



## Examining Divorce Instead of Relying on the Spirit of the Law

Rezvan Alaei Faradanbeh<sup>1</sup>, Seyyed Mohammad Sadeq Tabatabaei<sup>\*2</sup>, Seyyed Hadi Mahdavi<sup>3</sup>

1. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Na.C., Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

2. Department of Law, Na.C., Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

3. Department of Law, Na.C., Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:281-295

Article history:

Received: 07 Jul 2024

Edition:08 Sep 2024

Accepted: 24 Oct 2024

Published online: 23 Dec 2025

Keywords:

Divorce, Ransom, Divorce in Exchange, the Spirit of the Law, the Interests of the Family.

Corresponding Author:

Seyyed Mohammad Sadeq Tabatabaei

Address:

Iran, Isfahan, University of Isfahan, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law.

Orchid Code:

0000-0001-7724-2217

Tel:

09177184404

Email:

tabatabaei@ase.ui.ac.ir

### ABSTRACT

**Background and Aims:** In Islam, the spirit governing the family laws always emphasizes the integrity and continuity of this sacred institution, and when couples decide to separate from each other, the spirit governing the divorce laws still seeks to prevent further harm in individual and social dimensions. To address the discussion of the spirit governing the family system, the present study examines divorce instead, relying on the spirit of the law.

**Materials and Methods:** The method of this article is analytical and descriptive, and the research tool is library.

**Ethical Considerations:** In writing this article, the ethical principles of article writing and confidentiality have been observed.

**Findings:** Divorce in exchange means that the couple decides to divorce despite a moral understanding, whereby the wife requests the husband to issue a divorce and release her in exchange for payment of compensation. The title of this type of divorce is "divorce in exchange or ransom divorce or ransom divorce". In this type of divorce, there is no aversion between the couple, but with the emergence of some new circumstances in their common life, the continuation of life for the husband and wife is not possible.

**Result:** The lawgiver in expressing the rulings and the legislator in enacting the laws, especially the rulings and laws related to the family and marital relations, have the true intention, purpose, and goal, which is to observe expediency and justice. In other words, the same spirit of the law, which is the driving force of the legislator and the main guide, which is hidden behind the words and is known with the help of reason and experience.

Cite this article as:

Alaei Faradanbeh, R; Tabatabaei, M-S; Mahdavi, H. *Examining Divorce Instead of Relying on the Spirit of the Law*. Economic Jurisprudence Studies. 2025.



دوره هفتم، شماره ۵، سال ۱۴۰۴

### بررسی طلاق به عوض با تکیه بر روح قانون

رضوان علایی فرادنبه<sup>۱</sup>، سیدمحمد صادق طباطبایی<sup>۲\*</sup>، سیدهادی مهدوی<sup>۳</sup>

۱. گروه حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

۲. گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

۳. گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** در اسلام روح حاکم بر احکام خانواده همواره بر انسجام و تداوم این نهاد مقدس تأکید دارند و هنگامی که زوجین تصمیم به مفارقت از یکدیگر می‌گیرند، باز هم روح حاکم بر احکام طلاق به دنبال آن است تا از بروز آسیب بیشتر در ابعاد فردی و اجتماعی جلوگیری کند. برای پرداختن به بحث روح حاکم بر نظام خانواده، پژوهش حاضر به بررسی طلاق به عوض با تکیه بر روح قانون می‌پردازد.

**مواد و روش‌ها:** روش مقاله حاضر تحلیلی و توصیفی و ابزار انجام پژوهش نیز کتابخانه‌ای است.

**ملاحظات اخلاقی:** در نگارش مقاله حاضر، اصول اخلاقی نگارش مقاله و امانتداری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** طلاق به عوض یعنی در طی آن زوجین با وجود تفاهم اخلاقی تصمیم به طلاق می‌گیرند که به موجب آن، زوجه در برابر پرداخت عوض به زوج از او تقاضای انشاء طلاق و رهایی خود را می‌کند. عنوان این نوع طلاق «طلاق به عوض یا طلاق فدیة یا طلاق بذلی» است. در این نوع طلاق کراهتی بین زوجین وجود ندارد اما با بروز برخی شرایط جدید در زندگی مشترک، تداوم زندگی برای زن و شوهر مقدور نیست.

**نتیجه:** شارع در بیان احکام و مقنن در تقنین قوانین به ویژه احکام و قوانین مرتبط با خانواده و روابط زوجین، دارای نیت و قصد و هدف واقعی یعنی رعایت مصلحت و عدالت است. به عبارتی همان روح قانون که همان نیروی محرک قانون‌گذار و اصلی راهنما است که در پس پرده واژه‌ها پنهان بوده و به یاری خرد و تجربه شناخته می‌شود.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۵۱-۲۹۵

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۷

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۶/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۰۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۱۰/۰۲

#### واژگان کلیدی:

طلاق، فدیة، طلاق به عوض، روح قانون، مصالح خانواده.

#### نویسنده مسئول:

سیدمحمد صادق طباطبایی

آدرس پستی:

ایران، مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد مشهد، گروه حقوق.

تلفن:

09177184404

کد ارکید:

0000-0001-7724-2217

پست الکترونیک:

tabatabaei@ase.ui.ac.ir

## ۱. مقدمه

با توجه به مبانی فقهی و حقوقی شریعت اسلام پیرامون خانواده، شارع مقدس می‌کوشد این نهاد ارزشمند همواره مستحکم و پایدار بماند و در این راستا در آیات و روایات به ارائه راهکارهای متناسب پرداخته و آن هنگام که زوجین تصمیم به مفارقت از یکدیگر می‌گیرند، باز هم شرع مقدس اسلام ضمن رعایت مصلحت‌سنجی، احکام مربوط به انواع طلاق را تشریح نموده است تا زوجین ضمن رعایت احسان و نیکی در جدایی، حقوق و تکالیف متقابل خود را در این باره انجام داده و ضمن اجرای احکام الهی، با منطقی عقلایی و ادله‌ای قابل قبول، از یکدیگر جدا شده و از بسیاری از مفاسد و آسیب‌هایی که ممکن بود در حالت عدم رضایت از زندگی مشترک ایجاد شود، جلوگیری به عمل آید. از انواع طلاق‌های در برابر عوض، طلاق خلع و مبارات است. در آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره آمده است: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَ لَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا 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، (طلاق) که رجوع و بازگشت دارد) دو مرتبه است (و در هر مرتبه،) باید به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند (و آشتی نماید)، یا با نیکی او را رها سازد (و از او جدا شود). 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. با در نظر گرفتن این مسأله که قوانین و مقررات کشور ایران، مبنای قرآنی دارد، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز در تبیین احکام مربوط به طلاق به انواع طلاق معوض اشاره کرده است. از جمله ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی در تعریف طلاق خلع بیان می‌دارد: «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 و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد». همچنین ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی نیز در تعریف مبارات آورده: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد، ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد».

بعضی از فقها مانند شهیدثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ۳۷۵)، به غیر از طلاق خلع و مبارات، به صورت دیگری از طلاق معوض اشاره نموده‌اند که عنصر کراهت را ندارد و زوجین با وجود تفاهم و سازگاری اخلاقی، تصمیم به طلاق می‌گیرند، در این نوع طلاق زوجه در برابر پرداخت عوض به زوج، از زوج تقاضای انشاء طلاق و رهایی خود را می‌کند. عنوان این نوع طلاق «طلاق به عوض یا طلاق فدیة یا طلاق بذلی» است که پیرامون صحت یا عدم صحت آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. از طرفی دیگر شارع در تشریح احکام و مقنن در تقنین قوانین خصوصاً احکام مربوط به خانواده و روابط زوجین، دارای نیت و قصد و هدف حقیقی؛ یعنی رعایت مصلحت و عدالت است که با استنباط از قوانین می‌توان از این موارد تحت عنوان روح قانون یاد کرد که حامی اصل مقدسی نظیر خانواده است. با این اوصاف، با در نظر گرفتن این موضوع که اراده زوجین همان‌گونه که در انعقاد عقد نکاح لازم و شرط صحت آن است و در طلاق و مفارقت ایشان

فرهنگی و اجتماعی آن در حقوق ایران» چنین بیان کردند که تسهیل در جدایی زوجین با پذیرش برخی شروط دارای آثار و تبعات اجتماعی و فرهنگی است که باید بدانها پرداخته شود. مرتاضی و همکاران (۱۳۹۶) در مقاله «تحلیل نظریه دوگانگی طلاق به عوض و طلاق خلع و آثار مترتب بر آن» چنین بیان کردند که طلاق به عوض نوعی طلاق رجعی بوده و از نوع خلعی نیست.

هریک از تحقیقات فوق، جنبه‌ها و یا تبعات طلاق به عوض را مورد بحث قرار دادند که به بحث حاضر نیز مرتبط هستند، اما وجه تمایز پژوهش حاضر توجه به روح حاکم بر طلاق یا بررسی مصالح نظام خانواده در پرتو طلاق به عوض است.

## ۲. ملاحظات اخلاقی

در نگارش مقاله حاضر، اصول اخلاقی نگارش مقاله و امانتداری رعایت شده است.

## ۳. مواد و روش‌ها

روش مورد استفاده در پژوهش حاضر توصیفی-تحلیلی و ابزار انجام پژوهش کتابخانه‌ای است.

## ۴. یافته‌ها

با توجه به بررسی حاضر معلوم گردید که در صورت حکم کردن به عقد بودن طلاق به عوض باز هم نمی‌توان ایقاع بودن طلاق را نادیده گرفت و قواعد امور حقوق خانواده را در نظر نداشت. از طرف دیگر اگر طلاق را ایقاع صرف در نظر بگیریم، نقش اراده زن را نمی‌توان حذف کرد. نقطه حل مسئله، در این جاست که باید بررسی کرد که اراده زن در کجای مسیر طلاق اثرگذار است. یعنی آیا اراده زن داخل در مقدمات قبل از طلاق موثر است یا مستقیم بر انشاء صیغه طلاق تاثیرگذار خواهد بود. آنچه به نظر می‌رسد این است که طلاق به عوض می‌تواند ترکیبی از عقد و ایقاع باشد. به این صورت که در وهله اول به صورت مقدمه‌ای میان زن و

نیز مؤثر است و همچنین اینکه در موارد خاص به جز کراهت، زوجین با پرداخت عوضی از سوی زوجه به زوج، تصمیم به مفارقت از یکدیگر می‌گیرند، این پرسش مطرح است که طلاق به عوض از منظر روح قانون چگونه از کانون مقدس خانواده حمایت می‌کند و باعث تحقق عدالت و حفظ مصالح خانواده می‌شود؟

در هر صورت ضرورت پرداختن به بحث حاضر به دلیل توجه نشان دادن به جایگاه مقدس خانواده در اسلام است که حتی در صورت طلاق و جدایی زوجین به دنبال پیدا کردن سازوکارهایی است تا بتوانند زندگی را برای زوجین بیش از این سخت ننماید. یعنی اینکه در شرایط جدایی نیز حفظ مصالح خانواده مورد توجه است. در همین راستا نیز برخی پژوهش به این بحث پرداختند. از جمله در پژوهش: فرزائگان و همکاران (۱۴۰۰) با عنوان «شناسایی طلاق به عوض به عنوان یکی از اقسام طلاق در فقه امامیه و حقوق مدنی» چنین بیان کردند که شرط لازم برای انجام طلاق در برابر پرداخت عوض آن است که بیم نقض حدود الهی میان طرفین وجود داشته باشد که این مورد از کراهت به شمار می‌رود و بدون وجود کراهت نیز امکان نقض حدود خدا و پذیرش طلاق به عوض وجود نخواهد داشت. بنابراین با توجه به عدم منع در شرع، چنین طلاقی صحت دارد. در مقاله رضاپور و سعیدی (۱۴۰۰) با عنوان «طلاق توافقی از دیدگاه زنان: مطالعه‌ای پدیدار شناختی» نیز چنین آمده است که علل روانشناختی، اقتصادی و اجتماعی و دخالت اطرافیان و یا ناسازگاری هنجاری از سوی طرفین عوامل مهمی برای گرایش به سمت طلاق توافقی از سوی زوجین است. مقاله صادقی‌مقدم و امیرحسینی (۱۳۹۹) نیز با عنوان «ماهیت حقوقی طلاق معوض و تحلیل آثار

نسبت آنان با یکدیگر هستیم که محور بحث پیش-رو می‌باشد:

## ۱-۵. مفاهیم و مصطلحات

### ۱-۱-۵. طلاق

کلمه طلاق از ریشه «طلق» گرفته شده به معنای خالی و رها شدن آمده است (فراهیدی، ۱۴۱۰ هـ، ذیل ماده «طلق»). همچنین طلاق به معنای رهایی و خالی شدن از پیوند و عهد و پیمان است (راغب اصفهانی، ۱۳۷۵ ذیل ماده «طلق») و در اصطلاح متشرعه طلاق به معنای جدایی زن از شوهر در امر نکاح و زناشویی است در این باره برخی محققان می‌نویسند: طلاق زایل کردن عقد ازدواج با لفظ مخصوص است (نجفی، ۱۳۶۷، ۲ و اصفهانی، فاضل هندی، ۱۴۱۶ هـ. ق. ۱۱۳). همچنین طلاق در معنای باز کردن عقد نکاح از جانب زوج به علتی، نیز آمده است. (قرشی، ۱۳۷۱ ذیل ماده «طلق») برخی دیگر بیان داشته‌اند که؛ اصل در معنای طلاق، آزاد شدن از قید و بند است، ولی به عنوان استعاره در رها کردن زن از قید ازدواج استعمال شده است (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲، ۳۴۵). در اصطلاح حقوقی طلاق عبارت است از، انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده او (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ۲۵۱).

### ۲-۱-۵. فدیة

به مالی که زن، در مقابل طلاق، به شوهر، تسلیم می‌کند، فدیة یا فداء گویند. فدیة همانند مهر باید مالیت داشته باشد و چیزی می‌تواند به عنوان فدیة داده شود که بتوان آن را مهر قرار داد، البته لازم نیست که عین مهر و یا به مقدار مهر نکاح باشد بلکه ممکن است کمتر یا زیادتر از آن باشد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۴۲۵).

### ۳-۱-۵. طلاق به عوض

شوهر قراردادی منعقد می‌شود که در آن توافق می‌کنند تا زن مالی را به مرد بدهد که در مقابل نیز مرد زن را طلاق دهد. اما باید این موضوع را در نظر گرفت که این توافق برای جدایی کفایت نمی‌کند بلکه باید یک ایقاع دیگری که طلاق باشد در عقیب این توافق جاری شود که این ایقاع منحصر در اراده مرد است.

در نتیجه، اراده زن در مقدمات طلاق دخالت دارد و تأثیری بر انشاء آن ندارد. یعنی طلاق ایقاع است و وابسته به اراده مرد و قرارداد مربوط در تملیک عوض به مرد توسط زن منعقد می‌شود که تنها نقش محرک و داعی برای انشاء صیغه محسوب می‌شود. این نکته نیز حائز اهمیت است که اگر به هر دلیلی قرارداد اولیه باطل شود، خللی به طلاق انشاء شده وارد نمی‌کند، لذا طلاق جاری شده تمام شرایط قانونی را دارد و صحیح خواهد بود. از طرف دیگر اگر صیغه طلاق جاری نشود بنابر ماده ۳۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، توافق انجام شده نیز از درجه اعتبار ساقط خواهد شد. با توجه به تمام آنچه تا این جا ذکر نمودیم؛ طلاق به عوض اختلاطی از یک عقد میان زوجین و یک ایقاع از سمت زوج است و این ایقاع نیز یک داعی دارد که منشأ آن به تراضی میان زن و مرد باز می‌گردد. عرف نیز در تایید همین تقریر و بیان است. چرا که در عرف زن در برابر تملیک مال به دنبال فراق می‌باشد. در نتیجه بعد از انعقاد عقد و تراضی طرفین، ایشان می‌توانند به دادگاه مراجعه نمایند و بعد از گرفتن گواهی عدم سازش، مرد در دفتر ازدواج و طلاق، اقدام به جاری کردن صیغه طلاق می‌نماید.

## ۵. بحث

برای پرداختن به بحث طلاق به عوض و ارتباط آن با روح قانون نیازمند تعریف اصطلاحات و سپس

یا اینگونه نباشد. در واقع روح قانون، موتور پیشران قانون‌گذار و نقشه راهی که باید نسبت به کشف آن اقدام نمود، زیرا به مانند یک نیروی متصل کننده و زنجیروار عمل می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۶-۵۷؛ صادقی، ۱۳۹۴: ۵۷).

### ۱-۲-۵. اهمیت روح قانون در قوانین خانواده

روح قوانین موضوعه اصول و قواعد حقوقی و همچنین نظریه‌های علمی، می‌باشد که مبنای قوانین مذکور قرار گرفته است (امامی، ۱۳۷۸، ۲۳). هرچند که عدالت، مقصود مقنن و غایت نهایی و واقعی قوانین است (منتسکیو، ۱۳۷۰، ۱۱۱۸). اما این هدف والا، به عنوان یک اصل کلی بر همه جا سایه افکنده؛ راهنمای قانونگذار و مرجع حل دعوی شده و حتی نقش مهمی در تفسیر قانون دارد و روش تکمیل و تشریح قانون را در موارد مبهم و نامشخص نشان می‌دهد (صادقی، ۱۳۹۴، ۶۵). برخی دیگر از حقوقدانان بر این باور هستند روح قانون، آن چتر بزرگی است که قانون‌گذار بر سر قانون خاص یا قاعده خاصی از یک قانون افراشته است و «هدف اصلی» وی از وضع قانون خبر می‌دهد، بدون این‌که به هدف اصلی تصریح شده باشد؛ که اگر تصریح شده باشد دیگر روح قانون نام ندارد بلکه متن قانون یا جسم قانون خواهد بود (حبیب‌زاده، ۱۳۹۸: ۱). یا اینکه روح قانون، اصول یا نظریه‌های علمی که پایه یک یا چند ماده قانونی باشد مانند «قاعده لا ضرر» که روح مواد باب تقسیم اموال شرکت در قانون مدنی ما است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳، ۳۳۸). یا اینکه روح قانون اهدافی دانسته می‌شود که قانون‌گذار در وضع قانون در نظر گرفته است و فلسفه وضع آن قانون را شکل می‌دهد (علیشاهی، ۱۳۹۰، ۳۴۷). بدین ترتیب اگرچه منظور از روح قانون، قالب صوری و به تعبیری مدلول لفظی مواد قانونی

شهادتانی از فقهای است که ضمن پذیرش طلاق به عوض؛ آن را نوعی طلاق مستقل، از نوع بائن، غیر از خلع و صحیح می‌داند و در تبیین آن بیان می‌دارد: «در صورتی که زوجه از زوج درخواست طلاق کند و زوج صیغه طلاق را جاری کند و همراه با آن عوض را ذکر کند یعنی چنین بگوید: «انت طالق علی کذا» و زوجه قبول کند، چنین طلاقی طلاق در برابر عوض است». در ادامه شهید ثانی به تفاوت طلاق به عوض با سایر طلاق‌های معوض مانند خلع و مبارات اشاره می‌کند و بیان می‌دارد: «وجود انزجار و کراهت در این نوع طلاق شرط نیست، برخلاف طلاق خلع که در آن کراهت از سوی زوجه نسبت به زوج وجود دارد و مبارات که کراهت طرفینی در آن شرط است» (شهیدثانی، ۱۴۱۳ ق، ۳۷۵). در نزد حقوقدانان نیز درباره طلاق به عوض گفته شد: «طلاق به عوض یا طلاق فدیة شکل خاصی از اقسام طلاق است که زن در برابر پرداخت عوض از شوهر خود تقاضای انشای طلاق و رهایی خود را می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۴۴۶-۲۴۴۲).

### ۲-۵. روح قانون

با توجه به نظر یکی از نویسندگان فرانسوی در دنیای حقوق مفاهیمی با عنوان مفاهیم القاء شده «*induits concepts*» وجود دارد که به مجرد نام بردن از آنان، به شیوه کلی و یا خلاصه می‌توان مقصود گوینده را فهمید. زیرا معنای این اصطلاحات، هرچند به طور دوپهلوی و مبهم بر ذهن مخاطب جاری می‌شوند و کاشف از غرض گوینده است، لیکن نمی‌توان به صورت دقیق و روشن تعریفی از آنان ارائه نمود (صادقی، ۱۳۹۴، ۱۴). روح قانون «*spirit of laws*» در واقع می‌تواند به مثابه قانون‌گذار از وضع قانون در نظر گرفته شود؛ اعم از این‌که با ابتناء بر یک اصل حقوقی بیان شود

نیست، ولی هرگز بیگانه از آن‌ها هم نمی‌باشد، بلکه روح قانون مبنای اساسی اعتبار حقوقی و منطقی مواد قانونی است که مجموعه‌ای از فلسفه حقوق و اهداف و غایات و نیز جریان‌بخشی منطقی و عقلانی مفاد قوانین را در خود جمع کرده است (جمادی و عامری‌نیا، ۱۳۹۶، ۲۳۳). بنابراین نقش روح قانون در صحت و سقم مسائل و یا پاسخگویی به نیازهای جدید اجتناب‌ناپذیر و حتی در مواردی نیز مطلوب است.

## ۲-۲-۵. روح قانون در قوانین ایران

منظور از روح قانون که ماده سه آیین دادرسی مدنی به آن پرداخته است، نقشه راهنمای قانون‌گذار در وضع قانون می‌باشد، این مسیر تعیین شده، می‌تواند نشأت گرفته از احکام فرعی و پراکنده قانون استنباط شود یا دلیل مسلم بیرونی بر آن دلالت نماید. در این باره می‌توان مصادیقی نظیر: اصل آزادی عقد، حرمت مالکیت خصوصی، استلزام جبران خسارت، نسبی بودن اثر عقد، ممانعت از سوء استفاده از حق، حفظ حرمت خانواده، مشروع و حمایت از متصرف هستند که اصول مورد احترام در قانون مدنی به شمار می‌روند. این اصول تقریباً همه احکام مرتبط با خود را پوشش می‌دهند و موارد و فروع مختلفی از آن استخراج می‌شود و به مانند زنجیرهایی متصل به هم یک کلیت تجزیه‌ناپذیر را ایجاد می‌کنند که در اصطلاح روح قانون خوانده می‌شود. البته روح قانون همواره بدین کلیت تداوم ندارد و به دلیل اجرای آن، اصول سایه‌گستر آن، در موارد خاص خود باعث ایجاد قواعد جزئی‌تری می‌شود که به فعالیت‌ها و رفتار اشخاص مرتبط است؛ نظیر: قاعده مالکیت تبعی بر فضا و قرار ملک و احکام استیفا از مال و شغل دیگری که از مصادیق اصل احترام به مالکیت می‌باشد. همچنین حرمت زنا و قواعد نسب و اماره

فراش که در زمره حمایت از خانواده مشروع قرار می‌گیرند. روح قانون در معنای دیگری نیز به کار رفته است که در تلفیق اهداف قانون‌گذار قابل بیان است. به عنوان نمونه از مفاد کلیات اصول اساسی نظام جمهوری اسلامی ایران این برداشت می‌شود که هدف قانون‌گذار، سازش میان نظم حقوقی و احکام شریعت است. این هدف والا به مثابه رنگین‌کمانی بزرگ، هرچه را در درون دارد، نمایش می‌دهد و گستره خود را بر سر تمام قواعدی که شامل آنان است، حفظ می‌نماید. ضمن اینکه راهنمای تفسیر کنندگان و دادرس در تعیین مفاد و قلمرو قوانین و شیوه تکمیل آن می‌باشد. در نهایت اینکه روح قانون بدین معناست؛ مفصل‌بندی نظم حقوقی و نیروی پیشیران، مولد و زمینه حرکت آن. نقشه راهنما که در پشت واژگان نهان است و به مدد خرد و تجربه باید نسبت به شناخت آن اقدام نمود (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۳۹۹ و ۴۰۰). ماده سه قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ دادگاه‌های دادگستری را مکلف کرده بود که به دعاوی، برحسب قوانین رسیدگی کرده، احکام مربوطه را صادر و دعاوی را حل نماید و یا در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشند یا اصلاً اصل قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، لازم بود موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع یا فصل نمایند؛ اما در قانون آیین دادرسی مدنی جدید ماده سه قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ واژه «روح قانون» حذف گردیده و ظاهراً به جای آن کلمه «اصول حقوقی» آمده است. متن ماده سه: «قضات دادگاه‌ها موظفاند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین

وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخش‌نامه را دارد، ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد. بنابراین ضرورت تبیین منظور قانون‌گذار از این واژه به قوت خود باقی است و این بحث همچنان از جایگاه قانونی و حقوقی برخوردار است (عامری‌نیا و جمادی، ۱۳۹۶، ۲۲۹ و ۲۳۰ و میری رستمی، ۱۳۹۷، ۴۳۵ و ۴۳۶).

## ۲-۲-۵. طلاق به عوض با تکیه بر روح قانون

تشکیل نهاد خانواده از مقاصد ضروری شریعت شمرده می‌شود، مقاصد شریعت بر مبنای «جلب المصلحه و دفع المفسده» استوار است، ازدواج نیز که خداوند آن را تشریح و تشویق فرموده است، مصلحت انسان بوده و هست.

در متون و گذاره‌های دینی به انجام ازدواج فرمان داده شده است به عنوان مثال؛ آیه ۳۲ سوره نور بیان می‌کند: «وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ».

هم‌چنین مهم‌ترین اهدافی که شارع برای ازدواج اشاره کرده است عبارتند از:

حفظ نسل و بقای نوع بشر، حفظ نسب، پیشگیری از فساد و استمرار و دوام ازدواج همراه با محبت و مهربانی. با این اهداف و مقاصد و مصالح مهم و اساسی که برای ازدواج با عنوان عامل تأثیرگذار در تحقق برنامه‌های کارگردان هستی ذکر شده است، طبیعی است که گسستن پیوند ازدواج چندان خوش‌آیند شارع نباشد، آن‌چنان که امام صادق علیه‌السلام می‌فرمایند: «مَا مِنْ شَيْءٍ مِمَّا أَحَلَّهُ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ، وَ إِنْ اللَّهُ يَبْغِضُ الْمِطْلَاقَ الدَّوَّاقَ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، جلد ۱۶، ص ۲۶۷). اما این ناخوش‌آیندی در صورتی است که به رغم تحقق اهداف مذکور زن و مرد بدون دلیل

موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند و یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه موجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد».

استنکاف از رسیدگی و امتناع از انجام وظایف قانونی توسط قضات با توجه به اهمیت و شرایط ارتکاب مستوجب یکی از مجازات‌های انتظامی درجه ۶ تا ۱۰ می‌باشد (بند ۵ ماده ۱۶ قانون نظارت بر رفتار قضات). و در ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب که تصریح دارد قضات دادگاه‌های عمومی و انقلاب مکلف‌اند به دعاوی و شکایات و اعلامات موافق قوانین موضوعه و اصل یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و تصمیم قضایی را اتخاذ نمایند؛ نیز ملاحظه می‌شود که عنوان روح قانون وجود ندارد و تنها به لزوم رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر مورد اشاره در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز عرف و عادت اکتفا شده است اما همچنان این اصطلاح در نظام قانونی ایران وجود دارد چرا که اصل ۱۳۸ قانون اساسی که اهمیتمش از دو قانون یاد شده در فوق به مراتب بیشتر است ضرورت توجه به روح قوانین را گوشزد نموده است. این اصل مقرر می‌دارد: علاوه بر مواردی که هیأت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه پردازد. هریک از

می‌توان گفت که علت ذکر نشدن طلاق به عوض در زمره اقسام طلاق این است که قانون مدنی این نوع طلاق را از اساس شناسایی نکرده است. ادله آن به شرح ذیل است:

الف- قانون مدنی طلاق را به دو قسم بائن و رجعی تقسیم کرده است و در ماده ۱۱۴۵ انواع طلاق بائن را به صورت حصری ذکر نموده که با توجه به همین نکته می‌توان اظهار داشت که طلاق به عوض از جمله اقسام طلاق‌های قانونی شمرده نشده است. همچنین لازم به ذکر است که قائلین به صحت طلاق به عوض آن را از اقسام طلاق بائن دانسته‌اند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ۳۰۴).

ب- قانون در مورد طلاق‌هایی که در برابر عوض انجام می‌گیرد فقط به طلاق خلع و مبارات اشاره کرده است. البته برخی از فقهاء طلاق‌های در برابر عوض را به سه دسته خلع، مبارات و طلاق به عوض تقسیم کرده‌اند (قمی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ۴۸۷)، و عدم ذکر مورد سوم در قانون به معنای عدم پذیرش قسم سوم در قانون است (محقق داماد، ۱۳۸۷ش، ۴۲۳).

ج- برخی نیز این‌طور بیان کرده‌اند، از آن جهت که قانون مدنی را بر نظر مشهور فقهاء حمل می‌کنیم؛ طلاق به عوض را نمی‌شود در دسته طلاق‌های بائن گنجانند چرا که بنابر رأی مشهور، طلاق به عوض مشروعیت ندارد (همان).

هر سه این ادله را می‌توان پاسخ گفت:

الف- عدم ذکر طلاق به عوض در قانون را نمی‌شود حمل بر عدم پذیرش آن کرد. زیرا موارد بسیاری را می‌توان یافت که قانون نسبت به آن ساکت است، در حالی که حقوقدان‌ها آن را در زمره قانون محسوب نموده‌اند. مثلاً قانون در بحث موانع ارث، نسبت به مانع بودن کفر ساکت می‌باشد و این در حالی است که حقوقی‌ها یکی از موانع ارث را همین

موجه و سنجیده، از روی تنوع طلبی در پی فروپاشی نهاد خانواده باشند، ولی در صورت معطل ماندن اهداف ازدواج و بلکه نقص آن‌ها در صورت ادامه آن دلیلی ندارد که برای استمرار آن که منفعت و مصلحتی برای زن و مرد در بر ندارد و لحظه لحظه آن مفسده‌انگیز شده و قاعده کرامت شکسته شده، اصرار شود. در این صورت و در جهت وفاداری به قاعده «کرامت» که از مقاصد ضروری شریعت است و نیز قاعده «وضع الشرایع إنما هو لحفظ المصالح العباد فی عاجل و الآجل معا»، شارع حکیم سه راه برای گسستن عقد ازدواج که از عقود لازم است، فراروی زن و مرد گذاشته است شامل: طلاق، خلع، مبارات (اسعدی، ۱۳۹۹، ۱۷۰ و ۱۷۱). به نظر ابن‌عاشور آیه ۲۲۹ سوره بقره؛ «إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ»، (مگر آن که طرفین در به پا داشتن حدود خدا بیمناک باشند). اشاره دارد که قصد شارع از طلاق ارتکاب کم‌ترین زیان است هنگامی که زندگی سالم میسر نشود و بیم پریشانی زندگی زناشویی برود و این پریشانی به فامیل و خانواده سرایت کند (ابن‌عاشور ۱۴۲۵ق؛ قاسمی و خوانساری، ۱۳۹۵، ۳۲۵).

#### ۴-۲-۵. تحلیل حقوقی طلاق به عوض

حقوقدانان توجه چندانی به بحث از طلاق به عوض نکرده‌اند و با توجه به نظر مشهور فقهاء بر عدم مشروعیت آن، از کنار این بحث عبور کرده‌اند. فلذا عمده حقوقدانان نیز با تکیه بر آراء مشهور در فقه، این طلاق را نیز در نظام حقوقی موجود صحیح ندانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۷ش، ص ۴۲۳). علاوه بر این، زمانی که به متن قانون مدنی مراجعه می‌کنیم، در مبحث دوم از فصل مربوط به طلاق، به اقسام آن پرداخته شده است (از ماده ۱۱۴۳ الی ۱۱۴۹ قانون مدنی)، اما در میان آن‌ها از طلاق به عوض اسمی برده نشده است. بنابر برخی ادله

خواهید پرداخت؛ می‌گوییم باتوجه به شباهت‌ها و ویژگی‌های ابتدایی میان طلاق به عوض و طلاق خلع، می‌توان ماهیت آن را از حیث حقوقی بررسی کرد.

#### ۱-۵-۲-۵. ایقاع بودن طلاق به عوض

اراده زوج بر این ایقاع حاکم است و طلاق یک ایقاعی است تشریفاتی که به اراده مرد واقع می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴ش، ص ۱۳۴). در ما نحن فیه قضیه کمی متفاوت خواهد بود، چرا که زن مالی را به مرد برای کسب رضایت او برای طلاق بذل می‌کند. با توجه به این نکته، ظاهراً باید از ایقاع فاصله گرفت و قائل به یک قرارداد و توافق اراده‌ها شد. عالمان حقوق، این مقدار از نقش اراده زن را موثر در خروج طلاق از دسته ایقاعات نمی‌دانند. برخی از نگاه‌ها به نحوی است که هیچ‌گونه توجهی به اراده زن در طلاق ندارند. دلیل ایشان این است که در قانون مدنی طلاق با توافق و تراضی طرفینی پیش‌بینی نشده است و آن را از موجبات طلاق حساب نکرده، چراکه منشأ طلاق اراده مرد و حق و اختیار اوست و عدم رضایت زوجه تاثیری در موضوع نخواهد داشت (صفایی و امامی، ۱۳۸۷ش، ج ۱، ۲۵۱). ایراد سخن فوق این‌جاست که اگر اراده زن تاثیری ندارد چگونه مرد می‌تواند مال را به عنوان عوض به تملیک خود درآورد. پس بهتر است این‌گونه پاسخ دهیم که، تاثیر و اراده زن در وقوع طلاق را نمی‌شود نادیده انگاشت زیرا یک رضای دوجانبه و طرفینی مطرح است؛ که بنابراین زوجه راضی به پرداخت مالی به عنوان عوض است که موجب و داعی رضای مرد به فک نکاح است و مرد در مقام عملی یک‌جانبه و حقوقی دست به اجرای صیغه طلاق می‌زند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶ش، ج ۲، ۳۲۱).

#### ۲-۵-۲-۵. قراردادی بودن طلاق به عوض

کفر دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۲۴۹؛ امامی، ۱۳۶۴، ج ۳، ۲۰۸).

ب- این‌که ما طلاق به عوض را در زمره همان خلع و مبارات بدانیم، اشتباه است. زیرا میان خلع و مبارات و طلاق به عوض تفاوت اساسی وجود دارد. عوض، در خلع و مبارات جزئی ضروری و غیرقابل انفکاک است یعنی اگر عوضی نباشد، خلع و مباراتی وجود نخواهد داشت و این در حالی است که طلاق به عوض فی نفسه ایقاع است و مستقل از عوض می‌باشد و عدم وجود عوض خللی به این طلاق وارد نمی‌کند.

ج- با توجه به برخی از موارد، این‌که به نظر می‌رسد طلاق به عوض از جمله موارد طلاق بائن است و اقسام طلاق بائن نیز به صورت حصری ذکر شده‌اند سخن درستی نیست؛ زیرا همان‌طور که در ادامه ذکر خواهیم کرد به نظر می‌آید این نوع طلاق از انواع طلاق رجعی است نه بائن، به علاوه که برخی از موارد طلاق بائن نظیر طلاق زوجه صغیر نیز در قانون مدنی ذکر نشده است و حال آن‌که حقوقدانان آن را در اقسام طلاق بائن می‌دانند.

حال که برای پذیرش این طلاق در قانون، مانعی وجود ندارد و این‌که برخی از فقهاء نیز آن را پذیرفته‌اند، به نظر می‌رسد طلاق به عوض قانونی و صحیح خواهند بود. همچنین به شهادت عینی برخی از وکلای دادگستری، در رویه قضایی نیز مشاهده شده که تردیدی در پذیرش این نوع طلاق صورت نگرفته است (مافی و همکاران، ۱۳۹۷ش، ۱۰)، هر چند که یا از باب تسامح و یا از روی اشتباه آن را طلاق خلع در نظر می‌گیرند.

#### ۵-۲-۵. ماهیت طلاق به عوض از منظر

##### علم حقوق

اگر پرسش شود چگونه در عین مسکوت بودن قانون در مورد طلاق به عوض به بررسی ماهوی آن

با دقت در آنچه تا الان از طلاق به عوض بیان کردیم؛ مشخص می‌شود که برای فک نکاح فقط شوهر نیست که تصمیم‌گیری می‌کند، بلکه اراده زن نیز همانند یک رکن و اساس در طرف دیگر تصمیم موثر است. اساسا ابتکار اولیه و پیشنهاد طلاق از طرف زن می‌باشد و اوست که مالی را به شوهر می‌دهد تا در برابر آن مال، زن را طلاق دهد. در نتیجه این انفکاک و جدایی صورت گرفته یک عملی است از دو جهت که اراده طرفین در آن موثر است و ایجاب و قبول را در خود لازم می‌دارد. بنابراین نمی‌توان همیشه طلاق را یک ایقاع فرض نمود و ممکن است گاهی به صورت قرارداد باشد. یک طرف، تعهد اسقاط زوجیت و طرف دیگر تعهد ایجاد مالکیت است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ش، ۱۹۵). این نوع نگاه خاص آن قدر موثر بوده است که برخی از فقهاء، طلاقی را که در آن عوض تصور می‌شود از سایر اقسام طلاق جدا کرده‌اند و ایجاب و قبول را در آن ضروری دانسته و آن را دارای ماهیتی قراردادی تصور کرده‌اند و سخن از توالی عرفی ایجاب و قبول و تطابق مالیت داشتن عوض نیز سخن رانده شده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ۳۴۲). حتی تعدادی از حقوق‌دانان نیز همین دیدگاه را اخذ نموده‌اند و طلاق خلع را که از اقسام طلاق در برابر عوض است را در ذیل معاوضات آورده‌اند و این چنین ذکر دلیل نموده‌اند: «آنچه به نظر می‌رسد در طلاق خلع شوهر به قصده 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، وابستگی 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 آن که طلاق ایقاع مستقلى است، ولی در مورد خلع و مبارات یکی از دو عوض قرار گرفته است و ناچار باید حکم عقد معاوضی را بر آن جاری ساخت» (امامی، ۱۳۶۴، ج ۵، ۵۳-۵۴). این نوع نگاه و اخذ ماهیت قراردادی منجر به این خواهد شد که ما احکام عقود حقیقی را در آن جاری کنیم و این طلاق را یک معاوضه حقیقی بدانیم (همان). ولی این نوع نگاه و نتیجه حاصل از نگاه قراردادی به طلاق، با نهاد خانواده و مبانی و مصالح اجتماعی آن سازگاری ندارد و می‌توان ادعا کرد که در تعارض است، زیرا نکاح اهم مصالح اجتماع به حساب می‌آید و از بین رفتن این ازدواج اتصال و وابستگی به نظم عمومی دارد.

نتیجه اینکه ذات و طبیعت معاوضه که گنه آن مسائل مالی و مادی است با نهاد خانواده که گنه آن اجتماعی-عاطفی-حقوقی است هیچ‌گونه هماهنگی و سازگاری نخواهد داشت. این در حالی است که بعضی از فقهاء اساسا نکاح را از زمره احکام عبادی می‌دانند نه از جمله معاملات (شهیدثانی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ۴۵۹). به علاوه اعتقاد دارند که نهاد خانواده که رکن و بنیان نظام اجتماعی است را نمی‌شود با احکام معاوضات که از انعطاف و روح بی‌بهره‌اند اداره کرد. همین اشکالات باعث شده است که نویسندگان حقوقی، از بار کردن لفظ معاوضه پرهیز کنند و کلماتی مثل، شبه معاوضه را جایگزین کنند و حتی از جاری کردن احکام معاوضه بر طلاق معوض نیز عدول کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ش، ۲۵۵).

۳-۵-۲-۵. اختلاطی بود طلاق به عوض

راه سومی نیز برای حل مشکلات این دو نظریه ارائه شده است که مرکب از ایقاع و قرارداد خواهد بود. در بحث از تحلیل ماهیت خلع و مبارات که طلاق به عوض شبیه آن‌ها هستند، این راه سوم ارائه شده و استدلال کرده‌اند که در خلع و مبارات، قراردادی میان زن و شوهر منعقد شده است اما این عقد شرط اجرای طلاق است نه مبنای آن‌ها. این عقد یک موضوع واقعی دارد که به تملیک درآوردن مال به شوهر است که تحت شرایط خاصی قرار می‌گیرد و این شرایط نیز تابع اراده مشترک طرفین است. در واقع زن می‌خواهد با دادن فدیة شوهر دیگر حق رجوع نداشته باشد. زوج هم فدیة را به شرط مذکور پذیرفته است. با این تقریر، طلاق ایقاعی خواهد بود که به اراده شوهر وابسته است و این توافق در خصوص فدیة نیز انگیزه و داعی شوهر محسوب می‌شود و در دایره نظام حقوقی طلاق قرار نمی‌گیرد. همچنین نمی‌توان فدیة و طلاق را دو رکن یک توافق واحد به حساب آورد و در نتیجه آثار متقابل بر آن دو بار نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲۷۶). این نظر نیز خالی از اشکال نیست، زیرا در این نظریه مال یا فدیة، عوض در برابر سقوط حق رجوع مرد قرار گرفته است و این در حالی است که حق رجوع بنابر نظر مشهور فقهاء حکم است که با تراضی و توافق طرفین قابل اسقاط نمی‌باشد (منتظری، بی‌تا، ج ۳: ۳۹۳) به علاوه که در برخی از موارد مانند طلاق غیر مدخوله، که فی نفسه بائن است، اساساً هیچ‌گونه حق رجوع برای مرد وجود ندارد که در برابر فدیة بخواند ساقط شود. و همچنین بیان نمودیم که با توجه به قصد طرفین، آن چه در برابر فدیة قرار گرفته، انشاء طلاق است نه اسقاط حق رجوع.

راه سومی نیز برای حل مشکلات این دو نظریه ارائه شده است که مرکب از ایقاع و قرارداد خواهد بود. در بحث از تحلیل ماهیت خلع و مبارات که طلاق به عوض شبیه آن‌ها هستند، این راه سوم ارائه شده و استدلال کرده‌اند که در خلع و مبارات، قراردادی میان زن و شوهر منعقد شده است اما این عقد شرط اجرای طلاق است نه مبنای آن‌ها. این عقد یک موضوع واقعی دارد که به تملیک درآوردن مال به شوهر است که تحت شرایط خاصی قرار می‌گیرد و این شرایط نیز تابع اراده مشترک طرفین است. در واقع زن می‌خواهد با دادن فدیة شوهر دیگر حق رجوع نداشته باشد. زوج هم فدیة را به شرط مذکور پذیرفته است. با این تقریر، طلاق ایقاعی خواهد بود که به اراده شوهر وابسته است و این توافق در خصوص فدیة نیز انگیزه و داعی شوهر محسوب می‌شود و در دایره نظام حقوقی طلاق قرار نمی‌گیرد. همچنین نمی‌توان فدیة و طلاق را دو رکن یک توافق واحد به حساب آورد و در نتیجه آثار متقابل بر آن دو بار نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۲۷۶). این نظر نیز خالی از اشکال نیست، زیرا در این نظریه مال یا فدیة، عوض در برابر سقوط حق رجوع مرد قرار گرفته است و این در حالی است که حق رجوع بنابر نظر مشهور فقهاء حکم است که با تراضی و توافق طرفین قابل اسقاط نمی‌باشد (منتظری، بی‌تا، ج ۳: ۳۹۳) به علاوه که در برخی از موارد مانند طلاق غیر مدخوله، که فی نفسه بائن است، اساساً هیچ‌گونه حق رجوع برای مرد وجود ندارد که در برابر فدیة بخواند ساقط شود. و همچنین بیان نمودیم که با توجه به قصد طرفین، آن چه در برابر فدیة قرار گرفته، انشاء طلاق است نه اسقاط حق رجوع.

با در نظر داشتن موارد یاد شده و بررسی نقاط ضعف آنان باید گفت که در نظام حقوقی فعلی؛

#### ۶. نتیجه

در صورتی که طلاق به عوض را به عنوان یک نوع طلاق صحیح و معتبر بدانیم می‌توان چنین تحلیل کرد که همان‌گونه که شریعت اسلام با وضع احکام مختلف همانند وضع احکام نکاح، به وضع احکام مرتبط با طلاق پرداخته است، همان‌گونه که در

در نظر می‌گیرد. می‌توان گفت همان‌گونه که روح حاکم بر قوانین نکاح، حفظ نسل، و ایجاد محبت و مودت بین زوجین و... است، روح حاکم بر قوانین طلاق هم مبتنی بر جلوگیری از فساد، و در برخی موارد جلوگیری از وقوع برخی آسیب‌های فردی و اجتماعی است که هر دو دسته از این قوانین مرتبط با خانواده و تبیین و تشریح استدلالی و تحلیلی موضوع روابط زوجین برای تداوم حیات سالم جامعه بشری لازم است. در نتیجه طلاق به عوض بنابر روح حاکم بر قانون یک راهکار مناسب برای طلاق مشروع و صحیح است.

#### ۷. سهم نویسندگان

نویسندگان مقاله به صورت برابر و مشترک مقاله را به رشته تحریر درآورده‌اند.

#### ۸. تضاد منافع

در این مقاله تضاد منافی وجود ندارد.

تشریح مجموعه‌ای از احکام اهداف کلی و روح حاکم که همان حفظ و تحکیم نهاد خانواده و تداوم روابط زوجین را در نظر گرفته است با تشریح احکام خاص‌تر که ابعاد مختلف زندگی زناشویی و همچنین مفارقت و طلاق را دربر می‌گیرد و برای وضع این چنین احکامی هم اهداف خاص و متناسب با شرایط ایجاد شده را در نظر دارد، در صورتی‌که زن و مرد با قصد و رضا به انعقاد عقد نکاح پرداخته‌اند اسلام به تصمیم ایشان احترام می‌گذارد و ضمن گرامی داشتن این تصمیم مقدس، حقوق و تکالیف مرتبط با این تصمیم را بر عهده ایشان قرار می‌دهد و هنگامی‌که زوجین به نقطه‌ای از مسیر زندگی رسیدند که قادر به تداوم آن نبودند و تصمیم به مفارقت از یکدیگر می‌گیرند باز هم شرع مقدس و حکیمانه راهکار طلاق را در مقابل ایشان قرار داده است چرا که همان‌گونه که عقدی گاهی منجر به فسخ می‌شود ازدواج هم ممکن است منجر به طلاق گردد و شارع حکیم با وضع احکام مرتبط با طلاق از بروز بسیاری از مشکلات و آسیب‌های فردی و اجتماعی خانواده‌ای که دیگر تصمیم به ادامه مسیر زندگی ندارند، جلوگیری می‌کند. روح قوانین مرتبط با طلاق و در این نوشتار بحث طلاق به عوض، می‌تواند ارائه یک راهکار مناسب و خاص برای زن و شوهری باشد که بدون این که از یکدیگر کراهت یا انزجاری داشته باشند و تنها در شرایط خاص جدیدی قرار گرفته‌اند که ادامه دادن راه زندگی مشترک برای ایشان غیر ممکن می‌نماید، به کار می‌رود.

روح قوانین مرتبط با طلاق علاوه بر این که با روح حاکم بر قواعد و قوانین نکاح تعارض و تنافی ندارند، بلکه چون هر دو از سوی یک شارع حکیم و قانون‌گذار عادل وضع شده‌اند، مصلحت لازم را در تشریح احکام متناسب با مقتضیات زمان و مکان،

## منابع

## قرآن کریم

- ابن عاشور، مقاصد الشریعة الإسلامیة، تحقیق: ابن الخوجة، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامیة. ۱۴۲۵ق.
- اسعدی، محمد، فقه مقاصدی و حقوق زنان پاسخ به چالش‌های حقوق بشری معاصر، قم، حکمت گستر. ۱۳۹۹.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه. ۱۳۷۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائرةالمعارف عمومی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش. ۱۳۸۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش. ۱۳۸۱.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران، کتابخانه گنج دانش. ۱۳۷۶ش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، رهن و صلح، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- جمادی؛ علی، عامری‌نیا، محمدباقر، استناد به روح قانون در دادرسی، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره نهم شماره اول بهار. ۱۳۹۶.
- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ق،
- خویی، سیدابوالقاسم، منهج الصالحین، قم، نشر مدینه العلم. ۱۴۱۰ق،
- راغب اصفهانی، مفردات الفاظ قرآن، تهران، انتشارات مرتضوی. ۱۳۷۵ش،
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، قم مؤسسه انتشارات دار العلم. ۱۴۳۰ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه. ۱۴۱۳ق.
- صادقی، محسن، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ دوم، تهران، نشر میزان. ۱۳۹۴.
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله، حقوق خانواده، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. ۱۳۸۵.
- صفایی، سیدحسین، حقوق خانواده، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. ۱۳۸۷.
- طباطبایی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ۱۳۷۴.
- طوسی، محمدبن حسن، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، ایران. بی تا.
- علیشاهی، ابوالفضل، مفهوم و حجیت مذاق شریعت در فرآیند استنباط احکام فقهی، قم، مؤسسه بوستان کتاب مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم. ۱۳۹۰.
- فاضل هندی، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی

- وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. منتسکیو، شارل لویی، روح القوانین ترجمه  
۱۴۱۶.
- فراهیدی، بن احمد العین، تهران: نشر  
هجرت. ۱۴۱۸ق.
- قاسمی؛ خوانساری، محمدعلی؛ احمد، نقد و  
بررسی فقه مقاصدی از نظرگاه اهل سنت،  
قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیه السلام.  
۱۳۹۵.
- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، تهران،  
دار الکتب الاسلامیه. ۱۳۷۱.
- قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، رسائل  
المیرزای قمی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی -  
شعبه خراسان. ۱۴۲۷ق.
- کاتوزیان، ناصر، ایقاع، تهران، نشر میزان.  
۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، جایگاه حقوق اسلامی در  
نظم حقوقی، مجله دانشکده حقوق و علوم  
سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار  
۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، نشر  
میزان. ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق منابع حقوق،  
چاپ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.  
۱۳۸۰.
- محقق داماد، سید مصطفی، شرح جامع  
قانون اساسی، تحلیل فقهی حقوق خانواده  
- نکاح و انحلال آن، تهران، مرکز نشر علوم  
اسلامی. ۱۳۸۶.
- منتسکیو، شارل لویی، روح القوانین ترجمه  
علی اکبر مهتدی، چاپ نهم، تهران، نشر  
امیرکبیر. ۱۳۷۰.
- منتظری، حسینعلی، رساله استفتائات، قم:  
دفتر مرجع. بی تا.
- میری رستمی، سید جواد، شرح جامع قانون  
اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران،  
مجد. ۱۳۹۷.
- سایت  
- حبیبزاده، طاهر. (۹۸/۸/۵)، مروری بر  
روح قانون و جسم قانون.  
<http://drhabibzadeh.com> تاریخ  
بازیابی شده در ۹۹/۸/۲۷.

