

Correctitude of Divorce against Consideration Shariah (Tradition) and Spirit of the Law

Saied Molavi 

Department of law, faculty of literature and human sciences, Shahrekord university, Shahrekord, Iran, Email; moiavi-s@sku.ac.ir,

Article Info	ABSTRACT
Article type: Research Article	Concerning the Correctitude of Divorce against Consideration, nothing is laid down in Civil Code to refer to. However, in jurisprudence, Shahid Sani proposed it and confirmed the correctitude of the same. Accordingly, after him, the institution of divorce against consideration or divorce against ransom was added to the literature of family jurisprudence. For some scholars, it was considered the same as Khula and Mobarat Divorces, and some others awarded correctitude of this type of divorce while confirming that it includes a duality with Khula Divorce. They have also proposed strategies to justify it in form of other contracts. However, no one has proposed its nullity, while the evaluation of the issue by the criteria of Shariah's intent and spirit of the law at least shows its probability, because, on the one hand, all the narrations and percepts of divorce are related to the strictness in the event of separation, with which the said divorce is definitely not in harmony; and this is a kind of prohibition imposed on the divorce against consideration or divorce by consent. On the other hand, a prohibition in such transactions is invalid, at least in one sense and according to the spirit of the Shariah
Article history: Received Received in revised form Accepted Published online	
Keywords: Divorce Concideration Prohibition in transactions, Spirit of Shariah, Sprit of the law.	
Cite this article: Molavi, S. (2024). Correctitude of Divorce against Consideration Shariah (Tradition) and Spirit of Law. the. Islamic Jurisprudentl Researches. (1), 1-20. DOI: http:// orcid.org/0000-0002-4203-479X	
	© The Author Saied Molavi. DOI: http:// orcid.org/0000-0002-4203-479X
Publisher: University of Tehran Press.	

طلاق به عوض در پرتو مقاصد شریعت و روح قانون

سعید مولوی

گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران، رایانامه: molavi-s@sku.ac.ir

چکیده	اطلاعات مقاله
در خصوص طلاق به عوض قانون مدنی ساکت است اما در فقه، شهید ثانی برای اولین بار درستی آن را مطرح و تأیید کرد. بر همین اساس و بعد از ایشان این نوع از طلاق، که بعضی از اساتید حقوق آن را معادل طلاق توافقی و صحیح دانسته‌اند، به ادبیات فقه و حقوق خانواده اضافه شد؛ برخی آن را همان خلع و مبارات دانستند و عده‌ای هم ضمن تأیید دوگانگی آن با طلاق خلع، به درستی این نوع طلاق رأی دادند و البته راه‌هائی هم برای توجیه آن در قالب عقود دیگر یا قرارداد خصوصی پیشنهاد کردند. اما در عین حال کمی به بطلان آن فکر نکرده است، با آن که به نظر می‌رسد؛ توجه به مقصود شریعت و روح قانون و لحاظ آن در مساله دست کم احتمال آن را نشان می‌دهد؛ زیرا از یک طرف، برآیند همه روایات و احکام طلاق سخت‌گیری در رخ داد جدائی است، که به طور قطع، طلاق مزبور با آن هماهنگ نیست. و همین، نوعی نهی از وقوع طلاق به عوض محسوب می‌شود. و از طرف دیگر نهی در چنین معاملاتی، دست کم از یک نظر و یا توجه به روح شریعت، موجب بطلان است. نهی در معامله، طلاق به عوض، مقصود شریعت، روح قانون.	نوع مقاله: مقاله پژوهشی تاریخ دریافت: تاریخ بازنگری: تاریخ پذیرش: تاریخ انتشار: کلیدواژه‌ها: نهی در معامله طلاق به عوض مقصود شریعت روح قانون

استناد: مولوی، سعید (۱۴۰۳) طلاق به عوض در پرتو مقاصد شریعت و روح قانون. پژوهشهای فقهی، ۲(۴)، ۱-۲۰.

DOI: <http://http://orcid.org/0000-0002-4203-479X>



© نویسنده سعید مولوی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

DOI: <http://http://orcid.org/0000-0002-4203-479X>

برخی فقیهان در مباحث خانواده، از «طلاق فدیّه»، «طلاق معوّض» یا «طلاق به عوض» سخن گفته‌اند، که در قبال پرداخت مبلغی به شوهر انجام می‌شود، بدون آن که کراهتی وجود داشته باشد. ایشان این نوع طلاق را قسیم خلع و مبارات قرار داده، وجه تمایز آن‌ها را در عنصر کراهت دانسته‌اند؛ زیرا در خلع و مبارات نوعی تنفر حاکم است ولی در این جا چنین عنصری نیست. بر این اساس گفته شده است: «طلاق به عوض آن است که زوج به دادن مبلغی به شوهر طلاق بگیرد، بدون آن که میان ایشان کدورتی وجود داشته باشد.» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۳۷۵؛ همو، ۱۴۱۰، ص ۶، ۹۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۲۵، ۵۶۸؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷، ص ۱، ۴۵۵؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ص ۳۹۰؛ نووی، ۱۴۱۷، ص ۷؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۵۸) برخی از حقوق دانان نیز با پذیرش همین مبنا، گفته‌اند: «طلاق که در آن کراهتی وجود ندارد و مع ذلک روی ضرورتی، زن پیشنهاد می‌کند که زوج در برابر گرفتن مالی او را طلاق دهد، طلاق به عوض گویند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۲۵۰) اما در مقابل، مشهور فقیهان امامیه و حتی عامّه، طلاق به عوض را قسیم و جدای از خلع نمی‌دانند. (روحانی، ۱۴۱۲، ص ۲۳، ص ۱۱۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ص ۱۲، ص ۳۶۳؛ همو، ۱۴۰۹، ص ۲، ص ۴۵۶؛ خوانساری، ص ۴۲۰) از منظر حقوقی نیز با آن که قانون مدنی در این مورد به نظر ساکت می‌رسد، برخی اساتید، احتمال داده‌اند؛ طلاق به عوض از مصادیق طلاق توافقی موضوع ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۲ و درست باشد. بنا بر این گفته شده است: «اساس این نوع طلاق در تاریخچه حقوقی خود از سال ۱۳۴۶ تا ۱۳۹۱ در قوانین مختلف تأیید شده است و از این جهت بحثی نیست.» (کافوریان، ۱۳۸۲، ص ۴۲۲-۴۱۹) البته این یکی پنداری به نظر نادرست است؛ چون آن چه ماده مزبور به خصوص در قسمت ذیل آن هدف گرفته، توافق زوجین بر تمام موارد برای انجام طلاق است؛ یعنی نسبت به مهریه، فرزندان، نفقه، محل سکونت و غیره با هم توافق می‌کنند و از یکدیگر جدا می‌شوند، در حالی که طلاق به عوض غیر از آن است؛ چون در این جا، زوج به بدون کراهتی و حتی با وجود علاقه وافر به همسر خود، خواستار طلاق در قبال پرداخت مبلغی پول به شوهر است. به هر حال علی‌رغم این اختلاف اما کسی نسبت به درستی آن تردید نکرده، توجیهات مختلفی هم از سوی گروه اول برای آن ارائه شده است، که در مقالات متعدّد؛ مانند «بررسی نظریه طلاق معوض» از سید علی قزوینی و نیز پایان‌نامه‌های مختلف؛ مثل «ماهیت حقوقی طلاق معوض در حقوق ایران» از حشمت‌الله صادقی تبیین شده‌اند. اما فارغ از این مباحث، و با لحاظ مقاصد شریعت و روح قانون آیا باز باید بر درستی آن تنها به دلیل وجود توافق میان زن و شوهر، صحّه گذاشت؟ این مسأله، موضوعی است، که تاکنون به آن پرداخته نشده است. بر این اساس و از آنجائی که بازگویی گفته‌های پیشین ثمره عملی ندارد، نگارنده ضمن توجّه به جنبه جامانده بالا درستی این نوع از طلاق را دست کم، محلّ تردید می‌داند و در نوشتار پیش رو به آن پرداخته است.

۱. مفهوم مقاصد شریعت و روح قانون؛ در فقه، منظور از مقاصد شریعت یا «روح قانون»، (منتظری، ۱۴۱۷، ص ۲۱۱) «مذاق شریعت»، (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ص ۲، ص ۲۷۷؛ صاحب الجواهر، ۱۴۰۴، ص ۱۵۰ و ۳۳۰؛ ۳۲۹/۲؛ ۱۹۶/۱۵؛ ۲۲۲/۲۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ص ۱، ص ۴۱۱؛ همو، ۱۴۲۲، ص ۵۰۶؛ منتظری، ۱۴۰۹، ص ۴، ص ۳۶۹) «جو تشریع» (طبسی، ص ۷۰) و «سیاست اسلام» (منتظری، ۱۴۰۹، ص ۱، ص ۵۶۸) غایت و اسراری است که شارع به هنگام تشریع هر یک از احکام خود وضع کرده است، (ریسونی، ۱۳۶۷، ص ۳۷) خواه دلیل قطعی برای آن وجود داشته باشد یا خیر. البته برخی نویسندگان، ادعا کرده‌اند؛ مقاصد شریعت، سبک و روش شارع در مواردی است که دلیل قطعی و ظاهری برای استناد حکم وجود ندارد. (تقی‌زاده، ۱۳۹۶، ص ۱۳۶) اما این سخن، تمام نیست؛ زیرا اولاً؛ فقهاء در موارد متعدّدی؛ مانند مسأله ازدواج هم‌زمان با دو خواهر متولد از زنا، به خاطر تعارض نصّ یا ظهور أدله با مذاق و روح شریعت، در قطعیت یا ظهور آن‌ها تردید یا آن‌ها را تأویل کرده‌اند. (حکیم، ۱۴۱۶، ص ۱۴، ص ۲۵۹؛ خوئی، ۱۴۰۴، ص ۱، ص ۴۳۷) به همین خاطر برخی، از تخصیص یا تقیید اطلاقات و عمومات احکام قطعی با مقاصد شریعت سخن گفته‌اند. (ابن قیم، ۱۴۱۷، ص ۳، ۱۱؛ علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۱۲) ثانیاً؛ عناصر و اجزاء اسلام به

مثابه شریعت متعادل و به هم پیوسته، در پی سامان‌دهی رفتار انسان‌اند؛ زیرا از خاستگاه به هم پیوسته‌ای چون فطرت آدمی سرچشمه گرفته‌اند. و فطرت انسانی نیز حقیقتی است که عامل پیوند تمامی رفتارهای او با هم از یک سوی و با هستی متعادل و به هم پیوسته، از سوی دیگر است. بنا بر این «تفرقه در احکام الهی، اعم از واجبات و محرمات و نیز اصول اخلاقی اسلام جائز نیست؛ زیرا ابطال مصالح تشریع، از بین بردن غرض دین و نابودی سعادت حیات انسانی را به دنبال دارد.» (طباطبائی، ۱۴۱۷، ۲، ص ۲۳۴) در همین راستا، از رسول خدا نقل شده است؛ اگر روایتی درون خودش [و به حکم تنقیح مناط و عدم موضوعیت وحدت روایت، یا با گزاره‌های دیگر شریعت، و از جمله مقاصد شریعت] تعارض داشته باشد، از من نیست. (طبرسی، ۱۳۸۵، ص ۱۵۳) بنا بر این امکان وقوعی یا ذاتی اختلاف میان احکام فرعی با هم و آن‌ها با مقاصد کلی، جزئی و خاص و نیز قواعد کلی اسلام پذیرفته نیست. پس مقاصد شریعت، اهداف کلی، جزئی و خاص شارع به شمار می‌روند، خواه دلیل قطعی یا ظاهر بر آن‌ها باشد یا خیر. حتی امکان دارد؛ دلیل قطعی بر خلاف آن باشد، که در این صورت و با فرض قطعیت مقاصد، دلیل قطعی تأویل یا رد می‌شود؛ چون از یک طرف، عقل مستقل یا غیر مستقل غالباً در فهم مقاصد شریعت نقش به سزائی دارد، و از سوی دیگر، در برخی اخبار از ارجاع احادیث به عقل قطعی و رد آن‌ها در فرض مخالفت با حجت عقلی (هاشمی، ۱۴۰۰، ۱۷، ص ۲۴۶؛ مازندرانی، ۱۴۲۴، ۲، ص ۴۱۸) سخن گفته شده است.

اما در مقررات قانونی، «روح قانون» آمده است، که قضات از دیرباز در موارد سکوت، اجمال یا تعارض قانون (ماده ۳ ق.آ.د.م. ۱۳۱۸) و ارکان هیأت دولت (اصل ۱۳۸ ق.ا.ج.ا.ا.) موظف به رعایت و توجه به آن بوده و هستند. با این وجود، قانون‌گذار روح قانون را تعریف نکرده است. به همین دلیل حقوق دانان در این مقام تعبیر مختلفی مانند مقصود قانونگذار، (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱، ص ۱۵۷) معانی و هدفهائی که در پس پرده الفاظ قانون وجود دارد و با نیروی عقل کشف می‌شوند، (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۵۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۰۸) اصول، قواعد حقوقی و حتی نظریه‌های علمی، که پایه و مبنای یک یا چند ماده قانونی هستند، (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۳۳۸؛ امامی، ۱۳۸۱، ۱، ص ۲۳) مبنای اساسی اعتبار حقوقی و منطقی مواد قانونی که مجموعه‌ای از فلسفه حقوق و اهداف و غایات آن و نیز جریان‌بخشی منطقی و عقلانی مفاد قوانین را در خود جمع کرده است (عامری‌نیا، جمادی، ۱۳۹۶، ص ۲۳۳) به کار برده‌اند. با این وصف، مترادف میان مقاصد شریعت و روح قانون دور از ذهن نیست، به‌ویژه که برخی فقیهان هم، مذاق و مصالح شریعت را تعبیر دیگری از روح فقه، معرفی کرده‌اند. (خمینی، ۱۴۲۱، ۴، ص ۴۴۳؛ طباطبائی، ۱۴۲۸، ۲، ص ۶۱)

۲. کارکردها و حجیت مقاصد شریعت گاهی برای تفسیر قانون یا روایتی و گاهی هم به عنوان مبنائی برای استنباط یک حکم فقهی یا قانونی و یا صدور رویه قضائی یا حتی نقض یا رد یک فتوا به کار می‌آید. در این راستا مقاصد، گاهی قطعی و گاهی غیر قطعی هستند. البته نوع اخیر تنها برای نفی فتوای دیگران ارزش دارد و لذا نه تنها ایرادی ندارد، در میان فقیهان شائع هم هست. اما استناد به آن (مقصد غیر قطعی) به منظور اثبات یا استنباط حکم جدید خلاف قواعد مسلم اجتهاد (بی‌اعتباری غیر قطع و ظن خاص در مسیر استنباط) است. (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۱۸) بر همین اساس فقیهان عامه و امامیه، مقاصد شریعت را به خودی خود و از باب مصالح مرسله و یا به اعتبار حجیت سازوکار و مرجع کشف آن؛ یعنی سنت، عقل، سیره متشرعه و امثال آن‌ها معتبر و قابل استناد دانسته‌اند.

۳. مقصود خاص شریعت و قانون در طلاق؛ به استناد سازوکارهای زیر، سخت‌گیری در طلاق و به تعبیری مانع تراشی برای وقوع آن، مقصد و روح شریعت و قانون در این تأسیس است.

۳.۱. اخبار؛ که ذیل چند عنوان، بررسی می‌شوند؛

۳.۱.۱. روایات مربوط به مبعوضت طلاق؛ مانند احادیث امام صادق مشتمل بر معرفی طلاق به عنوان منفورترین حلال، تنفر خداوند از افراد زیاد یا سریع طلاق‌دهنده و خانه‌های محل طلاق. (کلینی، ۱۴۰۷، ۶، ص ۵۴؛ ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ۳، ص ۳۷۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۲۲، ص ۸؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ۲۱، ص ۹۴) با این وصف و از آن‌جا که از یک طرف، سهولت در رخداد طلاق و برداشتن موانع جدائی،

مقدمه طلاق به شمار می‌رود، و از طرف دیگر تنفر به ذی‌المقدمه، تنفر به مقدمه نیز هست، تسهیل در فرایند طلاق ناپسند و سخت‌گیری در آن پسندیده است.

۳، ۱، ۲. روایات ممنوعیت طلاق بدون دلیل؛ مانند خبر امام باقر از رسول خدا که ایشان بعد از مواجهه به سه نفر که بعد از ازدواج، بدون دلیل و بروز هرگونه بدی از ناحیه همسرانشان، آن‌ها را طلاق داده بودند، فرمودند؛ خداوند از هر مرد و یا زن ذواق (زود طلاق‌دهنده) متنفر است و او را لعنت می‌کند. (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ۳، ۳۷۳) این خبر که در برخی متون صحیح به حساب آمده است، (مجلسی اول، ۱۴۰۶، ۹، ص ۴) به‌وضوح مخالفت حضرتشان با طلاق غیر موجه زن و شوهرهای سازگار؛ از جمله طلاق به‌عوض یا حتی توافقی به معنای رایج آن، که قبلاً اشاره گردید و به‌ویژه در فرض شیوع آن با در جامعه و از بین رفتن زشتی آن را نشان می‌دهد.

اشکال؛ علی‌رغم نهمی موجود در این خبر و ظهور آن بر حرمت نفس طلاق یا فراوانی آن در صورت موافقت زوجین، اما اجماع (مبنی بر جواز مطلق طلاق‌ها) بر خلاف آن است، مضاف بر آن که عمومیت آیات و اخبار طلاق نیز با این خبر و حتی اخبار دسته قبل در تعارض است. بنا بر این تنفر و لعن در این جا مفهوم حقوقی ندارند. لذا اولی به معنای دوست نداشتن است و دومی دوری از رحمت خداوند را می‌رساند. (مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ۲۱، ص ۹۳)

پاسخ؛ فارغ از درستی یا نادرستی اشکال، اما ارتباطی با محل بحث ندارد؛ زیرا غرض از نقل خبر بالا، کشف مقصود اصلی شارع در تأسیس طلاق است، که به‌وضوح استنباط می‌شود؛ زیرا اگر غیر از این بود، رسول خدا به‌جای تهدید، دست کم سکوت می‌کردند.

۳، ۱، ۳. روایات مربوط به مبعوضیت برخی مصادیق طلاق خلع؛ مثل حدیث رسول خدا مبنی بر رضایت ندادن خداوند به مجازاتی کمتر از آتش برای شوهرانی که با وادار کردن همسرانشان به طلاق خلع به آن‌ها ضرر می‌رسانند و نیز لعنت همیشگی ایشان، ملائکه، رسولان الهی و همه مردم و نیز حرام بودن بوی بهشت بر زنان مختلعه بدون حق (غیر واقعی). (حر عاملی، ۱۴۰۹، ص ۲۲، ص ۲۸۳-۲۸۲؛ صدوق، ۱۴۰۶، النص، ص ۲۸۵، ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ۲، ص ۱۳۹)

گفتنی است؛ این روایات با جواز طلاق خلع معارض نیستند؛ زیرا در حقیقت، جامعه هدف آن‌ها، افراد سودجو و بدبهره‌بردار است نه آنان که میان‌شان دو سویه یا یک‌طرفه نفرت واقعی و عمیق وجود دارد. در همین راستا برخی خلع را در موارد عدم کراهت واقعی زوجه از زوج و سازگاری اخلاقی ایشان با یک‌دیگر، به دلیل تنافی آن با اصل و استثنائات طلاق مکروه (مجلسی اول، ۱۴۰۶، ۹، ص ۳) و باطل ((طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۲، ص ۳۶۳؛ طباطبائی، ۱۴۰۹، ۲، ص ۴۵۶) دانسته‌اند.

۴، ۱، ۳. روایت مربوط به ظالم نامیدن شوهر طلاق‌دهنده و عدم اجابت دعوت او برای ازدواج مجدد حتی اگر آفازاده باشد؛ مثلاً امام صادق فرمودند؛ دعوت شوهری که به همسر خود ظلم کرده [او را طلاق داده] است و در عین حال برای ازدواج مجدد دعوت گرفته است، نپذیرد. (کلینی، ۱۴۰۷، ۲، ص ۵۱۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۷، ص ۱۲۵؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۴، ۱۲، ص ۱۷۶) به نظر نگارنده، مطابق این روایت، درستی طلاق به‌عوض و توافقی در موارد سازگاری زوجین و جدائی آن‌ها به‌دلایل غیر منطقی نیز به چالشی کشیده می‌شود؛ زیرا در این جا مرد توبیخ شده است و این فقط به آن خاطر است که طلاق، در مسیر نادرست و بدون ضرورت انجام شده است و إلاً وجهی نداشت.

۳، ۲. استقراء در قواعد حاکم بر طلاق و مقایسه آن‌ها با نکاح؛ این قواعد عبارت‌اند از؛

۳، ۲، ۱. متفاوت بودن دلیل بطلان معاطات در طلاق با نکاح معاطاتی؛ برخی معاصرین، جواز طلاق معاطاتی را مخالف أدله شرعی از قرآن و سنت دانسته، گفته‌اند؛ اما نکاح معاطاتی با آنها موافق است منتها ارتکاز متشرعه و تسالم اصحاب آن را تأیید نمی‌کند. (خمینی، ۱۴۲۱، ۱، ص ۲۶۹) بر این اساس، در حقیقت، أدله شرعی، سخت‌گیری و مانع‌تراشی در مسیر طلاق را دنبال می‌کنند که از آن تعبیر به مقصود شریعت در طلاق می‌شود و جواز طلاق به‌عوض یا توافقی و نیز تسهیل در آن، این هدف را تامین نمی‌کند.

اشکال؛ محدودیت مزبور، عرفاً، سخت‌گیری در طلاق به حساب نمی‌آید؛ زیرا طلاق لفظی نیز به آسانی انجام می‌شود.

جواب؛ غرض، انجام نشدن طلاق به‌طور مطلق نیست، بلکه منظور آن است که أدله شرعی، راه‌های گوناگون طلاق را باز نگذاشته و از این جهت، بر زوجین سخت می‌گیرند.

۳، ۲، ۲. اشتراط صحت طلاق به وجود دو شاهد عادل مرد؛ فقهاء (بحرانی، ۱۰، ص ۳۰۴؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ۳۲، ص ۱۰۲؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۱۰؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۶، ص ۱۰-۹) به استناد آیات قرآن و اخبار متواتر و نیز قانون مدنی (ماده ۱۱۳۴) حضور دو شاهد عادل مرد، در زمان اجرای صیغه طلاق، و حتی شناخت شهود از طرفین طلاق (طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۱۰) را شرط صحت طلاق دانسته، گفته‌اند؛ اما ازدواج بدون حضور شاهد هم صحیح است، هر چند در استحباب و نیز ضرورت آن از حیث اثباتی و نه ثبوتی تردیدی نیست. (علامه مجلسی، ۱۴۰۶، ۱۲، ص ۲۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۴، ص ۴۰۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲، ص ۵۱۱)

این تفاوت نیز نشانه سخت‌گیری در طلاق است؛ زیرا بالأخره یافتن شاهد برای طلاق به خصوص در صورت لزوم شناخت او از طرفین، امر دشواری است و دست کم برای مدتی، هر چند اندک، طلاق را به عقب می‌اندازد و راه بازگشت به زندگی و پشیمانی را فراهم می‌کند. اما در ازدواج شاهد خواسته نشده است، تا دشواری آن، ازدواج را به تأخیر نیاندازد.

۳، ۲، ۳. لزوم پرداخت فدیة از سوی زن در طلاق مبارات؛ در موارد تنفر زوجین از یکدیگر، شرط درخواست طلاق از سوی زن پرداخت مبلغی کمتر یا به میزان مهریه است. (سلار، ۱۴۰۴، ص ۱۶۲؛ ابن فهد، ۱۴۰۷، ۳، ص ۵۰۶؛ صیمری، ۱۴۰۸، ۳، ص ۱۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۲، ص ۵۱۱؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۲، ص ۴۷؛ ماده ۱۱۴۷ ق.م.) این اشتراط نیز، در حقیقت نوعی مانع برای طلاق آسان و نشانه‌ای برای تأیید ادعای نوشتار پیش‌رو است، که سخت‌گیری را روح شرع در طلاق می‌داند.

۳، ۲، ۴. وجوب نفقه ایام عدّه رجعی بر شوهر؛ اعم از خوراک و پوشاک. علاوه بر این همسر باید در منزل شوهر زندگی کند و بدون اجازه او از آن‌جا خارج نشود، و شوهر نیز حق ندارد او را از آن‌جا بیرون نماید تا دوران عدّه منقضی شود، مگر آن‌که شوهر یا اهالی منزل اذیت باشند یا بیم خسارتی برای زوجه وجود داشته باشد. (طوسی، ۱۴۰۹، ۸، ص ۱۳۳؛ ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۳۸۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ص ۷۳۷؛ کیدری، ۱۴۱۶، ص ۴۶۷؛ ماده ۱۱۰۹ ق.م.) گفتنی است؛ قرآن حکم اخیر را از حدود الهی به شمار آورده و از آن‌جا که زوج و زوجه با عدم رعایت آن، خود را از مشیت خداوند مبنی بر بازگشت مجدد زندگی گذشته در فضائی صمیمانه محروم می‌کنند، تعدی از آن‌ها هم ظلم به خودشان معرفی کرده است. (طلاق، ۱) در همین راستا برخی اخبار تأکید و توصیه کرده‌اند؛ زن مطلقه، سرمه بکشد، حنا بر موهای خود بگذارد، بدنش را خوش‌بو نماید و هر لباس (زیبائی) که [شوهر] دوست دارد، بپوشد؛ شاید تمایلی در دل شوهر ایجاد شود و به او رجوع کند. (طوسی، ۱۴۰۷، ۸، ص ۱۳۱؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۳، ص ۳۵۱؛ کلینی، ۱۴۰۷، ۶، ص ۹۲؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۲، ص ۲۱۷؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ۲۱، ص ۱۵۷) هدف همه این‌ها، در واقع، ایجاد مانع برای انحلال زندگی مشترک، بازنگه داشتن مسیر برگشت و جلوگیری از دائمی شدن طلاق است، که روح شریعت و قانون در آن محسوب می‌شوند.

۳، ۲، ۵. ایقاع و رضائی بودن رجوع؛ بر این اساس اولاً بازگشت به زندگی سابق، فقط به اراده شوهر وابسته است. و ثانیاً؛ با کوچک‌ترین رفتار نشان دهنده پشیمانی از سوی او و با قصد رجوع، زوجیت برقرار می‌شود و نیازی به گفتن نیست. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ۳۲، ص ۱۸۰؛ مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ ق.م.) این‌ها نشان می‌دهد؛ شریعت اسلام و قانون ایران از انحلال دائمی روابط زناشویی رضایت ندارند و إلاً مسیر بازگشت را تسهیل نمی‌کردند.

۳، ۲، ۶. طراحی شرایطی برای درستی طلاق؛ و آزاد بودن نکاح از این جهت. در فقه (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۳۸۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ص ۷۳۷) به استناد برخی اخبار (کلینی، ۱۴۰۷، ۶، ص ۶۱) و نیز قانون مدنی (مواد ۱۱۴۰، ۱۱۴۱، ۱۱۴۲) علاوه بر شرایط عمومی و مشترک بین نکاح و طلاق (مواد ۱۱۳۵ و ۱۱۳۶ ق.م.) برای طلاق، شرایط اختصاصی هم پیش‌بینی شده است، که فقدان آن‌ها موجب بطلان آن

می‌شود؛ مثل قرار نداشتن زوجه در طهر موقعه، خروج زن از ایام عادت، گذشتن دست کم سه ماه از آخرین نزدیکی در زنان یائسه. این‌ها به‌خوبی از وجود نوعی سخت‌گیری در طلاق حکایت می‌کنند، که نگارنده آن‌را روح شریعت و قانون در طلاق تلقی می‌کند.

۳،۲،۷. ضرورت مراجعه به داور قبل از طلاق؛ مطابق قرآن (نساء، ۳۵) در جایی که بیم جدائی میان زن و شوهر وجود دارد، باید موضوع به حکمیت متشکل از دو نفر خویشاوند نسبی زوجین (یکی از طرف مرد و یکی از طرف زن) واگذار شود. و این، به روشنی، از وجود سخت‌گیری در طلاق حکایت می‌کند؛ زیرا دست کم زمان جدائی را به تأخیر می‌اندازد، خصوصاً که از یک طرف، به داوری خویشاوندان امر شده است، تا زن و شوهر را به صلاح و پذیرش داوری نزدیک‌تر کند. (طباطبایی، ۱۴۱۷، ۴، ص ۳۴۶) و از طرف دیگر، مطابق برخی روایات، داوران اجازه صدور طلاق ندارند، مگر به خواست و اصرار زن و شوهر. (فیض، ۱۴۱۵، ۱، ص ۴۴۹)

۳،۲،۸. احتساب بیشتر طلاق‌ها به عنوان طلاق رجعی؛ فقه و قانون در تقسیم‌بندی طلاق‌ها، به طلاق رجعی و باز گذاشتن فضا برای بازگشتی مجدد و کم‌هزینه زندگی نظر پیش‌تری دارند. بر همین اساس و به‌عنوان نمونه از هر سه طلاق یکی را باین و دو مورد دیگر را رجعی تلقی کرده‌اند. این نکته تا جایی است که در فقه شیعه و قانون ایران سه مرتبه طلاق در یک جلسه و بدون رجوع، یک طلاق و رجعی به حساب می‌آید. (ابن‌زهره، ۱۴۱۷، ص ۳۸۵؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ۳، ص ۷۳۷؛ ماده ۱۱۴۵ ق.م.) در طلاق خلع و مبارات نیز زوجه می‌تواند به فدیة رجوع کند ولی بعد از آن، طلاق رجعی می‌شود و همسر نیز نمی‌تواند زمانی؛ مانند لحظات پایانی ایام عده، فدیة را تقاضا کند، که مهلتی برای بازگشت همسر باقی نماند. این مسائل مستند به اخبار (قمی، ۱۴۰۳، ۱، ص ۷۶-۷۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۲، ص ۲۹۴-۲۹۳) و بعضاً قانون مدنی (ماده ۱۱۴۵) بدون تردید، نشانه سیاست‌گذاری مبتنی بر دوام و بازگشت زندگی سابق و سخت‌گیری در مجموعه قواعد طلاق است.

۳،۳. صراحت قانون اساسی؛ اصل دهم این قانون آشکارا همه قوانین، مقررات و برنامه‌ریزی‌ها را به آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی ملزم کرده است. بنا بر این نباید طلاق آسان و بی‌زحمت انجام شود و به تعبیر دیگر قانون مزبور نیز سخت‌گیری را روح حاکم بر قواعد طلاق می‌داند.

۳،۴. بنای عقلاء و سیره متشرعه؛ در طول تاریخ، عقلاء و به‌ویژه متشرعین؛ طلاق را امر عادی و سهل الوصول، نمی‌دانستند. شاهد آن هم این‌که جمله «طلاق در خانواده ما مرسوم نیست» در میان متدینین بسیار شائع است. با این وجود برخی از «عدم ممانعت سنت‌های اخلاقی و مذهبی با این نوع از طلاق» سخن گفته‌اند، (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۴۲۱-۴۲۰) که پذیرش دشوار است؛ زیرا مفهوم و مصادیق قابل ارزیابی آن‌را معرفی نکرده‌اند.

۳،۵. ملاحظه پیامدهای منفی؛ از آن‌جا که تسهیل و توافقی بودن طلاق قطعاً همه یا یکی از آثار ناپسند زیر را به دنبال دارد. و توجه به پیامدها نیز در کنار موارد قبلی سازوکار کشف مقصود شریعت و قانون محسوب می‌شود، پس، بدون تردید، سخت‌گیری تنها راه کاستن از آمار طلاق و روح حاکم بر احکام آن است.

۱. افسردگی زوجین یا یکی از آن‌ها، و به‌ویژه فرزندان.

۲. تنفر از جنس مخالف و تصمیم بر تجرد دائمی.

۳. برجسب فرزندان طلاق بر اولاد، که عواقب بد ناخوشایندی برای زمان حال و آینده حتی تا مدت‌ها به دنبال می‌آورد.

۴. افزایش آمار طلاق. که امروزه ملموس است و نیازی به ارائه سند ندارد. با این حال، برخی اعتقاد دارند؛ مطابق بررسی‌های میدانی در برخی کشورها، اجازه طلاق توافقی، [دست کم]، بر افزایش طلاق‌ها تأثیری نگذاشته است. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۴۲۱-۴۲۰) اما با فرض درستی آمار ایشان، تنها مربوط به کشور فرانسه و در سال ۱۹۷۶ است ولی در کشورهای دیگر؛ از جمله ایران و نیز فرانسه امروز صادق و به‌روز نیست یا دست کم محل تأمل است، به‌ویژه که رسانه‌های خبری ایران از فاصله زیاد طلاق توافقی با جدائی‌های دیگر خبر می‌دهند.

بنا بر همه گفته‌های بالا، قطعاً سخت‌گیری همان روح حاکم بر طلاق در شرع و قانون ایران به‌شمار می‌رود و مستقلاً یا به‌عنوان اخبار، بنای عقلاء، سیره‌ی مشرعه و غیره حجت است. پس درستی طلاق محل بحث محل تردید است، به‌خصوص که اعمال حقوقی توقیفی‌اند و باید اول مشروعیت آن‌ها در شرع و قانون احراز شود.

إشکال؛ این مسأله، در نهایت، تنها بر حکم تکلیفی و در اندازه کراهت طلاق به‌عوض مؤثر است ولی حکم وضعی (بطلان) یا حتی حرمت آن قابل اصطیاد نیست؛ زیرا بطلان، که به‌خاطر فقدان ماده یا صیغه نهی، از یک طرف، و عدم دلالت نهی بر فساد در معاملات، از طرف دیگر، منتفی است و فقها نیز بر جواز آن اجماع دارند.

جواب؛ علاوه بر آن که نهی به اشکال مختلف در اخبار بالا حدّ اقلّ تا حدّ کراهت وارد شده است، اساساً نیازی به نهی تحریمی صریح نیست؛ زیرا همان‌طور که در مسأله عبادیت عمل، قصد محبوبیت ذاتی کفایت می‌کند، (مظفر، ۱۳۷۵، ۱/۲۹۰؛ خراسانی، ۱۴۰۹، ۱۱۲) در این جا هم تنفّر ذاتی بس است. و در خصوص دلالت نهی بر فساد معاملات نیز در بحث آینده صحبت و اثبات می‌شود، که با وجود نهی صریح یا در حکم آن (تنفّر ذاتی) معامله باطل است. اما نسبت به اجماع، اولاً نگارنده، دست کم در زمان حاضر، عموماً و به‌خصوص در مسأله طلاق به‌عوض و توافقی، به‌خاطر حجّیت روح شریعت و حاکمیت آن بر بقیه منابع از جمله اجماع، آن‌را دلیل نمی‌داند. ثانیاً در مسأله اتفاق نظر معتبری وجود ندارد و قبلاً دیده شد که برخی فقهاء آشکارا به کراهت فتوا دادند.

۴. دلالت نهی بر فساد معامله؛ در این خصوص، دانشمندان علم اصول، با اختلاف آراء، صور مختلفی از چهار تا شش حالت برای نهی تصوّر و بحث کرده‌اند، که در برخی از آن‌ها اختلافی نیست ولی در بعضی دیگر نزاع در گرفته است. در این جا به تناسب موضوع سه حالت مورد بررسی قرار می‌گیرند. منتها قبل از آن گفتنی است؛ در اینجا معامله، معنای خاصّ (عمل حقوقی) دارد و نهی تنزیهی و تحریمی، هر دو مورد نظر است.

۴،۱. معرفی حالات سه‌گانه؛ که عبارت‌اند از:

۱. تعلق نهی به سبب فارغ از حکم مسبّب؛ یعنی تنها از سبب نهی شده، مسبّب و نتیجه آن مورد توجه نیست. به تعبیر دیگر، از سبب به عنوان فردی از افعال حرام نهی شده، سببیت یا مسببیت آن لحاظ نشده است؛ مانند نهی ازظهار، که به عنوان یک عمل حرام صورت گرفته است و سببیت آن برای جدائی یا نتیجه آن متعلق نهی نیست. گفتنی است؛ شاید، طلاق به‌عوض یا توافقی، نیز این گونه باشد؛ زیرا از روایات بالا، به نوعی، تنفّر شارع مقدّس از آن، به عنوان یک عمل حقوقی و فارغ از نتیجه و نیز شیوع طلاق استفاده می‌شود.

۲. تعلق نهی به مسبّب فارغ از حکم سبب؛ در این جا نتیجه حاصل از یک عمل حقوقی منظور قانونگذار بوده است و عمل اطراف محل بحث نیست؛ مانند نهی از مالکیت کفار بر قرآن یا مالکیت مسلمانان بر شراب. در این موارد، سبب موجب این مالکیت، هم چون بیع، هبه، صلح و عقود دیگر یا حتی ایقاعات مرتبط مورد نظر نبوده است، بلکه شارع از چنین مالکیتی متنفّر است، به هر روشی که حاصل شود. البته ممکن است؛ سبب نیز منفور باشد و بیان مزبور ضرورتاً به معنای جواز سبب نیست، بلکه آن‌چه در این جا اولویت دارد، عدم توجه شارع به سبب و تمرکز او بر مسبّب است. به نظر می‌رسد، اگر تطبیق حالت قبل بر طلاق به‌عوض تأیید نشود، به‌طور قطع در این حالت قابل بحث است؛ چون به استناد اخبار بالا قطعاً شارع از جدائی بدون دلیل و کراهت و نیز از سرعت و فراوانی در جدائی متنفر است. به همین خاطر، دست کم، از آن نهی تنزیهی کرده است. شاهد آن هم فتوای فقهاء به کراهت چنین طلاق‌هایی است، که پیش از این گذشت.

۳. تعلق نهی به آثار معامله؛ یعنی تصرف در ثمن یا مضمن. در چنین مواردی غالباً تعبیر به «سحت» شده است، که به نوعی ارشاد و آگاه‌سازی از فساد معامله محسوب می‌شود؛ مانند روایات با مضمون «ثمن العذره أو الخمر سحت». شاید این نوع از نهی، به عقود مالی معوّض اختصاص داشته باشد و قابل تطبیق بر طلاق، به‌عنوان یک ایقاع غیر مالی نباشد. اگر هم این بیان درست نباشد، روایات مسأله تصریح یا

حتی ظهور روشنی در عدم حصول نتیجه (ممنوعیت تصرف زوج در مبلغ دریافتی در قبال طلاق به عوض) ندارند. بنا بر این بحث طلاق به عوض ذیل این نوع، از جهت سنجش حکم وضعی آن با مقاصد شریعت و روح قانون ثمری ندارد.

۴۰۲. دلالت نهی؛ در این خصوص، به شرح زیر اختلاف شده است؛

اول؛ صحت معامله؛ و عدم دلالت نهی بر فساد. اصولیون امامیه (خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۱۸۷؛ مظفر، ۱۳۷۵، ۱، ص ۳۵۵-۳۵۴) و گروهی از عامه (آمدی، ۱۴۰۲، ۲، ص ۱۸۸) صحت معامله به طور مطلق و در هر سه حالت بالا را محتمل دانسته‌اند. ایشان اعتقاد دارند؛ در این سه حالت، نهی به معنای تنفّر شارع مقدّس و قانون‌گذار از سبب است و تأثیری بر حکم وضعی معامله و منافاتی با درستی عمل حقوقی ندارد، به شرط آن که نهی، مقید یا مخصّص اطلاقات و عموماً اذله نباشد، که در این صورت قطعاً علاوه بر تنفر، فساد معامله را نیز در بر دارد؛ زیرا بطلان عمل حقوقی تنها در فرض تناقض در احکام وضعی و تکلیفی خداوند رخ می دهد، که در این جا وجود ندارد. توضیح مطلب آن که اگر دستور خداوند با حکم وضعی (صحت عمل حقوقی) تناقض داشته باشد، نهی موجب فساد است و الا نیست؛ به عنوان مثال اگر گفته شود؛ طلاق بر تو حرام است اما اگر انجام دادی، جدائی حاصل می شود، در اینجا تناقضی نیست. ولی اگر بگوید؛ طلاق بر تو حرام است ولی در عین حال به آن امر می شود، بین حکم تکلیفی و وضعی تناقض پیش می آید. بنا بر این در موارد عدم تناقض، بین حکم تکلیفی و اثر وضعی آن (بطلان) ملازمه ای نیست. در نتیجه، حکم به صحت معامله در عین نهی آبرومندتر است. (رازی، ۱۴۱۲، ۲، ص ۱۹۲؛ غزالی، ص ۲۲۲) با این حال اما بعضی عمومیت آن را نپذیرفته، گفته‌اند؛ در حالت اول؛ اگر اسباب محل بحث، عقلی محسوب شوند، به دلیل امکان جمع بین نهی و صحت معامله، نهی دلالت بر فساد ندارد. ولی اگر شرعی باشند، قطعاً موجب فساد معامله است. اما در حالات دوم و سوم، قطعاً، نهی موجب فساد است. (انصاری، ۱۳۸۳، ۱، ص ۷۵۲)

دوم؛ فساد معامله؛ جمهور عامه و همچنین فقیهان مذهب ظاهری، ضمن اعتقاد به این مبنا، (آمدی، ۱۴۰۲، ۲، ص ۱۸۸) اما تقریرات مختلفی دارند، که عبارت‌اند از؛

۱. معامله از نظر معنا فاسد است نه لغت؛ یعنی موجب جواز تصرف و تحقق آثار خاص آن نمی شود؛ زیرا قطعاً شارع و قانونگذار حکیم از نهی خود غرضی داشته است، که با صحت معامله حاصل نمی شود و اگر هم گفته شود، غرضی در میان نبوده است، خلف لازم می آید و شارع از عمل بدن غرض مبرا هستند. و اگر بنا بر عدم تأثیر وضعی چنین معاملاتی باشد، نقض غرض می شود. (آمدی، ۱۴۰۲، ۲، ص ۱۸۸) این دسته، مضاف بر این استدلال و اجماع، حدیث پیامبر اسلام مبنی بر مردود بودن اعمال مخالف دستورات ایشان و وارد کردن گزاره‌های غیر دینی در دین (ابن حنبل، ۶، ص ۱۴۶؛ بخاری، ۱۴۰۱، ۳، ص ۲۴؛ نیشابوری، ۵، ص ۱۳۲) را دلیل یا نهایتاً مؤید عقیده خود دانسته، گفته‌اند؛ از آن جا که منهی عنه دستور پیامبر و از گزاره‌های دین نیست، مردود؛ یعنی باطل و غیر قابل قبول است.

۲. اساساً معنای حقیقی نهی، انعدام و نابودی منهی عنه است و این، تنها با فساد معامله واقع می شود و الا نهی از حقیقت خود، بدون دلیل خارج می شود. (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱، ص ۸۲) مضاف بر آن که عبد با مخالفتش کافر می شود و خداوند هم از افعال کفار راضی نیست. در نتیجه عمل او نامشروع است. بنا بر این حکم به درستی آن به معنای تأیید فعل کافر و نادرست است. (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱، ص ۸۲)

۳. در صحت معامله؛ مالکیت حقیقی یا حکمی طرفین قرارداد، محجور نبودن و عدم لزوم سبب خاص برای ایجاد رابطه و اثر حقوقی شرط است. این شروط، هر سه یا برخی از آن‌ها، در محل بحث ثابت نیستند؛ زیرا نهی یا مثل بیع قرآن، مالکیت فرد و سلطنت او را منتفی می کند یا ایشان را از تصرفات حقوقی منع می نماید یا مانند جدائی زوجین برای آن سبب خاص پیش‌بینی می کند، که در این صورت هر عملی غیر از آن عقیم است. (نائینی، ۱۳۷۶، ۲، ص ۴۷۲)

۴. نهی به دلالت التزامی یا حتی مطابقی فساد را می رساند؛ زیرا جمع بین نهی و صحت معامله، به نوعی موجب نافرمانی از دستور شارع و نادرست است. (روحانی، ۱۳۸۲، ۳، ص ۱۷۵) توضیح مطلب آن که نهی از معامله؛ بر دو پایه استوار است؛ اول وجود مفسده در خود فعل

و دوم؛ رجوع آن به حق الله به خاطر اطاعت از نهی. اما از جهت اول نهی موجب فساد است؛ زیرا متعلق نهی هم از حیث حدوث و هم در جهت بقاء، به دلیل مفسده ذاتی، منفور شارع است. و اما از جهت دوم؛ تا زمانی که ترمذ از فرمان شارع برقرار است، درستی معامله، افزودن بر ترمذ و نادرست است. بنا بر این نظریه بطلان، به منظور رهائی از ترمذ، منطقی است. (روحانی، ۱۳۸۲، ۳، ص ۱۷۵؛ تبریزی، ص ۳۷)

۵. به عقیده نگارنده چطور می شود که خداوند برای رسیدن به غرض و بر اساس مفساد ذاتی، از عقد یا ایقاعی، نهی کرده یا مثل طلاق به عوض، از آن متنفر باشد، ولی در عین حال صحت آن را بپذیرد؟ آیا این، جز نقض غرض و تعارض میان حکم تکلیفی و وضعی است؟ قطعاً چنین است. بر این اساس شاید طرف داری از مبنای دوم با غرض شارع هم نواتر باشد. بنا بر این طلاق به عوض ذیل هر کدام از سه حالت بالا قرار گیرد، اگر بطلان آن ترجیح نداشته باشد، صحت آن محل تردید است.

اشکال اول؛ ممکن است طلاق به عوض ذیل هیچ کدام از سه حالت بالا نباشد، بلکه یا زیر مجموعه صور دیگری از نهی در معامله قرار گیرد، که به اتفاق آراء موجب فساد نیست. یا اساساً جایگاه آن مشکوک باشد، که در این صورت، به خاطر عمومیت عدم ملازمه بین حکم تکلیفی و وضعی، صحیح است.

جواب؛ در این دو فرض نیز درستی طلاق، اجماعی نیست؛ زیرا به اعتقاد گروهی معنای حقیقی نهی با صحت معامله ناسازگار و موجب نقض غرض است. بنا بر این قاعده اولیه، دلالت نهی بر فساد و به تعبیری عدم ملازمه بین حکم تکلیفی و وضعی است. (زرکشی، ۱۴۲۱، ۲، ص ۱۷۱)

اشکال دوم؛ بر این اساس، نه تنها طلاق به عوض، که درستی طلاق خلع و مبارات یا حتی برخی طلاق های غیر معوض و غیر واجب دیگر نیز محل تردید است. و این نتیجه، علاوه بر مخالفت روشن با آیات متعدد و برخی اخبار طلاق، قائل ندارد.

جواب؛ به عقیده نگارنده، طلاق خارج از موارد واجب آن؛ یعنی ضرورت های پزشکی، اجتماعی و اخلاقی خاص؛ مانند آن که زوجین با فرض ادامه زندگی به گناه یا مشکلات اجتماعی و روانی دیگری مبتلا می شوند، به دلیل حاکمیت مقصود شریعت و قانون، حتی در فرض وجود دلیل قطعی، تخصصاً از أدله طلاق خارج اند و در این موارد در وجود یا دلالت دلیل قطعی، به ترتیب تردید یا تأویل شود. نداشتن قائل هم و حتی شهرت فتوایی بر خلاف هم به تنهایی مانع مناسبی نیست، مگر آن که استدلال نظر نادر و جدید تمام نباشد.

نتیجه گیری

مقصود شریعت و روح قانون، در واقع اهداف کلی، جزئی یا خاص دین و قانون هستند، خواه دلیل قطعی یا ظاهر بر آن ها باشد یا خیر. بر این اساس سخن از اعتبار این مقاصد در مواقع سکوت شارع یا قانون گذار وجهی ندارد، هر چند اتفاقاً در مسأله طلاق به عوض ظاهراً سکوت شده است. با این وصف و در نتیجه مطالعه در سازو کارهای کشف مقاصد شرع و قانون، معلوم می شود؛ در طلاق مقصود، به طور قطع، چیزی جز سخت گیری در مسیر جدائی و تلاش برای بازگرداندن زندگی برهم خورده نیست. بنا بر این اجازه و صحت طلاق به عوض یا توافقی و تسهیل آن به خاطر ناسازگاریش با این مقصود، ناپسند، باطل یا دست کم محل تأمل است. به خصوص که هم تنفر ذاتی کفایت می کند و منع صریح لازم نیست و هم نهی، اعم از تنزیهی و تحریمی، بر فساد عمل حقوقی دلالت دارد.

منابع

۱. آمدی، علی، (۱۴۰۲). الأحکام، بیروت: المکتب الاسلامی.
۲. ابن ابی جمهور، محمد، (۱۴۰۵). غوالی اللثالی، قم: دار سید الشهداء.
۳. ابن ادریس، محمد (۱۴۱۰). السرائر، قم: جامعه مدرسین.
۴. ابن حنبل، أحمد، (بی تا)، مسند. بیروت: دار صادر.
۵. ابن زهره، حمزه، (۱۴۱۷). غنیة النزوع، قم: مؤسسه امام صادق.

۶. ابن فهد، أحمد، (۱۴۰۷). المهذب البار، قم: جامعه مدرسين.
۷. ابن قيم، محمد، (۱۴۱۱). إعلام الموقعين، بيروت: دار الكتب.
۸. اردبيلي، أحمد، (۱۴۰۳). مجمع الفائده و البرهان، قم: جامعه مدرسين.
۹. امامي، حسن، (۱۳۸۱). حقوق مدني، تهران: اسلاميه.
۱۰. انصاري، مرتضى (۱۴۱۵). كتاب النكاح، قم: كنجره شيخ انصاري.
۱۱. انصاري، مرتضى (۱۳۸۳). مطارح الأنظار، قم: مجمع الفكر الاسلامي.
۱۲. بحراني، يوسف، (۱۴۰۵). الحدائق الناضره، قم: جامعه مدرسين.
۱۳. بخاري، محمد، (۱۴۰۱). صحيح، استانبول: دار الفكر.
۱۴. تبريزي، غلامحسين، (بيتا). اصول مهذب، مشهد: چاپخانه طوس.
۱۵. تقی زاده، هادی، (۱۳۹۶). مبانی نظری، سازو کارهای تشخیص و کارکردهای روح قانون، پژوهشنامه حقوق خصوصی، ۸، ۱۵۶-۱۳۶.
۱۶. جعفری، محمدجعفر، (۱۳۸۶). ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۷. حرّ عاملی، محمد، (۱۴۰۹). وسائل الشيعه، قم: آل البيت.
۱۸. حکيم، محسن، (۱۴۱۶). مستمسك العروه، قم: دارالتفسير.
۱۹. خراساني، محمد کاظم، (۱۴۰۹). كفايه. قم: آل البيت.
۲۰. خميني، روح الله، (۱۴۲۱). كتاب البيع، تهران: مؤسسه آثار امام.
۲۱. خوانساري، جمال الدين (بيتا). التعليقات، قم: المدرسه الرضويه.
۲۲. خوئي، أبو القاسم، (۱۴۰۴). مباني عروه (كتاب النكاح)، نجف: لطفی.
۲۳. رازی، فخرالدین، (۱۴۱۲). المحصول، بيروت: الرساله.
۲۴. روحانی، صادق (۱۴۱۲). فقه الصادق، قم: دار الكتاب.
۲۵. ريسوني، أحمد، (۱۳۷۶). اهداف دين از دیدگاه شاطبي، ترجمه حسن اسلامي و محمدعلي أبهری، چاپ أول، قم: دفتر تبلیغات اسلامي.
۲۶. زرگشی، بدرالدین، (۱۴۲۱). البحر المحيط، بيروت: دار الكتب.
۲۷. سبجانی، جعفر، (۱۴۱۴). نظام الطلاق فی الشریعه الإسلامیه، قم: مؤسسه امام صادق.
۲۸. سرخسی، محمد، (۱۴۱۴). اصول، بيروت: دار الكتاب.
۲۹. سلّار، حمزه، (۱۴۰۴). المراسم العلویه، قم: منشورات الحرمین.
۳۰. صدوق، محمد، (۱۴۰۶). ثواب الأعمال، قم: دار الشریف الرضی.
۳۱. صیمری، مفلح، (۱۴۰۸). تلخیص الخلاف، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
۳۲. طباطبائی، محمدحسین، (۱۴۱۷). المیزان، قم: جامعه مدرسين.
۳۳. طباطبائی، محمد کاظم، (۱۴۲۸). عروه، قم: مدرسه امام علی.
۳۴. طبرسی، علی، (۱۳۸۵). مشکاه الأنوار، نجف: المكتبة الحیدریّه.
۳۵. طبسی، نجم الدین، (بیتا). السجن و النفی فی مصادر التشريع الإسلامی، قم: بوستان کتاب.
۳۶. طوسی، محمد، (۱۴۰۷). تهذیب، تهران: دارالکتب.

۳۷. طوسی، محمد، (۱۴۰۰). النهایه، بیروت: دارالکتاب.
۳۸. عامری نیا، محمدباقر، جمادی، علی، (۱۳۹۶). استناد به روح قانون در دادرسی، مطالعات حقوقی، ۱، ۲۵۳-۲۳۳.
۳۹. علیدوست، أبوالقاسم، (۱۳۸۸). استناد فقهی به مذاق شریعت در بوتۀ نقد، حقوق اسلامی، ۲۲، ۳۲-۱۲.
۴۰. غزالی، محمد، (بی‌تا). المستصفی، بیروت: دارالکتب.
۴۱. فیض، محسن، (۱۴۱۵). تفسیر الصّافی، تهران: الصدر.
۴۲. قمی، أبوالقاسم، (۱۴۲۷). رسائل، مشهد: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۳. قمی، علی، (۱۴۰۳). تفسیر، قم: دارالکتاب.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲). خانواده، تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا.
۴۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹). کلیات حقوق، تهران: انتشار با همکاری برنا.
۴۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا.
۴۸. کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۳۵۹). تحریر المجله، نجف: المکتبه المرتضویه.
۴۹. کلینی، محمد، (۱۴۰۷). الکافی، تهران: دارالکتب.
۵۰. کیدری، محمد، (۱۴۱۶). إصباح، تهران: مؤسسه امام صادق.
۵۱. مازندرانی، محمدصالح، (۱۴۲۴). شرح الکافی، تهران: المکتبه الاسلامیه.
۵۲. مجلسی أول، محمدتقی، (۱۴۰۶). روضه المتقین، ج ۹، چاپ دوم، قم: کوشانپور.
۵۳. مجلسی دوم، محمدباقر، (۱۴۰۴). مرآه العقول، تهران: دارالکتب.
۵۴. مجلسی دوم، محمدباقر، (۱۴۰۶). ملاذ الأخیار، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
۵۵. مراغه‌ای، عبدالفتاح، (۱۴۱۷). العناوین، قم: جامعه مدرسین.
۵۶. مظفر، محمدرضا، (۱۳۷۵). اصول الفقه، قم: اسماعیلیان.
۵۷. منتظری، حسینعلی، (۱۴۰۹). کتاب الزکاه، قم: مرکز مطالعات اسلامی.
۵۸. منتظری، حسینعلی، (۱۴۱۷). نظام الحکم فی الإسلام، قم: سرائی.
۵۹. نائینی، محمدحسین، (۱۳۷۶). فوائد الأصول، قم: جامعه مدرسین.
۶۰. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴). جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث.
۶۱. نووی، محیی‌الدین، (بی‌تا)، المجموع، بیروت: دارالفکر.
۶۲. نیشابوری، مسلم، (بی‌تا). صحیح، بیروت: دارالفکر.
۶۳. هاشمی، حبیب‌الله، (۱۴۰۰). منهاج البراعه، تهران: مکتبه الإسلامیه.

Reference

1. Alidoust, Abolqasem, (2009). Criticism of Jurisprudential citation from Shari'ah's viewpoint, Hoghough-e Eslami, vol. 22, Pp. 12-32.[in Persian]
2. Amedi, Ali, (1402). *Al-Ahkam*, Beirut: Al-Maktab Al-Eslami [in Arabic].
3. Amerinia, Mohamadbaqer, & Jamadi, Ali, (2017). Citing the Spirit of Law in Proceedings, Motaale'at-e Hoghoughi, vol. 1, Pp. 233-253. [in Persian]

4. Ansari, Mortaza, (1415). The Book of Marriage, Qom: Kongere-ye Ansari. [in Arabic].
5. Ansari, Mortaza, (2004). Mataare' Al-Anzaar, Qom: Majma' Al-Fekr. [in Arabic].
6. Ardebili, Ahmad, (1403). Majma' Al-Fa'edehva Al-Borhan, Qom: Jaame'eModarresin[in Arabic].
7. Bahrani, Yoosef, (1405). Al-Hadaa'egh Al-Nazereh, Qom: Jaame'eModarresin[in Arabic].
8. Bokhari, Moslem, (1401). Sahih, Istanbul: Dar Al-Fekr.
9. Ebn AbiJomhour, Mohammad, (1405).Ghawali Al-La'ali, Qom: Dar-e Sayyed Al-Shohada[in Arabic].
10. Ebn Edris, Mohammad, (1410). Al-Saraer, Qom: Jaame'eModarresin[in Arabic].
11. Ebn Fahad, Ahmad, (1407). Al-Mahzab Al-Bare', Qom: Jaame'eModarresin[in Arabic].
12. Ebn Hanbal, Ahmad, (No Date), Mosnad. Beirut: Dar-e Sader[in Arabic].
13. Ebn Qayem, Mohammad, (1411). E'laam Al-Moughe'in, Beirut: Dar Al-Kotob [in Arabic].
14. Ebn Zohreh, Hamzeh,(1417).GhaniyehAl-Nozu',Qom:Mo'aseseh Imam Sadeq. [in Arabic].
15. Emaami, Hasan (2002). Civil Rights, Tehran: Eslamiyeh. [in Persian]
16. Feiz, Mohsen, (1415). Tafsir Al-Safi, Tehran: Al-Sadr [in Arabic].
17. Ghazali, Mohammad, (No Date). Al-Mostasfa, Beirut: Dar al-Kotob [in Arabic].
18. Gomi, Ali, (1403). Tafsir,Qom: Daar Al-Ketaab. [in Arabic].
19. Gomi, Abolqasem, (1427). Rasaa'el, Mashhad: Daftar-e Tablighat-e Eslami. [in Arabic].
20. Hakim, Mosen, (1416). Mostamsek Al-Arwah, Qom: Daar Al-Tafsir [in Arabic].
21. Hashemi, Habibollah, (1400). Menhaj Al-Bara'ah, Tehran: Maktabat Al-Eslamyah. [in Arabic].
22. Horr-e Ameli, Mohammad, (1409). Vasaa'el Al-Shi'eh, Qom: Aal Al-Bayt[in Arabic].
23. Hosseini, Sadeq, (1412). Feqh Al-Sadeq, Qom: Daar Al-Ketab[in Arabic].
24. Jafari, Mohammadjafar, (2007). Legal Terminology, Tehran: Ganj-e-Daanesh. [in Persian]
25. Kaidari, Mohammad, (1416). Esbah, Tehran: Mo'asese-ye Imam Sadegh. [in Arabic].
26. Kashef Al-Ghetta', Mohammadhosein, (1980). Tahrir Al-Majaleh, Najaf: Al-Maktabah Al-Mortazaviah. [in Arabic].
27. Katouzian, Naser, (2000). Generalities of Law, Tehran: Sherkat-e Enteshaar in collaboration with Borna. [in Persian].
28. Katouzian, Naser,(2001).General Rules of Contracts,Tehran: Enteshaar with Borna.[in Persian].
29. Katouzian, Naser, (2003). Family, Tehran: Enteshaar with Borna. [in Persian].
30. Katouzian, Naser,(2004).An Introduction to Law, Tehran Enteshaar with Borna.[in Persian].
31. Khansari, Jamaloddin,(No Date).Al-Ta'lighaat, Qom: Al-Madreseh Al-Radzawiyah[in Arabic].
32. Kho'ei, Abolqasem, (1404). Principles of Orwah (Book of Marriage), Najaf: Lotfi[in Arabic].
33. Khomeini, Roohollah, (1421). Ketaab Al-Bay', Tehran: Mo'aseseh Asar-e Emam [in Arabic].
34. Khorasani, Mohammadkazem, (1409). Kefayah. Qom: Aal Al-Bayt[in Arabic].
35. Koleini, Mohammad, (1407). Al-Kaafi, Tehran: Daar Al-Kotob [in Arabic].
36. Majlesi Avval, Mohammadtaqi, (1406). Rouzat Al-Mottaghin, Qom; Koushanbour.[in Arabic].
37. Majlesi Dovvom, Mohammadbaqer,(1404).Meraat Al-Oghoul,Tehran al-Ketaab.[in Arabic].
38. Majlesi Dovvom, Mohammadbaqer, (1406). Mullah Al-Akhyar, Qom: Ayatollah Marashi Library. [in Arabic].
39. Maraghehei, Abdoltattah, (1417). Al-Anavin, Qom: Jaame'eModarresin. [in Arabic].

40. Mazandarani, Mohammad-saleh, (1424). Sharh-e Al-Kaafi, Tehran: Al-Maktabah Al-Eslamiyah. [in Arabic].
41. Montazeri, Hoseinali, (1409). Ketab Al-Zakaat, Qom: Motaaleat-e Eslami. [in Arabic].
42. Montazeri, Hoseinali, (1417). Nezam Al-Hokm Fi Eslaam, Qom: Saraei. [in Arabic].
43. Mozaffar, Mohammadreza, (1996). Principles of Jurisprudence, Qom: Esmaeilian. [in Arabic].
44. Na'ini, Mohammadhosein, (1997). Fava'ed Al-Osoul, Qom: Jaame'e Modarresin. [in Arabic].
45. Najafi, Mohammadhasan, (1404). Javaher Al-Kalaam, Beirut: Dar Ehya' Al-Taras [in Arabic].
46. Neishabouri, Moslem, (No Date). Sahih, Beirut: Dar Al-Fekr [in Arabic].
47. Navvavi, Mohyeddin, (No Date), Al-Majmoo', Beirut: Dar Al-Fekr [in Arabic].
48. Razi, Fakhroddin, (1412). Al-Mahsoul, Beirut: Al-Resaleh [in Arabic].
49. Risouni, Ahmad, (1997). The Aims of Religion from Shatebi's Point of View, translated by Seyed Hassan Eslami and Seyed Mohammad Ali Abhari, 1st ed, Qom: Daftar-e Tablighat-e Eslami. [in Persian].
50. Sadouq, Mohammad, (1406). Savab Al-A'maal, Qom: Daar Al-Sharif Al-Razi [in Arabic].
51. Sarakhsi, Mohammad, (1414). Principles, Beirut: Daar Al-Ketaab. [in Arabic].
52. Seimari, Mofleh, (1408). Talkhis Al-Khalaaf, Qom: Ayatollah Mar'ashi Library [in Arabic].
53. Sobhani, Jafar (1414). Nezaam Al-Talaagh Fi Al-Shari'ah Al-Eslamiah, Qom: Mo'aseseh-ye Emam Sadegh [in Arabic].
54. Tabarsi, Ali, (2006). Meshkah Al-Anwar, Najaf: Al-Maktabah Al-Heidariyeh [in Arabic].
55. Tabasi, Najmoddin, (No Date). Al-Sajn va Al-Nafy Fi Masader Al-Tashri' Al-Eslami, Qom: Boustan-e Ketaab. [in Arabic].
56. Tabatabaei, Mohammadhosein, (1417). Al-Mizaan, Qom: Jaame'e Modarresin. [in Arabic].
57. Tabatabai, Mohammadkazem, (1428). Orwa, Qom: Madreseh-ye Emam Ali. [in Arabic].
58. Tabrizi, Gholamhosein, (No Date). Principles of Politeness, Mashhad: Toos Publications. [in Arabic].
59. Taghizadeh, Hadi, (2017). Theoretical Principles, Recognition Mechanisms and Functions of the Spirit of Law, Journal of Private Law, vol.8, Pp. 136-156. [in Persian].
60. Toosi, Mohammad, (1400). Al-Nahayah, Beirut: Daar Al-Ketaab [in Arabic].
61. Toosi, Mohammad, (1407). Tahzib, Tehran: Daar Al-Kotob. [in Arabic].
62. Zarkashi, Badroddin, (1421). Al-Bahr Al-Mohit, Beirut: Daar Al-Kotob [in Arabic].