

مبانی مشروعیت شرط عدم طلاق در عقد نکاح^۱

امین نجفیان*

فرج‌الله هدایت‌نیا**

چکیده

براساس آیات و روایات، حق طلاق در اختیار مرد می‌باشد. سوء استفاده برخی از مردان از این حق، منجر به تزايد آمار طلاق، شده است. برای جلوگیری از سوء استفاده از حق طلاق، می‌توان به صورت قراردادی حق طلاق مرد را در ذیل عقد نکاح، محدود نمود. تحدید قراردادی حق طلاق زوج، به صورت شرط نتیجه و شرط فعل، ممکن است. تحدید حق طلاق به صورت شرط نتیجه به علت مخالفت با شریعت، غیرمشروع است لیکن می‌توان حق طلاق را بصورت شرط فعل محدود نمود. به این معنا که زوج متعهد گردد جز در موارد خاص از قبیل نافرمانی و یا ناتوانی از مسائل خاص زناشویی، همسر خویش را طلاق ندهد. تحدید قراردادی حق طلاق-نه به صورت مطلق- دارای مشروعیت و مطابق با مقصد شارع از جعل نکاح که همانا استحکام بنیان خانواده است، می‌باشد.

کلید واژه‌ها: شرط عدم طلاق، تحدید حق طلاق، ترک تزوج، شرط ضمن عقد.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۶/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۸

*دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی و مدرس گروه الهیات، مجتمع آموزش عالی شهید

محلّاتی(ره)، قم، ایران (نویسنده مسؤول) a.najafian@chmail.ir

** استادیار گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران hedayat47@gmail.com

۱- مقدمه

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 توافقات 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. حال پرسش این است: آیا زوجین می‌توانند با استفاده از ظرفیت شرط، حق طلاق زوج را ضمن عقدنکاح نفی نموده یا آن را محدود نمایند؟

تحدید قراردادی حق طلاق زوج به دو روش امکان‌پذیر است: ۱- سلب قراردادی حق طلاق زوج، در این صورت 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. ۲- تعهد قراردادی به عدم طلاق زوجه، در این صورت شرط عدم طلاق نظیر شرط ترک تزوج، عدم مطالبه مهر، عدم مطالبه نفقه و مانند آن از نوع شرط فعل است، چنین تعهداتی مشروع است، مگر آنکه دلیل خاصی بر عدم مشروعیت شرط وجود داشته باشد همانند اینکه دلیل خاصی بر عدم مشروعیت شرط عدم مطالبه یا اعمال حق رسیده باشد؛ مانند روایاتی که به نظر بعضی فقهای عظام دال بر عدم مشروعیت شرط ترک تزوج است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲، ۳۱۸) و یا تعهد به ترک مطلق میباح باشد در این صورت هرگاه مفاد شرط تعهد به عدم مطالبه یا عدم اعمال و ایفای حق به صورت مطلق و دائمی باشد، چنین تعهدی نیز مشروع نمی‌باشد (همان، ۲۲۲). لذا به نظر می‌رسد شرط عدم طلاق بصورت مطلق و دائمی محل تردید است لیکن شرط مذکور، جز در موارد خاص، دارای مشروعیت است.

بنابراین، برای پیشگیری از طلاق‌های هوس‌گرایانه، تحدید حق طلاق زوج به روش مذکور می‌تواند در زمره مطالبات زوجه در سند ازدواج قرار گیرد. از طریق شرط ضمن عقد می‌توان حق طلاق زوج را به موارد خاصی نظیر «نافرمانی» یا «ناتوانی» زوجه در عمل به وظایف همسری محدود کرد. در این پژوهش ابتدا به بیان نظرات وادله فقها پیرامون مشروعیت و عدم مشروعیت شرط عدم طلاق، پرداخته خواهد شد.

در انتها پس از بررسی ادله قائلین به عدم مشروعیت، نظر مختار بیان و در انتها نتیجه‌گیری پیرامون مشروعیت شرط عدم طلاق خواهد آمد.

۲- بازخوانی آراء و ادله قائلین به عدم مشروعیت

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 فقها نه تنها این شرط را باطل، غیرمشروع و خلاف مقتضای عقد، بلکه این شرط را مبطل عقد نکاح نیز می‌دانند. در ادامه اقوال و ادله قائلین به عدم مشروعیت شرط عدم طلاق می‌آید.

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

قاضی ابن براج در المهذب، شرط ترک تزوج و تسری را به علت مخالفت آن با کتاب و سنت، شرطی باطل ولی نکاح مبتنی بر این شرط را صحیح می‌داند (ابن براج طرابلسی، ۲، ۱۴۰۶، ۲۰۷). درست است که ایشان از شرط عدم طلاق به طور صریح نام نمی‌برد اما از کلام ایشان «او ما اشبه ذلک» می‌توان کشف نمود و شرط عدم طلاق را هم در کنار شرط ترک تزوج و تسری، مورد نظر ایشان دانست. اینکه برخی از فقها بطور صریح از شرط عدم طلاق نام نبرده‌اند می‌تواند دلایلی همچون مبتلابه نبودن شرط عدم طلاق در آن زمان، داشته باشد. اما می‌توان از طریق کشف هم ملاکی، شرط عدم طلاق را نیز در کنار شروطی از قبیل ترک تزوج و تسری، مورد نظر فقیه دانست.

ابن ادریس حلی نیز در السرائر، نظرات مشابهی پیرامون شروط ضمن عقد نکاح مطرح می‌کند. ایشان معتقد است اگر مرد ضمن عقد نکاح، بر زوجه خود شرط کند در زمان حیات و پس از آن، همسر و کنیز دیگری اختیار نکند، به علت مخالفت این شرط و شروطی همانند آن، با کتاب و سنت، قائل به بطلان این شرط است ولی عقد نکاح را صحیح می‌داند (ابن ادریس حلی، ۲، ۱۴۱۰، ۵۸۹). ایشان نیز تصریحی به شرط عدم طلاق ندارد اما از کلام ایشان «او ما اشبه ذلک» می‌توان، شرط عدم طلاق را مد نظر ایشان دانست. لذا ایشان شرط عدم طلاق را به علت مخالفت با کتاب و سنت، از قبیل شروط فاسد می‌داند ولی قائل به مفسد بودن این شروط نیست.

محقق حلی نیز اینگونه شروط را مخالف کتاب و سنت و باطل می‌داند. ایشان در ادامه بیان خود 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، ۲، ۳۲۷). ایشان نیز شرط عدم طلاق را همانند شرط ترک تزوج و تسری، باطل ولی مفسد عقد نمی‌داند. ایشان در ادامه بیان خود می‌فرمایند اگر زوج حتی سوگند هم بخورد که همسر دیگری اختیار نکند چه در زمان حیات و چه بعد از فوت همسرش و از این قبیل شروط (همانند شرط عدم طلاق)، این چنین سوگندی را نیز غیر معتبر دانسته و می‌فرماید؛ مرد می‌تواند تخلف از سوگند نموده و همسر دیگری اختیار کرده یا همسرش را طلاق دهد در این صورت به واسطه شکستن سوگند نه کفاره ای متوجه اوست و نه گناهی مرتکب شده است. چرا که ایشان اساساً اینگونه شروط و سوگند بر این شروط را ناصحیح و غیرمشروع می‌داند. لذا در صورت تخلف از شرط و سوگند، مسؤولیتی را متوجه زوج نمی‌داند زیرا ایشان حق چند همسری و حق طلاق را برای مرد ثابت، و هر شرط و سوگندی که این حقوق را محدود و نقض نماید به علت مخالفت با کتاب و سنت، غیر معتبر و غیر مشروع می‌داند.

شمس‌الدین محمد بن شجاع القطان، ضمن غیرمشروع دانستن شرط ترک تزوج، این شرط را در کنار شرط ترک نفقه، شرط عدم منع از تبرج و ... آورده است (حلی، ۱۴۲۴، ۲، ۲۵) همانطور که مشهود است ایشان تزوج را که امری مباح است در کنار اموری مانند نفقه که واجب و تبرج که حرام است آورده‌اند. بدیهی است شرط کردن ترک نفقه یا منع از تبرج مخالفت با حکم الهی است ولی شرط ترک مباح همانند تزوج و یا شرط عدم طلاق از حیث ملاک و معیار، متفاوت از شروط قید شده می‌باشد. لذا غیرمشروع دانستن شرط ترک تزوج و شرط عدم طلاق که در واقع شرط کردن ترک مباح است بعید به نظر می‌رسد.

محقق کرکی در جامع المقاصد، تقسیم بندی متفاوتی پیرامون شروط در نکاح انجام می‌دهد. ایشان شروط در عقد نکاح را به سه صورت تقسیم می‌کند. قسم اول شروطی هستند که که به مقصود از عقد نکاح خلل وارد می‌کند همانند شرط طلاق و شرط عدم وطی. ایشان این شروط را فاسد و مفسد عقد می‌داند و می‌فرماید هم شرط و هم نکاح هردو باطل می‌باشند و علت را در منافات بین ثبوت شرط و رفع نکاح می‌داند به این معنا که مقتضای نکاح، ثبوت شرط و مقتضای ثبوت شرط، رفع نکاح می‌باشد و این دو با هم منافات دارد لذا اینگونه شروط بطلان و فساد عقد را در بر دارد و خود نیز باطل است.

قسم دوم، شروطی هستند که اقتضای عقد نکاح را دارد چه ضمن عقد نکاح شرط بشود و چه شرط نشود. زیرا باید متعاقبین به آن ملتزم باشند لذا فایده شرط کردن این موارد صرفاً تأکید موارد مذکور خواهد

بود همانند شرط نفقه و شرط اینکه زن بدون اذن شوهر از منزل خارج نشود. اینها مواردی است که بدون شرط هم بر طرفین لازم است مراعات نمایند به عنوان مثال به محض اینکه عقد نکاح منعقد شد نفقه زوجه بر گردن زوج خواهد بود و زوجه نیز حق ندارد در غیر موارد ضرورت، بدون اجازه زوج از منزل خارج شود. حال چه شرط بشود و چه شرط نشود. شرط کردن این موارد تأکید پرداخت نفقه توسط زوجه و اذن گرفتن زوجه از زوج برای خروج از منزل را در بر دارد.

قسم سوم، شروطی هستند که یا مخالف شریعت است و یا موافق آن و یا شروطی که متعلق غرض قرار نمی‌گیرند. ایشان شرط ترک تزوج و تسری را از شروط مخالف با شریعت می‌داند. در این صورت شرط باطل ولی عقد نکاح صحیح خواهد بود. (عاملی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۳۸۸). براساس مبنای نگارنده، شرط عدم طلاق هم می‌تواند در زمره قسم اول شروط و هم می‌تواند در زمره قسم سوم شروط محقق کرکی باشد. لذا می‌توان نظر محقق کرکی را در مورد شرط عدم طلاق اینگونه بیان کرد که ایشان شرط عدم طلاق را به علت مخالفت با مقتضای عقد و شریعت، باطل و مبطل عقد می‌داند. بدیهی است در بررسی ادله قائلین به عدم مشروعیت، این استدلال، بصورت تفصیلی بیان خواهد شد.

محمد حسن نجفی صاحب جواهرالکلام، ذیل مسأله هفتم از احکام نکاح، این شرط را به علت مخالفت با کتاب و سنت، باطل می‌داند ایشان علت مخالفت با این شرط را این قول پیامبر(ص) می‌داند که فرمودند: «من اشترط شرطاً سوی کتاب الله فلا یجوز له و لا علیه»^۱. معتقدند، بطلان این شرط خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند و بطلان شرط و صحت عقد را اتفافی و اجماعی دانسته و این ادعا را به کشف اللثام مستند می‌کنند (نجفی، ۳۱، ۹۵). ایشان در ادامه، برای اثبات نظر خود به برخی از روایات از جمله روایت محمد بن قیس، روایت زراره و خبر ابن سنان استناد می‌کند. البته ایشان به خبر منصور بزرگ نیز اشاره کرده و چون اینگونه اخبار، ظاهراً برای شرط عدم طلاق و ترک تزوج مشروعیت می‌آورد، یا این شروط را حمل بر تقیه و قول شیخ طوسی را در استبصار می‌پذیرد و یا حمل بر نذر می‌داند. نهایت‌الامر ضمن بیان ادله، نظر نهایی خود را مبنی بر فساد شرط و صحت عقد بیان می‌کند.

مرحوم مامقانی حکم کردن به صحت اشتراط شرط عدم طلاق و ترک تزوج را مشکل دانسته زیرا اقتضای کتاب و سنت جواز تزویج و تطلیق است (مامقانی، ۱۳۵۰، ۱۴۹).

۱ - بر مشروط له و مشروط علیه جایز نیست شرطی بکنند که مخالف کتاب خدا باشد.

۲-۲- ابداع حکم جدید

علی بن جعفر نجفی کاشف الغطاء در شرح خيارات لمعه ابتدا نظر برخی از محققین را بیان و سپس آن را نقد می‌کند. ایشان نظر برخی از محققین را اینگونه بیان می‌کنند؛ برخی از محققین معتقدند تزوج و تسری امری کلی و حلال است و التزام به ترک این کلی مستلزم تحریم آن است و تمامی احکام شرعی اعم از طلبی و وضعی و غیر آن، همین حکم را دارند. ایشان تحلیل حرام و تحریم حلال را تاسیس قاعده و ابداع حکم جدید می‌دانند. و معتقدند فقط شروطی صحیح است که شارع آن را اجازه داده باشد نه شرطی که همانند تحریم تزویج و تسری، ابداع حکم جدید نماید.

ایشان ضمن نقد و بررسی این نظر، بین ترک تزوج بصورت کلی به این معنا که مرد شرط کند هیچگاه ازدواج نکند و ترک تزوج بصورت جزئی یعنی مرد شرط کند با فلان زن ازدواج نکند، تفاوت قائل شده و ترک جزئی را از قبیل ابداع حکم جدید نمی‌داند و معتقد است در این صورت تحریم حلالی صورت نگرفته است.

ایشان نظر نهایی خود را اینگونه بیان می‌کنند؛ «الفرق بین ما یحدث حکماً کلیاً و ما یحدث حکماً جزئياً و أنّ الأوّل مطلقاً باطل دون الثانی» یعنی بین تاسیس حکم کلی همانند ترک تزوج بصورت کلی و در اینجا ترک طلاق بصورت مطلق و تاسیس حکم جزئی همانند ترک ازدواج با فلان زن و یا ترک طلاق جز در موارد خاص، تفاوت وجود دارد. 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، ۲۲۰).

مولی احمد نراقی در عوائد الایام، التزام به عدم ارتکاب مباح را مستلزم حرمت و این حکم را در مورد امر کلی و جزئی یکسان می‌داند. ایشان بصورت ضمنی در پاسخ به کسانی که میان التزام به ترک امر کلی و جزئی تفاوت قائل می‌شوند با بیان اینکه هیچ دلیل و مدرکی بر تفاوت میان کلی و جزئی نیست یکسان بودن حکم ترک مباح چه بصورت کلی و چه بصورت جزئی را بر می‌گزیند و به علت تاسیس و ابداع حکم جدید قائل به بطلان و فساد اینگونه شروط است. البته ایشان در ادامه استدلال خود در بطلان شروطی از قبیل ترک تزوج و عدم طلاق، به آیات قرآن نیز استناد نموده و این شروط را مخالف آیات قرآن کریم می‌داند (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۴۸).

جواد بن علی تبریزی در رابطه با این شرط و شرط ترک تزوج معتقد است این شرط، حکمی را تقدیر می‌کند که وجوب و فاء به این حکم، تحلیل حرام و تحریم حلال است. البته ایشان در پاسخ به کسانی که

حکم حاصله را تحریم حلال و تحلیل حرام می‌دانند را خلاف ظاهر روایت منصور می‌داند چرا که استناد تحریم و تحلیل به شرط است نه به حکم، هرچند نهایت الامر، این که شرط محلل حرام یا محرم حلال باشد محقق نمی‌شود الا اینکه مشروط یا حکم، حرام‌کننده حلال یا حلال‌کننده حرام باشد (تبریزی، ۱۴۱۶، ۴، ۴۰۲).

۲-۳- اجماع

برخی از فقها، علاوه بر استناد به آیات و روایات در مخالفت خود با این شرط، از اجماع نیز سخن به میان آورده‌اند. به عنوان مثال: مرحوم ترحینی شرط ترک تزوج را مخالف شریعت و باطل دانسته و بر بطلان این شرط ادعای اجماع می‌کند (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷، ۶، ۴۷۶).

و ابن زهره حلبی این شرط را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت، باطل و بر بطلان این شرط ادعای اجماع می‌کند (حلبی، ۱۴۱۷، ۳۴۹).

مرحوم صاحب جواهر نیز بطلان این شرط را از طریق اجماع نیز ثابت دانسته و این اجماع را به کشف اللثام مستند می‌کند (نجفی، ۳۱، ۵۹).

سید مصطفی محقق داماد نیز در کتاب حقوق خانواده خود، ضمن بررسی شروط صحیح و فاسد در ضمن عقد نکاح، بیان می‌دارد زوجه حق سلب اختیار طلاق را بصورت شرط از زوج ندارد بلکه انجام طلاق را نیز نمی‌تواند شرط کند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۱۴۱).

۲-۴- مخالفت با مقتضای عقد

شهید اول در القوائد و الفوائد، ذیل قاعده «کل شرط اما ان یقتضیه العقد او لا» شرط ضمن عقد را به دو قسمت کلی تقسیم می‌کند. یا شرط اقتضای عقد را دارد که در این صورت، شرط صحیح است و یا اقتضای عقد را ندارد. در این صورت یعنی اگر اقتضای عقد را نداشته باشد یا مصلحت برای متعاقدين دارد همانند شرط ضمان درک، شرط اشهاد و شرط خیار و یا مصلحت ندارد.

اگر شرطی باشد که برای متعاقدين مصلحتی نداشته باشد در این صورت یا به آن غرضی تعلق نمی‌گیرد همانند شرط کردن خواندن نوافل یا اینکه شرط کند گوشت نخورد که در این صورت شرط باطل است زیرا از مباح منع شده‌اند و چیزی برای آنها واجب شده است که شارع، واجب نفرموده است در این

صورت آیا عقد باطل است یا نه؟ دو وجه دارد و اگر برای یکی از متعاقدين، در شرط غرضی باشد در این صورت یا شرط منافی مقتضای عقد است همانند شرط کردن عدم قبض مبیع در عقد بیع و عدم وطی در عقد نکاح که در این صورت هم شرط فاسد است و هم این شرط مفسد عقد خواهد بود و یا اینکه این شرط، منافاتی با مقتضای عقد ندارد مانند شرط قرض مال که در این صورت صحیح خواهد بود.

شهید اول در ادامه گریزی به شروط ضمن عقد نکاح می‌زند و می‌فرماید؛ شروط در نکاح به این قسمت تقسیم می‌شود. به عبارت دیگر شروط ضمن عقد نکاح، شروطی هستند که در آنها برای متعاقدين غرض وجود داشته باشد الا اینکه شرطی باشد که منافی عقد نباشد مانند شرط ترک تزوج و تسری و شرط عدم طلاق که در این صورت شرط باطل ولی قطعاً عقد باطل نخواهد بود. ایشان بلافاصله می‌فرماید؛ اگر شرط عدم طلاق، عدم وطی و عدم بینونت بعد از وطی شود در این صورت عقد باطل خواهد بود.

به عبارت دیگر، شهید اول، شرط عدم طلاق را هم از شروط صحیح و هم از شروط مبطل عقد آورده است. این کلام و تقسیم بندی شهید اول که شرط عدم طلاق را در دو جمله پشت سر هم با دو حکم مجزا، مورد بحث قرار می‌دهد در نگاه اول نوعی تناقض در خواننده بوجود می‌آورد (شهید اول، ۱۴۰۰، ۲۵۹).

این تناقض به سه شکل قابل تصور، تفسیر و توضیح است. اول اینکه شهید اول دچار اشتباه شده است به این معنا که شرط عدم طلاق را باید در عبارت دوم و در کنار شروطی نظیر عدم وطی و عدم بینونت، مورد نظر ایشان دانست و قائل به فاسد و مفسد بودن شرط عدم طلاق بود و اینکه ایشان در عبارت اول، شرط عدم طلاق را در کنار شروطی نظیر ترک تزوج و تسری آورده است اشتباه قلمی ایشان است. چرا که ایشان در عبارت دوم با شرط عدم طلاق شروع و بطور خاص در صدد بیان حکم آن می‌باشند لذا می‌بایست عبارت دوم مد نظر ایشان باشد نه عبارت اول.

در پاسخ به این اشکال، باید گفت؛ به نظر نمی‌رسد شخصیت بزرگی همچون شهید اول با چنین آثاری که فقهای بزرگ بر آن شروح متعدد نگاشته‌اند دچار چنین اشتباه فاحشی شده باشند آن هم در دو جمله متوالی و پشت سر هم. لذا باید برای احترام به مقام فقهای بزرگی همچون شهید اول، کلام ایشان مورد تفسیر و توجیه قرار بگیرد مادامی که با مسلمات در فقه، تناقضی نداشته باشد. چنین راهی به صواب نزدیکتر است. هر چند هیچ کس به غیر از معصومین علیهم السلام از خطا و اشتباه مصون نیست و چه بسا افراد بزرگ اشتباهات بزرگ نیز مرتکب شوند.

لذا دو تفسیر دیگر در مورد کلام ایشان به نظر می‌رسد. اول اینکه ایشان این دو حکم پیرامون شرط عدم طلاق را بعد از بیان « والشروط فی النکاح ینقسم هذه القسمه » می‌آورد و ضمیر «هذه» اشاره به این تقسیم بندی دارد که شرط عدم طلاق اگر جزء شروطی تصور شود که به آن غرض تعلق می‌گیرد ولی مخالف مقتضای عقد نباشد در این صورت شرط و عقد صحیح خواهد بود و اگر شرط عدم طلاق متعلق غرض باشد و با مقتضای عقد منافات داشته باشد هم باطل و هم مبطل خواهد بود.

این توجیه و تفسیر از عبارات شهید اول مستفاد می‌باشد. زیرا ایشان در عبارت اول شرط عدم طلاق را در کنار شروطی همچون ترک تزوج و تسری می‌آورد و در عبارت دوم، این شرط را در کنار شرط عدم وطی و عدم بینونت، با توجه به شروطی که در کنار شرط عدم طلاق در دو عبارت آمده است می‌توان گفت شرط عدم طلاق همچون ترک تزوج و تسری مخالف مقتضای عقد نیست پس صحیح خواهد بود و شرط عدم طلاق در کنار عدم وطی و بینونت، مخالف مقتضای عقد و لذا نه تنها باطل بلکه مبطل عقد هم خواهد بود. به عبارت دیگر در عبارت اولی که شهید اول از شرط عدم طلاق نام می‌برد این شرط را در کنار شروطی از قبیل شرط ترک تزوج و تسری می‌آورد و معتقد است این شروط مخالفتی با مقتضای عقد ندارد لذا صحیح خواهد بود.

البته در توضیح این مطلب به نظر می‌رسد همانطور که زوج متعهد می‌شود غیر از زوجه همسر دیگری را اختیار نکند همانگونه نیز متعهد می‌شود در صورت ازدواج غیر را طلاق ندهد. به عنوان 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 جزء شروطی خواهد بود که غرض عقلایی دارد اما مخالفتی هم با مقتضای عقد ندارد. غرض عقلایی همانند اینکه همسر اول زوج در صورت طلاق، بی سر و سامان می‌شود و عدم طلاق از این مشکل جلوگیری خواهد نمود.

توجیه و تفسیر دوم اینکه، قید «بعد الوطی» که در عبارت دوم آمده است قیدی مشترک برای عدم طلاق، عدم وطی و عدم بینونت باشد. در این صورت معنا اینگونه است اگر متعاقبین بصورت مطلق، شرط عدم طلاق را در ضمن عقد نکاح قرار دهند، در این صورت شرط باطل ولی مبطل عقد نکاح نخواهد بود و اگر شرط عدم طلاق مقید به «بعد الوطی» باشد، در این صورت شرط عدم طلاق، نه تنها باطل بلکه مبطل عقد هم خواهد بود. حال چه رابطه‌ای بین «بعد الوطی» و شرط عدم طلاق است؟ شهید اول به آن

متعرض نشده‌اند و کشف این رابطه تأثیری در سیر این تحقیق نخواهد داشت چرا که آنچه مد نظر نگارنده است کشف نظر و ادله فقها پیرامون شرط عدم طلاق است که علی ای حال محقق شده است. مقداد بن عبد الله سیوری هم در نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، تقسیم بندی مشابهی در مورد شروط انجام داده و شرط عدم طلاق را به علت مخالفت با مقتضای عقد همانند شهید اول در القواعد و الفوائد، باطل و مبطل می داند (حلی، ۱۴۰۳، ۳۴۹).

۳- بازخوانی آراء و ادله قائلین به مشروعیت

فقها به شیوه های مختلفی در مورد مشروعیت شرط عدم طلاق استدلال نموده‌اند از جمله:

۳-۱- مشروعیت شرط عدم طلاق به شکل مطلق

سیدمحمد مهدی خلخالی در کتاب فقه الشیعه- کتاب الاجاره- ذیل عنوان وکالت در اجاره، به بیان حکم تخلف از شرط عدم طلاق و ترک تزوج نیز می پردازد. ایشان در پاسخ به این سؤال که: «اگر زن بر همسرش شرط کند که او را طلاق ندهد و یا همسری غیر از او اختیار نکند در صورت تخلف از شرط، آیا طلاق و نکاح جدید زوج نافذ است یا نه؟»

در پاسخ می فرماید هیچ تردید نیست 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 آیه شریفه قرآن تصریح دارد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لذا از حیث تکلیفی واجب است زوج به شرط عمل نماید و علت دیگر اینکه، پیامبر صلی الله علیه و آله فرمودند: «المؤمنون عند شروطهم» یعنی مؤمن هرگاه شرطی را قبول کرد باید به شرطش وفا کرده و الزام به آن شرط داشته باشد (خلخالی، ۱۴۲۷، ۱۰۰۳).

البته ایشان در ادامه می فرمایند؛ 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. ایشان هم چنین برای تأیید قول خود، به کلام حضرت امام خمینی(ره) استناد می‌کند که فرمودند: «نهایت چیزی که مترتب بر نفوذ شرط می‌شود حکم تکلیفی محض و خیار برای شرط کننده است در صورت تخلف و واضح است که وجوب تکلیفی التزام به وفای به شرط و حرمت و مخالفت با آن، خللی به صحت وضعی عقود، در صورت تخلف از شرط نمی‌زند».

نکته قابل طرح اینکه درست است ایشان بطور صریح در مشروعیت شرط عدم طلاق و ترک تزوج، سخنی به میان نیاورده‌اند اما از استدلال ایشان در حرمت تکلیفی تخلف از شرط استفاده می‌شود که مشروعیت این شروط برای ایشان مفروض می‌باشد که حکم تخلف از شروط مذکور را مورد بررسی قرار می‌دهند.

لذا ایشان برای شرط عدم طلاق و ترک تزوج، مشروعیت قائل است و به آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و این قول پیامبر صلی الله علیه وآله که فرمودند: «المؤمنون عند شروطهم»^۱ استناد می‌کند. آیه الله فاضل لنکرانی در جامع المسائل شرط عدم طلاق را در قبال عدم دریافت اجره المثل صحیح دانسته و در صورت تخلف زوج از شرط مذکور، خیار تخلف شرط را برای زوج ثابت میداند و معتقد است زوج می‌تواند اجره المثل را دریافت نماید (لنکرانی، ۱۴۲۵، ۲، ۴۱۲). درست است این بیان ایشان ناظر به مصالحه اجره المثل زن در قبال عدم طلاق است ولی از همین بیان می‌توان صحیح بودن شرط عدم طلاق را از دیدگاه ایشان استفاده نمود.

این فقیه معاصر در الاحکام الواضحه، شرط ترک تزوج را از طرف زوج صحیح و در صورت قبول این شرط توسط زوج، وی را ملزم به وفای به این شرط می‌داند ولی در صورت تخلف زوج از این شرط و ازدواج مجدد وی، نکاحش را صحیح می‌داند. البته ایشان در ادامه همین مساله، شرطی را که اختیار طلاق را بطور مطلق و یا در موارد خاص در اختیار زوج قرار دهد باطل می‌دانند (لنکرانی، ۱۴۲۲، ۳۸۹).

بدیهی است این شرط که اختیار طلاق را به زوج واگذار نماید همان شرط نتیجه است و غیر مشروع می‌باشد. این مطلب غیر از آن چیزی است که مد نظر نگارنده می‌باشد. آنچه که مشروعیت دارد تعهد زوج به ترک طلاق غیر از موارد خاص است که به آن اشاره خواهد شد و این همان تحدید حق طلاق زوج از طریق شرط فعل است و مشروع می‌باشد. البته طبق استفتائی هم که از دفتر ایشان انجام شد مشروعیت شرط عدم طلاق از دیدگاه ایشان اثبات گردید که در ضامم تحقیق قابل مشاهده است.

سید محمد تقی موسوی خوئی در الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود اطلاق شرط بر نذر و عهد را که برخی از فقها به آن قائلند نمی‌پذیرد. ایشان معتقد است ظاهر این کلام «إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَطْلُقَهَا وَ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا» اشتراط عدم طلاق و ترک تزوج در عقد نکاح است و علت را در شرط قرار گرفتن عدم طلاق و ترک تزوج در عقد نکاح می‌داند. ایشان در پاسخ به کسانی که بواسطه لفظ «أَنْ

۱- مومنین باید به شرطی که میکنند عمل نمایند.

یجعل لله علیه « شرط عدم طلاق و ترک تزوج را حمل بر عهد و نذر می دانند اینگونه پاسخ می دهد «نهایت الامر، اینکه، التزام زوج به وفای به شرط عدم طلاق و ترک تزوج، التزام بسیط نیست بلکه التزام موکد به بعهد الله است» (خویی، ۱۴۱۴، ۱، ۵۸). به این معنا که زوج برای اطمینان به زوجه، التزام خود به رعایت شرط عدم طلاق و ترک تزوج را با سوگند و عهد در محضر خداوند استحکام می بخشد و این امر، که شخص متعهد، خداوند را کفیل و وکیل بر تعدات خود بگیرد در میان مردم مرسوم است و این چیزی غیر از نذر و عهد به معنای مصطلحی است که برخی از فقها شرط در این روایت را حمل بر آن می دانند.

فقیه بزرگ، سید ابوالقاسم خویی در المستند فی شرح العروه الوثقی، ذیل توضیحاتی پیرامون اشتراط وکالت بصورت شرط فعل، این سؤال را مطرح و به آن پاسخ می‌دهد. سؤال این است که اگر زن بر همسرش شرط کرد که او را طلاق ندهد و مرد تخلف از شرط کرد و زن را طلاق داد آیا این طلاق که نوعی تصرف مخالف شرط است صحیح و نافذ است با وجود اینکه زوج در صورت تخلف از شرط عدم طلاق گناه و عصیان مرتکب شده است؟

ایشان در پاسخ ابتدا نظر برخی از فقها را که قائلند؛ در صورت تخلف از شرط عدم طلاق، این شرط سلطنت زوج بر تصرف یا طلاق را از بین می‌برد لذا حکم به فساد و بطلان طلاق می‌دهند اینگونه پاسخ می‌دهند که چیزی که مترتب بر نفوذ شرط می‌شود چیزی غیر از حکم تکلیفی محض و ثبوت خیار برای شارط نیست و از این قول پیامبر صلی الله علیه و آله که فرمودند: «المومنون عند شروطهم» چیزی غیر از وجوب وفای به شرط مستفاد نمی‌شود.

ایشان نظر نهایی خود را اینگونه بیان می‌کنند که واضح و روشن است که وجوب تکلیفی و حرمت مخالفت با شرط، منافاتی با صحت وضعی عقد یا ایقاع جدید، در صورت مخالفت با شرط، ندارد. برخی از نکات از این بیان ایشان قابل استفاده است (خویی، ۴۶۴).

اولاً اینکه درست است ایشان بطور صریح، شرط عدم طلاق را مطرح نمی‌کنند اما از پاسخ ایشان به وضعیت صحت و نفوذ طلاق، در صورت تخلف از شرط و اینکه فرد متخلف، عاصی و گناهکار است و اینکه طبق این قول پیامبر صلی الله علیه و آله که فرمودند: «المومنون عند شروطهم» وجوب تکلیفی وفای به شرط، مستفاد است، صحت و مشروعیت شرط عدم طلاق از دیدگاه ایشان استفاده می‌شود.

ثانیاً ایشان ضمن مخالفت با نظر کسانی که در صورت تخلف از شرط، عقد و ایقاع جدید را نافذ نمی‌دانند، در صورت تخلف از شرط، فقط فرد متخلف را عاصی و گناهکار می‌دانند و خللی به صحت طلاق در

صورت تخلف از شرط عدم طلاق، وارد نمی‌دانند چرا که معتقدند « إذا فنفوذ الشرط لا يستوجب قصر السلطنة و زوالها لعدم كون ذلك من شؤون النفوذ و مقتضياته بوجه. فلو خالف في المقام و عزل فقد صدر العزل من اهله و في محله من حيث الوضع فلا مانع من ترتب الأثر عليه، و كذا في مسألة الطلاق و نظائره. هذا كله في شرط الفعل » یعنی؛ قصر و زوال سلطنت از شؤون صحت نفوذ عقد نیست. البته این استدلال در صورتی است که شرط عدم طلاق، از قبیل شرط فعل باشد نه شرط نتیجه. ثالثاً ایشان، دلیلی را که زوج باید ملتزم به شرط عدم طلاق هر شرط صحیح دیگر شود این قول پیامبر صلی الله علیه و آله می‌داند که فرمودند: «المؤمنون عند شروطهم».

اما در میان نظرات فقهای که قائل به مشروعیت شرط عدم طلاق هستند، سید محمد سعید حکیم در منهج الصالحین، نظری متفاوت از دیگران ارائه می‌دهد. ایشان می‌فرماید اگر مرد با همسرش، شرط کند که غیر از او همسر دیگری اختیار نکند این شرط صحیح بوده، 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.

ایشان در ادامه، متعرض شرط طلاق و شرط عدم طلاق شده و می‌فرماید اگر زوجه بر همسرش شرط نماید او را در حال خاصی همچون سفر و مرض و ... طلاق دهد این شرط نافذ و زوج باید به شرطش ملزم باشد و هم چنین اگر بر همسرش شرط کند او را طلاق ندهد باید ملتزم به شرطش باشد و در صورتی که تخلف از شرط نماید طلاقش باطل خواهد بود (حکیم، ۱۴۱۵، ۳، ۴۱).

سید محمد حسینی شیرازی در ایصال الطالب الی المكاسب در مورد اثر وضعی نکاح در صورت تخلف از شرط ترک تزوج اینگونه می‌فرماید: « اذا شرط لم یکن له ان یتصرف ینافی الشرط، فاذا اشتری العبد بشرط ان یتقنه لم یکن له ان یبیعه، اذ البیع یصطدم مع الشرط. و کذلک اذا شرط فی النکاح ان لا یتزوج علیها، لم یکن له النکاح علیها، الی غیر ذلك من الامثله » یعنی اگر کسی شرطی را پذیرفت نمی‌تواند اقدام به تصرفاتی نماید که با شرط منافات داشته باشد (شیرازی، ۱۱، ۱۶۹).

ایشان اینگونه مثال می‌آورد اگر کسی عیدی را بخرد به شرط اینکه او را آزاد کند نمی‌تواند پس از خریدن عبد او را بفروشد زیرا این شرط با بیع عبد تراحم دارد. ایشان در ادامه شرط ترک تزوج را هم مانند شرط عدم بیع عبد دانسته و نکاح حاصل از تخلف از شرط ترک تزوج را بدون اثر می‌داند.

۳-۲- مشروعیت بصورت عهد و نذر

برخی دیگر از فقها، 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 فقها به مشروعیت شرط عدم طلاق در 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 بصورت عهد و نذر را در نزد آنان می‌رساند. حال ممکن است مخالفتی با مشروعیت شرط عدم طلاق و ترک تزوج نداشته باشند که باید نظر قطعی آنان را در منابع دیگر منتسب به ایشان جستجو نمود.

دلیل این دسته از فقها، از جمله شیخ طوسی (ره)، مبنی بر حمل شرط عدم طلاق و ترک تزوج، بر عهد و نذر، این قسمت از روایت منصور بزرج از امام کاظم علیه السلام است: «إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلَّقَهَا» 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. لذا شیخ طوسی ذیل همین روایت می‌فرماید: «و ما تضمنت انه جعل لله عليه ذلك و هذا نذر و جب عليه الوفاء به» (طوسی، ۱۴۰۷، ۷، ۳۷۱).

سید کاظم حسینی حائری، نیز در فقه العقود، شرط عدم طلاق و ترک تزوج ذکر شده در روایت منصور را حمل بر عهد و نذر می‌دانند. ایشان ذیل این روایت می‌گویند: «و الوارد فی هذا الحدیث إنما هو أن المرأة أبت من العقد عليها إلا بعد أن ينذر الرجل أو يعاهد الله أن لا يطلقها و لا يتزوج عليها، و لم يرد فيه فرض ذكر ذلك كشرط في ضمن العقد، أو تقييد العقد به» (حائری، ۱۴۲۳، ۱، ۲۵۳).

۳-۳- مشروعیت به صورت تقيه و استحباب

برخی دیگر از فقها از جمله شیخ طوسی (ره) در تهذیب و الاستبصار، ذیل حدیث منصور، شرط عدم طلاق و ترک تزوج را، حمل بر تقيه و استحباب دانسته‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۷، ۳۷۱).

مرحوم بحرانی در کتاب الحدائق الناظره، ضمن بیان نظرات شیخ طوسی در تهذیب و الاستبصار، مبنی بر حمل شرط عدم طلاق و ترک تزوج بر نذر، این بیان ایشان 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 چرا که اخباری که دلالت بر نذر می‌کند متعلق نذر را صدقه، نماز و یا طاعات راجحه می‌داند و ترک تزوج و عدم طلاق را به عنوان منذور نمی‌پذیرد (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۴، ۵۲۹). ایشان، شرط عدم طلاق را در این روایت حمل بر تقیه می‌داند و بر آن نیز ادعای اجماع می‌کند.

همانطور که قبلاً بیان شد درست است که شیخ طوسی و دیگران بطور صریح در مشروعیت شرط عدم طلاق، سخن به میان نیاورده‌اند اما از توجیه و تفسیر ایشان ذیل روایت منصور که شرط عدم طلاق و ترک تزوج را حمل بر استحباب می‌دانند استفاده می‌شود که شرط عدم طلاق در نظر ایشان دارای مشروعیت است. چرا که عجیب به نظر می‌رسد شرط عدم طلاق غیرمشروع باشد ولی در این روایت حمل بر استحباب شود.

۴-قائلین به تفصیل

برخی دیگر از فقها، شرط عدم طلاق را بصورت شرط نتیجه نمی‌پذیرند و آن را خلاف شریعت و تحریم حلال می‌دانند ولی از طریق شرط فعل قائل به مشروعیت آن می‌شوند. در ادامه به برخی از این نظریات اشاره خواهد شد.

مرحوم نجفی کاشف الغطاء در تحریر المجله ذیل عنوان احکام شروط، در تعریف «المؤمنون عند شروطهم» وفا و الزام مومنان را به انجام شرط، واجب می‌داند. ایشان 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. ایشان در ادامه، 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 و یا وضعی آنها است 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، ۱۳۵۹، ۱، ۷۵ و ۷۶).

با کمی دقت در بیان مرحوم کاشف الغطاء، نوعی تفصیل در مورد اشتراط ترک مباح مشخص می‌شود. ایشان اشتراط فعل حرام را چه ذاتی باشد و چه عرضی باطل و مخالف کتاب و سنت می‌دانند. در مورد اشتراط ترک مباح، تفصیل اینگونه خواهد بود که ترک مباح به صورت شرط فعل صحیح است از قبیل ترک طلاق و زواج و ترک مباح به شکل شرط نتیجه غیرمشروع است مانند اینکه طلاق‌دادن برای مرد حرام باشد.

توضیح این مطلب روشن است زیرا اشتراط ترک مباح از طریق شرط فعل یعنی تعهد به ترک مباح که مخالف شرع نخواهد بود. در اینجا زوج بصورت شرط، تعهد به ترک طلاق می‌کند. این تعهد به ترک طلاق خللی به حق طلاق زوج وارد نمی‌کند زیرا حق طلاق شرعاً برای مرد ثابت است و در اینجا فقط زوج تعهد نموده همسر خود را طلاق ندهد و این تعهد به ترک مباح و در اینجا ترک طلاق، غیر مشروع نخواهد بود. اما اگر این اشتراط به شکل شرط نتیجه باشد به این معنا که حق طلاقی که شرعاً برای مرد ثابت است از او سلب و یا اصالتاً این حق برای شخصی غیر از زوج ثابت شود در این صورت تشریح چیزی است که در شرع مقدس نیامده و تحریم حلال و غیرمشروع خواهد بود.

این بیان مرحوم کاشف الغطاء نیز ناظر به همین بیان است البته قابل ذکر است که در ترک مطلق مباح نیز از لحاظ شرعی تردید وجود دارد که در بررسی ادله قائلین به مشروعیت به آن اشاره خواهد شد. حاج آقا رضا مدنی کاشانی در تعلیقه شریفه علی بحث الخیارات و الشروط، شروطی را باطل می‌داند که مخالف کتاب و حکم الله باشد. ایشان اشتراط وجوب یا استحباب مباح و به طور کلی هر شرطی را که منجر به تغییر عنوان احکام خمسہ تکلیفیه و یا تغییر مجعولات شرعی همانند تغییر جعل طلاق بدست زوجه شود، خلاف کتاب و غیر مشروع می‌داند (مازندرانی، بی‌تا، ۴۷).

به اعتقاد ایشان اشتراط فعل حرام چه بصورت کلی و چه بصورت جزئی، چه از حیث مصداق بطور مطلق و چه در مصداق معین، تحلیل حرام و غیرمشروع است. اما تحریم حلال بطور مطلق را نمی‌پذیرد اما در مصداق معین اشکالی به آن وارد نمی‌داند. همانند اینکه مردی شرط کند هرگز ازدواج نکند در این صورت تحریم حلال بصورت مطلق و غیرمشروع خواهد بود اما اگر مردی شرط کند با فلان زن ازدواج نکند اشکالی ندارد.

ایشان در مورد مشروعیت قاتل شدن به تحریم حلال نه به شکل مطلق، به حدیث منصور استناد نموده و معتقد است هرچند ترک تزوج و عدم طلاق در این روایت ممکن است حمل بر نذر شود و ربطی به شرط نداشت باشد اما ترک تزوج بصورت غیرمطلق، اشکالی ندارد.

در ادامه نیز نظر خود را با توجه به روایت مذکور اینگونه بیان می‌کند: « و اما الشرط أو النذر أو القسم علی ترک الطلاق فلا مانع منه ظاهراً.» یعنی ترک طلاق چه بصورت نذر و قسم و چه بصورت شرط مانعی ندارد.

نظر این فقیه بزرگوار نیز در بر دارنده نوعی تفصیل است. اولاً اینکه ایشان اشتراط طلاق به صورت شرط نتیجه را که منجر به تغییر حکم الله می‌شود را نمی‌پذیرد و به آیات و روایات زیادی استناد می‌کند که طلاق را حق مرد می‌داند. ثانیاً در تحریم حلال نیز نوعی تفصیل قائل است. به عبارت دیگر ایشان تحریم حلال را به شکل مطلق نمی‌پذیرد اما بصورت موردی و در مصادیق معین مورد پذیرش می‌داند همانند اینکه مردی شرط کند با فلان زن ازدواج نکند. این غیر از شرطی است که مرد بطور مطلق حق ازدواج را از خود سلب می‌کند.

هر دو تفصیل ایشان، موید بحث نگارنده می‌باشد. از تفصیل ایشان اینگونه استفاده می‌شود که شرط عدم طلاق که در زمره مباحات است بصورت شرط نتیجه مورد تأیید نمی‌باشد چرا که در این صورت حق طلاق که شرعاً برای مرد ثابت است یا از وی سلب شده و یا اصالتاً برای شخص دیگری ثابت می‌شود و این خلاف شریعت اسلام و غیرمشروع است.

اما اشتراط عدم طلاق به شکل شرط فعل به این صورت که مرد متعهد شود از این حق خود جز در موارد خاص از قبیل نشوز، ناتوانی از مسائل خاص زناشویی و یا اقدامات زوجه در جهت مصالح کلان خانواده، استفاده نکند غیرمشروع نخواهد بود. این نیز همان تفصیل دوم ایشان است که تحریم حلال را در موارد محدود و معین می‌پذیرد و مورد تأیید نگارنده نیز می‌باشد که در نظر مختار به آن اشاره خواهد شد.

۵- بررسی ادله

تحدید قراردادی حق طلاق زوج به دو روش امکان‌پذیر است: ۱- سلب قراردادی حق طلاق زوج، در این صورت 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. ۲- تعهد قراردادی به عدم طلاق زوجه، در این صورت شرط عدم طلاق نظیر شرط ترک تزوج، عدم مطالبه‌ی مهر، عدم مطالبه‌ی نفقه و مانند آن از نوع شرط فعل است، و چنین تعهداتی مشروع است، مگر آنکه دلیل خاصی بر عدم مشروعیت شرط وجود داشته باشد همانند اینکه دلیل خاصی بر عدم مشروعیت شرط عدم مطالبه یا اعمال حق رسیده باشد؛ مانند روایاتی که به نظر بعضی فقهای عظام دال بر عدم مشروعیت شرط ترک تزوج است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲، ۳۱۸). و یا تعهد به ترک مطلق مباح باشد در این صورت هر گاه مفاد شرط تعهد به عدم مطالبه یا عدم اعمال و ایفای حق به صورت مطلق و دائمی باشد، چنین تعهدی نیز مشروع نمی‌باشد (همان، ۲۲۲).

مبتنی بر آنچه گذشت، در مشروعیت «شرط عدم طلاق» به صورت مطلق و دائمی تردید وجود دارد. اما آیا دلیلی بر عدم مشروعیت این شرط، وارد شده است؟ بعضی فقهای معاصر در پاسخ پرسشی در همین رابطه، شرط فوق را مشروع دانسته‌اند (همان، ۳۷۸).

در مشروعیت این شروط اشکالی به نظر نمی‌رسد. بلکه از روایت منصور بن بُرْج 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 مَنْصُورٍ بُرْجٍ عَنْ عَبْدِ صَالِحٍ ع قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنَّ رَجُلًا مِنْ مَوَالِيكَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ أَنْ يُرَاجِعَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ لِلَّهِ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُطَلِّقَهَا وَلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَأَعْطَاهَا ذَلِكَ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَ ذَلِكَ فَكَيْفَ يَصْنَعُ قَالَ بَسَّ مَا صَنَعَ وَمَا كَانَ يُدْرِيهِ مَا يَتَّعُ فِي قَلْبِهِ بِاللَّيْلِ وَ النَّهَارِ قُلْ لَهُ فَلَيْفَ لِلْمَرْأَةِ بِشَرْطِهَا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»؛ (طوسی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۳۲).

۱ - ترجمه: «منصور بن یونس می‌گوید به حضرت موسی بن جعفر علیه السلام عرض کردم: شریکی داشتم که زنی داشته و او را طلاق داده و بعد از سپری شدن عده زن، مرد دوباره اراده کرد آن زن را به عقد خود درآورد. زن گفته حاضر نمی‌شوم مگر این که عهد کنی که مرا طلاق ندهی و زوجه دیگری اختیار نکنی مرد نیز این شرایط را قبول کرده؛ اکنون مرد اراده دارد که همسر دومی بگیرد، وظیفه‌ی او چیست؟ حضرت فرمود: بدکاری کرده، زیرا چه می‌داند که در دل او شبانه روز چه می‌گذرد. به او بگو حال که چنین شرطی کرده باید به شرط خود وفا کند، چون رسول خدا فرموده: «مؤمنین باید به شروط خود ملتزم و پایبند باشند».» این روایت از حیث سند، نیز مورد تایید فقها و محققین می‌باشد. به عنوان مثال آیه الله نوری همدانی در درس خارج خود پیرامون کتاب الصوم در تاریخ ۹۰/۸/۱۰ در مورد سند این روایت می‌گوید: «صاحب وسائل این خبر را از تهذیب نقل کرده، شیخ طوسی از طبقه ۱۲ است و این خبر را از کتاب علی بن حسن بن فضال که از فقهای بزرگ کوفه و فطحی المذهب و از طبقه ۷ می‌باشد و نقل کرده و طریق شیخ طوسی به آن کتاب نیز صحیح می‌باشد، ایوب بن نوح از طبقه ۶ و نقه و جلیل‌القدر می‌باشد و وکیل حضرت هادی و حضرت عسکری علیهما السلام بوده، صفوان بن یحیی از طبقه ۵ و بسیار جلیل‌القدر است، آقای خوئی منصور بزرج را در ص ۳۴۱ از جلد ۱۸ معجم الرجال حدیث از قول نجاشی توثیق کرده است و مراد از عبد الصالح امام موسی کاظم(ع) می‌باشد خلاصه اینکه خبر سنداً صحیح است و همانطور که

شیخ ذیل این روایت نوشته است: «فَالْوَجْهُ فِي هَذَا الْخَبَرِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ مَحْمُولًا عَلَى الْأَسْتِحْبَابِ لِأَنَّ مَنْ حَكَمَ بِمَا تَضَمَّنَهُ الْخَبَرُ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَفِيَ بِالشَّرْطِ الَّذِي بَدَلَ لِسَانَهُ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ وَاجِبًا وَالْوَجْهُ الْآخَرُ أَنْ يَكُونَ مَحْمُولًا عَلَى التَّقْيُّهِ لِأَنَّ مَنْ خَالَفَنَا يُوجِبُونَ هَذَا الشَّرْطَ وَ يُحْتَنُونَ مَنْ خَالَفَهُ وَالَّذِي يُؤَكِّدُ الْأَخْبَارَ الْأَوَّلَةَ»؛ (همان)

روایاتی که معارض روایت فوق قلمداد می‌شود و برای رفع تعارض، روایت فوق بر استحباب وفای به شرط یا صدور آن از باب تقیه حمل می‌گردد دلالتی بر عدم مشروعیت شرط ترک تزوج یا عدم طلاق ندارد (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲، ۳۲۰).

بنابراین، برای پیشگیری از طلاق‌های هوس‌گرایانه، تحدید حق طلاق زوج به روش مذکور می‌تواند، در زمره مطالبات زوجه در سند ازدواج قرار گیرد. از طریق شرط ضمن عقد می‌توان حق طلاق زوج را به موارد خاصی نظیر «نافرمانی» یا «ناتوانی» زوجه در عمل به وظایف همسری محدود کرد.

۶- نتیجه‌گیری و جمع‌بندی

شرط عدم طلاق با دو شرط مشروعیت دارد و اگر بصورت شرط ضمن عقد نکاح، در سند ازدواج قرار گیرد و حمایت‌های قانونی از آن انجام پذیرد می‌تواند به عنوان عامل مهمی در جهت کاهش طلاق‌های هوس‌مدارانه مورد توجه قرار گیرد.

۱- شرط عدم طلاق از طریق شرط فعل باشد نه شرط نتیجه. در این صورت شبهه تحریم حلال و ابداع حکم جدید، پیش نخواهد آمد و شرط هم مخالفتی با کتاب و سنت نخواهد داشت.

می‌بینید در این خبر امام کاظم (ع) از قول پیغمبر (ص) نقل کرده که: «المؤمنون عند شروطهم» در بعضی دیگر از اخبار گفته شده: «المسلمون عند شروطهم» (<http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/noori/feqh/90/900810>) هم چنین فقهای بسیاری ذیل عناوین شروط ضمن عقد از قبیل ترک تزوج و عدم طلاق و هم چنین عبارت آخر این روایت شریف «المؤمنون عند شروطهم» در بیع و دیگر عقود به این روایت شریف تمسک جسته و استدلال نموده‌اند لذا به نظر می‌رسد صحت سندی این روایت مورد اجماع فقها باشد. از جمله: طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص ۲۳۲ و تهذیب الأحکام؛ ج ۷، ص: ۳۷۱- عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد ۲۱، ۲۷۶- اصفهانی، مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۲، ص ۲۶۲- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، جلد ۲۴، ۵۲۹- حائری، سید علی بن محمد طباطبایی، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، جلد ۱۲، ۵۹- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۱، ص ۹۷- اصفهانی، محمد حسین کمپانی، حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثه)، ج ۵، ص ۱۳۳- بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقہیة (للجنوردی، السید حسن)، ج ۳، ص ۲۵۰

۲- شرط عدم طلاق به شکل مطلق نباشد. چرا که این شرط به شکل مطلق ممکن است پیامد حرامی برای زوج در بر داشته باشد همانند عدم تمکین زوجه و اقدامات خلاف مصالح کلان خانواده توسط زوجه و... در غیر این موارد، زوج می‌تواند بصورت شرط، متعهد شود جز در موارد مذکور، همسر خود را طلاق ندهد. شرط عدم طلاق، یکی از راهکارهایی است که می‌تواند در جهت کاهش طلاق‌های هوس‌مدارانه و استحکام بنیان خانواده مثمر ثمر باشد.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم ترجمه آیت الله مکارم شیرازی
۲. اصفهانی، محمدحسین کمپانی، (۱۴۱۸)، حاشیه کتاب المکاسب، جلد ۵، انوار الهدی، قم.
۳. بجنوردی، سیدحسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، ج ۳، چ ۱، الهادی، قم.
۴. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۲ دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۵. تبریزی، جواد بن علی، (۱۴۱۶)، إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المکاسب، اسماعیلیان، قم.
۶. حکیم، سید محمد سعید طباطبایی، (۱۴۱۵)، منهاج الصالحین، جلد ۳، دار الصفوه، بیروت.
۷. حلبی، ابن زهره، (۱۴۱۷)، غنیه النزوع الی علمی الاصول والفروع، موسسه امام صادق علیه السلام، قم.
۷. حلبی، ابن ادريس، محمدبن منصوربن احمد، (۱۴۱۰)، السرائرالحاوی لتحریرالفتاوی، جلد ۲، دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۸. حلبی، شمس الدین محمد بن شجاع القطن، (۱۴۲۴)، معالم الدین فی فقه آل یاسین، جلد ۲، امام صادق علیه السلام، قم.
۹. حلبی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام، جلد ۳، دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۱۰. حلبی، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح المشکلات القواعد، جلد ۳، اسماعیلیان، قم.
۱۱. حلبی، نجم الدین، جعفر بن حسن، (۱۴۱۲)، نکت النهایه، جلد ۲، دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.

۱۲. حلی، مقداد بن عبد الله السیوری، (۱۴۰۳)، نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الإمامیه، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم.
۱۳. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی، (۱۴۲۷)، فقه الشیعہ، کتاب الاجاره، انتشارات منیر، تهران.
۱۴. خمینی، سید روح الله الموسوی، کتاب البیع، جلد ۵، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران.
۱۵. خوانساری، سید احمد بن یوسف، (۱۳۹۸)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، جلد ۴، کتابفروشی صدوق، قم.
۱۶. خوانساری، محمدامامی، الحاشیه الاولی علی مکاسب، بی نا، بی جا.
۱۷. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، (۱۴۱۳)، المستند فی شرح العروه الوثقی، باب الاجاره، المطبعه العلمیه، قم.
۱۸. خویی، سید محمد تقی موسوی، (۱۴۱۴)، الشروط او التزامات التبعية فی العقود، دارالمورخ العربی، بیروت.
۱۹. زنجانی، سید موسی شبیری، (۱۴۱۹)، کتاب نکاح، جلد ۲۳، موسسه پژوهشی رای پرداز، قم.
۲۰. شوشتری، محمد تقی، (۱۴۰۶)، النجعه فی شرح اللمعه، جلد ۸، کتابفروشی صدوق، تهران.
۲۱. طرابلسی، ابن براج، قاضی عبدالعزیز، (۱۴۰۶)، المهذب، جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۲۲. طوسی ابو جعفر، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، جلد ۷، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۲۳. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، (۱۴۰۸)، الوسيله الی نیل الفضیله، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم.
۲۴. عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۳، آل البيت، قم.
۲۵. عاملی، سید محمد حسین ترحینی، (۱۴۲۷)، الزیده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة، جلد ۶، بی نا، قم.
۲۶. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، جلد ۲، کتابفروشی مفید، قم.
۲۷. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۸، موسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۲۸. کاشانی، حاج آقا رضا مدنی، (۱۴۰۹)، تعلیقه شریفه علی بحث الخیارات والشروط من کتاب المتاجر للشیخ، مکتبه آیه الله المدنی الكاشانی، قم.
۲۹. گلپایگانی، لطف الله صافی، (۱۴۱۷)، جامع الاحکام، جلد ۲، حضرت معصومه علیها السلام، قم.
۳۰. گیلانی، میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، (۱۴۲۷)، رسائل المیرزا القمی، جلد ۱، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، قم.
۳۱. لنکرانی، محمد فاضل موحدی، (۱۴۲۵)، جامع المسائل، جلد ۲، انتشارات امیر قلم، قم.

۳۲. لنکرانی، محمدفاضل موحدی، (۱۴۲۲)، الاحکام الواضحه، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، قم.
۳۳. مازندرانی، علی اکبر سیفی، دلیل تحریر الوسیله-احکام الاسره، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۳۴. مامقانی، ملاعبدالله بن محمد حسن، (۱۳۵۰)، نهاییه المقال فی تکمله غایه الامال، مجمع الذخائر الاسلامیه، قم.
۳۵. مراغی، سیدمیرعبدالفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیه، جلد ۲، دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۳۶. مشکینی، میرزا علی، (۱۴۱۸)، الفقه الماثور، نشر الهادی، قم.
۳۷. نجفی کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، (۱۳۵۹)، تحریر المجله، المكتبه المرتضویه، نجف اشرف.
۳۸. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳۱، دار احیا التراث العربی، بیروت.
۳۹. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر بن خضر، (۱۴۲۲)، شرح خيارات اللعنه، دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۷)، عوائدالایام فی بیان قواعد الاحکام، دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۴۱. هدایت نیا، فرج الله، (۱۳۹۲)، عناوین ثانوی و حقوق خانواده، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم.
۴۲. یزدی، سید مصطفی محقق داماد، (۱۳۸۷)، بررسی فقهی حقوق خانواده-نکاح و انحلال آن، نشر علوم انسانی، تهران، چاپ اول.