

**An Islamic Jurisprudential and Legal Survey of the Nature of Divorce
for Consideration**

Homaun Mafi*

Mohammad Farzanegan**

Somaye Zohuri***

Received: 2018/10/28

Accepted: 2019/01/15

Divorce for consideration or divorce for ransom is the same as divorce granted at the woman,s request against compensation and consensual divorce including the divorces that are issued against the payment of property from the woman,s side with this difference that in the divorce granted at the woman,s request against compensation the existence of dislike from the woman side and in the consensual divorce the necessity of mutual dislike of both couples are stipulated. But, in divorce for consideration, the woman under the special conditions may without the existence of dislike against the payment of ransom or property from her husband request for divorce and the release from the tie of marital. On determination of nature of this divorce there are numerous differences between the Islamic jurists and the lawyers as the same of divorce granted at the woman,s request against compensation and consensual divorce. From one side, the Civil Code and Islamic law enumerates the divorce in the class of unilateral obligations, but, from the other side, in this kind of divorce the will of woman in transfer of property will raise the taint of agreement. In this research, after the definition of position of Civil Code in connection with this divorce, we will review the Islamic jurisprudential and legal nature of this divorce and to answer this question that the nature of this divorce such as the divorce granted at the woman,s request against compensation and consensual divorce is irrevocable or is reckoned the same of other revocable kinds of divorce.

Key Words: Divorce for consideration, Ransom, Nature, Divorce granted at the woman,s request against compensation, Consensual divorce.

* Associate Professor, Private Law Department, Faculty of Law and Political Science, University of Judicial Sciences, Iran (Corresponding Author). hmynmafi@yahoo.com

** PhD. Candidate of Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Mazandaran . mohfarzanegan@gmail.com

*** PhD. Candidate of Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Mazandaran. sozohuri@gmail.com

بررسی فقهی و حقوقی ماهیت طلاق به عوض

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۸/۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۲۵

همایون مافی*

محمد فرزاتگان**

سمیه ظهوری***

چکیده

طلاق به عوض یا طلاق فدیة 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 فدیة 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 ترازی 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، فدیة، ماهیت، خلع، مبارات.

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

hmynmافی@yahoo.com

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

mohfarzanegan@gmail.com

sozohuri@gmail.com

*** دانش‌آموخته دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران.

مقدمه

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، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۲۴۴۲ و ۲۴۴۶). طلاق‌های 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 می‌پردازد 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 طلاق‌های خلع و مبارات می‌توان طلاق دیگری 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، ۱۳۷۸، ص ۱۹۵). فقها در پاسخ به این پرسش یکسان عمل نکرده‌اند. دسته‌ای بر این راه رفته‌اند که طلاق به عوض در شکل و قالبی غیر از خلع و مبارات واقع نمی‌شود و عده‌ای دیگر با ادله خاص خود در کنار خلع و مبارات نوع دیگری از طلاق به نام طلاق به عوض را مورد شناسایی قرار داده‌اند.

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 طلاق‌های رجعی به حساب می‌آید و یا اینکه در شمار طلاق‌های بائن قرار می‌گیرد.

۱. تعریف طلاق به عوض

اصولاً در زمانی که زن مالی را در ازای آزادی خود از قید زوجیت پرداخت می‌کند، این بدان معناست که زن نسبت به شوهر کراهت دارد و یا اینکه طرفین در زندگی مشترک دارای کراهتی دو سویه هستند. اما، گاهی تحت شرایط خاص پیش می‌آید که زن و شوهر در عین تفاهم اخلاقی قصد جدایی از یکدیگر را می‌گیرند. برای مثال، در برخی موارد ممکن است مرد به علت مسائل شغلی و یا به علل دیگر در شهر یا کشوری غیر از شهر یا کشوری زندگی کند و زن به علت وابستگی شدید به خانواده خود در عین سازگاری اخلاقی، در مقابل بذل مهریه، طلاق خود را از شوهر درخواست نماید. فقها خلع را در حالت تفاهم اخلاقی و بدون کراهت صحیح نمی‌دانند و اظهار می‌دارند که دریافت فدیة در این حالت بر مرد حرام است و طلاق انجام شده نیز به شکل رجعی واقع می‌گردد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۳۶۳).

مشهور فقها که طلاق به عوض را مشروع نمی‌دانند، استدلال خود را متکی به روایاتی دال بر حرمت اخذ فدیة از زن بدون وجود کراهت قرار داده‌اند و معتقدند که آیه شریفه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره نیز بر این حرمت تأکید دارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۵، ص ۵۷۱). اما، آن دسته از فقها که قائل به صحت طلاق به عوض می‌باشند بیان می‌دارند که آنچه در این آیه و روایات مجوز اخذ فدیة واقع شده تنها نقض حدود الهی است و نه کراهت، در حالی که نقض حدود الهی هم ممکن است به واسطه وجود کراهت زوجه نسبت به زوج واقع شود و هم بدون آن. اما از آنجا که این دو اصولاً در کنار هم مطرح می‌شوند گمان شده که در صورت عدم وجود کراهت اخذ فدیة حرام است.^۱

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 این باب سخن گفته است، ایشان در رساله‌ای 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 عده‌ای از فقها بر این باورند که این شکل از طلاق در ماهیت به مانند دیگر انواع طلاق نوعی ایقاع به حساب می‌آید (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۳، ص ۱۷). 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.^۲ علاوه بر این استقرایی اجمالی در میان آراء فقهای که به مشروعیت طلاق به عوض اعتقاد دارند آشکار می‌سازد که آنان ماهیت ایقاعی به این نوع طلاق نداده‌اند بلکه نوعی تراضی را در آن دخیل می‌دانند (سبحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۹۰). 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 عقیده‌اند که این نوع 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 (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۷۵) که به وضوح دلالت بر قبول ماهیت قراردادی دارد. با پذیرش ماهیت قراردادی، با کنکاش در آراء فقها می‌توان 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 می‌گیرد به این صورت که در تعریف آن گفته شده است؛ «صلح تراضی و تسالمی است بر امر تملیک عین یا منفعت یا اسقاط حق و غیر این‌ها» (اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۸۲). تعریف مذکور جامعیت این عقد را آشکار می‌سازد. 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 ۲۲۶). طلاق به عوض می‌تواند یکی از عوضین عقد صلح به حساب آید و فدیة یا مالی که زن به شوهرش پرداخت می‌کند

عوض دیگر این قرارداد خواهد بود. بنابراین زن به شوهرش می‌گوید که این فدیة را به تو صلح کردم در قبال اینکه مرا طلاق دهی و سپس مرد نیز با قبول فدیة او را طلاق می‌دهد (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۹۸).

۲- یکی از عقودی که برخی اعتقاد دارند می‌تواند توجیه‌گر 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 می‌گردد. فقها جعاله را التزام به عوضی معلوم در برابر عملی حلال تعریف کرده‌اند (مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص ۲۷۳). عقد جعاله با توجه به تعریفی که شد قابلیت آن را دارد که بسیاری از اعمال حقوقی را در خود جای دهد که از آن جمله می‌توان به طلاق به عوض اشاره نمود به این‌گونه که زن مالی را به عنوان جعل در برابر انجام عمل معینی (طلاق) به شوهر می‌دهد که در این صورت عقد جعاله صحیحی شکل گرفته است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ۲۵۳) و دیده می‌شود که برخی فقیهان فدیة را به عنوان جعل در جعاله پذیرش می‌کنند (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۳۹۷).

۳- حالت دیگری که می‌توان ماهیت قراردادی طلاق به عوض را در آن قالب گنجانند، قرار دادن این طلاق در یک عقد معوض به یکی از عوضین است. عوض دیگر نیز مالی است که زن در ازای طلاق به مرد پرداخت می‌کند. عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» صحت این عقد را تأیید می‌کند (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۸۷).

عده‌ای از فقیهان بر این قالب‌های قراردادی خرده گرفته‌اند و بیان داشته‌اند که شمول 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 که بخواهند در آن‌ها دخل و تصرف نمایند. عوض قرار دادن طلاق در صلح و جعاله و عقود معوض امری غیرمتعارف بوده که عموماً منصرف از آن است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۹۲). در پاسخ می‌توان 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 عقودی مانند صلح و جعاله غیرمتعارف است نیز خللی به این نظر وارد نمی‌کند، زیرا همان‌گونه که بیان شد این‌گونه عقود گستره وسیعی از اعمال حقوقی را شامل می‌شوند هر چند که آن عمل از جمله اعمال غیرمتعارف 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 ۵۰۶).

ممکن است ایراد شود که این مورد طلاق به عوض محسوب نمی‌شود زیرا طلاق به مانند یک معاوضه واقعی در مقابل عوض قرار نگرفته است و یکی از عوضین قرارداد معاوضی به حساب نمی‌آید تا مصداق طلاق به عوض شود. ایراد مذکور وارد نیست از این جهت که در میان فقها معروف است که شرط، قسطی از ثمن به حساب می‌آید. به عبارت دیگر، شرط قسمتی از عوض بوده که به صورت جدا در نظر گرفته شده است اما در یک معامله به صورت کلی در کنار عوض اصلی یک کل را تشکیل می‌دهد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۱۵). از آنجایی که طلاق به عوض به مانند طلاق خلع نیست و عوض در آن میزان مشخصی ندارد این حالت می‌تواند مصداقی از طلاق به عوض به حساب آید.

۲- ممکن است زوجه مالی را به زوج هبه نماید و در ضمن این قرارداد شرط شود که زوج او را طلاق گوید. عقد هبه در این حالت هبه معوض نامیده می‌شود (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۱۷۵). این گونه طلاق می‌تواند از مصادیق طلاق معوض به شمار رود. در این حالت دیگر ایراد مورد قبل نیز وارد نمی‌شود.

۳- از جمله مواردی که یک ایقاع در کنار یک توافق در یک معامله جمع می‌شود و می‌تواند مصداق طلاق به عوض قلمداد گردد این است که در ضمن طلاق شرط شود که زن مالی را به شوهر بدهد مثلاً در قالب شرط ضمن ایقاع (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۵۱۸).

در میان فقها این سؤال مطرح شده که آیا می‌توان التزامی را به صورت شرط در ضمن یک ایقاع مطرح نمود یا خیر. مشکل از آنجا ناشی می‌شود که شرط با تراضی محقق می‌شود و مشروط علیه باید آن را قبول نماید. این در حالی است که ایقاع با یک اراده واقع می‌گردد. در این میان، عده‌ای از فقیهان معتقدند که تحقق یا عدم تحقق شرط به نفوذ ایقاع لطمه‌ای وارد نمی‌سازد و شرط ضمن طلاق را به صراحت در نوشته‌های خود مورد پذیرش قرار داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۱). البته در مقابل دسته‌ای در این باره نوشته‌اند 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 ۳۶۶).

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 اشاره‌ای 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، ۱۳۸۷، ص ۴۲۳).

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

۱۱۴۳ تا ۱۱۴۹ 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 قانون مدنی 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 ۱۱۴۵ اقسام طلاق بائن را برشمرده^۳ و به این وسیله نشان داده که رجعی بودن موافق با اصل و طبیعت حقوقی طلاق است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۶۵). این در حالی است که قائلین به مشروعیت طلاق به عوض در فقه، این نوع از طلاق را از اقسام طلاق بائن قلمداد کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۰۴). لذا، با توجه به اینکه قانون مدنی انواع طلاق بائن را به صورت حصری بیان نموده است می‌توان گفت که طلاق به عوض از اقسام طلاق‌های بائن نبوده و به عبارت دیگر از اقسام طلاق‌های قانونی شمارش شده در قانون مدنی به حساب نمی‌آید.

۲- از اقسام طلاق‌هایی که در مقابل پرداخت عوض انجام می‌شود قانون مدنی تنها به ذکر طلاق‌های خلع و مبارات^۴ 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، ۱۳۸۷، ص ۴۲۳).

۳- عده‌ای با توجه به اختلافی بودن مسئله در میان فقها و اینکه نظر مشهور در میان فقیهان 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، ۱۳۸۷، ص ۴۲۳).

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 جزئی از قانون محسوب کرده‌اند. برای مثال قانون مدنی در خصوص مانعیت کفر در ارث سکوت اختیار کرده اما حقوقدانان آن را به عنوان مانع در مبحث ارث

به شمار می‌آورند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۲۴۹؛ امامی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۲۰۸).
۲- این درست است که برخی فقها طلاق در مقابل عوض را به سه دسته خلع، مبارات و طلاق به عوض تقسیم کرده‌اند، اما میان طلاق به عوض و خلع و مبارات تفاوتی اساسی وجود دارد به این صورت که در خلع و مبارات، عوض، جزیی 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 نفسه ایقاعی 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 طلاق‌های بائن نیز در قانون مدنی به شکل حصری بیان شده چندان صحیح به نظر نمی‌رسد چرا که اولاً، آن‌چنان‌که در ادامه خواهد آمد بر خلاف این تفکر که اصولاً گمان می‌کنند که طلاق به عوض طلاق بائن است، دلایل مختلفی وجود دارد که این طلاق از انواع طلاق‌های رجعی به حساب می‌آید. ثانیاً، طلاق زوجه صغیر را قانون مدنی در انواع طلاق‌های بائن ذکر نکرده است، اما نویسندگان حقوقی این مورد را نیز به عنوان قسمی از اقسام طلاق بائن پذیرفته‌اند.

بنابراین، با توجه به اینکه مانعی برای نفوذ این نوع طلاق در قانون مدنی مشاهده نمی‌شود و با عنایت به پذیرش این طلاق از جانب برخی فقهای امامیه به نظر می‌رسد طلاق به عوض از جمله طلاق‌های صحیح و قانونی به شمار می‌رود به ویژه اینکه نگارندگان خود به عنوان وکیل دادگستری مشاهده نموده‌اند 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 می‌کنند.

۲-۳. بررسی حقوقی ماهیت طلاق به عوض

آن‌گونه که گفته شد قانون مدنی نسبت به عنوان طلاق به عوض سکوت نموده است. از همین‌رو، نویسندگان حقوقی نیز در نوشته‌های خود چندان به آن نپرداخته‌اند. اما، با توجه به اوصاف و ویژگی‌های این نوع طلاق و شباهت‌های ابتدایی که با خلع دارد می‌توان ماهیت 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، ۱۳۸۴، ص ۱۳۴). 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 فاصله گرفت و به قرارداد و توافق اراده‌ها 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 پیش‌بینی 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، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۵۱). 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 این‌گونه 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 دادن عوض موجب و باعث رضای مرد به فک نکاح است و مرد در عمل حقوقی یکجانبه (ایقاع) اقدام به اجرای صیغه طلاق می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۲۱).

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 می‌دهد 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، این‌گونه 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 (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۹۵).

این‌گونه تفکر و نگاه خاص چنان اثری داشته که در میان فقها برخی طلاق 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، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۴۲). 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 فدیة زن خود را طلاق می‌دهد و چنانچه فدیة به او داده نمی‌شد زن را رها نمی‌نمود و زن نیز چنانچه طلاق واقع نمی‌شد فدیة به شوهر نمی‌داد. لذا، هر یک از طلاق و فدیة 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 مستقلی 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، ۱۳۶۴، ج ۵، صص ۵۳-۵۴).

اتخاذ ماهیت قراردادی و اعتقاد به معاوضه حقیقی منجر به این نتیجه خواهد شد که چنانچه به جهتی از جهات عوض در طلاق معوض مستحق للغير درآید و یا اینکه مالیت نداشته باشد می‌بایست 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 می‌شود (امامی، ۱۳۶۴، ج ۵، ص ۵۴). اما، این نتایج چندان با نهاد خانواده و مبانی آن سازگار نیست، زیرا ازدواج امری است مرتبط با مصالح اجتماعی تا حدی که می‌توان گفت اهم این مصالح محسوب می‌شود و زوال

آن قاعده‌تاً 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 می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۵۹) و معتقدند پیوندی که بنیان نظام اجتماعی را تشکیل می‌دهد نمی‌توان با احکام خشک و بی‌روح معاوضات اداره نمود. این ایرادات منطقی سبب گشته که نویسندگان 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، ۱۳۷۶، ص ۲۵۵).

۳-۲-۳. نظریه اختلاطی

مشکلات موجود در نظریات قراردادی و ایقاعی سبب شده که برای رفع این معضلات نظریه‌ای مرکب از عقد و ایقاع ارائه شود. برخی در خصوص طلاق خلع و مبارات که از نظر ماهوی و ساختار به طلاق به عوض بسیار شبیه هستند این نظریه را ارائه نموده و استدلال کرده‌اند 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 می‌شود و در حدود همین شرایط تابع اراده مشترک آنان است. در اینجا زن می‌خواهد 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 می‌شود و توافق راجع به فدیة داعی به حساب می‌آید و در ساختمان حقوقی طلاق سهمی ندارد. فدیة و طلاق، دو رکن یک توافق به شمار نمی‌روند که آثار تعهد متقابل بر آنها بار شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۷۶).

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 می‌دهد 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 بی‌گمان اوست که عمل حقوقی را انشاء می‌کند. رسیدگی دادگاه نیز محدود به سعی در اصلاح و ارشاد دو طرف از راه تعیین داور است و هرگاه به نتیجه نرسد به شوهر اذن در طلاق داده می‌شود. بر پایه این اذن، طلاق در محضر و با حضور دو مرد عادل و با صیغه خاص واقع می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، 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 اراده‌ها سخن گفت.

طرفداران نظریه ایقاعی طلاق در مقابل عوض، اصولاً نقشی برای اراده زن در وقوع طلاق قائل نیستند. آن دسته که خواسته‌اند این نظریه را کمی تعدیل نمایند، عوض پرداخت شده از جانب زن را داعی یا انگیزه طلاق قلمداد کرده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۹۵). ایراد وارد بر این نظریه آن است که از وجود تراضی میان زوج و زوجه غافل مانده است. این در حالی است که بی‌گمان زن و شوهر بر مال معین و مشخصی تراضی می‌کنند و این مال به مرد تملیک می‌شود یا تعهد به تملیک آن طی این توافق صورت می‌گیرد. وگرنه زن هیچگاه نمی‌تواند با اراده یکجانبه مالی را به تملیک مرد درآورد. چرا که این عمل در نظام حقوقی ما امری خلاف آزادی اراده و از موارد تصرف در دارایی دیگران محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۹۸). از طرف دیگر، بدون در نظر گرفتن این توافق فرض وقوع طلاق به عوض بی‌معنا خواهد بود.

همان‌گونه که گفته شد نظریه قراردادی نیز با این چالش روبه‌رو 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 می‌شود که قانون به اداره آن می‌پردازد. ماهیت آن از قواعد امری به حساب می‌آید. لذا، نمی‌توان آن را از جرگه

ایقاعات خارج نمود.

بنابراین، اگر به عقد بودن طلاق به عوض اعتقاد داشته باشیم نمی‌توانیم ایقاع بودن طلاق را به طور کامل نادیده بگیریم و از قواعد امری حقوق خانواده عدول کنیم و چنانچه طلاق مذکور را ایقاع بدانیم، نادیده انگاشتن نقش اراده زن در آن عین خطا است و نمی‌توان 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 می‌کند و یا اینکه مستقیماً در انشاء صیغه طلاق وارد می‌شود.

به نظر می‌رسد که طلاق به عوض می‌تواند ترکیبی از عقد و ایقاع باشد به این شکل که ابتدا به ساکن به شکل مقدماتی قراردادی میان زن و شوهر منعقد می‌شود که بر اساس آن توافق می‌شود زن مالی را به مرد تملیک کند و در مقابل مرد زن را طلاق بدهد. 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 طلاق ندارد. در این نظریه طلاق ایقاعی است که فقط به اراده شوهر واقع می‌شود و قرارداد انجام شده راجع به تملیک عوض به مرد، تنها محرک یا داعی برای انشاء طلاق محسوب می‌شود 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 به علت اینکه تمامی شرایط لازم قانونی را دارا بوده، صحیح خواهد بود و بطلان قرارداد راجع به عوض به طلاق سرایت نمی‌کند و آن را از اعتبار نمی‌اندازد.

لازم به ذکر است که چنانچه صیغه طلاق بنا به هر دلیلی واقع نشود برابر ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ توافق انجام شده راجع به عوض نیز از درجه اعتبار ساقط می‌شود. همچنین ضروری است که توجه شود که هر چند این شرط یک شرط فعل است به نظر می‌رسد که قابلیت اجبار را نداشته باشد چرا که خلاف اخلاق حسنه بوده و این نظر با مفهوم ماده ۳۵ 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 می‌کند، تعهد به اجرای صیغه طلاق می‌نماید.^۵ 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 می‌پردازد و از طرف دیگر تعهد به انشاء طلاقی است که مرد در مقابل زن می‌نماید.^۶ لذا طلاق به عوض اختلاطی از یک قرارداد فی‌مابین زوج و زوجه و یک ایقاع از جانب زوج است که خاستگاه و منشاء این ایقاع به تراضی بین زن و مرد باز می‌گردد.

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 می‌توانند 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) می‌نماید.

ممکن است ایراد شود که در این نظریه تعهد به اجرای صیغه طلاق در مقابل مالی قرار گرفته که زن می‌پردازد، 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 نمی‌کند. ثانیاً، حتی اگر این استدلال پذیرفته نشود باید گفت مطابق مفاد ماده ۲۴۶ قانون مدنی^۷، چنانچه معامله به دلیلی به هم بخورد، عمل حقوقی که بر اساس آن صورت گرفته آثار خود را از دست نمی‌دهد. بنابراین، در صورت بطلان فدیة یا عوض، طلاق که با تمام شرایط قانونی خود جاری شده منحل نمی‌شود مگر به وسیله رجوع، آن هم در صورتی که عده منقضی نشده باشد (امامی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۲۹۷).

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 می‌شود یا بائن، در حالی که در بحث راجع به ماهیت عقد یا ایقاع بودن طلاق مورد واکاوی قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۲۵ 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، باین می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۰۴). اما، به نظر می‌رسد که این طلاق همانند دیگر طلاق‌ها از اقسام طلاق رجعی به حساب می‌آید. دلایلی را به شرح زیر می‌توان برای این نظر ارائه نمود:

۱. قانون مدنی با برشمردن اقسام طلاق باین، به مانند فقه، اصل را بر رجعی بودن قرار داده است. علی‌القاعده طلاق را جز در مواردی که قانونگذار باین اعلام کرده، باید رجعی شمرد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۹۰).

۲. ممکن است گفته شود که مرد به طور ضمنی اقدام به اسقاط حق رجوع نموده است. اما، باید دانست که خانواده سازمان حقوقی ویژه‌ای 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 برای شوهر باقی است و هیچ قرارداد یا عمل حقوقی دیگر آن را از بین نمی‌برد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۳، ص ۱۱۶).

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 باین است به علت نصوص وارده در روایات است. علت، نصوص وارده در روایات بیان شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۱۹۲).

لذا، چنانچه مرد از طلاق انجام شده رجوع نمود قاعدتاً با منتفی 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 فی‌مابین زن و شوهر راجع به تملیک مال در مقابل تعهد به اجرای صیغه طلاق نیز به نظر می‌رسد که این قرارداد، از جمله عقود غیرالزام‌آور 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^۱، اداره حقوقی قوه قضائیه، توافق انجام شده ما بین زن و شوهر راجع به طلاق خلع را الزام‌آور ندانسته است، حتی زمانی که بر مبنای این قرارداد حکم طلاق صادر شده باشد. بنابراین، با توجه به اینکه طلاق خلع از جمله طلاق‌های بائن به حساب می‌آید، در طلاق به عوض که گفته شد طلاق رجعی است به طریق اولی می‌بایست قرارداد میان زن و شوهر را غیرالزام‌آور قلمداد کرد. همچنین مفاد ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ آن را تأیید می‌کند.

نتیجه‌گیری

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. قانون مدنی 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 عده‌ای طلاق در مقابل پرداخت عوض را نیز خارج از این ماهیت ندانسته‌اند و اراده زن را که تملیک‌کننده فدیة است نادیده گرفته یا اینکه آن را صرفاً داعی و جهت برای طلاق قلمداد کرده‌اند. ایراد این نظر در عدم توجه نقش زن در وقوع طلاق برخی را بر آن داشته که طلاق به عوض را در شمار قراردادهای آورده و حتی بعضی امکان معاوضات را بر این گونه طلاق جاری می‌دانند. این تفکر نیز با این چالش روبرو است که ماهیت طلاق که مرتبط با نظم عمومی و مصالح اجتماعی است را تغییر می‌دهد، 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 می‌آید با قواعد خشک و بی‌روح معاوضات اداره نمود.

به نظر می‌رسد 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 می‌کند و در مقابل شوهر تعهد می‌کند که همسرش را طلاق دهد. پس از این قرارداد مرد در ایقاعی مجزا اقدام

به انشاء طلاق می‌نماید. 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 نمی‌شود و ماهیت ایقاعی خود را حفظ می‌کند. لذا، بطلان قرارداد میان زوجین موجب انحلال طلاق نمی‌شود زیرا اجرای صیغه طلاق مطابق قانون با جمع تمام شرایط لازم انجام شده است. به نظر می‌رسد طلاق مذکور بر خلاف خلع و مبارات طبیعت رجعی بودن خود را حفظ می‌کند. زیرا، در طلاق اصل بر رجعی بودن است و اختیار رجوع مرد حق نبوده بلکه حکم به حساب می‌آید 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.

یادداشت‌ها

۱. این پژوهش مجال ذکر مشروح تمامی ادله موافقان و مخالفان طلاق به عوض را ندارد. برای اطلاعات بیشتر در این زمینه می‌توان به رساله‌ای که میزای قمی در این باب نگاشته رجوع نمود (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۵۵).
۲. فقها ایقاع را به انشایی بی‌نیاز به انشاء قبول تعبیر کرده‌اند، از این رو در ایقاع فقط یک اراده کارساز است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱، ص ۷۴۶).
۳. در موارد زیر طلاق بائن است:
 - ۱- طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود؛
 - ۲- طلاق یائسه؛
 - ۳- طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد؛
 - ۴- سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید.
۴. ماده ۱۱۴۶ «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق می‌گیرد، اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد».
- ماده ۱۱۴۷ «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 می‌آید. قابلیت آن را ندارد که به صورت شرط نتیجه ضمن عقد دیگر قرار گیرد (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۹۳).

۶. قانون مدنی در ماده ۲۱۶ در تعریف مورد معامله مقرر می‌کند «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم و ایفای آن را می‌کند» و به نظر می‌رسد مانعی وجود ندارد که این 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 می‌شود و کسی که ملزم به انجام شرط بوده است، اگر عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را از مشروطه بگیرد.
۸. برای مثال در نظریه شماره ۷/۳۹۳۴ مورخ ۱۳۸۷/۶/۲۶ بیان شد که چنانچه زوج بعد از صدور حکم و قبل از اجرای صیغه طلاق زوج منصرف شود، نمی‌توان او را به انجام طلاق الزام نمود (شهری و دیگران، ۱۳۸۸، صص ۳۵۵-۳۵۶).

کتابنامه

۱. اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۹۳)، *وسیله النجاه*، قم: چاپخانه مهر.
۲. امامی، سیدحسن (۱۳۶۴)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامیه.
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: دفتر انتشارات 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 - الفارق*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)*، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام).
۱۰. حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم‌السلام).
۱۱. حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق)، *فقه الصادق (علیه‌السلام)*، دار الکتاب مدرسه امام صادق (علیه‌السلام).
۱۲. حسینی مراغی، سیدمیر عبد الفتاح بن علی (۱۴۱۷ق)، *العناوین الفقهیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۳. حلی، محمدبن حسن بن یوسف (۱۳۸۷)، *ایضاح القوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۴. خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق)، *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه‌السلام).

۱۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق)، نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیة الغراء، قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۱۶. شهری، غلامرضا و دیگران (۱۳۸۸)، مجموعه نظرهای مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در مسائل مدنی، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
۱۷. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالک الافهام إلی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۳۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: مؤسسه انتشارات دار العلم.
۱۹. صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۰. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۶ق)، هدایة العباد، قم: دار القرآن الکریم.
۲۱. صفایی، سیدحسین (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.
۲۲. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۷)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. طباطبایی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بدلائل، قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام).
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه مکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذیب الاحکام، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۲۷. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷ق)، رسائل المیزای قمی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.
۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، ایقاع، تهران: نشر میزان.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷)، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳ق)، فقه المعاملات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. منتظری، حسینعلی (بی تا)، رساله استفتائات، قم: دفتر مرجع.