



## شروط ضمن عقد نکاح

فرحناز خسروشاهی - مدرّس

خارج می‌شود.

قبل از بحث شرایط ضمن عقد نکاح به اختصار نگاهی بر احکام کلی شرط ضمن العقد که در مواد ۲۳۲ الی ۲۴۶ قانون مدنی مطرح شده است ضروری به نظر می‌رسد.

### بررسی کلی شروط ضمن عقد در

#### قانون مدنی

##### واژه شرط

شرط در لغت دارای معنای متعددی است؛ از قبیل رسم، شیوه، واجب، ضرور، عهد و پیمان، معلق کردن چیزی به چیز دیگر و یا وابستن قول یا فعل به چیزی و امثال آن.

### تعریف شرط و اقسام آن:

در قانون مدنی هر چند از شرط تعریفی نشده، لیکن از موارد مربوط به شرط چنین استنباط می‌شود که شرط به معنی التزام و تعهدی تبعی است که ضمن عقد معین و یا در کنار تعهد اصلی ایجاد می‌شود؛ به نحوی که اگر عقد به جهتی از جهات منحل گردد شرط نیز تبعاً منتهی

ضمن عقد بیان و بدین طریق لازم‌الاجرا می‌نمایند، نهاد خانواده نیز از این امر مستثنی نمی‌باشد، زوجه کسی است که علقه زوجیت را به وجود می‌آورد لیکن بر هم زدن این علقه مطابق شرع (الطلاق بید من اخذ بالساق) و قانون مدنی - ماده ۱۱۳۳ - صراحتاً به مرد سپرده شده است. شرع اسلام جهت جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی مردان نسبت به حقوق بانوان در خانواده حقوق متقابلی را برای زنان در نظر گرفته که در صورت تمایل می‌توانند به عنوان شروط ضمن عقد زوج را ملزم به "عمل" به آن شروط نمایند و به این ترتیب از طریق شرعی و قانونی حق استفاده از این شروط را بعد از عقد نکاح برای خود ایجاد نمایند؛ به علاوه در مواردی که ادامه زوجیت به لحاظ عمل ننمودن به شروط مطروحه از جانب زوج موجب عسر و حرج و اضرار بر زوجه گردد، با استفاده از جایگاه قانونی و شرعی این شروط می‌تواند از وکالت در طلاق استفاده نماید. به عبارت دیگر از حق اختصاصی مردان نسبت به طلاق با رضایت و خواست زوج مواردی استثنا و

از آنجا که خانواده از اساسی‌ترین ارکان زندگی اجتماعی است و از دیرباز حقوق اجتماعی زنان در زمینه‌های بسیار همانند نکاح، طلاق، ارث و نفقه مورد تجاوز و سوء استفاده قرار گرفته، مطرح کردن بحث شروط ضمن عقد نکاح از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و از مباحث مورد ابتلا و دارای فواید حقوقی است. قانونگذار نیز به لحاظ اهمیت و اعتبار ویژه عقد نکاح در میان عقود معینه، توجه خاصی را به آن مبذول داشته و با وجود بیان کلی شروط ضمن عقد اختصاصاً در باب نکاح بر این موضوع تکیه کرده و به تفصیل آن را بیان نموده است؛ از جمله می‌توان به شرایط صحت عقد نکاح و وکالت در نکاح اشاره نمود که این خود نشان‌دهنده اهمیت است که قانونگذار برای عقد نکاح قایل بوده است. ضرورت دیگر مطرح نمودن چنین بحثی این است که همانگونه که در معاملات طرفین معامله اغراض خود را به وسیله شروط

خواهد شد. شرط سه قسم است:

۱) شرط صفت؛ ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط صفت را شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله می‌داند، به عبارت دیگر شرط صفت شرطی است که متعلق آن، وصفی از صفات عین شخصی مورد معامله باشد.

۲) شرط نتیجه یا شرط غایت؛ عبارت از حصول و تحقق امر خارجی است که به نفس عقد و به مجرد انعقاد آن حاصل می‌گردد و حصول آن زاید بر عقد متوقف به هیچ عمل و تشریفات و اسباب خاصی نیست. ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط نتیجه را چنین تعریف نموده است: "شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود؛" مانند اینکه یکی از متعاقدین، ضمن عقد شرط نماید که مال معینی از مشروط علیه ملک او شود یا مانند اینکه زن، ضمن عقد نکاح شرط نماید که به مجرد وقوع عقد نکاح مالک منزل وی شود. شایان ذکر است مشروط‌له در شرط صفت و فعل حق اسقاط شرط را دارد به خلاف شرط نتیجه که با انعقاد عقد تحقق می‌یابد و موردی برای اسقاط شرط وجود نخواهد داشت.

۳- شرط فعل؛ اعم از فعل یا ترک که در حقیقت منظور از شرط ضمن عقد به مفهوم واقعی و متداول همین قسم سوم است. ماده ۲۳۴ قانون مدنی در بیان شرط فعل می‌گوید: "شرط فعل آن است که

اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود؛ مثل اینکه به یکی از متعاملین شرط شود که دوزندگی لباس معینی و یا ساختن بنای مشخصی با طرح معین را برعهده گیرد. متعلق شرط فعل می‌تواند امر اعتباری باشد مانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که یکی از متعاقدین مالکیت منزل شخصی یا اتومبیل شخصی خود را به دیگری منتقل نماید. متعلق شرط فعل می‌تواند امر تکوینی نیز باشد؛ مانند شرط خیاطت یا بنای ساختمان بر خلاف شرط نتیجه که متعلق آن صرفاً امر اعتباری است به این جهت که شرط نتیجه به نفس اشتراط و انعقاد عقد تحقق می‌یابد و تحقق آن علاوه بر عقد متوقف بر هیچ امر و فعلی در خارج نیست.

شرایط سه گانه فوق در صورتی الزام‌آور است که فاسد نباشد.

مختصراً اشاره می‌شود که در صورت تخلف از شرط صفت، مشروط له اختیار فسخ خواهد داشت و در صورت تخلف از شرط فعل مشروط علیه اجبار به وفای شرط می‌شود و اگر اجبار او مقدور نباشد ولی انجام فعل به وسیله شخص دیگری میسر باشد، حاکم به خرج مشروط علیه موجبات انجام شرط را فراهم می‌کند، اما اگر اجبار مشروط علیه ناممکن و نیز فعل مشروط از جمله اعمالی نیست که به وسیله غیر انجام آن میسر شود مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت و نیز در صورتی که انجام شرط ممتنع باشد و این

امتناع مستند به فعل مشروط له نباشد، نامبرده اختیار فسخ عقد را دارد.

### شرط فاسد

در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی شرط فاسد را به دو قسم بیان نموده است:

الف - شروط باطلی که مبطل عقد نیست و عبارتند از:

۱) شرطی که انجام آن غیر مقدور است؛ مثلاً اگر طرفین عقد شرط کنند که یکی از متعاقدین بالمباشره کتابی تألیف نماید در حالی که مشروط علیه سواد خواندن و نوشتن ندارد چنین شرطی در عین بطلان به صحت عقد لطمه‌ای نمی‌زند، خواه طرفین معامله یا یکی از آنها به غیر مقدور بودن عالم باشند یا جاهل.

۲) شرطی که نفع و فایده‌ای در آن نباشد، مثل اینکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه به مدت یک سال روزی یک دلو آب از چاه بکشد و دوباره آن را در همان چاه خالی کند چنین شرطی که متضمن نفع و فایده عقلانی نیست باطل است ولی موجب بطلان عقد نخواهد بود.

۳) شرطی که نامشروع باشد اعم از حرمت شرعی یا ممنوعیت قانونی؛ مثل اینکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه حق ادای نماز و روزه واجب خود را نداشته باشد یا موظف باشد بدون اخذ مجوز خروج از کشور مدت شش ماه کشور خود را ترک نماید؛ چنین شرطی نیز

باطل است لکن به صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد.

### آثار شروط فاسد (باطل) غیر مفید

مسئله قابل بررسی در این مورد این است که آیا مشروط له در صورت بطلان یا فساد شرط، حق فسخ عقد را دارد یا خیر؟ چون قصد و رضای طرفین در انعقاد عقد با ملحوظ شدن شرط مزبور تحقق یافته است و در حقیقت انجام شرط را می‌توان به عنوان جزء یا مکمل یکی از عوضین یا هردوی آنها دانست؛ لذا با بطلان شرط قسمتی از عوض یا عوضین فاقد اعتبار می‌گردد و حقیقتاً به مثابه آن است که قسمتی از مورد معامله از مالیت افتاده باشد؛ در این صورت با وجود حکم به صحت عقد نمی‌توان از حق فسخ عقد برای مشروط له گذشت نمود. قانون مدنی صریحاً در این باب تعیین تکلیف نکرده است لیکن از مفهوم ماده ۲۴۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد "اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین انعقاد شرط ممتنع بوده است کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد" چنین استنباط می‌شود که اگر مشروط له علم داشته باشد که شرط مزبور حین انعقاد ممتنع بوده (باطل بوده) دیگر حق فسخ نخواهد داشت. و نیز در مورد شرطی که فایده و نفع عقلانی نداشته باشد، جهل مشروط له به فساد شرط نیز موجب فسخ نخواهد بود؛ زیرا حذف چیزی که نفعی

ندارد، ضرری نیز بوجود نمی‌آورد تا برای جبران آن حق فسخ ایجاد شود.

مطلب دیگر در جهل به شرطی است که نامشروع باشد به این معنی که مشروط له به نامشروع بودن شرط حین عقد جاهل باشد؛ از طرفی چون امری که قانوناً و شرعاً ممنوع باشد، در حکم امری است که قدرت بر انجام آن نباشد "الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً" لذا بازگشت این شرط به شرط غیر مقدور است، بنابراین مشروط له می‌تواند با توجه به ملاک ماده ۲۴۰ قانون مدنی عقد را فسخ نماید.

ب) شروط باطل و مبطل که عبارت است از:

۱) شروط خلاف مقتضای عقد: مقتضای هر عقد نتیجه و اثر مستقیم آن است. نتیجه‌ای که طرفین به قصد حصول آن به انعقاد عقد مبادرت ورزیده‌اند و اثری است که طبق قوانین آمره بر آن عقد مترتب است؛ مثلاً مقتضای عقد بیع تملیک است به این معنا که به محض وقوع عقد، مشتری مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود. حال اگر در عقد بیع شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید، این شرط خلاف مقتضای عقد بیع بوده و علاوه بر اینکه خود "شرط باطل است" موجب بطلان بیع نیز می‌شود؛ زیرا "ما قصد لم یقع" یعنی تعارض میان قصد موجد شرط و قصد به وجود آورنده بیع به وجود آمده که منجر به سقوط هر دو قصد و موجب بطلان شرط و عقد می‌گردد.

۲) شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

صرف مجهول بودن شرط برای بطلان عقد کافی نیست؛ بلکه عقد در صورتی باطل است که یکی از عوضین به علت مجهول بودن شرط مجهول گردد. دلیل ابطال عقد در این مورد خبر مشهور "نهی النبی عن بیع الغرر" است. شرط مجهول موجب غرری شدن معامله می‌گردد و مبطل عقد است؛ مثلاً کسی خانه‌ای را بخرد به شرط اینکه ثمن معامله رانیمی از محصولات کشاورزی خود در سال آینده قرار دهد در اینجا چون میزان محصولات آتی فروشنده مجهول و به عوامل مختلف طبیعی بستگی دارد که پیش بینی آن غیر ممکن است لذا جهل به شرط موجب جهل به یکی از عوضین است و نیز مطابق ماده ۲۱۶ قانون مدنی ناظر به بند ۳ ماده ۱۹۰ یکی از شرایط صحت عقود مبهم نبودن مورد معامله است لذا ابهام ثمن موجب عدم صحت عقد می‌شود.

سایر شروط ضمن عقد که خارج از عناوین شروط فاسد باشد، شروط صحیح خواهد بود. احکام این شروط در مواد ۲۳۵ الی ۲۴۶ قانون مدنی بیان شده که به جهت اجتناب از تفصیل از شرح آن خودداری می‌شود.

### شرایط ضمن عقد نکاح

از آنجا که نکاح یکی از عقود است، احکام راجع به شرایط ضمن عقد درباره آن جاری است؛ لذا شرایط ضمن عقد نکاح نیز واجد همان خصوصیات است

که در احکام کلی آن مقرر می‌باشد. بنابراین تقسیم شرایط ضمن عقد به فاسد و مفسد و صحیح در این عقد نیز صادق است.

### شرایط صحت شروط ضمن عقد نکاح

الف - انجام شرط برای مشروط علیه مقدور باشد؛ به این معنا که ایجاد فعل یا وصف یا خصوصیتی که به نفع مشروط له شرط می‌شود، تحت قدرت مشروط علیه باشد به حسب عادت به نحوی که متمکن باشد از وفای به آن شرطی که ملتزم شده در غیر این صورت چنین شرطی در نزد عقلا لغو و باطل است؛ مانند اینکه شرط کند خرمای نارس را رطب تحویل دهد، چنین شرطی از نظر عقلا لغو و باطل است؛ زیرا تحت سلطنت مشروط علیه نیست بلکه به دست خداوند و تحت تأثیر عوامل طبیعی است. در صورتی که شرط ضمن عقد غیر مقدور باشد، باطل است ولی بطلان آن به صحت عقد لطمه نمی‌زند.

ب - شرط مطروحه در ضمن عقد نکاح باید غرض معتدبه نزد عقلا داشته باشد اگر چه مالیت نداشته باشد. در صورتی که شرط مطروح نفع و فایده عقلانی نداشته باشد، باطل است ولی مبطل عقد نیست.

ج - شرط ضمن عقد باید شرعاً سائغ و جایز باشد و منع شرعی نداشته باشد. شرطی که خلاف شرع و یا خلاف قوانین آمره باشد، فاسد لیکن مفسد عقد نخواهد

بود. منظور از قوانین آمره قوانینی است که در فقه اسلام به عنوان حکم، قرار داده شده و اراده افراد نمی‌تواند آن را تغییر دهد یا تفسیر نماید؛ مثلاً اگر ضمن عقد شرط شود که شوهر حق ندارد زن را طلاق دهد، سلب این حق از شوهر مخالف قوانین آمره و باطل است؛ زیرا طبق حکم شرعی طلاق در دست مرد است؛ اما زن می‌تواند شرط کند که در صورتی که شوهرش زن دیگری را اختیار کند از طرف مرد وکیل در طلاق باشد و پس از اثبات ازدواج مجدد به استناد وکالت مطروحه در شرط ضمن عقد نکاح خود را مطلقه سازد.

د - شروط مطروحه ضمن عقد منافی با مقتضای عقد نباشد؛ مثلاً اگر وکیل زوجه بگوید فلان زن را به ازدواج تو در می‌آورم به شرط اینکه با او همبستر نشوی یا زوجیت حاصل نگردد یا در عقد بیع شرط گردد فلان مال را می‌فروشم به شرط اینکه در آن تصرف نکنی، چنین شروطی مخالف و منافی مقتضای عقد هستند؛ زیرا مباشرت و ایجاد زوجیت هر دو از آثار شرعی و عرفیه عقد نکاح هستند و نیز تملک مبیع برای خریدار، مقتضای عقد بیع است؛ چنین شرطی، باطل و چنین شروطی باطل و مفسد عقد نیز خواهند بود.

بعضی از نمونه‌های شرایط صحیح ضمن عقد نکاح در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مطرح گردیده است: "طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن

عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنماید؛ مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگری بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد. در این ماده تنها شرط فعل بیان شده است؛ البته انتخاب این نوع شرط از باب شیوع این نوع از شروط بوده و مفید حصر نیست؛ لذا شرط صفت و شرط نتیجه نیز همین وصف را دارند چنانکه در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی صریحاً حکم شرط صفت بیان شده و مقرر می‌دارد: هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف موصوف فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل، حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد. در عقد نکاح در مورد شرط فاسدی که مفسد عقد نیست، مشروط له حق فسخ ندارد؛ اگر چه مشروط له جاهل به فساد شرط باشد؛ زیرا موارد فسخ در شرع و قانون معین بوده و جز در آن موارد اجازه فسخ نکاح داده نشده است لیکن اگر از ناحیه شرط فاسد به مشروط له زیانی وارد شود، زیان دیده از جهت تسبیب، حق مراجعه به مسبب را دارد.

شرط خیار فسخ در عقد نکاح به جهت مغایرت با قوانین آمره، باطل است،

زیرا موارد فسخ نکاح در مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۳۲ قانون مدنی معین شده است. ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی صراحتاً بیان می‌دارد: "شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است؛ مشروط به اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد". بنابراین شرط خیار فسخ در عقد نکاح به غیر از صداق طبق ماده فوق با قوانین آمره مغایرت دارد و شرط باطل است. در ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی نیز چنین مقرر شده است: "اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهریه در مدت معین، نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط، باطل است. بطلان شرط فوق نیز به جهت قساد آن به علت مغایرت با قانون است؛ زیرا انحلال نکاح تنها با طلاق و فسخ آن نیز در موارد معین شده است و عدم پرداخت مهریه در مدت معین از موارد انحلال نکاح نیست. اینک به بررسی فقهی یکی از شروط ضمن عقد (شرط ترک ازدواج مجدد زوج در ضمن عقد نکاح) می‌پردازیم. هرگاه زوج در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج، زن دیگری نگیرد، این شرط چه حکمی دارد؟ در خصوص چنین شرطی در فقه نظریات مختلف ارائه گردیده که به سه نظریه عمده اشاره می‌گردد:

الف- چنین شرطی فاسد و مفسد عقد

است.

ب - شرط مزبور با وجود فاسد بودنش، مفسد عقد نیست.<sup>۱</sup>

ج - شرط مزبور صحیح است ولی چنانچه زوج تخلف ورزد و مجدداً ازدواج نماید، ازدواج مجدد باطل نمی‌باشد.

د - شرط مزبور علاوه بر صحت از ازدواج مجدد جلوگیری می‌نماید لذا چنانچه زوج مجدداً ازدواج نماید ازدواج مزبور باطل است.

نظریه اخیر را در کتب قدما نیافتیم میان فقهای معاصر تنها مرحوم آیت‌الله حکیم - طاب ثراه- در منهاج الصالحین می‌گوید:

"و يجوز أن تشرط الزوجة على الزوج في عقد النكاح أو غيره أن لا يتزوج عليها ويلزم الزوج العمل به لو تزوج لم يصح تزويجه".

و جایز است که زوج شرط کند علیه زوج در عقد نکاح یا عقدی دیگر که مرد ازدواج دیگر ننماید. زوج بر چنین شرطی ملزم است و اگر ازدواج نماید، ازدواج مجدد او باطل است.

با توجه به مطالب قبل، توجیه فقهی نظریه فوق کاملاً روشن است. در مورد نظریه اخیر (نظر چهارم) وجوهی برای توجیه آن به نظر می‌رسد که ضمن بررسی فقهی شرط عدم ازدواج مجدد زوج در ضمن عقد نکاح بیان می‌گردد.

### بررسی فقهی شرط ترک ازدواج

#### مجدد در ضمن عقد نکاح از دیدگاه

### قائلان به جواز و صحت آن :

ابتدا بحث ما در مورد صحت چنین شرطی از دیدگاه فقهی و عدم مغایرت آن با کتاب و سنت است که خود از شروط صحت شرط ضمن عقد است و سپس این بحث که آیا این شرط اثر حقوقی دارد یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ به این سؤال که اثر وضعی و حقوقی تخلف زوج از چنین شرطی چه خواهد بود؟ آیا این شرط سلب قدرت و سلطنت از زوج می‌کند یا خیر و سپس بررسی مختصر این شرط از دیدگاه قانون مدنی است. در مورد صحت شرط عدم تزویج و تسری (کنیز گرفتن) در ضمن عقد نکاح و یا هر عقد لازم دیگر میان فقها نظر یکسانی وجود ندارد. اختلاف نظر از آنجا ناشی می‌شود که عده کثیری از فقها آن را تحریم حلال محسوب نموده و در نتیجه مشمول عقد مستثنای "المؤمنون عند شروطهم الا شرط حرم حلالاً او احلاً حراماً" و نیز به روایاتی استناد می‌کنند که آن روایات بر بطلان شرط عدم تزویج و تسری دلالت دارد که این روایات را بررسی خواهیم کرد.

بعضی دیگر از فقها عقیده دارند که مراد از تحلیل حرام و تحریم حلال که از آن نفی شده عبارت است از اینکه مشروط قاعده کلی به وجود آورد و یا حکم جدیدی را در شرع ابداع نماید. قرار دادن شروط اجازه داده شده مگر شرطی که موجب ابداع حکم کلی جدید مثل تحریم

(۱) نظر حضرت امام خمینی در تحریر الوسیله

تزوید مجدد شود هر چند که تحریم فقط نسبت به نفس خود باشد چرا که خداوند تعالی فرموده "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى او ثلاث او رباع" بنابراین شرط عدم تزویج را تحریم حلال و مالا مشمول نهی مذکور در استثنای حدیث مزبور می‌دانند و به همین لحاظ آن را باطل می‌شمارند و قول مشهور در میان فقهای امامیه همین قول است؛<sup>۱</sup> اما کسانی که معتقدند شرط مزبور صحیح است می‌گویند شرط عدم تزویج و تسری، تحریم حلال نیست و آنچه از حدیث "المؤمنون عند شروطهم الا شرط حرم حلالاً او احلّ حراماً" استثنا شده و مورد نهی واقع شده همانا تحریم حلال یا تحریم مباح و مستحب است که در این صورت مخالف با حکم شرع و باطل است ولی شرط اتیان فعل مباح و یا ترک آن و نیز شرط ترک فعل مستحب و اتیان مکروه، نافذ و غیر مخالف شرع است و در اثبات ادعای خود به روایت نیز استناد می‌کنند که خواهیم آورد. اجمالاً می‌توان گفت که نظر اخیر بر این است که شرط عدم تزویج با شرط تحریم تزویج متفاوت است؛ لذا اگر زوجه به زوج شرط ترک فعل مباح را که ازدواج مجدد است، بنماید، شرط صحیح است ولی اگر شرط تحریم تزویج با زنان دیگر را بنماید، این شرط باطل است و مشمول عقد مستثنای قاعده "المؤمنون عند شروطهم" می‌گردد؛ زیرا تحریم مباح را در بردارد. معتقدان به نظر اخیر ضمن ردّ دلالات اخباری که از آنها جهت بطلان

شرط ازدواج مجدد استفاده شده است، می‌افزایند انصاف این است که برحسب روایات اشکالی در صحت شرط مذکور وجود ندارد، پس اگر اجماع یا شهرت بر بطلان شرط مذکور اقامه شود و احتمال نکول مجعین بر اجتهاد از روایات وجود نداشته باشد خلافی در قول به فساد این شرط وجود ندارد و اشکالی در این نیست اما این توجیه را نیز رد می‌نمایند.

### عدم مغایرت شرط ترک ازدواج مجدد زوج از جانب زوجه با کتاب و سنت الهی:

برای اثبات صحت چنین شرطی ابتدا باید عدم مغایرت این شرط را با کتاب و سنت الهی از نقطه نظر فقهی بررسی نماییم. قاعده "المؤمنون عند شروطهم" از قواعد مشهور فقهی است که مورد استناد در شرط مورد بحث می‌باشد. در مدارک این قاعده روایاتی موجود است که مورد استناد قائلان به بطلان این شرط می‌باشد و ذکر آنها ضروری به نظر می‌رسد:

عن ایوب بن نوح بن صفوان عن منصور ابن یونس عن عبد صالح قال: "قلت له رجلاً من موالیك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فاراد أن يراجعها فابت عليه الآن يجعل عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فاعطاها ذلك، ثم بداله في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع؟ فقال: بش ما صنع، و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فكيف

للمرأة بشرطها فان رسول الله ﷺ قال: المؤمنون عند شروطهم" بر طبق مضمون روایت زوج باید به شرطی که نموده عمل نماید به دلیل قول نبی ﷺ در مورد وجوب وفای به شرط بنابراین زوج نمی‌تواند زن را طلاق دهد و نیز نمی‌تواند زن دیگری را تزویج نماید. در استدلال به رد چنین شرطی از جانب زوجه گفته شده که "الطلاق بيد من اخذ بالساق" اختیار طلاق به دست مرد سپرده شده و زوجه با چنین شرطی اختیار او را می‌گیرد و این مخالفت با سنت است و نیز شرط دیگر که عدم ازدواج مجدد است در روایت رد شده و مورد اشکال واقع شده با این بیان که چنین شرطی مخالف کتاب است چرا که قرآن کریم می‌فرماید: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء..."، امر بعد از حذر دلالت بر جواز ازدواج مجدد می‌نماید، لذا گفته‌اند چنین شرطی مخالف کتاب است. برای توجیه نظر خود و اثبات صحت چنین شرطی و عدم مغایرت آن با کتاب و سنت و جواب به دو نظر مخالف، لازم است در مورد روایت مذکور از چند جهت بحث شود؛ ابتدا از حیث دلالت ظهور روایت، در متن روایت "قاعده المؤمنون عند شروطهم" آورده شده، "المؤمنون" جمع محلاى به الف و لام که افاده عموم می‌کند و منحل می‌شود به عموم مؤمنان که نسبت به شروطی که بر خود قرار می‌دهند نه بر دیگران، ملتزم به وفای به

(۱) منظور امام موسی ابن جعفر علیّه السلام است

آن هستند؛ ما باید مجموع را در نظر بگیریم که شرط، مخالف با کتاب نباشد، حلالی را حرام و حرامی را حلال نکند و موافق با کتاب باشد. با کنار هم گذاشتن این سه واژه می‌توان گفت "المسلمون يجب الوفاء بما التزم على نفسه بشرط ان لا يكون ذلك الملتزم مخالفاً للكتاب بل موافقاً للكتاب" این دو عبارت با هم فرقی ندارند با اثبات یک طرف، طرف دیگر هم ثابت می‌شود، عمده این است که: "... الا حرم حلالاً او احل حراماً" نباشد. روشن است که حلال کردن حرام خدا با شرط ضمن عقد، تشریع است و حرام و شرط فاسد و باطل است. آیا در جایی که امری مباح است و به موجب شرط بخواهند آن را بر مشروط علیه ممنوع و حرام نمایند، "المؤمنون عند شروطهم..." شامل چنین شروطی می‌شود یا خیر؟ بدیهی است که حرام نمودن امر مباح نیز در شرع مقدس تشریع است و حرام؛ ولی در شرط مورد بحث مشروط له (زوجه) نمی‌خواهد امر مباح را حرام نماید بلکه می‌خواهد التزام عملی به شرط ترک ازدواج مجدد را به نفع خود ایجاد کند. شرط مشروط له، حرمت ازدواج مجدد نیست بلکه انجام ندادن آن است. ملتزم زوج در شرط مذکور، ترک فعل است؛ چنین شرطی معنایش این نیست که تزویج مجدد زوج حرام است، بنا براین شامل "حرم حلالاً" نمی‌شود لذا زوج باید به شرطی که پذیرفته متعهد باشد. قابل ذکر است که عده‌ای از فقها بطلان چنین شرطی را اصل مسلم

گرفته‌اند و صاحب وسائل، بابی را در بطلان چنین شرطی آورده است. حال روایات معارض را به نحو مختصر بررسی می‌نمایم.

**روایت اول:** محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن علی بن الحکم عن عبدالله الکاهلی عن حمادة بنت الحسن اخت ابی عبيده هذا قال: "سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة و شرط لها ان لا يتزوج عليها و رضيت ان ذلك مهرها، قالت: فقال ابو عبدالله عليه السلام: هذا شرط فاسد لا يكون النكاح الا على درهم او درهين" و رواه الشيخ باسناد عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن الكاهلي مثله.

آیا مفاد و معنای روایت این است که چون شرط کرده که زن دیگری نگیرد، فاسد است یا اینکه قرار دادن چنین شرطی به عنوان مهریه فاسد است؟ قائلان به بطلان شرط عدم ازدواج مجدد زوج به این روایت استدلال کرده‌اند که شرط فاسد است؛ در حالی که روایت به این معنا نیست بلکه در بیان این مطلب است که چنین شرطی مهر نیست. مهریه زن پول است نه شرط، در خود متن روایت علت بطلان شرط را چنین بیان می‌کند "لا يكون النكاح الا على درهم او درهين" این روایت دلالتی بر فساد شرط عدم ازدواج مجدد زوج ندارد بلکه فساد شرط از ناحیه عدم وجود مهریه در چنین عقدی است.

**روایت دوم:** عن علی بن الحکم عن

موسی بن بکر عن زراره: "ان ضریعاً کانت تحتہ بنت حمران فجعل لها ان لا يتزوج عليها و لا يتسرى ابدأ فی حياتها و لا بعد موتها، علی ان جعلت له هی ان لا تزوج بعده ابدأ و جعلاً علیها من الهدی و الحج و البدن و کل مال لها فی المساکن ان لم یف کل واحد منهما لصاحبه ثم انه اتى ابا عبدالله عليه السلام فذكر ذلك له فقال: "ان لابنة حمران حقاً و لن یحملنا ذلك علی ان لا نقول لك الحق اذهب فتزوج و تسرفان ذلك ليس بشيء، فجاء فتسرى و ولد له بعد ذلك اولاد" و رواه الصدوق باسناده عن موسی بن بکر نحوه.

این روایت را نیز در می‌نمایم. اولاً در روایت، کلمه شرط نیست و نذر است و به لفظ جعل لها و جعلت له آورده شده است. و می‌گویند نذرشان باطل است زیرا قصد تقرب در نذر، شرط صحت آن است (لا نذر الا فی طاعة) به علاوه اگر بخواهیم این مورد را شرط محسوب کنیم، شرط ابتدایی است که لازم الوفاء نیست. هسمانطور که از دو روایت گذشته و روایات مشابه آن مشهود است؛ شرط عدم ازدواج مجدد زوج در ضمن عقد نکاح از جانب زوجه شرط فاسد نیست بلکه از روایتی از امام موسی کاظم عليه السلام که قبل از این هم آن را ذکر نمودیم نکاتی را در می‌یابیم. راوی می‌گوید به حضرت عليه السلام گفتم:

فردی از دوستان شما زنی را تزویج نمود و سپس طلاق داد. پس از به سر آمدن عده زن، مرد خواست رجوع کند اما زن از پذیرش عقد نکاح ابا کرد مگر اینکه

مرد نذر کند او را طلاق ندهد و زن مجدد نگیرد. مرد آن شرط را پذیرفت. اما فردای آن روز از شرطی که پذیرفته پشیمان شده است. حالا چه کند؟ حضرت موسی بن جعفر علیه السلام فرمودند: چرا این نذر را کرد؟ چه کار بدی کرد چه می دانست که عقیده اش عوض نمی شود و فرمودند باید وفا کند به شرطش و عمل نماید به شرطش بدرستی که رسول الله صلی الله علیه و آله فرمودند: "المؤمنون عند شروطهم" به دنبال مفهوم شرط در روایت، عبارت "فکیف بها" آمده بنابراین شرط مذکور در ضمن عقد نباید امری را که حرام است حلال و مجاز نماید یا موجب ترک واجب شود؛ زیرا تشریح حکم تنها از جانب شارع جایز است لذا امر مستحب یا مکروه یا مباحی که قبل از وجود شرط نیز می توان آن را ترک نمود یا انجام داد اگر به موجب شرط بخواهیم انجام یا ترکش را بر مشروط علیه الزام نماییم، صحیح است و مشمول "المؤمنون عند شروطهم" می گردد. البته احکام تابع همان حکمی است که شارع از مستحب و مباح و مکروه و واجب قوار داده است. در اینجا نیز خود "شرط" واجب نمی شود بلکه "وفای به شرط" واجب است، شرط به ذات فعل می خورد نه به فعل رنگدار. اگر شرط مذکور در ضمن عقد، رنگ و عنوان فعل را عوض می کرد، تصرف در احکام تکلیفیه می شد؛ در حالی که شرط مذکور نیز در ضمن عقد هیچ تصرفی در احکام تکلیفیه ندارد؛ بنابراین مغایرتی با سنت ندارد و نیز به اطلاق و عموم آیه شریفه

"یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود" شامل شرط مذکور نیز می گردد و از این حیث مخالفتی با کتاب ندارد.

### اثر وضعی و حقوقی مخالفت مشروط علیه (زوج) با شرط مذکور در ضمن عقد:

در صورتی که زوج به شرطی که تعهد نموده وفا نکند و با امر مشروط یعنی ترک ازدواج مجدد مخالفت کند، اثر وضعی مخالفت زوج چه خواهد بود؟ به بیان دیگر ضمانت اجرایی این شرط چیست؟

به موجب اطلاق و عموم آیه شریفه "یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود" بر زوج لزوم وفای به شرط واجب است تا جایی که آن شرط با حکم شرع مخالفت ننماید؛ زیرا بر اثر این شرط، قدرت شرعی زوج در عالم تشریحی سلب می شود؛ چرا که در چنین حالتی خود قانونگذار و شارع مقدس فرد را واجد قدرت شرعی نمی داند لذا زوج نمی تواند کاری را که مشروط است به قدرت شرعیه بر خلاف شرع انجام دهد. بدون شک کلیه عقود و ایقاعات نیاز به تنفیذ شارع دارند. یعنی وفای به عقود، مشروط به قدرت شرعیه است. اگر در همین مورد در بعضی از حالات عقود، شرطی قرار داده شد لازمه صحت این شرط و لزوم وفای به آن، سلب قدرت شرعیه از مشروط علیه در دایره شرطی است که آن را پذیرفته است؛ قهراً افعالی که مشروط به قدرت شرعیه هستند، اگر با فقد قدرت شرعیه صورت گیرند کان لم یکن و ملغی و بدون

هیچ گونه اثر حقوقی و فقهی خواهند بود. زیرا مشروط علیه با پذیرش شرط، سلطنت شرعیه بر انجام هر نوع فعلی را که منافات با انجام شرط داشته باشد، از خود سلب نموده است؛ پس قایل به بطلان آن عمل می شویم "الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً" چون قدرت شرعیه بر انجام آن را ندارد و از آنجا که محل شرط باقی است "المؤمنون عند شروطهم..."؛ لحظه به لحظه بر مشروط علیه حکم به وجوب وفای به شرط می نماید. این در جنبه فعل و انجام دادن تعهد و شرط است اما در جنبه ترک مانند شرط مورد بحث که مشروط له (زوج) شرط ترک ازدواج مجدد را بنماید، زوج با پذیرش این شرط، قدرت شرعی ازدواج مجدد را از خود سلب می نماید. به موجب صحت این شرط و لزوم وفای به آن چنانچه زوج بر خلاف شرط مذکور اقدام به ازدواج مجدد بنماید بر فعل او یعنی ازدواج مجدد هیچ گونه اثر حقوقی و شرعی بار نمی شود زیرا آن فعل مشروط است به قدرت شرعیه و مفروض این است که قدرت شرعیه بر اثر این شرط از او سلب شده، قهراً مشروط علیه قدرت شرعی بر انجام چنین کاری را از دست می دهد؛ بنابراین در صورت ازدواج مجدد، آن فعل در عالم اعتبار تشریحی ملغی و بی اثر خواهد بود و هیچ گونه اثر فقهی و حقوقی بر آن بار نمی شود و عقد مجدد باطل است، زیرا "الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً" هنگامی که فردی امتناع تشریحی بر انجام فعلی دارد مانند کسی است که از



حیث وقوع امتناع فعل در خارج قدرت تکوینی از او سلب شده است؛ مگر اینکه مسائلی مورد شرط واقع شده باشد که مشروط به قدرت شرعی نباشد و فقط قدرت تکوینی در وفای به آن کافی باشد؛ مثلاً شرط کند که آب خوردن را ترک نماید و بعد بر خلاف شرطش عمل کند. از آنجا که آب خوردن قدرت تشریحی نمی‌خواهد؛ لذا مخالفت با شرط در این مورد اشکالی ندارد. در مسأله شرط بر ترک فعلی، فرق است بین مواردی که قدرت شرعی نقش داشته باشد یا نداشته باشد.

### شرط ترک ازدواج مجدد در قانون

#### مدنی

غالب حقوقدانان شرط مزبور را به لحاظ مخالفت با قوانین آمره نامشروع و در نتیجه باطل می‌شمارند. ماده ۹۵۹

قانون مدنی مقرر می‌دارد: "هیچ کس نمی‌تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند" به موجب این ماده شرط عدم تزویج، شرط عدم اجرای قسمتی از حقوق مدنی بطور کلی است که مورد نهی قانونگذار واقع شده است هر چند که برای مدت و دوران بقای زوجیت باشد؛ زیرا شرع و عرف به عقد نکاح به عنوان عقد دائم می‌نگرد نه موقت و محدود به زمان خاص، یعنی فرض بر این است که در نکاح دائم زوجین یا لاقلاً یکی از آن دو مادام‌العمر به عقد پایبند هستند پس اسقاط حقی برای آن مدت، اسقاط حق بطور مادام‌العمر فرض می‌شود نه محدود به زمان خاص اما از مفهوم ماده ۹۵۹ قانون چنین برمی‌آید که شرط عدم تزویج با یک یا چند زن معین لازم الوفا است بنابراین افراد می‌توانند بطور جزئی حق

تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نمایند و شرط عدم تزویج با یک یا چند زن معین، شرط عدم اجرای قسمتی از حقوق مدنی بطور جزئی است. لذا مفهوم مخالف ماده مزبور دلالت بر جواز سلب حق اجرای قسمتی از حقوق بطور جزئی دارد. با توجه به بحثهای گذشته در مورد صحت چنین شرطی و عدم مغایرت آن با کتاب و سنت و به اطلاق آیه شریفه "أوفوا بالعقود" و نیز به موجب "المؤمنون عند شروطهم" وجوب وفای به آن لازم و ضروری است، بنابراین به نظر می‌رسد ذکر شروطی که از دیدگاه فقهی و قانونی منعی از آنها وجود ندارد، در قانون مدنی به عنوان تبصره‌ای بر ذیل ماده ۹۵۹ قانون مدنی خالی از وجه نباشد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

#### منابع:

- ۱- قانون مدنی
- ۲- صحیح مسلم، کتاب البیوع
- ۳- سنن ابو داود: کتاب البیوع، باب بیع الغرر
- ۴- محقق داماد - سید مصطفی: حقوق خانواده
- ۵- الموسوی البجنوردی - میرزا حسن: القواعد الفقهیه، ج ۳
- ۶- انصاری - شیخ مرتضی: مکاسب
- ۷- امام خمینی (ره): البیع، ج ۵
- ۸- الحر العاملی - شیخ محمد بن الحسن: وسائل الشیعه، کتاب نکاح، باب ۲۰، ابواب المهور