



Islamic Azad University, Lahijan Branch

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

HomePage: <http://jcl.d.liau.ac.ir>

Vol.2, No.1, Issue 5, Spring 2023, P:115-134

Receive Date: 2022/11/20

Revise Date: 2022/12/20

Accept Date: 2023/04/16

Article type: Original Research

Online ISSN: 2821-2339

DOI: 10.30495/jcl.d.2023.1973214.1031

Comparative Examination of the Application of the Condition of Non-divorce from an aspect of Imami Jurists and Sunnis and Opposing that from an aspect of Criminal Law

Amim Najafian¹
Hadi Koshnoodi²

Abstract

One of the most important dilemmas and challenges following family in recent years is divorce. Examination of statistics and numbers from competent authorities such as register office site, narrates the increasing process of this dilemma. Each agreement about one aannniaal or lggl l ul,, prectiaally tkke ll cce in the frm m ff 'ooiii ti' ' mmmmmmmmmmm divorce right as conventional could be noted as one of the reduction methods of divorce degree. In this research by use of library sources and descriptive analytical method, engaged in comparative examination of the divorce limitation from aspect of Imami jurists and Sunnis and finds the following conclusions that first: the condemnation of divorce and attempt in finding the methods of its limitation was always as Imami jurists and Sunnis challenges. Second: some of Imami jurists and Sunnis absolutely and some others descriptively accepted the non-divorce condition and "" t kwwwtee ff fdddr as iii lty ddd the occurred divorce operative.

Keywords: divorce; limitation of divorce; the condition of no divorce; Contractual limitation of divorce.

¹. Assistant Professor of Jurisprudence and Law Department, Shahid Mahalati Higher Education Complex, Qom, Iran. (corresponding author). a.najafian@chmail.ir.

². Assistant Professor of Jurisprudence and Law Department, Shahid Mahalati Higher Education Complex, Qom, Iran. h.khoshnodi@gmail.com.



دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Jurisprudence and Criminal Law Doctrines

آموزه‌های فقه و حقوق جزاء

سال دوم - شماره ۱ - شماره پیاپی ۵ - بهار ۱۴۰۲، ص ۱۱۵-۱۳۴
تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۰۹/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۷
نوع مقاله: پژوهشی شاپا الکترونیکی: ۲۸۲۱-۲۳۳۹
DOI: 10.30495/jcld.2023.1973214.1031
Homepage: <http://jcld.liau.ac.ir>

بررسی تطبیقی شرط عدم طلاق از منظر فقهای امامیه و اهل سنت و مخالفت با آن از منظر حقوق کیفری

امین نجفیان^۱

هادی خوشنودی^۲

چکیده

یکی از مهمترین معضلات و چالش‌های پیش‌روی خانواده در سالیان اخیر، طلاق می‌باشد. بررسی آمار و ارقام از مراجع ذی صلاح همچون سایت ثبت احوال، حکایت از روند رو به تزاید این معضل دارد. هرگونه توافق دربارہی یک قاعده شرعی یا حقوقی، عملاً، در قالب «شرط» صورت می‌گیرد. تحدید حق طلاق به صورت قراردادی می‌تواند به عنوان یکی از راه‌های کاهش میزان طلاق، مورد اعتنا و توجه باشد. در این تحقیق، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با روش توصیفی تحلیلی، به بررسی تطبیقی تحدید طلاق از منظر فقهای امامیه و اهل سنت پرداخته و به این نتایج رسیده است که اولاً، تقبیح طلاق و سعی در یافتن شیوه‌های تحدید آن، همواره از دغدغه‌های فقهای امامیه و اهل سنت بوده است؛ ثانیاً، برخی از فقهای امامیه و اهل سنت به صورت مطلق و برخی دیگر به شکل تفصیل، شرط عدم طلاق را پذیرفته و متخلف از آن را گنهکار و طلاق حاصله را نافذ نمی‌دانند.

واژگان کلیدی: طلاق؛ تحدید طلاق؛ شرط عدم طلاق؛ تحدید قراردادی طلاق.

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، مجتمع آموزش عالی شهید محلاتی، قم، ایران (نویسنده مسئول). a.najafian@chmail.ir

۲. استادیار گروه فقه و حقوق، مجتمع آموزش عالی شهید محلاتی، قم، ایران. h.khoshnodi@gmail.com

یکی از مهمترین معضلات و چالش‌های پیش‌روی خانواده در سالیان اخیر، طلاق می‌باشد. بررسی آمار و ارقام از مراجع ذی‌صلاح، همچون سایت ثبت احوال، حکایت از روند رو به تزاید این معضل دارد. تحدید حق طلاق به صورت قراردادی، می‌تواند به عنوان یکی از راه‌های کاهش میزان طلاق، مورد اعتنا و توجه باشد. هرگونه توافق درباره یک قاعده شرعی یا حقوقی، عملاً در قالب «شرط» صورت می‌گیرد. طرفین قرارداد می‌توانند به صورت شرط ضمن عقد، بعضی آثار عقود را تغییر دهند و توافق خود را جانشین الزامات شرعی یا قانونی نمایند؛ اعم از اینکه حق و تکلیفی را نفی نمایند یا حق و تکلیفی ایجاد نمایند. کاربرد شرط، به ویژه در مورد احکامی مانند طلاق که به روش تقنینی قابل تغییر نیست، از اهمیت مضاعفی برخوردار است؛ زیرا «شرطیت» ظرفیتی است که به طرفین عقد ازدواج امکان می‌دهد، آثار شرعی یا قانونی عمل حقوقی مورد نظر خود را تعدیل نمایند.

آیا زوجین می‌توانند با استفاده از ظرفیت شرط، حق طلاق زوج را در ضمن عقد نکاح نفی نموده یا آن را محدود نمایند؟ به عبارت دیگر آیا شرط عدم طلاق به نفع زوجه مشروعیت دارد یا خیر؟ بدیهی است که اگر این شرط مشروع باشد، می‌توان از این روش برای پیشگیری از طلاق‌های هوس‌گرایانه استفاده کرد.

پژوهش حاضر عهده دار سخن از مشروعیت تحدید طلاق زوج به صورت تطبیقی از منظر فقهای امامیه و اهل سنت است.

۱. مفهوم شناسی (گونه شناسی تحدید طلاق)

تحدید حق طلاق زوج به دو شکل قانونی و قراردادی قابل تصور است که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

۱-۱. تحدید حق طلاق به روش قانونی

تحدید حق طلاق زوج از حیث قانونی به دو صورت قابل تصور است. تحدید حق طلاق بر مبنای احکام اولیه و دیگر بر مبنای احکام ثانویه و ضرورت‌های اجتماعی که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

۱-۱-۱. قانون‌گذاری بر مبنای احکام اولیه

احکام اولیه، احکامی هستند که بر موضوعات معینی قرار داده شده‌اند، قطع نظر از عوارض و حالات ثانوی که بر آن موضوع، عارض می‌شود؛ مانند وجوب نماز و روزه و حج یا طهارت آب کر و آب جاری و صحت بیع و بطلان معامله ربوی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۲۳). احکام اولیه الهی بر اساس مصالح کلی و دائمی وضع شده‌اند و از این جهت ثابت و تغییر ناپذیرند (علی نوری، ۱۳۸۲، ۳۱).

در قرآن، آیات فراوانی در رابطه با طلاق وارد شده است؛ از جمله:

« وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ » (بقره، ۲۳۱)؛ و هرگاه زنان را طلاق گفتید و به پایان عده خویش رسیدند، پس به خوبی نگاهشان دارید، یا به خوبی آزادشان کنید.

« وَ إِنِ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ » (بقره، ۲۳۷)؛ و اگر پیش از آنکه با آنان نزدیکی کنید، طلاقشان گفتید، در حالی که برای آنان مه‌ری معین کرده‌اید، پس نصف آنچه را تعیین نموده‌اید، به آنها بپردازید.

این آیات و آیات دیگری که در رابطه با طلاق وارد شده است، همگی در صدد بیان احکام مربوط به طلاق هستند و خطاب به مردان بوده و می‌فهماند که حق طلاق به عنوان اصل اولی، در اختیار مردان است. در رابطه با حق طلاق روایات متعددی نیز وارد شده است که حق طلاق را در اختیار مرد می‌داند، نظیر روایتی که پیامبر (ص) فرمودند: « طلاق در اختیار کسی است که ساق را در اختیار دارد » (نوری، ۱۴۰۸، ۳۰۶). در این جا کسی که ساق در اختیار اوست، کنایه از شوهر است که حق تمتع از زن را داراست (عاملی، ۱۴۱۳، ۱۱).

لذا با این فرض که حق طلاق به دست مرد است، نمی‌توان به شکل قانونی، آن هم بر مبنای احکام اولیه حق طلاق را از مرد سلب یا آن را محدود نمود.

۱-۲-۱. قانون‌گذاری بر مبنای احکام ثانویه و ضرورت‌های اجتماعی

با توجه به صحیح نبودن قانون‌گذاری قوانین ثانوی به صورت دائم (حکیم، ۱۹۷۹، ۷۳) و مشکلاتی که در حوزه تشخیص مصداق و باقی بودن زمان ضرورت و مصلحت پیرامون تحدید حق طلاق زوج، در صورت تقنین قوانین ثانوی به شکل موقت، وجود دارد، نمی‌توان به صورت قانونی بر مبنای احکام ثانویه و ضرورت‌های اجتماعی، حق طلاق زوج را محدود نمود.

۱-۲-۱. تحدید حق طلاق به روش قراردادی
 شرط عدم طلاق یا شرط طلاق پس از مدت معین نظیر شرط ترک تزوج، عدم مطالبه‌ی مهر، عدم مطالبه‌ی نفقه و مانند آن از نوع شرط فعل بوده، و چنین تعهداتی مشروع است؛ مگر در مواردی که ممکن است دلیل خاصی بر عدم مشروعیت شرط عدم مطالبه یا اعمال حق رسیده باشد؛ مانند روایاتی که به نظر بعضی فقها، دال بر عدم مشروعیت و بطلان شرط ترک تزوج است. محقق حلی در بطلان این‌گونه شروط می‌فرماید: « اذا شرط في العقد ما يخالف المشروع مثل ان لا يتزوج عليها ... بطل الشرط » (حلی، ۱۴۰۹، ۲۷۳). نظیر این بیان ایشان در منابع فقهی دیگر هم آمده است (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۰۳؛ حلی، ۱۴۱۳، ۷۷).

دیگر آنکه هرگاه مفاد شرط، تعهد به عدم مطالبه یا عدم اعمال و ایفای حق به صورت مطلق و دائمی باشد، چنین تعهدی نیز مشروع نمی‌باشد؛ همانند این روایت زراره راجع به مردی که مقابل

همسرش متعهد می‌شود که در حیات و پس از مرگ او ازدواج نکند و زن نیز متقابلاً متعهد می‌شود که پس از مرگ شوهر ازدواج نکند. امام صادق (ع) فرمود: « اذْهَبْ وَ تَزَوَّجْ وَ تَسْرَ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ وَ لَيْسَ شَيْءٌ عَلَيْكَ وَ لَا عَلَيْهَا » (کلینی، ۱۴۰۷، ۴۰۳).

۲. اقوال مسأله

در بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط عدم طلاق، میان فقهای شیعه اختلاف نظر وجود دارد. برخی قائل به مشروعیت، برخی عدم مشروعیت و برخی دیگر قائل به تفصیل شده‌اند. مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط عدم طلاق یا به طور صریح، میان کلام فقها وجود دارد، یا از طریق تطبیق موارد هم ملاک، می‌توان حکم آن را کشف نمود.

۲-۱. قائلین به عدم مشروعیت

میان قائلین به عدم مشروعیت، برخی از فقهاء، شرط عدم طلاق را شرطی فاسد و برخی دیگر، نه تنها این شرط را فاسد، بلکه مفسد عقد نیز می‌دانند؛ به این معنا که شرط عدم طلاق، نه تنها از نظر شرع مقدس، مشروعیت ندارد، بلکه این گونه شروط به دلایلی مبطل عقد نکاح هم خواهد بود. قائلین به عدم مشروعیت شرط عدم طلاق، به دلایل مختلفی درصدد بیان مخالفت خود با این شرط برآمده‌اند. برخی از ایشان، شرط عدم طلاق را به دلایلی از جمله مخالفت آن با کتاب و سنت، ابداع حکم جدید، اجماع و نهایتاً، مخالفت با مقتضای عقد، مشروع ندانسته‌اند؛ اما عقد نکاح را صحیح دانسته‌اند. برخی دیگر از فقهاء، نه تنها این شرط را باطل، غیر مشروع و خلاف مقتضای عقد، بلکه این شرط را مبطل عقد نکاح نیز می‌دانند.

۲-۱-۱. مخالفت شرط عدم طلاق با کتاب و سنت

شهید ثانی در مسالک الافهام، ذیل عنوان: « إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع، مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى »، ضمن قبول فساد شرط ترک تزوج و تسری، مفسد بودن این شرط بحث کرده و معتقد است شرط ترک تزوج و تسری و در اینجا شرط عدم طلاق، خللی به قصد عقد وارد نمی‌کند؛ مگر اینکه بگوییم عقد مقید به این شروط شده که در این صورت، عقد، صحیح، ولی شرط، باطل است و بر صحیح بودن عقد در صورت وجود چنین شروطی، ادعای اجماع و عدم مخالفت نموده است. ایشان، همچنین، علت مخالفت خود را مخالفت این شرط با شریعت اسلام می‌داند (عاملی، ۱۴۱۳، ۲۴۵).

ابن ادریس حلی نیز در نظرات مشابهی درباره‌ی شروط ضمن عقد نکاح، مطرح کرده است که اگر مرد، ضمن عقد نکاح، بر زوجه خود شرط کند که در زمان حیات و پس از آن، همسر و کنیز دیگری نگیرد، شرط را باطل، ولی عقد نکاح را صحیح می‌داند (حلی، ۱۴۱۱، ۵۸۹). ایشان و قاضی ابن براج، در المهدب (طرابلسی، ۱۴۰۶، ۲۰۷) نیز تصریحی به شرط عدم طلاق ندارند؛ اما از کلامشان: « او ما اشبه ذلك » می‌توان، شرط عدم طلاق را مد نظر ایشان دانست.

محقق حلی نیز این‌گونه شروط را مخالف کتاب و سنت و باطل شمرده و در مورد علت بطلان این شرط، نکاح مبتنی بر این شرط را صحیح دانسته و در صورت مخالفت با این شرط چیزی را متوجه زوج نمی‌داند (حلی، ۱۴۱۲، ۳۲۷). ایشان نیز شرط عدم طلاق را همانند شرط ترک تزوج و تسری، باطل، ولی مفسد عقد نمی‌داند. همچنین علامه حلی، تقسیم مشابهی از شروط در عقد نکاح داشته و این‌گونه شروط را مخالف شریعت و عقد را صحیح می‌داند (حلی، ۱۴۱۳، ۱۷۶).

محقق بحرانی نیز این شرط را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت، باطل، ولی عقد را صحیح می‌داند؛ چراکه معتقد است فساد این شرط، خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند. ایشان این نظر خویش را مستند به مشهور کلام فقها می‌داند (بحرانی، ۱۳۷۶، ۵۲۵-۵۲۶).

صاحب جواهر نیز در احکام نکاح، این شرط را به علت مخالفت با کتاب و سنت، باطل دانسته و معتقد هستند، بطلان این شرط، خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند و بطلان شرط و صحت عقد را اتفاقی و اجماعی دانسته و برای اثبات نظر خود، به برخی از روایات استناد می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ۹۵).

۲-۱-۲. ابداع حکم جدید

برخی از محققین معتقد هستند، تزوج و تسری امری کلی و حلال است و التزام به ترک این کلی مستلزم تحریم آن است و فقط شروطی صحیح است که شارع آن را اجازه داده و نه شرطی که همانند تحریم ترویج و تسری، ابداع حکم جدید نماید. ترک کلی مباح از قبیل تاسیس حکم کلی است و مطلقاً باطل و ترک جزئی از قبیل تاسیس حکم جزئی، باطل نیست (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۲۲۲).

محقق نراقی به علت تأسیس و ابداع حکم جدید، قائل به بطلان و فساد این‌گونه شروط است و در بطلان شروطی از قبیل ترک تزوج و عدم طلاق به برخی آیات قرآن (نساء، ۴ و ۲۴) استدلال کرده و این شروط را مخالف قرآن کریم می‌داند (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۴۸).

۲-۱-۳. اجماع

برخی از فقها، علاوه بر استناد به آیات و روایات در مخالفت خود با این شرط، از اجماع نیز سخن به میان آورده‌اند و شرط ترک تزوج را مخالف شریعت و باطل دانسته و بر بطلان این شرط ادعای اجماع می‌کند (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷، ۴۷۶؛ حلی، ۱۴۱۷، ۳۴۹).

صاحب جواهر نیز بطلان این شرط را از طریق اجماع نیز ثابت دانسته و این اجماع را به صاحب کشف اللثام مستند می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴، ۹۵).

۲-۲. قائلین به مشروعیت

فقهاء، به شیوه‌های مختلفی مشروعیت شرط عدم طلاق را بیان کرده‌اند.

۲-۲-۱. مشروعیت شرط عدم طلاق به شکل مطلق

برخی از فقهاء، به بیان حکم تخلف از شرط عدم طلاق و ترک تزوج پرداخته و می‌فرمایند که هیچ تردیدی نیست و بلکه اجماعی است که زوج در صورت تخلف از شرط عدم طلاق و ترک تزوج، از حیث تکلیفی، کار حرامی انجام داده است؛ زیرا شرط، ملحق به عقد و جزئی از عقد بوده است و برای شرط عدم طلاق و ترک تزوج، مشروعیت قائل است و به آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱) و قول پیامبر (ص): «المؤمنون عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۳۵۳) استناد می‌کند. مستفاد از ادله ذکر شده، فقط، وجوب تکلیفی وفای به شرط است و از این ادله نمی‌توان عدم نفوذ طلاق و نکاح را در صورت تخلف از شرط عدم طلاق و ترک تزوج، استفاده نمود (خلخالی، ۱۴۲۷، ۱۰۰۳).

محقق خوئی، ذیل توضیحاتی درباره‌ی اشتراط وکالت به صورت شرط فعل، سوالی را مطرح و پاسخ می‌دهد که چیزی که مترتب بر نفوذ شرط می‌شود، چیزی غیر از حکم تکلیفی محض و ثبوت خیار برای شارط نیست و از روایت «المؤمنون عند شروطهم» چیزی غیر از وجوب وفای به شرط مستفاد نمی‌شود (خوئی، ۱۴۱۳، ۴۶۴).

میرزای قمی و برخی دیگر، قول کسانی که لفظ شرط را در برخی از روایات همانند روایت منصور، حمل بر استحباب می‌کنند، نمی‌پذیرد و اصل را بر وجوب می‌داند و می‌فرماید: «موثقه منصور، دلالت بر لزوم عمل به مقتضای شرط عدم طلاق و ترک تزوج دارد». ایشان علت این حکم را مستند به روایت «المؤمنون عند شروطهم» می‌داند (قمی، ۱۴۲۷، ۴۷۵؛ مشکینی، ۱۴۱۸، ۲۹۸).

اما میان نظرات فقهای که قائل به مشروعیت شرط عدم طلاق هستند، محقق حکیم، نظری متفاوت از دیگران ارائه می‌کند. اگر مرد با همسرش، شرط کند که غیر از او همسر دیگری اختیار نکند، این شرط صحیح بوده و واجب است زوج به شرطش عمل نماید و اگر تخلف از شرط کرد، نکاح جدید او نافذ نخواهد بود؛ مگر آنکه زوجه به نکاح جدید همسرش رضایت دهد؛ هرچند بعد از آن باشد و اگر زوجه بر همسرش شرط نماید، او را در حال خاصی، همچون سفر و مرض، طلاق دهد، این شرط، نافذ و زوج باید به شرطش ملزم باشد (حکیم، ۱۴۱۵، ۴۱).

۲-۲-۲. مشروعیت به صورت عهد و نذر

برخی دیگر از فقهاء، ذیل روایت منصور بزرج، تصریح این روایت را بر مشروعیت شرط عدم طلاق، واضح ندانسته و شرط عدم طلاق و ترک تزوج در این روایت را حمل بر عهد و نذر می‌دانند؛ البته عدم تصریح این گروه از فقهاء، به مشروعیت شرط عدم طلاق ذیل این روایت، دلالتی بر عدم مشروعیت این شرط نزد ایشان ندارد؛ بلکه صرفاً در مقام توجیه و تفسیر این روایت بوده‌اند؛ لذا اینکه ایشان، شرط عدم طلاق و ترک تزوج در این روایت را حمل بر عهد و نذر می‌دانند، نه شرط، مشروعیت عدم طلاق به صورت عهد و نذر را در نزد آنان می‌رساند.

دلیل این دسته از فقهاء، از جمله شیخ طوسی، مبنی بر حمل شرط عدم طلاق و ترک تزوج، بر عهد و نذر، این قسمت از روایت منصور بزرگ از امام کاظم (ع) است: «إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا»؛ یعنی: زوج، خداوند را بر این تعهد خود که همان عدم طلاق و ترک تزوج زوجه است، شاهد می‌گیرد و این، همان عهد و نذر است؛ نه شرط (طوسی، ۱۳۶۵، ۳۷۱).

سید کاظم حائری نیز در فقه العقود، شرط عدم طلاق و ترک تزوج ذکر شده در روایت منصور را حمل بر عهد و نذر کرده است (حائری، ۱۴۲۳، ۲۵۳).

۲-۲-۳. مشروعیت به صورت تقيه و استحباب

برخی دیگر از فقهاء، از جمله شیخ طوسی، در تهذیب (طوسی، ۱۳۶۵، ۳۷۱) و استبصار (طوسی، ۱۳۹۰، ۲۳۲)، ذیل حدیث منصور، شرط عدم طلاق و ترک تزوج را حمل بر تقيه و استحباب دانسته‌اند.

محقق بحرانی، ضمن بیان نظرات شیخ طوسی در تهذیب و استبصار، مبنی بر حمل شرط عدم طلاق و ترک تزوج بر نذر، آن را مورد نقد قرار داده و حمل این شروط بر نذر را نمی‌پذیرد؛ زیرا معتقد است حمل شروط بر نذر در این روایت، نذر مباح است و در انعقاد این نذر اختلاف است. ایشان، شرط عدم طلاق را در این روایت حمل بر تقيه می‌داند و بر آن نیز ادعای اجماع می‌کند (بحرانی، ۱۳۶۷، ۵۲۹).

۲-۳. قائلین به تفصیل

برخی دیگر از فقهاء، شرط عدم طلاق را به صورت شرط نتیجه نمی‌پذیرند و آن را خلاف شریعت می‌دانند؛ ولی از طریق شرط فعل، قائل به مشروعیت آن می‌شوند. برخی در تعریف «المؤمنون عند شروطهم» و فاء و الزام مومنان را به انجام شرط، واجب می‌داند و شرط کردن امر حرام ذاتی، همانند اشتراط شرب خمر، و امر حرام عرضی، همچون اشتراط وطی زوجه حائض را از قبیل شروط باطل دانسته و علت بطلان این شروط را تحلیل حرام بیان می‌کند (نجفی، ۱۴۲۲، ۷۵-۷۶). با کمی دقت در بیان ایشان، نوعی تفصیل در مورد اشتراط ترک مباح مشخص می‌شود.

امام خمینی، اشتراط ترک و فعل احکام غیر الزامیه، همانند: مستحبات، مکروهات و مباحات را مخالف شرع ندانسته و اشتراط تحریم حلال یا مباح و تحلیل حرام را مخالف شرع و باطل می‌داند و می‌فرماید: «در مورد احکام غیر الزامی، مانند: کارهای حلال و مباح و مستحب و مکروه، شرط ترک یا فعل آن، مخالف با شرع نیست؛ همان طور که انجام دادن و یا ترک این امور مخالف شرع نیست؛ اما اگر چیزی که حلال است، با شرط، حرام کند و یا چیزی که حلال نیست، مباح کند، چنین شرطی، مخالف شرع و باطل است (خمینی، ۱۴۲۱، ۲۵۹).

برخی محققین، در توضیح کلام امام خمینی درباره‌ی شروط مخالف کتاب و سنت و ملاک تشخیص این مخالفت که همانا عرف است، بیان می‌دارد: مشروط واقع شدن احکام الزامیه تکلیفیه، مانند: اشتراط فعل حرام یا اشتراط ترک واجب، عرفاً، مخالف شرع است (سیفی، بی تا، ۴۷).

برخی دیگر از محققین، شروطی را باطل می‌دانند که مخالف کتاب باشد. ایشان اشتراط وجوب یا استحباب مباح و به طور کلی هر شرطی را که منجر به تغییر عنوان احکام خمسسه تکلیفیه و یا تغییر مجعولات شرعی، همانند تغییر جعل طلاق به دست زوجه شود، خلاف کتاب و غیر مشروع می‌دانند. ایشان در مورد مشروعیت قائل شدن به تحریم حلال، نه به شکل مطلق، به حدیث منصور استناد نموده و معتقد هستند: هرچند ترک تزوج و عدم طلاق در این روایت، ممکن است حمل بر نذر شود و ربطی به شرط نداشت باشد، اما ترک تزوج به صورت غیر مطلق، اشکالی ندارد (مدنی کاشانی، ۱۴۰۹، ۲۳۷-۲۳۸). ایشان تحریم حلال را به شکل مطلق نمی‌پذیرند؛ اما به صورت موردی و در مصادیق معین، مورد پذیرش می‌دانند.

۳. تحلیل اقوال

۳-۱. بررسی ادله عدم مشروعیت

فقهایی که قائل به عدم مشروعیت شرط عدم طلاق هستند، ادله مختلفی را بر این مدعای خود آورده‌اند که به طور اجمال، به بررسی آنها خواهیم پرداخت. عده‌ای از ایشان، شرط عدم طلاق را مخالف کتاب و سنت دانسته‌اند، مخالفت این شرط با آیات و روایاتی است که حق طلاق و چند همسری را برای مرد ثابت می‌داند (نساء، ۳۳) و اینکه در قرآن کریم، آیات مربوط به طلاق، عموماً، خطاب به مردان می‌باشد (بقره، ۲۲۷ و ۲۲۱؛ طلاق، ۱ و ۳؛ نساء، ۳۴).

همچنین این روایت مشهور پیامبر(ص) که فرمودند: «الطلاقُ بید من أخذ بالساق» (ابن ماجه، بی تا، ۲۴۵) که میان فقهاء، به عنوان یک قاعده، مشهور شده است و مانند این روایت امام باقر (ع) در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و به موجب شرط، اختیار آمیزش و طلاق را به زن واگذار کرده بود، فرمودند: «با سنت مخالفت کردی و زن نیز بر امری تسلط یافته است که اهلیت آن را ندارد»، سپس چنین قضاوت فرمود که «مهریه بر عهده مرد است و نیز اختیار آمیزش و طلاق با اوست و این حکم مطابق سنت است» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۴۰).

بنابر این، مردان بدون موافقت همسرانشان، می‌توانند آنها را طلاق دهند. این امر در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی نیز آمده است. روایاتی که معارض روایت منصور، که مشروعیت شرط عدم طلاق از آن استنباط می‌شود، قلمداد می‌شود و برای رفع تعارض، روایت مذکور را بر استحباب وفای به شرط یا صدور آن از باب تقیه حمل کرده‌اند، دلالتی بر عدم مشروعیت شرط ترک تزوج یا عدم طلاق ندارد؛ همانند این روایت امام صادق (ع) راجع به مردی که با زنی ازدواج کرده و برای او شرط کرده که با او

همسر دیگری اختیار نکند و زن نیز پذیرفت که همین مهر او باشد، فرمودند: « هذا شرط فاسد لایکون النکاح الا علی درهم او درهمین » (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۷۵). این روایت، بر بطلان شرط ترک تزوج دلالتی ندارد. علت بطلان شرط، این است که مهر زن، ترک تزوج قرار گرفته، در حالی که مهر باید مالیت داشته باشد.

عده دیگر از فقهاء، بر اساس آیات ذکر شده، علت مخالفت خود را ابداع حکم جدید و یا همان تحریم حلال می‌دانند؛ به این معنا که آیات و روایات مذکور، طلاق را حق مرد دانسته و شرط عدم طلاق، این حق را از مرد سلب کرده و موجب تحریم طلاق می‌شود. فقهای که قائل به این دلیل برای عدم مشروعیت شرط عدم طلاق هستند، برخی ترک مباح را چه به صورت کلی و چه به صورت جزئی، تحریم حلال و ابداع حکم جدید می‌دانند که مخالف شرع هم هست و برخی دیگر ترک جزئی مباح را از قبیل تاسیس قاعده و ابداع حکم جدید نمی‌دانند.

در پاسخ به نظر می‌رسد، اگر هم ترک مباح به صورت کلی تاسیس قاعده و ابداع حکم جدید باشد؛ همان‌طور که برخی از روایات هم آن را نهی می‌کند؛ ولی ترک جزئی مباح، ابداع حکم جدید نخواهد بود. پاسخ دیگر به کسانی که شرط عدم طلاق را تحریم حلال و ابداع حکم جدید می‌دانند، این است که اگر مردی متعهد شود از حق خود استفاده نکند، تحریم حلال نیست؛ چراکه طلاق دادن واجب نیست؛ بلکه جزء منفورترین و مبعوض‌ترین حلال‌ها است.

در نهایت، گروه دیگری از فقهاء، ضمن استناد به ادله فوق در عدم مشروعیت شرط عدم طلاق، ادعای اجماع نموده‌اند. در پاسخ به فقهای که اجماع را دلیل مخالفت خود با مشروعیت این شرط ذکر می‌کنند، باید گفت: این دلیل به خاطر وجود نظرات مخالف از فقها قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اجماع به معنای عدم وجود نظر مخالف است، در حالی که برخی از فقها به شکل مطلق قائل به مشروعیت شرط عدم طلاق شده‌اند و برخی دیگر به شکل تفصیلی این شرط را پذیرفته‌اند که به آن اشاره خواهد شد. نهایت امر اینکه اجماع مدرکی خواهد بود و باید به مدرک اجماع مراجعه کرد؛ لذا آن هم معتبر نیست.

این توضیح نیز لازم به نظر می‌رسد که درست است حق طلاق در آیات و روایات که اجمالاً برخی از آنها بیان شد، برای مرد ثابت است، ولی آنچه که نگارنده به دنبال آن است، سلب کلی حق طلاق از زوج نیست؛ زیرا در این صورت با ثابت بودن حق طلاق برای مرد تناقض دارد و غیر مشروع و مخالف آیات و روایاتی خواهد بود که حق طلاق را برای مرد، ثابت می‌دانند؛ پس، برای پاسخ به اشکالات فقهاء، باید به این نکات توجه نمود که اولاً، شرط عدم طلاق به صورت شرط فعل است، نه شرط نتیجه؛ لذا حق طلاق زوج سلب نخواهد شد و حلالی حرام و حرامی حلال نخواهد شد. ثانیاً، ترک کلی مباح هم مد نظر نگارنده نیست؛ به این معنا که زوج تعهد کند، هیچگاه همسر خود را طلاق ندهد و یا همسر

دیگری اختیار نکند؛ زیرا روایاتی در دسترس است که ترک کلی مباح را نهی می‌کند (کلینی، ۱۴۰۷، ۴۰۳).

۲-۳. بررسی ادله قائلین به مشروعیت

فقهای عظام، به شیوه‌ها و دلایل مختلفی، مشروعیت شرط عدم طلاق را بیان نموده‌اند. میان قائلین به تفصیل، برخی با دقت بیشتر استدلال و تفصیل نموده‌اند؛ به عبارت دیگر، این گروه از فقهاء، ضمن بیان تفصیل اول، یعنی: قبول شرط عدم طلاق به صورت شرط فعل و مخالفت با آن به صورت شرط نتیجه، مطلب دیگری نیز اضافه نموده‌اند و آن این است که درست است شرط عدم طلاق به شکل شرط فعل مورد قبول است، ولی در اطلاق آن نیز خدشه می‌کنند؛ به این معنا که شرط عدم طلاق را به صورت مطلق نیز نمی‌پذیرند؛ البته، از دیدگاه نگارنده این نظر به صواب نزدیکتر است؛ چراکه روایاتی نیز داریم که از اشتراط ترک مباح به شکل مطلق نهی می‌کند که در ادامه نمونه‌هایی از آنها اشاره خواهد شد. علاوه بر آن، شرط عدم طلاق به صورت مطلق به صلاح و مصلحت خانواده نیز نمی‌باشد؛ چراکه ممکن است زوجه اقداماتی خلاف مصالح کلان خانواده انجام دهد و یا عدم طلاق او زوج را دچار معطلات و مشکلات عدیده‌ای نماید.

هرگونه توافق درباره یک قاعده شرعی یا حقوقی، عملاً، در قالب «شرط» صورت می‌گیرد. طرفین قرارداد می‌توانند به صورت شرط ضمن عقد، بعضی آثار عقود را تغییر دهند و توافق خود را جانشین الزامات شرعی یا قانونی نمایند؛ اعم از اینکه حق و تکلیفی را نفی نمایند یا حق و تکلیفی ایجاد نمایند. کاربرد شرط به ویژه در مورد احکامی مانند طلاق که به روش قانون‌گذاری، قابل تغییر نیست، از اهمیت مضاعفی برخوردار است؛ زیرا «شرطیت»، ظرفیتی است که به طرفین عقد ازدواج امکان می‌دهد آثار شرعی یا قانونی عمل حقوقی مورد نظر خود را تعدیل نمایند.

نگارندگان، در این تحقیق، به دنبال این مطلب بودند که آیا شرط عدم طلاق، مشروعیت دارد یا خیر؟ بدیهی است که اگر این شرط مشروع باشد، می‌توان از این روش برای پیشگیری از طلاق‌های هوس‌گرایانه استفاده کرد. تحدید قراردادی حق طلاق زوج به دو روش امکان پذیر است که اجمالاً بررسی می‌گردد:

الف) سلب قراردادی حق طلاق زوج

این شرط از نوع شرط نتیجه بوده و مشروع نمی‌باشد؛ زیرا با فرض اینکه زوج از نظر شرعی از حق طلاق برخوردار است، شرطی که این حق زوج را نفی نماید، در مغایرت با شرع مقدس است و در حقیقت، تحریم چیزی است که خدای متعال آن را حلال قرار داده است.

ب) تعهد قراردادی به عدم طلاق زوج

شرط عدم طلاق یا شرط طلاق پس از مدت معین، نظیر شرط ترک تزوج، عدم مطالبه مهر، عدم مطالبه نفقه و مانند آن، از نوع شرط فعل است و چنین تعهداتی مشروع است؛ مگر در موارد زیر:

اولاً، ورود دلیل خاص بر عدم مشروعیت شرط

ممکن است دلیل خاصی بر عدم مشروعیت شرط عدم مطالبه یا اعمال حق رسیده باشد؛ مانند روایاتی که به نظر بعضی فقهای عظام دالّ بر عدم مشروعیت و بطلان شرط ترک تزوج است (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۰۴؛ حلی، ۱۴۱۳، ۷۷).

ثانیاً، تعهد به ترک مطلق مباح

هرگاه مفاد شرط تعهد به عدم مطالبه یا عدم اعمال و ایفای حق به صورت مطلق و دایمی باشد، چنین تعهدی نیز مشروع نمی‌باشد؛ همانند این روایت زراره راجع به مردی که مقابل همسرش متعهد می‌شود که در حیات و پس از مرگ او ازدواج نکند و زن نیز متقابلاً متعهد می‌شود، پس از مرگ شوهر ازدواج نکند. امام صادق (ع) خطاب به مرد فرمودند: «إِذْهَبْ وَ تَزَوَّجْ وَ تَسْرِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْئٍ وَ لَيْسَ شَيْئٌ عَلَيْكَ وَ لَا عَلَيْهَا» (کلینی، ۱۴۰۷، ۴۰۹)

در مشروعیت این شروط، اشکالی به نظر نمی‌رسد؛ بلکه از روایت منصور بن بزرج از امام موسی بن جعفر (ع) مشروعیت شرط فوق استنباط می‌گردد: «عَلِيُّ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ نُوحٍ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مَنْصُورِ بُزْرَجٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ (ع) قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَأَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ قَالَ بَنَسَ مَا صَنَعَ وَ مَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَفْعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فُلَيْفٌ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ».

شیخ ذیل این روایت نوشته است: «فَالْوَجْهُ فِي هَذَا الْخَبَرِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مَحْمُولًا عَلَى الْاسْتِحْبَابِ لِأَنَّ مَنْ حَكَمَ بِمَا تَضَمَّنَهُ الْخَبَرُ يَسْتَحِبُّ لَهُ أَنْ يَفِيَّ بِالشَّرْطِ الَّذِي بَدَلَ لِسَانَهُ بِهِ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ وَاجِبًا وَ الْوَجْهُ الْآخِرُ أَنْ يَكُونَ مَحْمُولًا عَلَى التَّقْيَةِ لِأَنَّ مَنْ خَالَفَنَا يُوجِبُونَ هَذَا الشَّرْطَ وَ يُحْتِثُونَ مَنْ خَالَفَهُ وَ الَّذِي يُؤَكِّدُ الْأَخْبَارَ الْأَوَّلَةَ» (طوسی، ۱۳۹۰، ۳۲۳)

روایاتی که معارض روایت فوق قلمداد می‌شوند و برای رفع تعارض، روایت فوق بر استحباب وفای به شرط یا صدور آن از باب تقیه حمل می‌گردند، دلالتی بر عدم مشروعیت شرط ترک تزوج یا عدم طلاق ندارند.

همانند این روایت، امام (ع) راجع به مردی که با زنی ازدواج کرده و برای او شرط کرده که با او همسر دیگری اختیار نکند و زن نیز پذیرفت که همین مهر او باشد، امام درباره او فرمودند: «هذا شرط

فاسد لایکون النکاح الا علی درهم او درهمین». این روایت، بر بطلان شرط ترک تزوج دلالتی ندارد. علت بطلان شرط، این است که مهر زن، ترک تزوج قرار گرفته، در حالی که مهر باید مالیت داشته باشد.

۴. نظریه فقهای اهل سنت

شرط عدم طلاق، نه تنها در نظرات فقهای شیعه، قابل رؤیت است، بلکه فقهای اهل سنت نیز به مناسبت- های مختلف به آن پرداخته‌اند. در این مبحث، به بررسی شرط عدم طلاق از منظر فقهای اهل سنت پرداخته خواهد شد.

۴-۱. قائلین به حرمت طلاق

برخی از فقهای اهل سنت، در مسأله طلاق، نظرات متفاوتی از فقهای شیعه دارند. فقهای شیعه، طلاق را از حقوق مرد و مباح می‌دانند؛ به این معنا که مرد می‌تواند، هر زمان که اراده کند، همسر خویش را مطلقه سازد؛ نهایتاً، اگر مرد برای طلاق، دلیل موجهی نداشته باشد، طلاق وی مکروه خواهد بود.

وهبه زحیلی از فقهای اهل سنت، در کتاب: الفقه الاسلامی و ادلته، نظریه ممنوعیت و حرمت طلاق را به نقل از ابن همام و ابن عابدین نقل می‌کند؛ به این معنا که اصل در طلاق، حرمت است؛ مگر آنکه ضرورت اقتضا نماید. وی، همچنین این حرمت را به روایاتی که طلاق را در نزد خداوند مبعوض می‌داند، مستند می‌کند (زحیلی، بی‌تا، ۹۲۱).

ایشان، در جای دیگر، اصل ممنوعیت طلاق را موافق مقاصد شریعت و عاملی برای جلوگیری از طلاق‌های متعدد می‌داند؛ البته، برخی دیگر از فقهاء اهل سنت، مانند: ابوحنیفه، اصل در طلاق را اباحه می‌داند و برای نظر خود، به آیات قرآن کریم استناد می‌نماید. وی، همچنین اصل ممنوعیت در طلاق را نمی‌پذیرد و با استناد به آیات قرآن کریم و فعل پیامبر (ص) در طلاق حفصه، نظر خویش، درباره‌ی اصل اباحه در طلاق را اثبات می‌نماید (زحیلی، بی‌تا، ۹۲۰).

ایشان، در ادامه، به بحث تخلف زوج از این اصل و طلاق زوجه می‌پردازد. وی، معتقد است اگر زوج همسر خویش را بدون عذر موجه طلاق دهد، مرتکب فعل حرام شده؛ لیکن طلاق وی صحیح خواهد بود (زحیلی، بی‌تا، ۹۲۲).

بدیهی است اثبات اصل ممنوعیت و حرمت طلاق، با توجه به آیات و روایاتی که قبلاً نیز به آن اشاره شد، کار دشواری است. قائلین به این اصل، در صدد مقابله با روند رو به تزايد طلاق بوده‌اند. استناد به روایاتی که طلاق را مذموم و مبعوض می‌داند و مقاصد شریعت که همانا الفت میان زوجین و استحکام بنیان خانواده است و نهایتاً، جلوگیری از ازدیاد طلاق و تبعات اجتماعی آن، مولفه‌های شکل‌گیری این نظریه بوده‌اند. به نظر نگارندگان، تمامی نظریه ممنوعیت و حرمت طلاق، مردود نیست. همان‌طور که بیان گردید حرمت طلاق برای زوج، از لحاظ شرعی قابل اثبات نیست؛ بلکه آیات و روایات مربوط به طلاق، ما را به اصل اباحه در طلاق رهنمون می‌سازد.

۴-۱. قائلین به بطلان شرط عدم طلاق

برخی از فقهای اهل سنت، درباره‌ی شرط عدم طلاق، قائل به بطلان و عدم اثر این شرط می‌باشند؛ ابویحیی سنکی می‌گوید: اگر مرد، شرط کند به همسرش که نفقه پرداخت نکند، یا او را طلاق ندهد و یا نکاح کند به شرط طلاق بعد از مدت معین و... این شروط، باطل، ولی نکاح صحیح خواهد بود (انصاری، بی‌تا، ۱۷۸).

ابن حجر هیتمی، شرط عدم طلاق را مخاف مقتضای عقد دانسته و قائل به فساد و بطلان آن می‌باشد (هیتمی، ۱۳۵۷، ۳۸۷). عجیلی نیز در فتوحات الوهاب، همین نظر را بیان و شرط عدم طلاق را فاقد اثر می‌داند.

در کتاب الموسوعه الفقهیه الکویتیه، نظر ابوحنیفه، شافعی و حنبله این‌گونه بیان شده است که اگر مردی ازدواج نماید و بر زوجه شرط نماید او را طلاق ندهد، نکاح او صحیح می‌باشد؛ لیکن مرد می‌تواند زوجه را طلاق دهد و اگر بر زوجه شرط طلاق نماید، نکاح وی صحیح، لیکن ملزم به طلاق زوجه نخواهد بود. این گروه از فقها، شرط عدم طلاق و شرط طلاق را فاسد و نکاح مبتنی بر آن را صحیح می‌دانند (وزارت اوقاف و شئون اسلامی کویت، ۱۴۲۷، ۳۴۶).

فقهای مالکی، حنفی و شافعی شرط عدم طلاق را صحیح نمی‌دانند؛ لذا زوج ملزم به وفای به آن نخواهد بود؛ در مقابل، فقهای حنفی، شرط عدم طلاق را صحیح، و زوج را در وفای به آن، ملزم می‌دانند؛ البته، در صورتی که این شرط، نفعی متوجه زوجه نماید. این گروه از فقهاء، در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، حق فسخ را برای زوجه، ثابت می‌دانند (دار الإفتاء، بی‌تا، ۳۱۱).

در بررسی نظرات و ادله قائلین به عدم صحت شرط عدم طلاق، نکاتی به ذهن می‌رسد؛ اولاً، بررسی نظرات و ادله فقهای اهل سنت نشان می‌دهد، توجه به مقاصد شریعت، جایگاه ویژه‌ای در استنباط احکام آنان دارد و شرط عدم طلاق، نه تنها منافاتی با مقاصد شریعت ندارد، بلکه مطابق با آن می‌باشد. ثانیاً، شرط عدم طلاق به نظر نمی‌رسد مخالفتی با مقتضای عقد داشته باشد. ثالثاً، در بررسی نظر فقهای حنفی که قائل به صحت شرط عدم طلاق هستند، باید گفت اثبات حق فسخ برای زوجه در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، معقول به نظر نمی‌رسد.

۴-۳. قائلین به صحت شرط عدم طلاق

فقهای اهل سنت نیز همانند فقهای شیعه، به شیوه‌های مختلفی شرط عدم طلاق را صحیح می‌دانند؛ برخی به طور مطلق و گروهی دیگر به صورت سوگند، هبه و... شرط عدم طلاق را صحیح می‌دانند.

۴-۳-۱. فائیلین به صحت شرط عدم طلاق

فقه‌های مذهب حنبلی از اهل سنت نیز شرط عدم طلاق را در صورتی که منفعت برای زوجه داشته باشد، صحیح دانسته و در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، حق فسخ نکاح را برای وی ثابت می‌دانند (دار الإفتاء، بی تا، ۳۱۱).

ماوردی، در کتاب الحاوی الکبیر، میان نکاح به شرط طلاق و نکاح به شرط عدم طلاق، تفاوت قائل می‌شود. وی نکاح به شرط طلاق را باطل، ولی نکاح به شرط عدم طلاق را صحیح دانسته و تفاوت میان نکاح به شرط طلاق و نکاح به شرط عدم طلاق را مربوط به مقتضای عقد نکاح می‌داند (ماوردی، ۱۴۱۹، ۳۳۳).

بررسی میان نظرات فقه‌های شیعه و اهل سنت نشان می‌دهد، بیان و استدلال فقه‌های شیعه در اثبات یا نفی شرط عدم طلاق، بسیار قوی‌تر از بیان و استدلال فقه‌های اهل سنت است. فقه‌های شیعه در استدلال‌های خود درباره‌ی مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط عدم طلاق، از ظرفیت آیات قرآن کریم، روایات اهل بیت (ع) و استدلال‌های عقلی استفاده نموده‌اند؛ اما فقه‌های اهل سنت، صرفاً، بیان حکم نموده و یا نهایتاً، با توجه به مقاصد شریعت و یا مقتضای عقد، استدلال نموده‌اند.

۴-۳-۲. شرط عدم طلاق، قبال برخی از حقوق زوجه

برخی دیگر از فقه‌های اهل سنت، معتقد هستند: اگر زوجه از برخی از حقوق خود، از جمله حق همخوابگی بگذرد و مقابل آن، برای زوج، شرط نماید که وی را طلاق ندهد، این شرط، صحیح خواهد بود (ازهری، بی تا، ۲۲۵؛ مالکی، بی تا، ۳۱۵).

۴-۳-۳. شرط عدم طلاق، قبال مهریه

برخی دیگر از فقه‌های اهل سنت، شرط عدم طلاق را قبال هبه مهریه صحیح می‌دانند که اگر زوجه مهریه خود را به شوهرش هبه نماید و قبال آن، شرط نماید او را طلاق ندهد، یا به وی ظلم نکند و یا با او سکنی داشته باشد، در این صورت، هبه معوض و صحیح خواهد بود و در صورتی که زوج تخلف نموده و همسرش را طلاق دهد، در این صورت، هبه نیز باطل خواهد شد (خواجه امین، ۱۴۱۱، ۴۳۲).

در فتاوی‌ی شبکه اسلامی، قرار گرفتن شرط عدم طلاق را مقابل اسقاط حق زوجه در مهریه، نوعی هبه معوض بر قلمداد شده و معتقد است، اگر در مدت زمان کمی، زوج تخلف از شرط نمود و همسرش را طلاق داد، زوجه حق دریافت مهریه یا همان حق اسقاط شده را خواهد داشت؛ اما اگر از زمان شرط، مدت زمان طولانی گذشته باشد، تخلف شوهر از شرط، برای زوجه، بازگشت به حق اسقاط شده را اثبات نخواهد کرد (لجنه فتوای شبکه اسلامی، ۲۰۰۹، ۶۶۰).

به نظر می‌رسد قرار گرفتن شرط عدم طلاق، مقابل مهریه، به صورت‌هایی از قبیل: هبه معوض و یا صلح، فاقد اشکال است؛ اما هبه مهریه، مقابل عدم ظلم که در بیان افندی آمده است، محل تأمل است؛

زیرا عدم ظلم به زوجه، از حقوق مشخصه زوجه می‌باشد؛ لذا قرار گرفتن آن، مقابل عدم پرداخت مهریه، نوعی رضایت به ظلم می‌باشد؛ ضمن اینکه اثری منطقی نیز بر آن، بار نمی‌شود.

۴-۳-۴. شرط عدم طلاق، قبال هبه

برخی از فقهای اهل سنت، شرط عدم طلاق را مقابل هبه‌ای از جانب زوجه، صحیح می‌دانند؛ به عبارت دیگر، اگر زوجه، مبلغی را به زوج هبه نماید، تا او را طلاق ندهد، این هبه و شرط عدم طلاق، قبال آن، صحیح خواهد بود (غیتابی، ۱۴۲۰، ۱۹۶). این بیان نیز عاری از اشکال نباشد؛ زیرا زوجه، مقابل هبه، تعیین وقت نکرده باشد و زوج، وی را مطلقه سازد، به نظر نمی‌رسد وفای به شرطی صورت گرفته باشد. برخی دیگر از فقهای اهل سنت، عدم طلاق را به صورت سوگند می‌پذیرد؛ به این معنا که اگر زوج سوگند بخورد، زوجه را طلاق ندهد، این سوگند، صحیح خواهد بود؛ لیکن در صورت تخلف و طلاق زوجه، از باب شکستن سوگند، گنهکار خواهد بود.

۵. مخالفت با شرط عدم طلاق از منظر حقوق کیفری

بدیهی است یکی از اقدامات متقن حقوقی در زمینه مقابله با متخلفین از شرط عدم طلاق، جرم انگاری آن می‌باشد. جرم انگاری رفتار، از مباحث مهم حقوق کیفری است. جرم انگاری رفتارها، یکی از شاخصه‌هایی است که در شناخت نظام حقوق کیفری، نقش آفرین است. با توجه به اصل برائت و لزوم رعایت حقوق و آزادیهای افراد و پرهیز از هرگونه تعرض به آنها، جرم انگاری رفتارها، باید بر مبنای یک نگرش ژرف اندیش و بر پایه‌ی الزامات عقلانی باشد (حکیمی‌ها، ۱۴۰۱، ۳۸).

طبق ماده ۱ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، جرائم و مجازاتهای حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، اقدامات تأمینی و تربیتی، شرایط و موانع مسئولیت کیفری و قواعد حاکم بر آنها در این قانون، مورد بررسی قرار می‌گیرد. ماده ۲ قانون مذکور بیان می‌دارد، هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود.

با توجه به مطالب مذکور، اگر زوج از شرط عدم طلاق تخلف نماید، می‌توان در زمره جرائم تعزیری، به آن رسیدگی نمود. بدیهی است مجازات‌هایی از قبیل قصاص، دیات و حدود که در قانون مجازات اسلامی به آن پرداخته شده است، در مورد تخلف از شرط عدم طلاق قابلیت اجراء ندارد.

همان‌طور که بیان شد از لحاظ کیفری و به استناد قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری، تنها، می‌توان زوج متخلف از شرط عدم طلاق را تعزیر نمود. در تعریف تعزیر آورده‌اند: کیفری که در شرع از حیث مقدار مشخص نیست بر خلاف حد که مقدار آن معلوم است (طباطبایی، ۱۴۱۲، ۴۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۵۴؛ عاملی، ۱۴۱۳، ۳۲۵).

تعزیرات بر دو گونه هستند: تعزیر شرعی و تعزیر حکومتی؛ منظور از تعزیرات شرعی، مجازات‌هایی است که برای متخلفان از قوانین شرعی به اجراء در می‌آیند و منظور از تعزیرات حکومتی، مجازات‌هایی

است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع، قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲۲۳).

برخی درباره‌ی استحقاق اعمال مجازات تعزیری، شرایطی را بیان می‌کند؛ از جمله اینکه اولاً، بزهکار، مرتکب خلاف شرع بین شود؛ یعنی موضوعی را که در شرع به طور مسلم واجب شده است، ترک کند، یا حرامی را که حرمت آن روشن است، مرتکب شود. ثانیاً، برای ترک واجب یا فعل حرام مورد بحث، حد مقرری در شرع وارد نشده باشد، یا اگر آمده باشد، شرایط اجرای آن فراهم نباشد و ثالثاً، واجب متروک، اعم است از آنکه واجب عقلی باشد، مانند مستقلات عقلیه که عقلای جهان، همگی بر لزوم اعمال بایسته و قبح اعمال ناشایست، اتفاق نظر دارند - از قبیل وجوب رعایت در امانت، حرمت خیانت در آن، وجوب احترام اموال و اعراض دیگران و حرمت تعرض به آن‌ها، لزوم ترحم بر بیچارگان و حرمت ستم و زور بر آن‌ها - و یا اینکه واجب شرعی، متروک شود؛ مانند اعمال و وظایف مقرر شرعی (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲۳۶).

با توجه به این توضیحات، اگر زوج از شرط عدم طلاق تخلف نماید، هم می‌توان او را از لحاظ حکومتی تعزیر نمود و هم از لحاظ شرعی. فرض این است که شرط عدم طلاق به عنوان شرط ضمن عقد نکاح در سند ازدواج ثبت گردد؛ لذا در صورت تخلف زوج از این شرط، قانونگذار می‌تواند به منظور حفظ مصالح جامعه و حفظ نظم، زوج را تعزیر نماید؛ چراکه تخلف زوج از شرطی که در سند ازدواج ثبت شده است، نوعی تخلف از نظامنامه‌های دولتی است و این گونه تخلف‌ها می‌تواند به نوعی، نظم اجتماع را مختل نماید.

از لحاظ شرعی نیز زوج، قابل تعزیر است؛ چون تخلف از شرط، نوعی پیمان شکنی است و از باب حرمت پیمان شکنی، حاکم شرع می‌تواند زوج را تعزیر نماید؛ بند الف ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری نیز به مطلب فوق تصریح داشته و حق طرح دعوی علیه مجرم و به نفع بزه دیده را تایید می‌کند.

نتیجه‌گیری

در این تحقیق نتایج ذیل حاصل می‌شود:

۱. شرط، دارای ظرفیتی است که طرفین عقد می‌توانند از طریق آن، برخی از آثار عقود را تغییر دهند و با توافقات خود را جانشین الزامات شرعی و قانونی نمایند. شرط عدم طلاق هم مستثنی از این قاعده نیست؛ به این معنا که زوج می‌تواند، به صورت شرط فعل ضمن عقد نکاح، شرط کند که زوج، او را طلاق ندهد.

۲. تقبیح طلاق و سعی در یافتن شیوه‌های تحدید آن، همواره از دغدغه‌های فقهای امامیه و اهل

سنت بوده است.

۳. برخی از فقهای امامیه و اهل سنت به صورت مطلق و برخی دیگر، به شکل تفصیل، شرط عدم طلاق را پذیرفته و متخلف از آن را گنهکار و طلاق حاصله را نافذ نمی‌دانند؛ لذا به نظر می‌رسد می‌توان این شرط را ذیل شروط ضمن عقد نکاح، جا نمایی نموده و به کاهش معضل طلاق، کمک شایانی نمود.

۴. اگر زوج، از شرط عدم طلاق، تخلف نماید، هم می‌توان او را از لحاظ حکومتی تعزیر نمود و هم از لحاظ شرعی. فرض این است که شرط عدم طلاق، به عنوان شرط ضمن عقد نکاح، در سند ازدواج ثبت گردد؛ لذا در صورت تخلف زوج از این شرط، قانونگذار می‌تواند به منظور حفظ مصالح جامعه و حفظ نظم، زوج را تعزیر نماید؛ چراکه تخلف زوج، از شرطی که در سند ازدواج ثبت شده است، نوعی تخلف از نظامنامه‌های دولتی است و این‌گونه تخلف‌ها می‌تواند به نوعی، نظم اجتماع را مختل نماید. از لحاظ شرعی نیز زوج، قابل تعزیر است؛ چون تخلف از شرط، نوعی پیمان شکنی است و از باب حرمت پیمان شکنی، حاکم شرع می‌تواند زوج را تعزیر نماید.

کتابشناسی

قرآن کریم

۱. ابن ماجه، محمد بن یزید، (بی‌تا)، سنن ابن ماجه، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲. أزهري، سليمان بن عمر، (بی‌تا)، فتوحات الوهاب بتوضیح شرح منهج الطلاب، بیروت، دارالفکر.
۳. انصاری، زکریا بن محمد، (بی‌تا)، أسنی المطالب فی شرح روض الطالب، بیروت، دار الکتب الاسلامی.
۴. بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ ق)، القواعد الفقهیة، قم، نشر الهادی.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۳۶۷ ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۶. ترحینی عاملی، محمد حسن، (۱۴۲۷ ق)، الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، قم، دار الفقه.
۷. حائری، سید کاظم حسینی، (۱۴۲۳ ق)، فقه العقود، قم، مجمع فکر اسلامی.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۹. حکیم، محمدتقی، (۱۴۲۳ ق)، الاصول العامة للفقہ المقارن، قم، مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۱۰. حلبی، حمزه بن علی، (۱۴۱۷ ق)، غنبة النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
۱۱. حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹ ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال.
۱۲. حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۲ ق)، نکت النهایة، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۴. حلی، محمد بن ادریس، (۱۴۱۱ ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. حکیمی‌ها، سعید؛ کولایی، محمد علی، (۱۴۰۱)، « جرم انگاری عقلگرایانه با تکیه بر آموزه‌های فلسفی »، فصلنامه پژوهشی آموزه‌های فقه و حقوق جزا، سال اول، شماره ۱، ص ۳۷-۵۶.
۱۶. خلخالی، سید محمد مهدی، (۱۴۲۷ ق)، فقه الشیعة، کتاب الاجاره، تهران، مرکز فرهنگی انتشارات منیر.
۱۷. خمینی، سیدروح‌الله، (۱۴۲۱ ق)، کتاب البیع، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۱۸. خواجه أمين أفندی، على حيدر، (۱۴۱۱ ق)، درر الحکام في شرح مجلة الأحكام، بيروت، دار الجيل.
۱۹. خوئی، سيد ابوالقاسم، (۱۴۱۳ ق)، المستند في شرح العروة الوثقى: كتاب الاجارة، قم، انتشارات علميه.
۲۰. دار الإفتاء مصر، (بی تا)، فتاوى دار الإفتاء المصرية، قاهره، نسخه اينترنتی.
۲۱. زحیلی، وهبه بن مصطفى، (بی تا)، الفقه الاسلامي و ادلته، دمشق، دارالفکر.
۲۲. سيفی مازندرانی، على اكبر، (بی تا)، دليل تحرير الوسيلة، احكام الأسرة، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني (ره).
۲۳. طرابلسی، عبد العزيز بن براج، (۱۴۰۶ ق)، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامي.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۹۰ ق)، الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران، انتشارات اسلاميه.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷ ق)، المبسوط في فقه الامامية، تهران، كتابفروشی مرتضوی.
۲۶. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۵)، تهذيب الاحكام، تهران، انتشارات اسلاميه.
۲۷. طباطبایی، سيد على، (۱۴۱۲ ق)، رياض المسائل، قم، دفتر انتشارات اسلامي.
۲۸. عاملی، زين الدين بن على، (۱۴۱۳ ق)، مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه معارف اسلامي.
۲۹. على نوری، عليرضا، (۱۳۸۲)، كليات فقه اسلامي، قم، انتشارات ياقوت.
۳۰. غيتابی حنفي، محمود بن أحمد، (۱۴۲۰ ق)، البناية شرح الهداية، بيروت، دار الكتب العلمية.
۳۱. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۴۲۷ ق)، الرسائل، مشهد، دفتر تبليغات اسلامي.
۳۲. مدنی كاشانی، رضا، (۱۴۰۹ ق)، تعليقه على بحث الخيارات و الشروط من كتاب المتاجر للشيخ، قم، انتشارات كتابخانه آيه الله مدنی كاشانی.
۳۳. كليني، محمد بن يعقوب، (۱۴۰۷ ق)، الكافي، تهران، انتشارات اسلاميه.
۳۴. لجنه فتاوى شبكه اسلامي، (۱۴۳۰ ق)، فتاوي الشبكة الإسلامية، نسخه اينترنتی.
۳۵. مالکی، محمد بن أحمد، (بی تا)، فتح العلی المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، بيروت، دار المعرفه.
۳۶. ماوردی، أبو الحسن على بن محمد، (۱۴۱۹ ق)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، بيروت، دار الكتب العلميه.
۳۷. مشکيني اردبيلى، على، (۱۴۱۸ ق)، الفقه الماثور، قم، نشر الهادي.
۳۸. مكارم شيرازي، ناصر، (۱۴۲۷ ق)، دائرة المعارف فقه مقارن، قم، مدرسه امام على بن ابى طالب (ع).
۳۹. محقق داماد، سيد مصطفى، (۱۴۰۶ ق)، قواعد فقه، تهران، مركز نشر علوم اسلامي.
۴۰. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴ ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار إحياء التراث العربی.
۴۱. نجفی كاشف الغطاء، على بن جعفر، (۱۴۲۲ ق)، شرح خيارات للمعة، قم، دفتر انتشارات اسلامي.
۴۲. نراقي، مولى احمد بن محمد مهدي، (۱۴۱۷ ق)، عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام، قم، دفتر تبليغات اسلامي.
۴۳. نوری، حسين بن محمد تقی، (۱۴۰۸ ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بيروت، مؤسسة آل البيت (ع).
۴۴. هيتمی، أحمد بن محمد، (۱۳۵۷ ق)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، بيروت، دار إحياء التراث العربی.
۴۵. وزارت اوقاف و شؤون اسلامي كويت، (۱۴۲۷ ق) الموسوعة الفقهية الكويتية، كويت، دار السلاسل.

بررسی
تطبیقی شرط
عدم طلاق از
منظر فقهای
امامیه و اهل
سنت
و مخالفت با آن
از منظر حقوق
کیفری

۱۴۴

فصلنامه علمی آموزه‌های فقه و حقوق جزاء، سال دوم، شماره ۱، شماره پیاپی ۵، بهار ۱۴۰۲

