

ماهیت حقوقی طلاق خلع

<?xml encoding="UTF-8?">

مقدمه

یکی از راههای جدایی زوجین، که در مدت عده زوج حق رجوع به زوجه را ندارد، خلع است. طبیعت این جدایی به گونه ای است که از طرفی تمام ارکان و شرایط اساسی عقد، مانند تراضی طرفین و یا ایجاب و قبول آنها، در آن لازم است و از سوی دیگر کیفیت اجرا و آثار آن شباهت به ایقاع دارد و یا به بیان دیگر آثار طلاق که یکی از ایقاعات است را دارا می باشد. بدین جهت همواره در ذهن اندیشمندان سؤالهای گوناگونی در خصوص ماهیت این عمل حقوقی و آثار آن مطرح بوده و هست که اولاً : آیا خلع از عقود معاوضی است یا ایقاع؟ ثانیاً : در صورت ایقاع بودن آن از مصادیق طلاق است یا فسخ نکاح؟ ثالثاً : نقش فدیة یا عوض در این عمل حقوقی چیست و آیا در صورتی که مالیت نداشته باشد و یا متعلق به غیر زوجه باشد چه تاثیری در این توافق دارد؟ رابعاً : آیا به صرف تراضی حاصل می شود و یا باید تشریفات خاصی و صیغه و الفاظ ویژه استعمال شود؟ خامساً : آیا جزء دفعات طلاق که منجر به ممنوعیت رجوع زوجین می گردد هست و یا نه؟ سادساً : آیا شرایطی که برای انجام طلاق در زوجه لازم است در این عمل حقوقی نیز ضروری است؟ سابعاً : اثر رجوع زوجه به فدیة چیست؟ از میان همه این سؤالها مهمترین و محوری ترین آنها این مساله است که ماهیت حقوقی خلع چیست و پاسخ به این سؤال در توجیه حقوقی سایر مسایل نقش کلیدی دارد؛ به همین دلیل در این نوشتار سعی بر آن است که در خصوص ماهیت خلع و کیفیت اجرای آن و آثار تمییز این ماهیت بررسی و مطالعه صورت گیرد و کمتر به مسایل فرعی پرداخته شود.

1. تعریف خلع

خلع اسم مصدر از خلع به معنای کندن و بیرون آوردن و جدا کردن گرفته شده است و به جهت آنکه در قرآن کریم هر یک از زوجین مادام که رابطه زوجیت برقرار است، لباس دیگری قلمداد شده اند (1)، جدایی آنها از یکدیگر گویی به منزله در آوردن لباس و کندن آن است که در بیان روایات و کلام فقیهان و مسلمانان این جدایی با شرایط خاصی خلع نامیده شده است.

البته در قرآن از این جدایی با شرایط خاصی به افتداء تعبیر شده است لکن مفاد آیه ای که مستند جواز این نوع جدایی است (2)، در روایات و به تبع آن در کلام فقیهان خلع نامیده شده است.

در اصطلاح حقوقی، خلع آن است که زوجه به دلیل کراهتی که نسبت به زوج خویش دارد و بیم مخالفت و نافرمانی شدید او می رود، با توافق زوج مالی را به او می بخشد تا از قید زوجیت رها گردد. (3)

بنابراین دو عنصر مهم در خلع وجود دارد : اول تنفر و کراهتی که زوجه نسبت به زوج خویش دارد به گونه ای که دوام زندگی را برای او و شاید هر دو مشکل ساخته و منجر به نافرمانی و معصیت و بی توجهی به تکالیف شرعی و قانونی و احساسات و عواطف انسانی می شود. دوم بخشیدن مالی توسط زوجه به زوج تا او را از قید زوجیت

رها سازد؛ به گونه ای که در زمان عده حق رجوع نداشته باشد.

به مالی که زوجه می بخشد اصطلاحاً فداء یا فدیة می گویند و می تواند عین یا منفعت یا دین باشد و در خصوص مقدار آن نیز ضابطه مشخص نیست و به نحوه توافق طرفین بستگی دارد که در این صورت ممکن است همان مهریه و یا غیر آن و یا مالی به ارزش کمتر و یا بیشتر از مقدار مهریه باشد.

در قانون مدنی ایران نیز طلاق خلع (4) به همین نحو تعریف شده است؛ ماده 1146 مقرر می دارد :

«طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می دهد طلاق

بگیرد اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.»

فقهایی عامه نیز خلع را تعریف کرده اند، ولی وجود کراهت از ناحیه زوجه در تعاریف آنان به چشم نمی خورد؛ ذیلاً به ذکر تعریف خلع در مذاهب چهارگانه می پردازیم :

1. در دیدگاه حنفیه خلع عبارت است از آنکه زوج با قبول زوجه به وسیله لفظ خلع و الفاظی که در این معنا هستند مانند باراتک، بانیتک، فارقتک و حتی الفاظی که از بیع و شرا گرفته شده اند، رابطه زوجیت را از بین ببرد. (5)

2. از نظر مذهب مالکی خلع در اصطلاح شرعی عبارت از طلاق به عوض است و با الفاظ صریح و کنایه واقع می شود. گروه دیگری از ایشان خلع را چنین تعریف نموده اند :

«عقد معاوضه ای است بر بضع که زوجه به سبب آن خودش را مالک شده و از قید زوجیت رها می گردد و در مقابل زوج عوض را مالک می شود.» (6)

3. در دیدگاه شافعی خلع در اصطلاح شرعی عبارت از لفظی است که دال بر جدایی زوجین در مقابل عوض باشد و هر لفظی که به طور صریح یا کنایه براین معنادالالت کند، کافی است. (7)

4. در مذهب حنابله خلع عبارت است از جدایی مرد با الفاظ مخصوص از زوجه اش در مقابل مالی که از او یا غیر او دریافت می کند و این الفاظ یا صریح در خلع هستند و یا کنایه از آن. و در هر صورت نکاح فسخ می شود. (8) بنابراین به طور مسلم برای تحقق خلع زوج باید عوض را پرداخت کند و به دلیل آیه قرآن و روایات باید تنفر و کراهت هم وجود داشته باشد؛ هر چند در تعاریفی که از فقیهان عامه نقل شد به این نکته توجه نشده است و در تفصیل بحث، مساله مورد توجه و یا اختلاف نظر آنها واقع شده است.

2. کیفیت اجرای خلع

در خصوص کیفیت اجرا و تحقق خلع اتفاق نظر وجود ندارد؛ گروهی بر این عقیده اند که خلع نیاز به صیغه مخصوصی ندارد و کیفیت اجرای آن به هر نحو که دال بر انشای خلع باشد، صحیح است. (9)

این نظریه را مفاد آیه 229 سوره بقره، که قبلاً نقل شد، تأیید می کند و علاوه بر آن برخی روایات، که به دو نمونه آن ذیلاً اشاره می کنیم، مؤید این نظر است که صرف توافق زوجین بر پرداخت مال و جدایی، برای تحقق خلع کافی است. (10)

الف - محمد بن مسلم در روایت معتبری از امام صادق علیه السلام نقل می کند که حضرت فرمود : (11)

«المختلفة التي تقول لزوجهها، اخلعني و انا اعطيك ما اخذت منك، فقال : لا يحل له ان ياخذ منها شيئاً حتى

تقول : والله لا ابر لك قسماً و لا اطيع لك امراً... فاذا فعلت ذلك من غير ان يعلمها حل له ما اخذ منها.»

به موجب این روایت هرگاه زوجه خطاب به زوج خویش تأکید بر نافرمانی و کراهت کند و برای رهایی خود مالی را

به او پیشنهاد دهد، گرفتن مال توسط زوج جایز و زوجه به صرف توافق رها می گردد.

ب - جعفر بن سماعة نقل می کند که :

«جمیل، که خود از بزرگان اصحاب ائمه است، قصد داشت که دخترش را از زوجیت یکی از اصحاب رها سازد بدین منظور برخی اصحاب را به عنوان شاهد دعوت کرد و آنگاه خطاب به زوج گفت : آیا به آنچه گرفتی راضی هستی که زن را رها سازی؟ آن مرد در پاسخ گفت : بلی آنگاه جمیل جلسه را پایان یافته تلقی نمود و از اصحاب خواست که متفرق شوند. لکن برخی از او پرسیدند آیا نمی خواهی پس از این اعلام رضایت، صیغه طلاق را جاری سازی؟ جمیل در پاسخ گفت : خیر؛ زیرا همین درجه این زوجین کافی است. (12) صاحب حدائق در تایید همین نظریه می گوید :

«در این گونه امور دلیل و مستندی بر اینکه الفاظ خاصی استعمال شود نداریم» و در ادامه می افزاید که در کتاب بیع و عقود دیگر نیز ما این مطلب را متذکر شدیم که انحصاری به بیان لفظ و صیغه خاصی نیست بلکه هر عملی مقصود را برساند، کافی است و در مبحث خلع نیز این امر در حدیث جمیل مورد تایید قرار گرفته که پس از توافق بر جدایی در مقابل پرداخت مال با رعایت شرایط خاص به اقدام دیگری نیاز نیست. (13) ابن جنید (14) و سید مرتضی (15) نیز همین عقیده را دارند و در توضیح آن فقیه اخیر می گوید :

«به محض توافق بر جدایی خلع حاصل به اجرای طلاق نیازی نیست و در این صورت خلع جایگزین طلاق است» و در ادامه کلام نام بسیاری فقها را که بر همین نظرند، ذکر می کند و دلیل این ادعا را اجماع و روایت مربوط به جدایی زوجه قیس بن ثابت می داند که به موجب آن به صرف توافق جدا شد و حضرت رسول صلی الله علیه وآله وسلم به زوجه او گفتند عده نگه دار.

در برابر این نظریه، مشهور بر این عقیده اند که برای تحقق خلع در هر حال باید الفاظ و صیغه های خاص به کار گرفته شود و صرف توافق کافی نیست؛ با این وجود در اینکه چه الفاظ و صیغه هایی باید به کار گرفته شود در میان مشهور وحدت نظر وجود ندارد؛ برخی می گویند : الفاظ دال بر معنای خلع مانند «خلعتک علی کذا» یا «انت مختلعه» کافی است. (61) گروهی از ایشان بر این باورند که علاوه بر الفاظ مخصوص خلع نیاز به اجرای صیغه طلاق هست. (17)

و بعضی دیگر هرگونه لفظی که معنای طلاق یا خلع را برساند مجاز دانسته اند. (18) فقهای عامه نیز وقوع خلع را با هر لفظی که این منظور را برساند پذیرفته اند مشروط بر آنکه در الفاظ و صیغه های غیر صریح قصد این عمل حقوقی شده باشد. (19)

3. ماهیت حقوقی خلع

همانگونه که از تعریف خلع برمی آید این عمل حقوقی با اراده زوج به تنهایی واقع نمی شود بلکه اراده زوجین در تحقق آن نقش اصلی دارد؛ به بیان دیگر این عمل حقوقی مانند طلاق ساده نیست که صرفاً زوج در مورد جدایی تصمیم گیرد بلکه طرفین با یکدیگر توافق می نمایند که به دلیل عدم تمایل زوجه در ادامه زندگی و کراهتی که نسبت به زوج خویش دارد، مالی را به وی ببخشد و او نیز در برابر گرفتن آن مال زن را به گونه ای رها می سازد که در زمان عده قابل رجوع نباشد.

بر این اساس اراده طرفین به صورت ایجاب و قبول دخالت دارد؛ یعنی یا زوجه پیشنهاد رهایی خویش را در مقابل پرداخت مالی می کند و زوج او را قبول می نماید و یا برعکس زوج پیشنهاد جدایی با پرداخت مال معینی را می

نماید و زوجه قبول می کند. و حتی بسیاری تصریح نموده اند که این ایجاب و قبول مانند سایر قراردادها باید توالی عرفی داشته باشد والا تحقق نمی یابد.

بنابراین به طرح نظریه های موجود در خصوص ماهیت حقوقی خلع و نقد و بررسی ادله ارائه شده می پردازیم و سرانجام نظریه ای که مقرون به صواب به نظر می رسد را، 2 عرضه می داریم.

نظریه اول :

بنا به عقیده برخی فقیهان نامدار (20)، پس از توافق زوجین بر جدایی در مقابل پرداخت مالی از سوی زوجه، زوج باید صیغه طلاق را جاری کند و زوجه را طلاق گوید و در غیر اینصورت به صرف توافق جدایی حاصل نمی شود؛ زیرا از طرفی اجماع بر این امر وجود دارد (21) و از سوی دیگر در روایتی که موسی بن بکر از امام کاظم علیه السلام نقل کرده است، آن حضرت تصریح نموده اند که بایستی پس از خلع تا زمانی که زوجه در عده است طلاق اجرا گردد. (22)

بعلاوه شیخ طوسی با استناد به آیه 229 سوره بقره می گوید اگر جدایی زوجین در عوض مالی که زوجه می پردازد و بدون اتمام طلاق هم طلاق محسوب گردد مستلزم آن است که در این آیه تا چهار طلاق رجوع مجاز شمرده شود؛ در حالی که به اتفاق مسلم است که تا سه طلاق صورت نگرفته رجوع جایز و از طلاق سوم ممنوع است؛ بنابراین جدایی در عوض مال وقتی طلاق محسوب می شود که اجرای طلاق در پی آن می آید. ابن ادریس در تایید این نظریه به اصل بقای زوجیت استناد می کند و می گوید :

«هر کس مدعی است به صرف خلع جدایی حاصل می شود باید دلیل اقامه کند در حالی که در کتاب و سنت و اجماع دلیلی بر آن نیست. (23)»

طبق این نظریه همانگونه که بعضی از ایشان تصریح به این امر نموده اند (24) در واقع دو عمل حقوقی جداگانه ولی مربوط به هم پدید می آید و به بیان دیگر خلع مرکب از دو عمل حقوقی است : اول قرارداد بین زوجین مبنی بر آنکه زوجه به دلیل انزجاری که از زوج خود دارد مالی را که از مهریه کمتر یا بیشتر یا معادل آن است به زوج می بخشد و در مقابل زوج قبول می نماید که او را اطلاق گوید به نحوی که قابل رجوع نباشد؛

دوم : بر مبنای توافق، زوج اقدام به طلاق زوجه با اراده خویش می نماید و در حال انشای طلاق زوجه باید در حال طهر و پاکی بوده و دو مرد عادل شاهد بر این امر باشند. و بر این اساس خلع، طلاق نامیده می شود.

لیکن همانگونه که مشهور فقها اظهار نظر کرده اند، مستند این گروه ضعیف و خالی از قوت است (25)؛ زیرا اولاً : در این مساله اجماع وجود ندارد و شاید بتوان گفت یکی از مسایل پر اختلاف است و ثانیاً : روایت مورد استناد از حیث سند و دلالت قابل بحث و گفتگو است؛ زیرا در سلسله سند موسی بن بکر وجود دارد که واقفی بوده و در کتب رجال توثیق نشده است. (26)

علاوه بر آن از لحاظ دلالت نیز اجمال دارد و احتمالات گوناگونی در آن وجود دارد که موجب عدم قابلیت استناد به آن می گردد. ثالثاً روایات معتبر زیادی وجود دارد که پس از خلع نیازی به اجرای طلاق نیست (27)؛ و حتی در برخی از آنها عدم جواز و مشروعیت طلاق پس از خلع استنباط می شود. در روایت صحیحی که حلبی از امام صادق علیه السلام نقل می کند ایشان می فرموده اند :

«عدة مختلعه همان عده مطلقه است و خلع او بمنزله طلاق است بدون آنکه طلاق نامیده شود. (28)»

و در روایت صحیح دیگری سلیمان بن خالد می گوید به امام صادق علیه السلام عرض کردم آیا پس از خلع طلاق

زوجه، جایز است و ایشان در پاسخ فرمودند که خلع کافی است و اگر حاکمیت جامعه در دست ما بود و بیم اختلاف نمی رفت طلاق را در این صورت جایز نمی دانستم. (29)

نظریه دوم :

به اعتقاد بسیاری از فقیهان خلع یک عمل حقوقی است که پس از تحقق نیاز به اجرای صیغه طلاق ندارد (30) و به خودی خود موجب جدایی زوجین است و مستند ایشان علاوه بر ادله ای که در رد نظریه اول آورده شد، روایاتی است که خلع را طلاق دانسته و در برخی از آنها تصریح شده است که نیازی به طلاق پس از خلع نیست و یا حتی از بعضی از آنها عدم مشروعیت طلاق استنباط می گردد.

این گروه علاوه بر روایاتی که قبلاً نقل شد (31) به روایت صحیحی که ابن بزیع از امام رضا علیه السلام نقل می کند (32) استناد نموده اند. ایشان می گوید :

«از امام رضا علیه السلام سؤال کردم آیا زنی که در حال طهر و در حضور دو شاهد عادل از طریق خلع از همسر خویش جدا شده، مادامی که طلاق داده نشده است از او جدا می شود و به بیان دیگر با خلع جدا می شود یا نیاز به طلاق دارد؟ حضرت فرمودند جدا می شود. ابن بزیع گوید به حضرت گفتم برای ما روایت شده که تا طلاق اجرا نگردد جدایی حاصل نمی شود در پاسخ حضرت فرمودند در این صورت خلع نیست و در پایان فرمودند به صرف خلع جدایی حاصل می گردد.»

و حتی برخی فقهای عامه بر این باورند که نه تنها با الفاظ خاصی که صریح در معنای خلع یا کنایه از آن است خلع واقع می شود بلکه هرلفظی که باین قصد ابراز شود موجب جدایی است. (33)

به هر حال این گروه از فقیهان با وجود آنکه در کفایت خلع و عدم نیاز به طلاق پس از آن، اتفاق نظر دارند ولی در ماهیت این نوع جدایی وحدت نظر ندارند و به دو دسته تقسیم می شوند :

دسته اول : به عقیده این گروه جدایی زوجین از طریق خلع و بدون نیاز به طلاق، فسخ نکاح محسوب می شود یعنی زوج با گرفتن مال از زوجه نکاح را فسخ می نماید. پس طبق این عقیده خلع، فسخ نکاح است. این گروه غیر از روایاتی که خلع را کافی از طلاق می داند، مستند دیگری ندارند. این نظریه در میان فقیهان حنبلی مشهور است ولیکن شافعی نیز با وجود آنکه در کتاب «الام» آن را طلاق دانسته ولی در کتاب «القدیم» به فسخ بودن آن تصریح نموده است.

علاوه بر آنکه دلیل بر فسخ بودن خلع وجود ندارد از مجموع روایاتی که آثار طلاق باین را بر خلع مترتب ساخته است، استنباط می شود که خلع نمی تواند ماهیت فسخ داشته باشد (34)؛ زیرا اولاً در فسخ نیاز به تشریفات خاص مانند پاک بودن زوجه، حضور دو شاهد نیست در حالی که در خلع به تصریح روایات این شرایط لازم است؛ 2. در فسخ امکان رجوع نیست؛ زیرا عقد به کلی منحل می گردد و علقه زوجیت از بین می رود در حالی که در خلع در صورت رجوع زوجه به مالی که به زوج بخشیده تا زمانی که در عده است امکان رجوع وجود دارد و علقه زوجیت به کلی پاره نمی شود؛

3. اگر خلع فسخ باشد تکرار آن موجب حرمت نکاح نمی گردد در حالی که به اتفاق فقها و مفاد آیه قرآن و روایات، خلع از دفعات طلاق محسوب شده و تکرار آن بیش از دوبار موجب حرمت نکاح می گردد. (35)

و بر همین اساس قانون مدنی ایران در ماده 1132 مقرر می دارد :

«در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است شرط نیست.»

بنابراین خلع، فسخ نکاح نیست و این ادعا بدون دلیل است.

دسته دوم :

بسیاری بر این باورند که هر چند به استناد روایات با وجود خلع نیازی به اجرای طلاق نیست ولیکن این عمل حقوقی متکی به اراده زوج بوده و طلاق محسوب می شود و احکام خاصی طلاق را در کیفیت اجرا و آثار دارد. و مستند ایشان روایاتی است که خلع را طلاق دانسته است. (36)

و اما این گروه نیز اتفاق نظر نداشته و تعبیر مختلفی در خصوص این امر دارند؛ یعنی با آنکه همگان این نوع جدایی را طلاق نامیده اند؛ بعضی از ایشان آن را از عقود معاوضی به حساب آورده (37) و بطلان فدیة یا متعلق به غیر بودن آن را موجب بطلان خلع دانسته اند. (38)

برخی دیگر آن را از ایقاعاتی دانسته اند که شبیه عقود معاوضی بوده و محتاج به دو طرف و دو انشاست. (39) عده ای نیز با وجود طلاق دانستن آن، تصریح نموده اند که صرف توافق زوجین بر جدایی در مقابل پرداخت مال به وسیله زوج، یا علاوه بر آن اجرای طلاق موجب تحقق خلع است و به هر یک از دو طریق این جدایی حاصل می شود.

نظریه سوم :

برخی فقیهان در خصوص ماهیت خلع صرفاً به نقل آرای دیگران پرداخته و از اظهار نظر صریح خودداری نموده اند. از این گروه می توان محقق حلی صاحب شرایع الاسلام را نام برد که با اشاره به اختلاف نظر موجود، از اظهار عقیده صریح خودداری می کند. (40)

از مجموع آنچه گفته شد به خوبی ظاهر می شود که در این موضوع اقوال فقها بسیار مضطرب و نظریات ارائه شده مختلف است و در واقع توجیه منطقی و غیرقابل خدشه ای از ماهیت حقوقی خلع ارائه نشده است. همین تزلزل و اضطراب در آثار نویسندگان حقوق خانواده نیز کم و بیش دیده می شود که ذیلاً به بیان مواردی از آن می پردازیم :

1. مرحوم دکتر امامی از طرفی خلع را از عقود معاوضی حقیقی محسوب ننموده (41) ولی از طرف دیگر آن را معاوضه حقیقی قلمداد کرده است و می گوید : (42)

«بستگی بین طلاق و فدیة طوری است که بدون یکی دیگری واقع نمی شود، در این امر فرقی نمی نماید که صیغه طلاق خلع به کلمه مشتق از طلاق گفته شود یا به کلمه مشتق از خلع اکتفاء گردد؛ زیرا تفکیک آن دو برخلاف مقصود زن و شوهر است. بنابراین با آنکه طلاق ایقاع مستقلاً است در مورد خلع، یکی از دو عوض قرار گرفته است و ناچار باید حکم عقد معاوضی را بر آن جاری ساخت.»

ایشان پس از این بیان نتیجه می گیرد که با بطلان فدیة طلاق باطل است. و تاکید می کند که طلاق خلع مهمتر است و بستگی طلاق و فدیة به یکدیگر مانند بستگی دو مورد عقد معاوضی می باشد و در صورت بطلان فدیة طلاق خلع واقع نمی شود. (43)

همچنین در خصوص تاثیر تلف فدیة قبل از قبض به گونه متعارض سخن می گوید؛ یعنی در عین حال که خلع را معاوضه حقیقی محسوب نمی کند و زن را مسئول بدلی آن مال می داند، از سوی دیگر آن را معاوضه حقیقی به شمار آورده و تلف فدیة قبل از قبض را موجب بطلان طلاق می داند؛ (44)

2. برخی دیگر از نویسندگان نیز از طرفی خلع را از عقود معاوضی شمرده (45) و از سوی دیگر آن را ایقاع دانسته و

می نویسند : (46) «... طلاق خلع اگر چه همانند عقود معاوضی محتاج به اراده طرفین است ولی واقعا معاوضه نیست بلکه از ایقاعات است و همواره با اراده شوهر انجام می گیرد، هر چند که انگیزه اراده وی دریافت مالی از زوجه باشد؛ به عبارت دیگر فدیة انگیزه شوهر در طلاق خلع است نه عوض طلاق و طلاق خلع یک معاوضه حقیقی نیست تا با بطلان عوض معین باطل گردد.

بنابراین ملاحظه می کنیم که این نویسندگان از طرفی خلع را عقد معاوضی و از سوی دیگر ایقاع می داند و آن را به اراده شوهر مربوط می داند؛ در حالی که طبق روایاتی که برخی از آنها قبلا نقل شد و به برخی دیگر نیز اشاره خواهیم کرد، اراده دو طرف قطعا نقش دارد و حتی گاهی زوج آنچه را که زوجه پیشنهاد کرده قبول می نماید؛ پس فدیة صرفا محرک بر باعث انگیزتر شوهر در طلاق نیست بلکه عوض رهایی زوجه از قید زوجیت است و نتیجۀ سخن تمام فقهای که خلع را بدون نیاز به اجرای طلاق محقق دانسته اند چیزی جز این مطلب نیست؛ 3. به عقیده برخی از استادان حقوق نیز طلاق خلع به دو عمل حقوقی جداگانه تحلیل می شود : 1. ایقاعی که سبب جدایی زن و مرد است؛ 2. قراردادی که سبب تملیک فدیة به شوهر می شود و در برابر حق رجوع شوهر را از بین می برد. (47)

به بیان دیگر خلع مخلوطی از یک عقد و یک ایقاع است؛ یعنی ابتدا قراردادی بین زوجین منعقد می شود که به موجب آن زوجه عالی را به زوج تملیک می کند و نیز زوج حق رجوع را از خود ساقط می کند و آنگاه زوج با اراده خویش و بدون دخالت اراده زوجه، مبادرت به طلاق می نماید.

این نظریه الهام گرفته از نظریه اول است که فقهای چون شیخ طوسی بر آن اصرار داشتند که پس از توافق زوجین باید توسط زوج صیغه طلاق جاری گردد.

قانون مدنی ایران نیز خلع را به گونه ای تعریف کرده است که این اجمال را برطرف نمی سازد. به موجب ماده 1146 ق. م :

«طلاق خلع آن است که زن بواسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالیکه به شوهر می دهد طلاق بگیرد اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.»

از تعریف مذکور به خوبی برنمی آید که آیا خلع معاوضه است یا ایقاع و در صورت اول آیا مالی که زوجه می پردازد در مقابل طلاق است که زوجه به اراده خود به طور مستقل انشاء می کند و یا اینکه با پرداخت مال خود به خود جدایی حاصل می شود و در صورت دوم مالی که زوجه می پردازد چه نقشی در خلع دارد؟

بنابراین از بررسی آرای فقها و عقاید نویسندگان حقوقی و قانون مدنی چنین استنباط می شود که ماهیت طلاق خلع در هاله ای از ابهام باقی است و آرای متعارضی در این خصوص ابراز شده است و از مطالعه آیه کریمه قرآن و روایات رسیده در این خصوص به خوبی استنباط می شود که تحلیل های ارائه شده خالی از نقص و تعارض و ابهام نیست.

واقعیت آن است که آیه 229 سوره بقره صرفا در مقام بیان جواز خلع و افتدا می باشد؛ به موجب این آیه هرگاه زوجه از زوج خویش تنفر داشته و بیم نافرمانی و عصیان رود می تواند مالی را به زوج خود ببخشد تا او را رها سازد؛ به بیان دیگر آیه شریفه در مقام بیان اصل حکم جواز خلع با رعایت سایر شرایط است ولی نحوه اجرای آن و شرایط لازم برای تحقق خلع بیان نشده است.

همچنین روایاتی که در این خصوص وارد شده به اصل جواز خلع تصریح دارد (48) و لیکن در کیفیت توافق و تعیین ماهیت آن روایات مختلف است و همین امر سبب اختلاف نظر در میان حقوقدانان شده است. از طرفی

در برخی روایات خلع نوعی معاوضه است که به صرف توافق و پرداخت مال از ناحیه زوجه و قبول زوج یا پیشنهاد زوج و قبول زوجه به پرداخت مال در مقابل رهاسازی او خلع واقع می شود. (49) و در برخی از همین روایات تصریح شده است که خلع کافی است و نیازی به اجرای طلاق نیست. (50) و از سوی دیگر در برخی روایات صرف توافق و پرداخت مال کافی نیست بلکه باید زوج اقدام به انشاء طلاق نماید. (51)

همانگونه که در نقد نظریه اول گفته شد روایتی که به استناد آن پس از خلع طلاق را لازم دانسته اند از حیث سند و دلالت مخدوش است و مدعا را اثبات نمی کنند؛ به همین دلیل مشهور فقها این نظریه را نپذیرفته اند و ماده 1146 قانون مدنی را نیز نمی توان اینگونه تفسیر نمود؛ زیرا دلیلی بر ضرورت اجرای طلاق با وجود توافق زوجین نیست. اما روایاتی که خلع را به تنهایی کافی دانسته و با وجود آن اجرای طلاق را لازم نمی داند و طبق بعضی آن را مشروع نمی داند از لحاظ تعداد فراوان (52) و از جهت سند و دلالت معتبر و قابل استناد هستند. به همین دلیل اکثر فقها در عامه و خاصه با وجود خلع نیاز به اجرای طلاق نمی بینند. (53)

بنابراین خلع به محض توافق زوجین و پرداخت مال از ناحیه زوجه در مقابل رهاسازی او از قید زوجیت تحقق یافته و موجب جدایی است و نیاز به اجرای طلاق ندارد؛ لکن این توافق آثار طلاق را دارد و برای اجرا نیز باید زوجه در حالت طهر بوده و انجام توافق در حضور دو شاهد عادل صورت گیرد.

زوجه باید عده طلاق را نگه دارد و در این مدت اگر به فدیة رجوع کرد طلاق رجعی می گردد؛ مانند طلاق از موارد جدایی محسوب می شود که تکرار آن بیش از دو بار موجب حرمت نکاح می گردد و سایر آثار طلاق را دارد. و شاید به دلیل آنکه این جدایی آثار طلاق را داشته و در برخی روایات تعبیر شده است که «خلعها طلاقها» با وجود آنکه مشهور بر این باورند که خلع به تنهایی برای جدایی زوجین کافی است ولی آن را طلاق محسوب نموده اند. ولی از بررسی روایات چنین استنباط می شود که جدایی زوجین به صرف توافق بر جدایی در مقابل پرداخت مال از ناحیه زوجه حاصل می گردد و نیاز به انجام تشریفات خاص و اجرای صیغه طلاق نیست. و این جدایی همان آثار طلاق را دارد. بنابراین دلیلی وجود ندارد که چنین توافقی را طلاق بنامیم و اصولاً تعبیر به طلاق خلع مجازی است. با وجود آنکه می دانیم خلع یک ماهیت حقوقی دو جانبه است که اراده زوجین در ایجاد آن نقش دارد در حالی که طلاق با اراده زوج و بدون نیاز به قبولی و مشارکت زوجه تحقق می یابد.

تنها توجیهی که ممکن است برای این نامگذاری شود آن است که در برخی روایاتی که خلع را به تنهایی برای جدایی کافی دانسته آن را طلاق نامیده و ظاهر این تعبیرها به چنان برداشتی منجر شده است و لیکن از آنجا که یقین داریم خلع از لحاظ مفهوم و کیفیت انشا با طلاق متفاوت است و نمی توانند این دو یک مفهوم و یک عمل حقوقی محسوب شوند بلکه صرفاً از لحاظ آثار و شرایط انشاء یکسان هستند، می توان چنین گفت که در آن دسته از روایات که خلع به طلاق تعبیر شده است به لحاظ این مشابهت است و در این بیان نوعی تشبیه به کار رفته است؛ یعنی روایتی که می گوید: «المختلعة خلعها طلاقها» و یا «عدة المختلعة عدة المطلقة» به لحاظ مشابهت زیاد در شرایط و آثار، وجه شباهت و ادات تشبیه حذف شده که در اصطلاح علم بیان و بدیع، تشبیه بلیغ نامیده می شود مانند آنکه شخصی به واسطه جود و سخاوت زیاد تشبیه به دریا شده و گفته می شود «انت بحر» اینگونه تشبیه ها در عرف رایج است و می توان گفت در این قبیل روایات نیز با وجود آنکه خلع دقیقاً همان طلاق نیست ولی چون دارای شرایط و آثار یکسان هستند از لحاظ این تشابه به یکدیگر تشبیه شده و ادات تشبیه حذف شده و گفته شده است «خلعها طلاقها».

و در نتیجه خلع در واقع طلاق نیست بلکه به لحاظ آثار و شرایط به منزله طلاق محسوب می شود و اطلاق طلاق

بر آن مجاز است و نمی توان آن را طلاق حقیقی دانست. هرچند که همان آثار را دارد یعنی طبق معمول راه جدایی زوجین طلاق و یا در موارد مشخص به فسخ نکاح است ولی درموردی که تنفر زوجه سبب اختلاف، دلسردی و نافرمانی می شود شارع مقدس به تصریح قرآن و روایات این طریق را برای جدایی مجاز شمرده است که با توافق حاصل می شود.

و شاهد آن روایاتی است که بیان می دارد : خلع بدون آنکه طلاق نامیده شود به منزله طلاق مختلعه است. (54) و در برخی دیگر آمده است که خلع مثل طلاق است. (55)

از کلام برخی فقها نیز، هرچند گاهی تعبیر به طلاق نموده اند، استنباط می شود که خلع از عقود معاوضی بوده و به صرف توافق جدایی حاصل می شود و نیازی به اجرای طلاق نیست؛ در نتیجه اطلاق طلاق بر آن نوعی مجاز و ناشی از شباهت موجود در آثار و شرایط ایجاد آن است.

به لحاظ اهمیت بحث نظر برخی از فقهای بزرگ، که به طور صریح یا ضمنی مؤید این نظر هستند، به اختصار نقل می شود :

1. شیخ مفید در کتاب مقنعه (56) می گوید : «در خلع جدایی زوجین با توافق یکدیگر و پس از پرداخت مالی از ناحیه زوجه به زوج واقع می شود.»؛

2. شیخ صدوق می گوید (57) : « هر گاه از جانب زوجه اظهار تنفر و کراهت نسبت به زوج و نافرمانی شدید باشد برای زوج جایز است که مالی را از او بگیرد و در اثر این توافق زوجه از او به نحو بائن جدا می گردد.»؛

3. سید مرتضی (58) تصریح می کند که خلع موجب جدایی زوجین به نحو بائن می گردد و هر جدایی طلاق محسوب نمی شود. و از این حیث که خلع مانند طلاق از تعداد دفعات مجاز طلاق محسوب می شود، به منزله طلاق و جایگزین آن محسوب می گردد؛ یعنی به دلیل تشابه در آثار به نحو مجاز طلاق گفته می شود و در واقع طلاق نیست بلکه خلع خود عمل حقوقی مستقلی است؛

4. شهید ثانی در مسالک تصریح می نماید که خلع معاوضه است و نیاز به اراده زوجین داشته و پس از تحقق محتاج به اجرای صیغه طلاق نیست؛

5. بحرانی نیز به طور مکرر بر این تصریح کرده و می گوید (59) : « از روایت حلبی و جمیل بن دراج و عمل ثابت بن قیس در حضور پیامبر صلی الله علیه و آله وسلم و روایت دیگری که در این مورد وارد شده است ، استنباط می گردد که خلع عقد معاوضی است و نیاز به اراده طرفین دارد و با وجود توافق زوجین بر جدایی پرداخت مال توسط زوجه، خود به خود جدایی حاصل شده و نیاز به اجرای صیغه طلاق نیست؛ حتی از بعضی روایات عدم مشروعیت طلاق پس از وقوع خلع استنباط می شود؛

6. ابن جنید (60) استاد شیخ مفید نیز خلع را به تنهایی و بدون نیاز به اجرای طلاق موجب جدایی می داند و از کلام ایشان استنباط می شود که آن را عقد می داند.

7. از کلام بسیاری از فقهای که آن را طلاق محسوب نموده اند نیز استنباط می شود که ایشان نیز خلع را نوعی معاوضه و عقد تلقی می کرده اند و از تحلیل های آنها این امر به خوبی آشکار می گردد ولی شاید به دلیل ظاهر روایاتی که تعبیر به طلاق نموده آنها نیز الهام گرفته و خلع را طلاق نیز نامیده اند.

نتیجه بحث

همانگونه که به تفصیل بیان گردید در خصوص ماهیت خلع اختلاف نظر وجود دارد که به طور اختصار نظریه

های مطروحه به شرح زیر است :

1. خلع مرکب از دو عمل حقوقی است : اول توافق بر جدایی که در این صورت عقد مرکب از پرداخت مال توسط زوجه و تعهد زوج بر انجام طلاق است. دوم اجرای طلاق توسط زوج که عمل حقوقی یکطرفه و ایقاع می باشد. این نظریه مبنای محکم علمی نداشته و مشهور آن را نپذیرفته اند. البته برخی اساتید نیز با الهام از این نظریه افزوده اند که توافق اولیه زوجین مشتمل بر تملیک مال توسط زوجه و اسقاط حق رجوع از ناحیه زوج است و در پی آن اجرای طلاق توسط زوج;

2. خلع یک عمل حقوقی بیش نیست و با تحقق آن طرفین از یکدیگر به نحو باین جدا می گردند و لیکن طرفداران این نظریه به سه دسته تقسیم می شوند : دسته اول خلع را فسخ نکاح تلقی کرده اند و چنانکه به تفصیل اشاره شد این نظریه علاوه بر آنکه دلیلی ندارد با آثاری که برای خلع بیان شده سازگار نیست;

دسته دوم خلع را طلاق نامیده اند و استناد ایشان به برخی روایاتی است که از خلع تعبیر به طلاق نموده و علاوه بر آن آثار طلاق را بر خلع نیز مترتب ساخته است. این نظریه نیز هر چند مستند به آثار یکسان خلع و طلاق و ظاهر برخی روایات است نمی تواند دلیل بر طلاق بودن خلع باشد؛ زیرا اولاً در برخی روایات دیگر که دارای اعتبار از حیث سند و دلالت می باشند صرف توافق و پرداخت مال از ناحیه زوجه با قبول زوج موجب جدایی دانسته شده است (61)؛ ثانیاً در برخی روایات تصریح شده که خلع در واقع طلاق نیست بلکه به منزله آن است؛ ثالثاً خلع از لحاظ مفهوم و کیفیت انشا با طلاق به طور مسلم متفاوت است و نمی تواند یک واقعیت باشند؛ رابعاً در مواردی که شباهتهای زیاد بین دو امر وجود دارد در عرف محاوره ای که ائمه علیهم السلام نیز به زبان همین عرف سخن می گویند، فراوان اتفاق می افتد که ادات تشبیه و وجه شباهت از کلام حذف می گردد و به صورت جمله خبریه بیان می شود و در اصطلاح علم بیان آن را تشبیه بلیغ می نامند و در خصوص خلع نیز چنین است؛ زیرا به

واسطه همانندی آثار خلع و طلاق و شرایط انشای آنها، از خلع به طلاق تعبیر شده است. دسته سوم خلع را از عقود معاوضی دانسته و با صرف توافق زوجین بر جدایی در مقابل پرداخت مالی از ناحیه زوجه جدایی حاصل می شود و نیاز به تشریفات خاص دیگری علاوه بر حضور دو شاهد و پاک بودن زوجه نیست. این نظریه را که برخی فقهاء به طور صریح و گروه دیگری به طور ضمنی پذیرفته اند با ماهیت خلع و کیفیت انشاء آن سازگار است. و آیه شریفه سوره بقره و روایات متعدد جدایی زوجین را به این نحو مجاز شمرده و احکام طلاق را از حیث شرایط اجرا و آثار ناشی از آن بر این جدایی باز نموده است. بنابراین جدایی به این نحو از اعمال حقوقی دو طرفه و عقد محسوب می شود و قانونگذار همانگونه که جدایی از طریق طلاق و فسخ را پذیرفته، جدایی از طریق توافق زوجین را نیز با رعایت شرایط آن و در مورد خاص متنفر و انزجاری که موجب عسر و جرح و فساد می گردد، مجاز شمرده است. نکته قابل توجه آن است که امکان جدایی از طریق توافق به همان مورد خاص (تنفر شدید) محدود می باشد و در نتیجه قابل تسری نیست که زوجین هرگاه اراده کنند اینگونه از یکدیگر جدا شوند و بر این اساس مغایرتی با استحکام خانواده و آثار اجتماعی آن ندارد؛ چرا که جواز این امر در شرایط خاص و اضطراری است.

البته در شرایط فعلی که به موجب ماده واحده مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب سال 1371، حتی در صورت توافق بر جدایی نیز زوجین باید به دادگاه مراجعه کنند، در خلع نیز باید به دادگاه مراجعه و پس از اجازه آن برای جدایی به دفاتر رسمی مراجعه نمایند و این مراجعه جنبه اثباتی و ترتیب اثر قانونی به جدایی زوجین دارد و نه جنبه ثبوتی.

4. آثار تشخیص ماهیت حقوقی خلع

1. به موجب هر یک از نظریه های مطروحه در خصوص ماهیت خلع، اجرای آن باید در حضور دو شاهد عادل و در حالت طهر زوجه باشد و در این امر اختلافی وجود ندارد;
2. به جز گروهی که خلع را فسخ تلقی نموده اند، سایر نظریه ها در این امر وحدت نظر دارند که خلع نیز مانند یکی از دفعات طلاق محسوب شده و تکرار آن بیش از دفعات مجاز موجب حرمت نکاح می گردد;
3. بر اساس تمام نظریه های ابراز شده خلع به منزله طلاق بائن است و برای زوج قابل رجوع نیست مگر آنکه زوجه مالی را که به او بخشیده در زمان عده استرداد کند و تنها در این صورت زوج حق رجوع به زوجه را خواهد داشت و ماده 1145 قانون مدنی براین امر تصریح دارد;
4. در صورتی فدیة مالیت نداشته باشد، بنا بر نظر آن عده که خلع را دو مرحله ای می دانند مرحله اول خلع، که توافق دو اراده است به دلیل نداشتن مالیت فدیة از بین می رود و در نتیجه هرگاه زوج مستقلاً زوجه را طلاق داده باشد طلاق رجعی محسوب می گردد و برخی دیگر همچون شیخ طوسی آن را باطل می دانند چون مبنای طلاق بر اساس توافقی بوده که باطل است;
- اما طبق نظریه ای که خلع را یک مرحله ای و ایقاع محسوب می نماید برخی طلاق را رجعی دانسته و گروه دیگر خلع را باطل و در نتیجه جدایی حاصل نمی شود و سرانجام گروهی بین علم و جهل زوج تفاوت گذارده اند. اما با توجه به نظریه منتخب، باید پذیرفت که در این صورت خلع، از عقود معاوضی بوده و از این حیث احکام این قبیل عقود نیز در آن جاری می شود؛ در نتیجه بطلان خلع در اثر عدم ماهیت فدیة امری موافق با اصول کلی و ضوابط عمومی قراردادهاست و خلاف آن دلیل می خواهد. بنابراین حق با کسانی است که بطلان فدیة را موجب بطلان خلع دانسته اند;
5. در صورتی که فدیة مال غیر باشد و زوجه بدون مجوز قانونی آن را به زوج بدهد همان اختلاف موجود در مساله مالیت نداشتن فدیة مطرح است و به نظر نگارنده در صورتی که صاحب مال اجازه ندهد، خلع باطل است و اثری بر آن مترتب نمی شود؛ مگر آنکه علاوه بر خلع زوج مبادرت به اجرای صیغه طلاق نیز نموده باشد که در این صورت صرف نظر از صحت یا بطلان خلع، طلاق به نحو رجعی یا بائن (در مواردی که طلاق بائن است) واقع می شود.

پی نوشت ها :

- 1- سوره بقره، آیه 187 : «هن لباس لکم و انتم لباس لهن».
- 2- سوره بقره، آیه 229 : «... فلا جناح علیهما فیما افتدت به...».
- 3- فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج 2، ص 322. حدائق الناضرة، ج 25، ص 553. جواهر الکلام، ج 33، ص 2.
- 4- ما به جهت رعایت اصطلاح مشهور و قانون مدنی در این مقاله طلاق خلع تعبیر می کنیم و لیکن همانگونه که در مباحث بعدی به آن پرداخته ایم اطلاق طلاق بر خلع خالی از مسامحه نیست.
- 5- عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعة، ج 4، ص 486.
- 6- الفقه علی المذاهب الاربعة، ج 4، ص 486 : «عقد معاوضة علی البضع تملک به الزوجه نفسها و یملک به الزوج العوض».

7- همان.

8- همان.

9- حدائق الناضرة، ج 25، صفحات 556، 566، 584، 586. جواهر الکلام، ج 33، ص 4. الفقه علی المذاهب الاربعه، ج 4، ص 486.

10- وسایل الشیعه، ج 15، کتاب خلع، مفاد برخی از این روایات به گونه ای است که نیازی به اقدام دیگری علاوه بر توافق زوجین نیست؛ البته روایت دیگری برخلاف این عقیده وجود دارد که از لحاظ سند و دلالت مورد گفتگو است.

11- وسایل، ج 15، باب اول، ح 4 و 7.

12- کافی، ج 6، ص 142، باب خلع، ح 9 : «عن جعفر بن سماعة : آن جمیلا شهد بعض اصحابنا و قد اراد ان یخلع ابنته من بعض اصحابنا. فقال جمیل للرجل ما تقول : رضیت بهذا الذی اخذت و ترکتها؟ فقال : نعم، فقال لهم جمیل : قوموا فقالوا : یا ابا علی لیس ترید یتبعها الطلاق؟ قال : لا»
13- حدائق الناضرة، ج 25، در صفحات 584 و 586 و ... مورد تاکید قرار گرفته است.

14- ابن جنید، فتاوی ابن جنید به کوشش شیخ علی پناه اشتیاردی چاپ جامعه مدرسین سال 1416، ص 270.

15- سید مرتضی، المسائل الناصریات، ص 250، از جوامع الفقهیه.

16- شهید ثانی در مسالک الافهام، ج 2، ص 58، شرح لمعه، ج 6، ص 89، علامه در مختلف، ص 549، چاپ

قدیم تذکره، ج 2، ص 374، چاپ قدیم، مفاتیح الشرایع، ج 2، ص 322.

17- شیخ طوسی، در خلاف، ص 34، از سلسله الینابیع، ج 38، مبسوط، ص 239 از همان جلد، شهید اول، شرح لمعه، ج 6، ص 87.

18- محسن حکیم منهاج، ج 2، ص 325، آیت الله خویی، منهاج، ج 2، ص 334، امام خمینی، تحریر الوسیله، ج 2، ص 349.

19- منابع پیش، فقه عامه.

20- شیخ طوسی، الخلاف، ج 39، ص 34 از سلسله الینابیع الفقهیه، مبسوط، ص 239 از مصدر پیشین، شهید

اول، شرح لمعه، ج 6، ص 87، و مسالک الافهام، ج 2، ص 58، ابن ادریس، السرائر، ج 2، ص 726.

21- شیخ طوسی، همان مصدر.

22- وسایل الشیعه، ج 15، ص 490، باب 3، ح 1 و ح 5 : «جعفر بن سماعة عن موسى بن بكر عن العبد الصالح قال : قال علی علیه السلام : المختلفة یتبعها الطلاق ما دامت فی العدة.

23- ابن ادریس، همان مصدر.

24- شیخ طوسی، مبسوط ص 266، از سلسله الینابیع می گوید : «لانه عقد معاوضة كالبيع»

25- جواهر الکلام، ج 33، ص 7، مفاتیح الشرایع، ج 2، ص 322.

26- ر.ک : رجال شیخ طوسی، رجال نجاشی.

27- وسایل الشیعه، ج 15، کتاب خلع، باب 4، ح 45، و باب 3، ح 9 و 8 و 4.

28- وسایل الشیعه، ج 15، کتاب خلع، باب 3، ح 4، «عدة المختلعة عدة المطلقة و خلعهها طلاقها و هی تجزىء من غیر ان یسمى طلاقا.»

29- وسایل الشیعه، همان باب، ح 8، «ارایت ان هو طلقها بعد ما خلعهها ایجوز؟ قال : و لم یطلقها و قد کفاه

الخلع و لو كان الامر اليها لم تجز طلاقها».

30- سيد مرتضى المسائل الناصرية، جوامع الفقهية، ص 250، فتاوى ابن الجنيد، ص 273، علامه حلى در المختلف ص 549، چاپ قديم، تحرير الاحكام، ج 2، ص 51، تذكرة الفقهاء، ج 2، ص 347، شهيد ثانی، شرح لمعه، ج 6، ص 89 و...

31- ر.ک : ص 11، همين مقاله

32- وسايل الشيعه، ج 15، ح 9، از باب سوم، «سالت عن ابالحسن الرضا عليه السلام المرأة تبارىء زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك او هي امراته ما لم يتبعها بالطلاق؟ فقال : تبين منه و ان شهادت ان يرد اليها ما اخذ منها و تكون امراته فعلت، فقلت : انه قد روى انه لا تبين منه حتى يتبعها الطلاق، قال : ليس ذلك اذا خلعا، فقلت : تبين منه؟ قال : نعم »

33- الفقه على المذهب الاربعة، ج 4، ص 486 به بعد.

34- وسائل الشيعه، كتاب خلع.

35- ر.ک : شرح لمعه، ج 6، ص 89 به بعد.

36- وسايل، ج 15، كتاب خلع، باب سوم.

37- شهيد ثانی، شرح لمعه، ج 6، ص 91؛ جواهر الكلام، ج 33، ص 4؛ حدائق الناضرة، ج 25، ص 586.

38- شرح لمعه، ج 6، ص 96.

39- امام خمينى، تحرير الوسيله، ج 2، ص 349، مساله 3.

40- شرايع الاسلام، كتاب خلع، «هل يقع بمجرد؟ المروى، نعم و قال الشيخ، لا يقع حتى يتبع بالطلاق...» علامه حلى نیز در كتاب المختصر مى گوید : «سيد مرتضى قائل به آن است كه خلع بدون نیاز به طلاق واقع مى شود ولى شيخ طوسى اجراى طلاق را نیز لازم مى داند ولى خود ايشان اظهار نظر نمى كند. صاحب حدائق الناضرة نیز در ج 25، ص 560 توقف را ترجيح داده و اظهار نظر نمى كند هرچند كه آن را از عقود معاوضى محسوب مى كند.

41- حقوق مدنى، ج 5، ص 51.

42- همان منبع، ص 53.

43- همان منبع، ص 54.

44- همان منبع، ص 55.

45- محقق داماد، مصطفى، حقوق خانواده، چاپ دوم، صص 333 و 429.

46- همان منبع، ص 430.

47- كاتوزيان، ناصر، حقوق خانواده، ج 1، ص 452 و 453، چاپ سوم، سال 71.

48- وسايل الشيعه، ج 15، كتاب خلع، باب 1.

49- وسايل الشيعه، كتاب خلع، باب 1، ح 9-1.

50- همان، باب 3، ح 2، 3، 4، 8، 9 و 10.

51- همان، باب 3، ح 1 و 5.

52- همان، روايات باب 1 و 3.

53- جواهر الكلام، ج 33، ص 7-6؛ حدائق الناضرة، ج 25، ص 566 و 586؛ المقنع شيخ صدوق، ص 29، جوامع

الفقهیه; سید مرتضی، المسایل الناصریات، ص 250 از جوامع الفقهیه; شیخ مفید، مقنعه، ص 81، ضمیمه جوامع الفقهیه; فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج 2، ص 322; عبدالله مامقانی، مناهج المتقین، ص 393، چاپ قدیم.

54- حلبی از امام صادق علیه السلام : «عدة المختلعه عدة المطلقة و خلعهها طلاقها من غیر ان یسمى طلاقا»; وسایل، ج 15، کتاب خلع، باب 3، ح 4 و باب 10، ح 1.

55- ابی بصیر از امام صادق علیه السلام : «عدة المختلعه مثل عدة المطلقة و خلعهها طلاقها»; همان، باب 10، ح 3.

56- ص 81، ضمیمه جوامع الفقهیه.

57- المقنعه، ص 21 از جوامع الفقهیه.

58- المسائل الناصریات، ص 250 از جوامع الفقهیه : «...الخلع فرقة بائه و لیست کل فرقه طلاقا...ان الخلع اذا تجرد عن لفظ الطلاق بانت به المرأة و جرى مجرى الطلاق فی انه ینقص عن عدد الطلاق...».

59- شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناصرة، ج 25، ص 564، 565، 585، 586، 590، 558 و 560.

60- فتاوی ابن جنید، ص 270، چاپ جامعه مدرسین سال 1416 به همت شیخ علی پناه اشتهااردی و شیخ طوسی نیز در مبسوط، ص 266 از سلسله الینابیع الفقهیه می گوید : «لانه عقد معاوضة كالبيع».

61- وسایل الشیعه، ج 15، کتاب خلع، باب 1، ح 4 و 7، باب 3، ح 4; اصول کافی، ج 6، ص 142، ح 9.