

شرط عدم رجوع در طلاق رجعی در فقه امامیه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۳/۰۳

جمال الدین محمود زنجانی*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۶/۲۲

محمدمیلاذ بمانیان گواافشادی**

چکیده

یکی از مباحثی که بعد از وقوع طلاق رجعی مطرح می‌شود حق رجوع مرد به زن در ایام عده است که با مقتضای ذات طلاق رجعی در ارتباط است. در پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی برای بررسی صحت یا عدم صحت شرط عدم رجوع، در ابتدا به بررسی ماهیت طلاق رجعی و رجوع پرداخته شده و مشخص می‌گردد این شرط منافات و مخالفتی با ذات طلاق رجعی ندارد. سپس با توجه به این که برخی اختلاف نظرها در این باره مربوط به مسأله حق یا حکم بودن جواز رجوع می‌باشد، این مسأله و ویژگی های آن دو مورد مطالعه قرار گرفت و و از آن جا که جواز رجوع از مصادیق مشتبه بین حق و حکم است در انتها راهکاری برای تشخیص موارد مشتبه ارائه گردید. با تمسک به مبانی فقهی، حقوقی و قانونی نتیجه حاصل شد که این شرط نه خلاف مقتضای ذات طلاق رجعی بوده و نه به واسطه حکم بودن فاقد قابلیت اسقاط می‌باشد. همچنین با اسقاط حق رجوع، ماهیت طلاق رجعی به طلاق بائن مبدل نگردیده و زن می‌تواند از حقوق خود در ایام عده طلاق رجعی مانند نفقه، مسکن و ارث بهره مند گردد.

واژگان کلیدی

سلب حق، شرط عدم رجوع، حق و حکم، مقتضای ذات عقد و ایقاع، طلاق رجعی

* عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسوول)

مقدمه

یکی از مباحثی که بعد از وقوع طلاق رجعی مطرح می‌شود حق رجوع مرد به زن در ایام عده است که با مقتضای ذات طلاق رجعی در ارتباط است. عدم شناخت کامل مقتضای طلاق رجعی و به دنبال آن درج بعضی از شروط، گاهی منجر به اختلاف نظر در مورد صحت یا بطلان این شروط می‌شود. یکی از این شروط، شرط عدم رجوع در طلاق رجعی می‌باشد که به نظر برخی، این شرط مشروع و صحیح است و مشمول ادله لزوم وفاء به شرط قرار دارد و به نظر گروهی دیگر، این شرط نامشروع و از مصادیق شروط باطل می‌باشد. از دیگر مباحثی که در تعیین سرنوشت این شرط دخالت دارد بحث حق یا حکم بودن جواز رجوع است که باید با نهایت دقت و تتبع در منابع فقهی و حقوقی در این باره اظهار نظر نمود تا به نتیجه ای صائب در این خصوص نائل آییم. پذیرش هر یک از این نظریات فوق، آثار متفاوتی را به دنبال خواهد داشت. به عنوان مثال، اگر این شرط را صحیح و مشروع بدانیم آیا طلاق رجعی به طلاق بائن تبدیل می‌شود یا در صورت اشتراط آن، آیا برخی حقوق زن مانند نفقه و ارث در ایام عده قابل مطالبه هست یا خیر. فلذا به دنبال رفع اختلاف و رسیدن به نظر صائب چنین موضوعی را انتخاب کرده تا به این نتیجه برسیم که جواز رجوع در طلاق رجعی در زمره احام قرار دارد یا حقوق؟ آیا شرط عدم رجوع خلاف مقتضای ذات طلاق رجعی است یا خیر؟ آثار و احکام این شرط چیست؟

۱- تعریف طلاق رجعی و تبیین ماهیت آن

۱-۱- تعریف لغوی و اصطلاحی طلاق رجعی

طلاق در لغت به معنی گشودن گره و رها کردن است. در اصطلاح شرعی طلاق عبارت است از زائل نمودن قید و پیوند نکاح دائم با صیغه مخصوص (روشن، ۱۳۹۱، ص ۲۴۳).

طلاق رجعی در اصطلاح شرعی، طلاقی است که مرد طلاق دهنده، اختیار رجوع کردن به زن را داشته باشد، خواه رجوع نماید و خواه رجوع ننماید. (علامه حلی، ۱۴۱۳.ه.ق ج، ص ۶۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰.ه.ق، ص ۶۶۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۳.ه.ق، ج ۲: ص ۷۹۱) به جز طلاق های شش گانه بائن (طلاق غیر مدخوله، طلاق یائسه، طلاق صغیره، طلاق خلع، طلاق مبارات) در صورت عدم رجوع به بذل در عده دو طلاق (اخیر)، طلاق سوم که بعد از سه وصلت متوالی واقع شده باشد) هر طلاقی، رجعی محسوب می شود.

۱-۲- تعریف و شناسایی رجوع

رجوع در لغت مصدری است لازم که به معنای اعاده، انصراف، برگشتن و در مفهوم عام آن به معنای بازگشت به حالت سابق می باشد که در موضوعاتی مانند هبه و وصیت هم مطرح شده است. در اصطلاح شرع و در باب طلاق رجعی، رجوع عبارت است از بازگشت مرد در زمان عده به نکاح سابق، اگر طلاق بائن نباشد. (شهید ثانی، ۱۴۲۵.ه.ق، ج ۲: ص ۸۶) در اصطلاح حقوقی رجوع به معنی برگرداندن زن مطلقه در مدت عده به نکاح سابق است. (امامی، ۱۳۷۲، ج ۵: ص ۶۸) بدین ترتیب رجوع در زمره ایقاعات است و تنها به اراده ی شوهر واقع می شود (ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی).

در طلاق رجعی دو نوع رجوع وجود دارد؛ یکی رجوع قولی و دیگری رجوع فعلی. رجوع قولی بدین معناست که مرد به زبان فارسی یا به زبان دیگر الفاظی را بگوید که دال بر رجوع او از طلاق باشد. رجوع فعلی عبارت است از انجام هرگونه عملی که برای غیر شوهر، با زن ممنوع است و حاکی از رجوع باشد مثل ایکه روسری از سر زن بردارد، او را ببوسد یا عمل زناشویی با وی انجام دهد.

۱-۳- مقتضای طلاق رجعی

با توجه به توضیحاتی که در خصوص معنای طلاق، انواع طلاق و تعاریف آن ها و ماهیت رجوع داده شد به این نتیجه می رسیم که ذات و ماهیت طلاق رجعی به صرف

اجرای صیغه طلاق و ازاله علقه زوجیت محقق شده و امر اضافه دیگری مانند جواز رجوع شامل ذات طلاق رجعی نمی‌شود. همان طور که در تعاریف طلاق رجعی در فقه و حقوق گذشت به هر گونه طلاقی که جزء موارد شش گانه طلاق بائن نباشد طلاق رجعی گفته می‌شود و حتی می‌توان گفت طلاق به طلاق بائن و غیر بائن قابل تقسیم بوده و این که به طلاق غیر بائن، طلاق رجعی گفته می‌شود به نوعی مسامحه در تعبیر بوده و نامگذاری این نوع طلاق بر اساس یکی از آثار آن که رجوع می‌باشد بوده است؛ و گرنه طلاق غیر بائن، به غیر از رجوع آثار دیگری از قبیل حق نفقه، حق مسکن، توارث را دارا می‌باشد. هم چنین باید به این نکته هم توجه داشت این که بعد از طلاق، شوهر دارای حق رجوع می‌باشد یا نه شارع دخالت کرده است و صرف همین دخالت شارع به معنای این است که در ذات طلاق رجعی حق رجوع نبوده است، چرا که اگر در ذات طلاق رجعی، حق رجوع بود نیازی به دخالت شارع نبوده و تنها چیزی که شارع از طلاق مد نظر داشته و نقطه اشتراک همه طلاق‌ها می‌باشد همان گسستن و زائل شدن علقه زوجیت است نه چیز اضافه دیگری. منتها شارع برای هر کدام از انواع طلاق احکام و آثاری را بار نموده است؛ کما این که به عنوان مثال در طلاق عدلی سوم، نیاز به محلل می‌باشد ولی نمی‌توان گفت نیاز به محلل در این طلاق جزء ذات این نوع طلاق می‌باشد. ضمناً به عنوان مؤیدی بر مطالب قبلی باید گفت که هیچ یک از فقهای متقدم و متأخر حتی آن‌هایی که مخالف اسقاط حق رجوع در طلاق رجعی هستند حق رجوع را جزء ذات طلاق رجعی نمی‌دانند تا شرط عدم رجوع، شرط خلاف مقتضای ذات باشد و موجب بطلان طلاق شود. بنابراین حق رجوع، جزء ذات طلاق رجعی نبوده و در صورت صحت اسقاط آن هیچ منافاتی با ذات طلاق رجعی ندارد.

۲- بررسی مسأله حق و حکم

حق و حکم دو موضوع مرتبط با یکدیگرند که پیوسته در عبارات فقها و علمای حقوق پیرامون آن‌ها سخن به میان آمده و در بحث مورد نظر ما، برای روشن شدن این موضوع که آیا رجوع در طلاق رجعی یک حق است یا حکم، نیازمند شناخت این دو مقوله و بررسی ماهیت و تعریف هریک از آن‌ها می‌باشیم.

۲-۱- تعریف حق و تبیین ماهیت آن

حق در لغت و قرآن اطلاقات متعددی دارد؛ از جمله: حق به عنوان اسم الله، قرآن، اسلام، نقیض باطل، بهره، ثبوت و وجوب. (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۱۰: ص ۴۹-۵۴؛ زمخشری، ۱۳۶۰، ص ۱۸۷-۱۸۸؛ الفیومی، ۱۴۲۰ق.ه، ص ۸۷) ولی همان طور که برخی از محققین گفته اند، می‌توانیم تمامی این اطلاقات را به معنی و مفهوم واحدی بازگردانیم و آن مفهوم ثبوت است.

بحث پیرامون حق و مسائل مربوط به آن از دیرباز مورد توجه فقهای شیعه و اهل سنت بوده است. اما بررسی منظم و تعریف شده در این باره از دوره شیخ انصاری و شاگردان مکتب فقهی وی صورت یافته و شکل علمی تری به خود گرفته است. لذا نظریات عمده قابل توجه در تعریف حق و تبیین ماهیت آن، به این دوره و پس از آن مربوط است که در ادامه به آن‌ها خواهیم پرداخت.

الف- نظریه ملک بودن حق

بعضی از فقها حق را ملک یا مرتبه‌ی ضعیفی از مراتب مختلف آن دانسته اند. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی می‌گوید: «حق مرتبه‌ی ضعیفی از ملک بلکه نوعی از آن است و صاحب حق مالک است بر چیزی که زمام امر آن به دست اوست. چنان که در ملک، مالک آن زمام امر عین یا منفعت را به دست دارد.» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶.ق.ه ب، ج ۱: ص ۵۷)

ب- نظریه سلطنت بودن حق

بر این اساس، در تعاریف ارائه شده از سوی شاگردان برجسته‌ی شیخ انصاری نیز حق، سلطنت دانسته شده و بر مغایرت بین صاحب حق و حق تأکید گردیده و گفته شده است: «حق، سلطنتی است که برای انسان از این حیث که او بر غیر خودش سلطنت دارد، ثابت می‌باشد؛ اعم از اینکه این غیر، شخص باشد یا مال یا هم شخص و

هم مال او تحت سلطه صاحب قرار بگیرند. مانند عین مستأجره که در مورد آن مستأجر بر موجد سلطنت دارد؛ در مال خاص او (مورد اجاره) و حق خیار که سلطنت بر شخص است، در مال او.» (تهرانی، ۱۳۷۴، ص ۱۶۰)

علمای حقوق نیز غالباً به این نظریه متمایل شده و در تعبیر گوناگونی، از سلطنت به توانایی و اقتدار تعبیر کرده و چنین گفته اند: «حق عبارت است از سلطنت و اقتدار برای کسی در انجام و عدم انجام امری» (امامی، ۱۳۷۲، ج ۱: ص ۳۸-۳۹)

ج- نظریه اعتباری بودن حق (نظر مختار)

برخی از بزرگان فقهای شیعه، قوام حق را به اعتباری بودن آن دانسته اند. به نظر می‌رسد که اشکالات وارد بر تعاریف و دیدگاه‌های بررسی شده بر این نظریه وارد نیست و ما نیز در اینجا این نظریه را به عنوان نظریه نهایی و قول حق در تعریف حق مورد توجه قرار می‌دهیم.

نخستین فقیهی که حق را به طور روشن، به اعتبار تعریف نموده و قوام آن را به اعتبار دانسته است، آخوند خراسانی است که در حاشیه مکاسب می‌گوید: «حق اعتبار خاصی است که آثار مخصوص به خود را دارد و سلطنت از جمله آثار آن می‌باشد، مانند سلطنت بر فسخ در حق خیار یا توانایی داشتن بر تملک به عوض در حق شفعه.» (خراسانی، ۱۴۰۶ ه.ق، ص ۴)

تعریف حق به اعتبار این است که:

اولاً: عنصر اساسی حق عبارت است از اعتبار، نه سلطنت و ملک.

ثانیاً: اعتبار حق ناشی از رابطه و تعلق است که بین صاحب حق و حق وجود دارد. قبل از اعتبار حق، نوعی رابطه بین او و حق وجود دارد؛ زیرا اقتضای نظام عادلانه در جهان چنین است و اعتبار حق به این نوع رابطه از نظر عقلانی و شرعی مشروعیت

می‌دهد. اساساً اهمیت حق در وجود این تعلق است که می‌توانیم از آن به مصلحت جعل و اعتبار حق تعبیر نماییم. (حسینی، ۱۳۸۷، ص ۴۶)

۲-۲- ویژگی‌های اساسی حقوق

الف) اسقاط پذیری: یکی از ویژگی‌های اساسی و احکام اولیه حقوق که مورد تسالم و اتفاق میان فقهای شیعه و اهل سنت و علمای حقوق قرار گرفته، اسقاط پذیری یا جواز اسقاط حق است. این ویژگی تا جایی اهمیت یافته که این سخن «ان لكل ذي حق اسقاط حقه» (حکیم، ۱۳۷۱ ه.ق، ج ۱: ص ۸) به عنوان یک قاعده فقهی پذیرفته شده است.

ب) نقل پذیری: از جمله ویژگی‌های اساسی حقوق که فی الجمله در بعضی از آن‌ها ثابت است، قابلیت نقل به واسطه اسباب نقل است. این ویژگی بر خلاف اسقاط پذیری حقوق، نسبت به تمامی آن‌ها عمومیت ندارد. نقل معنای عامی است که تمامی عقود را در بر می‌گیرد؛ به نحوی که در هر عقدی که صورت می‌پذیرد، نوعی نقل هم وجود دارد اگرچه مشخصات هر یک از عقود و ممیزات آن‌ها از یکدیگر متفاوت است؛ مثلاً در بعضی نقل عین است، در بعضی نقل دین و در بعضی حق و در بعضی دیگر نقل منفعت و ...

ج) انتقال پذیری: انتقال تعریفی مستقل از نقل ندارد، بلکه در واقع یکی از اقسام آن محسوب می‌گردد. نقل در بعضی موارد نیز بدون اراده‌ی صاحب حق یا مالک تحقق می‌یابد و خواست و قصد او در صورت‌گیری آن مدخلیت ندارد، بلکه نقل به حکم شرع و دستور قانون حاصل می‌گردد و بارزترین مصداق آن انتقال دارایی‌ها از طریق مرگ صاحب حق یا مالک به وراثت او است. اصطلاحاً به نقل غیرارادی یا قهری، انتقال گفته می‌شود. (حسینی، ۱۳۸۷، ص ۷۵ به بعد)

۲-۳- تعریف حکم و تبیین ماهیت آن

حکم در اصطلاح اهل لغت اطلاقاتی دارد؛ از قبیل منع، علم، عدل و قضاء. (ابن منظور، ۱۳۸۷ ه.ق، ج ۱۲: ص ۱۴۱-۱۴۲؛ فیومی، ۱۴۲۰ ه.ق، ۸۷؛ رازی، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۱۰۲) به نظر می‌رسد بارزترین معنای آن که در دیگر معانی و اطلاقات حکم نیز ثابت است، مفهوم «منع» است؛ (فیومی، ۱۴۲۰ ه.ق، ص ۷۸)

تعریف اصطلاحی حکم بین مشهور اصولیون و فقهای شیعه و اهل سنت، به خصوص در مصادر و منابع اولیه اصول، تا حدود زیادی مورد اتفاق است. علامه حلی در تعریف حکم شرعی چنین می‌گوید: «حکم، خطاب شرع است که به اقتضاء تخییر یا وضع به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد.» (علامه حلی، ۱۴۰۴ ه.ق ب، ص ۸۳)

به نظر می‌رسد بهترین و جامع‌ترین تعریف از میان تعاریف حکم، تعریف آن به اعتبار است که مرحوم خوئی در بیان آن می‌گوید: «حکم تکلیفی، اعتبار صدر از مولی از حیث اقتضاء و تخییر است و آن دسته از احکام که عاری از حیثیت اقتضاء و تخییر می‌باشند، تماماً از احکام وضعی اند.» (موسوی خوئی، ۱۴۲۲ ه.ق ب، ج ۲: ص ۹۲) و بر این اساس نتیجه‌گیری کرده است که اراده، غضب و کراهت شارع از مقدمات حکم هستند و انشاء تنها می‌تواند مبرز حکم باشد، نه این که اعتبار حکم به واسطه‌ی آن صورت پذیرد.

۲-۴- ویژگی‌های اساسی حکم

الف) عدم جواز اسقاط حکم شرعی: از جمله ویژگی‌های اساسی حکم، عدم جواز اسقاط آن و به تعبیر دقیق‌تر، عدم امکان اسقاط آن است که مورد اتفاق فقها می‌باشد و بسیاری آن را بارزترین مشخصه و ویژگی حکم دانسته‌اند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶ ه.ق ب، ص ۵۴؛ مدرس اصفهانی، ۱۳۳۱ ه.ق، ص ۳)

ب) تبعیت احکام از مصالح و مفاسد: حکم شرعی و تکلیف، فعل خداوند است و خدا فعل قبیح انجام نمی‌دهد. وجه حسن آن نیز اشمال آن بر مصلحتی است که بدون

تکلیف خاصی نمی‌گردد و آدمی تنها از این طریق، در مسیر رسیدن به منافع زندگی خود قرار می‌گیرد. (کاشف الغطاء، ۱۳۸۰ه.ق، ج ۱: ص ۱۴۲-۱۴۳؛ طوسی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۷)

ج) عمومیت احکام برای تمام مکلفین: احکام شرعی بین تمام مکلفین مشترک است و به فرد، عده یا قشر خاصی اختصاص ندارد؛ اعم از مکلفینی که در صدر اول با پیامبر(ص) معاصر بوده اند و یا کسانی که در عصر ائمه(ع) می‌زیسته اند و یا کسانی که اعصار بعدی پا به عرصه وجود نهاده اند؛ (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷ه.ق، ج ۱: ص ۲۴)

۲-۵- تمییز موارد مشکوک بین حق و حکم

هرگاه در حکم یا حق بودن موردی تردید شود و از مفاد ادله، هیچ کدام از آن دو احراز نشود، مرجع، مقتضای اصول و قواعد عامه است. در پاسخ به این پرسش که در این موارد چه اصلی حاکم است، به دو نظریه فقهی اشاره می‌کنیم:

الف) نظریه اول

بعضی از محققان می‌گویند: «در صورت شک بین حق و حکم، اصل این است که هرگونه اثر وجودی بر حق و حکم را از مورد شک نفی کنیم، بنابراین در مواردی که امر دائر بین حق و حکم است، نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال؛ زیرا اسقاط پذیری و نقل و انتقال حقوق، بر احراز و قطعیت حق استوار است و صرف این که شک داشته باشیم که آیا این مورد از قبیل حق است یا حکم، مانع است از این که آثار حق را بر آن بار کنیم پس اصل، عدم حق بودن امر مشکوک است، اگرچه بدین واسطه، حکم بودن این گونه موارد نیز اثبات نمی‌گردد». (بحر العلوم، ۱۴۰۳ه.ق، ص ۱۹)

اشکال: محقق بحرالعلوم، راه حل نهایی برای برون رفت از این مساله را مسکوت گذاشته است و در صحنه عمل شبهه مذکور بر طرف نمی‌شود.

ب) نظریه دوم (نظریه مختار)

سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، معتقد است که در صورت شک بین حق و حکم، اصل اولی این است که ابتدا به لسان ادله مراجعه نماییم؛ اعم از ادله لبی (اجماع و عقل) و ادله لفظی (نصوص شرعیه) اگر در متن ادله به حق یا حکم بودن امر مشکوک تصریح شده باشد، بر اساس همان عمل می‌شود و از حالت شک بیرون می‌آییم ولی اگر در ضمن ادله به این معنی تصریح نشده یود، دو فرض وجود دارد؛

الف- شک در صدق عمومات و نصوص شرعی نسبت به مورد شک است، به طوری که معنای عرفی آن معلوم است و در حق عرفی یا حکم عرفی بودن آن تردیدی وجود ندارد ولی شک و تردید از این ناحیه است که آیا عمومات شرعی مانند «الصلح جایز بین المسلمین» و «الناس مسلطون علی اموالهم» این امر مسلم از نظر عرف را شامل می‌شوند تا از قبیل حق باشد؛ و یا این که شامل نمی‌شوند تا از قبیل حکم باشد؟ در چنین مواردی هم به عمومات و نصوص شرعی مراجعه می‌کنیم.

ب) شک در صدق عرفی حق یا حکم نسبت به مورد شک است؛ در چیزی که نمی‌دانیم آیا از قبیل حق است یا حکم، منشأ تردید و شک ما عرف است در چنین موردی نمی‌توان به نصوص شرعی و عمومات شرعی مراجعه کرد؛ زیرا استناد به عمومات در این موارد از قبیل تمسک به آن در شبهه‌ی مصداقیه است. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶ ه.ق ب، ج ۱: ص ۵۴-۵۵) فقهای متأخر بر این عقیده اند که اگر نتوانسته ایم شبهه را با تمسک به عمومات برطرف سازیم باید به اصل عملی مراجعه کنیم و متناسب شرایط با مورد مشکوک و با توسل به یکی از این اصول، حق یا حکم بودن آن را احراز نماییم.

۳- شرط عدم رجوع در طلاق رجعی

در این بند ابتدا دیدگاه فقها و دلایل آن‌ها و سپس نظرات حقوق دانان مورد بررسی و تبیین قرار می‌گیرد.

۳-۱- فقهای امامیه

فقهای امامیه در خصوص قابلیت اسقاط جواز رجوع دو دیدگاه را اتخاذ کرده اند که غالباً به صورت مصالحه این جواز بین طرفین آورده شده که در ذیل به توضیح آن می‌پردازیم:

الف) صحت اسقاط حق رجوع

جمعی از فقهای شرط عدم رجوع و صلح این حق به طرف دیگر را جایز می‌دانند که مستندات و دلایل آن‌ها بدین شرح می‌باشد:

یکی از دلایل و مستندات فقها، این است که جواز رجوع در طلاق رجوع حقی (در مقابل حکم) برای زوج می‌باشد و اختیاری است که شارع به او داده و شوهر می‌تواند در صورت صلاحدید از آن استفاده کند یا از آن صرف نظر نماید و این حق مانند حق شفعه، حق خیار و حق نفقه است که قابل اسقاط می‌باشد. هم چنین زن می‌تواند از بعضی از حقوق خود مثل نفقه یا مسکن در برابر عدم رجوع مرد صرف نظر نماید یا صرف نظر ننماید، چرا که جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد و در این جا اصل براءت ذمه و اباحه است و عدم ورود منع، برای جواز آن کافی می‌باشد. چرا که آن چه به دلیل احتیاج دارد، لزوم آن است و هرگاه آن را در ضمن مصالحه آوردیم به مقتضای عموماً صلح اشکالی باقی نمی‌ماند. (میرزای قمی، ۱۳۴۱ ه.ق، ج ۳: ص ۱۵۴) هم چنین از لفظ «أحق» در آیه شریفه «بعولتهن أحق بردهن» (بقره، ۲۲۸) می‌توان برداشت نمود که جواز رجوع در طلاق رجعی، حق بوده و قابلیت مصالحه کردن را دارا می‌باشد. (شیخ الشریعه، ۱۳۹۸ ه.ق، ص ۲۲۴)

دلیل دیگری که فقها از آن برای اثبات حق بودن جواز رجوع به آن تمسک نموده اند روایات وارده در این خصوص می‌باشد که به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

صحیح محمد بن مسلم از یکی از امام محمد باقر (ع) و امام جعفر صادق (ع) که گفت سؤال کردم از آن حضرت از مردی که یک مرتبه زوجه خود را طلاق گفته باشد فرمودند: «هو املك برجعتها ما لم تنقض العده» (حر عاملی، ۱۴۰۹.ه.ق، ج ۲: ص ۱۳۴) یعنی زوج مالکتر است از هر کسی به رجوع کردن به آن زن تا زمانی که عده اش به سر نیامده باشد.

روایت محمد بن قیس از ابا جعفر (ع) در رابطه با مردی که در عده همسر خود را طلاق داده و حضرت می‌فرمایند: «هو املك برجعتها ما لم تنقض عدتها» (کلینی، ۱۳۸۸، ج ۶: ص ۷۰) یعنی مادامی که عده زن تمام نشده باشد او از هرکسی نسبت به رجوع به آن زن مالک تر است.

از واژه «املك» در روایات و تشبیه رجوع به ملك این نکته قابل استنباط است که در حق رجوع، اصل، جریان احکام ملك است و اختیار رجوع از زمره حقوق زوج می‌باشد که می‌تواند این حق را از خود سلب نماید. (قارپوزآبادی قزوینی، ۱۴۱۴.ه.ق، ۳۲۷)

دلیل دیگری که برای صحت اسقاط حق رجوع بیان شده تمسک به عمومات صلح مانند «الصلح جایز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا» (حر عاملی، ۱۴۰۹.ه.ق، ج ۱۸: ص ۴۴۳) است و شکی نیست که این صلح نه محلل حرام است و نه محرم حرام و هیچ تخصیصی در مورد حق رجوع از عموم ادله صلح وجود ندارد، پس جایز است و می‌توان آن را اسقاط نمود. (حسینی مراغه ای، ۱۴۱۷.ه.ق، ج ۲: ص ۲۲۸؛ بهبهانی کرمانشاهی، ۱۴۲۱.ه.ق، ج ۲: ص ۶۲؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳.ه.ق، ج ۳: ص ۱۵۲؛ قارپوزآبادی قزوینی، ۱۴۱۴.ه.ق، ص ۳۲۵)

برخی از فقها، در رابطه با جواز صلح حق رجوع به روایتی از حضرت علی(ع) استناد می‌کنند که: «امیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه و آله دو نفر را حکم کرد در میان زوجین و فرمود می‌دانید چه باید بکنید تکلیف شما این است که اگر جمع را صلاح دانستید جمع کنید و اگر تفریق را صلاح دانستید تفریق کنید و معلوم است که تفریق با طلاق رجعی رفع نزع نمی‌کند زیرا که به مجرد تمام شدن صیغه زوجه رجوع می‌کند پس باید مقصود صلح کردن در میانه ایشان باشد به تفریقی که رجوع جایز نباشد و آن نیز نمی‌شود مگر حق الرجوع را مصالحه کنند زیرا که علماء صلح به خلع را در این مقام علی حده فرموده‌اند پس باید آن صلح غیر این باشد». (قارپوزآبادی قزوینی، ۱۴۱۴ه.ق، ص ۳۲۵)

برخی، مصالحه حق الرجوع در طلاق رجعی را به دلیل ناتمام دانستن دلیل آن، مفید فایده نمی‌دانند و معتقدند تنها در صورتی که شرط عدم رجوع در ضمن عقد لازمی بیاید حمل به صحت می‌شود و اگر زوج بعد از این اشتراط، رجوع نماید اثری بر آن رجوع مترتب نخواهد شد و رجوع نخواهد بود؛ چرا که نهی در معاملات موجب فساد می‌شود. (نراقی، ۱۴۲۲ه.ق، ج ۱ بخش ۲: ص ۱۵۸-۱۵۹)

ب) عدم صحت اسقاط حق رجوع

گروه دیگری از فقها^۱ شرط عدم رجوع و صلح این حق را مطلقاً صحیح نمی‌دانند که در ذیل به بررسی دلایل این گروه می‌پردازیم:

مهم ترین دلیلی که این دسته از فقها برای عدم صحت اسقاط و صلح حق رجوع ذکر کرده اند تمسک به حکم بودن جواز رجوع است و به واسطه این که حکم شرعی است قابلیت اسقاط و مصالحه ندارد و در صورتی که زوج آن را اسقاط نماید یا در مقابل عوض و یا بدون عوض مصالحه نماید کماکان این حق رجوع باقی مانده و ساقط نمی‌شود. (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ه.ق، ج ۳: ص ۱۶۴؛ موسوی اصفهانی، ۱۳۹۳ه.ق، ج ۳: ص ۲۶۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ه.ق، ج ۲۶: ص ۱۷۳)

گروه دیگری از فقها، معتقدند چون مطلقه رجعیه، زوجه حقیقی به حساب می‌آید فلذا حق رجوع که از آثار زوجیت می‌باشد تازمانی که این زوجیت پابرجا باشد مرد دارای حق رجوع می‌باشد. این گروه معتقدند طلاق رجعی به طور کلی علقه زوجیت را زائل نمی‌کند؛ چرا که صیغه طلاق، مقتضی، و خروج عده، شرط است و تنها زمانی علقه زوجیت به طور کامل گسسته می‌شود که مدت زمان عده پایان یابد؛ فلذا در طول عده، مرد دارای حق رجوع بوده و هیچ چیزی نمی‌تواند این حق را از او سلب نماید. (نقل از بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ص ۲۱)

فتاویٰ برخی از فقها، به طور صریح، دال بر عدم صحت شرط عدم رجوع یا مصالحه آن می‌باشد که به تعدادی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

آیت الله فاضل لنکرانی: مردی که زن خود را طلاق رجعی داده، اگر بعد از طلاق زن با مرد مصالحه کند که حق رجوع نداشته باشد مصالحه باطل و مالی را که در مقابل آن گرفته مالک نمی‌شود. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۶، مسأله ۲۵۹۴)

آیت الله مظاهری: در طلاق رجعی اگر شرط شود که مرد حق رجوع نداشته باشد، طلاق صحیح و شرط فاسد است. (مظاهری، ۱۳۸۹، مسأله ۲۰۵۶)

۳-۲- دیدگاه‌های حقوقی

حقوق دانان به تبعیت از فقها، در مورد شرط عدم رجوع، دو دیدگاه متفاوت دارند:

الف) قائلین به بطلان شرط عدم رجوع

برخی از حقوق دانان معتقدند، خانواده سازمان حقوقی ویژه ای است که حاکمیت اراده، جز به طور محدود و استثنایی در آن راه ندارد. بنابراین از کلمه حق که در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی^۲ به کار رفته و از این که در قالب طلاق خلع و مبارات می‌توان رجوع را از بین برد، نمی‌توان نتیجه گرفت که رجوع مانند حق فسخ در معاملات، در اختیار مرد است و می‌تواند آن را به زن صلح کند یا اسقاط نماید. اختیار رجوع از

طلاق تا پایان عده برای شوهر باقی است و هیچ قرارداد یا عمل حقوقی دیگری آن را از بین نمی‌برد. (کاتوزیان، ۱۳۹۴ الف، ج ۱: ص ۳۹۴)

برخی دیگر جواز رجوع به مطلقه رجعیه را حکم شرعی به شمار آورده و بدین واسطه آن را غیر قابل اسقاط می‌دانند. (روشن، ۱۳۹۱، ص ۲۶۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۴۴۰) در تعلیل این سخن آمده است: «اولاً رجوع یک حق و امتیاز فردی نیست که به نفع شوهر در نظر گرفته شده باشد، بلکه اختیاری است که در راه مصلحت خانواده و بقاء آن به شوهر داده شده است و به دیگر سخن، رجوع در طلاق رجعی یه قاعده‌ی امری است که بر اساس مصلحت اجتماعی مقرر گردیده است و از این رو اراده‌ی شوهر نمی‌تواند آن را ساقط کند و توافق بر خلاف آن هم فاقد اعتبار است. بنابراین می‌توان گفت کلمه حق که در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی به کار رفته به معنی حق و امتیاز فردی نیست، بلکه به معنی اختیار است.

ثانیاً هرگاه رجوع قابل اسقاط باشد و اسقاط آن طلاق رجعی را به طلاق بائن تبدیل کند، این امر به حق زن لطمه می‌زند؛ زیرا در این صورت زن دیگر نمی‌تواند از حقوق زوجیت مانند نفقه و ارث برخوردار گردد. پس از این لحاظ هم نمی‌توان برای شوهر حق اسقاط رجوع قائل شد. مگر این که بگوییم اسقاط رجوع فقط مانع رجوع شوهر به طلاق است ولی ماهیت طلاق رجعی و آثار مترتب بر آن را تغییر نمی‌دهد.» (صفایی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۹-۲۵۰)

ب) فائلین به صحت شرط عدم رجوع

بر خلاف نظر گروه اول، این گروه قائل به حق بودن جواز رجوع هستند و معتقدند از کلمه حق در ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی می‌توان استنباط نمود که قانون مدنی از این نظر پیروی نموده است. بنابراین رجوع را حق و قابل اسقاط دانسته که شوهر می‌تواند آن را مستقیماً ساقط کند و یا در ضمن عقد لازمی شرط سقوط آن را بنماید یا در مقابل

عوض مورد صلح قرار گیرد و پس از صلح مانند آن است که شوهر آن را ساقط نموده است. (امامی، ۱۳۷۲، ج ۵: ص ۷۰)

برخی دیگر از حقوق دانان که قائل به حق بودن رجوع هستند، معتقدند چون دلیل قاطع بر آمره بودن آن ارائه نشده است فلذا اصل آزادی اراده و مواد ۱۰ و ۷۵۴ قانون مدنی^۳ حکومت دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸ الف، ص ۲۶۶) و می‌توان آن را تحت هر شرایط اسقاط نمود.

۴- نظر مختار

به نظر می‌رسد می‌توان قائل به صحت شرط عدم رجوع در طلاق رجعی بود و آن را نافذ دانست که مستندات این نظر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

گروهی از فقها و حقوق دانان برای اثبات حق بودن، آن را برای منفعت شخصی و گروه دوم برای اثبات حکم بودن، آن را در جهت مصلحت خانواده می‌پندارند در حالی که هر دو نظریه، مدعایی بدون دلیل به نظر می‌رسد و هم چنان اختلاف بر سر حق یا حکم بودن اختیار رجوع باقی مانده و باید آن را جزء مصادیق مشتبه بین حق و حکم به حساب آوریم. در برخی موارد تشخیص هدف شارع یا قانون گذار از وضع برخی اعتبارات با مشکل رو به رو بوده و برای حل آن راهکاری پیش بینی شده است.

برای حل این مساله ابتدا باید به لسان ادله (اعم از ادله لفظ و ادله لیبی) مراجعه کرد و با توجه به این که در مساله مزبور، هیچ یک از منابع، صریحا به حق یا حکم بودن جواز رجوع اشاره نکرد فلذا باید به مقتضای اصول و قواعد عامه مراجعه کرد. بنا به نظر مرحوم طباطبایی یزدی در صورتی که نسبت به سابقه و معنای عرفی مورد مشکوک هم شک داشته باشیم در این حالت نمی‌توان به نصوص و عمومات شرعی مراجعه کرد؛ زیرا استناد به عمومات در این موارد از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که محذوریت آن در جای خود بحث شده و چنین تمسکی جایز نمی‌باشد. فلذا در این گونه موارد به وسیله یکی از اصول عملیه متناسب با شرایط مورد

شک، حق یا حکم بودن آن را احراز نماییم. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶ه.ق. ب، ج ۲: ص ۵۴-۵۵)

از آن جایی که اسقاط اختیار رجوع، دارای سابقه عرفی نبوده و با تردید و شک عرف نسبت به آن مواجه هستیم و عرف در قابلیت آن برای اسقاط تردید دارد به عموماًت و نصوص شرعی به دلیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه نمی‌توان استناد نمود در نتیجه باید به واسطه یکی از اصول عملیه از مورد مشکوک رفع شک کرد. در چنین مواردی که به واسطه معلوم نبودن حق یا حکمیت جواز رجوع، نمی‌توان تشخیص داد شرط عدم رجوع مخالف کتاب و سنت است یا نه و یا صلح حق رجوع، مصداق تحریم حلال یا تحلیل حرام است یا نه، بنا بر نظر شیخ انصاری می‌توان به اصل عدم متوسل شده و بگوییم اصل، عدم مخالفت و عدم تحریم حلال و تحلیل حرام بوده و در نتیجه به عمومیت «المؤمنون عند شروطهم» و «الصلح جایز بین المسلمین» و «الشرط جایز بین المسلمین ما لم یمنع منه کتاب و لا سنه» (اصل عدم منع) (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ه.ق، ج ۳: ص ۱۲۷) مراجعه کنیم و جواز رجوع را حق دانسته و قائل به قابلیت اسقاط یا مصالحه آن باشیم. کما این که واژگانی مانند «احق» در آیه «بعولتهن احق بردهن» و «املک» در روایت های فوق الذکر را می‌توان به نوعی دال بر حق بودن رجوع دانست و به عنوان مؤیدی برای این نظر محسوب نمود.

موضوع دیگری که در تعیین حق و حکم بودن و به تبع آن در قابلیت اسقاط جواز رجوع، مساله زوجه حقیقی بودن یا زوجه حکمی بودن مطلقه رجعیه می‌باشد و همان طور که محقق بحرالعلوم هم به این موضوع توجه داشته «اگر مطلقه رجعیه، زوجه حقیقی باشد... قدرت شوهر بر رجوع بر رجوع از آثار بقای علقه زوجیت است و در این صورت هم امساک [رجوع] و هم تسریح [عدم رجوع] از احکام سلطنت شوهر بر زن است و در این صورت رجوع شوهر در زمان عده همانند جواز رجوع در زمان عده همانند جواز رجوع در عقود جایز بوده و در نتیجه از زمره احکام به شمار می‌رود. اما اگر بگوییم مطلقه به وسیله طلاق از علقه زوجیت خارج گشته است گرچه تعبدا

برخی احکام زوجه بر او بار می‌شود، در این صورت رجوع مانند خیار در عقود لازم خواهد بود نه حکم». (بحرالعلوم، ۱۴۰۳.ه.ق، ج ۱: ص ۲۱-۲۲)

با توجه به دلایلی که توسط محققین در این خصوص وارد شده به نظر می‌رسد مطلقه رجعیه در حکم زوجه می‌باشد و بالتبع حق بودن جواز رجوع و قابلیت اسقاط آن ارجحیت دارد که دلایل و مستندات این نظر به شرح ذیل می‌باشد:

اولین دلیلی که می‌توان برای حکمی بودن مطلقه رجعیه ذکر کرد این است که طلاق همانند بسیاری از عقود و ایقاعات، به محض وقوع انشاء اثر خود را به جا می‌گذارد و بینونت و جدایی میان زن و شوهر حاصل می‌شود و تفرق ایجاد می‌گردد و در نهایت این که چون شارع مقدس برخی یا تمام آثار زوجیت را برای رجعیه ثابت دانسته، وی را در حکم زوجه بدانیم نه این که واقعا زوجه باشد. (حسینی حائری، ۱۴۲۳.ه.ق، ج ۲: ص ۳۳۴)

در تعریفی که فقها از طلاق ارائه می‌دهند به وضوح نیز می‌توان گسستن علقه زوجیت را برداشت نمود. مشهورترین تعریف طلاق عبارت است از: «ازاله قید النکاح بصیغه مخصوصه؛ یعنی: زائل نمودن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوص می‌باشد». (نجفی، ۱۴۰۴.ه.ق، ج ۳۲: ص ۲؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶.ه.ق، ج ۱: ص ۱۱۳)

همان طور که از عبارات علامه حلی در کتاب تحریر استفاده می‌شود اگر در زمان عده طلاق رجعی زن و شوهر با مهری جدید با یکدیگر ازدواج کنند، نکاح اخیر صحیح است؛ (علامه حلی، ۱۴۲۰.ه.ق الف، ج ۴: ص ۷۱) زیرا به واسطه طلاق، رابطه زوجیت از هم گسسته شده و زن و شوهر به واسطه برخی احکام و آثار طلاق رجعی، صرفاً در حکم زوجه می‌باشد، وگرنه در صورتی که رابطه زوجیت کماکان برقرار بود و مطلقه رجعیه، زوجه حقیقی به حساب می‌آمد، می‌بایست به طور قطع و یقین ازدواج اخیر باطل باشد؛ در حالی که این گونه نیست. این نظر توسط دکتر کاتوزیان نیز مورد تأیید می‌باشد؛ زیرا به عقیده ایشان، این نظر با مبنای قانون مدنی، که زن را در دوران

عده در حکم زوجه می‌داند و رابطه همسری را در اثر طلاق قطع شده می‌بیند، سازگارتر است. (کاتوزیان، ۱۳۹۴ الف، ج ۱: ص ۴۱۴)

بعضی از فقها (علامه حلی، ۱۴۱۲ ه. ق. د، ج ۷: ص ۲۱۳؛ اشتهاردی، ۱۴۱۷ ه. ق، ج ۶: ص ۲۱۱) معتقدند اگر در ایام عده‌ی طلاق رجعی یکی از زوجین فوت نماید تغسیل میت توسط طرف دیگر دارای اشکال می‌باشد و عدم جواز را بدین دلیل می‌دانند که در این خصوص روایتی وارد نشده و بر اساس مقتضای قاعده، به واسطه طلاق، جدایی و بینونت بین آن‌ها حاصل شده و مانند طلاق بائن نسبت به یکدیگر، اجنبی محسوب می‌شوند، نهایت این که به واسطه آثار طلاق رجعی، مطلقه رجعیه را در حکم زوجه بدانیم نه زوجه حقیقی.

در رابطه با مقرون بودن رجوع با قصد در طلاق رجعی، بین فقها دو نظر مطرح شده است؛ برخی هرگونه قول یا فعلی که دلالت بر رجوع را داشته باشد یا انجام هرگونه عملی را که با غیر زوجه جایز نیست، رجوع به حساب می‌آورند و قصد رجوع را لازمه آن نمی‌دانند. (موسوی خویی، ۱۳۹۶ ه. ق. الف، ج ۱: ص ۲۰۸) برخی دیگر مقرون بودن رجوع با قصد، شرط تحقق رجوع می‌دانند و معتقدند اگر اعمال مزبور بدون قصد واقع شود، رجوع محقق نخواهد شد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ ه. ق. الف، ج ۱: ص ۱۱۸) قانون مدنی ایران، نظر اخیر را برگزیده و قصد رجوع را لازمه آن می‌داند و در ماده ۱۱۴۹ مقرر می‌دارد: «رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند مشروط بر این که مقرون به قصد رجوع باشد». حقوق دانان نیز به موضوع اشتراط مقرون بودن رجوع با قصد را متذکر شده‌اند و به آن اذعان دارند. (صفایی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۹)

یکی از ثمره‌های عملی این بحث، آن است که بنا بر نظر زوجیت حقیقی، شوهر می‌تواند از مطلقه رجعیه استمتاع ببرد و نیازی به قصد رجوع نیست، چرا که رجعیه، زوجه حقیقی است. اما بنا بر نظر زوجه حکمی بودن مطلقه رجعیه، بهره مندی مرد از او منوط به آن است که او ابتدا قصد رجوع کند و مادام که قصد رجوع نکرده باشد حق

بهره مندی از زن را ندارد، چرا که مطلقه، زوجه او نیست که تا بتواند نگاه شهوت آمیز به وی افکند، وی را ببوسد و یا سایر اعمال را انجام دهد. فلذا اگر شوهر چنین اعمالی را بدون قصد رجوع انجام دهد، قابل مجازات است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ه.ق الف، ج ۱: ص ۱۱۸) بنابراین از این که قانون مدنی، قصد رجوع را لازمه رجوع به شمار می‌آورد می‌توان نتیجه گرفت قائل به زوجه حقیقی بودن مطلقه رجعیه نیست و او را زوجه حقیقی به حساب نمی‌آورد.

با توجه به دلایل و مستندات که ذکر شد این نتیجه حاصل می‌شود که مطلقه رجعیه، در حکم زوجه می‌باشد و به واسطه طلاق، علقه‌ی زوجیت بین طرفین از هم گسسته شده و رابطه زوجیتی برقرار نیست و بالتبع آن، همان طور که محقق بحر العلوم هم به آن اشاره کرده است، جواز رجوع از زمره حقوق (درمقابل حکم) بوده و زوج می‌تواند آن را به نحوی از انحاء از خود سلب نماید و قطعاً چنین اسقاطی صحیح خواهد بود.

هم چنین برخی از حقوق دانان، از نتایج قابل اسقاط بودن رجوع، تبدیل طلاق رجعی به طلاق بائن می‌دانند و بدین واسطه موجب محرومیت زن از حقوق زوجیت مانند نفقه و ارث می‌شود و این امر، امری خلاف قاعده بوده که دلیلی برای جواز این کار وجود ندارد. در نقد این نظر باید گفت اسقاط حق رجوع موجب دگرگونی طلاق رجعی به طلاق بائن نخواهد شد و زن می‌تواند از سایر حقوق خود بهره مند شود.

همان طور که در بخش اول به آن اشاره شد فارغ از این که جواز رجوع را حق بدانیم یا حکم، شرط عدم رجوع منافات و مخالفتی با مقتضای ذات طلاق رجعی نداشته و از جمله شروط صحیح می‌باشد؛ زیرا ماهیت طلاق رجعی، همان ازاله علقه زوجیت و جدایی است و به صرف بینونت ماهیت طلاق شکل گرفته و رجوع را می‌توان از جمله آثار طلاق رجعی برشمرد. فلذا شرط عدم رجوع در طلاق رجعی، شرط خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌باشد. مضاف بر این که شرط عدم رجوع از

حمایت اصل آزادی اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی برخوردار بوده و به دلیل عدم مابینت با قانون، شرطی نافذ محسوب می‌شود.

با توجه به دلایل فوق الذکر می‌توان شرط عدم رجوع در طلاق رجعی را از جمله شروط صحیح و نافذ محسوب نمود و در صورتی که شوهر پس از سلب این حق، رجوع نماید رجوع وی کان لم یکن یوده و اثری بر آن بر نمی‌شود.

نتیجه گیری

موارد زیر را می‌توان به عنوان نتایج این تحقیق برشمرد:

یکم- که ذات و ماهیت طلاق رجعی به صرف اجرای صیغه طلاق و ازاله علقه زوجیت محقق شده و امر دیگری مانند رجوع شامل ذات طلاق رجعی نمی‌شود و نامگذاری یکی از انواع طلاق به نام طلاق رجعی، به نوعی مسامحه در تعبیر بوده و به عبارت دیگر این نامگذاری بر اساس یکی از آثار آن یعنی رجوع می‌باشد. بنابراین شرط عدم رجوع شرط خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌باشد.

دوم- حق اعتبار خاصی است که آثار مخصوص به خود را دارد و سلطنت از جمله آثار آن می‌باشد، مانند سلطنت بر فسخ در حق خیار.

سوم- از آنجایی که جواز رجوع در طلاق رجعی از موارد مشتبه بین حق و حکم می‌باشد و دارای سابقه عرفی نمی‌باشد می‌توان به اصل عدم متوسل شده و بگوییم اصل، عدم مخالفت و عدم تحریم حلال و تحلیل حرام بوده و در نتیجه عمومیت «المؤمنون عند شروطهم» به جای باقی است و شرط عدم رجوع مخالفتی با کتاب و سنت ندارد.

چهارم- مطلقه رجعیه در حکم زوجه می‌باشد نه زوجه حقیقی و طلاق همانند بسیاری از عقود و ایقاعات، به محض وقوع انشاء اثر خود را به جا می‌گذارد و بینونت و جدایی میان زن و شوهر حاصل می‌شود. همچنین در ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی به

موضوع اشتراط مقرون بودن رجوع با قصد اشاره شده که مبین زوجه حکمی بوده و بالتبع حق بودن جواز رجوع و قابلیت اسقاط آن ارجحیت دارد.

پنجم- اسقاط حق رجوع، طلاق رجعی را به طلاق بائن مبدل نمی‌سازد و زن می‌تواند از سایر حقوق خود در دوران عده طلاق رجعی مانند نفقه و ارث بهره‌مند گردد.



کتابنامه

الف. فارسی

۱. قانون امور حسبی.
۲. قانون حمایت خانواده (مصوب سال ۱۳۹۲).
۳. قانون مدنی.
۴. امامی، سید حسن (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ج ۵ و ۵.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۸)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات گنج دانش، الف.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵)، دائره المعارف حقوقی (دانشنامه حقوقی)، تهران: انتشارات امیر کبیر، ج ۳ ب.
۷. حسینی، سیدعیدالرحیم (۱۳۸۷)، رساله ای در باب حق و حکم، تهران: شرکت چاپ و نشر بین الملل.
۸. روشن، محمد (۱۳۹۱)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات جنگل.
۹. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله (۱۳۸۲)، مختصر حقوق خانواده، تهران: انتشارات میزان.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، حقوق مدنی (خانواده)، تهران: انتشارات سهامی انتشار، ج ۱ الف.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشارات مدرس، ب.
۱۲. گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی) (۱۳۰۴ ه.ق)، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تهران: انتشارات مؤسسه کیهان ج ۳.
۱۳. لطفی، اسدالله (۱۳۸۸)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات خرسندی، ج ۲.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات پایدار، ج ۹.
۱۶. مظاهری، حسین (۱۳۸۹)، رساله توضیح المسائل، اصفهان: انتشارات مؤسسه فرهنگی مطالعاتی.
۱۷. نراقی، ملا احمد (۱۴۲۲ ه.ق)، رسائل و مسائل، قم: نشر کنگره نراقیین (ملا مهدی، و ملا احمد)، ج ۱.
۱۸. نیکوند، شکرالله (۱۳۹۳)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات بهنامی.

ب. عربی

۱۹. قرآن کریم.
۲۰. ابن بابویه، محمد بن علی (شیخ صدوق) (۱۴۱۳ ه.ق)، من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۳.
۲۱. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ ه.ق)، لسان العرب، بیروت: نشر دار احیاء التراث العربی، ج ۱۰ و ۱۲.
۲۲. اشتهااردی، علی پناه (۱۴۱۷ ه.ق)، مدارک العروه، تهران: انتشارات دارالاسوه للطباعه و النشر، ج ۶.
۲۳. اصفهانی، ابوالفضل بهاءالدین محمد بن حسن (فاضل هندی) (۱۴۱۶ ه.ق)، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۱.
۲۴. بحر العلوم، سید محمد (۱۴۰۳ ه.ق)، بلغه الفقیه، تهران: انتشارات مکتبه الصادق، ج ۱.
۲۵. بهبهانی کرمانشاهی، آقا محمد علی بن وحید (۱۴۲۱ ه.ق)، مقامع الفضل، قم: انتشارات مؤسسه علامه مجدّد وحید بهبهانی، ج ۲.
۲۶. تهرانی، محمد هادی (۱۳۷)، رساله الحق و الحکم، قم: چاپ شده در مجله نامه مفید، شماره ۴۵.
۲۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه.ق)، وسائل الشیعه، قم: انتشارات مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ج ۱۸ و ۲۲.
۲۸. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ ه.ق)، فقه العقود، قم: انتشارات مجمع اندیشه اسلامی، ج ۲.
۲۹. حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۲ ه.ق)، فقه الصادق علیه السلام، قم: انتشارات دارالکتاب، ج ۲۱.
۳۰. حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ ه.ق)، منهاج الصالحین، قم: نشر دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ج ۳.
۳۱. حسینی مراغه‌ای، سید میر عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ ه.ق)، العناوین الفقهیه، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱ و ۲.
۳۲. حکیم، سید محسن (۱۳۷۱ ه.ق)، نهج الفقاهه، نجف: انتشارات المطبعه العلمیه، ج ۱.
۳۳. حلی، محمد بن منصور بن احمد بن ادریس (ابن ادریس حلی) (۱۴۱۰ ه.ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۴۲۰ ه.ق)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم: انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، ج ۴ الف.

۳۵. حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۴۰۴ ه.ق)، مبادئ الوصول الى علم الاصول، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاساسی، ب.
۳۶. حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۴۱۳ ه.ق)، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج.
۳۷. حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۴۱۲ ه.ق)، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، مشهد: انتشارات مجمع البحوث الاسلامیه، ج ۷ د.
۳۸. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۰۳ ه.ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت: انتشارات دار الاضواء، ج ۲.
۳۹. خراسانی، ملا محمد کاظم (۱۴۰۶ ه.ق)، حاشیه مکاسب، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۰. رازی، محمد بن ابی بکر زین الدین (۱۳۸۷ ه.ق)، مختار الصحاح، بیروت: دار الکتب العربی.
۴۱. زمخشری، محمود بن عمر (۱۳۶۰)، اساس البلاغه، قم: انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی.
۴۲. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ ه.ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: انتشارات مؤسسه المنار، ج ۲۶.
۴۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ ه.ق)، العروه الوثقی (ملحقات)، قم: انتشارات داوری، ج ۱ الف.
۴۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶ ه.ق)، حاشیه مکاسب، قم: انتشارات دارالعلم، ج ۱ و ۲ ب.
۴۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۴)، تمهید الاصول فی علم الکلام، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۴۶. عاملی، زین الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی) (۱۴۲۵ ه.ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم: انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج ۲.
۴۷. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ ه.ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله (القصاص)، قم: انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۴۸. فیومی، احمد بن محمد بن علی (۱۴۲۰ ه.ق)، المصباح المنیر، بیروت: انتشارات المکتبه العصریه.
۴۹. قارپوزآبادی قزوینی، ملا علی (۱۴۱۴ ه.ق)، صیغ العقود و الایقاعات (محشی)، شارحین: میرزا محمد علی تبریزی قراچه داغی، عبدالرحیم تبریزی، میرزا محسن بن محمد و شیخ مرتضی، قم: انتشارات شکوری.
۵۰. کاشف الغطاء، شیخ جعفر (۱۳۸۰ ه.ق)، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء، قم:

- انتشارات مکتب الاعلام الاساسی، ج ۱.
۵۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸)، فروع کافی، قم: انتشارات قدس، ج ۶.
۵۲. مدرس اصفهانی، میر محمد تقی (۱۳۳۱ ه.ق)، رساله الضابط المميز بين الحق و الحكم، تهران: چاپ سنگی.
۵۳. موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۹۳ ه.ق)، وسیله النجاه، شرح سید محمد رضا موسوی گلپایگانی، قم: انتشارات مهر، ج ۳.
۵۴. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، قم: انتشارات دارالعلم، ج ۲.
۵۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۶ ه.ق)، مبانی تکمله المنهاج، قم: انتشارات مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ج ۱ الف.
۵۶. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ه.ق)، مصباح الاصول، قم: انتشارات مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ج ۲ ب.
۵۷. نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر) (۱۴۰۴ ه.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: نشر دار احیاء التراث العربی، ج ۳۲.
۵۸. نمازی اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد (شیخ الشریعه) (۱۳۹۸ ه.ق)، رساله فی تحقیق معنی البیع، قم: انتشارات دارالبیوع.
۵۹. نمازی اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد (شیخ الشریعه) (۱۳۹۸ ه.ق)، رساله فی تحقیق معنی البیع، قم: انتشارات دارالبیوع.

یادداشت‌ها:

۱. بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ص ۲۰ به بعد؛ موسوی اصفهانی، ۱۳۹۳ ه.ق، ج ۳: ص ۲۶۱؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ ه.ق، ج ۳: ص ۱۶۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ص ۳۴۸؛ انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، الف، ص ۲۴۵.
۲. ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».
۳. ماده ۱۰ قانون مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».
- ماده ۷۵۴ قانون مدنی: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد».
۴. هم‌چنین رک به شیخ طوسی، ۱۳۸۷ ه.ق، الف، ج ۵: ۱۱۲.

شروط اختصاصی مرابحه در فقه امامیه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۳/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۳/۱۱

علیرضا عالی‌پناه*

بهرروز علیزاده**

چکیده

مرابحه صفتی است که عقود معاوضی مختلفی همچون بیع می‌توانند متصف به آن گردند. فقها بیع مرابحه را بیعی می‌دانند که در آن بائع با إخبار از رأس المال و اعلام سود درخواستی مبیع را در اختیار مشتری قرار می‌دهد. در مهروموم‌های اخیر با تصویب قوانینی همچون قانون عملیات بانکی بدون ربا و نیز قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی پنجم توسعه‌ی جمهوری اسلامی ایران مرابحه به‌عنوان قراردادی فقهی و یکی از ابزارهای مالی در تحقق سیستم بانکداری بدون ربا وارد نظام بانکی کشور شد و با تصویب دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه در سال ۱۳۹۰ توسط شورای پول و اعتبار، ماده ۱ این دستورالعمل در تعریف از مرابحه آن را قراردادی دانست که به‌موجب آن عرضه‌کننده بهای تمام‌شده‌ی اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به‌عنوان سود آن را به متقاضی واگذار می‌کند. با در نظر گرفتن تعریف فقها و حقوقدانان از بیع مرابحه و نیز تعریفی که دستورالعمل اجرایی قرارداد مرابحه از مرابحه ارائه داده است به این نتیجه می‌رسیم که برای انعقاد هر عقد مرابحه باید علاوه بر رعایت شروط عمومی معاملات، شروط اختصاصی مرابحه از جمله علم متعاملین به رأس المال و ربح و دیگر شروط آن نیز رعایت گردد. در این نوشتار شروط اختصاصی مرابحه را که در متون فقهی و حقوقی مورد اشاره قرار گرفته‌اند مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد. روش تحقیق ما توصیفی-تحلیلی به همراه رجوع به منابع کتابخانه‌ای می‌باشد و در این راستا سعی بر این شده است تا اقوال فقهی و حقوقی را در کنار قوانین مصوب مورد بررسی و مدافقه قرار داده و به نتیجه برسیم.

واژگان کلیدی

مرابحه، شروط اختصاصی، ربح، سود شرعی، رأس‌المال، تسهیلات بانکی، بانکداری بدون ربا.

alipanah.a@yahoo.com

behroozalizadehlaw@gmail.com

* عضو هیئت علمی دانشگاه شهید بهشتی (ره)

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسوول)

مقدمه

برای انعقاد هر عقدی از جمله عقود مرابحی می‌بایست علاوه بر شروط عمومی، شروط اختصاصی آن عقد نیز رعایت گردد. با مراجعه به کتب فقهی و روایی و حقوقی شروطی را می‌بینیم که برای انعقاد مرابحه، علاوه بر شروط اختصاصی می‌بایست رعایت گردند. در ادامه این شروط را در چهار مبحث و ذیل چهار عنوان علم طرفین به رأس المال، علم طرفین به میزان ربح، مقبوض بودن مورد معامله و نیز مثلی بودن رأس المال مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد. لازم به ذکر است با توجه به اینکه فقها غالباً مرابحه را در ذیل عقد بیع طرح و بررسی کرده‌اند. در اینجا نیز گاهی بیع را به عنوان عقدی در نظر می‌گیریم که در فرض ما در قالب مرابحه منعقد شده است و شروط اختصاصی مرابحه در عقد بیع را بیان می‌کنیم. با توجه به آنچه درباره‌ی ماهیت مرابحه و عدم اختصاص آن به عقد بیع گفته شد، معتقدیم که این شروط در تمامی عقود دیگری هم که در قالب مرابحه منعقد می‌گردند، جاری خواهند بود.

۱- علم طرفین به رأس المال

یکی از شروط صحت مرابحه علم طرفین به رأس المال می‌باشد. ابتدا در گفتار نخست مبحث کنونی این شرط را مورد بررسی قرار می‌دهیم و در ادامه در گفتار دوم این مبحث آثار این شرط را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱- بررسی شرط

از شروط صحت مرابحه که اساسی‌ترین شرط در مرابحه می‌باشد و فقها و حقوقدانان در ابتدای بحث از مرابحه به آن اشاره کرده‌اند اخبار از رأس المال (الحلی، ۱۴۰۸ ه.ق، ج ۲، ۳۴) حین انعقاد عقد (العاملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۳، ص ۳۰۶) می‌باشد که مرابحه (و مواضعه و تولیه و تشریک) را در مقابل نوع دیگری از بیع یعنی مساومه قرار می‌دهد. (النجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲۳، ص ۳۰۳) در این قسمت این شرط را توضیح داده