

## شرط سقوط حق طلاق زوج در فقه امامیه و حقوق ایران

روشنعلی شکاری\*

محمدحسین احمدپور\*\*

### چکیده

طبق فقه امامیه و حقوق ایران، حق طلاق متعلق به زوج است و او هرگاه که بخواهد می‌تواند این حق را اعمال نماید. با توجه به دغدغه پیشگیری از طلاق‌های بی‌سبب که جزو سیاست‌های تقنینی اسلام در امر طلاق می‌باشد سؤالی در اینجا قابلیت طرح دارد و آن این است که آیا شرط سقوط حق طلاق، به این معنا که در قالب شرط نتیجه، حق طلاق زوج به‌طورکلی سلب شود صحیح است؟ در این خصوص باید گفت بنا بر روایات امکان تفویض حق طلاق یا همان نقل حق طلاق وجود ندارد و بنا بر اجماع، حق طلاق جزو احکام و جوازات شرعی بوده که اثر لاینفک آن‌ها اسقاط ناپذیری است و لذا حق طلاق قابلیت اسقاط حتی به‌صورت جزئی و در یک رابطه مشخص ندارد. طبق حقوق ایران نیز حق طلاق مصرح در ماده ۱۱۳۳ ق مدنی، یک قاعده آمره، حق مرتبط با شخصیت و نظم عمومی به حساب آمده که امکان اسقاط به‌طور کلی و جزئی ندارد و در نهایت شرط سقوط حق طلاق، در فقه امامیه و حقوق ایران، شرط نامشروعی محسوب می‌شود که محکوم به بطلان است.

### واژگان کلیدی

حق طلاق، سقوط حق طلاق، حق و حکم، آمره و تکمیلی، شرط نامشروع، نظم عمومی.

\* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران

shekaris@ut.ac.ir

\*\* کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق(ع) (نویسنده مسئول)

mh\_ahmadpour2007@yahoo.com

### طرح مسئله

یکی از چالش‌های مهم فقهی که از گذشته تاکنون محل بحث بوده و اثرات اجتماعی قابل توجهی به دنبال دارد، ایجاد محدودیت برای زوج، در مورد طلاق‌هایی است که بدون دلایل قابل قبول صورت می‌گیرند. پرداختن به این موضوع با شدت گرفتن پدیده طلاق در سال‌های کنونی اهمیت مضاعفی پیدا کرده است، با این حال گرچه قوانین فقهی اسلام در امر طلاق و نیز احادیث انذار دهنده از اعمال حق طلاق، در راستای کاهش طلاق‌های بی‌سبب تشریح شده‌اند، اما ممنوعیتی برای طلاق‌های بی‌سبب از جهت فقهی وارد نشده و از لحاظ احکام حکومتی نیز، محدودیت مؤثری صادر نشده است. در این بین یگانه راه‌حلی که می‌تواند برای جلوگیری از طلاق‌های بی‌سبب، مورد تأمل و بحث قرار گیرد، امکان قراردادی ترک طلاق می‌باشد که در قالب شرط ضمن عقد قابل استفاده است.

در واقع ترک طلاق به صورت قراردادی و در قالب شرط ضمن عقد در دو حالت قابل تصور است، یک حالت اشتراط سقوط حق طلاق که در قالب شرط نتیجه صورت می‌گیرد و به نفس اشتراط در ضمن عقد، حق طلاق زوج، از اساس سلب می‌گردد به گونه‌ای که با اعمال طلاق، اثری بر آن مترتب نخواهد شد. حالت دیگر اشتراط عدم اعمال در قالب شرط ترک فعل حقوقی است که در مورد ضمانت اجرای آن در فقه امامیه و حقوق ایران نظرات متفاوتی دیده می‌شود و البته مشهورترین نظر در مورد ضمانت اجرای تخلف از این شرط، حرمت تکلیفی و صحت وضعی عمل می‌باشد. با توجه به آنچه ذکر شد در این پژوهش تلاش شده، حکم شرط سقوط حق طلاق در فقه امامیه و حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد و در این راستا به تناسب موضوع پژوهش که با بحث شرط نامشروع مرتبط است برای بررسی حکم شرط سقوط حق طلاق، به مفاهیمی چون حق و حکم در فقه امامیه و مفاهیمی چون قاعده آمره و قاعده تکمیلی و اسقاط حق (ماده ۹۵۹ ق مدنی) در حقوق ایران پرداخته شده است.

### ۱. کلیات و مفاهیم بنیادین

با توجه به عنوان پژوهش، توضیح پیرامون بعضی کلیات و مفاهیم مرتبط، ضروری به نظر می‌رسد. در همین رابطه در فصل نخست در مورد تعریف شرط ضمن عقد و اقسام

آن و در فصل دوم پیرامون مفهوم و ماهیت طلاق و مبانی حق طلاق، مباحثی ارائه می‌گردد.

#### ۱-۱. شرط ضمن عقد

شرط در حقوق مدنی، به دو معنی به کار می‌رود، گاهی وجود یا تأثیر یک امر حقوقی به شرط وابسته است، مثل اینکه فوت موصی شرط تأثیر وصیت است و گاهی منظور از شرط، توافقی است که ضمن عقد دیگر صورت می‌گیرد. در این فصل، بحث پیرامون شرط به معنای اخیر است که طی آن تلاش شده، معنی لغوی و اصطلاحی شرط و اقسام شرط از جهات مختلف، مورد بررسی قرار گیرند.

#### ۱-۱-۱. معنی لغوی و اصطلاحی شرط

شرط در لغت به معنی الزام و التزامی می‌باشد که در ضمن یک عقد آمده و در همین خصوص در کتاب لسان العرب آمده: «الشرط إلزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه» (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ج ۷، ص ۸۲؛ فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۳۶۸). در این معنا به کارگیری لفظ شرط بر الزامات خارج از عقد (شروط ابتدایی یا بدوی)، استعمال مجازی و غیر صحیح محسوب می‌شود. البته بعضی، استعمال شرط بر شروط ابتدایی (الزامات خارج از عقد) را نیز، استعمال حقیقی دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۵۸). همچنین در اصطلاح فقهی و حقوقی، شرط به توافقات فرعی و تبعی اطلاق می‌گردد که ضمن عقد اصلی درج می‌شوند بدون اینکه عقد اصلی را معلق به امری کنند (عالی پناه، ۱۳۹۳، ص ۲۵) شرط کننده را شارط یا مشروط له و مکلف به انجام شرط را مشروط علیه (و یا مشروط علیها) می‌نامند و عقدی را که شرط در ضمن آن آورده شده است عقد مشروط می‌نامند.

#### ۱-۱-۲. اقسام شرط ضمن عقد

شروط ضمن عقد به اعتبار ماهیت به شرط فعل، صفت و نتیجه تقسیم می‌شوند و شرط فعل نیز، به اعتبار ماهیت به شرط فعل (مثبت) و ترک فعل (شرط فعل منفی) و به اعتبار ظرف تحقق به شرط فعل مادی و شرط فعل حقوقی منقسم می‌شود.

همچنین به اعتبار تأثیر و نفوذ، شرط ضمن عقد به شرط صحیح، باطل و باطل قابل تقسیم است؛ و شرط باطل نیز طبق یک تقسیم‌بندی مشهور به شرط بی‌فایده، غیرمقدور و نامشروع و شرط باطل و مبطل نیز به شرط خلاف مقتضای ذات عقد و شرطی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، منقسم شده است. در این گفتار توضیحات هر یک از این موارد خواهد آمد.

#### ۲-۱. تعریف و ماهیت طلاق و مبانی حق طلاق زوج

متناسب با موضوع این پژوهش ضروری است که در مورد تعریف طلاق و نیز ماهیت طلاق، توضیحات لازم ارائه شود. همچنین با توجه اینکه برای اشتراط اسقاط یا تعهد بر ترک، باید مشروط علیه صاحب حق (و در اینجا صاحب حق طلاق) باشد، شایسته است که مبانی حق طلاق زوج و نیز محدوده‌ی این حق ذکر شود. در این فصل مباحث مذکور ارائه خواهد شد.

#### ۱-۲-۱. معنی لغوی طلاق و اصطلاحی طلاق

طلاق در لغت به معنای رها کردن و ترک کردن آمده؛ اما از لحاظ اصطلاحی، طبق فقه امامیه طلاق زایل نمودن قید ازدواج با صیغه مخصوص است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۲، ص ۲) و ذکر قید «صیغه مخصوص» در تعریف مذکور، به جهت خارج کردن تعریف فسخ نکاح از تعریف طلاق است چراکه فسخ نیازی به صیغه مخصوص ندارد (محقق داماد، ۱۳۷۲، ص ۳۸۰).

در حقوق ایران، در تعریف طلاق برخی حقوقدانان مرقوم داشته‌اند که: «طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن، مرد به اذن یا حکم دادگاه، زنی را که به‌طور دائم در قید زوجیت اوست رها می‌سازد» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۰۰)؛ و عده‌ای طلاق را انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده قانونی او دانسته‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۶۰؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۱).

#### ۲-۲-۱. ماهیت طلاق

ماهیت حقوقی طلاق، هم در فقه اسلامی و هم در قانون مدنی و حقوق ایران ایقاع به حساب می‌آید که اعمال آن از سوی زوج یا نماینده قانونی او صورت می‌گیرد.

ماهیت طلاق توافقی و طلاق خلع و مبارات نیز ایقاع می‌باشد، در واقع توافق طرفین که شرط یا انگیزه طلاق می‌باشد، غیر از خود آن است و طلاق، یعنی آخرین عملی که با اجرای صیغه تحقق می‌یابد و رابطه‌ی نکاح را منحل می‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۶۰)؛ و همچنین طلاق، به تراضی یا با صدور اذن دادگاه انجام نمی‌شود. دخالت دادگاه یا تراضی، مجوز واقع ساختن و ثبت طلاق در محضر است و در وقوع عمل حقوقی اثر ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۳۰۱).

### ۱-۲-۳. مبانی اختیار مطلق زوج در امر طلاق

چنانچه زوجه در ضمن عقد نکاح بخواهد علیه زوج شرط اسقاط حق طلاق یا شرط عدم طلاق بنماید، بی‌شک زوج باید مسلط بر حق طلاق باشد تا بتواند با شرط ضمن عقد از آن حق یا اختیار صرف نظر کند؛ و نیز باید دامنه این حق مشخص شود که زوج در چه مواردی اختیار طلاق دارد تا در آن محدوده مجاز به صرف نظر کردن از حق خویش باشد. لذا در این بخش پیرامون مستندات تعلق حق طلاق برای زوج و نیز دامنه این حق بحث و بررسی صورت می‌گیرد.

در همین خصوص می‌توان گفت در چند دسته کلی، مستندات مؤید حق طلاق برای زوج و نیز مطلق بودن این حق (دامنه‌ی حق)، قرار می‌گیرند؛ که عبارت‌اند از: قرآن، روایت، اجماع.

در واقع در آیات متعددی از کتاب وحی، به بحث طلاق پرداخته شده است؛ و مخاطب تمامی این آیات، مردان هستند و یک آیه دیده نمی‌شود که در مورد حق طلاق، زنان مخاطب قرار گرفته باشند (سیفی مازندرانی، ۱۳۸۶، ص ۳۵). از سوی دیگر از اطلاق موجود در این آیات، مطلق بودن حق طلاق برای زوج استفاده می‌گردد.

همچنین برخی از روایات مربوط به اختیار طلاق زوج دلالت بر انحصار حق طلاق در اختیار زوج می‌کنند و از برخی روایات نیز، وجود اختیار طلاق در اختیار زوج استفاده می‌گردد، اما مهم‌ترین روایتی که فقها اعم از شیعه و سنی جهت اثبات اختیار طلاق و انحصار آن برای زوج به آن تمسک می‌کنند، روایت ابن عباس از پیامبر گرامی اسلام (ص) است. ایشان می‌فرماید: «الطلاق بید من أخذ بالساق» یعنی طلاق در اختیار

کسی است که ساق (شرمینه زن) را در اختیار می‌گیرد (و منظور از گرفتن ساق نیز، استمتاع جنسی است). این حدیث اگرچه در اکثر کتب روایی شیعه به چشم نمی‌خورد اما صاحب جواهر از آن به‌عنوان نبوی مقبول یاد می‌کند (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۲، ص ۵). علاوه بر این‌ها صاحب جواهر در کتاب معروف جواهر الکلام، حکم مضمون روایت «الطلاق بید من أخذ بالساق» را که اختیار طلاق را منحصرأً به مرد می‌دهد اجماعی شمرده است (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۲، ص ۵).

با توجه به دلایل و مستندات فوق‌الذکر شکی نیست که اولاً طبق فقه امامیه «اختیار طلاق برای زوج» است. ثانیاً این اختیار «به‌طور انحصاری» از آن زوج می‌باشد و ثالثاً این اختیار «منوط به قید و شرطی» نبوده و زوج هرگاه که بخواهد می‌تواند این حق را اعمال کند.

## ۲. شرط سقوط حق طلاق

شرط سقوط حق طلاق بدین معناست که در قالب شرط نتیجه، حق طلاق زوج سلب گردد به‌گونه‌ای که در صورت عمل معارض با مفاد شرط، اثری بر عمل حقوقی او بار نگردد. برای اینکه صحت یا عدم صحت شرط سقوط حق طلاق مشخص گردد، عمده مسئله‌ای که در فقه و حقوق باید روشن شود این است که آیا تراضی بر این تعهد در محدوده‌ی اختیارات زوجین بوده و یا اینکه چنین اختیاری برای ایشان متصور نیست. در همین رابطه در عالم حقوق این بحث، تحت عنوان مقوله حق و حکم قابل‌بررسی است و در عالم حقوق علاوه بر این ملاک با معیار قاعده آمره و قاعده تکمیلی باید به بررسی این موضوع همت گماشت. جهت نیل به این مقصود در فصل نخست این بخش، حکم شرط سقوط حق طلاق در عالم فقه مورد پژوهش قرار می‌گیرد و در فصل دوم حکم این شرط در عالم حقوق معین خواهد شد.

### ۲-۱. شرط سقوط حق طلاق در فقه

طبق فقه امامیه، برای اینکه بتوان تحت یک تعهد امری را اسقاط کرد، آن امر باید جزو حقوق باشد و چنانچه آن امر حکم باشد چنین شرطی باطل است. لذا در این بخش در

رابطه با مفاهیم حق و حکم بحث می‌کنیم و در ادامه وضعیت طلاق را از حیث حق یا حکم بودن تعیین می‌نماییم تا در نهایت حکم شرط سقوط حق طلاق مشخص گردد.

## ۲-۱-۱. مقوله حق و حکم

هرچند فقهای متقدم به صورت موجز عباراتی در زمینه مبحث حق و حکم دارند، اما اولین اثر مستقلی که در بحث حق و حکم دیده می‌شود قدمت چندانی ندارد و تحقیقات صورت گرفته نشان می‌دهد، اولین بار سید محمد بحر العلوم در کتاب بلغۃ الفقیه در رساله‌ای با عنوان «رساله فی الحق و حکم» متعرض این بحث شده است (محقق داماد، ۱۳۹۵، ص ۲۸). از همین رو عمده نظریاتی که در این پژوهش به آن‌ها پرداخته می‌شود مربوط به فقهای متأخر خواهد بود.

شایان ذکر است که برای تعیین حق یا حکم بودن طلاق، ابتدا توضیح مفاهیم حق و حکم، تفاوت آثار، اقسام آن دو و ملاک تشخیص آن‌ها ضروری است. در همین راستا سعی شده به صورت مختصر به این موارد اشاره شود.

## ۲-۱-۱-۱. معنی لغوی و اصطلاحی حق

حق در معنای لغوی به معنی ثابت، اسم الله، قرآن، ضد باطل، نقیض باطل، مرگ، حزم، واحد حقوق، وجوب، یقین و ... به کار رفته است (جرجانی، ۱۳۶۸، ص ۴۰؛ ابن منظور، ۱۹۵۵، ج ۱۰، صص ۴۹-۵۴؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۲۱). البته در مورد معنای حق در این بحث، غالباً به معنای ثابت توجه شده است. در مورد معنی اصطلاحی حق، نظرات مختلفی از سوی فقها ابراز شده است که در ادامه می‌آید.

## ۲-۱-۱-۱-۲. حق به معنای نوعی سلطنت

امام خمینی پیرامون نظر شیخ انصاری در خصوص مفهوم حق در کتاب البیع مرقوم می‌دارد که: «یظهر من الشیخ الأنصاری قده أنه عبارة عن السلطنة مقابلاً للملك» (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۲۱)؛ از کلام شیخ انصاری برداشت می‌شود که ایشان حق را به معنای سلطنت و در مقابل ملک تعبیر کرده‌اند. شیخ انصاری همچنین حق را سلطنت

فعلیه‌ای می‌داند که قیام دو طرف آن یعنی من له الحق و حق، برای یک شخص معقول نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۹).

#### ۲-۱-۱-۱-۲. حق به معنای حکم

بعضی از فقها حق را در معنای مصدری، ثبوت و در معنای وصفی ثابت دانسته و در معنای اصطلاحی، حق را همچون حکم از امور اعتباری تلقی می‌کنند، درواقع ایشان حق و حکم را در ماهیت یکسان و تفاوت این دو را در آثارشان می‌بینند که هر یک از جهت مصالح، متفاوت جعل شده‌اند (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، صص ۳۳۹-۳۴۳).

#### ۲-۱-۱-۲. نظریه ملک بودن حق

در نظر برخی فقها، حق به معنای ملک یا مرتبه ضعیفی از آن است. در همین خصوص سید کاظم طباطبایی یزدی معتقد است که حق مرتبه ضعیفی از ملک و البته نوعی از ملک است و صاحب حق، مالک بر آن چیزی است که اختیار آن را بر عهده دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۵).

#### ۲-۱-۱-۲. حق به معنای اعتبار خاص

آخوند خراسانی حق را اعتبار خاصی تعریف می‌کند که سلطنت از آثار آن به حساب می‌آید (نه اینکه حق را به معنای سلطنت بدانند) و در همین خصوص سلطنت بر فسخ در حق خیار، تملک به عوض در حق شفعه، تملک بدون عوض در حق تحجیر را مثال می‌زند (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۴). همچنین مرحوم امام نیز قائل به همین تعریف برای حق می‌باشند (خمینی، ۱۳۶۳، ج ۱، صص ۱۶-۱۸).

#### ۲-۱-۲. آثار حق

برای حق سه اثر معرفی شده است. یکی از این آثار که همگان در مورد آن اتفاق دارند جواز اسقاط حق است. اسقاط حق به این معناست که صاحب حق، حق خود را نسبت به چیزی ملغی کند. گفتنی است در مورد این اثر اصلی حق، یک قاعده فقهی به عنوان «ان لکل ذی حق اسقاط حق» استخراج شده است. همچنین در مورد اهمیت این اثر باید گفت، بعضی از فقها، قوام حق را به قابلیت اسقاط پذیری آن دانسته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳،

ج ۱، ص ۴۲) اگرچه این نظر، اجماعی نیست. از دیگر آثار حق، جواز نقل به وسیله اسباب نقل است. البته مصادیق قابل توجهی از حقوق قابلیت نقل را ندارند. نقل حق عموماً به صورت ارادی صورت می‌گیرد و همچنین نقل حق می‌تواند به صورت معوض و نیز غیر معرض اعمال گردد. انتقال حق، اثر دیگر حق است. انتقال حق، به نقل حق به صورت غیرارادی و قهری گفته می‌شود؛ همانند ارث و انتقال اموال از متوفی به وراثت. شایان ذکر است که مصادیق زیادی از حقوق، قابلیت انتقال را دارا نیستند.

### ۲-۱-۱-۳. اقسام حق به اعتبار قابلیت اسقاط، نقل و انتقال

در خصوص اقسام حق به اعتبار قابلیت اسقاط، نقل و انتقال، فقها تقسیم‌بندی‌های مختلفی صورت داده‌اند. در همین خصوص میرزای نائینی که قوام حق را به قابلیت اسقاط پذیری آن می‌داند، طبق این ملاک، چهار دسته حق را برمی‌شمرد:

۱. حقوقی که صرفاً قابلیت اسقاط دارند، مثل حق قذف؛
۲. حقوقی که قابلیت اسقاط و نقل تبرعی دارند، مانند حق قسم؛
۳. حقوقی که قابلیت اسقاط و نقل اعم از غیر معوض یا معوض دارند، همچون حق تحجیر؛

۴. حقوقی که قابلیت اسقاط و انتقال غیرارادی دارند و قابلیت نقل ارادی ندارند مثل حق خیار که پس از فوت به وارثان انتقال می‌یابد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۲). البته برخی از فقها دسته‌بندی‌هایی برای حق ارائه کرده‌اند که با دسته‌بندی مزبور تفاوت‌هایی دارند. مثلاً سید کاظم یزدی در کتاب حاشیه المکاسب حقوقی را برمی‌شمرد که قابلیت اسقاط، نقل و انتقال را ندارند و برای این گروه، حق ابوت، ولایت حاکم، حق استمتاع زوج از زوجه و حق وصایت و ... را نام می‌برد. در ادامه البته ایشان می‌نویسد: «ممکن گفته شود که این قبیل حقوق و یا برخی از آنها، جزو حقوق نبوده و احکام محسوب می‌شوند» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۶).

### ۲-۱-۱-۴. معنی لغوی و اصطلاحی حکم

در کتاب مفردات راغب اصفهانی، منع برای اصلاح، معنای اصلی حکم عنوان شده (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۴۸) و در خصوص اصطلاح حکم، تعریف مشهور این

است که «الحکم خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»؛ حکم خطاب شرع است که به افعال مکلفین به اقتضاء یا تخییر یا وضع تعلق می‌گیرد. البته در بعضی عبارات به جای خطاب الشرع، خطاب الشارع یا خطاب الله به کاررفته است. مقصود از خطاب سخنی عنوان شده که هدف از آن توجه دادن به دیگری است (محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۹). همچنین اقتضاء به معنای طلب بوده و شامل احکام واجب، مستحب، مکروه و حرام می‌شود. منظور از تخییر، حکم مباح بوده و غرض از وضع، احکام وضعی می‌باشد. طبق این تعریف، خطاب شرع به افعال مکلفین تعلق گرفته و این یعنی خطاب شرع، افعال مکلف را، از جهت مطلوب و مغبوض بودن و میزان این مطلوبیت و مغبوضیت، مشخص می‌کند.

#### ۲-۱-۱-۵. آثار حکم

عدم امکان اسقاط، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های حکم است که همه‌ی فقها بر آن اجماع دارند. همچنین حکم برخلاف حق، امکان نقل به صورت ارادی و انتقال به صورت قهری و غیرارادی را ندارد. در واقع می‌توان گفت هیچ‌یک از آثار حق در مورد حکم صادق نیستند.

البته بعضی از معاصرین، عدم امکان تعهد برخلاف حکم را نیز، به عنوان اثر چهارم حکم ذکر کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۱۹؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۶۹).

#### ۲-۱-۱-۶. تردید در مصادیق حق و حکم

میرزای نائینی در صورت شک بین حق و حکم، قائل است اصلی که در تعیین حق و حکم به کار بیاید وجود ندارد و لذا باید به اصول عملیه رجوع کرد و اصل در اینجا، اقتضای عدم اسقاط می‌کند و این به خاطر استصحاب ابقا ماکان است (در واقع اسقاط از امور وجودی است که برای اثبات آن نیاز به دلیل می‌باشد) و لذا در این حالت آن مورد مشکوک حکم خواهد بود (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۲).

در مقابل سید کاظم یزدی معتقد است که در صورت شک بین حق و حکم، اصل استصحاب حکم فرماست و در صورت صدق حق بر مورد و شک در قابلیت اسقاط

پذیری آن، اصل بر اسقاط است، چراکه اصل این است که حق در اختیار صاحب حق قرار دارد، مگر اینکه مانعی در استفاده وجود داشته باشد که در هنگام شک، اصل بر عدم مانع است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۵۶).

#### ۲-۱-۱-۷. ضابطه تشخیص حق از حکم

شکی نیست که ثمره بحث‌های نظری باید در نهایت، در عمل کارآمدی داشته باشد، اما در بحث حق و حکم، تعاریف ارائه شده، جهت تعیین مصادیق حق و حکم راهگشا نیستند. در همین رابطه یکی از حقوقدانان می‌نویسد: «تمیز بین حق و حکم، یا به تعبیر دوگی (موقعیت حقوقی)، یکی از دشوارترین مسائل نظری است، این دشواری در مرحله نظری کمتر احساس می‌شود ولی در مرحله انتخاب مصادیق بروز می‌کند و به همین جهت، فقیهان نیز که به نشانه‌های بیرونی و نوعی حق پرداخته‌اند در تمیز بسیاری از ماهیت‌ها به اتفاق نرسیده‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۴۲۴).

درواقع صرف نظر از اینکه کدام تعریف در مورد حق پذیرفته شود، برای تمیز مصادیق حق و حکم باید شیوه دیگری برگزید. به همین منظور برخی از فقها برای تشخیص مصادیق حق از حکم، توجه به آثار را ملاک قرار داده‌اند؛ بدین صورت که چنانچه مصداقی قابل اسقاط، نقل و انتقال باشد، این مصداق حق بوده و الا حکم می‌باشد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۷۱، ص ۸). اما دکتر محقق داماد، به این ملاک خرده گرفته و آن را مستلزم دور دانسته، چراکه از یکسو قابلیت اسقاط، نقل و انتقال، مستلزم حق بودن سلطه بوده و از سوی دیگر تشخیص حق، منوط به قابلیت اسقاط، نقل و انتقال آن شده است. همچنین ایراد شده که همه حقوق لزوماً قابلیت‌های سه‌گانه را ندارند. لذا ایشان علاوه بر ملاک فوق، توجه به مفاد ادله را پیشنهاد کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۰-۲۱).

همچنین یکی از ملاک‌های استقرایی در تمیز بین حق و حکم در عبارت یکی از فقها به این صورت آمده است: «انسان مسلط است بر انحاء تصرفات در مال خود، اما نسبت به نفوس پس ظاهر این است که چنین نباشد مثلاً اگر شخص عاقل بالغ رشید بخواهد اختیار طلاق زوجه‌ی خود را به غیر واگذارد به طوری که بعداً خود او اختیاری

نداشته باشد و عدم رضای او به وقوع طلاق بی اثر شود ... ظاهر آن است که شروطی که مفاد آن‌ها این‌گونه امور باشد شرط منافی با کتاب و سنت است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۲۵۱).

اگرچه این ملاک کلیت ندارد و موارد نقض برای آن وجود دارد و در عالم حقوق نیز حقوقدانان با استقرا در قوانین قائل شده‌اند که غالب موارد اموال قابلیت اسقاط را دارند و غالب مسائل مربوط به شخصیت و نظم خانواده فاقد این قابلیت هستند. با توجه به آنچه ذکر شد برای تعیین حق یا حکم بودن طلاق علاوه بر بررسی ادله مربوط به حق طلاق، توجه به آثار حق و حکم در مورد این موضوع ضروری به نظر می‌رسد.

#### ۲-۱-۲. حق یا حکم بودن اختیار طلاق

چنانچه برای تشخیص حق و حکم بودن طلاق، آثار حق و حکم را ملاک قرار دهیم، در خصوص عدم امکان نقل حق طلاق می‌توان به روایاتی استناد جست. در همین خصوص، پیرامون نقل حق طلاق زوج به زوجه، در کتاب وسایل الشیعه، بابی با عنوان «طلاق به دست مرد است و نه زن، چنانچه در عقد نکاح شرط شود که طلاق به دست زن باشد این شرط، باطل می‌باشد» (حرعاملی، بی تا، ج ۱۵، ص ۳۴۰) مشاهده می‌شود و ذیل آن روایت زیر آمده است:

«محمد بن یعقوب عن مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي امْرَأَةٍ نَكَحَهَا رَجُلٌ فَأَصْدَقْتَهُ الْمَرْأَةُ وَ شَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنْ بِيَدِهَا الْجَمَاعَ وَالطَّلَاقَ فَقَالَ خَالَفَ السُّنَّةَ وَوَلَّى الْحَقَّ مَنْ لَيْسَ أَهْلُهُ وَ قَضَى أَنْ عَلَى الرَّجُلِ الصَّدَاقَ وَ أَنْ بِيَدِهِ الْجَمَاعَ وَالطَّلَاقَ وَ تِلْكَ السُّنَّةُ» (حرعاملی، بی تا، ج ۱۵، ص ۳۴۰)؛ از امام صادق (ع) منقول است، در مورد زنی که با مردی ازدواج کرده و مهریه‌اش را به زوج بخشیده و با همسرش قرار گذاشت به شرط اینکه اختیار نزدیکی و طلاق به دست من باشد با تو ازدواج می‌کنم. (حال حکم این مسئله چیست؟) امام فرمود: باسنت مخالفت کرده و حق به اختیار کسی قرار گرفته که اهلیت آن را ندارد و

(در ادامه) حکم کردند که مهریه بر عهده مرد بوده و جماع و طلاق نیز به عهده‌ی او است و این سنت است.

همچنین در بابی دیگر از کتاب وسایل الشیعه بابی پیرامون تخییر طلاق آمده و در این باب، روایات زیر ملاحظه می‌گردد:

الف) و عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد، عن ابن فضال، عن هارون «مروان» بن مسلم، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما تقول فی رجل جعل امرأته بیدها؟ قال: فقال لی: ولی الأمر من لیس أهله و خالف السنه و لم یجز النکاح (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۳۳۶-۳۳۷)؛ از امام صادق(ع) در مورد مردی که امر طلاق را به دست زنش قرار داده بود، سؤال شد؛ امام فرمود: امر را به دست کسی گذاشتی که اهلش نیست و باسنت مخالفست کردی و نکاح چنین عملی را تجویز نمی‌کند.

ب) و باسناده عن علی بن الحسن بن فضال، عن محمد و أحمد ابني الحسن عن علی بن یعقوب، عن مروان بن مسلم، عن إبراهيم بن محرز قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده فقال: رجل قال لامرأته: أمرک بیدک، قال: أنى یكون هذا و الله یقول: «الرجال قوامون علی النساء» لیس هذا بشئ (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۵، ص ۳۳۷)؛ از ابراهیم بن محرز منقول است که شخصی از امام صادق(ع) سؤال کرد که مردی به زنش گفته که امر طلاق به دست تو باشد (حکم آن چیست؟) امام فرمود: چگونه این چنین می‌تواند باشد درحالی‌که خداوند در قرآن می‌فرماید: «الرجال قوامون علی النساء» و فرمودند این شرط تعهدی ایجاد نمی‌کند.

با توجه به این روایات شکی باقی نمی‌ماند که حق طلاق مختص زوج بوده و نقل و یا اصطلاحاً تفویض طلاق به زوجه و دیگران امکان‌پذیر نیست؛ اما در خصوص سقوط حق طلاق (سلب حق طلاق در قالب شرط نتیجه) روایتی ملاحظه نمی‌شود و چنانچه برای صحت یا عدم صحت شرط سقوط حق طلاق به روایت منصور بن بزرگ از امام موسی کاظم(ع)<sup>۱</sup> تمسک شود، باید گفت این روایت پیرامون تعهد بر ترک در قالب شرط (شرط ترک فعل حقوقی) و یا نذر می‌باشد و ربطی به سقوط حق طلاق ندارد.

گفته شد بعضی قائل‌اند اموری که مرتبط باشخصیت و نکاح، حکم بوده و موارد مربوط به اموال، جزو حقوق هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۲۵۱). حال چنانچه ادعا شود حق طلاق نیز یک حکم تلقی شده که قابلیت اسقاط ندارد، باید گفت این قواعد کلیت ندارد؛ لذا نمی‌توان به‌عنوان یک اصل و قاعده به آن توسل جست، جزء اینکه اصل بر این گذاشته شود که در موارد مشکوک حق و حکم که ادله راهگشا نبوده و این امور مربوط به شخصیت و نظم خانواده هستند، اصل بر حکم بودن باشد.

از دلایلی که برای اثبات حکم بودن حق طلاق به آن می‌توان تمسک کرد اجماع فقهاست. فقها به انحاء مختلف به این قضیه اشاره کرده‌اند؛ بعضی به حکم بودن این موضوع تصریح کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۲۸؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۸۶، ص ۳۷) و شماری به عدم امکان نقل حق طلاق اشاره نموده‌اند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۳۰۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۱۱؛ میرزای قمی، ۱۳۹۶، ص ۴۳؛ خمینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۱۶۷؛ خوبی، ۱۴۱۲ق، ص ۳۲۹؛ طباطبایی حکیم، ج ۱، ص ۲۶۴؛ سبحانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۴۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۴۱؛ سیفی مازندرانی، ۱۳۸۶، ص ۳۵؛ حسینی شاهرودی، ج ۴، ص ۸۳؛ مدرسی، ۱۴۳۳ق، ج ۱، ص ۲۴۵). همچنین بعضی قائل به عدم امکان اسقاط اختیار طلاق شده‌اند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴۴؛ میرزای قمی، ۱۳۹۶، ص ۴۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۲۸).

با توجه به دلایل مذکور یعنی اخبار دال بر عدم امکان تفویض و تخییر حق طلاق و اجماع فقها باید گفت که اختیار طلاق یک جواز شرعی بوده و تحت سلطه زوج نیست که بتواند آن را اسقاط نماید، بلکه زوج صرفاً حق اعمال و عدم اعمال این اختیار را دارد؛ و البته چنانچه این دلایل برای حکم دانستن طلاق کافی تلقی نشود، طبق اصل استصحاب و اصل عدم امکان اسقاط، برای تعیین مصادیق مشکوک بین حق و حکم، اختیار طلاق یک حکم محسوب می‌شود.

## ۲-۲. شرط سقوط حق طلاق در حقوق ایران

در ادامه مباحث و با توجه به‌عنوان پژوهش، لازم است دیدگاه اساتید حقوق پیرامون شرط نامشروع مورد اشاره قرار گیرد، چراکه ضابطه‌ی تشخیص شرط نامشروع در

حقوق ایران علی‌رغم شباهت با ضوابط فقهی، تفاوت‌هایی دارد که جهت ارائه یک بحث جامع و دقیق، پرداختن به آن ضروری می‌نماید. در این فصل در گفتار نخست معیار تشخیص شرط مشروع از نامشروع که در حقوق ایران ذیل عنوان قوانین امری و تکمیلی می‌گنجد، مورد بررسی قرار می‌گیرد و در گفتار بعد، قسمت تکمیلی این معیار با عنوان نظم عمومی بحث خواهد شد و در گفتار آخر نیز، حکم شرط سقوط حق طلاق در حقوق ایران و آثار حقوقدانان خواهد آمد.

#### ۲-۱-۲. قوانین امری و تکمیلی

محدوده‌ی تراضی متعاقدين، با توجه به قوانین امری و تکمیلی مشخص می‌شود و با این مفاهیم می‌توان تعهدات مشروع و نامشروع را از زاویه قانون مورد ارزیابی قرارداد. در ادامه مفاهیم قانون امری و تکمیلی و ملاک تشخیص آن‌ها بررسی خواهد است.

#### ۲-۱-۲.۱. قوانین امری

در عالم حقوق، شرط نامشروع به شرطی اطلاق می‌گردد که مخالف قوانین آمره باشد و قوانین آمره نیز به آن دسته از قواعدی گفته می‌شود که طرفین عقد در روابط حقوقی خویش، الزاماً باید به آن‌ها پایبند باشند؛ چراکه تخلف از این دسته از قواعد، مساوی زیر پا گذاشتن مصالح عمومی است و لذا قانون‌گذار برای جلوگیری از این موضوع، ضمانت اجرای تراضی برخلاف قوانین مذکور را، بطلان تعهد قرار داده است.

#### ۲-۱-۲.۲. قوانین تکمیلی

برخلاف قوانین آمره، قوانین تکمیلی، محدوده اعمال اراده متعاملین محسوب می‌شود و تراضی آن‌ها در خصوص این دسته از قوانین، مجاز است. کارکرد قوانین تکمیلی، در هنگام سکوت متعاملین مشخص می‌شود، در واقع فرض مقنن بر این است که متعاملین با سکوت در مورد پاره‌ای از مقررات، قوانین تکمیلی را جایگزین اراده خود کرده‌اند تا این قوانین، تکمیل‌کننده جزئیات توافق نشده قرارداد باشد.

در خصوص فایده اصلی قوانین تکمیلی می‌توان گفت در غالب موارد، در اثر نا-آگاهی یا شتاب‌زدگی یا نزاکت، دو طرف نمی‌خواهند یا نمی‌توانند راه‌حل مسائلی را که به‌احتمال در آینده با آن روبه‌رو خواهند شد در اسناد بیاورند. فایده مهم قوانین تکمیلی

در این است که در چنین موردی دادرس را از سرگردانی در باب احراز قصد مشترک آن دو می‌رهاند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۸۸). همان‌طور که از تعاریف برمی‌آید؛ قوانین تکمیلی برخلاف قوانین امری قابلیت تغییر به‌واسطه شرط رادارند و از این‌رو، برای احراز صحت یا بطلان شرط مخالف قانون، باید تکمیلی یا آمره بودن آن قانون موردبررسی قرار گیرد و در صورت آمره بودن، حکم به بطلان شرط و در صورت تکمیلی بودن، حکم به صحت شرط داد.

#### ۲-۲-۱-۳. ملاک تشخیص قانون امری از تکمیلی

پس از دانستن مفهوم قوانین امری و تکمیلی، نوبت به معیارهایی می‌رسد که بتوان در عمل، این دودسته از قوانین را از هم شناسایی کرد. بی‌شک مهم‌تر از ارائه تعاریف و خصوصیات این مفاهیم، معرفی ضوابط کارآمدی است که امکان شناسایی این دو مفهوم را ایجاد کند. ولی علی‌رغم اهمیت این موضوع، به دلایل مختلف این مقصود به حد مکفی میسر نشده است. در ادامه مواردی از معیارها تشخیص قانون امری از تکمیلی می‌آید.

#### ۲-۲-۱-۳-۱. تأسیس اصل

همچنان که تشخیص شرط مخالف کتاب و سنت به‌راحتی امکان‌پذیر نیست، در خصوص تمیز قوانین امری و تکمیلی هم وضعیت متفاوتی دیده نمی‌شود و در این رابطه در حقوق اروپایی نیز نویسندگان دریافتن قاعده‌ای عام و روشن ناتوان مانده‌اند و ناچار به مفهوم قابل‌انعطاف و مبهم «نظم عمومی» روی آورده‌اند. بدین ترتیب که هرگاه قانون با «نظم عمومی» ارتباط داشته باشد امری است و در سایر موارد باید آن را تکمیلی شمرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۵۰).

درواقع باگذشت زمان و تغییر تحولات گوناگون جوامع، مصالح و منافع عمومی متفاوت می‌گردند و در این‌بین ارائه ملاک برای تشخیص قوانین مربوط به نظم عمومی به‌سادگی ممکن نیست. به عقیده‌ی حقوقدانان، قاضی در مقام دادرسی باید با ملاحظه جامعه خود، نظم عمومی را تشخیص دهد.

با این حال حقوقدانان تلاش کرده‌اند با تأسیس اصل، استقراء در قوانین و تحلیل مبانی و اهداف مقنن، ضوابطی هرچند متزلزل و نسبی، برای تشخیص قوانین امری و تکمیلی استخراج کنند.

در همین رابطه بعضی با استناد به اصل حاکمیت اراده و ماده ده قانون مدنی، قائل به اصل امری نبودن قانون شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۳۲) اما برخی دیگر از حقوقدانان علی‌رغم اینکه اذعان به موافقت این دیدگاه، با ظاهر ماده ده قانون مدنی دارند، اما معتقدند: «داوری در این باب مستلزم توجه به مجموع نظام حقوق کنونی است که از استقراء در آن به‌خوبی نسبی بودن این اصل استنباط می‌شود. از تاریخ تصویب قانون مدنی، تاکنون این نظام تغییر فراوان کرده است، چندانکه دیگر نمی‌توان گفت مداخله‌ی آمرانه قانون‌گذار در قراردادی جنبه استثنایی و خلاف اصل دارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۵۳).

#### ۲-۲-۱-۳-۲. ملاک‌های استقرایی

با توجه به بحث پیشین مشخص شد که نمی‌توان اصل را بر امره یا تکمیلی بودن قوانین گذاشت و از این‌رو در حالتی که اصول و قواعد کلی، نمی‌توانند ملاکی قطعی برای تشخیص مصادیق دوگانه امری و تکمیلی بدهند، به‌ناچار باید با توسل به استقراء به نتایجی راهگشا دست پیدا کرد.

در همین خصوص حقوقدانان به ملاک‌های قابل تأملی دسته یافته‌اند که با توجه به موضوع این پژوهش، تنها به موارد مرتبط اشاره خواهد شد.

ایشان با استقراء در قوانین قائل شده‌اند، قوانین مربوط به احوال شخصیه و عقد نکاح «غالباً»، جزو قوانین امری هستند که حکم اشترط خلاف آن‌ها بطلان می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۲۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۵۵). علت امری بودن قوانین مرتبط با شخصیت، در زبان یکی از حقوقدانان چنین عنوان شده است که: «فرق اساسی بین منافع مادی و بین حقوق شخصیت آن است که منافع مادی را جز منتفع کسی از آن بهره‌مند نمی‌گردد و بدین جهت می‌تواند او را انتقال دهد و یا اسقاط نماید... بالعکس حقوق شخصیت بستگی به جامعه دارد، زیرا فرد سلول هیكل جامعه است و

او به وسیله حقوق شخصیت خود از افراد دیگر متمایز می‌باشد و بدین جهت حقوق مزبور غیرقابل انتقال، اسقاط و بازداشت است» (امامی، ۱۳۳۸، ج ۴، ص ۱۵۶). البته این نظر در فقه هم قائل داشته و دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۲۵۱).

#### ۲-۲-۲. شرط مخالف نظم عمومی

لفظ نامشروع موجود در بند سوم ماده ۲۳۲ قانون مدنی، علاوه بر شروط مخالف قانون، شامل شروط مخالف نظم عمومی هم می‌شود. شکی نیست که نظم عمومی با مواد مصرح در قوانین یکسان نیست و از این رو بحث مجزا پیرامون آن ضروری به نظر می‌رسد. در این گفتار تعریف نظم عمومی و ملاک شناسایی تعهدات خلاف نظم عمومی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۲-۲-۲-۱. تعریف نظم عمومی

با اقتباس از ماده ۶ قانون مدنی فرانسه که مقرر نموده «با قراردادهای خصوصی نمی‌توان قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نقض کرد»، قانون‌گذار ایران واژه نظم عمومی را، وارد قانون مدنی ایران نموده است.

اما در مقام تعریف نظم عمومی عده‌ای مرقوم داشته‌اند: «نظم عمومی، نتیجه‌ی ارتباطات طبیعی اشیاء و اعضاء جامعه بوده و به‌مثابه امور تکوینی بوده که در جهان موجودند. حقوق چنین نظم‌ی را به وجود نیاورده، بلکه قوانین و مقررات حقوقی فقط ضامن حفظ نظامی هستند که مستقلاً و طبیعتاً در خارج وجود دارد» (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، ص ۳۳).

اما دسته‌ای دیگر<sup>۴</sup> در تعریف نظم عمومی، رویکرد متفاوتی ابراز نموده‌اند، در نگاه ایشان «مراد از نظم عمومی نه نظم مادی و خارجی یا طبیعی است که در کوچه و خیابان وجود دارد، بلکه مقصود، نظم‌ی است که در اثر قواعد و مقررات حقوقی، در اجتماع به وجود آمده و باید محفوظ بماند. وجود نظم عمومی بسته به یک سلسله اصول و افکار راجع به منافع هیئت اجتماعی می‌باشد، به‌نحوی که اگر آن اصول و افکار از بین بروند، دیگر برای نظم عمومی مصادیقی وجود نخواهد داشت» (احمدی و استانی، ۱۳۴۱، ص ۳۵).

همچنان که ملاحظه شد نظریات فوق تعریف روشنی از نظم عمومی به دست نمی‌دهد ... اما نقطه مشترکی که در تمامی تعاریف به عمل آمده از نظم عمومی ملاحظه می‌شود، ارتباط آن با منافع و مصالح جامعه است (عابدیان، ۱۳۷۹، ص ۱۱۶). البته دقیق‌تر این است که بگوییم: «همه قوانین کم‌وبیش جنبه‌ی اجتماعی دارد و مصلحتی در وضع آن مورد نظر بوده است. متنها، در وضع بعضی از آنها مصلحت مربوط به آزادی اراده بر مصلحتی که محرک قانون‌گذار در وضع قانون بوده است رجحان دارد و به همین جهت اشخاص می‌توانند برخلاف آن باهم تراضی کنند. لیکن در بعضی دیگر، اجرای قانون چندان مهم است که مصلحت مربوط به حاکمیت اراده در برابر آن ناچیز به شمار می‌آید» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۵۹).

#### ۲-۲-۲-۲. ملاک شناسایی تعهدات خلاف نظم عمومی

از تعاریف ارائه شده پیرامون واژه نظم عمومی، نمی‌توان پی به مصادیق آن برد؛ و از این رو حقوقدانان برای شناساندن مفهوم نظم عمومی، موارد اعمال این مفهوم را بدون توجه به تعریف، احصا نموده‌اند، در واقع با بررسی قوانین امره و کشف منطق ممنوعیت تراضی علیه آنها و با در نظر داشتن ارتباط تنگاتنگ این قوانین با مفهوم نظم عمومی، در موارد مشابهی که قانون حکمی ندارد، می‌توان به سایر مصادیق نظم عمومی پی برد. در همین رابطه در ادامه بعضی از مواردی که مرتبط با موضوع این پژوهش هستند، خواهند آمد.

#### ۲-۲-۲-۲.۱. احوال شخصیه

احوال شخصیه عبارت از اوصافی است که مربوط به شخص، صرف نظر از شغل و مقام خاص او در اجتماع، است. اوصافی احوال شخصیه را تشکیل می‌دهند که قابل تقویم و مبادله به پول نباشند، مانند ازدواج، طلاق و نسب (صفایی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۲۷). قوانین مربوط به احوال شخصیه صرفاً جهت منافع فرد وضع نشده و بلکه این قوانین ارتباط زیادی با مصالح عمومی دارند و به همین خاطر هرگونه توافق خلاف آنها به موجب قانون باطل تلقی می‌گردد. به عنوان مثال با توافق نمی‌توان تابعیت کسی را تغییر داد یا اینکه حق طلاق را به زوجه واگذار نمود.

### ۲-۲-۲-۲. نظم خانواده

خانواده به عنوان کوچک‌ترین واحد اجتماعی، بیشترین نقش را در ثبات و نظم جامعه ایفا می‌کند و از این رو زوجین با تراضی، نباید قادر به برهم زدن نظم باشند که نظم جامعه را متأثر می‌کند. در همین خصوص عموم قوانین ناظر به خانواده از سنخ قواعد آمره بوده که امکان اشتراط خلاف آن‌ها وجود ندارد.

قواعد ناظر به حق طلاق، ریاست زوج بر خانواده، حق نفقه زوجه، توارث بین زوج و زوجه و سایر اعضاء خانواده و ... همگی نمونه‌هایی از قوانین امری هستند که در جهت حفظ نظم عمومی موجود در خانواده وضع شده‌اند (شریف، ۱۳۷۷، ص ۱۰۳).

در همین رابطه یکی از حقوق‌دانان در مورد ارتباط قواعد انحلال نکاح با قوانین امری مرقوم می‌دارد:

«انحلال نکاح بی‌گمان از امور مربوط به نظم عمومی است. بنابراین، قواعدی که در قوانین نسبت به انحلال آمده، در زمره‌ی قوانین امری است. این قواعد را باید تفسیر محدود کرد: یعنی، به وسیله قیاس و استحسان نمی‌توان موجب تازه‌ای بر موارد انحلال افزود. زن و شوهر نیز حق ندارند به تراضی عقد را اقاله کنند یا در نتیجه‌ی شرط موردی را برای انحلال نکاح پیش‌بینی کنند که در قوانین نیامده است. برای مثال نمی‌توان در نکاح دائم شرط کرد که طلاق به اراده‌ی مرد یا زن انجام گیرد و نیازی به رجوع به دادگاه نباشد...» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۵۶).

### ۲-۲-۳. حکم شرط سقوط حق طلاق

در خصوص حکم سقوط حق طلاق زوج در حقوق ایران، از چند منظر می‌توان به این موضوع نگاه کرد. یک منظر این است که طبق قواعد آمره و تکمیلی و مقوله نظم عمومی حکم این موضوع تعیین گردد. از سوی دیگر می‌توان با توجه به خاستگاه فقهی و انعکاس آن در آثار حقوق‌دانان از منظر قاعده حق و حکم و طبق نصوص قانونی چون ماده ۹۵۹ ق مدنی به بررسی ابعاد این بحث پرداخت و در نهایت به آرا و نظریاتی که مستقیماً به حکم این موضوع پرداخته‌اند اشاره‌ای داشت. در ادامه به ترتیب شرح این عناوین خواهد آمد.

### ۲-۳-۱. شرط سقوط حق طلاق از منظر قاعده آمره و تکمیلی

همان‌طور که در مباحث قبل ذکر شد، طبق معیار قواعد آمره، تراضی برخلاف امور مرتبط بانظم عمومی، همچون حقوق مربوط به شخصیت و قواعد مربوط به نظم خانواده که با مصلحت جامعه ارتباط مستقیم دارند، محکوم به بطلان است (البته این موارد کلیت نداشته و از استقرا در قوانین و مقررات استخراج شده است). با این معیار حق طلاق زوج نیز یک قاعده آمره به حساب می‌آید در همین خصوص حقوقدانان در مورد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید»<sup>۳</sup> قائل به آمره بودن شده و اسقاط، نقل و انتقال حق طلاق را نامشروع دانسته‌اند (امامی، ۱۳۳۸، ج ۴، ص ۳۶۶-۳۶۸).

البته این اشکال قابل طرح است که آیا کارکرد قاعده آمره، برای ممانعت از تراضی جهت اسقاط حق است یا علاوه بر آن تعهد بر ترک فعل را هم شامل می‌شود؟ به نظر می‌رسد این قاعده در این زمینه ابهام داشته باشد. درحالی‌که ملاک‌های معادل آن در فقه، همچون مقوله حق و حکم و نیز شرط محرم حلال، در این زمینه با ابهامی روبه‌رو نیستند.

### ۲-۳-۲. شرط سقوط حق طلاق از منظر ضابطه حق و حکم و ماده ۹۵۹ ق مدنی

ماده ۹۵۹ ق مدنی موجب شده، حقوقدانان در کنار بهره جستن از مفاهیم قاعده آمره و تکمیلی از مفاهیم حق و حکم نیز برای تحلیل شرط نامشروع استفاده کنند، این ماده مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

در رابطه با این ماده قابل ذکر است که منظور از «حق تمتع» قابلیت دارا شدن و بهره‌مند شدن از حق بوده و مقصود از «سلب حق تمتع از تمام حقوق مدنی»، یعنی حالتی که برای فرد همچون گیاهان و جمادات، هیچ‌گونه حقوقی نتوان متصور شد. همچنین منظور از «سلب حق تمتع قسمتی از حقوق مدنی»، یعنی سلب حقوقی چون حق ازدواج و حق طلاق، حق شفعه، حق تملک و امثالهم که در واقع احکام شرعی هستند و مقصود از «حق اجرا»، امکان بهره‌برداری از حق می‌باشد.<sup>۴</sup> نیز منظور از «سلب

حق» اعم از اسقاط حق، یعنی زایل کردن حق در قالب شرط نتیجه و تعهد بر ترک یعنی عدم بهره‌برداری از حق، در قالب ترک فعل حقوقی می‌باشد.

در تفسیر این ماده که با تغییراتی از ماده ۲۷ قانون مدنی سوئیس رونویسی شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰، ص ۲۴۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۲۰۹)، حقوقدانان نظرات متفاوتی ارائه نموده‌اند. بعضی از ایشان، مفهوم مخالف از آن استفاده کرده، بدین ترتیب که «سلب حق به‌طور جزئی (موقت یا در رابطه خاص) ممکن است» (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۵۷۶؛ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۵، ص ۳۱-۳۲؛ امامی، ۱۳۳۸، ج ۴، ص ۱۵۸-۱۵۹). اما در مقابل بعضی قائل شده‌اند که: «اولاً، القای مفهوم مخالف به‌وسیله‌ی این ماده ثابت نیست و نمی‌توان با اطمینان، برای قید، مفهوم مخالف شناخت. ثانیاً بر فرض ثبوت مفهوم مخالف برای ماده مذکور از جهت وجود قید «به‌طور کلی» مفهوم مخالف مزبور مسلماً به‌وسیله قاعده لازم‌الاتباع بودن احکام آمره قانونی تخصیص می‌یابد؛ زیرا از یکسو، کلمه «حق» در ماده ۹۵۹ در معنی خاص کلمه، یعنی حق قابل اسقاط یا انتقال، به کار نرفته است و همان‌طور که ملاحظه می‌شود حق تمتع به‌طور کلی یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی، حق به معنی خاص نیست و حکم است، پس اگر مفهوم مخالفی برای ماده فرض شود، معنی «کلمه حق» در مفهوم نیز مانند منطوق باید همین معنی اعم باشد که شامل حکم خواهد بود؛ از سوی دیگر، تمام حقوق جزئی مدنی و اجرای حق مدنی، حقوق به معنی اخص که قابل سلب و اسقاط باشد، نیست بلکه بعضی از حقوق مزبور، در حقیقت، از احکام و غیرقابل اسقاط است» (شهیدی، ۱۳۶۹، ص ۱۳۱).

طبق دیدگاه اخیر اختیار طلاق که طبق تقسیم‌بندی فقهی یک حکم می‌باشد و طبق مفهوم مخالف این ماده، یک حق مدنی جزئی به شمار می‌رود، اما باین حال در مورد یک مصداق هم قابلیت اسقاط ندارد.

درواقع اصطلاح معروف «حق طلاق» به معنای یک حق مدنی خاص با قابلیت اسقاط پذیری نیست و البته بهتر است که به‌جای حق، از واژه اختیار طلاق استفاده شود و منظور از این اختیار، جواز شرعی عدول از عقد نکاح است که صاحب آن، قدرت شرعی و قانونی بر اسقاط این جواز و حکم را ندارد.

البته دسته اول نیز در ادامه نظر خود به این موضوع اشاره داشته‌اند: «در مواردی که امتیازی به موجب حکم برقرار شده و آمیخته با تکلیف است یا وابسته به شخصیت و مربوط به نظم عمومی، اسقاط حق امکان ندارد: مانند حق حضانت، ولایت و حق اقامه دعوا در مورد جرائم و حق زوجیت» (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۵۷۶).

در مورد مفهوم مخالف گیری از این ماده، دیدگاه دکتر شهیدی با توجه خاستگاه فقهی مبحث حق و حکم دقیق به نظر می‌رسد، در واقع با اطمینان نمی‌توان برای قید (به‌طور کلی) مفهوم مخالف قائل شد. البته با عنایت به اینکه مفهوم مخالف این ماده با نظر داشتن مواردی موافق با قواعد حاکم بر بحث حق و حکم می‌باشد مفهوم مخالف گرفتن از آن می‌تواند موجه تلقی شود؛ اما در فرض مفهوم مخالف گرفتن از قید، با توجه به اینکه لفظ حق در این ماده، لزوماً به معنای حقوق به معنای خاص (باقابلیت اسقاط، نقل و انتقال) نبوده و احکام را نیز در برمی‌گیرد، حقوق مدنی‌ای را می‌توان متصور شد که در حالت جزئی نیز امکان اسقاط ندارند.

با ذکر مثال می‌توان این مطلب را بهتر توضیح داد. در واقع حق شفعه و حق طلاق مصداق حق مدنی ماده ۹۵۹ به حساب می‌آیند. سلب حق تمتع از حق شفعه و طلاق به‌طور کلی به این معنی است که فرد هیچ‌گاه نتواند از حق شفعه و حق طلاق استفاده کند و طبق منطوق ماده، این امکان وجود ندارد؛ اما طبق مفهوم مخالف ماده، سلب تمتع از حق شفعه و طلاق به‌طور جزئی به این معنی است که محدود به رابطه خاص، بتوان حقوق فوق را از خویش سلب کرد؛ اما علی‌رغم امکان اسقاط حق شفعه به‌طور جزئی، ملاحظه می‌شود که حق طلاق طبق مبانی فقهی به‌طور جزئی و در یک رابطه خاص نیز امکان اسقاط ندارد و در واقع حق طلاق، حق به معنای خاص با قابلیت‌های اسقاط، نقل و انتقال نبوده و جزو احکام شرعی به حساب می‌آید.

با توجه آنچه ذکر شد باید گفت مفهوم مخالف این ماده به‌وسیله احکام شرعی یا همان قواعد آمره تخصیص می‌خورد.

اما در خصوص حکم شرط سقوط حق طلاق از منظر مقوله حق و حکم، حقوقدانان همچون فقها معتقدند: «از اقسام شرط نامشروع شرطی است که برخلاف حکم قانونی باشد، مانند آنکه ضمن عقد نکاح شرط شود که حق طلاق با توجه باشد

و یا آنکه زوج حق طلاق زوجه خود را ندارد، زیرا طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق بدهد» زیرا چنان‌که از مواد مربوطه به طلاق معلوم می‌گردد اختیار زوج در طلاق حکم است و قابل انتقال و اسقاط نمی‌باشد و شرط مزبور برخلاف قانون است» (امامی، ۱۳۴۰، ج ۱، ص ۲۷۵؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۱۳۴؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۵۰؛ یزدی، ۱۳۹۶، ص ۵۱۶).

### ۲-۳-۳. نظریه مشورتی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه

در خصوص حکم سقوط حق طلاق در محاکم ایران، یک نظریه مشورتی<sup>۶</sup> از سوی اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه صادر شده است، طبق این نظریه حق طلاق برای زن یا مرد از جمله حقوق مدنی است که قابل اسقاط نمی‌باشد (میرزایی، ۱۳۹۴، ص ۵۳۹).

مطابق متن صریح این نظریه که از پشتوانه اجماعی فقهی و حقوقی برخوردار است، امکان اسقاط اختیار طلاق زوج و زوجه در حقوق ایران وجود ندارد و تراضی بر آن محکوم به بطلان است.

البته در نقد این نظریه می‌توان گفت، استفاده از عبارت حقوق مدنی در مورد اختیار طلاق، مطابق با مقررات فقهی مناسب به نظر نمی‌رسد و احتمالاً، نویسندگان این نظریه به ماده ۹۵۹ که به حقوق مدنی غیرقابل سلب اشاره می‌کند نظر داشته‌اند، از سوی دیگر تقدیم عبارت حق طلاق زن بر حق طلاق مرد، از نکات جالب توجه این نظریه است.

### نتیجه‌گیری

با بررسی صورت گرفته در این پژوهش، در مورد حکم سقوط شرط حق طلاق در حقوق ایران و فقه امامیه مشخص گردید که: برای اسقاط امری، آن باید جزو حقوق باشد و نه احکام، اما طبق روایات، امکان تفویض و تخییر اختیار طلاق که یکی از آثار حق بوده، وجود ندارد و مطابق نظر اجماعی فقها حق طلاق، یک حکم و جواز شرعی محسوب شده که در حالت جزئی و در یک رابطه خاص نیز، امکان سقوط آن به واسطه توافق تراضی طرفین در قالب شرط نتیجه وجود ندارد؛ و البته چنانچه این دلایل برای حکم دانستن طلاق کافی تلقی نشود،

طبق اصل استصحاب و اصل عدم امکان اسقاط، برای تعیین مصادیق مشکوک بین حق و حکم، اختیار طلاق یک حکم محسوب می‌شود. همچنین طبق قواعد حقوق ایران حق طلاق که در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته، یک قاعده آمره یا همان حکم فقهی به حساب آمده که مرتبط با حقوق شخصیت و نظم عمومی خانواده بوده و لذا به جهت اهمیت بعد اجتماعی آن، امکان اسقاط کلی و جزئی آن در قالب شرط نتیجه، وجود ندارد؛ و در نهایت شرط سقوط حق طلاق، در فقه امامیه و حقوق ایران، شرط نامشروعی محسوب می‌شود که محکوم به بطلان است.

#### یادداشت‌ها

۱. «أما ما رواه علي بن الحسن بن فضال عن أبيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بن رزج عن عبد صالح ع قال: قلت له إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يرأجعها فأبنت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها فأعطاه ذلك ثم بدأ له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال بس ما صنع و ما كان يذريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار قل له فليف للمراه بشرطها فإن رسول الله ص قال المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۲)
۲. منجینی و سیمون معتقد به این نظر هستند.
۳. این ماده قبل از اصلاح در قانون چنین آمده بود: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد».
۴. حق اجرای حقوق مدنی (همان حق استیفا) نیز از احکام و جوازات شرعی است.
۵. حق تمتع به‌طور کلی و حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی، حق به معنای خاص تلقی نمی‌شود و در واقع حکم می‌باشند.
۶. نظریه شماره ۷/۴۵۴۰ - ۱۳۸۲/۶/۳۰؛ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه.

#### کتابنامه

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق)، *لسان العرب*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.  
ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۹۵۵م)، *لسان العرب*، بیروت: دار صادر.

- احمدی واستانی، عبدالغنی (۱۳۴۱)، *نظم عمومی در حقوق خصوصی (رساله دکتری)*، دانشگاه تهران، تهران: چاپ روزنامه رسمی.
- امامی، سید حسن (۱۳۳۸)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- امامی، سید حسن (۱۳۴۰)، *حقوق مدنی*، تهران: کتاب‌فروشی اسلامییه.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، *کتاب المکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، *قواعد فقه (مختصر هفتاد و هفت قاعده فقهی و حقوقی)*، تهران: دانشگاه امام صادق(ع).
- جرجانی، میر سید شریف (۱۳۳۸)، *التعریفات*، تهران: انتشارات ناصرخسرو.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۰)، *تأثیر اراده در قانون مدنی (رساله دکتری)*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- حرعاملی، محمد بن حسن (بی تا)، *تفصیل وسایل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی شاهرودی، سید علی (بی تا)، *محاضرات فی الفقه الجعفری*، بی جا، دار الکتب الإسلامی.
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، *حاشیة المکاسب*، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۳۳)، *کتاب البیع*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق)، *المسائل المنتخبه*، قم: مدینه العلم.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیة.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۶ق)، *نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیة الغراء*، قم: مؤسسه امام صادق(ع).
- سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۳۸۶)، *دلیل تحریر الوسیله (أحكام الأسرة)*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
- شریف، علی (۱۳۷۷)، *حقوق خانواده*، تهران: نشر دنیای نو.
- شهیدی، مهدی (۱۳۶۹)، «رابطه انسان با حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۸.

شرط سقوط حق طلاق زوج در فقه امامیه و حقوق ایران ۱۰۵

شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، *حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

صفایی، سید حسین (۱۳۹۱)، *حقوق مدنی (اشخاص و اموال)*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.  
صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۲)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

صفایی، سید حسین، و امامی، اسدالله (۱۳۷۰)، *حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)*، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، *حقوق مدنی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طباطبایی حکیم، محسن (۱۳۷۱)، *نهج الفقاهه*، نجف: مطبعه العلمیه.  
طباطبایی حکیم، محمدسعید (بی تا)، *الأحكام الفقهیه*، بی جا: دار الهلال.  
طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ق)، *حاشیه المکاسب*، قم: موسسه اسماعیلیان.  
طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰)، *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

عابدیان، میرحسین (۱۳۷۹)، *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*، تهران: ققنوس.  
عالی پناه، علیرضا (۱۳۹۳)، *جزوه درسی مدنی ۹*، تهران: تدریس در دانشگاه امام صادق (ع).  
فیروزآبادی، مجدالدین (۱۴۰۷ق)، *قاموس المحيط*، بیروت: مؤسسه الرساله.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، *حقوق خانواده (نکاح و طلاق و روابط زن و شوهر)*، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، تهران: انتشارات مدرس با همکاری بهمن برنا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، تهران: گنج دانش.  
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق (منطق حقوق)*، تهران: شرکت سهامی انتشار.

محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق)، *معارض الأصول*، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۲)، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، تهران: نشر علوم اسلامی (اندیشه‌های نو در علوم اسلامی).
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۲)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۵)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مدرسی، محمدتقی (۱۴۳۳ق)، استفتائات، بیروت: مرکز العصر.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت: دار التیار - دار الجواد.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵)، فتاوی جدید، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴)، کتاب النکاح، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۹۶)، رساله در شروط ضمن عقد، تهران: خرسندی.
- میرزایی، علیرضا (۱۳۹۴)، محشی قانون مدنی، تهران: انتشارات بهنامی.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، منیه الطالب، تقریر موسی نجفی خوانساری، تهران: المکتبه المحمديه.
- نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- یزدی، امید (۱۳۹۶)، خانواده در نظم حقوقی کنونی، تهران: کتاب آوا.