

## فهرست مطالب

بازتبیین کراهت شدید در خلع.....	۵
ماهیت حضانت و آثار فقهی و حقوقی آن.....	۲۶
خلع در آراء فقها و قانون مدنی ایران.....	۴۶
بررسی طلاق خلع و طلاق ناشی از عسر و حرج زوجه در نظام حقوقی ایران.....	۶۰
بررسی محدوده جواز عضل در فرض خیانت زوجه و آن بر ایجاد طلاق خلع.....	۷۷
ملاک لاضرر در عیوب مجوز فسخ نکاح.....	۹۳
بررسی شرطیت صلاحیت اخلاقی برای استحقاق حضانت.....	۱۰۵
معاطات در طلاق.....	۱۱۹
حضانت، ولایت و قیمومیت(شرایط و حدود اختیارات).....	۱۳۲
تاثیر تغییر جنسیت در انفساخ نکاح در نظام فقهی و حقوقی جمهوری اسلامی ایران.....	۱۴۸
رویه قضائی در طلاق به درخواست زوجه ناشی از عسر و حرج.....	۱۶۳
رای حکمین به طلاق با رویکرد به حدود اختیارات حکمین.....	۱۷۱



## بازتبیین کراهت شدید در خلع

فاطمه اصغر

### چکیده

طلاق ایقاعی است، که به موجب آن زوج یا نماینده وی می‌تواند زنی را که در عقد دائم وی است طلاق دهد. اما این قاعده کلی منافاتی با برخورداری زن از حقوقی در حوزه طلاق و رهایی خود از زندگی سخت و طاقت فرسا ندارد. اسلام برای جلوگیری از ظلم و اجحاف به زوجه راهکارهایی برای طلاق به درخواست وی قرار داده است. از جمله این راه‌ها، طلاق خلع است. یکی از مسائلی که ذهن هر محقق را مشغول می‌نماید، این است که همان طور که ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی تصریح کرده، آیا ملاک اصلی طلاق خلع، کراهت زن نسبت به شوهر خود است؟ آیا می‌توان طلاقی را فرض نمود که زوجه صرفاً با بذل فدیة و بدون هیچ گونه کراهتی بتواند درخواست طلاق از همسرش بنماید؟ شدت تحقق کراهت در طلاق خلع چه میزان می‌باشد؟ نظر فقها در ارتباط با ضرورت وجود قید اکراه زوجه در طلاق خلع چه می‌باشد؟ ادله ی قائلین به عدم مشروعیت طلاق به عوض چیست؟ روش گردآوری اطلاعات در این پژوهش اسنادی- کتابخانه ای و نوع تحقیق توصیفی - تحلیلی می‌باشد. طبق اتفاق نظر فقهای شیعه و عامه، اگر زن نسبت به همسرش دچار کراهت شدید شود حق دارد با دادن مال و فدیة، از شوهرش تقاضای طلاق بنماید. اگر چه در میزان تحقق کراهت اختلاف نظر است؛ عده از فقها صرف تحقق اکراه را کافی می‌دانند و برخی قائل به تحقق اکراهی هستند که نتیجه آن نقض حدود الهی و معصیت الهی است. همچنین در ارتباط با موضوع ضرورت وجود قید کراهت و یا عدم ضرورت آن بین فقها اختلاف نظر است؛ نظر مشهور فقهاء که مبتنی بر آیات قرآنی و اخبار و ادله روایی می‌باشد، قول به عدم صحت طلاق به عوض است.

کلید واژگان: طلاق خلع، کراهت، طلاق به عوض

## مقدمه

تشکیل خانواده در احکام اسلامی بسیار مورد تاکید قرار گرفته و در مقاطع گوناگونی، ائمه بزرگوار(ع)، مسلمانان را به امر ازدواج تشویق نموده اند؛ اسلام، بنای ازدواج را مهم ترین بنا می‌داند و تحکیم آن را مایه آرامش زن و شوهر بیان می‌دارد. دلیل حساسیت شارع نسبت به امر فروپاشی خانواده، اجازه انحلال عقد نکاح را جز در موارد معدود و معین نمی‌پذیرد. فلذا مواردی هم پیش می‌آید که گاهی ادامه زندگی زوجینی به دلایلی بین زن و شوهر غیر ممکن و طاقت فرسا می‌شود به نحوی که هدف ازدواج یعنی همان تحقق مقوله آرامش در زندگی آنها کمرنگ و معدوم می‌گردد؛ در صورت تحقق چنین حالتی طلاق ضرورت پیدا میکند و اگر در این موقعیت مبادرت به طلاق نکنند چه بسا مشکلات سخت تر و ناراحتی‌های روحی و نگرانی‌های شدیدی را به دنبال داشته باشد. بنا بر فقه و به تبع آن قانون مدنی، طلاق علی القاعده به دست مرد است؛ اما این به معنای ضایع شدن حق زن در طلاق در طلاق نمی‌باشد. و زوجه هم قادر است با برخورداری از نهایت کرامت، از همسرش طلاق بگیرد. اسلام برای رهایی زن از زندگی با همسر ناشایسته راهکار طلاق خلع را وضع نموده است.

طلاق‌های خلع و مبارات از اقسام طلاق هستند که در مقابل عوض انجام می‌شود به این صورت که در طلاق خلع زوجه به دلیل کراهتی که نسبت به زوج دارد مالی را در ازای طلاق به شوهر می‌پردازد. درباره جواز و مشروعیت طلاق خلع در بین فقها هیچ اختلاف نظری وجود ندارد. اما در ارتباط با طلاق به عوض اتفاق نظری در بین آراء مشاهده نمی‌شود. طلاق به عوض یا طلاق فدییه شکل خاصی از اقسام طلاق است که زوجه در برابر پرداخت مال یا فدییه از شوهر خود تقاضای اجرای صیغه طلاق و رهایی خود را می‌نماید. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است آیا وجود کراهت در تحقق طلاق خلع ضرورت دارد؟ آیا زن می‌تواند بدون هیچ انزجار و تنفیری از همسرش اقدام به بذل فدییه در عوض طلاق نماید؟ در این پژوهش به این مطالب خواهیم پرداخت.

## ۱. مفهوم شناسی

پیش از ورود به مبحث طلاق خلع و تبیین کراهت موجود در این نوع طلاق، لازم است به بررسی واژگان مورد نیاز بپردازیم.

### ۱-۱. خلع

خلع در واژه شناسی به ضم خاء و سکون لام، اسم مصدر از خلع به فتح خاء مصدر گرفته شده است. خَلَع به معنی کندن و بیرون آوردن لباس از تن است. در ابن منظور در لسان العرب می‌گوید: خلع

دابه یعنی حیوان چهارپا را برای چریدن رها کرد. ( ابن منظور، ۴۱۲ ق، ج ۸، ص ۷۶) در القاموس، خلع به معنای نزع آمده است و نزع در لغت به معنای کندن و خلع یعنی طلاق زن به بذل از طرف خودش یا از طرف غیر خود، مخالفه و تخالع است. جناب آقای جعفری لنگرودی خلع را به معنای جدا شدن زوجه از زوج در ازای مالی که فدیة نامند، آورده است. ( علایی نوین، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲ و ۱۲۱) در مجمع البحرین آمده که خلع، کنایه از درآوردن و کندن لباس است؛ چرا که مطابق آیه ۱۸۷ سوره بقره، هر یک از زوجین برای دیگری لباس است. (طریحی، بی تا، ج ۴، ص ۳۲۳؛ طالب احمدی، ۱۳۹۱، ص ۵)

### ۲-۱. طلاق به عوض

طلاق به عوض یا طلاق فدیة شکل خاصی از اقسام طلاق است که زن در برابر پرداخت عوض از شوهر خود تقاضای انشاء طلاق و رهایی خود را می‌نماید. طلاق به عوض یا طلاق فدیة به مانند خلع و مبارات از جمله طلاق هایی است که در مقابل پرداخت مال از جانب زن واقع می‌شود با این تفاوت که در طلاق خلع وجود کراهت از طرف زن و در مبارات لزوم کراهت طرفینی شرط است. اما، در طلاق به عوض، زن تحت شرایط خاص می‌تواند بدون وجود کراهت در برابر پرداخت فدیة یا مال، از شوهر خود تقاضای طلاق و رهایی از قید زوجیت را بنماید. ( مافی و فرزائگان و ظهوری، ۱۳۹۷، ص ۴۴۷ و ۴۴۸)

### ۳-۱. کراهت

کراهت، حالتی نفسانی در شخص است که به صورت ملکه در آمده و حاکی از انزجار و نفرت از شخص یا چیزی است. به عبارت دیگر، کراهت، عبارت است از هیئتی که در شخص، ثابت و راسخ باشد و زوال آن هیئت از جایگاه خود دشوار و گاه محال باشد. این حالت نفسانی ممکن است به علل مختلف در زوجه حادث شود. این اسباب و علل، ابتدا حرجی در زندگی زوجه ایجاد می‌کند. این حرج میتواند بعد از مدتی تبدیل به کیفیتی نفسانی شود که بدان کراهت گویند. ( ایزدی فرد و کاویار و دینانی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۸)

### ۲. طلاق خلع

#### ۲-۱. ماهیت طلاق خلع

خلع در معنای اصطلاحی یعنی از بین بردن عقد نکاح با دادن فدیة ( بذل مال ) از جانب زن، به نحوی که کراهت و انزجار فقط از طرف زوجه محقق شود، نه از جانب مرد. ( الموسوی‌الخمینی،

۱۳۹۰، ج ۲، ص ۳۵۳؛ فاضل هندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۵۲؛ نجفی، بی تا، ج ۳۳، ص ۲) حقوق دانان اسلامی نیز می‌گویند که خلع بر وزن صلح به معنای رها ساختن زوجه در مقابل بذل مال است و مبتنی بر دو عنصر است: اول کراهت داشتن زن از شوهر، دوم بذل مالی از جانب زوجه به زوج در برابر محقق شدن طلاق که آن را فدیة گویند. (علایی نوین، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲ و ۱۲۱؛ جمال الدین زنجانی، ۱۳۹۴، ص ۹۴)

طلاق خلع و مبارات یکی از راهکارهایی است که چنانچه زوجه گرفتار شوهر نالایقی قرار گرفت، می‌تواند طلاق بگیرد. این دو نوع طلاق به‌گونه‌ای است که اگر زن از زندگی زناشویی ناراضی است برای رهایی خود از قید ازدواج با دادن مالی به شوهر رضایت او را برای دادن طلاق جلب می‌کند. معمولاً در طلاق خلع، زن به قول معروف مهرش را حلال و جانش را آزاد می‌نماید. (مجیدی و خوش‌آهنگ، ۱۳۹۲، ص ۴۰) که می‌توان این دو نوع طلاق را نوعی طلاق با توافق زوجین دانست. در این دو نوع طلاق تا زمانی که زن به بخششی که به مرد کرده رجوع نکند طلاق بائن محسوب می‌شود، و اگر رجوع نماید رجعی می‌شود، بدین معنا که مرد نیز حق دارد در زمان عده به زن رجوع کند و چون در این دو نوع طلاق عده وجود دارد، زن نمی‌تواند بلافاصله با مرد دیگری ازدواج کند. ولی وجود عده به آن معنا نیست که مرد بتواند به اختیار خود هر وقت که خواست در طول عده رجوع کند. (شهید اول، بی تا، ص ۱۸۰؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۵۸۸؛ نجفی، بی تا، ج ۳۲، ص ۱۲۱)

## ۲-۲. دیدگاه فقها در ارتباط با طلاق خلع

راوندی در فقه القرآن می‌گوید خلع و مبارات هر دو در کیفیت طلاق اثر گذار هستند؛ پس هر یک از آن دو هنگامی که با طلاق همراه شود، جدایی به صورت طلاق بائن صورت می‌گیرد. اما خلع فقط از طرف زن واقع می‌شود و هنگامی که زن به شوهرش به گوید اگر مرا طلاق ندهی فردی را در بستر می‌آورم که از او متنفر هستی خلع واجب می‌شود؛ لذا چنانچه مرد این سخن را شنید یا از حال زن این موضوع را متوجه شد بر مرد رهاسازی زن واجب می‌شود و خداوند در قرآن خلع را افتداء نامیده است. (راوندی، بی تا، ج ۲، ص ۱۹۳ و ۱۹۴) امام خمینی قائل هستند که خلع عبارت است از طلاق به وسیله فدیة ای که زن به شوهر خود می‌دهد در حالی که از او تنفر دارد. خلع نوعی از طلاق است که در آن تمام شرایط صحت طلاق لازم است و علاوه بر آن‌ها شرط است که فقط زن از شوهر خود تنفر داشته باشد در حالی که مرد همچنان به ادامه زندگی راضی است.

(موسوی الخمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۳۵۳؛ آتشی و شفیعی فینی، ۱۳۹۹، ص ۲)

آیت الله مکارم شیرازی می‌فرماید: زنی که رضایت ندارد با شوهرش زندگی کند و بیم آن می‌رود که

ادامه همسری آنها باعث گناه شود می‌تواند مهریه خود را یا مال دیگری را به او ببخشد که طلاقش دهد. این را طلاق خلع می‌گویند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق، جلد ۱ صفحه ۴۱۲) ابن بابویه در فقه الرضامی نویسد: خلع محقق نمی‌شود مگر از جانب زن و عبارت از این است که زن به شوهر خود بگوید من هیچ سوگندی با تو پایبند نیستم و مطیع امر تو نیستم و بر فراش تو کسی را می‌آورم که از او کراهت داری. هنگامی که اینها را گفت برای شوهر او حلال می‌شود آنچه از او می‌گیرد اگر چه از مهریه افزون تر باشد. جدایی حاصل می‌شود و پس از انقضاء عده زن بر سایرین حلال می‌گردد و زوج هم از همان لحظه می‌تواند خواهر زنش را به ازدواج خود درآورد. (ابن بابویه، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۲۴۴) ابو صلاح حلبی اعتقاد دارد، خلع آن است که زوجه از شوهرش کراهت دارد ولی وی راغب اوست و زوجه از او دعوت می‌کند که وی را رها کند. پس مرد مختار است که خواسته زن را بپذیرد و یا امتناع نماید تا وقتی که زن به او بگوید اگر مرا رها نسازی از امر خدا در مورد تو نافرمانی می‌کنم و در حفظ نفس خود بر تو اطاعت خدا را نمی‌کنم و در بستر تو غیر تو را قرار می‌دهد، لذا برای مرد حلال نیست که زن را نگه دارد و مرد می‌تواند چند برابر آنچه را که به زن داده از وی دریافت کند. (ابو صلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۳۰۷ و ۳۰۸) شیخ طوسی در المبسوط خلع را توافق بین زوجین دانسته که کراهتی هم از یکدیگر ندارند. (شیخ طوسی، بی تا، ج ۴، ص ۳۷۴) با توجه به نظرات فقها دو ملاک مهم در طلاق خلع وجود دارد: اول، تنفر و کراهتی که زوجه از زوج خویش دارد، طوری که ادامه زندگی را برای او و شاید برای طرفین مشکل ساخته و منجر به نافرمانی و معصیت و بی توجهی به مسئولیت شرعی و قانونی و احساسات و عواطف انسانی می‌شود. دوم، بخشیدن مالی توسط زن به همسرش تا او را از قید زوجیت رها کند به نحوی که در زمان عده حق رجوع نداشته باشد. (علوی، سید محمدتقی و اشرفی، مهدی، ۱۳۹۷، ص ۸۲)

### ۲-۳. طلاق خلع در حقوق

از جمله طلاق‌های بائنی که در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی إحصاء شده است، طلاق خلع و مبارات است. (فرزانگان و ظهوری و حسینی مقدم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۲) قانون مدنی در تعریف خلع مشابه تعریف فقهای امامیه می‌گوید: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق می‌گیرد اما از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد.» (قانون مدنی، ماده ۱۱۴۶)

ماهیت طلاق خلع، ایقاعی است که به اراده و تصمیم شوهر واقع می‌گردد و بذل مال از ناحیه زوجه، داعی و انگیزه این اراده است و در ساختمان حقوقی طلاق، شریک نمی‌باشد. (نجفی، بی تا، ج ۳۳، ص ۱۷) بر این اساس، اراده طرفین به صورت ایجاب و قبول دخالت دارد یعنی یا زوجه

پیشنهاد رهایی خویش را در مقابل پرداخت مالی میکند و زوج او را قبول مینماید، یا بر عکس، زوج پیشنهاد جدایی با پرداخت مال معینی را مینماید و زوجه قبول میکند. حتی بسیاری تصریح کرده‌اند که ایجاب و قبول مانند سایر قراردادها باید توالی عرفی داشته باشد و الا تحقق نمییابد. در واقع، دو عمل حقوقی جداگانه ولی مربوط به هم پدید می‌یابد. به بیان دیگر، خلع مرکب از دو عمل حقوقی است: اول قرارداد بین زوجین مبنی بر آن که زوجه به دلیل کراهتی که از زوج خود دارد، مالی را که از مهریه کمتر یا بیشتر یا معادل آن است، به زوج می‌بخشد و در مقابل زوج قبول میکند که او را طلاق گوید به نحوی که قابل رجوع نباشد. (علوی و اشرفی، ۱۳۹۷، ص ۸۸ و ۸۹) به همین جهت، بطلان بذل، در هیچ حالتی، سبب بطلان طلاق نمی‌شود، همانطور که در قانون مدنی آمده است در صورت رجوع زن به بذل، طلاق باطل نمی‌شود و فقط ماهیت آن به طلاق رجعی تبدیل خواهد شد. (قانون مدنی، ماده ۱۱۴۵، بند ۳) بنابراین، منحل نشدن طلاق خلع در اثر رجوع به بذل، یکی از دلایل معاوضی نبودن این طلاق است؛ زیرا مقتضای معاوضه این است که از بین بردن یکی از دو عوض، تعهد مقابل را نیز منتفی کند. (ایزدی فرد و کاویار و دیانی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۷)

فلذا در حقوق هم مانند فقه، قانون مدنی تصریح می‌کند، طلاق خلع مبتنی بر دو عامل و عنصر می‌باشد؛ یکی کراهت زوجه از زوج و دیگری دادن مالی از سوی زن به مرد در مقابل انجام طلاق که به آن، فدییه و یا فداء اطلاق می‌گردد. (مجیدی و خوش‌آهنگ، ۱۳۹۲، ص ۴۰)

## ۲-۴. آثار طلاق خلع

طلاق خلع از اقسام طلاق‌های بائن می‌باشد (طباطبایی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۱، ص ۱۷۴) فلذا چنانچه صحیح واقع شود رابطه زوجیت قطع می‌شود و زوج نماید، اما زوجه تا زمانی که در عده است قادر است به بذلی که کرده است، رجوع نماید و در صورت رجوع زن، مرد چنانچه بخواهد می‌تواند رجوع نماید. در این حکم نه تنها میان فقهای امامیه اختلاف وجود ندارد. بلکه این مسئله مورد اجماع و اتفاق آنها است. همچنین روایات زیادی تاکید کننده این مطلب است. از جمله از امام صادق (ع) که فرموده‌اند: خلع و مبارات طلاق بائن هستند. روایت دیگری از امام صادق (ع) است که فرموده اند: در طلاق خلع، مرد حق رجوع ندارد.

زن مختلعه در صورتی که یائسه باشد و غیر مدخوله نباشد ملزم است که عده نگه دارد و عده او از زمانی آغاز می‌شود که خلع محقق می‌شود. در طلاق خلع، حاکم مرد را به دادن طلاق الزام نمی‌کند بلکه زوج در مقابل بذلی که از زوجه می‌گیرد او را طلاق می‌دهد، اما در طلاق قضایی موجباتی برای درخواست زوجه مقرر شده است که مبتنی بر فقه اسلامی است و در این موارد در



حقیقت زوجه به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق می‌کند و در صورتی که برای محکمه احراز شود ادامهٔ زندگانی زناشویی موجب سختی و عسر و حرج زن خواهد بود، حاکم می‌تواند برای جلوگیری از عسر و حرج، مرد را ملزم به اجرای صیغه طلاق کند و در صورت محقق نشدن به اذن حاکم شرع، زوجه طلاق داده می‌شود. بنابراین نقطهٔ مشترک میان طلاق خلع و طلاق قضایی صرفاً درخواست زوجه مبنی بر طلاق است. (علایی نوین، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲)

### ۳. طلاق به عوض

در فقه، طلاق، ایقاعی است در اختیار مرد و در این میان مواردی وجود دارد که این طلاق به علت وجود کراهت بر اساس توافق زوجین و به صورت خلع و مبارات محقق می‌شود. میان فقهاء و به تبع آنان، در بین عالمان علم حقوق اختلاف عقیده وجود دارد که آیا ممکن است بدون وجود هیچ‌گونه کراهتی و در سازگاری اخلاقی و توافق زوجین، در قبال پرداخت عوض از ناحیه زوجه، طلاق واقع گردد یا خیر؟ که به این نوع طلاق، عنوان طلاق به عوض یا طلاق فدیة ای داده اند. (فرزانگان و ظهوری و حسینی مقدم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۰)

قاعدتا در زمانی که زن مالی را در ازای آزادی خود از قید زوجیت پرداخت می‌کند، که زن نسبت به شوهرش تنفر و کراهت دارد و یا اینکه طرفین در زندگی مشترک دارای انزجاری دو سویه هستند. اما، گاهی پیش می‌آید که زن و شوهر در عین تفاهم اخلاقی و عدم وجود کراهت، تصمیم به طلاق می‌گیرند. برای مثال، در برخی موارد ممکن است مرد به علت مسائل شغلی و یا به علل دیگر در شهر یا کشوری غیر از شهر یا کشور زن زندگی کند و زن به علت وابستگی شدید به خانواده خود در عین سازگاری اخلاقی، در مقابل بخشیدن مهریه، طلاق خود را از شوهر درخواست نماید. (مافی و فرزنانگان و ظهوری، ۱۳۹۷، ص ۴۴۹)

#### ۳-۱. ماهیت عوض

هر چیزی که بتوان آن را مهر قرار داد (اعم از مال معلوم، منافع، تعلیم و غیر آن)، می‌توان عوض طلاق خلع قرار داد. مقدار این عوض هیچ خصوصیتی در طلاق خلع ندارد، بنابراین می‌تواند بیش از آن چیزی باشد که به عنوان مهر یا غیر آن از طرف زوج به زوجه رسیده است؛ زیرا در خلع، کراهت تنها از جانب زن است، بنابراین، بر ضرر زن حداکثر و سقفی برای عوض تعیین نشده است. (ایزدی فرد و کاپوار و دیانی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۸)

### ۲-۳. دیدگاه فقها در ارتباط با طلاق به عوض

همان طور که پیش از این بدان اشاره شد، از نظر تاریخی، آنچه بدون هیچ گونه اختلافی از ناحیه فقهای عامه و خاصه مورد پذیرش قرار گرفته و در اصل آن اختلاف نظری نیست، امکان تحقق طلاق در مقابل عوض در صورت وجود تنفر و کراهت میان زوجین به دو شکل طلاق خلع و مبارات است؛ بدین نحو که عنصر کراهت، رکن و شرط لازم برای تحقق این دو نوع از طلاق است. به گفته اکثر فقها این اجماع عقیده و عدم اختلاف تا زمان شهید ثانی بوده و اول شخصی که فرض امکان وقوع طلاق در مقابل عوض بدون وجود هرگونه کراهتی میان زوجین را مطرح نموده، شهید ثانی در کتاب شرح لمعه و مسالک بوده است. (فرزانگان و ظهوری و حسینی مقدم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۰) و از آن پس برخی دیگر از فقها به تبع ایشان این موضوع را مطرح کردند و از مشروعیت این نوع طلاق سخن گفتند. (خوانساری، بی تا، ص ۴۲۰)

#### ۳-۲-۱. قائلین به مشروعیت و صحت طلاق به عوض

در بین فقهاء شهید ثانی و فخرالمحققین این نوع طلاق را صحیح می دانند. از بین فقهای معاصر میرزای قمی در این مورد به تفصیل اظهار نظر کرده و می نویسد: گرچه مدت ۴۰ سال معتقد به بطلان طلاق معوض بوده ولی با دقت نظر در مبانی فقهی مسئله، جواز آن را پذیرفته است. (آتشی و شفیع فینی، ۱۳۹۹، ص ۵-۷)

این دسته از فقهاء، خلع را در حالت تفاهم اخلاقی و بدون تنفر صحیح نمی دانند و قائلند که دریافت فدیة در این حالت بر مرد حرام می باشد و طلاق محقق شده نیز به شکل رجعی واقع می گردد.

این گروه از فقها که قائل به صحیح بودن طلاق به عوض می باشند قائلند که آنچه در این آیه و روایات مجوز اخذ فدیة واقع شده تنها نقض حدود الهی است و نه انزجار، در حالی که نقض حدود الهی هم ممکن است به واسطه وجود کراهت زوجه نسبت به زوج واقع شود و هم بدون آن. اما از آنجا که این دو اصولاً در کنار هم مطرح می شوند گمان شده که در صورت عدم وجود کراهت اخذ فدیة حرام است. (مافی و فرزانگان و ظهوری، ۱۳۹۷، ص ۴۴۹)

برای نمونه، شهید ثانی با نگاه غیریت می نویسد: «با اینکه خلع و طالق به عوض در برخی موارد مشترک اند، اما تفاوت هایی نیز با هم دارند به اینکه خلع، اختصاص به فرض کراهت زوجه دارد؛ همانگونه که طلاق مبارات به کراهت هر دو زوج و زوجه مختص است، برخلاف طلاق به عوض که هیچ یک از این موارد، در آن شرط نمی باشد.» ایشان در کتاب الروضة البهیه نیز می گویند: «اگر زوج با طلاق به عوض، همسرش را طلاق دهد و بگوید: (نت طالق علی کذا)، چنین طلاقی از

لفظ خلع بی نیاز است، گرچه به لحاظ شرعی فایده آن را دارد. همچنین، نیازی به آن شرایط معتبر در طالق خلع، یعنی وجود کراهت از جانب زوجه ندارد، چرا که چنین طالقی، طالق به عوض است نه خلع.» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۹۰) ایشان را می‌توان اولین فقیهی دانست که حکم به غیریت و دوگانگی طلاق خلع و طلاق به عوض، داده و طلاق به عوض را نیز صحیح دانسته است. (مرتاضی و حاجی حسینی، و صفرخانی، ۱۳۹۶، ص ۱۷۲)

فخرالمحققین و سیوری در توضیح تعریف علامه از خلع به (إزالة قيد النكاح بفدية)، می‌نویسند: «مراد علامه قید (بفدیة)، فدیة و عوضی است که لازم ماهیت آن طلاق می‌باشد و هدف از آوردن این قید، آن بوده که طلاق به عوض، از این تعریف خارج گردد.» فلذا، ایشان طلاق خلع را غیر از طلاق به عوض و در عرض و عدل همدیگر، دانسته.

بنابر آنچه بیان شد، طبق نظر این دسته از فقهاء که طلاق به عوض، تحت عمومات و اطلاقات اولیه قرار گرفته و در نتیجه، صحیح و دارای اثر حقوقی می‌باشد. (مرتاضی و حاجی حسینی، و صفرخانی، ۱۳۹۶، ص ۱۷۳)

### ۳-۲-۲. نظریه مخالفان دوگانگی طلاق به عوض و طلاق خلع

در برابر این دسته، سایر فقها معتقدند که طلاق معوض صحیح و مشروع نمی‌باشد. از جمع این فقیهان، فاضل هندی، صاحب مدارک، صاحب جواهر و صاحب حدائق، هستند. هم چنین صاحب حدائق این نظریه را از جمله بی پایه ترین توهمات نام برده است. طبق نظر این دسته از فقها در صورتی که طلاق فاقد ملاک کراهت زوجه باشد، به صورت رجعی واقع شده و زوج مالک مال نمی‌شود.

### ۳-۲-۱. دلایل مخالفین مشروعیت طلاق معوض

(الف) آیات

در سوره بقره، خداوند متعال می‌فرماید: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (بقره، آیه ۲۲۹)

طبق این آیه اخذ هرگونه عوض مالی یعنی فدیة از زن حرام دانسته شده است و اخذ بذل تنها در صورت ترس عدم اجرای احکام از طرف زوجه، مباح و جایز می‌باشد به این ترتیب گرفتن فدیة از زوجه تنها در خلع و مبارات جایز بوده و در غیر آنها اخذ فدیة از زن تحت هر عنوان مجاز و شرعی نیست. (آتشی و شفیعی فینی، ۱۳۹۹، ص ۵) بنابراین در جایی که اخلاق زوجین سازگار بوده و

کراهتی در میان نباشد، حدود الله نقض نخواهد شد و اخذ فدیة هم حلال نخواهد بود و لذا طلاق بائن نخواهد بود. (جعفری‌هرندی، محمد، ۱۳۹۱، ص ۴۳؛ فرزنانگان و ظهوری و حسینی مقدم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۴)

شیخ طوسی نیز در کتاب خلاف به این امر تصریح کرده که اگر چنانچه بین زوجین مسالمت آمیز بوده و با همدیگر، خوش اخلاق باشند اما زن بخواهد با دادن چیزی به عنوان عوض، طلاق خلع بگیرد، در این صورت، چیزی از عوض حلال نخواهد بود. چرا که اجماع فقها به عدم حلیت آن است چون شرایط و خصوصیات طلاق خلع در آن مراعات نشده است و آن شرط عبارت است از عدم خوش رفتاری در زوجه و وجود نوعی کراهت و نفرت نسبت به شوهرش. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۴۲۱)

### ب) اخبار

عده‌ای از روایات گرفتن فدیة و عوض از زوجه در غیر موارد ترس از نشوز و گناه را صحیح نمی‌دانند. همانند صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام نقل نموده است: هرگاه زن به شوهرش بگوید من امر تو را اطاعت نمی‌کنم. چه آن را تفسیر کند یا نکند، آنچه را که مرد از او می‌گیرد حلال است. برخی دیگر نیز به مقتضای مفهوم شرط، اخذ مال از زوجه به عنوان فطریه را در غیر مورد حدیث حلال نمی‌دانند. (آتشی و شفیعی فینی، ۱۳۹۹، ص ۷۶؛ فرزنانگان و ظهوری و حسینی مقدم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۶)

### ج) اجماع

در مورد عدم صحت طلاق معوض ادعای اجماع شده است. صاحب ریاض در این باره می‌نویسد: «اگر مرد در حالی که نفرت و کراهتی در بین نباشد، همسرش را طلاق خلع دهد، بدیهی است که خلع منجر به جدایی، صحیح نخواهد بود؛ زیرا کراهت که به اجماع و روایات مستفیض، شرط آن است، در فرض مذکور، وجود ندارد، افزون بر این، در خصوص خود همین مسئله یعنی عدم صحت خلع در فرض فقدان کراهت، اجماع وجود دارد. از فروعات این حکم، آن است که مرد، مالک آن فدیة و عوض نمی‌شود. دلیل آن افزون بر اجماع، این است که مالکیت آن، مشروط به صحت خلع است که آن هم مشروط به وجود کراهت در زوجه است در حالی که در فرض مذکور، چنین شرطی وجود ندارد.

مرحوم طبرسی نیز بر این امر ادعای اجماع کرده و می‌آورند: اگر با نبود کراهت، قصد طلاق خلع نمایند به دلالت اجماع فرقه، این نوع خلع جایز نمی‌باشد مگر اینکه زوجه با جملاتی کراهت خود را نمایان کند اما در طلاق با اخلاق ملائمه، چنین چیزی وجود ندارد. (مرتاضی و حاجی حسینی،

و صفرخانی، ۱۳۹۶، ص ۱۹۰)

#### د) نظرات فقهاء

از فقهای متقدم و متاخر، هیچ کدام از نوع دیگری طلاق به عوض، غیر از خلع و مبارات، سخن نگفتند. (آتشی و شفيعی فینی، ۱۳۹۹، ص ۷)

کلمه فقها در این باب به طور متفق واضح و منسجم بر این قرار گرفته که طلاق خود تنها در صورت کراهت ممکن است و در غیر وجود کراهت مورد نفرین قرار خواهد گرفت و نقص هدیه حلال خواهد بود. (فرزانگان و ظهوری و حسینی مقدم، ۱۴۰۰، ص ۲۳۴)

#### ۳-۳. طلاق به عوض در حقوق

بررسی حقوقی طلاق به عوض هر چند در محاکم طلاق در قبال پرداخت عوض بسیار رایج است، اما حقوق دانان چندان به آن توجهی نکرده اند و با اشاره ای جزئی به این نوع از طلاق و اختلافی بودن صحت یا عدم صحت آن در فقه، از کنار آن عبور کرده اند. به همین دلیل است، که جناب محقق داماد می گویند عمدتاً با توجه به نظر مشهور فقیهان این نوع طلاق مشروع نمی باشد و آن را در نظام حقوقی فعلی صحیح نمی دانند. (مافی و فرزانگان و ظهوری، ۱۳۹۷، ص ۴۵۳)

#### ۴. کراهت در طلاق خلع

همانگونه که در متن ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی تصریح شده، ملاک اصلی طلاق خلع، کراهت زن نسبت به شوهر خود است. در طلاق خلع بایستی کراهت صرفاً از ناحیه زن باشد نه از ناحیه مرد و یاهر دو و همچنین کراهت زن بایستی از شوهر باشد. بنابراین کراهت والدین زن یا کسان و بستگان او معتبر نمی باشد. همانطور که تنفر زن نسبت به غیر زوج از قبیل والدین و برادر و خواهر وی موجب خلعی بودن طلاق نخواهد بود. کراهت محجور نیز اعتبار ندارد و ولی محجور (زوجه) حق طلاق خلع و مبارات وی را ندارد. و اما اینکه منشاء کراهت زوجه، خصوصیات ذاتی مرد باشد مانند زشتی قیافه یا گفتار و رفتار وی و یا صفات عارضی وی نظیر ازدواج مجدد وی و یا ارتکاب جرم و امثال آن تأثیری ندارد. معذک چنانچه مردی به قصد مطلقه نمودن همسرش، او را مورد آزار و اذیت جسمی و روحی قرار دهد، تا زن با گفتن عبارت معروف «مهرم حلال و جانم آزاد» مهریه اش را به او بذل کند و مرد نیز او را طلاق دهد، چنین فدیة ای معتبر نمی باشد و چنانچه طلاق با این شرایط جاری شود، رجعی خواهد بود. (پاشازاده، ۱۳۸۸، ص ۱۳ و ۱۵)

## ۴-۱. میزان شدت و کیفیت کراهت در طلاق خلع

همان طور که تصریح کردیم، کراهت زوجه از زوج از شرایط لازم برای تحقق خلع می باشد. گاهی زن تنفر شدیدی نسبت به مرد دارد، به طوری که به مرد می گوید من دیگر تو را اطاعت نمی کنم و حتی پارا فراتر نهاده و به حالت تهدید می گوید با شخص دیگری هستم. به عبارت دیگر زن یا تهدید به معصیت می کند و یا تهدید به ترک واجبی در رابطه با آنچه که باید برای شوهرش انجام دهد، می نماید. گاهی نیز کراهت و عدم رضایتمندی خویش را از اخلاق یا قیافه زوج ابراز می دارد و هیچ کلامی که بوی معصیت و گناه از آن استشمام شود، بر زبان جاری نمی کند. (مجیدی و خوش آهنگ، ۱۳۹۲، ص ۴۳) با این توضیحات، کراهت مدنظر در طلاق خلع باید در چه میزانی باشد؟

عده ای از فقهاء از جمله امام خمینی معتقدند که شدت کراهت زوجه باید به حدی باشد که با توجه به قول و فعل وی این بیم رود که خروج از طاعت زوج (نشوز) و ورود به معاصی برایش هموار شود. (ایزدی فرد و کاویار و دیانی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۸) یعنی چنانچه کراهت زن از شوهر خویش به حدی باشد که وی صراحتاً یا تلویحاً به شوهر خود بگوید که اگر مرا طلاق ندهی به هیچ وجه اوامر تو را اطاعت نخواهم کرد و حدی برای تو بر پا نخواهم کرد و به خاطر جنابت با تو غسل نخواهم کرد و از شدت کراهت به تو نزدیک نخواهم شد و مرد نیز به این وضعیت واقعی زن علم داشته باشد، بر مرد واجب است که او را طلاق خلعی دهد، زیرا که نهی از منکر واجب است و مقدمه آن یعنی خلع نیز واجب است. (پاشازاده، ۱۳۸۸، ص ۱۴)

عده ای دیگر از فقهاء از جمله صاحب جواهر بر این عقیده اند که خلع با صرف کراهت حاصل می شود و ضرورتی ندارد که حد فوق ثابت و محقق شود. قول اخیر اقوی به نظر می رسد و لذا در بیان ملاک کراهت ضرورتی ندارد که زوجه قول و فعلی جاری سازد. (ایزدی فرد و کاویار و دیانی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۸)

هم چنین فرقی در این نیست که کراهت ذاتی (مانند کراهت ناشی از قبح چهره زوج) باشد یا عرضی (مانند کراهت ناشی از اعتیاد به مواد مخدر) اگرچه اصل کراهت قلبی باید ناشی از نقصی باشد که به هویت جسمی و یا ذاتی زوج برگردد. مثلاً ناشی از قبح منظر، خست طبع، دنائت باطن، نداشتن احساسات قوی به طرف زن، سرد و بی روح بودن، یا فقر زوج باشد. اما اگر منشأ پیدایش کراهت در زن، خود زوج باشد، مثل ازدواج مجدد زوج، بعید است شرایط طلاق خلع را دارا باشد. پس از طرح و پیشنهاد طلاق خلع یا پذیرفتن آن، اماره بر این است که زن از شوهر کراهت دارد و اثبات خلاف این امر به عهده کسی است که بطلان خلع را ادعا میکند (ایزدی فرد و کاویار و دیانی، ۱۳۹۱، ص ۲۳۹)

## ۴-۲. نمونه رویه قضایی با موضوع کراهت در طلاق خلع

طلاق خلع و مبارات در دادگاه و رویه قضایی به طلاق توافقی شهرت دارد و بسیاری از دادگاه‌ها هیچ حساسیتی نشان نمی‌دهند. (جلالی، ۱۳۸۸، ص ۷۹)

طبق نمونه رای‌ی که در ادامه می‌آید، در دعوی طلاق خلع، زوجه می‌تواند صرفاً به کراهت خود نسبت به شوهر استناد کند و کراهت از ناحیه زوجه یک امر درونی است که نیاز به دلیل، مستندات و یا احراز عسر و حرج ندارد. بنابراین اگر زوجه تقاضای طلاق خلع با اعلام کراهت شدید نسبت به زوج طرح کند دادگاه نباید به موضوعات فرعی همچون عسر و حرج پرداخته و با عدم تحقق آن دعوی را رد کند.

بنا بر رای صادره از دادگاه عمومی خانواده ۲ تهران به شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۰۹۷۳ در خصوص دعوی خانم ن.ن. با وکالت آقای م.ش. به طرفیت آقای ح.خ. با وکالت آقای م.ک. به خواسته صدور حکم طلاق خلاصه اظهارات خواهان وکیل وی بدین شرح است که طرفین در تاریخ ۷/۶/۸۱ به عقد دائم یکدیگر درآمده‌اند و حاصل زندگی مشترک یک فرزند پسر ۱۰ ساله است که با پدر زندگی می‌کند مبنای ازدواج زوجین از ابتدا صحیح نبوده، به دلیل اینکه زوج بر اساس مفاد سند ازدواج و مدارک تقدیمی متأهل بودن خود در زمان ازدواج با موکله را به ایشان اطلاع نداده بوده است به طوری که مشخصاً در سند ازدواج شماره ۳۳۱۹ - ۷/۶/۸۱ صادره از دفتر ازدواج شماره ... تهران قید شده است زوج همسر دیگری ندارد ولیکن طبق مفاد دادنامه طلاق توافقی شماره ۲۱۲۶ - ۱۳/۸/۸۱ صادره از شعبه ۱۷۰۸ دادگاه عمومی تهران زوج بعداً در تاریخ فوق‌الذکر همسر اول خود را به طلاق خلعی با بذل کلیه حقوق مالی مطلقه نموده است، زوج در طول زندگی مشترک سوء رفتار و بهانه‌گیری نسبت به زوجه داشته به نحوی که بارها وی را از منزل مشترک اخراج می‌نموده ولی زوجه به لحاظ حفظ آبرو عدم اطلاع خانواده اش در منزل والدین زوج اقامت می‌نمود و در مواردی هم با وساطت بستگان اقدام به اسکان زوجه در منزل مشترک می‌شده است نهایتاً استمرار رفتارهای نامناسب و برخوردهای متکبرانه زوج با زوجه و توهین به بستگان زوجه موجبات کراهت شدید زوجه را فراهم نموده است به نحوی که سبب شده زوجه طی ۶ سال اخیر در منزل پدرش اقامت داشته و در برخی موارد هم که با توجیه وساطت بستگان و یا متعاقب صدور حکم تمکین زوجه در سال ۸۷ مراجعاتی در جهت سازش و تمکین یا سفر به همراه زوج به کشور امارات در سفر تبلیغی ایشان داشته است، با توجه به استمرار وضعیت سابق مجدداً باعث عدم وفاق و سکونت مشترک ایشان شده است به نحوی که در حال حاضر به لحاظ ابراز کراهت شدید زوجه «به صورتی که زوجه در جلسات دادگاه مکرراً با ابراز کراهت شدید نسبت به همسرش، اظهار می‌نمود استمرار مشکلات

با توجه به سوابق موجب خلل کامل در مبانی اعتقادی وی را فراهم خواهد نمود» و از سویی دیگر تشکیل پرونده‌های مختلف کیفری و حقوقی و شکایتهای متقابل زوج و بستگان زوجه از یکدیگر نشان و اماره‌ای از شقاق و توسعه شقاق حاصله بین زوجین و عدم امکان استمرار زندگی بین ایشان را تمهید کرده است و زوجه مکرراً در دادگاه حاضر شده و در حضور زوج به ابراز کراهت شدید خود از زوج پرداخته است و بنا به مراتب زوجه با بذل کلیه حقوق مالی ناشی از زوجیت تقاضای صدور حکم طلاق بر مبنای عسروخرج حاصله را دارد و متقابلاً خوانده وکیل وی در مقام دفاع در قبال دعوی مطروحه اظهار نموده اند زوج شدیداً به همسرش علاقه مند و آرزوی بازگشت ایشان را به منزل مشترک و استمرار زندگی را دارد و در طول زندگی تمام تمهیدات آسایش و آرامش خواهان را فراهم نموده است و هزینه‌های فراوان و سفرهای متعدد و احترامات ویژه و خاص به خوانده به جهت منزلت اجتماعی وی و تسری آن به زوجه و فراهم کردن یک زندگی در سطح عالی به تکذیب ادعای خواهان پرداخته و از سویی چهار فقره اظهارنامه در این جهت را به زوجه ارسال و بر همین مینا حکم تمکین زوجه صادر شده است و زوج اخلاق حسنه داشته و دارد و ظاهری پسندیده و خوش تیپ داشته و دارد و البته گاهی اوقات هر مردی ممکن است در خانواده تندی کرده باشد و این امری طبیعی است ولی از باب «الطلاق بید من اخذ بالساق» و استفتائات و فتوای حضرت امام «ره» اختیار طلاق با مرد است و موکل هیچ گونه رضایتی به طلاق همسرش ندارد البته از سال ۸۷ که از سفر دبی مراجعت شده، دیگر زوجه به منزل زوج مراجعه و سکونت دائم نداشته ولی رفت و آمد داشته اند که آخرین بار در مورخ ۱۵/۶/۹۲ قبل از عزیمت خوانده به کربلا به مدت پنج الی شش ساعت بوده است و اگر عسرورجی ایجاد شده که باعث آن خود زوجه بوده است و زوج تأکید داشته که حسب فتوای فقها و مراجع عظام تقلید صرف وجود تنفر از زوج و مفارقت جسمانی سبب عسروخرج زوجه و مجوز طلاق نمی‌باشد و چنین رأیی، رأی باطل و نامشروع است و این که زوجه بدون ذکر هرگونه دلیل و مستنداتی در جلسات رسیدگی گذشته بدین مضمون اظهار داشتند «از شوهرم تنفر شدید دارم، به طوری که حضور شوهرم را حتی در جلسه دادرسی اجباراً تحمل می‌کنم» که ادای این واژه کاملاً ناشی از القانات فرد یا افراد معلوم الحال است و نهایتاً بر اساس قاعده اقدام تقاضای ردّ دعوی طلاق مطرح شده است و لکن در سیر جریان رسیدگی به دعوی مطروحه علاوه بر ارشادات و تذکرات مکرر دادگاه، به زوجه در جهت رفع اختلافات و سعی در برطرف نمودن کراهت و کدورت حاصله، داورانی از جانب طرفین تعیین و مکلف به امر تمهید مقدمات سازش و اصلاح ذات البین، بین ایشان گردیدند که نهایتاً حسب نظریات مکتوبات پیوست پرونده، داور زوجه اعلام نموده است که با توجه به سوابق رفتاری زوج موفق به جلب نظر زوجه در سازش نگردیده و



طبق گزارش حتی زوجه آمادگی شرکت در جلسات سازشی را نداشته است که به دنبال اعلام نظریه کتبی داور زوج مبتنی بر برابر از فضائل اخلاقی و رفتاری مشارالیه و تأیید بزرگان دینی و سیاسی نسبت به رفتار اجتماعی وی اعلام نموده است که کراهت زوجه صحت نداشته و صرفاً بر اثر فریب و القاء و لجاجت بوده و با اعلام مخالفت نسبت به طلاق نظر به ادامه زندگی بین طرفین داشته است و با درخواست دادگاه مبنی بر حضور داور زوج در جلسه رسیدگی بعدی، زوجه در حضور داور اعلام داشت که با داور همسر م مذاکراتی داشتم که ایشان به من اعلام کردند در صورت واگذاری یک قطعه زمین، زوج حاضر به طلاق است ولیکن این امر مورد تکذیب شفاهی و کتبی داور زوج قرار گرفت (لایحه شماره ۴۲۶ - ۷/۴/۹۳) النهایه به جهت تعرفه شهود از سوی دو طرف دعوی، دادگاه پس از صدور قرار استماع شهادت شهود حسب مقررات و قوانین و رعایت نصوص مواد ۲۲۹ و بند الف ماده ۲۳۰، ۲۳۲، ۲۳۳، ۲۳۴، ۲۳۶، ۲۴۰ همگی از قانون آیین دادرسی مدنی، شهود زوجه مبنی بر اثبات ادعای سوء رفتار همسرش در محل سکونت وی (منزل پدری) و اثبات ادعای عدم اقامت مشترک طرفین، زوجین شهودی را در دادگاه حاضر نموده شهود زوجه دو نفر از آقایان همسایه منزل پدری وی بوده و اظهار داشتند شاهد مراجعه زوج به همراه چند نفر به منزل پدری زوجه بوده و فریاد ایشان در کوچه خطاب به مادر زوجه در مورد اینکه کاری می‌کند اسم وی در محله بلوار فردوس و ... بچرخد و یا اینکه وی را در کوچه با شلاق خواهد زد را مطرح کرده و سخنان بسیار نامناسبی را درباره حسینی و هیئت پدر زوجه اعلام داشته که نهایتاً با حضور مأموران کلانتری اقدام به ترک محل نموده اند و متقابلاً شهود معارض زوج که دو نفر از خواهران و دوست وی بودند در دادگاه حاضر شده اند و احد از خواهران زوج که در همسایگی محل سکونت مشترک سابق زوجین ساکن است اظهار نمود من اختلاف خانوادگی ندیدم و نمی‌دانم اختلاف چه بوده است فقط غیاب زوجه از سال گذشته تا به حال را دیده ام و سپس در مقام بیان مشاهدات خود و در پاسخ به پرسشهای دادگاه اعلام نمود که زوجه از سال ۸۶ به منزل پدرش رفته و در سال ۸۷ به اتفاق همسرش به سفر رفت و بعد از آن تا سال ۹۱ رفت و آمد به منزل برادرش داشت ولی مجدداً به منزل پدرش رفت و شهریور سال گذشته هم قبل از سفر برادرش به کربلا آمد که خودم او را ساعت ۵/۱ بامداد به منزل پدرش رساندم و نهایتاً علی رغم اعلام ابتدایی عدم اطلاع از اختلاف زوجین اظهار داشت که زوجه گله هایی داشتند که به من اعلام می‌کردند ولی من قانع نشدم و خواهر دیگر زوج در مقام گواهی اعلام نمود به نظر من اختلاف خاصی نیست ممکن است خودشان معتقد باشند، زوجه در سال ۸۷ با برادرش به مسافرت دبی رفتند و بعد از سفر اطلاع ندارم که چه اتفاقی افتاد حتی در سال ۹۱ هم روز ولادت حضرت زهرا سلام الله علیها برادرش کادویی برای ایشان گرفتند البته از

سال ۸۷ تا ۹۱ ندیدیم خانم به منزل مشترک برگردد ولی تلاش زیادی جهت آشتی بود و در سال ۹۱ دو یا سه روز زوجه به منزل برگشت و با برادرم بود و در سال ۹۲ هم که برای خداحافظی کربلا آمد و دیگر او را ندیدم البته در سفر کربلا هم با تلفن خواهرم که دست برادرم بود تماس گرفتند و با فرزندشان صحبت کردند و چادر و مانتو از برادرم خواستند، شاهد دیگر زوج هم اعلام کرد قبل از سفر کربلا که عازم بودیم به منزل آقای خ. آدمم و خانمشان را با چادر مشکی در منزل دیدم، من سه هفته یک بار به تهران می‌آیم و هر بار هم به منزل آقای خ. سرمیزنم و در این چند سال خانمشان را در خانه ندیده‌ام ضمناً من از اصل سفر دبی مطلعم ولی اقامت مشترک را اطلاع ندارم، با عنایت به محتویات پرونده، مدارک و مستندات تقدیمی طرفین و اظهارات شهود و نظر به اینکه علی رغم اصرار زوج و شهود وی در انکار مفارقت جسمانی طولانی مدت بین زوجین «از سال ۸۷» به نحوی که عملاً عنوان زندگی مشترک بر روابط زوجین صادق نبوده، قابل احراز است و حتی شقاق بین ایشان و برخوردهای کراهت آمیز زوجه در جلسات دادگاه کاملاً ملموس و محسوس و ملحوظ بوده و اعلام مکرر کراهت زوجه در جلسات متعدد دادگاه که در لایحه تقدیمی شخص زوج نیز مکتوباً عنوان شده است لکن زوج سبب کراهت را از سوی زوجه با خود زوجه می‌داند لکن وجود اختلاف لاینحل و کراهت زوجه با بذل کلیه حقوق مالی برای دادگاه محرز نموده است و در این خصوص که زوجه اظهار کراهت خود را اعلام داشته است مشهور فقهای معظم شیعه اعلام کراهت از سوی زوجه را که به ویژه به همراه بذل کلیه حقوق مالی وی می‌باشد را محرز شرط وجوبی یا استحبایی جهت طلاق خلع دانسته اند که بر برخی از آن‌ها به شرح زیر اشاره می‌شود، آیت اله خویی (ره) در مسئله ۱۴۹۶ از کتاب مناج الصالحین مرقوم فرموده اند که «الکراهه المعبره فی صحه الخلع اعم من ان تكون لذاته کقبح منظره و سوء خلقه او عرضیه من جهت بعض الاعمال الصادرة منه التی هی علی خلاف ذوق الزوجه من دون ان یکون ظلماً لها و...» «کراهت معتبر در صحیح بودن خلع اعم است از اینکه کراهت به شخص زوج مانند زیبا نبودن یا سوء خلق داشتن و عارض شدن امری که به واسطه بعضی اعمال صادره از سوی زوج باشد که برخلاف ذوق زوجه است (مدنظر می‌باشد)...» و یا شهید ثانی اعلی الله مقامه شریف در کتاب شریف مسالک الاضهام الی تنقیح شرائع الاسلام جلد نهم صفحه ۴۰۹ الی ۴۱۱ می‌فرمایند «مذهب الاصحاب ان الخلع مشروط بکراهه المراه له ... و اخبارهم به مستفیضه و منها حسنه الحلی ... و .....» که یعنی «مذهب اصحاب و فقهای امامیه به این است که خلع مشروط به کراهت زوجه از زوج (زن از مرد) است و ... روایات در حد استفاضه بر آن دلالت دارد و صاحب کتاب شریف جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام، جلد ۳۳، صفحه ۴۱ می‌نویسند «و کذ یعتبر فی الخلع ان تكون الکراهیه من المراه خاصه لا منه

وحده...» یعنی «کراهت زوجه از زوج فقط ملاک در طلاق خلع است و محقق حلی (ره) در کتاب شرایع مطلق کراهه را از شرایط کافی دانسته که برخی از متأخرین هم از وی تبعیت کردند که روایات متعددی نیز بر مجموع معانی فوق الذکر دلالت دارند که عبارتند از صحیحہ حسن بن مسلم و حلی و مضمهره سماعه از آن جمله است و در نحوه احراز این کراهت حسب نصوص فتوای معظم در کتب خود که از آن جمله کتاب جواهر الکلام ج ۳۳ ص ۴۳ صرف اظهار قولی یا حتی فعلی را محرز دانسته است و برخلاف آنچه که در لایحه و کیل خوانده (زوج) از حضرت امام خمینی رحمه الله علیه نقل شده است لازم بر توضیح است که ایشان در مسأله ۱۳ و ۱۴ کتاب تحریر الوسیله مرقوم فرموده اند که «در خلع شرط است بنا بر احوط که کراهت زوجه شدید باشد به طوری که از قول یا فعل یا از غیر آن‌ها ترس خروج او از اطاعت شوهر و دخول در معصیت باشد و ظاهر آن است که کراهتی که در خلع شرط شده فرقی نمی‌کند که ذاتی باشد و از خصوصیات شوهر نشأت گرفته باشد مانند زشتی قیافه و بدی اخلاق و فقر و غیر آن و یا این کراهت از بعضی از عوارض ناشی شده باشد...» و نکته لازم به توضیح دیگر این است حسب نصوص فتوای مذکور خوف از ورود در معصیت و عدم اطاعت از شوهر از سوی زوجه برای دادگاه محرز است و حسب برخی از فتاوا از اساطین فقه شیعه این حالت را کراهت در طلاق خلع را دانسته اند و از آنجاکه زوجین جوان هستند و از سویی اظهارات زوجه به این صورت که «دارم اعتقاداتم را از دست می‌دهم و اگر دین من، این را می‌گوید که من باید در منزل پدرم تا آخر عمرم بسوزم و بسازم...» عبارات دیگر وی را محقق خوف متأخم به وقوع موارد مارالذکر دانسته و صرف اعلام کراهت و مفارقت جسمانی مدنظر نیست و مضافاً به اینکه مفاد شهادت شهود زوجه مبنی بر مشاهدات عینی آن‌ها در خصوص برخی موارد مارالذکر در محل منزل پدری زوجه که از زوج آشکار شده است و سوابق درگیری و اختلاف قبلی بین طرفین بوده است و از سویی پرونده‌های متعدد حقوقی و کیفری بین زوج و زوجه و خانواده وی شامل دادنامه شماره ۵۰۸ ۲۰/۶/۸۸ - شعبه ۱۱۴ دادگاه عمومی جزایی قم در خصوص شکایت زوج از آقای ح.ن. (پدر زوجه) و آقای م.ن. (برادر زوجه) مبنی بر سرقت و پرونده کلاسه ۹۱/۵۳ شعبه ۲۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران مبنی بر دعوای زوج به طرفیت آقای م.ن. به خواسته مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم سرقت و پرونده شماره ۱۲۱۸ ۱۴/۷/۹۲ - شعبه ۱۱۶۹ دادگاه عمومی تهران و شکایت آقای م.ن. (برادر زوجه) از زوج مبنی بر توهین که منجر به محکومیت قطعی زوج به پرداخت جزای نقدی طبق دادنامه شماره ۹۳۶ ۴/۹/۸۸ - شعبه ۱۱۷۸ دادگاه‌های عمومی جزایی شده همگی حکایت از عمق و توسعه شقاق و اختلاف حاصله دارد و نظربه اینکه به این موضوع ضرورت دارد که ماده ۱۱۳۰ از قانون مدنی ایران قبل از اعمال اصلاحیه‌های مکرر موارد محقق حرج را منحصر در

چند مورد دانسته بود ولی در اولین اصلاحیه قانون مدنی مورخ ۸/۱۰/۶۱ نظر به تحقق عسرو حرج بر تداوم و دوام زوجیت نیز توسعه داده و حکم این ماده برخلاف مشی کلی حاکم بر قانون مدنی که به تبعیت از آرا مشهور فقهای امامیه است با نظریه مشهور فقها تعارض کرده و به ظاهر با نظریه آیت الله سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (ره) «ملحقات عروه الوثقی جلد ۲ ص ۱۹» همراه شده است و از آنجاکه حسب عقیده ایشان حتی در فرض عدم صبر زوجه صدور حکم طلاق برای حاکم شرع نسبت به زوجه را با اعمال قاعده نفی عسرو حرج متصور دانسته است و نظر به اینکه در صدر و ذیل ماده ۱۱۳۰ از قانون مدنی به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی برای زوجه با مشقت همراه بوده و تحمل آن مشکل باشد صریحاً بیان شده است لذا دادگاه دعوی مطروحه را وارد تشخیص داده و ضمن احراز کراهت شدید زوجه بر اساس مفاد اعلامی و اماراتی که از آن جمله بذل کلیه حقوق مالی ناشی از زوجیت واگذاری فرزندش نزد زوج طی شش سال که معارض با عواطف مادری است و اهم آن خوف وقوع در امور مارالذکر و عدم اطاعت از زوج که حاکی از عسر و حرج شدید وی بوده و شرعاً و قانوناً ادامه وضعیت فعلی برای زوجه را موجب مفسده دانسته و به وی اجازه می‌دهد حسب نصوص مواد ۱۱۳۰ و تبصره آن و ۱۱۴۴، ۱۱۴۵، ۱۱۴۶ و نظریه مشورتی شماره‌های ۹۸۹/۲-۲۵/۲-۷۵ و ۳۱/۶-۷/۴۰۶۵/۸۱ مفاد و ملاک آیه «ماجعل علیکم فی الدین من حرج» آیه ۷۸ سوره حرج و آیات ۶ سوره مائده و ۱۲۵ سوره انعام و قاعده لا حرج و تمام امارات و دلایل و مراتب مارالذکر طلاق زوجه را صادر و زوج مکلف است ضمن حضور در یکی از دفاتر رسمی طلاق در معیت زوجه و بذل کلیه حقوق مالی «اعم از مهریه، اجرت المثل، جهیزیه و نفقه» و قبول بذل از سوی زوج نسبت به اجرا و ثبت صیغه طلاق اجرا نماید و در صورت امتناع زوج، این دادگاه از باب قاعده الحاکم ولی الممتنع نسبت به اجرای صیغه و ثبت طلاق اقدام خواهد نمود که با عنایت به تبصره ماده ۳۳ از قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱/۱۲/۹۱ اختیار اجرای صیغه و ثبت طلاق با احراز کلیه مقدمات قانونی و شرعی لازم به سردفتر طلاق تفویض می‌گردد، زوجین حسب اظهارات به مفاد و ضامین پیوست پرونده دارای یک فرزند مشترک پسر ۱۰ ساله می‌باشند که حضانت وی برابر مواد ۱۱۶۹، ۱۱۶۸ تبصره ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ همگی از قانون مدنی با زوج می‌باشد و از سوی زوجه وکیل وی هم هیچ درخواستی در این باره مطرح نشده است، زوجه پس از طلاق و برابر فتوای فقهای معظم و مواد ۱۱۵۰ و ۱۱۵۱ همگی از قانون مدنی مکلف به نگهداری سه طهر عده می‌باشد و مدت اعتبار حکم صادره ۶ ماه از تاریخ قطعیت آن خواهد بود رأی صادره حضوری بوده و ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در محاکم تجدیدنظر استان تهران است. (دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۰۹۷۳ مورخ ۱۳۹۴/۰۸/۲۵، شعبه ۲۷۰ دادگاه عمومی خانواده ۲ تهران)

## نتیجه گیری

اگرچه کلیه نظام‌های حقوقی در سراسر دنیا در حفظ و تحکیم بنیان مقدس خانواده تلاش می‌نمایند، اما این موضوع قابل انکار نمی‌باشد که طلاق یک امر مذموم اما گاهی ضروری می‌باشد؛ چنانچه در بنیاد مستحکم خانواده، زن نسبت به همسرش مکره شود، طبق صراحت نصوص و نظر فقهاء بی شک حق دارد با دادن بذل، از شوهرش تقاضای طلاق بنماید. اگر چه در میزان تحقق کراهت اختلاف نظر است؛ برخی صرف تحقق اکراه را کافی می‌دانند و برخی قائل به تحقق اکراهی هستند که نتیجه آن نقض حدود الهی و معصیت الهی است. آنچه در این مقاله مورد بیشتر مورد تاکید و بررسی قرار گرفت، ضرورت وجود قید کراهت و یا عدم ضرورت آن بود. همان طور که بدان پرداختیم در ارتباط ابا این موضوع بین فقهاء اختلاف نظر است. با وجود رای عده ای از فقهاء نظیر شهید ثانی بر صحت تحقق طلاق خلع بدون قید کراهت، اما نظر مشهور فقهاء که مبتنی بر آیات قرآنی و اخبار و ادله روایی می‌باشد، قول به عدم صحت و عدم مشروعیت طلاق به عوض است. یعنی جایز نیست زوجه بدون هیچ گونه کراهتی اقدام به دادن بذل برای گرفتن طلاق از همسرش بنماید.

## منابع و مأخذ (به ترتیب حروف الفبا)

۱. قرآن کریم
۲. قانون مدنی
۳. ابن بابویه، ۱۴۰۶ق، فقه الرضا، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، چ اول
۴. ابن منظور، محمدبن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دارالفکر، چ سوم
۵. ایزدی فرد، علی اکبر و کاویار، حسین و دیانی، عبدالرسول، ۱۳۹۱، بررسی تحلیلی وجوب یا عدم وجوب طلاق خلع از جانب زوج در فقه امامیه، خانواده پژوهی، شماره ۳۰
۶. آتشی، علی و شفیعی فینی، حسین، ۱۳۹۹، تکاپوی حقیقت خلع در مبانی و فلسفه تشریح، مجله علمی علوم اسلامی انسانی، شماره ۲۳
۷. پاشازاده، حسن، ۱۳۸۸، بحثی پیرامون بذل مهریه، زن و مطالعات خانواده، شماره ۵
۸. جعفری هرندی، محمد، ۱۳۹۱، جدایی خلعی بدون صیغه طلاق، پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی، شماره ۹
۹. جلالی، سید مهدی، ۱۳۸۸، طلاق و خلاهای قانون داور، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان، شماره ۴۳

۱۰. جمال الدین زنجانی، محمود، ۱۳۹۴، موارد طلاق زوجه توسط حاکم در فقه و قوانین مدنی، پژوهشنامه فقهی، شماره اول
۱۱. حلبی، ابوصلاح، ۱۴۰۳ق، کافی فی الفقه، أصفهان: مکتبه الإمام أمير المؤمنين عليه السلام، چ اول
۱۲. خمینی، روح الله، ۱۳۹۰، تحریر الوسیله، قم: دار الکتب العلمیه، چ سوم
۱۳. دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۰۹۷۳ مورخ ۱۳۹۴/۰۸/۲۵، شعبه ۲۷۰ دادگاه عمومی خانواده ۲ تهران
۱۴. راوندی، قطب الدین، بی تا، فقه القرآن، بی جا: منشورات مکتبه آیة الله العظمی المرعشی النجفی
۱۵. شهید اول، بی تا، لمعه دمشقیه، بی جا: دارالفکر
۱۶. شهید ثانی، بی تا، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، بی جا، چ اول
۱۷. شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، الخلاف، بی جا: مؤسسه النشر الاسلام
۱۸. شیخ طوسی، بی تا، المبسوط فی فقه الامامیه، بی جا
۱۹. طالب احمدی، حبیب، ۱۳۹۱، ماهیت حقوقی طلاق خلع، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، شماره ۲
۲۰. طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۵ق، ریاض المسائل، قم: ناشر: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسین، چ اول
۲۱. طریحی، فخرالدین، بی تا، مجمع البحرین، بی جا: مرتضوی
۲۲. علایی نوین، فروزان، (۱۳۸۹)، بررسی حق طلاق زنان در فقه امامیه و حقوق موضوعه، فصلنامه فدک، ش ۲، ۱۲۷-۱۰۷
۲۳. علوی، سید محمدتقی و اشرفی، مهدی، ۱۳۹۷، ماهیت حقوقی طلاق توافقی در نظام حقوقی ایران، فقه و حقوق خانواده، شماره ۶۹
۲۴. فاضل هندی ۱۴۰۵ق، کشف اللثام، قم: مکتبه السید المرعشی النجفی.
۲۵. فرزندگان، محمد و ظهوری، سمیه و حسینی مقدم، سید حسن، ۱۴۰۰، شناسایی طلاق به عوض به عنوان یکی از اقسام طلاق در فقه امامیه و حقوق مدنی، آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۳
۲۶. مافی، همایون و فرزندگان، محمد و ظهوری، سمیه، ۱۳۹۷، بررسی فقهی و حقوقی ماهیت طلاق به عوض، پژوهش نامه حقوق اسلامی، شماره ۲

۲۷. مجیدی، حسن و خوش آهنگ، ناهید، ۱۳۹۲، زن و اعجاز طلاق خلع، زن و فرهنگ، شماره ۱۵
۲۸. محقق حلی، ۱۴۰۹ق، شرایع الإسلام، تهران: نشر استقلال، چ دوم
۲۹. مرتاضی، احمد و حاجی حسینی، حسین و صفرخانی، مهدی، ۱۳۹۶، تحلیل نظریه دوگانگی طلاق به عوض و طلاق خلع، و آثار مترتب بر آن، جستارهای فقهی و اصولی، شماره ۹
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۹ق، رساله توضیح المسائل، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب، چ دوم
۳۱. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، جواهرالکلام، بیروت: داراحیاء تراث العرب.

## ماهیت حضانت و آثار فقهی و حقوقی آن

فاطمه جعفرپور<sup>۱</sup>

### چکیده

حضانت در لغت به معنای پروردن و پروراندن است. ریشه این واژه «حضن» است که در آغوش گرفتن مادر فرزندش را و چسباندن او به سینه اش اطلاق می‌شود که کنایه از نگهداری و تربیت جسمی و روحی کودک است. حضانت نوعی ولایت و سلطنت بر کودک و مجنون به منظور نگهداری و تربیت آن‌هاست. موضوع حضانت از مباحث پیچیده حقوق خانواده است. حضانت نگهداری و تربیت اطفال است به گونه ای که صحت جسمانی و تربیت وی با توجه به نیازمندی‌های حال و آینده او و وضع و موقعیت والدین طفل تأمین می‌گردد. مسئله حضانت و اولویت هر یک از پدر و مادر برای نگهداری و سرپرستی و ملاقات آنان با طفل زمانی مطرح است که آن‌ها از هم جدا می‌شوند. در قانون ایران حضانت همان نگهداری و تربیت اطفال است و مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی اختصاص به حضانت دارد و در قانون حمایت از خانواده هم از ماده ۴۰ تا ۴۷ بدان اختصاص داده شده است. هنگامی که اساس خانواده به هم می‌ریزد و کانون جوشان مهر و محبت به جایگاهی برای گروکشی و انتقام‌گیری از یکدیگر تبدیل می‌گردد یا زمانی که مرگ گریبان یکی از والدین را می‌گیرد، مهمترین چالش پیش روی خانواده سرنوشت کودکان می‌باشد. حضانت به موجب ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی ایران، در درجه اول حق و تکلیف طبیعی و قانونی پدر و مادر است که طفل را به دنیا آورده اند. این تکلیف تا زمانی که طفل به سن بلوغ نرسیده باقی است. حضانت را باید به کسی واگذار کرد که شایستگی و توانایی برای انجام این کار را داشته باشد. در فقه امامیه برخی

۱- دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق(ع) (پردیس خواهران) - گرایش معارف اسلامی و حقوق خانواده



از فقها عقیده دارند که حضانت نه یک حق که اساساً یک نوع ولایت است به این معنا که برای حضانت کننده تکلیف و مسئولیتی در بردارد که باید آن را به جا آورده و نمی‌تواند از بار مسئولیت آن به واسطه قرارداد شانه خالی کند. نظر این دسته از فقها با فلسفه و غایت نهاد حضانت که رعایت مصلحت طفل است هماهنگ می‌باشد؛ زیرا در هر برهه از دوران طفولیت ذات و فطرت کودک نیازمند مانوس شدن با نوع خاصی از رابطه عاطفی است که تنها در یکی از والدین مشاهده می‌شود و تنها در پناه آن رابطه ویژه، مصلحت کودک تأمین خواهد شد از سوی دیگر با تتبع در مواد قانونی می‌توان به تکلیفی بودن حضانت پی برد. از جمله ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی که هر یک از والدین را مکلف به حضانت می‌داند.

کلیدواژگان: اطفال، حضانت، ولایت، تربیت، سرپرستی، حق، تکلیف

## مقدمه

کودکان یکی از آسیب پذیرترین و در عین حال سرنوشت سازترین اقشار جامعه محسوب می‌شوند. بنابراین شایسته است که قانون گذار به انحاء مختلف از ایشان حمایت کند. شاکله اصلی شخصیت کودک در دوران کودکی شکل می‌گیرد و ابعاد تربیتی نیز در این برهه اهمیت بسزایی دارد و بی تردید پدر و مادر بیشترین و حساس ترین نقش را در تکامل طفل و طی سعادت وی بر عهده دارند. مسیرحضانت از اساسی ترین امور مرتبط با طفل و شامل هرگونه عملی است که لازمه ادامه حیات طفل و پرورش جسم و تکامل روح باشد. بنابراین حضانت شامل امور مادی نگهداری و امور معنوی تربیت می‌شود. نکته حائز اهمیت در امر حضانت دامنه و گستره آن است که در دوران زوجیت، مفارقت و فوت یک یا هر دوی والدین جاری و ساری است. برای تأمین صحت جسمانی و شایستگی تربیت طفل باید حضانت طفل با عنایت به شرایط و نیازهای وی بررسی و موشکافی شود.

با عنایت به اهمیت بحث حضانت در شکل گیری شخصیت طفل، ضروری است که احکام و قوانین قاطع، منسجم و خالی از ابهام باشند. قوانین متعددی در این موضوع ورود پیدا کرده اند که همگی سعی در تبیین بنای حق و تکلیف والدین در برابر فرزندان داشته اند. از آن جا که تربیت طفل از مباحث مهم حضانت و زمینه ساز رشد و تعالی طفل است بایستی مفهوم حضانت در لغت و اصطلاح بررسی و سپس به حق و تکلیف زن و مرد در قبال این قضیه پرداخته شود که آیا حضانت تنها یک حق است یا تکلیف نیز می‌باشد؟ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در این موضوع ابداعات و دستاوردهایی داشته، لیکن این نوآوری‌ها نیز عاری از نقص نبوده و در برخی موارد نیازمند تحلیل و بازنگری هستند.

## مفهوم شناسی حضانت

### ۱. مفهوم لغوی حضانت

حضانت از «حضان» به معنی جانب و پهلو است (بهشتی، بی‌تا، ص ۱۰۴). گفته شده حضانت به معنی حفظ و صیانت است. چنانچه وقتی پرنده تخم خود را زیر بدن قرار می‌دهد، می‌گویند «حضان الطائر بیضه» (همو). «حضان و حضانت» عبارت است از حفظ و صیانت چیزی و از همین باب است حفظ کردن زن فرزند خود را و حفظ کردن پرنده تخم خود را. حضانت از مصدر «حضان» به معنای بغل و درآغوش گرفتن است (فیروزآبادی، ۱۳۸۳، ص ۲۳۸). در اکثر فرهنگ‌های لغت به زنی که سرپرستی طفل بر عهده اوست حاضنه اطلاق می‌شود و این مطلب می‌تواند دال بر ذهنیت عمومی نسبت به اختصاص آن به زنان باشد. معنای حضانت طفل عبارت است از در بر گرفتن او و چسبانیدن او به سینه و تربیت نمودن آن (نجفی اصفهانی، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۳۱، ص ۲۷۲). بنابر آنچه در کتاب‌های لغت آمده است، حضانت عبارت است از حفظ نمودن مادر، فرزند خود را و شیر دادن و سرپرستی فرزند و تربیت او در مدتی که نیاز به سرپرستی دارد تا وقتی استقلال خویش را بازیابد. حاضن و حاضنه پدر و مادر را گویند که نگهداری و پرورش کودک را بر عهده دارند. این واژه در احادیث و روایات نیز به همین معنا استعمال شده است.

### ۲. حضانت در اصطلاح حقوق

قانون تعریفی از حضانت ارائه نداده است. حتی قانون مدنی که بیشترین مباحث حضانت را مطرح کرده نیز از کنار آن گذشته است. به عقیده برخی از حقوقدانان حضانت عبارت است از: «اقتداری که قانون به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۳۹). در تعریف حضانت دو عنصر دیده می‌شود؛ یکی نگهداری و دیگری تربیت. از این رو نباید گمان کرد که واژه «سرپرست» مترادف با «حضانت» نیست بلکه با مفهوم «نگهداری» نیز مطابقت دارد؛ چرا که «نگهداری» یکی از عناصر حضانت است نه تمام آن. عنصر دیگر حضانت «تربیت» است، به همین سبب عنوان «سرپرستی» در تمام ابعادش شامل هر دو عنصر حضانت می‌شود. برخی از حقوقدانان کفالت (سرپرستی) را به عنوان مترادف «حضانت» در صدر عنوان بحث آورده‌اند. در کتاب «ترمینولوژی حقوق» چنین آمده است حضانت در لغت به معنی پروردن است و در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است و قائم به ارکان ذیل است:

الف) حضانت، مخصوص ابویین و اقربای طفل است و بین اقربا رعایت طبقات ارث نمی‌شود؛

ب) نسبت به ممتنع از نگهداری طفل حضانت تکلیف است و نسبت به دیگران حق است؛  
 ج) حفظ مادی (جسم) و تربیت اخلاقی و معنوی طفل مناسب شئون او؛  
 د) اهلیت قانونی برای حضانت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۱۶۶۶).

حضانت در حقوق و اصطلاح حقوقدانان به همان معنایی که فقها متذکر شده اند به کار رفته است. حقوقدانان نیز حضانت را به پیروی از لغوین و فقها به مفهوم نگهداری و تربیت کودک به کار برده اند و برخی از آن‌ها نظیر فقهای امامیه اقتدار و ولایت داشتن را نیز افزوده اند (عبادی، بی تا، ج ۱، ص ۲۵). دکتر حسن امامی در تعریف حضانت گفته است: «نگهداری و تربیت طفل را در اصطلاح حقوق اسلام حضانت گویند» (امامی، ۱۳۷۳، ج ۵، ص ۱۸۸). برخی در تعریف آن حفظ مادی تربیت جسمی و تربیت اخلاقی و معنوی طفل را ذکر کرده اند. دکتر کاتوزیان در تعریف حضانت واژه اقتدار را به کار برده و گفته است: «حضانت اقتداری است که قانونگذار به منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر اعطا کرده است». این همان معنای برگرفته از فقه امامیه است که با معنای لغوی نیز متناسب می‌باشد. در قانون مدنی ایران و قانون حمایت از خانواده تعریفی از حضانت ارائه نگردیده، ولی در قانون مدنی تحت عنوان نگهداری و تربیت کودک به مسائل و موضوعات مربوط به حضانت اشاره شده است و از مواد مربوط به کودک و خانواده نظیر ماده ۱۱۷۸ (ق.م.) که مقرر می‌دارد: «ابوین مکلف هستند که در حد توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند» و ماده ۱۱۶۸ (ق.م.) می‌گوید: «نگهداری اطفال هم حق است و هم تکلیف ابوین است» و همچنین با در نظر گرفتن ماده ۱۲ آیین نامه اجرای قانون حمایت خانواده می‌شود تعریفی به شرح زیر بر طبق قوانین ایران به دست آورد: «حضانت نگهداری و تربیت کودک است به طوری که صحت جسمانی و تربیت معنوی او با توجه به نیازمندی‌های حال و آینده او تأمین گردد». صحت جسمانی و تربیت اخلاقی طفل از ماده ۱۱۷۳ (ق.م.) استفاده می‌شود که مقرر داشته: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل و یا قیم او یا مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند».

### مفهوم شناسی حق و تکلیف

حق امری است اعتباری که بر حسب آن شخص یا گروه خاصی قدرت قانونی پیدا می‌کند که نوعی تصرف خارجی یا اعتباری در شیء یا شخص دیگر انجام دهد و لازمه آن امتیازی برای ذی حق بر دیگران و اختصاص متعلق حق به وی می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶، ص ۲۳۵). گروهی از حقوقدانان حق را این گونه تعریف می‌نمایند: «حق عبارت از اختیاری است که قانون برای فرد

شناخته که می‌تواند عملی را انجام یا آن را ترک نماید» (امامی، پیشین، ص ۴). گروه دیگری این تعریف را برگزیده اند: «حق امتیازی است که قواعد حقوقی برای تنظیم روابط اشخاص به سود پاره ای از آنان در برابر دیگران اتخاذ می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۸). صاحب جواهر در مورد حضانت مادر می‌نویسد: «وی می‌تواند حضانت خود را اسقاط کند و یا اجرت مطالبه کند اما اگر پدر نیز بخواهد حق خود را اسقاط کند چنین اختیاری ندارد و بر آن اجبار میشود» (نوری، ۱۳۸۵، ص ۶۷). قانون مدنی در ماده ۱۱۷۲ تصریح به حکم بودن حضانت دارد: «هیچ‌یک از ابویین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است از نگاهداری او امتناع کند. در صورت امتناع یکی از ابویین حاکم باید به تقاضای دیگری یا تقاضای قیّم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند». اما در ماده ۱۱۶۸ (ق.م) آمده است نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است. این ماده در ظاهر ماهیت حضانت را اختلاط بین حق و تکلیف می‌داند. اما حقوقدانان اشاره کرده اند که کلمه حق در قانون گاه در معنای قدرتی که از طرف قانون به شخصی داده شده نیز به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۶۶۸). این تفسیر قانون از حضانت قابل تطبیق با مفاهیم حق در مکاتب مختلف نیست. براساس مکتب اراده شخصی، حضانت قدرت و نیروی ارادی نیست؛ زیرا عمل ارادی قابل ترک است، در حالی که حضانت قابل ترک نیست. در مکتب موضوعی نیز نمی‌توان حضانت را حق نامید؛ زیرا اساس این مکتب در شناخت حق داشتن سود است. حال آن که حضانت همیشه سودمند نیست و در موارد زیادی حتی چهره منفی به خود می‌گیرد. همین توجه در مکتب مختلط نیز وجود دارد و نمی‌توان حضانت را براساس آن به طور مطلق، حق قلمداد کرد. نتیجه اینکه در حضانت آنچه مورد توجه است مصالح و منافع کودک است و اگر بخواهیم در این میان کسی را صاحب امتیاز بدانیم، در درجه اول کودک است و این نکته تا حدودی در اعلامیه حقوق کودک مصوب ۱۹۵۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد، اعلامیه حقوق روانی کودک و انجمن بین‌المللی روانشناسان و پیمان جهانی حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ مورد توجه قرار گرفته است.

تکلیف عبارت از امری است که فرد ملزم به انجام آن می‌باشد و هرگاه بر خلاف آن رفتار نماید به جزایی که در خور آن امر است دچار می‌گردد. فقهای امامیه در حق یا تکلیف بودن حضانت اختلاف نظر دارند. بعضی از فقها معتقدند حضانت یک حق فردی و ساده است و قابل اسقاط و انتقال است (صدر، ۱۳۵۶، ص ۲۰۱) و دسته دیگر بر این عقیده اند که حضانت هم حق است و هم تکلیف (طوسی، ۱۳۶۱، ج ۶، ص ۳۹). بنابراین قابل اسقاط یا انتقال یا عوض در طلاق خلع نخواهد بود