

بررسی نظریه «طلاق معوض»

سیدعلی علوی قزوینی*

طبق مقررات قانون مدنی ایران، طلاق اساساً یک عمل حقوقی یک طرفه (ایقاع) و غیر معوض است که از اختیارات ویژه مردان به شمار می‌رود و اراده زنان در آن بی‌تأثیر است.

ولی در مواردی استثنایی، این عمل حقوقی می‌تواند به صورت معوض و دو جانبه نیز واقع شود، که قانون مدنی ایران آن را تنها در موارد کراهت زن از شوهر (طلاق خلع) یا کراهت زوجین از یکدیگر (طلاق مبارات) به رسمیت شناخته است.

با وجود این، آیا طلاق معوض تنها در این دو مورد مشروعیت دارد یا به طور کلی زوجین حتی با توافق اخلاقی کامل نیز می‌توانند اقدام به طلاق معوض نمایند؟ بر فرض مشروعیت آن، طبیعت حقوقی این طلاق چگونه است؟

مقاله حاضر، تلاشی فقهی - حقوقی است در جهت اثبات مشروعیت مبانی طلاق معوض در غیر موارد مصرح در قانون مدنی ایران و نیز نقد و بررسی دلایل مخالفین آن و بالاخره تبیین ماهیت این نوع طلاق از نظر رجعی یا بائن بودن آن.

مقدمه

اصولاً، طلاق از اختیارات ویژه مردان است و ارادهٔ زنان در تحقق آن تأثیری ندارد، ولی در پاره‌ای موارد زنان می‌توانند با پرداخت فدیه (عوض مالی) به شوهران خود، آنان را حاضر به اجرای طلاق نمایند و از این طریق اثر ارادهٔ خود را در تحقق این پدیدهٔ حقوقی آشکار سازند.

قانون مدنی ایران به پیروی از آرای مشهور فقهای امامیه، در مقام برشماری انواع طلاق‌های بائن، تنها به دو نوع طلاق معوض، یعنی طلاق خلع* و مبارات** اکتفا نموده ولی نسبت به مشروعیت یا عدم مشروعیت انواع دیگر طلاق معوض، سکوت اختیار کرده است؛ مانند موردی که میان زوجین توافق کامل اخلاقی برقرار بوده و به هیچ وجه کراهتی از ناحیه زن نیز وجود نداشته باشد، و یا تنها کراهت از ناحیه شوهر باشد، ولی طلاق با توافق زوجین و در برابر پرداخت عوض از سوی زوجه، واقع شود.

آیا این قبیل طلاق‌های معوض صحیح و معتبر است تا در نتیجهٔ آن زوج مالک عوض (فدیه) شود یا خیر؟ آیا سکوت قانون‌گذار از بیان حکم این نوع طلاق، سکوت در مقام بیان تلقی شده و در نتیجه دلیل عدم مشروعیت آن خواهد بود، یا این که در این خصوص باید به اصول کلی و قواعد عمومی معاوضات و عقود توسل جست؟ و بر فرض صحت، آیا طبیعت این طلاق رجعی است یا بائن؟ موضوع طلاق در مقابل عوض، از دیرباز میان فقهای امامیه مطرح بوده و مورد اختلاف نظر شدید آنان نیز قرار گرفته است، برخی مانند شهید ثانی و فخرالمحققین^۱ از طرفداران صحت این نوع طلاق هستند، و از معاصرین نیز میرزای قمی رسالهٔ مبسوطی در این زمینه نگاشته و در آن یادآور شده است که: هر چند به مدت چهل سال عقیدهٔ او بر بطلان طلاق معوض استوار بوده ولی با امعان نظر در مبانی مسئله، به جواز آن معتقد شده و از این رو به تألیف رسالهٔ مزبور

* طلاق خلع. طلاقی است که زن به واسطهٔ کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به او می‌دهد طلاق می‌گیرد، اعم از آن که مال مزبور عین مهر یا معادل آن یا بیش‌تر و یا کم‌تر از مهریه باشد (م ۱۱۴۶ ق.م).

** طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت، عوض باید زاید بر میزان مهر نباشد (م

مبادرت ورزیده است.^۲

متقابلاً، گروهی دیگر از فقها نیز صحت و مشروعیت طلاق معوض را شدیداً انکار کرده‌اند؛ مانند فاضل هندی، صاحب مدارک، صاحب جواهر، صاحب حدائق و...^۳ تا جایی که صاحب جواهر، این گونه نظریات را شایسته طرح در کتب فقهی شیعه - که از سرچشمه وحی الهام می‌گیرند - ندانسته و آن را مناسب با آرای اهل سنت قلمداد نموده است.^۴ هم‌چنین صاحب حدائق نیز این نظریه را از بی‌پایه‌ترین توهمات (افحش اوهام) معرفی کرده است.^۵

این گروه از فقها معتقدند چنانچه طلاق فاقد عنصر کراهت زوجه باشد، طلاق به صورت رجعی واقع می‌شود و زوج مالک بذل نخواهد شد.

به هر حال، داوری نهایی در این خصوص، مرهون بررسی و تحلیل دقیق مستندات این نظریه و نیز امعان نظر در ایرادات و مناقشات مخالفین آن است که هدف اساسی این مقاله را تشکیل می‌دهد.

بدین لحاظ، در این مقاله سعی شده است ابتدا دلایل مشروعیت این طلاق و نیز ماهیت حقوقی آن تبیین و سپس به نقد و بررسی دلایل مخالفین پرداخته شود.

طرح بحث

به منظور تبیین حکم طلاق معوض، لازم است ابتدا صورت‌های مختلف آن را شناسایی کرده، سپس حکم هر یک را جداگانه بررسی نماییم.

به طور کلی، طلاق به عوض ممکن است به یکی از صورت‌های زیر واقع شود:

۱- در قالب عقد معاوضی مستقل، به این معنا که یکی از عوضین آن طلاق و عوض دیگر آن فدیة باشد.

۲- به صورت هبة معوض، یعنی زن در برابر مالی که به شوهر خود می‌بخشد با او شرط کند که وی نیز در برابر این بخشش او را طلاق دهد.

۳- به شکل صلح، به این ترتیب که عقد صلحی میان زوجین منعقد شود که به موجب آن زن به مالی را در ازای طلاق، به شوهر خود تملیک نماید.

- ۴- در قالب جعاله، بدین گونه که زن به عنوان جاعل در مقابل انجام طلاق از سوی شوهر، مالی را به عنوان «جُعَل» به او تملیک کند.
- ۵- به صورت شرط ضمن عقد لازم، مانند آن که زن مالی را به شوهرش بفروشد و در آن شرط کند که وی (شوهر) او را طلاق دهد.
- ۶- فدیة به عنوان شرط ضمن طلاق درج شود، به این معنا که شوهر ضمن طلاق، با همسر خود شرط کند که وی مقداری مال به او تملیک نماید و زوجه نیز این شرط را قبول کند.
- شایان ذکر است که در تمامی فروض بالا، زوجین با توافق کامل اخلاقی اقدام به طلاق معوض می نمایند.

۱) طلاق به عوض به عنوان عقد معاوضی مستقل

چنانچه طلاق به عوض به صورت عقد معاوضی مستقلی واقع شود، به طوری که یکی از عوضین آن طلاق و عوض دیگر آن فدیة باشد، آیا عقد مزبور صحیح و معتبر است تا در نتیجه آن، زوج مالک فدیة شود یا خیر؟

برخی به استناد عموم آیه زیر عقد مزبور را صحیح دانسته اند: «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود»^۶؛ ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خود عمل کنید.»

گروهی نیز شمول آن را نسبت به عقود نامعین (عقود غیر رایج و نامتعارف) انکار کرده اند، از این رو دستیابی به پاسخ صحیح در مسئله مورد بحث، نیازمند بررسی اجمالی مفاد آیه بالا خواهد بود.

بررسی مفاد آیه «أوفوا بالعقود»

واژه «عقد» در لغت عرب به معنای عهد، پیمان محکم و استوار^۷ و نیز گره^۸ آمده است، در برخی احادیث که در تفسیر این آیه وارد شده نیز عقود به «عهد» (پیمان ها) تفسیر شده است.^۹

مفسران در تعیین مصادیق عهد نظریه های گوناگونی ابراز داشته اند^{۱۰}، از جمله این

که:

- ۱- مقصود از آن، پیمان‌های دفاعی و همکاری است که افراد و قبایل در زمان جاهلیت در میان خود منعقد می‌کرده‌اند.
 - ۲- مقصود پیمان‌هایی است که خداوند از بندگان خود گرفته است تا نسبت به ایمان به خدا و پای‌بندی به حلال و حرام، وفادار باشند.
 - ۳- مقصود، کلیه قراردادهایی است که انسان‌ها میان خود برقرار می‌سازند، مانند عقد بیع، نکاح و... یا تعهداتی است که انسان‌ها در برابر خداوند بر ذمه خویش استوار می‌کنند، مانند نذر و عهد و... .
 - ۴- مقصود، پیمان‌ها و میثاق‌هایی است که خداوند از اهل کتاب گرفته است تا به پیامبر اسلام ﷺ که بشارت ظهور او در تورات و انجیل داده شده بود، وفادار باشند.
- از میان احتمالات فوق، احتمال اول و چهارم افزون بر آن که از هر نوع قرینه و شاهدی خالی است، مخالف با سیاق آیاتی است که آیه مورد بحث در ردیف آن‌ها قرار گرفته است، احتمال دوم نیز مخالف با ظاهر لفظ است. بنابراین، تنها احتمال سوم قابل قبول است، زیرا اولاً: مطابق قواعد دستوری زبان تازی هرگاه صیغه جمع همراه با الف و لام (جمع محلی به الف و لام) باشد از آن معنای عموم و استغراق فهمیده می‌شود و واژه «العقود» که در آیه مورد بحث آمده، از این قبیل است، ثانیاً: الفاظ کتاب (قرآن) و سنت را باید بر معانی عرفی حمل نمود، بدین لحاظ مقصود از واژه «عقود» در مورد بحث، کلیه قراردادهای خصوصی میان افراد است که عرف آن را به عنوان «عقد» شناسایی می‌کند، اعم از آن که طرف دیگر قرارداد، خداوند باشد یا بندگان.
- نکته حائز اهمیت در مفاد آیه آن است که آیا عقودی که به موجب این آیه لازم الاتباع شناخته شده‌اند، صرفاً در قراردادهای رایج و شناخته شده در زمان نزول آیه و عصر پیامبر اکرم ﷺ منحصرند یا این که آیه فوق شامل کلیه قراردادها، و حتی عقودی نیز خواهد بود که در عصر نزول سابقه نداشته‌اند (عقود نامعین)؟
- برخی از فقه‌ها نظریه نخست را برگزیده‌اند. اینان در توجیه ادعای خویش به دلایلی استناد کرده‌اند، از جمله گفته‌اند:

۱- هر چند مطابق قواعد زبان و ادبیات تازی، در صورتی که لفظ جمع همراه با الف و لام باشد مفید عموم و استغراق است و اصالة الحقیقه^{۱۱} نیز اقتضا می‌کند که الفاظ بر معانی حقیقی خود حمل شوند، ولی چنانچه کلام همراه با اموری باشد که سبب ظن بر اراده خلاف معنای حقیقی از لفظ شود و یا لاقلاً صلاحیت قرینه بودن بر اراده بعضی از افراد عام از لفظ عموم را داشته باشد، در این صورت اصالة الحقیقه جاری نخواهد بود، و از آنجا که آیه مورد بحث در سوره مائده، آخرین سوره نازل بر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وارد شده است، و قبل از نزول آن، عقود و معاملاتی میان مردم رایج و شایع بوده است که از سوی شرع اسلام لازم‌الاتباع شناخته شده بودند، مانند بیع و نکاح و اجاره و... بدین لحاظ، این امر خود می‌تواند قرینه‌ای بر انصراف آیه مزبور به عقود متعارف در آن زمان باشد، لذا شمول آن نسبت به عقدهای جدید مورد تردید است.^{۱۲}

۲- حمل آیه بر عموم (اعم از عقود معین و نامعین) مستلزم آن است که مفاد آن نسبت به عقودی که در زمان نزول آیه رایج و لازم‌الاتباع بوده از قبیل حکم تأکیدی و نسبت به عقود جدید از موارد احکام تأسیسی و امضایی باشد که این امر خود مستلزم استعمال لفظ واحد در بیش از یک معنا است و در علم اصول بطلان آن به اثبات رسیده است.^{۱۳} ولی هر دو استدلال فوق مردود است زیرا اولاً: چنانکه در علم اصول به اثبات رسیده است، تنها قراین متصل به کلام می‌توانند از انعقاد ظهور الفاظ عموم در شمول و استغراق جلوگیری نمایند، از این رو تقدّم زمانی طلب (خواستن) برخی افراد عام، سبب عدم انعقاد ظهور عام متأخر در شمول و استغراق نیست. بدین لحاظ واجب‌الاتباع بودن برخی عقود قبل از نزول آیه، سبب انصراف عموم آن به عقدهای متعارف نخواهد بود.

ثانیاً: همیشه مفاد امر و فرمان - چنانکه در علم اصول به اثبات رسیده است - برانگیختن شخص مأمور به سوی انجام فعل مورد امر (مأمور به) است و وصف تأکیدی یا تأسیسی بودن امر از منتزعات عقل می‌باشد؛ بدین معنا که هرگاه متعلق امر سابقاً نیز مورد طلب قرار گرفته باشد در این صورت، عقل از آن وصف تأکیدی و در غیر این صورت صفت تأسیسی بودن را انتزاع می‌کند. بدین لحاظ حمل آیه بر عموم (عقود معین و نامعین) مستلزم استعمال لفظ در بیش از معنای واحد نیست.^{۱۴}

شایان ذکر است که آیه مورد بحث، نه تنها دلیل صحت عموم قراردادهای است بلکه اثبات کننده لزوم آنها نیز می باشد، زیرا معنای وجوب وفای به عقد، لزوم عمل کردن به مقتضای آن است از این رو فقها آیه مورد بحث را یکی از مهم ترین دلایل اصل لزوم قراردادهای (اصالة اللزوم) قرار داده اند.

با الهام از این آیه نویسندگان قانون مدنی نیز مبادرت به تنظیم ماده ۱۰ ق.م.نموده اند که در آن آمده است:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

نتیجه: با توجه به مراتب فوق، هرگاه طلاق معوض به عنوان عقد مستقل واقع شود به طوری که یکی از عوضین آن طلاق و عوض دیگر فدیة باشد، این عقد به استناد عموم آیه «اوفوا بالعقود» و نیز ماده ۱۰ ق.م.صحيح و معتبر است و در نتیجه زوج پس از طلاق، مالک فدیة خواهد شد.

طبیعت حقوقی این نوع طلاق

از آنجا که عقد مزبور، به استناد اصل لزوم قراردادهای لازم و غیر قابل فسخ است از این رو هیچ یک از زوجین حق انحلال آن را نخواهند داشت، بنابراین زوجه نیز حق رجوع در فدیة را ندارد (بر خلاف طلاق اخلع که زوجه می تواند در بذل رجوع کند) و زوج نیز حق رجوع در عده را نخواهد داشت و میان آن دو جدایی کامل برقرار می شود^{۱۵}، مگر آن که طرفین با تراضی عقد مزبور را اقاله نمایند، و حتی برخی در امکان اقاله نیز تردید کرده اند، زیرا طلاق که یکی از عوضین عقد مزبور است از قبیل اموال (اعم از مثلی یا قیمی) نیست تا قابل استرداد باشد، بلکه از اموری است که بلافاصله پس از انشای آن معدوم می گردد و بدین لحاظ پس از اقاله قابل استرداد نیست پس اقاله آن نیز صحیح نخواهد بود.^{۱۶}

اشکال: ممکن است ایراد شود که نسبت میان ادله عام جواز رجوع زوج در عده طلاق رجعی و ادله عام لزوم وفای به عقود، از قبیل عام و خاص من وجه است، زیرا

مورد عقد لازم، اعم است از آن که یکی از عوضین آن طلاق باشد یا خیر، بنابراین رجوع در عده نیز ممکن است در موردی واقع شود که طلاق در عقد لازمی به عنوان یکی از عوضین قرار گرفته باشد، بدین لحاظ در مورد اجتماع آن دو (یعنی طلاق رجعی که مورد عقد معاوضه است) ترجیح عمومات وفای به عقد بر عمومات جواز رجوع در عده، ترجیح بدون مرجح خواهد بود. بنابراین در مورد بحث، دلیلی بر جدایی کامل بین زوجین وجود ندارد، بلکه شوهر پس از طلاق گرفتن عوض نیز می‌تواند در عده رجوع کند به شرط آن که زن یا نئسه، صغیره و یا غیر مدخوله نباشد.

پاسخ: بی تردید هدف زوجه از انعقاد عقد معاوضی بر طلاق آن است که از این طریق بر خویشتن مسلط شده و سلطه شوهر بر خود را پس از طلاق به طور کامل قطع نماید؛ به طوری که وی (شوهر) امکان رجوع در عده را نداشته باشد، هم‌چنان‌که در خلع و مبارات نیز فقها در توجیه حصول جدایی و کامل به معاوضی بودن آن دو، و عمومات لزوم عقود استناد کرده‌اند. بدین لحاظ، عموم ادله وجوب وفای به عقود، بر عمومات جواز رجوع در عده ترجیح خواهد داشت.

اشکال: ممکن است ایراد شود که صرف قصد زوج بر انقطاع تسلط زوج بر او، مانع رجوع شوهر نیست، زیرا جواز رجوع در عده از احکام شرعی و قانونی است که به مجرد قصد زوجین قابل رفع نیست و حتی در خلع و مبارات نیز اگر نصوص (روایات) معتبر بر عدم امکان رجوع زوج در دست نبود، مقتضای عمومات یاد شده جواز رجوع زوج در عده بود.

پاسخ: اولاً، اصولاً از ابتدا شامل بودن ادله جواز رجوع در عده، نسبت به موارد طلاق به عوض، مشکوک و غیر مسلم است، زیرا در این دلایل غالباً الفاظ مطلق^{۱۷} به کار رفته است که دلالت آن‌ها بر شمول و استیعاب، با مقدمات حکمت و ترک استفصال بین افراد متعارف و رایج مطلق امکان‌پذیر است و از آن‌جا که طلاق به عوض از افراد شایع و رایج طلاق نیست و احتمال وقوع آن نیز از احتمالات نادر و غیر متبادر به ذهن است از این رو ترک استفصال در ادله جواز رجوع در عده نیز نمی‌تواند دلیل شمول حکم مطلقات به مورد طلاق به عوض باشد.^{۱۸}

ثانیاً، از روشن‌ترین عموماتی که بر جواز رجوع در عده طلاق رجعی دلالت می‌کند این، آیه شریفه است: «وَبَعُولْتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ؛ شوهران آنها (زن‌های مطلقه) به رجوع به آنها سزاوارترند».^{۱۹}

ولی واضح است که ضمیر «هن» راجع به زنانی است که رجوع در عده در حق آنها امکان‌پذیر باشد، لذا شمول آن حتی نسبت به زنانی که در مقابل عوض طلاق گرفته‌اند، ابتدای کلام و مصادره به مطلوب است.^{۲۰}

ثالثاً، با فرض پذیرش تمام اشکالات، تردیدی نیست که تملک زوج نسبت به فدیة که یکی از آثار طلاق به عوض است، صحیح و معتبر است. بنابراین هرگاه زوجه یائسه، صغیره و یا غیره مدخوله باشد، افزون بر تملک زوج نسبت به فدیة، بینونت و جدایی کامل نیز میان آن دو حاصل می‌شود هر چند که این جدایی ناشی از خصوصیت معوض بودن طلاق نیست.^{۲۱}

۲) طلاق، به عنوان عوض در هبه معوض

هرگاه زن مقداری از اموال خود را (اعم از مهریه یا غیر آن) به شوهر خود ببخشد تا وی نیز در برابر این هبه او را طلاق دهد، آیا این هبه معوض صحیح شناخته می‌شود تا در نتیجه آن شوهر در برابر طلاق مالک عوض شود یا خیر؟ بدون تردید پاسخ مثبت است، زیرا در هبه معوض هر شی‌ای می‌تواند به عنوان عوض قرار داده شود، خواه از قبیل افعال باشد مانند دوختن لباس یا ساختن انگشتری و... یا از قبیل عقود و ایقاعات مانند بیع و طلاق و ابراء و...^{۲۲} چنان که در ماده ۸۰۱ ق.م نیز آمده است:

هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهب مالی را

به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به‌جا آورد.

هم‌چنان که فقها نیز در توجیه لزوم صدقه گفته‌اند: صدقه نوعی هبه معوض است که عوض در آن تقرّب به خداوند است.^{۲۳}

علامه در «تذکرة الفقهاء» در باب حجر گوید:

ولّى طفل می‌تواند اموال مولی علیه را به دیگری ببخشد مشروط بر آن که در هبه او!

این هبه مال بیش تری را به دست آورد، یا امری را از جانب متهب تحصیل کند که

مصلحت و نفع طفل در آن امر، بیش تر از نفع او در صورت بقای عین است.^{۲۴}

از عبارت فوق چنین برمی آید، تحصیل امری که سبب نفع طفل گردد می تواند در هبه معوض به عنوان عوض قرار گیرد، خواه آن امر از قبیل افعال باشد یا اموال یا غیر آن. چنانچه اطلاق حدیث ابن سنان از امام صادق (ع) نیز شاهد این مدعا است، در این حدیث آمده است:

إذا عوّض صاحب الهبة فلیس له أن یرجع؛ هرگاه صاحب هبه آن را تعویض

نماید حق رجوع در آن را نخواهد داشت.^{۲۵}

از این رو هرگاه زن به شوهر خود بگوید «این مال را به تو می بخشم که در مقابل آن من را طلاق دهی» و زوج نیز این ایجاب را قبول کند و وی را طلاق دهد، بدون تردید این طلاق صحیح و معتبر است و زوج نیز مالک عین موهوبه خواهد بود، مشروط بر آن که عین موهوبه قبل از طلاق قبض شده باشد، مانند آن که عین موهوبه قبلاً در نزد شوهر بوده و یا زوجه ما فی الذمه زوج را به او هبه نماید.^{۲۶}

ولی چنانچه طلاق قبل از قبض عین موهوبه صورت گیرد، نظر به این که زوج هنوز مالک عوض (عین موهوبه) نشده است (زیرا قبض عین موهوبه شرط صحّت هبه است، ماده ۷۹۸ ق.م)، لذا صدق عنوان هبه معوض، بر آن محلل تردید است، هر چند که برخی از فقها به استناد عدم لزوم مراعات تقارن زمانی میان انشای عقد هبه و قبض گفته اند:

هرگاه زوجه در زمان ایجاب، قصد اقباض عین موهوبه را داشته باشد، در این

صورت حتی اگر طلاق قبل از قبض هم واقع شود، عنوان معوض بودن بر آن صادق

است، و صحیح است گفته شود: زوجه طلاق را با عین موهوبه تعویض نمود.^{۲۷}

به هر حال، در صورت اول (طلاق پس از قبض عین موهوبه صورت گرفته باشد) قطعاً طلاق معوض صحیح می باشد و این خود به تنهایی در اثبات مدعای مورد نظر کافی است.

طبیعت حقوقی این نوع طلاق

از آن جایی که هبه معوض، نسبت به واهب و متهب لازم است (بند ۲ ماده ۸۰۳ ق.م.) لذا هیچ یک از آن‌ها حق رجوع در هبه را ندارند، مگر آن‌که اقاله صورت گیرد (بر خلاف طلاق خلع که زوج می‌تواند در فدیة رجوع کند که در این صورت زوج نیز حق رجوع در عده را خواهد داشت).

اشکال: ممکن است ایراد شود که:

اولاً، هر چند هبه معوض عقد لازمی است، ولی از سوی دیگر هرگاه زن مطلقه مدخوله و یا غیر یائسه باشد، عمومات ادله جواز رجوع در عده نیز شامل این مورد خواهد بود و بنابراین عمل به عمومات لزوم هبه معوض، ترجیحی بر عمومات ادله جواز رجوع زوج در عده نخواهد داشت.

ثانیاً، هرگاه عوض عین موهوبه، صرفاً اجرای صیغه طلاق از سوی شوهر باشد در این صورت جدایی کامل بین زوجین برقرار نخواهد شد، پس معوض بودن طلاق همیشه مستلزم بائن بودن آن نیست.

پاسخ: غالباً در موارد طلاق به عوض، هدف زن رهایی از سلطه زوج و تحصیل بینونت و جدایی کامل از اوست و عقد را نیز بر این مبنا استوار می‌سازند از این رو امکان رجوع زوج در عده، نقض غرض خواهد بود.

اشکال: هرگاه طلاق به عوض در قالب هبه معوض واقع و سبب جدایی کامل زوجین شود، این مستلزم آن است که طلاق زنان غیر یائسه و مدخوله و کبیره، که ذاتاً قابل رجوع‌اند، به بائن تبدیل شود که این عمل نوعی تشریح حرام است.

پاسخ: غرض از لزوم هبه معوض در مورد بحث و عدم امکان رجوع زوج آن است که در حقیقت زوج با زوج شرط می‌کند - به صورت شرط ضمنی ارتکازی - که در برابر هبه‌ای که از سوی او انجام می‌گیرد، زوج نیز حق رجوع خود را اسقاط نماید، و اسقاط حق رجوع از سوی زوج امری ممکن و کاملاً مشروع است و برخی از فقها نیز به جواز آن فتوا داده‌اند،^{۲۸} در نتیجه پس از اسقاط حق رجوع، طلاق بائن خواهد بود.

۳) طلاق، به عنوان عوض در عقد صلح

چنانچه زن و شوهری عقد صلحی میان خود منعقد نمایند که به موجب آن مرد در ازای مالی که از همسر خود دریافت می‌کند، او را طلاق دهد، آیا این صلح معوض، صحیح و معتبر است یا خیر؟
بدون شک پاسخ مثبت است، زیرا عقد مزبور مشمول عمومات ادله صلح خواهد بود، از قبیل حدیث مشهور:

الصلح بین المسلمین جایز الا ما احل حراماً او حرّم حلالاً؛ عقد صلح در میان مسلمانان جایز و مشروع است مگر آن که سبب حرام کردن حلالی یا حلال نمودن حرامی شود.^{۲۹}

در ماده ۷۵۴ ق.م نیز آمده است:

هر صلحی نافذ است، جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد

عبارات برخی فقهای امامیه نیز به صحت چنین صلحی اشعار دارد، مثلاً علامه می‌نویسد:

لا يجوز الصلح علی ما لا يجوز اخذ العوض عنه،..... و لو دفعت الیه عوضاً لیقرّ بطلاقها لم یملکه. بخلاف ما لو بذلت عوضاً لیطلقها^{۳۰}؛

صلح بر امری که گرفتن عوض بر آن جایز نیست باطل است... مانند آن که زن مالی به مرد بدهد که او به طلاق آن زن اقرار بنماید، در این صورت مرد مالک عوض نخواهد بود بر خلاف آن که زن مالی به شوهر بدهد که در ازای آن وی (زن) را طلاق دهد، که در این صورت مرد مالک عوض نمی‌شود.

جمله «بخلاف ما لو بذلت عوضاً لیطلقها...» دلالت بر آن دارد که از نظر علامه گرفتن عوض در مقابل طلاق ذاتاً جایز است، از این رو صلح بر آن (طلاق) در برابر فدیة (عوض) نیز صحیح است.

هم چنین علامه در کتاب «مختلف الشیعه» از ابن جنید نقل کرده است:

لو صالح امرأته علی أن یطلقها علی أن ترضع له ولداً ستین حتی تفضمه، و علی أن زادهای ثوباً بعینیه فتمنه قیمه مهر مثلها، فقبضت الثوب فاستهلكه و ارضعت الصبی

سنة ثم مات رجع عليها بنصف قيمة الثوب و نصف مهر مثلها ان كان دخل بها و ان لم يكن دخل بها رجع عليها بنصف قيمة الثوب و ربع مثلها: ^{۳۱}

هرگاه زنی با شوهر خود صلح کند که در ازای دو سال شیر دادن فرزند آن مرد، و دریافت یک دست لباس، طلاق داده شود، و آن گاه طفل بعد از یکسال شیر خوردن بمیرد، در حالی که لباس نیز از سوی زن مصرف و نابود شده است، در این صورت هرگاه طلاق قبل از دخول باشد مرد می تواند نصف قیمت لباس و نصف مهر المثل را از زن بگیرد و اگر بعد از آمیزش باشد زوج نصف قیمت لباس و ربع مهرالمثل را مستحق خواهد بود.

همان گونه که ملاحظه می شود این جنید صلحی را که یک طرف آن طلاق و طرف دیگر آن رضاع (شیر دادن) و لباس است، معتبر شناخته است، و هر چند علامه در خصوص این نوع صلح ایراد کرده ولی اصل جریان صلح بر طلاق را پذیرفته است، زیرا می گوید:

و فی صحّة هذا الصلح نظر، من حيث أنّ الصلح انما يتمّ على ما يتملك و لو سلّم صحّته فقد جعلت في مقابلة الرضاع بضعاً و ثوباً، فاذا لم يسلم اليه الجميع كان عليها أجرة الرضاع في المدة المتخلفة:

در صحت این صلح اشکال است زیرا صلح باید بر امور قابل تملک برقرار شود، و بر فرض صحت آن (صحت در اموری که قابل تملک نیستند) از آن جا که در صلح یاد شده، عوض رضاع (شیر دادن) لباس و بضع است پس هرگاه در تمام مدت مقرر رضاع انجام نشود زن باید اجرت المثل زمان باقی مانده را به مرد بپردازد. ^{۳۲}

به هر حال، پس از شمول عمومات صلح بر مورد بحث، و عدم مانع از صحت آن، صلح مزبور صحیح و نافذ است و در نتیجه شوهر در برابر طلاق همسر خود، مالک عوض (فدیة) که به عنوان مال المصالحة از همسرش دریافت می کند، خواهد شد. ماهیت حقوقی این نوع طلاق نیز به لحاظ لزوم عقد صلح همانند موردی است که در هبه معوض بیان شد.

۴) طلاق، به عنوان «جُعَل» در عقد جُعَاله

هرگاه زن به عنوان جعاله به شوهر خود بگوید: «اگر مرا طلاق بدهی مبلغ معینی مال به تو خواهم داد» و شوهر نیز او را طلاق دهد آیا جعاله صحیح شناخته می‌شود تا در نتیجه آن زوج مالک عوض (جُعَل) گردد یا خیر؟

برخی به استناد آن که موضوع جعاله باید عرفاً از جمله اعمالی باشد که عامل بتواند آن را به نیابت و نمایندگی از جاعل انجام دهد، جعاله مورد بحث، را باطل دانسته‌اند، زیرا طلاق زوجه از قبیل اعمالی نیست که زوج بتواند آن را از طرف زوجه واقع سازد.^{۳۳} ولی به نظر ما استدلال فوق مخدوش است، زیرا اصولاً موضوع جعاله کلیه افعالی است که دارای منفعت و غرض عقلایی بوده و جاعل نیز از انجام آن، منتفع شود (به استثنای واجبات عینی)، خواه آن فعل از افعالی باشد که عامل بتواند آن را از سوی جاعل انجام دهد یا خیر. به همین جهت فقها حدیث «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبَةٌ»^{۳۴}؛ هر کس دشمن را بکشد ابزار و سلاح او (مقتول) از آن اوست» یا عبارت: «مَنْ دَخَلَ دَارَ فُلَةٍ دَرَهْمًا؛ هر کس داخل منزل من شود یک درهم به او می‌دهم» و امثال آن را از مصادیق جعاله شناخته‌اند با آن که جهاد یا داخل شدن در منزل جاعل، از اعمالی نیست که بتوان آن را به نیابت از جاعل انجام داد.

بنابراین جعاله بر طلاق، از سوی زوجه یا اجنبی، صحیح است، زیرا طلاق زوجه از سوی زوج، از قبیل اعمال و افعالی است که ممکن است زوجه یا شخص ثالث از آن منتفع شوند، و غرض عقلایی بر آن مترتب باشد. هم‌چنان‌که از مفهوم ماده ۵۷۰ قانون نیز این معنا به خوبی فهمیده می‌شود، در این ماده آمده است:

جعاله بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیر عقلایی باطل است.

برخی از فقهای امامیه نیز به صحت این نوع جعاله، تصریح نموده‌اند، از قبیل فخرالمحققین در «ایضاح الفوائد» که می‌گوید:

اذا سألت المرأة الطلاق و التسمية ببذل فأجابها الزوج فأبى هذا معاوضة من وجه

و جعاله من وجه..... و أمّا مشابهة للجعالة فلانها جعلت المال في مقابلة ما يستقل

الزوج بفعله و هو الطلاق فإذا أتى به وقع الموقع و وصل مقصودها الذي هو غاية لها

فی بذل المال؛ ۳۵

هرگاه زنی از شوهر خود در برابر بذل (فدیه) درخواست طلاق نماید و زوج نیز قبول کرده و او را طلاق دهد، این عمل از جهتی معاوضه و از جهتی شبیه جعاله است و... اما شباهت آن به جعاله از این جهت است که فدیه (عوض) در برابر عملی قرار داده شده است که صرفاً در اختیار زوج است (طلاق) پس هرگاه زوج آن را انجام دهد، مقصود و غرض زوجه از بذل مال حاصل می‌شود.

هم چنین فاضل هندی در «کشف اللثام» در شرح عبارت قواعد که گفته است: «فان طَلَّقَ ثَلَاثًا فَلَهُ الْاَلْفُ؛ اگر زوجه به زوج بگو مرا در برابر هزار دینار به سه طلاق مطلقه ساز» می‌گوید:

لَا بَدَلَ عَلَى الْاَفْعَالِ صَحِيحَةً شَرْعًا. فَاِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا كَذَلِكَ فَلَهُ الْاَلْفُ وَفَاثًا
لِلْمَحْقِقِ عَلَى الْجَعَالَةِ؛ ۳۶

بذل مال بر افعال شرعاً صحیح است، پس اگر مرد زن را سه بار طلاق دهد، به سبب انجام مورد جعاله مستحق فدیه مقزّر (هزار درهم) خواهد شد.

بنابراین با توجه به عبارات فقها و عمومات ادله جعاله، تردیدی در صحت جعاله مورد بحث وجود ندارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

پرتال جامع علوم انسانی

ماهیت حقوقی این نوع طلاق

هرگاه زن یا نثسه یا صغیره یا غیرمدخوله باشد طلاق مزبور بائن است ولی اگر زن مطلقه از افراد یاد شده نباشد، اصولاً طلاق رجعی است و زوج حق رجوع در عده را ندارد و از طرفی زن نیز حق مراجعه در بذل را ندارد زیرا بذل در برابر عملی قرار داده شده که آن عمل (طلاق) به طور کامل از سوی زوج انجام پذیرفته است.

آری، چنانچه جعاله در برابر طلاق و عدم رجوع زوج در عده، (به صورت شرط فعل) قرار داده شده باشد، در این صورت پس از رجوع زوج در عده، زوجه نیز حق مراجعه در فدیه را خواهد داشت، زیرا در این فرض، عمل مورد جعاله به طور کامل از سوی زوج انجام نیافته است.

ولی هرگاه، جماله بر طلاق و اسقاط حق رجوع زوج در عده واقع شود، در این صورت طلاق بائن است و بین زوجین جدایی کامل برقرار خواهد شد.

(۵) طلاق به عنوان شرط ضمن عقد لازم

چنانچه طلاق به عنوان شرط در ضمن عقد لازمی درج شود، مانند آن که زن مهریه خود را در مقابل مال معینی به زوج صلح نماید و در ضمن آن بر شوهر خود شرط کند که وی را طلاق دهد، بدون تردید این شرط، لازم الوفا و معتبر است، زیرا مشمول ادله صحت شروط از قبیل «المؤمنون عند شروطهم»^{۳۷} و مانند آن خواهد بود. قابل ذکر است که صدق عنوان طلاق به عوض بر طلاق مزبور، بدین لحاظ است که ثمن معامله اصلی با ملاحظه شرط تعیین می‌گردد و در واقع قسمتی از ثمن در برابر شرط قرار می‌گیرد.

طبیعت طلاق مورد بحث نیز به گونه‌ای است که در فروض پیشین بیان گردید.

(۶) فدیة، به عنوان شرط در ضمن ایقاع (طلاق)

آیا ممکن است عوض (فدیة) به عنوان شرط در طلاق درج شود، به این معنا که در حین انشا طلاق، شوهر بر همسر خود شرط کند که مقداری مال به او تملیک کند و زوجه نیز این شرط را بپذیرد؟ آیا این شرط صحیح و نافذ است یا خیر؟ در پاسخ، ابتدا باید دو فرض را از یکدیگر تفکیک نماییم:

فرض اول: هرگاه طلاق به صورت معلق واقع شود به طوری که اثر طلاق، متوقف بر حصول شرط باشد، در این صورت به اجماع فقها چنین طلاقی باطل است؛^{۳۸} هر چند برخی مانند شهید ثانی در وجود اجماع مزبور تردید کرده‌اند.^{۳۹}

گروهی نیز علت بطلان طلاق معلق را منافات تعلیق با جزم در انشا دانسته‌اند.^{۴۰} به هر حال، هرگاه حصول طلاق، معلق بر عوض باشد چنین طلاقی یا به دلیل اجماع و یا به علت اعتبار جزم در انشا، باطل است و در نتیجه زوج مالک فدیة نخواهد شد. در

ماده ۱۱۳۵ قانونی مدنی نیز آمده است:

طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است.

فرض دوم: اگر مقصود از شرط، همان معنای رایج و متداول آن، یعنی الزامات و التزامات فرعی باشد، بدون آن که اثر طلاق معلق بر حصول شرط باشد، در این صورت باید ملاحظه نمود که آیا اساساً تعهدات فرعی (شروط) در ضمن ایقاعات همانند شروط در ضمن عقود لازم، الزام آورند؟ یا این که اساساً چنین شروطی غیر معقول و باطل هستند؟

برخی از فقها به طور کلی شروط در ضمن ایقاعات را باطل دانسته‌اند، خواه شرط مزبور از قبیل شرط خیار باشد یا غیر آن. برخی نیز تنها جریان خیار شرط را در ایقاعات انکار کرده‌اند. در مقابل، گروه دیگری نیز به صحت چنین شروطی (شرط ضمن ایقاع) فتوا داده‌اند.

گروه نخست برای اثبات نظریه خویش به دلایل متعددی استناد کرده‌اند که بررسی همگی آن‌ها در این جا امکان‌پذیر نیست از این رو به مهم‌ترین دلیل آن‌ها اشاره می‌کنیم: گفته شده است: مفهوم و معنای شرط همان الزام و التزامات فرعی ضمن عقد اصلی است، به گونه‌ای که عقد اصلی ظرف تحقق شرط باشد، و از آن جایی که ایقاعات اموری بسیط و غیر قابل تجزیه‌اند، لذا ارتباط شرط با ایقاع به گونه‌ای که شرط در خلال آن (ایقاع) قرار گیرد و ایقاع مزبور ظرف و حاوی شرط باشد، معقول نیست.^{۴۱}

پاسخ: اساس استدلال فوق بر این پایه استوار شده است که ارتباط شرط و عقد اصلی صرفاً در ارتباط ظاهری آن دو، و قرار گرفتن شرط در میان عقد اصلی است و بدین لحاظ جریان شروط در ضمن ایقاعات مورد انتقاد قرار گرفته است در حالی که اصولاً این مبنا نادرست است و ارتباط شرط و عقد اصلی را باید در کیفیت تعهدات طرفین نسبت به عقد اصلی و شرط جست و جو کرد که به طور خلاصه این ارتباط را می‌توان به یکی از دو شیوه زیر توجیه نمود:

۱- التزام مشروط له به عقد اصلی معلق بر انجام شرط از سوی مشروط علیه باشد، که در این فرض، با تخلف مشروط علیه، عقد خیاری خواهد بود.

۲- عقد اصلی معلق بر التزام مشروط علیه به شرط باشد، که پس از قبول شرط از سوی مشروط علیه، عقد اصلی محقق و منجز خواهد شد ولی در صورت تخلف مشروط علیه از انجام شرط، مشروط له تنها حق اجبار مشروط علیه را به انجام شرط خواهد داشت.^{۴۲}

به هر حال به نظر می‌رسد، شرط در ضمن ایقاع با هیچ مانع و محذور عقلی و یا نقلی مواجه نیست و بدین لحاظ است که فقها در عتق که از ایقاعات به شمار می‌رود شرط انجام خدمت در زمان معینی را جایز دانسته‌اند.^{۴۳}

بنابراین هرگاه شوهر در ضمن طلاق بر زوجه شرط کند که وی (زوجه) مقدار معینی مال به او تملیک کند و او نیز این شرط را بپذیرد، چنین شرطی نافذ و معتبر است و زوج پس از طلاق مالک فدیة خواهد شد.

شایان ذکر است که در صورت تخلف شرط در ایقاعات، برای مشروط له خیار فسخ نیست و تنها حق اجبار مشروط علیه را خواهد داشت. ماهیت این طلاق نیز از مباحث پیشین روشن می‌شود.

دلایل مخالفین

مخالفین طلاق به عوض، برای اثبات مدعای خود به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

۱- آیه قرآن که می‌فرماید:

وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ.^{۴۴}

و حلال نیست که چیزی از مهریه آنان (زنان) را به جور و ستم بگیرید، مگر آن که بترسید که حدود دین خدا را راجع به احکام ازدواج نگاه ندارند، در چنین صورتی زن هر چه از مهر خود به شوهر خود ببخشد روا است.

گفته شده است: به موجب آیه فوق، گرفتن هرگونه عوض مالی (فدیة) از زن حرام است مگر آن که بیم عدم اجرای احکام الهی از ناحیه زوجه رود (به این معنا که هرگاه زوج او را طلاق ندهد وی مرتکب نشوز و معصیت شود) بنابراین، تنها در این صورت

است که اخذ فدیة جایز و مباح شمرده شده است.

از این رو موارد مشروعیت اخذ فدیة از زوجه، منحصر به موارد خلع و مبارات خواهد بود و در غیر این دو مورد اخذ مال از او (زوجه) مشروع نیست.^{۴۵}
 پاسخ: با دقت در موارد مختلف استعمال واژه «أخذ» روشن می‌شود که در مفهوم این کلمه، گرفتن همراه با نوعی قهر و غلبه نهفته است، مانند گرفتن غاصب یا مأمور اخذ مالیات و مانند آن.

موارد زیر را می‌توان شاهد بر این ادعا قرار داد:

«خذ أموالهم صدقة»،^{۴۶} «خذوه فغلوه»^{۴۷}، «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»،^{۴۸} «لا تأخذهم في الله لومة لائم»،^{۴۹} «لا تأخذ سنة ولا نوم»،^{۵۰} «وإن أَرَدْتُمْ استبدال زوج مكان زوج و آتیتمْ إحداهنّ قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً، تأخذونه بهتاناً و ائماً مبیناً، و كيف تأخذونه و قد أفضى بعضكم الى بعض».^{۵۱}

در تمام موارد فوق، واژه (اخذ) به معنای گرفتن همراه با نوعی قهر و غلبه استعمال شده است بنابراین معنای آیه مورد بحث چنین است: حلال نیست بر شما (مردان) که اموال همسرانتان را به قهر و غلبه تملک کنید مگر آن که زن با داشتن کراهت از شوهرش، در مقام رهایی و نجات خویش از قید زوجیت او باشد، به طوری که اگر طلاق واقع نشود خوف معصیت او رود. در این صورت منعی نیست اموالی را که زن برای خلاصی خود می‌دهد افتدا (تملك) کنید هر چند که این تملك همراه با طیب نفس زوجه نباشد.

بنابراین، اخذ مال از زوجه توسط شوهر، در صورتی که زوجه با رضایت و طیب نفس آن را تملیک شوهر نماید، هیچ محذوری نخواهد داشت و مشمول آیه مورد بحث نخواهد بود، بلکه به صراحت آیات دیگر قرآن، گرفتن مال از زوجه همراه با رضایت و طیب نفس او، عملی مباح و مشروع می‌باشد، مانند آیه:

فإن طبن لكم عن شيء فكلوه هنئلاً مریئاً؛^{۵۲}

پس اگر زنان چیزی از مهر خود را از روی رضا و خوشنودی به شما بخشیدند، پس

آن شیء شما را حلال و گوارا خواهد بود.

از همین روی است که محقق اردبیلی در «زبدۃ البیان» خود می نویسد:

انها تدل على أن الاخذ من المرأة لتخليص نفسها لا يجوز إلا مع الخوف، لا عدم
جواز العقد المشر لذلك إلا مع الكراهه: ۵۳

آیه مورد بحث، دلالت دارد که اخذ مال (فدیه) از زن برای نجات و خلاصی خود جایز نیست مگر در صورت خوف، ولی چنین دلالتی ندارد که هر عقدی که سبب پرداخت مالی از ناحیه زوجه به زوج می شود باید همراه با کراهت زوجه باشد.

۲- روایاتی که از نظر مفهوم بر عدم مشروعیت گرفتن عوض از زوجه در غیر موارد خوف نشوز و معصیت دلالت دارند، از قبیل صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام که فرمود:

إذا قالت المرأة لزوجها جملة «لا أطيع لك أمراً» مفسرة أو غير مفسرة حلّ له ما
اخذ منها وليس له عليها رجعة: ۵۴

هرگاه زنی به شوهر خود این جمله را بگوید که: «من اطاعت امر تو را نمی کنم» اعم از آن که آن را تفسیر کند یا خیر، بر مرد مالی که از او گرفته حلال است، ولی در زمان عدّه حق مراجعه به آن زن را ندارد.

برخی نیز گفته اند: به مقتضای مفهوم شرط، در غیر مورد حدیث، اخذ مال از زوجه به عنوان فدیة حلال نیست^{۵۵}، که جواب استدلال به این قبیل احادیث، نیز از پاسخی که در استدلال به آیات بیان شد، به روشنی بر می آید.

۳- اجماع که علامه حلی در کتاب «کشف الحق و نهج الصدق» ادعا نموده اند:

ذهبت الامامية أنه اذا كانت الاخلاق ملتزمة بين الزوجين و الحال عامرة، فبذلت
له شيئاً على طلاقها لم يحل له اخذها، و خالف ابوحنيفة و مالك و الشافعي و احمد
و...؛ ۵۶

به اعتقاد امامیه، حرام است مرد از همسر خود، در حالی که میان ایشان توافق کامل اخلاقی برقرار است، مالی دریافت کند تا او را طلاق دهد ولی ابوحنیفه و مالک و احمد و... با این نظر مخالفت کرده اند.

پاسخ: به عقیده اهل سنت هرگاه زوجه بدون داشتن کراهت از شوهر خود، مالی را به

او بذل کند تا شوهر او را به طلاق خلع، طلاق دهد، خلع صحیح است هر چند این عمل را مکروه شمرده‌اند.

ابن قدامة در مغنی می‌گوید:

إذا خالعه لغير بغض و خشية من أن لا يقیم حدود الله، و الحال عامرة و الاخلاق ملتئمة، فإنه يكره لها ذلك، فإن خلعت صح الخلع فی قول اكثر اهل العلم منهم: ابوحنيفة و الثوری و مالك و الاوزاعی و الشافعی، و تخیل كلام احمد تحريمه؛^{۵۷}

هرگاه زنی از شوهرش تقاضای خلع کند بدون خوف نشوز و معصیت و در حالی که اخلاق آن دو سازگار است، این عمل برای زن مکروه است، و اگر طلاق خلع واقع شود، در نزد اکثر اهل علم مانند: ابوحنیفه، ثوری، مالک، اوزاعی و شافعی، خلع صحیح است، ولی احمد گمان کرده که این عمل حرام است.

مشابه همین عبارات را قاضی بیضاوی در تفسیر خود «انوار التنزیل» در ذیل آیه ۲۲۹ سوره بقره آورده است. وی می‌گوید:

انّ ظاهر الآية تدل على انّ الخلع لا يجوز من غير كراهية، و انّ الجمهور استكروهه لكن نفدوه.^{۵۸}

پس با عنایت به مراتب فوق، می‌توان گفت که مراد علامه از اجماع مزبور، به قرینه ذکر مخالفت ابوحنیفه و احمد و شافعی آن است که بر خلاف عقیده اهل سنت، در نزد امامیه هرگاه خلع بدون کراهت از ناحیه زوجة واقع شود، باطل است و گرفتن فدیة نیز در این حالت بر مرد حرام است.

به خوبی آشکار گردید که اصولاً معقد اجماع مزبور شامل طلاق مورد بحث - یعنی موردی که زوجین بدون داشتن قصد خلع و در حالت توافق کامل اخلاقی اقدام به طلاق معوض می‌نمایند - نیست.

شاهد ما بر این ادعا، عباراتی از فقهای امامیه است که در این زمینه به دست ما رسیده است، و همگی آن‌ها گویای این مطلب‌اند که اخذ فدیة در صورتی که بین زوجین توافق کامل اخلاقی برقرار باشد، تنها در صورتی حرام است که زوجین قصد خلع داشته باشند ولی نسبت به موردی که زوجین بدون قصد خلع اقدام به طلاق معوض نمایند،

هیچ عبارتی از ایشان که مشعر بر منع باشد، دیده نشده است.

برخی از این عبارات به قرار ذیل است:

الف - یحیی بن سعید در کتاب «الجامع الشرایع» گوید:

وإن كان الزوجان ملتئمين و بذلت له علی خلعها لم یصح الخلع و لم یملك العوض، و یقع طلقه رجعية إن كان تلقظ بصریح الطلاق، و لم یکن منع الحق اکراهاً... ۵۹

ب - قاضی ابن براج طرابلسی در کتاب «مهذب البارع» پس از تقسیم طلاق خلع به دو نوع صحیح و باطل، در تشریح نوع باطل آن گوید:

و أما المحظور فهو أن یکره المرأة و یعضلها بغير حق لتفندی نفسها منه، و مثل أن یكون المحال بینهما عامرة و الاخلاق ملتئمة و یتفقا علی الخلع فتبذل له شيئاً علی طلاقها... ۶۰

ج - ابن ادریس حلی در کتاب سرائر آورده است:

إذا كانت الحال بین الزوجین عامرة و الاخلاق ملتئمة و اتفقا علی الخلع، فبذلت له شيئاً حتى یطلقها لم یحل ذلك و كان محظوراً... لاجماع اصحابنا... ۶۱

د - شیخ طوسی در کتاب خلاف گوید:

إذا كانت الحال بین الزوجین عامرة و الاخلاق ملتئمة و اتفقا علی الخلع، فبذلت له شيئاً حتى یطلقها لم یحل ذلك و كان محظوراً... و قال ابوحنيفة و الشافعی و مالك و الاوزاعی و الثوری: ان ذلك مباح... ۶۲

همان گونه که ملاحظه می شود در تمام عبارات یاد شده، اخذ فدیة تنها در صورتی که طرفین قصد خلع داشته و بین آنها نیز توافق اخلاقی برقرار باشد، ممنوع اعلام شده است ولی در موردی که چنین قصدی (قصد خلع) وجود ندارد اخذ فدیة در برابر طلاق منع نشده است، حتی اگر میان آنها توافق کامل اخلاقی نیز برقرار باشد.

۴ - از جمله دلایل مخالفین آن است که گفته اند: در عبارات هیچ یک از فقها، اعم از متقدمین یا متأخرین، دیده نشده است که آنها غیر از خلع و مبارات از نوع دیگری از طلاق به عوض سخنی گفته باشند، بلکه آنها در مقام برشماری اقسام طلاق بائن، تنها از

طلاق خلع و مبارات یاد کرده‌اند، و این خود نوعی اجماع عملی بر بطلان طلاق به عوض محسوب می‌شود.

به عنوان مثال، ابن‌ادریس در این زمینه گوید:

الطلاق علی ضربین: رجعی و بائن، فالبائن علی ضروب اربعة: طلاق غیر المدخول بها، و طلاق من لم يبلغ المحيض و من جاوزت خمسين سنة مع تغير عاداتها، و كل طلاق فی مقابلة بذل و عوض من المرأة، و هو المسمى بالخلع و المبارات و اما الرجعی فهو أن یطلق المدخول بها واحدة و يدعها تعتد و یجب علیه السكنی لها و النفقة و الكسوة... ۶۳

پاسخ: آری، هیچ یک از فقهای امامیه، طلاق به عوض را به عنوان یکی از اقسام طلاق در کتب فقهی خود بیان نکرده‌اند، زیرا آنچه به عنوان قسم خاصی از طلاق به شمار می‌رود آن است که طلاق ذاتاً در مقابل عوض قرار گیرد بدون آن که این تعویض در قالب عقدی از عقود مانند صلح، هبه، جعاله، عقد مستقل و... صورت گرفته باشد، مانند خلع و مبارات.

عقیده قائلین به طلاق معوض نیز آن نیست که طلاق به عوض یکی از انواع طلاق محسوب می‌شود، بلکه هدف آن است که اثبات شود ممکن است طلاق را به عنوان عوض در یک عقد مستقل معاوضی یا عقد صلح، هبه، جعاله و... قرار داد و بدین لحاظ تمام انواع طلاق، حتی طلاق خلع و مبارات نیز می‌تواند در قالب طلاق معوض قرار گیرد، هر چند که ثمره آن در طلاق خلع چندان آشکار نیست، زیرا عوض در طلاق خلع می‌تواند بیش از میزان مهریه باشد. اما این ثمره در طلاق مبارات به خوبی آشکار است چرا که فدیة در طلاق مبارات نمی‌تواند بیش از مقدار مهر باشد، ولی می‌توان از طریق عقد معاوضی مستقل، میزان فدیة را افزایش داد؛ به این معنا که زوجین توافق کنند زوج در برابر دریافت مبلغی که بیش از میزان مهریه است زن خود را به طلاق مبارات، مطلقه سازد.

خلاصه: آنچه از اقسام خاص طلاق محسوب می‌شود طلاق است که ذاتاً و بدون انضمام عقد دیگری در مقابل عوض قرار می‌گیرد که آن منحصر در طلاق خلع و مبارات

است، ولی آنچه ما به عنوان طلاق به عوض در صدد اثبات آن هستیم، عقد معوضی است که طرفین با توافق آن را ایجاد می‌کنند که یکی از عوضین آن طلاق و دیگری فدیة است.

بنابراین عدم ذکر طلاق به عوض از سوی فقها، دلیل بر عدم مشروعیت آن نیست، چرا که فقها در مقام برشماری انواع خاص طلاق بوده‌اند و طلاق به عوض از اقسام خاص طلاق نیست. ۶۴

۵- آخرین دلیل مخالفین طلاق معوض، اصل معروف «عدم الدلیل دلیل العدم» است یعنی گفته‌اند: چون دلیلی بر مشروعیت طلاق معوض یافت نشده است پس اصل عدم مشروعیت آن است. ۶۵

پاسخ: اولاً، اصل یاد شده قابل پذیرش نیست زیرا چنان‌که گفته‌اند: «عدم الوجدان لا يدل علی عدم الوجود؛ عدم دستیابی به دلیل، به معنای عدم وجود آن (دلیل) نیست.»

ثانیاً، وجود عمومات صحت عقود، اصل عقلی حلیت، ادله وفای به شرط، و هم چنین ادله مشروعیت عقد صلح و هبه معوض و جعله و... که قبلاً بیان گردید موضوع اصل یاد شده را منتفی می‌سازد، از این رو استناد به اصل مزبور خالی از وجهت است.

پرتال جامع علوم انسانی

نتیجه‌گیری

طلاق به عوض در قالب یکی از شش صورت یاد شده، صحیح و معتبر است و در نتیجه آن زوج مالک فدیة خواهد بود و این طلاق نیز بر حسب موارد ممکن است بائن و یا رجعی باشد.

پی‌نوشت‌ها:

۱. شهید ثانی، مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام (چاپ اول: قم، المعارف الاسلاميه) ج ۹، ص ۴۲۰؛ همو، شرح لمعه (چاپ دوم: نجف، ۱۳۶۹ق) ج ۶، ص ۹۰ و محمد بن يوسف بن مطهر حلی (فخرالمحققین)، ابضاح الفوائد (چاپ اول: قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۹ق) ج ۳، ص ۳۷۵؛ وی در تعریف خلع می‌گوید: «و عَزَفَه المصتَف بآئِه فید النکاح بقدیة، و المراد فدیة لازم لماهیة، فلا یرد النقض بالطلاق المعروض».
۲. میرزای قمی، جامع الشتات (چاپ سنگی، ۱۳۱۱ق) ص ۵۱۰.
۳. بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی (فاضل هندی): کشف‌النوام (چاپ سنگی) ج ۲؛ سید محمد عاملی، نهاية المرام (چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسين، ۱۴۱۳ق) ج ۲، ص ۱۲۸؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام (چاپ ششم: تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷) ج ۳۳، ص ۵۵ و یوسف بحرانی؛ الحدائق الناضرة (چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسين) ج ۲۵، ص ۵۷۵.
۴. محمد حسن نجفی، همان.
۵. یوسف بحرانی، همان.
۶. مانند (۵) آیه ۱.
۷. ابن منظور، لسان العرب (چاپ اول: بیروت، ۱۴۱۰ق) ج ۳، ص ۲۹۷.
۸. اسماعیل جوهری، الصحاح (چاپ اول: بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۷ق) ج ۲، ص ۵۱۰.
۹. علی بن ابراهیم قمی، تفسیر القمی، ص ۱۶۸.
۱۰. فضل بن حسن طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن (چاپ چهارم: تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۴۱۶ق، ۱۳۷۴) ج ۲، ص ۱۵۲.
۱۱. مراد از اصالة الحقیقه آن است که هرگاه لفظی بدون قرینه استعمال گردد و معلوم نشود که مراد قائل آن، معنی حقیقی کلمه است یا معنای مجازی، در این صورت گفته می‌شود که مراد وی معنای حقیقی است، زیرا اصل در استعمال حقیقت است.
۱۲. مولی احمد نراقی، عوائد الایام (چاپ سوم: قم، منشورات مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ق) ص ۷.
۱۳. همان، ص ۷.
۱۴. حسینعلی منتظری، دراسات فی مکاسب المحرمة (چاپ اول: قم، نشر تفکر، ربیع‌الاول ۱۴۱۵ق) ج ۱، ص ۴۳.
۱۵. میرزای قمی، همان، ۵۲۰.
۱۶. شهید ثانی، همان.
۱۷. مانند روایت محمد بن مسلم: «سألته عن رجلٍ طلقَ امرأته واحدة؟ قال: هو أملك يرجعها ما لم تنقض العدة» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص ۱۳۴ حدیث ۱).
۱۸. میرزای قمی، همان، ۵۲۰.
۱۹. (۲۱) آیه ۲۲۸.

۲۰. میرزای قمی، همان، ص ۵۲۰.
۲۱. همان.
۲۲. سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروة الوثقی (قم: منشورات مکتبه الداوری، ۱۳۷۸ ق) ج ۲، ص ۱۷۵ و سید ابوالقاسم خوئی، منهاج الصالحین، (چاپ بیست و هشتم: قم، منشورات مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق) ج ۲، ص ۲۰۶، مسئله ۹۸۳.
۲۳. یوسف بحرانی، همان، ج ۲۲، ص ۳۳۴، وی می‌گوید: «وَعَلَّلَ بَعْضُ الْمُحَدِّثِينَ بِأَنَّهُ بِاقْرَبَةِ اسْتِحْقَاقِ الثَّوَابِ وَ صَارَ عَوْضًا، فَيَكُونُ مِنْ قَبِيلِ الْهَبَةِ الْمَعْوُضَةِ الَّتِي تَقَدَّمُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الرَّجُوعُ فِيهَا وَ هُوَ جَيِّدٌ وَ اللَّهُ الْعَالِمُ».
۲۴. یوسف بن مطهر (علامه حلی)، تذکرة الفقهاء (چاپ سنگی، سوق بین الحرمین) ج ۲، ص ۸۳.
۲۵. حر عاملی، وسائل الشیعة، (قم، مؤسسه آل‌البیته، ۱۴۱۴ ق) ج ۱۹، ص ۲۴۳، حدیث ۱.
۲۶. سید محمد کاظم یزدی، همان، ج ۲، ص ۱۶۱، مسئله ۵: هبة دین به مدیون هر چند مفید نتیجه ابراء است ولی حقیقتاً ابراء نیست بلکه هبه است.
۲۷. میرزای قمی، همان، ص ۵۱۹.
۲۸. سید محمد کاظم یزدی، همان، ج ۲، ص ۱۱۴، مسئله ۱ و میرزای قمی، همان، کتاب الصلح.
۲۹. حر عاملی، همان، ج ۱۸، ص ۴۴۳، حدیث ۲.
۳۰. حسن بن یوسف مطهر (علامه حلی)، تحریر الاحکام (چاپ سنگی، ۱۳۱۴ ق) ص ۲۳۱.
۳۱. همو، مختلف الشیعة (چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۵ ق) ص ۲۱۸، حدیث ۵.
۳۲. همان.
۳۳. میرزای قمی، همان، ص ۵۲۰.
۳۴. حر عاملی، همان.
۳۵. محمد بن یوسف بن مطهر حلی (فخرالمحققین)، همان، ج ۳، ص ۳۹۰.
۳۶. بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی (فاضل هندی)، همان.
۳۷. حر عاملی، همان، ج ۱۸، ص ۱۶.
۳۸. محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۲، ص ۷۸.
۳۹. شهید ثانی، همان، ج ۹، ص ۹۰ - ۹۱.
۴۰. میرزای قمی، همان، ص ۵۲۰.
۴۱. امام خمینی، کتاب البیع (چاپ اول: نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۴ ق) ج ۴، ص ۲۵۲ - ۲۵۴.
۴۲. سید ابوالقاسم خوئی، مستند العروة الوثقی (چاپ اول: قم، مطبعة علمیه، ۱۳۶۵) کتاب الاجاره، ص ۹۲.
۴۳. محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۴، ص ۱۱۶.
۴۴. بقرة (۲) آية ۲۲۹.
۴۵. یوسف بحرانی، همان، ج ۲۵، ص ۵۷۰ و سید محمد عاملی، همان، ج ۲، ص ۱۳۸.
۴۶. توبه (۹) آية ۱۰۳: ای پیامبر از مؤمنان صدقات را دریافت کن تا نفوس آنها را پاکیزه سازی.

۴۷. الحاقة (۶۹) آیه ۳۰.
۴۸. میرزا حسین نوری، مستدرک وسائل الشیعه (جواب اول: قم، آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۷ ق) ج ۱۷، ص ۸۸، حدیث ۴.
۴۹. نهج البلاغه، ترجمه سیدجعفر شهیدی (جواب هفتم: ۱۳۷۴) ص ۲۲۴.
۵۰. بقرة (۲) آیه ۲۲۵.
۵۱. نساء (۴) آیه ۲۰.
۵۲. همان، آیه ۴۷.
۵۳. احمد بن محمد اردبیلی (مقدس اردبیلی)، زیادة البیان فی احکام القرآن، تحقیق محمدباقر بهبودی (تهران، مکتبه مرتضویه) ص ۶۰۸.
۵۴. حر عاملی، همان، ج ۲۲، ص ۲۷۹، حدیث ۱.
۵۵. یوسف بحرانی، همان، ج ۲۵، ص ۲۷۱.
۵۶. یوسف بن مطهر (علامه حلی)، کشف الحق و نهج الصدق (جواب اول: قم، دارالهجرة، ۱۴۰۷ ق) ص ۵۳۳ و یوسف بحرانی، همان، ج ۲۵، ص ۲۷۱.
۵۷. ابن قدامه مقدسی، المغنی (بیروت، داراحیاء التراث العربی) ج ۷، ص ۵۴.
۵۸. ناصرالدین ابی سعید عبدالله عمر بن محمد شیرازی بیضاوی، انوار التنزیل و اسرار التأویل (جواب اول: بیروت، مؤسسہ اعلمی، ۱۴۱۰ ق) ج ۱، ص ۱۹۸. ذیل آیه ۲۲۹ سوره بقره.
۵۹. علی اصغر مروارید، البناهیة الفقهیة (جواب اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۶ ق) ج ۲، ص ۲۶۷.
۶۰. عبدالعزیز بن لیراج طرابلسی، المهذب البارع (جواب اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۶ ق) ج ۴، ص ۴۲۱. مسئله ۱.
۶۱. علی اصغر مروارید، همان، ج ۲۰، ص ۳۴۸.
۶۲. شیخ طوسی، الخلاف (جواب اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۶ ق) ج ۴، ص ۴۲۱، مسئله ۱.
۶۳. علی اصغر مروارید، همان، ج ۲۰، ص ۳۰۴-۳۰۵.
۶۴. میرزای قمی، همان، ص ۵۲۱.
۶۵. یوسف بحرانی، همان، ج ۵، ص ۵۷۱.



شپوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی