

## بررسی فقهی و حقوقی ماهیت طلاق به عوض

تاریخ دریافت: ۰۶/۰۸/۱۳۹۷

تاریخ پذیرش: ۲۵/۱۰/۱۳۹۷

\*  
همایون مافی

\*\*  
محمد فرزاتگان

\*\*\*  
سمیه ظهوری

### چکیده

طلاق به عوض یا طلاق فدییه به مانند خلع و مبارات از جمله طلاق‌هایی 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 فدییه یا مال، از شوهر خود تقاضای طلاق و رهایی از قید زوجیت را بنماید. بر سر تعیین ماهیت این طلاق نیز همانند طلاق‌های خلع و مبارات میان فقها و حقوقدانان اختلاف زیادی مشاهده می‌شود. چرا که از طرفی قانون مدنی و فقه، طلاق را در زمره ایقاعات قرار داده، اما از طرف دیگر در این نوع طلاق اراده زن در تملیک مال شائبه تراضی و قرارداد بودن را به میان می‌کشد. در این پژوهش پس از تعریف طلاق به عوض و مشخص نمودن موضع قانون مدنی در ارتباط با این طلاق، به بررسی فقهی و حقوقی ماهیت این طلاق پرداخته می‌شود و در نهایت مشخص می‌گردد که طبیعت این طلاق مثل خلع و مبارات از نوع بائن نیست بلکه به مانند دیگر اقسام طلاق رجعی به شمار می‌آید.

واژگان کلیدی: طلاق به عوض، فدییه، ماهیت، خلع، مبارات.

## Archive of SID

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علوم قضایی. (نویسنده مسئول)

hmynmafi@yahoo.com

\*\* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران .

mohfarzanegan@gmail.com

sozohuri@gmail.com

\*\*\* دانش آموخته دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران



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 (جعفری لنگرودی، ۱۸۳۱، ج ۳، ص ۲۴۴۲ و ۶۴۴۲). طلاقیهای خلع و مبارات نیز از دیگر اقسام طلاق است که در مقابل عوض انجام میشود به این صورت که در طلاق خلع کراهت تنها از جانب زن وجود دارد و در طلاق مبارات این کراهت طرفینی است.

اصولاً زمانی که زن مالی را در ازای طلاق به شوهر مینماید به معنای آن است که از وی کراهت دارد. اما، گاهی تحت شرایطی خاص مانند بعد مکانی اقامتگاه زوجین و وابستگی عاطفی زوجه به خانواده خود، وضعیتی ایجاد میشود که زن حاضر است در عین تسالم و سازگاری اخلاقی و بدون هیچ کراهتی، مالی را به شوهر تملیک نماید و یا مهریه خود را بذل نموده و از شوهر جدا شود.

در میان فقها اختلاف است که آیا در کنار طلاقیهای خلع و مبارات میتوان طلاقدیگری که در مقابل پرداخت عوض واقع میشود را قرار داد که در این طلاق وجود عنصر کراهت شرط نباشد و یا اینکه طلاق در مقابل پرداخت عوض تنها به دو شیوه معروف خود یعنی خلع و مبارات واقع میگردد (جعفری لنگرودی، ۸۷۳۱، ص ۵۹۱). فقها در پاسخ به این پرسش یکسان عمل نکرده اند. دسته ای بر این راه رفت هاند که طلاق به عوض در شکل و قالبی غیر از خلع و مبارات واقع نمیشود و عده ای دیگر با ادلهخاص خود در کنار خلع و مبارات نوع دیگری از طلاق به نام طلاق به عوض را مورد شناسایی قرار داد هاند.

در این پژوهش سعی میشود پس از بیان اقسام طلاق در مقابل عوض و تعریف آن نظریات مختلف فقها پیرامون تعیین ماهیت طلاق به عوض مورد بررسی قرار گیرد و سپس با مشخص نمودن موضع قانون مدنی در رابطه با طلاق مذکور به بررسی حقوقی این طلاق پرداخته شود و نظریات مختلف حقوقدانان راجع به عقد یا ایقاع بودن طلاق در مقابل عوض مورد واکاوی قرار گیرد و به این سؤال پاسخ گفته شود که

آیا طلاق به عوض با توجه به ماهیت آن از اقسام طلاق های رجعی به حساب م یآید و یا اینکهدر شمار طلاقهای بائن قرار م یگیرد .



### ۱. تعریف طلاق به عوض

اصولاً در زمانی که زن مالی را در ازای آزادی خود از قید زوجیت پرداخت م یکنند، این بدان معناست که زن نسبت به شوهر کراهت دارد و یا اینکه طرفین در زندگی مشترکدارای کراهتی دو سویه هستند. اما، گاهی تحت شرایط خاص پیش میآید که زن و شوهر در عین تفاهم اخلاقی قصد جدایی از یکدیگر را م یگیرند. برای مثال، در برخی موارد ممکن است مرد به علت مسائل شغلی و یا به علل دیگر در شهر یا کشوری غیراز شهر یا کشور زن زندگی کند و زن به علت وابستگی شدید به خانواده خود در عینسازگاری اخلاقی، در مقابل بذل مهریه، طلاق خود را از شوهر درخواست نماید. فقهاخلع را در حالت تفاهم اخلاقی و بدون کراهت صحیح نم یدانند و اظهار م یدارند کههدریافت فدیة در این حالت بر مرد حرام است و طلاق انجام شده نیز به شد کل رجعیواقع م یگردد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۱، ص ۳۶۳).

مشهور فقها که طلاق به عوض را مشروع نمی دانند، استدلال خود را متکی بهروایاتی دال بر حرمت أخذ فدیة از زن بدون وجود کراهت قرار داده اند و معتقدند کهآیه شریفه ۹۲۲ سوره مبارکه بقره نیز بر این حرمت تأکید دارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۵۲، ص ۱۷۵). اما، آن دسته از فقها که قائل به صحت طلاق به عوض م یباشند بیان م یدارند که آنچه در این آیه و روایات مجوز أخذ فدیة واقع شده تنها نقض حدود الهی است و نه کراهت، در حالی که نقض حدود الهی هم ممکن است به واسطه وجود کراهتزوجیه نسبت به زوج واقع شود و هم بدون آن. اما از آنجا که این دو اصولاً در کنار هم مطرح م یشوند گمان شده که در صورت عدم وجود کراهت أخذ فدیة حرام است.<sup>۱</sup>

### ۲. بررسی فقهی ماهیت طلاق به عوض

اساساً بررسی ماهیتی نهادهای حقوقی کمک شایانی در شناخت احکام و آثار آن نهاد م‌یکند. لازم به ذکر است که در میان فقها، مرحوم میرزای قمی بیش از دیگران در اینباب سخن گفته است، ایشان در رساله ای که در خصوص طلاق به عوض نگاشته است، طرح طلاق به عوض در شش قالب عقد یا ایقاع را ممکن دانسته که در این مجال سعی م‌یشود با توجه به آراء دیگر فقیهان این نظریات در نظمی منسجم تبیین گردد .

پیش از ورود به بحث توضیح این امر ضروری است که مطابق آنچه سابقاً گفته شد، طلاق به عوض شباهت زیادی به طلاق خلع دارد. در باب طلاق خلع عد های از فقها بر این باورند که این شکل از طلاق در ماهیت به مانند دیگر انواع طلاق نوعی ایقاع به حساب م‌آید (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۳، ص ۷۱). در دیدگاه این دسته، فدیة تنها انگیزه و داعی به شمار م‌یرود اما در مبحث طلاق به عوض وضعیت متفاوت است، زیرا وجود عناصری همچون ایجاب و قبول و شرایط دیگری که حکایت از تراضی و لزوم وجود اراده دو طرف دارد، شائبه ایقاع بودن این نوع طلاق را از ذهن م‌یزداید.<sup>۲</sup> علاوه بر این استقرایی اجمالی در میان آراء فقهایی که به مشروعیت طلاق به عوض اعتقاد دارند آشکار م‌یسازد که آنان ماهیت ایقاعی به این نوع طلاق نداد هاند بلکه نوعی تراضی را در آن دخیل م‌یدانند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۰۹۳). عمده نظرات فقها را م‌یتوان در دو قالب ماهیتی قراردادی و اختلاطی از ایقاع و قرارداد جای داد .

## ۲-۱. ماهیت قراردادی

فقیهانی که قائل به مشروعیت طلاق به عوض هستند، اصولاً بر این عقیده اند که ایننوع طلاق در جرگه معاوضات قرار م‌یگیرد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۵۴) به همین دلیل، لزوم وجود اراده دو طرف و ایجاب و قبول لفظی را شرط م‌یدانند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۵۷۳) که به وضوح دلالت بر قبول ماهیت قراردادی

دارد. با پذیرش ماهیت قراردادی، با کنکاش در آراء فقها م ی‌توان این نظریه را در قالب سه نوع عقد جای داد:

۱- صلح از جمله عقود است که امکان درج طلاق به عوض در آن ممکن است. علت این امر آن است که عقد صلح گستره وسیعی از اعمال حقوقی را در بر م ی‌گیرد به این صورت که در تعریف آن گفته شده است؛ «صلح تراضی و تسالمیاست بر امر تملیک عین یا منفعت یا اسقاط حق و غیر اینها» (اصفهانی، ۳۹۳۱، ج ۲، ص ۲۸). تعریف مذکور جامعیت این عقد را آشکار م ی‌سازد. علاوه بر این بیان شده که عقد صلح بین مسلمین جایز است مگر اینکه حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۶۲۲). طلاق به عوض م ی‌تواند یکی از عوضین عقد صلح به حساب آید و فدیة یا مالی که زن به شوهرش پرداخت م ی‌کند

عوض دیگر این قرارداد خواهد بود. بنابراین زن به شوهرش م یگوید که این فدیها را به تو صلح کردم در قبال اینکه مرا طلاق دهی و سپس مرد نیز با قبول فدیة او را طلاق م یدهد (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۸۹۴).

۲- یکی از عقودی که برخی اعتقاد دارند م یتواند توجیه گر ماهیت طلاق به عوض باشد عقد جعاله است. به این صورت که طلاق به عوض در چارچوب قرارداد جعاله و با رعایت شرایط آن ارائه م یگردد. فقها جعاله را التزام به عوضی معلوم در برابر عملی حلال تعریف کرد هاند (مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص ۳۷۲). عقد جعاله باتوجه به تعریفی که شد قابلیت آن را دارد که بسیاری از اعمال حقوقی را در خود جای دهد که از آن جمله م یتوان به طلاق به عوض اشاره نمود به ای نگونه که زنمالی را به عنوان جعل در برابر انجام عمل معینی (طلاق) به شوهر م یدهد که در این صورت عقد جعاله صحیحی شکل گرفته است (صف ایی و امامی، ۷۸۳۱، ج ۱، ۳۵۲) و دیده م یشود که برخی فقیهان فدیة را به عنوان جعل در جعاله پذیرش م یکنند (حلی، ۷۸۳۱، ج ۳، ص ۷۹۳).

۳- حالت دیگری که م یتوان ماهیت قراردادی طلاق به عوض را در آن قالبگنجانند، قرار دادن این طلاق در یک عقد معوض به یکی از عوضین است. عوضدیگر نیز مالی است که زن در ازای طلاق به مرد پرداخت م یکنند. عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» صحت این عقد را تأیید م یکنند (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۷۸۴).

عده ای از فقیهان بر این قالب های قراردادی خرده گرفته اند و بیان داشته اند کهشمول ادله صلح و جعاله و غیره در مورد طلاق به عوض به شدت مورد تردید است. زیرا طلاق و نکاح مربوط به امور عبادی است و چنانچه آن را از عبادات خارج بدانیم باز هم به مانند بیع و اجاره از امور عقلایی محض نیستند که انسانها هرگونه کهبخواهند در آن ها دخل و تصرف نمایند. عوض قرار دادن طلاق در صلح و جعاله و عقود معوض امری غیرمتعارف بوده که عمومات منصرف از آن است



(سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۹۳). در پاسخ م ی‌توان گفت که اولاً، طلاق یک عمل صرفاً عبادی نیست و شاید بتوان بر این باور بود که جنبه معاملی آن بر جنبه عبادی غلبه دارد. ثانیاً، مانعی وجود ندارد که بر اساس آن نتوان اعمال مرتبط با عبادات را در قالب عقود معاوضی ارائه نمود. از طرفی اینکه گفته شده قرار دادن طلاق در عقود مانند صلح و جعاله غیر متعارف است نیز خللی به این نظر وارد نم‌یکند، زیرا همان گونه که بیان شد این گونه عقود گستره وسیعی از اعمال حقوقی را شامل م‌یشوند هر چند که آن عمل از جمله اعمال غیر متعارف باشد .

## ۲-۲. ماهیت اختلاطی

در نظرات دیگری که راجع به طبیعت طلاق به عوض ذکر گردیده علاوه بر توجه به بعد توافق زن و شوهر، به اراده مرد به عنوان یک عمل حقوقی جدا نیز توجه شده است. به همین دلیل، در این آراء ترکیبی از یک تراضی یا توافق اراده زن و شوهر در کنار یک اراده یکجانبه (ایقاع) دیده م‌یشود. این عمل حقوقی ترکیبی در قالب‌های گوناگون معرفی گردیده است .

۱- از جمله مواردی که م‌یتواند مصداق عملی از یک قرارداد و ایقاع به حساب آید به این صورت است که طلاق به عوض را به شکل شرطی در ضمن عقد لازم در نظر بگیریم. برای مثال زن م‌یتواند در طی یک توافق لازم مانند صلح در ازای بذل مهریه خود بر مرد شرط نماید که او را طلاق دهد و یا اینکه مالی را به شوهرش بفروشد و در ضمن این عقد بیع شرط طلاق دادن خودش را نماید که در اینجا عموم قاعده المؤمنون عند شروطهم صحت شرط فوق را تأیید می‌کند (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۶۰۵) .

ممکن است ایراد شود که این مورد طلاق به عوض محسوب نم‌یشود زیرا طلاق به عوض در مقابل عوض قرار نگرفته است و یکی از

عوضینقرارداد معاوضی به حساب نم یآید تا مصداق طلاق به عوض شود. ایراد مذکور واردنیست از این جهت که در میان فقها معروف است که شرط، قسطی از ثمن به حساب م یآید. به عبارت دیگر، شرط قسمتی از عوض بوده که به صورت جدا در نظر گرفتهشده است اما در یک معامله به صورت کلی در کنار عوض اصلی یک کل را تشکیل م یدهد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۵۱۳). از آنجایی که طلاق به عوض به مانند طلاقخلع نیست و عوض در آن میزان مشخصی ندارد این حالت م یتواند مصداقی از طلاق به عوض به حساب آید .

۲- ممکن است زوجه مالی را به زوج هبه نماید و در ضمن این قرارداد شرط شودکه زوج او را طلاق گوید. عقد هبه در این حالت هبه معوض نامیده م یشود (صافیگلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۵۷۱). اینگونه طلاق م یتواند از مصداق طلاقمعوض به شمار رود. در این حالت دیگر ایراد مورد قبل نیز وارد نم یشود .

۳- از جمله مواردی که یک ایقاع در کنار یک توافق در یک معامله جمع می شود و م یتواند مصداق طلاق به عوض قلمداد گردد این است که در ضمن طلاق شرطشود که زن مالی را به شوهر بدهد مثلاً در قالب شرط ضمن ایقاع (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۸۱۵).

در میان فقها این سؤال مطرح شده که آیا م یتوان التزامی را به صورت شرط درضمن یک ایقاع مطرح نمود یا خیر. مشکل از آنجاشی م یشود که شرط با تراضیمحقق م یشود و مشروط علیه باید آن را قبول نماید. این در حالی است که ایقاع با یک اراده واقع م یگردد. در این میان، عده ای از فقیهان معتقدند که تحقق یا عدم تحقق شرط به نفوذ ایقاع لطمه ای وارد نم یسازد و شرط ضمن طلاق را به صراحت در نوشته هایخود مورد پذیرش قرار داده اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۳). البته در مقابلدسته ای در این باره نوشته اند که مستفاد از اخبار این است که شرط

قائم به دو شخص یعنی مشروط له و مشروط علیه است و بر همین اساس بیان داشته‌اند که شرط در طلاق راه ندارد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۶۶۳).

### ۳. بررسی حقوقی طلاق به عوض

هر چند در محاکم طلاق در قبال پرداخت عوض بسیار شایع است اما حقوقدانان چندان به آن توجهی نکرده‌اند و با اشاره ای جزئی به این نوع از طلاق و اختلافی بودن مشروعیت یا عدم مشروعیت آن در فقه، از کنار آن گذر کرده‌اند. به همین دلیل، عمدتاً با توجه به نظر مشهور فقیهان بر نامشروع بودن این طلاق، آن را در نظام حقوقی فعلی نیز صحیح نم‌یدانند (محقق داماد، ۷۸۳۱، ص ۳۲۴).

### ۳-۱. موضع قانون مدنی در رابطه با طلاق به عوض

قانون مدنی مبحث دوم از فصل راجع به طلاق را به بیان اقسام طلاق اختصاص داده (مواد

۳۴۱۱ تا ۹۴۱۱ قانون مدنی)، اما در این میان نامی از طلاق به عوض ذکر نشده است. دلایلی در قانون مدنی وجود دارد که ظاهراً جمع این ادله حکایت از آن م‌یکند که قانونمدنی طلاق به عوض را به عنوان قسمی از اقسام طلاق مورد شناسایی قرار نداده است:

۱- قانون مدنی پس از تقسیم طلاق بر دو قسم بائن و رجعی، در ماده ۵۴۱۱ اقسام طلاق بائن را بر شمرده<sup>۳</sup> و به این وسیله نشان داده که رجعی بودن موافق با اصل و طبیعت حقوقی طلاق است (کاتوزیان، ۹۸۳۱، ص ۵۶۲). این در حالی است که فقائین به مشروعیت طلاق به عوض در فقه، این نوع از طلاق را از اقسام طلاق بائن قلمداد کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴۱، ص ۴۰۳). لذا، با توجه به اینکه قانون مدنی انواع طلاق بائن را به صورت حصری بیان نموده است

م‌یتوان گفتکه طلاق به عوض از اقسام طلاق‌های بائن نبوده و به عبارت دیگر از اقسام طلاق‌های قانونی شمارش شده در قانون مدنی به حساب نم‌آید.

۲- از اقسام طلاق‌هایی که در مقابل پرداخت عوض انجام م‌یشود قانون مدنی تنها به ذکر طلاق‌های خلع و مبارات<sup>۴</sup> اکتفا نموده است. اما، مطابق آنچه سابقاً از کلام فقها بیان گردید طلاق‌هایی که در مقابل آنها عوض وجود دارد به سه دسته خلع، مبارات و طلاق به عوض تقسیم م‌یشوند و عدم ذکر طلاق به عوض در کنار اشاره به طلاق‌های خلع و مبارات دلالت بر عدم پذیرش این طلاق دارد (محقق داماد، ۷۸۳۱، ص ۳۲۴).

۳- عده ای با توجه به اختلافی بودن مسئله در میان فقها و اینکه نظر مشهور در میانفقیهان عدم مشروعیت این طلاق است، قانون مدنی را بر رأی مشهور حمل نموده؛ طلاق به عوض را در جرگه طلاق‌های بائن قرار نداده‌اند (محقق داماد، ۷۸۳۱، ص ۳۲۴).

به یاری چند استدلال م‌یتوان ادله ذکر شده را پاسخ گفت:

۱- عدم ذکر این قسم از طلاق در قانون مدنی را نم‌یتوان حمل بر عدم پذیرش آن نمود. کم نیست مواردی که قانون مدنی نسبت به امری ساکت بوده ولی حقوقدانان آن را جزیی از قانون محسوب کرده اند. برای مثال قانون مدنی در خصوص مانعیت کفر در ارث سکوت اختیار کرده اما حقوقدانان آن را به عنوان مانع در مبحث ارثبه شمار م‌یاورند (جعفری لنگرودی، ۶۷۳۱، ص ۲۴۹؛ امامی، ۴۶۳۱، ج ۳، ص ۸۰۲).

۲- این درست است که برخی فقها طلاق در مقابل عوض را به سه دسته خلع، مبارات و طلاق به عوض تقسیم کرده اند، اما میان طلاق به عوض و خلع و

مبارات تفاوتی اساسی وجود دارد به این صورت که در خلع و مبارات، عوض، جزئی ضروری و لاینفک است. به عبارت دیگر، اگر عوض یا فدیة وجود نداشته باشد خلع و مباراتی نیز وجود نخواهد داشت. اما، در طلاق به عوض، طلاق فی نفسهایقاعی است مستقل و عوض در وجود یا عدم وجود این طلاق تأثیری ندارد. از این جهت تشبیه کردن این طلاق به خلع و مبارات کاری اشتباه است.

۳- اینکه بیان شده طلاق به عوض از اقسام طلاق بائن است و طلاق های بائن نیز در قانون مدنی به شکل حصری بیان شده چندان صحیح به نظر نمی رسد چرا که اولاً، آنچه بیان شده در ادامه خواهد آمد بر خلاف این تفکر که اصولاً گمان می کنند که طلاق به عوض طلاق بائن است، دلایل مختلفی وجود دارد که این طلاق از انواع طلاق های رجعی به حساب می آید. ثانیاً، طلاق زوجه صغیر را قانون مدنی در انواع طلاق های بائن ذکر نکرده است، اما نویسندگان حقوقی این مورد را نیز به عنوان قسمی از اقسام طلاق بائن پذیرفته اند.

بنابراین، با توجه به اینکه مانعی برای نفوذ این نوع طلاق در قانون مدنی مشاهده نمی شود و با عنایت به پذیرش این طلاق از جانب برخی فقهای امامیه به نظر می رسد طلاق به عوض از جمله طلاق های صحیح و قانونی به شمار می رود به ویژه اینکه نگارندگان خود به عنوان وکیل دادگستری مشاهده نموده اند که رویه قضایی نیز در پذیرش طلاق در مقابل عوض تردیدی به خود راه نداده است هر چند که اصولاً از باب تسامح یا به اشتباه آن را طلاق خلع قلمداد می کنند.

### ۲-۳. بررسی حقوقی ماهیت طلاق به عوض

آنگونه که گفته شد قانون مدنی نسبت به عنوان طلاق به عوض سکوت نموده است. از همین رو، نویسندگان حقوقی نیز در نوشته های خود چندان به آن نپرداخته اند. اما، با توجه به اوصاف و ویژگی های این نوع طلاق و شباهت های ابتدایی که

با خلع دارد می توانم‌هیت آن را مورد واکاوی قرار داد و نظریات متفاوت پیرامون آن را بررسی نمود .

### ۳-۲-۱. نظریه ایقاعی

طلاق ایقاعی تشریفاتی است که به اراده شوهر واقع م‌یشود و اراده شوهر بر این ایقاع حکومت دارد (کاتوزیان، ۴۸۳۱، ص ۴۳۱). اما، در طلاق به عوض از آنجایی که زن مالی را به شوهر م‌یده‌د و از این طریق جلب رضایت او را برای طلاق کسب م‌یکند، وضع کمی دگرگون است و به نظر م‌یرسد که م‌ی‌باید از ایقاع و اراده یکجانبه فاصله‌گرفت و به قرارداد و توافق اراد هها نزدیک شد .

حقوقدانان اصولاً این میزان دخالت اراده زن در وقوع طلاق را سبب خارج نمودن طلاق از دسته ایقاعات نم‌یدانند. در نظری افراطی هرگونه مداخله و تأثیر اراده زن در امر طلاق را نادیده انگاشته شده با این توضیح که در قانون مدنی طلاق با توافق پیش بینی نشده و قانون توافق زوجین را از موجبات طلاق به شمار نیاورده است، زیرا طلاق ناشی از اراده مرد و حق و اختیار اوست و رضایت یا عدم رضایت زوجه نم‌یتواند اثری در موضوع داشته باشد (صفایی و امامی، ۷۸۳۱، ج ۱، ص ۱۵۲). این نظر با این ایراد مواجه است که اگر در جریان انجام طلاق اراده زن تأثیری ندارد مرد چگونه توانسته مال زن را به عنوان عوض به تملک خود درآورد. به نظر میرسد که باید ای‌گونه پاسخ گفت که به واقع نم‌یتوان تأثیر عمل و اراده زن در وقوع طلاق را نادیده گرفت. بنابراین، دو رضای متقابل وجود دارد به این صورت که رضای زن به دادعوض موجب و باعث رضای مرد به فک نکاح است و مرد در عمل حقوقی یکجانبه (ایقاع) اقدام به اجرای صیغه طلاق م‌ینماید (جعفری لنگرودی، ۶۸۳۱، ج ۲، ص ۱۲۳) .

### ۳-۲-۲. نظریه قراردادی

تعریف طلاق به عوض و بررسی ویژگی‌ها و اوصاف آن حکایت از آن دارد که در جریان انحلال عقد نکاح این شوهر نیست که به تنهایی تصمیم‌گیری کند، بلکه زن نیز با اراده‌ای مؤثر به مانند یک رکن در این تصمیم‌گیری سهیم است. واقعیت آن است که زن مالی به شوهر م‌دهد و شوهر در برابر آن مال، زن را طلاق م‌یگوید و ابتکار اولیه و پیشنهادکننده در اینجا زن خواهد بود. بنابراین، جدایی صورت گرفته عملی دو سویه بوده که هم اراده مرد و هم اراده زن در آن مؤثر است و ایجاب و قبول کاملی را لازم دارد. لذا، این گونه نیست که طلاق همیشه ایقاع باشد و ممکن است به صورت قرارداد واقع شود. بر این اساس اسقاط رابطه زوجیت در مقابل گرفتن عوض قرار م‌یگیرد. از یک طرف تعهد به اسقاط وجود دارد و از طرف دیگر تعهد به ایجاد مالکیت (جعفریلنگرودی، ۸۷۳۱، ص ۵۹۱).

ای‌نگونه تفکر و نگاه خاص چنان اثری داشته که در میان فقها برخی طلاق‌ی را که در آن عوض وجود دارد از دیگر اقسام طلاق جدا کرده و وجود ایجاب و قبول را از ضروریات آن به شمار آورده‌اند و با توجه به ماهیت قراردادی آن از لزوم توالی عرفی ایجاب و قبول، تطابق آن و مالیت داشتن عوض سخن گفته‌اند (طوسی، ۷۸۳۱، ج ۴، ص ۲۴۳). از نویسندگان حقوقی نیز برخی چنین دیدگاهی داشته‌اند و طلاق خلع را که نمونه‌ای از طلاق در مقابل عوض هست در جمله معاوضات وارد کرده‌اند و چنین استدلال نموده‌اند «آنچه به نظر م‌یرسد در طلاق خلع شوهر به قصد رسیدن به فدیهن خود را طلاق م‌ی‌دهد و چنانچه فدییه به او داده نم‌یشد زن را رها نم‌ینمود و زن نیز چنانچه طلاق واقع نم‌یشد فدییه به شوهر نم‌یداد. لذا، هر یک از طلاق و فدییه در مقابل یکدیگر قرار گرفته‌اند و این امر طبیعت حقیقی معاوضه است. بنابراین، بستگی بین آن دو طوری است که بدون یکی دیگری واقع نم‌یشود. در این امر فرقی نم‌ینماید که صیغه طلاق خلع و مبارات به کلمه مشتق از طلاق گفته شود یا اکتفاء به کلمه مشتق از خلع و مبارات گردد. زیرا، تفکیک آن دو بر خلاف

مقصود زن و شوهر است. بنابراین، با آنکه طلاق ایقاع مستقلى است، ولی در مورد خلع و مبارات یکی از دو عوض قرار گرفته است و ناچار باید حکم عقد معاوضی را بر آن جاری ساخت «(امامی، ۶۳۱، ج ۵، صص ۳۵-۴۵). اتخاذ ماهیت قراردادی و اعتقاد به معاوضه حقیقی منجر به این نتیجه خواهد شد که چنانچه به جہتی از جہات عوض در طلاق معوض مستحق للغير درآید و یا اینکه مالیت نداشته باشد م بیایست احکام معاوضه حقیقی را بر این قرارداد بار نمود و طلاق را که در مقابل عوض قرار گرفته نیز باطل دانست و احکام معاوضات در صورت تلف عوض قبل از قبض نیز در اینجا جاری م ی شود (امامی، ۶۳۱، ج ۵، ص ۴۵). اما، ایننتایج چندان با نهاد خانواده و مبانی آن سازگار نیست، زیرا ازدواج امری است مرتبطبا مصالح اجتماعی تا حدی که م یتوان گفت اهم این مصالح محسوب م ی شود و زوالآن قاعدتاً وابسته به نظم عمومی است. لذا، طبع معاوضه که اصولاً مرتبط با مسائل مالی است با این نهاد اجتماعی - حقوقی سازگاری ندارد. حتی برخی فقیهان نکاح را از جرگه معاملات خارج دانسته و آن را به عبادات نزدیکتر م یدانند (شهید ثانی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۹۵۴) و معتقدند پیوندی که بنیان نظام اجتماعی را تشکیل م یدهد نم یتوان با احکام خشک و بی روح معاوضات اداره نمود. این ایرادات منطقی سبب گشته کهنویسندگان حقوقی اصولاً از بار نمودن احکام معاوضه بر طلاق معوض عدول کنند و حتی از عنوان معاوضه پرهیز نموده و واژه شبه معاوضه را جایگزین آن نمودهاند (جعفری لنگرودی، ۶۷۳۱، ص ۵۵۲).

### ۳-۲-۳. نظریه اختلاطی

مشکلات موجود در نظریات قراردادی و ایقاعی سبب شده که برای رفع این معضلات نظریه ای مرکب از عقد و ایقاع ارائه شود. برخی در خصوص طلاق خلع و مبارات کهاز نظر ماهوی و ساختار به طلاق به عوض بسیار شبیه هستند این نظریه را ارائه



نموده و استدلال کرده اند که در طلاق خلع و مبارات درست است که قراردادی میان زن و شوهر بسته شده است ولی این قرارداد شرط اجرای حکم مربوط به این دو طلاق است و نه مبنای آنها. موضوع واقعی این قرارداد تملیک مال به شوهر است که با شرایط خاص انجام می شود و در حدود همین شرایط تابع اراده مشترک آنان است. در اینجاست که می خواهد که در برابر دادن فدیة از شوهر جدا شود و در مقابل، حق رجوع شوهر در طلاق ساقط گردد. شوهر نیز فدیة را با همین شرایط پذیرفته است. در این صورت، طلاق ایقاعی است که به اراده شوهر انجام می شود و توافق راجع به فدیة داعی به حساب می آید و در ساختمان حقوقی طلاق سهمی ندارد. فدیة و طلاق، دو رکن یکتوافق به شمار نمی روند که آثار تعهد متقابل بر آنها بار شود (کاتوزیان، ۹۸۳۱، ص ۶۷۲).

ایراد وارد بر این نظر آن است که عوض در مقابل فدیة را سقوط حق رجوع مرد در طلاق قرار داده است در حالی که اولاً، نظر مشهور آن است که رجوع مرد در طلاق حکم بوده و با تراضی قابل اسقاط نیست (منتظری، بیتا، ج ۳، ص ۳۹۳) و ثانیاً، در برخی موارد مثل طلاق غیر مدخوله، طلاق فی نفسه بائن بوده و برای مرد حق رجوعی



وجود ندارد که بخواهد در برابر دریافت فدیة ساقط نماید. از طرف دیگر، واکاوی قصد طرفین نشان م‌دهد که آنچه در مقابل فدیة قرار م‌یگیرد، انجام طلاق است و نه از بین رفتن حق رجوع .

### ۳-۲-۴. نظر برگزیده

در نظام حقوقی ما؛ طلاق نمونه کامل ایقاع تشریفاتی است که به اراده شوهر واقع م‌یشود. در فرضی که شوهر خواهان جدایی است بی گمان اوست که عمل حقوقی را انشاء م‌یکند. رسیدگی دادگاه نیز محدود به سعی در اصلاح و ارشاد دو طرف از راهتعیین داور است و هرگاه به نتیجه نرسد به شوهر اذن در طلاق داده م‌یشود. بر پایه‌این اذن، طلاق در محضر و با حضور دو مرد عادل و با صیغه خاص واقع م‌یگردد (کاتوزیان، ۱۳۳۱، ص ۴۴). اما، زمانی که زن نیز در این وادی وارد شده و اراده او نیز در جریان طلاق دخالت م‌یکند، وضعیت تا حدی دگرگون شده و به جای سخن گفتن از یک اراده باید از تجمیع اراده ها سخن گفت .

طرفداران نظریه ایقاعی طلاق در مقابل عوض، اصولاً نقشی برای اراده زن در وقوع طلاق قائل نیستند. آن دسته که خواسته اند این نظریه را کمی تعدیل نمایند، عوضپرداخت شده از جانب زن را داعی یا انگیزه طلاق قلمداد کرده اند (صف ایی و امامی، ۱۳۳۱، ج ۱، ص ۵۹۲). ایراد وارد بر این نظریه آن است که از وجود تراضی میان زوج و زوجه غافل مانده است. این در حالی است که بی گمان زن و شوهر بر مال معین و مشخصی تراضی م‌یکنند و این مال به مرد تملیک م‌یشود یا تعهد به تملیک آن طیبین توافق صورت م‌یگیرد. وگرنه زن هیچگاه نم‌یتواند با اراده یکجانبه مالی را بهتملیک مرد درآورد. چرا که این عمل در نظام حقوقی ما امری خلاف آزادی اراده و ازموارد تصرف در دارایی دیگران محسوب م‌یشود (کاتوزیان،

۴۸۳۱، ص ۸۹). از طرف دیگر، بدون در نظر گرفتن این توافق فرض وقوع طلاق به عوض بی معنا خواهد بود . همان گونه که گفته شد نظریه قراردادی نیز با این چالش روبه رو است که در مفهوم حقوقی فعلی، طلاق سازمان حقوقی خاصی را داراست که با نظم عمومی و مصالح اجتماعی پیوند ناگسستنی دارد و از احوال شخصیه محسوب م یشود که قانون به ادارهان م پیردازد. ماهیت آن از قواعد امری به حساب م یآید. لذا، نم یتوان آن را از جرگه ایقاعات خارج نمود .

بنابراین، اگر به عقد بودن طلاق به عوض اعتقاد داشته باشیم نم یتوانیم ایقاع بودنطلاق را به طور کامل نادیده بگیریم و از قواعد امری حقوق خانواده عدول کنیم وچنانچه طلاق مذکور را ایقاع بدانیم، نادیده انگاشتن نقش اراده زن در آن عین خطاست و نم یتوان از این واقعیت چشم پوشید . نکته مهم در اینجاست که باید دید اراده زن در چه مقطعی از جریان انجام طلاق تأثیرگذار است. آیا اراده زن در مقدمات پیش از انجام طلاق مداخله م یکنند و یا اینکهمستقیماً در انشاء صیغه طلاق وارد م یشود .

به نظر م یرسد که طلاق به عوض م یتواند ترکیبی از عقد و ایقاع باشد به این شکل که ابتدا به ساکن به شکل مقدماتی قراردادی میان زن و شوهر منعقد می شود که براساس آن توافق م یشود زن مالی را به مرد تملیک کند و در مقابل مرد زن را طلاقبدهد. اما، این توافق به تنهایی برای جدایی کافی نیست بلکه نیازمند وقوع ایقاعی دیگر به نام طلاق است که متعاقب آن و تنها به اراده مرد واقع میشود. بنابراین، در اینجا اراده زن در مقدمات طلاق وارد شده و حتی کوچکترین تأثیری در انشاء صیغه طلاقندارد. در این نظریه طلاق ایقاعی است که فقط به اراده شوهر واقع م یشود و قراردادانجام شده راجع به تملیک عوض به مرد، تنها محرک یا داعی برای انشاء طلاق محسوب م یشود و در ساختار طلاق و ماهیت حقوقی آن دخالتی ندارد. در

صورتی که تملیک مال از ناحیه زن به شوهر نیز بنا به هر دلیلی باطل باشد، طلاق انشاء شده بهعقت اینکه تمامی شرایط لازم قانونی را دارا بوده، صحیح خواهد بود و بطلان قرارداد راجع به عوض به طلاق سرایت نم یکنند و آن را از اعتبار نم یاندازد. لازم به ذکر است که چنانچه صیغه طلاق بنا به هر دلیلی واقع نشود برابر ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۹۳۱ توافق انجام شده راجع به عوض نیز از درجه اعتبار ساقط م یشود. همچنین ضروری است که توجه شود که هر چند این شرط یکشرط فعل است به نظر م یرسد که قابلیت اجبار را نداشته باشد چرا که خلاف اخلاقحسنة بوده و این نظر با مفهوم ماده ۵۳ قانون فوق نیز هماهنگی دارد و ادله دیگری نیز در این رابطه وجود دارد که در بحث طبیعت حقوقی طلاق به عوض خواهد آمد. در توافق ابتدایی میان زن و شوهر، مرد در مقابل مالی که از زن دریافت میکنند، تعهد به اجرای صیغه طلاق م ینماید.<sup>۵</sup> بنابراین، اجرای صیغه طلاق یا به عبارت دیگر انشاء طلاق در راستای انجام تعهد ناشی از قرارداد میان زن و مرد است. مورد معامله در توافق صورت گرفته از یک طرف مالی است که زن به مرد می پردازد و از طرف دیگر تعهد به انشاء طلاقی است که مرد در مقابل زن م ینماید.<sup>۶</sup> لذا طلاق به عوض اختلاطی از یک قرارداد ف یمابین زوج و زوجه و یک ایقاع از جانب زوج است که خستگاه و منشاء این ایقاع به تراضی بین زن و مرد باز م یگردد.

عرف نیز مؤید این نظر است. زیرا در عرف، زوجه در مقابل پرداخت مال در پی به دست آوردن جدایی و فراق است. بنابراین پس از تراضی (قرارداد) زن و شوهر، آنان م یتوانند به دادگاه رجوع کنند و پس از دریافت گواهی عدم امکان سازش، آن مرد است که در دفتر طلاق اقدام به اجرای صیغه طلاق (ایقاع) م ینماید. ممکن است ایراد شود که در این نظریه تعهد به اجرای صیغه طلاق در مقابل مالی قرار گرفته که زن م یردازد، بنابراین چنانچه مال قبل از قبض تلف شده باشد یا اینکه توافق بین زن و شوهر بنا به هر دلیلی باطل شود، به تبع طلاق صورت گرفته نیز باطل خواهد شد. این ایراد با دو استدلال قابل رد است. اولاً، طلاق به دلیل ارتباطی که

با نهاد خانواده و نظم عمومی دارد از تمامی آثار عقود معاوضی پیروی نم یکنند. ثانیاً، حتی اگر این استدلال پذیرفته نشود باید گفت مطابق مفاد ماده ۶۴۲ قانون مدنی<sup>۷</sup>، چنانچه معامله به دلیلی به هم بخورد، عمل حقوقی که بر اساس آن صورت گرفته آثار خود را از دست نم یدهد. بنابراین، در صورت بطلان فدیة یا عوض، طلاق که با تمام شرایط قانونی خود جاری شده منحل نم یشود مگر به وسیله رجوع، آن هم در صورتی که عده منقضی نشده باشد (امامی، ۶۳۱، ج ۱، ص ۷۹۲).

#### ۴. طبیعت حقوقی طلاق به عوض

ابتدا به ساکن باید توضیح داد که منظور از طبیعت حقوقی این است که بررسی شود که آیا به صورت رجعی واقع م یشود یا بائن، در حالی که در بحث راجع به ماهیت عقد یا ایقاع بودن طلاق مورد واکاوی قرار م یگیرد (کاتوزیان، ۹۸۳۱، ص ۵۲ و (۲۷۷ اصولاً فقها طلاق به عوض را به علت طبع معاوضی آن و با توجه به اینکه این طلاق در مقابل عوض قرار گرفته است، بائن می دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴۱، ص ۴۰۳). اما، به نظر م یرسد که این طلاق همانند دیگر طلاق ها از اقسام طلاق رجعی به حساب م یآید. دلایلی را به شرح زیر م یتوان برای این نظر ارائه نمود:

۱. قانون مدنی با برشمردن اقسام طلاق بائن، به مانند فقه، اصل را بر رجعی بودن قرار داده است. علی القاعده طلاق را جز در مواردی که قانونگذار بائن اعلام کرده، باید رجعی شمرد (محقق داماد، ۷۸۳۱، ص ۰۹۲).
۲. ممکن است گفته شود که مرد به طور ضمنی اقدام به اسقاط حق رجوع نموده است. اما، باید دانست که خانواده سازمان حقوقی ویژه ای است که حاکمیت اراده جز به طور محدود و استثنایی، در آن راه ندارد و مطابق نظر مشهور فقها، اختیار رجوع از طلاق نه به عنوان «حق» بلکه به عنوان «حکم» بوده و تا پایان عده برایشوهر باقی است و هیچ قرارداد یا عمل حقوقی دیگر آن را از بین نم یرد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۳۲، ص ۶۱۱).

۳. ممکن است ایراد شود که این نقض غرض است که زن بخواهد در مقابل پرداخت مال از شوهر خود جدا شود، ولی مرد بتواند پس از اجرای صیغه طلاق، اقدام به رجوع نماید. در پاسخ این ایراد باید گفت که طلاق سازمان ویژه و ماهیت خاص خود را دارد که به تراضی قابل تغییر نیست و حکم رجعی بودن طلاق نیز در راستای استحکام بنیان خانواده و سازگار با مبانی آن است. حتی در طلاق خلع و مبارات که تا قبل از رجوع زن به فدیة بائن است به علت نصوص وارده در روایات است. علت، نصوص وارده در روایات بیان شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۲۹۱).

لذا، چنانچه مرد از طلاق انجام شده رجوع نمود قاعدتاً با متفنی شدن مبنای توافق میان زن و شوهر در تملیک مال، زن قادر خواهد بود مال تملیک شده را از مرد بازپس گیرد. چرا که به طور ضمنی طرفین در قصد مشترک خود تملیک کامل مال را مشروط به عدم رجوع مرد از طلاق م‌یدانند.

در خصوص قرارداد فی مابین زن و شوهر راجع به تملیک مال در مقابل تعهد به اجرای صیغه طلاق نیز به نظر م‌یرسد که این قرارداد، از جمله عقود غیرالزام آور یا حتی م‌یتوان گفت جایز به شمار م‌یرود. زیرا، اولاً، با رجعی دانستن این طلاق، اجبار مرد به اجرای صیغه طلاق چندان عقلایی به نظر نم‌یرسد. از طرف دیگر، در نظریات مشورتی مختلف<sup>۱</sup>، اداره حقوقی قوه قضائیه، توافق انجام شده ما بین زن و شوهر راجع به طلاق خلع را الزام آور ندانسته است، حتی زمانی که بر مبنای این قرارداد حکم طلاق صادر شده باشد. بنابراین، با توجه به اینکه طلاق خلع از جمله طلاق های بائن به حساب م‌آید، در طلاق به عوض که گفته شد طلاق رجعی است به طریق اولی م‌بایست قرارداد میان زن و شوهر را غیرالزام آور قلمداد کرد. همچنین مفاد ماده ۴۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۹۳۱ آن را تأیید م‌یکند.

### نتیجه گیری

در خصوص ماهیت طلاق به عوض مثل دیگر اقسام طلاق در مقابل عوض، یعنی طلاق خلع و مبارات، اختلاف عقیده زیادی میان فقها و حقوقدانان وجود دارد.

قانونمندی نسبت به این نوع طلاق سکوت نموده و همین امر دامنه اختلافات را افزایش داده است. این در حالی است که تعیین ماهیت، روشنگر آثار و شرایط خواهد بود.

با توجه به اینکه طلاق در معنای عام خود ایقاعی تشریفاتی است عد های طلاق در مقابل پرداخت عوض را نی ز خارج از ای ن ماهیت ندانس تهناند و اراده زن را که ه تملیک کننده فدیبه است نادیده گرفته یا اینکه آن را صرفاً داعی و جهت برای طلاق قلمداد کرده اند. ایراد این نظر در عدم توجه نقش زن در وقوع طلاق برخی را بر آنداشته که طلاق به عوض را در شمار قراردادها آورده و حتی بعضی امکان معاوضات را بر این گونه طلاق جاری م بدانند. این تفکر نیز با این چالش روبرو است که ماهیت طلاق که مرتبط با نظم عمومی و مصالح اجتماعی است را تغییر م ی دهد، در حالی که سازمان حقوقی طلاق و ساختار آن جمله قواعد آمره است. از طرف دیگر، نمیتوان حقوق خانواده را که از احوال شخصیه به حساب م ی آید با قواعد خشک و بیروح معاوضات اداره نمود.

به نظر م یرسد طلاق به عوض ماهیتی ترکیبی از قرارداد و ایقاع دارد به این صورت که در یک توافق میان زوجین، زن مالی را به شوهر تملیک م ی کند و در مقابل شوهر تعهد م ی کند که همسرش را طلاق دهد. پس از این قرارداد مرد در ایقاعی مجزا اقدام به انشاء طلاق م ی نماید. بنابراین، طلاق (ایقاع) انجام شده در راستای اجرای تعهدی بوده که از توافق (قرارداد) میان زن و شوهر ناشی شده است. به این ترتیب، احکام معاوضات نیز بر این طلاق جاری نم ی شود و ماهیت ایقاعی خود را حفظ م ی کند. لذا، بطلان قرارداد میان زوجین موجب انحلال طلاق نم ی شود زیرا اجرای صیغه طلاق مطابق قانون با جمع تمام شرایط لازم انجام شده است. به نظر م یرسد طلاق مذکور بر خلاف خلع و مبارات طبیعت رجعی بودن خود را حفظ م ی کند. زیرا، در طلاق اصل بر رجعی بودن است و اختیار رجوع مرد حق نبوده بلکه حکم به حساب م ی آید و قابلیت اسقاط ارادی

را ندارد. از این رو، چنانچه مرد از طلاق به عوض انجام شده رجوع کند مطابق توافق ضمنی انجام شده زن مال پرداخت شده را از مرد باز م‌یستاند .

## یادداشت ها

۱. این پژوهش مجال ذکر مشروح تمامی ادله موافقان و مخالفان طلاق به عوض را ندارد. برایاطلاعات بیشتر در این زمینه م‌یتوان به رسال های که میزای قمی در این باب نگاشته رجوع نمود (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۵۵۴) .
۲. فقها ایقاع را به انشایی ب‌نیاز به انشاء قبول تعبیر کرد هاند، از این رو در ایقاع فقط یک اراده کارسازاست (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۶۴۷) .
۳. در موارد زیر طلاق بائن است:

۱- طلاقى که قبل از نزدیکی واقع شود؛

۲- طلاق یائسه؛

۳- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد؛

۴- سومین طلاقى که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید .

۴. ماده ۶۴۱۱ «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی کهبه شوهر م‌ی دهد طلاق م‌ی گیرد، اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد .» ماده ۷۴۱۱ «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد .»

۵. از آنجایی که طلاق از اقسام اعمال حقوقی تشریفاتی به حساب م‌ی آید. قابلیت آن را ندارد که بهصورت شرط نتیجه ضمن عقد دیگر قرار گیرد (صفایی، ۵۸۳۱، ص ۳۹۱) .



۶. قانون مدنی در ماده ۶۱۲ در تعریف مورد معامله مقرر م یکنند «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم و ایفای آن را م یکنند» و به نظر م یرسد مانعی وجود ندارد که هاین عمل، عمل حقوقی غیرمالی باشد .
۷. در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است باطل م یشود و کسی که ملزم به انجام شرط بوده است، اگر عمل به شرط کرده باشد، م یتواند عوض او را از مشروط له بگیرد .
۸. برای مثال در نظریه شماره ۷/۴۳۹۳ مورخ ۷۸۳۱/۶/۶۲ بیان شد که چنانچه زوج بعد از صدور حکم و قبل از اجرای صیغه طلاق زوج منصرف شود، نمی توان او را به انجام طلاق الزام نمود (شهری و دیگران، ۸۸۳۱، صص ۵۵۳-۶۵۳).

#### کتابنامه

۱. اصفهانی، سید ابوالحسن، (۱۳۹۳) وسیله النجاه، قم: چاپخانه مهر.
۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۶۴) حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیة.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق)، کتاب المکاسب، قم: منشورات دار الذخائر.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶) حقوق خانواده، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸) رهن و صلح، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱) مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶) دائرةالمعارف عمومی حقوق - الف ارق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. جمعی از پژوهشگران ۱۴۲۶ (ق)، فرهنگ فقه مطابقت مذهب اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

۴۷۰ پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره دوم (پیاپی ۸۴)، پاییز و زمستان ۱۳۹۷

۰۱. حرعاملی، محمد بن حسن ۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت ( ) .
۱۱. حسینی روحانی، سیدصادق ۱۴۱۲ق)، فقه الصادق (علیه السلام)، دار الكتاب مدرسه امام صادق (علیه السلام).
۲۱. حسینی مراغی، سیدمیر عبد الفتاح بن علی ۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۱. حلی، محمد بن حسن بن یوسف (۷۸۳۱)، ایضاح القوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۱. خمینی، سیدروح الله ۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام).
۵۱. سبحانی تبریزی، جعفر ۱۴۱۴ق)، نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیة الغراء، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۶۱. شهری، غلامرضا و دیگران، (۱۳۸۸) مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در مسائل مدنی، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
۷۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی ۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۸۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی ۱۴۳۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: مؤسسه انتشارات دار العلم.
۹۱. صاحب جواهر، محمدحسن ۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۰۲. صافی گلپایگانی، لط فالح ۱۴۱۶ق)، هداية العباد، قم: دار القرآن الکریم.
۱۲. صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۵) قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.
۲۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، (۱۳۸۷) حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۲. طباطبایی، سیدعلی بن محمد ۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بدلائل، قم: مؤسسه آل البيت (علیه السلام).

۴۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۲. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷) المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۶۲. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذیب الاحکام، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۷۲. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷ق)، رسائل المیزای قمی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.
۸۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴) ایقاع، تهران: نشر میزان.
۹۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹) حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۱۰۳. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۷) بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۳. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳ق)، فقه المعاملات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهمدرسین حوزه علمیه قم.
۲۳. منتظری، حسینعلی (بی تا)، رساله استفتائات، قم: دفتر مرجع.

