

## بررسی فقهی حقوقی ضمانت اجرای مدنی شرط عدم طلاق

امین نجفیان<sup>۱</sup>

فرج‌الله هدایت‌نیا<sup>۲</sup>

### چکیده

براساس آیات و روایات، حق طلاق در اختیار مرد است. سوءاستفاده برخی مردان از این حق به افزایش آمار طلاق در ایران منجر شده است. برای جلوگیری از سوءاستفاده از حق طلاق، می‌توان به صورت قراردادی حق طلاق مرد را در ذیل عقد نکاح و به صورت شرط ضمن عقد، محدود کرد. در مشروعیت تحدید قراردادی حق طلاق زوج به صورت شرط فعل، تردید وجود ندارد؛ به این معنا که زوج متعهد می‌شود جز در موارد خاص از قبیل نافرمانی و یا ناتوانی از مسائل خاص زناشویی، همسر خویش را طلاق ندهد. شرط عدم طلاق به لحاظ مدنی دارای ضمانت اجرای مستحکمی است. ضمانت‌های اجرایی مدنی از قبیل جبران خسارت معنوی، بطلان و عدم نفوذ برای متخلف از شرط عدم طلاق، می‌تواند بررسی شود. از میان ضمانت‌های اجرایی مدنی یادشده در قانون مدنی، عدم نفوذ طلاق، ضمانت اجرای مناسبی برای شرط عدم طلاق است. به عبارت دیگر، وقتی زوج شرط می‌کند زوجه را طلاق ندهد؛ به این معناست که شرعاً حق اجرای طلاق را از خود سلب کرده است و لذا زوج نمی‌تواند زوجه را طلاق دهد. به تعبیر فقها «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً»؛ یعنی زوج با شرط عدم طلاق شرعاً حق اجرای طلاق را از خود سلب می‌کند. البته این مطلب غیر از سلب کلی حق طلاق از زوج است. به عبارت دیگر، با شرط عدم طلاق، حق طلاق برای زوج محفوظ است، ولی حق اجرای آن را جز در موارد خاص ندارد و اگر در غیر از موارد یادشده به طلاق اقدام نماید، طلاق وی نافذ نخواهد بود.

**واژگان کلیدی:** تحدید حق طلاق، شرط ضمن عقد، شرط عدم طلاق، ضمانت اجرای مدنی.

## مقدمه

در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان شروط را به دو دسته شروط باطل و صحیح تقسیم کرد. شروط صحیح خود سه قسم است؛ شرط نتیجه، شرط وصف و شرط فعل. ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط فعل را این‌گونه تعریف می‌کند: شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود. حال این فعل یا ترک فعل می‌تواند مادی یا حقوقی باشد. در این صورت چهار شکل از شرط فعل قابل تصور است که طبیعتاً هر کدام آثار و احکام متفاوتی دارد؛ شرط فعل مادی، شرط عدم فعل مادی، شرط فعل حقوقی و شرط عدم فعل حقوقی یا همان شرط ترک فعل حقوقی (محقق داماد، ۱۳۹۱ش، ص ۵۰-۴۲).

شرط ترک فعل حقوقی یعنی اینکه یکی از متعاقدين در ضمن عقد شرط کند فلان عمل حقوقی را انجام ندهد. برابر این تعریف، شرط عدم طلاق در ضمن عقد نکاح، شرط ترک فعل حقوقی خواهد بود؛ زیرا طلاق یک عمل حقوقی و شرط ترک آن، شرط ترک فعل حقوقی است. همان‌طور که بیان شد، هر یک از چهار صورت شرط فعل دارای آثار و احکامی است که در این فصل فقط به آثار و احکام شرط ترک فعل حقوقی که مورد بحث این پژوهش است، پرداخته خواهد شد.

در خصوص آثار و احکام شرط ترک فعل حقوقی و ضمانت اجرای آن مطالب نسبتاً زیادی نگاشته شده، ولی درباره شرط عدم طلاق به عنوان نمونه‌ای از شرط ترک فعل حقوقی وضعیت متفاوت است. با وجود این و به لحاظ اهمیت موضوع آثار تخلف از شرط عدم طلاق باید به صورت جداگانه مطالعه شود.

در این پژوهش، ضمانت اجرای این شرط از دیدگاه مدنی بررسی می‌شود. از آنجا که شرط عدم طلاق، شرط ترک فعل حقوقی است، لذا باید ضمانت اجرای مدنی شرط ترک فعل حقوقی درباره این شرط بررسی گردد. از دیدگاه قانون مدنی، برای شرط ترک فعل حقوقی ضمانت‌های اجرایی از قبیل الزام به انجام تعهد، صحت عمل حقوقی و اثبات حق فسخ برای مشروطه، بطلان عمل حقوقی، عدم نفوذ عمل حقوقی و جبران ضرر و زیان

وارده، می‌تواند بحث و بررسی شود.

## ۱. بررسی فقهی حقوقی الزام به انجام تعهد

در نظریات فقها و حقوق‌دانان پیرامون وجوب شرعی و الزام قانونی انجام تعهد مطالبی بیان شده است که در دو بند بررسی می‌شود.

### ۱.۱. الزام به انجام تعهد در آرای فقها

شهید ثانی در مسالک الافهام ضمن واجب دانستن لزوم وفای به شرط، معتقد است اگر مشروط‌علیه تخلف از شرط نمود، به دلیل لزوم وفای به شرط مستفاد از حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، اگر ممکن باشد باید متخلف از شرط را به پایبندی و انجام شرط اجبار نمود و در صورتی که اجبارش ممکن نشد، از حاکم خواسته شود تا متخلف را مجبور نماید و اگر این هم مقدور نبود، حق فسخ برای مشروط‌له ثابت است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۲۷۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۲۱۸). این قول به مشهور نسبت داده شده است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص ۲۵۰؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ص ۹۲).

### ۲.۱. الزام به انجام تعهد در قانون مدنی

در قانون مدنی به صورت مستقیم در خصوص تخلف از شرط ترک فعل حقوقی سخنی به میان نیامده است، اما از مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی می‌توان الزام به تعهد را در مورد شرط عدم طلاق برداشت نمود. خلاصه این مواد از قانون مدنی این است که در صورت تخلف از شرط، مشروط‌له می‌تواند به حاکم مراجعه و الزام مشروط‌علیه را درخواست نماید. در ماده ۲۳۸ تصریح شده است که اگر اجبار و الزام متعهد به وفای به شرط ممکن نباشد، در صورتی که این الزام از سوی دیگری امکان داشته باشد، حاکم می‌تواند با هزینه ملتزم، موجبات انجام تعهد را فراهم آورد. ماده ۲۳۹، در صورتی که الزام ملتزم به انجام تعهد ممکن نباشد، حق فسخ معامله را برای مشروط‌له ثابت می‌داند.

### ۳.۱. نقد و بررسی

همان‌طور که ملاحظه شد، قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر فقها، مشروط‌علیه را به

انجام تعهداتش ملزم می‌داند. این الزام می‌تواند هم به واسطه حاکم و هم شخص ثالث باشد. از نظر مشهور فقها و همچنین برابر ماده ۲۳۹ قانون مدنی، در صورت عدم امکان اجبار و الزام ملتزم به انجام تعهد، حق فسخ برای مشروط‌له ثابت است. بدیهی است دلیل الزام متعهد به تعهداتش از دیدگاه فقها و به تبع آن حقوق‌دانان، «وفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد.

ظاهراً این الزام، در بیان فقها مربوط به شرط فعل است. آیا می‌توان همین التزام را در خصوص شرط ترک فعل هم به کار برد؟ به نظر می‌رسد تفاوتی بین شرط فعل و شرط عدم فعل نباشد؛ به عبارتی، همان‌گونه که حاکم می‌تواند مشروط‌علیه را ملزم کند که فلان تعهدش را انجام دهد، می‌تواند وی را به ترک فعل ملزم نماید. اما نکته مهم این است که این الزام ممکن است در خصوص شرط فعل مادی کارایی داشته باشد، اما در مورد شرط فعل حقوقی و یا شرط ترک فعل حقوقی کارآمد به نظر نمی‌رسد؛ زیرا نظریه مشهور فقها صحت فعل حقوقی در صورت تخلف از شرط است.

برای مثال، اگر زوجه بر همسرش شرط نماید همسر دیگری اختیار نکند، برخی از فقها می‌گویند این شرط صحیح است، ولی اغلب فقها معتقدند در صورت تخلف از شرط و ازدواج مجدد زوج، نکاح جدیدش صحیح خواهد بود. حال با فرض صحت نکاح جدید زوج که یک عمل حقوقی است، آیا امکان دارد بگوییم چون زوج تخلف از شرط نموده است، پس حاکم او را به انجام شرطش ملزم نماید؟ این الزام زمانی انجام می‌شود که زوج، همسر دوم را طلاق دهد یا نکاح جدید را فسخ نماید. بدیهی است این نظر، مخالف نظر بیشتر فقها، و غیرمشروع است. هرچند دیدگاه‌های دیگری همچون بطلان نکاح جدید وجود دارد که در جای خود نقد و بررسی خواهد شد.

در بحث شرط عدم طلاق نیز الزام به انجام تعهد از سوی حاکم یا شخص دیگر امکان‌پذیر نیست، زیرا معنای ملزم شدن زوج به شرط عدم طلاق این است که طلاق او را باطل بدانیم؛ به عبارت دیگر، الزام به انجام تعهد، خروج تخصصی از موضوع دارد، زیرا شرط عدم طلاق، شرط ترک فعل حقوقی است و اغلب فقها معتقدند اگر زوج از شرطش تخلف

نمود و همسرش را طلاق داد، این تخلف از شرط مانع تحقق و صحت طلاق نخواهد بود و لذا در اینجا الزام و اجبار به انجام تعهد معنا پیدا نمی‌کند.

با فرض امکان الزام وفای به شرط عدم طلاق، به این معنا که حاکم طلاق زوج را باطل نماید، در این صورت در زندگی، وقوع طلاق عاطفی قوت گرفته، لذا هدف شارع که همان تحکیم بنیان خانواده در پرتو عشق و محبت زوجین است، حاصل نمی‌شود. ضمن اینکه اجبار و الزام زوج در بازگشت به زندگی با زوجه، باعث ذلت و خواری زن است، زیرا زن نیاز دارد مورد عشق و محبت همسرش قرار بگیرد و این در واقع، بازگشت اجباری زوج به زندگی فاقد عشق و محبت به همسر خواهد بود.

مطلب دیگر آنکه فقها و قانون مدنی، در صورت عدم امکان الزام مشروط‌علیه به انجام تعهداتش، حق فسخ را برای مشروط‌له ثابت می‌دانند. معنای این حرف آن است که در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق و طلاق زوجه و عدم امکان الزام و اجبار زوج در عمل به شرط، زوجه حق فسخ نکاح را خواهد داشت. این بیان ممکن است در خصوص برخی افعال حقوقی صحیح باشد، اما قطعاً در مورد نکاح قابل قبول نیست؛ زیرا مواردی که به فسخ نکاح منجر می‌شود، منحصر به خیار عیب، تدلیس و تخلف از شرط وصف است.

نتیجه اینکه درست است که الزام به انجام تعهد در مورد شرط فعل می‌تواند نمونه‌ای از ضمانت اجرای مدنی باشد، ولی ظاهراً کاربرد آن در مورد شرط فعل مادی بیشتر است و در خصوص شرط عدم فعل حقوقی از قبیل شرط عدم طلاق و شرط ترک ازدواج مجدد نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد، زیرا با فرض قبول این‌گونه ضمانت اجرا، تأثیر نامطلوبی بر بنیان خانواده و روابط زوجین خواهد داشت.

## ۲. بررسی فقهی حقوقی عدم نفوذ و بطلان عمل حقوقی

یکی دیگر از ضمانت‌های اجرایی که در صورت تخلف از شرط ترک فعل حقوقی مطرح شده است، بطلان عمل حقوقی حاصل از تخلف است؛ به این معنا که اگر شخصی به صورت شرط، تعهد کند فلان عمل حقوقی را انجام ندهد، در صورت تخلف از شرط و انجام عمل حقوقی یادشده، این عمل باطل خواهد بود.

توضیح این ضمانت اجرا در موضوع شرط عدم طلاق که شرط ترک فعل حقوقی است، این‌گونه خواهد بود؛ اگر زوجه بر زوج شرط کند که او را طلاق ندهد، در صورت تخلف از شرط، طلاق باطل خواهد بود. به‌طور کلی در میان فقها دو نظر در خصوص بطلان عمل حقوقی حاصل از تخلف شرط وجود دارد. بیشتر فقها قائل به صحت این عمل حقوقی و برخی از آنان قائل به بطلان فعل حقوقی هستند که به تفصیل نقد و بررسی خواهد شد.

### ۱.۲. بررسی فقهی بطلان عمل حقوقی

همان‌طور که بیان شد، بطلان عمل حقوقی در بحث شرط عدم طلاق، بطلان طلاق حاصل از تخلف شرط است. به عبارت دیگر، در شرط عدم طلاق، اگر زوج تخلف از شرط نماید و همسرش را طلاق دهد، برخی از فقها به بطلان این طلاق قائل هستند که در ادامه به بیان دیدگاه‌ها و بررسی آنها خواهیم پرداخت.

سید محمد سعید حکیم در منهاج الصالحین درباره شرط عدم طلاق می‌گوید: «إذا اشترطت الزوجه علی الزوج فی عقد النکاح أو فی عقد آخر أن يطلقها فی حال خاص - من مرض أو سفر أو غیرهما - نفذ الشرط و وجب الوفاء به، و کذا لو اشترطت علیه أن لا يطلقها فإنه لا یصح منه الطلاق حیثئذ» (حکیم، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۴۱)؛ یعنی اگر زوجه در عقد نکاح بر زوج شرط کند که او را در صورت مرض یا سفر طلاق دهد، این شرط صحیح و نافذ است و بر زوج واجب است به این شرط عمل نماید و این‌چنین است اگر زوجه بر زوج شرط نماید که او را طلاق ندهد، در این صورت اگر زوج از شرط تخلف نمود و زوجه را طلاق داد، طلاقش صحیح نیست.

اینکه ایشان طلاق حاصل از تخلف شرط را صحیح نمی‌دانند، به‌نظر می‌رسد منظور عدم نفوذ طلاق باشد نه بطلان؛ زیرا اولاً عدم صحت، اعم از بطلان و عدم نفوذ است و دوم اینکه نظر ایشان در مورد وضعیت نکاح در صورت تخلف زوج از شرط ترک تزوج، عدم نفوذ است نه بطلان. ایشان در خصوص شرط ترک تزوج می‌گوید: «إذا اشترطت الزوجه علی الزوج فی العقد أن لا یتزوج علیها وجب الوفاء بالشرط، بل لو تزوج بطل زواجه إلا أن ترضی به و لو بعد ذلک». درست است که ایشان از لفظ بطلان برای نکاح جدید استفاده می‌کند،

ولی در ادامه می‌فرماید اگر رضایت زوجه به نکاح جدید ملحق شود، صحیح خواهد بود و این همان معنای عدم نفوذ است. سوم اینکه با عبارت «کذا لو اشترطت علیه أن لا يطلقها...» حکم تخلف از شرط عدم طلاق را همانند تخلف از شرط ترک تزوج می‌داند.

با این بیان، یعنی نظریه عدم نفوذ طلاق حاصل از تخلف، پاسخ اشکالات فقها مشخص می‌شود. زیرا اشکالاتی که فقها و محققان به ایشان وارد می‌کنند، بر مبنای نظریه بطلان است؛ درحالی که نظریه ایشان عدم نفوذ است نه بطلان. با این دیدگاه، اشکال اساسی وارد شده به ایشان، یعنی قائل شدن به سلب حق طلاق زوج، پاسخ داده می‌شود.

سید محمد حسینی شیرازی در ایصال الطالب الی المكاسب در خصوص اثر وضعی نکاح در صورت تخلف از شرط ترک تزوج این‌گونه می‌فرماید: «اذا شرط لم یکن له ان یتصرف تصرفاً ینافی الشرط، فاذا اشتری العبد بشرط ان یعتقه 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 ذلک من الامثله» (حسینی شیرازی، بی‌تا، ج ۱۱، ص ۱۶۹)؛ یعنی اگر کسی شرطی را پذیرفت، نمی‌تواند اقدام به تصرفاتی نماید که با شرط منافات داشته باشد. ایشان این‌گونه مثال می‌آورد: اگر کسی عیدی را بخرد به شرط اینکه او را آزاد کند، نمی‌تواند پس از خریدن، 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، نکاح حاصل از تخلف از شرط ترک تزوج را بی‌اثر می‌داند.

این بیان آیت‌الله شیرازی ناظر به وضعیت عمل حقوقی حاصل از تخلف شرط ترک فعل حقوقی است. شرط عدم بیع عبد که نوعی تصرف خلاف مقتضای شرط است و شرط ترک تزوج که عمل حقوقی مخالف تعهدات زوج است، از نوع شرط ترک فعل حقوقی می‌باشد. البته ترک تزوج و عدم بیع عبد در این بیان موضوعیت ندارد. ظاهراً مقصود ایشان از این مثال‌ها، مشخص نمودن وضعیت عمل حقوقی حاصل از ترک فعل حقوقی است. لذا شرط عدم طلاق هم که نمونه‌ای از شرط ترک فعل حقوقی است، در زمره این مثال‌ها می‌گنجد.

ایشان برای عمل حقوقی حاصله از تخلف این‌گونه شروط، اثری قائل نیستند؛ چراکه

تخلف از شرط، نوعی تصرف خلاف شرط است و این تصرف و شرط با یکدیگر تراحم دارند. پس برابر نظر ایشان در بحث شرط عدم طلاق، در صورت تخلف زوج از شرط، طلاق باطل خواهد بود، چون طلاق خلاف شرط است.

سید مصطفی محقق داماد در کتاب بررسی فقهی حقوق خانواده، ذیل عنوان شرط عدم ازدواج مجدد به بیان نظریات مختلف در خصوص شرط یادشده پرداخته، پس از بیان نظر آیت‌الله حکیم درباره بطلان طلاق ناشی از تخلف شرط، این نظر را با وجود برخی توجیهاات ممکن، نمی‌پذیرد (محقق داماد، ۱۳۸۷ش، ص ۳۳۰). البته نپذیرفتن ایشان به معنای قبول بطلان نظر سید محمد سعید حکیم نیست، بلکه همان‌طور که بیان می‌کنند تا زمان نگارش آن کتاب، ادله ممکن در خصوص صحت بطلان طلاق در صورت تخلف شرط را کافی نمی‌دانند.

ولی ایشان در کتاب قواعد فقه، ضمن بیان نظر آیت‌الله حکیم در مورد بطلان طلاق، به بیان ادله پرداخته، بطلان طلاق حاصل از تخلف شرط را می‌پذیرد (محقق داماد، ۱۳۹۱ش، ج ۲، ص ۵۰-۴۹) و در ادامه می‌فرماید: «طبق ادله شروط، عمل حقوقی مورد نظر، حرام و منهی می‌شود و نهی نیز مقتضی فساد است. به علاوه لزوم وفا به شرط مستلزم آن است که مشروط علیه مجبور بر انجام دادن آن بوده و قدرت بر ترک نداشته باشد. به عبارت دیگر، مشروط علیه با التزام به شرط، ممتنع شرعی شده است، و ممتنع شرعی همانند ممتنع عقلی است (الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً)؛ بدین معنا که قادر به انجام دادن آن عمل نخواهد بود» (محقق داماد، همان).

این کلام به این معناست که زوج اصالتاً امکان تخلف ندارد، زیرا از لحاظ شرعی و حقوقی، اثری بر عمل حقوقی که زوج ملتزم به ترک آن شده است بار نمی‌شود. به عبارت دیگر، اگر زوجه بر زوج شرط کند که او را طلاق ندهد، در این صورت زوج به واسطه قبول این شرط، ممتنع شرعی شده است؛ لذا عقلاً و شرعاً نمی‌تواند همسرش را طلاق دهد و با فرض تخلف و طلاق زوجه، هیچ اثر شرعی و حقوقی بر طلاق بار نخواهد شد و طلاق زوج یک فعل حقوقی بی‌اثر و لغو خواهد بود.



نکته مهم این است که درست است زوج به واسطه شرط عدم طلاق، شرعاً و عقلاً نمی‌تواند زوجه را طلاق دهد و در صورت تخلف، طلاق حاصله اثر حقوقی و شرعی ندارد، ولی ظاهراً این مطلب ورود به حوزه تشریح نخواهد بود. زیرا اگر شرط عدم طلاق به شکل شرط نتیجه باشد، در این صورت حق طلاق اصالتاً از زوج سلب می‌شود و این سلب حق طلاق به صورت شرط نتیجه ورود به حوزه تشریح و غیرمشموع خواهد بود. اما در اینجا، حق طلاق از زوج سلب نشده و فقط به واسطه تعهد و قبول شرط عدم طلاق، و اینکه وفای به شرط یادشده واجب شرعی است، شرعاً و عقلاً نمی‌تواند از حق طلاق خود استفاده نماید؛ پس طلاق حاصل از تخلف شرط، فاقد اثر شرعی و به تبع آن فاقد اثر حقوقی خواهد بود. این تعهد به ترک طلاق، از نوع شرط فعل و به عبارت دقیق‌تر، شرط ترک فعل حقوقی، و مشروع است.

سید مصطفی محقق داماد در ادامه، بیان شیخ انصاری و مرحوم طباطبایی یزدی را این‌گونه تبیین می‌کند؛ البته شیخ انصاری در مکاسب در بحث اشتراط سقوط خیار مجلس می‌فرماید: «فمخالفة الشرط و هو الفسخ غیر نافذة فی حقه ... فیستلزم ذلك کون الفسخ الواقع لغوا» (انصاری دزفولی، همان، ج ۵، ص ۵۶)؛ یعنی چنانچه مشروط‌علیه تخلف ورزد و باوجود تعهد خود اقدام به فسخ کند، فسخ بی‌اثر خواهد بود.

توضیح اینکه شیخ انصاری معتقد است اگر متعاقدين سقوط خیار مجلس را شرط کنند، لازم است طرفین به این شرط پایبند باشند؛ حال اگر یکی از طرفین از شرط تخلف نماید، به این معنا که قصد فسخ معامله را به عنوان خیار مجلس داشته باشد، در این صورت، فسخ غیرنافذ و لغو خواهد بود.

شیخ انصاری دلیل بطلان فسخ را این‌گونه بیان می‌کند: «فلو خالف الشرط و فسخ فیحتمل قویاً عدم نفوذ الفسخ؛ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره علیه و عدم سلطنته علی ترکه» (همان)؛ یعنی وجوب وفای به شرط مستلزم وجوب الزام و اجبار مشروط‌علیه بر الزام به وفای به شرط و عدم سلطنت وی بر ترک و تخلف از شرط است. شرط سقوط خیار مجلس یا فسخ در اینجا، شرط ترک فعل حقوقی است که در صورت

تخلف از شرط، از دیدگاه شیخ انصاری باطل خواهد بود. این نظر ایشان نظریه بطلان طلاق را در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، قوت می‌بخشد؛ زیرا شرط عدم طلاق هم شرط ترک فعل حقوقی است.

مرحوم طباطبایی یزدی در مسئله وکالت ضمن عقد می‌فرماید: «هرگاه شخصی فرد دیگر را در ضمن عقد لازمی وکیل کند و در ضمن شرط شود که او را عزل نکند، هرگاه برخلاف شرط به عزل وکیل اقدام کند، عزل مؤثر نخواهد بود و وکالت به اعتبار خود باقی خواهد ماند. همچنین اگر ضمن عقد شرط شود که وکیل، خود را عزل نکند، وکیل نمی‌تواند خود را منعزل سازد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۹۳). این بیان ایشان نیز حاکی از بطلان عمل حقوقی حاصله از تخلف شرط است.

سید محمد موسوی بجنوردی در مقاله‌ای با عنوان «شرط ترک ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح از جانب زوجه» که در مجله حقوقی دادگستری به چاپ رسیده است، برای اثبات صحت شرط ترک تزوج، به حدیث منصور بزرگ استناد کرده و ضمن بیان قاعده «المؤمنون عند شروطهم» وفای به شروط میان مؤمنان را واجب دانسته است؛ مگر آنکه مخالف کتاب و سنت باشد. ایشان در اثبات نظریه خود مبنی بر صحت شرط ترک ازدواج مجدد به نقد و بررسی نظریه مخالفان می‌پردازد و مخالفت با کتاب و سنت را از مهم‌ترین دلایل مخالفان برشمرده، در پاسخ به آن می‌فرماید: شرط ترک ازدواج مجدد، تحریم حلال نخواهد بود، زیرا طبق این شرط، وفای به تعهد و شرط، واجب و تخلف از آن منهی و حرام خواهد بود؛ نه اینکه ازدواج مجدد به‌طور کلی حرام شود.

مطلب مهم دیگر اینکه ایشان در بیان ضمانت اجرای شرط ترک تزوج این‌گونه استدلال می‌کند که چون شرط صحیح و تخلف از آن حرام است، لذا تحقق ازدواج جدید در صورت تخلف از شرط، شرعاً ملغاً است. لذا در صورت تخلف از شرط، از لحاظ شرعی نکاحی منعقد نمی‌شود که اثر حقوقی داشته باشد. به عبارت دیگر، زوج نمی‌تواند تخلف کند، زیرا نکاح جدید از لحاظ شرعی باطل خواهد بود (موسوی بجنوردی، تابستان ۱۳۷۳، شماره ۱۱).

سید محمد موسوی بجنوردی در این مقاله به حدیث منصور بزرگ اشاره و از آن استفاده

می‌کند که عمل به تعهدات و شروط میان مؤمنان بر مبنای قاعده «المؤمنون عند شروطهم» که در همین روایت هم به آن استناد شده است واجب، و تخلف از آن حرام است؛ مگر آنکه مخالف کتاب و سنت باشد. به عبارت دیگر، شروطی اعتبار ندارند که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام نمایند که طبیعتاً در این صورت ورود به حوزه تشریح، و غیرمشروع خواهد بود.

در روایت منصور بزرج، شرط عدم طلاق هم در کنار شرط ترک تزوج مورد سؤال قرار گرفته است که امام در جواب سؤال از صحت هر دو شرط، فرمودند: «فلیف للمراه بشرطها فان رسول الله صلی الله علیه و آله قال المؤمنون عند شروطهم» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۲۳۲). شرط عدم طلاق طبق این روایت، غیرمشروع نیست، بلکه لازم‌الوفا است؛ به عبارت دیگر، واجب است زوج به شرط عدم طلاق وفا نماید و تخلف از این شرط حرام خواهد بود.

حال پرسش این است که در صورت تخلف از شرط، آیا طلاق زوجه صحیح است؟ در پاسخ باید گفت زمانی که زوج شرط عدم طلاق را می‌پذیرد، وفای به شرط واجب و تخلف از آن حرام خواهد بود. به عبارت دیگر، قبول شرط عدم طلاق به این معناست که زوج از لحاظ شرعی متعهد شده است همسر خود را طلاق ندهد؛ یعنی با پذیرش این شرط، قدرت و توان شرعی طلاق را از خود سلب نموده است و به استناد قاعده «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» طلاق ممتنع شرعی و عقلی خواهد بود.

به تعبیری اگر زوج از شرط عدم طلاق تخلف نمود و همسر خویش را طلاق داد، چون با قبول این شرط، قدرت شرعی بر طلاق را از خود سلب کرده است، طلاق از لحاظ شرعی جاری نمی‌شود، زیرا اصلاً حق طلاق نداشته است؛ لذا طلاق باطل خواهد بود. البته باید توجه داشت این به معنای سلب کلی حق طلاق از زوج نیست که غیرمشروع باشد، بلکه زوج تعهد کرده است، طلاق را جاری نکند؛ یعنی این حرمت به اجرای طلاق تعلق می‌گیرد، نه به حق طلاق. پس غیرمشروع هم نخواهد بود و لذا در صورت تخلف از شرط عدم طلاق، طلاق زوجه باطل خواهد بود.

## ۲.۲. بررسی حقوقی بطلان عمل حقوقی

مواد ۲۳۸، ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> به طور صریح درباره تخلف از شرط ترک فعل حقوقی سخن به میان نیاورده است، اما با توجه به ماده ۲۳۷ که بیان می‌دارد: «هرگاه شرط ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً...»، می‌توان شرط ترک فعل حقوقی را نیز مخاطب این ماده قانونی به حساب آورد؛ چراکه شرط فعل یا مادی است و یا حقوقی و هر کدام می‌تواند مثبت باشد یا منفی. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه قانون‌گذار شرط فعل را مطلق آورده است، هم می‌تواند اثباتاً یا نفیاً شامل شرط فعل مادی شود و هم اثباتاً یا نفیاً شامل شرط فعل حقوقی.

ماده ۲۳۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: اگر شرط ضمن عقد از نوع شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً، در صورت تخلف مشروط‌علیه از شرط، مشروط‌له می‌تواند برای الزام و اجبار وی به انجام شرط و تعهد به حاکم مراجعه و اجبار وفای به شرط را تقاضا نماید. در ماده ۲۳۸ این‌گونه آمده است: در صورتی که الزام متعهد از سوی شخص دیگری امکان داشته باشد، حاکم به خرج و هزینه ملتزم برای الزام مشروط‌علیه اقدام خواهد نمود و در ماده ۲۳۹ بیان می‌دارد: در صورت عدم امکان الزام از جانب حاکم یا شخص دیگر، حق فسخ برای مشروط‌له ثابت خواهد شد.

همان‌طور که بیان شد، این مواد از قانون مدنی به صورت صریح از شرط ترک فعل حقوقی نام نمی‌برد، اما از اطلاق شرط فعل در ابتدای ماده ۲۳۷ می‌توان فعل حقوقی را مورد نظر قانون‌گذار دانست. با این بیان، قانون‌گذار معتقد است که اگر شرط ضمن عقد از نوع شرط ترک فعل حقوقی باشد، در صورت تخلف مشروط‌علیه از شرط، مشروط‌له می‌تواند برای الزام وی به انجام تعهد به حاکم مراجعه کند و در صورت عدم امکان، حاکم به خرج

۱. ماده ۲۳۷ ق.م: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نماید. تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید». ماده ۲۳۸ ق.م: «هرگاه فعلی در ضمن عقد، شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». ماده ۲۳۹ ق.م: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت».

ملتزم به وسیله شخص دیگری اقدام می‌نماید و در نهایت در صورت عدم امکان الزام متعهد، قانون‌گذار حق فسخ معامله را برای مشروطه ثابت می‌داند.

ظاهراً این مواد از قانون مدنی در مورد تخلف از شرط عدم طلاق، کارآمد به نظر نمی‌رسد، زیرا در صورت تخلف زوج از شرط، و طلاق زوجه، تصور الزام و اجبار او از سوی حاکم و شخص دیگر منطقی به نظر نمی‌رسد؛ چراکه وقتی زوج همسرش را طلاق داد، حاکم چگونه می‌تواند وی را به انجام تعهد ملزم کند. الزام به انجام تعهد در بحث شرط عدم طلاق، یعنی اینکه ملزم باشد همسرش را طلاق ندهد و حال که طلاق داده است، الزام وی به رعایت شرط منطقی به نظر نمی‌رسد. ضمن اینکه نظر مشهور فقها، صحت طلاق در صورت تخلف از شرط می‌باشد؛ لذا الزام، معنایی پیدا نمی‌کند.

در خصوص ماده ۲۳۹ نیز باید گفت، درست است که این ماده بیان می‌دارد، در صورت عدم امکان الزام مشروط‌علیه به انجام تعهد، حق فسخ معامله برای مشروطه ثابت است، ولی در مورد شرط عدم طلاق و اینکه این ماده به عنوان ضمانت اجرای شرط عدم طلاق در نظر گرفته شود، اشکالات جدی وارد است. به عبارت دیگر، درست است که در مورد شرط عدم طلاق که شرط ترک فعل حقوقی است، امکان الزام وجود ندارد و تنها راه قابل تصور به استناد ماده ۲۳۹ قانون مدنی، ثبوت حق فسخ نکاح برای زوجه است، لیکن فقهای شیعه بر مبنای نص، فسخ نکاح را در موارد عیوب مجوز فسخ نکاح، تدلیس و تخلف از شرط وصف می‌پذیرند و غیر از این موارد قائل به فسخ نکاح نیستند؛ لذا ماده ۲۳۹ قانون مدنی نیز نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی برای شرط عدم طلاق باشد.

برخی دیگر از مواد قانون مدنی نیز می‌تواند به عنوان ضمانت اجرای شرط عدم طلاق مورد استناد قرار گیرد. همان‌طور که برخی از محققان<sup>۱</sup> و حقوق دانان اشاره کرده‌اند، از محتوا و مفاد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی می‌توان نظر قانون‌گذار را در خصوص تخلف از شرط ترک فعل حقوقی کشف نمود و با توجه به اینکه شرط عدم طلاق شرط ترک فعل حقوقی است، می‌توان این مواد را به عنوان ضمانت اجرای شرط عدم طلاق نقد و بررسی کرد.

۱. محقق داماد، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۵۰-۴۹.

در ماده ۴۵۴ قانون مدنی آمده است: «هر گاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع، فسخ شود اجاره باطل نمی شود مگر این که عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده، که در این صورت اجاره باطل است». معنای این ماده از قانون این است که اگر بر مبنای عقد بیع، مبیع به مشتری منتقل و مشتری آن را اجاره داده باشد، با فسخ عقد بیع به هر دلیلی اجاره آن باطل نمی شود؛ مگر آنکه در ضمن عقد به صراحت اجاره ندادن آن شرط شده باشد که در این صورت عقد اجاره مبیع، باطل خواهد بود.

اجاره مبیع یک عمل حقوقی و شرط عدم اجاره آن، همان شرط ترک فعل حقوقی است که قانون گذار در صورت تخلف از آن، عمل حقوقی حاصله، یعنی اجاره را باطل می داند.

ماده ۴۵۵ قانون مدنی بیان می دارد: «اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل این که نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر این که شرط خلاف شده باشد».

این ماده قانونی نیز بیان می دارد اگر عدم انتقال مبیع به غیر شرط شده باشد، در صورت تخلف از شرط، عمل حقوقی انجام شده باطل خواهد بود. در اینجا رهن گذاشتن مبیع یک عمل حقوقی و شرط ترک آن، شرط ترک فعل حقوقی خواهد بود. بدیهی است رهن و بیع در این دو ماده قانونی خصوصیت ندارد و می توان برای تمامی شروط متضمن ترک فعل حقوقی، همین گونه عمل کرد.

همان طور که ملاحظه شد، این دو ماده از قانون مدنی تصریح دارد که در صورت تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، عمل حقوقی انجام شده باطل خواهد بود. البته استفاده از این دو ماده قانونی در اثبات بطلان عمل حقوقی در صورت تخلف از شرط، مورد توجه برخی از محققان فقهی و حقوقی قرار گرفته است.<sup>۱</sup> ولی به نظر نگارنده، آنچه که از مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ استفاده می شود، عدم نفوذ است نه بطلان؛ چراکه اگر عقد بیع فسخ شود، تصرفات ناقله در آن از قبیل رهن و اجاره، هر چند عدم آن در عقد شرط شده باشد، فضولی خواهد بود، زیرا اگر اذن و اجازه صاحب مبیع به رهن یا اجاره مبیع ملحق شود، آن عقود نافذ و صحیح

۱. ر.ک. محقق داماد، همان، ج ۲، ص ۴۹.

خواهد بود.

### ۳. صحت عمل حقوقی و اثبات حق فسخ برای مشروطه

همان‌طور که در مبحث پیشین بیان شد، قانون مدنی به‌طور صریح پیرامون وضعیت عمل حقوقی حاصل از تخلف شرط ترک فعل، سخنی به‌میان نیاورده است. تنها مواردی که می‌توان به آن استناد نمود، مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ و مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی است که آن‌هم صراحتی در وضعیت فعل حقوقی ندارد؛ ضمن اینکه نظریهٔ بطلان برآمده از این مواد نیز مورد نقد و رد برخی از محققان قرار گرفته است.

در خصوص اثبات حق فسخ برای مشروطه، تنها می‌توان به مادهٔ ۲۳۹ قانون مدنی استناد نمود. برابر این ماده، اگر مشروط‌علیه تخلف از شرط نمود و الزام مستقیم و غیرمستقیم حاکم هم در ترغیب مشروط‌علیه به رعایت شرط اثرگذار نبود، در این صورت قانون‌گذار حق فسخ را برای مشروطه ثابت می‌داند.

لیکن نکته‌ای که پیش‌تر هم به آن اشاره شد، کارایی نداشتن این ماده در خصوص ضمانت اجرای شرط عدم طلاق است؛ زیرا برابر مادهٔ ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی، در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، می‌توان از طریق حاکم، زوج را به انجام شرط ملزم نمود؛ درحالی که این الزام در مورد شرط عدم طلاق معنا و مفهومی ندارد. لذا برابر مادهٔ ۲۳۹ قانون مدنی، باید حق فسخ نکاح را برای زوجه ثابت بدانیم که حداقل در مورد بحث حاضر، این حق فسخ مشروع نیست، چون موارد فسخ نکاح در فقه به موارد خیار وصف، عیوب مجوز فسخ نکاح و تدلیس محدود می‌باشد. با توجه به فقر قانون مدنی در این زمینه، ضمن بیان دیدگاه‌های فقها پیرامون صحت طلاق حاصل از تخلف شرط عدم طلاق، به بیان دلایل و بررسی ادلهٔ ایشان خواهیم پرداخت.

سید ابوالقاسم خویی در المستند فی شرح العروه الوثقی، در پاسخ به این پرسش که اگر زوجه بر همسرش شرط کند او را طلاق ندهد، در صورت تخلف زوج از شرط و طلاق زوجه، آیا این طلاق صحیح است یا نه، بیان می‌دارد، از کلام پیامبر (ص) که فرمودند: «المؤمنون عند شروطهم»، نفوذ شرط عدم طلاق اثبات می‌شود. لیکن این نفوذ چیزی جز وجوب

تکلیفی عمل به شرط و درنهایت، خیار تخلف از شرط برای مشروطه در صورت تخلف را ثابت نمی‌کند. ایشان در ادامه، قصر و زوال سلطنت را از شئون نفوذ شرط نمی‌داند و معتقد است در صورت تخلف از شرط، فعل حقوقی حاصل از تخلف، دارای اثر وضعی، و صحیح است (خویی، ۱۴۱۳ق، ص ۴۶۴).

توضیح این بیان ایشان این گونه است که شرط عدم طلاق به واسطه بیان «المؤمنون عند شروطهم» نافذ بوده، دارای مشروعیت است، اما این نفوذ چیزی غیر از وجوب حکم تکلیفی وفای به شرط برای مشروط علیه و درنهایت حق فسخ برای مشروطه در صورت تخلف از شرط را اثبات نمی‌کند. لذا اگر زوج از شرط تخلف نمود و همسرش را طلاق داد، طلاقش صحیح خواهد بود. نهایت امر اینکه زوج از حیث تکلیفی چون پیمان شکنی کرده، مرتکب کار حرامی شده است، اما این وجوب وفای به شرط و حرمت تخلف، اثر وضعی طلاق را از بین نمی‌برد.

البته اثبات حق فسخی که مرحوم آیت‌الله خویی بیان می‌دارد، در خصوص شرط عدم طلاق و به عبارت دیگر، فسخ نکاح به دلیل تخلف از شرط عدم طلاق نیست، بلکه در مورد وکالت، اجاره، بیع و ... است که ایشان به طور کلی در مورد طلاق هم- البته به طریق شرط فعل- جاری می‌داند.

سید محمد مهدی خلخالی نیز در کتاب فقه الشیعه، باب اجاره، وفای به شرط عدم طلاق را از حیث تکلیفی برای زوج واجب دانسته، ولی در صورت تخلف از شرط، طلاق حاصله را صحیح می‌داند، زیرا معتقد است نفوذ شرط قصر سلطنت نمی‌کند (خلخالی، ۱۴۲۷ق، ص ۱۰۰۳)

سید صادق حسینی روحانی در کتاب فقه الصادق، تخلف از شرط عدم طلاق را گناه شمرده، ولی در صورت تخلف از شرط، طلاق را صحیح می‌داند. ایشان نیز نفوذ شرط را باعث قصر و زوال سلطنت زوج بر طلاق نمی‌داند (روحانی، ۱۴۲۱ق، ج ۲۲، ص ۲۰۰).

برخی دیگر از فقها، ضمن مشروعیت قائل شدن برای شرط ترک تزوج، نکاح حاصل از



تخلف شرط را صحیح می‌دانند<sup>۱</sup> (سبزواری، بی‌تا، ص ۵۶۵). بیان مشترک بین ایشان این‌گونه است: «اذا اشترطت الزوجه علی الزوج فی عقد النکاح ان لا یتزوج علیها صحّ الشرط و یلزم الزوج العمل به، و لکن لو تزوج صحّ تزویجه»؛ یعنی اگر زوجه بر زوج در عقد نکاح شرط کند که همسری غیر از او اختیار نکند، این شرط صحیح است و زوج ملزم است به این شرط عمل نماید؛ لیکن در صورت تخلف از شرط، ازدواجش صحیح خواهد بود.

در بیان این دسته از فقها هم ترک تزوج خصوصیتی ندارد. ایشان در صدد بیان وضعیت صحت یا بطلان عمل حقوقی حاصل از تخلف شرط هستند. با توجه به اینکه شرط عدم طلاق همچون شرط ترک تزوج، شرط ترک فعل حقوقی است؛ لذا در صورت تخلف از آن، طلاق صحیح خواهد بود.

#### ۴. جبران ضرر و زیان وارده

خسارات و زیان‌هایی که به افراد وارد می‌شود، در یک قالب کلی، یا خسارت مادی است و یا معنوی. خسارت مادی آن است که فردی به اموال دیگران خسارت وارد کند؛ اما خسارت معنوی، آسیب و زبانی است که به عرض و آبروی افراد وارد می‌شود. جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق، خسارت معنوی را ضرری می‌داند که به عرض و شرف متضرر یا یکی از اقارب او وارد می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶، ص ۴۱۶). ناصر کاتوزیان در تعریفی کوتاه، خسارت معنوی را صدمات وارده به منافع عاطفی و غیرمالی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۷۴ش، ص ۱۴۴).

همان‌طور که مشهود است، خسارت مادی و معنوی از حیث ماهوی با یکدیگر تفاوت دارند. طبق قوانین کیفری و مدنی، اگر به شخصی خسارتی اعم از مادی یا معنوی وارد شود، شخص زیان‌زننده باید در صدد جبران آن برآید. با توجه به تفاوت ماهیت خسارت، شیوه جبران آن نیز متفاوت است. جبران خسارت مادی یا به شکل تهیه و تأمین عین مال

۱. برای مطالعه بیشتر، رک. خوبی، ۱۳۱۰ق، ج ۲، ص ۲۸۱؛ کابلی، ۱۳۷۸ش، ج ۳، ص ۵۷؛ قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۱۰، ص ۱۹۶؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۳۱۹؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱۰۲؛ حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۹۶؛ لنگرانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۸۹؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۳۵۳؛ قمی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۵۲۳.

خسارت دیده است یا مثل و یا پرداخت قیمت آن. اما جبران خسارت معنوی صوری دارد که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

باتوجه به توضیحات مختصر پیش گفته، اگر زوج شرط عدم طلاق را قبول نماید، در صورت تخلف از شرط، خسارت معنوی سنگینی به زوجه وارد می‌آورد؛ لذا می‌توان با توجه به مطالبی که خواهد آمد، زوج را ملزم به جبران خسارت وارده نمود. البته نگارنده در این گفتار در صدد اثبات عنوان کلی خسارت معنوی و شیوه‌های جبران آن نیست، بلکه موضوع مورد نظر بررسی این مطلب است که آیا جبران خسارت معنوی وارد شده به زوجه در صورت تخلف از شرط عدم طلاق، می‌تواند ضمانت اجرای مناسب و اثرگذاری باشد؟

اصل ۱۷۱ قانون اساسی به جبران خسارت معنوی تصریح دارد.<sup>۱</sup> هرچند این اصل در خصوص اشتباه یا تقصیر قاضی در حکم یا موضوع است، از این اصل، اثبات مسئولیت مدنی برای تمامی افراد جامعه استفاده می‌شود. بر همین اساس، مواد ۲، ۸، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی، به خسارت معنوی و شیوه‌های جبران آن اشاره دارد. در ماده ۱۰ این قانون آمده است: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی و معنوی خود را بخواهد. هر گاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید».

برابر این ماده قانونی، دادگاه می‌تواند علاوه بر دریافت خسارت مادی از خسارت‌زننده، با توجه به نوع خسارت وارده برای رفع زیان، وی را به عذرخواهی و درج در جراید ملزم نماید. از روح ماده ۲۲۱ قانون مدنی هم جبران خسارت معنوی استفاده می‌شود.<sup>۲</sup> بند ب ماده

۱. ر.ک. حاتمی، پاییز ۱۳۷۶ و بهار ۱۳۷۷، شماره ۲۵ و ۲۶.

۲. در اصل ۱۷۱ قانون اساسی آمده است: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌شود».

۳. به موجب ماده ۲۲۱ قانون مدنی، تعهد به جبران خسارت چه بر اساس تصریح در قرارداد، چه بر اساس آنچه عرف رایج مقرر می‌داند و چه در مواردی که قانون الزام کند، قابل مطالبه است؛ مشروط به اینکه طرف تعهد قراردادی، تعهدی را مبنی بر انجام دادن یا ندادن کاری برعهده گرفته باشد.

۹ آیین دادرسی کیفری نیز اشاره به طرح دو گونه دعوا برای مطالبه خسارت حاصل از جرم در حق بزه‌دیده دارد؛ دعوای عمومی برای حفظ حدود و مقررات الهی و حفظ نظم جامعه، و دعوای خصوصی برای مطالبه ضرر و زیان ناشی از جرم و یا مطالبه کیفرهایی است که به موجب قانون، حق خصوصی بزه‌دیده شمرده می‌شود؛ مانند حق قذف و قصاص.

اگر زوج ضمن عقد نکاح شرط عدم طلاق را قبول نماید، در صورت تخلف از این شرط، خسارت معنوی سنگینی به زوجه وارد می‌آورد؛ لذا به استناد مواد قانونی بیان شده، می‌توان وی را به جبران خسارت وارده به زوجه ملزم ساخت. برابر ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی، در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، زوجه می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و جبران خسارت معنوی را از زوج طلب نماید.

اینکه می‌توان از زوج در صورت تخلف از شرط، طلب جبران خسارت نمود، ظاهراً اشکالی ندارد<sup>۱</sup>، لیکن بحث اصلی اینجاست که آیا این جبران خسارت چه به صورت جریمه نقدی و چه از طریق عذرخواهی و ...، می‌تواند ضمانت اجرای مناسبی برای شرط عدم طلاق باشد یا خیر؟

از نظر نگارنده، طلب جبران خسارت مادی و معنوی از زوج در صورت تخلف از شرط، نه تنها تسکین‌دهنده زیان معنوی زوجه نیست، بلکه نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی هم باشد؛ چراکه عنصر بازدارندگی از تخلف در ضمانت اجرا دارای اهمیت است. اینکه حاکم شرع زوج را به واسطه تخلف از شرط عدم طلاق و خسارت معنوی وارده به زوجه محکوم به پرداخت غرامت نماید، به نظر نمی‌رسد عامل بازدارنده از تخلف و ترغیب‌کننده به رعایت شرط باشد. البته جبران خسارت معنوی مشکلات جدی هم دارد؛ از جمله اینکه خسارت معنوی وارد شده به افراد، از حیث اینکه با عواطف انسانی رابطه تنگاتنگی دارد، جبران آن بسیار مشکل است و دیگر اینکه تشخیص میزان خسارت معنوی وارد شده و به تبع آن تعیین معادل مادی آن، اگر غیرممکن نباشد، بسیار دشوار است.

سرانجام اینکه زوجه می‌تواند در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، تقاضای جبران

۱. ر.ک. طاهری، ۱۴۱۸ق، ص ۳۵۲-۳۴۷؛ شهیدی، بی‌تا، ص ۲۶۳-۲۶۲؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱ش، ص ۱۳۲-۱۲۸.

خسارت مادی نماید تا اندکی از مشکلات مادی پس از طلاق خود را حل کند. بدیهی است سایر صورت‌های جبران خسارت معنوی از قبیل عذرخواهی و درج در جراید و... که در قانون تصریح شده است، حداقل در خصوص تخلف از شرط عدم طلاق مناسب نیست.

### نتیجه

شرط عدم طلاق به صورت شرط فعل می‌تواند یکی از راه‌های مؤثر در کاهش طلاق‌های هوس‌مدارانه باشد. بدیهی است اثبات مشروعیت این شرط به‌تنهایی کارساز نخواهد بود، بلکه با توجه به قانون مدنی، باید برای آن ضمانت اجرای مناسب در نظر گرفت.

ضمانت‌های اجرای یادشده در قانون مدنی از قبیل الزام به انجام تعهد، صحت عمل حقوقی و اثبات حق فسخ برای زوجه، جبران ضرر و زیان وارده و درنهایت بطلان و عدم نفوذ در مورد شرط عدم طلاق، قابل بررسی است. پژوهش‌های انجام‌شده نشان می‌دهد الزام به انجام تعهد از سوی حاکم شرع، هرچند گونه‌ای از ضمانت اجرا می‌باشد، در خصوص شرط عدم طلاق، قابل استفاده نیست. در خصوص ضمانت اجرای صحت عمل حقوقی و اثبات حق فسخ برای مشروط‌له نیز باید گفت، برای شرط عدم طلاق نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد؛ چراکه اثبات حق فسخ برای مشروط‌له، به معنای حق فسخ نکاح برای زوجه در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق می‌باشد و این ازدیاد حق فسخ را هیچ‌کدام از فقها نمی‌پذیرند، زیرا موارد مجوز فسخ نکاح برای زوج و زوجه در اسلام، مشخص و معین است. جبران ضرر و زیان وارده به زوجه نیز ضمانت اجرای مناسبی به‌نظر نمی‌رسد؛ زیرا نخست اینکه جنس زیان وارده به زوجه در صورت تخلف زوج از شرط عدم طلاق، مادی نیست که بتوان برای آن مابه‌ازای مادی در نظر گرفت؛ دوم، تشخیص میزان خسارت و زیان وارده و میزان جبران مادی آن بسیار دشوار است.

به نظر نگارندگان، عدم نفوذ، ضمانت اجرای مناسبی برای شرط عدم طلاق است. به عبارت دیگر، وقتی بر زوج شرط می‌شود که زوجه را طلاق ندهد، به این معناست که شرعاً حق اجرای طلاق را از خود سلب نموده است و لذا زوج نمی‌تواند زوجه را طلاق دهد که حال بخواهیم پیرامون صحت و عدم صحت طلاق بحث کنیم. به تعبیر فقها، الممتنع شرعاً

کالممتنع عقلاً؛ یعنی زوج با شرط عدم طلاق، شرعاً حق طلاق را از خود سلب نموده است؛ البته این مطلب غیر از سلب کلی حق طلاق از زوج می‌باشد. به عبارت دیگر، با شرط عدم طلاق، حق طلاق برای زوج محفوظ است، ولی جز در موارد خاص حق اجرای آن را ندارد و اگر در غیر از موارد یادشده به طلاق اقدام نماید، طلاق وی نافذ نخواهد بود. مگر آنکه رضایت زوجه به نحوی جلب گردد، زیرا عدم طلاق به نفع زوجه، مورد تعهد زوج بوده است.



## منابع و مأخذ

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، *کتاب المکاسب*، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲. تبریزی، جواد (۱۴۲۶ق)، *منهاج الصالحین*، قم: مجمع الامام المهدی (عج).
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰ش)، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران: انتشارات گنج سخن.
۴. حاتمی، علی اصغر (پاییز ۱۳۷۶ و بهار ۱۳۷۷)، *خسارات معنوی و ثبوتیه های جبران آن در حقوق ایران*، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۲۵ و ۲۶.
۵. حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق)، *منهاج الصالحین*، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۶. حسینی شیرازی، سید محمد (بی تا)، *ایصال الطالب إلى المکاسب*، تهران: منشورات علمی.
۷. حکیم، محسن (۱۴۱۰ق)، *منهاج الصالحین*، تعلیق: محمد باقر صدر، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۸. حکیم، محمدتقی بن محمد سعید (۱۴۱۵ق)، *منهاج الصالحین*، بیروت: دار الصفوه.
۹. خلخالی، سید محمد مهدی (۱۴۲۷ق)، *فقه الشیعہ- کتاب الاجاره*، تهران: مرکز فرهنگی انتشارات منیر.
۱۰. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، *المستند فی شرح العروه الوثقی: کتاب الاجاره*، قم: المطبعه العلمیه.
۱۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق)، *منهاج الصالحین*، قم: نشر مدینه العلم.
۱۲. روحانی، محمد صادق (۱۴۲۱ق)، *فقه الصادق (ع)*، قم: دارالکتاب مدرسه الامام صادق (ع).
۱۳. \_\_\_\_\_ (بی تا)، *منهاج الصالحین*، قم: مکتب آیت الله العظمی السید الروحانی.
۱۴. سبزواری، عبدالاعلی (بی تا)، *جامع الأحکام الشرعیة*، قم: مؤسسه المنار.
۱۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم: المعارف الاسلامیه.
۱۶. شهیدی، مهدی (بی تا)، *حقوق مدنی- آثار قرار دادها و تعهدات*، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد.

۱۷. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۱ش)، *مسئولیت مدنی*، تهران: انتشارات سمت.
۱۸. طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، *حقوق مدنی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم بن عبدالعظیم (۱۴۰۹ق)، *عروه الوثقی فیما تعم به البلوی*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ق)، *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۲۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲۲. قانون مدنی
۲۳. قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۲۶ق)، *مبانی منهاج الصالحین*، قم: منشورات قلم الشرق.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴ش)، *الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۵. کابلی، محمد اسحاق فیاض (۱۳۷۸ش)، *منهاج الصالحین*، قم: دفتر آیت‌الله فیاض.
۲۶. لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق)، *احکام الواضحه*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷ش)، *بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱ش)، *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۹. موسوی بجنوردی، سید محمد (تابستان ۱۳۷۳)، *شرط ترک ازدواج مجدد زوج ضمن عقد نکاح از جانب زوجه*، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱.
۳۰. نجفی کاشف الغطاء، علی بن جعفر (۱۴۲۲ق)، *شرح خيارات اللمعه*، قم: انتشارات اسلامی.
۳۱. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۲. نراقی، مولی محمد بن احمد (۱۴۲۲ق)، *مشارق الاحکام*، قم: کنگره نراقیین ملا احمد و ملا مهدی.
۳۳. وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ق)، *منهاج الصالحین*، قم: مدرسه امام باقر علیه السلام.