

## ماهیت حقوقی طلاق معوض و تحلیل آثار فرهنگی و اجتماعی آن در حقوق ایران

محمدحسن صادقی مقدم<sup>۱\*</sup>، امین امیرحسینی<sup>۲</sup>

### چکیده

اهمیت تشکیل خانواده و بقای آن در دین اسلام به حدی است که گسستن این پیمان، حتی در شرایطی که با درخواست طرفین هم باشد، نزد پیامبر اسلام (ص) مغبوض‌ترین اعمال است. درعین‌حال، از آنجا که اصل در اسلام دوام و بقای نکاح است؛ فرصتی برای بازگشت به خانواده با سازوکاری آسان با عنوان عده طلاق رجعی بنا نهاده که طرفین به راحتی این نهاد مقدس را از نو به پا دارند. با وجود این، انواعی از طلاق وجود دارد که با عنوان طلاق بائن پیمان زناشویی پایان می‌یابد و فقط با عقد جدید ازدواج ممکن می‌شود. در طلاق خلع با کراهت زن و طلاق مبارات با کراهت از طرفین و در هر دو صورت با پرداخت مالی از طرف زن به شوهر، طلاق بائن، یعنی غیرقابل رجوع واقع می‌شود. طلاق به عوض نیز حتی در صورت عدم کراهت از طرف زوجه یا زوجین و با پرداخت مالی از طرف زن به شوهر یا ابراء ذمه شوهر به نفقه گذشته یا مهریه یا سایر دین‌های احتمالی منظور است. بررسی و تحلیل ماهیت حقوقی و آثار اجتماعی و فرهنگی این نوع طلاق سؤال این تحقیق است. درحقیقت، تسهیل در جدایی زوجین با پرداخت عوض و درعین‌حال تراضی طرفین به گسستن پیمان زناشویی، بدون وجود کراهتی از سوی طرفین، تأثیراتی در حوزه ازدیاد طلاق ایجاد می‌کند و به همین دلیل ضرورت توجه به آثار فرهنگی و اجتماعی آن را اجتناب‌ناپذیر می‌کند.

### کلیدواژگان

آثار فرهنگی طلاق معوض، طلاق خلع، طلاق معوض، طلاق مبارات.

mhsadeghy@ut.ac  
amin181170@chmail.ir

۱. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران  
۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی  
تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۳۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۴/۱۴

## مقدمه

با توجه به اهمیت خانواده و نقش آن در تشکیل و تداوم جوامع بشری، اسلام توصیه زیادی به ازدواج و قوام آن دارد. از این رو، تساهل و کوتاهی در برابر موضوعات جدیدی که در این حوزه بروز می‌کند موجه نیست [۲۰، ص ۶۶؛ ۲۱، ص ۴۰۶؛ ۲۴، ص ۱۶]. احکام نورانی اسلام، با توجهی ویژه به حقوق زن، به عنوان رکن اساسی خانواده [۲۳، ص ۵۵] در عین تأکید بر بقا و دوام ازدواج، امکان گسستن پیمان زناشویی را با عنوان طلاق فراهم کرده است.

لذا با پیمان ازدواج و با هدف تشکیل خانواده و بقای نسل و رسیدن به آرامش و آسایش، در عین رعایت حقوق طرفین، تکالیفی نیز بر عهده زن و شوهر است [۲، ص ۱]. نهاد خانواده در اسلام تنظیم‌کننده روابط زوجین و آثار آن است [۲۶، ص ۱۳۸۴].

یکی از موضوعات مهم در این حوزه، نحوه جدایی و انواع آن و حقوق زن و شوهر و فرزندان و امکان بازگشت به خانواده است. اگرچه نکاح از اعمال حقوقی دوطرفه است، برابر قانون مدنی ایران، طلاق از اعمال حقوقی یک‌طرفه و از نوع ایقاع است و تابع اصل آزادی ایقاعات است [۲۴، ص ۴۹؛ ۲۸، ص ۳]. طلاق براساس تقسیم‌بندی دیگر به معوض و غیرمعوض تقسیم می‌شود. با این فرض، برخی از فقها طلاق معوض را صرفاً مشمول عناوین خلع و مبارات می‌دانند [۴۱، ص ۵۳] و در مقابل، برخی دیگر از فقها با ابراز مخالفت با نظر مشهور، حوزه آن را گسترده‌تر می‌دانند [۵، ص ۱۴۶].

سؤالات فرعی مطرح در این زمینه عبارت است از: آیا قلمرو طلاق معوض به طلاق خلع (که با کراهت از طرف زن و پرداخت مالی از طرف وی به شوهر، او را به طلاق راضی می‌کند) و یامبارات (که با وجود کراهت از دو طرف، زن با پرداخت مالی شوهر را به طلاق راضی می‌کند) محدود است یا می‌توان با گسترش دایره شمول آن را به مواردی که هیچ کراهتی از طرف زن و یا هر دو وجود ندارد و زن حاضر است با پرداخت مالی از شوهر طلاق بگیرد نیز سرایت دارد؟! مثلاً اگر شوهر به زن خود اجازه اشتغال به شغل مورد علاقه وی را ندهد یا اجازه خروج از کشور را برای تحصیل یا هر مقصود دیگری ندهد یا به دلیل ناباروری از طرف شوهر، زن حاضر باشد با پرداخت مبلغی شوهر را در عین علاقه دوطرفه حاضر به طلاق کند، این طلاق چه ماهیتی دارد؟! آیا این طلاق رجعی و قابل رجوع است یا بائن و رجوع‌ناپذیر؟ سؤال دیگر این است که آیا گسترش این مجوز به سایر موارد موجب ازدیاد طلاق و در نتیجه سست شدن بنیان خانواده در جامعه می‌شود یا خیر؟!

در پاسخ به سؤالات یادشده، ناگزیر و در حد اختصار به تبیین مفاهیم کلی در حوزه طلاق و انواع آن پرداخته و در ادامه با بررسی قلمرو طلاق معوض در امکان گسترش دایره شمول آن بحث می‌شود و ضمن پرداختن به ماهیت، تبعات فرهنگی و آسیب‌های احتمالی آن نیز مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

## مبانی نظری طلاق

به‌رغم تأکید اسلام بر حفظ خانواده به منظور جلوگیری از آسیب‌های متعدد گسست خانواده و وقوع طلاق، در مواردی که امکان ادامه زندگی زناشویی به دلایل مختلف، از جمله کراهت از طرف زن یا زن و شوهر، وجود ندارد طلاق و جدایی با انواع مختلف آن به‌عنوان راه حل پایان‌دادن ارادی به پیمان زناشویی در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ایران و قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۰، که به دلیل اختلاف نظر مجلس شورای نگهبان به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع و در آبان ۱۳۷۱ از تصویب مجمع گذشت، پیش‌بینی شده است. صرف‌نظر از تعاریفی که در فقه با عنوان زایل‌کردن قید ازدواج با لفظ مخصوص [۴۱، ج ۳۲، ص ۲] و عبارات حقوق‌دانان با قطع رابطه زناشویی به حکم دادگاه، در زمان حیات زوجین به درخواست یکی یا هر دوی ایشان با شرایط معین [۱۷، ص ۲۴۷؛ ۲۵، ج ۱، ص ۲۲۵؛ ۳۳، ص ۳۰۰] امر ذکرشده ضرورتی اجتناب‌ناپذیر در زندگی زناشویی است. احترام به شخصیت و آزادی انسان ایجاد می‌کند که اگر نتوانسته است کانون محبتی تشکیل دهد، تا آخر عمر به ادامه آن محکوم نباشد [۳۳، ص ۳۱۱].

طلاق امر مکروه ولی لازم و در برخی موارد مفید است. از حیث ماهیت، طلاق ایقاعی است که از طرف مرد یا نماینده قانونی، قراردادی یا قضایی وی با تشریفات خاص واقع می‌شود. طلاق یک عمل حقوقی یک‌طرفه ناشی از اراده مرد یا با وکالت به دیگری از جمله زن، با اراده وی صورت می‌پذیرد [۱۳، ص ۲۷۰].

## طلاق معوض

در باب انواع طلاق تقسیم‌بندی‌های متعددی مطرح است که در یک تقسیم‌بندی طلاق را به رجعی، بائن و بدعی تقسیم کرده‌اند [۲۵، ص ۲۲۹] و در تقسیم‌بندی دیگری طلاق را از حیث تعلق یا عدم تعلق عوض، به طلاق معوض و غیرمعوض تقسیم کرده‌اند. طلاق‌های مرسوم از نوع طلاق غیرمعوض و طلاق‌های خلع و مبارات از نوع طلاق‌های معوض است. در ادامه، به تبیین هر یک از طلاق‌های خلع، مبارات و طلاق معوض مطلق صرف‌نظر از وجود کراهت از طرف زن و یا کراهت از هر دو طرف یا عدم وجود عنصر کراهت در جدایی، با قراردادن عوض، پرداخته می‌شود.

## طلاق خلع

برابر ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی، طلاق در صورتی خلع است که زن به‌واسطه کراهتی که از مرد دارد مالی برابر با مهریه یا عین مهریه یا کمتر یا بیشتر از مهریه به وی می‌دهد و او را به طلاق راضی می‌کند. مال ذکرشده فدییه نام گرفته است.

اگر زن از شوهر کراهت نداشته باشد، به صرف دادن فدیة زمينۀ طلاق خلع ایجاد نمی‌شود؛ لیکن پرداخت فدیة از جانب زن به مرد در مقابل طلاق را قرینه‌ای بر کراهت گرفته‌اند. به عبارت دیگر، پیشنهاد طلاق خلع با پرداخت فدیة را باید اماره‌ای بر کراهت زن از شوهر دانست [۳۳، ص ۴۴۹]. در اصطلاح فقه و حقوق، خلع به معنای رهاکردن زوجه در مقابل بذل مال است [۳۴، ص ۴۲۳].

### طلاق مبارات

تفاوت طلاق مبارات با طلاق خلع، وجود کراهت از دو طرف است. در این نوع از طلاق نیز، دهنده فدیة زن است تا در مقابل اختیاری که شوهر در دادن طلاق دارد، بتواند وی را به طلاق راضی کند. به همین دلیل، میزان فدیة نباید از میزان مهریه بیشتر باشد. این حکم از صراحت ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی ناشی می‌شود.

در ماهیت حقوقی طلاق خلع و مبارات باید گفت که این نوع از طلاق‌ها به نوعی با رضایت زن و شوهر واقع می‌شود و در صیغۀ طلاق اراده زن و شوهر، در قالب ایجاب و قبول تجلی می‌یابد. اما از آنجا که طلاق ایقاعی است که با اراده شوهر واقع می‌شود و توافق راجع به فدیة و میزان آن عنصر اصلی رضایت شوهر به وقوع طلاق است و در ساختمان حقوقی طلاق دخالتی ندارد. در نتیجۀ این تحلیل، بطلان فدیة و مستحق‌لغیر در آمدن آن نباید به اصل طلاق خللی وارد کند؛ اگرچه در خلع‌بودن یا رجعی‌بودن آن اختلاف نظر است [۳۳، ص ۴۵۴].

### طلاق معوض بدون وجود کراهت از طرف زن یا هر دو

ممکن است حالتی وجود داشته باشد که زن بدون اینکه کراهتی از شوهر خود داشته باشد حاضر باشد مبلغی برابر مهریه یا حتی بیشتر از آن به منظور رضایت شوهر به طلاق پرداخت کند. از جمله این انگیزه‌ها، علاقه زن به ادامه تحصیل یا زندگی در شهر یا کشور دیگر و نارضایتی شوهر به این امر باشد. علاقه وافر زن به فرزندآوری و ناتوانی باروری از سوی مرد نیز ممکن است یکی از انگیزه‌های زن برای جدایی باشد. با فرض علاقه وافر این دو نفر به یکدیگر و غلبۀ علاقه زن به تحصیل و زندگی در شهر یا کشور دیگر یا اشتغال به شغل خاص یا علاقه به فرزند در مقابل علاقه به شوهر خود، برای رسیدن به مقصود، حاضر به پرداخت مبلغی برابر با مهریه یا حتی بیشتر از آن باشد. سؤال این است که با وجود عدم کراهت از طرف زن یا زن و شوهر، توافق ذکرشده بین زن با پرداخت فدیة و شوهر در مقابل رضایت به طلاق، تحلیل ماهیت طلاق ذکرشده و نوع آن چگونه است؟ به علاوه، ترویج این نوع طلاق‌ها چه آثار فرهنگی و اجتماعی دارد و آیا موجب افزایش طلاق می‌شود یا خیر؟ به منظور ورود در بحث ابتدا در مشروعیت طلاق معوض بحثی را آغاز می‌کنیم.

## مشروعیت طلاق معوض به نحو مطلق

طلاق معوض از دیرباز مورد توجه و اختلاف فقها بوده است. برخی از فقها معتقدند که طلاق معوض صحیح است [۴، ج ۹، ص ۴۲۰؛ ۵، ج ۶، ص ۹۱؛ ۷، ج ۳، ص ۳۷۵؛ ۴۰، ص ۵۱۰]. در مقابل، برخی دیگر از فقها نیز معتقدند که طلاق معوض به نحو مطلق نامشروع بوده و در فقه امامیه آن را قابل پذیرش نمی‌دانند [۳، ج ۲۵، ص ۵۷۵؛ ۲۷، ج ۲، ص ۱۳۸؛ ۲۹، ج ۲، ص ۲۱۳؛ ۴۱، ج ۳۳، ص ۵۵].

صاحب‌جوهر در صورت عدم وجود کراهت شوهر را مالک فدیة نمی‌داند و طلاق خلع را صحیح نمی‌داند، بلکه با احراز طلاق آن را رجعی می‌داند [۴۱]. مشهور فقها طلاق به عوض را نامشروع نمی‌دانند، بلکه آن را طلاق عادی و صحیح می‌دانند و شوهر را مالک فدیة نمی‌دانند، ولی برای وی حق رجوع قائل‌اند [۳، ج ۲۵، ص ۶۰۴؛ ۸، ص ۲۱۹].

فایده مهم طلاق خلع و مبارات عدم رجوع مرد و زن است: تسری این نوع از طلاق‌ها یعنی عدم وجود کراهت بین زن و مرد یا کراهت از طرف زن برخلاف نصوص وارده است که وقوع طلاق خلع را متوقف بر کراهت دانسته است، مگر اینکه رضایت زن به بخشیدن مهریه یا در صورت دریافت فدیة مالی برابر مهریه یا حتی بیشتر از آن را نشانه‌ای از کراهت بدانیم و آن را در قالب خلع، در صورت کراهت زن و مبارات، در صورت کراهت از دو طرف تحلیل کنیم. در عین حال، طلاق به عوض، بدون کراهت از ناحیه زن به شوهر را برخی فقها پذیرفته‌اند [۵، ج ۲، ص ۱۴۷]. مرحوم میرزای قمی پس از چهل سال مخالفت با نظر شهید ثانی موافقت خود را با دلایلی چند با نظر شهید ثانی اعلام فرموده است [۴۰، ص ۶۳۵]. در مقابل، صاحب‌جوهر سخت مخالف طلاق به عوض است و با ذکر دلایل میرزای قمی، رجوع میرزای قمی از نظر سابق خود مبنی بر مخالفت با شهید ثانی را نمی‌پسندد [۴۱، ج ۳۳، ص ۵۶]. صاحب‌جوهر در ادامه در مقام نقد کلام میرزای قمی بیان می‌دارد که: اولاً عدم ذکر طلاق معوض از سوی فقها را باید حمل بر عدم مشروعیت آن نمود؛ زیرا قواعد حکم بر ایقاعات همانند قواعد حاکم بر عقود نیست. دوم اینکه در اینجا باید به اصل عدم‌الدلیل، دلیل‌العدم استناد کرد. به این معنا که چون دلیلی مبنی بر مشروعیت طلاق معوض وجود ندارد، پس باید اصل را بر عدم مشروعیت این نهاد قرار داد. در مقابل، میرزای قمی با تمسک به آرای شهید ثانی استدلال کرده است که اولاً اصل عدم‌الدلیل قابل پذیرش نیست و باید به اصل عدم‌الوجدان لا یدل علی عدم الوجود استناد کرد. به این معنا که اگر امری مورد ذکر و توجه فقها قرار نگرفت، دلیل بر فقدان این نهاد نیست. در ثانی، اصل صحت و اطلاقات آن را می‌توان هم در مورد عقود و هم در مورد ایقاعات جاری دانست. لذا به نظر می‌رسد مبنای صحت طلاق معوض را بدون وجود کراهت از طرف زن یا هر دو را می‌توان پذیرفت [۳۹، ص ۵۲۳].

حال در صورتی که بدون وجود کراهت از طرف زن یا هر دو در مواردی مانند علاقه زن به

فرزند و عدم توان باروری مرد یا تمایل زن به زندگی در کنار پدر و مادر بیمار خود و رسیدگی به آن‌ها یا علاقه وافر زن به تحصیل در خارج از کشور و مکانی دور از محل زندگی مرد، زن حاضر به پرداخت مالی برابر با مهریه یا کم‌بیش از آن صرف‌نظر از یکی از قالب‌ها و حالت‌های شش‌گانه مورد اشاره میرزای قمی (طلاق به عوض، صلح، هبه معوضه، جعاله، اشتراط طلاق در عقد بیع و طلاق با شرط عوض) [۴۱، ص ۵۷] باشد و مرد هم با گرفتن عوض به‌عنوان فدیة، زن را با رعایت شرایط طلاق دهد، آیا در صحت چنین طلاقی تردید وجود دارد؟ به نظر می‌رسد با توجه به قاعده «الطلاق بید من اخذ بالساق» و صراحت ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، طلاق ذکرشده صحیح است و مفارقت بین زن و مرد حاصل شده است.

سؤال بعدی در ماهیت این طلاق است که در بندهای بعدی به آن پرداخته خواهد شد.

### ماهیت طلاق معوض

بر مبنای پذیرش صحت طلاق معوض بر مبنای نظر شهید ثانی و میرزای قمی به‌عنوان حالت دیگری از طلاق به غیر از خلع (کراهت از طرف زن) و مبارات (کراهت از طرف زن و شوهر) و در عین نظر صاحب‌جوهر، که چیزی غیر از طلاق به‌عوض را به جز طلاق خلع و مبارات به رسمیت نمی‌شناسد [۴۱، ص ۵۶]، و همچنین مشهور فقها که طلاق به‌عوض را نپذیرفته‌اند، باید دید در صورت وقوع چنین طلاقی از طرف مرد در مقابل دریافت عوض، صرف‌نظر از میزان آن، طلاق ذکرشده چه ماهیتی دارد؟ آیا طلاق ذکرشده رجعی است یا بائن؟ آیا مال دریافتی عنوان فدیة ذکرشده در آیه ۲۲۹ سوره مبارکه بقره را دارد و مرد مالک آن می‌شود؟ یا در صورت رجوع، مالکیت وی از مال ذکرشده زایل می‌شود؟

در تبیین مسئله باید گفت که کراهت زن به مرد یا کراهت طرفین در معوض‌بودن طلاق عنصر اساسی نیست. از طرف دیگر، ذکر نکردن طلاق معوض از سوی فقها به مبنای عدم مشروعیت آن نیست، زیرا مشهور فقها در مقام بحث در حوزه طلاق معوض آن را به جز طلاق خلع و مبارات نمی‌دانند. برخی از فقها در تبیین دیدگاه خود همه آثار طلاق خلع را نیز بر طلاق معوض بار کرده‌اند. اگرچه به آن عنوان «طلاق به عوض» داده‌اند اما همانند طلاق خلع و آن را بائن می‌دانند [۵، ص ۱۴۷؛ ۴۰، ص ۵۲۸].

طرفداران این نظریه، یعنی وجود طلاق معوض، به دلایلی از این قبیل استناد جسته‌اند: ۱. عدم ذکر طلاق معوض از سوی بسیاری از فقها دلیل بر عدم مشروعیت آن نیست؛ ۲. با استناد به اصل عدم الوجدان لایدل علی عدم الوجود معتقدند که اگر امری مطرح نشد و وجود آن ذکر نشد، دلیل بر عدم مشروعیت و عدم وجود آن نیست؛ ۳. اصل عقلی صحت [۱، ج ۲، ص ۷۲۰؛ ۲۰، ج ۲، ص ۲۰] و جواز نیز به‌عنوان یک آماره قابل استناد است [۱۶، ص ۱۸۲]. به این معنا که در باب مسائل مختلف عقود و ایقاعات باید اصل را بر صحت و جواز عقود و ایقاعات

مستحدث دانست؛ مگر آنکه مخالفت آن با اخلاق حسنه و نظم عمومی اثبات شود. لذا با وقوع طلاق در صورتی که عوضی از طرف زن به مرد پرداخت شود و کراهتی هم در بین نباشد، طلاق مزبور را صحیح است و باید آثار طلاق را بر آن بار نمود.

در باب طلاق معوض فروعی متصور است. علاوه بر طلاق معوض، طلاق در قالب صلح معوض، طلاق در قالب هبه معوض، طلاق در قالب عقد جعاله و شرط عوض قابل تصور است. با بررسی هریک از عناوین ذکرشده، تحلیل موضوع در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نیز بررسی و تحلیل می‌شود.

### صلح معوض

عقد صلح از زمره عقود معینی است که در صورت توافق بر آن در هر امر مشروعی نافذ است. ماده ۷۵۴ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «هر صلحی نافذ است، جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد.» اگر میان زوجین توافقی صورت گیرد که وفق آن مرد با اخذ مالی از زوجه، وی را طلاق دهد و بر همین اساس با اخذ مال مزبور امکان رجوع نیز نداشته باشد، طلاق در این حالت عوض صلح معاوضی قلمداد می‌شود. عقد مزبور به علت عدم وجود دلیلی بر بطلانش، امری صحیح است و باید حکم به نفوذ آن نمود. گفته آمد که برخی از فقها اخذ مال در برابر طلاق را به نحو مطلق جایز دانسته و طلاق با عوض را مشروع می‌دانند [۵، ص ۱۴۸؛ ۴۰، ص ۵۲۸].

به نظر می‌رسد صلح در طلاق امری صحیح و نافذ است و اگر شوهر در ازای اخذ مالی از زن، در قالب عقد صلح، زن خود را طلاق دهد، طلاق مزبور واقع شده است.

### هبه معوض

به موجب ماده ۷۹۵ قانون مدنی «هبه عقدی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کس دیگری تملیک می‌کند...» به علاوه، به موجب ماده ۸۰۱ قانون مدنی هبه معوض نیز به رسمیت شناخته شده است. لذا واهب می‌تواند شرط کند که متهد مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً بجا آورد. حال اگر زن، به عنوان واهب، مالی را به شوهر خود تملیک کند و از او بخواهد عمل مشروع طلاق را، به عنوان دارنده حق طلاق، اعمال کند، می‌تواند در قالب هبه معوض انجام پذیرد.

گفتنی است که برابر ماده ۷۹۸ قانون مدنی تحقق هبه منوط به قبول و قبض متهد است. در صورتی که زوج پیش از قبض عین موهوبه زوجه را طلاق دهد، صدق عنوان هبه معوض بر این عمل حقوقی محل بحث است. به علاوه اگر طلاق مزبور با ایجاب زوجه مبنی بر هبه همراه شود، یعنی زوجه ایجاب کند که مرد وی را طلاق دهد و در قبال آن، در صورت دریافت مهریه، آن را به شوهر هبه کند، هبه مهریه معنا پیدا می‌کند و در صورت عدم دریافت مهریه، دین شوهر تلقی و بخشش آن به شوهر تحت عنوان ابراء ذمه مدیون شدنی است.

### جعاله

در صورتی که طلاق به‌عنوان جُعل در قرارداد جعاله در نظر گرفته شود، در مقابل عوض و اجرتی از طرف زن در مقابل طلاق به‌عنوان عملی از طرف مرد صورت پذیرد، در قالب ماده ۵۶۱ قانون مدنی قابل تحلیل است.

ماده ۵۶۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین.» در این حالت، زن ملتزم می‌شود که اگر شوهر عمل طلاق را محقق ساخت، مبلغی به وی پرداخت نماید. لذا طلاق در مقابل عوض بوده و صحت این امر در کلام فقهای قائل به صحت طلاق معوض جاری است و می‌توان آن را پذیرفت [۱۱]. به‌علاوه بیان شده است که انعقاد عقد جعاله برای جلب موافقت شوهر برای طلاق صحیح بوده و نمی‌توان آن را باطل دانست. در تشریح این دیدگاه بیان داشته‌اند که طلاق زوجه از سوی زوج در زمره اعمال حقوقی است که زوجه یا شخص ثالث از آن منتفع می‌شوند و غرض عقلایی بر آن مترقب است [۱۱، ص ۳۱۸]. قانون مدنی نیز جعاله بر عمل نامشروع یا هر عمل غیرعقلایی را باطل می‌داند (ماده ۵۷۰ قانون مدنی).

در مقابل، دیدگاه دیگری برخلاف این نظریه وجود دارد که انطباق طلاق معوض با جعاله را باطل می‌داند [۴۰، ص ۵۱۹]، زیرا این طلاق، طلاق به شرط است و نمی‌توان حکم جعاله را بر چنین طلاقی بار نمود، زیرا در عقد جعاله، مورد جعاله باید از مواردی باشد که به نحو عام و عرفی قابلیت نیابت داشته باشد؛ نظیر مواردی که در عقد وکالت نیز مطرح شده است.

در این زمینه، اگر جعل در عقد مزبور از مواردی نباشد که جاعل بتواند به دیگری نمایندگی بدهد، باید به عدم صحت جعاله حکم کرد و آن را باطل دانست، زیرا جعاله در اصل عقدی نیابت‌پذیر است. در این دیدگاه، در مقام انطباق طریق مورد بحث با جعاله، طلاق زن را از اعمالی ندانسته‌اند که زوج بتواند آن را از سوی زوجه واقع بسازد [۴۰، ص ۵۲۱]، به همین جهت از آنجا که طلاق به لحاظ ماهوی از اعمال حقوقی نیابت‌بردار نیست، تلقی جعاله به طلاق معوض وجهی ندارد.

### شرط ضمن عقد

اگر طلاق به‌عنوان شرط در ضمن عقد لازمی درج و طرفین عقد مذکور در ضمن عقد، طلاق معوض را به‌عنوان شرط ضمن عقد بپذیرند، باید به آن پای‌بند باشند و خود را ملتزم به ایفای آن نمایند. طلاق در این فرض به‌عنوان شرط ضمن عقد محسوب شده و وفق قاعده «لشرط قسط من الثمن» باید تحقق طلاق شرط‌شده در ضمن عقد لازم دیگر را در برابر بخشی از ثمن قراردادی محسوب کرد. به عبارت دیگر، در صورتی که طلاق در ضمن یک عقد لازم دیگر شرط شود، متعهد در برابر پذیرش این شرط، ثمن معامله را افزایش می‌دهد و شرط نیز بخشی از ثمن معامله تلقی می‌شود.



در نقد این تحلیل می‌توان گفت که ماهیت طلاق مزبور باید جدای از شرط ضمن عقد لازم مورد توجه قرار گیرد. درست است که تحقق هر عقد با ایقاعی به‌عنوان یک عمل حقوقی می‌تواند در ضمن عقد دیگری شرط شود، شرط ضمن عقد نمی‌تواند مبین ماهیت طلاق معوض باشد.

### شرط ضمن ایقاع

وجود شرط در ضمن طلاق به‌عنوان یک عمل حقوقی یک‌طرفه تحت عنوان ایقاع، ماهیت ایقاعی بودن طلاق را تغییر نمی‌دهد. در طلاق معوض، که زن با شوهر خود شرط می‌کند که حاضر است در مقابل اعمال اراده یک‌طرفه خود در وقوع طلاق وجهی را به شوهر خود تملیک کند، با پذیرش شرط ذکرشده از سوی مرد، متعهد به انجام آن شده است. متعهد به طلاق باید از عهده برآید و صیغه طلاق را با لحاظ شرایط جاری سازد. این طلاق توسط شوهر یا نماینده وی یا در برخی از حالات از سوی دادگاه واقع می‌شود. ایراد ذکرشده در مورد شرط ضمن عقد در این حالت نیز جاری است. درست است که مقدمه وقوع طلاق ذکرشده توافقی است که بین زن و مرد صورت گرفته است، ماهیت ایقاعی بودن طلاق ذکرشده از بین نمی‌رود. به نظر می‌رسد پذیرش شرط ضمن ایقاع نیز با همان ایراد شرطیت طلاق در ضمن عقد روبه‌روست. شرط طلاق در ضمن ایقاع یا عقد بیانگر ماهیت طلاق نیست، بلکه انجام‌دادن یک شرط در یک عمل حقوقی یک‌طرفه بیانگر ماهیت نیست و به‌عنوان شرط در ضمن ایقاع تلقی می‌شود.

### ماده ۱۰ قانون مدنی

قانون‌گذار مدنی انجام‌دادن توافقات را منحصر به عقود معین ذکرشده در قانون مدنی ندانسته و با جعل ماده ۱۰ درصدد اعتباربخشیدن به کلیه توافقاتی است که بین افراد جامعه برقرار می‌شود. نفوذ قراردادهای خصوصی بین افراد جامعه فقط منوط به عدم مخالفت صریح با قانون شده است. حال اگر زن برای جلب رضایت مرد بر واقع کردن طلاق طی یک قرارداد در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی حاضر به پرداختن مالی به وی باشد، بدون اینکه کراهتی از طرف زن یا زن و شوهر وجود داشته باشد، آیا این توافق توجیه شرعی و قانونی دارد؟ عقود غیرمعین به لحاظ الگو و شکل و قواعد از عقود معین متمایز بوده و به نیت اشخاصی وابسته است که آن را منعقد می‌کنند [۱۵، ج ۲، ص ۷۹]. به نظر می‌رسد جز در مواردی که قانون مانعی برای نفوذ یک قرارداد در نظر گرفته است می‌توان چنین قراردادی را نافذ دانست. امروزه هر عقدی که از منظر عقلا و عرف بتوان آن را پیمان دانست، مشمول عنوان تعهد است و باید به آن توجه کرد [۳۱، ص ۲۱۳]. در مقابل این سؤال که در چنین توافق مستحدثی آیا باید در ابتدا آن را با عقود معین موجود در قانون تطبیق کرد و احکام و آثار همان عقود را بر توافق مستحدث بار نمود یا

از همان ابتدا می‌توان در قالب ماده ۱۰ موضوع را تحلیل و راه حل موضوع را یافت، می‌توان گفت که عقود مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی در عرض عقود معین است [۶، ص ۸۰].

برای تطبیق اراده افراد با عقود نیازی نیست که ابتدا به دنبال بررسی عقود معین باشیم، بلکه از ابتدا و حتی اگر اراده طرفین با یکی از عقود معین تطبیق داشته باشد، باز می‌توان از ماده ۱۰ قانون مدنی برداشت نمود. ضروری نیست که برای ایجاد تعهد، توافق اشخاص به صورت یکی از عقود معین موجود در قانون باشد. کافی است که عمل حقوقی مزبور در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی بگنجد. در این حال، برابر قواعد عمومی، قراردادها و اصل حاکمیت اراده روابط طرفین تحلیل می‌شود [۱۲، ص ۱۳۳]؛ مثلاً، اگر درون یک هتل اتاقی برای عرضه تابلو به مشتریان اجاره داده شود، قرارداد ذکر شده از شمول قانون روابط موجود مستأجر خارج و بر طبق ماده ۱۰ قانون مدنی نسبت به طرفین نافذ است [۳۰، ص ۷۷]. در قرارداد ذکر شده اراده طرفین اجاره اتاق هتل برای سکونت نیست و توافق بر عرضه کالا به مشتریان داشته‌اند که در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ است. اگرچه برخی از نویسندگان با وجود مقررات مربوط به صلح، ماده ۱۰ قانون مدنی را بی‌فایده و حتی منسوخ به نسخ عملی دانسته‌اند [۳۰، ص ۱۹]. لیکن برخی دیگر به بیهوده‌بودن ماده ۱۰ با وجود عقد صلح اعتقادی ندارند [۳۲].

ممکن است بیان دیگر ضرورت تطبیق تعهدات صورت گرفته با قالب‌های معین موجود باشد؛ یعنی به قاعده اولی و اساسی، عقود و ایقاعات مستحدث را باید در قالب عقود و ایقاعات معین تحلیل کرد و در صورتی که امکان تطبیق آن با عقود و ایقاعات معین نبود، تحلیل آن در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی ممکن می‌شود. از آنجا که قانون‌گذار شرایط، ضوابط و احکام و آثار حاکم بر عقود معین را بیان کرده است و می‌توان امور را با قالب‌های ذکر شده به راحتی تحلیل کرد، نباید به ماده ۱۰ قانون مدنی تن داد.

حال در ما نحن فیه از آنجا که توافق زن و شوهر بر جدایی در حالتی که کراهتی از سوی زن یا طرفین نباشد و تفاهمی بر جدایی در مقابل دریافت مالی باشد، بدون شک در قالب طلاق خلع (موضوع ماده ۱۱۴۶ ق. م) با وجود کراهت از طرف زن و طلاق مبارات (موضوع ماده ۱۱۴۷ ق. م) در صورت وجود کراهت از طرفین قابل تطبیق نبوده و باید آن را در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی تحلیل کرد. از طرف دیگر، در چنین حالتی که مرد متعهد می‌شود در مقابل دریافت مالی، صرف‌نظر از میزان آن، همسر خود را طلاق دهد، باید حکم به نفوذ چنین تعهدی داد. بدیهی است که این تعهد طرفینی، یعنی تعهد به پرداخت وجه از طرف زن و جاری‌ساختن طلاق از طرف مرد، در قالب ماده ۱۰ و الزامات آن باید پیگیری و اجرا شود و در صورت انجام‌ندادن تعهد از هریک از طرفین، موضوع متنازع فیه بایستی در محاکم مورد ترافع قرار گیرد. به نظر می‌رسد چه بر اساس تحلیل نخست، یعنی مراجعه به ماده ۱۰ در عین امکان گنجاندن تعهدات در قالب عقد صلح، هبه معوض و یا عدم امکان تطبیق با عقود معین و مراجعه مستقیم به ماده ۱۰، موضوع قابل تحلیل و انجام است.

در فقه امامیه نیز، اصل غیر توقیفی بودن عقود مؤید این مدعاست. مشهور فقهای امامیه نیز به اصل آزادی قراردادی اعتقاد داشته و با استناد به آیه شریفه «تجاره عن تراض/ نساء، ۲۹»، هر توافقی را در صورت عدم مخالفت با کتاب و سنت لازم‌الاجرا می‌دانند [۳۷، ص ۲۱۳].

## آثار فرهنگی و اجتماعی پذیرش طلاق معوض در حقوق ایران

ممکن است پذیرش طلاق معوض و تحلیل مبانی آن موجب تسهیل جدایی طرفین و ازدیاد طلاق در جامعه شود. صرف‌نظر از اینکه تحلیل دقیق آثار فرهنگی و اجتماعی این پدیده مستلزم تحقیق جداگانه و مبتنی بر آمار و بررسی علل وقوع طلاق‌ها در جامعه است، به نظر نمی‌رسد صرف طرح این مباحث به‌تنهایی موجب تشویق افراد به جدایی شود.

به نظر می‌رسد علل طلاق‌ها یا دلایل کم و زیاد بودن آن را باید در جای دیگر جست‌وجو کرد؛ مثلاً باید دید در وقوع طلاق علل اقتصادی یا فرهنگی یا ترویج ابزار و تکنولوژی و رونق تبادل اطلاعات در فضای مجازی، کدام‌یک مؤثرتر است. انتخاب نوع جدایی از قبیل طلاق توافقی یا طلاق حرجی یا طلاق حاکم در صورت غایب‌بودن شوهر یا طلاق در صورت استتکاف از پرداخت نفقه یا عجز شوهر از دادن نفقه یا طلاق خلع و مبارات، در صورت کراهت از طرف زن در نوع اول و کراهت طرفین در نوع دوم ارتباطی به علت وقوع طلاق ندارد. چه بسا زن و شوهری در عین علاقه به یکدیگر و در عین حال به دلیل ضرورت دیگری از قبیل تمایل زن به فرزند با وجود ناباروری از طرف مرد یا علاقه زن به تحصیل یا مسافرت در خارج از کشور یا دلایل دیگر با کسب رضایت مرد با پرداخت مبلغی از طرف زن حاضر به جدایی از یکدیگر شوند. در عین حال در صورت پذیرش این نوع طلاق، نمی‌توان پذیرفت که طلاق رجعی است و با اراده مرد قابل رجوع است، بلکه این امر نقض غرض بوده و باید آن را باین شمرد [۱۸، ص ۹۷].

## نتیجه‌گیری

در عین اهمیت تشکیل خانواده و مراقبت اسلام به دوام و بقای زوجیت، ممکن است به دلایل مختلف از قبیل غایب‌بودن مرد یا عدم پرداخت نفقه از سوی مرد یا عجز وی از دادن نفقه یا در عسر و حرج قرار گرفتن زن یا کراهتی که امکان ادامه زندگی را مختل کند یا توافق زوجین به طلاق به هر دلیلی، ادامه زندگی زناشویی میسر نیست و طرفین از یکدیگر جدا شوند. شرع مقدس اسلام و به تبع آن قانون‌گذار مدنی قالب‌های مختلفی را برای این امر طراحی کرده است. تحلیل طلاق معوض به‌نحوی که زن در عین عدم کراهت از مرد یا عدم کراهت طرفین حاضر به پرداخت مالی به شوهر و کسب رضایت وی به طلاق در این مقاله صورت گرفت و در قالب‌های مختلف عقود یا ایقاع معین از قبیل، صلح معوض، هبه معوض، جعاله، شرط ضمن

عقد یا ایقاع که به موضوع ذکر شده نزدیک بود تحلیل شد. به نظر رسید که توافق ذکر شده در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی بالا شرع و قانون مغایرتی نداشته و امکان پذیر است. نگرانی ازدیاد این طلاق‌ها با تحلیل مبانی طلاق معوض نیز بی‌مورد است، زیرا طلاق‌های توافقی هم‌اکنون یکی از روش‌های مرسوم و قانونی است. تحلیل علل و عوامل ازدیاد طلاق‌ها و دلایل اجتماعی و فرهنگی و اقتصادی یا قانونی آن در جای دیگر باید صورت گرفته و کاهش آن در دستور کار قرار گیرد.

### منابع

- [۱] انصاری، مرتضی (۱۳۷۴). امکاسب، ج ۲، قم: مصطفوی.
- [۲] انصاری پور، محمدعلی؛ صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۸۴). «اجرت‌المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم در این زمینه»، مدرس علوم انسانی، ش ۴۱.
- [۳] البحرانی، یوسف (۱۴۰۹). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، چ ۱، قم: مؤسسه علوم اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۴] الجبعی العاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۹، چ ۱، قم: دارالمعارف الاسلامیه.
- [۵] الجبعی العاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۲۳). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۲، چ ۳، دارالعلوم الاسلامیه.
- [۶] حائری، مسعود (۱۳۷۰). تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، چ ۱، تهران: کیهان.
- [۷] حلّی، محمدبن یوسف (فخر المحققین) (۱۳۸۹). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- [۸] حلّی جعفر بن حسن (محقق حلّی) (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چ ۱، بیروت، مطبعه دارالاضواء المرتضویه.
- [۹] حلّی جعفر بن حسن (محقق حلّی) (۱۴۰۷). المعترف فی شرح المختصر، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۱۰] حلّی، یوسف بن حسن (علامه حلّی) (۱۴۰۳). تذکره الفقهاء، ج ۲، دارالاضواء المرتضویه.
- [۱۱] حلّی، یوسف بن حسن (علامه حلّی) (۱۴۱۳). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، چ ۱، قم: مؤسسه نشر علوم اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۱۲] حمداللهی، عاصف؛ روشن، محمد (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی فقهی و حقوقی قرارداد استفاده از رحم جایگزین، تهران: مجد.
- [۱۳] روشن، محمد (۱۳۹۳). حقوق خانواده، چ ۱، ویرایش جدید، تهران: جنگل.
- [۱۴] سبحانی، حسین؛ امیرحسینی، امین؛ روشن، محمد (۱۳۹۵). «رویگردی نوین به شهادت زن در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه»، دوفصل‌نامه علمی- پژوهشی مطالعات زن و خانواده، مرکز مطالعات زنان دانشگاه الزهراء، دوره ۴، ش اول، ص ۲۳۴-۲۰۵.

- [۱۵] شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). *حقوق تعهدات*، ج ۲، تهران: مجد.
- [۱۶] \_\_\_\_\_ (۱۳۸۳). *اصول قراردادها و تعهدات*، ج ۳، تهران: مجد.
- [۱۷] صابری صفایی، عبدالعلی (۱۳۴۶). *آثار و موجبات طلاق در حقوق مدنی ایران، فرانسه، شوروی و مصر*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- [۱۸] صادقی مقدم، محمدحسن؛ انصاری پور، محمدعلی (۱۳۸۴). «طلاق حرجی و نقد آرای محاکم»، *نامه مفید*، ش ۵۲.
- [۱۹] صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۹۱). «تحول در ارث زن از اموال غیرمنقول شوهر»، *دوفصل نامه دانش حقوق مدنی*، ش ۲، ص ۶۷-۵۵.
- [۲۰] صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۹۲). «نسب و ارث جنین آزمایشگاهی»، *فصل نامه حقوق پزشکی*، ش ۲۴، ص ۸۲-۶۵.
- [۲۱] صادقی مقدم، محمدحسن؛ امیرحسینی، امین (۱۳۹۴). «نفقه و نیازهای درمانی زوجه»، *فصل نامه زن در فرهنگ و هنر*، س ۷، ش ۳، ص ۴۱۹-۴۰۵.
- [۲۲] صادقی مقدم، محمدحسن؛ شعبانی کندسری، هادی؛ سهرابی، یاسر (۱۳۹۴). «اصل آزادی ایقاعات در فقه امامیه و حقوق ایران»، *آموزه های فقه مدنی*، دانشگاه علوم رضوی، ش ۱۱، ص ۷۲-۴۹.
- [۲۳] صادقی مقدم، محمدحسن؛ صادقی، محمد؛ امیری سرارودی، سیدرضا (۱۳۹۵). «ماهیت و جایگاه عقد نکاح»، *آموزه های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۳، ص ۷۸-۵۳.
- [۲۴] صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۸۳). «باروری مصنوعی از دیدگاه حقوق اسلام»، *مدرس علوم انسانی*، ش ۳۷، ص ۱۸۷-۱۶۱.
- [۲۵] صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۷۵). *حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن*، ج ۱، چ ۵، تهران: دانشگاه تهران.
- [۲۶] صفایی، سیدحسین؛ فدایی، حسن؛ امیرحسینی، امین (۱۳۹۵). «واکاوی مشروعیت باروری پس از مرگ در فقه امامیه با رویکردی به آرای فقهای اهل سنت»، *دوفصل نامه فقه مقارن*، س ۴، ص ۱۶۵-۱۳۷.
- [۲۷] عاملی، سید محمد (۱۴۱۳). *نهایه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام*، چ ۵، قم: مؤسسه نشر علوم اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- [۲۸] علوی قزوینی، سیدعلی (۱۳۷۹). «بررسی نظریه طلاق معوض»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، س ۲، ش ۵، ص ۸۹-۶۳.
- [۲۹] فاضلهندی، محمد بن حسن اصفهانی (۱۴۱۹). *کشف اللثام و الایهام عن قواعد الاحکام*، چ ۴، بیروت، دارالعلوم الاسلامیه، ج ۲.
- [۳۰] فاسمزاده، سیدمرتضی و همکاران (۱۳۸۲). *تفسیر قانون مدنی*، تهران: سمت.
- [۳۱] فنوتانی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم؛ زیر نظر سید مصطفی محقق داماد (۱۳۷۹). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چ ۳، تهران: سمت.
- [۳۲] کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: دادگستر.
- [۳۳] \_\_\_\_\_ (۱۳۸۶). *دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، چ ۷، تهران: شرکت سهامی انتشار.

- [۳۴] محقق، دامادیزدی، سید مصطفی (۱۳۶۵). *بررسی فقهی حقوق خانواده- نکاح و انحلال آن*، قم: مرکز نشر علوم اسلامی.
- [۳۵] مکی العاملی، محمد مکی (۱۴۰۹). *اللمعه دمشقیه*، ج ۲، بیروت، مطبعه دارالاضواء المرتضویه.
- [۳۶] موسوی بجنوردی، سید محمدحسن (۱۴۰۹). *القواعد الفقهیه*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- [۳۷] موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۰). *الرسائل، رساله الاجتهاد و التقليد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- [۳۸] \_\_\_\_\_ (۱۳۶۶). *تحریر الوسیله*، ج ۲، چ ۲، تهران: مرکز تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- [۳۹] میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳). *غنائم الایام فیما یتعلق بالحلال و الحرام*، چ ۲، رساله فی انفراد الطلاق بالعوض عن الخلع، بیروت: دارالمعارف الاسلامیه.
- [۴۰] میرزای قمی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹). *جامع الشتات*، بیروت، مطبعه دارالاضواء المرتضویه.
- [۴۱] نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۳۳، چ ۲، قم: دفتر نشر اسلامی، وابسته به حوزه علمیه قم.