

بررسی صحت یا عدم صحت شرط اسقاط حق طلاق ضمن عقد نکاح

محمد امین فرد^۱، حمید فرشی^۲، مصطفی رحمانی پاچی^۳

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۳/۰۳/۰۷ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۴/۰۳/۰۵)

چکیده

در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران، حق طلاق در اختیار مرد است. در جوامع کنونی، گاهی زوجه اسقاط حق طلاق را از زوج خواستار می‌شود. سؤال این است که چگونه و با چه شرایطی حق طلاق قابلیت اسقاط دارد یا اساساً چنین تقاضایی امکان‌پذیر نیست. این مقاله با بررسی ابعاد مختلف مسئله، در نهایت شرط اسقاط حق طلاق به‌نحو شرط صفت را ناصحیح دانسته است، زیرا نکاح در اسلام چنین وصفی را برنمی‌تابد، همچنین شرط اسقاط حق طلاق به‌معنای اسقاط کلی حق طلاق زوج به‌نحو شرط نتیجه را نیز فاسد دانسته است. اما شرط اسقاط حق طلاق به‌نحو شرط فعل از باب تعهد به عدم استفاده از حق طلاق به استناد روایت منصور بن بزرگ از امام کاظم (ع) و با توجه به حکومت عموم «المؤمنون عند شروطهم»، لازم‌الوفاء و از مواردی است که مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می‌شود.

واژه‌های کلیدی: اسقاط، حق طلاق، حکم، شرط ضمن عقد، شرط فعل.

Email: aminfard11@gmail.com

۱. نویسنده مسئول: دانشیار دانشگاه شهید مدنی آذربایجان؛

۲. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی.

۳. کارشناس ارشد فقه مقارن و حقوق جزای اسلامی.

۱. طرح مسئله

بحث از حق و اسقاط آن یکی از غامض‌ترین مسائل فقهی و حقوقی است که جنبه کاربردی نیز دارد.

حق به‌عنوان یکی از اصطلاحات پرکاربرد، با مفهوم حکم ارتباط تنگاتنگی دارد که تشخیص ارتباط این مفاهیم با یکدیگر تأثیر بسزایی در فهم بحث اسقاط حق دارد. یکی از متداول‌ترین شیوه‌های اسقاط حق در نظام حقوقی ما، استفاده از شرط ضمن عقد یا شرط خارج لازم است. بحث از شروط ضمن عقد نکاح یا خارج از آن که در ارتباط با نکاح و طلاق از اهمیت بسزایی برخوردار است و در واقع اصلی‌ترین راهکار اعمال اراده متعاقدين است. از طرف دیگر، با وجود پذیرش «اصل آزادی اراده» و قاعده «المومنون عند شروطهم» هر شرطی را نمی‌توان صحیح و لازم‌الوفا دانست، زیرا برخی از توافقات و شروط بر خلاف «مقاصد کلی و اصلی شارع» و «قوانین آمره» بوده و احیاناً «خلاف مقتضای عقد» یا «غیرعقلایی» هستند که خود فاسدند و گاهی اصل عقد را نیز از بین می‌برند.

یکی از حقوقی که در روابط اجتماعی همواره درباره آن بحث قرار می‌شود، «حق طلاق» است. در فقه اسلامی و سیستم حقوقی ایران، حق طلاق از اختیارات زوج محسوب می‌شود که در شرایط کنونی، گاه از سوی زوجه و منسوبین وی پیشنهاد می‌شود که زوج این حق را از خود اسقاط کند یا به عدم اعمال آن تعهد دهد.

این مقاله به بررسی صحت یا بطلان شرط اسقاط حق طلاق زوج در ضمن عقد نکاح می‌پردازد تا وضعیت حقوقی چنین شرطی مشخص شود. در پاسخ به این سؤالات که چگونه و در چه شرایطی حق طلاق قابلیت اسقاط دارد یا اساساً چنین چیزی ممکن نیست؟ حق یا حکم بودن ماهیت حق طلاق چه تأثیری در این امر دارد؟ ابتدا به‌طور مختصر به «شروط ضمن عقد»، «مفهوم حق طلاق» و «ادله خاص وارد در این خصوص» اشاره می‌شود و آنگاه با بررسی و تطبیق، به اثبات مدعی یعنی صحت شرط اسقاط حق طلاق به نحو شرط فعل پرداخته خواهد شد.

۲. شروط ضمن عقد نکاح

شرط ضمن عقد به‌معنای تراضی طرفین بر التزام و تعهد تبعی در کنار تعهد اصلی ناشی از عقد بوده (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۳۱۷؛ همو، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۵-۳۷ و بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۳: ۲۵۲ و کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۸۱-۲۸۲) و بر سه قسم است:

الف) شرط صفت که شرطی است مربوط به کیفیت و کمیّت مورد معامله مانند نوع و وصف مبیع یا وجود یک صفت کمال همچون تحصیلات عالیّه در طرفین نکاح یا عیار برای طلا. ب) شرط فعل، اعم از تعهد به فعل یا ترک فعل در ضمن عقدی از سوی متعاقدین است، مانند اینکه شرط شود زوج به شغل خاصی اشتغال نیابد یا محل سکونت را تغییر ندهد یا مجدد ازدواج نکند.

ج) شرط نتیجه و آن اشتراط تحقق امری است در خارج که نتیجه یکی از عقود فقهی یا اعمال حقوقی است (ماده ۲۳۴ قانون مدنی و کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۹۶ - ۲۹۸). شرط نتیجه شرطی است که خود انشای عقد بیع (مثلاً) در تحقق آن کافی است و به انشای دیگری نیاز نیست (فیض، ۱۳۶۷: ۳۲۷).

بررسی: «شرط اسقاط حق طلاق» از نوع اول (شرط صفت) محسوب نمی‌شود، زیرا نکاح در اسلام به همراه اعتبار حق طلاق برای شوهر است. اسلام نکاح بدون حق طلاق برای زوج را نمی‌پذیرد. بدیهی است که حق طلاق به‌عنوان صفتی مطرح نیست که زوج موصوف آن باشد، بلکه حق طلاق یا معلول و نتیجه برای عقد نکاح است یا از تبعات آن است نه صفت برای زوج.

«شرط اسقاط حق طلاق» شاید شرط فعل باشد؛ به این صورت که عدم استفاده از حق طلاق به نحو ترک فعل، یعنی ترک طلاق دادن، شرط شود یا مراد طرفین از اسقاط حق طلاق، همان عدم استفاده از آن باشد.

اگر شرط «اسقاط حق طلاق» شرط نتیجه باشد، به‌معنای از بین رفتن قهری و خودبه‌خودی حق طلاق زوج بر اثر اجرای عقد دیگری است. مثلاً زوجه در ضمن عقد بیع، شرط می‌کند که «حق طلاق زوج» ساقط شود. به‌محض اجرای آن عقد «حق طلاق زوج» خودبه‌خود ساقط خواهد شد.

۳. شروط فاسد و مفسد

شرط ضمن عقد خواه شرط فعل باشد یا شرط نتیجه، در صورتی الزام‌آور خواهد بود که دارای شرایط صحت باشد؛ با توجه به اینکه شروط فاسد معدود و دارای ویژگی‌های معین هستند و به اصطلاح هر شرطی که باطل نباشد، صحیح است، باید اقسام شروط باطل بررسی و شرط اسقاط حق طلاق با آنها تطبیق داده شود تا مشخص کنیم که چنین شرطی صحیح و الزام‌آور است یا باطل.

به‌عنوان مقدمه باید دانست که شرط باطل بر طبق نظر برخی فقها و قانون مدنی بر دو نوع است: فاسد و مفسد. برخی فقها همچون شیخ طوسی، قاضی ابن براج و ابن سعید معتقد هستند که شرط فاسد مطلقاً مفسد نیست و برخی دیگر همچون علامه حلی و شهیدین اعتقاد دارند که شرط فاسد مطلقاً مفسد است. برخی نیز بر این عقیده‌اند که اگر شرط فاسد مربوط به ارکان عقد یا معامله باشد، مفسد است، وگرنه مفسد نخواهد بود (نک: بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۴؛ ۱۸۹-۱۹۰).

۳.۱. شروط مفسد^۱ عبارتند از:

الف) شرط مخالف مقتضای عقد: یعنی شرطی که نتیجه و اثر مستقیم عقد را نفی کند. واضح است که شرط ضمن عقد نکاح مبنی بر «اسقاط حق طلاق زوج» با مقتضای نکاح (که زوجیت است) منافاتی ندارد. پس شرط اسقاط حق طلاق از این جنبه مفسد نکاح نیست. ب) شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود؛ مثلاً فرض شود که در عقد اجاره، اجاره‌بها نصف میزان سودی باشد که فرد از معامله آینده خود به‌دست خواهد آورد. مجهول بودن میزان سود معامله آینده، سبب جهل به عوض اجاره و در نتیجه بطلان شرط و عقد اجاره می‌شود. با توجه به اینکه «شرط اسقاط حق طلاق» شرط مجهولی نیست و به عوضین هم ربطی ندارد؛ این شرط از این نظر نیز مفسد نکاح نیست، حتی اگر اسقاط حق طلاق زوج به‌عنوان صدق باشد، زیرا در نکاح دائم مهریه جزو ارکان عقد نیست. و در نکاح موقت نیز اساساً بحث از طلاق جایی ندارد. در کل «شرط اسقاط حق طلاق زوج» در صورتی که باطل هم باشد، مفسد نخواهد بود.

۳.۲. شروط فاسد^۲ عبارتند از:

الف) شرطی که لغو باشد و نفع و فایده‌ای در آن نباشد، یعنی متضمن نتیجه و فایده عقلایی نباشد، واضح است که این شرط، «اسقاط حق طلاق» را شامل نمی‌شود و شرط اسقاط برای حق طلاق، غرضی عقلایی در ورای خود دارد.

ب) شرط غیرمقدور: یعنی شرطی که مشروط‌علیه اساساً قادر به انجام دادن آن نباشد؛ خواه شرط از نظر تکوین غیرمقدور باشد یا از نظر شرعی و قانونی، زیرا عملی که

۱. ماده ۲۳۳ قانون مدنی از شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به

عوضین شود، به‌عنوان شروطی که موجب بطلان عقد هستند نام می‌برد

۲. ماده ۲۳۲ قانون مدنی شرطی که انجام دادن آن غیرمقدور باشد، شرطی که در آن نفع و فایده نباشد و شرطی که نامشروع باشد را شروطی معرفی می‌کند که باطل است اما مفسد عقد نیست.

منع قانونی و شرعی دارد، در حکم ممتنع عقلی است (الممنوع شرعا کالممتنع عقلا) پس شرطی که غیرمشروع باشد، غیرمقدور هم خواهد بود و این مطلب بیشتر در بحث اخذ اجرت برای واجبات مطرح است و قائلان به حرمت، غیرمقدور بودن تشریحی را با غیرمقدور بودن تکوینی یکی دانسته‌اند (نک: بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۲: ۱۵۷). با بررسی شرط «اسقاط حق طلاق زوج» معلوم می‌شود که این شرط برای مشروط‌علیه غیرمقدور نیست.

ج) نامشروع بودن: در حقوق، شرطی را نامشروع گویند که با قوانین امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه منافی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۸۸) و در فقه شرطی نامشروع محسوب می‌شود که مخالف کتاب و سنت باشد و آن بر سه دسته است: ۱. شرط حرام؛ یعنی شرط شده باشد که مشروط‌علیه کار حرامی را انجام دهد؛ ۲. شرط مخالف احکام و قوانین الهی که هم احکام تکلیفی و هم احکام وضعی را شامل می‌شود؛ ۳. شرط محلل حرام و محرم حلال که در مورد احکام تکلیفی است (نک: محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲: ۶۷-۶۸).

بررسی: با توجه به مطالبی که بیان شد، شرط اسقاط حق طلاق، خواه به‌عنوان شرط صفت و خواه شرط فعل یا نتیجه، مفسد عقد نخواهد بود، زیرا نه مخالف مقتضای عقد است و نه مجهول.

۴. «حق و حکم» و «ماهیت حق طلاق»

برخی از علما جواز یا عدم جواز اسقاط حق را در قالب بحث حق و حکم بودن آن مطرح کرده‌اند و گفته‌اند که اگر حق طلاق زوجه «حق» باشد، اسقاط‌شدنی است، ولی اگر «حکم» باشد، اسقاط‌پذیر نیست. برای بررسی نظر مذکور، بهتر است ابتدا این دیدگاه به‌طور مختصر مرور شود:

حق در ادبیات فقهی و حقوقی در دو مورد استعمال شده است. یکی در معنای حق و دیگری در معنای حکم. فقهای عظام در تبیین مفهوم حق، تعریف‌های مختلفی را ارائه کرده‌اند که قدر جامع همه آنها این است که «حق امریست اعتباری مبنی بر سلطه فرد بر غیر (اعم از عین، منفعت، عقد، انسان دیگر و ...) و اختصاص انجام عمل به فرد می‌باشد»؛ سید بحرالعلوم در بلغة الفقیه حق را دارای دو معنا می‌داند، یکی در مقابل ملک (مانند حق ارتفاق نسبت به زمین مجاور زمینی که ملک فرد است) و دیگری مرادف و نوعی از مالکیت در کنار مالکیت بر عین و منفعت؛ یعنی در معنای دوم، حق

یکی از مراتب ملک است. ایشان توضیح می‌دهند که حق در هر دو مورد عبارت است از سلطنت مجعول برای انسان نسبت به مال یا شخصی یا هر دو. ایشان حق را نسبت به مالکیت، مرتبه ضعیف‌تری از سلطه می‌داند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۳-۱۴). میرزای نایینی نیز همچون سید بحرالعلوم حق را اعتباری می‌داند که نتیجه آن سلطنت انسان بر مال است، البته سلطنتی که ضعیف‌تر از مالکیت بر عین و منفعت محسوب می‌شود. ایشان قدر جامع بین ملک و حق را رابطه اضافی حاصل از مالک قرار دادن ذی‌اضافه می‌داند که از آن به «داشتن» تعبیر می‌شود (نک: نایینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۵-۱۰۶) در برخی موارد حق به دو معنای عام (که ملک و احياناً حکم را نیز شامل می‌شود) و خاص (که در مقابل ملک و حکم است) تقسیم می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۱: ۱۷). امام خمینی (ره) ضمن اشاره به این مطلب که حق ماهیتی اعتباری است، آن را دارای معانی متعدد می‌داند که بین آنها مشترک معنوی است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۹). براین نظر آیت‌الله اصفهانی نیز در خصوص حق چنین است که حق هم در معنای ثبوت است، هم در معنای اثبات و در معنای اثبات گاه به‌عنوان حکم به‌کار می‌رود و گاه به‌عنوان ملک (ایشان این مطلب را که ملک دارای مراتب شدت و ضعف باشد و مرتبه ضعیف آن حق باشد را صحیح نمی‌داند) و گاه به‌عنوان سلطه و نظایر آن که برای شخص اعتبار می‌شود (نک: غروی اصفهانی، ج ۱: ۳۸-۳۹). ایشان می‌فرماید مراد از حق، اعتباری است که آثار خاصی دارد و سلطنت از آثار حق است نه خود حق (ایشان سلطنت اعتباری را در مقابل سلطنت تکلیفی و سلطنت انتزاعی مطرح می‌کنند) (نک: غروی اصفهانی، ج ۱: ۴۱)

همچنین صاحب تفسیر المیزان در بحثی با عنوان بحث علمی و اجتماعی (در مالکیت)، مال کسی بودن یا اینکه کسی بتواند کاری را انجام دهد، ناشی از اختصاص می‌داند. به این معنا که انجام دادن یک فعل از دو فرد ساخته نباشد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲: ۵۳-۵۴)

حق در استعمال دیگر به معنای جواز و جزو احکام خمسۀ تکلیفی است؛ یعنی در واقع، حق در اینجا به معنای حکم است و از حکم به حق تعبیر شده است و به تعبیر یکی از استادان حقوق به‌کار بردن واژه حق درباره آنها (احکام) رسمی است که بدون مسامحه نباید پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۹۹).

در تعریف حکم گفته می‌شود: حکم آن است که شارع مقدس دستوری تکلیفی یا

وضعی درباره فعلی از افعال انسان جعل و اعتبار کند؛ به این معنا که آدمی را از ارتکاب فعلی ممنوع کند یا به انجام دادن آن وادارد یا در انجام دادن و ترک آن اجازه و رخصت دهد (احکام تکلیفی). یا بر فعل انسان اثری مترتب کند (احکام وضعی) (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۸۴ - ۲۸۵). همچنین حکم به صورت موجز چنین تعریف شده است: حکم جعل تکلیف یا وضعی است که متعلق به فعل انسان باشد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۳). توضیح اینکه احکام بر دو دسته‌اند: احکام تکلیفی که درباره بایدها و نبایدها دستوری صادر می‌کنند و احکام وضعی که ترتب اثری بر افعال را بیان خواهند کرد. غرض از بیان تعریف‌ها این است که مشخص شود هرچند حق و حکم دو مفهوم جدا از هم هستند، استعمال کلمه حق در مورد احکام، در لسان روایات و منابع فقهی متداول است. حق ولایت، حق حضانت، حق وصایت، حق آزادی، اجازه در عقد فضولی و حق رجوع از هبه غیرمعوض و ... از جمله مواردی هستند که جزو احکام محسوب می‌شوند و کلمه حق در مورد آنها استعمال می‌شود.

در مواردی که حکم شرعی، «جواز» باشد؛ شباهت فراوانی بین حکم و حق به وجود می‌آید؛ زیرا در چنین مواردی فرد بین فعل و ترک مخیر است و در واقع نوعی اختیار و سلطه نسبت به عمل دارد که این امر دشواری تشخیص بین حق و حکم را سبب می‌شود، البته باید توجه داشت، سلطه‌ای که احکام به وجود می‌آورند، در پایه و اساس با سلطه حق متفاوت است. میرزای نایینی این مطلب را چنین توضیح می‌دهد: حکم شرعی جعلی است متعلق به افعال مکلفین که می‌تواند اقتضایی یا تخییری باشد. هرچند که در برخی آثار با حق مشترک است، مانند جواز رجوع و هب به هبه و جواز فسخ ذی‌الخیار، لکن این دو جواز متباین هستند، زیرا جواز در اولی حکم شرعی و در دومی برخلاف اولی ملک و اضافه است (نه حکم شرعی) (نایینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۶). دکتر کاتوزیان نیز در این زمینه می‌نویسند: سلطه‌ای که این‌گونه احکام برای شخص به وجود می‌آورند با حق شباهت زیادی دارد، ولی از حیث طبیعت و مبنا با آن یکی نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۹۹).

۵. تفاوت حق و حکم

مشهور بین فقها در بیان تفاوت بین حق و حکم آن است که حق اولاً: اسقاط‌شدنی

است؛ ثانیاً: نقل‌پذیر^۱ است و ثالثاً: انتقال‌پذیر است؛^۲ در حالی که «حکم» هیچ یک از این سه ویژگی را ندارد. یعنی حق در معنای سلطه و اختصاص حتماً باید حداقل یکی از سه ویژگی فوق را داشته باشد. حقوق در این ویژگی‌ها مختلف هستند، برخی از آنها هر سه ویژگی را دارند، مانند حق تحجیر و برخی دو یا یک ویژگی را دارند، مانند حق قذف که تنها اسقاط‌شدنی است و قابلیت نقل و انتقال را ندارد یا حق شفعه که فاقد قابلیت نقل است، لکن امکان اسقاط و انتقال دارد. حقی که قابلیت اسقاط، نقل و انتقال نداشته باشد، اساساً حکم است، پس قابلیت اسقاط حق که محل بحث ماست، یکی از ویژگی‌های حق به معنای سلطه محسوب می‌شود و این بین صاحب‌نظران مشهور است. بیان برخی فقها در این مورد چنین است:

شهید اول در القواعد و الفوائد می‌فرماید: ضابط در حق این است که هر آنچه اسقاط آن برای بنده جایز است، آن حق بنده است و آنچه این‌گونه نیست، مانند تحریم ربا و بیع غرری، حق نیست (شهید اول، بی تا، ج ۲: ۴۳). محقق نایینی نیز قوام حق را به اسقاط‌پذیر بودن دانسته است، بر خلاف حکم (نایینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۱۰۷). شیخ انصاری در کتاب مکاسب در بحث مسقطات خیار مجلس می‌فرماید: قاعده مسلم آن است که هر صاحب حقی می‌تواند حقی را اسقاط کند (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۲۸). مؤلف نهج‌الفقاهه نیز با اشاره به کلام شیخ انصاری آن را قاعده‌ای کلی در مورد حقوق می‌داند (حکیم، بی تا: ۸). کلام آیت‌الله کمپانی نیز در این زمینه چنین است: انصاف آن است که هیچ موردی را نمی‌یابیم که حق بودن آن مسلم و قطعی باشد و در اسقاط‌پذیر بودن آن تردید شود، چه برسد به اینکه به اسقاط‌ناپذیر بودن آن یقین پیدا کنیم؛ همچنانکه در مورد حق ولایت و نظایر آن به صرف اینکه از آن به حق تعبیر شده است، موجب نمی‌شود که آن را حق بدانیم، اگرچه مسلم است که در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده است (اصفهانی، ج ۱: ۵۱-۵۲).

باید توجه داشت که ماهیت اسقاط، عفو و چشم‌پوشی از حق نیست، بلکه اسقاط عبارت است از قطع ارتباط بین «طرف نسبت و اضافه» یعنی صاحب سلطنت، با «طرف تعلق» که همان مسلط‌علیه است. به هر روی اسقاط‌پذیر بودن حق، آن را به قاعده‌ای

۱. مقصود از قابلیت نقل آن است که صاحب حق بتواند حق خود را به دیگری، خواه در برابر عوض و خواه بدون عوض منتقل کند.

۲. مقصود از انتقال، منتقل شدن حق به اسباب قهری مانند ارث است.

فقهی تبدیل کرده است که با عناوینی مانند «قاعده اسقاط حق» (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۸۴ - ۲۹۴)؛ «لکل ذی حق اسقاط حقه» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۵: ۶۱؛ حکیم، بی تا: ۸) «و کل ما کان حقا قابل للاسقاط» (نایینی، ۱۴۲۴، ج ۱: ۸) به آن اشاره شده است.

در مقابل، حکم را نمی توان اسقاط کرد، زیرا اولاً مصداق «ما حرم الحلال» و «تغییر حکم جواز شارع به حرمت» است و ثانیاً اختیار حکم در دست حاکم آن (شارع) است، بر خلاف حق که اختیارش در دست ذی حق قرار دارد. بیان سید بحر العلوم در این زمینه چنین است: حکم با اسقاط ساقط نمی شود و با نواقل منتقل نمی شود - و این بدیهی است - زیرا امر حکم به دست حاکم است نه محکوم علیه (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۳).

حال اگر حق طلاق در معنای اول باشد، یعنی به معنای سلطه و اختصاص، اسقاط پذیر خواهد بود و شرط ضمن عقد برای اسقاط آن صحیح و لازم الوفا؛ اما اگر حق طلاق به معنای دوم یعنی جواز (که حکم است) باشد، در این صورت دیگر اسقاط آن مشروع نیست و همان گونه که بیان شد، حکم «جواز» شارع به «حرمت» و مصداق «ما حرم الحلال» است. بنابراین در مورد ماده ۱۱۳۳ ق.م که مقرر می دارد مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه، طلاق همسرش را تقاضا کند (در قانون هم «حق» و هم «حکم» عموماً به «می تواند» ترجمه شده است (نک: محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۱: ۲۷۰). اگر «می تواند» به معنای «جایز است» باشد، شرط اسقاط حق طلاق به مانع حکم تکلیفی جواز برخورد می کند و فاسد خواهد بود و به تعبیر حقوقی حق طلاق جزو قوانین آمره محسوب می شود و در واقع امتیازی که برای زوج در اینجا مقرر شده، به موجب حکم شرعی و قانونگذار بوده و اسقاطناپذیر است. دکتر کاتوزیان در این زمینه می نویسد: در مواردی که امتیازی به موجب حکم برقرار شده و آمیخته با تکلیف است یا وابسته به شخصیت و مربوط به نظم عمومی است، اسقاط حق امکان ندارد، مانند حق حضانت و ولایت و حق اقامه دعوی در مورد جرایم و حق زوجیت (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۷، ذیل ماده ۹۵۹). لکن اگر «می تواند» و «حق دارد» به معنای «سلطه و اختصاص» باشد، اسقاط چنین حقی صحیح خواهد بود. البته در صورتی که اسقاط حق طلاق کلی نباشد؛ زیرا اسقاط کلی حق طلاق در تعارض با ماد، ۹۵۹ قانون مدنی خواهد بود که مقرر می دارد: «هیچ کس نمی تواند به طور کلی حق تمتع و یا اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید». اما اسقاط جزئی حق طلاق یعنی اسقاط نسبت به یک علقه زوجیت خاص، با توجه به مفهوم ماده، تعارضی با آن نخواهد داشت و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی خواهد بود.

بررسی: پس از شرح و بیان نظر فوق باید گفت: این مبنا و این شیوه، بحث ما را به تصمیم‌گیری و اتخاذ رأی در مورد «جواز یا عدم جواز اسقاط حق طلاق» رهنمون نمی‌شود؛ زیرا امکان تمسک به ویژگی‌های مذکور حق در تشخیص «حق» یا «حکم» بودن حق طلاق، به چهار دلیل مشکل است:

اولاً در تشخیص حق از حکم دور به وجود می‌آید، زیرا حق یا حکم بودن حق طلاق علی‌القاعده باید با آثار و ویژگی‌های آنها، (که نقل، انتقال و اسقاط‌پذیر بودن است) تشخیص داده شود و حال آنکه تشخیص این آثار موقوف شده بر تشخیص اینکه مورد از موارد حقوق است یا از احکام (نک: بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۹ و محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۸۸).

ثانیاً علاوه بر این دور، برخی از محققان بعضی از حقوق را اسقاط‌شدنی نمی‌دانند مانند حق (دریافت) خمس و زکات (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱: ۴۰) و به نظر سید بحرالعلوم از این لحاظ به احکام شبیه هستند.

ثالثاً برخی دیگر معتقدند که اساساً تفاوت ماهوی بین حق و حکم وجود ندارد و مجالی برای چنین تقسیم‌بندی وجود نخواهد داشت و هر دو جزو مجعولات شرعی هستند. محقق خوئی بعد از بیان فرق بین حق و حکم با ملک در این زمینه می‌فرماید: خلاصه اینکه جواز و لزوم وضعی همانند جواز و لزوم تکلیفی است و همه آنها از جمله احکام شرعی هستند و در ذات و ماهیت تفاوتی ندارند، هرچند آثارشان متفاوت باشد؛ پس توجه کن که آیا بین جواز قتل مشرک که حکم شرعی نامیده می‌شود با سلطنت ولی دم بر قتل قاتل (قصاص) که حق شرعی نامیده می‌شود، به دلیل اسقاط‌پذیر بودن فرقی می‌بینی ... (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۵۳).

رابعاً این استدلال که «اختیار حق در دست ذی‌حق است و اختیار حکم به دست حاکم، بنابراین ذی‌حق می‌تواند حق خود را ساقط نماید اما محکوم (مکلف) نمی‌تواند حکم را ساقط کند» با این ایراد مواجه است که حق و ملک هر دو از امور اعتباری هستند که از جانب شرع یا عرف اعتبار شده‌اند، و امر اعتبار، وضعاً و رفعاً به دست معتبر است نه به دست معتبرله (نک: غروی اصفهانی، ج ۱: ۴۵).

لذا بر اساس آنچه بیان شد، تمسک به ویژگی‌های حق برای تشخیص حق یا حکم بودن حق طلاق نتیجه‌بخش نخواهد بود.

۵. اشکال دیگر نظریه فوق در این است که اولاً: همه احکام الزامی نیستند و فقط

احکام الزامی که مترادف قوانین آمره هستند، اسقاط و تغییر ناپذیرند. توضیح اینکه: قوانین موضوعه بر دو گونه‌اند: آمره و غیر آمره. مراعات قوانین آمره (مثل قانون اساسی یا همه یا اکثر مواد حقوق مدنی) بر همگان الزامی است و نمی‌توان از آنها چشم پوشید (www.Tebyan.net تاریخ مراجعه: ۱۳۹۳/۹/۲۹). برای چنین قوانینی در زبان شرع، نام خاصی نگذاشته‌اند، ولی می‌توان آنها را «اهداف و مقاصد کلی شارع» یا «احکام الزامی» نام داد که گاهی به صورت «واجبات و محرمات» بیان می‌شوند. قوانین غیر آمره (مثل بخشنامه‌ها و ...) و احکام غیر الزامی فقهی چنین نیستند. برای مثال در بین احکام شرعی «مستحبات و مکروهات و مباحات» از این قبیل هستند. یعنی مکلف بدون نیت تغییر این احکام غیر الزامی، مجاز است آنها را به صورت موردی و به دلیل مصالح شخصی یا اهم و مهم (حتی به صورت شرط فعل یا شرط نتیجه) عمل نکند و گناه یا عقوبتی نیز متوجه او نشود. با بررسی ماهیت حق طلاق خیلی بعید است که اعمال آن توسط زوج را از قوانین آمره یا احکام الزامی شرعی دانست. شاید قوی‌ترین دلیل بر این مدعا، مشروعیت «طلاق قضایی» باشد که در ادامه اشاره مختصری به آن خواهیم داشت.

ثانیاً: نکته بسیار ظریف این است که «تغییر حکم خدا و اسقاط حکم شرعی حتی در احکام غیر الزامی» چیزی است و «به خاطر مصالحی، به طور شخصی و موردی عمل نکردن به احکام غیر الزامی» چیز دیگری است. مطلب بالاتر اینکه حتی «عمل نکردن به احکام الزامی بدون قصد انکار» هم با «انکار احکام الهی» متفاوت است، «اولی گناه است و دومی کفر». اسقاط حقی جایز از خود، هرگز به معنای بدعت، تغییر یا انکار احکام الهی نیست. مثل اسقاط خيارات متنوع در معامله. بنابراین حتی اگر «اسقاط حق طلاق زوج» را حکم غیر الزامی یا قانون غیر آمره بدانیم، محذوری پیش نمی‌آید.

۴. طلاق قضایی

طلاق به عنوان اولی در اختیار شوهر است: «الطلاق بید من اخذ بالساق» (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۵: ۳۰۶، ح ۳؛ حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۵: ۳۴، باب ۴۲ از طلاق) اما در موارد زیر حاکم شرعی (دادگاه) می‌تواند رأساً زن را طلاق دهد. امروزه این حالت را طلاق قضایی می‌نامند:

الف) استنکاف یا عجز شوهر از دادن نفقه. اگر شوهر از دادن نفقه عاجز باشد یا خودداری کند و زن تحمل نکند و به دادگاه شکایت کند، دادگاه می‌تواند مرد را اجبار به نفقه کند و باز در صورت خودداری شوهر، زن را طلاق دهد. روایت زیر بر این مطلب دلالت دارد:

۱. «امام صادق (ع) درباره این بخش از آیه «و من قدر علیه رزقه فلینفق مما آتاه الله» فرمود: اگر شوهر به مقدار کفایت از پوشاک و خوراک بر زن انفاق کند (وظیفه‌اش را انجام داده) و گرنه بین آن دو جدایی بیندازید» (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۵: ۲۲۳، باب ۱ از ابواب نفقه، ح ۱، ۶ و ۱۲).
۲. «ابوبصیر مرادی گوید: از امام باقر شنیدم که فرمود: کسی که زن داشته باشد اما پوشاک و خوراک او را به قدر نیازش فراهم نکرده باشد، امام حق دارد بین آن دو جدایی بیندازد» (همان، ح ۲).
- با این مستندات فقهی روشن است که قانونگذار در ماده ۱۱۲۹ ق.م. گفته است: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز از دادن نفقه» (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۷۴).
- ب) غیبت طولانی شوهر و بی‌خبری از او. قانونگذار در ماده ۱۰۱۱ ق.م. غایب مفقودالاثرا را تعریف کرده و گفته است: «غایب مفقودالاثرا کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ‌وجه خبری نباشد». تشخیص طولانی بودن مدت بر عهده عرف است (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴: ۲۷۸). البته در فقه این مدت چهار سال تعیین شده است (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۲: ۳۴۰، مسئله ۱۱).
- مواد ۱۴۷ قانون امور حسبی و ۱۰۲۸ ق.م. پرداخت نفقه زوجه در زمان غیبت را از اموال غایب واجب دانسته است که در این صورت زوجه مخیر است که از اموال غایب ارتزاق کند و منتظر باشد یا از دادگاه تقاضای طلاق کند. اگر غایب مالی نداشته باشد یا ولی از دادن نفقه امتناع ورزد، زن باز هم می‌تواند صبر کند یا به نزد حاکم شرع برود و طرح دعوا کند. حاکم از لحظه طرح دعوا، به او چهار سال مهلت می‌دهد و از شوهر فحص می‌کنند. اگر پیدا نشد و زن صبر نکرد، حاکم او را طلاق می‌دهد (همان، مسئله ۱۱ و ۱۲).
- ج) عسر و حرج. ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی تصریح می‌کند: «در صورتی که ادامه زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد ... زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».
- د) ایلاء. ایلاء یعنی مردی قسم بخورد که چهار ماه یا بیشتر، همبستری با همسر خود را ترک کند. روایاتی وجود دارند که می‌فرمایند: در این شرایط حاکم شرع، شوهر را مجبور به لغو قسم و پرداخت کفاره می‌کند و گرنه با حبس یا سخت‌گیری در غذا او را مجبور به طلاق می‌کند و حتی گاهی در روایات (نک: حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۵: ۵۳۵-

۵۴۷، ابواب ایلاء) تصریح کرده‌اند که به دلیل سرپیچی از فرمان حاکم، شوهر را گردن می‌زنند و در باب ۹ حدیث ۴ می‌فرماید: «فان ابی فرق بینهما الامام» یعنی اگر شوهر خودداری کرد، امام و حاکم شرع بین آن دو جدایی می‌اندازد (همان: ۵۴۲).

ه) نظر امام خمینی (ره). امام خمینی در چندین مورد از آثار فقهی خود (از جمله ۱۳۸۴، ج ۲: ۳۴۰) و چندین بار در سخنرانی‌ها و ابراز نظرهای سیاسی و اجتماعی خود (نک: بی‌تا، ج ۱۰: ۴۰۶) به امکان اجرای طلاق از سوی دادگاه و حاکم شرع تصریح فرموده‌اند.

موارد مذکور همگی بیانگر صحت و امکان طلاق قضایی به دست دادگاه یا حاکم شرع است و همگی بر سقوط حق طلاق از اختیار زوج تصریح می‌کنند. وقتی در این موارد بتوان «حق طلاق» را از زوج ساقط و به دیگری واگذار کرد، معلوم می‌شود که اسقاط این حق از زوج در غیر این حالت‌ها نیز «جایز و ممکن» است.

نکته بالاتر از «امکان اسقاط حق طلاق زوجه» این است که امروزه ظاهراً اختیار طلاق به دست زوج و در واقع این اختیار در دست دادگاه است، زیرا هیچ مردی بدون مجوز دادگاه قادر به طلاق دادن همسر خود نیست.

و) طلاق‌های امروزی. هرچند بنا بر احکام اولیه اختیار طلاق با مرد است، امروزه اگر مردی بخواهد زن خود را طلاق دهد، باید ابتدا نظر دادگاه را جلب کند و از آن اجازه طلاق بگیرد و پس از آن به دفترخانه مراجعه و صیغه طلاق را جاری کند (مهرپور، ۱۳۸۴: ۱۵۲-۱۵۳). چنانکه اگر زن نیز به ادله فوق متقاضی طلاق باشد، باید او هم از دادگاه حکم الزام شوهر به طلاق را بگیرد (همان: ۱۵۲). بنابراین عملاً امروزه اختیار طلاق به دست دادگاه بوده و این دادگاه است که زن را طلاق می‌دهد (و شوهر هرگز مستقلاً قادر به اجرای طلاق نیست).

۶. بررسی ادله خاص در مورد اسقاط پذیر بودن یا نبودن «حق طلاق»

در خصوص «شرط اسقاط حق طلاق» به صورت شرط فعل، روایت زیر دلالت واضحی دارد:

در وسایل الشیعه چنین روایت شده است که منصور بزرج از امام کاظم (ع) سؤال می‌کند که یکی از شیعیان ایشان زنی را به تزویج خود درآورده، سپس او را طلاق داده و زن از او جدا شده (یعنی به جهت اینکه طلاق رجعی نبوده یا مدت عده به اتمام رسیده، امکان رجوع برای مرد وجود نداشته است) آنگاه مرد خواستار بازگرداندن (نکاح مجدد) زن شده لکن زن نپذیرفته است، مگر به شرطی که مرد او را دیگر طلاق ندهد و

زوجه دومی اختیار نکند و مرد این را پذیرفته، اما بعد از آن شروع به تجدید فراش کرده است، راوی از امام (ع) سؤال می‌کند این کاری که مرد انجام داده است، چه حکمی دارد و ایشان در پاسخ می‌فرمایند کار ناپسندی انجام داده است و به سائل می‌فرمایند که به مرد بگویند به شرطی که با زن گذاشته است، وفا کند، زیرا رسول الله (ص) فرموده‌اند: المومنون عند شروطهم.^۱

شیخ کلینی روایت را از طریقی دیگر چنین نقل می‌کند: که منصور بن بزرج به امام کاظم (ع) عرض می‌کند که شریکش زنی داشته که طلاقش داده، سپس قصد مراجعت به زن را داشته که زن نپذیرفته است، مگر اینکه دیگر او را طلاق ندهد و زن دومی نگیرد. امام (ع) می‌فرماید آیا مرد چنین کرده (شرط را پذیرفته) است؟ سائل پاسخ مثبت می‌دهد، امام (ع) می‌فرماید کار ناپسندی انجام داده، لکن اکنون به شرطی که با زن کرده است، وفا کند؛ همانا رسول الله (ص) فرموده‌اند المسلمون عند شروطهم.^۲

این حدیث به دلیل مغایرت با احادیث دیگر (که برخی از آنها ذکر خواهد شد) حمل بر استحباب شده (نک: شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷: ۳۷۱-۳۷۲) با این حال به وضوح مشعر به جواز اسقاط حق طلاق از زوج به نحو شرط فعل یا نتیجه است.

در مقابل این احتمال داده شده است که دلیل اینکه امام (ع) در روایت مذکور شرط «اسقاط حق طلاق از زوج» را لازم‌الوفاء دانسته‌اند، این است که بحث نذر مطرح می‌شود، چون در روایت تعهد به طلاق ندادن و ازدواج نکردن ضمن صیغه نذر مطرح شده است (رک: همان). لکن به نظر می‌رسد که همین امر نه تنها «جواز اسقاط حق طلاق از زوج»

۱. «عن محمد بن الحسن عن ایوب بن نوح عن صفوان بن یحیی عن منصور بزرج عن عبد صالح (علیه السلام) قال قلت له ان رجل من موالیک تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن یراجعها فأبت علیه إلا أن يجعل لله علیه أن لا یطلقها و لا یتزوج علیها، فأعطاها ذلك ثم بدأ له فی التزویج بعد ذلك، فكیف یصنع؟ فقال بئس ما صنع و ما كان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل والنهار، قل له فلیف للمرأة بشرطها فإن رسول الله (صلی الله علیه و آله) قال المومنون عند شروطهم» (الحر العاملی، ۲۱، ۲۷۶).

۲. «محمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن محمد بن اسماعیل بن بزیر عن منصور ابن بزرج قال، قلت لأبی الحسن موسی (علیه السلام) و أنا قائم جعلنی الله فداک إن شریکاً لی کانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها و قالت المرأة لا والله لا أتزوجک أبدا حتی تجعل لله لی علیک ألا تطلقنی و لا تزوج علی، قال و فعل؟ قلت نعم قد فعل جعلنی الله فداک، قال بئس ما صنع و ما كان یدریه ما وقع فی قلبه فی جوف اللیل أو النهار ثم قال له: أما الآن فقل له فلیتم للمرأة بشرطها فإن رسول الله (صلی الله علیه و آله) قال المسلمون عند شروطهم... الحدیث» (کلینی، ج ۵: ۴۰۴، ح ۸).

را زیر سؤال نمی‌برد، بلکه خود مؤید دیگری بر آن است، زیرا در هر دو طریق بر وفای به نذر تأکید شده و این دلیل صحت نذر است (و این صحت به معنای جواز اسقاط حق طلاق از زوج است، زیرا نذر فاسد لازم‌الوفاء نیست).

نظر برخی از فقهای معاصر در زمینه تعهد به عدم استفاده از حق طلاق چنین است: آیت‌الله فاضل لنکرانی: می‌تواند زوج شرط کند که از حق خود (برای مدت معلوم) استفاده نکند (شرط فعل).

آیت‌الله موسوی اردبیلی: حق طلاق ولو به نحو موقت اسقاط‌شدنی نیست (به صورت شرط صفت) ولی تعهد به عدم طلاق الزام‌آور است (شرط فعل).

آیت‌الله مکارم شیرازی: این تعهد (تعهد به عدم طلاق دادن) در صورتی که در ضمن عقد لازمی صورت گیرد، لازم‌العمل است (شرط نتیجه).

<http://www.maavanews.ir/tabid/53/ctl/Edit/mid/373/Code/5312/Default.aspx>

تاریخ مراجعه ۱۳۹۳/۹/۲۹

اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه^۱ 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^۲ و عمومات راجع به لزوم ایفای چنین تعهدی بلاشکال بوده و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی^۳ است.

۷. روایات مخالف

در مقابل روایاتی وجود دارند که به آنها برای عدم صحت اسقاط حق طلاق استناد می‌شود. این روایات «قرار گرفتن امر طلاق در دست زوجه» و «مخیر کردن او در طلاق» را باطل و بلااثر می‌دانند که تعدادی از آنها عبارتند از:

۱. عیص بن القاسم می‌گوید: از اباعبدالله (ع) سؤال کردم از مردی که زنش را (در امر طلاق) مخیر کرده و زن طلاق را برگزیده، آیا علقه زوجیت از بین می‌رود و زن از او جدا

۱. طی نظریه شماره ۷/۴۸۹۶ مورخ ۲۵ مهر ۱۳۸۶.

۲. ماده ۹۵۹ ق.م: هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.

۳. ماده ۱۰ ق.م: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

می‌شود؟ امام (ع) فرمودند: خیر؛ تخییر زوجه (در طلاق) امری است که اختصاص به نبی (ص) دارد و ایشان امر به آن شدند و چنان کردند ...^۱

۲. محمدبن مسلم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: برای زنان تخییر (در امر طلاق) نیست و تخییر امری است که خداوند آن را به پیامبر (ص) اختصاص داده است.^۲

این دو حدیث از جمله احادیثی هستند که قرار گرفتن حق طلاق در اختیار زوجه را نفی می‌کنند، لکن این دو روایت به بحث ما ربطی ندارند؛ زیرا این مقاله در امکان اسقاط حق طلاق از زوج بحث می‌کند نه انتقال آن به زوجه یا فرد دیگر. ضمناً اشکال مضاعف دلالتی حدیث اول به بحث این مقاله، آن است که در روایت نحوه‌ای از طلاق مطرح شده که صحیح نبوده، یعنی نحوه طلاق بی‌سابقه و خلاف سنت جاری شده است؛ و آن اینکه مرد به جای اجرای صیغه طلاق یا دادن وکالت در اجرای صیغه به زن، او را مخیر کرده و بر حسب ظاهر روایت، زن نیز فقط طلاق را انتخاب کرده و صیغه‌ای جاری نساخته است. آری چنین طلاق صحیح نیست. احتمال ضعیف دیگر اینکه شاید مرد با این روش خواسته باشد حق طلاق را به زن منتقل کند؛ این نیز از موضوع بحث این مقاله خارج است.

البته در برابر این روایات چندین روایت وجود دارد که تخییر زوجه را صحیح می‌دانند که در برخی از آنها قید فی‌المجلس بیان شده است. این دسته از روایات با روایات فوق تعارض دارند، لذا برای رفع تعارض روایاتی که تخییر زوجه را صحیح می‌دانند (چون موافق مذهب عامه هستند) حمل بر تقیه شده‌اند (نک: شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۸: ۸۸-۸۹). در هر صورت ظاهر روایات فوق بر عدم صحت احداث حق طلاق برای زوجه دلالت دارد و مسئله این مقاله غیر از آن است.

۳. ابراهیم‌بن محرز می‌گوید من نزد اباعبدالله (ع) بودم که مردی در مورد شخصی

۱. محمدبن یعقوب عن حمیدبن زیاد عن ابن سماعه عن ابن رباط عن عیص‌بن القاسم عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل خیر امرأته فأختارت نفسها، بانت منه؟ قال لا إنما هذا شیء کان لرسول الله صلی الله علیه و آله خاصة امر بذلك ففعل ... (شیخ طوسی، ۸، ۸۷-۸۸ و حر العاملی، ۲۲: ۹۳).

۲. روی محمدبن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام أنه قال ما للنساء (در المقنع للناس) و التخییر انما ذلک شیء خص الله به نبیه صلی الله علیه و آله (ملایری، ۲۲: ۹۱) (برای مشاهده احادیث بیشتر ر.ک. به الحر العاملی، ۲۲، ۹۲-۹، ح ۱-۴ و کلینی، ج ۶، ۱۳۶-۱۳۷، ح ۱-۶) که در ارتباط با شأن نزول آیات ۲۸ و ۲۹ سوره احزاب هستند.

سؤال کرد که به زنش گفته است: «امرت به دست خودت باشد»؛ امام (ع) فرمودند: چگونه می‌تواند چنین باشد، در حالی که خداوند می‌فرماید «الرجال قوامون على النساء».^۱ در خصوص این روایت اولاً باید توجه داشت که عبارت «أمرک بیدک» به قرینه آیه شریفه، ظهور در طلاق ندارد و حتی اگر قائل بر چنین ظهوری باشیم، احداث حق طلاق برای زوجه از آن افاده می‌شود نه اسقاط حق طلاق زوج؛ ثانیاً باید بررسی کرد که آیا مفهوم «قوامون» در آیه شریفه، حق طلاق را نیز دربرمی‌گیرد یا خیر. مرحوم علامه طباطبایی معنای «قوامون» را، رجحان دادن جانب عقل بر عواطف، در مواردی همچون حکومت، قضاوت و جنگ دانسته است. اما در دیگر جهات مانند تعلیم و تعلم، مکاسب، طبابت و غیرهم که دخالت عواطف در آنها با نفس عمل منافاتی ندارد، بحث «قوام» بودن مرد نسبت به زن را مطرح نمی‌داند (و ظاهراً «عبارت «أمرک بیدک» به قرینه «آیه شریفه» در «مدیریت و ریاست خانواده» ظهور دارد تا طلاق). درباره رابطه زوج و زوجه در مواردی که معیار حق زوج است، مرد بر زن قوامیت دارد؛ به این معنا که زوجه باید از زوج اطاعت کند، اما در بقیه موارد چنین امری ضرورت ندارد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۴: ۳۴۶-۳۴۷) و هیچ‌یک از این مباحث با مسئله اصلی این مقاله مرتبط نیستند.

۴. محمدبن یحیی از احمدبن محمد از ابن فضال از ابن بکیر از یکی از اصحاب از امام صادق (ع) نقل می‌کند: در مورد زنی که مردی او را به تزویج خود درآورده و زن (مالی به‌عنوان) صدق به مرد پرداخت و شرط کرده است که جماع و طلاق در اختیار او باشد؛ امام (ع) فرموده‌اند با سنت مخالفت کرده و کسی را ولی (و مدیر) حق ساخته است که اهلیت آن را ندارد و حکم کردند بر اینکه صدق (در برخی نقل‌ها نفقه ذکر شده) بر عهده مرد است و جماع و طلاق نیز در اختیار او و این موافق سنت است.^۲ در تهذیب سند روایت چنین ذکر کرده‌اند: محمدبن علی بن محبوب عن احمد عن ابن

۱. علی بن الحسن بن فضال عن محمد و احمد ابی الحسن عن علی بن یعقوب عن مروان بن مسلم عن ابراهیم بن محرز قال سأل رجل أبا عبدالله (عليه السلام) و أنا عنده، فقال: رجل قال لإمرأته أمرک بیدک، قال أئی یكون هذا و الله یقول «الرجال قوامون على النساء» لیس هذا بشیء (الحر العاملی، ج ۲۲، ۹۳-۹۴).

۲. محمدبن یحیی، عن أحمدبن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن بعض اصحابنا عن أبی عبدالله (عليه السلام) فی امرأة نکحها رجل فأصدقته المرأة و شرطت علیه أن بیدها الجماع و الطلاق فقال: خالف السنة و ولی الحق من لیس أهله و قضی أن علی الرجل الصداق و أن بیده الجماع و الطلاق و تلك السنة (کلینی، ج ۵: ۴۰۳، ح ۷).

ابی نجران عن عاصم بن حمید عن محمد بن قیس عن اَبی جعفر علیه السلام (شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷: ۳۶۹-۳۷۰).

از نظر سند: از دو طریقی که روایت نقل شده، یکی مرسل است و در دیگری محمد بن قیس جزو راویان است که برخی او را مردد بین ثقه و ضعیف دانسته‌اند، لکن صاحب کتاب رجال نجاشی، ابو عبدالله محمد بن قیس البجلی را که عاصم بن حمید و ابن اَبی نجران از او نقل روایت کرده‌اند را ثقه دانسته‌اند^۱ (النجاشی، بی تا: ۳۲۳). با صرف نظر کردن از سند، متن روایت نیز با مسئله مورد بحث بیگانه است؛ زیرا «واگذاری حق جماع» در کل از بحث این مقاله خارج و «دادن حق طلاق به زن» باز هم از محل بحث مقاله بیرون است و اگر هم کسی این مورد را از مصادیق «اسقاط حق طلاق زوج» به حساب آورد، از مواردی خواهد بود که «اسقاط به شرط صفت» است و قبلاً حکم آن بیان شد.

از بررسی مجموع روایات می‌توان استظهار کرد که «اسقاط حق طلاق زوج» به صورت شرط فعل، هیچ محذوری ندارد.

۸. بررسی مسئله از دیدگاه «مصلحت صاحب حق»

تمامی احکام و مجعولات شرعی بنا بر نظر عدلیه و از جمله امامیه، تابع مصالح و مفاسد نوعیه و به عبارت دقیق‌تر تابع حسن و قبح عقلی هستند (نک: اصفهانی، ج ۱: ۴۵-۴۶). اگر در تشریح حکمی «مصلحت فرد» مد نظر شارع باشد، حق به معنای «سلطه و اختصاص» است و فرد می‌تواند به اراده خود آن را ساقط کند، لکن اگر شارع، مصلحت شخص ذی حق را در نظر نداشته باشد و «مصلحت فرد دیگر یا نوع مکلفین» را لحاظ کند، در این مورد حق اسقاط پذیر نخواهد بود؛ مانند حق حضانت که در آن مصلحت طفل مد نظر است یا مانند حق ولایت که مصلحت مولی علیه در آن ملحوظ است، مؤلف کتاب فقه العقود با استفاده از نظر آیت الله اصفهانی (اصفهانی، ج ۱: ۴۸-۵۰) عقیده بر این دارد که با تفحص و بررسی ارتکازات عقلی می‌توان قاعده‌ای عقلی برای جواز یا عدم جواز اسقاط حق پیدا کرد. ایشان می‌نویسد: مواردی که در نظر عقلا، برای رعایت حال کسی است که امر حق به دست او سپرده شده و برای مصلحت وی است، مانند حق تحجیر و حق خیار و ...، آن حق در نظرشان اسقاط پذیر است. اما هر موردی که این گونه

۱. در همان منبع ابواحمد محمد بن قیس الاسدی ضعیف و ابو عبدالله محمد بن قیس الاسدی ممدوح دانسته شده است.

نباشد، آن حق در نظر عقلا نیز اسقاط‌شدنی نیست؛ مثل ولایت که به جهت مصلحت مولی‌علیه جعل شده و نه مصلحت ولی و وصایتی که متوفی به وصی اعطا کرده، به دلیل حفظ مصلحت خود متوفی (یا طفل صغیر) است نه حفظ مصلحت وصی (حائری، ۱۴۰۳، ج ۱: ۱۳۶-۱۳۷). این نظر، متین است، لکن در مورد فلسفه اختصاص حق طلاق به زوج نمی‌توان با قاطعیت سخن گفت که آیا در اعتبار آن تنها مصلحت زوج ملحوظ است یا مصلحت زوجه یا مصلحت منافع عمومی جامعه؟ مضافاً بر اینکه اعمال حق طلاق در طلاق خلع و مبارات در عمل به نفع زوجه هم خواهد بود.

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که طرفین عقد نکاح می‌توانند ضمن عقد نکاح «به صورت شرط فعل» شرط کنند که زوج حق طلاق دادن زوجه را نداشته باشد. در این صورت چنین شرطی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی و صحیح و لازم‌الوفاء است، اما شرطی که حق طلاق زوج را به طور کلی از بین ببرد، یعنی «شرط نتیجه» و نیز اسقاط حق طلاق از زوج «به صورت شرط صفت» صحیح نیست.

منابع

- [۱]. قرآن کریم
- [۲]. قانون مدنی
- [۳]. امامی، حسن (۱۳۸۶). حقوق مدنی، چ نوزدهم، تهران، انتشارات اسلامی
- [۴]. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۰هـ). مکاسب، بیروت، مؤسسه النعمان
- [۵]. بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۲۸هـ). القواعد الفقهیه، قم، منشورات دلیل ما
- [۶]. بحرالعلوم، سید محمد (۱۴۰۳هـ). بلغة الفقیه، شرح و تعلیق سید محمد تقی بحرالعلوم، طهران، منشورات مکتبه الصادق
- [۷]. حائری، سید کاظم (۱۴۰۳هـ). فقه العقود، قم، مجمع فکر الاسلامی
- [۸]. الحر العاملی، شیخ محمد حسن (۱۴۱۴هـ). وسائل الشیعة (۳۰ جلدی)، قم، مؤسسه آل‌البیت علیه السلام لاحیاء التراث
- [۹]. حکیم طباطبایی، سید محسن (بی تا). نهج‌الفقاهة، قم، انتشارات ۲۲ بهمن
- [۱۰]. خمینی (امام)، سید روح‌الله (۱۴۲۱هـ). البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام‌الخمينی
- [۱۱]. _____ (۱۳۸۴). تحریر الوسیله، قم، دفتر انتشارات اسلامی

- [۱۲]. _____ (بی تا). صحیفه نور، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- [۱۳]. خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷هـ). مصباح الفقاهه فی المعاملات، تقریرات میرزا محمد علی توحیدی، قم، مکتبه الداوری
- [۱۴]. شهید اول، محمد بن مکی (بی تا). القواعد و الفوائد، تحقیق دکتر عبدالهادی حکیم، قم، منشورات مکتبه المفید
- [۱۵]. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن (۱۳۶۵). تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- [۱۶]. الطباطبائی، علامه سید محمد حسین (بی تا). المیزان فی تفسیر القرآن، قم، منشورات جامعه المدرسین فی الحوزه العلمیه
- [۱۷]. الغروی الاصفهانی، سید محمد حسین (۱۴۲۵هـ). حاشیه کتاب مکاسب، قم، پایه دانش
- [۱۸]. فیض، علیرضا (۱۳۶۷). مبادی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران
- [۱۹]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). اعمال حقوقی (دوره مقدماتی حقوق مدنی ۳)، تهران، شرکت سهامی انتشار
- [۲۰]. _____ (۱۳۸۵). حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار
- [۲۱]. _____ (۱۳۸۷). قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، بنیاد حقوقی میزان
- [۲۲]. _____ (۱۳۷۹). مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار
- [۲۳]. کلینی، شیخ ابی جعفر محمد بن یعقوب (۱۳۶۷هـ). الفروع من الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- [۲۴]. مهرپور، حسین (۱۳۸۴). مباحثی از حقوق خانواده، تهران، انتشارات اطلاعات تهران
- [۲۵]. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰). بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن) تهران، مرکز نشر علوم اسلامی
- [۲۶]. _____ (۱۳۸۹). قواعد فقه بخش مدنی، تهران، سمت
- [۲۷]. الملایری، الشیخ اسماعیل (۱۴۱۳). جامع احادیث الشیعه، تحت نظر آیت الله العظمی بروجردی، قم، مؤلف
- [۲۸]. نایینی، میرزا محمد حسین (۱۴۲۴هـ). منیه الطالب فی شرح مکاسب، تقریرات آقا موسی خوانساری، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- [۲۹]. النجاشی، ابوالعباس احمد بن علی (بی تا). فهرست أسماء مصنفی الشیعه (رجال النجاشی)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- [۳۰]. نوری، حسین (۱۴۰۸هـ). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، قم، مؤسسه آل البيت

[31]. <http://www.maavanews.ir>[32]. www.tebyan.net