

## تأملی فقهی - حقوقی در شرط عدم ازدواج مجدد

دکتر محمدتقی رفیعی rafiei283@yahoo.com

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

تاریخ دریافت مقاله، ۸۷/۷/۱۷ تاریخ پذیرش نهایی، ۸۷/۱۰/۲۵

### چکیده

اعتبار شرط عدم ازدواج مجدد، به عنوان یک عمل حقوقی، همواره مورد اختلاف فقیهان و حقوقدانان بوده است. عده ای، این توافق را به دلیل سلب حق به طور کلی و مخالفت با قواعد آمره، نامشروع تلقی می نمایند. برخی دیگر، تعهد مبنی بر اسقاط حق ازدواج مجدد را از سوی مرد، الزام آور می دانند. در این پژوهش، با تبیین هر دو دیدگاه، با استناد به برخی مبانی حقوقی و با تأکید بر مصلحت اجتماعی خانواده و تفسیر نوینی از نقش زن در زندگی مشترک، اعتبار این شرط در قالب یک قرارداد خصوصی که مخالف صریح قانون نیز تلقی نمی گردد، برای دوران زوجیت اثبات می گردد. در خصوص آثار حقوقی این شرط، با لحاظ اهمیت تخلف از این شرط و با عنایت به لزوم ضمانت اجرایی مؤثر، نظریه بطلان ازدواج مجدد اقوی دانسته شده و همچنین، نظریه حق فسخ خالی از وجه تلقی نگردیده است.

واژه های کلیدی: شرط، شرط ضمن عقد ازدواج، ازدواج مجدد، صحت و بطلان ازدواج مجدد، حقوق زن.

## مقدمه

پدیده اجتماعی تاریخی چند همسرگزینی که از سوی اسلام تنها به عنوان یک ضرورت و استثنا تلقی شده و از ابتکارات آن نبوده است، همواره به عنوان امری جایز مورد استفاده برخی از مردان قرار گرفته است. از سویی، امروزه با توجه به تفسیر نوین اجتماعی از نهاد خانواده و اهمیت دوام و ثبات در آن، شرایط فرهنگی - اجتماعی و نیز اخلاق عمومی در ایران در نوعی تضاد با چند همسری و ازدواج مجدد است. از آنجا که جواز ازدواج مجدد منبای فقهی دارد و به عنوان حکم اسلامی مطرح می‌گردد، بی‌شک دیدگاه اسلامی به چالش کشیده می‌شود. از این رو، ضروری است با بررسی دقیق این امر و شرایط تغییر آن، دیدگاه واقعی اسلام را با عنایت به مقتضیات زمان و مکان کشف نمود و با نقد برخی از نظرات، اصلاح برخی از قوانین و رویه‌های غیرعادلانه و گاهی تبعیض آمیز را امکان پذیر ساخت.

برخی با برداشتی ویژه از رابطه زناشویی و نهاد خانواده، علاوه بر اینکه اختیار طلاق را به طور مطلق به دست مرد سپرده‌اند، ازدواج مجدد و چند همسرگزینی را نیز از اختیارات بدون قید و شرط مرد می‌دانند. امروزه، این رویکرد و دیدگاه که اساساً برای زن و اراده او در زندگی مشترک، نقشی قائل نیست، نمی‌تواند با شرایط و تحولات جامعه و واقعیت‌های اجتماعی سازگاری داشته باشد؛ چنانکه در بحث طلاق، با توجه به شرایط اجتماعی، اختیار انحصاری مرد با اعطای حق طلاق به زن در قالب وکالت مشروط و حتی مطلق و نیز در موارد عسر و حرج، تغییر یافت و از سویی، درباره اختیار مرد نسبت به ازدواج با زنان متعدد، رویکرد محدودگرایانه جدیدی پدید آمده است. ازدواج مجدد مشروط به رعایت عدالت، فی‌نفسه امری مباح و در عین حال استثنایی است، زیرا اصل در اسلام تک همسری است. سؤال قابل طرح این است که آیا زن به عنوان ذی‌نفع و یکی از ارکان زندگی مشترک می‌تواند در ضمن عقد ازدواج و یا عقد مستقل دیگری، عدم ازدواج مجدد مرد را شرط کند؟ و آیا اصولاً مرد می‌تواند این حق مشروع را در قالب تعهد و شرط از خود سلب نماید؟ دو دیدگاه در این خصوص مطرح است، دیدگاه اول با استناد به برخی آیات و روایات معتقدند که ازدواج مجدد و به تعبیری تعدد زوجات امری مباح و جایز است و شرط برخلاف آن غیرمعتبر و فاقد اثر حقوقی است. دیدگاه دوم نیز با استناد به برخی روایات و قواعد حقوقی قائلند، به رغم اینکه ازدواج مجدد مشروع و مباح است، اما می‌توان ترک آن را تعهد نمود و در نتیجه، چنین شرطی معتبر و صحیح است. اگرچه، قائلان به صحت، آثار متفاوتی برای آن، از جمله صحت و بطلان ازدواج مجدد، مطرح کرده‌اند.

در این مقاله، با بررسی و تأمل فقهی حقوقی، هر دو دیدگاه تجزیه و تحلیل شده و نظر برگزیده تبیین گردیده است. در این راستا، در بخش نخست، مبادی و مفاهیم کلی شرط و ازدواج مجدد بررسی گردیده و در بخش دوم، در خصوص بطلان یا صحت شرط عدم ازدواج مجدد بحث شده است. همچنین، در بخش سوم، ضمن نقد و بررسی آثار این شرط، نظر اقوی و موجه تبیین شده است.

### بخش اول، شرط و ازدواج مجدد

شایسته است در این بخش، برای رعایت سیر منطقی بحث، مفهوم و اقسام شرط، شرایط صحت و بطلان شرط و نیز ازدواج مجدد به طور اجمال بررسی گردد تا موضوع اصلی، مبتنی بر مبادی خود تبیین شود. در این راستا، مطالب این بخش در دو مبحث ارائه می‌گردد، مبحث اول، شرط و مبحث دوم، ازدواج مجدد.

#### مبحث اول، شرط

در این مبحث، شرط به لحاظ یکی از مؤلفه‌های اصلی عنوان پژوهش و نیز به اعتبار یکی از مبادی بحث، مورد مذاقه قرار می‌گیرد. بدین جهت، مفهوم و اقسام شرط و شرایط صحت و بطلان آن، تبیین می‌گردد.

#### الف) مفهوم شرط

واژه شرط، معانی مختلفی دارد. در اصطلاحات شرعی، گاهی واژه شرط به معنای مطلق عهد آمده است (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۷۵)، معنای دیگر شرط، مطلق الزام والتزام است، چه در ضمن عقد درج شده باشد و چه غیرمندرج در عقد باشد؛ زیرا واژه شرط، در مورد شروط ابتدایی و یا قراردادهای آزاد و مستقل به کار رفته است. البته، لغت‌شناسان، به دلیل رواج کاربرد آن در ضمن عقد، آن را الزام و التزام در ضمن عقد می‌دانند (ابن منظور، ۱۳۶۳، ۳۲۹؛ زبیدی، بی تا، ۱۶۶)، در اصطلاح حقوق، شرط دارای سه معناست، معنای اول، شرط، عبارت از امری است که از عدم آن عدم مشروط لازم می‌آید، ولی از وجود آن، مشروط لازم نمی‌شود. برخی این معنا را در اصطلاح اهل معقول (امامی، ۱۳۶۶، ۲۶۸) و یا به تعبیری، مربوط به علم منطقی و فلسفه (شهیدی، ۱۳۸۱، ۷۹) می‌دانند که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و موارد دیگر، شرط به این معنا آمده است. البته، برخی اطلاق

لفظ شرط بر این معنا را اصطلاح علمای اصول می دانند ( فیروز کوهی، ۱۳۱۳، ۵۹)، معنای دوم شرط، عبارت از مطلق عهد و تعهد است و این معنای اعم، در روایت «المؤمنون عند شروطهم» که در فقه مستند لزوم تعهدات است، به کار رفته است. معنای سوم شرط که اخص است، عبارت از تعهد فرعی است که ضمن عقد و یا قرارداد گنجانیده می شود (امامی، همان)،

در قانون مدنی ایران، واژه شرط، تعریف نشده، ولی با توجه به مواد مربوط به شرط، می توان آن را به معنای تعهدی تبعی دانست که ضمن عقد یا قرارداد ایجاد می شود. به نظر می رسد، این تعریف که معنای اخصی از عهد و تعهد است و موافق گزینه لغت شناسان است، به دلیل شیوع کاربرد آن در ضمن عقد، از سایر معانی رایجتر است. با وجود این، اگر به موجب قراردادی که تابع عقد نکاح شده است، انجام یا عدم انجام کاری بر عهده یکی از دو طرف قرار گیرد، این قرارداد را نیز می توان «شرط» نامید (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۱۷۸)، بنابراین، هر توافقی چه ضمن عقد نکاح باشد، چه به طور مستقل واقع شود، همان اثر شرط را دارد. بدین ترتیب، شرط اخذ شده در عنوان این پژوهش، شرط ضمن عقد نکاح و نیز شرط و تعهد پیش از عقد نکاح یا پس از آن را شامل می گردد. شایان ذکر است که «در فقه (برای نمونه ر.ک، محقق حلی، شرایع، ج ۱، ص ۵۳۱)، چون الزام آور بودن این گونه قراردادها مشروط بر این بود که ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری در آید، نقش قراردادهای خصوصی در نکاح را زیر عنوان شروط ضمن بررسی می کردند. امروز، این ضرورت وجود ندارد، زیرا قراردادهای بی نام نیز ممکن است به طور مستقل واقع شود و همان اثر شرط را داشته باشد» (همان)،

از سویی، طبیعت شرط عدم ازدواج مجدد ایجاب نمی کند که ضرورتاً ضمن عقد ازدواج آورده شود، بلکه می تواند به عنوان قراردادهای خصوصی در نکاح مطرح شود، اگرچه زیر عنوان شروط ضمن عقد، شایع و رایج است. بنابراین، شرط مورد نظر در این پژوهش، تعهدی است از سوی مرد که موضوع و متعلق آن، عدم ازدواج مجدد است؛ خواه ضمن عقد ازدواج ایجاد شده باشد که غالباً به معنای تعهد تبعی به کار می رود و خواه به موجب قرارداد مستقل پیش از عقد نکاح یا پس از آن محقق شده باشد.

### ب) اقسام شرط

با توجه به تقسیم بندی های مختلف شرط، در آثار فقهی و حقوقی، ضروری است، به منظور تبیین نوع و وضعیت شرط مورد نظر و در نتیجه، اثر حقوقی آن، اقسام آن به طور اجمالی بررسی

شود تا محل نزاع به طور مشخص تحریر شود. شرط در یک تقسیم بندی کلی به «شرط ابتدایی» و «شرط ضمن عقد» منقسم می گردند. «شرط ابتدایی»، از نظر برخی فقیهان، شرط غیرمرتبط با عقد است، نه شرط غیر مذکور در عقد. بر این اساس، گاهی ممکن است شرطی در متن عقد ذکر شود، اما شرط ابتدایی باشد. پس شرط ابتدایی، شرطی است که ارتباطی با عقد ندارد؛ اگر چه در ضمن عقد به گونه مستقل ذکر شود (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲، ۱۱۹)، برخی از نویسندگان حقوقی نیز معتقدند، «اگر شرطی که ضمن عقد آمده است، از دیدگاه قصد مشترک، ربطی به عقد نداشته باشد، باید آن را التزامی مستقل یا تعهد ابتدایی شمرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۳)، برخی، شروط ابتدایی را الزام و التزام هایی می دانند که در ضمن عقد مندرج نشده است و به عقد مرتبط نیست و با این تحلیل، تمام قراردادهایی را که به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی ایران منعقد می شود، از مصادیق این شروط می دانند (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۴۷)،

در اینجا، با دو پرسش مواجه هستیم، اولاً، آیا شروط ابتدایی، مانند شروط ضمن عقد معتبرند و مشمول دلایل نفوذ شروط هستند یا خیر؟ ثانیاً، بر فرض اعتبار شروط ابتدایی، مقصود از شرط عدم ازدواج مجدد، صرفاً شرط ضمن عقد نکاح است و یا اینکه می تواند به عنوان شرط ابتدایی و التزام آزادی که در ضمن عقد ملحوظ نشده، مطرح شود؟ در پاسخ به پرسش نخست باید گفت، برخی از فقیهان در تعریف شرط، درج آن را در عقد ضروری دانسته اند. در نتیجه، شروط ابتدایی را - که همان التزامات آزاد و مستقل هستند - به نحو تخصیص از مفهوم شروط مشمول ادله شروط خارج می دانند (امام خمینی، بی تا، ۸۵؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲۳۳)، در مقابل، عده ای از فقیهان معتقدند به دلیل تبادل و استعمال واژه شرط در بسیاری از روایات در معنای مطلق تعهد، ادله شروط، شامل شروط ابتدایی نیز می شود (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۷۵)،

نظر برگزیده این مقاله این است که، از آن جا که واژه شرط شامل شروط ابتدایی نیز هست، دلایل نفوذ شروط، تعهدات آزادی را که نیز در ضمن عقد مندرج نشده شامل می شود، زیرا اگر خود عقد را هم شرط بدانیم (انصاری، ۱۳۶۷، ۸۵)، از سویی، «المؤمنون عند شروطهم»، دلالت بر لزوم هر عقد و تعهدی دارد و از سوی دیگر، هر الزام و التزامی و به سخن دیگر، هر شرطی از مصادیق عقد است (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۴۹)، بنابراین، هر شرطی، چه شرط ضمن عقد و چه شرط ابتدایی، مشمول «اوفوا بالعقود» می گردد، اما در پاسخ به پرسش دوم می توان گفت، منظور از شرط عدم ازدواج مجدد، تنها تعهد بر ترک فعل از سوی مرد در ضمن عقد ازدواج نیست، بلکه تعهد به عدم ازدواج مجدد به موجب قرارداد مستقل و در قالب شرط ابتدایی امکان پذیر است. در

نتیجه استدلال و مبانی مطرح شده در پاسخ نخست، این نوع شرط و در حقیقت، چنین تعهدی نیز الزام آور است. به علاوه، براساس مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی که مبتنی بر آزادی اراده در قرارداد است، می توان هر گونه تعهدی، که مخالف صریح قانون نباشد، نمود و الزامی در درج آن به صورت شرط در ضمن عقد وجود ندارد.

اما «شروط ضمن عقد»، شروطی است که در ضمن عقد گنجانده می شود، زیرا تعهد گاهی به طور مستقل مورد قرارداد و عقد قرار می گیرد و گاه دیگر، در ضمن قرارداد و تعهد مستقل دیگری به وجود می آید که آن را، شرط ضمن عقد گویند؛ خواه ضمن عقد معوض قرارداد شود و یا ضمن عقد غیر معوض مندرج شود (امامی، ۱۳۶۶، ۲۶۸)، براساس ماده ۲۳۴ قانون مدنی، در عقد مشروط، یکی از شروط سه گانه، فعل، صفت و نتیجه درج می شود. در این مقاله، شرط عدم ازدواج مجدد، در قالب عقد مشروط به شرط فعل، که عبارت است از ندادن انجام فعل مشخص که همان ازدواج مجدد است نیز بررسی خواهد شد. از سویی دیگر، شرط به اعتباری، شامل «شرط ضمن عقد» و «شرط ضمنی عقد» است. منظور از شرط ضمن عقد «شرطی است که اتصال آن به عقد مورد توافق طرف های عقد قرار می گیرد، خواه همراه ایجاب و قبول به آن تصریح شود و یا اینکه بدون ذکر در عقد، دو طرف بر آن توافق ذهنی داشته باشند» (شهیدی، ۱۳۷۹، ۳۴۰)، این فرض اخیر را که مبتنی بر توافق ذهنی دو طرف عقد است، شرط بنایی یا تبانی گویند که طرفین، پیش از تحقق عقد، با لحاظ آن توافق می کنند و در حقیقت، عقد و قرارداد را مبتنی بر آن پدید می آورند. اما شرط ضمنی عقد، «توافق غیر مصرح دو طرف قرارداد به پیوند آن با عقد است، بدون اینکه توافق مزبور با عبارت یا اشاره ای بیان و اظهار گردد (همان)، در این مقاله، مقصود از شرط عدم ازدواج مجدد نیز می تواند شرط بنایی باشد، مانند آن که پیش از عقد، طرفین در مورد عدم ازدواج مجدد مذاکره کرده و به توافق رسیده باشند و پس از آن، عقد نکاح را انشا و قبول کنند. در حقیقت، در انشای نکاح، بنا بر رعایت شرط توافق شده قبلی باشد، بدون آنکه آن را به طور صریح در ضمن ایجاب و قبول بیاورند.

در خصوص اعتبار و یا عدم اعتبار شرط بنایی، برخی از فقیهان، تنها شرطی را که بنای عرف و عادت نوعی بر آن قرار گرفته است و عقد با دلالت التزامی بر آن دلالت دارد، صحیح و تخلف آن را موجب خیار فسخ برای مشروط له می دانند و اما شرطی که موضوع آن، امر خارج از عقد مربوط به اهداف و اغراض خصوصی عقد است، در صورتی که در متن عقد ذکر نشود، فاقد اعتبار و اثر حقوقی می دانند (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ۴۰۷)، فقیهان، به دلیل اینکه روایات متعددی در

خصوصاً شرایط نکاح وارد شده است، بطلان شرط پیش از عقد را معمولاً در عقد نکاح بررسی نموده‌اند (طباطبایی، ۱۳۰۷، ۱۱۶)، همچنین، برخی در خصوص عدم اعتبار شرط بنایی، معتقدند که صرف قصد در مورد عقود و حتی ایقاعات بی اثر است، بلکه لازم است مقصود با ابزار قصد محقق گردد. در نتیجه، اگر شرط در ضمن عقد ابراز نشود، آن شرط تحقق پیدا نمی کند (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ۴۰۷)، اما عده دیگری از فقیهان، شرط بنایی را معتبر دانسته، در صورت تخلف، برای مشروط له حق خیار قائلند (نجفی، ۱۴۰۱، ۳۶۶)، مهمترین دلایل این دسته عبارت است از، وضعیت شرط بنایی با شرط مندرج در عقد، که در حقیقت مدلول التزامی عقد محسوب می گردد، یکسان است. همچنین، وجود تبانی سبب مقید شدن عقد به مورد تبانی خواهد بود که این امر، موجب لزوم وفای به عقد و قید آن است. به علاوه، تراضی دو طرف عقد، مبتنی بر شرط سابق بر عقد است که همان شرط بنایی است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲۵۱)،

همچنین، در قوانین موضوعه ایران، در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی<sup>۱</sup>، شرط صفت بنایی در یکی از طرفین عقد نکاح مورد توجه قرار گرفته و در صورت تخلف وصف مذکور، حق فسخ برای مشروط له پیش بینی شده است. افزون بر این، در ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی<sup>۲</sup>، عقد مبنی بر حق نفقه معتبر و دارای اثر است.

از مقررات مذکور و نیز با توجه به استدلال طرفداران صحت شرط بنایی، اعتبار چنین شرطی به دست می آید. بدین ترتیب، شرط عدم ازدواج مجدد به عنوان شرط بنایی معتبر و دارای اثر حقوقی است، مشروط بر اینکه چنین شرطی، صراحت کافی داشته باشد و ارتباط عقد با آن شرط مسلم باشد.

### ج) شرایط صحت و بطلان شرط

جهت پاسخگویی به این پرسش که آیا شرط عدم ازدواج مجدد، شرطی صحیح و معتبر است یا خیر، باید ابتدا شرایط و قواعد عمومی صحت شرط به عنوان یکی از مباحث مبنایی، مورد بررسی

۱. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می دارد: «هرگاه 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».

۲. ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی مقرر داشته است: «در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد».

اجمالی قرار گیرد تا در نتیجه، مبادی موضوع اصلی مقاله به روشنی مشخص شود. احترام به عقد و پیمان از نظر خردمندان عالم، امری مطلوب و برای جامعه-ای مورد اعتماد، ضروری و اجتناب ناپذیر است. این روش جاری خردمندان نیز مورد تأیید شارع قرار گرفته است تا آنجا که لازم الاتباع بودن شروط و تعهدات، به عنوان قاعده لزوم، یکی از قواعد فقهی مشهور است. مفاد این قاعده نیز در ماده ۲۱۹ قانون مدنی<sup>۱</sup>، بیان شده است. با وجود این، از نظر خردمندان و نیز به طریق اولی، شارع، هر شرط و پیمانی معتبر و نافذ نیست تا احترام و در حقیقت، وفای به آن لازم باشد. بدین جهت، ملاک و معیاری برای اعتبار و صحت شرط و تعهد وجود دارد. برای نمونه، می توان به مقذور بودن، داشتن منفعت عقلایی<sup>۲</sup>، معلوم بودن<sup>۳</sup> و منجز بودن شرط اشاره نمود. البته، به عقیده برخی از فقیهان، شرط معلق باطل است و دلیل آن را این می دانند که شرط، جزئی از عوضین است و با فرض معلق بودن شرط، ثمن نیز معلق می شود (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۸۳)، اما اکثر فقیهان با این استدلال مخالفند (خویی، ۱۴۱۰، ۴۲) و به نظر می آید، قانون مدنی هم از نظر اکثر فقیهان پیروی نموده و تنجیز را شرط صحت آن ندانسته است. اما از جمله شرایطی که متناسب و مربوط به شرط عدم ازدواج مجدد است و به عنوان مبادی مباحث آینده باید بررسی گردد، دو شرط ذیل است، ۱- خلاف مقتضای عقد؛ ۲- نامشروع بودن.

۱. **خلاف مقتضای عقد**، فقیهان در این خصوص، بحث های بسیاری نموده اند.<sup>۴</sup> همچنین، نویسندگان حقوق مدنی از این اختلاف برداشت ها مصون نمانده اند (امامی، ۱۳۶۶، ۲۷۸؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ۱۴۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۷۵؛ شهیدی، ۱۳۸۱، ۸۶)، اما برحسب ضرورت و از سویی برای رعایت اختصار، تنها خلاصه ای از آن مباحث، به عنوان مبادی موضوع اصلی پژوهش، در اینجا مطرح می گردد.

۱. ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها، لازم الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۲. براساس ماده ۲۳۲ قانون مدنی، «شرط مفصله ذیل باطل است، ولی مفسد عقد نیست: (۱) شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ (۲) شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ (۳) شرطی که نامشروع باشد».

۳. ماده ۲۳۳ قانون مدنی مقرر داشته است: «شروط مفصله ذیل با بطل و موجب بطلان عقد است: (۱) شرط خلاف مقتضای عقد؛ ۲، شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود».

۴. ر.ک: شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۸۱؛ میرفتاح مراغی، عناوین، ص ۲۵۲ به بعد؛ احمد نراقی، عوائدالایام، ص ۴۹ به بعد؛ خوانساری نجفی، موسی، منیة الطالب، جلد ۲، ص ۱۱۱ به بعد، طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۱۳.

اصولاً عقد دو مقتضا دارد، مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد. «مقتضای ذات عقد» آن چیزی است که مطلق عقد و طبیعت ساری در هر عقدی، آن را اقتضا می کند (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۸۱)، برخی آن را موضوع اساسی می دانند که عقد به خاطر آن واقع می شود و بدون آن، ماهیت خود را از دست می دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۵۳)، همچنین می توان گفت، اثری است که عقد تحقق آن را ذاتاً اقتضا می کند (صفایی، ۱۳۸۱، ۶۰؛ شهیدی، ۱۳۸۱، ۸۶) و به عبارتی، «نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده اند (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۵۴) و اثری است که طبق قوانین آمره، عقد بر آن مترتب است» (محقق داماد، ۱۳۸۰، ۳۲۲)، برای مثال، اگر در ازدواج که مقتضای ذات آن، ایجاد رابطه زوجیت است، دو طرف، در ضمن عقد شرط کنند که چنین رابطه ای محقق نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد محسوب می گردد و نه تنها باطل است، بلکه مبطل عقد هم می باشد.<sup>۱</sup> علت بطلان، وقوع تنافی در عقد مقید به این شرط است، بین مقتضای آن عقد که تخلف ناپذیر است و شرط ملزمی که عدم تحقق آن را به همراه دارد، در نتیجه، وفای به این عقد با مقید بودن آن به این شرط ممکن نیست (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۸۱) و به تعبیری، قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است (فیروز کوهی، ۱۳۱۳، ۶۷)، آنچه به عنوان نتیجه می توان مطرح کرد و همه کم و بیش پذیرفته اند، این است که مقتضا، چنان ملازم با ماهیت عقد است که اگر خلاف آن شرط شود، جوهر و ذات عقد نیز منتفی می شود و از نظر عرف و یا قانون، موضوعی برای آن باقی نمی ماند؛ اگرچه فقیهان و حقوقدانان در جهت معیار تشخیص مقتضای عقد به اتفاق دست نیافته اند.

اما «مقتضای اطلاق عقد» امری است که عقد بر حسب اطلاق خود مقتضی آن است (خوانساری نجفی، ۱۳۵۸، ۱۱۱؛ انصاری، ۱۳۶۷، ۲۷۲) و به تعبیر دیگر، اثری است که با ذات عقد ملازمه ندارد و می توان با درج شرط خلاف، از بروز آن اثر، جلوگیری نمود (شهیدی، ۱۳۸۱، ۸۷)، برای مثال، شرط تعیین مسکن از سوی زن در عقد ازدواج، شرط خلاف اطلاق عقد است و چون با ماهیت و ذات نکاح تضادی ندارد، صحیح و معتبر است.<sup>۲</sup> اما اینکه شرط عدم ازدواج مجدد، شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح نیست، در جای خود به آن اشاره خواهد شد.

۱. ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران.

۲. ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی مقرر می دارد: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می کند سکنی نماید، مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد».

۲. نامشروع بودن، یکی از ملاک های اعتبار شرط و تعهد، مشروع بودن است. شرط باید فی نفسه مشروع و جایز باشد، زیرا التزام به امر نامشروع نافذ نیست (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۷۶)، برخی شرط نامشروع را شرط فعل حرام دانسته اند (فیروز کوهی، ۱۳۱۳، ۶۸)، عده ای شرط غیرمشروع را معادل شرط خلاف کتاب و سنت محسوب نموده اند (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۵۱)، برخی از حقوقدانان، شرط نامشروع را شرط برخلاف قوانین موضوعه کشوری می دانند، اعم از آنکه انجام امری باشد که قانون جرم شناخته است و یا آن که انجام ندادنامری باشد که تکلیف قانونی است (امامی، ۱۳۶۶، ۲۷۵)، بعضی از نویسندگان حقوق مدنی، در عمل بودن مجوز قانونی را که در برابر روح مقررات، عملی ناپسندیده باشد، شرط نامشروع می دانند (شهیدی، ۱۳۸۱، ۸۴)، برخی از اساتید حقوق، هر شرطی را که مخالف قواعد آمره باشد، شرط نامشروع تلقی می کنند (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۸)، برخی از حقوقدانان معتقدند، شرط نامشروع مندرج در بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی، نه تنها شرط خلاف قانون است، بلکه شامل شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی است و ماده ۹۷۵ قانون یاد شده<sup>۱</sup> را مؤید آن می دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۷۲)، اما به نظر می رسد اگر شرط نامشروع را شرط خلاف کتاب و سنت بدانیم، همه موارد مذکور را شامل شود، زیرا این شرط خود سه نوع شرط را شامل می شود، اول، شرط حرام مانند قتل انسان محترم؛ دوم، شرط مخالف احکام و قوانین الهی، مثل آنکه در ضمن عقدی به نحو شرط نتیجه، شرط شود که زوجه او مطلقه باشد؛ سوم، شرط محلل حرام و یا محرّم حلال، مانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که عمل حرامی حلال باشد و یا عمل حلالی، حرام باشد که هر سه نوع شرط باطل است و قابل الزام نیست (ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران)، پرسشی که در جای خود باید به آن پاسخ داده شود، این است که آیا شرط عدم ازدواج مجدد، مشمول شرط خلاف کتاب و سنت می شود یا خیر؟ و به سخن دیگر، آیا این شرط، یک شرط نامشروع است؟ این مسأله در جای خود بررسی خواهد شد.

### مبحث دوم، ازدواج مجدد

چنانکه پیش از این گذشت، عدم انجام فعل مشخص، که همان ازدواج مجدد است، موضوع و متعلق تعهد و شرطی است که از سوی مرد واقع خواهد شد. ضروری است در اینجا، مقصود از

۱. براساس ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می شود، به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور، اصولاً مجاز باشد».

ازدواج مجدد در این مقاله مشخص شود. آنچه که از ازدواج مجدد به ذهن متبادر می شود، ازدواج دومی است که مرد با داشتن همسر اول، اقدام به آن می نماید، اما باید گفت، ازدواج مجدد به مفهوم ازدواج مرد با بیش از یک زن بوده است. به سخن دیگر، ازدواج مجدد شامل ازدواج سوم و چهارم نیز می شود، زیرا در حقوق ایران و اکثر کشورهای اسلامی به پیروی از فقه اسلامی، اصولاً ازدواج مجدد و یا تعدد زوجات پذیرفته شده است<sup>۱</sup>، اگرچه درباره اختیار مرد نسبت به نکاح با زنان متعدد، حقوق ایران در سالهای اخیر، تحولات گوناگون یافته است<sup>۲</sup>. از سویی، ازدواج مجدد نه تنها ازدواج دائم، بلکه ازدواج موقت را نیز شامل خواهد شد (مهرپور، ۱۳۷۹، ۱۰۱)، زیرا از یک سو، شرایط و موانع ازدواج موقت، مانند شرایط و موانع ازدواج دائم است. از سوی دیگر، آثار ازدواج موقت اصولاً جز در مورد نفقه و ارث، همان آثار ازدواج دائم است؛ بویژه از لحاظ فرزند، تفاوتی میان ازدواج دائم و موقت نیست. البته، در خصوص نفقه، اگرچه در ازدواج موقت، شوهر ملزم به پرداخت هزینه زندگی به زن خود نیست، اما با شرط نفقه از سوی زن و یا مبتنی ساختن ازدواج بر آن، پرداخت نفقه الزامی می شود (ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی ایران)، همچنین، در خصوص عدم توارث در ازدواج موقت، میان فقیهان اقوال مختلف است. برای نمونه، قاضی ابن برآج از فقیهان قائلند که در ازدواج موقت، زوجین از یکدیگر ارث می برند، مگر اینکه سقوط آن شرط شده باشد (علم الهدی، بی تا، ۱۲۰)، اگرچه در مقابل، بسیاری از فقیهان قائل به توارث در ازدواج موقت نیستند (میرزای قمی، ۱۳۰۳، ۴۰۱؛ نجفی، ۱۴۰۱، ۱۹۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲۴۲) و قانون مدنی ایران نیز از قول اخیر پیروی کرده است<sup>۳</sup>. افزون بر جهات فوق، همچنین بزرگانی از فقیهان، مانند ابن حمزه، ابن برآج، شهید ثانی و قطب الدین راوندی در بحث استیفای

۱. با اینکه نص صریحی در جواز تعدد زوجات در حقوق ایران وجود ندارد، ولی با توجه به عرف و عادت مسلم و از سویی، مفاد پاره ای از مواد قانون مدنی، از جمله ماده ۹۰۰، ۹۰۱ و ۹۴۲ به روشنی مشروعیت تعدد زوجات استنباط می گردد.

۲. برای نمونه مراجعه شود به: ماده ۱۴ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶ و نیز مواد ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳.

۳. مستنبط از ماده ۹۴۰ قانون مدنی که مقرر می دارد: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می برند» و نیز ماده ۱۰۷۷ این قانون که بیان داشته است: «در نکاح منقطع احکام راجع به وراثت زن و به مهر او همان است که در باب ارث و در فصل آتی مقرر شده است».

عدد، مجموع زنان با ازدواج دائم و موقت را مشمول آن دانسته‌اند.<sup>۱</sup> در نتیجه، بنابر جهات یاد شده، به عنوان یکی از مبادی بحث می‌توان گفت، ازدواج مجدد در این پژوهش، شامل ازدواج موقت نیز می‌گردد.

### بخش دوم، بطلان یا صحت شرط عدم ازدواج مجدد

بطلان و یا صحت عدم شرط ازدواج مجدد، مورد اختلاف نظر فقیهان و حقوقدانان است. گروهی از فقیهان و نیز حقوقدانان، این شرط را باطل می‌دانند و برخی دیگر، قائلند که این شرط صحیح و الزام آور است. در این بخش، نظریه بطلان در مبحث اول و نظریه صحت در مبحث دوم، بررسی خواهد گردید.

#### مبحث اول، نظریه بطلان

اکثر فقهای امامیه، با استناد به برخی ادله، شرط عدم ازدواج مجدد را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل اعلام کرده‌اند. همچنین، برخی از حقوقدانان، این شرط را برخلاف قوانین آمره و غیرمعتبر تلقی نموده‌اند. در این مبحث، نظریه بطلان عدم شرط ازدواج مجدد از دیدگاه فقیهان و حقوقدانان تشریح می‌گردد.

#### الف) از دیدگاه فقیهان

فقیهان طرفدار نظریه بطلان، در تأیید نظریه خود به کتاب، روایات و نیز اجماع به شرح زیر استناد کرده‌اند:

##### ۱. کتاب

از جمله دلایلی که قائلان بر بطلان شرط عدم ازدواج مجدد مطرح کرده‌اند، مخالفت با کتاب است؛ چنانکه علامه حلی از قول ابن حمزه بیان نموده است، «الشرط الذی لا یقتضیه العقد او یخالف الكتاب و السنه بطل الشرط دون العقد و هی تسعه، اشتراطها علیه ان لا یتزوج علیها فی حیاتها او بعد وفاتها و ... (علامه حلی، ۱۳۲۴، ۵۴۵)؛ یعنی، شرطی که موافق مقتضای عقد نباشد، یا مخالف

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک: علامه حلی، مختلف الشیعه، ص ۵۶۲؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۵، ص ۲۰۷؛ قطب-

الدین راوندی، فقه القرآن، ص ۹۹؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۸.

کتاب و سنت باشد، باطل است، ولی مبطل عقد نیست و چنین شروطی نه قسم است، یکی از آنها این است که زنی بر شوهر خود شرط کند که تا زنده است، حتی بعد از فوت او، شوهر، ازدواج مجدد ننماید؛ چنانکه محقق حلی در ذیل احکام ازدواج آورده است، «اذا شرط فی العقد ما یخالف المشروع، مثل ان لا یتزوج علیها ... بطل الشرط و صحّ العقد» (محقق حلی، ۱۴۰۳، ۵۵۱)؛ یعنی، اگر امری که غیر مشروع [مخالف کتاب و سنت] است، در ضمن عقد ازدواج مورد تعهد قرار گیرد، مانند شرط عدم ازدواج مجدد، این شرط باطل است. شهید اول نیز شرط ضمن ازدواج را که مخالف شرع و به تعبیری، مخالف کتاب و سنت است، باطل می‌داند. وی عقیده دارد، «فلو شرط ما یخالفه [شرع] لغی الشرط، کاشترط ان لا یتزوج علیها» (شهید اول، ۱۳۸۳، ۱۷۱)؛ یعنی، اگر ضمن عقد ازدواج، شرطی که مخالف شرع [کتاب و سنت] است، صورت گیرد، چنین شرطی باطل است، مانند شرط عدم ازدواج مجدد از سوی مرد. بعلاوه، شهید ثانی در توضیح نظر شهید اول بیان نموده است، «اما فساد الشرط حیثئذ [ای حین خالف الشرط الشرع] فواضح، لمخالفته المشروع» (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ۳۶۲)، در حقیقت، وی نیز علت بطلان چنین شرطی را غیر مشروع بودن؛ یعنی تحریم حلال و تحلیل حرام - که از موارد و مصادیق شرط خلاف کتاب و سنت است می‌داند. همچنین، صاحب جواهر معتقد است، «بطل الشرط اتفاقاً کما فی کشف اللثام و غیره لقوله (ص)، من اشترط شرطاً سوی کتاب الله فلا یجوز ذلك له و لعلیه» (نجفی، ۱۴۰۱، ۵۹)؛ یعنی، چنین شرطی باطل است، همان طور که در کشف اللثام و مانند آن در این خصوص اتفاق نظر وجود دارد، زیرا پیامبر (ص) فرمود، هر کسی شرطی مخالف کتاب خدا را تعهد کند، آن شرط نسبت به مشروط له و مشروط علیه نافذ و معتبر نیست. بعلاوه، از تحلیلی که شیخ انصاری در معنای شرط مخالف کتاب و سنت ارائه داده است، بطلان شرط عدم ازدواج مجدد را به دلیل مخالفت با کتاب و سنت، امری مسلم محسوب نموده است (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۷۷)،

از تحلیل نظرهای یاد شده مبنی بر بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، چنین استنباط می‌شود که این شرط را، تعهدی مخالف کتاب قلمداد نموده اند و مهمترین مستند این گروه از فقیهان در این مورد، آیه «فانکحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» (نساء/۳)؛ یعنی، «از آن زنانی که برای شما حلال و شایسته است، دو یا سه زن تا چهار زن می‌توانید اختیار نمایید» است که براساس آن، تعدد زوجات و به تعبیری ازدواج مجدد، به عنوان یک حکم الهی مندرج در کتاب پذیرفته شده است و در نتیجه، هر نوع شرط مخالف آن، شرط مخالف کتاب، تلقی می‌شود.

## ۲. روایات

از جمله مستندات قابل توجه فقیهان طرفدار بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، دسته ای از روایات است که بر اساس آنها، چنین شرطی باطل و تعهد به آن الزام آور نیست. در اینجا برای نمونه، برخی از روایات مورد استناد آورده می شود،

۱- از امام محمدباقر(ع) روایت شده است که امیرالمؤمنین(ع) درباره زنی که زوج، ضمن عقد ازدواج، با او یا با خانواده او شرط کرده چنانچه با وجود او زنی بگیرد، یا از او کناره گیری نماید، او مطلقه باشد، فرموده است، عهد و حکم خدا بر شرط و قرارداد شما مقدم است. آن زوج اگر خواست به شرط خود وفا می کند و گرنه، می تواند زن اول خود را نگه دارد و با زنی دیگر نیز ازدواج نماید، زیرا خداوند در کتاب خود فرموده است، می توانید از زنان دو یا سه و یا چهار زن به ازدواج خود درآوردید (حرّ عاملی، بی تا، ۳۰)،

۲- امام باقر(ع) درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و با او شرط کرده بود که اگر با وجود او ازدواج مجدد نماید، یا او را هجر کند یا کنیزی انتخاب نماید، آن زن مطلقه باشد، چنین قضاوت فرمود که شرط و حکم خداوند بر شرط و تعهد شما مقدم است. بنابراین، مرد اگر بخواهد وفا می کند و گرنه، زن اول خود را در اختیار دارد و می تواند ازدواج مجدد نماید (همان، ۴۶)،

۳- حلبی از امام صادق(ع) نقل کرده که از آن حضرت، درباره مردی که به زن خود گفته است اگر با وجود تو ازدواج مجدد نمایم و یا با گرفتن زنی از تو کناره گیرم، تو را و مطلقه هستی، سؤال شد. آن حضرت فرمود، پیامبر(ص) فرموده است، هر کس برای همسر خود شرطی نماید که در کتاب خدا نباشد، آن شرط و تعهد نسبت به مشروط له و مشروط علیه معتبر و قابل اجرا نیست (همان، ۲۹۰)،

۴- کلینی از زراره نقل نموده که در قضیه ضریس و همسرش، حمران که طرفین شرط کرده بودند، هیچ کدام در حال حیات و پس از مرگ یکدیگر، اقدام به ازدواج مجدد ننمایند و در صورت تخلف، بر خود تکالیفی چون حج و قربانی و بخشش تمام اموال به صورت نذر، واجب ساخته بودند، از امام صادق(ص) سؤال شد. امام(ع) فرمود، این شرط و قرارداد ارزشی ندارد و معتبر نیست و در نتیجه، بر تو و همسرت الزام و تکلیفی نیست و می توانی ازدواج مجدد نمایی (کلینی، ۱۴۰۱، ۴۰۳)،

### ۳. اجماع

یکی دیگر از مستندات قائلان بطلان شرط عدم ازدواج، اجماع است؛ چنانکه صاحب جواهر مدعی آن شده و آن را در **کشف اللثام** و مانند آن محرز دانسته است (نجفی، ۴۰۱، ۵۹)، همچنین، برخی از فقیهان معاصر، برای اثبات نظریه بطلان شرط مورد بحث، به اجماع و شهرت تمسک نموده اند (امام خمینی، ۱۳۶۳، ۱۶۶)، پس بنا بر اجماعات منقوله، شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن نکاح به دلیل مخالفت با کتاب معتبر نیست و در نتیجه، بطلان چنین شرطی به عنوان نظریه مشهور اعلام شده است؛ چنانکه بسیاری از فقهای امامیه (شیخ طوسی، ۱۳۵۱، ۳۰۳؛ محقق حلّی، ۱۴۰۳، ۵۵۱؛ علامه حلّی ۱۳۲۴، ۵۴۵؛ شهید اول، ۱۳۸۳، ۱۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۰۳، ۳۶۲؛ نجفی، ۱۴۰۱، ۵۹) به طور کلی نظر بر بطلان شرط عدم ازدواج مجدد دارند.

### ب) از دیدگاه حقوقدانان

حقوقدانان طرفدار نظریه بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، در تأیید نظریه خود به شرح زیر استناد جسته اند، برخی از نویسندگان حقوق مدنی، شروط برخلاف قوانین آمره را دسته ای از شروط نامشروع دانسته اند و با این تحلیل که شرط عدم ازدواج مجدد به عنوان شرط فعل منفی، برخلاف قوانین آمره است، آن را از موارد و مصادیق شروط نامشروع محسوب نموده اند. دلیل مخالفت این شرط با قوانین آمره از سوی آنها، مشروع و مجاز بودن تعدد زوجات است (امامی، ۱۳۶۶، ۳۶۶)، برخی از صاحب نظران حقوق، شرط عدم ازدواج مجدد را به طور مطلق؛ یعنی حتی پس از مرگ زوجه یا پس از طلاق بائن وی، قطعاً غیرمعتبر و باطل می دانند. دلیل بطلان آن را مغایرت با حقوق راجع به شخصیت انسانی قلمداد نموده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۱۹۲)؛ اگرچه در این خصوص نظریه تفصیلی هم دارند که در جای خود مطرح می شود. عده ای دیگر از اساتید حقوق نیز این شرط و توافق را در ذیل شرط نامشروع؛ یعنی شرطی که مخالف قواعد آمره است، مطرح کرده اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۹)؛ اگرچه به نظر نگارنده، نظر دیگری از سوی آنان استنباط می شود که در آینده تشریح می گردد. بعضی از حقوقدانان با استدلال زیر، شرط عدم ازدواج مجدد را شرط نامشروع و خلاف قانون می دانند، براساس ماده ۹۵۹ قانون مدنی، سلب حق تمتع به طور کلی ممنوع است. از سویی، شرط عدم ازدواج مجدد، در دوران زوجیت و زمانی که نکاح منحل نشده است، اسقاط حق به نحو جزئی نیست تا با ماده ۹۵۹ قانون مدنی، مغایرتی نداشته باشد، زیرا یکی از راههای جزئی کردن اسقاط حق، محدود ساختن آن به زمان محدود و معین است و از

طرفی، ازدواج دائم، امری نیست که بنا بر متعارف تا پایان عمر به درازا نکشد و به سخن دیگر، در زبان حقوقی، آن امر موقت و محدود به زمان تلقی و فرض نمی شود. پس بنابراین، شرط عدم ازدواج مجدد در دوران زوجیت، اصولاً سلب حق به طور کلی محسوب می گردد و در نتیجه، مغایر با ماده ۹۵۹ است. افزون بر این، نهاد حقوقی تعدد زوجات، حتی در قانون حمایت از خانواده،<sup>۱</sup> به عنوان یک راه حل استثنایی پذیرفته شده است. در همین موارد استثنایی، ازدواج مجدد در زمره حقوق مدنی شوهر است و نمی تواند به طور کلی از او سلب شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۶۹)، به نظر می رسد، این دسته از حقوقدانان با تأکید بر اینکه «حق نکاح کردن از حقوق مربوط به شخصیت انسان است و با هیچ قراردادی ساقط نمی شود، هر چند محدود به زمان یا رابطه خاص باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۴۸)، شرط عدم ازدواج مجدد را شرط نامشروعی می دانند که نه تنها شرط خلاف قانون است، بلکه چنانکه در بخش نخست مقاله بیان گردید، شامل شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی نیز تلقی می گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۷۲).

### ج) نقد نظریه بطلان

نظریه بطلان را به دلایل زیر نمی توان پذیرفت،

۱. استدلال به کتاب برای باطل بودن شرط عدم ازدواج مجدد درست نیست، زیرا تنها مدرک قائلان به بطلان از کتاب، آیه «... فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنی و ثلاث و رباع...» (نساء/۳) است که استناد به آن از دو جهت قابل انتقاد است، اولاً، اصل، تک همسری است و تعدد زوجات استثناءست، زیرا چند همسرگزینی در مقابل تک همسرگزینی و یا تک همسری، که به عنوان یک پدیده اجتماعی شکل گرفته، بی شک، امری تاریخی است و نه دینی (حکیم پور، ۱۳۸۲، ۲۷۹)، در حقیقت، می توان گفت، برخی واقعیت های اجتماعی اسلام را با چندهمسری به عنوان یک ضرورت و استثنا پیوند داده است.

۱. مرد نمی تواند با داشتن زن، همسر دوم اختیار کند، مگر در موارد زیر:

(۱- رضایت همسر اول؛ ۲- عدم قدرت همسر اول به ایفای وظایف زناشویی؛ ۳- عدم تمکین زن از شوهر؛ ۴- ابتلای زن به جنون یا امراض صعب العلاج موضوع بندهای ۵ و ۶ ماده ۸؛ ۵- محکومیت زن وفق بند ۸ ماده ۸؛ ۶- ابتلای زن به هرگونه اعتیاد مضر برابر بند ۹ ماده ۸؛ ۷- ترک زندگی خانوادگی از طرف زن؛ ۸- عقیم بودن زن؛ ۹- غائب مفقودالثر شدن زن برابر بند ۱۴ ماده ۸).

«تک همسری، طبیعی ترین شکل زناشویی است» (مطهری، ۱۳۵۷، ۳۳۱) که حقوق اجتماعی اسلام هم بر آن تأکید دارد. واقعیت این است که اسلام اگرچه پیروان خود را نسبت به ازدواج ترغیب می کند، اما به هیچ روی، آنان را به تعدد زوجات تشویق نمی کند. برخورد اسلام با این پدیده، مواجهه ای کاملاً امضایی و نه تأسیسی است. در نتیجه، هیچ گاه اسلام تعدد زوجات را ابتکار نکرد، بلکه آن را از طرفی محدود ساخت و از طرف دیگر، قیود و شرایط سنگینی برای آن مقرر نمود (رفیعی، ۱۳۸۶، ۱۴)، هم اکنون با توجه به شرایط فرهنگی و اجتماعی ایران، اخلاق عمومی و فرهنگ غالب جامعه نه تنها موافق چندهمسری نیست، بلکه در تضاد با آن است. اصولاً در ایران، به طور غالب اثرات منفی و حتی مخرب چندهمسرگزینی بسیار زیاد است (رمضان نرگسی، ۱۳۸۴، ۱۶۳)، شاید به دلیل همین واقعیت، قانونگذار ایران، ازدواج مجدد را منوط به رضایت همسر اول و دادگاه نموده است. چنانچه ازدواج مجدد را به عنوان یک ضرورت اجتماعی و امری استثنایی بدانیم «اساساً اگر ضرورت فردی یا اجتماعی در کار نباشد، تعدد زوجات حتی با اجازه زن پیشین نیز قابل قبول نیست» (مطهری، ۱۳۵۷، ۴۱۰)، چنانکه گذشت، مهمترین و اصلی ترین مبنای حقوقی و مستند ازدواج مجدد، آیه سوم سوره نساء است. جالب این است که این آیه، درست بعد از آیه ای آمده است که در آن، مسائل مربوط به یتیمان بی سرپرست مطرح شده و رعایت حقوق آنان از سوی مسلمانان مورد توجه قرار گرفته است. لذا بعید نیست که تجویز تعدد زوجات از نظر قرآن، با توجه به برخی واقعیت‌ها و ضرورت‌های اجتماعی بوده و نه در جهت تثبیت آن و تشویق مردان به منظور تنوع طلبی و اغراض شخصی. قرآن هرگز به مسلمانان توصیه نمی کند تا زنان متعدد اختیار کنند. چنین رویکردی در واقعیت امر، در میان مسلمانان و غیرمسلمانان عربستان پیش از نزول آیات قرآن در خصوص تعدد زوجات وجود داشته است و لذا توصیه به طور طبیعی و جهی نداشته است، زیرا «تجویز» قرآن را در این رابطه به هیچ روی نمی توان به «توصیه» تأویل کرد (حکیم پور، ۱۳۸۲، ۲۸۳)، بویژه آن که تجویز نیز کاملاً مشروط به رعایت عدالت در حق همسران متعدد است، «فان خفتن ألتا تعدلوا فواحدة... ذالک ادنی ألتا تعولوا» (نساء/۳)؛ یعنی، اگر خوف آن دارید که بین همسران به عدالت رفتار نکنید، به یکی اکتفا نمایید که این امر؛ یعنی تک همسری، نزدیکتر است به اینکه از عدالت دور نیفتید و بر زنها ظلم نکنید. تا جایی که برخی معتقدند می توان از آیه مذکور «استنباط کرد که اگر کسی خوف عدم اجرای عدالت دارد و در عین حال اقدام به ازدواج مجدد نماید، ازدواج دوم او باطل است» (مهرپور، ۱۳۷۹، ۱۰۲)، شریعت اسلامی به تعدد زوجات به مثابه یک حکم ثانویه در زندگی فردی و جمعی

مسلمانان می‌نگرد، لذا بی‌جهت با گسترش آن موافق نیست (رفیعی، ۱۳۸۶، ۱۵)، از تأمل در دو آیه ۳ و ۱۲۹ سوره نساء<sup>۱</sup> معلوم می‌شود که اباحه ازدواج مجدد در اسلام سخت محدود است و انگار ضرورتی است که اگر کسی به آن نیاز داشته باشد، به شرط اطمینان به اجرای عدالت، برای او جایز است (رشید رضا، بی تا، ۳۴۹)، با توجه به جهات فوق و با تأکید بر اصل تک همسری و از سویی، برداشت اجتماعی از نهاد ازدواج و خانواده، می‌توان گفت، حکم مندرج در آیه مورد استناد، استثنایی مباح است و ترک این تجویز و مباح در قالب یک شرط، مخالفت با کتاب و غیرمشروع تلقی نمی‌شود.

ثانیاً، با پذیرش این که ازدواج مجدد، امری مباح است نه واجب، ترک مباح، بدون شک، ممنوع نیست تا آن را مخالف کتاب و حکم الهی بدانیم. بدیهی است، تحقق عقد ازدواج مانند سایر قراردادهای وابسته به تراضی و اراده طرفین است و به دلیل این که، اصل ازدواج، امر استجابی مؤکد است، حتی افراد می‌توانند آن را ترک کنند، بنابراین، «شرط عدم ازدواج مجدد به هیچ عنوان مخالف کتاب نیست، بلکه آنچه که مخالف کتاب است، شرط عدم اباحه ازدواج مجدد است، زیرا آیه سوم سوره نساء دلالت بر جواز آن دارد و شرط عدم اباحه در نکاح مغایر و برخلاف آیه مذکور است و بر این اساس، نامشروع و باطل است (نراقی، ۱۴۰۸، ۴۹)، به عبارت دیگر، اگر شرط عدم اباحه شود، در حقیقت، تحریم حلال صورت گرفته، زیرا چنانکه در بخش نخست مقاله تبیین گردید، شرط مخالف کتاب یا به اصطلاح شرط غیرمشروع، باطل است. شرط غیرمشروع سه نوع است، نوع اول، شرط حرام مثل اینکه مشروط علیه متعهد به انجام دادن عمل حرام می‌شود که حرمت آن مانع از نفوذ شرط خواهد شد. بدیهی است، شرط عدم ازدواج مجدد مصداق و مشمول این نوع نیست. نوع دوم، شرط مخالف حکم و قانون الهی، مثل آنکه در ضمن عقد بیع بر یکی از دو طرف به نحو شرط نتیجه، شرط شود که زوجه مطلقه است و حال اینکه طلاق از جمله اعمال حقوقی است که برای تحقق آن اسباب مشخصی در شرع معین شده است (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۸۳) و در حقیقت، این نوع امور، حکم هستند که در زبان حقوقی قوانین آمره شناخته شده اند؛ یعنی قوانینی که برای نظم اجتماع وضع شده و اراده افراد نمی‌تواند آنها را تغییر دهد (محقق داماد، ۱۳۸۰، ۳۲۶)، شرط عدم ازدواج مجدد، تغییر حکم یا تغییر قوانین آمره نیست؛ یعنی طرفین نمی‌خواهند حکم تعدد زوجات را تغییر دهند، بلکه مرد این حق ازدواج مجدد را از خود ساقط

۱. «... ولن تستطیعوا ان تعدلوا بین النساء و لو حرصتم...» (نساء / ۱۲۹)؛ یعنی شما قادر نیستید بین زنان به عدالت رفتار کنید و هرچند راغب و حریص بر عدل و درستی باشد.

می‌کند و متعهد به ترک امر مباحی می‌شود. چنین تعهدی به معنای تغییر حکم الهی و برخلاف قاعده امری و از بین بردن اباحه تعدد زوجات نیست. «مثل موردی که کسی شخصاً تصمیم به ترک تعدد زوجات می‌گیرد و این تصمیم به منظور تغییر حکم الهی و مخالفت با آن نیست، بلکه به خاطر مصلحت شخصی است که برای خود تشخیص می‌دهد و تصمیم می‌گیرد این عملی را که برای او مباح است، ترک نماید» (طباطبایی، ۱۳۷۶، ۲۰۷)، حال این ترتیب را با شرط عدم ازدواج مجدد برقرار می‌کند و در حقیقت، ترک فعل مباح، موضوع تعهد است و این موضوع تعهد، متعلق امر قانونگذار در شکل قاعده آمره واقع نشده است. از آنجا که اصل تک همسری است، قانونگذار اجازه داده است با رعایت شرایطی، ازدواج مجدد نماید؛ یعنی، ازدواج مجدد مباح است، نه یک امر واجب شرعی که شخص نتواند با اراده خود آن را تغییر دهد. نوع سوم، شرط محلل حرام و یا محرّم حلال است. اگر در ضمن عقد شرط شود که عمل حرامی برای مشروط له حلال باشد و یا عمل حلالی برای او حرام باشد، شرط باطل است. مفاد این نوع شرط، تغییر حکم الهی است؛ یعنی به موجب آن عملی که شرعاً از محرّمات و یا اعمال حلال است، تغییر می‌کند و مباح یا حرام می‌شود. شرط عدم ازدواج مجدد، تحریم حلال نیست؛ آنچه که تحریم حلال است، تغییر حکم ازدواج مجدد است. توضیح اینکه، مشروط له که در این مورد، زن است، عمل حرامی را برای خود حلال نمی‌کند و یا عمل حلالی را برای خود حرام نمی‌سازد، بلکه در حقیقت، از مرد می‌خواهد که از حق ازدواج مجدد که امری استثنایی و در عین حال، حلال و مباح است، بگذرد و به عبارتی، این حق را ساقط کند. اسقاط حق، ملازمه با تغییر حکم تعدد زوجات به عنوان یک حکم کلی ندارد. در تأیید این نظر و تشخیص مخالفت شرط با کتاب، می‌توان چنین استدلال کرد که، احکام شرعی همه از یک ماهیت و مرتبه برخوردار نیستند؛ برخی احکام به طور مطلق وضع شده‌اند، مثل وجوب پرداخت زکات و جهاد؛ دسته دیگر، احکامی هستند که نسبت به هر اوضاع و احوالی مطلق هستند، جز حالت ضرر و عسر و حرج، مانند اغلب واجبات که حکم الزامی انجام دادن آنها به طور مطلق وضع شده است. و بخشی دیگر، احکامی هستند که به موضوعات به عنوان حکم اولی تعلق می‌گیرند، یعنی اگر عنوان‌های دیگری بر موضوع عارض نشود، آن موضوع، این حکم را خواهد داشت. به عبارت دیگر، این دسته از احکام به موضوعات تعلق دارند به نحو مقید، نه مطلق. شروطی که برخلاف احکام دسته اول و دوم و یا در اصطلاح «احکام اقتضاییه» باشد، نامشروع و باطل است، ولی شروطی که برخلاف دسته سوم و یا در اصطلاح «احکام ترخیصیه»، - که همان مباحات، مستحبات و مکروهات است - باشد، مشروع و معتبر است (انصاری، ۱۳۶۷، ۲۷۷)، بدین ترتیب،

اگر مرد ضمن عقد لازمی، ترک ازدواج مجدد را - که در حقیقت ترک فعل مباحی است - شرط کند، ترک آن یا عدم ازدواج مجدد، معتبر و در نتیجه، الزامی می شود. بعلاوه، می توان گفت، در موارد مشکوک، مقتضای اصل، عدم مخالفت با حکم و قانون آمره است و بنابراین، عموم «المؤمنون عند شروطهم» با توجیهی که در بخش نخست مقاله ارائه شد، نسبت به چنین شرطی قابل اعمال خواهد بود.

افزون بر جهات فوق، استنباط و استدلال عده ای از فقهای امامیه (طباطبایی حکیم، بی تا، ۲۹۶؛ خویی، ۱۴۱۰، ۳۰۵) مبنی بر صحیح و معتبر دانستن شرط عدم ازدواج مجدد و یا تردید در بطلان آن (مامقانی، ۱۴۰۴، ۲۷۳)، حاکی از این است که چنین شرطی به عنوان شرط مخالف کتاب از قطعیات و مسلمات حقوق اسلام نیست و مبتنی بر مبادی مختلف نزد مخالفان و موافقان است که در نتیجه منجر به آرای مختلف شده است؛ چنانکه در میان اهل سنت، حنبلی ها چنین شرطی را صحیح و معتبر می دانند (ابن قدامه، ۱۴۰۵، ۱۳) و مالکی ها آن را مکروه می دانند (جزیری، ۱۴۰۹، ۸۸)، آری، به نظر نگارنده، آنچه به عنوان مخالف کتاب می توان ابراز کرد، شرط مباح ندانستن اصل ازدواج و یا شرط ترک ازدواج مجدد، حتی بعد از دوران زوجیت است. چنانچه، براساس شرطی در ضمن قرارداد، اگرچه به صورت شرط بنایی باشد - چنانکه در بخش نخست مقاله، شرط بنایی را، شرط در ضمن قرارداد دانسته ایم - و یا اساساً در قراردادی مستقل، موضوع تعهد، عدم ازدواج و یا عدم ازدواج مجدد برای همیشه به عنوان امری غیرمباح و غیرمشروع باشد، چنین شرطی از مصادیق تحریم حلال و به تعبیری خلاف قانون و مصالح عمومی است و در نتیجه، غیرمعتبر است؛ چنانکه برخی از فقیهان (میرزای نائینی، ۱۳۵۸، ۱۰۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲۳۰) و حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۱۹۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۹) که قائل به بطلان شرط عدم ازدواج مجدد شده اند، معتقدند اگر چنین شرطی برای همیشه، حتی بعد از فوت زن یا پس از طلاق بائن، باشد، صحیح و الزام آور نیست.

۲. استناد فقیهان طرفدار بطلان شرط عدم ازدواج مجدد به دسته ای از روایات، صحیح به نظر نمی رسد، زیرا هیچ یک از شواهد روایی، بطلان چنین شرطی را به طور مطلق اثبات نمی کند، بلکه بطلان آن را در موارد خاص دلالت می کند و در نتیجه، از نظر نگارنده، دلیل اخص از مدعاست. با پذیرش ظهور این روایات، باید دید علت بطلان شروط چیست. آیا علت بطلان، شرط عدم ازدواج مجدد است یا علت دیگری می تواند داشته باشد؟ از دقت در روایات اول، دوم و سوم که پیش از این گذشت چنین استنباط می شود که شروط مذکور در این روایات، به صورت شرط

نتیجه مورد تعهد قرار گرفته و با ذکر جزا آمده است؛ یعنی در صورت ازدواج مجدد، زوجه او به صورت شرط نتیجه مطلقه باشد و حال اینکه، طلاق یکی از اعمال حقوقی است که برای تحقق آن، شرایط خاص قانونی تعیین شده است؛ به گونه ای که از طلاق به عنوان، تنها ایقاع تشریفاتی یاد می شود. در واقع، چگونگی اجرای طلاق، یک حکم و به تعبیری، یک قاعده آمره است و توافق برخلاف آن معتبر نیست. پس محتمل است که عدم نفوذ شرط ترک ازدواج مجدد، در روایات مورد استناد، علت دیگری داشته باشد؛ چنانکه یکی از فقیهان معاصر معتقد است، «فیمکن ان یکون عدم نفوذ الشرط، لتعلیق الطلاق و لایکون الشرط بنفسه مخالفاً للشرع» (میرزای نائینی، ۱۳۵۸، ۱۰۴)؛ یعنی ممکن است، عدم نفوذ شرط ترک ازدواج مجدد، به این دلیل باشد که طلاق به صورت شرط نتیجه بر آن معلق شده است. پس، اشتراط ترک ازدواج مجدد، از این جهت باطل و غیرمعتبر است که وقوع امر نامشروعی، مانند تحقق طلاق، بر آن مترتب شده، بدون این که اصل اشتراط بدون آن قید، منع شرعی داشته باشد. در نتیجه، چون تعلیق بر محال شرعی شده است، لذا باطل است. شاهد بر این استدلال، این است که در روایت اول، عبارت «فأنها طالق» و در روایت دوم، عبارت «فهی طالق» و در جمله سوم، عبارت «فانت طالق» آمده و مطلقه شدن زن را به عنوان جزا دلالت نموده است. نتیجه اینکه، شرط ترک ازدواج مجدد در صورتی غیرمعتبر و باطل خواهد بود که مطلقه شدن زن را نتیجه تخلف آن شرط قراردادده باشند، نه اینکه مطلقاً باطل باشد.

همچنین، از دقت در روایت چهارم، چنین استنباط می شود که بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، مربوط به موردی است که زن و مرد تعهد کنند، هیچ گاه ازدواج مجدد ننمایند؛ یعنی، حتی بعد از فوت هر یک، دیگری حق ازدواج مجدد نداشته باشد. بطلان این تعهد و شرط به دلیل غیرعقلانی بودن است و در زبان حقوقی، این شرط با حقوق شخصیت انسانی مغایر است. در توضیح و توجیه بطلان شرط در مورد مذکور می توان گفت، اگر تعهد به عدم ازدواج مجدد در دوران زوجیت می تواند به نفع زن به عنوان مشروط له باشد و در نتیجه، مترتب بر مصلحت عدم فروپاشی ازدواج نخستین است، پس از فوت یا پس از طلاق بائن زن اول، چه نفع یا مصلحتی را می توان به طور متعارف برای زن تصور نمود؟ پس به این دلیل، می توان گفت، شرط عدم ازدواج مجدد برای همیشه، یک شرط غیرعقلانی و فاقد منفعت عقلایی است و از طرفی نیز نامشروع است، زیرا یک سلب حق به طور کلی و برای همیشه صورت گرفته است؛ چنانکه برخی از فقیهان (میرزای نائینی، ۱۳۵۸، ۱۰۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲۳۰) التزام شخص را به ترک نوع مباحی برای همیشه، غیرمشروع و مخالف حکم الهی می دانند. در نتیجه، مستفاد از روایات مورد استناد، بطلان شرط

عدم ازدواج مجدد است، ولی به علل دیگر، و نه به دلیل مخالفت چنین شرطی فی نفسه با حکم الهی، زیرا ترک امر مباح، مشروع است.

۳. استناد به اجماع از سوی طرفداران بطلان شرط عدم ازدواج مجدد از دو جهت قابل نقد است، اولاً، با وجود روایات دال بر صحت چنین شرطی و نیز قائلان به اعتبار و مشروعیت آن - که به آنها اشاره خواهد شد - اجماعی حاصل نمی شود؛ ثانیاً، بر فرض ثبوت، با توجه به اینکه چنین اجماعی، قطعی المدرک است و به تعبیری، مبتنی بر دسته ای از روایات است، حجت نخواهد بود. در حقیقت، اجماع در این مورد، اجماع مدرکی است و نمی تواند به عنوان دلیل مستقل، مثبت ادعا باشد.

### مبحث دوم، نظریه صحت

عده ای از فقیهان، با استناد به برخی ادله، شرط عدم ازدواج مجدد را صحیح و معتبر اعلام کرده اند. همچنین از نحوه استدلال برخی از حقوقدانان، می توان صحت چنین شرطی را استنباط نمود. در این مبحث، نظریه صحت از دیدگاه فقیهان و حقوقدانان، بررسی می گردد.

### الف) از دیدگاه فقیهان

فقیهان طرفدار نظریه صحت، در تأیید نظریه خود به دسته ای از روایات استناد کرده اند. در این قسمت با توجه به اهمیت موضوع، ابتدا کلام برخی از آنان نقل و سپس، روایات استنادی آنان تبیین می گردد.

### ۱. نقل کلام قائلین به صحت

محقق نراقی صاحب **عوائد الایام** معتقد است، «شرط عدم ازدواج مجدد به هیچ عنوان نامشروع نیست، بلکه آنچه که نامشروع تلقی می گردد، شرط عدم اباحه ازدواج مجدد است، زیرا آیه «فانكحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» دلالت بر اباحه و جواز ازدواج مجدد دارد. در نتیجه، تنها شرط عدم اباحه، مغایر و برخلاف این آیه است و نامشروع و غیرمعتبر است»<sup>۱</sup> (نراقی، ۱۴۰۸، ۴۹)، برخی از فقیهان معاصر در مورد صحت چنین شرطی قائلند، «شرط عدم ازدواج، خواه

۱. «و اما شرط عدم التزویج علی المرأة و التسری مطلقاً فهو لیس مخالف الكتاب و السنه بل شرط عدم اباحته او استحبابه مخالف لدلاله قوله تعالی «فانكحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» علی الرخصه...».

در ضمن عقد نکاح یا غیر آن، جایز و معتبر است و زوج ملزم به رعایت شرط است، ولی اگر خلاف آن عمل کرد و ازدواج مجدد نمود، صحیح است» (خویی، ۱۴۱۰، ۲۸۱)، یکی دیگر از فقها معتقد است، «شرط عدم ازدواج مجدد در عقد نکاح و یا در عقد دیگر، صحیح و معتبر است و مرد ملزم به رعایت این شرط است...»<sup>۱</sup> (طباطبایی حکیم، بی تا، ۲۹۶)، صاحب کتاب **فقه الصادق** که از قائلین به صحّت است، بیان داشته است، «شرط عدم ازدواج مجدد صحیح است و همچنین اگر شرط کند که او را طلاق ندهد، ولی اگر ازدواج مجدد کند، یا او را طلاق دهد، عمل او معتبر است، اگرچه عصیان مرتکب شده است» (روحانی، بی تا، ۲۰۰)،

امام خمینی در مقام استدلال با تأکید بر این که اشتراط ترک محلّلات و مباحات و مستحبات و مکروهات با شرع مخالفتی ندارد، پس از نقد کلام شیخ انصاری در خصوص چنین شرطی، تصریح داشته است، «... شرط ترک ازدواج مجدد و مانند آن، بر زوج جایز است و با شرع مخالفتی ندارد و روایت منصوربن یونس برزج شاهد بر این مدعاست» (امام خمینی، ۱۳۶۳، ۱۷۰)، با وجود این، در جای دیگری با عدول از نظر مذکور، قائل شده اند که معتبر دانستن چنین شرطی، منوط به عدم اجماع یا شهرت در مسأله است. البته، پیش از این، دلیل اجماع نقد شد و به نظر نگارنده، صرف شهرت و نظر رایج فقهی نمی تواند دلیل قانع کننده ای بر بطلان چنین شرطی باشد، چنانکه در مواردی، برخی از فقیهان، برخلاف نظر مشهور فتوا داده اند (طباطبایی حکیم، بی تا، ۲۹۶؛ خویی، ۱۴۱۰، ۲۸۱)،

## ۲. روایات

از جمله مستندات فقیهان طرفدار صحّت، دسته ای روایات است که دالّ بر اعتبار شرط مورد بحث است. در اینجا، برخی از روایات آورده می شود،

۱- روایت منصوربن یونس برزج از امام کاظم (ع) است که وی از امام سؤال کرد، یکی از پیروان شما با زنی ازدواج کرد و سپس او را طلاق داد، پس از طلاق، قصد ازدواج با او را داشت، اما زن نپذیرفت و ازدواج را مشروط نمود به تعهد زوج مبنی بر اینکه با خدا عهد نماید که او را بار دیگر طلاق ندهد و ازدواج مجدد ننماید و مرد نیز این شرط را پذیرفت. مرد به رغم آن شرط، پس از مدتی تمایل به ازدواج مجدد پیدا کرد، وظیفه او چیست؟ امام (ع) فرمود، کار بدی انجام داده

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

است، زیرا او چه می‌داند هر شب و روز بر قلبش چه خواهد گذشت؟ حال با پذیرش شرط باید به آن عمل کند، زیرا رسول خدا (ص) فرمودند، مسلمان باید به شروط و تعهدات خود وفادار بماند» (حرّ عاملی، بی تا، ۳۰)،

۲- از عبدالرحمن بن ابی عبدالله منقول است که او از امام صادق (ع)، درباره شخصی سؤال کرده است که او به غلام خود گفته، من تو را آزاد می‌کنم؛ با این شرط که این کنیز را به ازدواج تو درآورم و مشروط بر اینکه اگر ازدواج مجدد نمایی، صددینار باید پردازی. به رغم این تعهد، غلام ازدواج مجدد کرده، آیا صددینار را باید پردازد و شرطی که پذیرفته، نافذ است؟ حضرت در پاسخ فرمودند، شرط او نافذ است و باید به تعهد خود عمل کند. (حرّ عاملی، بی تا، ۱۵)،

۳- در روایتی حماده گوید، «از امام صادق (ع) سؤال کردم درباره مردی که با یک زن ازدواج نموده و شرط کرده است که ازدواج مجدد ننماید و در مقابل، زن نیز پذیرفته است که این شرط در عوض مهر او باشد. در پاسخ، امام صادق (ع) فرمودند، این شرط فاسد است و عقد ازدواج بدون مهر نمی‌شود» (همان)، بدیهی است از سیاق عبارت این روایت چنین استنباط می‌گردد که علت فساد شرط عدم ازدواج مجدد، این است که این شرط به عنوان مهریه محسوب شده است و چون چنین امری نمی‌تواند مهریه قرار گیرد، لذا شرطی غیرمعتبر خواهد بود. در نتیجه، شرط مذکور به خودی خود بدون اینکه به عنوان مهریه قرار گیرد، صحیح و معتبر تلقی می‌گردد.

مستفاد از روایات استنادی قائلان به صحّت شرط عدم ازدواج مجدد و نیز با توجه به اقوال آنان، می‌توان گفت، چنین شرطی به طور مطلق؛ یعنی حتی پس از دوران زوجیت و برای همیشه صحیح و معتبر است. اگرچه عده‌ای از فقیهان، چنین شرطی را در صورتی که برای همیشه؛ یعنی، حتی پس از دوران زوجیت باشد، غیرمعتبر می‌دانند (میرزای نائینی، ۱۳۵۸، ۱۰۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۲۳۰)، اما برای دوران زوجیت صحیح و نافذ تلقی می‌نمایند. شایان ذکر است که برخی از فقیهان، در خصوص جمع میان دو دسته روایات صحّت و بطلان قائلند، روایاتی که از آن بطلان استفاده شده، به موردی محدود است که با شرط ترک ازدواج مجدد، اصولاً حق ازدواج مجدد از زوج گرفته شود و روایات دالّ بر صحّت، مربوط به موردی است که زوج با حفظ حق ازدواج مجدد، تعهد بر ترک آن را داده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۰)، در حقیقت، این نظر، با حفظ حق ازدواج مجدد، شرط عدم ازدواج مجدد را صحیح و معتبر می‌داند. در نتیجه، مستفاد از روایات مورد استناد طرفداران صحّت و نیز با لحاظ تفصیل برخی از فقیهان در موارد بطلان و صحّت چنین شرطی و همچنین از جمع میان دو دسته روایاتی که گذشت، به دست می‌آید که اصولاً شرط

ازدواج مجدد، معتبر و صحیح است و قدر متیقن آن، تعهد بر ترک ازدواج مجدد در دوران زوجیت است، که با توجه به تعریفی که از ازدواج مجدد، در بخش نخست مقاله ارائه گردید، نظر برگزیده نگارنده است. بعلاوه، اصل اولیه و قاعده کلی حاکم بر لزوم وفای به شرط، شامل چنین شرطی می شود، مگر اینکه دلیل خلافی وجود داشته باشد که چنین دلیلی به دست نیامده است، زیرا ادعای بطلان و غیرمعتبر بودن چنین شرطی، نیاز به دلیل قاطع و مسلمی دارد که در دلایل قائلان به بطلان، یافت نشده است. در نتیجه، شرط عدم ازدواج مجدد با مقررات آمره شارع مغایرتی ندارد و بنابراین، نمی توان آن را در عداد شروط نامشروع تلقی نمود.

#### ب) از دیدگاه حقوقدانان

برخی از حقوقدانان را به گونه ای می توان طرفدار صحت شرط عدم ازدواج مجدد به طور مقید دانست. نحوه استدلال آنان می تواند مؤید این نظر باشد. برخی از صاحب نظران حقوق، شرط عدم ازدواج مجدد را در مدت ازدواج، از شرایط مخالف مقتضای ذات عقد نکاح ندانسته اند. بعلاوه، با توجه به مفهوم عبارت آنها مبنی بر اینکه «اما شرط اینکه مطلقاً حتی بعد از مرگ وی زن دیگر نگیرد، یا پس از طلاق بائن وی، زن دیگر اختیار نکند، قطعاً باطل است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۱۹۲) و با عنایت به استدلال ایشان مشعر بر اینکه چنین شرط مطلقاً چون مغایر با حقوق راجع به شخصیت انسانی است، باطل است، این مطلب قابل استنباط است که شرط عدم ازدواج مجدد در دوران زوجیت، نه تنها خلاف مقتضای عقد نیست، بلکه مغایر با حقوق راجع به شخصیت انسان تلقی نمی گردد و صحیح است. در نتیجه این دیدگاه (همان)، چنین شرطی برای دوران زوجیت صحیح و معتبر است و تنها پس از آن، چون یک نوع سلب کلی حق و مغایر با حقوق راجع به شخصیت انسانی که همان حق ازدواج مجدد است، به وجود می آید، غیر معتبر تلقی می گردد. بعضی دیگر از حقوقدانان ( صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۹)، برای نفوذ این شرط استدلال نموده اند که اولاً، هدف قانونگذار کنونی با توجه به مبانی قانون حمایت خانواده، محدود ساختن مواردی است که مرد می تواند ازدواج مجدد نماید، پس اگر مرد و زن با یک نوع قرارداد خصوصی - که همان شرط عدم ازدواج مجدد است - به تحقق این هدف کمک نمایند، نمی توان ادعا کرد که خواسته ایشان و در حقیقت، چنین شرطی مخالف نظم عمومی و قواعد آمره است؛ ثانیاً، اگر بپذیریم که چنین شرطی به دلیل سلب حق به طور کلی؛ یعنی، اسقاط حق ازدواج مجدد برای همیشه غیرمعتبر است، اما سلب حق صرفاً محدود به دوران زوجیت، نه برای همیشه، با ماده ۹۵۹

قانون مدنی که سلب حق به طور کلی را منع کرده است، منافاتی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۱۹۴)، در نتیجه این استدلال، اسقاط حق ازدواج مجدد در قالب شرط، معتبر و صحیح است. برای تأیید استنباط چنین دیدگاهی، می‌توان به نحوه استدلال این دسته از حقوقدانان استناد کرد، بویژه آنکه اظهار داشته‌اند، «اگر صحت شرط را در حقوق امروز بپذیریم، با توجه به اینکه موارد فسخ نکاح در حقوق ما محدود است، ... فقط می‌توانیم حق مطالبه خسارت برای زن بشناسیم» (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۹).

با تأیید نظریات فقهایان و حقوقدانان طرفدار صحت چنین شرطی، به طور کلی، نظر نگارنده اعتبار شرط عدم ازدواج مجدد به نحو مقید است؛ یعنی، چنین شرطی در قالب یک قرارداد خصوصی که مخالف صریح قانون نیز تلقی نمی‌گردد، برای دوران زوجیت نافذ است، زیرا در تحلیلی می‌توان گفت، زن اول به عنوان ذی نفع حق دارد با مردی ازدواج کند که یقین نماید دست کم در دوران زوجیت، با ازدواج مجدد، آسایش زندگی مشترک آنان را سلب نمی‌کند و کانون خانواده را فرو نمی‌ریزد. امروزه، با نگرش اجتماعی به مصالح خانواده، زن حق دارد براساس اصول و قواعد کلی حقوق و در قالب الزامات و تعهدات، از جمله شرط عدم ازدواج مجدد، از گزند خودخواهی‌ها و گاهی تنوع طلبی‌های زوج مصون بماند. در شرایط کنونی، در تحلیل مفهوم ازدواج مجدد، در جهت استواری روابط خانوادگی، که هدف قانونگذار نیز هست، باید به اراده زن هم به عنوان یکی از ارکان مهم و اصلی این رابطه اهمیت داد. حسن معاشرت و تشدید مبانی خانواده مندرج در مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ قانون مدنی<sup>۱</sup> را باید با توجه به شرایط و مقتضیات زمان تفسیر و تحلیل کرد. در واقع، در دوران زوجیت، چون زن ذی نفع است و اصولاً، ازدواج مجدد به ضرر اوست، وی می‌تواند به عنوان یکی از طرفین ازدواج، که اراده او نیز باید نقش داشته باشد، شرط عدم ازدواج مجدد را بنماید و مرد هم این حق را در دوران زوجیت از خود سلب نماید. درست است که ازدواج مجدد امری مباح و مجاز برای مرد تلقی شده، اما چون بر زندگی مشترک تأثیرگذار است، نمی‌توان به عنوان یک حق مطلق برای مرد در نظر گرفت؛ چنانکه، برای مثال، اختیار طلاق به عنوان یک امر تأثیرگذار بر زندگی مشترک و آینده زوجه، گاهی در قالب وکالت در طلاق و گاهی به شکل اجبار مرد به طلاق لحاظ می‌گردد. ازدواج امری اجتماعی و آثار آن هم فراتر از یک طرف عقد است. در نتیجه و به طریق اولی، ازدواج مجدد

۱. ماده ۱۱۰۳ مقرر می‌دارد: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند». همچنین، ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی پیش بینی نموده است: «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند».

همراه با آثار اجتماعی و روانی ویژه خود است، که در بخش نخست مقاله به آن اشاره شد. بدین ترتیب، زن اول، اصولاً اولین شخص است که متأثر از این آثار می شود. لذا نگارنده قائل است، زن می تواند در ضمن عقد و یا در قراردادی مستقل، از آثار چنین امری با شرط عدم ازدواج مجدد مرد، جلوگیری نماید. به همین دلیل، تعهد به عدم ازدواج مجدد، اصولاً در دوران زوجیت، مترتب بر مصلحت و نفع زن است و پس از انحلال ازدواج، مصلحت یا نفعی را نمی توان برای زن تصور نمود. در نتیجه، شرط عدم ازدواج مجدد برای همیشه، یک شرط غیر عقلانی و نامشروع تلقی می گردد، زیرا یک سلب حق به طور کلی واقع شده است. از سویی، اگر ازدواج مجدد را منحصر به موردی نماییم که مرد با داشتن همسر، ازدواج دیگری نماید، چنانکه در بخش نخست مقاله به آن اشاره نمودیم، بعد از انحلال ازدواج نخست، در حقیقت، ازدواج مجددی به معنای خاص واقع نمی شود و سالبه به انتفای موضوع است.

#### بخش سوم، آثار شرط عدم ازدواج مجدد

پس از بررسی صحّت و بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، در این بخش به آثار آن پرداخته می شود. در صورت بطلان و غیر معتبر بودن آن، برخی قائلند که چنین شرطی علاوه بر اینکه فاسد است، مفسد عقد ازدواج نیز محسوب می گردد (ر.ک، محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ۳۳۰) البته، با فرض پذیرش بطلان چنین شرطی، دلیلی بر مبطل بودن آن وجود ندارد، زیرا این شرط برخلاف نظر برخی فقیهان (مغنیه، ۱۴۰۲، ۳۰۱) مخالف مقتضای عقد نکاح - که همان رابطه زوجیت است - تلقی نمی گردد، اما در مقابل، عده ای معتقدند که شرط مورد بحث، صرفاً فاسد و در نتیجه فاقد اثر حقوقی است، ولی مفسد و مبطل عقد ازدواج نیست (نجفی، ۱۴۰۱، ۲۱۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۳۳؛ امام خمینی، بی تا، ۳۰۲)؛ چنانکه برخی از فقیهان حنفی نیز عقد را صحیح محسوب داشته، تنها شرط را غیر الزام آور می دانند (ابوالعین بدران، ۱۳۸۶، ۵۱)، اما در صورت صحّت و اعتبار شرط عدم ازدواج مجدد در دوران زوجیت که نظر برگزیده نگارنده است، از آنجا که چنین شرطی، نوعی شرط فعل منفی به شمار می رود، این پرسش مطرح است که چه اثر حقوقی و ضمانت اجرایی می توان برای آن تصور نمود؟ در این خصوص، دست کم سه نظریه مهم قابل طرح است که در ذیل بررسی می شوند،

## مبحث اول، نظریه مطالبه خسارت

برخی معتقدند با توجه به اینکه موارد فسخ نکاح در حقوق ایران محدود و معین است، در صورت تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد، نمی توان قائل به حق فسخ برای زن یا بطلان ازدواج دوم شد، بلکه تنها می توان حق مطالبه خسارت را برای زن پیش بینی نمود ( صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۹)، در توجیه و تبیین این نظریه می توان گفت، اگرچه ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت، نتیجه و فعل در سایر عقود و قراردادها، حق فسخ برای مشروط له پیش بینی شده و تنها این ضمانت در نکاح در مورد شرط صفت در یکی از زوجین پذیرفته شده است ( ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی)، اما نمی توان به قیاس شرط صفت، در صورت تخلف از شرط فعل، که در بحث ما، شرط عدم ازدواج مجدد است، قائل به حق فسخ شد ( کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۱۹۱)، از سویی، از آنجا که در مورد تخلف از شرط فعل در نکاح مانند شرط نتیجه، تنها مطالبه خسارت به جای حق فسخ می تواند مطرح باشد ( صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۹) - اگرچه نظر مخالفی هم در این خصوص قابل استنباط است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۱۹۴) که در مبحث بعدی به آن اشاره خواهد شد - بر همین قیاس، تنها ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد که نوعی شرط فعل منفی است، همان مطالبه خسارت است. در حقیقت، براساس این دیدگاه می توان گفت، زوجه در نتیجه تخلف زوج و اقدام او به ازدواج مجدد و در نتیجه، ایراد ضررهای عمده روانی و روحی و برهم زدن آسایش و زندگی مشترک و دیگر آثار مخرب آن، متحمل خسارت معنوی شده که اعطای حق مطالبه چنین خسارتی، تنها وسیله جبران کننده آن است؛ اگرچه در عمل، با توجه به ضرورت اثبات چنین خسارتی از سوی زوجه و از سویی، فقدان معیار مشخصی، مطالبه خسارت با مشکلاتی مواجه خواهد شد. در هر صورت، اگر تخلف از چنین شرطی مانند سایر تخلفات، شرط فعل در نکاح محسوب و فرض شود، نظریه مطالبه خسارت براساس قواعد عمومی حاکم بر نکاح و انحلال آن، از جمله مشخص و محدود بودن عوامل جدایی زن و مرد، قابل توجیه است، اما اگر تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد را فراتر از یک تخلف شرط فعل ساده در ازدواج که به زندگی مشترک آنان نیز ارتباط ندارد بدانیم، نظریه مذکور قابل نقد است، زیرا چنین شرط و التزامی مربوط به شیوه زندگی مشترک است و با تفسیر نوین اجتماعی از خانواده و نقش اراده زن به عنوان یکی از ارکان اصلی این نهاد، آثار زیانبار تخلف از آن، صرفاً با پرداخت خسارت قابل جبران نیست. آنچه مسلم است، قانونگذار باید برحسب اقتضای زمان، مقرراتی وضع نماید تا از متلاشی شدن کانون گرم خانوادگی و وقوع بزه های اجتماعی ناشی از آن جلوگیری نماید. از این رو، زن حق دارد به

صورت اطمینان بخشی از گزند تنوع طلبی های مرد در امان بماند و پیش بینی صرفاً مطالبه خسارت برای تخلف از چنین التزام مهمی، نمی تواند ضمانت اجرایی مناسبی محسوب گردد.

در پایان این نظریه، باید افزود برخی قراردادان وجه التزام را براساس ماده ۲۳۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> برای تخلف زوج از چنین شرطی، بهترین و مؤثرترین ضمانت اجرا می دانند (قاسم زاده، ۱۳۸۴، ۶۸) که به نظر نگارنده، اگرچه میان مطالبه خسارت و پیش بینی وجه التزام تفاوت هایی وجود دارد، اما اشکال اساسی مذکور نیز در این مورد قابل طرح است.

### مبحث دوم، نظریه حق فسخ

اگرچه نظریه حق فسخ را در میان اقوال فقیهان امامیه نیافته ایم، با وجود این، فقیهان حنبلی، ضمن معتبر شمردن شرط عدم ازدواج مجدد، ضمانت اجرای تخلف آن را حق فسخ برای زن دانسته اند (ابن قدامه، ۱۹۷۲، ۴۴۷)، از سیاق استدلال برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۱۹۴) نیز استنباط می گردد که ضمانت اجرای تخلف شرط فعل را، با توجه به ماده ۴۴۴ و ماده ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی<sup>۲</sup>، در مرحله نخست، الزام زوج به انجام تعهد و در صورت عدم امکان، حق فسخ نکاح می دانند، اگرچه از سوی برخی این استدلال مخدوش به نظر رسیده است (محقق داماد، ۱۳۸۰، ۳۲۹) و از سوی عده ای از حقوقدانان، این حق پذیرفته نشده است (امامی، ۱۳۶۶، ۳۷۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۱۹۱؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ۵۹)، آن دسته از حقوقدانان که قائل به حق فسخ هستند، این حق را حتی در مورد نکاح منقطع در مورد ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی مجری می دانند (جعفری

۱. ماده ۲۳۰ قانون مدنی مقرر می دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف؛ متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است، محکوم کند.»

۲. ماده ۴۴۴ قانون مدنی: « احکام خیار تخلف شرط به طوری است که در مواد ۲۳۴ الی ۲۴۵ ذکر شده است». ماده ۲۳۷ قانون مدنی: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً، کسی که ملتزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفای شرط بنماید». ماده ۲۳۸ قانون مدنی: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». ماده ۲۳۹ قانون مدنی مقرر می دارد: «هرگاه 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.»

لنگرودی، ۱۳۶۸، ۱۹۴)، با توجه به اینکه شرط پرداخت حق نفقه در عقد انقطاع، نوعی شرط فعل مثبت به شمار می رود و برای تخلف از آن، حق فسخ شناخته اند، پس به طریق اولی، حق فسخ به عنوان ضمانت اجرای شرط عدم ازدواج مجدد که بی شک اهمیت آن از پرداخت نفقه بیشتر است، به طور مسلم قابل استنباط است. بعلاوه، حکم صریح مندرج در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مبنی بر حق فسخ به سبب تخلف شرط صفت، مانع این استنباط نمی گردد، بویژه اینکه، قانون مدنی برای شرط ضمن عقد ازدواج که به صورت شرط فعل لحاظ گردیده، ضمانت اجرایی مشخصی پیش بینی ننموده است. برخی دیگر از نویسندگان حقوقی نیز بصراحت، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل را حق فسخ زوجه دانسته اند، «هذا اذا كانت لم تشرط حين عقد الزواج ان لا يتزوج زوجها عليها و الا لها شرطها في هذه الحاله و طلب فسخ العقد ان تزوج ثانيه» (الصابونی، ۱۳۹۹، ۱۴۳)، ممکن است در اینجا این اشکال مطرح شود که دادن حق فسخ به علت تخلف از شرط به زوجه، نهاد خانواده را متزلزل می کند و از سویی، به ضرر وی نیز هست، اما می توان پاسخ داد که اولاً، قانونگذار این حق را بصراحت در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، به دلیل تخلف از شرط وصف به ذی حق داده است و تزلزل در نهاد خانواده و ضرر را به دلیل اصل حق و احترام به اراده نادیده گرفته است؛ ثانیاً، اگر قانونگذار در تخلف از شرط وصف، که گاهی اهمیت آن کمتر از تخلف از شرط فعل مانند عدم ازدواج مجدد است، بدون توجه به آثار بعدی آن حق فسخ را به رسمیت شناخته، به طریق اولی، در تخلف از شرط فعل، این حق می تواند مطرح شود؛ ثالثاً، برخی از فقیهان (ر.ک، نجفی، ۱۴۰۱ هـ.ق، ج ۲۹، ۳۵۷ به بعد) در خصوص ازدواج مرد با دختر برادر زن و یا دختر خواهر زن بدون اجازه زن خود موضوع ماده ۱۰۴۹، حق فسخ برای زن قائل شده اند و تزلزل در نهاد خانواده و یا ضرر وی، مانع از اعطای حق نشده است؛ رابعاً، با توجه به اینکه اختیار طلاق به مرد داده شده، زن که ذی نفع است و اصولاً ازدواج مجدد به ضرر اوست، می تواند با حق فسخ، ضرر خود را به گونه ای جبران نماید و بدین ترتیب، مجبور به ادامه زندگی با همسر متخلف از شرطی که تخلف از آن تأثیر بسزایی در آینده زندگی مشترک آنان داشته است، نباشد.

۱. ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی پیش بینی نموده است: «هیچ کس نمی تواند دختر برادرزن و یا دختر خواهر زن خود را بگیرد، مگر با اجازه زن خود».

بدین ترتیب، به نظر می‌رسد، نظریه حق فسخ، که براساس قواعد عمومی قراردادها، قابل توجیه است، از جهت پیشگیری و نیز از لحاظ ضمانت اجرایی، از نظریه مطالبه خسارت و وجه التزام مؤثرتر باشد.

### مبحث سوم، نظریه بطلان

برخی از فقیهان معاصر، ضمن صحیح و معتبر دانستن شرط عدم ازدواج مجدد - برخلاف عده‌ای دیگر از فقیهان (خویی، ۱۴۱۰، ۲۸۱) که هیچ گونه ضمانت اجرایی برای تخلف این شرط قائل نشده‌اند و ازدواج مجدد را باطل نمی‌دانند - قائل به بطلان ازدواج مجدد به عنوان ضمانت اجرایی آن شده‌اند، «و جایز است که زوجه بر زوج در عقد نکاح یا عقد دیگر شرط کند که مرد ازدواج مجدد ننماید، مرد بر چنین شرطی ملزم است، بلکه چنانچه ازدواج نماید، ازدواج مجدد او باطل است» (طباطبایی حکیم، بی تا، ۲۹۶)، اگرچه این نظریه جدید به نظر می‌رسد و در آثار فقیهان متقدم یافت نشده است، با وجود این، بنابر برخی مبانی قابل توجیه است. اصولاً در برابر این پرسش که چه ضمانت اجرایی برای شرط عدم انجام عمل حقوقی و به تعبیری، شرط ترک فعل حقوقی، وجود دارد، دست کم دو نظریه مطرح است، نظریه اول (شیخ انصاری، ۱۳۶۷، ۲۲۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲، ۱۲۲) قائل است که اگر مشروط علیه برخلاف تعهدش، عمل حقوقی را انجام دهد، آن عمل فاقد اثر حقوقی و باطل است، زیرا عمل حقوقی مورد نظر، منهی می‌شود و نهی نیز مقتضی فساد است؛ اگرچه در این امر که نهی در معامله مقتضی فساد است، اختلاف است. بعلاوه، مشروط علیه با تعهد خود ممتنع شرعی شده و ممتنع شرعی مانند ممتنع عقلی است. پس بدین ترتیب، اگرچه مشروط علیه در ظاهر اقدام به تخلف می‌نماید، اما اساساً هیچ گاه تخلف واقع نمی‌شود. در حقیقت، در فرض تخلف، آنچه انجام شده، محکوم به بطلان و فاقد اثر حقوقی است. عده دیگری از فقیهان معاصر (خویی، ۱۴۱۰، ۳۰۵)، معتقدند که عمل حقوقی که عدم انجام آن تعهد شده، در فرض اقدام، باطل نیست و تنها برای مشروط له حق خیار فسخ به وجود می‌آید، اما چون در عقد نکاح، چنین حق فسخی متصور نیست، در نتیجه، در صورت تخلف، زوجه حق فسخ نخواهد داشت. بنابر مبنای اول، عدم ازدواج مجدد که یک عمل حقوقی منفی است، مورد تعهد زوج واقع شده و در نتیجه، در صورت ازدواج مجدد، آن ازدواج باطل محسوب می‌گردد. این نظریه با موازین حقوقی نیز انطباق دارد. برای تأیید این نظریه می‌توان به مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون

مدنی<sup>۱</sup>، استناد کرد. ممکن است گفته شود، عدم ازدواج مجدد را نمی توان با سایر اعمال حقوقی، مانند، ترک فسخ در بحث برخی از فقیهان در باب اشتراط سقوط خیار مجلس در ضمن عقد ( شیخ انصاری، ۱۳۶۷، ۲۲۰)، عدم عزل و کیل ( طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲، ۱۲۲)، عدم اجاره در ماده ۴۵۴ و یا عدم رهن در ماده ۴۵۵ قانون مدنی قیاس نمود. در پاسخ باید گفت، اینکه ازدواج مجدد را مانند سایر اعمال حقوقی مذکور بدانیم یاخیر، بستگی به مبنایی دارد که هر فقیهی بنا بر نظر اجتهادی خود، برگزیده است. به همین دلیل، به نظر می رسد، قائلان به بطلان ازدواج مجدد، نظریه و مبنای اول را پذیرفته و ملتزم به نتیجه آن هم شده اند و به این اعتبار، این دیدگاه با موازین حقوقی نیز انطباق دارد.

بدین ترتیب، دو گروه در مقابل نظریه بطلان ازدواج مجدد، اشکال وارد می کنند. گروه اول عده ای از فقیهان و حقوقدانان که اساساً، شرط عدم ازدواج مجدد را، غیر معتبر و نامشروع می دانند. بدیهی است با توجه به ادله و پذیرش صحت و اعتبار آن، چنین اشکالی وارد نیست. گروه دوم، عده ای که چنین شرطی را صحیح و معتبر می دانند، اما در خصوص ضمانت اجرای چنین شرطی، مبنای دوم؛ یعنی صحت ازدواج مجدد را به عنوان یک عمل حقوقی پذیرفته اند. چنانکه گذشت، از آنجا که این مسأله مبنایی است، از این رهگذر، نمی توان به مبنای نخست که منجر به نظریه بطلان ازدواج مجدد شده است، ایراد وارد کرد.

از نظر نگارنده، از سویی با توجه به مبنای نخست در مورد ضمانت اجرای شرط عدم انجام عمل حقوقی، که از پشتوانه حقوقی نیز برخوردار است، و از سوی دیگر، با لحاظ اهمیت تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد - که غالباً منجر به از هم پاشیدگی زندگی مشترک نخست و گاهی طلاق و در نتیجه وقوع آثار اجتماعی و روانی مخربی برای زن و حتی فرزندان می شود- و با تأکید بر مصلحت اجتماعی نهاد خانواده و با عنایت به لزوم ضمانت اجرایی مؤثر، نظریه بطلان اقوی است؛ اگرچه نظریه حق فسخ خالی از وجه نیست.

۱. ماده ۴۵۴ قانون مدنی مقرر می دارد: «هرگاه مشتری، مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.» همچنین، ماده ۴۵۵ قانون مدنی پیش بینی نموده است: «اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد، مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.»

### نتیجه گیری

اصولاً هر توافق و تعهدی که در ضمن عقد ازدواج و یا به طور مستقل واقع شود، شرط و به تعبیری قرارداد خصوصی است و الزام آور محسوب می گردد. ضمن پذیرش محدود بودن اراده دو طرف به امری بودن قوانین در پیمان زناشویی، می توان حاکمیت اراده را در مواردی که مخالف قاعده آمره و نظم عمومی نیست، پذیرفت. با توجه به اصل تک همسری در حقوق اسلام، ازدواج مجدد، اصولاً امری مباح و جایز است، نه واجب. از این رو، ترک مباح بدون شک، ممنوع نیست تا آن را مخالف حکم الهی و به تعبیری قاعده آمره بدانیم. آنچه مخالف کتاب تلقی می شود، شرط عدم اباحه ازدواج مجدد است، نه شرط عدم ازدواج مجدد. استناد فقیهان طرفدار بطلان این شرط، به دسته ای از روایات صحیح به نظر نمی رسد، زیرا هیچ یک از شواهد روایی به طور مطلق، این بطلان را دلالت نمی کند، بلکه بطلان آن را در موارد خاص، از جمله مطلقه شدن زن به عنوان نتیجه تخلف آن شرط، اثبات می کند. از این رو، عدم نفوذ شرط ترک ازدواج مجدد در روایات استنادی آنان، می تواند علت دیگری داشته باشد. از سویی، طرفداران صحّت این شرط، به روایاتی استناد کرده اند که به طور صریح جواز آن را اثبات می نماید. بعلاوه، قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، نسبت به همه شروط جاری است، مگر اینکه غیر مشروع بودن شرط، اثبات شود، که چنین اثباتی در بحث ما مسلم نیست. در نتیجه، شرط عدم ازدواج مجدد با مقررات آمره شارع مغایرتی ندارد و بنابراین، نمی توان آن را در عداد شروط نامشروع تلقی نمود. افزون بر جهات فوق، در شرایط تغییر یافته جامعه کنونی، در تحلیل مفهوم ازدواج مجدد، در جهت استواری روابط خانوادگی باید به اراده زن نیز به عنوان یکی از ارکان اصلی این رابطه اهمیت داد و با توجه به مصلحت زن و ذی نفع بودن او، دست کم، این تعهد مرد را در دوران زوجیت، معتبر و نافذ تلقی نمود؛ چنانکه این نظریه از استدلال برخی از فقیهان و حقوقدانان به دست می آید. از آنجا که شرط، یک تعهد است، تخلف از آن باید دارای ضمانت اجرایی باشد. با توجه به اهمیت تخلف از شرط، بویژه اینکه این تخلف، در آینده زن به عنوان شریک زندگی تأثیر بسزایی می گذارد و با تأکید بر مصلحت اجتماعی خانواده و اهمیت استواری آن و تفسیر نوینی از زندگی مشترک و نقش و اراده زن، مؤثرترین ضمانت اجرایی تخلف از این شرط مانند مواردی که بدون توجه به موانع و شرایط ازدواج، عقد نکاح صورت گرفته باشد. بطلان ازدواج مجدد است؛ چنانکه برخی از فقیهان معاصر، بنا بر مبانی خود قائل به این ضمانت شده اند؛ اگرچه نظریه اعطای حق فسخ به زن نیز خالی

از وجه و مبانی حقوقی نیست. اما مطالبه حق خسارت و یا قرارداد و وجه التزام به عنوان ضمانت اجرایی تخلف از این تعهد، نمی تواند آثار اجتماعی و روانی زیانبار عهدشکنی مرد را جبران نماید. پیشنهاد می گردد، اولاً، قانونگذار ایران در خصوص شرط عدم ازدواج مجدد - که یکی از مسائل قابل توجه جامعه و دارای فواید حقوقی کاربردی است - با تأکید بر مصلحت اجتماعی خانواده و رویکردی جدید نسبت به پیمان زناشویی و اهمیت دادن به استواری زندگی مشترک و حاکمیت اراده طرفین، آن را معتبر و نافذ تلقی نماید. شهرت و اجماع هم نمی تواند مانع این امر شود؛ چنانکه در برخی موارد، قانونگذار نظریه خلاف مشهور را پذیرفته است؛ ثانیاً، برای تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد - چه به صورت شرط ضمن عقد و چه در قالب شرط و تعهد مستقل - به عنوان تخلف از شرط فعل، ضمانت اجرایی مشخص و مؤثری، از جمله بطلان ازدواج مجدد و یا دست کم حق فسخ برای زن، پیش بینی و مقرر نماید.

#### فهرست منابع

##### - فارسی

- ابن براج، قاضی عبدالعزیز، (۱۴۰۶ هـ.ق)، المهدب، ج ۲، مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن احمد، (۱۴۰۵ هـ.ق)، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، ج ۷، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۳۶۳)، لسان العرب، قم، ادب الحوزه.
- ابوالعینین، بدران، (۱۳۸۶ هـ.ق)، الفقه المقارن للاحوال الشخصیه، بیروت.
- امامی، سید حسن، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ ششم.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ سوم.
- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۳۶۷)، مکاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، قم، افست، انتشارات علامه، چاپ دوم.
- بحرانی، یوسف، (۱۴۰۵ هـ.ق)، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، بیروت، [بی نا].
- بروجردی عبده، محمد، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات مجد.
- جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۰۹ هـ.ق)، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۸)، دوره متوسط حقوق مدنی، حقوق خانواده، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، (بی تا)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- حکیم پور، محمد، (۱۳۸۲)، حقوق زن در کشاکش سنت و تجدد، تهران، انتشارات نغمه نو اندیش.

- خوانساری نجفی، موسی، (۱۳۷۳ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، (تقریرات درس حاج شیخ محمدحسین غروی نائینی)، ج ۱، تهران، انتشار مطبعه حیدریه.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۵۸ ه.ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، (تقریرات درس حاج شیخ محمدحسین غروی نائینی)، ج ۲، نجف، انتشار مطبعه مرتضویه.
- خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، ج ۲، قم، مدینه العلم.
- رشید رضا، سید محمد رضا، (بی تا)، تفسیر المنار، تقریرات درس شیخ محمد عبده، ج ۴، بیروت، دارالمعرفه، چاپ دوم.
- رفیعی، محمد تقی، (۱۳۸۶)، «بررسی جامعه شناختی - حقوقی تک همسری در ایران، فصلنامه مطالعات زنان، سال پنجم، ش ۳.
- رمضان نرگسی، رضا، (۱۳۸۴)، «بازتاب چند همسری در جامعه»، کتاب زنان، فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ش ۲۷، تهران.
- روحانی، سید محمد صادق، (بی تا)، فقه الصادق، ج ۲۲، قم.
- زبیدی، محمد مرتضی، (بی تا)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارمکتبه الحیاة.
- شهید اول، محمد بن جمال الدین، مکی العاملی، (۱۳۸۳)، اللعنه الدمشقیة، قم، دارالفکر، چاپ هفدهم.
- شهید ثانی، زین الدین، الجبعی العاملی، (۱۴۰۳)، الروضة البهیة، ج ۵، قم، دارالهادی للمطبوعات.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۹)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، عصر حقوق.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۸۱)، حقوق مدنی ۳، تعهدات، تهران، مجد، چاپ دوم.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۵۱)، المبسوط، ج ۴، تهران، مطبعة المرتضویه.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، (۱۳۸۱)، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، چاپ پنجم.
- طباطبایی حکیم، سید محسن، (بی تا)، منهاج الصالحین، ج ۲، نجف، مطبعة الآداب.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸ ه.ق)، حاشیه المکاسب، تهران، [بی نا].
- \_\_\_\_\_، (۱۳۴۲ ه.ق)، عروة الوثقی، نجف، مطبعة الآداب.
- طباطبایی، سید علی، (۱۳۰۷ ه.ق)، ریاض المسائل، ج ۱، چاپ سنگی.
- طباطبایی، سید محمد حسین، (۱۳۷۶)، میزان فی تفسیر القرآن، ج ۴، تهران.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۳۲۴ ه.ق)، مختلف الشیعه، تهران.
- علم الهدی، ابوالقاسم سید مرتضی، (۱۲۷۶ ه.ق)، الانتصار، از مجموعه الجوامع الفقهیه.

- فیروز کوهی، علی بابا، (۱۳۱۳)، قواعد الفقه، تهران.
- قاسم زاده، سیدمرتضی، (۱۳۸۴)، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، انتشارات دانشگاه تهران.
- قطب راوندی، ابوالحسن سعیدبن هبه الله، (۱۴۰۵ هـ.ق)، فقه القرآن، قم، مطبعة الولاية.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، تهران، چاپخانه بهمن، چاپ سوم.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، تهران، شرکت انتشار، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، خانواده، تهران، مؤسسه نشر یلدا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۱ هـ.ق)، کافی، ج ۴، بیروت، دار صعب و دارالتعارف، چاپ سوم.
- مامقانی، عبدالله، (۱۴۰۴ هـ.ق)، مناهج المتقین، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ سنگی.
- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۳ هـ.ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت، مؤسسه الوفاء، چاپ سوم.
- محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هشتم.
- \_\_\_\_\_، (۱۳۷۴)، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، سمت.
- مراغی، عبدالفتاح (میرفتاح)، (۱۳۷۴ هـ.ق)، عناوین، تبریز، چاپ سنگی.
- مطهری، مرتضی، (۱۳۵۷)، نظام حقوق زن در اسلام، تهران، انتشارات صدرا، چاپ هشتم.
- مغنیه، محمدجواد، (۱۴۰۲ هـ.ق)، الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت.
- موسوی بجنوردی، محمدحسن، (۱۳۸۹ هـ.ق)، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعة الآداب.
- موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۳)، کتاب البیع، ج ۵، قم، انتشارات اسماعیلیان.
- \_\_\_\_\_، (بی تا)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم.
- مهرپور، حسین، (۱۳۷۹)، مباحثی از حقوق زن، تهران، انتشارات اطلاعات.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، (۱۳۰۳ هـ.ق)، جامع الشتات، [بی جا]، چاپ سنگی.
- نجفی، شیخ محمدحسن، (۱۴۰۱ هـ.ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۹، ۳۰ و ۳۱، بیروت، [بی نا].
- نراقی، احمد، (۱۴۰۸ هـ.ق)، عوائد الایام، قم، مکتبه بصیرتی.