

آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره سیزدهم، شماره ۲۳، بهار - تابستان ۱۴۰۰
نوع مقاله: علمی - پژوهشی (۲۴۸-۲۲۹)

شناسایی طلاق به عوض به عنوان یکی از اقسام طلاق در فقه امامیه و حقوق مدنی*

- محمد فرزانگان^۱
- سمیه ظهوری^۲
- سیدحسن حسینی مقدم^۳

چکیده

از جمله مباحث اختلافی میان فقها در باب طلاق آن است که آیا طلاق که در مقابل پرداخت عوض از ناحیه زوجه به زوج واقع می‌شود، تنها به دو قسم طلاق خلع و مبارات خلاصه می‌شود و یا اینکه می‌توان در کنار این دو نوع از طلاق، قسم سوئی نیز در نظر گرفت که طلاق به عوض به معنای خاص یا طلاق فدیة نامیده می‌شود. مشهور فقها اعتقاد دارند که با توجه به نصوصی از آیات و روایات، اخذ فدیة در مقابل طلاق از ناحیه مرد تنها در صورت وجود

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر (نویسنده مسئول) (mohfarzanegan@gmail.com).

۲. استادیار دانشکده علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه گلستان (sozohuri@gmail.com).

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر (s.h.hoseinimoghdam@umz.ac.ir).

کراهت مجاز بوده (خلع و مبارات) و در صورت عدم وجود کراهت، حکم به عدم حلّیت فدیّه و رجعی بودن طلاق داده‌اند. اما مطابق با رأی غیر مشهور فقها به نظر می‌رسد که در آیه و روایات وارده، کراهت شرط لازم برای طلاق در مقابل اخذ فدیّه نیست؛ بلکه تنها شرط ضروری برای انجام طلاق در مقابل پرداخت عوض آن است که بیم نقض حدود الهی میان زوجین وجود داشته باشد که این مورد اعم از کراهت است و بدون وجود کراهت نیز امکان نقض حدود الله و پذیرش وقوع طلاق به عوض وجود دارد. بنابراین با توجه به عدم وجود منع در شرع و قانون و عموماتی همچون عقد صلح می‌توان بر صحت چنین طلاقی نظر داشت.

واژگان کلیدی: طلاق به عوض، فدیّه، کراهت، حدود الهی، توافق

زوجین.

۱. طرح مسئله

در فقه و قانون مدنی، طلاق ایقاعی است در دست مرد و در این میان، مواردی وجود دارد که این طلاق به علت وجود کراهت، بر اساس توافق زوجین و به صورت خلع و مبارات صورت می‌گیرد. میان فقها و به تبع آنان، در بین عالمان علم حقوق اختلاف عقیده وجود دارد که آیا ممکن است بدون وجود هیچ گونه کراهتی و در سازگاری اخلاقی و توافق زوجین، در قبال پرداخت عوض از ناحیه زوجه، طلاق واقع گردد یا خیر؟ که به این نوع طلاق، عنوان طلاق به عوض یا طلاق فدیّه داده‌اند. از نظر تاریخی، آنچه بدون هیچ گونه اختلافی از ناحیه فقهای عامه و خاصه مورد پذیرش قرار گرفته و در اصل آن خلافی مشاهده نمی‌شود، امکان تحقق طلاق در مقابل عوض در صورت وجود کراهت میان زوجین به دو شکل طلاق خلع و مبارات است؛ بدین نحو که عنصر کراهت، رکن و شرط لازم برای تحقق این دو نوع از طلاق است (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۱۲/۲۳). به گفته اکثر فقها، این اجماع عقیده و عدم اختلاف تا زمان شهید ثانی بوده و اول شخصی که فرض امکان وقوع طلاق در مقابل عوض بدون وجود هر گونه کراهتی میان زوجین را پذیرفت، شهید ثانی در کتب شرح لمعه و مسالک بوده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۶/۹) و از آن پس پاره‌ای دیگر از فقها

به تبع وی این موضوع را مطرح نمودند و از مشروع بودن چنین طلاقى سخن به میان آوردند (خوانساری، بی تا: ۴۲۰).

برای مشاهده اختلاف عقیده در این باب می توان از شیخ یوسف بحرانی در کتاب *الحدائق الناضرة* مثال آورد که بیان می دارد کلام شهید ثانی در این مقال از افحش اوهام است و جای شگفتی است از برخی معاصران ما از علمای عراق که در این مسئله (طلاق به عوض) به آنچه شهید ثانی گفته اعتراف کرده اند و به صحت اقوال او، یعنی طلاق زنان و جدایی آنان از شوهرانشان و حلّیت فدیّه بدون کراهت حکم نموده اند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۵/۲۵). در نقطه مقابل او، میرزای قمی قرار دارد که در کتاب *رسائل* خود بیان می کند که وی مدت چهل سال در موضعی موافق با سید محمد عاملی در کتاب *نهایة المرام* (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱۳۸/۲) عقیده داشته که این نوع از طلاق به کلی باطل است؛ اما در سن هفتاد سالگی در بلوغ سنی و امراض جسمانی به این نتیجه نائل آمده که این نوع از طلاق صحیح بوده و بر صحت آن حکم نموده است (قمی، ۱۴۲۷: ۴۵۵/۱).

نظر مشهور در فقه بر این است که طلاق بائن به صورت طلاق به عوض از ناحیه شرع تأیید نشده و روایات شیعه نیز اصل را رجعی بودن طلاق دانسته و مواردی را که طلاق بائن بوده، به صراحت برشمرده است و در میان انواع طلاق بائن نیز ذکری از طلاق به عوض به میان نیامده است. بنابراین نمی توان با توافق، طلاق بائن جدیدی را ایجاد نمود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۵۰). قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها، چنین طلاقى را از اقسام طلاق بائن ذکر نکرده و ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی، تمامی موارد طلاق بائن را به صورت حصری ذکر کرده است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۴۲۲) و در مقابل هستند برخی که ظاهر را صحت این قسم از طلاق می دانند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۵۴/۲).

حال سؤال اساسی که این پژوهش در پی پاسخ آن برآمده، این است که آیا طلاق به عوض در کنار طلاق خلع و مبارات، نوعی طلاق مستقل به حساب می آید و وقوع جدایی بدون وجود کراهت با اجرای این طلاق ممکن است یا خیر؟ در این مجال سعی می گردد با بررسی دلایل آرای موافق و مخالف فقها و حقوق دانان حول این محور و

کنکاش در قانون مدنی، پاسخی در خور و شایسته به این سؤالات داده شود.

۲. اقسام طلاق در مقابل عوض

در فقه مرسوم است که طلاق را به چهار قسم طلاق حرام، مکروه، واجب و مستحب (سنت) تقسیم می‌نمایند. طلاق حرام طلاق است که واجد ارکان ضروری طلاق نباشد؛ مانند اینکه زن در طهر واقعه باشد. طلاق مکروه به طلاق گفته می‌شود که اخلاق زوجین با یکدیگر سازگار باشد. طلاق واجب همان طلاق ایلاء وظهارکننده است و در نهایت، طلاق سنت به مواردی اطلاق می‌شود که بین زوجین اختلاف وجود داشته و امیدی به رفع آن نباشد و از طرفی احتمال وقوع در معصیت وجود دارد. طلاق سنت در معنای عامی نیز استعمال می‌شود که در مقابل طلاق حرام قرار می‌گیرد (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۶۱۳/۲).

طلاق سنت به معنای اعم، طلاق است که با جمع ارکان و شرایط صحت واقع شده و به اعتبار آثار آن به دو گروه بائن و رجعی تقسیم می‌شود. منظور از طلاق رجعی طلاق است که در دوران عده، حق رجوع از طلاق برای مرد وجود دارد و در نقطه مقابل آن، طلاق بائن قرار می‌گیرد. قانون مدنی در ماده ۱۱۴۵، اقسام طلاق بائن را برشمرده و بدین وسیله نشان داده که رجعی بودن، موافق با اصل و طبیعت حقوقی طلاق است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۶۵).

از جمله طلاق‌های بائنی که در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی به شمارش در آمده، طلاق خلع و مبارات است. اصولاً فقها طلاق خلع و مبارات را طلاق به عوض می‌دانند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۵۴/۲). ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی در تعریف خلع بیان می‌کند: «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».

طلاق مبارات نیز به مانند طلاق خلع، نوعی از طلاق در مقابل پرداخت عوض بوده و از نظر ساختمان حقوقی، با خلع همانندی دارد؛ با این تفاوت که کراهت از جانب هر

دو طرف بوده و عوض نیز نباید زائد بر میزان مهر باشد.^۱

در تقسیم‌بندی دیگر، برخی فقها ابتدا طلاق را با توجه به وجود و یا عدم وجود عوض تقسیم نموده‌اند. به این صورت که چنانچه در مقابل طلاق، عوض وجود نداشته باشد، طلاق رجعی بوده و اگر در مقابل طلاق، عوضی قرار گیرد، طلاق بائن خواهد بود و این قسم دوم، خود سه نوع خواهد بود: ۱- کراهت صریحاً از ناحیه زوج باشد که در این صورت طلاق خلع خواهد بود؛ ۲- کراهت از ناحیه هر دو طرف زوج و زوج باشد که طلاق مبارات نامیده می‌شود؛ ۳- کراهت در هیچ یک از طرفین نباشد که اصطلاحاً طلاق به عوض یا طلاق فدییه نامیده می‌شود و در صحت این طلاق اشکال شده است (انصاری دزفولی، ۱۴۲۱: ۱۵۸؛ قمی، ۱۴۲۷: ۴۸۶/۱).

در میان فقها اختلاف است که آیا در کنار طلاق‌های خلع و مبارات می‌توان طلاق دیگری قرار داد که در مقابل پرداخت عوض واقع شود و وجود عنصر کراهت در آن شرط نباشد، یا اینکه طلاق در مقابل پرداخت عوض، تنها به دو شیوه معروف خود یعنی خلع و مبارات واقع می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۵).

۳. بررسی نظرات و ادله پیرامون آن

آن گونه که بیان شد، اقوال و نظرات مختلفی راجع به طلاق به عوض یا طلاق فدییه مطرح شده که جملگی را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود؛ دسته اول، آن گروه از فقها و حقوق‌دانانی هستند که طلاق به عوض را صرفاً در دو نوع خلع و مبارات خلاصه می‌کنند و هر گونه طلاق در قبال پرداخت عوض، خارج از این دو نوع را صحیح نمی‌دانند. اما دسته دیگر بر این باورند که در کنار خلع و مبارات، نوع دیگری از طلاق به نام طلاق به عوض وجود دارد.

۳-۱. عدم صحت (مشروعیت) طلاق به عوض

مشهور فقها امکان وقوع طلاق در مقابل پرداخت عوض را تنها در قالب طلاق‌های

۱. در فقه، خلع و مبارات این گونه تعریف شده است: «الخلع وهو النزاع وهو إزالة قيد النكاح بالقول دالاً عليه بفدية من الزوجة وكراهة للزوج من دون كراهته لها» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۷۶). «المباراة وهي لغة المفارقة وشرعاً عبارة عن طلاق بعوض مع كراهة كل في الزوجين الآخر» (همان: ۹۵).

خلع و مبارات صحیح می‌دانند و اعتقادی به وقوع طلاق به عوض ندارند (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۱۱۲/۲۳) و تا زمان شهید ثانی، تمامی فقها بر این عقیده بوده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۵). قائلان به عدم صحت، دلایلی را به شرح ذیل برای نظر خود ذکر کرده‌اند:

۱- مهم‌ترین دلیلی که مخالفان صحت طلاق به عوض یادآور می‌شوند، این است که فقها بر این امر اتفاق نظر دارند که طلاق به عوض تنها به دو شکل خلع و مبارات امکان وقوع دارد و خارج از این دو نوع طلاق نمی‌توان حکم به وقوع طلاق در مقابل عوض نمود (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۸/۳۳) و کلام فقها در این باب به طور متفق، واضح و منسجم بر این قرار گرفته که بینونت و حلیت فدیة تنها در صورت کراهت ممکن است و در غیر وجود کراهت، نه فراقی حاصل خواهد شد و نه اخذ فدیة حلال خواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۲/۲۵).

برای مثال، شهید اول در کتاب لمعه، طلاق خلع را بدون کراهت از جانب زن صحیح ندانسته و بیان داشته که اگر طلاق واقع شود و کراهتی نباشد، بذل فدیة باطل بوده و طلاق رجعی خواهد بود (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۹۹).^۱ برخی دیگر چنین بیان نموده‌اند که اگر مرد، زن را طلاق خلع دهد، در حالی که در سازگاری اخلاقی باشند (عدم وجود کراهت)، خلع صحیح نبوده و مرد مالک فدیة نمی‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴۱/۳).^۲ علامه نیز در قواعد دقیقاً همین مضمون را ذکر کرده است (علامه حلی، ۱۴۲۳: ۱۵۷/۳).^۳ و چنین بیانی در کتب فقها به وفور مشاهده می‌شود.

۲- از دیگر دلایل ذکر شده در این خصوص، استناد به آیه شریفه ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (بقره/۲۲۹) است؛ با این استدلال که آیه مذکور به صراحت و روشنی بر این امر تأکید دارد که اخذ فدیة از زن در غیر مورد خوف بر عدم اقامه

۱. «لا يصح الخلع إلا مع كراهيتها ولو طلقها ولم تکره، بطل البذل ووقع الطلاق رجعيًا».

۲. «لو خالعتها والأخلاق ملتزمة، لم يصح الخلع ولا يملك الفدية».

۳. «ولو خالعتها والأخلاق ملتزمة، لم يصح الخلع ولا يملك الفدية، ولو طلقها - حينئذ - بعوض لم يملكه، ووقع رجعيًا».

حدود الله، حلال نخواهد بود و آن هم با کراهت و نفرت است که بروز می‌نماید. بنابراین در جایی که اخلاق زوجین سازگار بوده و کراهتی در میان نباشد، حدود الله نقض نخواهد شد و اخذ فدیة هم حلال نخواهد بود و لذا طلاق بائن نخواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۰/۲۵).

۳- روایاتی وجود دارد دال بر عدم حلیت اخذ مالی توسط زوج از زوجه، مگر در صورت بیان جملاتی قبیح که دلالت بر کراهت زن نسبت به مرد داشته باشد؛ از جمله می‌توان به صحیح محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام اشاره نمود:

«إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرُجُوعِهَا جُمْلَةً لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا مُفَسَّرَةً أَوْ غَيْرَ مُفَسَّرَةٍ، حَلَّ لَهَا مَا أَخَذَتْ مِنْهَا وَلَيْسَ لَهَا عَلَيْهَا رَجْعَةٌ» (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۲۳/۳)؛ هنگامی که زن به شوهر خود گفت که دیگر فرمان تو را اطاعت نخواهم کرد، چه توضیح بدهد و چه توضیح ندهد، بر مرد حلال است آنچه را که زن برای دادن طلاق به او می‌بخشد، بگیرد و مرد حق رجوع نخواهد داشت.

در این رابطه، برخی فقها معتقدند که روایت مذکور، حاکی از آن است که زوج بدون وجود کراهت نمی‌تواند مالی از زوجه اخذ کند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۵۷۱/۲۵) و از آنجا که در طلاق به عوض کراهتی وجود ندارد، اخذ فدیة نیز جایز نبوده و عوضی در مقابل اجرای طلاق از ناحیه زوج قرار نمی‌گیرد و طلاق مزبور به صورت رجعی واقع می‌شود و یا بنا بر قول غیر مشهور، این طلاق از اساس باطل خواهد بود؛ چرا که در این حالت، طلاق با قصد اخذ فدیة واقع گشته و در صورت منتفی شدن فدیة، طلاق نیز منتفی خواهد شد (سبزواری، ۱۴۲۳: ۳۸۴/۲). در این رابطه، برخی نیز روایاتی اعم از صحیح و حسن را با این مضمون در کنار یکدیگر جمع نموده‌اند (خوانساری، بی‌تا: ۴۲۳).

۴- آنچه از کلام فقها استنباط می‌گردد آن است که در طلاق، اصل بر رجعی بودن است، مگر آنکه برای بائن بودن آن دلیل ارائه گردد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۱۴۶/۳؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۳۹۵) و دلیلی که اثبات نماید طلاق در مقابل عوض بدون کراهت از جمله طلاق‌های بائن است، وجود ندارد. بنابراین باید گفت که پرداخت عوض مشروعیت نداشته و باطل است و بر این مبنا، طلاق انجام‌شده نیز از اساس باطل

خواهد بود و یا اینکه به صورت رجعی واقع می‌گردد.

۵- برخی چنین ایراد نموده‌اند که فقها در طلاق خلع و مبارات، کراهت را شرط نموده و بر عدم حلیت اخذ فدیة تأکید داشته‌اند، تنها از آن جهت که تقلیلی در طلاق خلع ایجاد گردد و از موارد طلاق و انحلال نکاح کاسته شود. حال چنانچه بدون این شرط، قائل به صحت این طلاق باشیم، این عقیده با غرض و غایتی که موجب آن حکم بوده، در تعارض است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۳۹۲)؛ چرا که طلاق امری مذموم بوده^۱ که با این حکم، بر گسترش و فراگیر شدن آن تعاون خواهد شد.

۲-۳. صحت (مشروعیت) طلاق به عوض

۱- اولین دلیلی که مخالفان صحت طلاق به عوض به آن تمسک جسته‌اند، اجماع و اتفاق نظر فقهاست مبنی بر اینکه طلاق در مقابل عوض تنها به دو صورت خلع و مبارات صحیح است و این دو نوع، قسم سومی نخواهند داشت و همان گونه که بیان گردید، به نظرات فقهای گران قدر در لابه‌لای کتب فقهی ایشان استناد شده است.

فارغ از این بحث که آیا در خصوص این موضوع، به واقع می‌توان فرض وقوع اجماع را با تمامی شرایط لازم آن مطرح نمود یا خیر، باید دقت لازم را مبذول داشت که میان موضوع اجماع ادعایی و آنچه قائلان به صحت طلاق به عوض بیان می‌دارند، تفاوت بسیار وجود دارد؛ به این صورت که با اندکی دقت در کلام فقها روشن می‌گردد که ایشان آن گونه که از نصوص آیات و روایات برمی‌آید، نسبت به اشتراط کراهت در طلاق خلع اجماع دارند، به نحوی که در اکثر کتب فقهی در باب خلع و مبارات، بحثی پیرامون «لو خالعهما والأخلاق ملتئمة، لم یصح الخلع» شده است (اصفهانی، ۱۴۱۶: ۱۸۱/۸) و به وضوح مشاهده می‌شود که آنان کراهت را در خلع و مبارات شرط می‌دانند، اما این مورد در صورتی دلیل بر عدم صحت طلاق به عوض خواهد بود که به موازات آن، فقها نیز اجماع داشته باشند بر اینکه طلاق به عوض، از اقسام طلاق خلع است، وگرنه بدیهی است که وجود اجماع بر ضرورت لزوم یک شرط در ایجاد خلع، مانع از

۱. «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق» (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵: ۱۶۵/۱).
تا توانی پامنه اندر فراق / أبغض الأشياء عندی الطلاق

مشروعیت قسم دیگری از طلاق نخواهد بود. ظاهر آن است که طلاق به عوض متفاوت و جدای از طلاق خلع است؛ اگرچه که در بعضی احکام اشتراک دارند (خوانساری، بی‌تا: ۴۲۰).

۲- از جمله دلایل ذکر شده در باب لزوم وجود کراهت اخذ فدیة در طلاقی که در مقابل پرداخت عوض واقع می‌شود، استناد به آیه شریفه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره است. مستفاد از آیه این است که هر گاه رابطه زوجین به نحوی درآید که بیم نقض حدود الهی برود و مظنه ترک حقوق زوجیت به میان آید، زوج می‌تواند با گرفتن مالی از زوجه، او را طلاق دهد. بنابراین ملاک در آیه شریفه، عدم اقامه حدود الله است و این مفهوم اعم از کراهت است. به عبارت دیگر، آنچه از نظر قرآن ملاک قرار گرفته، عدم آمادگی زن برای زندگی است و این امر با عدم کراهت از ناحیه زوجه منافاتی ندارد و شاید بتوان این گونه گفت که منظور از کراهت، چیزی بیش از این نیست که زوجه تمایلی به زوج نداشته باشد و آماده تمکین و اطاعت از وی نباشد و مراد از عدم اقامه حدود الهی همین است که زوجه از زوج اطاعت نکند (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۴۲۳).

از این اشکال که چشم‌پوشی شود، برخی اشکال دیگری بر این نظر - که آیه مذکور تنها شامل طلاق خلع خواهد بود - وارد کرده‌اند، با این بیان که هر گاه عوض در طلاق به عوض، غیر از صدق یا مهریه باشد نیز مغایرتی با مدلول آیه مذکور نخواهد داشت؛ زیرا از عبارت «مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ»، استرداد عین صدق استفاده می‌شود و شأن نزول آیه هم استرداد عین صدق بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۶). بنابراین چنانچه مالی که زوجه به زوج برای مطلقه شدن خود می‌پردازد، غیر از مهریه دریافتی اش باشد، خارج از عموم آیه خواهد بود و ایراد منکران طلاق به عوض دفع می‌شود.

همچنین بیان شده که مستفاد از سیاق آیه و عبارت «وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ» آن است که آنچه جایز نیست، اخذ مالی است که سابقاً به عنوان مهر پرداخت شده است به صورت قهر و غلبه و بدون طیب نفس و رضایت زوجه، و نه در صورت معامله‌ای شرعی با حصول مراضات (قمی، ۱۴۲۷: ۱/۸۲۱).

۳- قائلان به عدم صحت طلاق خلع در توجیه این نظر خود، علاوه بر آیه شریفه به نصوصی از روایات تمسک بسته‌اند؛ از قبیل روایت محمد بن مسلم از امام صادق ع:

که این روایت و روایات مشابه (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۹/۲۲-۲۸۲) دلالت بر آن دارد که زوج بدون وجود کراهت نمی‌تواند مالی را در عوض طلاق از زوجه دریافت نماید. اما این خبر و اخبار مشابه آن به خلاف آنچه ادعا شده، تنها جواز اخذ فدیة را معلق به تعدی در کلام به اختلاف مراتب نموده‌اند و این روایات دلالتی بر لزوم وجود کراهت و اشتراط اظهار آن ندارد (خوانساری، بی‌تا: ۴۲۴). همان‌طور که بیان گردید، دلیلی که سبب صدور این گونه آراء شده، یکی دانستن و اعتقاد به وحدت ماهیت، آثار و شرایط طلاق خلع و طلاق به عوض بوده است؛ در حالی که با دقت در آرای فقها به خصوص فقهای متقدم روشن می‌گردد که آنان لزوم وجود کراهت و یا ابراز آن را در این آیه و روایات فقط برای خلع و مبارات دانسته (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۷۲۴/۲: موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱۳۷/۲) و تنها در همین حیطة ادعا اجماع نموده‌اند و نمی‌توان بی‌دلیل این اجماع را به انواع دیگر طلاق تسری داد.

۴- برخی برای ناموجه شناساندن و غیر مشروع دانستن طلاق به عوض با اتخاذ شیوه سلبی بیان کرده‌اند که آنچه از کلام فقهای متقدم و متأخر برمی‌آید آن است که طلاق تنها به دو شکل رجعی و بائن است. طلاق بائن نیز تمامی اقسام آن شمارش شده و طلاق به عوض غیر از خلعین (خلع و مبارات) وجود ندارد (قمی، ۱۴۲۷: ۵۸۵/۱).

برای مثال ابن ادریس در سرائر اقسام طلاق را این گونه ذکر کرده است:

«طلاق بر دو نوع است: رجعی و بائن، و طلاق بائن به چهار دسته تقسیم می‌شود: ۱- طلاق زن غیر مدخوله، ۲- طلاق صغیر که به سن حیض نرسیده است، ۳- طلاق زنی که با گذشتن از پنجاه سال، دیگر عادت نمی‌شود، ۴- طلاقی که در مقابل بذل و عوض از جانب زوجه واقع می‌شود که خلع و مبارات نامیده می‌شود» (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۶۷/۲).

در پاسخ باید بیان داشت که اولاً عدم ذکر طلاق به عوض در اقسام طلاق، دلیلی بر عدم مشروعیت آن نمی‌باشد؛ چرا که در ادامه به طور مفصل خواهد آمد که طلاق به عوض در ماهیت، جدای از انواع طلاق‌های ذکر شده از ناحیه فقها نیست و آنچه فقهای همچون ابن ادریس اظهار داشته‌اند - که از جمله طلاق‌های بائن، طلاق‌هایی است که در مقابل پرداخت عوض واقع می‌شود و آن هم به دو نوع خلع و مبارات

تقسیم می‌شود. کاملاً صحیح است؛ چرا که منظور ایشان طلاقى است که در ذات و ماهیت خود در مقابل عوض قرار گیرد و این عوض در ماهیت آن باشد و این امر حاصل نمی‌شود مگر در طلاق‌های خلع و مبارات؛ در حالی که در طلاق به عوض، آنچه به عنوان عوض پرداخت می‌شود، داخل در ماهیت و ذات این طلاق نیست (قمی، ۱۴۲۷: ۵۸۶/۱).

۵- اینکه گفته شده حکم کردن به صحت طلاق به عوض، در تنافی است با غرض و غایت احکامی چون کراهت در طلاق خلع که موجب ضیق شدن دایره طلاق - که از نظر شرع و اجتماع امری ناپسند است - می‌شود، چندان صحیح به نظر نمی‌رسد. پذیرفتنی است که اصل طلاق به ظاهر مخالف با طبیعت ازدواج بوده و فراگیر شدن ازاله پیوند زناشویی، بنیان خانواده را که اساس و پایه اجتماع است، سست نموده و زیان فراوانی برای فرزندان در پی دارد، اما از همین طلاق به عنوان بد ضروری یاد می‌شود، هر چند که امری مذموم و ناپسند است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۲۲۶-۲۲۷). انجام طلاق در برخی موارد مستحب و بلکه واجب خواهد بود (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۹۴؛ عاملی و ساوجی، ۱۴۲۹: ۷۰۶). اعتقاد به صحت طلاق به عوض بدین معنا نیست که طلاق به هر نحوی و تحت هر شرایطی مجاز است، بلکه باید تمامی شرایط لازم برای طلاق رعایت شود؛ برای مثال در حال حاضر برابر مقررات، جریان طلاق با طی تشریفات از طریق دادگاه صورت می‌پذیرد و جدای از تمامی این موارد - همان گونه که بیان شد - برابر آیه شریفه مذکور در جایی که بیم نقض حدود الهی برود - هر چند که کراهتی در میان نباشد و یا اینکه کراهت وجود داشته باشد، ولی ابراز نشده باشد - اخذ فدیة در برابر طلاق برای مرد جایز است و لذا این رعایت حدود الهی و رجوع به دادگاه و اخذ حکم از دادگاه، در مجموع شروطی را تشکیل خواهد داد که همچون سدی در برابر گسترش لجام گسیخته طلاق خواهد بود.

۳-۳. نقد و بررسی

مشاهده گردید که قائلان به هر یک از دو نظر صحت و عدم صحت (مشروعیت و یا عدم مشروعیت) طلاق به عوض، دلایلی برای رأی خود آورده‌اند. برخی با تکیه بر

نصوصی از آیه و روایات بیان نموده‌اند که دریافت مال توسط مرد در قبال طلاق همسرش تنها در صورتی مجاز است که زن از شوهرش کراهت داشته باشد و این کراهت به نحوی در زندگی مشترک آنان بروز کند که موجب زیر پا گذاشتن حدود الهی شود. در غیر این صورت، اخذ آن مال بر مرد حرام است و به دلالت روایات و کلام فقها - که ادعای اجماع نسبت به آن شده است - این طلاق به دو روش خلع و مبارات صورت می‌گیرد و ایشان قائل به وحدت مبنا، ماهیت، آثار و احکام طلاق به عوض و خلع هستند و از آنجا که گفته شد در طلاق به عوض، وجود کراهت شرط نمی‌باشد، لذا طلاق به عوض را مشروع نمی‌دانند.

به نظر می‌رسد که باید با قائلان به صحت و مشروعیت طلاق به عوض همراهی نمود. از آنجا که مطابق آنچه سابقاً بیان گردید، آیه و روایات استنادی مخالفان، دلالتی بر لزوم وجود کراهت در طلاق در مقابل پرداخت عوض ندارد، بلکه آنچه از مفهوم موافق و مخالف این نصوص استفاده می‌شود آن است که اخذ فدیة در صورتی جایز می‌گردد که بیم تجاوز از حدود الهی و عدم تمکین زن در مقابل شوهرش در میان باشد و این می‌تواند اعم از وجود یا عدم وجود کراهت باشد، لذا از این بابت تعارضی میان نصوص استنادشده و اصل طلاق به عوض نمی‌باشد.

این صحیح است که در اغلب موارد، کراهت زوجه از زوج است که باعث ترک حقوق زوجیت و نقض حدود الهی می‌شود و شاید به همین دلیل بوده که برخی گمان کرده‌اند که این آیه صرفاً به مشروعیت اخذ فدیة در طلاق خلع نظر دارد، اما واقع امر آن است که گاهی ممکن است به علل و اسبابی خاص بی‌آنکه کراهتی وجود داشته باشد، بیم آن رود که زوجه از ایفای تکالیف خود شانه خالی کند و در نهایت یکی از واجبات الهی زیر پا گذاشته شود؛ برای مثال در جایی که زوجه تمایل شدید به زندگی در کنار پدر و مادر خود دارد و در عین حال، زوج به علت مسائل شغلی باید به خارج از کشور عزیمت کرده و در آنجا اقامت نماید، در اینجا هیچ‌گونه کراهتی از ناحیه زوجه نسبت به زوج مشاهده نمی‌شود، حال چنانچه زوجه به علت وابستگی شدید به پدر و مادرش نخواهد با همسر خود در این سفر و اقامت در خارج از کشور همراهی

کند، به یقین تکلیف خود را نسبت به تمکین از شوهر انجام نداده^۱ و در نتیجه به حدی از حدود الهی تجاوز خواهد شد که در این صورت می‌تواند مصداق آیه ۲۹۹ سوره بقره واقع شود. یعنی در عین حالی که هیچ‌گونه رد پایی از کراهت مشاهده نمی‌شود، چنانچه زوج در قبال بذل مهریه، زوجه را طلاق دهد، مطابق نص آیه مذکور این طلاق صحیح خواهد بود و در عین حالی که طلاق در مقابل پرداخت عوض انجام شده، ولی به علت عدم وجود کراهت، این طلاق از نوع خلع نیست؛ چرا که کراهت رکن ضروری و شرط لازم برای خلع است. حال چنانچه مطابق قول مشهور، قائل به عدم صحت طلاق به عوض باشیم، باید بر خلاف نص قرآن چنین طلاق را مشروع به‌شمار نیاوریم.

باید توجه داشت که مراد فقها از اینکه در صورت سازگاری اخلاقی و بدون کراهت، اخذ فدیة جایز نیست، موردی است که زوجین بدون وجود کراهت، قصد طلاق خلع با صیغه خلع را داشته‌اند (قمی، ۱۴۲۷: ۵۸۳/۱) و از آنجا که در خلع، کراهت شرط است، ناگفته پیداست که خلع باطل بوده و زوج نیز مالک فدیة نخواهد شد. اما آنان نسبت به موردی که سازگاری اخلاقی بین زوجین وجود دارد و زوج در قبال دریافت مالی، زوجه را بدون قصد خلع و بدون اجرای صیغه خلع طلاق می‌دهد، اظهارنظر نکرده‌اند. بنابراین به نظر می‌رسد کلام فقهای متقدم، فارغ از بحث طلاق به عوض است.

از طرفی طلاق به عوض ماهیتاً متفاوت از طلاق خلع و مبارات است؛ به این صورت که در این دو نوع طلاق، عوض داخل در ماهیت آنهاست، در حالی که در طلاق به عوض، مالی که زوجه به زوج می‌دهد، خارج از ذات آن است و عمومات ترازی بر پایه «أوفوا بالعقود» و همچنین عقود مانند صلح، بر امکان وقوع چنین طلاقی صحه می‌گذارد (همان: ۵۸۹/۱).

۱. در این باره می‌توان موارد دیگری را نیز به عنوان مثال یاد کرد؛ از جمله اینکه در عین تفاهم اخلاقی، مرد توانایی مالی کافی و مناسب برای اداره زندگی را نداشته باشد و یا اینکه زوج بنا به دلایلی مانند زندانی بودن، توانایی سکونت مشترک با زوجه را نداشته باشد. البته این مثال‌ها در صورتی کارایی دارد که به عسر و حرج زوجه نرسیده باشد؛ زیرا عسر و حرج خود دلیلی مستقل برای طلاق محسوب می‌شود و قاعدتاً در آن عنصر کراهت مشهود است.

۴. صور ممکن برای انعقاد طلاق به عوض

طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به اراده شوهر واقع می‌شود.^۱ قانون مدنی در ماده ۱۱۳۳ این امر را تأیید نموده و چنین می‌نماید که اراده شوهر بر این ایقاع حکومت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۴). اما در این میان، اقسامی از طلاق وجود دارد که از ایقاع کمی فاصله گرفته و به عقد می‌ماند. در فقه امامیه و به تبع آن در قانون مدنی از طلاق خلع و مبارات بحث شده که نوعی طلاق با توافق طرفین است. برخی اعتقاد دارند که در فقه و قانون مدنی، طلاق با توافق طرفین پیش‌بینی نشده است؛ زیرا طلاق ناشی از اراده مرد و حق و اختیار اوست و رضایت یا عدم رضایت زوجه، تأثیری بر موضوع نخواهد داشت. آری، چنانچه منظور آن باشد که اراده زن به مانند اراده مرد به یک میزان در انشاء طلاق مؤثر باشد، صحیح است و طلاق با این معنا در فقه (حداقل نظر مشهور) و قانون مدنی مورد شناسایی واقع نشده است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۲۵۱/۱). اما نمی‌توان این را نادیده انگاشت که زن ناراضی فدیهای به شوهر می‌دهد تا در برابر آن طلاق بگیرد. در نقطه مقابل نیز شوهر با قبول فدی، طلاق را انشاء می‌کند و بر این مبنا توافقی صورت می‌پذیرد که یک طرف آن عوض و طرف دیگر طلاق قرار دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۶). توافق صورت گرفته سبب آن شده که نسبت به ماهیت طلاق خلع و مبارات آراء و نظرات گوناگونی از ناحیه فقها و حقوق‌دانان صادر شود.

هرچند که طلاق به عوض و خلع و مبارات شباهت بسیاری به هم دارند تا جایی که برخی این دو را یکی پنداشته‌اند، اما به هر روی، اختلاف عقیده نسبت به ماهیت طلاق به عوض بیشتر است. میرزای قمی صورت‌هایی را برای تبیین صور این نوع از طلاق به نحوی مشروح بیان نموده است:

۱- صلح یکی از اعمال حقوقی است که امکان درج طلاق به عوض در ذیل آن ممکن است. بنابراین طلاق به عوض یکی از عوضین، عقد صلح به حساب خواهد آمد؛ به این صورت که زن به شوهرش می‌گوید صلح کردم با تو این فدی را در مقابل اینکه مرا طلاق دهی و سپس مرد نیز او را طلاق دهد. عموماً عقد صلح، این مورد را هم

۱. «قال رسول الله ﷺ: الطلاق بيد من أخذ بالساق» (مازندرانی خواجه‌نوی، ۱۴۱۱: ۲۹/۱).

شامل می‌شود (قمی، ۱۴۲۷: ۴۹۸/۱) و اینکه بیان شده عقد صلح بین مسلمانان جایز است، مگر اینکه حلالی را حرام و یا اینکه حرامی را حلال کند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۶/۶) و طلاق به عوض داخل در اصل جواز عقد صلح است.

۲- ممکن است طلاق به عوض، به عنوان شرطی در ضمن عقد لازمی گنجانده شود؛ برای مثال، زن می‌تواند مهریه خود را در مقابل چیزی به مرد صلح نماید و در ضمن این عقد صلح شرط گردد که مرد، زن را طلاق گوید و یا اینکه زن مالی را به شوهرش بفروشد و در ضمن عقد بیع، طلاق خود را شرط کند. عموم «المؤمنون عند شروطهم»، صحت شرط فوق را تأیید می‌کند. طلاق در مقابل پرداخت عوض بر این طلاق صدق می‌کند؛ چرا که شرط، قسطی از ثمن است و تملک عوض در مقابل طلاق حاصل شده است (قمی، ۱۴۲۷: ۵۰۶/۱).

۳- از دیگر موارد، اندراج این طلاق در عقد جعاله است؛ به این معنا که زن فدیة را جعل در مقابل عمل طلاق از ناحیه زن قرار می‌دهد.^۱ نام طلاق در مقابل عوض بر این طلاق نیز صادق است (همان: ۵۰۷/۱) و در کلام فقها نیز بر صحت قرار دادن جعل در مقابل طلاق تصریح شده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۸۶/۹؛ علامه حلی، ۱۴۲۳: ۱۶۳/۳؛ اصفهانی، ۱۴۱۶: ۲۱۱/۸).

۴- طلاق می‌تواند به عنوان عوض در هبه معوض شرط گردد؛ یعنی زوجه مالی (فدیة) را به زوجه هبه می‌نماید و در ضمن آن شرط می‌شود که زوج او را طلاق دهد.^۲ (قمی، ۱۴۲۷: ۴۸۰/۱).

۵- ممکن است در ضمن طلاق شرط گردد که زن مالی به شوهر بدهد؛ یعنی به صورت شرط ضمن ایقاع (همان: ۵۱۸/۱). در این خصوص بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف زیادی وجود دارد؛ چرا که از یک طرف برای واقع گشتن ایقاع تنها یک اراده لازم است و برای ایجاد شرط ضمن آن، نیاز به توافق دو اراده است. فارغ از امکان

۱. جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیر معین (ماده ۵۶۱ ق.م.ا.).

۲. هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین واهب می‌تواند شرط کند که متهب مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به جا آورد (ماده ۸۰۱ ق.م.ا.).

وقوع شرط ضمن ایقاع که در میان فقها و حقوق دانان طرفدارانی دارد^۱ (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۲)، نظر مشهور راجع به طبیعت حقوقی طلاق خلع و مبارات، همین نظر است (صفایی و امامی، ۱۳۸۷: ۲۹۴/۱).

۶- گنجاندن طلاق در یک عقد معوض به عنوان یکی از عوضین، و عوضی که در مقابل آن قرار می گیرد، مالی است که زوجه در ازای طلاق به زوج می دهد. عموم آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ نیز این مورد را در بر می گیرد (قمی، ۱۴۲۷: ۴۸۷/۱). آنچه در خصوص طبیعت یا ماهیت حقوقی طلاق به عوض باید مدنظر قرار گیرد، آن است که آیا عوض در ذات یا اصل طلاق وارد می شود و یا اینکه طلاق خود به عنوان سازمان حقوقی ویژه و خاص است؟^۲

برخی در پذیرش طلاق به صورت معاوضه تردید نموده و قبول آن را دشوار می دانند و بیان می کنند که جدایی زن و شوهر پدیده ای است که اجتماع درباره روی دادن و آثار آن، نفع مستقیم دارد و طلاق سازمان حقوقی ویژه ای است که قانون آن را اداره می کند و به حکم یا اذن دادگاه واقع می شود. چنین سازمانی که در آن، وضع مدنی اشخاص مطرح است، نمی تواند موضوع مبادله قرار گیرد و به سان یکی از دو عوض معامله نگریسته شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۷۵).

باید دقت نمود که در طلاق به عوض، عوض داخل در ماهیت طلاق نیست، بلکه از عوارض آن است؛ چنان که عوض در هبه، داخل در ماهیت آن نیست، بلکه جنبه فرعی در آن دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۹۸). ماهیت طلاق به جای خود باقی و همیشه ایقاع خواهد بود و نمی توان گفت که در طلاق به عوض، زوجه نیز در انشاء طلاق دخیل است؛ بلکه طلاق تنها با یک اراده، آن هم اراده زوج واقع می گردد. ولی همین طلاق به عنوان یک عمل حقوقی مستقل می تواند در یک معامله معوض، یکی از عوضین واقع گردد، بی آنکه به ماهیت و ساختار آن خللی وارد آید و یا اینکه قواعد امری طلاق به واسطه آنکه در یک تراضی دیگر وارد شده، نقض گردد. بنابراین طلاق

۱. در کتب فقهی در باب عتق، شرط ضمن ایقاع به صراحت پذیرفته شده است (قمی، ۱۴۲۷: ۵۲۶/۱).
 ۲. میرزای قمی این مورد را در ذیل یک بحث لغوی (بیان معنی الطلاق المضاف إلى العوض) مطرح نموده که «الطلاق علی عوض» است و یا «الطلاق بعوض» (همان: ۴۸۸/۱).

به عوض در واقع طلاق است با تمام شرایط لازم، و علت بائن بودنش آن است که در برابر یک عوض قرار گرفته است؛ کما اینکه در طلاق خلع و مبارات این گونه است، وگرنه بذاته طلاق رجعی خواهد بود. اما چون طلاق عمل حقوقی است که واجد ویژگی‌های خاص و آثار متفاوت است، به همین دلیل چنانچه طلاق به عنوان یک عوض در عقدی مانند صلح قرار گیرد، در صورت منتفی شدن عوض دیگر، از تمامی قواعد معاوضات تبعیت نمی‌شود و طلاق باطل نخواهد شد، بلکه از حالت بائن خارج شده و به اصل خود که رجعی بودن است، باز می‌گردد.

ایراد شده که نکاح و طلاق، از امور عبادی است و متفاوت از دیگر عقود و ایقاعات؛ بنابراین گنجاندن آن در عقود همچون صلح، سخت مورد تردید است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴: ۳۹۲). در جواب باید گفت که اولاً طلاق یک عمل عبادی صرف نیست، بلکه شاید بتوان گفت که جنبه معاملی آن بر جنبه عبادی‌اش غلبه دارد و عمل حقوقی غیر مالی است و هیچ ایراد یا مانعی وجود ندارد که یک عمل حقوقی غیر مالی بتواند مورد معامله^۱ قرار گیرد.

از طرف دیگر، جهت معامله نیز قطعاً مشروع است؛ چرا که اولاً طلاق فی نفسه امری مشروع است. ثانیاً در میان فقها نیز طلاق بدون کراهت طرفدارانی دارد که می‌تواند مشروعیت آن را توجیه نماید. ثالثاً در قانون، هیچ نصی دال بر مخالفت صریح با این طلاق وجود ندارد که با عموماً ماده ۱۰ قانون مدنی نیز هماهنگی دارد.

با توجه به جمیع مطالب فوق به نظر می‌رسد با توجه به نظام حقوقی ما می‌توان طلاق به عوض را در قالب عقد صلح پذیرفت (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۹۸). زن در مقابل مالی که به شوهر خود صلح می‌کند، از او می‌خواهد که وی را طلاق دهد و عموماً عقد صلح و گستره آن و پذیرش چنین نظری در میان فقها و حقوق دانان، قالب عقد صلح را برای طلاق به عوض تأیید می‌نماید. البته بدیهی است که طلاق همچنان در ماهیت خود، ایقاعی مستقل است که در عقد صلح گنجانده شده است.

۱. 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 غیر مالی باشد.

نتیجه گیری

در میان فقها، بر سر پذیرش مشروعیت و صحت طلاق به عوض و عدم پذیرش آن اختلاف است و به تبع آن، این اختلاف عقیده در میان حقوق دانان هم وجود دارد. برخی فقها به تبعیت از شهید ثانی، اخذ فدیة در برابر طلاق بدون وجود کراهت (طلاق به عوض یا طلاق فدیة) را پذیرفته اند؛ اما مشهور فقها با عنایت به نصوصی مانند آیه شریفه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره و برخی روایات در این رابطه، اخذ هر گونه فدیة از زن جهت طلاق، بدون وجود کراهت را صحیح نمی دانند و از آنجا که عوضی در مقابل این طلاق وجود ندارد، طلاق انجام شده بائن نخواهد بود.

مستفاد از آیه شریفه مذکور و دیگر روایات مرتبط، آن است که اخذ مال (صداق پرداخت شده) از زوجه در مقابل طلاق، در صورتی مجاز است که بیم تجاوز از حدود الهی برود و برای حفظ حدود الهی، مرد می تواند آنچه را که سابقاً به زن به عنوان صداق پرداخت کرده، بازپس گیرد و در مقابل، همسر خویش را طلاق دهد. این بیم نقض حدود الهی ممکن است که هم به واسطه وجود کراهت زوجه نسبت به زوج واقع گردد و هم بدون آن. لذا نصوص مذکور، منعی از طلاق در مقابل عوض بدون وجود کراهت ندارند و دیگر اینکه آنچه آیه مذکور در ظاهر از آن منع نموده، بازپس گیری مالی است که سابقاً به عنوان مهریه پرداخت شده و چنانچه مال دیگری در قبال طلاق پرداخت گردد، از شمول آیه خارج است.

قانون مدنی نسبت به طلاق به عوض ساکت است. به نظر می رسد با توجه به سکوت قانون مدنی، پذیرش این طلاق در میان برخی فقها و عدم منع قانون نسبت به آن، انجام این گونه طلاق در نظام حقوقی ما ممکن باشد.

طلاق به عوض ممکن است به طرق مختلفی واقع گردد که آنچه بیشتر با نظام حقوقی ما و پیشینه فقهی سازگار می نماید، گنجاندن این طلاق در قالب عقد صلح است؛ به این صورت که زن مالی را به شوهر خود صلح نموده و در مقابل، طلاق خود را از شوهرش می خواهد و شوهر نیز در برابر قبول آن مال، همسرش را طلاق می دهد.

کتاب شناسی

۱. ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن زین الدین علی بن ابراهیم، *عوالی الثانی العزیزیه فی الاحادیث الدینیہ*، قم، دار سیدالشهداء علیه السلام للنشر، ۱۴۰۵ ق.
۲. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *صیغ العقود والایقاعات*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق خانواده*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۶. همو، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۸. حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۹. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. خوانساری، آقا جمال الدین محمد بن آقا حسین بن محمد، *التعلیقات علی الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، المدرسة الرضویة، بی تا.
۱۱. سبحانی تبریزی، جعفر، *نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۱۲. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۱۳. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. صفایی، سید حسین، و اسدالله امامی، *حقوق خانواده*، چاپ یازدهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷ ق.
۱۶. عاملی، شیخ بهاء الدین محمد بن حسین، و نظام الدین محمد بن حسین ساوجی، *جامع عباسی و تکمیل آن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۹ ق.
۱۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، دار العلم، ۱۴۳۰ ق.
۱۸. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیة، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. علامه حلی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۱. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *جامع المسائل*، قم، امیر قلم، ۱۴۲۵ ق.
۲۲. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۳. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، *رسائل المیرزا القمی*، تحقیق عباس تبریزیان، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان رضوی، ۱۴۲۷ ق.

۲۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۲۵. همو، حقوق مدنی - ایقاع، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۲۶. مازندرانی خواجه‌نوی (خاتون‌آبادی)، (محمد) اسماعیل بن حسین بن محمدرضا، الرسائل الفقهیه، قم، دار الکتب الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۷. محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۸. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۲۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۳۰. موسوی عاملی، سیدمحمد بن علی، نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۳۱. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۳۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۳. نجفی کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب الطلاق، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.