

تحلیلی درباره

شروط ضمن عقد نکاح



جناب آقای محقق داماد

بحث شروط در ضمن عقد نکاح از مباحث مورد ابتلاء و دارای فوائد حقوقی است که در نوشته حاضر بطور اجمال بدان سپرداریم . لکن ، قبل از بیان شرایط ضمن عقد نکاح ، نگاهی کوتاه بر احکام کلی شرایط ضمن العقد که در مواد ۲۳۲ الی ۲۴۶ قانون مدنی از آن گفتگو شده است ، لازم بنظر میرسد .

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
۱ رتال جامع علوم انسانی

احکام کلی شرائط ضمن العقد

الف - واژه شرط :

شرط در لغت دارای معانی متعددی است از قبیل : رسم ، شیوه واجب ، ضرور ، عهد و پیمان و معلق کردن چیزی به چیز دیگر یا وابستن قول یا فعل به چیزی ، و امثال آن و در حکمت و نحو و فقه و اصول نیز معانی خاص دارد .

ب - تعریف شرط و اقسام آن :

هر چند در قانون مدنی تعریفی از شرط نشده است ولی بنا به آنچه از مواد مربوط

تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح / ۸۳

به شرط استنباط میشود میتوان آن را به معنی التزام و تعهدی تبعی دانست که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد میشود و آنچنان با عقد مرتبط است که اگر عقد به جهتی از جهات منحل گردد، شرط نیز تبعاً منتهی میشود. شرط سه قسم است :

اول : شرط صفت که راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله است .

دوم : شرط نتیجه ، و آن اشتراط تحقق اسری در خارج است که اگر حصول نتیجه مزبور متوقف بر تشریفات و اسباب خاص نباشد به محض شرط کردن آن ضمن عقد ، نتیجه در خارج حاصل و محقق میشود .

سوم : شرط فعل ، اعم از فعل یا ترک ، که در حقیقت منظور از شرط ضمن عقد به مفهوم واقعی و متداول همین قسم سوم یعنی شرط فعل است و آن شرطی است که یکی از طرفین عقد یا هر دو بموجب آن ملتزم و متعهد به انجام آن میشوند .

ج - شروط فاسده :

شرایط سه گانه فوق در صورتی الزام آور است که فاسد نباشد . شروط فاسده نیز در مادتین ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی بیان شده و بر دو قسم است :

اول : شروط باطلی که مبطل عقد نیست - این شروط عبارتند از :

۱ - شرطی که انجام آن غیر مقدور است مثلاً اگر طرفین عقد شرط کنند که یکی از متعاقدين بالمباشره کتابی در فیزیک تألیف و بطرف دیگر اهداء کند ، در حالیکه مشروط علیه جز نوشتن و خواندن سواد نداشته باشد ، چنین شرطی باطل است ولی به صحت عقد لطمه ای نمیزند، خواه طرفین یا یکی از آنها به غیر مقدور بودن شرط عالم باشند یا جاهل .

۲ - شرطی که نفع و فایده ای در آن نباشد ، مثل اینکه ضمن عقد شرط شود مشروط علیه بمدت یکسال روزی یک دلو آب از چاه بکشد و دوباره آن را در همان چاه خالی کند، چنین شرطی که متضمن نفع و فائده عقلانی نیست باطل است ولی موجب بطلان عقد نمیشود.

۳ - شرطی که نامشروع باشد . نامشروع بودن شرط اعم است از حرمت شرعی یا ممنوعیت قانونی. آن مثل اینکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه بمدت شش ماه حق اقامه نماز نداشته باشد ، یا مکلف باشد بدون داشتن پروانه رانندگی برای مدت معینی رانندگی اتوبیل مشروط له را شخصاً بعهده بگیرد ، چنین شرطی باطل است ، لکن به صحت عقد خللی وارد نمیکند .

- آثار شروط فاسده غیر مفسد :

آنچه در این زمینه قابل بررسی است ، این است که آیا مشروط له در صورت بطلان 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 درحقیقت انجام شرط را میتوان بعنوان جزء یا مکمل یکی از عوضین یا هر دوی آنها دانست و بدین ترتیب در حقیقت با بطلان شرط قسمتی از عوض یا عوضین فاقد اعتبار میشود و حقیقتاً به مثابه آن است که قسمتی از مورد معامله از مالیت افتاده باشد، که در اینصورت با وجود حکم به صحت عقد، نمیتوان بدون قائل شدن حق فسخ در چنین عقدی بی اعتناء از کنار موضوع گذشت. خلاصه آنکه قانون مدنی صریحاً در این باب تعیین تکلیف نکرده است. بنظر میرسد در مورد شروط فوق باید بشرح آتی قائل به تفکیک شد.

اولا - در موردی که مشروط له علم به فساد شرط داشته باشد چون شخصاً اقدام بضرر خود کرده است نباید حق فسخ داشته باشد، زیرا میتوان گفت فسخ از این جهت منظور میشود که با اعمال آن از ورود ضرر جلوگیری شود و در موردیکه متضرر با علم به وجود ضرر اقدام به امری کرده باشد مأخوذ به اقدام خود است.

ممکن است گفته شود که: ایجاد حق فسخ بخاطر جبران ضرر نیست، زیرا برای این منظور باید دریافت ما به ازاء یا ارزش در نظر گرفته شود، نه فسخ، و علت در نظر گرفتن حق فسخ در این موارد این است که چون تراضی طرفین برای ایجاد یک مجموعه صورت گرفته و با از بین رفتن جزئی از مجموعه مقصود متعاقدین از عقد بطور کامل حاصل نمیشود لذا به همین جهت اختیار فسخ ملحوظ میگردد.

در پاسخ میگوئیم که حتی با قبول استدلال فوق نیز موضوع ضرر منتفی نمیگردد زیرا همین که مجموعه مقصود طرفین، بطور کامل حاصل نشود خود ضرری است که برای جبران آن حق فسخ ایجاد میگردد و کسی که عالماً به این عمل اقدام کرده، علی القاعده نباید از حق استفاده از آن برخوردار باشد. شاید بتوان حکم این موضوع را از ماده ۲۴۰ قانون مدنی نیز استنباط کرد. بموجب این ماده «اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود، یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.» مستفاد از عبارت «... یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است...» اینستکه اگر مشروط له علم داشته که شرط مزبور حین العقد ممتنع بوده است، دیگر حق فسخ نخواهد داشت و در مورد علم مشروط له به فساد شرط حین العقد، امتناع شرط معلوم بوده است.

ثانیاً - در مورد شرطی که فایده و نفع عقلائی نداشته باشد جهل مشروط له به فساد شرط نیز موجب فسخ نخواهد بود چون حذف چیزی که نفعی ندارد ضرری ایجاد نمیکند تا برای جبران آن حق فسخ ایجاد شود و اگر براساس فرض ایجاد مجموعه هم موضوع در نظر گرفته شود باز کسر چیز زائد و بی فایده از مجموعه، تغییری در ارزش مجموعه نمیدهد، مثل صفری که از طرف چپ اعداد کم میشود.

ثالثاً - در مورد جهل نسبت به شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد، جهل به این

تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح / ۸۵

شروط به این معنی است که بعد از عقد، مشروط له به فساد شرط یعنی مقدور نبودن انجام آن مطلع میشود و مقدور نبودن انجام شرط به معنی ممتنع بودن آن است که حکم این موضوع همانطور که شرح کردیم در ماده ۳۴ قانون مدنی بیان شده، و آن حکم این است که در این صورت مشروط له حق فسخ خواهد داشت.

رابعاً - جهل به شرطی که نامشروع باشد. اگر مشروط له به نامشروع بودن شرط حین العقد جاهل باشد، چون امری که قانوناً ممنوع است در حکم امری است که قدرت بر انجام آن نباشد، چنانکه گفته اند: «الممنوع شرعاً کالممتنع عقلاً» لذا بازگشت این شرط، بشرط غیر مقدور است و مشروط له اگر جاهل به آن باشد، با توجه به ملاک ماده ۳۴ ق.م. میتواند عقد را فسخ نماید.

دوم: شروطی که باطل و مبطل عقد است - این شروط نیز دو دسته اند:

۱- دسته اول شروط خلاف مقتضای عقد - مقتضای هر عقد نتیجه و اثر مستقیم آن است یعنی نتیجه‌ای که طرفین به قصد حصول آن به انعقاد عقد مبادرت ورزیده‌اند و اثری که طبق قوانین آمده بر آن عقد مترتب است.

مثلاً مقتضای عقد بیع این است که به محض وقوع عقد، مشتری مالک سبب و بائع مالک ثمن شود. حال اگر در بیع شرط شود که سبب به ملکیت مشتری در نیاید، این شرط خلاف مقتضای عقد بیع است و علاوه بر اینکه شرط باطل است موجب بطلان عقد بیع نیز میشود، زیرا تعارض میان قصد موجد شرط و قصد بوجود آورنده بیع منجر به سقوط هر دو قصد و بالتیجه موجب بطلان شرط و عقد میگردد.

۲- دسته دوم شرایط مجهولی که جهل به آنها موجب جهل به عوضین میشود - صرف مجهول بودن شرط کافی برای بطلان عقد نیست بلکه عقد در صورتی باطل است که یکی از عوضین یا مورد معامله (در صورت معوض نبودن عقد) بعلت مجهول بودن شرط مجهول گردد. مثلاً کسی خانه‌ای بخرد و ثمن معامله را معادل نصف دارائی مورث خود تعیین کند و طرفین شرط کنند که ثمن پس از فوت مورث خریدار، منحصرأ به میزان نصف دارائی حین الفوت مورث، از سهم الارث او به بائع پرداخت شود در اینجا چون دارائی حین الفوت مورث، کما و کیفاً مجهول است و جهل به آن، به ثمن معامله، که یکی از عوضین است، سرایت میکند، در نتیجه ثمن مبهم و مجهول میشود و چون برابر 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.

ولی اگر شرط مجهول باشد بی آنکه موجب جهل به عوضین شود، عقد صحیح و فقط شرط باطل خواهد بود. مانند اینکه کسی خانه‌ای را به یک میلیون ریال بفروشد و ثمن معامله را دریافت کند و طرفین شرط کنند که خریدار ۱۰۰ کیلو ماده خوراکی برای

فروشنده بخرد یا بفروشنده تحویل دهد، چون نوع خوراکی معین نشده و مواد خوراکی هم متنوع و گوناگون است، لذا چنین شرطی مجهول و باطل است. علت بطلان شرط این است که شرط خود تعهد ضمنی است، که همانند عقد، متعهد و متعهد له و مورد تعهد دارد و با قصد و رضای طرفین تحقق مییابد و از این نظر واجد خصوصیات عقود و معاملات است و باید شرایط صحت معاملات در آن وجود داشته باشد تا شرط صحیح تلقی شود و یا مبهم بودن مورد تعهد، یکی از شرایط صحت این تعهد تبعی و جنبی موجود نیست و بالنتیجه شرط باطل است و چنین شرطی در حکم شرط غیر مقدور نامشروع است و بنظر میرسد همانطور که بطلان شرط غیر مقدور و ممنوع با جهل مشروط له به فساد شرط، موجب خیار است، با بطلان شرط مجهول و جهل مشروط له به فساد چنین شرطی، حق خیار برای او ثابت باشد.

سایر شروط ضمن عقد که خارج از عناوین شروط فاسده که شرح آن گذشت باشد شروط صحیحه خواهد بود و احکام این شروط در مواد ۲۳۵ الی ۲۴۶ قانون مدنی بیان شده که برای اجتناب از تفصیل و اطناب، از شرح آن خودداری میشود. فقط بعنوان اشاره یادآوری میگردد که در صورت تخلف از شرط صفت، مشروط له خیار فسخ خواهد داشت و در صورت تخلف از شرط فعل مشروط علیه اجبار به وفاء شرط میشود و اگر اجبار او مقدور نباشد ولی انجام فعل بوسیله شخص دیگری میسر باشد، حاکم بخرج مشروط علیه سوجبات انجام شرط را فراهم میکند، ولی اگر اجبار مشروط علیه ممکن باشد و نیز فعل مشروط از جمله اعمالی باشد که بوسیله غیر انجام آن میسر شود، مشروط له حق نسخ عقد را خواهد داشت، و نیز در صورتیکه انجام شرط مستتبع باشد، و این امتناع مستند به فعل مشروط له نباشد، نامبرده اختیار فسخ عقد را دارد.

لازم به تذکر است که مشروط له 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.

مسئله ۱ - هر گاه مشروط علیه از انجام شرط صحیح ضمن عقد خودداری نماید آیا به محض خودداری، ذی نفع خیار فسخ دارد یا آنکه خیر، پس از امتناع او از انجام شرط و مراجعه ذینفع به حاکم و عدم امکان اجبار، میتواند معامله را فسخ کند؟ از قانون مدنی شق اخیر استنباط میگردد. ولی بسیاری از فقها بوجه اول نظر داده اند^۱ و این بنظر اقوی میرسد زیرا خیار برای جبران ضرر است - و هر چند ممکن است، ذی نفع با مراجعه به محکمه و اجبار حاکم شرط مزبور را اجراء نماید، ولی باید توجه داشت که مراجعه به محکمه و دادخواهی کار آسانی نیست و خود خالی از ضرر نمیشود.

۱ - منهاج الصالحین، ج ۲، مسئله ۱۶۷

تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح / ۸۷

مسئله ۲ - در صورت عدم تمکن مشروط علیه از انجام شرط ، آیا مشروط له میتواند بجای فسخ معامله ، ما بازاء شرط را مطالبه و درخواست نماید ؟
بنظر میرسد که ذی نفع چنین حقی را ندارد .

۲

شروط ضمن عقد نکاح

هر چند نکاح از جمله عقود معینه بشمار است ، ولی اهمیت و اعتبار ویژه و موقعیت ممتاز آن در میان سایر عقود بر کسی پوشیده نیست. چون بنیاد جامعه بر خانواده و بنیان خانواده بر ازدواج استوار است ، لذا قانون‌گزار توجه خاصی نسبت به آن مبذول داشته ، چنانکه در مورد شروط ضمن العقد با وصف بیان حکم کلی آن برای همه عقود ، در باب نکاح اختصاصاً ، یا در پاره‌ای مواد در باره شرط ضمن عقد عمداً تکیه کرده و یا شرایط صحت عقد نکاح و وکالت در نکاح را به تفصیل در این بحث بیان نموده است ، که خود نشان دهنده اهمیتی است که قانون‌گزار برای نکاح قائل بوده است ، ولی تجدید بیان قانون‌گزار به معنی خروج نکاح از قواعد کلی ، جز در مواردی که صراحتاً حکم دیگری بیان شده است ، نیست و چون نکاح یکی از عقود است و احکام راجع به شرایط ضمن عقد در باره آن جاری است ، لذا شرایط ضمن عقد نکاح نیز واجد همان خصوصیات است که در احکام کلی آن مقرر است و تقسیم شرایط به فاسد و مفسد و صحیح در این عقد نیز صادق است .

الف - خصوصیات شرائط ضمن عقد نکاح.

شرایط ضمن عقد نکاح باید :

اولاً - غیر مقدور نباشد ، اگر شرط غیر مقدور باشد باطل است ، ولی بطلان آن به صحت عقد لطمه نمیزند.

ثانیاً - دارای نفع و فایده عقلانی باشد ، در غیر اینصورت باز شرط باطل است ، ولی مبطل عقد نیست

ثالثاً - نامشروع نباشد ، که شرط خلاف شرع و یا خلاف قوانین آمره فاسد است ولی مفسد عقد نیست . قوانین آمره که در فقه حکم نامیده میشود ، قوانینی است که برای نظم اجتماع وضع شده‌اند و اراده افراد نمیتواند آنها را تغییر دهد یا تفسیر کند . گاه نیز در تشخیص آن بین حقوق دانان ممکن است اختلاف نظر حاصل شود . مثلاً اگر ضمن عقد شرط شود که شوهر حق ندارد زن را طلاق دهد ، حکم این است که هر وقت شوهر بخواهد میتواند زن را طلاق دهد ، سلب این حق از شوهر مخالف قوانین آمره و باطل

است ولی زن میتواند شرط کند که در صورتیکه شوهر زن دیگری بگیرد او از طرف مرد وکیل است که پس از اثبات در دادگاه خود را مطلقه سازد.

در مورد شروط فاسدی که مفسد عقد نیست در نکاح حق فسخ، برای مشروط له نیست اگرچه مشروطه جاهل به نساد شرط باشد چون موارد فسخ نکاح در قانون معین است و جز در آن موارد اجازه فسخ نکاح داده نشده است، ولی اگر از شرط فاسد زیانی وارد شود زیان دیده از جهت تسبیب، حق مراجعه به مسبب را دارد.

وابعاً - شرط خلاف مقتضای عقد نباشد. شرط خلاف مقتضای عقد نکاح، هم باطل است و هم مبطل. مقتضای عقد نکاح زوجیت است، حال اگر ضمن عقد شرط شود که زوجیت حاصل نگردد این شرط باطل و عقد نیز فاسد است.

چون عقد نکاح عقدی نیست که عوضین در آن مصداق پیدا کند، لذا شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین میشود و در سایر عقود موجب بطلان است، در نکاح دائم عنوانی ندارد، تنها ممکن است شرط مجهول باشد که در اینصورت خود شرط باطل است. ولی در نکاح منقطع، چنین شرطی قابل تصور و بنابراین موجب بطلان عقد است، زیرا در نکاح منقطع مهر عوض است و اگر شرط مجهول موجب جهل به مهر شود، مهر ساقط و با سقوط مهر عقد باطل میگردد.

غیر از شرایطی که فوقاً ذکر شد سایر شرایط ضمن عقد، صحیح خواهد بود و در این مورد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مقرر میدارد:

« طرفین عقد ازدواج میتوانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر عین 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 نهائی خود را مطلقه سازد.»

گرچه در ماده ۱۱۱۹ در امثله ذکر شده فقط شرط فعل بیان شده است، ولی انتخاب شرط فعل بعنوان مثال من باب شیوع این نوع از شروط بوده و لذا مفید حصر نیست و شرط صفت و شرط نتیجه نیز همین وصف را دارد، چنانکه در ماده ۱۱۲۸ صریحاً حکم شرط صفت بیان شده و مقرر میدارد.

« هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.»

ممکن است تصور شود که به صراحت ماده ۱۱۱۹، قانونگذار تنها شرط خلاف مقتضای عقد را باطل دانسته و سایر شروط را با ذکر « هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور»،

تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح / ۸۹

پذیرفته است چون واژه (هر) از ادات کلی است و تنها مستثنای آن شرط خلاف مقتضای عقد است . این تصور به بداهت عقل مردود است ، زیرا بطور مسلم قانونگذار ، نه اجازه تجاوز به قوانین آمره را میدهد و نه فعل عیب را از قبیل شرط غیر مقدور و شرط فاقد فایده و نفع عقلانی تجویز میکند چنانکه بطلان شرط خلاف قانون در ماده ۱۰۶۹ بیان شده بدین شرح که :

« شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است ، مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد » ، که علت بطلان شرط فسخ مغایرت آن با قوانین آمره است چون موارد فسخ نکاح در مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۳۲ قانون مدنی معین است و این مواد از قوانین آمره است و شرط خیار با مواد مزبور مغایرت دارد ، یا در ماده ۱۰۸۱ مقرر شده است : « اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است . »

که بطلان این شرط نیز به لحاظ فساد آن به علت مغایرت با قانون است ، چون انحلال نکاح تنها با طلاق و فسخ که موارد آن معین است خواهد بود و عدم پرداخت مهر از موارد انحلال نکاح نیست .

گاه مواردی مطرح میشود که وجود یا عدم مغایرت شرط با قوانین آمره مورد تأمل است از جمله :

اگر در عقد شرط شود که زن نفقه خود را ساقط نماید و مرد را از پرداخت نفقه بری سازد ، بعضی از حقوقدانان معتقدند چون نفقه زن در نکاح دائم تکلیف شوهر است اسقاط آن خلاف قوانین آمره و شرط باطل است . بنظر میرسد قبول چنین شرطی بلاشکال باشد ، چون درست است که نفقه تکلیف شوهر است ولی این تکلیف تا زمانی است که زن از حق دریافت نفقه صرفنظر نکند ولی همین که زن حق خود را از این نظر ساقط کرد ، برای شوهر تکلیفی نخواهد ماند و چنین شرطی را نمیتوان شرط نامشروع دانست .

یا گفته اند که اگر در عقد شرط شود که شوهر با زن نزدیکی نکند ، شرط صحیح است که بنظر میرسد چنین شرطی نه تنها مغایر قانون ، بلکه محتملاً خلاف مقتضای عقد است چون هدف و مقصود از نکاح ، زوجیت و تناسل است که : « تناکحوا تناسلوا » و لازمه زوجیت ، نزدیکی است و هدف از نکاح نزدیکی مشروع است و شرط خلاف آن ، خلاف مقتضای عقد بنظر میرسد و اگر خلاف مقتضای هم نباشد مسلماً خلاف قانون آمره و باطل است .

ب- ضمانت اجرائی شرط فعل در ضمن عقد نکاح

قانون مدنی برای شروط ضمن عقد که به صورت شرط فعل ملحوظ گردیده ضمانت اجرائی

مشخصی منظور نداشته است و معلوم نیست که اگر مثلاً زوجین در ضمن عقد نکاح ، شرطی را به صورت شرط فعل لحاظ نمایند ، و از موارد قابل الزام دادگاه نباشد ، چه نتیجه حقوقی ایجاد خواهد شد ؟

بعضی از حقوقدانان معاصر^۱ چنین پنداشته‌اند که شرایط ملحوظ در عقد نکاح چنانچه قابل الزام نباشد ، برای صاحب شرط خیار فسخ ایجاد می‌گردد و نکاح را به سایر معاملات قیاس نموده‌اند ، که قانون مدنی در سایر معاملات به موجب مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ مقرر داشته است :^۲

بنظر میرسد این استدلال مخدوش است زیرا از نظر فقهی عوامل جدائی زن و مرد در شریعت مشخص و محدود به طلاق و یا فسخ و یا انقضای مدت و یا بذل و امثال آنست . فسخ بموجب خیار حاصله از تخلف انجام تعهد ، در شریعت منظور نگردیده است . قانون مدنی نیز به پیروی از فقه ، عوامل انحلال نکاح را دقیقاً مشخص کرده و چنین خیاری را برای احد طرفین قرار نداده است و بنابراین نمیتوان نکاح را به سایر معاملات قیاس نمود و با استنباط از ماده ۲۳۷ و ۲۳۹ چنین نظری داد .

ج - شرط عدم ازدواج مجدد

هر گاه زوجه 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 است که به سه نظر عمده اشاره می‌گردد .

اول : چنین شرطی فاسد و مفسد عقد است .

دوم : شرط مزبور فاسد است ولی مفسد عقد نیست^۳

سوم : شرط مزبور صحیح است ولی ازدواج مجدد زوج را باطل نمی‌سازد و چنانچه زوج تخلف کند و مجدداً ازدواج نماید ازدواج مزبور صحیح است^۴ .

۱- حقوق خانواده : دکتر جعفری لنگرودی ص ۱۹۴ و ۲۲۸

۲- ماده ۲۳۷ قانون مدنی : « هر گاه 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 بحاکم رجوع نموده و تقاضای اجبار بوفاء شرط بنماید . »

ماده ۲۳۹ قانون مدنی : « هر گاه اجبار مشروط علیه 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 . »

۳- تحریر الوسیله امام خمینی مدظله ، ج ۲ - ص ۳۰۲

۴- مهتاج الصالحین خوئی ج ۲ ص ۳۰۵

تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح / ۹۱

چهارم: شرط مزبور صحیح است و از ازدواج مجدد جلوگیری می‌نماید و چنانچه زوج مجدداً ازدواج نماید، ازدواج مزبور باطل است.

نظریه اخیر را در کتب قدما نیافته‌ایم، میان فقهای معاصر تنها مرحوم آیت‌الله حکیم: در منهاج الصالحین میگوید:

« و يجوز ان تشترط الزوجة على الزوج في عقد النكاح او غيره ان لا يتزوج عليها و يلزم الزوج العمل به ، بل لو تزوج لم يصح تزويجه . »

« و جائز است که زوجه شرط کند علیه زوج در عقد نکاح یا عقدی دیگر که مرد ازدواج دیگری نماید، زوج بر چنین شرطی ملزم است بلکه چنانچه ازدواج نماید، ازدواج (مجدد) او باطل است. »

توجیه فقهی نظریات قبلی کاملاً روشن است. در مورد نظریه اخیر هر چند وجوهی برای توجیه آن بنظر میرسد، ولی تا تاریخ نگارش سطور، وجه بدون خدشه و قابل پذیرشی منظور نگردیده است. چنانچه پژوهشگران و صاحب‌نظران کتباً یا شفاهاً ارشاد فرمایند موجب امتنان نگارنده خواهد بود. *

* فصل نامه « حق » از دریافت مقالات صاحب‌نظران در این زمینه و برای درج در این دفترها استقبال می‌کند.

* *

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی