر نمی کند و آن چه مانع از رجوع است قبول بذل از طرف شوهر در برابر طلاق است و بقیه ی احکام رجعی بودن زائل نشده؛ یعنی در اثر فوت یکی از زوجین دیگری از او ارث می برد و شوهر مطلقه نمی تواند با خواهر وی ازدواج نموده و یا زن چهارم اختیار نماید و نفقه زن نیز بر عهده شوهر قرار می گیرد اما پاره ای از فقها عقیده دارند که طلاق خلع و مبارات به طور بائن موجود شده و تمامی احکام طلاق رجعی زائل گشته و اجازه رجوع شوهر بطلاق پس از رجوع زن به فدیة به وسیله اجازه مخصوصی است که این اجازه طلاق را رجعی نمی گرداند؛ زیرا پس از سقوط احکام رجعی، عودت آن محتاج دلیل است و دلیلی بر این امر موجود نیست. اصل هم استصحاب بقای حکم سابق است. اما با توجه به تحلیلی که از طلاق خلع به عمل آمد، نظریه نخست منطقی تر و معقول تر به نظر رسیده و با اصول کلی بیشتر انطباق دارد؛ زیرا تفکیک بین احکام رجوع در موارد رجعی بودن طلاق امری دشوار بوده و محتاج به دلیل خاص است و نمی توان مواردی از طلاق رجعی را یافت که فقط رجوع در آن مورد پذیرفته شده و سایر احکام و آثار آن از قبیل توارث، نفقه و غیره منتفی محسوب گردیده باشد و البته دلیلی نیز در این مورد مشاهده نشده است.

مبحث سوم) آیا بدون کراهت زوجه امکان طلاق خلع یا طلاق به عوض میسر است؟

در پاسخ به پرسش فوق باید خاطر نشان ساخت که در بین فقهای امامیه تنها شهید ثانی^(۳۲) در کتاب مسالک، طلاقی را که در آن کراهت از ناحیه زوجه وجود نداشته باشد و در عین حال مالی توسط زوجه به زوج جهت برانگیختن او به طلاق داده شود، درست دانسته ولی آن را طلاق خلع ننامیده بلکه آن را طلاق به عوض نامگذاری کرده است و در بین فقهای اخیر^(۳۳) نیز میرزای قمی در کتاب جامع الشتات از این عقیده متابعت کرده و دلایلی نیز جهت پذیرش این نظریه ارائه داده که بحث پیرامون آن دلایل از حوصله این نوشتار خارج است به هر حال نظریه مشهور در فقه طلاق به عوض را نپذیرفته و اکثریت قریب به اتفاق فقها معتقدند چنان چه طلاق فاقد عنصر کراهت باشد؛ به صورت خلع واقع نخواهد شد.

صاحب جواهر^(۳۴) علیه الرحمه در این مورد چنین نظر داده است: «سزاوار نیست که این گونه مطالب^(۳۵) در کتب شیعه نگاشته شود» وی هم چنین عقیده دارد که در فقه امامیه طلاق به عوض جز در قالب خلع و مبارات قابل تصور نیست و از آیه شریفه «فان خفتم الایقیما حدود الله فلا جناح علیهما افتدت به ملک حدود الله فلا تعتدوها» که در مورد بذل فدیة از جانب زوجه است و اخبار بسیار دیگری که در این خصوص آورده شده، این موضوع استنباط می شود که شوهر نمی تواند چیزی از زن در مقابل طلاق بگیرد مگر این که زوجه از وی کراهت داشته باشد.

مبحث چهارم) شرایط مخالف و مختلعه

ضروری به نظر می رسد که در آخر این فصل، شرایط مخالف (زوج خلع کننده) و مختلعه (زنی که به وسیله طلاق خلع مطلقه می شود) به اختصار مورد بررسی قرار گیرد؛ زیرا مطلق و مطلقه در طلاق خلع به دلیل ویژگی خاص آن یعنی مقید بودن به فدیة، باید علاوه بر شرایط کلی که در آغاز آورده شد، دارای ویژگی ها و شرایط دیگری نیز باشند که در این مبحث به آن اشاره می کنیم.

الف) شرایط مخالف

زوج خلع کننده باید اهلیت معاوضه یعنی بلوغ، عقل، اختیار و قصد را دارا باشد؛ زیرا طلاق خلع همانند سایر طلاق ها چنان چه توسط صغیر، مکره، مجنون و یا شخصی که در اثر خشم و عصبانیت و غیره فاقد قصد گردیده واقع گردد، صحیح نخواهد بود؛ اما در مورد اشخاصی که به دلیل سفاهت و یا ورشکستگی محجور گردیده اند، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی عقیده دارند چنان چه فدیة به اندازه مهرالمثل باشد طلاق خلع توسط این گونه محجورین (سفیه و ورشکسته) صحیح و چنان چه فدیة کم تر باشد، خلع باطل خواهد بود ولی عده ای دیگر براین باورند که خلع توسط این گونه محجورین به هر صورت صحیح خواهد بود. با عنایت به اصول حقوقی و مقررات قانونی این گونه استنباط می شود که نظریه دوم مقرون به صحت است؛ زیرا چنان چه سفیه و ورشکسته بتواند طلاق را در غیر موارد خلع و مبارات واقع سازد دلیلی ندارد که اقدام آن ها به طلاق خلع را درست ندانیم؛ زیرا اقدام آن ها در این خصوص سبب از دست دادن مالی نمی شود، تنها می توان نظر داد که مال باید به ولی و یا قیم این گونه محجورین (در خصوص سفیه) یا به اداره تصفیه (در خصوص ورشکسته) داده شود و در مورد ورشکسته این اقدام او نیز سبب به دست آوردن مال گردیده فی الواقع به نفع بستانکاران وی نیز خواهد بود و ضرری متوجه آن ها نخواهد شد. البته در خصوص سفیه نیز قانون فقط وی را از تصرف در اموال خود منع نموده (ماده ۱۲۰۷ ق.م) و خلع نیز از مصادیق تصرف در اموال محسوب نمی شود.

ب) شرایط مخالفه (مختلعه)

زنی که به طلاق خلع مطلقه می گردد باید علاوه بر واجد بودن کلیه شرایطی که برای مطلقه لازم است؛ از قبیل پاک بودن، نبودن در طهر مواقعه، حیض و نفاس باید اهلیت معاوضه رانیز داشته باشد؛ زیرا چنان چه مخالفه به خاطر سفیه و یا صغر محجور باشد، اقدام او به بذل فدیة مستلزم دخالت در امور مالی خودش است که بنا به صراحت قانون ممنوع می باشد (ماده ۱۲۰۷ ق.م) البته ممکن است به استناد ماده (۱۲۱۴) ق.م نظرداد در صورتی که زوجه سفیه باشد می تواند با اجازه ولی یا قیم خود مالی را به شوهر داده وی را به طلاق راغب سازد اما چنان چه زوجه به جهت ورشکستگی محجور باشد در صورتی قادر است مالی را به عنوان فدیة به شوهر داده و تقاضای طلاق نماید که آن مال متعلق حق طلبکاران واقع نشود که البته این امر بعید به نظر می رسد؛ در غیر این صورت ممکن است خلع صحیح تلقی نشود و یا لااقل مالی را که به عنوان فدیة می دهد، در صورت اجازه بستانکاران به مالکیت شوهر در خواهد آمد.

اما در طلاق خلع حضور دو مرد عادل به عنوان شاهد ضروری است و مستند این نظر حدیثی است که محمد بن مسلم از امام صادق نقل نموده است^(۳۷) بدین مضمون «لاخلع و لامباراه الاعلی طهر من المراه من غیر جماع و شاهدین» یعنی خلع و مبارات انجام نمی‌گیرد مگر آن که شرایط طلاق از قبیل پاک بودن بدون نزدیکی و حضور دو شاهد جمع باشد.

فصل چهارم) طلاق مبارات

قبل از ورود به بحث ضروری است گفته شود چون طلاق خلع و مبارات در کلیه موارد از جمله عناصر، و ارکان، آثار و احکام و ماهیت حقوقی اشتراک داشته و صرفاً از جهات محدودی دارای افتراق می‌باشد؛ لذا تمامی مسائلی که در مباحث مربوط به طلاق خلع بیان گردد شامل طلاق مبارات نیز خواهد گردید و به همین خاطر در بررسی طلاق مبارات در این فصل به اختصار اکتفا شده است.

ماده (۱۱۴۷) قانون مدنی در تعریف طلاق مبارات چنین مقرر می‌دارد: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد.» واژه مبارات از مصدر باب مفاعله و از نظر لغت به معنای مفارقت است و از نظر اصطلاحی، به نوعی جدایی اطلاق می‌گردد که مبنای آن کراهت و انزجار اعلام شده از سوی طرفین (زن و شوهر) می‌باشد و به همین علت مبارات را شقاق نیز نامیده‌اند؛ زیرا تنفر و کراهت از همدیگر سبب می‌گردد که (زن و شوهر) هر یک نسبت به دیگری در شق (شق به معنی جانب و ناحیه است) و جانبی قرار گیرند، و همان‌گونه در ابتدای این فصل گفته شد طلاق مبارات از نظر ماهیت هیچ فرقی با طلاق خلع نداشته و در همه ی آثار و احکام جز در سه مورد ذیل با خلع یکسان است و اما وجوه افتراق آن با خلع عبارتند از:

۱- در خلع کراهت صرفاً از ناحیه زوجه است و زوجه تنها نسبت به زوج کراهت خود را اعلام می‌دارد؛ در حالی که در مبارات کراهت از ناحیه هر دو طرف ابراز و اعلام می‌شود و در واقع زن و شوهر، هر کدام به نحوی از یکدیگر انزجار داشته و منتفر می‌باشند.

۲- در مبارات فدیة نیاید و نمی‌تواند بیشتر از مهرالمسمی مورد توافق قرار گیرد و نص صریح ماده (۱۱۴۷) قانون مدنی بر این امر دلالت دارد و چون مبنای تدوین این ماده فقه امامیه می‌باشد؛ لذا از نظر فقها نیز در مبارات میزان فدیة باید حداکثر به اندازه مهر و یا کم‌تر از آن قرار گیرد و تعیین میزان فدیة به مقدار بیشتر از مهر قابل پذیرش نبوده و مغایر شرع به شمار می‌رود.

۳- بنا به عقیده فقهای امامیه صیغه مبارات باید به صیغه طلاق منتهی گردد در صورتی که در خصوص صیغه خلع و این که آیا لازم است این صیغه به تنهایی اجرا گردد و یا به صیغه طلاق منتهی گردد، اختلاف نظر وجود دارد که در مباحث گذشته در این خصوص توضیحات لازم داده شد و نیازی به تکرار آن در این قسمت نمی‌باشد.

و اما طبق نظر فقها صیغه مبارات باید بدین گونه ادا شود که زوج بگوید: «بارتک علی کذا فاننت طالق» و اما اگر زوج واژه «بارتک» را تلفظ ننموده و فقط بگوید «انت طالق بکذا» در خصوص این که، آیا این گونه طلاق مبارات خواهد بود یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد.

عده ای معتقدند^(۳۷) که چون لفظ (بارتک) در صیغه به کار برده نشده، طلاق واقع شده مبارات نبوده بلکه از مصادیق طلاق به عوض می باشد، اما برخی دیگر^(۳۷) بر این باورند که به کار نرفتن لفظی در صیغه مزبور که دلالت بر مبارات نماید، از موجبات تغییر عنوان طلاق نبوده و صرف قصد مبارات و وجود کراهت از سوی طرفین کافی است تا طلاق واقع شده را مبارات تلقی نماییم و ضرورت قطعی برای کاربری لفظ (بارتک) در صیغه «انت طالق بکذا» جهت مبارات گرداندن طلاق وجود ندارد. حال با عنایت به مطالبی که در خصوص صیغه طلاق خلع گفته شده، به نظر می رسد که به کار بردن لفظ مزبور چندان ضرورتی نداشته و وجود کراهت طرفین و بذل فدیة از سوی زوجه می تواند عنوان مبارات را به طلاق واقع شده اعطا نماید؛ مگر این که برای الفاظ به کار رفته در صیغه طلاق موضوعیت قائل شویم که در این صورت استعمال کلمه به کلمه ی الفاظ، لازم و ضروری خواهد بود.

اما در مبارات طلاق دهنده را مباری و مطلقه را مباریه می نامند و همان گونه که در طلاق خلع ولی زوجه ی محجوره نمی تواند او را به طلاق خلع مطلقه نماید، در مبارات ولی زوجه محجور نیز نخواهد توانست زوجه وی را به طلاق مبارات مطلقه سازد؛ زیرا در هر صورت عنصر کراهت باید وجود داشته و از سوی زوجه در خلع و از ناحیه طرفین در مبارات ابراز گردد و چون عنصر کراهت قائم به شخص است لذا ولی محجور نمی تواند از سوی مولی علیه اظهار کراهت نماید و خود محجور نیز به دلایل حجر قادر به این امر نبوده و چنان چه اظهار کراهت نماید، به خاطر فقدان قصد از وی پذیرفته نخواهد شد؛ البته باید متذکر شد که منظور از محجور در این مورد منصرف از سفیه و ورشکسته بوده و صرفاً شامل صغیر و مجنون که فاقد قصد هستند، خواهد بود. بدیهی است که سفیه و ورشکسته که حجر آن ها صرفاً به دلیل جلوگیری از تصرف در اموالشان بوده؛ چون قصد و اراده آن ها سالم و بی عیب می باشد و جهت اظهار کراهت با مانعی شرعی و یا قانونی روبرو نبوده و قادر به بیان قصد در این خصوص نمی باشند؛ در این قبیل موارد نمی توان به دلیل حجر از وقوع عمل حقوقی از سوی آن ها جلوگیری کرد و یا عمل انجام شده از سوی آن ها را باطل و یا غیر نافذ شمرد.

و نکته آخر این که در طلاق مبارات همانند خلع مادام که زوجه رجوع به عوض (فدیة) نکرده طلاق بائن محسوب می شود و زوج ابتدائاً حق رجوع به نکاح را نخواهد داشت ولی چنان چه زوجه در زمان عده به فدیة رجوع نماید، این طلاق نیز مبدل به رجعی گردیده و حق رجوع به طلاق برای مرد نیز ایجاد خواهد شد و وی خواهد توانست از حق ایجاد شده استفاده نماید.

پی نوشت ها:

۲۳) شیخ طوسی، مبسوط، ج ۴، ص ۳۵۷، شیخ در خلاف می نویسد، هنگامی که خلع در مقابل بذل فاسد چون خمر و خنزیر واقع شود، تملک آن ها صحیح نبوده و خلع نیز فاسد است. خلاف، ج ۲، ص ۴۳۰. شهید ثانی در مسالک این نظریه شیخ را مورد تأیید قرار می دهد.

۲۴) شهید اول در لمعه فدیة را جزو ماهیت خلع ندانسته و بطلان فدیة را در هیچ صورتی سبب بطلان طلاق نمی داند.

۲۵) محقق، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۲۲.

۲۶) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۳۶.

۲۷) میرزای قمی، جامع الشتات، ص ۴۹۴.

۲۸) حلی، علامه، در کتاب قواعد (ص ۸۰) طلاق را در مورد خمر و خنزیر باطل دانسته و در مورد مالی که مستحق للغیر در آمده، بین علم و جهل طلاق دهنده تفاوت قائل گردیده است.

۲۹) کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۴۵۲.

۳۰) امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۵، ص ۵۸.

۳۱) امامی، دکتر سید حسن، همان، جلد ۵، ص ۵۸.

۳۲) شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد ۲، کتاب خلع و هم چنین شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۷.

۳۳) میرزای قمی، جامع الشتات، ص ۵۲۸ به بعد.

۳۴) جواهر الکلام، چاپ جدید، ج ۳۳، ص ۵۵ به بعد.

۳۵) محقق، داماد، حقوق خانواده، ص ۴۳۶.

۳۶) «منظور مطالبی است که میرزای قمی در کتاب خود جامع الشتات در مورد پذیرش طلاق به عوض آورده»

۳۷) سوره بقره، آیه ۲۲۹.

۳۸) امامی، دکتر حسن، حقوق خانواده، ص ۴۳۴ به بعد. محقق داماد، حقوق مدنی، جلد ۵، ص ۵۴.

۳۹) جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر حقوق خانواده، ص ۲۶۵ به بعد.

منابع:

۱) امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد پنجم.

۲) کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده، جلد اول.

۳) صفایی، دکتر حسین، حقوق خانواده.

۴) محقق، داماد، حقوق خانواده.

۵) محقق، محمد باقر، حقوق مدنی زوجین.

۶) جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق خانواده.

۷) مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳، سال ۷۱.

- ٨) نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ٣٣.
- ٩) شیخ طوسی، مبسوط.
- ١٠) شهید ثانی، مسالک الافهام.
- ١١) شهید ثانی، شرح لمعه.
- ١٢) شهید اول، لمعه.
- ١٣) علامه حلی، قواعد.
- ١٤) میرزای قمی، جامه الشتات.
- ١٥) قانون مدنی.