

## ضمانت اجرا و اثر قرارداد در جلوگیری از ازدواج مجدد

### The Effectiveness of Contractual Freedom to the Choice of Partner

*M. Roshan, Ph.D.*

دکتر محمد روشن ✉

عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی

*H. Fadaii, M.A.*

حسن فدایی

دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع)

*S. M. Azin, M.A.*

سیدمحمد آذین

دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

دریافت مقاله: ۹۰/۷/۱۰

دریافت نسخه اصلاح شده: ۹۲/۹/۸

پذیرش مقاله: ۹۳/۳/۱۸

#### Abstract

Family is the simplest human society. Some part of its construction is involuntary; no one chooses his/her parents. But when it is time to accompany with a partner, "the freedom to choose" plays a key role: whether to choose marriage itself or to choose a specific partner. The authors aim to scrutiny the legitimacy of contracts regarding restriction, prohibition or compulsion of marriage.

#### چکیده

خانواده ساده‌ترین اجتماع انسانی است. بخشی از شکل‌گیری این نهاد، غیرارادی و بخش دیگر آن کاملاً ارادی و بر اساس قصد و اراده است. ازدواج در برخی موارد از قواعد عام حقوقی پیروی نمی‌کند و همین امر، مطالعه احکام و موضوعات مرتبط با آن را حائز اهمیتی ویژه ساخته است. شناخت جایگاه آزادی قرارداد در اصل برخورداری از حق ازدواج مجدد و یا عدم آن و نیز شخصیت طرف عقد، از همین دست است. قواعد حاکم بر حقوق خانواده، نوعاً امری است و در نتیجه، اراده زن و مرد را یارای مخالفت با آن نیست.

✉Corresponding author: Family Research Institute, Shahid Beheshti University (G. C.)  
Email: [m-roshan@sbu.ac.ir](mailto:m-roshan@sbu.ac.ir)

✉نویسنده مسئول: تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشکده خانواده

پست الکترونیکی: [m-roshan@sbu.ac.ir](mailto:m-roshan@sbu.ac.ir)

There is a famous legal maxim which states that: "In family law, the regulations are imperative and no one can compromise unlike them". This paper is to verify this general claim regarding contractual freedom in marriage.

**Keywords:** Marriage, Divest of right, Contractual Freedom, Contract.

این مقاله در پی آن است تا به اثر آزادی اراده بر ازدواج مجدد بپردازد؛ مطالعه‌ای که تاکنون جست‌وجوی گریخته انجام شده و کلی‌گویی‌ها و بعضاً تعصبات غیرحقوقی، همان اثر اندک را نیز زائل نموده است.

**کلیدواژه‌ها:** ازدواج مجدد، آزادی اراده، سلب حق و قرار داد.

### مقدمه

اصل حاکمیت اراده در باب نکاح، به جهت حفظ سلامت روحی و جسمی خانواده وضع شد و تأمین آزادی اراده زن و مرد برای گزینش نحوه زیست مشترک، یکی از اهدافی است که قواعد آمره حقوقی آن را دنبال می‌کند (ناصر کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۸۸، ۴۲). ازدواج یک عمل حقوقی ارادی دوجانبه است که گرچه مفادش را طرفین عقد آزادانه تغییر نمی‌دهند، اما پیوستن به آن کاملاً در اراده آن‌هاست. به دیگر سخن وصف ارادی بودن عقد نکاح، بیش از آن‌که ناظر به تعیین شرایط و مفاد آن باشد متوجه حق انتخاب طرف عقد و آزادی پیوستن به این نهاد است.

آنچه در این نوشتار مورد مطالعه قرار می‌گیرد، حدود اختیار اشخاص در محدود نمودن این آزادی اراده است. سؤال این است که آیا می‌توان به استناد یک قرارداد حق انتخاب همسری غیر از شخص مورد توافق را از خود سلب نمود؟ آیا می‌توان به صرف یک تراضی متعهد به عدم ازدواج مجدد شد؟ و آیا با مکانیزمی در قالب عقد خارج لازمی غیر از نکاح یا شرط ضمن عقد نکاح می‌توان تعهد محکم و غیرقابل نقضی شکل داد که اراده شخص ناتوان از بازگشت از تصمیم پیشین باشد؟

این‌ها سؤالاتی بسیار مهم در حوزه هم‌پوشانی حقوق قراردادهای و حقوق خانواده است، که پاسخ به آن مستلزم غور در مبانی اندیشه‌های حقوقی قراردادی و اشراف بر جایگاه فلسفه و اخلاق در نظام حقوقی خانواده است. این شروط از دیرباز و از عهد رسول خدا (ص) مورد بحث بوده (قول رسول الله صلی الله علیه وسلم (المسلمون علی شروطهم). روی البخاری و مسلم و غیرهما عن عقبه بن عامر أن رسول الله صلی الله علیه وسلم قال: (أحق الشروط أن یوفی به ما استحللتم به الفروج)؛ سزاوارترین شروطی که بدان وفا می‌شود، همان است که فرج‌های خویش را بدان حلال می‌نمائید.<sup>۱</sup>

(مقاطع الحقوق عند الشروط و لك ما شرطت)؛<sup>۲</sup> حقوق شروط را محدود می‌نماید و تو راست آن‌چه شرط نمودی. در اثری که از اثرم که البته در منابع روایی معتبر تفصیل آن نیامده است، از

عمر آمده است: «روی الاثرم یاسناده: أن رجلا تزوج امرأه وشرط لها دارها، ثم أزد نقلها، فخاصموه إلى عمر بن الخطاب فقال لها شرطها» (مقاطع الحقوق عند الشروط).<sup>۳</sup> اثرم روایت می‌کند که: مردی با زنی ازدواج کرد، و مسکن وی در شهر خودش شرط گذاشته شد. سپس تصمیم گرفت که آن زن را به جای دیگری ببرد. در این مورد اختلاف نمودند و نزد عمر رفتند. عمر گفت: این زن مستحق رعایت شرطش می‌باشد؛ زیرا حقوق بواسطه شروط محدود می‌گردد.

به هر حال استدلال بر مسئله بر اساس استناد به این روایات و نقلیات است، که ترجیح یکی بر دیگری بر اساس استنباط فقهی فقهای مذاهب است. البته در فقه اهل بیت علیهم‌السلام روایات صحیح‌السندی دال بر بطلان چنین شرطی آمده؛ هر چند در یک روایت<sup>۴</sup> آمده است که طبق شرط عمل گردد. و به ویژه اثر منع‌کننده قرارداد در ازدواج مجدد مرد ضمن پیمان با زن، امروزه نیز محل نقد است و اعتبار احتمالی چنین شرطی می‌تواند ضمانت اجرای قدرتمندی به زنانی ارزانی کند که با نقض عهد همسران خود مواجه شده‌اند.

اکنون طرح این بحث فراتر از حد یک مسئله نظری صرف است. به سؤالات پیش‌گفته به طور پراکنده و موردی در مقالات و کتب حقوقی پاره‌ای از فقیهان و اندیشمندان حقوق پاسخ داده شده است. اما این همه، ما را از مطالعه منسجم و جامع موضوع بی‌نیاز نمی‌کند؛ مطالعه‌ای که بتواند با در نظر گرفتن یک مبنا و محور فکری واحد، پاسخ‌گوی فروع متنوع اثرگذاری قرارداد در آزادی ازدواج باشد. دو محور مورد مطالعه «اثر قرارداد در منع ازدواج» و «اثر قرارداد در الزام به ازدواج» موضوع اصلی این مقاله است. اعتبار این نحوه تراضی و در صورت قول به اعتبار، ضمانت اجرای احتمالی آن مطالعه و در پایان، نظریه منتخب ارائه خواهد شد.

### بخش اول: اثر قرارداد زوجین در امتناع زوج از ازدواج مجدد

این بخش به دو فصل «اثر قرارداد با همسر در منع ازدواج» و «اثر قرارداد با اشخاص ثالث در منع ازدواج» تحلیل می‌شود.

#### فصل اول: اثر قرارداد با همسر در منع ازدواج

هرگاه در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوج ازدواج مجدد نکند درباره نفوذ و اثر این شرط بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر است. (سیدمحمد موسوی بجنوردی، ۱۳۷۳، ۵۱) در این قسمت به بیان و ارزیابی نظرات فقها و حقوقدانان می‌پردازیم.

#### مبحث اول: اعتبار تراضی

می‌توان تصور کرد شرط ممنوع‌کننده نکاح به صورت مطلق در نکاح یا ضمن عقد الزام‌آور دیگری گنجانده شود یا به صورت مشروط. مشروط علیه چنین شرطی می‌تواند علقه زوجیت فعلی مرد قرار داده شود.

هم‌چنین اگر مبنای تقسیم‌بندی قرارداد با همسر در منع نکاح را محدودیت زمانی اعتبار تراضی قرار دهیم، از این جهت، قراردادی که شخص را از ازدواج منع کند، به دو صورت قابل تصور است: نخست قراردادی که وی را مادام‌العمر از ازدواج وادارد. دوم قراردادی که برای مدت معینی - مانند مدت دوام رابطه زوجیت با طرف عقد - اثرگذار باشد.

### بند اول: اعتبار تراضی در منع دائم و مطلق

در بطلان تراضی که به موجب آن، شخص در برابر همسر خود متعهد شود که مادام‌العمر و صرف نظر از دوام یا زوال زوجیت فعلی با طرف عقد، خود را از نکاح منع کند، تردیدی نیست. ماده ۹۵۹ قانون مدنی جای هیچ ابهامی در این خصوص باقی نگذاشته و اعلام می‌دارد:

«هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». در نتیجه اگر مردی ضمن عقد نکاح یا به موجب توافقی جداگانه به همسر خود تعهد دهد تا پایان عمر خود، از ازدواج مجدد دوری گزیند چنین شرطی باطل است؛ با این وصف بطلان شرطی که به موجب آن مرد تعهد کند حتی در فرض زوال نکاح فعلی به واسطه فوت زوجه یا طلاق نیز ازدواج ننماید، به طریق اولی مسلم خواهد بود، چرا که از شروط مغایر با حقوق راجع به شخصیت انسانی دانسته شده که باطل است. (محمدجعفر جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۹۲).

در فقه امامیه هم در این موضوع ابهامی دیده نمی‌شود. بنا بر روایتی، از امام صادق (ع) نقل شده است که چنین شرط دائمی که متضمن ضمانت اجراهای شدید مالی بود را بی‌اعتبار شمردند و به مرد اذن نکاح مجدد دادند.<sup>۵</sup> (شیخ طوسی، ج ۳، ۱۳۹۰، ق، ۲۳۱).

شافعیه نیز در این خصوص با شیعه موافق است (مفلح راشد صیمری، ج ۲، ۱۴۰۸، ق، ۳۶۵) {عبدالله بن قدامه (متوفی ۶۳۰)، در کتاب المغنی چنین آورده است:

وأبطل هذه الشروط الزهري و قتاده و هشام بن عروه و مالك و الليث و الثوري و الشافعي و ابن المنذر و أصحاب الرأي قال أبو حنيفة و الشافعي و يفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم ( كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ) وهذا ليس في كتاب الله.<sup>۶</sup>

نظر خود عبدالله بن قدامه (متوفی ۶۳۰) دال بر صحت این شرط است ولی او پس از بیان نظر خود می‌گوید:

ترجمه: «کسانی چون زهری و قتاده و هشام بن عروه و مالک و لیث و ثوری و شافعی و ابن منذر و اصحاب رأی این قبیل شروط را باطل می‌دانند. ولی ابوحنیفه و شافعی معتقدند که عقد ازدواج باطل نمی‌شود ولی مهر فاسد می‌گردد و در نتیجه باید مهرالمثل داده شود.» { این عقیده با مبانی حقوقی ما نیز سازگاری دارد. اگر شرط منع دائم از ازدواج را شرطی نامشروع و خلاف صریح ماده ۹۵۹ قانون مدنی بدانیم بر اساس ماده ۲۳۲ ق.م. شرط نامشروع باطل ولی مبطل عقد نیست.

شرط منع دائمی از اختیار همسر در قرارداد با همسر فعلی می‌تواند به زیان زوجه هم تنظیم شود<sup>۷</sup> (میرزا حسین‌نوری، ج ۱۵، ۱۴۰۸ ق، ۷۶) اما چنان که خواهیم دید شرط منع موقت از اختیار همسر - که منع را محدود به زمان معین یا طول مدت دوام نکاح فعلی می‌کند - مختص زوج است و از آن‌جا که تصور ازدواج مجدد زوجه در مدت بودن در علقه زوجیت دیگری منتفی است، شرط منع موقت از اختیار همسر هم به زیان زوجه وجهی ندارد.

### بند دوم: اعتبار تراضی در منع موقت و مشروط

مراد از منع موقت از ازدواج، فرضی است که مرد ضمن عقد نکاح یا در قالب عقدی مستقل، در برابر زوجه خود ملتزم شود تا مدت معینی - مثلاً ۵ سال - یا به عنوان مثال تا زمانی که رابطه زوجیت فعلی آن‌ها دوام دارد، از اختیار همسر دیگری خودداری نماید. هم‌چنین مقصود از منع مشروط، آن است که زوج مشروط به شرطی معین از تجدید فراش دست بشوید؛ مانند آن‌که زوجه ضمن نکاح شرط کند که تا زمانی که زوج در علقه زناشویی اوست، ازدواج مجدد نکند. یکی از اندیشمندان حقوق ایران، فرضی را که میان زوجین نکاح دائم برقرار باشد و طرفین، این شرط را منوط به دوام رابطه زوجیت نموده باشند، از مصادیق منع دائم دانسته و ذیل سلب حق کلی مطالعه نموده‌اند (ناصر کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۸۸، ۲۴۵).

اما با در نظر گرفتن این نکته که به هر حال با توجه به احتمال بر هم خوردن رابطه زوجیت به واسطه فوت زوجه یا طلاق در مدت زمانی کوتاه از تاریخ انعقاد شرط، این منع تا پایان عمر دست و پای مرد را نمی‌بندد، آن را در این بند مورد مطالعه قرار می‌دهیم. منع موقت همسر از اختیار زوجه، مهم‌ترین موضوع مورد بحث و مناقشه میان حقوقدانان و صاحب نظران عرصه فقه در این زمینه است. عمده دلیل این اختلاف را باید در نحوه تفسیر مولفان از سلب حق نکاح در این مورد دانست.

### الف: ادله قائلان به صحت تراضی

گروهی از نویسندگان تلاش نموده‌اند با تمسک به مقررات مندرج در قانون حمایت خانواده و استناد به اصل آزادی اراده، چنین شرطی را صحیح اعلام کنند. یکی از این استادان، به استناد بند اول ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده که عدم رضایت همسر اول جهت ازدواج مجدد زوج را از موجبات ایجاد حق طلاق برای زوجه می‌داند، این اقدام بدون اجازه را از مصادیق عسر و حرج موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ارزیابی نموده است. با این تفصیل به نظر می‌رسد ایشان که خود از چهره‌های صاحب نام معاصر فقهی است به عدم مخالفت اشتراط رضایت زن جهت ازدواج مجدد با فقه گرایش دارد که همان آثار شرطیت منع موقت ازدواج را به دنبال خواهد داشت. (سید محمد موسوی بجنوردی، ۱۳۸۶، ۱۹۴) در تأیید این نظر گفته شده است که هدف قانون‌گذار محدود ساختن مواردی است که شوهر می‌تواند زن دوباره بگیرد. پس اگر زن و شوهر با قرارداد خصوصی میان خود

به تحقق این هدف کمک کنند، نمی‌توان ادعا کرد که خواسته ایشان مغایر با نظم عمومی است (ناصر کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۸۸، ۲۴۵)

یکی دیگر از مبانی فکری موافقان اعتبار تراضی در خصوص منع موقت یا مشروط اختیار همسر، جزئی دانستن سلب حق مذکور است. ایشان معتقدند بر خلاف مورد منع دائم ازدواج که در فوق بررسی شد، در این مورد سلب حق، مدت‌دار و منوط به ادامه رابطه زوجیت است و همین قید، آن را از دامنه شمول سلب حق کلی خارج می‌سازد. مرد تا زمانی نمی‌تواند از حق ازدواج مجدد بهره جوید که در رابطه فعلی باقی بماند و از آن‌جا که طلاق ایقاعی است در اختیار زوج، رفع مانع نکاح جدید در ید همان کسی خواهد بود که خود را به طور ارادی و موقت از اعمال حق محروم ساخته است. ماده ۹۵۹ قانون مدنی هم سلب حق تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را به طور کلی مورد نهی قرار داده و از مفهوم مخالف آن باید چنین دریافت که سلب یکی از حقوق - مانند حق ازدواج - به طور جزئی میسر است و موقت یا مشروط بودن، یکی از مؤلفه‌های‌های جزئی بودن سلب حق است.

گروهی از فقهای امامیه (سیدمحسن حکیم، ج ۲، ۱۴۱۰ق، ۲۸۶ و همو، ج ۲، ۱۴۲۱ق، ۴۳) نیز بر خلاف قول مشهور، قائل به صحت شرط عدم ازدواج مجدد می‌باشند. در این قسمت از نوشتار، دلایل قائلین به صحت شرط را بیان کرده و اثر صحت شرط را بیان خواهیم نمود.

قائلین به صحت شرط عدم ازدواج مجدد، معتقدند که چنین شرطی تحریم حلال نمی‌باشد و آنچه از حدیث «المومنون عند شروطهم» استثنا و مورد نهی واقع شده تحریم حلال است که به دلیل مخالفت با کتاب و سنت، فاسد می‌باشد ولی شرط اتیان فعل مباح یا ترک آن مثل شرط عدم ازدواج مجدد و نیز شرط ترک فعل مستحب، نافذ و غیرمخالف کتاب و سنت است (سیدمحمد موسوی بجنوردی، ۱۳۷۳، ۵۱-۵۲) قانون مدنی در ماده ۹۵۹ بیان می‌کند: «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طورکلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند» از مفهوم این ماده و دیگر مواد قانونی، این نتیجه به‌دست می‌آید که انسان حق سلب را در حالت جزئی دارد. اما این یک قاعده نیست. یعنی نمی‌توانیم بگوییم هر حقی با جزئی شدن قابلیت سلب پیدا می‌کند و چه‌بسا مواردی که در قانون از آن‌ها تعبیر به حق شده است اما به‌رغم جزئی بودن، قابلیت سلب را ندارند که علت آن مورد بحث قرار گرفته است. موضوع سلب حق در فقه نیز سابقه طرح و بحث دارد اما این بحث در فقه با عنوان تحریم حلال آمده است. یعنی ملاک سلب حق در فقه همانند حقوق، کلی یا جزئی بودن نیست که ملاک، تحریم حلال است. به عبارت دیگر در فقه، حق در صورتی قابلیت سلب دارد که حرامی را حلال نکند و یا حلالی را حرام نگرداند. در این‌جا بعضی از آیات و روایات مربوط به تحریم حلال ذکر می‌شود: مائده: ۸۷ و ۸۸: یا ایها الذین امنوا لا تحرموا طیبات ما احل الله لکم و لا تعتدوا ان الله لا یحب المعتدین و کلوا مما رزقکم الله حلالا طیبیا و اتقوا الله الذی انتم به مومنون.

ای کسانی که ایمان آوردید چیزهای پاکیزه را که خدا برای شما حلال کرده است، حرام نکنید و تعدی و تجاوز ننمایید که خدا متعدیان را دوست نمی‌دارد، از چیزهای حلال که خدا روزی شما کرده است، بخورید و از خدایی که به او ایمان دارید، باک داشته باشید.

تحریم: ۱: یا ایها النبی لم تحرم ما احل الله لک تبغی مرضات ازواجک.

ای پیغمبر! چرا چیزی را که خدا به تو حلال کرده است، حرام می‌کنی و خوشنودی همسران خود را می‌جویی؟

توبه: ۳۷: انما النبی ء زیاده فی الکفر یضل به الذین کفروا یحلونه عاما و یحرمونه عاما لیواطوا عده ما حرم الله فیحلوا ما حرم الله زین لهم سوء اعماهم و الله لا یهدی القوم الکافرین.

تاخیر انداختن ماه حرام، افزودن کفر است. کسانی که کافر شده‌اند به سبب این عمل گمراه می‌شوند، یک سال آن را حرام می‌شمارند و سال دیگر آن را حلال می‌دانند تا با عده ماه‌هایی که خدا حرام کرده است، مطابق شود. پس ماهی را که خدا حرام کرده، حلال می‌کنند. اعمال بدشان، برایشان آراسته است و خدا گروه کافران را هدایت نمی‌کند.

علی علیه‌السلام درباره ستم‌ها و بدعت‌هایی که بنی‌امیه انجام دادند، در نهج‌البلاغه چنین می‌فرماید:

خطبه ۹۷: و الله لایزالون حتی لا یدعوا لله محرما الا استحلوه.

سوگند به خدا همواره ستم می‌کنند تا هیچ حرام خدا را باقی نگذارند مگر آن‌که آن را حلال گردانند.

خطبه ۱۷۵: و اعلموا عباد الله ان المومن یستحل العام ما استحل عاما اول و یحرم العام ما حرم عاما اول و ان ما احدث الناس لا یحل لکم شیئا مما حرم علیکم و الکن الحلال ما احل الله و الحرام ما حرم الله.

بندگان خدا بدانید که شخص با ایمان در این سال، آن‌چه را که در سال گذشته حلال می‌دانسته، حلال می‌داند و در آن سال، آن‌چه را که در سال پیش حرام می‌شمرده است و بدعت‌هایی را که مردم به وجود آورده‌اند، حرام می‌داند: آن‌چه را که بر شما حرام شده است، حرام نمی‌گرداند، بلکه حلال آن است که خدا حلال کرده و حرام آن است که خدا آن را حرام فرموده است.

آیت‌الله خوئی در این زمینه می‌فرماید:

«و یجوز ان تشتترط الزوجه علی الزوج فی عقد النکاح او غیره ان لایتزوج علیها و یلزم الزوج العمل به...». نظیر همین عبارت در کلام برخی فقهای دیگر مشاهده می‌شود (سید ابوالقاسم خوئی، ج ۲، ۱۴۱۰، ۲۸۰).

روایتی نقل شده که محدثین را ناگزیر ساخته آن را در مقام تقیه و یا استحباب پای‌بندی به شرط تعبیر کنند. بر اساس این روایت مردی از شیعیان پس از طلاق دادن همسرش، تصمیم گرفت

مجدداً با وی ازدواج کند که در مراجعت، زن شرط نمود در صورت ازدواج مجدد دیگر نباید وی را طلاق گوید و نباید به ازدواج مجدد دست زند و مرد این شرط را پذیرفت. اما مرد بر سر پیمان نماند و مجدداً ازدواج کرد. معصوم در این خصوص فرموده‌اند: «چه بد کاری کرد... به او بگو به شرطش در قبال زن وفا کند چرا که رسول خدا فرمود:

«المومنون عند شروطهم» (شیخ طوسی، ج ۳، ۱۳۹۰ق، ۲۳۲).

پاره‌ای از فقیهان معاصر احتمالاً بر همین مبنا، مرد را ملزم به شرط دانسته و بر خلاف نظر مشهور رفته اند<sup>۱</sup> (سیدعلی سیستانی، ج ۳، ۱۰۲؛ سید محسن حکیم، ج ۲، ۲۹۶).

موافقان صحت تراضی در ارتباط با اثر شرط در صورت تخلف زوج از مفاد آن اختلاف نظر دارند. بعضی معتقدند شرط مذکور لازم‌الوفا است ولی چنانچه زوج ازدواج کند ازدواج مجدد باطل نمی‌شود و صحیح خواهد بود و برای مشروطه، تنها حق فسخ عقد اصلی، به لحاظ تخلف از شرط ایجاد می‌شود. مشروطه در صورت عدم انجام شرط، علی‌الاصول در کلیه عقود می‌تواند از عمل به شرط، صرف‌نظر نماید و در صورت عدم انصراف، در فسخ و عدم فسخ عقد مخیر است و اختیاری نسبت به عقد بعدی نخواهد داشت، اما از آنجا که در عقد نکاح خیار تخلف از شرط متصور نیست زوجه صاحب خیار فسخ هم نمی‌شود.

بعضی معتقدند شرط مذکور لازم‌الوفاء است ولی چنانچه زوج ازدواج کند ازدواج مجدد باطل نمی‌شود. (طبق این نظریه اگر نسبت به شرط ضمن عقدی که مفاد آن ترک یک عمل حقوقی است تخلف شود عمل انجام شده صحیح می‌باشد) بلکه فقط موجب به وجود آمدن خیار می‌گردد اما از آنجا که در عقد نکاح خیار تخلف شرط متصور نیست زوجه صاحب خیار فسخ هم نمی‌گردد. آیت‌الله خوئی در این زمینه می‌فرماید: «و يجوز ان تشترط الزوجه علی الزوج فی عقد النکاح او غیره ان لا یتزوج علیها و یلزم الزوج العمل به و لکن لو تزوج صح تزویجه (سیدابوالقاسم خوئی، ج ۲، ۱۴۱۰، ۲۸۰). در برابر این نظر، گروه دیگر معتقدند که شرط عدم ازدواج مجدد صحیح می‌باشد و علاوه بر آن، از ازدواج دوم نیز جلوگیری می‌کند لذا چنانچه زوج مجدداً ازدواج نماید ازدواج او باطل خواهد بود.

آیت‌الله حکیم در این رابطه می‌فرماید: «... لو تزوج لم یصح تزویجه». (سیدمحسن حکیم، ج ۲، ۱۴۲۱، ۴۳) ایشان بر همان مبنای خود که شرط در ضمن عقد، ایجاد حق می‌کند معتقدند شرط عدم ازدواج مجدد به عنوان شرط ترک فعل حقوقی موجب پیدایش حق برای مشروطه می‌شود و براین اساس تصرفات منافی با آن حق به دلیل ممانعت در استیفای صاحب حق از آن، بی‌اثر دانسته و حکم به عدم صحت نکاح داده‌اند (روشن، ۱۳۸۹، ۱۳۵).

### ب: ادله قائلان به بطلان تراضی

اما در مقابل، مخالفان اعتبار چنین تراضی، آن را از سنخ سلب حق به طور کلی می‌دانند. ایشان معتقدند هیچ چیز در جهان مادی پایدار و دائمی نیست، لیکن در زبان حقوقی امری را موقت و



ناپایدار می‌شناسند که بنا بر متعارف و سیر طبیعی امور تا پایان عمر به درازا نکشد و محدود به زمان معین باشد. نکاح دائم از این گونه امور نیست و شرط ضمن آن را نیز عرف، موقت نمی‌شناسد. بنابر این نظر نمی‌توان ادعا کرد که چون سلب حق محدود به زمانی است که نکاح منحل نشده، جزئی است. هم‌چنین یکی از محققان سلب حق در مدت معین را در صورتی که مصداق آن مشخص نباشد سلب حق به طور کلی و مشمول منع ماده ۹۵۹ می‌داند (سیدحسین صفایی، ۱۳۸۰، ۳۵).

در پاسخ به استناد موافقان به قانون حمایت خانواده در توجیه اعتبار شرط منع موقت یا مشروط نکاح، مخالفان، ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده را به عنوان یک راه‌حل استثنایی شناسایی نموده‌اند و بر این باورند که در همین موارد استثنایی انتخاب همسر دوم در زمره حقوق مدنی شوهر است و نمی‌تواند به طور کلی از او گرفته شود<sup>۹</sup> (ناصر کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۸۸، ۲۴۵).

در فقه نیز طرفداران قول به بطلان شرط منع ازدواج به مراتب بیش از موافقان اعتبار چنین شرطی هستند. (شیخ حر عاملی، ج ۲۱، ۱۴۰۹ق، ۲۷۵ به بعد؛ سیدابوالحسن اصفهانی، ج ۳، ۲۱۲؛ شیخ حسن نجفی، ج ۳۱، ۹۵ به بعد) بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، قول اکثر فقهای امامیه (شیخ حسن نجفی، ج ۳۱، ۹۵؛ محقق حلی، ج ۲، ۱۴۰۹، ۳۲۹) می‌باشد و در این خصوص حتی ادعای اتفاق نیز از سوی فقها شده است که در این رابطه ابتدا دلایل فقها را بیان کرده و سپس نظر آن‌ها را در باره وضعیت عقد، با وجود بطلان شرط بیان خواهیم کرد.

برخی از فقهای امامیه (محقق حلی، ج ۲، ۱۴۰۹، ۳۴) دلیل بطلان شرط عدم ازدواج مجدد را مخالفت شرط با مقتضای عقد دانسته‌اند و معتقدند که چنین شرطی، مخالف با مقتضای عقد نکاح می‌باشد. ولی به نظر می‌رسد که چون شرط مزبور، باعث عدم ایجاد علقه زوجیت نمی‌شود بلکه اختیار مرد را برای ازدواج مجدد محدود می‌سازد از این رو نمی‌توان آن را خلاف مقتضای ذات عقد نکاح دانست، مگر این‌که آن را خلاف مقتضای عقد بدانیم که در این صورت باید قائل به صحت چنین شرطی شویم، در حالی که خود همین گروه، نظرشان بر بطلان شرط مذکور می‌باشد (روشن، ۱۳۸۹، ۱۳۲).

ولی مشهور فقهای امامیه (شیخ طوسی، ۱۳۴۳، ۴۷۴؛ یوسف بحرانی، ج ۲۴، ۱۴۰۵ ق، ۵۲۶؛ شیخ حر عاملی، ج ۵، ۱۴۰۹ق، ۳۶۲) دلیل بطلان شرط عدم ازدواج را، مخالفت چنین شرطی با شرع (کتاب و سنت) و نامشروع بودن آن می‌دانند. به همین دلیل علیرغم اعتقاد به بطلان شرط، عقیده دارند که بطلان شرط هیچ صدمه‌ای به صحت عقد نکاح وارد نمی‌سازد و عقد نکاح و مهرالمسمی صحیح و دارای آثار حقوقی است (میرزا فتاح شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷ق، ۵۶۳).<sup>۱۰</sup>

گروه دیگری از فقهای امامیه، چنین شرطی را تحریم حلال دانسته و مشمول مستثنای قاعده «المومنون عند شروطهم» می‌دانند و نیز به روایاتی در ارتباط با بطلان شرط از جمله روایتی از امام باقر(ع) استناد می‌کنند: «فی رجل تزوج امراه و شرط لها ان هو تزوج علیها امراه، فهی طالق. فقضی

فی ذلک ان شرط الله قبل شرطکم فان شاء وفی بما اشترط و ان شاء امسکها و اتخذ علیها و نکح علیها.» (شیخ حر عاملی، ج ۱۵، ۴۰۹، ق، ۴۷)

اما اگر چنین توافقی ضمن عقد نکاح تنظیم شده باشد، حکم نکاح چگونه است؟ آیا این شرط فاسد، بطلان را به پای نکاح نیز خواهد کشاند یا ازدواج بدون در نظر گرفتن مفاد این شرط به قوت خود باقی است؟

{مشهور این است که فساد شرط به عقد هم سرایت می‌کند.

دلیل قائلین به صحت عقد: وجود مقتضی و فقدان مانع عمده دلیل همان چیزی است که مرحوم ابن ادریس گفته است. یعنی مقتضی صحت عمومات و فاء به عقود موجود و مانع صحت مفقود است، چون کتاب، سنت و اجماع در اینجا نداریم پس حکم به صحت موافق قاعده است.

دلیل قائلین به فساد: قاعده

طبق قاعده العقود تابعه للقصود، اگر شرط فاسد باشد و عقد فاسد نشود، در این صورت ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع، چون هر دو را با هم می‌خواست یعنی نکاحی می‌خواست که تا مدتی حق تجدید نظر داشته باشد. بنابراین عقد در این صورت فاسد است.

جواب از دلیل: در مقابل این دلیل جوابی داده شده به این که عرف عقلا در این جا به حسب ارتکاز عرفی قائل به تعدد مطلوب هستند و می‌گویند خود عقد چیزی است و شرط چیز دیگر و در واقع دو مطلوب است و اگر یکی فاسد شد چرا دومی فاسد شود، در باب مهر فاسد، مثلاً به گمان این که محتوای ظرف سرکه است آن را مهریه قرار داد بعد معلوم شد که خمر است یا این که خانه را مهر قرار داد بعد معلوم شد که مال غیر است، گفته می‌شود که فساد مهر به عقد سرایت نمی‌کند و فقط مهر باطل است و عقد باطل نیست، با این که ممکن است زوجه بگوید که من عقد را به خاطر آن مهر می‌خواستم، در حالی که شرط نیز مانند مهر است.

و هم‌چنین در بیع مایملک و مالا یملک که از شرط هم بالاتر است و در واقع جزء است، گفته می‌شود در مایملک بیع صحیح است و در مالا یملک باطل است، در حالی که خریدار همه را با هم می‌خواسته است، که همه از باب تعدد مطلوب است. در ما نحن فیه هم همین را می‌گوییم، یعنی نکاح و شرط خیار دو امر مختلف و از قبیل تعدد مطلوب هستند، وقتی یکی به مشکل برخورد، دومی به قوت خود باقی است. پس تا این جا از قول مشهور جواب دادیم.

ردّ جواب: در مقابل، مشهور به سه بیان جواب می‌دهند:

۱- بیان مرحوم صاحب عروه:

مسئله تعدد مطلوب در همه جا درست نیست بعضی جاها رکن است، یعنی اگر شرط یا جزئی از ارکان باشد در آن جا قائل به فساد می‌شویم و فساد شرط موجب فساد عقد می‌شود، مثل این که یک جفت کفش خریده است که یک لنگه آن برای غیر است، در این جا تعدد مطلوب معنا ندارد چون

جزء رکن است. در ما نحن فیه هم شرط خیار جزء ارکان است و جای تعدد مطلوب نیست، یعنی کسی که عقد را با خیار طلبیده است، خود عقد را به طور دائم نخواسته و شما نمی‌توانید آن را به گردنش بیندازید.

## ۲- بیان مرحوم آقای خوئی:

در جاهای دیگر شرط فاسد به عقد سرایت نمی‌کند ولی در ما نحن فساد شرط به عقد هم سرایت می‌کند. ایشان در حواشی بر عروه در ذیل مسئله اولی از مسائل متفرقه نکاح می‌فرماید: ان اشتراط الخیار یرجع الی تحدید الزوجیه بما قبل الفسخ لامحاله (در این صورت نه زوجیت دائم است و نه زوجیت منقطع، دائم نیست چون مقید به فسخ است و منقطع نیست چون مدت ندارد و هو ینافی قصد الزواج الدائم أو المؤجل الی اجل معلوم. پس این شرط با روح عقد نکاح سازگار نبوده و شرط مخالف مقتضای عقد است در نتیجه شرط فاسد و عقد هم باطل است.

جواب: جعل الخیار لا ینافی قصد الدوام، چون در تمام بیع‌ها هم همین‌طور است بیع تملیک محدود نیست بلکه تملیک مطلق الی الابد است و در عین حال خیار فسخ دارد و در عین اینکه طبیعت آن دوام است منافات با خیار فسخ ندارد، کما این که عیوب، نکاح را فسخ می‌کند، بنابراین طبیعت عقد دوام است و دائمی بودن طبیعت، با خیار فسخ منافات ندارد.

## ۳- بیان استاد در حاشیه عروه:

در جاهایی که شرط باطل می‌شود و اصل معامله باقی است، یک راه جبران دارد. مثلاً گفته می‌شود که مهر ملک غیر بوده است وقتی مهر باطل شد جبران مهرالمثل است که جانشین آن می‌شود و یا در بیع مایملک و مالایملک وقتی بیع در مایملک صحیح شد جبران به خیار تبعض صفت است و یا در شروط فاسده دیگر، خیار تخلف شرط جبران می‌کند. در ما نحن فیه که جعل خیار کرده بودند که تا یک ماه مثلاً حق فسخ داشته باشند، اگر خیار فسخ برداشته شود چیزی جانشین آن نمی‌شود و راه جبران ندارد و تا ابد این ازدواج به گردن او می‌افتد، بنابراین در جاهای دیگر که قائل به تعدد مطلوب هستیم و سرایت را هم قائل نیستیم، در مقابل از دست دادن یک مطلوب، به روی کسی که یک مطلوب را از دست داده است راه جبرانی باز است، در حالی که در ما نحن فیه درها به رویش بسته است، و این جاست که ما قصد لم یقع و موقوف لم یقصد حاصل می‌شود، پس ما جزء کسانی هستیم که می‌گوییم این مسئله با جاهای دیگر فرق دارد و فساد شرایط دیگر به عقد سرایت نمی‌کند ولی در ما نحن فیه فساد شرط به عقد سرایت می‌کند چون راه جبران به روی صاحب شرط بسته است و با مسدود بودن راه جبران خلاف مقصودش حاصل می‌شود. الی هنا تم

الكلام فی الفرع الاول. ۱۱

ولی همین گروه از فقهای امامیه در مورد وضعیت عقد و مهر در صورت بطلان شرط نظرات متفاوتی دارند:

۱. گروهی از فقهای امامیه، با استناد به این که هر شرط فاسدی، مفسد عقد نیز می‌باشد معتقدند که شرط عدم ازدواج مجدد، فاسد و مفسد عقد نکاح نیز می‌باشد. به تبع فساد عقد، مهر نیز باطل می‌شود (جعفر سبحانی، ج ۲، ۱۴۱۷ق، ۲۴۵).

۲. گروه دیگر از فقهای امامیه که مشهور فقهای امامیه می‌باشند (شیخ طوسی، ج ۴، ۱۳۸۷، ۳۰۳؛ شیخ حسن نجفی، ج ۳۱، ۹۵-۹۶)، معتقدند که شرط عدم ازدواج مجدد، به دلیل مخالفت با شرع، شرط فاسدی است ولی موجب بطلان عقد نمی‌شود و عقد نکاح صحیح خواهد بود و به تبع آن، حکم به صحت مهر داده‌اند (شیخ حسن نجفی، ج ۳۱، ۹۵).

۳. بالاخره گروه دیگری از فقهای امامیه (شیخ حر عاملی، ج ۵، ۱۴۰۹ ق، ۳۶۳)، با وجود حکم به بطلان شرط و صحت عقد، احتمال فساد مهر را مطرح کرده‌اند و معتقدند که چون عوض در عقد نکاح شامل مهرالمسمی و شرط می‌باشد و فساد شرط سبب از بین رفتن قسمتی از عوض می‌شود، لذا جهل در صدق پیش آمده و به دلیل فساد مهرالمسمی، حکم به مهرالمثل داده می‌شود.

### مبحث دوم: ضمانت اجرای تراضی

در صورت قول به اعتبار قرارداد منع‌کننده موقت یا مشروط ازدواج، باید ضمانت اجرای آن را بازشناخت. گرچه هنوز در خصوص قول صحیح در این مقاله سخنی نرفته، در این مبحث فرض را بر اعتبار چنین شرطی گرفته و ضمانت اجرای مختلف را جهت نیل به بهترین نظریه بررسی می‌کنیم.

### بند اول: فقدان ضمانت اجرا

در میان قائلین به صحت تراضی زوجین بر منع موقت یا مشروط زوج از ازدواج، برخی صرفاً نقض این عهد را تخلف از قاعده امیرالمؤمنون عند شروطهم دانسته‌اند اما هیچ ضمانت اجرای حقوقی بر ازدواج نقض‌کننده این تعهد بار نکرده‌اند. به دیگر سخن آن را صرف یک نقض عهد موجب گناهکاری عهدشکن دانسته‌اند. چنین قولی با اصول و مبانی حقوقی سازگاری چندانی ندارد. در تعریف علم حقوق، یکی از مشخصه‌های عمده را وجود ضمانت اجرای قواعد حقوقی دانسته‌اند که بی آن، حقوق به یک نظام اخلاقی مدون بدل می‌شود (ناصر کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۵۵). وقتی در نظریه‌ای پذیرفته می‌شود که در این مورد نقض عهدی صورت گرفته، نمی‌توان آن را بی‌اثر دانست و به آخرت حواله داد. اگر حکم حقوقی دنیایی نقض شده باید به سراغ یک ضمانت اجرای دنیایی رفت و نمی‌توان با بازی با الفاظ هم جانب اخلاق را نگه داشت و مورد را عهدشکنی دانست و هم از احتیاط دوری نجست و ضمانت اجرایی برای ازدواج مجدد قائل نشد.

### **بند دوم: وکالت در طلاق**

هیچ فقیهی صرف رفتار خلاف تعهد را موجب حق طلاق برای زن نمی‌داند، مگر آن‌که ضمن عقد نکاح یا در قالب قراردادی دیگر، چنین وکالتی به قید ازدواج مجدد زوج به وی داده شده باشد. در صحت وکالت در طلاقی که مشروط به ازدواج مجدد مرد در طول دوره نکاح باشد، تردیدی روا نیست. اما حکم ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ناظر به بند اول ماده ۱۶ آن‌که زن را در فرضی که همسرش مبادرت به ازدواج مجدد نماید - ولو آن‌که با اجازه دادگاه باشد - مخیر در تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش و طلاق دانسته است، این سؤال را پیش می‌آورد که آیا باید گفت به حکم قانون، زن در صورت نقض عهد شوهر وکیل در طلاق شناخته می‌شود؟ پاسخ تفصیلی به این پرسش را به نتیجه بحث وامی‌گذاریم اما در این مجال همین اشارت کافی است که حکم قانون‌گذار نمی‌تواند عمل ارادی حقوقی دوطرفه‌ای را که مقتضایش شکل نگرفته - عقد وکالت - ایجاد کند و باید ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده را به عنوان یک قاعده آمره موافق با مصالح خانواده توصیف کرد که به زن اجازه می‌دهد از دادگاه تقاضای طلاق کند.

### **بند سوم: حق فسخ**

قواعد عمومی معاملات را تا جایی می‌توان در نکاح اجرا کرد که با طبیعت این نهاد سازگار باشد. به همین جهت کلیه اختیارات مندرج در قراردادها در نکاح قابل اعمال نیست. به همین جهت است که به عنوان مثال نمی‌توان ضمن نکاح شرط خیار نمود یا به استناد غبن در مهر، پیمان اصلی را بر هم زد (ناصر کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۸۸، ۲۵۳). به همین جهت باید مواردی که می‌توان به استناد حق فسخ نکاح را منحل کرد تفسیر مضیق نمود؛ چه برسد به آن‌که بخواهیم نسبت به وضعیتی که در قانون پیش‌بینی نشده حق فسخ قائل شویم.

### **بند چهارم: عدم نفوذ ازدواج**

ممکن است گفته شود ازدواجی که خلاف شرط مندرج در عقد مابین زوجین، میان زوج و دیگری منعقد شود در صورتی تصحیح می‌شود که با اجازه همسر اول همراه شود و الا باطل است. اما به نظر می‌رسد قیاس این مورد با عقد فضولی یا عقد همراه با اکراه مع‌الفارق باشد. در عقد فضولی کسی که لجام اجازه یا رد نهایی در دست اوست، مالک مالی است که مورد مبادله واقع شده است. طبیعی است که به چنین کسی اجازه مداخله در عقد داده شود؛ به حدی که اگر نخواهد عقد باطل باشد و اگر بخواهد معتبر. هم‌چنین در عقد اکراهی عنصر رضا به عنوان یکی از عناصر تشکیل‌دهنده اراده در معنای عام مخدوش است و این مانع اعتبار عقد است، مگر آن‌که رضای بعدی با الحاق به عقد آن را ترمیم کند. اما در فرض ما نکاح میان زوج و زن دیگر، هم با اراده و رضای دوطرف همراه است و هم در ارتباط با خودشان منعقد شده و با مانع فضولی بودن همراه نیست. حال چگونه می‌توان اراده ثالثی را در این میان دخیل دانست و اختیار اعتبار عقد آن‌ها را به دست او سپرد؟

همسر نخست چگونه ولایتی بر طرفین عقد یافته که می‌تواند نکاح ناقص شکل گرفته میان آن‌ها را کمال بخشد یا بمیراند؟ چگونه می‌توان از شرط ضمن عقد اثرگذاری اراده همسر اول را در نفوذ یا بطلان نکاح مجدد استنباط نمود؟

### بند پنجم: بطلان ازدواج

این نظریه که سخت‌گیرانه‌ترین عقیده میان قائلان به اعتبار تراضی منع‌کننده از ازدواج به شکل مدت‌دار است طرفدارانی در فقه امامیه دارد. (سیدمحسن حکیم، ج ۲، ۱۴۱۰ق، ۲۹۶) بنابر این رأی وقتی تلاش می‌شود بر خلاف مفاد تعهد قبلی به زوجه، تعهدی جدید در قبال زن دیگری شکل بگیرد، سلب حق قبلی مانع از شکل‌گیری مقتضی تحقق عقد جدید می‌شود. این نظریه را باید بر پایه جزئی دانستن سلب حق نکاح به طور موقت تلقی نمود. وقتی حقی به اراده خود زوج ساقط شده باشد، دیگر اهلیت تمتع را در آن خصوص از دست داده است و در نتیجه قول به عدم نفوذ یا ایجاد حق فسخ محملی نمی‌یابد و باید عقد دوم را یکسر باطل انگاشت. در میان نظراتی که بر پایه اعتبار تراضی سالب حق نکاح مجدد به طور موقت یا مشروط بنا شده‌اند، گرایش به این ضمانت اجرا منطقی‌تر و با اصول حقوقی و مقدمات استدلال طرفداران اعتبار چنین شرطی هماهنگ‌تر به نظر می‌رسد.

### نتیجه

در تحلیل نهایی باید گفت اندراج شرط منع موقت یا مشروط ازدواج مجدد در قرارداد مابین زوجین از مصادیق سلب حق جزئی بوده و بنابراین، جایز، معتبر و الزام‌آور است. قواعد عمومی قراردادهای سلب حقی را که واجد محدودیت زمانی یا مشروط به تحقق شرط دوام رابطه زوجیت نخستین - یا هر شرط مدت‌دار دیگر - باشد، سلب حق کلی و لذا نامشروع قلمداد نمی‌نماید و در خصوص ازدواج نیز دلیل متقنی مبنی بر منع سلب حق به نحو جزئی دیده نمی‌شود. ازدواج مجدد حق است، هم‌چنان که ازدواج نخستین را نیز نمی‌توان تکلیف دانست. در نتیجه با توجه به فقد دلیلی که نکاح را از سایر قراردادهای متمایز سازد، صرف‌نظر نمودن از این حق به طور جزئی - اعم از محدود به زمان یا منوط به دوام رابطه زوجیت نخست - سلب حق به نحو کلی قلمداد نمی‌شود. البته باید به دو نکته توجه داشت: نخست آن‌که قید بازه زمانی را که عرفاً دلالتی بر جزئی بودن سلب حق ندارد - مانند سلب حق برای مدت ۵۰ سال - باید از موارد سلب حق به طور کلی و باطل دانست. عرف، داور جزئی بودن سلب حق است و همین عرف، سلب حق نکاح برای مدتی را که از نیت طرفین بر سلب حق مادام‌العمر خبر دهد، سلب حق کلی و مشمول منع ماده ۹۵۹ می‌داند. دوم آن‌که مشروط دانستن سلب حق نکاح به استمرار رابطه زوجیت نخستین به آن سبب است که نگرانی گروهی از حقوقدانان که این شرط را سبب تحریم حلال می‌دانند مرتفع گرداند. به دیگر

سخن، وقتی سلب حق نکاح مجدد، موقوف به استمرار رابطه نکاح فعلی باشد، حق استیفای عدد تحریم نشده است اما مرد برای بهره جستن از این حق قانونی و شرعی باید از رابطه زوجیت فعلی خود دست شویید. با رها شدن از علقه نکاح و انحلال ازدواج، بر اساس قاعده ابتدای شرط بر عقد و فرع بر اصل، شرط ضمن عقد نکاح نیز منحل شده و مرد می‌تواند از حق مشروع خویش برخوردار شود. همان طور که گفته شد تردیدی در بطلان شرط منع نکاح مجدد به صورت مطلق و دائمی وجود ندارد. اما آن‌چه مورد نظر ماست، تنها محدود نمودن مرد بر اساس رابطه زوجیت فعلی است که انحلال آن نیز در ید اوست. پس مانعی که با دست خود ذی‌نفع قابل برداشتن است، یعنی نکاح متضمن شرط مذکور را نباید از اسباب تحریم حلال و سلب حق کلی ارزیابی نمود. پس شرطی که به قید دوام رابطه زوجیت فعلی یا به قید مدتی معین و متعارف مرد را از نکاح منع نموده، هم معتبر است و هم عدول از آن واجد ضمانت اجراست.

عدم وقوع ازدواج مجدد در نتیجه دو صورت متفاوت شرط ضمن عقد قابل تحصیل است:

۱- شرط عدم ازدواج مجدد؛

۲- شرط عدم اباحه نکاح بر زوج.

متعلق این شرط، ترک عمل مباح می‌باشد که در آن ترک یک عمل حقوقی شرط شده است. چنین شرطی صحیح می‌باشد و مضمول مستثنای قاعده «المومنون عند شروطهم» نمی‌باشد زیرا آن‌چه از حدیث «المومنون عند شروطهم» استثنا و مورد نهی واقع شده است تحریم حلال و یا تحریم مباح و مستحب است که به دلیل مخالفت با کتاب و سنت، فاسد می‌باشد. در واقع با این شرط، مشروطه نمی‌خواهد امر مباح را بر مشروطه‌علیه حرام نماید، بلکه می‌خواهد مشروطه‌علیه وفای به شرط کند و در واقع شرط انجام ندادن عمل است. لذا امر مستحب یا مباحی که قبل از وجود شرط نیز می‌توان آن را ترک نمود یا انجام داد، اگر به موجب شرط بخواهیم انجام یا ترک آن را بر مشروطه‌علیه الزام نماییم، صحیح بوده و مضمول قاعده المومنون عند شروطهم می‌باشد. بنابراین چنین شرطی مغایرتی با کتاب و سنت ندارد و هم‌چنین اطلاق و عموم آیه شریفه یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود شرط مذکور را دربر می‌گیرد.

علاوه بر استدلال فوق، روایاتی نیز در رابطه با جواز چنین شرطی قابل استناد است، از جمله روایتی از امام موسی کاظم (ع):... عن منصور بن یونس عن العبد الصالح (ع) قال: قلت له رجلا من موالیک تزوج امرأه، ثم طلقها، فبانت منه، فاراد ان یراجعها، فابت علیه ان لا یطلقها و لا یتزوج علیها، فاعطاها ذلک، مبدا له فی التزویج بعد ذلک، فکیف یصنع؟ فقال: بئس ما صنع و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النهار قل له: فلیف للمراه بشرطها، فان رسول الله (ص) قال: المومنون عند شروطهم. (شیخ حر عاملی، ج ۱۵، ۱۴۰۹ ق، ۳۰) } با توجه به این روایت بر زوج لازم است به شرطی که نمود عمل نماید. بنابراین زوج نمی‌تواند زن را طلاق دهد و نیز نمی‌تواند ازدواج مجدد نماید.}

حال که از مشروعیت اندراج شرط منع موقت ازدواج مجدد توسط زوجین سخن رفت، باید در مورد مناسب‌ترین ضمانت اجرا به داوری نشست. به نظر می‌رسد مناسب‌ترین ضمانت اجرا را باید بطلان نکاح دوم دانست. اگر بر آن شدیم که سلب حق موقت یا مشروط به دوام زوجیت، مشروع و صحیح بوده، این به معنای اسقاط حق ازدواج مجدد به طور موقت یا مشروط است و حقی را که ساقط شده نمی‌توان اجرا نمود. به دیگر سخن در این شرایط دیگر اهلیت تمتعی برای مرد متصور نیستیم که با صحیح انگاشتن نکاح دوم، به سایر ضمانت اجراها از جمله وکالت زوجه در طلاق یا امکان فسخ نکاح نخست بیندیشیم. وقتی حقی وجود نداشت سخن گفتن از اعمال آن نیز عبث است. در نتیجه قول به بطلان ازدواج دوم نتیجه منطقی مشروع دانستن سلب حق جزئی نکاح در رابطه زوجین است. این نظر گرچه در اقلیت است، اما از طرفداری پاره‌ای از فقیهان معاصر نیز سود می‌برد (سیدمحسن حکیم، ج ۲، ۱۴۱۰ق، ۲۹۶). البته بطلان ازدواج دوم منافاتی با اعطای حق قانونی طلاق به زوجه به استناد ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده ندارد. همسری که با بی‌وفایی مرد زندگی‌اش مواجه شده، ولو ازدواج مجدد همسرش محکوم به بطلان باشد، ممکن است دیگر ادامه رابطه فعلی را با توجه به نقض عهد اخلاقی و قانونی مرد مقرون به صلاح نبیند. مجوزی که وفق ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده به همسر داده شده را نباید با وکالت در طلاق اشتباه گرفت. اولی تقاضایی است که پس از بررسی دادگاه و احراز شرایط موضوع مواد ۱۶ و ۱۷، منجر به صدور حکم تاسیسی طلاق می‌شود و دومی متضمن مداخله اعلامی دادگاه است.

ذکر یک نکته حائز اهمیت است. چنانچه منع از ازدواج مجدد به طور موقت یا مشروط در قالب «تعهد به ترک فعل» و نه سلب حق صورت پذیرفته باشد، ممکن است تصور شود که راه‌حل متفاوتی ضرورت می‌یابد. آنچه در دفاع از تئوری بطلان نکاح دوم بیان گشت، ناظر به فرضی است که شرط محدودکننده، سلب حق زوج بوده باشد. مانند آن که گفته شود «تا زمانی که در علقه نکاح تو هستم حق ازدواج مجدد ندارم» و با موافقت زوجه مواجه گردد. اما اگر مرد، ضمن نکاح یا در قالب توافقی الزام‌آور اعلام دارد که «تعهد می‌کند از ازدواج مجدد خودداری کند»، ممکن است گفته شود این فرض تابع قواعد عمومی نقض تعهدات به فعل یا ترک فعل باشد؛ به این معنا که نکاح مجدد صحیح است اما مرد به جهت بدعهدی پاسخ‌گوست. این پاسخ‌گویی می‌تواند در قالب مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی خواسته شود. (ناصر کاتوزیان، ج ۳، ۱۳۸۳، ۲۱۶-۲۱۹) هم‌چنین، با استناد به ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده، زوجه اول حق مراجعه به دادگاه و تقاضای گواهی عدم امکان سازش را به دست خواهد آورد.

اما نظر صائب آن است که در این مورد نیز سلب حق رخ داده است، نه تعهد به ترک فعل. التزام زوج به ترک نکاح مجدد، ترجمان اعلام اراده وی نسبت به سلب حق ازدواج مجدد است و نباید فریفته ظاهر اعلام اراده شد و آن را نوعی تعهد به فعل (به معنای عام) دانست. تعهد به ترک فعل به



معنای اسقاط حق تمتع از حق است و نباید با قیاس آن با تعهد به فعل، به بیراهه رفت. حقیقت اراده طرفین عقد و انصاف نیز ایجاب می‌کند تفاوتی میان ضمانت اجرای این التزام با ضمانت اجرای سلب صریح حق نکاح مجدد نباشد؛ چه اراده واقعی طرفین در هر دو مورد بر سلب حق نکاح مجدد استوار است و تمایز قائل نشدن عرف میان این دو فرض، خود گواه دیگری بر ادعای ماست.

در مورد سلب حق ازدواج ولو به طور موقت در ضمن قرارداد با اشخاص ثالث باید قائل به تفکیک موارد حسب اراده طرفین قرارداد بود. در مواردی که شوهر سر آن دارد تا هم‌چون فرض قرارداد با همسر، از حق ازدواج مجدد خود در مدت زمانی مشخص یا تا زمان انحلال رابطه زوجیت فعلی صرف نظر کند، نباید صرف انعقاد قرارداد با ثالث را سبب تفاوت در مشروعیت و ضمانت اجرا دانست و باید شرط را صحیح و مبطل نکاح دوم انگاشت. به عنوان مثال ممکن است مرد ضمن توافقی با پدر همسر بپذیرد تا انحلال نکاح فعلی حق ازدواج مجدد نداشته باشد. با رجوع به اراده باطنی مرد در چنین فروضی درمی‌یابیم که وی به واقع قصد اسقاط حق ازدواج مجدد خود را داشته است و در نتیجه باید ضمانت اجرای بطلان نکاح مجدد را تحمل کند. ذیل ماده ۱۹۶ قانون مدنی که تعهد به سود ثالث را در ضمن قرارداد با دیگری معتبر و لازم‌الوفاء دانسته، در چنین توافقی مصداق می‌یابد و باید ماهیت آن را نوعی تعهد به نفع ثالث دانست.

### پی‌نوشت‌ها

۱. صحیح البخاری؛ باب الشروط فی المعاملة.
۲. صحیح البخاری، باب الشروط فی المهر عند عقدة النکاح.
۳. ارواء القلیل، البانی، ج ۶، ص ۳۰۳.
۴. منصور بزرگ از موسی بن جعفر علیه السلام.
۵. «عَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ خَالِدِ الْأَصَمِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ إِنَّ ضُرَيْسًا كَانَتْ تَخْتَهُ ابْنَةً حُمُرَانَ فَجَعَلَ لَهَا أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَبَدًا فِي حَيَاتِهَا وَ لَا بَعْدَ مَوْتِهَا عَلَيَّ أَنْ جَعَلْتُ لَهُ هِيَ أَنْ لَا تَتَزَوَّجَ بَعْدَهُ فَجَعَلَا عَلَيْهِمَا مِنَ الْحَجِّ وَ الْهَدْيِ وَ التَّدْوِيرِ وَ كُلُّ مَالٍ يَمْلِكَانِهِ فِي الْمَسَاكِينِ وَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لَهُمَا حُرٌّ إِنْ لَمْ يَفِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ثُمَّ إِنَّهُ أَتَى أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ وَ ذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ إِنْ لِأَبِيهَا حُمُرَانَ حَقًّا وَ لَا يَحْمِلُنَا ذَلِكَ عَلَيَّ أَنْ لَا نَقُولَ الْحَقَّ أَذْهَبَ فَتَزَوَّجَ وَ تَسَرَ فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَيْءٍ وَ لَيْسَ عَلَيْكَ شَيْءٌ وَ لَا عَلَيْهَا وَ لَيْسَ ذَلِكَ الَّذِي صَنَعْتُمَا بِشَيْءٍ فَتَسَرَّى وَ وُلِدَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْلَادٌ».
۶. عبدالله بن قدامه؛ المغنی، (۱۲ جلدی)، دارالکتاب العربی للنشر والتوزیع، بیروت - لبنان، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۴۸.
۷. در روایات نیز این مورد طرح شده و حکم به بطلان چنین شرطی داده شده و به نوعی سلطان غیرمنصفانه بر زن حتی پس از فوت زوج تعبیر شده است: ۱۷۵۸۳- ۲ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى فِي نَوَادِرِهِ، عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنْ امْرَأَةٍ حَلَفَتْ لِزَوْجِهَا بِالْعَتَاقِ وَ الْهَدْيِ إِنْ هُوَ مَاتَ أَنْ لَا تَتَزَوَّجَ أَبَدًا ثُمَّ بَدَأَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ فَقَالَ تَبِيعُ مَمْلُوكَهَا إِنِّي أَخَافُ عَلَيْهَا السُّلْطَانَ وَ لَيْسَ عَلَيْهَا فِي الْحَقِّ شَيْءٌ فَإِنْ شَاءَتْ أَنْ تُهْدِيَ هَدِيًّا فَعَلْتُ

۸. سیدمحمدباقر صدر در تعلیق بر منهج‌الصالحین سیدمحسن حکیم، احوط را صحیح دانستن ازدواج مجدد دانسته است.
۹. هم‌چنین در مخالفت با اعتبار شرط رک امامی، دکتر سیدحسن، دوره حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۳۰؛ و برای دیدن نظری که شرط مذکور را خلاف مقتضای ذات عقد ندانسته و علیرغم پذیرش بطلان آن وفق قانون مدنی ایران، به صحت آن گرایش دارد، رک جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، حقوق خانواده، ش ۲۲۶، ص ۱۹۲
۱۰. «فلو شرط ما یخالفه الشرع لغی الشرط و صح العقد و المهر کاشترط ان لا یتزوج علیها و ان لا یتسری و ان لا یطاء»
۱۱. کتاب النکاح، آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی

### منابع\*

قرآن کریم.

- امامی، سیدحسن، دوره حقوق مدنی، جلد ۴، تهران: انتشارات اسلامیه، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۶.
- روشن، محمد، مباحثی از حقوق خانواده، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- صفایی، سیدحسین، اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت، چاپ ششم، ۱۳۸۰.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ بیست و نهم، ۱۳۸۰.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، اندیشه‌های حقوقی (۱): حقوق خانواده، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، شرط ترک ازدواج مجدد زوج ضمن عقد نکاح از جانب زوج، تهران: مجله حقوقی قضائی دادگستری، سال سوم، شماره ۱۱، ۱۳۷۳.

### منابع عربی

- اصفهانی، سیدابوالحسن، وسیله‌النجاه (با حواشی آیت الله گلپایگانی)، قم: انتشارات الکترونیک نور.
- بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضره، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- حکیم، سیدمحسن، مستمسک عروه الوثقی، جلد دوم، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ ق.
- حکیم، سیدمحسن، منهج‌الصالحین، ج ۲، دوره ۲، جلدی، با تعلیق سید محمدباقر صدر، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- خوئی، آیت‌الله سیدابوالقاسم، منهج‌الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم: انتشارات مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
- راشد صیمری، مفلح، تلخیص الخلاف و خلاصه الاختلاف - منتخب الخلاف، جلد ۲، دوره ۳ جلدی، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
- سبحانی، جعفر؛ نظام‌النکاح، جلد ۲، موسسه الامام الصادق، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- سیستانی، سیدعلی، منهج‌الصالحین، ج ۳، دوره ۳ جلدی، قم: انتشارات الکترونیک نور.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح؛ هدایه الطالب الی اسرار المکاسب، قم: انتشارات الکترونیک نور.

- شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن علی؛ *الاستبصار*، دوره چهار جلدی، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۹۰ ق.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن علی؛ *المبسوط*، تهران: مکتبه المرتضویه، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمدبن علی؛ *النهایه*، با ترجمه دانش پژوه، محمدتقی؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۳.
- عاملی، شیخ حر، *وسائل الشیعه*، قم: موسسه آل البیت، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- محقق حلی، *شرائع الاسلام*، چاپ دوم، تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ق.
- نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۳۱، دوره ۴۳ جلدی، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- نوری، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، جلد ۱۵، دوره ۱۸ جلدی، بیروت: موسسه آل البیت، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

\* منابع به استثنای قرآن به ترتیب حروف الفبا مرتب شده‌اند.

