

تحلیل نظریه دوگانگی طلاق به عوض و طلاق خلع، و آثار مترتب بر آن^۱

احمد مرتاضی^۲

حسین حاجی حسینی^۳

مهدي صفرخانی^۴

چکیده

برخی از فقیهان امامیه، نوعی از طلاق را تحت عنوان طلاق فدیهای یا طلاق به عوض، در عرض طلاق خلع، مطرح کرده‌اند و معتقدند که چنین طلاقی نیز به دلیل عمومات و اطلاعات ادله اولیه همچون آیه «أوفوا بالعقود» و اصل آزادی قراردادها و قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» و نیز صحت نظریه ایقاع مشروط، صحیح و دارای اثر حقوقی بوده و عوض و فدیة دریافتی در فرایند آن، به ملکیت مرد درمی‌آید. به لحاظ ماهوی باید گفت که برخلاف خلع، در طلاق به عوض، وجود کراهت نسبت به شوهر و استفاده از کلمه خلع در صیغه طلاق، شرط نبوده، فدیة و عوض، جزو ماهیت آن نیست و زن پس از جدایی، حق رجوع به عوض و بازپس گیری آن را ندارد، اما زوج می‌تواند تا قبل از اتمام عده، دوباره به زندگی سابق با او، برگردد و از همین رو، این نوع طلاق، از نظر ساختار حقوقی، نوعی طلاق

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۰۶.

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تبریز (نویسنده مسئول)، رایانامه: a.mortazi@tabrizu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزای دانشگاه خوارزمی، رایانامه: h.hosiny64@gmail.com

۴. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تبریز، رایانامه: m.safarkhani777@gmail.com

توافقی به حساب می‌آید، زیرا که طلاق توافقی برخلاف خلع، از اقسام طلاق رجعی است. بدین ترتیب، با توجه به اصل اولی لفظی و عملی در طلاق، رجعی بودن طلاق به عوض نیز ثابت می‌شود. به لحاظ فقهی و حقوقی، طلاق به عوض می‌تواند در قالب عقد مستقل نامعین، اشتراط عوض در ضمن طلاق، اشتراط طلاق در ضمن عقد لازم، جعاله بر طلاق، صلح و هبه معوضه بر طلاق، توجیه گردد.

کلید واژه‌ها: طلاق به عوض، طلاق خلع، طلاق فدیهای، فدی، کراهت، بائن.

۱. مقدمه

طلاق و مسائل مربوط به آن، یکی از ابواب مهم تألیفات فقهی و حقوقی به‌شمار می‌آید. فقها و حقوق‌دانان، طلاق را از منظرهای گوناگون، به گونه‌های مختلفی دسته‌بندی کرده و به تحلیل ابعاد آن پرداخته‌اند. گاه از منظر مرجع اجرا، آن را به طلاق اختیاری و طلاق قضایی، گروه‌بندی کرده و گاه نیز به اعتبار برگشت‌پذیری یا غیرقابل رجوع بودن، به دو نوع بائن و رجعی، دسته‌بندی نموده‌اند. یکی از مصادیق طلاق‌های بائن، طلاق خلع است که به‌خاطر وجود کراهت و نفرت در جانب زوجه و با پرداخت عوض و مال به شوهر، اجرا می‌گردد. در این میان، عدّه‌ای از فقها طلاق دیگری را به‌نام طلاق فدیهای یا طلاق به عوض، مطرح ساخته‌اند که بدون نیاز به عنصر کراهت در جانب زوجه ولی با پرداخت عوض به زوج، قابل اجراست. تحقیق حاضر با تکیه بر روش توصیفی - تحلیلی و به استناد منابع کتابخانه‌ای، به بررسی تفصیلی ماهیت و آثار فقهی - حقوقی این نوع طلاق در مقایسه با طلاق خلع، خواهد پرداخت. در همین راستا، لازم است ابتدا معنای طلاق به عوض و تفاوت ماهوی آن با خلع، روشن شود؛ چرا که بدیهی است نتیجه‌گیری درست و صدور حکم صحیح، متوقف بر موضوع‌شناسی درست می‌باشد.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۷۰

۲. معنانشناسی طلاق به عوض و تفاوت ماهوی آن با طلاق خلع

طلاق به عوض (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۳۷۵/۹) یا طلاق فدیهای (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۶۸/۲۵) یا طلاق بذلی (بحرانی آل‌عصفور، بی‌تا: ۳۶۷/۱)، طلاقی است که

در آن، میان زن و شوهر توافق اخلاقی برقرار بوده و کراهتی از ناحیهٔ زوجه وجود نداشته باشد و در عین حال طلاق در برابر عوض قرار داده شود. بدین معنا که شوهر مطلقه ساختن همسرش را به پرداخت فدیة از جانب زوجه، متوقف می‌سازد. خلع نیز اسم مصدر بوده و در لغت به معنای کندن و جدا کردن چیزی مثل لباس آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۸۶/۱؛ ابن‌عباد، ۱۴۱۴: ۱/۲۵؛ جوهری، ۱۴۱۰: ۳/۱۳۰۵).

حمیری بیان می‌دارد: «طلاق خلع؛ یعنی جدایی زن توسط زوج در ازای دریافت عوض از زن (حمیری، ۱۴۲۰: ۳/۱۸۷۷). در اصطلاح فقها هم به: «ازاله و برداشتن قید نکاح، در ازای فدیة و همراه با کراهت زوجه» (فاضل‌هندی، ۱۴۱۶: ۸/۱۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲/۳۳) یا «طلاق گرفتن زنی که از زوج خود نفرت و کراهت داشته و از مهرش می‌گذرد یا مالی را به زوج می‌دهد تا او را طلاق دهد.» (امام خمینی، ۱۴۰۴: ۲۵۵؛ فاضل‌لنکرانی، ۱۴۲۱: ۲۲۱) تعریف شده است.

در اصطلاح حقوق‌دانان و قانون مدنی ایران طبق مادهٔ ۱۱۴۶ نیز چنین تعریف شده: «طلاق خلع آن است که زن به واسطهٔ کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد، اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر یا کمتر از مهر باشد.» با این تعریف، طلاق خلع دارای ارکان و شرایطی خاص علاوه بر شرایط عمومی باب طلاق خواهد داشت (امامی، ۱۳۳۴: ۵/۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۴۴۹). از آنچه تاکنون گفته شد، روشن می‌گردد که تفاوت طلاق به عوض با طلاق خلع در این است که برای وقوع طلاق به عوض، وجود نفرت و کراهت در زوجه برای ادامه زندگی و استفاده از کلمه خلع در صیغه طلاق شرط نبوده، فدیة و عوض، جزو ماهیت آن نیست و زن پس از جدایی، حق رجوع به عوض و باز پس‌گیری آن را ندارد. بلکه تنها شرط آن، عبارتست از تراضی و توافق بر سر جدایی با پرداخت عوض توسط زوجه (سبحانی، ۱۴۱۴: ۳۹۱).

حال، مهم بررسی این مسئله می‌باشد که آیا طلاق به عوض، طلاقی است صحیح و دارای اثر شرعی و قانونی که نتیجه جدایی برای زن و مالکیت نسبت به عوض برای

۱. إزالة قید النکاح بفدیة مع کراهیة الزوجة.

مرد را به دنبال دارد یا چنین طلاقى به دليل نبود ركن كراهت و انزجار زوجه، طلاقى عادى محسوب مى گردد كه تابع احكام طلاق خلع نبوده، بلكه شرعاً و قانوناً طلاقى عادى است كه فقط منجر به جدائى زوجه شده، اما مرد را مالك فديه و عوض، نمى سازد؟ و يا از اساس، باطل است؟ در پاسخ به اين پرسش بنيادين، دو نظريه از جانب فقها و حقوق دانان ارائه گرديده كه در ادامه به طرح اين ديده گاه ها و بررسى ادله پيروان آن ها پرداخته مى شود:

۳. نظريه دوگانگى طلاق به عوض و طلاق خلع

گروهى از فقيهان اماميه طلاق به عوض را طلاقى مستقل و در عرض طلاق خلع قلمداد کرده اند كه هم صحيح بوده و هم موجب ملكيت عوض و فديه براى مرد مى شود (شهيدثانى، ۱۴۱۰: ۹۰/۶؛ شهيدثانى، ۱۴۱۳: ۳۷۵/۹؛ ميرزاى قمى، ۱۴۲۷: ۴۷۷/۱؛ سلطان العلماء، ۱۴۱۲: ۱۶۵/۲؛ مراغى، ۱۴۱۷: ۴۵۴/۲؛ خوبى، ۱۴۱۰: ۳۰۶/۲؛ سيستانى، ۱۴۱۷: ۱۹۳/۳؛ تبريزى، ۱۴۲۷: ۱۷۷/۵؛ روحانى، ۱۴۱۲: ۱۱۶/۲۳). براى نمونه، شهيدثانى با نگاه غيريت به طلاق فديه اى و طلاق خلع، مى نويسد: «با اينكه خلع و طلاق به عوض در برخى موارد مشترك اند، اما افتراقى نيز با هم دارند به اينكه خلع، اختصاص به فرض كراهت زوجه دارد؛ همانگونه كه طلاق مبارات به كراهت هر دو زوج و زوجه مختص است، برخلاف طلاق به عوض كه هيچ يك از اين موارد، در آن شرط نيست» (شهيدثانى، ۱۴۱۳: ۳۷۵/۹). او در كتاب الروضة البهيه نيز مى آورد: «اگر زوج با طلاق به عوض، همسرش را طلاق دهد و بگويد: (انت طالق على كذا)، چنين طلاقى از لفظ خلع بى نياز است، گرچه به لحاظ شرعى فايده آن را دارد. همچنين، نيازى به آن شرايط معتبر در طلاق خلع، يعنى وجود كراهت از جانب زوجه ندارد، چرا كه چنين طلاقى، طلاق به عوض است نه خلع.» (شهيدثانى، ۱۴۱۰: ۹۰/۶). ايشان را مى توان اولين فقيهى دانست كه حكم به غيريت و دوگانگى خلع و طلاق به عوض، داده و طلاق به عوض را نيز صحيح و مفيد فايده مورد قصد طرفين، يعنى تمليك و تملك فديه و عوض، مى داند.

ميرزاى قمى نيز به عنوان يکى از پيروان نامدار اين نظريه، معتقدند كه طلاق به

عوض، در معنای عام خود شامل طلاق خلع هم می‌شود، چرا که در خلع هم عوض و هم فدیة، گرفته می‌شود، ولی به معنای خاص آن طلاق است در عرض خلع و مبارات و غیر از آن دو (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۴۷۷/۱). فخرالمحققین و سیوری در توضیح تعریف علامه حلی از خلع به (إزالة قيد النكاح بفدية)، می‌نویسند: «مراد علامه از قید (بفدية)، 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.» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۳۷۵/۳؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۳۶۰/۳). به این ترتیب، ایشان طلاق خلع را غیر از طلاق به عوض و در عرض همدیگر، دانسته و در تفاوت آن دو اظهار می‌دارد که در طلاق خلع، فدیة و عوض، جزو لوازم ماهیت آن است؛ یعنی عوض در خلع، جزو مفهوم خلع بوده، ولی در طلاق به عوض، قید لاحق به آن می‌باشد.

همچنان که پیش‌تر اشاره گردید، این دسته از فقها طلاق فدیة‌ای را «صحیح» و «بائن» دانسته و معتقدند؛ دلیل صحت چنین طلاق آن است که توسط فرد دارای اهلیت رخ داده و از این رو، مشمول عموماًت و اطلاقات اولیه خواهد شد و علت بائن بودن آن هم این است که عمل حقوقی لازم بوده و زن، حق رجوع به عوض و بازپس‌گیری آن را ندارد. اگرچه عده‌ای از همین گروه، آن را طلاق رجعی محسوب می‌کنند (خویی، ۱۴۱۰: ۳۰۶/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۱۹۳/۳؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۱۶/۲۳) و روح قوانین مدنی و حمایت از خانواده نیز همین نظریه را تقویت می‌کند، یعنی این نوع طلاق، از نظر ساختار حقوقی، نوعی طلاق رجعی به حساب می‌آید، زیرا طلاق توافقی برخلاف خلع، از اقسام طلاق رجعی است و قانون مدنی به پیروی از مشهور، طلاق به عوض را از اقسام طلاق‌های بائن ذکر نکرده است (محقق داماد، بی تا: ۴۳۲).

بنابر آنچه تاکنون گفته شد، آشکار می‌گردد که طلاق به عوض، تحت عموماًت و اطلاقات اولیه قرار گرفته و در نتیجه، صحیح و دارای اثر حقوقی قلمداد می‌شود. البته اینکه طلاق یادشده تحت کدام ادله اولیه واقع می‌شود، مسئله‌ای اختلافی بین طرفداران نظریه دوگانگی است، اما به هر حال، مجموع این عموماًت و اطلاقات و نحوه تطبیق آن‌ها از قرار زیر است:

۳-۱. هبه معوضه بر طلاق

مقصود از هبه معوض، هبه با شرط عوض است، به گونه‌ای که مبادله‌ای صورت نپذیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۹۳)؛ یعنی هبه معوض، عبارتست از هبه مشروط به هبه دیگر، نه مبادله مال به مال (خوانساری، بی تا: ۲۸۳). مثلاً متهب مالی را به هبه کننده هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به‌جا آورد، یعنی دو هبه، یکی اصلی و دیگری فرعی و به صورت شرط، در یک عقد جمع شود و به هیچ کدام از دو هبه نتوان اطلاق عوض کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۹۳). به‌دیگر سخن، هبه یکی از عقود غیر معوض می‌باشد؛ یعنی دارای يك مورد و آن عین موهوبه است که بوسیله واهب به متهب تمليك می‌گردد، ولی مانند تمام عقود غیر معوض، می‌توان به‌وسیله درج شرط عوض در آن، به صورت معوض درآورد. شرط ضمن عقد هبه آن را حقیقتاً از عقود معوضه نمی‌گرداند، بلکه از نظر تحلیلی، عقد مزبور عبارت از دو تعهد است؛ یکی هبه که تعهد اصلی می‌باشد و دیگری شرط عوض که تعهد تبعی است و آن دو به صورت عقد واحد که هبه معوض (عقد مشروط) است در آمده‌اند. در حقیقت، عوض در هبه معوض در مقابل مال موهوب قرار نگرفته، بلکه شرط در تمليك مجانی است و می‌توان گفت: در واقع هبه در مقابل هبه است (امامی، ۱۳۳۴: ۳۸۹/۲-۳۸۸).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۷۴

در فرض مورد بحث نیز عمل یادشده به این صورت است که زوجه از باب هبه چیزی را به زوج می‌بخشد تا وی در عوض آن، زن را طلاق دهد. در واقع، عوض هبه در اینجا عمل حقوقی طلاق، است و نوعی هبه معوضه می‌باشد و با توجه به اینکه هبه معوض، لازم است نه جایز (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۶۵۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۰۸/۲)؛ از این رو، زن برخلاف طلاق خلع، حق رجوع به عوض را ندارد و در نتیجه، جزو مصادیق طلاق بائن خواهد بود.

در تأیید این مبنا باید گفت که فقها با استناد به اطلاق ادله (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱/۲۷۳)، در هبه معوضه، عوض را مشروط به چیز خاصی نکرده، بلکه معتقدند که عوض می‌تواند هر چیزی باشد، مثل اینکه متهب، خود را به انجام یا ترک یک چیز خاصی، ملتزم سازد (مغنیه، ۱۴۲۱: ۴/۲۲۱). سید ابوالحسن اصفهانی در این رابطه

می‌نگارد: «ظاهر این است که در هبه معوض، عوض می‌تواند عمل صلح باشد؛ یعنی شرط کند که در عوض هبه، با او بر سر فلان حق یا مال، مصالحه نماید یا در ازای آن، واهب را از حقی که بر گردنش دارد، ابراء کند یا کاری مثل خیاطی یا ساخت انگشتر را برای او انجام دهد.» (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۲۶).

در نتیجه، می‌توان در هبه معوض، فعلی مثل طلاق را نیز به‌عنوان عوض، شرط کرد؛ یعنی همسر، مالی را به شوهرش هبه نماید، مشروط به اینکه شوهر در عوض، او را طلاق دهد و طلاق به عوض نیز می‌تواند به این صورت توجیه گردد (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۴۸۹/۱) و زوج اگر در پاسخ درخواست زوجه، هبه را قبول کند و طلاق دهد در این صورت طلاق، حاصل شده و این نوع طلاق و هبه معوضه، صحیح و لازم خواهد بود. چون در این فرض، افتراق و جدایی زوجین، حاصل هبه معوضه بوده که مقتضای آن، عدم جواز استقلال طرفین در رجوع است و در نتیجه، طلاق نسبت به هر دو طرف لازم می‌گردد و رجوع تنها با اقاله و توافق دوجانبه ممکن است (همان، ۴۹۳). برخلاف خلع که زن تا قبل از اتمام عده، حق رجوع داشته و می‌تواند به عوض و فدیهای که داده، رجوع کند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۷۲۵/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۲/۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۴۹).

نکته‌ای که باید مورد دقت قرار گیرد اینکه، گرچه به اذعان فقها و حقوق‌دانان، شرط در هبه معوض می‌تواند افزون بر شرط فعل، به‌صورت شرط نتیجه نیز قرار گیرد (موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۹: ۴۱؛ امامی، ۱۳۳۴: ۳۸۹/۲). اما با توجه به اینکه بر مبنای هبه معوض بودن طلاق به عوض، عوض و به‌تعبیر دقیق، شرط، عمل حقوقی «طلاق» است و طبق موازین فقهی و حقوقی، طلاق با صیغه خاصی منعقد می‌گردد، از این رو، نمی‌توان آن را به‌نحو شرط نتیجه، در ضمن عقد هبه معوض و طلاق فدیهای، درج نمود، بلکه تنها می‌تواند به شکل شرط فعل باشد. بر همین پایه، برداشت از اطلاق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی این است که چنانچه شوهر از طلاق دادن اجتناب ورزد، ابتدا حاکم شرع او را به وفای به شرط، ملزم می‌سازد و در صورت ناممکن شدن اجبار او به ایفای تعهد، خود حاکم می‌تواند در قالب طلاق قضایی، زن را طلاق دهد.

۳-۲. صلح بر طلاق

صلح عبارتست از توافق و تراضی بر یک چیز، اعم از مبادله یا گذشت از یک حق یا یک مال (خوانساری، بی تا: ۲۸۲) و یا یک عمل (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۰/۵). صلح به نحو معاوضی و غیرمعاوضی، قابل انعقاد می باشد (فیض کاشانی، بی تا: ۱۲۱/۳) و از این میان، صلح معوض ممکن است به دو صورت منعقد شود: یکی، مانند عقد معوض که دارای دو مورد باشد و یکی، در ردیف دیگری قرار گیرد، مثل بیع، و دیگری آنکه دارای یک مورد باشد و مانند هبه معوض، شرط عوض در آن شود (امامی، ۱۳۳۴: ۲/۲۲۴). صلح معاوضی می تواند بدوی و غیرمسبق بر دعوی باشد (امامی، ۱۳۳۴: ۲/۳۱۵). بر این اساس، طلاق به عوض را نیز می توان در قالب صلح معوض بدوی توجیه نمود و دلیل آن عموم و اطلاق ادله صلح می باشد. از جمله روایت نبوی صَلِّیْ عَلَیْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ: «الصَّلْحُ جَائِزٌ بَیْنَ الْمُسْلِمِیْنَ اِلَّا صَلْحًا اَحْلَ حَرَامًا اَوْ حَرَمَ حَلَالًا» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۴۴۳). طبق این روایت مادامی که مصالحه افراد برخلاف موازین شرعی نبوده و حلالی را حرام یا حرامی را حلال نکند، جایز و نافذ است. ابن ادریس حلی در این باره می نویسد: «مفاد این روایت مورد اجماع کل مسلمانان بوده و اصلی است شرعی که مخالفی با آن نیست و صلح، عقد مستقلی محسوب می شود.» (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۶۴).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۷۶

بنابراین، وقتی صلحی خلاف شرع نبوده و موازین شرعی در آن رعایت شده باشد، عقد صلح صحیح خواهد بود و در طلاق به عوض نیز زوجه از باب مصالحه بر طلاق، مالی را به مرد می دهد تا رضایت او را جلب کند و از حقی که خداوند به او داده، استفاده کند و زن را طلاق دهد. بر طبق عموم و اطلاق ادله باب صلح و اقوال فقها، این نوع از مصالحه بر طلاق، صحیح خواهد بود. محقق خوئی در خصوص تطبیق طلاق به عوض با عقد صلح، می آورد: «اگر زوجه نسبت به زوج، کراهت و نفرت نداشته باشد، طلاق خلع صحیح نخواهد بود؛ اما اینکه طلاق او صحیح است یا نه، مسئله ای اختلافی می باشد و به نظر ما چنین طلاق باطل است، مگر اینکه مرد فدیه و عوض را از طریق یک سبب مستقل، مالک گردد که طلاق دادن، به عنوان یک شرط، در ضمن آن اخذ شود. مثل اینکه زن بر سر مالی با شوهرش مصالحه کرده و

به او شرط نماید که او را مطلقه سازد. بدین ترتیب، مرد آن مال را بوسیله عقد صلح مذکور، مالک شده و می‌بایست همسرش را طلاق دهد.» (خوبی، ۱۴۱۰: ۳۰۶/۲).
 بر این مبنا، زن می‌تواند در قالب یک سبب حقوقی مستقل از طلاق به نام صلح، با شوهر خود قرارداد ببندد و در ضمن آن، علیه مرد و به عنوان عوض، شرط نماید که او را مطلقه سازد. در این صورت، با توجه به اینکه صلح بدوی، عقد لازم بوده و جز با اقاله، قابل فسخ نیست، پس از انعقاد آن، مرد، مالک مال و عوض گردیده و موظف به طلاق دادن همسرش می‌شود. در حقیقت، در صلح مذکور، مرد در ازای دریافت فدیة، بر اعمال و اجرای حق خود، یعنی حق طلاق، ملزم گردیده است؛ گرچه طلاق در ایسن فرض نیز به اقتضای ادله اولیه و بنابر قول حق که تفصیل آن در ادامه خواهد آمد، رجعی و قابل بازگشت خواهد بود.

۳-۳. جعالة بر طلاق

طبق ماده ۵۶۱ قانون مدنی، «جعالة عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین.» جعالة عقدی است عهدی و معوض که دارای دو طرف می‌باشد (امامی، ۱۳۳۴: ۱۲۱/۲) و چنانچه طرف آن یعنی عامل، فردی معین باشد، جعالة خاص و در غیر این صورت، جعالة عام، خواننده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۹۷). بر مبنای ماده ۵۷۰ همین قانون: «جعالة بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیر عقلایی باطل است» حال مطابق تعریف جعالة، می‌توان گفت که طلاق به عوض نیز تحت نهاد حقوقی جعالة قرار می‌گیرد، بدین نحو که زن به شوهرش به عنوان «طرف معین»، بگوید: «اگر مرا طلاق دهی، این مال را به تو خواهم داد» و مرد در صورت قبول، طلاق را جاری ساخته و مستحق عوض یا همان جُعَل (اجرت)، می‌گردد (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۵۰۶/۱). شهیدثانی در مسالک الأفهام، طلاقی را که با روش جعالة بیان شود، دال بر التزام و صحت دانسته و این نوع طلاق را که از باب جعالة می‌باشد، قبول نموده است (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۳۸۶/۹).
 فخرالمحققین نیز در این رابطه می‌گوید: «زمانی که زن از شوهرش بخواهد که او را طلاق دهد و عوضی هم برای خواسته خود قرار دهد و زوج قبول کند، باید گفت

که چنین طلاق از جهتی، معاوضه و از جهتی جعاله می‌باشد. اما معاوضه بودنش به این خاطر است که در طی آن، زن مالک بضع خود شده و ملکیت مرد نسبت به آن، با دریافت عوض و فدیة، زائل می‌شود. جعاله بودنش هم از این باب است که مال را در مقابل فعلی که از زوج می‌خواهد - یعنی طلاق - قرار داده و اگر شوهرش او را طلاق دهد، زوجه به خواسته خود از بذل عوض، می‌رسد. (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۳۹۰/۳).

بنابراین، آشکار می‌گردد که جعاله شامل طلاق نیز می‌شود، چرا که عملی حلال و عقلایی بوده و مخالف شرع نمی‌باشد. محقق ثانی، جعاله بر طلاق را امری صحیح دانسته و می‌نگارد: «جوازِ قراردادنِ جُعَل برای طلاق، امری ظاهر و هویدا است، زیرا جعاله را می‌توان برای هر عمل مطلوب و حلالی بست، از جمله اجرای صیغۀ عقد و همانند آن. هرگاه هم جعاله بر طلاق باشد مقصود، ازالهٔ قید زوجیت بوده و مقتضای آن نیز این است که تا حصول جدایی، مستحق دریافت جُعَل (اجرت) نخواهد بود.» (کرکی، ۱۴۰۹: ۲/۲۳۶). چرا که در جعاله، شرط پاداش گرفتن (جُعَل)، رسیدن به نتیجهٔ مطلوب جاعل است و تعهد عامل، تعهد به نتیجه است نه فراهم کردن وسیله (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۹۷)، یعنی اجرت در عقد جعاله، در مقابل نتیجه است (امامی، ۱۳۳۴: ۲/۱۲۷).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶
۱۷۸

شایان ذکر است که موضوع جعاله باید فعلی باشد که عامل، برای غیر انجام می‌دهد و طلاق هم که زوج در ازای جعاله انجام می‌دهد، عملی است که او برای غیر (زن) انجام می‌دهد نه از جانب غیر. پس نمی‌توان اشکال کرد که طلاق، از شئون و اختیارات زوجه نبوده و جعاله بر طلاق، نادرست است (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۱/۵۰۹). بر این مبنا، همچنان که شخص ثالث می‌تواند با شوهر یک زن، عقد جعاله بسته و بگوید که «اگر همسرت را طلاق دهی، فلان مبلغ پول را به تو می‌دهم» خود زن نیز می‌تواند به شوهرش بگوید که «اگر مرا طلاق دهی، فلان مبلغ پول را به تو می‌دهم.» و بدین ترتیب، طلاق به عوض را در قالب جعاله، محقق سازد. اطلاق ادلهٔ جعاله، صحت تعهد به ادای طلاق را در ازای جُعَل، تأیید می‌کند و تفصیل بین طلاق و غیر طلاق در عوض جُعَل، نیازمند دلیل می‌باشد و ظاهر، فقدان چنین دلیلی است.

۳-۴. اشتراط طلاق در ضمن عقد لازم

مطابق قاعده مشهور «المؤمنون عند شروطهم» (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴۹/۳) که برگرفته از متن روایات است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۱/۷)، تمامی مؤمنان و مسلمانان باید به تمامی التزامات و تعهداتشان وفادار بوده و بر طبق شرط، عمل کنند، مگر اینکه مخالف شرع بوده، حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند یا برای متعهد، مقدور نباشد. شرط ضمن عقد، یعنی التزامی که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار گرفته؛ حدود و شرایط آن تعهدها را کامل ساخته یا دگرگون کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۱۴/۳). علت وجوب و لزوم وفاداری به شروط ضمن عقد نیز آن است که شروط ضمن عقد صحیح و لازم، از توابع آن عقد و مرتبط با آن است و جزو ملحقاتش به حساب می‌آید. از این رو، همان دلیلی که بر لزوم وفاء به مفاد آن عقد و ترتیب اثر دادن بدان دلالت می‌کند، بر وجوب و لزوم پایبندی به شرط ملحق بدان نیز دلالت می‌نماید (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵۳/۳). بر پایه اطلاق این قاعده و روایت، در صورتی که زوجه با زوج، معامله‌ای لازم مثل اجاره یا بیع را انجام دهد و در ضمن قرارداد، شرط طلاق کند، باید به شرط مذکور پایبند بوده و به آن عمل نماید که در واقع اینجا همان طلاق به عوض نمود دارد و زوج با طلاق دادن زوجه، مالک آن عوض در اجاره یا بیع، خواهد شد (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۵۰۶/۱). اصل صحت شرط (مجاهد طباطبایی، ۱۲۹۶: ۵۴۰) نیز این نظریه را تایید می‌کند؛ زیرا این اصل، حاکی از آن است که وقتی شرطی که دلیل شرعی بر صحت یا فساد آن وارد نشده، در ضمن عقد یا ایقاعی آورده شود اصل بر صحت آن است. به دیگر سخن، با توجه به اینکه شرط، پاره‌ای از عقد و تابع آن است بنابراین، اصل صحت قراردادها (ماده ۲۲۳ قانون مدنی) شامل شروط ضمن آن نیز می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۴۵). بنابراین باید گفت در صورتی که طلاق به عوض به صورت شرط در مقابل عوضی باشد اعم از اینکه در ضمن عقد اجاره، بیع، صلح و یا جعاله باشد، در صورتی که زوج بخواهد عوض را دریافت کند باید به شرط زوجه که همان طلاق است عمل کند و در این صورت ملکیتش نسبت به عوض استقرار می‌یابد.

محقق تبریزی در پاسخ این سؤال که: «هرگاه زوجه بدون اینکه کراهت و

نفرتی از شوهرش داشته باشد، درخواست طلاق نماید آیا مرد می‌تواند مالی را از او دریافت کرده و سپس طلاق دهد؟ اگر می‌تواند، تحت چه عنوانی؟» می‌گوید: «چنان طلاق، خلع به حساب نمی‌آید ولی برای اینکه دریافت عوض و مال از زن، توجیه گردیده و درست باشد، می‌تواند چنین قصد کند که مال معینی را به شوهرش می‌پردازد بدین شرط که وی را طلاق دهد» (تبریزی، ۱۴۲۷: ۱۷۷/۵).

نکته مهمی که باید در این مسئله بدان دقت داشت اینکه، چون طلاق از شئونات و حقوق زوجه نیست، شرط طلاق در ضمن عقد لازم، نمی‌تواند به صورت «شرط نتیجه» باشد. توضیح مطلب اینکه طبق ماده ۲۳۴ قانون مدنی ایران، «شرط بر سه قسم است: ۱- شرط صفت؛ ۲- شرط نتیجه؛ ۳- شرط فعل اثباتاً و نفیاً. شرط صفت عبارتست از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه، آن است که تحقق امری در خارج، شرط شود. شرط فعل، آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی، شرط شود». مشاهده می‌گردد که در شرط نتیجه، احتیاج به عمل ارادی دیگری غیر از درج شرط در ضمن عقد، نیست (امامی، ۱۳۳۴: ۲۸۷/۱). اما علت اینکه شرط طلاق نمی‌تواند به صورت شرط نتیجه، باشد آن است که به اذعان حقوق دانان شرط نتیجه، ناظر به موردی است که موضوع آن به قصد انشاء، ایجاد شود و نیاز به کار مادی و خارجی نداشته باشد ولی کار مادی می‌تواند وسیله تمام کننده قصد باشد مانند قبض در بیع صرف (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۲۳). دکتر کاتوزیان در مورد آثار و نتایج اعمال حقوقی که می‌توان به عنوان شرط نتیجه، در ضمن قرارداد آورد، می‌نویسند: «از میان این نتیجه‌ها پاره‌ای را که نیاز به سبب خاص و تشریفاتی اضافه بر تراضی، دارد باید استثناء کرد. برای مثال، انحلال نکاح جز در موارد خاص فسخ که با اراده زن یا شوهر انجام می‌پذیرد، نیاز به طلاق دارد که ایقاعی است تشریفاتی. نهاد شرط، شوهر را از رعایت شرایط و تشریفات طلاق، معاف نمی‌کند. پس نمی‌توان جدایی زن و شوهر را به صورت شرط نتیجه، درآورد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۸/۳). به دیگر سخن، نتیجه که به صورت شرط قرار داده می‌شود، به سبب عقد تبعی که ضمن عقد اصلی تحقق پیدا می‌نماید، حاصل می‌گردد. یعنی دو عقد اصلی و تبعی با یکدیگر پیدایش می‌یابند و قصد انشای معامله

تبعی و همچنین چیزی که دلالت بر آن می‌نماید، در ضمن انشای معامله اصلی موجود می‌شود. بنابراین هرگاه عقد تبعی که به صورت شرط نتیجه ضمن عقد اصلی قرار داده می‌شود، سبب خاصی نخواهد و به وسیله اراده حقیقی و انشائی که ضمن معامله اصلی حاصل می‌شود، محقق گردد، نتیجه آن ناچار حاصل خواهد شد، مانند بیع، اجاره، هبه و صلح که می‌توان آن را ضمن هر معامله دیگری ایجاد نمود، ولی طلاق که موقوف به سبب خاصی است و طبق ماده «۱۱۳۳» ق.م. و ماده «۱۱۳۴» و ماده «۱۱۳۵» ق.م. باید به صیغه طلاق و منجز واقع ساخت، نمی‌توان ضمن عقد اصلی به صورت شرط نتیجه انشاء نمود، ناچار نتیجه آن که جدائی و رهائی است، وجود پیدا نمی‌نماید (امامی، ۱۳۳۴: ۱/۲۸۷).

۳-۵. اشتراط عوض در ضمن طلاق

در صحت ایقاع مشروط و اینکه آیا می‌توان در ضمن ایقاعات نیز همانند عقود، چیزی را شرط کرد یا نه؟ بین فقیهان و حقوق دانان، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی به دلیل صحیحه ابی جریر^۱ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۸/۲۲۴) و سایر روایات مشابه آن، درج شرط در ضمن ایقاع را فقط در عتق، پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴/۱۱۷). صاحب جواهر در این رابطه می‌نویسد: «اولی آن است که صحت شرط در ضمن ایقاع را منحصر به خصوص عتق و آزاد کردن برده، بدانیم» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴/۱۱۷). دسته‌ای از فقیهان هم در تمامی ایقاعات این امر را صحیح و موثر می‌دانند (یزدی، ۱۴۲۱: ۳۱/۲؛ خویی، بی‌تا: ۲۲۶/۶؛ ایروانسی، ۱۴۰۶: ۲/۲۶) و پاره‌ای نیز چنین چیزی را در هیچ‌یک از ایقاعات - حتی عتق - نمی‌پذیرند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴/۲۱۸؛ امام خمینی، ۱۴۲۱: ۴/۳۷۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱/۷۶۳). مؤلف مفتاح‌الکرامه در این رابطه می‌آورد: «در هیچ‌یک از ایقاعات، خیار شرط و سایر خیارات، جاری نمی‌شود؛ زیرا ایقاع، مبتنی بر این است که به محض اجرای صیغه

تحلیل نظریه دوگانگی
طلاق به عوض و طلاق
خلع، و آثار مترتب بر آن
۱۸۱

۱. «محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد بن خالد بن سعد بن سعد عن ابی جریر قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل قال لمملوکه أنت حرّ و لی مالک، قال: لا یبدأ بالحرية قبل المال، يقول: لی مالک و أنت حرّ برضا المملوکه».

آن، نافذ گردد و آوردن خیار در ضمن آن با این امر، منافات دارد. دلیل دوم هم اینکه، همانطور که از برخی روایات برداشت می‌شود، متفاهم از کلمه شرط، این است که شرط، چیزی است در بین دو نفر در حالی که ایقاع، قائم به یک فرد است. مطابق آنچه گفته شد روشن می‌گردد که منع شرط در ایقاع، مختص طلاق، عتق و ابراء نبوده، بلکه همه ایقاعات را شامل می‌شود» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۱۸/۱۴).

همچنان که در کلام صاحب مفتاح‌الکرامه هم دیده می‌شود، دلیل عمده قائلین به منع شرط در ضمن ایقاع، ناسازگاری مفهوم طرفینی شرط، با ماهیت یک طرفی ایقاع، است یعنی معتقدند که آنچه از واژه (شرط) به ذهن متبادر می‌شود عبارت از چیزی است بین دو طرف و از این رو در عقود که مبتنی بر ایجاب از یک طرف و قبول از طرف مقابل است، کاربرد پیدا می‌کند حال اینکه به لحاظ فقهی و حقوقی، ایقاع، عملی است قائم به یک نفر. در جواب این اشکال باید گفت: با توجه به روایات، شرط، قائم به دو شخص یعنی مشروطه و مشروط‌علیه، است نه اینکه متوقف بر ایجاب و قبول باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۵؛ خویی، بی تا: ۲۶۶/۶). یعنی آنچه را که مشروط‌علیه در ایقاع مشروط، قبول می‌کند، خود شرط است نه مفاد ایجاب موجب تا ماهیت ایقاع عوض شود و تبدیل به عقد گردد. پس، ایقاع نیز مانند عقد می‌تواند مشروط گردد و در ضمن آن، شرطی درج شود و بر همین اساس، در فرضی که همسر از شوهرش کراهت و نفرتی ندارد؛ زوج می‌تواند طلاق زوجه را مشروط به پرداخت عوض نماید و بگوید «أنت طلاق بكذا» و بدین ترتیب، طلاق به عوض، تحقق می‌یابد.

۳-۶. طلاق به عوض به عنوان عقد مستقل

آنچه تا اینجا گفته شد، نحوه گنجانده شدن طلاق به عوض در ذیل عموم و اطلاق برخی از نهادهای حقوقی بود اما در این قسمت، طلاق به عوض، به عنوان یک عقد نامعین و مستقل، طرح و بررسی می‌شود. برخی از فقیهان معتقدند چنانچه زن از شوهرش کراهتی نداشته و در عین حال، بخواهد با پرداخت عوض، طلاق بگیرد، چنین طلاقی گرچه خلع نیست اما به عنوان یک عقد مستقل و تحت عنوان طلاق

فدیه‌ای یا طلاق به عوض، و به عنوان نوعی معاوضه تحت عموم اوفوا بالعقود قرار گرفته و در نتیجه، صحیح می‌باشد و مرد، مالک آن عوض می‌گردد. در این صورت، طلاق، یکی از عوضین عقد بوده و طرف دیگر، فدیّه و مال بذل شده، خواهد بود و به «طلاق به عوض»، ماهیت «عقدی» خواهد داد نه «ایقاعی».

از نگاه موضوع شناختی، در صورت پذیرش نظریه «عقد و معاوضه مستقل نامیعی»، بودن طلاق به عوض، آیه اوفوا بالعقود (مأثده، ۱) نیز که بیانگر اصل آزادی قراردادی است، صحیح و دارای اثر حقوقی بودن طلاق به عوض را به لحاظ حکمی، تأیید خواهد کرد. دلالت اوفوا بالعقود بدین صورت است که ماده اوفوا دلالت بر لزوم وفا دارد و منظور از عقود در واقع مطلق پیمانها می‌باشد اعم از عقد، نذر، عهد، حج، روزه و غیره (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۳۶۳؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۱/۱۹۵؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۹/۵).

قانونگذار ایران نیز در ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل آزادی قراردادی را به رسمیت شناخته است. در این ماده می‌خوانیم: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است». این ماده، حاوی اصل آزادی قراردادی است و به حکومت اراده نیز دامنه گسترده‌ای می‌بخشد و آن را از حصار عقود معین، خارج می‌کند. البته طبق ماده ۹۷۵ قانون مذکور، مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه را نیز باید بر موانع نفوذ قراردادهای خصوصی افزود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۲-۳۱).

به هر روی، طبق این اصل، هر کس می‌تواند به اراده خود تعهدات و قراردادهای الزام‌آوری را که از لحاظ قانون قابل اجراست و ضمانت اجرائی دارد، قبول کند یا از قبول آن امتناع نماید. مهم‌ترین نتیجه اصل آزادی قرارداد آن است که اشخاص می‌توانند قراردادهای خود را تحت هر عنوان که مایل باشند منعقد ساخته، نتایج و آثار آن را به دلخواه معین کنند. بنابراین پیش‌بینی نهادهای حقوقی و عقود معین در فقه و قانون بدان معنا نیست که اشخاص ناچار باشند یکی از قالب‌های پیش ساخته قراردادی را برای هر پیمان برگزینند.

حاصل سخن اینکه، طلاق به عوض خود نوعی معاوضه و عقد به حساب می‌آید

و مطابق آیه باید به مفاد آن یعنی جدایی زن از زوج و تملک عوض توسط مرد، پایبند بود. میرزای قمی در این رابطه می نویسد: «طلاق به عوض، صحیح است زیرا تحت عموم آیه اوفوا بالعقود، قرار می گیرد چون این نوع طلاق، عهدی است موثق و صحیح». ایشان قائلند این آیه به صراحت بر صحت طلاق به عوض دلالت دارد (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۵۷۸/۱). بدیهی است اگر رابطه بین دادن فدیة و طلاق، مانند رابطه بین دو عوض در معاملات باشد، بطلان فدیة مانع از وقوع طلاق می شود. زیرا رابطه علیتی که بین آن دو موجود است با تحقق یکی از آنها بدون دیگری، منافات دارد. پس، اگر فدیة مال دیگری باشد یا قابل واگذارن به شوهر نباشد، چون عوض محقق نشده است، طلاق نیز واقع نخواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۵۳/۱). اما اگر برخلاف دیدگاه مذکور، طلاق به عوض همانند طلاق خلع انگاشته شود که در آن، طلاق رخ داده، به دو عمل حقوقی: (ایقاعی که سبب جدایی زن و مرد می شود) و (قراردادی که سبب تملیک فدیة به شوهر می شود و در برابر، حق رجوع شوهر را از بین می برد)، تحلیل می گردد در آن صورت، بطلان فدیة تاثیری در طلاق نمی کند.

۴. مخالفین نظریه صحت طلاق به عوض

مخالفین نظریه دوگانگی طلاق به عوض و خلع، بر دو دسته اند. عده ای از آنان، چنین طلاق به عوض را که در آن، علی رغم فقدان عنصر کراهت در زوجه، عوضی از زن گرفته می شود، اساساً باطل می دانند و معتقدند که عوض دریافتی، به ملکیت مرد در نمی آید (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱۳۹/۲؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۲۳۷/۲؛ آقاجمال خوانساری، بی تا: ۴۲۰) و گروهی هم خود طلاق را صحیح و رجعی دانسته ولی دریافت عوض را غیرمجاز می دانند که زوج نمی تواند آن را دریافت کرده و مالک شود (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۴۱/۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۱۵۷/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۸۸/۸؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۳۶۳/۳).

محقق اول درباره حکم طلاق به عوض می نویسد: «اگر مرد همسرش را در حالی که از شوهر کراهت ندارد، طلاق خلع دهد، آن خلع، صحیح نبوده و زوج مالک فدیة نمی شود و چنانچه در همین فرض، او را در ازای دریافت عوض، طلاق دهد [طلاق

عادی بدون صیغه خلع]، مالک آن عوض، نشده اما طلاق رخ داده، صحیح و رجعی است» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۱/۳).

صاحب نه‌ایه‌المرام که طلاق به عوض را باطل می‌داند در مقام استدلال چنین می‌نویسد: «اطلاق آیه خلع^۱ و روایات باب، بیانگر آن است که زوج برای طلاق دادن زوجه، جز در مواردی که زن از شوهرش نفرت و کراهت داشته و ترس آن برود که در نتیجه این کراهت، حقوق زوج را بجا نیاورد، نمی‌تواند عوضی دریافت نماید... چنین طلاقی چون خلع نیست، از این رو، باین نخواهد بود و علت این هم که طلاق در این فرض، رجعی نیز نمی‌شود، آن است که رجعی بودن، مورد قصد طرفین نبوده و لفظی هم در بین نیست که بر آن، دلالت نماید» (موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ۱۳۹/۲). در واقع، هر دو گروه از این مخالفان، معتقدند که حلالت تصاحب عوض توسط زوج و مالک فدیة شدن، مبتنی بر وجود کراهت و نفرت در زوجه است.

شهیدثانی در جواب این اشکال می‌گوید: «اگر اجماعی وجود داشته باشد که هر گونه طلاق دارای عوض، اعم از خلع و طلاق به عوض (فدیة‌ای)، مشروط به وجود کراهت و نفرت در زوجه، است؛ می‌پذیریم در غیر این صورت، این نظریه، خالی از اشکال نیست چون نصوص فقط بر این نکته دلالت دارد که خصوص خلع، متوقف بر کراهت است حال اینکه، ظاهر طلاق فدیة‌ای (طلاق به عوض) نشانگر آن است که با خلع، فرق دارد هرچند در برخی از احکام، مشترک‌اند» (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۴۲۰/۹).

۵. ادله مخالفان دوگانگی طلاق خلع و طلاق به عوض

در این مبحث به بررسی تفصیلی ادله مخالفین غیریت طلاق خلع و طلاق به عوض پرداخته می‌شود که به استناد آنها دریافت عوض و فدیة از زوجه در فرض نبود کراهت را باطل دانسته و موجب ملکیت نمی‌دانند گرچه طلاق رخ داده را همچون طلاق عادی، صحیح و دارای اثر حقوقی، قلمداد می‌نمایند:

۱. الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسن و لا يحل لكم ان تاخذوا مماء اتيموهن شيا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها و من يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون (بقره/۲۲۹).

۵-۱. آیه خلع

به نظر مخالفین دوگانگی طلاق خلع و طلاق به عوض در صورتی که کراهتی از ناحیه زوجه نباشد زوج نمی‌تواند عوض را به مالکیت خود درآورد و عوض حلال نمی‌باشد و اولین و مهم‌ترین دلیل فقهی آن، آیه ۲۲۹ سوره بقره است که بر عدم حلیت عوض در صورت فقدان عنصر کراهت، دلالت می‌کند. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» طلاق، [طلاقى که رجوع و بازگشت دارد،] دو مرتبه است [و در هر مرتبه،] باید به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند یا با نیکی او را رها سازد. و برای شما حلال نیست که چیزی از آنچه به آنها داده‌اید، پس بگیرید مگر اینکه دو همسر، بترسند که حدود الهی را برپا ندارند. اگر بترسید که حدود الهی را رعایت نکنند، مانعی برای آنها نیست که زن، فدیة و عوضی بپردازد [و طلاق بگیرد]. اینها حدود و مرزهای الهی است از آن، تجاوز نکنید! و هر کس از آن تجاوز کند، ستمگر است». این آیه صراحتاً بر عدم حلیت اخذ فدیة از زن، دلالت دارد مگر اینکه خوف عدم اقامه حدود الهی در میان باشد. یعنی در زوجه حالتی از بغض، کراهت و نفرت از زوجیت و زوج باشد که وجود آن کراهت، این ترس را بوجود آورد که موجب نشوز زن شده و مانع از ادای حقوق زوج و رعایت احکام الهی در مورد او شود. در این صورت، گرفتن فدیة و عوض در ازای رها ساختن و طلاق دادن زن، بر زوج حلال خواهد شد وگرنه با نبود کراهت، حلیت نیز منتفی خواهد شد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۵/۵۷۰).

شیخ طوسی نیز در کتاب خلاف به این امر تصریح کرده که اگر رابطه بین زوجین خوب 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 عبارتست از عدم خوش رفتاری در زوجه و وجود نوعی کراهت و نفرت نسبت به شوهر (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴/۴۲۱).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم

زمستان ۱۳۹۶

۱۸۶

در واقع فقهای مخالف، در این آیه به عبارت «إلا ان يخافا ألا يقيما حدود الله» استناد کرده و معتقدند که طبق این قسمت از آیه، برای جواز دریافت عوض در ازای طلاق، باید رابطه زوجین به نحوی باشد که در صورت عدم طلاق، زن به خاطر کراهت از زوج، ناشزه می‌شود. پس باید کراهتی در میان باشد تا موجب ترس از اجرانشدن حدود خداوند گردد و فقط در این صورت با دادن فدیة به مرد می‌تواند طلاق بگیرد و دریافت عوض، منع شرعی نخواهد داشت.

مخالفین دوگانگی طلاق خلع و طلاق به عوض، با استناد به آیه فوق در صد اثبات این مطلب هستند که طلاق به عوض تنها در صورتی صحیح است که در قالب خلع باشد و آن هم در صورتی است که زوجه کراهتی و نفرتی نسبت به زندگی و زوج داشته باشد چرا که این امر منجر به رعایت نشدن حدود خداوند در امور زندگی و عدم اطاعت زن از شوهر و حتی نشوز و عدم تمکین زن از شوهر می‌شود به همین خاطر خداوند این اجازه را داده تا زوجه مالی را به عنوان بذل و فدیة در عوض طلاق به زوج بپردازد تا با طلاق توافقی طرفین، آسیبی به حدود الهی نرسد اما طبق این آیه این امر انحصار در کراهت و نفرت زوجه دارد چرا که در صورتی که کراهت نباشد دیگر حدود الهی آسیب نمی‌بیند و خداوند، جواز اخذ و فدیة را در آیه به کراهتی منوط کرده که منجر به عدم رعایت حدود الهی شود.

در رد این استدلال باید گفت که طلاق به عوض از نظر موضوعی و مفهومی، با طلاق خلع، تفاوت دارد و شرایط و احکام مستنبط از آیه ۲۲۹ سوره بقره، اختصاص به طلاق خلع دارد و شامل طلاقهای دیگر، نمی‌شود. آری، اگر بر عدم صحت دریافت فدیة و عوض در مقابل طلاق، در موارد فقدان کراهت، اجماع وجود داشته باشد می‌توان بدان استناد کرد اما وجود چنین اجماعی نیز آنچنان که بعد از این خواهد آمد، مورد تردید است.

۵-۲. اخبار

در روایت معتبر محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام آمده است که آن حضرت فرمودند: «إذا قالت المرأة (و الله لأطيع لك أمراً) مفسراً أو غير مفسراً، حلّ له ما أخذ منها وليس له عليها رجعة؛ هر گاه زن، با توجه یا بدون توجه، به شوهرش بگوید که دیگر، اوامر

تو را اطاعت نخواهم کرد، در این صورت دریافت فدیة از زوجه، بر او حلال است و این نوع طلاق، نسبت به مرد، رجعی نیست» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۴۱/۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۹۷/۸). مضمون این روایت معتبر بدین صورت است که زوجه به زوج خود از باب کراهت و نفرتی که از او دارد، می‌گوید که دیگر او امر تو را اطاعت نمی‌کنم در این صورت حلال است که زوج از زوجه خود چیزی را اخذ کند و در عوض، او را طلاق دهد و این نوع طلاق، رجعی نمی‌باشد چرا که نفرت و کراهت، راه را برای بازگشت، بسته و به طلاق بائن تبدیل می‌کند. ناگفته نماند که برخی از فقها در صورتی که زوجه در زندگی با زوجش کراهت داشته باشد که منجر به عدم رعایت حدود الهی گردد، طلاق خلع او را واجب دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۵۲۹) چون نهی از منکر واجب است و این تمام نیست مگر با طلاق خلع تا ادامه زندگی، منجر به فساد بزرگ و یا ناشزه بودن زن نشود. بعضی از ایشان نیز آن را مستحب می‌دانند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۷۲۴/۲؛ سیوری، ۱۴۲۵: ۲۸۵/۲).

به هر روی، روشن می‌گردد که دلالت روایت بر حلیت اخذ عوض و فدیة نیز همانند آیه فوق، با مفهوم شرط، درست است. یعنی طبق مفهوم مخالف این جمله شرطیه در صورتی که زوجه چنین قولی را نگوید و از احوال او عدم اطاعت از زوج و ناشزه بودن نمایان نشود، دریافت عوض و فدیة برای طلاق، حلال نخواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۱/۲۵). بنابراین، باید گفت که با مفهوم شرط، این روایت دلالت دارد که در صورت عدم سرکشی زن و مطیع بودن او، فدیة‌ای که خداوند برای طلاق، مجاز کرده بود، منتفی خواهد شد. در واقع، با توجه به اینکه در بسیاری مواقع، کراهت و نفرت در زندگی، منجر به فساد بزرگ و بیراهه رفتن زن می‌شود، از این رو، خداوند متعال به خاطر جلوگیری از این فساد و پیشگیری از عدم رعایت حدود و حریم الهی، به زوجه اجازه داده تا فدیة و عوضی را به زوج بدهد و با اخذ طلاق، خود و جامعه را از این خطر، نجات دهد. پس، مناط اجازه شارع در اخذ فدیة و عوض برای طلاق، خوف از فساد و بی‌حرمتی نسبت به حدود الهی می‌باشد که با انتفاء آن، طلاق با فدیة و عوض هم منتفی است و اگر کسی حکم بر صحت این نوع طلاق کند باید با ارائه دلیل، این توسعه در حکم شارع را توجیه کند.

در جواب این اشکال باید گفت: به اذعان اصول‌دانان، تعلیق حکم به شرط، وقتی به معنای انتفای حکم در صورت انتفای آن شرط، است که گوینده از ذکر آن شرط و قید، هدف دیگری نداشته و آوردن آن شرط، فایده دیگری جز بیان انتفای حکم در صورت انتفای شرط، نداشته باشد (مجاهد طباطبایی، ۱۲۹۶: ۲۰۹؛ ابن شهیدثانی، بی تا: ۷۹؛ نراقی، ۱۳۸۸: ۲/۸۵۷). بنابراین، اگر احتمال داده شود که آن شرط و قید برای بیان غالبیت یا خصوصیت دیگری آمده، مفهوم شرط، دیگر حجّت نبوده و به تعبیر دقیق، آن شرط، مفهوم نخواهد داشت و در نتیجه، نمی‌توان چنین برداشت کرد که در فرض نبود آن شرط و قید، حکم مذکور در جمله نیز، منتفی خواهد شد. صاحب معالم در این رابطه می‌گوید: «تعلیق حکم به یک شرط، مقتضی آن است که با انتفای آن شرط، حکم نیز منتفی گردد البته این در صورتی است که معلوم گردد آوردن شرط، ثمره دیگری نداشته است» (ابن شهیدثانی، بی تا: ۷۹).

شهیدثانی در شرح این نکته اصولی و تطبیقات فقهی آن از جمله در تطبیق با مسئله طلاق به عوض، می‌نویسد: «مفهوم شرط و وصف فقط وقتی حجت است که آن قید، فایده و پیام دیگری غیر از نفی حکم، نداشته باشد در غیر این صورت، بر نفی حکم از غیرمشروط و غیرموصوف، دلالت نخواهد داشت. از جمله فایده‌های غیر از نفی حکم، این است که آن چیز فاقد شرط یا صفت مذکور، نسبت به متّصف، اولویت داشته باشد یا قید برای این در متن حکم، ذکر شده که سوال، در مورد آن بوده است. بر این اساس، می‌توان در صورت فقدان ترس از عدم اقامه حدود الهی و نبود کراهت در زوجه نیز به جواز طلاق با درخواست زن، حکم داد هر چند خداوند متعال می‌فرماید: (فإن خفتن الا یقیمن حدود الله فلا جناح علیهما فیما افتدت به: اگر بترسید که حدود الهی را رعایت نکنند، مانعی برای آنها نیست که زن، فدیّه و عوضی بپردازد)؛ زیرا غالباً چنین است که طلاق با درخواست زن، در حالت وجود کراهت در زوجه و ترس از عدم مراعات حدود الهی در مورد شوهرش، واقع می‌شود ولی این بدان معنا نیست که در صورت نبود کراهت، این نوع طلاق، منع شرعی دارد» (شهیدثانی، ۱۴۱۶: ۱۱۳-۱۱۲).

از نظر برخی دیگر از اندیشمندان نیز مفهوم شرط در این آیه، حجّت نیست چون

برای بیان غالبیت، آمده است (مقدس اردبیلی، بی تا: ۱۱۹؛ نراقی، ۱۳۸۴: ۲۱۳). مقدس اردبیلی در جای دیگر می نویسد: «این آیه بیانگر آن است که دریافت عوض از زوجه برای طلاق و رهاساختن او فقط در صورت وجود کراهت و ترس از عدم مراعات حدود الهی، جایز است اما بیانگر این نیست که آنها در فرض فقدان کراهت، نمی توانند عقدی ببندند که همین نتیجه را بدنبال داشته باشد» (مقدس اردبیلی، بی تا، ۶۰۸).

۵-۳. اجماع

گروهی از فقیهان امامیه ادعای اجماع کرده اند که طلاق خلع منحصرأ در صورت کراهت زوجه قابل اجرا بوده و با عدم کراهت، حلیت فدیة منتفی می شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۲۱/۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۸۸/۸؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۲/۲۵). صاحب ریاض در این باره می نویسد: «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 فروع این حکم، آن است که مرد، مالک آن فدیة و عوض نمی شود. 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» (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۶۳/۱۲).

مرحوم طبرسی نیز بر این امر ادعای اجماع کرده و می آورند: اگر با نبود کراهت، قصد طلاق خلع نمایند به دلالت اجماع فرقه، این نوع خلع جایز نمی باشد مگر اینکه زوجه با جملاتی مانند (لا اغتسل لک من جنابة)، (لا اقیم لک مدا)، کراهت خود را نمایان کند اما در طلاق با اخلاق ملائمه، چنین چیزی وجود ندارد» (طبرسی، ۱۴۱۰: ۱۸۰/۲).

در پاسخ باید گفت: اولاً با وجود دسته ای از فقهای مخالف، وجود چنین اجماعی محل تردید بوده و ثابت نیست. ثانیاً بر فرض وجود چنین اتفاق نظری باید توجه داشت

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۹۰

که این اجماع، منقول بوده و به خاطر اینکه مفید ظنّ است، در حجیت آن اختلاف نظر وجود دارد. ثالثاً اجماع یادشده، در فرض وجود، مدرکی بوده و قابل استناد نمی‌باشد چرا که به احتمال زیاد، بر اساس آیه خلع و روایات باب، حاصل شده و کاشف از قول معصوم نیست تا معتبر به حساب آید.

۶. بائن یا رجعی بودن طلاق به عوض

در اینکه طلاق خلع، نسبت به زوج، بائن به حساب می‌آید اختلاف نظری بین فقیهان امامیه وجود نداشته (بحرانی، ۱۴۰۵: ۶۰۸/۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۲/۳۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۲۶) بلکه روایات معتبر^۱ نیز به صراحت، بر بائن بودن آن تأکید دارد (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۹۴/۲۲) و ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی ایران نیز همین نظریه را تأیید می‌کند. اما بائن یا رجعی بودن طلاق فدیهای یا همان طلاق به عوض، در بین خود طرفداران نظریه دوگانگی خلع و طلاق به عوض نیز اختلافی است. توضیح مطلب اینکه، بعضی از مخالفان دوگانگی این دو طلاق، آن را اساساً باطل (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱۳۹/۲؛ آقاجمال خوانساری، بی تا: ۴۲۰) و غالب آن‌ها نیز چنین طلاقی را صحیح اما رجعی می‌دانند (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۴۱/۳؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۱۵۷/۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۸۸/۸؛ سیوری، ۱۴۰۴: ۳۶۳/۳). از بین موافقان نظریه دوگانگی هم عده‌ای آن را طلاقی رجعی (خویی، ۱۴۱۰: ۳۰۶/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۳۲۷/۲؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۱۹۳/۳؛ روحانی، ۱۴۱۲: ۱۱۶/۲۳) و دسته‌ای از ایشان نیز بائن قلمداد کرده‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۳۷۵/۹ و ۱۴۱۰: ۹۰/۶).

از نگاه حقوقی نیز با توجه اینکه وفق ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده در طلاق توافقی، خواهان می‌تواند زوج یا زوجه باشد؛ در نتیجه، طلاق فدیهای هم که به درخواست زوجه و با جلب رضایت و موافقت زوج، صورت می‌گیرد، نوعی طلاق توافقی بوده و چون طلاق توافقی، جزو مصادیق حصری طلاق بائن در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی نیست، از این رو، به لحاظ حقوقی، رجعی قلمداد می‌گردد و به تبع آن،

تحلیل نظریه دوگانگی
طلاق به عوض و طلاق
خلع، و آثار مترتب بر آن
۱۹۱

۱. «الرجعة للزوج علی المختلعة ولا علی المبارنة إلا أن یندو للمرأة فیزد علیها ما أخذ منها».

طلاق به عوض یا فدیة‌ای نیز از موارد طلاق رجعی خواهد بود.

ناگفته نماند، مقصود آن دسته از فقهای که حکم به رجعی بودن طلاق به عوض داده‌اند این نیست که در همه موارد، چنین طلاق رجعی می‌باشد بلکه طبق اصل اولی مورد قبول ایشان، طلاق یادشده مثل مطلق طلاق، رجعی است مگر اینکه به اقتضای شرایط، جزو موارد بائن باشد پس طلاق به عوض از نظر ایشان به اقتضای وضعیت و شرایط زوجین مثل جدایی قبل از نزدیکی یا در صغر سنی زوجه و همانند آن، ممکن است بائن شود.

باید توجه داشت که طبق نظر مشهور فقها، اصل اولی در طلاق این است که رجعی باشد نه بائن مگر اینکه دلیلی خارجی بر بائن بودن طلاق، وجود داشته و با آن دلیل، طلاق بائن محسوب گردد (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۶۵/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۶/۳۳؛ سبزواری، ۱۴۱۴: ۱۹۷/۲۶). بر همین مبنا، بحرانی در حدائق برای رد قول و ادعای موافقین دوگانگی به این مطلب استناد کرده است که کسانی که قائلند طلاق به عوض، طلاق بائن است و از اقسام آن به شمار می‌رود دلیلی بر این ادعای خود ندارند. این عدم دلیل، از اصل رجعی بودن طلاق در باب طلاق نشأت می‌گیرد. به این بیان که چون اصل در طلاق این است که رجعی باشد برای اینکه طلاق بائن گردد محتاج دلیل دیگری است در حالی که قائلین به دوگانگی، دلیلی بر ثبوت طلاق به عوض بدون کراهت به عنوان طلاق بائن ندارند. بلکه در صورتی که طلاق به عوض بدون کراهت واقع شود یا باطل به حساب می‌آید و یا رجعی می‌گردد و اخباری که بر بائن بودن طلاق دلالت دارند منحصر است به طلاق خلع و مبارات و چیزی در اخبار در مورد طلاق به عوض و فدیة بیان نشده و حتی نامی از این نوع طلاق، در اخبار نیامده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۲/۲۵).

در مقابل، برای اثبات بائن بودن طلاق به عوض یا همان طلاق فدیة‌ای، به (معاوضی بودن آن) و (اجماع فقیهان امامیه)، استناد شده است. شهیدثانی در این رابطه می‌نویسد: «اصل در عقود معاوضی، لزوم است و سند آن عموم آیه اوفوا بالعقود و حدیث نبوی ﷺ المؤمنون عند شروطهم می‌باشد که از آن، فرض رجوع زوجه به عوض، استثناء شده و به همین خاطر، رجعی محسوب گردیده است. علی‌رغم

جستارهای

فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۹۲

اشتراک خلع و طلاق به عوض در این حکم تفاوت‌هایی هم بین این دو وجود دارد و آن اینکه، خلع، مختص حالتی است که زوجه از شوهرش کراهت دارد برخلاف طلاق به عوض که چنین شرطی در آن وجود ندارد» (شهیدثانی، ۱۴۱۳: ۳۷۵/۹). بدین ترتیب روشن می‌گردد که از نظر ایشان چون طلاق به عوض، ذیل عقود معاوضی هبه معوضه، صلح معاوضی، جعاله قرار می‌گیرد یا در قالب عقد معاوضی مستقل نامعین، توجیه می‌شود و از سوی دیگر، اصل در عقود معاوضی، لزوم و عدم بازگشت به حالت سابق، است از این رو، طلاق به عوض، باین بوده و حق رجوع و بازگشت در آن وجود ندارد.

ابن ادریس حلی نیز با تمسک به دلیل اجماع و در مقام ارائه یک ضابطه کلی، باین بودن این نوع طلاق‌ها را مطرح ساخته و می‌گوید: «اگر در مقابل طلاق، عوضی قرار بگیرد، باین خواهد شد زیرا فقهای امامیه بر این اعتقادند که هر طلاق‌ی که زوجه در ازای آن، فدیة و عوضی پرداخت نماید، طلاق‌دهنده، حق رجوع پیدا نمی‌کند» (ابن ادریس، ۱۴۲۹: ۳۰۴). اما اختلاف آرای که پیش‌تر در خصوص باین یا رجعی بودن طلاق به عوض، طرح گردید، وجود چنین اجماعی را رد می‌کند.

برای رسیدن به پاسخ درست در خصوص رجعی یا باین بودن طلاق به عوض باید دقت داشت که اصل اولی لفظی و عملی در طلاق، رجعی بودن است. مطابق اصل لفظی و با توجه به اطلاق آیه «وَبِعُولْتِهِنَّ أَعْقَبَ بَرِّهِنَّ» (بقره، ۲۲۸) هر جا که موضوع یعنی طلاق و جدایی، عرفاً احراز شده و بر آن صدق نماید، حکم به حق رجوع زوج و اولویت او به بازگشت به زندگی با همسرش، می‌شود. مقتضای اصل عملی عدم، نیز رجعی بودن است زیرا طلاق و جدایی زوجین دارای مراتب مختلفی است که در هر طلاق، مرتبه اقل و قدر متیقن آن یعنی رجعی بودن، ثابت است و وقتی در تحقق مرتبه بالاتر یعنی باین بودن، شک کنیم به استناد اصل عدم، به عدم تحقق آن، حکم می‌نماییم. اگر کسی چنین اشکال کند که مقتضای اصل عدم، عدم صحت رجوع جز در مواقع احراز موضوع، می‌باشد و از این رو، مقتضای اصل، باین

تحلیل نظریه دوگانگی
طلاق به عوض و طلاق
خلع، و آثار مترتب بر آن
۱۹۳

۱. «إذا كان في مقابلة الطلاق عوض فهو باین، لأن عند أصحابنا أي طلاق كان في مقابله من الزوجة عوض فلا يملك المطلق الرجعة معه».

بودن طلاق است. در جواب می‌گوییم: موضوع برای حکم عدم رجوع، احراز باین بودن و جدایی مطلق، است و چنین چیزی در فرض ما محرز نمی‌باشد در نتیجه، اصل یادشده در اینجا نظیر شک در اصل موضوع، است افزون بر اینکه، اطلاق آیه «وَبِعُولْتِهِنَّ أَعْقَبُ بِرَدِّهِنَّ» (بقره، ۲۲۸) پس از صدق عرفی موضوع (یعنی طلاق)، مقتضی آن است که حتی در موارد شک نیز، حق رجوع وجود داشته و رجوع، جایز می‌باشد (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۹۷/۲۶). بر همین اساس باید گفت که طلاق به عوض، به اقتضای شرایط عمومی طلاق، رجعی است مگر اینکه بدلیل سومین طلاق بودن، وقوع آن قبل از نزدیکی، صغیره یا یائسه بودن زن، به‌طور استثنا باین گردد.

۷. نتیجه‌گیری

عمومات و اطلاقات ادله اولیه همچون آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و اصل آزادی قراردادهای و قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» و همچنین اطلاق ادله خاص هبه، صلح و جعاله و صحت نظریه ایقاع مشروط، اثبات‌گر آن است که طلاق به عوض، صحیح و دارای اثر حقوقی بوده و عوض و فدیة دریافتی در فرایند آن، به ملکیت مرد درمی‌آید. بنابراین، طلاق به عوض در قالب عقد مستقل نامعین، اشتراط عوض در ضمن طلاق، اشتراط طلاق در ضمن عقد لازم، جعاله بر طلاق، صلح و هبه معوضه بر طلاق، قابل توجیه است. برای وقوع این نوع طلاق، برخلاف خلع، وجود کراهت در زوجه و استفاده از کلمه خلع در صیغه طلاق، شرط نیست و عوض، جزو ماهیت آن نمی‌باشد. زن نیز پس از طلاق، حق رجوع به عوض را ندارد، ولی طبق اصل اولی لفظی و عملی رجعی بودن طلاق، شوهر می‌تواند در اثنای عده، دوباره به زندگی سابق با او برگردد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۹۴

منابع

قرآن کریم

۱. آقاجمال خوانساری، محمد. (بی‌تا). التعليقات على الروضة البهية. قم: منشورات المدرسة

الرضوية.

۲. ابن ادريس حلي، محمد بن منصور. (۱۴۲۹). أجوبة مسائل و رسائل في مختلف فنون المعرفة. قم: دليل ما.
۳. ابن شهيد ثاني، جمال الدين حسن. (بي تا). معالم الدين و ملاذ المجتهدين. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۴. اردبيلي، احمد بن محمد. (بي تا). زبدة البيان في أحكام القرآن. تهران: المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵. اصفهاني، سيد ابوالحسن. (۱۴۲۲). وسيلة النجاة. قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام.
۶. امامي، سيد حسن. (۱۳۳۴). حقوق مدني. تهران: انتشارات اسلاميه.
۷. انصاري، مرتضى بن محمد امين. (۱۴۱۵). كتاب المكاسب. قم: كنز جبهاني بزرگداشت شيخ انصاري عليه السلام.
۸. ايرواني، علي بن عبد الحسين. (۱۴۰۶). حاشية المكاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي.
۹. بجنوردي، سيد حسن. (۱۴۱۹). القواعد الفقهية. قم: نشر الهادي.
۱۰. تبريزي، جواد بن علي. (۱۴۲۷). صراط النجاة. قم: دار الصديقة الشهيدة.
۱۱. جعبي عاملي (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي. (۱۴۱۶). تمهيد القواعد الأصولية و العربية. قم: دفتر تبليغات اسلامي.
۱۲. _____. (۱۴۱۲). الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية. قم: دفتر تبليغات اسلامي.
۱۳. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمينولوژى حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۴. حرّ عاملي، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). وسائل الشيعة. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۵. حسيني عاملي، سيد جواد بن محمد. (۱۴۱۹). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۱۶. حلي، ابن ادريس. (۱۴۱۰). السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
۱۷. خميني (امام)، سيد روح الله. (۱۴۰۴). زبدة الأحكام. تهران: سازمان تبليغات اسلامي.
۱۸. _____. (۱۴۲۱). كتاب البيع. تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني عليه السلام.
۱۹. خوانساري، محمد. (بي تا). الحاشية الثانية على المكاسب. بي جا.
۲۰. خويي، سيد ابوالقاسم. (۱۴۱۳). مصباح الفقاهة (المكاسب). بي جا.
۲۱. _____. (۱۴۱۰). منهاج الصالحين. قم: نشر مدينة العلم.
۲۲. راوندي، قطب الدين سعيد. (۱۴۰۵). فقه القرآن. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشي نجفي.

۲۳. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار.
۲۴. سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۷). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.
۲۵. سیوری، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲۶. شریف مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵). الانتصار فی انفرادات الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد. (۱۴۰۷). تهذیب الأحكام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۸. —. (۱۴۰۰). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی.
۲۹. طباطبایی حکیم، سید محسن. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین (المحشی). بیروت: دارالتعارف.
۳۰. طبرسی، امین الإسلام فضل بن حسن. (۱۴۱۰). المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف. مشهد: مجمع البحوث.
۳۱. علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۱۷). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة-الطلاق، الموارث. قم: مرکز فقهی ائمه علیهم السلام.
۳۴. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. فیض کاشانی، محمد محسن (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی علیه السلام.
۳۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). حقوق خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۷. (۱۳۸۸). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
۳۸. (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۹. مجاهد طباطبایی، محمد بن علی. (۱۲۹۶). مفاتیح الأصول. قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.
۴۰. محقق حلّی، نجم الدین جعفر. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی (بی تا). بررسی فقهی حقوق خانواده- نکاح و انحلال آن. قم: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۲. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۰۹). رسائل المحقق الکرکی. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی علیه السلام.

جستارهای فقهی و اصولی

سال سوم، شماره پیاپی نهم
زمستان ۱۳۹۶

۱۹۶

٤٣. مغنيه، محمد جواد. (١٤٢١). فقه الإمام الصادق عليه السلام. قم: مؤسسه انصاريان.
٤٤. موسوى عاملى، محمد بن على. (١٤١١). نهاية المرام فى شرح مختصر شرائع الإسلام. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٤٥. موسوى گلپايگانى، سيد محمد رضا. (١٣٩٩). بلغة الطالب فى التعليق على بيع المكاسب. قم: چاپخانه خيام.
٤٦. نائينى، ميرزا محمد حسين. (١٤١٣). المكاسب و البيع. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٤٧. نجفى، محمد حسن. (١٤٠٤). جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربى.
٤٨. نراقى، محمد مهدى بن ابى ذر. (١٣٨٤). تجريد الأصول. قم: بى جا.
٤٩. —. (١٣٨٨). انيس المجتهدين فى علم الأصول. قم: بوستان كتاب.
٥٠. يزدي، سيد محمد كاظم. (١٤٢١). حاشية المكاسب. قم: مؤسسه اسماعيليان.

