

بررسی فقهی و حقوقی شرط ضمن عقد عدم ازدواج مجدد در نکاح و آثار آن

محمد روشن^۱

چکیده:

بر اساس قاعده فقهی المومنون عند شروطهم الا ما خالف الكتاب و السنه افراد ملزم به انجام شروط ضمن عقد می باشند ولی این شروط نیز نباید با مقتضای ذات عقد منافاتی داشته باشند و باعث سلب کلی یا جزئی حقوق مدنی شوند؛ در مورد شرط ضمن عقد عدم ازدواج مجدد در نکاح فقها و حقوقدانان نظرات مختلفی ابراز داشته و برخی معتقدند: این شرط باطل و مبطل عقد و گروهی دیگر شرط را باطل و عقد را صحیح ولی گروه دیگری معتقدند شرط صحیح است لیکن اثر تخلف از آن تادیه خسارت است ولی برخی دیگر اثر تخلف را بطلان نکاح دوم دانسته اند. در این مقاله با تحلیل و بررسی مبانی اجتهادی فقها و حقوقدانان این شرط چنانچه محدود به دوره زمانی گردد لازم الوفا و اثر آن بطلان عقد دوم خواهد بود.

کلید واژه: شرط ضمن عقد، ازدواج مجدد، صحت، بطلان.

^۱ - تهران: ولنجک دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشکده خانواده، m-roshan@sbu.ac.ir دانشیار عضو هیات علمی دانشگاه

مقدمه:

چند همسری از ناحیه زوجین از دیرباز بین جوامع مختلف مطرح بوده است ولی از ابتدا تاکنون تعدد همسر برای زن، یک امر ناپسند و به عنوان تابو مطرح بوده است و در هیچ یک از ادیان الهی نه تنها جوازی برای آن نبوده بلکه به شدت نهی شده است. در جوامع پیشین و کنونی به ندرت گروهی را می توان یافت که تعدد زوج را برای زنان به صورت عادی و علنی پذیرفته و به عنوان امری رایج تلقی نمایند، قبح سنگین این امر باعث شده که قائلین یا مرتکبین این ازدواج ها در انزوای کامل اجتماعی قرار گیرند. تعدد زوج برای زنان فاقد مشروعیت بوده و تابوی اجتماعی تلقی و در اغلب قریب به اتفاق جوامع در این خصوص جرم انگاری شده است و در برخی کشورها مجازات های سنگینی از قبیل اعدام را به دنبال دارد.

اما در مورد تعدد همسر برای مردان از دیرباز مجاز و به نظر می رسد در روند رو به رشدی تحدید شده تا جایی که در دین خاتم به چهار همسر عقدی مضیق شده است و بنابر یک دیدگاه مشروط به شرطی شده که عادتاً تحصیل آن ممکن نبوده و اصطلاحاً محال عادی تلقی می شود.

به هر شکل با رشد جامعه و تفاوت کارکردهای اعضای خانواده نسبت به جوامع پیشین و خواسته های زنان به ویژه خواسته هایی که دارای حدود و صغور مشخصی نمی باشد، از یک طرف از سوی فمینیست ها مطرح و خواستار برابری و مساوات حقوق کامل برای زنان در مقابل مردان می باشند (کنوانسیون رفع کلیه اشکال تبعیض علیه زنان، ۱۹۷۹). از سوی دیگر جزم گرایی که هیچ تفسیری که حاوی نوعی محدودیت در ازدواج مجدد مردان باشد را بر نمی تابند تا جایی که از نظر این دو دیدگاه افراطی و تفریطی گویا اسلام خلاصه در این جواز و یا تحدید شده و به هر شکل همه دین را در این قالب قرار داده و سپس از دید خود اصل دین را به قضاوت می نشینند؛ گروهی در این اندیشه اند که همه معضل زن در ازدواج مجدد مرد است و در مقابل گروهی فکر می کنند ازدواج مجدد یک واجب موکد الهی است و اساس دین و هدف از بعثت است؛ فارغ از این تمایلات و برداشت ها باید با پژوهش در متون دینی و نظر فقیهان و حقوقدانان، نظر شریعت را استخراج و راهکاری همخوان با شریعت و مطابق با نیازها و خواست های جوامع امروزی به ویژه با تفاوت های کارکردی اعضای خانواده تدارک دید تا پاسخی مناسب که تعارضی با احکام الهی و سنت نبوی (ص) نداشته باشد، تبیین نمود زیرا بر این اعتقادیم که حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرام محمد حرام الی یوم القیامه، است. امیدواریم با طرح سخنان موافقین و مخالفین پیرامون موضوع شرط ضمن عقد نکاح، عدم ازدواج مجدد با رعایت اصول مسلم دینی و شرعی به رأی صواب دست یابیم.

تعدد زوجهای قبل از اسلام در بسیاری از سرزمین ها از جمله شبه جزیره عربستان وجود داشت و اسلام نمی توانست و مصلحت نبود که یکسره آن را از بین ببرد، لیکن برای حمایت از زن و جلوگیری از سوءاستفاده ایی که از نظام چند زنی می شد، حدود و قیود بر آن مقرر داشت (کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۲). ولی باید یادآور شد که اسلام، تعدد زوجات را برای موارد استثنائی تجویز کرده و اصل در اسلام، نظام تک همسری است و مسلمانان عموماً به دلیل خوف از عدم رعایت عدالت نسبت به همسران متعدد، همیشه از داشتن چند زن خودداری نموده و جز در مواقع ضرورت، به آن روی نمی

آورند (کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۲). در حقوق ایران، با توجه به فقه اسلامی و عرف و سنت مردم، تعدد زوجات منع نشده و در مواردی از سوی قانونگذار اجازه ازدواج مجدد شده است. سوالی که بدین مناسبت مطرح است، این است که اگر زوجه در ضمن عقد نکاح شرط نماید که زوج زن دیگری نگیرد، این شرط و عقد نکاح چه وضعیتی خواهند داشت. در این فصل بر آنیم که به بررسی مسأله در فقه امامیه و حقوق ایران بپردازیم. در ابتدای امر به بررسی شرط عدم ازدواج مجدد بر پایه مبانی فقهی و سپس به تحلیل حقوقی آن پرداخته می شود.

مبحث اول: شرط عدم ازدواج مجدد در فقه امامیه

هرگاه در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوج ازدواج مجدد نکند در باره نفوذ و اثر این شرط بین فقها اختلاف نظر می باشد (موسوی بجنوردی، سید محمد؛ ۱۳۷۳). در این قسمت به بیان و ارزیابی نظرات فقها در این زمینه می پردازیم.

گفتار اول: قائلین به بطلان شرط

بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، قول اکثر فقهای امامیه (نجفی، محمد حسن؛ ۱۳۶۷ و حلی، ابوالقاسم نجم الدین؛ ۱۹۹۰) می باشد و در این خصوص حتی ادعای اتفاق نیز از سوی فقها شده است که در این رابطه ابتدا دلائل فقها را بیان کرده و سپس نظر آنها را درباره وضعیت عقد، با وجود بطلان شرط بیان خواهیم کرد.

برخی از فقهای امامیه (حلی، ابوالقاسم نجم الدین؛ ۱۹۹۰) دلیل بطلان شرط عدم ازدواج مجدد را مخالفت شرط با مقتضای عقد دانسته اند و معتقدند که چنین شرطی، مخالف با مقتضای عقد نکاح می باشد. ولی به نظر می رسد که چون شرط مزبور، باعث عدم ایجاد علقه زوجیت نمی شود بلکه اختیار مرد را برای ازدواج مجدد محدود می سازد از این رو نمی توان 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 می باشد.

ولی مشهور فقهای امامیه (بحرانی، یوسف؛ ۱۴۰۵ و حر عاملی، محمد بن حسن؛ ۱۴۱۲) دلیل بطلان شرط عدم ازدواج را، مخالفت چنین شرطی با شرع (کتاب و سنت) و نامشروع بودن آن می دانند. به همین دلیل علیرغم اعتقاد به بطلان شرط، عقیده دارند که بطلان شرط هیچ صدمه ای به صحت عقد نکاح وارد نمی سازد و عقد نکاح و مهر المسمی صحیح و دارای آثار حقوقی است (تبریزی، میرزا فتاح؛ ۱۴۰۷).

گروه دیگری از فقهای امامیه، چنین شرطی را تحریم حلال دانسته و مشمول مستثنای قاعده «المومنون عند شروطهم» می دانند و نیز به روایاتی در ارتباط با بطلان شرط از جمله روایتی از

امام باقر(ع) استناد می کنند: «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.» (حر عاملی، محمد بن حسن؛ ۱۴۱۲).

بند اول: وضعیت عقد

همانطوری که گفته شد بیشتر فقهای امامیه، شرط عدم ازدواج مجدد را باطل می دانند، توجیهات ارائه شده در بطلان شرط نیز بیان گردید، ولی همین گروه از فقهای امامیه در مورد وضعیت عقد و مهر در صورت بطلان شرط نظرات متفاوتی دارند:

بند دوم: بطلان شرط و عقد

گروهی از فقهای امامیه، با استناد به اینکه هر شرط فاسدی، مفسد عقد نیز می باشد معتقدند که شرط عدم ازدواج مجدد، فاسد و مفسد عقد نکاح نیز می باشد به تبع فساد عقد، مهر نیز باطل می شود (سبحانی، جعفر؛ ۱۴۱۷).

بند سوم: بطلان شرط و صحت عقد

گروه دیگر از فقهای امامیه که مشهور فقهای امامیه می باشند (طوسی، ابوجعفر؛ ۱۳۸۷ و نجفی، محمد حسن؛ ۱۳۶۷) معتقدند که شرط عدم ازدواج مجدد، به دلیل مخالفت با شرع، شرط فاسدی است ولی موجب بطلان عقد نمی شود و عقد نکاح صحیح خواهد بود و به تبع آن، حکم به صحت مهر داده اند (نجفی، محمد حسن؛ ۱۳۶۷).

بند چهارم: بطلان شرط و صحت عقد، احتمال فساد مهر

بالاخره گروه دیگری از فقهای امامیه (حر عاملی، محمد بن حسن؛ ۱۴۱۲)، با وجود حکم به بطلان شرط و صحت عقد، احتمال فساد مهر را مطرح کرده اند و معتقدند که چون عوض در عقد نکاح شامل مهر المسمی و شرط می باشد و فساد شرط سبب از بین رفتن قسمتی از عوض می شود لذا جهل در صدق پیش آمده و به دلیل فساد مهر المسمی، حکم به مهر المثل داده می شود.

گفتار دوم: قائلین به صحت شرط

گروهی از فقهای امامیه (خوئی، سید ابوالقاسم؛ بی تا و حکیم، محسن؛ ۱۴۲۱) بر خلاف قول مشهور، قائل بر صحت شرط عدم ازدواج مجدد می باشند. در این قسمت از نوشتار، دلایل قائلین به صحت شرط را بین کرده و اثر صحت شرط را بیان خواهیم نمود.

قائلین بر صحت شرط عدم ازدواج مجدد، معتقدند که چنین شرطی تحریم حرام نمی باشد و آنچه از حدیث «المومنون عند شروطهم» استثنا و مورد نهی واقع شده است تحریم حلال است که به دلیل مخالفت با کتاب و سنت، فاسد می باشد ولی شرط اتیان فعل مباح یا ترک آن مثل شرط عدم ازدواج مجدد و نیز شرط ترک فعل مستحب، نافذ و غیر مخالف کتاب و سنت است (موسوی بجنوردی، سید محمد؛ ۱۳۷۳). آیت الله خوئی در این زمینه می فرماید:

«و يجوز ان تشترط الزوجه علی الزوج فی عقد النکاح او غیره ان لا يتزوج علیها و يلزم الزوج العمل به...» نظیر همین عبارت در کلام برخی فقهای دیگر مشاهده می شود (خوئی، سید ابوالقاسم؛ بی تا).

بند اول: اثر صحت شرط

گروه اخیر در ارتباط با اثر شرط در صورت تخلف زوج از مفاد آن اختلاف نظر دارند بعضی معتقدند شرط مذکور لازم الوفا است ولی چنانچه زوج ازدواج کند ازدواج مجدد باطل نمی شود و صحیح خواهد بود و برای مشروط له، تنها حق فسخ عقد اصلی، به لحاظ تخلف از شرط ایجاد میشود. مشروط له در صورت عدم انجام شرط، علی الاصول در کلیه عقود می تواند 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 آنجاکه در عقد نکاح خیار تخلف از شرط متصور نیست زوجه صاحب خیار فسخ هم نمی شود.

آیت الله خوئی بعد از پذیرش جواز اشتراط عدم ازدواج مجدد، در صورت تخلف زوج از مفاد آن می فرماید: «...لو تزوجه لم یصح تزویجه» (خوئی، سید ابوالقاسم؛ بی تا).

در برابر این نظر، گروه دیگر معتقدند که شرط عدم ازدواج مجدد صحیح می باشد و علاوه بر آن، از ازدواج دوم نیز جلوگیری می کند لذا چنانچه زوج مجدداً ازدواج نماید ازدواج او باطل خواهد بود.

آیت الله حکیم در این رابطه می فرماید: «...لو تزوج لم یصح تزویجه» (حکیم، محسن؛ ۱۴۲۱). ایشان بر همان مبنای خود که شرط در ضمن عقد، ایجاد حق می کند معتقدند شرط عدم ازدواج مجدد به عنوان شرط ترک فعل حقوقی موجب پیدایش حق برای مشروط له می شود و بر این اساس تصرفات منافی با آن حق به دلیل ممانعت در استیفای صاحب حق از آن، بی اثر دانسته و حکم به عدم صحت نکاح داده اند.

بند دوم: لازم الوفا بودن شرط

در تحلیل این دلایل باید موضوعات زیر مورد بررسی قرار گیرد. از آنجا که این مسأله در مباحث فقهی به طور مستقل مطرح نشده لذا بایستی مبانی فقهی آن را از بین آرای فقها استنتاج نمود.

۱- پیدایش حق برای مشروط له در شرط ترک فعل حقوقی:

شیخ انصاری در نحوه اشتراط سقوط خیار مجلس، در مورد عدم تأثیر عمل فسخ بعد از شرط عدم اعمال خیار مجلس می فرماید:

وجوب وفای به شرط مستلزم عدم سلطه مشروط علیه بر ترک آن می باشد به بیان دیگر ادله وجوب وفا موجب ثبوت حق برای مشروط له می شود و این حق مانع از تصرفات منافی با آن خواهد بود، در نتیجه عمل او از نظر فقهی بی اثر خواهد بود (انصاری، مرتضی؛ ۱۴۲۰).

روش شیخ انصاری در اثبات این حق اعتباری از راه وجود آثار آن می باشد (روحانی، محمد؛ ۱۴۲۰) با این توضیح که در نظر شیخ اعظم وجوب وفای به شرط موجب امکان اجبار مشروط علیه بر انجام مفاد شرط می شود بدیهی است که این مطلب دلالت بر ثبوت حق برای مشروط له می کند زیرا تا حقی نباشد نمی تواند آن را مطالبه کند.

محقق اصفهانی مبنای بطلان اجاره دوم را در شرط عدم اجاره عین مستاجر، عدم تأثیر تصرف منافی با حق ایجاد شده برای مشروط له، معرفی می نماید. در نظر ایشان اشتراط در ضمن عقد موجب پیدایش حق برای مشروط له می شود و می فرماید آثاری همچون انتقال به ارث و یا جواز اسقاط و یا

لزوم مطالبه در اجراء، همگی دلیل بر وجود حق می باشند زیرا حکم شرعی نه قابل اسقاط است و نه قابل ارث و نه اجرای آن محتاج به مطالبه دیگری است (محقق اصفهانی، محمد جواد؛ ۱۴۰۹).

۲- مانعیت این حق، از تصرفات منافی در متعلق آن:

معیار تشخیص مانعیت حق از تصرفات منافی، بدین ترتیب است که تصرف در متعلق حق، مانع از بهره برداری صاحب حق از حقتش بشود. وقتی حقی برای کسی ثابت می شود مهم ترین هدف در آن، توان بهره برداری صاحب حق، از آن است به طوری که نباید عمل هیچ کس، مانع از بهره برداری او بشود و هر عمل و فعلی که در متعلق حق مانع از آن گردد نباید نافذ محسوب شود. چون پذیرش نفوذ تصرفات منافی در متعلق حق، به معنای انکار تحقق آن حق است و این امر از نظر عقلی قابل پذیرش نیست (مصطفوی، سید مصطفی؛ ۱۳۸۳).

مبحث دوم: تخلف از شرط

در صورت تخلف زوج از شرط عدم ازدواج مجدد، به نظر می رسد با توجه به محدود بودن موارد انحلال نکاح، نمی توان قائل به حق فسخ زن یا بطلان عقد ازدواج مجدد شد. در اینکه از دیدگاه فقهی چه راه حلی را می توان مطرح کرد مسأله قابل بررسی است. برخی از حقوقدانان راه حل حقوقی قضیه را در حق مطالبه خسارت برای زوجه در چنین حالتی شناخته اند (کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۲).

گفتار اول: بررسی صحت یا عدم صحت شرط عدم ازدواج مجدد

در قسمت پیشین آرا و ادله قائلین به صحت و عدم صحت شرط مذکور گفته شد. همان طوری که مشاهده شد آنچه مورد استناد و استدلال فقها در صحت یا عدم صحت شرط مذکور قرار گرفته عبارت آخر حدیث «المومنون عند شروطهم» می باشد که طبق آن شرط تحریم حلال از حدیث مزبور استثنا و مورد نهی واقع شده است. قائلین به عدم صحت شرط عدم ازدواج مجدد، شرط مذکور را تحریم حلال و قهراً مشمول نهی مذکور در استثنا حدیث مزبور دانسته و بر همین اساس شرط را فاسد می دانند.

برای پی بردن به جواب صحیح مسأله، لازم است این مسأله از دو جنبه بررسی شود:

بند اول: ماهیت مشروط به

ماهیت امر مباح (نکاح مجدد) مبنی بر حکم یا حق شمردن آن در اظهار نظر فقها نسبت به صحت یا عدم صحت شرط عدم ازدواج مجدد مطرح است. در واقع بر اساس تفاوتی که در رابطه حق و حکم مطرح است، حق یا حکم بودن نکاح مجدد در صحت یا عدم صحت شرط مذکور دخیل است چرا که حق با شرایطی قابل سلب است لیکن حکم را با هیچ شرایطی نمی توان سلب نمود. بدین ترتیب با توجه به حکم بودن نکاح مجدد، می توان بطلان شرط عدم ازدواج مجدد را توجیه نمود چرا که این حق است که با شرایطی امکان سلب آن می رود نه حکم.

با توجه به نقش حق و حکم در حل مسأله مورد نظر (صحت یا عدم صحت شرط عدم ازدواج مجدد) تلاش خواهد شد تا با مطالعه حق و حکم و بررسی ارتباط میان آن دو، به شفاف شدن ماهیت ازدواج مجدد از حیث حق یا حکم بودن پرداخته شود.

بند دوم: منظور از تحریم حلال در قاعده

بررسی این مطلب که مراد از تحریم حلال و تحلیل حرام در آخر روایت «المومنون عند شروطهم» کدام است و آیا شرط عدم ازدواج مجدد مشمول تحریم حلال قرار می گیرد یا خیر؟ در این نوشتار سعی خواهد شد بر اساس ماهیت شرط مذکور و تبیین مقصود و مراد از تحریم حلال در روایت «المومنون عند شروطهم» به این سوال پاسخ دهیم که آیا شرط عدم ازدواج مجدد مشمول استثنای حدیث مذکور قرار می گیرد یا خیر؟

بند سوم: نظریه حق یا حکم بودن مشروط به

همان طوری که گفته شد حق یا حکم دانستن امر مباح ازدواج مجدد می تواند ما را در شمول یا عدم شمول شرط عدم ازدواج مجدد تحت قاعده «المومنون عند شروطهم» راهنمایی نماید، بدین مناسبت در این قسمت به مطالعه حق و حکم و بررسی ارتباط میان آن دو پرداخته می شود.

۱-تعریف لغوی حق:

این واژه گاهی به شکل مفرد و گاهی به شکل جمع بکار می رود برای حق در لغت معانی متعددی ذکر شده است که به برخی از آنان اشاره می گردد:

اهل لغت حق را به معنای مقابل باطل (جوهری، اسماعیل بن حماد؛ ۱۴۰۷)، ثبوت و واجب، مطابقت و موافقت تعریف کرده اند. به حریم خانه و روز قیامت نیز حق می گویند.

در مورد خداوند وقتی می گوییم خدا حق است دو معنا دارد یا او حقیقت بالذات است یعنی حقیقت داشته و ثابت است یا مطابق با واقع می باشد (مطهری، مرتضی؛ ۱۳۸۰).

۲-تعریف اصطلاحی حق:

فقها در تعیین معنای حق، نظریه های مختلف زیر را بیان کرده اند:

الف - حق به معنای نوعی سلطنت:

حضرت امام خمینی (ره) در کتابالبیع نوشته اند: يظهر من الشيخ الانصاری فده انه عبارة عن السلطنة مقابلاً للملك یعنی از سخنان شیخ انصاری استنباط می شود که ایشان حق را به معنای سلطنت و در مقابل ملک می دانند نه به معنای ملک. شیخ انصاری معتقد است که حق همان سلطنت است و این سلطنت نیز بالفعل (فعلی) است (موسوی خمینی، روح الله؛ ۱۴۱۰).

در مسأله جواز فسخ و امضا که میان حق و حکم مشترک است فرق میان جواز فسخ و امضا در عقود لازمه (که یک حق است) و جواز فسخ و امضا در عقود جایزه (که یک حکم می باشد) این است که در اولی از طرف شارع جعل سلطنت می شود اما در دومی صرفاً حکم به عدم مانع وجود دارد. به عنوان نمونه، حق خیار در عقود لازمه، سلطنتی است که شارع برای دو طرف عقد یا یک طرف عقد جعل می کند و او به واسطه این سلطنت است که مالک عقد می شود؛ یعنی می تواند آنرا فسخ یا امضا کند اما جواز فسخ و امضا در عقود جایزه مانند عاریه یک حکم است و بدین معناست که شارع منعی برای فسخ و امضا قرار نداده است. همانگونه که در جواز شرب ماء و اکل لحم که از احکام هستند شارع حکم به رفع مانع از فعل و ترک آن نموده است، نه اینکه سلطنتی برای شخص، جعل کرده باشد. بنابراین اگر شارع، مالکیت و سلطنت شخصی را بر امری جعل کرده باشد، حق خواهد بود اما اگر صرفاً رفع مانع از

فعل یک شیء و یا ترتب اثر بر فعل یا ترک شیء کرده باشد از باب حکم است (اصفهانى، محمد حسین؛ ۱۴۱۸).

حضرت آیت الله جوادی آملی در کتاب حق و تکلیف در اسلام جامع ترین معنی حق را این می داند که حق از سنخ سلطنت است نه ملکیت و می فرماید:

در فقه وقتی از حق سخن گفته می شود، نوعی از سلطه و سلطنت در آن نهفته است. الحق سلطنه فعلیه لایعقل طرفیها بشخص واحد حق سلطنت فعلیهی است که با فرض یک طرف قابل تصور نیست، بلکه باید قائم به دو طرف باشد یک طرف صاحب حق که از آن منتفع می شود و طرف دیگر آن که حق بر ذمه اوست و ادای آن را عهده دار است. لایجری لاحد الا جری علیه و لایجری علیه الا جری له (جوادی آملی، عبدالله؛ ۱۳۸۵).

ب - حق به معنای اعتبار خاص:

امام خمینی حق را امری اعتباری - اعتبار خاص - در مقابل اعتبار سلطنت و ملکیت و اثر آنرا سلطنت می داند. ایشان معتقد است که حق دارای ماهیتی اعتباری و از احکام وصفی است و از سوی عقلا و شارع جعل کرده می شود. در مورد معنای حق نیز باید توجه داشت که حق در جمیع مصادیق و استعمالات خود در یک معنا بکار می رود و عرف و لغت دال بر وحدت معنای حق هستند، از اینرو گروهی که معتقدند حق معنای متعدد دارد؛ زیرا اضافه موجود در برخی از موارد، اضافه حق به متعلقاتش به مانند حق ولایت، حق تولیت، حق نظارت، حق رهن، حق اختصاص، اضافه بیانیه بوده و حق به معنای متعلقات مختلف خود است، نادرست و غیر قابل قبول است. در حقیقت موارد یاد شده، از حقوق نبوده بلکه اعتباری مستقل و جدا از اعتبار حق دارند. همچنین التزام به تعدد معنای حق، مخالف ارتکاز عقد و عرف است (موسوی خمینی، روح الله؛ ۱۴۱۰).

ج - حق به معنای حکم:

آیت الله العظمی خویی حق را هم سنخ حکم گرفته اند و فرموده اند همه اینها امور اعتباری هستند که شارع آنها را در برابر مصالح خاصی اعتبار کرده است. (البته بعد از بیان حکم) ایشان معنای مصدری حق را، ثبوت و معنای وصفی آن را ثابت فرض کرده و در ادامه می فرمایند:

« مما یدل علی اتحاد الحق و الحکم ان لفظ الحق فی اللغه بمعنی الثبوت و لذا یصح اطلاقه علی کل امر متقرر فی دعائه المناسب له » (خوئی، سید ابوالقاسم؛ بی تا).

ایشان معتقدند حق و حکم ذاتاً با هم فرقی ندارند بلکه به اختلاف آثارشان فرق دارند و مجعول شرعی اگر قابل اثبات باشد حق مصطلح است و اگر قابل اسقاط باشد حق مصطلح نیست و اگر قابل اسقاط نباشد حکم است. چون زمام امور شرعیه حدوثاً و بقائاً به دست شارع می باشد سپس اگر بعد از اسقاط مکلف آن را، حکم به بقای آن کند حکم محسوب می شود و الا حق است و این مقدار تفاوت در اثر، موجب تفاوت در ماهیت نمی شود. در واقع وی قائل به نظریه اتحاد حکم و حق هستند و معتقدند که حق همان حکم - تکلیفی یا وصفی - است. زیرا:

اولاً: ماهیت حق و حکم متحد است چون هر دو اعتباری هستند.

ثانیاً: مفهوم حق در لغت به معنای ثابت است و لذا شامل هر امر ثابت و متقرر در ظرف خودش - چه تکوینی و چه اعتباری - می شود.

به همین جهت فرقی میان جواز حکمی قتل کافر و جواز حقی قتل جانی به عنوان قصاص نیست؛ گرچه اولی غیر قابل اسقاط و دومی قابل اسقاط است. همان گونه که فرقی میان جواز حکمی رجوع و اهب و جواز حقی رجوع من له الخيار در بیع و نیز میان لزوم حقی و لزوم حکمی وجود ندارد (خوئی، سید ابوالقاسم؛ بی تا). در واقع حق یا حکم تکلیفی الزامی یا ترخیصی است و یا حکم وصفی، حکم به نفوذ تصرف، یعنی جواز وصفی، یا حکم به عدم نفوذ تصرف و بطلان آن - یعنی لزوم وصفی است نه هر نوع حکم وصفی مانند زوجیت یا رقیقت.

حق را نمی توان همان ملکیت دانست زیرا از یک سو ماهیت ملکیت، سلطنت و احاطه است نه یک حکم تکلیفی بر خلاف حق که همان حکم است. به همین جهت ملکیت از حکم تکلیفی انتزاع نمی شود و نیز در مواردی مانند حسبی - ملکیت صدق می کند بدون اینکه حکم تکلیفی صادق باشد. از سوی دیگر متعلق حق (مانند حکم) فقط فعل مکلف است، اما متعلق ملکیت علاوه بر افعال، شامل اعمال نیز می شود (حسینی شاهرودی، سید علی؛ ۱۴۰۹).

گر چه حق با حکم متحد است، اما حق در اصطلاح به احکام قابل اسقاط و حکم به احکام غیر قابل اسقاط اطلاق می شود و لا مشأحه فی الاصطلاح، گرچه به لحاظ معنای لغوی - که به معنای ثابت بوده و شامل تمام محمولات شرعیه است - اختصاص حق به برخی از احکام، صحیح نیست. د حق نوعی ملک یا از مراتب ملکیت است:

برخی از فقیهان امامیه حق را به معنای نوعی از ملک یا مرتبه ای از آن می دانند (جزائری، سید محمد جعفر؛ ۱۴۲۱).

ه - حق یک مجعول وصفی است:

شهید صدر در مورد حق معتقد است که حق امری مجعول است و اگر حقی جاعل نداشته باشد، حق نیست و برای کسی ثابت نمی شود یعنی مادام که جاعلی حکم نکند انَّ الحق ثابت و انَّ من حق فلان کذا و کذا حق ثابت نخواهد شد، و چون حق امری مجعول است، از سنخ احکام تشریحی به معنای عام است. اگر چه در مقابل حکم بالمعنی الاخص - یعنی حکم تکلیفی و حکم وصفی - است. چون حکم به معنای خاص قابلیت اسقاط ندارد در حالیکه حق قابل اسقاط است.

از سوی دیگر، حق یک مجعول وصفی است زیرا مانند احکام وضعیه واجد عنصر محرک نسبت به مکلفین نیست به خلاف احکام تکلیفیه که مکلف را برای انجام عمل تحریک می کند (توحیدی، میرزا محمد علی؛ ۱۴۱۲).

۳- معنای لغوی حکم:

الف - منع کردن: احکم فلان کذا: ای منعه (فراهیدی، ابی عبدالرحمن الخلیل بن احمد؛ ۱۴۰۹)

ب - قضاوت (جوهری، اسماعیل بن حماد؛ ۱۴۰۷) و حکمت (رازی، محمد بن ابی بکر عبدالقادر؛ ۱۴۱۵)

ج - منع از خصومت (عسکری، ابوهلال؛ ۱۴۱۲) الحکم یقتضی المنع ان الخصومه.

د - از صفات خداست الله سبحانه و تعالی احکم الحاکمین و هو الحکیم له الحکم، سبحان و تعالی. قال اللیث: الحکم لله تعالی. الازهری: من صفات الله الحکم و الحکیم و الحاکم (ابن منظور، محمد بن مکرم؛ ۱۴۰۵).

۴- تعریف اصطلاحی حکم:

۴-۱- حکم در اصطلاح فقه و اصول، خطاب ذات اقدس باری تعالی به مکلفان است که به دو نوع تکلیفی و وضعی^۲ تقسیم می شود (جوادی آملی، عبدالله؛ ۱۳۸۵).

۴-۲- حکم عبارت است از مجعول شارع مقدس که شامل کلیه احکام تکلیفیه و وضعی می شود. خوبی مجعولات شرعی را به ۶ قسم تقسیم می کند (خوئی، سید ابوالقاسم؛ بی تا).

الف - تکلیف الزامی مثل واجبات و محرمات؛

ب - تکلیف غیر الزامی مثل مستحبات، مکروهات و مباحات؛

ج - وضعی لزومی که قابل انفساخ است مثل بیع، اجاره، صلح و امثال آنها؛

د - وضعی لزومی که قابل انفساخ نیست مثل عقد ازدواج که جز در موارد خاص قابل انفساخ نیست؛

ه - وضعی ترخیصی که قابل اسقاط است مثل حق شفعه و حق خیار که صاحب حق می تواند از حقش رفع ید کند و اسقاط نماید؛

و - وضعی ترخیصی که قابل اسقاط نیست مثل جواز هبه که حکم مجعول شارع است و قابل اسقاط نیست.

۵ - رابطه حق و حکم:

۵-۱- تفاوت حق و حکم:

مرحوم خوئی بعد از اینکه اقسام مجعولات شرعی را بیان می کنند می فرمایند: اینها اعتبارات شرعی هستند و از حیث آثار مختلفند نه از حیث ماهیت، لذا وجهی ندارد که مجعولات شرعی را به حق و حکم تقسیم نماییم تا محتاج بیان فرق اینها باشیم. بلکه همه اینها احکام شرعی و عقلانی هستند که برای مصالح خاصی معتبر شده اند. لذا همانطور که قبلاً هم بیان شده وی قائل به اتحاد حق و حکم شده است و در صدد بیان فرق این دو نیامده و از اینکه بعضی از فقها متصدی بیان فرق بین حق و حکم شده از ایشان تعجب کرده اند (جزائری، سید محمد جعفر؛ ۱۴۲۱).

^۲ - حکم تکلیفی حکمی را گویند که متعلق به افعال است به اقتضا و تخییر، اقتضا شامل وجوب، ندب، حرمت و کراهت می شود و مراد از تخییر اباهه است. هر گاه اقتضا فعل باشد، منع از نقیض که ترک است وجوب و اگر بی منع از نقیض باشد ندب است. اگر اقتضا تک باشد با منع از نقیض که فعل است « حرمت و خطر » و اگر بدون منع از نقیض باشد کراهت است حکم وضعی حکم به اختصاص چیزی به چیزی است و آن بر سه قسم است.

۱ - سببی: مانند خطاب مربوط به اینکه دلوک شمس، سبب برای نماز است.

۲ - شرطی: نظیر اینکه گفته می شود طهارت شرط صحت نماز است.

۳ - مانعی: مانند خطاب به اینکه فلان نجاست، مانع نماز است.

البته بعضی از فقها وضعی را جزء حکم ندانسته و احکام وضعی را به اقتضا بازگشت می دهد رجوع کنید به حق و تکلیف در اسلام، ص ۳۱.

در مقابل بعضی از بزرگان فرق بین حق و حکم را بیان نموده اند که ذیلماً به آنها اشاره می شود.

الف - شیخ انصاری در مکاسب در بیان حق و حکم چنین می فرماید که حق سلطنت فعلی است و اختیار آن به دست صاحب آن می باشد، از این رو شخص مذکور می تواند به اختیار خود از حق خویش صرف نظر کند چنانکه گاه صاحب حق خیار، حق خود را اسقاط می کند و اما حکم چون ناشی از مصالح و مفاسد بوده و به دست شارع جعل می شود و اختیار آن به دست شارع است و لذا شخص هبه کننده نمی تواند جواز رجوع در هبه را اسقاط کند چرا که جواز رجوع در عقد یاد شده یک حکم است.

به بیان دیگر حق و حکم دارای تفاوت مفهومی می باشند (بر خلاف نظر مرحوم خوئی) چرا که در مورد حق، شارع برای صاحب آن تسلط جعل می کند به خلاف حکم که در مورد آن رخصت در فعل و ترک بدون تسلط شخص اعتبار می شود. همانند جواز در عقد جایز که نوعی حکم محسوب می شود، زیرا آنچه از طرف شارع در عقود جایز جعل شده چیزی جز رخصت در فسخ و ترک آن نیست بدون اینکه ملاحظه سلطنت یکی از طرفین عقد یا هر دو شده باشد و از این رو به اسقاط ساقط شده، قابلیت نقل و انتقال ندارد.

ب - عده ای از فقها بر این اعتقادند که حق، مرتبه ضعیفی از ملکیت است و صاحب حق مالک چیزی است که اثرش به او بر می گردد، بر خلاف حکم که مجرد جعل و رخصت در فعل شیء یا ترک آن باشد.

ج - گروهی معتقدند حق قابل اسقاط است ولی حکم قابل اسقاط نیست لذا حقوق به طور کلی قابلیت اسقاط دارند چه اینکه کلاً قابل انتقال باشند یا قابل انتقال به غیر من علیه الحق باشد مانند حق خیار که قابلیت انتقال به غیر من علیه الخیار را ندارد ولی قابل انتقال به من علیه الخیار است (نجفی خوانساری، موسی؛ ۱۴۱۸).

د - آیت الله سید محسن حکیم معتقد است حکم به محکوم اضافه ملکیت نمی شود ولی حق به مستحق اضافه می شود و حق قابل اسقاط است ولی حکم قابل اسقاط نیست (حکیم، محسن؛ ۱۴۲۱).

ه - در مقابل چهار نظریه مذکور، گروهی معتقدند که حق و حکم هیچ تفاوتی با هم ندارند چرا که ذاتاً از یک سنخ نیستند که قابلیت تفاوت را داشته باشند در واقع از نظر این گروه لحاظ فرق بین حق و حکم، مثل لحاظ فرق بین وجوب و استصحاب است یا بین وجوب و استحاضه چرا که اصلاً از یک سنخ نیستند تا قابل تفاوت باشند زیرا حکم عبارت است از احکام تکلیفیه خمس یا احکام وضعی و اما حق عبارت است از امر مترتب بر حکم و چیزی که فرع بر حکم است به عبارت دیگر حکم عبارت است از امور و اوصافی که قائم بنفس حاکم هستند و حق عبارت است اوصافی که انتزاعی است به نفس محکوم تا برای دیگری انجام دهد یا دیگری برای او انجام دهد و بین این دو مفهوم تفاوت زیادی است و اصلاً با هم مشتبه نمی شوند.

آیت الله العظمی مکارم شیرازی در درس خارج فقه در مورد حق و حکم اینگونه می فرماید:

تعریف مرحوم آخوند و آقای خوئی کاملاً مبهم است مرحوم آخوند در حواشی کتاب بیع مکاسب می فرماید انَّ الحق اعتبار خاص له اثارٌ مخصوصه منها السلطنه علی الفسخ (حق خیار).

این تعریف شبیه تعریفهای شرح الاسمی است و تعریف حقیقی نیست. مثل اینکه در تعریف سعدانه بگویم نبت، می دانیم گیاه است اما تعریفی که محصل را به کار آید، تعریفی است که به وسیله آن

جامع و نقطه امتیاز روشن شود. در این تعریف اعتبار عام است و تمام احکام تکلیفی و وضعی هم اعتبار خاص است که آثار مخصوص دارد.
مرحوم خوبی می فرمایند:

حقیقه الحق و الحکم واحد کلاً من اعتبارات الشرع این تعریف هم شرح الاسم است و چیزی برای ما روشن نمی کند ظاهراً فقها به دنبال تعریف حقیقی جامع و مانع نبوده اند. مرحوم صاحب عروه خواسته تعریفی جامع و مانع ارائه کند و به همین جهت می فرماید: الحق نوع من السلطنه علی شیء متعلق بعین کحق التحجیر او عقد کحق الخيار او علی شخص کحق القصاص (اولیای دم حق قصاص دارند) هو مرتبه ضعیفه من الملك بل نوع منه.

مطابق تعریف مرحوم صاحب عروه حق نوعی سلطنت است که به سه چیز (عین، عقد و شخص) تعلق می گیرد. تعریف مرحوم صاحب عروه هم قابل نقد است (مکارم شیرازی، ناصر؛ ۱۳۸۴). سپس ایشان خودشان تعریفی از حق ارائه می دهند: قلنا حق هم در کلمات اهل شرع و هم در کلمات عقلا عبارت است از: نوع سلطنه (جنس) علی أفعال خاصه (فصل).

۲-۵- تردید بین حق و حکم:

در مواردی را که حق یا حکم بودن مسأله ای مورد تردید است، اصل چیست؟ آیا باید در زمره حقوق به حساب می آید و قابل اسقاط و انتقال است، یا از مصادیق احکام بوده و اسقاط و انتقال آن ممنوع است.

فقها در موارد تردید بین حق و حکم دیدگاه های متفاوتی ابراز نموده اند، بعضی جانب آزادی اراده را تقویت کرده و معتقدند در این گونه موارد اراده نافذ است و اسقاط یا انتقال بدون اشکال است در نتیجه مصادیق تردید را به حق ملحق کرده اند.

در مقابل عده ای عرف را ملاک تشخیص دانسته اند، به نظر این گروه اگر چیزی از نظر عرف قابل اسقاط باشد حق است نه حکم (اصفهانی، محمد حسین؛ ۱۴۱۸).

بعضی فقها ملاک را در این گونه موارد استصحاب دانسته و بر طبق مفاد استصحاب به قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط یا انتقال حکم کرده اند (نجفی خوانساری، موسی؛ ۱۴۱۸).

برخی دیگر از آنجا که قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال دلیل قانونی لازم دارد، معتقدند اصل آن است که موارد مشکوک حکم است نه حق (آل بحر العلوم، سید محمد؛ ۱۴۰۲).

با عنایت به مطالب پیش گفته به طور خلاصه تفاوت حق و حکم عبارت است از:

حق ماهیتی اعتباری - انتزاعی است که دارنده آن طی شرایطی می تواند آن را از خود سلب کند. به عنوان مثال در فقه اسلامی زوج حق دارد چهار زوجه دائم اختیار کند اما وجود حق طلاق برای زوج یک حکم و از نوع حکم تکلیفی شرعی است.

لذا زوج در هیچ زمانی و با هیچ شرایطی نمی تواند این حق را به زوجه یا هر کس دیگری واگذار نماید و یا آنرا از خود سلب کند و اگر به هر طریقی این حق را به زوجه انتقال و از خود ساقط کرد، این انتقال و اسقاط باطل و بلااثر است.

البته در این مورد می توان قائل به اعطای وکالت زوج به زوجه شد؛ یعنی زوجه می تواند وکیل شود تا در هر زمان بنا به شرایط خاص طلاق بگیرد. روشن است که با وجود این توکیل، حق طلاق از زوج سلب نمی شود و همچنان می تواند از این حق استفاده کند.

بدین ترتیب می توان گفت اگر امر مباح ازدواج مجدد حق یا حکم شناخته شود نتیجه آن در صحت یا عدم صحت شرط عدم ازدواج مؤثر خواهد بود. بنابر این قول فقهای که حکم به بطلان شرط مذکور می دهند با این استدلال که امر مباح ازدواج مجدد، حکم می باشد و حکم قابل سلب نیست، قابل توجیه می شود.

بند چهارم: بر مبنای ماهیت شرط

از مباحث مهمی که در فصل چهارم قانون مدنی (شروط در ضمن عقد) باب عقود و تعهدات مطرح شده، بحث اقسام شروط و احکام آنهاست. جهت تبیین سؤال اصلی، نمای کلی از اقسام شروط مطرح می شود و سپس به تشریح پرسش اصلی این فصل می پردازیم.

شروط ضمن عقد بر سه قسم شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل می باشند. در شرط صفت وجود وصف خاصی در دو عوض یا یکی از آن دو در ضمن عقد شرط می شود.

در شرط نتیجه، تحقق اثر یک عمل حقوقی اعم از آنکه آن عمل عقد باشد یا ایقاع، شرط می شود. در شرط فعل، انجام دادن و یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی بر یکی از متعاقدين و یا بر شخص خارجی شرط می شود. شرط فعل خود اقسام گوناگون شرط فعل مادی، شرط ترک فعل مادی، شرط فعل حقوقی، شرط ترک فعل حقوقی دارد که آثار حقوقی هر یک از دیگری متفاوت است.

اکنون برای بررسی اعتبار شرط عدم ازدواج مجدد از نظر حقوقی به عنوان شرط ضمن عقد باید تبیین شود، که آیا اعتبار این شرط به لحاظ ماهیت بر اساس شروط مزبور توجیه پذیر است یا خیر؟ 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.

در این بخش اعتبار این دو شرط بر پایه مبانی فقهی بررسی می شود.

۱- شرط عدم ازدواج مجدد:

متعلق این شرط، ترک عمل مباح می باشد که در آن ترک یک عمل حقوقی شرط شده است. چنین شرطی صحیح می باشد و مشمول مستثنای قاعده «المومنون عند شروطهم» نمی باشد 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 می باشد. در واقع با این شرط، مشروط له نمی خواهد امر مباح را بر مشروط علیه حرام نماید بلکه می خواهد مشروط علیه وفای به شرط کند و در واقع شرط انجام ندادن عمل است. لذا امر مستحب یا مباحی که قبل از وجود شرط نیز می توان آن را ترک نمود یا انجام داد، اگر به موجب شرط بخواهیم انجام یا ترک آن را بر مشروط علیه الزام نمائیم، صحیح بوده و مشمول قاعده المومنون عند شروطهم می باشد. بنا براین چنین شرطی مغایرتی با کتاب

و سنت ندارد و همچنین اطلاق و عموم آیه شریفه یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود شرط مذکور را در بر می گیرد.

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 موالیك تزوج امراه، ثم طلقها، فبانت منه، فاراد ان یراجعها، فابت علیه ان لا یطلقها و لا یتزوج علیها، فاعطاها ذلك، مبدا له فی التزویج بعد ذلك، فكیف یصنع؟ فقال: بئس ما صنع و ما كان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النهار قل له: فلیف للمراه بشرطها، فان رسول الله (ص) قال: المومنون عند شروطهم (حر عاملی، محمد بن حسن؛ ۱۴۱۲).

۲- شرط عدم اباحه نکاح بر زوج:

بنابر مطالب پیش گفته از حدیث «المومنون عند شروطهم» آنچه استثنا و مورد نهی واقع شده است، شرط عدم اباحه و یا عدم استحباب نکاح بر زوج است که این شرط مخالف کتاب و سنت است. چنین شرطی از باب الشرط لیس بمشرع نیز شرط صحیحی نمی باشد.

شیخ انصاری (ره) مراد از تحریم حلال و تحلیل حرام در آخر روایت المومنون عند شروطهم، را مبتنی بر آن می داند که مشترط، قاعده کلیی به وجود آورد، یا اینکه حکم جدیدی را ابداع نماید. ایشان بر همین اساس معتقد است که شارع مقدس نسبت به قرار دادن شروط اجازه داده، مگر شرطی که موجب ابداع حکم کلی جدید، مثل تحریم ازدواج مجدد شود، زیرا که این شرط در تعارض با آیه شریفه فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنی و ثلاث و رباع است (انصاری، مرتضی؛ ۱۴۲۰).

در نتیجه اگر شرط شود که زوج ازدواج مجدد نکند چنین شرطی صحیح است و مخالف کتاب و سنت نیست چون مفاد شرط مزبور، ترک عمل مباح هم چون دیگر موارد شروط ضمن عقود می باشد. اگر در ضمن عقد، شروط عدم اباحه و یا عدم استحباب نکاح شود، شرط مذکور مخالف کتاب و سنت است، زیرا حکم جدیدی را ابداع نموده است و مطابق قاعده الشرط لیس بمشرع نمی توان به این شکل، اقدام به وضع قواعد الزام آور نمود.

گفتار دوم: شرط عدم ازدواج مجدد در حقوق موضوعه

بند اول: قائلین به بطلان شرط

همان طوری که بیان شد بنا بر قول مشهور فقهای امامیه، شرط عدم ازدواج مجدد به دلیل مخالفت با شرع، باطل می باشد برخی از حقوقدانان نیز بر همین اساس معتقدند که هرگاه شرط شود که شوهر حق ندارد زن دیگری بگیرد، چنین شرطی به دلیل مخالفت با شرع و قواعد آمره باطل می باشد (امامی، حسن؛ ۱۳۷۵).

در بیان بطلان شرط مذکور، بعضی از حقوقدانان (کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۲) به ماده ۹۵۹ ق.م. نیز استناد کرده اند چرا که به موجب ماده مذکور هیچ کس نمی تواند به طور کلی، حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند و شرط عدم تزویج از مصادیق سلب حق محسوب می شود که مورد نهی قانونگذار واقع شده است.

بند دوم: قائلین به صحت شرط

بر همین اساس در احراز اعتبار چنین شرطی از لحاظ حقوقی لازم است بررسی گردد که آیا شرط عدم ازدواج مجدد به عنوان شرط ترک فعل حقوقی با بحث ممنوعیت اسقاط حقوق مدنی منافاتی دارد یا خیر؟

یکی از مباحث مهم در حقوق امروزه بحث اسقاط حقوق مدنی است که در ماده ۹۵۹ ق.م. تبیلور پیدا نموده است. به مناسبت طرح این موضوع در قانون مدنی، یکی از مباحثی که مورد توجه حقوقدانان واقع شده است، حدود و ثغور این ماده می باشد.

حقوقدانان در مورد حدود و ثغور این ماده مباحث مختلفی را مطرح نموده اند (کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۸ و امامی، حسن؛ ۱۳۷۵) در این مورد گفته شده که منطوق ماده ۹۵۹ ق.م. ناظر به سلب حق به طور کلی است لذا از مفهوم مخالف این ماده چنین بر می آید که سلب حق مدنی به طور جزئی (موقت یا در رابطه خاص) منافاتی با سلب حق در ماده ۹۵۹ ندارد. به بیان دیگر ماده مذکور به طور کلی سلب تمام یا قسمتی از حق را منع نموده است و الا قدرت بر سلب حق به طور جزئی لازمه آزادی حقوق فرد است و پیش بینی اسقاط حق در قانون مدنی مثل اسقاط حق شفعه (ماده ۸۲۲ ق.م.) مؤید این مطلب می باشد.

بدین ترتیب در مورد شرط عدم ازدواج مجدد، اگر برای مدت کوتاه و محدودی باشد به نظر می رسد با توجه به مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ ق.م. بتوان چنین شرطی را صحیح دانست و در مورد شرط عدم ازدواج با فرد یا افراد خاص به نظر می رسد که همین حکم جاری است لیکن اگر شرطی ناظر بر مدت بقای زوجیت باشد از آنجا که شرع و عرف به عقد نکاح به عنوان عقد دائم می نگرند نه موقت و محدود به زمان خاص، پس اسقاط حقی برای مدت بقای زوجیت، اسقاط حق به طور مادام العمر فرض می شود نه محدود به زمان خاص و مستلزم سلب حق مدنی به طور کلی است.

گروهی معتقدند که این شرط به هیچ وجه مغایرتی با سلب حقوق مدنی به نحو کلی و یا جزئی ندارد و چون در قوانین موضوعه تصریحی به بطلان آن نمی باشد لذا انجام چنین شرطی الزام آور خواهد بود و منافاتی با حرمان فرد بر عمل مباح ندارد زیرا که نتیجه آن ترک واجب و یا انجام محرمی نمی باشد، بنابراین تخلف از شرط، ترک فعل حقوقی از جانب مشروط له می باشد.

بند سوم: ضمانت اجرای تخلف شرط

در بحث های مکتوبی که از حقوقدانان در دسترس می باشد به طور خاص ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد نیامده است، لیکن در این زمینه بحث هایی کلی در خصوص ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی انجام شده است.

برخی از حقوقدانان (امامی، حسن؛ ۱۳۷۵ و کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۸)، به صراحت شرط ترک فعل حقوقی را به عنوان مصداق ماده ۲۳۷ ق.م. معرفی می کنند و با توجه به مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ ق.م. ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی را اجبار مشروط علیه بر ترک فعل حقوقی از جانب مشروط له می دانند، به این صورت که هرگاه مشروط له نشانه های تخلف از شرط را ببیند، می تواند از دادگاه بخواهد که

مشروط علیه را بر ترک فعل تخلف اجبار کند ولی در صورت تخلف و ارتکاب عملی که ترک آن شرط شده است مشروط له حق فسخ خواهد داشت.

برخی از اساتید حقوق (محقق داماد، سید مصطفی؛ ۱۳۷۴) با استفاده از مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م. بر این باورند که قانونگذار در رابطه با ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی راه حل خاصی را در نظر گرفته است.

ماده ۴۵۴ ق.م. 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 و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.

در ماده ۴۵۵ همان قانون نیز آمده 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.

در این دو ماده در ارتباط با دو عمل حقوقی خاص، بیان حکم شده است بدین صورت که اگر در عقد بیعی که شرط شده خریدار تا مدت اعمال خیار بایع، حق اجاره دادن بیع را ندارد در صورت تخلف، عمل وی دارای اثر حقوقی نمی باشد، حال سؤال این است که در باره سایر شروط ترک فعل حقوقی هم این حکم جاری است یا خیر؟ در پاسخ می توان گفت که ذکر این دو عمل حقوقی بیانگر هیچ خصوصیت ممتازی در آنها نمی باشد بلکه از باب مثال بوده و هیچ استدلالی نمی تواند به خصوص این دو عمل، حکم مزبور را ثابت نماید و آنرا قابل تسری به موارد دیگر نداند (مصطفوی، سید مصطفی؛ ۱۳۸۳). برخی از حقوقدانان به این نظریه تمایل نشان داده اند (امامی، حسن؛ ۱۳۷۵).

به نظر برخی دیگر، بنابر قواعد موضوعه، اثر تخلف از شرط ترک فعل حقوقی بطلان یا عدم نفوذ است لیکن در مورد شرط عدم ازدواج مجدد به عنوان شرط ترک فعل حقوقی اگر قائل به صحت شرط عدم ازدواج مجدد شده، در صورت تخلف زوج از مفاد شرط مذکور و ازدواج مجدد با توجه به محدود بودن موارد انحلال نکاح نمی توان قائل به حق فسخ زن یا بطلان عقد ازدواج مجدد شد. در این زمینه راه حلی که برخی از اساتید حقوق ارائه کرده اند، مطالبه خسارت برای جبران ضرر تخلف از شرط، برای زوجه است (کاتوزیان، ناصر؛ ۱۳۷۲).

به نظر می رسد ضمن آنکه شرط به دلایل پیش گفته صحیح است؛ نتیجه تخلف از آن به دلیل سلب امکان تشریعی، عقد دوم محکوم به بطلان خواهد بود. این ضمانت اجرا می تواند عاملی بازدارنده برای تخلف از شرط باشد.

نتیجه:

بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است و از سوی دیگر مطابق قاعده فقهی المومنون عند شروطهم افراد ملزم به انجام شروط ضمن عقد می باشند ولی این شروط نیز نباید با مقتضای ذات عقد منافاتی داشته باشند و باعث سلب کلی یا جزئی حقوق مدنی شوند؛

با مرور بحث‌های نظری در خصوص حق و حکم، اعم از آنکه متحد یا متفاوت باشند، هیچ یک از مبانی خللی در صحت و درستی شرط عدم ازدواج مجدد ندارد زیرا این حقی است مانند سایر حقوق که ذوالحق می‌تواند مشروط به شرایطی و با رعایت ماده ۴۰۱ قانون مدنی آن را برای مدت معین از خود ساقط نماید. از سوی دیگر بر اساس ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ در مورد شرط ضمن عقد عدم ازدواج مجدد در نکاح فقها و حقوقدانان نظرات مختلفی ابراز داشته و برخی مانند آیت الله العظمی سبحانی معتقدند: این شرط باطل و مبطل عقد است؛ گروهی دیگر که اکثر فقهای امامیه بوده و در این خصوص حتی ادعای اتفاق نیز از سوی فقها نموده‌اند که شیخ طوسی و صاحب جواهر از زمره ایشان بوده و معتقدند: شرط باطل و عقد صحیح است، البته لازم به ذکر است که دلایل این گروه از فقیهان از مبانی یکسانی برخوردار نیست و هریک دلیلی مستقل از دیگری را به عنوان مستند رای خود آورده است؛ ولی گروه دیگری مانند مرحوم خوئی، مرحوم حکیم و موسوی بجنوردی معتقدند: شرط صحیح است، و عمده استدلال آنان بدین شرح است که: شرط اتیان فعل مباح یا ترک آن مثل شرط عدم ازدواج مجدد و نیز شرط ترک فعل مستحب، نافذ و غیر مخالف کتاب و سنت است، این دسته فقها و حقوقدانان در آثار شرط به دو گروه تقسیم می‌شوند و برخی معتقدند: اثر تخلف از آن تادیبه خسارت است، ولی برخی دیگر اثر تخلف را بطلان نکاح دوم دانسته‌اند.

با تحلیل و بررسی مبانی اجتهادی فقها و حقوقدانان به نظر می‌رسد: شرط عدم ازدواج مجدد هیچ مخالفتی با شرع و حقوق موضوعه ندارد و چنانچه محدود به دوره زمانی مشخصی گردد، لازم‌الوفا و اثر آن بطلان عقد دوم خواهد بود.

منابع:

- آل بحر العلوم، سید محمد؛ بلغه الفقيه، شرح و تعليق سيد محمد تقی آل بحر العلوم ، چاپ چهارم، تهران: مکتب الصادق، ۱۴۰۲، ج ۱.
- ابن منظور، محمد بن مکرّم؛ لسان العرب، چاپ اول، قم: ادب الحوزه، ۱۴۰۵، ج ۱۲.
- اصفهانى، محمد حسين؛ حاشیه المکاسب، به تحقیق محمد آل سباع، چاپ اول ، بی جا: بی نا، ۱۴۱۸.
- امامی، حسن؛ حقوق مدنی، چاپ سیزدهم، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۵.
- انصاری، مرتضی؛ المکاسب، تهران: موسسه اعلمی، ۱۴۲۰.
- بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضره، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵.
- توحیدی، میرزا محمد علی؛ مصباح الفقاهه فی المعاملات، تقریرات اباحت ابی القاسم الموسوی الخوئی، چاپ اول، بیروت: دارالهادی، ۱۴۱۲، ج ۳.
- جزائری، سید محمد جعفر؛ هدی الطالب الی شرح المکاسب، قم: موسسه دارالکتاب جزائری، ۱۴۲۱.
- جوادی آملی، عبدالله؛ حق و تکلیف در اسلام ، چاپ دوم، قم: مرکز نشر اسراء، ۱۳۸۵.
- جوهری، اسماعیل بن حماد؛ الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه، به تحقیق احمد عبد القصور عطار، چاپ چهارم، بیروت: دارالعلم الملايين، ۱۴۰۷، ج ۴.
- حر عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعه، چاپ دوم، قم: موسسه آل بیت (ع)، ۱۴۱۲.
- حسینی شاهرودی، سید علی؛ محاضرات فی الفقه الجعفری، المکاسب المحرمه، تقریرات اباحت ابی القاسم الموسوی الخوئی، چاپ اول، قم: دارالکتب الاسلامی، ۱۴۰۹، ج ۲.
- حکیم، محسن؛ مستمسک عروه الوثقی، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۲۱، ج ۲.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین؛ شرایع الاسلام، به نقل از سلسله الینابیع الفقهیه، علی اصغر مروارید، چاپ اول، بیروت: انتشارات موسسه فقه الشیعه، ۱۹۹۰.
- خوئی، سید ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین، چاپ بیستم، بیروت: انتشارات دارالزهراء، بی تا.
- رازی، محمد بن ابی بکر عبدالقادر؛ مختار الصحاح، تحقیق احمد شمس الدین، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵.
- روحانی، محمد؛ المرتقی الی الفقه الارقی، بی جا: دار الجلی، ۱۴۲۰، ج ۱.
- سبحانی، جعفر؛ نظام النکاح، چاپ اول، قم: موسسه الامام الصادق، ۱۴۱۷، ج ۲.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح؛ هدیة الطالب الی اسرار المکاسب، قم: بی نا، ۱۴۰۷.
- طوسی، ابوجعفر؛ المبسوط، تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷، ج ۴.
- عسکری، ابوهلال؛ معجم الفروق اللغویه، تحقیق موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین، ۱۴۱۲.
- فراهیدی، ابی عبدالرحمن الخلیل بن احمد؛ العین، تحقیق دکتر مهدی فخرومی و ابراهیم سامرائی، چاپ دوم، بی جا: موسسه دارالحجر، ۱۴۰۹، ج ۳.
- کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، چاپ سوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸، ج ۴.
- کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی خانواده، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲.
- محقق اصفهانى، محمد جواد؛ رساله فی تحقیق الحق و الحکم، حاشیه مکاسب، بی جا: بی نا، ۱۴۰۹.

محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه بخش مدنی؛ چاپ اول، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۴.
مصطفوی، سید مصطفی؛ ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق(ع)، شماره ۲۴، ۱۳۸۳.

مطهری، مرتضی؛ مجموعه آثار، چاپ چهارم، تهران: انتشارات صدرا، ۱۳۸۰، ج ۸.
مکارم شیرازی، ناصر؛ درس خارج فقه، نکاح، سال تحصیلی ۸۴ - ۸۳، ادامه مسئله ۳ - ۸۴/۳/۹.
موسوی بجنوردی، سید محمد؛ شرط ترک ازدواج مجدد زوج ضمن عقد نکاح از جانب زوج، مجله حقوقی قضائی دادگستری، سال سوم، شماره ۱۱، ۱۳۷۳.

موسوی خمینی، روح الله؛ البیع، چاپ چهارم، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰، ج ۱.
جفی خوانساری، موسی؛ منیه الطالب (تقریرات درس نائینی)، چاپ اول، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام، چاپ سوم، تهران: انتشارات دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.

seminarinfo@alzahra.ac.ir