

شرط ضمن عقد تحدید حق بر طلاق زوج

The Contractual Condition of Limiting the Right to Divorce

<https://dx.doi.org/10.52547/JFR.19.2.363>

M. Roshan, Ph.D.

Department of Basic Studies, Family law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

R. Domirani, M.A.

Department of Basic Studies, Family law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

محمد روشن

گروه مطالعات بنیادین، حقوق خانواده، دانشگاه شهید بهشتی

✉ رامبد دومیرانی

گروه مطالعات بنیادین، حقوق خانواده، دانشگاه شهید بهشتی

دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۷/۲۳

دریافت نسخه اصلاح شده: ۱۴۰۲/۲/۵

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۳/۸

Abstract

In positive law influenced by Imamiyyah jurisprudence, the right to divorce belongs to men. However, the ability to divorce without any reason has led to the weakening of the family institution. The question now arises whether it is possible to limit or prohibit the right to divorce through a marriage agreement or other contracts. Using the analytical descriptive method, this research examines both the perspectives and evidences of those who

چکیده

در حقوق موضوعه، متأثر از فقه امامیه، اختیار طلاق با زوج است. امکان اعمال مطلق و بدون دلیل طلاق توسط زوج منجر به سست شدن نهاد خانواده شده است. حال پرسش اصلی این است که آیا برای کاهش طلاق بدون دلیل موجه، می توان حق طلاق را ضمن عقد نکاح یا عقد دیگری، منع یا محدود کرد؟ در این پژوهش با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی پس از شرح آرا و ادله قائلین به بطلان، آرا و ادله قائلین به مشروعیت شرط تبیین می شود.

✉ Corresponding author: Department of Basic Studies (Family law), Family Research Institute, Shahid Beheshti University, Tehran Iran.
Email: r.domirani@mail.sbu.ac.ir

✉ نویسنده مسئول: تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشکده خانواده، گروه مطالعات بنیادین (حقوق خانواده).

پست الکترونیکی: r.domirani@mail.sbu.ac.ir

argue against the validity of such restrictions and those who endorse them. The legitimacy of contractual limitations on the right to divorce is established by this article according to verses of Holy Qur'an, hadiths, and jurisprudential principles such as the principle of "La-Zarar," justice, the principle of family protection, and freedom of contract. Furthermore, the context of the revelation of the Holy Qur'an and the principle of prevention of abusing the right to divorce are analyzed. As such, it is considered legitimate for a husband to undertake a binding condition that restricts his right to divorce. Such a term may specify that the husband cannot divorce his wife except under certain circumstances, including impotency or disobedience.

Keywords: Abuse of the right to divorce, Wife, Condition of Contract, La-Zarar.

این پژوهش با تمسک به آیات و روایات، قواعد فقهی، از جمله قاعده لاضرر، عدالت، اصل حمایت از خانواده و آزادی قراردادها، ضمن بررسی محیط نزول قرآن کریم و منع سوءاستفاده از حق طلاق، تحدید قراردادی حق طلاق زوج به صورت شرط فعل و مقید را مشروع می‌داند. یعنی زوج، به عنوان شرط فعل، متعهد می‌شود به جز در مواردی خاص، همچون ناتوانی از مسائل خاص زناشویی یا نافرمانی، اقدام به طلاق همسر خویش نکند.

کلیدواژه‌ها: سوءاستفاده از حق طلاق، زوج، شرط ضمن عقد، لاضرر.

مقدمه

بر اساس ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مرد اختیار طلاق دارد و هرگاه اراده کند، می‌تواند بدون ارائه دلیل خاصی، حق خویش را اعمال کند. البته طلاق ایقاع تشریفاتی است که طبق آن باید نخست مرد به دادگاه رجوع کند، دادگاه موضوع را به داوری ارجاع و در صورت عدم مصالحه، پس از صدور گواهی عدم امکان سازش، برای اجرای صیغه طلاق و ثبت آن، به دفترخانه رسمی ازدواج و طلاق مراجعه شود. در حالی که طبق قانون مدنی، زن فقط در چهار صورت است که می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق کند: الف. غیبت شوهر بیش از چهار سال (ماده ۱۰۲۹ ق.م.ب). در صورتی که زن وکالت در طلاق داشته باشد (ماده ۱۱۱۹ ق.م.ج). خودداری یا عجز شوهر از پرداخت نفقه (ماده ۱۱۲۹ ق.م.د). عسر و حرج زوجه (ماده ۱۱۳۰ ق.م.ب). به علاوه، در برخی از انواع فوق، بعضاً حقوق زوجه تحت تأثیر قرار می‌گیرد؛ از جمله عدم تعلق نخله به زوجه در طلاق به درخواست او.

مسئله حائز اهمیت آنکه با به کارگیری شروط ضمن عقد، می‌توان اراده متعاقدين را جانشین شرایط شرعی یا قانونی کرد. استفاده از شرط در اموری مانند طلاق که از راه قانونگذاری قابل تغییر نیست، حساسیت بیشتری دارد؛ چراکه شرط گنجایشی ایجاد می‌کند که طرفین بتوانند اثرات شرعی یا قانونی عقد نکاح را

تعدیل نمایند. این پژوهش به دنبال پاسخ به این پرسش است که آیا برای کاهش طلاق بدون دلیل موجه، می‌توان حق طلاق را ضمن عقد نکاح منع یا محدود کرد؟
شروطی که ضمن عقود درج می‌شود، به موجب ماده ۲۳۴ قانون مدنی، از سه دسته شرط صفت، فعل و نتیجه خارج نیست.

در خصوص تطابق شرط اسقاط حق طلاق با این سه نوع، باید در نظر داشت که لازمه صفت‌دانستن شرط اسقاط حق طلاق آن است که ما حق طلاق را به‌عنوان صفتی برای زوج در نظر بگیریم که نادرستی آن مبرهن است؛ چراکه حق طلاق متعاقب عقد نکاح است. شرط نتیجه‌دانستن آن به این معناست که در لحظه انعقاد عقد نکاح، حق طلاق زوج به‌طور خودکار از بین می‌رود که این نظر محل بحث بوده و در مباحث آتی به آن خواهیم پرداخت. به نظر می‌رسد شرط اسقاط حق طلاق به شرط فعل نزدیک‌تر بوده، با این توضیح که اگر عدم‌استیفای حق طلاق (ترک فعل) شرط شود، به‌معنای عدم‌استفاده از آن است؛ به عبارت دیگر، کسی که این شرط را تعیین می‌کند، از اعمال حق طلاق محروم می‌شود. اکنون ادله مخالفین و موافقین قراردادن این شرط تبیین می‌شود.

۱. آرا و ادله مخالفین

ادله مخالفین مشروع‌بودن شرط تحدید حق طلاق عبارت است از:

۱.۱. مخالفت شرط با کتاب و سنت

محقق حلی از جمله قائلین به عدم‌مشروعیت این شرط، مستند بر مخالفت آن با کتاب و سنت، است. ایشان با وجود بطلان چنین شرطی، نکاح را صحیح می‌دانند (حلی^۱، ۱۴۱۲: ۳۲۷). صاحب‌جواهر علت مخالفت این شرط را قول رسول‌الله (ص) می‌داند که فرمود: «جعل شرطی که خلاف کلام‌الله باشد، بر مشروط له و مشروط علیه جایز نیست.»^۲ همچنین معتقد است بطلان شرط سبب بطلان عقد نشده و عقد نکاح صحیحاً واقع شده است (نجفی^۳، ۱۴۴۰: ۹۵).
مرحوم مامقانی نیز بر این است که اقتضای کتاب و سنت جواز تزویج و تطلیق بوده، در نتیجه شرط صحت عدم‌اعمال حق طلاق یا محدودکردن آن مشکل است (مامقانی^۴، ۱۳۵۰: ۱۴۹).
اکنون به بررسی ادله فقها پرداخته می‌شود.

الف. قرآن کریم در چندین سوره^۵ به طلاق و احکام آن پرداخته است. لذا یکی از ادله‌ای که مبنای قول مشهور فقها، دائر بر تجویز مطلق طلاق زوجه برای زوج قرار گرفته است، اطلاق در خطاب‌های قرآنی است. در آیات مزبور، طرف خطاب طلاق، زوج می‌باشد و به تعبیر دیگر، مُطَلَّق (طلاق‌دهنده) مرد است؛

ب. پس از ظهور اسلام، عادات و رویه‌های اشتباه در این زمینه، مانند ایلاء وظهار ممنوع و مورد غضب الهی اعلام شد. اگر اختیار طلاق به دست مرد نیز بی‌عدالتی یا ظلم به زن محسوب می‌شد، حتماً اصلاحات و تغییرات لازم توسط دین اسلام صورت می‌گرفت، در حالی که همان رویه پیشین مورد تأیید و امضا قرار گرفته است (شریفی^۶، ۱۳۹۶).

ج. در سنت، قوی‌ترین دلیل اختیار مرد در طلاق روایت پیامبر(ص) است که می‌فرماید: «الطلاق بید من اخذ بالساق». شهید ثانی در شرح این کلام می‌گوید: «منظور از کسی که ساق را در اختیار دارد؛ شوهر است؛ چراکه تنها او حق بهره‌مندی از زن را دارد» (حر عاملی^۱، ۱۴۰۹، ج ۲: ۷).

۱.۲. تحریم حلال (ابداع حکم جدید)

برخی فقها معتقدند از آنجایی که طلاق دادن امری مباح است، چنانچه شرط تحدید حق طلاق گذاشته شود، این امر تحریم حلال و ابداع حکمی جدید است. در نتیجه، چنین شرطی باطل می‌باشد (نراقی^۹، ۱۴۱۷: ۱۴۸).

۱.۳. مخالفت با مقتضای عقد

شهید اول معتقد است شرط تحدید حق طلاق، به دلیل مخالفت با مقتضای عقد باطل، ولی مبطل عقد نیست. سپس ادامه می‌دهد که اگر چنین شرطی شود، مبطل عقد نیز خواهد بود (شهید اول^{۱۰}، [بی‌تا]، ۲۵۹). حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که بالاخره از نظر شهید، شرط مبطل می‌باشد یا خیر؟ نظر شهید را این‌گونه تفسیر کرده‌اند که این شرط اگر جزء شروطی تصور شود که به آن غرض تعلق می‌گیرد، ولی مخالف مقتضای عقد نباشد (برای مثال، زوجه به زوج بگوید با تو ازدواج می‌کنم به شرط اینکه همسر اولت را طلاق ندهی، نه اینکه مرا طلاق ندهی)، در این صورت، شرط و عقد صحیح خواهد بود؛ زیرا ایشان در عبارت اول، شرط را در کنار شروطی همچون ترک تزوج و تسری می‌آورد و معتقد است این شروط مخالفتی با مقتضای عقد ندارد؛ لذا صحیح خواهد بود. اما اگر شرط متعلق غرض باشد و با مقتضای عقد منافات داشته باشد، هم باطل و هم مبطل خواهد بود (نجفیان و هدایت‌نیا^{۱۱}، ۱۳۹۶).

۱.۴. تفاوت بین زن و مرد از لحاظ روان‌شناختی و تعهدات ازدواج

برخی دلیل اختیار حق طلاق با زوج را تفاوت روانی بین زن و مرد می‌دانند؛ به این معنی که بی‌علاقگی مرد به زن ارکان زندگی را در هم می‌ریزد، ولی بی‌علاقگی زن به مرد این‌گونه نیست و از طرفی زن سریع تحت تأثیر عواطف و احساسات خود قرار می‌گیرد؛ لذا ممکن است عجولانه تصمیم به طلاق بگیرد. از طرف دیگر، گفته می‌شود چون طلاق هیچ پیامد مالی برای زن ندارد و مرد متحمل این تضرر مالی می‌شود، پس این مرد است که باید تمام‌وکمال حق طلاق را داشته باشد.

۱.۵. مخالفت شرط با قاعدهٔ آمره

طبق قواعد حقوق ایران، حق طلاق که در مادهٔ ۱۱۳۳ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته، یک قاعدهٔ آمره به حساب آمده که مرتبط با حقوق شخصیت و نظم عمومی خانواده است؛ بنابراین، به دلیل اهمیت بعد اجتماعی آن، امکان اسقاط کلی و جزئی آن در قالب شرط نتیجه وجود ندارد (امامی^{۱۲}، ۱۳۳۸، ج ۴: ۳۶۶).

۱.۶. حکم بودن حق طلاق

قائلین بر عدم مشروعیت شرط تحدید حق طلاق، به دلیل غیرقابل اسقاط و انتقال بودن حکم می‌دانند؛ همچنین اگر 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 (شکاری و احمدپور^{۱۳}، ۱۳۹۱).

۲. نقدهای وارده بر ادله مخالفین

در ابتدا، پیش از بیان آرا و ادله موافقین، ادله مخالفین نقد می‌شود.

۲.۱. نقد مخالفت شرط عدم طلاق با کتاب و سنت

الف. از آنجایی که نوعاً پیشنهاد طلاق از طرف مردان می‌باشد، در بیشتر آیات طلاق، مخاطب آنان هستند؛ ولی هیچ‌یک از آیات طلاق در مقام حصر در مخاطب نیست. یعنی هرگز اشاره‌ای به جواز مطلق طلاق برای مردان وجود ندارد. اگر انحصار در خطاب را هم متوجه مردان بدانیم، فقط این امر را افاده می‌نماید که حق طلاق متعلق به مرد است؛ اما این نتیجه حاصل نمی‌گردد که اعمال حق طلاق بدون قید و شرط است یا مرد می‌تواند بدون اینکه تخلفی از ناحیه زن در ایفای وظایف زوجیت سر زده باشد یا کیان و عفاف خانواده را به مخاطره اندازد، مجاز به طلاق وی باشد.

ب. قرآن مجید ابدأً تصریح نکرده است که اختیار طلاق در دست مرد است؛ بلکه در پی اصلاح رویه موجود بوده است. در هیچ آیه‌ای نیامده که مرد می‌تواند هرگاه اراده کند همسر خود را طلاق دهد؛ بلکه می‌گوید در هنگام طلاق باید مسئله عده مدنظر باشد. در واقع، خداوند متعال طلاق‌های آن دوران را که خالی از هر قاعده‌ای بود، چهارچوب‌مند کرد. مانند قراردادن محدودیت برای طلاق رجعی، بدون آنکه اصل اختیار طلاق مرد را رد یا تأیید نماید.

«از ظاهر آیات قرآنی چنین برمی‌آید که زن حقی در طلاق ندارد؛ اما در عین حال، برخی از فقها در موارد خاصی، درخواست طلاق از سوی زوجه را پذیرفته و این قاعده کلی را استفاده کرده‌اند که اگر مرد به تعهدات زوجیت خود درست عمل ننماید، نمی‌تواند به قدرت مطلقه خویش در طلاق‌دادن یا ندادن استناد کند و از فقدان اختیار زن برای توسل به طلاق سوءاستفاده نماید؛ بلکه زن می‌تواند الزام شوهر متمرد و غیرعامل به وظیفه و تعهد زناشویی را به طلاق بخواهد و خود را از دست او رها سازد.

وقتی بنا شد مصلحت و حکمت عدم‌اضرار به زوجه، راه را برای رهایی او از شوهر علی‌رغم خواست شوهر بازنماید، همین مصلحت باید بتواند از سویی دیگر رهاکردن بی‌قید و شرط زوجه توسط مرد را نیز محدود کند» (مهرپور^{۱۴}، ۱۳۹۵).

ج. از آنجایی که قوی‌ترین و مهم‌ترین دلیل موجود حدیث «بالساق» است، ما در سه شق، به آن نقد وارد می‌کنیم.

اول. عدم‌نقل حدیث در کتب شیعه

اگرچه این روایت نزد فقهای شیعه مقبول گشته و به آن استناد نموده‌اند (نجفی^{۱۵}، ۱۴۰۴، ج ۳۲: ۵)، در هیچ‌یک از کتب اصلی حدیث شیعه مانند *الکافی*، *التهذیب* و *وسائل الشیعه* نیامده و از فقها و راویان امامیه نقل نشده است؛ بلکه در کتب حدیث اهل سنت یافت می‌شود.

دوم. شأن نزول حدیث

در سنن ابن‌ماجه چنین نقل شده که ابن‌عباس می‌گوید نوکری خدمت پیامبر(ص) آمد و فرمود که آقای من کنیزی را برای من اختیار کرده است و حال می‌خواهد بین ما طلاق واقع بکند.

پیامبر (ص) به منبر رفت و فرمود: «... ای مردم چه شده است که بعضی از شما کنیزش را به عقد ازدواج نوکرش درآورده و هرگاه خودش بخوهد، بین آن دو جدایی ایجاد می‌کند؟ همانا طلاق حق کسی است که ساق زن را در اختیار دارد (ابن‌ماجه^{۱۷}، ۱۳۴۹، ج ۱: ۶۷۲).

همان طور که ملاحظه شد، شأن نزول برای رد اختیار طلاق توسط مرد دیگر (ولو ارباب)، بر نکاح دیگران (ولو نوکر و کنیز خود) است. در نتیجه، مسلم آن است که صرف نقل روایت از منابع اهل سنت، بدون اینکه مؤیدی از منابع شیعه وجود داشته باشد، مقبول نیست؛ ثانیاً به تعبیر آیت‌الله صادقی تهرانی، روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» اتفاقاً به نحوی دیگر قابل تفسیر است: چون با توافق زن و مرد، عقد ازدواج ثبت شده، پس هم مرد ساق همسرش را و هم زن ساق شوهرش را به دست گرفته است؛ یعنی «من اخذ بالساق» کسی است که با عقد به دیگری محرم است. پس زن و شوهر را با هم در بر می‌گیرد. بنابراین طبق روایت فوق، طلاق به دست هر دوی زن و شوهر است؛ به عبارت دیگر، همان طور که زن و مرد در عقد نکاح و تداوم زوجیت با هم شریک‌اند، در صورت لزوم شرعی هم، بالسویه حق طلاق دارند و به اصطلاح نحوی، الطلاق بید من اخذ بالساق، شامل زوجین است و هیچ دلیلی بر انحصار من اخذ بالساق به زوج وجود ندارد (شریفی^{۱۸}، ۱۳۹۳).

سوم. معارض داشتن روایت

روایت موردنظر دارای معارض است که هم از شیعه نقل شده و هم از اهل سنت؛ از جمله آن‌ها، قضیه صحابی پیامبر (ص)، ابویوب انصاری (مطهری^{۱۹}، ۱۳۸۱، ۴۲)، نصّ حدیث صحیح امام باقر (ع) از رسول‌الله (ص) درباره ذواقیت (مغنیه^{۲۰}، ۱۴۰۷، ج ۶: ۳) و روایتی است که شیخ کلینی در کافی آورده است (کلینی^{۲۱}، ۱۴۰۷، ج ۶: ۵۴).

به همین دلیل است که عده‌ای از فقها، طلاق‌های بدون سبب شرعی و عقلی را مشروع ندانسته‌اند. فقیه معاصر در رساله عملیه خود به تصریح آورده است: «طلاق چه از طرف مرد و چه از طرف زن، در صورتی جایز و گذراست که ادامه زندگی، ادامه عسر یا حرجی باشد که به هیچ وسیله‌ای، حتی با حضور حکمین، برطرف‌شدنی نباشد که در این صورت، طلاق از هر یک از دو همسر، حلال است» (تهرانی^{۲۲}، ۱۳۷۸: ۲۲۳).

۲.۲. نقد تحریم حلال (ابداع حکم جدید)

شایان ذکر است که از گذشته تا به امروز، بین فقهای متقدم و متأخر، بر سر اینکه آیا شرط ترک و فعل احکام غیرالزامیه، همانند مستحبات، مکروهات و مباحات (موضوع بحث ما) جایز است یا که این‌گونه شروط تحریم حلال و تحلیل حرام می‌باشد، نزاع وجود داشته است.

امام خمینی (ره) در البیع، اشتراط ترک و فعل احکام غیرالزامیه همانند مستحبات، مکروهات و مباحات را مخالف شرع نمی‌داند. از دیدگاه ایشان، شرط انجام چیزی که مباح است یا شرط ترک آن و همچنین شرط ترک مستحب و انجام مکروه، نافذ و هیچ‌گونه مخالفتی با شرع ندارد. با توجه به مباح بودن طلاق و ازدواج مجدد، اشتراط ترک تزوج و تحدید طلاق صحیح است و مخالفتی با شرع نخواهد داشت (شوشتری و نجفیان^{۲۳}، ۱۳۹۷).

۲.۳. نقد مخالفت با مقتضای عقد

شرط ضمن عقد نکاح می‌تواند خلاف مقتضای ذات یا اطلاق آن باشد. اگر برخلاف اطلاق باشد، در صحت چنین شرطی تردید نیست؛ اما اگر خلاف ذات باشد، چنین شرطی باطل است. در خصوص اینکه مقتضای ذات عقد نکاح چیست، نظرات بسیاری وجود دارد. ولی آنچه بیشتر مدنظر فقها و حقوق دانان قرار گرفته، در قالب سه بحث مطرح می‌شود: نخست وطی، مقاربت، نزدیکی و استیلا؛ دوم تشکیل خانواده؛ سوم ایجاد علقه زوجیت. شرط عدم طلاق زوج، خلاف هیچ‌کدام از تعابیر ذات عقد نکاح نیست.

۲.۴. نقد تفاوت بین زن و مرد از لحاظ روان‌شناختی و تعهدات ازدواج

واقعیت امر این است که بیشتر زنان هستند که متضرر پیامدهای طلاق می‌شوند؛ چراکه زنان در اکثر قریب به اتفاق مواقع، نه تنها بهره‌ای از مهریه نمی‌برند، بلکه در مواقع بسیاری، باید از مهریه خود بگذرند یا حتی مالی هم به شوهر بدهند تا رضایت او را در طلاق بگیرند (شریفی^{۲۴}، ۱۳۹۳).

۲.۵. نقد مخالفت شرط با قاعده آمره

در پاسخ باید گفت مذاقه در حق طلاق مشخص می‌کند که اعمال آن توسط مرد با قوانین آمره یا احکام الزامی شرعی تفاوت جوهری دارد. دلیل این ادعا آن است که در طلاق قضایی، حق طلاق از زوج ساقط شده و قاضی عهده‌دار این امر می‌شود؛ نتیجه آنکه اسقاط این حق از زوج در شرایط دیگر هم جایز و ممکن است.

۲.۶. نقد حکم بودن حق طلاق

فقها در موارد تردید بین حق و حکم، دیدگاه‌های متفاوتی بیان نموده‌اند. بعضی جانب آزادی اراده را تقویت کرده و معتقدند در این‌گونه موارد، اراده نافذ است و اسقاط یا انتقال بدون اشکال است. در نتیجه، مصادیق تردید را به حق ملحق کرده‌اند؛ در مقابل، عده‌ای عرف را ملاک تشخیص دانسته‌اند. به نظر این گروه، اگر امری از نظر عرف قابل اسقاط باشد، حق است نه حکم. بعضی دیگر از فقها، ملاک در این‌گونه موارد را استصحاب دانسته و طبق مفاد استصحاب، به قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط یا انتقال حکم کرده‌اند. برخی دیگر، از آنجا که قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال دلیل قانونی لازم دارد، معتقدند اصل آن است که موارد مشکوک حکم است، نه حق (روشن^{۲۵}، ۱۳۹۶). در نتیجه، مشاهده می‌شود در موارد مشکوک نمی‌توان به قطع گفت که اصل بر حکم بودن است؛ زیرا در میان فقها امری اختلافی است.

۳. آرا و ادله موافقین

در کنار شیوه‌های مختلف فقها برای استدلال، نگارندگان قائل به حصر شرط تحدید حق طلاق زوج تنها به صورت شرط فعل هستند؛ به عبارت دیگر، این شرط به صورت شرط نتیجه، یعنی بدین صورت که زوج حق طلاق ندارد و حق طلاق او ساقط است، پذیرفته نیست؛ چراکه تحریم حلال و خلاف شریعت است. از جمله فقهای قائل به این نظر می‌توان افراد زیر را برشمرد:

مرحوم کاشف الغطاء که اشتراط ترک مباح را به دو صورت مورد بررسی قرار می‌دهد؛ صورت اول، ترک مباح، قطع نظر از احکام آن‌ها، مانند ترک طلاق یا زواج که در این صورت نفس فعل یا عدم فعل ضمن عقد شرط می‌شود. در این صورت، لازم است به این شرط عمل شود و شرط صحیح خواهد بود؛ صورت دوم، متعلق شروط به اعتبار احکام شرعی تکلیفی یا وضعی آن‌هاست که در این صورت، غرض از شرط، تقلیب و

تغییر حکم شرعی خواهد بود. همانند اینکه در ضمن عقد نکاح، شرط شود طلاق برای مرد حرام باشد. در این صورت، این شروط تحریم حلال و مخالف کتاب و سنت و باطل خواهد بود (نجفی کاشف الغطاء^{۲۶}، ۱۳۵۹، ۱: ۷۵ و ۷۶؛ به نقل از نجفیان و هدایت‌نیا^{۲۷}، ۱۳۹۶).

از منظر آیت‌الله مدنی، شرط تحدید طلاق جزء مباحات بوده و قراردادن آن به صورت شرط نتیجه غیرمشموع و جایز است؛ مانند اینکه شرط شود زوج حق طلاق نداشته باشد، اما می‌توان آن را به صورت شرط فعل قرار داد. یعنی اگر شرط شود زوج حق طلاق جز در صورت نافرمانی زوجه را ندارد، چنین شرطی صحیح و مشروع می‌باشد (مازندرانی^{۲۸}، بی تا: ۴۷).

اکنون به تبیین ادله تقویت بخش این نظر پرداخته می‌شود.

۳.۱. منع سوءاستفاده از حق طلاق در آیات و روایات

در آیه ۲۲۹ سوره بقره آمده است: «طلاق دو بار است و پس از دو بار یا نگهداری به شایستگی یا رهاکردن به احسان». مسئله قابل توجه در این آیه آن است که در خصوص رجوع، عبارت معروف به معنای عملی که در راستا و هماهنگی با عرف جامعه صورت می‌گیرد، به کار رفته است؛ اما راجع به جدایی، از لفظ احسان استفاده شده است که به عملی گفته می‌شود که از حد عرف جامعه پسندیده‌تر است تا از این طریق، مسیری برای جبران ضرر زوجه تعیین شده باشد.

روایاتی که از معصومین (ع) درباره طلاق صادر شده، بعضاً به اختیار مرد در طلاق اشاره دارد و بعضی دیگر درباره مذمت طلاق بیان شده است. به طور کلی، طلاق بی دلیل در روایات امری ناصواب دانسته شده است. در روایتی آمده است: «زنان را طلاق مدهید، جز از روی شک که خداوند مردان و زنان خوش گذران را دوست ندارد» (کلینی^{۲۹}، ۱۳۶۷، ج ۶: ۵۶؛ به نقل از جعفرپور^{۳۰}، ۱۳۷۸). ناگفته پیداست که در این روایت، وجود شک و قرائنی نسبت به بی‌عفتی یا فساد اخلاقی زن، دلیل موجهی برای طلاق قلمداد شده و قسمت اول آن طلاق بدون دلیل را مورد نهی قرار داده است.

روایت دیگری از پیامبر (ص) نقل شده که فرمودند: «خداوند دشمن می‌دارد مردان و زنان تنوع طلب را که بی جهت روی به طلاق می‌آورند» (کلینی^{۳۱}، ۱۳۶۷، ج ۶: ۵۴).

ثمره این گفتار آنکه شرط تحدید حق بر طلاق زوج، به صورت شرط فعل، موافق قرآن و روایات و در راستای اطاعت از امر شارع است.

۳.۲. محیط نزول قرآن و نوع نگرش به زن در آن محیط

محیط نزول قرآن شبه جزیره عربستان بود. در آنجا جنس زن فاقد هرگونه ارزش بود؛ تا حدی که فرزند دختر را مایه خفت و خواری دانسته و او را زنده به گور می‌کردند. در عصر نزول قرآن، زن می‌بایست برای همیشه تحت استیلا مردان زندگی می‌کرد (طباطبایی^{۳۲}، ۱۳۷۴).

«در چنین اوضاع و احوال و زمان و مکان و محیطی، قرآن نازل شد و در ضمن بیان اصولی اعتقادی و اخلاقی، مقرراتی هم در زمینه روابط اجتماعی و از جمله مسائل مربوط به خانواده، ازدواج و طلاق و زن بیان نمود. آیات قرآنی از یک سو، برای زن و هویت و شخصیت او اعتباری هم وزن اعتبار و ارزش مرد قائل شد و از سوی دیگر، در زمینه احکام و مقررات و اختیارات و امتیازات، موقعیتی در حد نصف موقعیت مرد را برای او اثبات کرد. بدین صورت که او را مستحق ارث بردن دانستند، ولی سهم الارث او نصف سهم الارث مرد مقرر

داشتند و برای شهادت او در امور مالی نیز ارزشی معادل نصف ارزش شهادت مرد بیان شد و در مورد طلاق هم دامنه اختیار مطلق مرد محدود شده و به رعایت حقوق و حدود زن توجه داده شد» (مهرپور^{۳۳}، ۱۳۷۹). تمامی این احکام در دوره‌ای بیان و اجرا شد که در آن حکومت مردان بر زنان از بدیهیات مقبول جامعه بوده، اما با گذر زمان و پیشرفت جوامع و مطرح شدن موضوعات حقوق بشری، به خصوص مباحث فمینیستی (برابری حقوق زنان و مردان)، عرصه مهیای جولان فقه پویای شیعی است تا با تطبیق هنجارهای دینی با مقتضیات زمان، شأن اجتماعی مرد و زن را مورد حمایت قرار دهد. یقیناً یکی از این موضوعات جایزدانستن شرط موضوع پژوهش می‌باشد.

۳.۳. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر، مستند فقهی و دلیل مشروع بودن منع تضرر زوجه به واسطه اقدامات ناعادلانه زوج می‌باشد که آیاتی از قرآن کریم و روایات و ادله عقلی آن را تأیید می‌کند. طبق آن، هر حکمی که از طرف شارع مقدس تشریح می‌شود، اگر مستلزم ضرر باشد، از صفحه تشریح مرفوع می‌گردد. اصل ۴۰ ق.ا به قاعده لاضرر اشاره می‌نماید^{۳۴}.

برای تبیین کاربرد این قاعده در موضوع پژوهش، باید به آسیب‌های ناشی از طلاق‌های بلاوجه زوج توجه کرد. چه بسیارند دخترانی که بی‌دلیل طلاق داده می‌شوند و عرف مطلقه به آن‌ها بار کرده و آن‌ها را داوری ارزشی می‌کند. خوشبختانه در رویه قضایی، آرای و وجود دارد که مطابق همین قاعده، از وقوع طلاق بدون دلیل جلوگیری شده است؛ برای نمونه، رأی شماره ۷۷-۷۲/۱/۱۷ دادگاه مدنی خاص شهرستان شهرضا، در فرضی که شوهر درخواست «گواهی عدم امکان سازش» کرده، دادگاه چنین اعلام کرده است: «بنا بر اصل چهلم قانون اساسی، هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. بنابراین اجرای ماده ۱۱۳۳ ق.م نمی‌تواند اولاً بدون توجه به موازین فوق‌الذکر و ملاک ماده ۱۳۲ ق.م و بدون قید و شرط و صرفاً بر اساس میل زوج صورت پذیرد» (کاتوزیان^{۳۵}، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۲۴).

۳.۴. قاعده عدالت

مفاد قاعده این است که هر حکمی در اسلام خلاف عدالت باشد، نامعتبر و مرفوع است. خداوند متعال مصادیقی از عدل و ظلم را بیان کرده، اما هرگز آن‌ها را محصور نکرده است. چراکه هر مصادیقی از عدالت و ظلم امکان تغییر دارد (علی‌اکبریان^{۳۶}، ۱۳۹۶). فطرت انسان و وجدان امروزه ابزار تشخیص مصادیق عدالت یا نابرابری هستند. با توجه به آنکه در پژوهش حاضر به حصر اختیار طلاق در دست زوج خدشه وارد گردید، اعمال بدون دلیل موجه و سلیقه‌ای این حق، به طریق اولی، خلاف عدالت می‌باشد.

۳.۵. اصل دهم قانون اساسی؛ حمایت از خانواده

هر امر، اختیار یا صلاحیتی که منجر به سست شدن نهاد خانواده شود، خلاف اصل دهم قانون اساسی^{۳۷} است. در موضوع پژوهش نیز مطلق گذاشتن حق بر طلاق زوج منجر به افزایش طلاق‌های بدون دلیل می‌شود. به عبارت دیگر، زوج مستند بر اینکه دیگر زوجه را نمی‌خواهد، اقدام به طلاق می‌نماید. مبرهن است که

چنین طلاق‌هایی مستقیماً به خانواده و به‌ویژه کودکان آن خانواده لطمه جدی وارد می‌کند. در نتیجه، در راستای اجرای اصل دهم ق.ا، می‌توان حق طلاق زوج را در قالب شرط فعل، ضمن عقد محدود کرد.

۳.۶. ماده ۱۰ قانون مدنی و نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه

اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه (نظریه شماره ۷/۴۸۹۶ مورخ ۸۶/۷/۲۵)، در خصوص تعهد زوج به عدم طلاق زوجه، اعلام می‌دارد: «در صورتی که تعهد زوج برای ندادن طلاق منصرف به مدت معین باشد، با توجه به مفهوم ماده ۹۵۹ قانون مدنی و عموماً راجع به لزوم ایفای چنین تعهدی، بلاشکال بوده و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است.»

در نتیجه، محدود کردن حق طلاق زوج به موارد محدود به صورت شرط فعل، مشمول ماده ۱۰ ق.م و اصل آزادی قراردادهای بوده، به علاوه اینکه، سلب حق کلی هم به حساب نمی‌آید که مشمول حکم ماده ۹۵۹ ق.م باشد. مستند بر این مواد و چندین فتوا، رأی شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور با صدور رأی مورخ ۱۳۹۳/۲/۲۹ بر صحت شرط تحدید حق طلاق زوج صحه گذاشت.

بحث و نتیجه‌گیری

طرفین نکاح می‌توانند مانند سایر عقود، شروطی به عقد الحاق کنند. اگر شرط مورد نظر «اسقاط حق طلاق زوج» باشد و به‌طور کلی حق طلاق مرد را ساقط کند، یعنی به‌صورت شرط نتیجه قرار گیرد، به دلیل غیرمشروع بودن فاسد است؛ اما جعل آن، تنها با داشتن دو شرط، مشروعیت دارد: اول آنکه شرط به شکل مقید باشد تا موجب سوءاستفاده زوجه و به تبع آن ورود ضرر به زوج نشود؛ چراکه اگر شرط مطلق باشد، در صورت نشوز زن و مانند آن، زوج حق طلاق نخواهد داشت؛ دوم آنکه، شرط به‌صورت شرط فعل باشد؛ چراکه در این صورت، دیگر شبهاتی همچون ابداع حکم جدید و تحریم حلال محلی از اعراب نخواهند داشت. در نتیجه، زوج می‌تواند متعهد شود که جز در مواردی همچون نافرمانی و نشوز، نازایی و ناتوانی جنسی زوجه یا کارهای خلاف مصلحت خانواده، زوجه خود را طلاق ندهد. همچنین حتی زوج متعهد شود که فقط در صورت بیان دلیل منطقی می‌تواند زوجه خود را طلاق دهد. این شرط مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و صحیح می‌باشد. شرط اسقاط حق طلاق زوج، در صورتی که صحیحاً شرط شده باشد و با حمایت‌های قانونی همراه شود، می‌تواند به‌عنوان عامل مهمی در جهت کاهش طلاق‌های بدون منطق و بی‌دلیل مورد توجه قرار گیرد.

پی‌نوشت‌ها

۱. طبق نظریه مشورتی شماره ۱۶۵/۹۴/۷ مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۵.

2. Helli

۳. «من اشترط شرطاً سوی کتاب الله فلا یجوز له و لا علیه»

4. Najafi

5. Mamaqani

۶. سوره‌های بقره، نساء، احزاب و طلاق.

7. Sharifi

8. Hurr Ameli
9. Naraqi
10. Shahid Aval
11. Najafian and Hedayatnia
12. Imami
13. Shekari and Ahmadpour
14. Mehrpour
15. Najafi

۱۶. «یا ایها الناس، ما بال احدکم یزوج عبده امته ثم یرید ان یفرق بینهما؟ انما الطلاق لمن اخذ بالساق»

17. Ibn Majah
18. Sharifi
19. Motahari
20. Mughniyah
21. Kulayni
22. Tehrani
23. Shushtari and Najafian
24. Sharifi
25. Roshan
26. Najafi Kashif al-Ghita
27. Najafian and Hedayatnia
28. Mazandarani
29. Kulayni
30. Jafarpour
31. Kulayni
32. Tabatabai
33. Mehrpour

۳۴. «هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

35. Katouzian
36. Aliakbarian

۳۷. «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعهٔ اسلامی است، همهٔ قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایهٔ حقوق و اخلاق اسلامی باشد.»

۳۸. «... طرفین نکاح شرط می‌نمایند که زوج زوجه را طلاق ندهد، مگر با موافقت. این چنین شرطی نمی‌تواند خلاف شرع باشد؛ زیرا زوج طبق مادهٔ ۱۱۳۳ ق.م.ح طلاق دارد و با اختیار و رضای خود، ضمن عقد این حق را محدود می‌کند به موافقت زوجه. تأیید بر این مطلب، فتاویٰ پنج نفر از علما و مراجع، از جمله مقام معظم رهبری حفظه‌الله است که با ملاحظهٔ جملهٔ مذکور در عقدنامه، به‌صراحت فتوا داده که در طلاق رضایت زوجه باید جلب گردد. علی‌هذا، رأی فرجام‌خواسته از این حیث خلاف شرط و خلاف شرع می‌باشد...»

منابع

- ابن‌ماجه، ا. (۱۳۴۹ق). سنن ابن‌ماجه، مصر: المطبعة التازیه.
امامی، ح. (۱۳۳۸). حقوق مدنی، تهران: دانشگاه تهران.

- تهرانی، م. (۱۳۷۸). رساله توضیح المسائل نوین، تهران: امید فردا.
- جعفرپور، ج. (۱۳۷۸). حق طلاق، مطالعات راهبردی زنان شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، ۵، ۲۱-۱.
- حر عاملی، م. (۱۴۱۴). وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.
- حر عاملی، م. (۱۴۰۹). وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.
- حلی، ج. (۱۴۱۲). نکت‌النهایه، تهران: جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- روشن، م. (۱۳۹۶). حقوق خانواده، تهران: جنگل.
- شریفی، ز. (۱۳۹۳). امکان ایجاد محدودیت برای زوج در اجرای حق طلاق، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
- شکاری، ر. و احمدپور، م. (۱۳۹۱). شرط سقوط حق طلاق زوج در فقه امامیه و حقوق ایران، پژوهشنامه فقهی، ۱، ۱۰۶-۷۹.
- شوشتری، م. و نجفیان، ا. (۱۳۹۷). تحلیل مشروعیت شرط عدم طلاق با نگاه به مقاصد شریعت در حوزه خانواده، فصلنامه علمی پژوهشی زن و جامعه، ۲، ۲۱۰-۱۹۱.
- طباطبایی، م. (۱۳۷۴). تفسیر المیزان، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- عاملی، م. (۱۴۲۷). الزیاده الفقهیه فی شرح الروضة البهیة، قم: [بی‌جا].
- عاملی، م. (بی‌تا). القواعد والفوائد، قم: کتاب‌فروشی مفید.
- علی‌اکبریان، ح. (۱۳۹۶). قاعده عدالت در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۸). حقوق مدنی خانواده، تهران: سهامی انتشار.
- کلینی، م. (۱۴۰۷). الکافی، تهران: دارالکتب اسلامی.
- مازندرانی، ع. (۱۴۱۹). دلیل تحریر الوسیله احکام الاسره، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- مامقانی، م. (۱۳۵۰). نهایه المقال فی تکلمه غایه الامال، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مطهری، م. (۱۳۸۱). نظام حقوق زن در اسلام، تهران: صدرا.
- مغنیه، م. (۱۴۰۷). فقه الصادق (ع)، بیروت: دارالتعارف.
- مکارم شیرازی، ن. (۱۳۸۳). القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع).
- مهرپور، ح. (۱۳۷۹). بررسی فقهی - حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در طلاق، نامه مفید، ۲۱، ۱۸۰-۱۴۷.
- مهرپور، ح. (۱۳۹۵). مباحثی از حقوق زن، تهران: اطلاعات.
- نجفی کاشف‌الغطاء، ع. (۱۴۲۲). شرح خیرات‌اللمعه، قم: جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- نجفی، م. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نجفیان، ا. و هدایت‌نیا، ف. (۱۳۹۶). مبانی مشروعیت شرط عدم طلاق در عقد نکاح، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۴۹، ۱۶۰-۱۳۹.
- نراقی، ا. (۱۴۱۷). عوائد‌الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- نوری، ی. (۱۳۳۷). حقوق زن در اسلام و جهان، تهران: نوید نور.

- Aliakbarian, H. A. (2017). *The Principle of Justice in Imamite Jurisprudence*, Second Edition, Qom: Islamic Sciences and Culture Academy [in Persian].
- Ameli, M. H. T. (2006). *Al-Zubdah al-Fiqhiyah Fi Sharh al-Rawdah al-Bahiyyah*, Volume 6, Qom: Unknown [in Arabic].
- Ameli, Shahid Avval, M. (undated). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id*, Volume 2, Qom: Mofid Bookstore [in Arabic].
- Hurr Ameli, M. H. (1988). *Wasa'il al-Shi'a*, Volume 22, First Edition, Qom: Al al-Bayt Institute [in Arabic].

- Hurr Ameli, M. H. (1993). *Wasa'il al-Shi'a* (30 volumes), Qom: Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage [in Arabic].
- Helli, N. (1991). *Nukat al-Nihayah*, Volume 2, Tehran: Islamic Publications Office affiliated with Qom Seminary Teachers Society [in Arabic].
- Ibn Majah, A. A. (1930). *Muhammad ibn Yazid Qazvini, Sunan Ibn Majah*, Volume 1, First Edition, Egypt: Al-Matba'ah al-Taziyyah [in Arabic].
- Imami, H. (1959). *Civil Rights*, Tehran: University of Tehran Press [in Persian].
- Jafarpour, J. (1999). The Right to Divorce, *Strategic Studies of Women*, 2(5), 107-121 [in Persian].
- Katouzian, N. (2009). *Civil Law of the Family*, Vol. 1, Tehran: Sami Publishing [in Persian].
- Kulayni, A. M. (1986). *Al-Kafi*, Volume 6, Fourth Edition, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah [in Arabic].
- Makarem Shirazi, N. (2004). *Al-Qawaid al-Fiqhiyyah*, Volume 1, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib School [in Arabic].
- Mamaqani, M. A. (1971). *Nahayat al-Maqal fi Takmilah Ghayat al-Maram*, Qom: Majma al-Dhakhair al-Islamiyah [in Arabic].
- Mazandarani, A. A. (1998). *Dalil Tahrir al-Wasilah Ahkam al-Ussrah*, Tehran: Moasseseh Tanzim va Nashr Athar-e Emam Khomeini [in Persian].
- Mehrpour, H. (2000). A Jurisprudential-Legal Study of the Different Status of Men and Women in Divorce, *Mofid Magazine*, 6(21), 147-180 [in Persian].
- Mehrpour, H. (2016). *Some Topics on Women's Rights*, Tehran: Ettela'at [in Persian].
- Motahari, M. (2002). *The System of Women's Rights in Islam*, Tehran: Sadra Publications [in Persian].
- Mughniyah, M. J. (1986). *Fiqh al-Sadiq* (as), Volume 6, Beirut: Dar al-Ta'aruf [in Arabic].
- Najafi Kashif al-Ghita, A. (2001). *Sharh Khiyarat al-Lum'ah*, Qom [in Arabic].
- Najafi, M. H. (1983). *Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam*, Volumes 31 and 32, Beirut: Dar Ihya al-Turath al-Arabi [in Arabic].
- Najafian, A., Hedayatnia, F. (2017). Foundations of the Legitimacy of the Condition of Non-Divorce in Marriage Contracts, *Journal of Islamic Fiqh and Law*, 13(49), 139-160 [in Persian].
- Naraqi, M. A. (1996). 'Awa'id al-Ayyam fi Bayan Qawa'id al-Ahkam, Qom: Dafater-e-Entesharate-e-Islami va Basteh-be-Jame'e Modarresin-e-Hawzah-e-Elmiyah-e-Qom [in Arabic].
- Nuri, Y. (1918). *Women's Rights in Islam and the World*, Tehran [in Persian].
- Roshan, M. (2017). *Family Law*, Tehran: Jangal Publications [in Persian].
- Shekari, R. A, Ahmadpour, M. H. (2012). The Condition for the Expiration of the Husband's Right to Divorce in the Imamite Jurisprudence and Iranian Law, *Jurisprudential Research Quarterly*, 1(1), 79-160 [in Persian].
- Sharifi, Z. (2014). *The Possibility of Imposing Restrictions on the Husband in Implementing the Right to Divorce*, Master's Thesis, Judiciary and Administrative Services University [in Persian].
- Shushtari, M., Najafian, A. (2018). Analysis of the Legitimacy of the Condition of Non-Divorce with a View to the Purposes of Sharia in the Field of Family, *Women and Society Scientific-Research Quarterly*, 9(2), 191-210 [in Persian].
- Tabatabai, M. H. (1995). *Tafsir al-Mizan*, (M.B Musavi Hamedani, Trans.). V 4, Qom: Islamic Publications Office affiliated with Qom Seminary Teachers Society [in Persian].
- Tehrani, M. (1999). *Risaleh Towzih al-Masa'el-e-Nowin*, Tehran: Omid Farda [in Persian].