



University of Tehran Press

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: mojavi-s@sku.ac.ir

ARTICLE INFO

Article type:
Research Article

Article History:
Received: 27 August 2024
Revised: 10 April 2025
Accepted: 05 August 2025
Published online 21 September 2025

Keywords:
Divorce against Consideration
Prohibition in transactions,
Spirit of Shariah,
Sprit of the law.

ABSTRACT

Regarding the validity of divorce against consideration, the Iranian Civil Code provides no explicit reference. However, in Islamic jurisprudence, Shahid Sani introduced and affirmed the legitimacy of this concept. Following his view, the notion of divorce against consideration—also referred to as divorce against ransom—entered the discourse of family jurisprudence. Some scholars have equated this form of divorce with khul' and mubārāt divorces, while others have upheld its validity while acknowledging its duality with khul' divorce. To reconcile this position, some jurists have attempted to justify it by framing it within other contractual forms. Notably, no scholar has explicitly declared such divorces invalid. Yet, when evaluated through the principles and spirit of Shariah, the possibility of its invalidity emerges. On one hand, the Qur'anic and prophetic teachings on divorce emphasize its gravity and caution against unnecessary separation, which appears inconsistent with the nature of divorce against consideration. This suggests a form of prohibition regarding such divorces. On the other hand, prohibitions in such transactions may themselves be considered invalid—at least in part—when assessed against the broader intent and principles of Shariah.

Cite this article: Molavi, S. (2025). Correctitude of Divorce Against Consideration Shariah (Tradition) and Spirit of The Law. *Islamic Jurisprudential Researches*, 21, (3), 237-249.
<http://doi.org/10.22059/jorr.2025.380232.1009494>



© Authors retain the copyright and full publishing rights.
DOI: <http://doi.org/10.22059/jorr.2025.380232.1009494>

Publisher: University of Tehran Press.



دانشگاه تهران

نشریه پژوهش‌های فقهی

سایت نشریه: <https://jorr.ut.ac.ir/>

شاپا الکترونیکی: ۶۱۹۵-۲۴۲۳

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

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:

پژوهشی

تاریخ‌های مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۶

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۱/۲۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۱۴

تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۰

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 استادان حقوق آن را معادل طلاق توافقی و صحیح دانسته‌اند، به مباحث 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 راه‌هایی هم برای توجیه آن در قالب عقود دیگر یا قرارداد خصوصی پیشنهاد کردند. اما در عین حال کسی به بطلان آن فکر نکرده است؛ با آنکه به نظر می‌رسد توجه به مقصود شریعت و روح قانون و لحاظ آن در مسئله دست کم احتمال آن را نشان می‌دهد. زیرا از یک طرف برآیند همه روایات و احکام طلاق سخت‌گیری در رخداد جدایی 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 با توجه به روح شریعت موجب بطلان است.

کلیدواژه:

روح قانون،

طلاق به عوض،

مقصود شریعت،

نهی در معامله.

استناد: مولوی، سعید (۱۴۰۴). طلاق به عوض در پرتو مقاصد شریعت و روح قانون. پژوهش‌های فقهی ۲۱ (۳)، ص ۲۳۷-۲۴۹.

<http://doi.org/10.22059/jorr.2025.380232.1009494>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

© نویسندگان

DOI: <http://doi.org/10.22059/jorr.2025.380232.1009494>



مقدمه

برخی فقیهان در مباحث خانواده از «طلاق فدیّه»، «طلاق معوض»، یا «طلاق به عوض» سخن گفته‌اند که در قبال پرداخت مبلغی به شوهر انجام می‌شود، بدون آنکه کراهتی وجود داشته باشد. ایشان این نوع طلاق را قسیم خلع و مبارات قرار داده و وجه تمایز آن‌ها را در عنصر کراهت دانسته‌اند. زیرا در خلع و مبارات نوعی تنفر حاکم است. ولی در اینجا چنین عنصری نیست. بر این اساس گفته شده است: «طلاق به عوض آن است که زوج با دادن مبلغی به شوهر طلاق بگیرد، بدون آنکه میان ایشان کدورتی وجود داشته باشد.» (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۵: ۵۶۸؛ پ قمی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۴۵۵؛ سبحانی، ۱۴۱۴: ۳۹۰؛ نووی، بی‌تا، ج ۱۷: ۷؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۸). برخی از حقوق‌دانان نیز با پذیرش همین مبنا گفته‌اند: «طلاق که در آن کراهتی وجود ندارد و معذک روی ضرورتی زن پیشنهاد می‌کند که زوج در برابر گرفتن مالی او را طلاق دهد طلاق به عوض گویند.» (جعفری، ۱۳۸۶: ۲۵۰). اما، در مقابل، مشهور فقیهان امامیه و حتی عامه طلاق به عوض را قسیم و جدای از خلع نمی‌دانند (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۳: ۱۱۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۳۶۳؛ طباطبایی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۴۵۶؛ خوانساری، بی‌تا: ۴۲۰). از منظر حقوقی نیز با آنکه قانون مدنی در این مورد ساکت به نظر می‌رسد برخی استادان احتمال داده‌اند طلاق به عوض از مصادیق طلاق توافقی موضوع ماده ۲۵ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۲) و درست باشد. بنابراین 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.» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۱۹ - ۴۲۲). البته این یکی‌پنداری به نظر نادرست است. چون آنچه ماده یادشده به خصوص قسمت ذیل آن را هدف گرفته توافق زوجین بر تمام موارد برای انجام دادن طلاق است؛ یعنی نسبت به مهریه، فرزندان، نفقه، محل سکونت، و غیره با هم توافق می‌کنند و از یک‌دیگر جدا می‌شوند، درحالی‌که طلاق به عوض غیر از آن است. چون در اینجا زوج بدون کراهتی و حتی با وجود علاقه وافر به همسر خود خواستار طلاق در قبال پرداخت مبلغی پول به شوهر است. به هر حال، به رغم این اختلاف کسی نسبت به درستی آن تردید نکرده و توجیهات مختلفی هم از سوی گروه اول برای آن ارائه شده است که در مقالات متعدد، مانند «بررسی نظریه طلاق معوض» از سید علی قزوینی، 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 صحه گذاشت؟ این مسئله موضوعی است که تاکنون به آن پرداخته نشده است. بر این اساس و از آنجا که بازگویی گفته‌های پیشین ثمره عملی ندارد، نگارنده ضمن توجه به جنبه جامانده بالا درستی این نوع از طلاق را دست‌کم محل تردید می‌داند و در نوشتار پیش رو به آن پرداخته است.

مفهوم مقاصد شریعت و روح قانون

در فقه، منظور از مقاصد شریعت یا «روح قانون» (منتظری، ۱۴۱۷: ۲۱۱)، «مذاق شریعت» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۷۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۱: ۱۵۰ و ۳۳۰، ج ۲: ۳۲۹، ج ۱۵: ۱۹۶، ج ۲۴: ۲۲۲؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج ۴: ۳۶۹)، «جو تشریع» (طیسی، بی‌تا: ۷۰)، و «سیاست اسلام» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۵۶۸) غایت و اسراری است که شارع به هنگام تشریع هر یک از احکام خود وضع کرده است (ریسونی، ۱۳۶۷: ۳۷)؛ خواه دلیل قطعی برای آن وجود داشته باشد خواه وجود نداشته باشد. 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: ۱۳۶). اما این سخن تمام نیست. زیرا اولاً فقها در موارد متعدد، مانند مسئله ازدواج هم‌زمان با دو خواهر متولد از زنا، به خاطر تعارض نص یا ظهور أدله با مذاق و روح شریعت در قطعیت یا ظهور آن‌ها تردید یا آن‌ها را تأویل کرده‌اند (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴: ۲۵۹؛ خویی، ۱۴۰۴، ج ۱: ۴۳۷) و به همین خاطر برخی از تخصیص یا تقييد اطلاقات و عمومات احکام قطعی با مقاصد شریعت سخن گفته‌اند (ابن‌قیم، ۱۴۱۷، ج ۳: ۱۱؛ علی‌دوست، ۱۳۸۸: ۱۲) ثانیاً عناصر و اجزای 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 سو و با هستی متعادل و به هم پیوسته از سوی دیگر است. بنابراین «تفرقه در احکام الهی اعم از واجبات و محرّمات و نیز اصول اخلاقی اسلام جایز نیست. زیرا ابطال

مصالح تشریع از بین بردن غرض دین و نابودی سعادت حیات انسانی را به دنبال دارد.» (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۲۳۴). در همین زمینه، 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: ۱۵۳). بنابراین امکان وقوعی یا ذاتی اختلاف میان احکام فرعی با هم و آن‌ها با مقاصد کلی و جزئی و خاص و نیز قواعد کلی اسلام پذیرفته نیست. پس مقاصد شریعت اهداف کلی و جزئی و خاص شارع به شمار می‌روند، خواه دلیل قطعی یا ظاهر بر آن‌ها باشد خواه نباشد. حتی امکان دارد دلیل قطعی برخلاف 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 به‌سزایی 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، ج ۱۷: ۲۴۶؛ مازندرانی، ۱۴۲۴، ج ۲: 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 هیئت دولت (اصل ۱۳۸ ق.ا.ج.ا.) موظف به رعایت و توجه به آن بوده و هستند. با وجود این، قانونگذار روح قانون را تعریف نکرده است. به همین دلیل حقوقدانان در این مقام تعبیر مختلفی به کار برده‌اند؛ مانند مقصود قانونگذار (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۵۷)، معانی و هدف‌هایی که در پس پرده الفاظ قانون وجود دارد و با نیروی عقل کشف می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۰۸)، اصول و قواعد حقوقی و حتی نظریه‌های علمی که پایه و مبنای یک یا چند ماده قانونی هستند (جعفری، ۱۳۸۲: ۳۳۸؛ امامی، ۱۳۸۱، ج ۱: 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 و جمادی، ۱۳۹۶: ۲۳۳). 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، ج ۴: ۴۴۳؛ طباطبایی، ۱۴۲۸، ج ۲: ۶۱).

کارکردها و حجیت

مقاصد شریعت گاهی برای تفسیر قانون یا روایتی و گاهی هم به عنوان مبنایی برای استنباط یک حکم فقهی یا قانونی یا صدور رویه قضایی یا حتی نقض یا رد یک فتوا به کار می‌آید. در این زمینه مقاصد گاهی قطعی و گاهی غیر قطعی هستند. البته نوع اخیر تنها برای نفی فتوای دیگران ارزش دارد و بنابراین نه‌تنها ایرادی ندارد، در میان فقیهان شایع 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: ۱۸). بر همین اساس فقیهان عامه و امامیه مقاصد شریعت را به‌خودی‌خود و از باب مصالح مرسله یا به اعتبار حجیت سازکار و مرجع کشف آن- یعنی سنت، عقل، سیره متشرعه، و امثال آن‌ها- معتبر و قابل استناد دانسته‌اند.

مقصود خاص شریعت و قانون در طلاق

به استناد سازکارهای زیر، سخت‌گیری در طلاق و به تعبیری مانع‌تراشی برای وقوع آن مقصد و روح شریعت و قانون در این تأسیس است.

اخبار

که ذیل چند عنوان بررسی می‌شود:

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

رخداد طلاق و برداشتن موانع جدایی 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.

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

اشکال: به‌رغم نهی موجود در این خبر و ظهور آن بر حرمت نفس طلاق یا فراوانی آن در صورت موافقت زوجین، اجماع (مبنی بر جواز مطلق طلاق‌ها) برخلاف آن است؛ مضاف بر آنکه عمومیت آیات و اخبار طلاق نیز با این خبر و حتی اخبار دسته قبل در تعارض است. بنابراین تنفر و لعن در اینجا مفهوم حقوقی ندارند. پس، اولی به معنای دوست نداشتن است و دومی دوری از رحمت خداوند را می‌رساند (مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ج ۲۱: ۹۳).

جواب: فارغ از درستی یا نادرستی اشکال، 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 به جای تهدید دست‌کم سکوت می‌کردند.

– 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 و ملائکه و رسولان الهی و همه مردم و نیز حرام بودن بوی بهشت بر زنان مختلعه بدون حق (غیر واقعی) (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۸۲ – ۲۸۳؛ صدوق، ۱۴۰۶، النص: ۲۸۵؛ ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ج ۲: 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 دوسویه یا یک‌طرفه نفرت واقعی و عمیق وجود دارد. در همین زمینه 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، ج ۹: ۳) و باطل (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۳۶۳؛ طباطبایی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۴۵۶) دانسته‌اند.

– روایت مربوط به ظالم نامیدن شوهر طلاق‌دهنده و عدم اجابت دعوت او برای ازدواج مجدد حتی اگر آقازاده باشد؛ مثلاً امام صادق فرمودند دعوت شوهری را که به همسر خود ظلم کرده (او را طلاق داده) است و در عین حال برای ازدواج مجدد دعوت گرفته است نپذیرید (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲: ۵۱۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۷: ۱۲۵؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۴، ج ۱۲: ۱۷۶). به نظر نگارنده، مطابق این روایت، درستی طلاق به‌عوض و توافقی در موارد سازگاری زوجین و جدایی آن‌ها به دلایل غیر منطقی نیز به چالش کشیده می‌شود. زیرا در اینجا مرد توبیخ شده است و این فقط به آن خاطر است که طلاق در مسیر نادرست و بدون ضرورت انجام شده است؛ ولاً وجهی نداشت.

استقرا در قواعد حاکم بر طلاق و مقایسه آن‌ها با نکاح

این قواعد عبارت‌اند از:

– متفاوت بودن دلیل بطلان معاطات در طلاق با نکاح معاطاتی؛ برخی معاصرین جواز طلاق معاطاتی را مخالف ادله شرعی از قرآن و سنت دانسته و گفته‌اند اما نکاح معاطاتی با آن‌ها موافق است؛ منتها ارتکاز متشرعه و تسالم اصحاب آن را تأیید نمی‌کند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۲۶۹). بر این اساس، در حقیقت، ادله 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 تأمین نمی‌کند.

اشکال: محدودیت یادشده عرفاً سخت‌گیری در طلاق به حساب نمی‌آید. زیرا طلاق لفظی نیز به‌آسانی انجام می‌شود.

جواب: غرض انجام نشدن طلاق به طور مطلق نیست، بلکه منظور آن است که ادله شرعی راه های گوناگون طلاق را باز نگذاشته و از این جهت بر زوجین سخت می گیرند.

– اشتراط صحت طلاق به وجود دو شاهد عادل مرد؛ فقها (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۰: ۳۰۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۲: ۱۰۲؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۵۱۰)؛ 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: ۵۱۰) را شرط صحت طلاق دانسته و گفته اند اما ازدواج بدون حضور شاهد هم صحیح است، هرچند در استحباب و نیز ضرورت آن از حیث اثباتی و نه ثبوتی تردیدی نیست (علامه مجلسی، ۱۴۰۶، ج ۱۲: ۲۷؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴: ۴۰۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۵۱۱). این تفاوت نیز نشانه سخت گیری 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، هرچند اندک، طلاق را به عقب می اندازد و راه بازگشت به زندگی و پشیمانی را فراهم می کند. اما در ازدواج شاهد خواسته نشده است تا دشواری آن ازدواج را به تأخیر نیندازد.

– 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: ۱۶۲؛ ابن فهد، ۱۴۰۷، ج ۳: ۵۰۶؛ صیمری، ۱۴۰۸، ج ۳: ۱۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۲: ۵۱۱؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۴۷؛ ماده ۱۱۴۷ ق.م.). این اشتراط نیز در حقیقت نوعی مانع برای طلاق آسان و نشانه ای برای تأیید ادعای نوشتار پیش رو است که سخت گیری را روح شرع در طلاق می داند.

– وجوب نفقة ایام عده 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 کند تا دوران عده منقضی شود، مگر آنکه شوهر یا اهالی منزل اذیت شوند یا بیم خسارتی برای زوجه وجود داشته باشد (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۸: ۱۳۳؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۳۸۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۷۳۷؛ کیدری، ۱۴۱۶: 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 فضایی صمیمانه محروم می کنند تعدی از آن را هم ظلم به خودشان معرفی کرده است (طلاق / ۱). در همین زمینه برخی اخبار تأکید و توصیه کرده اند زن مطلقه سرمه بکشد، حنا بر موهای خود بگذارد، بدنش را خوش بو کند، و هر لباس (زیبایی) که (شوهر) دوست دارد بپوشد؛ شاید تمایلی در دل شوهر ایجاد شود و به او رجوع کند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۸: ۱۳۱؛ طوسی، ۱۴۰۰، ج ۳: ۳۵۱؛ کلینی، ۱۴۰۷، ج ۹۲: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۲: ۲۱۷؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴، ج ۲۱: ۱۵۷). هدف همه این ها، در واقع، ایجاد مانع برای انحلال زندگی مشترک و باز نگه داشتن مسیر برگشت و جلوگیری از دائمی شدن طلاق است که روح شریعت و قانون در آن محسوب می شوند.

– ایقاع و رضایی بودن رجوع؛ بر این اساس اولاً بازگشت به زندگی سابق فقط به اراده شوهر وابسته است و ثانیاً با کوچک ترین رفتار نشان دهنده پشیمانی از سوی او و با قصد رجوع زوجیت برقرار می شود و نیازی به گفتن نیست (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳: ۱۸۰؛ مواد ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹ ق.م.). این ها نشان می دهد شریعت اسلام و قانون ایران از انحلال دائمی روابط زناشویی رضایت ندارند؛ ولاً مسیر بازگشت را تسهیل نمی کردند.

– طراحی شرایطی برای درستی طلاق و آزاد بودن نکاح از این جهت؛ در فقه (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۳۸۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۷۳۷) به استناد برخی اخبار (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶: 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 پیش بینی شده است که فقدان آن ها موجب بطلان آن می شود؛ مثل قرار نداشتن زوجه در طهر واقعه، خروج زن از ایام عادت، گذشتن دست کم سه ماه از آخرین نزدیکی در زنان یائسه. این ها به خوبی از وجود نوعی سخت گیری در طلاق حکایت می کنند که نگارنده آن را روح شریعت و قانون در طلاق تلقی می کند.

– ضرورت مراجعه به داور قبل از طلاق؛ مطابق قرآن (نساء/ ۳۵) در جایی که بیم جدایی 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 سخت گیری در طلاق حکایت می کند. زیرا دست کم زمان جدایی را به تأخیر می اندازد، به خصوص که از

یک طرف به داوری خویشاوندان امر شده است تا زن و شوهر را به صلاح و پذیرش داوری نزدیک‌تر کند (طباطبایی، ۱۴۱۷، ج ۴: ۳۴۶) و از طرف دیگر مطابق برخی روایات داوران اجازه صدور طلاق ندارند، مگر به خواست و اصرار زن و شوهر (فیض، ۱۴۱۵، ج ۱: ۴۴۹).

— احتساب بیشتر طلاق‌ها به عنوان طلاق رجعی؛ فقه و قانون در تقسیم‌بندی طلاق‌ها به طلاق رجعی و باز گذاشتن فضا برای بازگشایی مجدد و کم‌هزینه زندگی نظر بیشتری دارند. بر همین اساس و به عنوان نمونه از هر سه طلاق یکی را بائن 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: ۳۸۵؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۷۳۷؛ ماده ۱۱۴۵ ق.م.ا). 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، ج ۱: ۷۵ - ۷۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۲: ۲۹۳ - ۲۹۴) و بعضاً قانون مدنی (ماده ۱۱۴۵) بدون تردید نشانه سیاست‌گذاری مبتنی بر دوام و بازگشت زندگی سابق و سخت‌گیری در مجموعه قواعد طلاق است.

صراحت قانون اساسی

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

بنای عقلا و سیره متشرعه

در طول تاریخ، عقلا 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 شایع است. با وجود این، برخی از «عدم ممانعت سنت‌های اخلاقی و مذهبی با این نوع از طلاق» سخن گفته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۲۰ - ۴۲۱) که پذیرش دشوار است. زیرا مفهوم و مصادیق قابل ارزیابی آن را معرفی نکرده‌اند.

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 سازکار کشف مقصود شریعت و قانون محسوب می‌شود، 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. برچسب فرزندان طلاق بر اولاد، که عواقب 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. البته برخی اعتقاد دارند مطابق بررسی‌های میدانی در برخی کشورها اجازه طلاق توافقی دست کم بر افزایش طلاق‌ها تأثیری نگذاشته است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۲۰ - ۴۲۱). اما، با فرض درستی آمار ایشان، تنها مربوط به کشور فرانسه و در سال ۱۹۷۶ است. در کشورهای دیگر، از جمله ایران، نیز فرانسه امروز صادق و به‌روز نیست یا دست کم محل تأمل است؛ به‌ویژه که رسانه‌های خبری ایران از فاصله زیاد طلاق توافقی با جدایی‌های دیگر خبر می‌دهند.

بنا بر همه گفته‌های بالا، قطعاً سخت‌گیری همان روح حاکم بر طلاق در شرع و قانون ایران به شمار می‌رود و مستقلاً یا به عنوان اخبار بنای عقلا، سیره متشرعه، 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.

اشکال: این مسئله، در نهایت، تنها بر حکم تکلیفی و در اندازه کراهت طلاق به عوض مؤثر است. حکم وضعی (بطلان) یا حتی حرمت آن قابل اصطیاد نیست. زیرا بطلان به خاطر 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 آنکه نهی به اشکال مختلف در اخبار بالا حداقل تا حد کراهت وارد شده است، اساساً نیازی به نهی تحریمی صریح نیست. زیرا همان طور که در مسئله عبادیت عمل قصد محبوبيت ذاتی کفایت می کند (مظفر، ۱۳۷۵، ج ۱: ۲۹۰؛ خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۱۲) در اینجا هم تنفر ذاتی بس است. در خصوص دلالت نهی بر فساد معاملات نیز در بحث آینده صحبت و اثبات می شود که با وجود نهی صریح یا در حکم آن (تنفر ذاتی) معامله باطل است. اما نسبت به اجماع اولاً نگارنده دست کم در زمان حاضر عموماً و به خصوص در مسئله طلاق به عوض و توافقی به خاطر حجیت روح شریعت و حاکمیت آن بر بقیه منابع، از جمله اجماع، آن را دلیل نمی داند. ثانیاً در مسئله اتفاق نظر معتبری وجود ندارد و قبلاً دیده شد که برخی فقها آشکارا به کراهت فتوا دادند.

دلالت نهی بر فساد معامله

در این خصوص، دانشمندان علم اصول با اختلاف آرا صور مختلفی از چهار تا شش حالت برای نهی تصور و بحث کرده اند که در برخی از آن ها اختلافی نیست. ولی در بعضی دیگر نزاع در گرفته است. در اینجا به تناسب موضوع سه حالت مورد بررسی قرار می گیرند. منتها قبل از آن گفتنی است در اینجا معامله معنای خاص (عمل حقوقی) دارد و نهی تنزیهی و تحریمی هر دو مورد نظر است.

معرفی حالات سه گانه

که عبارت اند از:

۱- تعلّق نهی به سبب فارغ از حکم مسبّب. یعنی تنها از سبب نهی شده و مسبّب و نتیجه آن مورد توجه نیست. به تعبیر دیگر از سبب به عنوان فردی از افعال حرام نهی شده و سببیت یا مسببیت آن لحاظ نشده است؛ مانند نهی ازظهار که به عنوان یک عمل حرام صورت گرفته است و سببیت آن برای جدایی یا نتیجه آن متعلّق نهی نیست. گفتنی است شاید طلاق به عوض یا توافقی نیز این گونه باشد. زیرا از روایات بالا به نوعی تنفر شارع مقدّس از آن به عنوان یک عمل حقوقی و فارغ از نتیجه و نیز شیوع طلاق استفاده می شود.

۲- تعلّق نهی به مسبّب فارغ از حکم سبب؛ در اینجا 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 متنفر است، به هر روشی که حاصل شود، البته ممکن است سبب نیز منفور باشد و بیان یادشده ضرورتاً به معنای جواز سبب نیست، بلکه آنچه در اینجا اولویت دارد عدم توجه شارع به سبب و تمرکز او بر مسبّب است. به نظر می رسد، اگر تطبیق حالت قبل بر طلاق به عوض تأیید نشود، به طور قطع در این حالت قابل بحث است. چون به استناد اخبار بالا قطعاً شارع از جدایی بدون دلیل و کراهت و نیز از سرعت و فراوانی در جدایی متنفر است. به همین سبب دست کم از آن نهی تنزیهی کرده است. شاهد آن هم فتوای فقها به کراهت چنین طلاق هایی است که پیش از این گذشت.

۳- تعلّق نهی به آثار معامله؛ یعنی تصرف در ثمن یا مثنی. در چنین مواردی غالباً تعبیر به «سحت» شده است که به نوعی ارشاد و آگاه سازی از فساد معامله محسوب می شود؛ 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 به عنوان یک ایقاع غیر مالی نباشد. اگر هم این بیان درست نباشد، روایات مسئله تصریح یا حتی ظهور روشنی در عدم حصول نتیجه (ممنوعیت تصرف زوج در مبلغ دریافتی در قبال طلاق به عوض) ندارند. بنابراین بحث طلاق به عوض ذیل این نوع از جهت سنجش حکم وضعی آن با مقاصد شریعت و روح قانون ثمری ندارد.

دلالت نهی

در این خصوص به شرح زیر اختلاف شده است:

- ۱- اول، صحت معامله و عدم دلالت نهی بر فساد. اصولیون امامیه (خراسانی، ۱۴۰۹: ۱۸۷؛ مظفر، ۱۳۷۵، ج ۱: ۳۵۴ - ۳۵۵) و گروهی از عامه (آمدی، ۱۴۰۲، ج ۲: 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 مقدس و قانونگذار از سبب است و تأثیری بر حکم وضعی معامله و منافاتی با درستی عمل حقوقی ندارد، به شرط آنکه نهی مقید یا مخصّص اطلاقات و عمومات ادّله نباشد، که در این صورت قطعاً، علاوه بر تنفّر، فساد معامله را نیز در بر دارد. زیرا بطلان عمل حقوقی تنها در فرض تناقض در احکام وضعی و تکلیفی خداوند رخ می‌دهد که در اینجا وجود ندارد. توضیح مطلب آنکه اگر دستور خداوند با حکم وضعی (صحت عمل حقوقی) تناقض داشته باشد، نهی موجب فساد است، والا نیست؛ مثلاً اگر گفته شود طلاق بر تو حرام است اما اگر انجام دادی جدایی حاصل می‌شود در اینجا تناقضی نیست. ولی اگر بگویند طلاق بر تو حرام است ولی در عین حال به آن امر می‌شود بین حکم تکلیفی و وضعی تناقض پیش می‌آید. بنابراین در موارد عدم تناقض بین حکم تکلیفی و اثر وضعی آن (بطلان) ملازمه‌ای نیست. در نتیجه، حکم به صحت معامله در عین نهی آبرومندتر است (رازی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۱۹۲؛ غزالی، بی‌تا: ۲۲۲). با این حال بعضی عمومیت آن را نپذیرفته و 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، ج ۱: ۷۵۲).
- ۲- دوم، فساد معامله. جمهور عامّه و همچنین فقیهان مذهب ظاهری، ضمن اعتقاد به این مبنا (آمدی، ۱۴۰۲، ج ۲: ۱۸۸)، تقریرات مختلفی دارند که عبارت‌اند از:

۱. معامله از نظر معنا فاسد است نه لغت؛ یعنی موجب جواز تصرف و تحقق آثار خاص آن نمی‌شود. زیرا قطعاً شارع و قانونگذار حکیم از نهی خود غرضی داشته است که با صحت معامله حاصل نمی‌شود و اگر هم گفته شود غرضی در میان نبوده است خلف لازم می‌آید و شارع از عمل بدون غرض مبرا هستند و اگر بنا بر عدم تأثیر وضعی چنین معاملاتی باشد نقض غرض می‌شود (آمدی، ۱۴۰۲، ج ۲: ۱۸۸). این دسته، مضاف بر این استدلال و اجماع، حدیث پیامبر اسلام مبنی بر مردود بودن اعمال مخالف دستورهای ایشان و وارد کردن گزاره‌های غیر دینی در دین (ابن حنبل، بی‌تا، ج ۶: ۱۴۶؛ بخاری، ۱۴۰۱، ج ۳: ۲۴؛ نیشابوری، بی‌تا، ج ۵: ۱۳۲) را دلیل یا نهایتاً مؤید عقیده خود دانسته و گفته‌اند از آنجا که منهی‌عنه دستور پیامبر و از گزاره‌های دین نیست مردود، یعنی باطل و غیر قابل قبول، است.
۲. اساساً معنای حقیقی نهی انعدام و نابودی منهی‌عنه است و این تنها با فساد معامله واقع می‌شود، والا نهی از حقیقت خود، بدون دلیل خارج می‌شود (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۸۲). مضاف بر آنکه عبد با مخالفتش کافر می‌شود 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، ج ۱: 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 می‌کند یا ایشان را از تصرفات حقوقی منع می‌کند یا مانند جدایی زوجین برای آن سبب خاص پیش‌بینی می‌کند که در این صورت هر عملی غیر از آن عقیم است (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۴۷۲).
۴. نهی به دلالت التزامی یا حتی مطابقی فساد را می‌رساند. زیرا جمع بین نهی و صحت معامله به نوعی موجب نافرمانی از دستور شارع و نادرست است (روحانی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۱۷۵). توضیح مطلب آنکه 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 هم در جهت بقا، به دلیل مفسده ذاتی، منفور شارع است. و اما از جهت دوم تا زمانی که تمرّد از فرمان شارع برقرار است درستی معامله افزودن بر تمرّد و نادرست است. بنابراین نظریه

بطلان به منظور رهایی از تمرد منطقی است (روحانی، ۱۳۸۲، ج ۳: ۱۷۵؛ تبریزی، بی تا: ۳۷).

۵. به عقیده نگارنده چطور می شود خداوند برای رسیدن به غرض و بر اساس مفاسد ذاتی از عقد یا ایقاعی نهی کند 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 طرفداری از مبنای دوم با غرض شارع هم نواتر باشد. بنابراین 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 زیرمجموعه صور دیگری از نهی در معامله قرار گیرد که به اتفاق آرا 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. بنابراین قاعده اولیه دلالت نهی بر فساد و به تعبیری عدم ملازمه بین حکم تکلیفی و وضعی است (زرکشی، ۱۴۲۱، ج ۲: 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 قائلی ندارد. جواب: به عقیده نگارنده، طلاق خارج از موارد واجب آن، یعنی ضرورت های پزشکی و اجتماعی و اخلاقی خاص، مانند آنکه 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 ادله طلاق خارج اند و در این موارد در وجود یا دلالت دلیل قطعی به ترتیب تردید یا تأویل شود. نداشتن قائل و حتی شهرت فتوایی برخلاف هم به تنهایی مانع مناسبی نیست، مگر آنکه استدلال نظر نادر و جدید تمام نباشد.

نتیجه

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

منابع

- آمدی، علی (۱۴۰۲). *الأحكام*، بیروت: المکتب الاسلامی.
- أبن أبی جمهور، محمد (۱۴۰۵). *غوالی الثانی*. قم: دار سید الشهداء.
- ابن‌ادریس، محمد (۱۴۱۰). *السرائر*. قم: جامعه مدرسین.
- ابن‌حنبل، احمد (بی‌تا). *مسند*. بیروت: دار صادر.
- ابن‌زهره، حمزه (۱۴۱۷). *غنیة النزوع*. قم: مؤسسه امام صادق.
- ابن‌فهد، أحمد (۱۴۰۷). *المهذب البارع*. قم: جامعه مدرسین.
- ابن‌قیم، محمد (۱۴۱۱). *إعلام الموقعین*. بیروت: دار الکتب.
- اردبیلی، احمد (۱۴۰۳). *مجمع الفائدة و البرهان*. قم: جامعه مدرسین.
- امامی، حسن (۱۳۸۱). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۳۸۳). *مطارح الأنظار*. قم: مجمع فکر الاسلامی.
- _____ (۱۴۱۵). *کتاب النکاح*. قم: کنگره شیخ انصاری.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵). *الحدائق الناضرة*. قم: جامعه مدرسین.
- بخاری، محمد (۱۴۰۱). *صحیح*. استانبول: دار الفکر.
- تبریزی، غلام‌حسین (بی‌تا). *اصول مهذب*. مشهد: چاپخانه طوس.
- تقی‌زاده، هادی (۱۳۹۶). مبانی نظری، سازوکارهای تشخیص و کارکردهای روح قانون. *حقوق خصوصی*، ۸، ۱۳۶ - ۱۵۶.
- جعفری، محمدجعفر (۱۳۸۶). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حرّ عاملی، محمد (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*. قم: آل‌البیت.
- حکیم، محسن (۱۴۱۶). *مستمسک العروه*. قم: دارالتفسیر.
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹). *کفایه*. قم: آل‌البیت.
- خمینی، روح‌الله (۱۴۲۱). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه آثار امام.
- خوانساری، جمال‌الدین (بی‌تا). *التعلیقات*. قم: المدرسه الرضویه.
- خویی، أبوالقاسم (۱۴۰۴). *مبانی عروه (کتاب النکاح)*. نجف: لطفی.
- رازی، فخرالدین (۱۴۱۲). *المحصول*. بیروت: الرساله.
- روحانی، صادق (۱۴۱۲). *فقه الصادق*. قم: دار الکتب.
- ریسونی، أحمد (۱۳۷۶). *اهداف دین از دیدگاه شاطبی*. مترجم: حسن اسلامی و محمدعلی ابهری. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- زرکشی، بدرالدین (۱۴۲۱). *البحر المحیط*. بیروت: دار الکتب.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۴). *نظام الطلاق فی الشریعه الاسلامیه*. قم: مؤسسه امام صادق.
- سرخسی، محمد (۱۴۱۴). *اصول*. بیروت: دار الکتب.
- سّار، حمزه (۱۴۰۴). *المراسم العلویه*. قم: منشورات الحرمین.
- صدوق، محمد (۱۴۰۶). *ثواب الأعمال*. قم: دار الشریف الرضی.
- صیمری، مفلح (۱۴۰۸). *تلخیص الخلاف*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۴۱۷). *المیزان*. قم: جامعه مدرسین.
- طباطبایی، محمدکاظم (۱۴۲۸). *عروه*. قم: مدرسه امام علی.
- طبرسی، علی (۱۳۸۵). *مشکاه الأنوار*. نجف: المکتبه الحیدریه.
- طیبسی، نجم‌الدین (بی‌تا). *السجن و النقی فی مصادر التشريع الاسلامی*. قم: بوستان کتاب.
- طوسی، محمد (۱۴۰۰). *النهایه*. بیروت: دارالکتب.
- _____ (۱۴۰۷). *تهذیب*. تهران: دارالکتب.
- عامری‌نیا، محمدباقر و جمادی، علی (۱۳۹۶). استناد به روح قانون در دادرسی. *مطالعات حقوقی*، ۱، ۲۳۳ - ۲۵۳.
- علی‌دوست، أبوالقاسم (۱۳۸۸). استناد فقهی به مذاق شریعت در بوتۀ نقد. *حقوق اسلامی*، ۲۲، ۱۲ - ۳۲.

- غزالی، محمد (بی تا). *المستصفی*. بیروت: دارالکتب.
- فیض، محسن (۱۴۱۵). *تفسیر الصافی*. تهران: الصدر.
- قمی، ابوالقاسم (۱۴۲۷). *رسائل*. مشهد: دفتر تبلیغات اسلامی.
- قمی، علی (۱۴۰۳). *تفسیر*. قم: دارالکتاب.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). *کلیات حقوق*. تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا.
- _____ (۱۳۸۰). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا.
- _____ (۱۳۸۲). *خانواده*. تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا.
- _____ (۱۳۸۳). *مقدمه علم حقوق*. تهران: شرکت انتشار با همکاری برنا.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). *تحریر المجله*. نجف: المکتبه المرتضویه.
- کلینی، محمد (۱۴۰۷). *الکافی*. تهران: دارالکتب.
- کیدری، محمد (۱۴۱۶). *اصباح*. تهران: مؤسسه امام صادق.
- مازندرانی، محمدصالح (۱۴۲۴). *شرح الکافی*. تهران: المکتبه الاسلامیه.
- مجلسی اول، محمدتقی (۱۴۰۶). *روضه المتقین*. ج ۲. قم: کوشانبور.
- مجلسی دوم، محمدباقر (۱۴۰۴). *مرآه العقول*. تهران: دارالکتب.
- _____ (۱۴۰۶). *ملاذ الأخیار*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- مراغه ای، عبدالفتاح (۱۴۱۷). *العناوین*. قم: جامعه مدرسین.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵). *اصول الفقه*. قم: اسماعیلیان.
- منتظری، حسین علی (۱۴۰۹). *کتاب الزکاه*. قم: مرکز مطالعات اسلامی.
- _____ (۱۴۱۷). *نظام الحکم فی الاسلام*. قم: سرایی.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الأصول*. قم: جامعه مدرسین.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث.
- نووی، محیی الدین (بی تا). *المجموع*. بیروت: دارالفکر.
- نیشابوری، مسلم (بی تا). *صحیح*. بیروت: دارالفکر.
- هاشمی، حبیب الله (۱۴۰۰). *منهاج البراعه*. تهران: مکتبه الإسلامیه.
- Alidoust, A. (2009). Criticism of Jurisprudential citation from Shari'ah's viewpoint. *Hoghough-e Eslami*, Vol. 22, 12-32. (in Persian)
- Amedi, A. (1981). *Al-Ahkam*. Beirut: Al-Maktab Al-Eslami. (in Arabic)
- Amerinia, M. & Jamadi, A. (2017). Citing the Spirit of Law in Proceedings. *Motaale'at-e Hoghoughi*, Vol. 1, 233-253. (in Persian)
- Ansari, M. (1994). *The Book of Marriage*. Qom: Kongere-ye Ansari. (in Arabic)
- (2004). *Mataare' Al-Anzaar*. Qom: Majma' Al-Fekr. (in Arabic)
- Ardebili, A. (1982). *Majma' Al-Fa'edahva Al-Borhan*. Qom: Jaame'eModarresin. (in Arabic)
- Bahrani, Y. (1984). *Al-Hadaa'egh Al-Nazereh*. Qom: Jaame'eModarresin. (in Arabic)
- Bokhari, M. (1981). *Sahih*. Istanbul: Dar Al-Fekr.
- Ebn-AbiJomhour, M. (1984). *Ghawali Al-La'ali*. Qom: Dar-e Sayyed Al-Shohada. (in Arabic)
- Ebn-Edris, M. (1989). *Al-Saraer*. Qom: Jaame'eModarresin. (in Arabic)
- Ebn-Fahad, A. (1986). *Al-Mahzab Al-Bare'*. Qom: Jaame'eModarresin. (in Arabic)
- Ebn-Hanbal, A. (n.d.). *Mosnad*. Beirut: Dar-e Sader. (in Arabic)
- Ebn-Qayem, M. (1990). *E'laam Al-Moughe'in*. Beirut: Dar Al-Kotob. (in Arabic)
- Ebn Zohreh, H. (1996). *GhaniyehAl-Nozu'*. Qom: Mo'aseseh Imam Sadeq. (in Arabic)
- Emaami, H. (2002). *Civil Rights*. Tehran: Eslamiyeh. (in Persian)
- Feiz, M. (1994). *Tafsir Al-Safi*. Tehran: Al-Sadr. (in Arabic)
- Ghazali, M. (n.d.). *Al-Mostasfa*. Beirut: Dar al-Kotob. (in Arabic)
- Gomi, A. (1982). *Tafsir*. Qom: Daar Al-Ketaab. (in Arabic)
- Gomi, A. (2006). *Rasaa'el*. Mashhad: Daftar-e Tablighat-e Eslami. (in Arabic)
- Hakim, M. (1995). *Mostamsek Al-Arwah*. Qom: Daar Al-Tafsir. (in Arabic)
- Hashemi, H. (1979). *Menhaj Al-Bara'ah*. Tehran: Maktabat Al-Eslamyah. (in Arabic)
- Horr-e Ameli, M. (1988). *Vasaa'el Al-Shi'eh*. Qom: Aal Al-Bayt. (in Arabic)

- Hosseini, S. (1991). *Feqh Al-Sadeq*. Qom: Daar Al-Ketab. (in Arabic)
- Jafari, M. (2007). *Legal Terminology*. Tehran: Ganj-e-Daanesh. (in Persian)
- Kaidari, M. (1991). *Esbah*. Tehran: Mo'asese-ye Emam Sadegh. (in Arabic)
- Kashef Al-Ghetta', M.H. (1980). *Tahrir Al-Majaleh*. Najaf: Al-Maktabah Al-Mortazaviah. (in Arabic)
- Katouzian, N. (2000). *Generalities of Law*. Tehran: Sherkat-e Enteshaar in collaboration with Borna. (in Persian)
- (2001). *General Rules of Contracts*. Tehran: Enteshaar with Borna. (in Persian)
- (2003). *Family*. Tehran: Enteshaar with Borna. (in Persian)
- (2004). *An Introduction to Law*. Tehran: Enteshaar with Borna. (in Persian)
- Khansari, J. (n.d.). *Al-Ta'lighaat*. Qom: Al-Madreseh Al-Radzawiyah. (in Arabic)
- Kho'ei, A. (1983). *Principles of Orwah (Book of Marriage)*. Najaf: Lotfi. (in Arabic)
- Khomeini, R. (2000). *Ketaab Al-Bay'*. Tehran: Mo'aseseh Asar-e Emam. (in Arabic)
- Khorasani, M.K. (1988). *Kefayah*. Qom: Aal Al-Bayt. (in Arabic)
- Koleini, M. (1987). *Al-Kaafi*. Tehran: Daar Al-Kotob. (in Arabic)
- Majlesi Avval, M.T. (1986). *Rouzat Al-Mottaghin*. Qom; Koushanbour. (in Arabic)
- Majlesi Dovvom, M.B. (1984). *Meraat Al-Oghoul*. Tehran al-Ketaab. (in Arabic)
- (1986). *Mullah Al-Akhyar*. Qom: Ayatollah Marashi Library. (in Arabic)
- Maraghehei, A. (1996). *Al-Anavin*. Qom: Jaame'eModarresin. (in Arabic)
- Mazandarani, M.S. (2003). *Sharh-e Al-Kaafi*. Tehran: Al-Maktabah Al-Eslamyah. (in Arabic)
- Montazeri, H.A. (1989). *Ketab Al-Zakaat*. Qom: Motaaleat-e Eslami. (in Arabic)
- (1996). *Nezam Al-Hokm Fi Eslaam*. Qom: Saraei. (in Arabic)
- Mozaffar, M.R. (1996). *Principles of Jurisprudence*. Qom: Esmaeilian. (in Arabic)
- Na'ini, M.H. (1997). *Fava'ed Al-Osoul*. Qom: Jaame'eModarresin. (in Arabic)
- (1984). *Javaher Al-Kalaam*. Beirut: Dar Ehya' Al-Taras. (in Arabic)
- Neishabouri, M. (n.d.). *Sahih*. Beirut: Dar Al-Fekr. (in Arabic)
- Navvavi, M. (n.d.). *Al-Majmoo'*. Beirut: Dar Al-Fekr. (in Arabic)
- Razi, F. (1991). *Al-Mahsoul*. Beirut: Al-Resaleh. (in Arabic)
- Risouni, A. (1997). *The Aims of Religion from Shatebi's Point of View*. translated by Seyed Hassan Eslami & Seyed Mohammad-Ali Abhari. Qom: Daftar-e Tablighat-e Eslami. (in Persian)
- Sadouq, M. (1986). *Savab Al-A'maal*. Qom: Daar Al-Sharif Al-Razi. (in Arabic)
- Sarakhsi, M. (1993). *Principles*. Beirut: Daar Al-Ketaab. (in Arabic)
- Seimari, M. (1988). *Talkhis Al-Khalaaf*. Qom: Ayatollah Mar'ashi Library. (in Arabic)
- Sobhani, J. (1993). *Nezaam Al-Talaagh Fi Al-Shari'ah Al-Eslamiah*. Qom: Mo'aseseh-ye Emam Sadegh. (in Arabic)
- Tabarsi, A. (2006). *Meshkah Al-Anwar*. Najaf: Al-Maktabah Al-Heidariyeh. (in Arabic)
- Tabasi, N. (n.d.). *Al-Sajn va Al-Nafy Fi Masader Al-Tashri' Al-Eslami*. Qom: Boustane Ketaab. (in Arabic)
- Tabatabaei, M.H. (1996). *Al-Mizaan*. Qom: Jaame'eModarresin. (in Arabic)
- (2007). *Orwa*. Qom: Madreseh-ye Emam Ali. (in Arabic)
- Tabrizi, Gh.H. (n.d.). *Principles of Politeness*. Mashhad: Toos Publications. (in Arabic)
- Taghizadeh, H. (2017). Theoretical Principles, Recognition Mechanisms and Functions of the Spirit of Law. *Journal of Private Law*, Vol. 8, 136-156. (in Persian)
- Toosi, M. (1979). *Al-Nahayah*. Beirut: Daar Al-Ketaab. (in Arabic)
- (1986). *Tahzib*. Tehran: Daar Al-Kotob. (in Arabic)
- Zarkashi, B. (2000). *Al-Bahr Al-Mohit*. Beirut: Daar Al-Kotob. (in Arabic)