

مطالعه تطبیقی آزادی قراردادی در حقوق خانواده با تاکید بر ازدواج در فقه امامیه و حقوق فرانسه

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۸

عباس کریمی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۱/۰۹/۲۹

علیرضا فروغی^۲

محمد رضا خلیل زاده^{۳*}

DOI: 10.30497/FLJ.2022.243693.1840



چکیده

ازدواج در دو نظام حقوقی اسلام و فرانسه شکل اصلی و سنتی تشکیل خانواده است. در تحولات سال‌های اخیر حقوق خانواده فرانسه، مفهومی با عنوان قراردادی‌سازی، کانون توجه حقوق دانان قرار گرفته است. قراردادی‌سازی فرآیندی است که طی آن، عرصه‌هایی از حقوق خانواده که قابل قرارداد نبوده‌اند، با تصویب قوانین جدید، قابل قرارداد می‌شوند. به نظر می‌رسد آزادی قراردادی در حقوق خانواده، دست‌کم با سه تفسیر مواجه است. مطالعه تطبیقی این تفاسیر در حقوق خانواده فرانسه و فقه امامیه به‌عنوان خاستگاه حقوق خانواده ایران، نشان می‌دهد که در حقوق خانواده فرانسه، جریان قراردادی‌سازی بازتاب نبود آزادی قراردادی با تفاسیر سه‌گانه مزبور در حقوق خانواده است. این در حالی است که در حقوق خانواده ایران و فقه امامیه، به نظر نگارندگان، آزادی قراردادی با تفاسیر سه‌گانه طرح‌شده جاری است. تفسیر اول عبارت از اصل عدم مخالفت متعلق توافقی با قواعد آمره حقوق خانواده در موارد مشکوک به مخالفت است. در حقوق خانواده فرانسه، این اصل جریان ندارد. تفسیر دوم، امکان تعیین شروط ضمن عقد است که بیانگر آزادی جدی در اعمال توافقات زوجین است. به نظر نگارندگان، این تفسیر نیز در حقوق خانواده فرانسه جریان ندارد. تفسیر سوم عبارت از تفسیر معروف در حقوق تعهدات است که این تفسیر نیز در حقوق فرانسه در مورد ازدواج اصولاً وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها

آزادی قراردادی، قواعد آمره حقوق خانواده، عدم ازلی، قاعده شروط، قراردادی‌سازی.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. Abkarimi@ut.ac.ir

۲. استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران. arforughi@yahoo.com

۳. نویسنده مسئول (دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران). mrkhalilzadeh@gmail.com

مقدمه

اگرچه به صورت مستقل به آزادی قراردادی در فقه و حقوق خانواده ایران توجه نشده است، ماهیت قراردادی ازدواج (نعمان بن محمد مغربی، ۱۳۸۵ق، ص ۲۱۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۵۰) و موضوع شروط ضمن عقد ازدواج مورد گفتگو واقع شده است. برای نمونه، موثقه زیر قابل توجه است: *مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا قَلِيلًا فَهِيَ كَالْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَالًا*: «هرکس به نفع زنش به شرطی متعهد شود، باید به آن شرط برای آن زن وفا کند؛ چرا که مسلمانان متعهد به شروطشان هستند، مگر شرطی که حلالی را حرام کند» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۱، ص ۲۶). در این روایت، قاعده شروط به عنوان یکی از ادله آزادی قراردادی، بر تعهد شوهر برای همسرش تطبیق شده است. بحث از وجود شائبه عبادت در نکاح، در عین عقد و قرارداد بودن آن نیز، این موضوع را تأیید می‌کند که اساس قراردادی ازدواج امری مفروع^۱ بوده است (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۴۸۶). از سوی دیگر، بحث از مواردی که قابل قرارداد نبوده و جزء قواعد آمره محسوب می‌شوند نیز، در روایات مطرح و به تبع، مورد بحث فقها واقع شده است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۶).

اگرچه در حقوق فرانسه، آزادی اراده و آزادی قراردادی سابقه‌ای به اندازه عمر کد ناپلئون از ابتدای قرن ۱۹ دارد و از طرفی، ازدواج طبق ماده ۱۴۶ قانون مدنی فرانسه بدون رضایت زوجین باطل است،^۱ حقوق خانواده به تعبیر حقوق دانان فرانسه، از عرصه‌های غیرقابل دسترس (Mazeaud et Chabas, 1995, P.50) و غیرقابل قرارداد بوده است (Fulchiron, 2017, P.283). به نظر می‌رسد، قواعد حاکم بر ازدواج به عنوان شکل سنتی تشکیل خانواده در فرانسه، که کسی در بعد قراردادی آن نمی‌تواند تردید کند (Fenouillet et P. de Vareilles, 2001, P.59) و امروز در کنار خود دو شکل دیگر پیمان همبستگی مدنی^۲ و اتحاد آزاد^۳ را می‌بیند، در این مسئله تأثیر بسزایی داشته است.

۱. ماده ۱۴۶ قانون مدنی فرانسه: در صورت نبود رضایت، ازدواج محقق نمی‌شود.

2. Pacs-Pacte civil de solidarité

ماده ۱-۵۱۵ قانون مدنی فرانسه: پیمان مدنی همبستگی قراردادی است میان دو شخص حقیقی بالغ همجنس یا غیرهمجنس که جهت ساماندهی زندگی مشترکشان منعقد می‌شود.

3. Concubinage

در فرانسه، حقوق خانواده به سرعت در حال تحول است و یکی از مسائل مهم و محل گفتگو، قراردادی سازی^۱ است (Malaurie et Fulchiron, 2020, P.40-41). قراردادی سازی عبارت است از: قراردادی کردن عرصه‌هایی که قبل از این قابل قرارداد نبوده‌اند. این تحول شتابان حقوق خانواده فرانسه، بی‌ارتباط با نبود آزادی قراردادی در حقوق خانواده و خصوصاً ازدواج نیست.

در نوشته پیش‌رو، پس از بیان تفاسیر اصل آزادی قراردادی در حقوق خانواده با تأکید بر ازدواج، جریان این اصل را در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه، با نگاهی نو، امکان‌سنجی خواهیم کرد.

۱. تفسیر اول: اصل عدم مخالفت با قواعد آمره در موارد مشکوک

در تعریف قاعده آمره (قانون امری) چنین گفته شده است: قاعده آمره ماده قانونی یا مقرراتی را مشخص می‌کند که نمی‌تواند با اراده مخالف فرد، کنار گذاشته شود (Debard et Guinchard, 2017-2018). در بیانی دیگر، در مواردی که مصلحت مورد نظر در وضع قانون، چنان مهم است که اراده اشخاص در برابر آن ارزش نداشته باشد، قانون، امری است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۵۱).

در فضای شریعت نیز، قاعده آمره قابل تطبیق بر احکام و تشریعاتی است که شارع راضی به کنار گذاشته شدن آنها با اراده افراد نیست.

اصل آزادی قراردادی در تفسیر اول که از این منظر به آن توجه نشده است، همان اصل عدم مخالفت متعلق توافق با قواعد آمره حقوق خانواده در موارد مشکوک به مخالفت است. به نظر می‌رسد در حقوق خانواده فرانسه، این اصل جریان ندارد. یکی از نگارندگان این سؤال را در گفتگو با پروفسور فولشیرون، استاد بنام حقوق خانواده فرانسه، طرح نمود و جواب ایشان این بود که باید با بررسی منابع حقوق، اعم از قانون و ... حکم مورد مشکوک

ماده ۵۱۵-۸ قانون مدنی فرانسه: پیوند غیررسمی (اتحاد آزاد) پیوندی عملی است با ویژگی یک زندگی مشترک پایدار و بادوام میان دو شخص با جنسیت مخالف یا یکسان که با هم به صورت یک زوج زندگی می‌کنند

1. Contractualisation

را روشن کرد. در واقع در حقوق فرانسه، حقوق‌دان یا قاضی باید با جستجوی قانون، وضعیت یک مورد مشکوک را روشن کند. برای مثال، اجارهٔ رحم برای تلقیح مصنوعی با مواد موجود قانونی یا رویهٔ قضایی یا دکترین نهائماً باید تعیین تکلیف شود که آیا قابل قرارداد است یا خیر. به دیگر سخن، قانون‌گذار فرانسوی یک فرض یا اصل قانونی برای مراجعه در موارد مشکوک تأسیس نکرده است. بنابراین در خصوص قرارداد ازدواج و بندهای آن، اگر در موردی برای حقوق‌دان یا دادرس این تردید وجود داشته باشد که توافق زوجین مخالف قواعد امرهٔ حقوق خانواده است، آزادی قراردادی به تفسیر مذکور وجود ندارد. شاید علت این مطلب این باشد که در فقه، قانون شرع به یک معنا، صامت است؛ یعنی واقعاً موارد مشکوکی وجود دارد که نظر مقنن قابل کشف نیست. اصول عملیه نمونهٔ واضح این نکته است؛ چرا که شارع برای رهایی از شک در موارد مشکوک، نصب طریق کرده است و این لزوماً به معنای اصابت به واقع نیست. به هر حال، تفاوت مبنایی این دو نظام حقوقی در این زمینه مؤثر است.

در فقه امامیه، در خصوص ازدواج، قاعدهٔ شروط به‌عنوان دلیل مشروعیت شروط ضمن عقد ازدواج قابل توجه است. طبق ادلهٔ قاعدهٔ شروط، «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ**» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۶).^۱ ملاک صحت شروط ضمن عقد عدم مخالفت با کتاب و سنت است و به دیگر سخن، هر شرط ضمن عقد ازدواجی که با کتاب و سنت مخالفت داشته باشد، صحیح نیست و به تعبیر دیگر، مخالف با قاعدهٔ امره محسوب می‌شود. اکنون سؤال در جایی است که فقیه در مخالفت یک شرط با کتاب و سنت تردید دارد. در این فرض، جریان اصل عدم مخالفت در صورت تنقیح موضوع قاعدهٔ شروط، موجب حکم به صحت و لزوم وفای به این شرط است. اگر این اصل پذیرفته شود، به یک بیان، اصل آزادی قراردادی به‌عنوان مرجع در موارد مشکوک به مخالفت با قواعد امره پذیرفته شده است؛ چه عموم قاعدهٔ شروط را شامل شروط ابتدایی بدانیم و چه صرفاً آن را منحصر به شروط ضمن عقد

۱. قابل ذکر است که تعبیر المؤمنون در کتب فقهی مشهورتر است، اما در کتب روایی المسلمون غلبه دارد.

بدانیم.

شیخ انصاری در کتاب مکاسب در بحث شروط اعتبار شروط ضمن عقد، پس از بررسی ملاک مخالفت شرط با کتاب و سنت، شک در مخالفت را این‌گونه تصویر می‌کند: «پس اگر تمییز (در شناخت شرط مخالف با کتاب و سنت) حاصل نشد، بر اصل عدم مخالفت بنا گذاشته می‌شود و به عموم المؤمنون عند شروطهم رجوع می‌شود و خارج از این عموم، اگرچه مخالف واقعی کتاب و سنت است نه آنچه علم به مخالفتش وجود دارد، اما بناگذاری بر اصل عدم مخالفت، در احراز عدم مخالفت واقعی کافی است، کما اینکه در سایر مجاری اصول چنین است» (انصاری دزفولی، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۷). طبق این بیان، اصل در مقام شک، عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت است. بنابراین به عموم المؤمنون عند شروطهم بعد از اجرای استصحاب عدم مخالفت و احراز موضوع، می‌توان استناد کرد و چنین شرطی را نافذ دانست. خارج از عموم المؤمنون عند شروطهم مخالف واقعی کتاب و سنت است نه معلوم المخالفه، ولی از نظر شیخ بنا بر اصل عدم مخالفت برای احراز عدم مخالفت واقعی کافی است؛ همان‌طور که در سایر مجاری اصول چنین است. این در علم اصول در تمسک به عام در شبهه مصداقیه مطرح شده است؛ چرا که نظر مشهور اصولیون عدم جواز تمسک به عام در شبهه مصداقیه خاص است؛ حال در بحث ما که شبهه مصداقیه شرط مخالف کتاب و سنت وجود دارد، تنها راه برای تمسک به عموم قاعده شروط، استصحاب عدم ازلی مورد استناد مرحوم شیخ انصاری است. در واقع با این اصل، موضوع قاعده شروط را نسبت به شرط مشکوک، ثابت و حکم نفوذ شرط را مترتب می‌کنیم.

محقق خراسانی این بحث را در شک در قرشی بودن زن در ذیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه تحت عنوان اصل موضوعی مطرح کرده است (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۲۳) و معرکه آرا در حواشی کفایه بین محشین، مشاهده می‌شود. از قائلان به حجیت مطلق استصحاب عدم ازلی در این بحث می‌توان آخوند خراسانی، شیخ عبدالکریم حائری یزدی (۱۴۱۸ق، ص ۲۱۹ و ۲۲۰)، محقق خویی، شهید صدر (۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۳۵۰) و آیت‌الله وحید را نام برد و از قائلان

به عدم حجیت می‌توان به میرزای نایینی (موسوی خویی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص ۴۶۴)، محقق اصفهانی، آیت‌الله بروجردی (بروجردی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۵۰۶)، امام خمینی (سبحانی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۲) و آیات عظام مکارم (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۱۰۴)، سبحانی (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۵۴۸-۵۴۰)، خامنه‌ای (خامنه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص ۲۷ و ۲۸) و شاهرودی (شاهرودی، ۱۴۰۲ق، ج ۲، ص ۱۷۱) اشاره کرد. قائلان به تفصیل مثل آقا ضیاء (حسینی میلانی، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۳۱۰) و سید محسن حکیم (حکیم، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۵۰۶) نیز وجود دارند. شیخ انصاری در کتاب مکاسب ذیل بحث شک در شرط مخالف کتاب و سنت، این اصل را پذیرفته، اما در رسائل این اصل را رد کرده است (نجم، ۱۳۹۵، مندرج در سایت <https://mfef.ir>)

به نظر می‌رسد حتی اگر بپذیریم که موضوع حکم عام در قاعده شرط با اصل عدم مخالفت مستقیماً اثبات نمی‌شود و در واقع، این عدم مخالفت ازلی شرط با کتاب و سنت (که از باب سالبه به انتفای موضوع است) حالت سابقه یقینی موضوع حکم عام در المؤمنون عند شروطهم نیست، اصل مثبت در اینجا به قضاوت عرف، دارای واسطه خفیه است (انصاری دزفولی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۶۶۴). با این توضیح می‌توان موضوع حکم عام در قاعده شرط را نسبت به شرط مشکوک‌المخالفه ثابت و به عموم قاعده شرط استناد کرد.

محقق خراسانی که موافق شیخ انصاری در مکاسب است، در توجیه جریان اصل عدم مخالفت به دو سؤال عمده پاسخ می‌دهد: سؤال اول اینکه حالت سابق متیقن در اصل عدم مخالفت چیست؟ سؤال دوم اینکه آیا این اصل مثبت نیست؟ در واقع مستمسک مخالفان جریان این اصل در پاسخ به این دو سؤال نهفته است که در ادامه، به نظر ایشان نیز خواهیم پرداخت.

از نظر محقق خراسانی، مخالفت (در شرط مشکوک‌المخالفه) مسبوق به عدم محمولی (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۳۹) است که مفاد لیس تامه در هنگام عدم ثبوت طرف آن است و اگرچه مسبوق به عدم ربطی نیست^۱ (در جریان اصل مشکلی نیست) و اگر اشکال شود که

۱. عدم ربطی مفاد لیس ناقصه است جایی که شرطی بوده یا مخالف یا غیرمخالف (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۳۹).

اصل عدم مخالفت به این معنی غیرمخالف بودن شرط را فقط بنا بر پذیرش اصل مثبت اثبات می‌کند، پاسخ این است که بله، ولی نیازی به اثبات (چیز دیگری) نیست و آنچه با اصل ثابت شد، کافی است یعنی «عدم ثبوت وصف مخالفت برای شرط» و با همین عدم ثبوت وصف مخالفت برای شرط، موضوع روایت المؤمنون عند شروطهم منقح می‌شود؛ چرا که آنچه توسط استثنا از این عموم خارج می‌شود، فقط عنوانی خاص است و هر شرطی که غیر این شرط باشد، تحت عموم باقی می‌ماند، بدون اینکه عنوان خاصی معتبر باشد بلکه هر عنوانی که آن عنوان خاص (در استثنا) نباشد، تحت عموم باقی است و واضح است که شرطی که مخالفت آن ثابت نشده است، از این قبیل است (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۳۹).

مرحوم امام در نقد فرمایش محقق خراسانی دو اشکال زیر را وارد می‌کنند: اولاً ملاک در تشخیص آنچه تحت عنوان عام باقی مانده، ظهور عرفی کلام است و با توجه به اینکه استثنا از شروط است و از طرفی، شروط بر حسب واقع یا شرط مخالف محسوب می‌شوند یا شرطی که مخالف نباشد، بنابراین عنوان مخالفت به خودی خود و با وجود معمولی یا عدم مخالفت در عموم داخل نیستند تا گفته شود که بعد از استثنا باقی مانده‌اند؛ پس ادعای بقای هر عنوانی صحیح نیست.

ثانیاً با فرض پذیرش این ادعا، اشکال این اصل و هر اصل مشابهی، اشکالی است که بر اصل عدم مخالفت شرط با عدم ربطی وارد می‌شود؛ چرا که عناوین معمولیه و نفسیه بر دو قسم‌اند: ۱. عناوینی که نسبتی با خارج ندارند، مثل انسان، عالم و بیاض؛ ۲. عناوینی که با خارج اضافه و نسبتی دارند، مثل مخالفت شرط با کتاب و قرشی نبودن زن. اگرچه این نوع دوم مسبوق به عدم است، مسبوقیت به عدم اطراف و مضاف‌الیه است؛ زیرا بدیهی است که قبل از وجود اطراف اضافه، اضافه، مضاف و مضاف‌الیه معقول نیستند و این نوع از عدم به عدم اطراف، موضوع حکم نیست و آنچه موضوع است، عدم مضاف به شرط و کتاب است و این عدم مسبوق به یقین نیست و به‌طور کلی، ایراد وارد بر کون رابط بر عناوین مضافه به‌نحو یکسان وارد است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۷۶).

محقق خوبی در بررسی جریان اصل عدم مخالفت در محل بحث، ابتدا به تفاوت نظر شیخ در کتاب *رسائل* و رد این اصل در تنبیهات استصحاب اشاره می‌کند (موسوی خوبی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۲۶). آنگاه پس از بیان مخالفت مرحوم نایینی، نهایتاً با فرض پذیرش استصحاب عدم ازلی، جریان این اصل را بی‌اشکال می‌داند؛^۱ اما از نظر وی، نوبت به جریان این اصل نمی‌رسد؛ چرا که شک گاهی در جعل است و گاهی در تغییر حکم با شرط. در قسم اول، یا شک در حکم تکلیفی است یا در حکم وضعی؛ اما شک در حکم تکلیفی مثل این است که کسی کالایی را به زوجه‌اش بفروشد یا او را تزویج کند (به شرط اینکه تن مصرف کند) و شک کنیم که این شرط مخالف کتاب است یا خیر.

بنابر مبنای ایشان در تفسیر مخالفت (که شرط مخالف کتاب در جایی است که با قطع نظر از شرط، متعلق شرط، مخالف کتاب باشد)، شبهه‌ای نیست که این شرط غیرمخالف است؛ چرا که مقتضای اصول عملیه، اباحه شرب تن است؛ زیرا از شبهات بدویه و مجرای اصل براءت است. همچنین ممکن است که حکم مشکوک را با اماره یا با اصول دیگر غیر از براءت به دست بیاوریم. اما اگر در حکم وضعی شک کنیم، به این بیان که شرطی در عقد، شرط شود و در صحت و فساد آن و به تعبیر دیگر، در نفوذ یا عدم نفوذ آن شک کنیم، مقتضای اصل، فساد است و این سخن علمایی است که اصل را در عقود و ایقاعات، فساد می‌دانند. اما اگر شک در تغییر حکم با شرط باشد، باز هم نوبت به اصل نمی‌رسد؛ به دلیل اینکه از نظر ایشان، مقصود از مخالف کتاب آن چیزی است که با فرض نبود شرط، مخالف باشد. بنابراین با شرط تغییر نخواهد کرد، مگر اینکه تخصیصی وجود داشته باشد که این هم نیاز به دلیل دارد و در هر موردی که دلیلی بر نفوذ شرط متعلق به حرام داشته باشیم، به نفوذ آن حکم می‌کنیم و الا به دلیل وجود اخبار متواتری که دلالت بر بطلان شرط متعلق به حرام دارد، به

۱. برای دیدن نظر مرحوم خوبی در پذیرش استصحاب عدم ازلی و نقد آن در محل بحث، ن.ک. سبحانی،

بطلان حکم خواهیم کرد.

نتیجه بحث از نظر محقق خوئی این است که در موارد مشکوک مخالفت، نوبت به جریان اصل عدم مخالفت نمی‌رسد تا بخواهیم در جریان و عدم آن سخن بگوییم؛ اگرچه از نظر ایشان، در علم اصول، ثابت است که منعی از جریان عدم‌های ازلی وجود ندارد (موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۲۶-۳۲۸).

در جمع‌بندی مطالب گذشته، به نظر می‌رسد حتی اگر بپذیریم که موضوع حکم عام در قاعده شرط با اصل عدم مخالفت مستقیماً اثبات نمی‌شود و در واقع، این عدم مخالفت ازلی شرط با کتاب و سنت که از باب سالبه به انتفای موضوع است، حالت سابقه یقینی موضوع حکم عام در المؤمنون عند شروطهم نیست؛ اما اصل مثبت در اینجا به قضاوت عرف، دارای واسطه خفیه است (انصاری دزفولی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۶۶۴). با این توضیح، می‌توان موضوع حکم عام در قاعده شرط را نسبت به شرط مشکوک‌المخالفه ثابت و به عموم قاعده شرط استناد کرد.

از سوی دیگر، حتی با فرض عدم پذیرش استصحاب عدم ازلی برای تنقیح موضوع قاعده شرط نسبت به شرط مشکوک، در شروط مشکوک‌المخالفه نیازی به جریان این اصل نیست؛ زیرا مقصود از شرط مخالف، همان‌طور که گذشت، ملتزم است نه التزام و شرط به معنای مصدری. بنابراین شرط قبل از اینکه متعلق تعهد باشد، اگر مشکوک‌المخالفه بود، به اصول عملیه به اقتضای مورد عمل می‌کنیم. برای مثال، اگر شک کردیم ترک ازدواج دوم حرام است یا خیر و حالت سابقه‌ای هم نداشته باشیم، اصل برائت جاری می‌کنیم.

در جایی که در یک حکم وضعی مثل نفوذ، شک کردیم، بین فقها در جریان اصل صحت یا فساد اختلاف است. نهایتاً در جمع‌بندی مطالب گذشته، می‌توان گفت که اگر در مخالفت شرطی در ضمن عقد ازدواج با کتاب و سنت تردید وجود داشته باشد و به بیان دیگر، قابل قرارداد بودن آن شرط مشکوک باشد، اجمالاً اصل آزادی قراردادی به تقریری که گذشت، جریان دارد.

۲. تفسیر دوم: آزادی در تعیین شروط ضمن عقد نکاح یا بندهای آن

اگرچه ازدواج^۱ در حقوق خانواده فرانسه مانند دیگر قراردادهای نیاز به اراده و رضایت زوجین دارد، وجهه نهادی آن چشمگیر است و این صبغه تا کنون حفظ شده است. در واقع، ازدواج از منظر قانونگذار فرانسوی، وضعیتی قانونی است و با پیوستن زوجین به این وضعیت قانونی، آثار قانونی ازدواج به صورت خودکار مترتب خواهد شد. از این رو، در حقوق فرانسه، صحبت از شروط ضمن عقد ازدواج یا به تعبیری نزدیکتر به فهم حقوقدانان فرانسوی، بندهای قرارداد ازدواج، امری نامانوس و بیگانه است. بیان زیر از حقوقدانان فرانسوی، گویای این مطلب است:

«در اینکه ازدواج یک امر ناشی از اراده فردی است، هیچکس هرگز شک نکرده است. در ماده ۱۴۴ قانون مدنی، چنین مقرر شده است: "در صورت نبود رضایت، ازدواج وجود ندارد." از سوی دیگر، خواسته‌های فردی اصولاً در وضعیت ایجادشده توسط ازدواج تأثیری ندارد. ازدواج یک وضعیت قانونی است که برای کسانی که آن را انتخاب کرده‌اند، الزام‌آور است (ماده ۱۳۸۸ قانون مدنی فرانسه).^۲ آنها نمی‌توانند محتوا را با توافق تعیین کنند؛ مثلاً شرط کنند که ازدواج آنها مصنوعی یا ساختگی، مدت محدود یا غیرقابل انحلال باشد یا از تعهدات زندگی مشترک، کمک یا وفاداری صرف‌نظر کنند» (Malaurie et Fulchiron, 2020, P.104). در مقابل در فقه امامیه در خصوص نکاح، امکان تعیین شروط ضمن عقد وجود دارد و این تفسیری مهم از آزادی قراردادی در حقوق خانواده محسوب می‌شود. تفسیری از آزادی قراردادی در ازدواج که به نظر می‌رسد به آن توجه نشده است. در واقع ابزار شروط ضمن عقد برای اعمال اراده طرفین در امور مالی و غیرمالی در خانواده، به‌وفور به کار گرفته می‌شود؛ اما به این نکته توجه نمی‌شود که این، خود آزادی جدی در اعمال توافقات زوجین

1. Marriag

۲. ماده ۱۳۸۸ قانون مدنی فرانسه: «زوجین نمی‌توانند تکالیف و حقوقی را که از ازدواج برای آنها ناشی می‌شود، اسقاط کنند...».

است.

قاعده شرط و روایات عدیده‌ای که به شروط ضمن عقد نکاح پرداخته‌اند، عملاً آزادی عمل گسترده‌ای را به زوجین در تعیین مقاصد خود اعطا کرده‌اند. شاید بتوان گفت که این تفسیر از آزادی قراردادی مهم‌ترین تفسیر از آزادی قراردادی در حقوق خانواده ایران است؛ به این دلیل که اگرچه در ناحیه تشکیل خانواده، بر خلاف حقوق فرانسه، از شکل ازدواج تجاوز نشده است، زوجین در تعیین شرایطی که در ادامه حیات خانواده یا انحلال آن مؤثرند، آزادی گسترده‌ای دارند.

۳. تفسیر سوم؛ عدم انحصار قراردادهای مشروع به نکاح و دیگر عقود معین و بانام در حقوق خانواده

تفسیر رایج اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران عبارت از عدم محدودیت عقود و قراردادهای خصوصی به عقود ذکرشده در قانون مدنی است که در ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی، توجیه شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۳۲).

تبیین محل بحث در فقه چنین است که اگر محقق، مردد بین صحت یا فساد یک قرارداد کلی از نگاه شریعت باشد و به بیان فقها، شبهه حکمیه وجود داشته باشد، دو نظریه اصلی بین فقها مطرح است. از طرفی، عده‌ای اصل مورد رجوع در این شبهه حکمیه را استصحاب عدم وقوع عقد و فساد دانسته‌اند (حکیم، ۱۴۰۸ق، ج ۱۳، ص ۲۶۴؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۳۲۷؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۲۶۸۳). از سوی دیگر، صحت این عقود با استناد به ادله متعددی، مورد گفتگو واقع شده است. طبیعتاً پذیرش اصل صحت در این مقام، به معنای پذیرش اصل آزادی قراردادی است که در شبهه حکمیه می‌تواند مورد استناد واقع شود.

امروز بعد از گفتگوهای متعدد در فقه و حقوق، این اصل پذیرفته شده و برای اثبات آن، به ادله زیر استناد شده است: آیه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود»^۱ (یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۷۱۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۰، ص ۷۹)، روایت «المسلمون عند شروطهم إلا کل شرط

۱. مانند، ۱.

خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۶؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۵۳؛ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۵)، بنای عقلا (علیدوست، ۱۳۹۵، ص ۵۲۷؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۲۶۸۸)، قاعده مقتضی و مانع (همانجا). در اثبات آزادی قراردادی، ادله دیگری نیز اقامه شده‌اند؛ مانند قاعده صحت (لنکرانی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۵۹۴) که با توجه به کفایت ادله مزبور، متعرض آنها نمی‌شویم.

با پذیرش این اصل، قراردادها در حقوق خانواده، حتی اگر در ضمن عقد نکاح یا در قالب عقود معین یا در ضمن عقد معین دیگری نباشند، نافذ خواهند بود. البته ممکن است کسی قائل به تفسیر مضیق آزادی قراردادی و انصراف آن از موضوعات حقوق خانواده باشد. این نکته نیز قابل تذکر است که آزادی قراردادی به معنای کنار گذاشتن شارع از مقام تشریح نیست؛ بلکه منشأ اعتبار نفس آزادی قراردادی، خود اذن شارع است. در واقع، رابطه آزادی قراردادی با توحید در تشریح مانند رابطه اختیار تکوینی با توحید افعالی است. در توضیح این نکته، این‌گونه گفته شده است: «ضمناً منظور ما از این اصل، کناره‌گیری شارع مقدس در قراردادها نیست؛ زیرا لزوم بیان اصل حکم صحت معامله از سوی شارع، مورد پذیرش قطعی همگان است و حتی کسانی که معاملات مشکوک‌الصحة را به استناد اصل اباحه و اصل براءت یا قاعده تسلیط تصحیح می‌کنند، با استناد به حکم شارع، چنین داوری می‌کنند» (علیدوست، ۱۳۹۵، ص ۵۱۸).

جالب اینجاست که در فرانسه در ازدواج، آزادی قراردادی با تفسیر معروف در حقوق تعهدات اصولاً وجود ندارد. فولشیرون، حقوق‌دان مطرح فرانسوی، این مسئله را این‌گونه توصیف می‌کند: «اینکه ازدواج یک امر ناشی از اراده فردی است، هیچ‌کس هرگز شک نکرده است. در ماده ۱۴۴ قانون مدنی، چنین مقرر شده است: "در صورت نبود رضایت، ازدواج وجود ندارد." از سوی دیگر، خواسته‌های فردی اصولاً در وضعیت ایجادشده توسط ازدواج

۱. گفتنی است که تعبیر المؤمنون در کتب فقهی مشهورتر است، اما در کتب روایی، المسلمون غلبه دارد.

تأثیری ندارد: ازدواج یک وضعیت قانونی است که برای کسانی که آن را انتخاب کرده‌اند، الزام‌آور است (ماده ۱۳۸۸ قانون مدنی فرانسه). آنها نمی‌توانند محتوا را با توافق تعیین کنند؛ مثلاً شرط کنند که ازدواج آنها مصنوعی یا ساختگی، مدت محدود یا غیرقابل انحلال باشد یا از تعهدات زندگی مشترک، کمک یا وفاداری صرف‌نظر کنند (Malaurie et Fulchiron, 2020, P.104).

۴. آزادی نسبی قراردادی در موضوع تشکیل خانواده

همان‌طور که گفتیم، آزادی قراردادی در حقوق خانواده، تمام موضوعات حقوق خانواده را قاعداً در بر می‌گیرد. اما موضوع تشکیل خانواده بحث مستقلی را می‌طلبد. در حقوق خانواده ایران، تشکیل خانواده به وسیله عقد ازدواج، با دو شکل دائم و موقت است. عقد موقت با توجه به محدودیت‌ها و تعهدات کمتر قانونی و شرعی برای زوجین، می‌تواند نمادی از آزادی نسبی در تشکیل خانواده معرفی شود. تشکیل خانواده در حقوق فرانسه، که سال‌های متمادی منحصر در عقد ازدواج بوده است، در تحولات سه دهه اخیر، به دو شکل جدید پیمان همبستگی مدنی و اتحاد آزاد گسترش یافته است.

در مقایسه می‌توان گفت: امروزه حقوق خانواده فرانسه در تشکیل خانواده از آزادی بیشتری برخوردار است. از سوی دیگر، ظرفیت عقد موقت از دیرباز در فقه امامیه، نوعی آزادی نسبی را به زوجین در انتخاب شکل تشکیل خانواده اعطا کرده است. ازدواج معاطاتی نیز اگرچه با مشکل مخالفت با اجماع و سیره مسلمین مواجه است، فارغ از این دو، با مشکلی از جهت دیگر ادله مواجه نیست (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۱۱۱) و ممکن است فقیهی با خدشه در مبادی این اجماع، قائل به صحت این شکل از تشکیل خانواده شود (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۲۲۳-۲۲۵). در این صورت نیز، آزادی بیشتری در قالب تشکیل خانواده را شاهد خواهیم بود. در عین حال باید توجه داشت که نکاح معاطاتی با اتحاد آزاد با تعریفی که در قانون مدنی فرانسه ارائه شده است، تفاوت دارد. طبق ماده ۸-۵۱۵ قانون مدنی فرانسه: پیوند غیررسمی، پیوندی عملی است با ویژگی یک زندگی مشترک پایدار و بادوام

میان دو شخص با جنسیت مخالف یا یکسان که با هم به صورت یک زوج زندگی می‌کنند. همان‌طور که مشاهده می‌شود، پیوند آزاد، مشروط به قصد انشای ازدواج نیست؛ در حالی که در ازدواج معاطاتی، حتماً نیاز به قصد انشای ازدواج است و این قصد باید با لفظ یا غیرلفظی که صریح در قصد طرفین باشد، ابراز شود.

یافته‌های پژوهش

- آزادی قراردادی در حقوق خانواده با تأکید بر ازدواج به‌عنوان شکل اصلی تشکیل خانواده، در رهیافتی نو، حداقل با سه تفسیر مواجه است.
- اصل آزادی قراردادی در تفسیر اول که از این منظر به آن توجه نشده است، همان اصل عدم مخالفت متعلق توافق با قواعد امره حقوق خانواده در موارد مشکوک به مخالفت است. به نظر می‌رسد در حقوق خانواده فرانسه، این اصل جریان ندارد. در حقوق خانواده ایران و فقه امامیه، بعد از بررسی ادله، نگارندگان معتقدند این اصل جریان دارد.
- در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران، در خصوص نکاح، امکان تعیین شروط ضمن عقد وجود دارد و این تفسیری مهم از آزادی قراردادی در حقوق خانواده محسوب می‌شود. تفسیری از آزادی قراردادی در ازدواج که به نظر می‌رسد به آن توجه نشده است. در واقع ابزار شروط ضمن عقد برای اعمال اراده طرفین در امور مالی و غیرمالی در خانواده، به‌وفور به کار گرفته می‌شود. اما به این نکته توجه نمی‌شود که این، خود، آزادی جدی در اعمال توافقات زوجین است. در حقوق فرانسه، صحبت از شروط ضمن عقد ازدواج یا به تعبیری نزدیک‌تر به فهم حقوق‌دانان فرانسوی، بندهای قرارداد ازدواج، امری نامانوس و بیگانه است. از این رو، تفسیر دوم از آزادی قراردادی در حقوق خانواده فرانسه جریان ندارد.
- تفسیر رایج اصل آزادی قراردادی در حقوق ایران، عبارت از عدم محدودیت عقود و قراردادهای خصوصی به عقود ذکرشده در قانون مدنی است که در ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه شده است.

- امروزه بعد از گفتگوهای متعدد در فقه و حقوق، این اصل پذیرفته شده و برای اثبات آن، به ادله متعدد فقهی استناد شده است. با پذیرش این اصل، قراردادها در حقوق خانواده، حتی اگر در ضمن عقد نکاح نبوده یا در قالبی غیر از عقود معین یا در ضمن عقد معین دیگری باشند، نافذ خواهند بود. در حقوق فرانسه، در ازدواج، آزادی قراردادی با تفسیر معروف در حقوق تعهدات اصولاً وجود ندارد.
- در ذیل تفسیر سوم، آزادی قراردادی در موضوع تشکیل خانواده، بحثی مستقل است. در حقوق خانواده ایران، تشکیل خانواده به وسیله عقد ازدواج، با دو شکل دائم و موقت است. عقد موقت با توجه به محدودیت‌ها و تعهدات کمتر قانونی و شرعی برای زوجین، می‌تواند نمادی از آزادی نسبی در تشکیل خانواده معرفی شود. اگرچه ازدواج معاطاتی نیز با مشکل مخالفت با اجماع و سیره مسلمین مواجه است، فارغ از اجماع، با مشکلی از جهت ادله مواجه نیست و ممکن است فقیهی با خدشه در مبادی این اجماع، قائل به صحت این شکل از تشکیل خانواده بشود. در مقابل، اگرچه تشکیل خانواده در حقوق فرانسه سال‌های متمادی منحصر در عقد ازدواج بوده است، در تحولات سه دهه اخیر، به دو شکل جدید پیمان همبستگی مدنی و اتحاد آزاد گسترش یافته است. در مقایسه، می‌توان گفت: امروزه حقوق خانواده فرانسه در تشکیل خانواده از آزادی بیشتری برخوردار است.
- به نظر می‌رسد در حقوق خانواده فرانسه، جریان قراردادی سازی به معنای تغییر قانون به صورت صریح در موارد غیرقابل قرارداد، بازتاب نبود آزادی قراردادی با تفاسیر سه گانه مزبور در حقوق خانواده است. این در حالی است که در حقوق خانواده ایران و فقه امامیه، به نظر نگارندگان، آزادی قراردادی با تفاسیر سه گانه طرح شده جاری است و توجه حقوق دانان و فقها به آن، بایسته است.
- توجه به تفاسیر یادشده در حقوق ایران، می‌تواند به دادرسی در رسیدگی به دعاوی حقوق خانواده در موارد مشکل کمک کند. به ویژه توصیه نگارندگان این است که تفسیر

اول در دایره تقنین وارد شود و به صراحت حکم موارد مشکوک به مخالفت با قواعد امره حقوق خانواده را روشن نماید.

منابع

- قرآن کریم.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد (۱۴۲۰ق). *فرائد الأصول*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- _____ (۱۴۱۱ق). *کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - القدیمة)*، ۳ جلد. قم: منشورات دار الذخائر، چاپ اول.
- بروجردی، آقا حسین (۱۴۱۲ق). *الحاشیه علی کفایه الأصول*. قم: انصاریان، چاپ اول.
- ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ق). *الزبده الفقهیة فی شرح الروضه البهیة*، جلد ۶. قم: دار الفقه للطباعه، چاپ چهارم.
- حائری یزدی، عبدالکریم (۱۴۱۸ق). *درر الفوائد*. قم: النشر الاسلامی، چاپ ششم.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول.
- حکیم، سید محسن (۱۴۰۸ق). *حقاتق الأصول*. قم: بصیرتی، چاپ پنجم.
- خامنه‌ای، سید علی (۱۴۱۷ق). *بحث حول الصابنه*. قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول.
- خراسانی (آخوند)، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
- _____ (۱۴۰۹ق). *کفایه الأصول*. قم: آل البیت، چاپ اول.
- سبجانی، جعفر (۱۳۹۵). *درس خارج اصول*. مندرج در سایت www.eshia.ir.
- _____ (۱۴۲۴ق). *ارشاد العقول الی مباحث الأصول*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول.
- _____ (۱۳۸۲). *تهذیب الأصول تقریرات اصول امام خمینی*. قم: دار الفکر، چاپ اول.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحکام*. قم: مؤسسه المنار.
- شاهرودی، سید محمود بن علی حسینی (۱۴۰۲ق). *کتاب الحج*، ۵ جلد. قم: مؤسسه انصاریان، چاپ اول.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*، ۲۵ جلد. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول.

- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۷ق). *بحوث فی علم الأصول*. قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ سوم.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام*. تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). *فقه و حقوق قراردادها: ادله عام قرآنی*. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: نشر میزان، چاپ دهم.
- لنگرانی، محمدفاضل (۱۴۲۸ق). *العروة الوثقی مع تعلیقات الفاضل*، ۲ جلد. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۴ق). *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*. تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ دوم.
- مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهیه*، ۲ جلد. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد (۱۳۸۵ق). *دعائم الإسلام*. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). *انوار الأصول*. قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین علیه السلام، چاپ دوم.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. ۵ جلد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۵۲). *أجود التقریرات، تقریرات درس محقق نایینی*. قم: مطبعه العرفان، چاپ اول.
- _____ (۱۴۱۸ق). *مصباح الفقاهه*. قم: کتابفروشی داوری.
- نجم، اکبر (۱۳۹۵). «استصحاب عدم ازلی». مندرج در سایت <https://mfefeb.ir>.
- هدایت‌نیا، فرج الله (۱۳۸۷). «نکاح معاطاتی از منظر فقه». *مطالعات راهبردی زنان*، ۱۰(۴۰)، ص ۱۹۶-۲۳۴.
- یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۱۰ق). *حاشیه المکاسب*. قم: انتشارات اسماعیلیان.
- _____ (۱۴۰۹ق). *العروة الوثقی*. ۲ جلد. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.
- Debard, Thierry; Guinchard, Serge (2017-2018). *Lexique des termes juridiques*; 28^e édition, Dalloz.

- Fenouill, Dominique; P. de Vareilles-Sommières(2001). La contractualisation de la famille, P.aris: Economica.
- Fulchiron, Hugues(2017), L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales, « *Disponibilité/indisponibilité: quelques réflexions de synthèse à la lumière d'une étoile morte* », Bruylant,Bruxelle.
- Malaurie, P.hilippe; Fulchiron, Hugues(2020). *Droit de la famille*, 7^{ème} édition,Paris: Lextenso.
- Mazeaud, Henri et leon; Mazeaud, Jean; Chabas, Francois (1995). *La famille*; 7^e édition, Montchrestien.