

## بازکاوی وضعیت شرط عدم رجوع از طلاق رجعی در فقه امامیه و حقوق ایران

امین امیر حسینی\*

احسان علی اکبری\*\*

### چکیده

یکی از مسائلی که در فقه امامیه و حقوق ایران محل بحث و زمینه تشتت آرای قضات را فراهم آورده موضوع رجوع در طلاق است که به عنوان حقی برای مرد در طلاق‌های رجعی در نظر گرفته شده است. در همین راستا در صورتی که زوجه ضمن عقد لازمی بر مرد شرط نماید که مرد بعد از طلاق رجعی، حق رجوع نداشته باشد و نتواند حق خود را اعمال نماید، سؤال این است که آیا وضعیت این شرط از حیث صحت و بطلان چگونه است؟ نگارندگان در مقال حاضر به روش تحلیلی - توصیفی با مطالعه مبانی و ادله معتقدند: گرچه برخی رجوع را حق مرد دانسته و بر همین اساس به علت ماهیت حق، آن را قابل اسقاط می‌دانند، ماهیت حقوقی و فقهی رجوع حکم بوده و جزو قواعد امری است لذا شرط خلاف آن باطل به نظر می‌رسد و اسقاط مالم یجب تلقی می‌شود. فحص از ادله نیز حکم بودن رجوع در طلاق که منطوق روایات است، را منعکس می‌نماید. از طرفی امکان اسقاط رجوع، هم چنین برخلاف لزوم عنایت و توجه به مصالح خانواده مستفاد از ادله است.

**کلیدواژه‌ها:** رجوع از طلاق، طلاق رجعی، ماهیت رجوع در طلاق رجعی

\* دانشجوی دکتری حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران، amin181170@chmail.ir  
\*\* استادیار فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول)، e.aliakbari@ahl.ui.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۲/۱۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۱۳

## ۱. مقدمه

حقوق به زندگی اجتماعی انسان توجه دارد. (مهرپور، عیسایی تفرشی، ابدالی، ۱۳۸۰، ۱۲۵) خانواده نیز از جنبه‌های اجتماعی زندگی انسان است که در همین راستا با عقد نکاح بین زن و مرد، خانواده شکل می‌گیرد. علوم مختلف از جمله فقه و قانون قواعدی و احکامی را برای حمایت و حراست از بنیان خانواده تقنین و تشریح نموده‌اند. (مهرپور، ۱۳۷۱ و ۱۳۷۲، ۱۰۹) بر این اساس است که، پس از وقوع عقد نکاح، زن و شوهر به حکم قانون، حقوق و تکالیف اعم از مالی و غیر مالی در برابر هم می‌یابند. (قنبرپور، نقیعی، ۱۳۹۴، ۱۰۸)

برقراری عدالت اجتماعی نیز که هدف اصلی هر نظام حقوقی است، در گرو رسیدگی کامل به حقوق زیان دیده و احقاق حق او است. (سبحانی، امیرحسینی، ۱۳۹۶، ۷۰) اختلاف تکوینی مرد و زن در تبیین حقوق و تکالیف ایشان مؤثر است. (سبحانی، امیرحسینی، روشن، ۱۳۹۵، ۲۰۵؛ صفایی، فدایی، امیرحسینی، ۱۳۹۵، ۱۳۸) هم‌چنین علی‌رغم عدم توجه جوامع غربی به حقوق زن در گذشته، اسلام در این باب، دارای رویکردی حمایتی از زن بوده است. (علی اکبری بابوکانی؛ امیرحسینی، ۱۳۹۶، ۱۱۲) و با توجه به اهمیت خانواده و نقش اساسی آن در تشکیل جوامع بشری و ضرورت توجه به استحکام خانواده، در مواجهه با مسائل آن تسامح و تساهل جایز نیست. (صادقی مقدم، امیرحسینی، ۱۳۹۴، ۳۴۱) در همین راستا در حقوق اسلام، و ایران، زوجین در زندگی زناشویی وظایف معینی نسبت به یکدیگر دارند. (انصاری پور، صادقی مقدم، ۱۳۸۴، ۱) در عرصه بین‌المللی نیز همین رویکرد مشاهده می‌گردد. هر چند امروزه در سطح بین‌المللی، تلاش‌های گسترده‌ای برای برقراری تساوی بین زن و مرد و اعطای شخصیت مستقل به خانواده صورت گرفته است: (مهرپور، ۱۳۷۸، ۳۵؛ صادقی مقدم، ۱۳۹۱، ۵۵) با نگاهی جامع به نظام حقوقی اسلام می‌توان دریافت که زن دارای شخصیتی مستقل و اهلیت است. (مهرپور، غنی زاده، ۱۳۹۱، ۳۰۳) لذا برای مرد در مقابل زن نیز تعهدات و تکالیفی در نظر گرفته شده است. (افتخار جهرمی، داودی، ۱۳۹۰، ۹)

بر اساس ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ که مقرر می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زندگی دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زنی سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها یا یکدیگر غیر قابل تحمل شود زن وکیل و وکیلدرتوکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط

در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد.» لذا بر همین اساس است که طرفین عقد نکاح می‌توانند هر شرطی را در ضمن عقد نکاح یا هر عقد دیگری، مورد توافق قرار دهند؛ مشروط بر آنکه مخالف با مقتضای ذات عقد نکاح نباشد. لذا ویژگی اساسی شروط مزبور آن است که بطور مستقیم، ارتباطی با انعقاد یا آثار اساسی عقد ندارد. (حاجیعلی، ۱۳۹۱، ۷)

یکی از این شروط را باید شرط عدم رجوع در طلاق دانست که بر اساس آن مرد ضمن عقد نکاح متعهد می‌گردد تا در صورتی که زوجه را طلاق بدهد، حق رجوع در طلاق را نداشته باشد و این حق را از خود اسقاط کند.

حال بر این اساس سؤال اساسی آن است که آیا زن می‌تواند زوج را ملزم به عدم رجوع در طلاق نماید؟ آیا این شرط خلاف حکم خداوند و مخالف قرآن و سنت است؟ در صورتی که شرط مزبور را موافق قرآن و سنت و قانون بدانیم، می‌توان حکم به صحت آن داد یا حتی در صورتی که مخالفت صریحی با قرآن و سنت نباشد باید حکم به عدم صحت آن داد. در مقابل در صورت وجود مخالفت قرآن و سنت، حکم به عدم صحت اقوی می‌نماید. در مقاله حاضر در پی بازکاوی مبانی و ادله‌ی دیدگاه‌ها و نظریات حقوقدانان و فقها در پاسخ به این سؤال و پیشنهاد مقررهای قانونی در مسیر رفع اجمال و عدم نص در امکان یا عدم اسقاط حق رجوع در طلاق رجعی هستیم.

## ۲. مبانی نظری پژوهش

در این راستا به تبیین مفاهیمی نظیر طلاق، شرط و ... پرداخته خواهد شد.

### ۱.۲ طلاق و رجوع

با عنایت به لحن روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» یا روایت «انما یملک الطلاق من اخذ بالساق» (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ۲۶۷) می‌توان دریافت که وفق روایت مزبور، اختیار طلاق به دست مرد است. (احسائی، ۱۴۰۵، ج ۱، ۲۳۴، حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ۳۳۲، ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ۶۷۳، رایگان، ۱۳۹۱، ۸۹) و مرد می‌تواند آن را اعمال کند. حتی می‌توان از اطلاق روایات دریافت که طلاق دادن زوجه توسط مرد نیازمند دلیل موجهی هم نیست. (مهرپور، ۱۳۷۱، ۲۷) رجوع بر اساس ماده ۱۱۴۸ ق.م.منظور امکان برگشتن به علقه

نکاح را در طلاق رجعی گویند. ماهیت حقوقی رجوع ایقاع است و صرفاً به اراده شوهر واقع می‌شود و از حقوق مربوط به شخصیت اوست. (کاتوزیان، مدنی در نظم کنونی، ص ۶۹۶)

## ۲.۲ شرط

شرط در لغت عبارت است از چیزی که به واسطه آن، ملزم و ملتزم می‌شود. (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۲۷) به عبارت دیگر باید اذعان داشت ملزم کردن کسی به چیزی و ملتزم شدن دیگری به آن در قرارداد خرید و فروش همانند آن، رط نام دارد. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۷، ۳۲۹) لذا شرط به طور غالب بر امری که در ضمن قرارداد بدان تعهد شده است، اطلاق می‌گردد. (سیدی علوی، ۱۳۸۲، ۷۸) برخی از فقها نیز بیان می‌دارند معنای شرط در اطلاقات یکی از دو معنای عرفی است؛ که معنای نخست آن، همان حدیثی است که در لغت گذشت و معنای دوم آن عبارت از چیزی است که از نبودن آن، عدم دیگری لازم می‌آید؛ بدون این که از وجود آن، وجود دیگری لحاظ گردد. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ۱۳) با بررسی ادله و منابع فقهی می‌توان دریافت که مفهوم شرط در عرف و در لغت، همان معنای حدیثی است و سایر معانی شرط نیز بدان باز می‌گردد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ۱۰۶، ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ۶۲، اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۱۰۹، موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۷، ۲۹۷، سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ۲۱۶) به علاوه باید اذعان داشت که شرط را به اعتبارهای مختلف نظیر ارتباط آن با عقد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ۲۵۲، نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ۱۲۳، موسوی خویی، ۱۴۱۸، ج ۷، ۳۵۲، جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۳۸۰، موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۲، ۳۷۶) و تأثیر آن در عقد یا به اعتبار موضوع (امامی، ۱۳۸۱، ج ۴، ۳۷۳، مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۳، ۱۷۱) و چگونگی بیان اراده تقسیم نموده‌اند.

## ۳. بررسی دیدگاه‌ها پیرامون ماهیت جواز رجوع در طلاق رجعی؛ [حق یا حکم]

در بادی امر باید اذعان داشت که طلاق رجعی، طلاق است که شوهر می‌تواند در مدت عده به طلاق رجوع بنماید و نکاح را به حال نخست برگرداند. به همین اعتبار، طلاق مزبور را طلاق رجعی در مقابل طلاق بائن گویند. (موسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، فرهنگ

فقه، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۲۰۵؛ مشکینی، ۱۴۳۱ق، ص ۳۵۷) ماده «۱۱۴۸» قانون مدنی در این باب اشعار می‌دارد: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است». طلاق رجعی در مورد زنی است که یائسه نبوده و شوهر با او نزدیکی کرده باشد. مدت عده باعتبار وضعیت زن چنانکه بعداً دیده می‌شود فرق می‌کند، و گاه سه طهر و گاه دیگر سه ماه و چنانچه زن حامله باشد تا وضع حمل است. در هر یک از سه مورد شوهر میتواند در مدت عده از طلاق رجوع نماید و نکاح را بحالت اول عودت دهد.

چنانچه ماهیت رجوع در طلاق رجعی از نظر تحلیلی مورد مطالعه قرار گیرد، یکی از دو دیدگاه زیر وجودا خواهد داشت:

۱. در طلاق رجعی، نکاح به وسیله صیغه طلاق منحل می‌گردد؛ ولی قانون به جهات اجتماعی تمامی احکام زوجیت را در مدت عده جاری می‌داند و به شوهر نیز اجازه می‌دهد که بتواند از طلاق رجوع کند. بر همین اساس باید مطلقه رجعی را در حکم همسر مرد دانست؛ چنانکه این مهم در فقه با عنوان قاعده «مطلقه الرجعیه کالزوجه دائماً» مطرح است (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۲۲۹؛ موسوی خویی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۲۷۸). لذا در این راستا باید گفت که این حق برای زوج وجود دارد و لذا باید بر اساس مواد قانون مدنی، امکان رجوع را حق زوج دانست.

عده‌ای از فقهاء بر آنند که جواز رجوع حکم است (تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۳۹۴؛ صافی، ج ۲، ص ۵۱۷؛ موسوی گلپایگانی، ج ۲، ص ۴۱۳؛ سبزواری، مهذب الأحکام، ج ۲۶، ص ۱۷۴؛ سیستانی، منهاج الصالحین، ج ۳، ص ۱۶۵) و لذا برخی از حقوقدانان را اعتقاد بر آن است که نظر به روح مقررات قانون مدنی و نیز مواد مربوط به نکاح استنباط می‌شود که رجوع در طلاق از قوانین آمره است و برای برقراری نظم اجتماعی تأسیس شده است. بنابراین کلمه «حق» در ماده «۱۱۴۸» ق.م در معنی حقیقی خود استعمال نشده است. بدین جهت قابل اسقاط از طرف شوهر نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۴۱) و مانند خیارات در بیع نیست تا با اسقاط یا شرط سقوط ساقط گردد، لذا چنانچه شوهر قبل از طلاق یا در مدت عده، حق رجوع خود را ساقط نماید، حق رجوع ساقط نشده و مرد می‌تواند از طلاق رجعی بین خود و زوجه اش، رجوع بنماید. همچنین هرگاه آن را در مقابل مالی مصالحه کند، آن مصالحه باطل خواهد بود. و طبق دیدگاه برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۴۱) به نظر می‌رسد که اشکالی نداشته باشد، شوهر ضمن عقد لازم ملتزم گردد که هرگاه در مدت عده طلاق، رجوع نماید مبلغ معینی را به زوجه بدهد و لذا مرد می‌تواند از طلاق

رجوع نماید و چنانچه رجوع کرد ملزم به تأدیه وجه التزام مقرر خواهد بود، زیرا تعهد مزبور طبق ماده «۱۰» ق. م الزام‌آور است.

۲. عده‌ای از حقوقدانان همانند مرحوم دکتر امامی که قائل به حق بودن رجوع هستند، ایشان بر طبق لفظ "حق" مندرج در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی معتقدند که رجوع حق است. از کلمه‌ی حق مذکور در ماده ۱۱۴۸ ق.م می‌توان استنباط نمود که قانون مدنی نیز پیروی از آن نظر نموده‌است. (امامی، ۱۳۸۱، ج ۵، ۳۱۹). لذا وفق تحلیل حاضر باید طلاق را حق دانست چه آنکه در غیر این صورت قابل اسقاط نخواهد بود. و با فرض حق انگاری رجوع، قابل اسقاط خواهد بود و شوهر می‌تواند آن را مستقیماً ساقط کند و یا در ضمن عقد لازمی شرط سقوط آن را شرط نماید. در صورتی که شوهر حق رجوع خود را ساقط کند، طلاق در حکم طلاق بائن خواهد بود و شوهر دیگر نمی‌تواند رجوع به آن بنماید، لذا احکام طلاق بائن بر آن جاری می‌گردد و زن حق نفقه در مدت عده ندارد و توارث بین آنان نیست و مرد اختیار دارد تا خواهر زن خود و همچنین پنجمین زن را بگیرد. در میان فقیهان نیز برخی بر این اعتقاد هستند که ماهیت رجوع حق است و لذا امکان اسقاط آن وجود دارد و این اسقاط رجوع گاهی به صورت ابتدائی است مثلاً: زوج به زوجه می‌گوید: تو را طلاق دادم و حق رجوع خود را نیز اسقاط نمودم، و گاهی به صلح انجام می‌شود. (قمی، ۱۳۷۵، ۴، ص ۵۳۰)

بر این امر اشکال شده است که بر فرض که رجوع حق باشد و آن را بتوان اسقاط نمود و شوهر در اثر آن نتواند در مدت عده از طلاق رجوع کند، طلاق مزبور که طبیعتاً رجعی بوده در حکم بائن از هر جهت نخواهد گردید، بلکه احکام دیگر رجعی بحال خود باقی می‌ماند. (رک: امامی، ۱۳۸۱، ج ۵، ۳۱۹). اشکال مزبور وارد است، زیرا احکام مزبور در بالا مترتب بر طبیعت طلاق رجعی است و طلاق مزبور با تمامی احکام و آثار خود محقق گردیده و اسقاط حق رجوع فقط جلوگیری می‌نماید که شوهر بتواند زوجیت سابق را اعاده دهد، ولی طبیعت آن را تغییر نمی‌دهد و بقیه احکام آن را الغاء نمی‌نماید. بنابراین آنکه رجوع حق و قابل اسقاط باشد می‌تواند در مقابل عوض مورد صلح قرار گیرد و پس از صلح مانند آنست که شوهر آن را ساقط نموده است.

البته دکتر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۶۹۶) را اعتقاد بر آن است که رجوع حکم است و هیچ قراردادی نمی‌تواند آن را ساقط نماید و لذا اسقاط اختیار رجوع از طرف شوهر بی‌اثر است و لذا نمی‌توان حکم به سقوط آن نمود. به علاوه برخی دیگر از حقوق

دانان در تأیید دیدگاه مزبور بیان داشته‌اند که قاعده مزبور با اصول حقوقی نیز سازگار است. برخی از حقوقدانان در مقام اثبات ادعای مزبور بیان داشته‌اند که اولاً رجوع را نباید یک حق و نیز یک امتیاز فردی دانست که وابسته به اراده مرد باشد، بلکه باید آن را اختیاری برای مرد دانست که از آن در راستای حمایت از حقوق خانواده و نیز استحکام بنیان خانواده و جلوگیری از فروپاشی آن نمود. (صفایی، ۱۳۳۹، ص ۲۵۹) لذا باید رجوع را یک قاعده آمره دانست که در راستای حمایت از مصالح خانواده و اجتماع در نظر گرفته شده است لذا نباید آن را به اراده افراد واگذار نمود. بر همین اساس توافق بر اسقاط آن جاری نبوده و نمی‌تواند آن را ساقط کند. لذا تحلیل لفظ حق که در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته را چنانکه برخی بسان دکتر امامی آورده‌اند، نباید پذیرفت. و حمل آن بر معنای اختیار مرد در اعمال حکم صادره از سوی قانون گذار دانست، اقوی است.

به علاوه در وهله دوم باید بیان داشت که اگر رجوع قابل اسقاط باشد، موجبات تحقق توالی فاسدی خواهد شد. لذا باید طلاق رجعی را با اسقاط حق طلاق، بادی به طلاق بائن مبدل شده دانست. این امر موجب لطمه و ورود ضرر به حق زن می‌شود. از این باب نمی‌توان برای شوهر حق طلاق قائل شد. به علاوه با استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید اذعان داشت که در صورت سکوت یا اجمال قوانین باید به فتاوی معتبر و مشهور فقها اشاره نمود که در این راستا فتاوی فقهای مشهور را باید مورد عنایت قرار داد.

#### ۴. دیدگاه‌ها فقیهان و حقوقدانان پیرامون وضعیت اشتراط عدم رجوع

حال با توجه به اختلاف در ماهیت رجوع و وجود دو دیدگاه یکی قول به حق انگاری جواز رجوع و دیگری قول به حکم انگاری حق رجوع این سؤال ایجاد می‌شود که با توجه به این مبانی اختلافی اشتراط عدم رجوع چه وضعیتی از حیث صحت و بطلان دارد.

#### ۱.۴ ادله‌ی دیدگاه فائلین به بطلان شرط عدم رجوع در طلاق

۱. مهم‌ترین دلیل آن را مخالفت آن با حکم قرآن و سنت است. در باب شرط عدم رجوع در طلاق؛ قریب به اتفاق فقها آن را مخالف کتاب و سنت دانسته و شرط خلاف کتاب و سنت را از باب حکم باطل می‌دانند. (بحرانی، ۱۴۰۸، ج ۲۴، ۵۲۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ۴۳۹؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ۳۰۳؛ حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ۲۷۳؛ جبعی‌العاملی،

۱۴۱۳، ج ۵، ۳۶۳؛ عاملی، ۱۴۱۰، ۱۸۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ۳۸۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ۹۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ۴۱۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ج ۶۹، ۲۳۴، محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ۳۲۰؛ همو، ۱۴۲۵، ۳۲۰)

۲. به‌علاوه، در تعریف شرط باطل، بیان داشته‌اند که شرطی است که به تحلیل حرام یا تحریم حلال بیانجامد. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲، ۱۴۲۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ۲۶۰؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ۵۸؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ۳۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۶، ۲۳۶) و البته این قول در میان حقوقدانان نیز قائلانی دارد. (رک: امامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ۳۷۵؛ صفایی؛ امامی، ۱۳۷۴، ۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۳، ۱۷۲) و چون شرط مزبور با حکم الهی مخالفت و مغایرت دارد و به عبارتی حق انحصاری زوج نیست، اسقاط آن با تراضی باطل است.

بر همین اساس باید به ادله‌ی این دسته از فقها و حقوقدانان نیز توجه نمود که به شرح زیر است:

۱. اثر توافق درباره عدم حق رجوع مرد به زن، به منزله بری ساختن فرد از دینی است که در آینده احتمال ایجاد آن می‌رود. بنابراین همان گونه که ابراء به تنهایی در مورد دین موجود امکان دارد و نسبت به تعهد احتمالی در آینده معقول به نظر نمی‌رسد، شرط عدم رجوع در طلاق نیز به دلیل موجود نبودن دین در هنگام اسقاط، اثر حقوقی نخواهد داشت. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱۴۸)

۲. برخی از فقها را اعتقاد بر آن است که عدم رجوع قراردادی نامشروع است و مصداق تحلیل حرام است. (جبعی‌العاملی، ۱۳۶۷، ۱۱۹، حلی، بی‌تا، ۱۹۰) در میان حقوقدانان نیز برخی این نظریه را به استناد ماده ۹۵۹ قانون مدنی تقویت کرده‌اند. (رک: صفایی، امامی، ۱۳۶۹، ۷۲، باریکلو، ۱۳۸۱، ۵۳) رجوع، حقی فردی نیست که به نفع شوهر در نظر گرفته شده باشد و اختیاری است که در مسیر صلاح خانواده و بقای آن به شوهر داده شده است و به دیگر سخن، رجوع در طلاق رجعی یک قاعده آمره است که بر اساس مصلحت اجتماعی مقرر گردیده است و از این روی اراده شوهر نمی‌تواند آن را ساقط کند و توافق بر خلاف آن هم فاقد اعتبار است و قابل ا تکال نیست. در همین راستا می‌توان ادعان داشت که واژه «حق» که در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی بکار رفته به معنی حق و امتیاز و فردی نیست؛ بلکه به معنای اختیار است. (صفایی، امامی، ۱۳۹۰، ۲۵۹)



۳. هرگاه رجوع قال اسقاط باشد و اسقاط آن طلاق رجعی را به بائن تبدیل کند، این امر به حق زن ضرر نمی‌زند زیرا در این صورت، زن دیگر نمی‌تواند از حقوق زوجیت مانند: نفقه وارث برخوردار گردد. پس از این لحاظ هم نمی‌توان برای شوهر حق اسقاط رجوع قائل شد؛ مگر اینکه بیان شود تا اسقاط حق رجوع، فقط مانع رجوع شوهر به طلاق است.

۴. در مواردی که حکم باشد نمی‌توان خلاف آن را شرط نمود و لذا حکم بر حق حکومت داشته و با تراضی نمی‌تواند اثر آن را ملغی نمود که در همین راستا استناد به روایت «المومنون عند شروطهم»، بی‌وجه است. (موسوی خمینی، بی‌تا، ۸۵؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲۲۳؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۲۸۳)

۵. برخی حقوقدانان نیز در بیان ادله‌ی خود به ماده ۹۵۹ ق.م. استناد کرده‌اند و بر اساس آن معتقدند: هیچ کس نمی‌تواند دیگری را از اجرای بخشی یا تمام حقوق مدنی خود مانع شود و لذا شرط مزبور نیز مصداق این نهی است و نمی‌توان آن را صحیح دانست. (رک: صفایی، امامی، ۱۳۶۹، ۷۲، باریکلو، ۱۳۸۱، ۵۳)

۶. شرط مزبور با منطوق آیات و روایات منافات داشته و نمی‌توان با استناد به تراضی طرفین حکم شارع که آن را به هر نحو بر زوج واجب دانسته است، را بی‌اثر نمود. بدین معنا که شارع مقدس با تشریح احکامی، رجوع در طلاق را به نحو مطلق در اختیار زوج دانسته و شرط عدم آن را مخدوش می‌داند و حتی در روایات بسیاری شرط عدم رجوع در طلاق را موجب بطلان شرط دانسته‌اند. از این امر برداشت می‌شود که رجوع در طلاق از سوی شارع مقدس، حکم است.

۷. این دسته در نهایت بدین امر استناد می‌نمایند که در موارد تردید بین حق یا حکم بودن باید حکم بودن را مقدم دانست؛ زیرا قابلیت اسقاط و نقل و انتقال، دلیل قانونی لازم دارد و اصل بر عدم امکان نقل و انتقال و اسقاط است. لذا در صورتی که دلیلی وجود نداشته باشد و در مواضع شک نیز باید به قدر متیقن اکتفا نمود و حکم بودن را مقدم دانست. (آل بحر العلوم، ۱۴۰۲، ج ۱، ۶۴)

۸. مجرای جریان اصل صحت درجایی است که وقوع شرط یا عقد مورد تردید نباشد، اما بعداً در صحت آن، شکی ایجاد گردد و گرنه در صورتی که در وجود و ایجاد آن شک وجود داشته باشد، نمی‌توان به اصل مزبور استناد نمود.

## ۲.۴ قائلین به صحت شرط عدم رجوع در طلاق

دسته دیگری از فقها نیز قائل به حق بودن طلاق هستند و حق بودن طلاق را مبنای نظرات خود قرار داده‌اند لذا در صورتی که به حق بودن طلاق و لزوم عنایت به حق زوجه ناشی از شرط مزبور، حکم شود، باید اصل رجوع در طلاق را از اختیارات زوج خارج نمود و زوج تحت هیچ شرایطی چنین حقی نخواهد داشت. بر همین اساس، زوج حقی بر طلاق نداشته و به روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» شبهه وارد نموده‌اند. (صانعی، ۱۳۹۴، ۱۹) و حتی برخی از فقها تا آنجا پیش رفته‌اند که حتی طلاق را تکلیف زوج دانسته و در صورتی که زوجه از وی مطالبه نماید، زوج را ملزم به جاری ساختن طلاق می‌نمایند. (شعبانی، ۱۳۹۳، ۲۱)

حال، اگر زوجین در زمان انعقاد عقد، سقوط حق طلاق مرد توافق کنند آیا چنین توافقی نافذ است؟ برخی معتقدند که چنین توافق باطل است؛ زیرا شرطی است که خلاف مقتضیات نکاح است. (امامی، ۱۳۹۴، ۳۷)

در این مجال با بررسی ادله و آرای فقها به نقد و تحلیل دیدگاه‌ها پرداخته خواهد شد.

۱. بر اساس اصل آزادی اراده‌ها، طرفین می‌توانند، بر شرط مزبور تراضی نموده و زوجه این حق را از خود سلب نماید و بر همین اساس، آزادی اراده‌ها حکومت داشته و امکان و جواز رجوع در طلاق را منتفی می‌سازد.

۲. طبق قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، این شرط را باید با اجرا گذارد و زوجه حق ندارد به استناد ادله‌ای، امری را که خود بر آن تراضی نموده است را از خود اسقاط نماید. در توضیح باید توجه داشت که در صورتی که عهده یا شرطی میان دو طرف صورت گیرد، التزام بدان و تلاش در جهت وفای بدان به لحاظ وضعی لازم بودن و به لحاظ تکلیفی نیز واجب است بر همین اساس در این دیدگاه، التزام به شرط مزبور نه تنها لازم، بلکه واجب است.

۳. نظر بسیاری از فقها نیز در این راستا قابل استناد بوده و به‌عنوان مؤید مطرح است. فقها در این باب به توافق طرفین احترام گذاشته و آن را نافذ دانسته‌اند. در همین راستا حتی اگر از قبل هم توافقی صورت گرفته باشد و طرفین بر آن تراضی نموده باشند، نیز مورد عنایت بوده و لازم الاجراست نظیر شرط بنایی در نکاح که آن را هم صحیح می‌دانند حتی اگر قبل از نکاح باشد. (بجنوردی، ۱۴۱۳، ۵۲۵؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۲، ۲۵۹؛ حلی، ۱۴۰۵، ۴۵۱؛ حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ۶۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ۱۸۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴۵۲؛

حائری، ۱۳۷۳، ۱۹۰) حقوقدانان نیز، متذکر این امر شده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۳؛ محقق داماد، ۱۳۷۴، ۴۷؛ افتخاری، ۱۳۷۸، ۲۲۸)

۴. زوج به استناد روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق»، به محض نکاح، دارای اختیار طلاق و به تبع آن حق رجوع در طلاق خواهد شد، لذا در مواضعی که در اختیار وی در رجوع در طلاق یا عدم اختیار وی شک شود، به اصل استصحاب رجوع می‌شود که بر اساس آن در مواضع شک، به بقای آن حکم خواهد شد.

۵. شرط مزبور با کتاب و سنت نیز مغایرتی ندارد و نیز احادیثی در این راستا بر صحت این قول وارد شده‌است که به‌عنوان مؤید این دیدگاه مورد استناد قرار گرفته است. (رک: حرّعاملی، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ۳۰)

۶. در نهایت نیز این دسته از حقوقدانان (رک: صفایی، امامی، ۱۳۶۹، ۷۲، باریکلو، ۱۳۸۱، ۵۳) را اعتقاد بر آن است که بر اساس ماده ۹۵۹ ق.م. بیان می‌دارند که بر این اساس، زوجه حقی را به نحو کلی از خود ساقط ننموده‌است و وی اختیار طلاق را بطورکلی از خود ساقط نکرده‌است و فقط به اسقاط نوع خاصی از حق مزبور مبادرت ورزیده‌است که بر همین مبنا، نمی‌توان وی را مشمول حکم بطلان موضوع ماده ۹۵۹ ق.م. دانست. به‌علاوه آن‌که به‌موجب ماده مزبور حق زوج به‌طور موقت ساقط می‌شود و به‌محض وقوع نزدیکی، شرط مزبور سالبه به انتفای موضوع خواهد شد.

۷. در همین راستا بر اساس اصل اباحه و صحت می‌توان توافق طرفین مبنی بر عدم طلاق را صحیح دانست و اشکالی بر آن نیست. به‌علاوه اصل بر صحت شرطی است که ضمن عقد صورت می‌گیرد و مخالفت آن با قواعد و اصول، می‌بایست با ادله اثبات گردد و لذا چون توافق مزبور به اصل طلاق، به‌عنوان حکم صدمه‌ای نمی‌زند، می‌توان آن را مجرا دانست.

۸. در همین راستا با استناد به ماده ۱۰ ق.م. که بر اساس آن، زمانی می‌توان توافقی را مورد توجه قرارداد که مخالف قواعد آمره نباشد و نظم عمومی و اخلاق حسنه را مخدوش نسازد که اصل مزبور نیز از همین وصف برخوردار است.

## ۵. مختار نگارندگان

با بررسی ادله طرفین نظر دسته نخست مخدوش به نظر می‌رسد؛ زیرا:

**اولاً:** جریان اصل صحت همان‌گونه که بیان شد درجایی است که در وقوع شرط تردیدی نباشد و بعداً در صحت آن شکی رخ دهد در حالی که اینجا مجال جریان اصل صحت نیست و اصل وقوع و ایجاد شرط مزبور محل خدشه است.

**ثانیاً:** در تردید میان حق یا حکم بودن، حق بودن نیازمند دلیل است و اصل بر آن است که نهادهای تشریعی به ویژه در حوزه خانواده حکم هستند و قابلیت اسقاط ندارند.

**ثالثاً:** عموماً و اطلاقات ادله «المومنون عند شروطهم» دارای مخصص است که بر اساس آن مومنان باید به شروطشان پایبند باشند مگر آن‌که تحلیل حرام یا تحریم حلالی رخ دهد که در صورت عدم اثبات حق بودن رجوع در طلاق، استناد به قاعده مزبور، مخدوش است.

**رابعاً:** هم‌چنین باید اذعان داشت که لازمه التزام به عهد و تعهدات در زمانی است که به صحت آن یقین و علم وجود داشته باشد و گرنه در صورتی که شرطی صحیح نباشد، در واقع سالبه به انتفای موضوع است و التزام بدان مفهومی ندارد.

**خامساً:** همان‌گونه که بیان شد، بر اساس اطلاقات و عموماً ادله، طلاق به نحو مطلق، حکم در نظر گرفته شده است و شارع شرط عدم رجوع در طلاق را مورد ردع قرار داده است.

**سادساً:** در نهایت نیز باید اذعان داشت که در صورتی که حقی از سوی شارع به شخصی داده شود و مبنای آن حفظ جامعه و مصالح عباد باشد، نمی‌توان با ابراز اراده طرفینی آن را باطل نمود و بر همین اساس، شرط بر خلاف مصالح عباد شارع، باطل بوده و محل اعتنا نیست.

## ۶. نتیجه‌گیری

در جمع بندی نهایی باید اذعان داشت که طلاق را باید به دو دسته بائن و رجعی تقسیم نمود که در این راستا اگر طلاق مزبور رجعی باشد، مرد می‌تواند مبادرت به رجوع از طلاق در این باب نماید. لذا در صورتی که طلاق مزبور در زمره طلاق‌های رجعی باشد، باید آن را برای مرد به عنوان یک اختیار در نظر گرفت که در این راستا باید حق رجوع را حکم دانست و در این راستا می‌توان به ادله ای استناد نمود که مقرر می‌دارند رجوع در طلاق را باید حکم دانست که ادله مزبور عبارت اند از: خلاف سنت و قرآن بودن رجوع در طلاق، وجود توالی فاسد، ممانعت از تضرر خانواده و زوج، ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز مؤید این

قول بوده و نیز اصول قانونی نیز مؤید این معناست. به علاوه در این راستا باید به آیات و روایات مؤید این دیدگاه نیز استناد جست. در نهایت باید گفتبر وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز در مواردی که قانون اجمال یا سکوت داشته باشد، باید به قول و فتاوی مشهور فقها استناد نمود که در این راستا مشهور فقها نیز این قول را تایید می نمایند. به عنوان نقد دیگرگاه مخالف یعنی قائلین به صحت شرط اسقاط حق رجوع نیز باید اذعان داشت که جریان اصل صحت بر فرض که ما اصل صحت را اصل عملی تلقی نماییم - در زمانی است که ادکه اجتهادی در این باب وجود داشته باشد، به علاوه در مواردی که بین حق یا حکم بودن نهادی فقهی و حقوقی شک وجود داشته باشد، باید قول به حکم بودن را اقوی دانسته و مطابق این دیدگاه عمل نمود.

## پی نوشت

۱. أن جواز الرجوع فی الطلاق الرجعی حکم شرعی غیر قابل للإسقاط، و لیس حقا قابلا له کالخیار فی البیع الخیاری، فلو أسقطه لم یسقط، و له الرجوع، و کذلک إذا صالح عنه بعوض أو بغير عوض ... .

## کتاب نامه

- ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۴۱۴، ج ۷، لسان العرب، چ ۳، بیروت، دارالفکر و الطباعة و النشر و التوزیع، دارصادر، چ ۲
- احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی، ۱۴۰۵، عوال الثالی العزیزیه، ج ۱، دارسید الشهداء للنشر، قم، چ ۱
- اصفهانى، محمد حسین، ۱۴۱۸، ج ۵، حاشیه المکاسب، قم، انوار الهدی، چ ۲
- افتخار جهرمی، گودرز، داودی، مجید، اشتغال زن و نقش اجازه شوهر در آن، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، زمستان ۱۳۹۰، س ۸، ش ۲۶.
- امامی، سید حسن، ۱۳۸۱، حقوق مدنی، چ ۲، کتابخانه اسلامی، تهران، ج ۴.
- انصاری پور، محمد علی، صادقی مقدم، محمد حسن، اجرت المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم در این زمینه، مدرس علوم انسانی، بهار ۱۳۸۴، ش ۴۱
- انصاری، مرتضی، المکاسب، ۱۴۱۵، چ ۲، کنگره شیخ انصاری ره، قم
- ایروانی، باقر، ۱۴۲۷، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، چ ۲، قم، بی نا، آل بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقهیه، ج ۱، چ ۳، نجف، ۱۳۸۸، موسسه دارالمنار، باریکلو، علیرضا، قرارداد عدم ازدواج، مجتمع آموزش عالی، پاییز ۱۳۸۱، ش ۱۴

بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهرة، علق علیه محمد تقی الایرونی، نشر دارالاضواء، ۱۹۸۵، بیروت، چ ۲.

تارا، جواد، فلسفه حقوق و احکام در اسلام، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۵، چ ۲، تهران  
جبعی العاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، نشر دارالعلوم الاسلامیة، چ ۲، بیروت.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۰، ترمینولوژی حقوق، چ ۵، بی جا، نشر گنج دانش، تهران  
حاجبعلی، فریبا، بررسی فقهی حقوقی شرط ضمن عقد نکاح مبنی بر عدم ازدواج مجدد، فقه و حقوق خانواده، بهار و تابستان ۱۳۹۱، ش ۵۶.

حسینی سیستانی، علی، منهاج الصالحین، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، قم، پنجم، ۱۴۱۷ هـ  
حکیم، محسن طباطبایی، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱، ص ۲۲۹، مؤسسه دارالتفسیر، قم، اول، ۱۴۱۶ هـ  
حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور، ۱۴۱۰، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲.

حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۷، دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲.

حلی، محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، مختصر النافع، قم، مکتبه المصطفوی، بی تا.  
رایگان، محمود، بررسی فقهی حقوقی شرط وکالت زوجه در طلاق، اندیشه حقوق عمومی، بهار و تابستان ۱۳۹۱، س ۱، ش ۳.

سبحانی، حسین، امیرحسینی، امین، روشن، محمد، رویکردی نوین به شهادت زن در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه، دوفصلنامه زن و خانواده، ش ۱، دوره ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۵.

سبحانی، حسین، امیرحسینی، امین، مسئولیت مدنی در قبال بزهکاری اطفال در نظام حقوقی ایران، دو فصلنامه مطالعات پلیس زن، سال ۱۱، ش ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۹۶.

سبزواری، عبد الاعلی، ۱۴۱۳، مهذب الاحکام، ج ۱۷، قم، موسسه المنار، چ ۲.  
سیدی علوی، حسین، شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد زناشویی، مطالعات اسلامی، پاییز ۱۳۸۲، ش ۶۱.

صادقی مقدم، محمد حسن، امیرحسینی، امین، نفقه و نیازهای درمانی زوجه، فصلنامه زن در فرهنگ و هنر، پاییز ۱۳۹۴، مرکز مطالعات زنان دانشگاه تهران، س ۷، ش ۳.

صادقی مقدم، محمد حسن، تحول در حقوق ارث زن از اموال غیر منقول شوهر، دانش حقوق مدنی، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ش ۲.

صادقی مقدم، محمد حسن، امیرحسینی، امین، نفقه و نیازهای درمانی زوجه، زن در فرهنگ و هنر، مرکز مطالعات زنان دانشگاه تهران، پاییز ۱۳۹۴، س ۷، ش ۳.

صافی گلپایگانی، لطف الله، هدایة العباد، دار القرآن الکریم، قم، اول، ۱۴۱۶ هـ

بازکاوای وضعیت شرط عدم رجوع از طلاق رجعی در فقه ... ۴۳

صفایی، حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ج ۱، تهران، نشر دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۶۹، ج ۲.

صفایی، سید حسین، فدایی، حسن، امیرحسینی، امین، واکاوی مشروعیت باروری پس از مرگ در فقه امامیه، با رویکردی به آرای فقهای اهل سنت، دو فصلنامه فقه مقارن، دانشگاه مذاهب اسلامی، سال ۴، ش ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۵.

طباطبایی یزدی، مصطفی، ۱۴۲۱، حاشه المکاسب، ج ۲، ق ۲، قم، موسسه اسماعیلیان، ج ۲، علی اکبری بابوکانی، احسان، امیرحسینی، امین، شرط تحدید انفاق در حقوق ایران و فقه امامیه، آموزه های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۶.

فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام و الابهام، عن قواعد الاحکام، موسسه النشر الاسلامی، التابعه لجامعه المدرسین، قم، ج ۱، ق ۲، ۱۴۰۹.

قنبرپور، بهنام، نقیعی، ابوالقاسم، نقد و بررسی نکاح مشروط، شرط عدم روابط جنسی، فقه و مبانی حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۴، س ۴۸.

کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، حقوق خانواده، نشر شرکت سهامی انتشار، تهران، ج ۳، ۱۳۷۵.

کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، بنیاد حقوقی میزان، ج ۲۱، ۱۳۸۸ مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، فرهنگ فقه مطابق با مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۲ مشکینی، مصطلحات الفقه و الاصول، بیروت، منشورات الرضا (ع)، چاپ اول، ۱۴۳۱ ق. محقق داماد یزدی، سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، مرکز علوم اسلامی، ۱۴۱۲، ج ۲ تهران.

مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱، فقه الامام الصادق ع، ج ۴، ق ۲، قم، موسسه انصاریان. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، ۱۴۱۹، القواعد الفقهیه، ج ۷، قم، الهادی، ج ۲. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، ۱۴۰۱، قواعد الفقهیه، ج ۱، ق ۳، تهران، موسسه عروج، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ره.

موسوی خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۰، منهاج الصالحین، ج ۱، قم، نشر مدینه العلم. موسوی خویی، ابوالقاسم، ۱۴۱۸، موسوعه الامام خویی، ج ۷، موسسه دارالاحیاء الامام الخویی. موسوی خویی، ابو القاسم، معتمد العروه الوثقی، ج ۱، ص ۲۷۸، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم، دوم، ۱۴۱۶ هـ ق

موسوی گلپایگانی، محمد رضا، هدایة العباد، دار القرآن الکریم، قم، اول، ۱۴۱۳ هـ ق مهرپور، حسین، اجازه ولی در عقد نکاح، فصلنامه تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۷۱ و بهار و تابستان ۱۳۷۲، ش ۱۱ و ۱۲.

مهرپور، حسین، تفاوت دیه مرد و زن در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی آن، پژوهشنامه متین، بهار ۱۳۷۸، ش.

مهرپور، حسین، طلاق قضایی و طبیعت حقوقی آن، فصلنامه حقوقی دادگستری، بهار ۱۳۷۱، ش ۳.  
مهرپور، حسین، عیسایی تفرشی، محمد، ابدالی، مهرزاد، اجرای حقوقی اخلاق، مدرس علوم انسانی، زمستان ۱۳۸۰، ش ۲۱.

مهرپور، حسین، غنی زاده، مریم، وضعیت زوجه نسبت به اموال حاصله در دوران زندگی مشترک، فصلنامه حقوق، پاییز ۱۳۹۱، ش ۲۷.

نایینی، محمد حسین غروی، ۱۳۷۳، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲، تهران، المکتبه المحمدیه، ج ۱.

