

بازپژوهی الزام و آثار شرط عدم ازدواج مجدد زوج ضمن عقد نکاح بر اساس حاکمیت اراده

سیده معصومه میری گرجی^۱

زهره سادات میر هاشمی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۲۵

چکیده

شرط عدم ازدواج مجدد زوج یکی از شروطی است که زوجه می‌تواند بنا بر حاکمیت اراده، در ضمن عقد نکاح درج نماید، که بعضی از فقهای متقدم بر این باورند که بر اساس ادله احکام، چنین شرطی باطل است اما در مقابل عده‌ای دیگر از فقها که اکثر آنها را فقهای متاخر تشکیل می‌دهند، با استناد به روایت دال بر صحت و اعتبار این شرط و عدم مخالفت آن با مقتضای عقد، آن را صحیح و لازم الوفا می‌دانند. پژوهش حاضر در صدد است تا به این پرسش پاسخ دهد که با توجه به مبانی حاکمیت اراده، آیا شرط عدم ازدواج مجدد زوج در ضمن عقد نکاح، با اثبات صحت آن، این قدرت دارد باعث بطلان نسبی و عدم نفوذ ازدواج مجدد زوج شود؟ بر این اساس، پژوهش حاضر با هدف بررسی صحت یا فساد شرط عدم ازدواج مجدد با قصد عدم نفوذ ازدواج مجدد با وجود شرط عدم ازدواج مجدد ضمن عقد نکاح و پاسخ به چالش‌های آن به شیوه تحلیلی-اسنادی انجام شد. اطلاعات پژوهش با تتبع در منابع، ادله و آراء فقها و تبیین روایات صحیحه و معتبر و سایر ادله فقهی و با تاکید بر حاکمیت اراده و مصلحت اجتماعی خانواده و تفسیر نوینی از نقش زن در زندگی مشترک، جمع‌آوری و تحلیل گردید. نتایج نشان داد که ظهور ادله فقهی بر صحت شرط عدم ازدواج مجدد مرد و آثار آن ضمن عقد نکاح است، و این قدرت را دارد که باعث بطلان نسبی و عدم نفوذ ازدواج دوم در برابر تخلف از این شرط شود.

واژگان کلیدی: شرط ضمن عقد، ازدواج مجدد، ضمانت اجرا، اراده حاکمیت

^۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

^۲. عضو هیات علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه الزهراء، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

۱. مقدمه و حدود مساله

خانواده به عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای اجتماعی است که در شریعت اسلام برای این نهاد حریمی را قائل شده است. در نگاه اول شاید اینطور به نظر آید که هیچ کس حق ورود به مناسبات اعضای خانواده را ندارد؛ اما با بررسی و تدقیق در این حوزه و با بکارگیری برخی قواعد در می‌یابیم که در برخی موارد حضور حاکم لازم است (زورکی و نعمتی، ۱۳۹۶، ۴۵). هر گاه عقدی به طور صحیح واقع شود، حقوق و تعهداتی معین را برای طرفین آن به بار می‌آورد. شناخت جوهر و ذات عقد نکاح، بدین جهت که این عقد، بیشتر یک پیمان اخلاقی و مذهبی است تا سازمان حقوقی، دارای ظرافت بیشتری بوده و مستلزم دقت افزون‌تری می‌باشد، لذا دستیابی به مقتضای عقد، وجود معیار و ضابطه‌ای دقیق، ضروری می‌نماید که در این خصوص معیارهای متفاوتی ارائه گردیده که برگزیدن هر یک به تنهایی می‌تواند نتیجه‌ای مستقل به دنبال داشته باشد. (سیدخاموشی و ملیحی، ۱۳۹۶، ۵۷)

دستیابی به مقتضای ذات عقد نکاح نیز مانند سایر عقود، واجد آثار بسیار مهمی می‌باشد، از جمله می‌توان وضعیت حقوقی مصادیق عملی شروط ضمن عقد نکاح را مورد بررسی قرار داده و به تبع آن حکم به صحت یا بطلان چنین شروطی به جهت عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد یا مخالفت با آن صادر نمود. (مقصودی، ۱۳۹۴، ۹۵)

آزادی اراده به افراد این اجازه را داده است که بتوانند هر تعهدی را خواه بطور مستقل و یا به صورت شرط، ضمن عقد دیگر بنمایند؛ آزادی اراده در اموال و حقوق مالی کمتر دچار محدودیت شده است ولی در احوال شخصیه، مخصوصاً در امور مربوط به خانواده محدودیت بیشتری را داراست، زیرا جامعه غیر از مجموع افراد، وجود مستقل طبیعی ندارد و حمایت و بقاء جامعه منوط به آن است که احوال شخصیه افراد آن، تابع نظم خاصی قرار گیرد و نتواند دستخوش آزادی اراده آنها باشد؛ بدین جهت است که نکاح بین عقود دیگر وضعیت حقوقی خاصی پیدا نموده و جنبه اجتماعی آن بر جنبه فردی برتری داده شده است. فقهای امامیه شرایط متعددی را برای صحت شرط ضمن عقد در نظر گرفته‌اند که مخالفت با آنها موجب بطلان شرط می‌گردد، فقهای امامیه شرایط صحت عقد را در کل نه مورد می‌دانند، ۱. عدم مخالفت با کتاب و سنت؛ ۲. مقدور بودن؛ ۳. خلاف مقتضای عقد نباشد؛ ۴. عدم استلزام جهل به عوضین؛ ۵. جایز بودن؛ ۶. عدم حلیت حرام و حرمت حلال؛ ۷. منفعت عقلانی داشتن؛ ۸. عدم استلزام حرام؛ ۹. التزام به ذکر آن در متن عقد. و فقهای اهل سنت هم عقیده دارند اگر شروط ضمن عقد مخالف با کتاب و سنت و منافی مقتضای عقد باشد نامشروع و در نتیجه باطل و غیر مؤثر است. و با این تقسیم‌بندی شروط در فقه، در خصوص شرط مورد نظر، که شرط عدم ازدواج مجدد زوج است دیدگاه‌های مختلفی در مورد صحت و عدم صحت آن در بین فقها وجود دارد، مشهور فقها امامیه عقیده دارند، با وجود چنین شرطی ضمن عقد نکاح، عقد صحیح ولی شرط باطل است، (طوسی، محقق حلی، جبعی عاملی، نجفی، مغنیه)، و استدلال آن‌ها به آیات الهی از جمله آیه "فانکحوا ما طاب لکم من النساء منی و ثلاث و رباع" و استدلال به روایات از جمله روایت محمد بن قیس از امام محمد باقر علیه السلام (حرعاملی) می‌باشد، و معتقدند ازدواج مجدد حکمی از احکام الهی است و هر شرط مخالف با آن باطل است، اما بطلان شرط را موجب بطلان عقد نکاح نمی‌دانند. البته با بررسی این ادله‌ها به این نتیجه خواهیم رسید که هیچ یک از این ادله‌ها، دلالتی روشن و قابل قبول برای اثبات مدعای بطلان شرط نیستند. (بیگللی، ۱۳۹۴، ۸۶)

در مقابل برخی از فقهای امامیه این شرط را موافق با ادله عمومی صحت شرط دانسته و استدلال آنها به اطلاق آیه "او فوا بالعقود" و حدیث نبوی "المومنون عند شروطهم" و روایت منصور بن برزج از امام کاظم علیه السلام است که وفای به شرط عدم ازدواج مجدد را لازم و واجب می دانند. و به صحت و جواز و اعتبار این شرط تصریح دارند و معتقدند چنین شرطی تحریم حلال و بر خلاف نص کتاب نبوده و صحیح است. به نظر آنها آنچه که از حدیث نبوی المومنون عند شروطهم استثنا شده و مورد نهی قرار گرفته است، تحریم حلال یا تحریم مباح و مستحب است. ولی شرط ترک فعل مباح یا مستحب مثل شرط ترک ازدواج مجدد نافذ است و هیچ مخالفتی با کتاب و سنت ندارد. باید توجه داشت که میان شرط ترک ازدواج مجدد و شرط تحریم آن تفاوت است. بر همین اساس چنانچه زوجه ترک فعل مباح ازدواج مجدد را شرط کند، این شرط صحیح و نافذ است. ولی اگر تحریم ازدواج با زنان دیگر و یا عدم اباحه ازدواج مجدد را شرط قرار دهد، این شرط فاسد است؛ زیرا تحریم مباح را در بر می گیرد. پس اشکالی در صحت شرط ازدواج مجدد مرد ضمن عقد نکاح نیست. (بدرپاچ، ۱۴۰۰، ۸۵) پس باید بررسی دقیق نسبت به ادله‌ها و مسائل و احکام مربوط به شرط عدم ازدواج مجدد مرد در ضمن عقد نکاح صورت گیرد، تا به نظر صحیح و مطلوب و متقن برسیم و با حل تعارض و جمع عرفی اختلاف نظرات فقها و حل شبهاتی که در مورد این شرط وجود دارد برای پاسخگو به مسائل مستحدثه نسبت به این شرط و سایر شروط در ضمن عقد نکاح استفاده کرد، بنابراین ضرورت پژوهش حاضر، اولاً بررسی کامل صحت شرط ترک ازدواج مجدد زوج ضمن عقد نکاح، جایز و نافذ و واجب الوفا بودن آن است و در تایید این حقیقت ضمن بررسی نظر مخالف، به شواهدی از آیات و روایاتی که بر صحت چنین شرطی اشاره دارند خواهد پرداخت، اینکه شرط عدم ازدواج مجدد شرعاً مباح و تعهد به آن مشروع و وفای به آن شرط لازم است، همچنین به نظر می رسد در این زمینه می توان به آیه شریفه "فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملکت ایمانکم ذلک ادنی الا تعولوا" اشاره کرد که متضمن اباحه تعدد زوجات است، هر چند مشروط به رعایت عدالت شده است، و اگر تعدد زوجه برخلاف اراده زن صورت گیرد، خلاف عدالتی است که در آیه ذکر شده و در نتیجه ظلم محسوب خواهد شد و مغایر با آیه "عاشروهن بالمعروف" است، البته شارع کیفیت معروف را در این آیه بیان نکردند تا عرفی که در هر عصر و زمان شایع است مورد توجه قرار گیرد، پس بنا بر آیات ذکر شده خلاف عدالت و خلاف معروف رفتار کردن جز ظلم و ضرر و حرج بر زن نیست و نتیجه اش متلاشی شدن خانواده خواهد بود و اسلام با تمام این موارد با ادله های محکم مخالف است، پس از اثبات صحت شرط مذکور نوبت به بررسی دقیق آثار این شرط بر اساس توجه به اصل تحکیم خانواده و در نظر گرفتن اصل مصلحت و حاکمیت اراده خواهد رسید، با این حال، میزان و کیفیت اثر شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح بر اساس مبانی حاکمیت اراده موضوعی چالش برانگیز در نظام فقهی محسوب می شود. این مسئله اگرچه در پژوهش های دیگری نیز بررسی شده است، ولی در شیوه ورود به بحث و استدلال و تحلیل ادله و نتیجه راه متفاوتی طی شده است. در این زمینه، پرداختن به برخی مسائل در خصوص این موضوع از اهمیت بیشتری برخوردار است. در پژوهش حاضر، پرسش اصلی آن است که با توجه به مبانی حاکمیت اراده و صحت شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح، میزان الزام و اثرش چه میزان است؟ در این پژوهش، با تحقیق در منابع و ادله فقهی به روش توصیفی-تحلیلی در صدد یافتن پاسخ به بررسی این موضوع است.

۲. ابعاد نظری

در این بخش ابتدا به مفاهیم اصلی پژوهش و سپس به قلمرو حاکمیت اراده بر اساس پشتوانه نظری خواهیم پرداخت.

۱. ۲. مفهوم شناسی

شرط: در لغت معانی متعدد دارد: از قبیل علامت، عهد و پیمان، رسم، شیوه، واجب، عهد و پیمان، وابستن قول یا فعل به چیزی و امثال آن (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲هـ.ق، ۲۵۸)، و ملتزم شدن و مقید کردن (بندرریگی، ۱۳۷۷، ۲۷۸) و به معنی الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن در بیع و غیر بیع (الزام الشئ و التزامه فی البیع و غیره)، (فیروزآبادی، ۱۴۱۲هـ.ق، ۲/ ۳۸۱) گفته اند. در تعریف اصطلاحی شرط آمده است: اول- الزام و التزام به چیزی که اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط می‌باشد. دوم- شرط چیزی است که از عدم آن، عدم لازم می‌آید بدون اینکه ملاحظه شود که آیا از وجود آن وجود هم لازم می‌آید یا خیر؟ شرط در هر دو معنی مانند امر است به معنی مصدر و معنی شیء، پس اگر قرینه بر اراده مصدر اقامه شود، شرط به معنی اول است و اگر قرینه بر اراده جامد اقامه شود، شرط به معنی دوم است (انصاری، ۱۳۷۶، ۲/ ۳۹۰-۳۸۹).

تعدد زوجات: واژه تعدد در لغت به معنی زیاد شدن عدد است (معین، ۱۳۷۹، ۲/ ۲۵۴). و بر شماره چیزی افزودن (عمید، ۱۳۸۳، ۳/ ۱۲۷). و زوجات نیز جمع کلمه «زوجه» به معنای همسر (زن) است، توضیح اینکه معمولاً به خطا زوجات گویند (معین، همان، ۴/ ۹۶). واژه تعدد زوجات از نظر لغوی، چند همسرگزینی (همان) و چند تن بودن همسران یک مرد است (زیدان، ۱۳۸۲، ۵/ ۷۸). این که مردی زنان متعددی را به همسری برگزیند (هاشمی شاهرودی، بی تا، ج ۲، ص ۵۲۵).

حاکمیت اراده: اصل حاکمیت اراده را بعضی فقها اینگونه تعریف کرده اند: اراده آزاد طرفین به عنوان «قاعده» بر تراضی آنها حکومت دارد (حائری، ۱۳۷۰، ۹)، در انعقاد قرارداد، اراده انسان نقش مؤثری را ایفا می‌کند، فرد در عقد و عدم عقد قرارداد مخیر است و نمی‌توان او را مجبور بستن قرارداد کرد (صفایی، ۱۳۵۵، ۱۷۸)، هر قرارداد و عقدی بین افراد معتبر است منوط اینکه، قانون از قرارداد خاص منع نکرده باشد (لنگرودی، بی تا، ۱/ ۲۰۱)، اصل آزادی قراردادها، یکی از نتایج اصل حاکمیت اراده است (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۱/ ۱۴۵).

۲. ۲. مبانی اصل حاکمیت اراده

۱، ۲، ۲. **آیات:** اکثر فقها و مفسران اعتقاد دارند که لزوم وفای به عقد و شرط اختصاص به عقود معین ندارد بلکه شامل وفاداری به تمام قراردادها و شروطی که با قانون، اخلاق و عقل مخالفت ندارند می‌شود.

۱، ۱، ۲، ۲. **اوفوا بالعقود:** بعضی از فقها، شمول آیه مذکور را بر همه عقود جای تردید دانسته‌اند و معتقدند که حکم مربوط به وفای به عقد تنها ناظر به پیمان‌های معهود در زمان صدور آن بوده است و نفوذ قراردادهای جدید مجاز نیست (نجفی، ۱۹۸۱ق، ۲۲/ ۲۱۲)، در مقابل بعضی از فقها، آنرا ناظر بر همه قراردادها دانسته‌اند نه فقط قرارداد های معهود و معین، بلکه هر قراردادی که مخالف قانون و اخلاق و عقل نباشد (میددی، ۱۳۷۵، ۳/ ۵؛ مکارم شیرازی، ۱۳۵۴، ۳/ ۳۵۴؛ طباطبائی، ۱۳۶۶، ۵/ ۵).

۲۴۵؛ میرفتاح، ۱۲۷۴هـ.ق، ۱۷۶). و در تفسیر کلمه عقود در این آیه (اوفوا بالعقود)، عقد هایی است که خداوند به بندگان واجب کرده است که به آنها وفا نمایند (طبرسی، ۱۳۷۹هـ.ق، ۱۵۱).

۲،۱،۲. **آیه تجارة عن تراض:** مراد از تجارت، مطلق معاوضه است (کنزالعرفان، ج ۲، ص ۳۳). از نظر اسلام تمام مبادلاتی که در میان مردم رایج است چنانچه از روی رضایت طرفین صورت گیرد و جنبه معقول و منطقی داشته باشد، مجاز است مگر در مواردی که، به خاطر مسائل معینی، نهی صریح از آن صورت پذیرفته باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۵۴، ۳/۳۵۵). اصل نفوذ تراضی است (لنگرودی، ۱۳۵۰، ۱/۱۳۸).

۲،۲،۲. **اصل صحت:** بحث آزادی اراده در قراردادها، درباره اجرای اصل صحت در شبهه های حکمی، به ویژه در موردی که به گسترش نوعی قراردادها و حاکمیت اراده می انجامد در فقه اختلاف نظر شدیدی وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۲/۳۵۴). در معاملات اصل صحت است و احتمال وجود دارد، یکی اینکه اصل این است که هر عقدی بر او اثری مترتب می شود، هر چند در مورد آن حکمی از سوی شارع نرسیده باشد و دیگر اینکه، در کلام بعضی از فقها در مقام استدلال بر جواز و صحت بعضی از معاملات، گفته می شود اصل جواز است مسامحه می باشد و درست نیست (قمی، ۱۳۷۱، ۲/۱۲۱).

مشهور اصل صحت را در تمام مواردی که شک در صحت و فساد معامله واقع شده وجود دارد، معتبر می داند خواه ادعای فساد ناظر وجود مانع صحت یا فقدان شرط آن یا عدم اهمیت یکی از دو طرف یا عدم صلاحیت یکی از دو عوض باشد (طباطبائی یزدی، ۱۳۴۹، ۳/۷۹). اصل صحت بین فقهاء قاعده ای عام است، و اگر مبنای آن را مصالح اجتماعی مربوط به حسن نیت اشخاص و تأمین استقرار و استواری قراردادها بدانیم ایجاب می کند که به ظنون مربوط به فساد معامله بی اعتنائی شود و قاعده صحت بر دعاوی سایه افکند (کاتوزیان، ۱۳۶۳، ۲/۳۶۶).

۳،۲،۲. **اصل اباحه:** معنی اثبات جواز معاملات از راه اصل اباحه چنین است: هر عقدی که مردم می بندند اصل روا بودن و مباح بودن آن است و باید به آن ترتیب اثر داد» و «این مفاد ماده ۱۰ ق.م.ا است» (لنگرودی، ۱۳۵۰، ۱/۱۹۷).

۴،۲،۲. **قاعده شروط:** در توضیح حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، که به عنوان یکی از موانع اصل آزادی اراده در حقوق اسلام دانسته شده است، اظهار شده که چون واژه شرط در معنای عهد به طور مطلق به کار گرفته است مشمول آیه «اوفوا بالعقود» می باشد و وفا به آن لازم است (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۲/۳۵).

۵،۲،۲. **قاعده تسلیط:** بعضی از فقها می فرمایند: مفهوم و لفظ تسلیط ظهور دارد که مالک می تواند به دلخواه خود در مال تصرف کند و شارع آنچه را که او اراده کند مباح می سازد (میرفتاح، ۱۲۷۴، ۲/۲۱۲)، و لازمه مسلط بودن بر اموال این است مردم بر اموالشان می توانند هر تصرفی را که مایل باشند داشته باشند (همان، ۲/۲۱۱).

۶،۲،۲. **عقد صلح:** فقه، صلح را سیدالعقول و سید الاحکام می نامد (لنگرودی، ۱۳۵۰، ۱۳۵). در فقه امامیه با وجود اینکه شیخ طوسی با نظر شافعی ها در فرعی بودن عقد صلح موافق بوده است ولی به عنوان وسیله ای برای گسترش انواع قراردادها و حاکمیت اراده بکار گرفته شده است (علامه حلی، بی تا، ص ۱۷۶). هیچ محدودیتی برای مورد عقد صلح وجود ندارد و قالبی است وسیع تر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است. و در فقه امامیه عقد صلحی که نشانگر آزادی

اراده است، صلح بدون وجود اختلاف و بعبارت دیگر صلح ابتدائی می‌باشد. صلح در فقه امامیه تنها سازش در دعوی نمی‌باشد بلکه معنی آن هرگونه توافق و تسالم و قول و قرار با هم نهادن است و در همین معناست که می‌توان اصل آزادی قراردادها را مجسم کرد (لنگرودی، ۱۳۵۳، ۲۰۱-۲۰۲). بنابراین: «صلح نزد امامیه، میدان عقود بی‌نام است گرچه کسانی که فریب لغت را می‌خورند پنداشته‌اند که صلح جزو عقود معین است» (همان).

۳. ضابطه مشروعیت شرط عدم ازدواج مجدد

ضابطه و معیار تشخیص شرط مشروع و نامشروع، که بتوان با آن، شرط مخالف کتاب و سنت را از غیر آن باز شناخت، فقها نظرات مختلفی ارائه نموده‌اند: شیخ انصاری با تفاوت بین احکام غیر الزامی و الزامی، تفکیک ایجاد می‌کنند و معتقدند که مورد دوم را نمی‌توان با شرط تغییر داد و شرط خلاف آن، مخالف کتاب و سنت می‌باشد زیرا ثبوت هر حکمی دیگر بر موضوع، با حکم یاد شده تنافی خواهد داشت؛ لذا اشتراط هر امری که مستلزم ثبوت حکمی دیگر باشد مخالف حکم شرع و محکوم بر عدم صحت است. ولی مورد اول با شرط قابل تغییر است و شرط خلاف آن، مخالف کتاب و سنت نمی‌باشد (انصاری، ۱۴۲۰هـ.ق، ۱۳). مشروط از امور وضعی است که شارع آن را تحت سلطنت و اختیار شارح قرار داده است، این دسته از احکام با شرط قابل تغییر هستند. ولی اگر شارع آن امور وضعی را تحت سلطه اشخاص قرار نداده است، اشتراط بر خلاف چنین احکامی بدون تردید مخالف مشروع است جز در مواردی که دلیل خاص وارد شده باشد.

در احکام الزامی تکلیفی؛ نیز التزام به ترک واجب یا فعل حرام بدون تردید خلاف شرع است؛ اما در مباحات، البته مباح به معنای اعم که شامل اباحه به معنی خاص، مستحب و مکروه می‌شود، التزام به ترک یا فعل آن مخالف شرع نیست؛ زیرا وجوب یا حرمت عرضی مشروط که بعد از شرط به وجود می‌آید منافاتی با اباحه ذاتی آن ندارد (نائینی، ۱۳۷۳هـ.ق، ۲/۱۰۴-۱۰۵). اشتراط بر ترک یا فعل مباح خلاف کتاب و سنت نمی‌داند (نراقی، بی تا، ۱۴۸).

محل بحث در شرط عدم ازدواج مجدد، جایی است که طرفین، ترک فعل مباح و یا انجام فعل مباح شرط کنند، به نظر می‌رسد چنین شرطی مخالف کتاب و سنت نخواهد بود. شرط ترک فعل غیر واجب یا انجام فعل غیر حرام، مخالفتی با کتاب سنت ندارد؛ چون همان طور که برخی فقهاء (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ۲۲۷/۳) بیان کرده‌اند شارع از فعل یا ترک فعلی که از متعلقات احکام غیرالزامی باشد، منع نمی‌کند.

۴. بررسی آرای فقهای امامیه در خصوص مسأله شرط عدم ازدواج مجدد و دلایل طرفداران آن

۴.۱. نظریه صحت شرط عدم ازدواج مجدد

بین شرط ترک ازدواج مجدد با شرط تحریم آن فرق است. لذا زوجه شرط ترک فعل مباح یعنی ازدواج مجدد را بنماید، این شرط صحیح و نافذ است ولی اگر شرط تحریم ازدواج با زنان دیگر را بنماید، این شرط فاسد است. زیرا تحریم مباح را در بر دارد. (خمینی ۱۴۰۵هـ.ق، ۵/۱۶۹). لذا اگر اجماع و یا شهرت فتوایی بر بطلان این شرط اقامه شود، هیچگونه ارزش فقهی ندارد چون این اجماع مدرکی محسوب می‌شود و اجماع اصولی نیست که حجت باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ۲/۱۵۷).

۴.۱.۱. دلایل طرفداران نظریه صحت شرط عدم ازدواج مجدد:

۴، ۱، ۱، ۱. **کتاب: اوفوا بالعقود:** مقتضای اطلاق امر (اوفوا) وجود وفاق کلی اقدام، چه عهدهایی که مردم میان خود به طور صحیح منعقد می‌سازند و چه عهدهایی که خداوند به بندگانش بسته است بنابراین باید به مقتضای همه عهدها پای‌بند بود و بر طبق آن بدون هیچ عذر و نیرنگ عمل کرد. استفاده اصلی لزوم از آیه اوفوا بالعقود توسط فقهای بزرگی بر اساس یافته‌هایی در علم اصول است چون واژه «اوفوا» از ایفا، و ماده آن وفا به معنای تمام و کمال عمل کردن است، و هیئت آن، امر است، و در علم اصول به اثبات رسیده که امر بر وجوب دلالت دارد و نیز تعبیر آیه عام است چون واژه العقود که جمع معرف به ال می‌باشد افاده عموم می‌کند و از سوی دیگر آیه در مقام اطلاق هیچ قیدی نیست پس همه زمان‌ها و مکان‌ها را شامل می‌شود، در نتیجه باید گفت که آیه هم بر عموم افرادی دلالت دارد و هم بر عموم زمانی و بنابراین، بیانگر این قاعده کلی که هر عقد صحیح شرعی صرف نظر از ادله خارجی، از همان ابتدای انعقاد، همیشه و در هر مکان و در همه مصادیق خود واجب الوفاست و باید بدان پای‌بند بود جز آنچه به دلیل خاص خارج شود که لازمه این معنا اصل لزوم در عقود است که از مدلول التزامی آیه شریفه مستفاد است.

اوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا: معنای عهد در این آیه به معنای جعل و قرارداد است، و معنای عرفی وفای به عهد، عمل و پای‌بندی بودن به مقتضای آن عهد است، خواه عهد، عقد باشد یا ایقاع. این آیه نیز معنای عامی دارد که در این صورت به همان شکل که در آیه اوفوا بالعقود استدلال شد در این آیه نیز استدلال می‌شود. بنابراین، در مواردی که در صحت عقد یا ایقاعی شک داشتیم به عموم وفای به عهد تمسک، و به صحت آن حکم می‌کنیم.

۴، ۱، ۱، ۲. **اصل صحت:** دلایل و ملاک‌هایی که موجب پذیرش اصل صحت در عقود شده است، در شروط ضمن عقد نیز پذیرفتنی است، چرا که ماهیت حقوقی هر دو یکی است، بنابراین اصل صحت عقد- عقلاً و منطقاً - شامل شروط نیز می‌شود. شروط ضمن عقد بعنوان یکی دیگر از منابع اصل آزادی اراده مطرح می‌گردد؛ زیرا متعاملین مقاصد گوناگون خود را بدین وسیله تحقق می‌بخشند در صحت شروط ضمن عقد تردیدی وجود ندارد. بلکه بعضی از فقها شروط ابتدایی (خارج از متن عقد) را نیز صحیح دانسته‌اند آنچه ممکن است مورد بحث و مناقشه قرار گیرد این است که فقها حسب مفاد ادله‌ای بر گنجاندن شروط در ضمن عقد، شرایطی لازم می‌دانند از جمله: شرط مخالف کتاب و سنت نباشد، شرط مخالف مقتضای ذات عقد نباشد، شرطی که به جهل دو عوض منتهی شود، نباشد، که از آن به «شروط صحت شرط» تعبیر می‌کنند. (نراقی، ۱۴۲۰هـ، ۴۶) حال چنانچه در موردی تردید شود که شرط مذکور در عقد، صحیح است یا نه آیا می‌توان اصل صحت شرط استناد نمود و بر این اساس مشکوک الصحه را نافذ دانست؟ در پاسخ به این سوال بین فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ فقها می‌گویند: «از شروط، آنچه مخالفتش با شرع محرز باشد، مستثنی است و آنچه موافقتش محرز باشد واجب الوفاء است و چنانچه در مخالفت شرط با شرط تردید شود اصل عدم منع است» (قمی، ۱۳۷۱، ۷۳). میرفتاح در عناوین آورده است: «اصل را بر صحت در شروط نهادن، جز در مواردی که دلیل خاصی بر بطلان آن شرط وجود داشته باشد، جای هیچ بحثی ندارد» و «اگر در مؤدای دلیل شک شود باید اصل را بر ثبوت آن اثر بر وجه ثانی (مقتضای اطلاق عقد و قابل تغییر با شرط) گذاشت بنابراین عموم ادله شرط (المؤمنون عند شروطهم) سالم از مخصص باقی می‌ماند.» (انصاری، همان، ۲۹). بنابراین

اصل بر این است که کلیه شروطی که طرفین بدان ملتزم می‌شوند، نافذ است. مگر آن که دلیل خاصی بر منع آن وجود داشته باشد لذا می‌توان مدعی شد که آزادی اراده افراد از طریق شروط، توسط شارع تأمین گردیده است.

۴، ۱، ۱، ۳. «المؤمنون عند شروطهم»: آنچه از عبارت «المؤمنون عند شروطهم» به ذهن متبادر می‌شود همان تعهد و عمل به شرط می‌باشد، لزوم وفای به شرط، معنای عبارت «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد. قاعده (المؤمنون عند شروطهم) از قواعد معروف فقه است که مورد استناد در شرط عدم ازدواج مجدد می‌باشد. کلمه (المؤمنون) جمع محلائی به الف و لام است، افاده عموم می‌کند. لذا واجب است بر مؤمنین، التزام به چیزی که ملتزم شده‌اند علیه خودشان. پس می‌توان گفت «المسلمون یجب الوفاء بما التزم علی نفسه بشرط الا ان یکون ذلك الملتزم مخالفاً للکتاب» با در نظر گرفتن این واژه‌ها می‌توان گفت بر مؤمنین لازم است که بر شرط خود وفا کنند البته در صورتی که آن شروط مخالف با کتاب و سنت نباشد و حلالی را حرام و حرامی را حلال نکنند. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ۲/ ۱۵۹) «المؤمنون عند شروطهم» در ظاهر جمله ای خبری است اما مفهوم آن انشاء حکم است و در واقع این یک بحث اصولی است. منظور از جمله خبری در مقام انشاء اعلام و اخبار نیست بلکه بعث است و به قول فقیهان چنین جمله‌ای «آکد بعث» است، چون جمله خبری از وقوع مطلوب در مقام طلب خبری می‌دهد، گویی گوینده جمله جز به وقوع مدلول آن راضی نیست و به این دلیل مؤکد آن است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶هـ.ق، ۱/ ۷۱)

۴، ۱، ۱، ۴. بررسی ارتباط قاعده «المؤمنون عند شروطهم» با قاعده الصحه: در صورت شک در مخالفت شرط با شرع، اصل عدم منع است و در زمان تردید در صحت شرط می‌توان قواعد زیر را بکار برد: ۱- احکام تکلیفی الزامی، مثل حرمت و وجوب، اصل بر این است که شرط، مخالف و باطل است، مثل شرط ترک صلوات در قرارداد. ۲- احکام تکلیفی غیرالزامی، مثل مباح و مستحب و مکروه، مکلف اختیار دارد که برخلاف احکام اباحه به معنای اعم ملتزم شود زیرا وجوب نشأت گرفته از شرط و التزام با اباحه شارع در تضاد نمی‌باشد. ۳- اما احکام وصفی را می‌توان به چند دسته تقسیم نمود: ۱- احوال شخصی: در این احکام، شارع سلطه‌ای را برای مکلف قرار نداده است، پس می‌توان نتیجه گرفت که احوال شخصی با شرط قابل تغییر نیستند، مگر این که دلیل خاصی وجود داشته باشد، مثل این که اختیار طلاق را به زوجه بدهند. البته ضابطه دقیقی بر تشخیص احکامی اختیار آن‌ها را شارع به مکلف داده و احکامی که اختیار آنها را شارع به مکلف نداده است، وجود ندارد، البته صاحب جواهر به ضابطه‌ای اشاره کرده است که مشروط علیه قبل از التزام به شرط قدرت فعل یا ترک آن را شرعاً داشته باشد. ۲- حقوق و اموال، با عنایت به این که شارع مکلف را مسلط بر اموال خودش قرار داده، می‌توان نتیجه گرفت که همه شروط مربوط به حقوق و اموال نافذ است، مگر این که دلیل خاصی بر منع وجود داشته باشد.

در مورد امور مالی کمتر اختلاف در باب شروط وجود دارد زیرا به دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» و از آنجا که اغلب شروطی که ضمن عقد منعقد می‌گردد، جنبه مالی دارد، می‌توان اذعان نمود که شارع فرد را در این باب مورد توجه قرار داده است و آن را تأمین کرده است و در صورت شک در این شروط، اصل صحت جاری می‌گردد، مگر این که دلیل بر عدم نفوذ آن آورده شود. (حائری، ۱۳۷۳، ۵۴)

۴، ۱، ۱، ۵. روایات: ۱- روایت منصور ابن یونس بزرگ از امام کاظم علیه‌السلام که می‌گوید:

به حضرت گفتم: «یکی از شیعیان شما با زنی ازدواج کرد و آنگاه او را طلاق داد پس آن که قصد رجوع به او را داشت زن امتناع کرد و رجوع او را مشروط نمود به تعهد زوج، مبنی بر این که با خدا پیمان ببندد که او را طلاق ندهد و ازدواج مجدد ننماید و مرد نیز این شرط را پذیرفت ولی علی‌رغم شرط، پس از مدتی تمایل به ازدواج مجدد پیدا کرد آیا این عمل صحیح و زوج باید به آن پایبند باشد؟» امام (ع) فرمود: «قبول این شرط از جانب مرد کار پسندیده‌ای نیست؛ زیرا از تغییر و تحولاتی که در تصمیم‌های او در زندگی روزمره به وجود می‌آید غفلت کرده است، ولی حالا که شرط را پذیرفته، باید به شرط خود وفا کند؛ زیرا رسول خدا (ص) فرمودند: (مؤمنان باید به شروط خود پایبند باشند).» (حرعاملی، ۱۳۹۹هـ.ق، ۱۵/۳۰)

روایت مذکور دلالت بر آن دارد که در صورت اشتراک بر چنین شرطی وفای به آن واجب می‌گردد، بنابراین می‌توان گفت زوج می‌تواند با شوهر خود شرط کند که همسر دیگری انتخاب اختیار نکند و این شرط جایز است، باید دانست آنچه مورد نهی واقع شده و حرام می‌باشد تحریم ازدواج است نه اشتراط بر این که شوهر زن دیگر اختیار نکند.

۲: از عبدالرحمن بن ابی عبدالله آمده است؛ که او از امام صادق (ع) درباره شخصی پرسش کرده که به غلام خود گفته است: «من تو را آزاد می‌کنم، با این شرط که این کنیز را به ازدواج تو در آوردم مشروط بر این که اگر بر سر او زنی آوری، صد دینار باید پردازی، با این قرارداد او را آزاد می‌کند، ولی غلام بعداً ازدواج مجدد کرده، آیا صد دینار را باید پردازد و شرطی که پذیرفته نافذ است؟ حضرت در پاسخ فرمودند: شرطش نافذ است.» (همان، ص ۱۷)

در دلالت این روایت هم، شرط ترک تزویج و سریه گرفتن و مانند اینها بر زوج جایز است و این مخالف شرع نیست و روایت منصور بن یونس نیز دال بر این مسئله است. (خمینی، ۱۴۱۵ق، ۵/۱۷۱). شرط عدم تزویج، شرط بر خلاف امر مباح، به معنای حرام کردن آن مباح نیست؛ ترک یک عمل صرفاً التزام عملی در مقابل یک تعهد و شرط است، بدون این که قصد تحریم و اعتقاد به حرمت آن وجود داشته باشد.

۲،۴. نظریه عدم صحت شرط عدم ازدواج مجدد و دلایل طرفداران آن

نظریه مشهور همواره بر این بوده که شرط عدم تزویج، به دلیل مخالفت با شرع، کتاب و سنت باطل است و از مصادیق شرط نامشروع و خلاف مقتضای عقد شمرده می‌شود. شیخ انصاری در این مورد فرموده‌اند: «این شرط خلاف کتاب است ولی مبطل عقد نیست.» (مغنیه، ۱۴۲۱هـ.ق، ۳/۸۹) بعضی از بزرگان با استشهاد و استناد به آیات قرآن که دلالت بر اباحه تزویج دارد، شرط عدم تزویج را مخالف کتاب دانسته و از این رو آن را نامشروع و باطل می‌دانند. (حلی، ۱۴۲۱هـ.ق، ۳۴) نیز گفته شده است؛ هر شرطی که مخالف باشد به آنچه که دلیلی بر اباحه آن است، اشتراط بر آن باطل است و از این رو شرط عدم تزویج مخالف کتاب می‌باشد. (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷هـ.ق، ۵۶۷)

برخی دیگر با بیان این مطلب که ترک تزویج چنانچه بدون التزام باشد، حرام نیست؛ التزام به ترک آن را حرام دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۶، ۲/۱۰۹). هر چند در بطلان چنین شرطی تردید شده است (مامقانی، ۱۳۴۴، ۲۷۳). صاحب جواهر گفته است: فقها اتفاق نظر بر بطلان این شرط دارند (نجفی، ۱۳۶۸، ۳۱/۹۵). بعضی از فقها معتقدند که بطلان شرط عدم تزویج به واسطه غیر معقول بودن و غیر مقدور بودن آن است، نه اینکه بطلان آن از جهت غیر مشروع بودن آن باشد (انصاری، ۱۳۷۴، ۳/

۲۸۰). اختلاف نظر میان فقها از آنجا ناشی می‌شود که گروه زیادی از فقها این شرط را تحریم حلال دانسته و مشمول عقد مستثنای قاعده «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً» می‌دانند. ایشان به روایاتی که دلالت بر بطلان شرط عدم ازدواج مجدد دارد، استناد می‌کنند. عده‌ای دیگر قائلند: شرط عدم ازدواج مجدد مخالف کتاب و باطل است زیرا در قرآن کریم «فانكحوا ما طاب لکم و من النساء مثنی او ثلاث او رباع» و امر بعد از حذر، دلالت بر جواز ازدواج مجدد می‌نماید.

۱،۲،۴. دلایل طرف‌داران نظریه بطلان شرط عدم ازدواج مجدد:

۱،۲،۴. آیات: «فانكحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع»: قائلین به بطلان این شرط مدعی مخالفت آن با کتاب هستند؛ به خاطر مقتضای آیه «فانكحوا ما طاب لکم من النساء مثنی و ثلاث و رباع» ازدواج مجدد و تعدد زوجات حکم الهی است و هر نوع شرط مخالف با آن باطل است. (نوری طبرسی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ۳۰۰) البته در نقد این دیدگاه، با پذیرش این که ازدواج مجدد امری مباح است و نه واجب، و اینکه احدی از فقها حکم به وجوب آن نداده است آن را مباح و حداکثر مستحب دانسته‌اند، (طوسی، ۱۳۸۷، ۱۰۵) می‌توان گفت: شرط عدم در اینجا در واقع ترک مباح و یا مستحب است که بدون شک ممنوع نیست تا آن را مخالف با کتاب الهی بدانیم. آنچه مخالف کتاب است، شرط عدم در امور واجب است. البته برخی فقها شرط عدم ازدواج مجدد را به هیچ عنوان مخالف با کتاب ندانسته و شرط عدم اباحه‌ی تزویج مجدد را با کتاب در تخالف می‌دانند؛ زیرا آیه‌ی سوم سوره‌ی نساء بر جواز آن دلالت دارد و شرط عدم اباحه در نکاح مغایر و برخلاف آیه مذکور و بر این اساس باطل و نامشروع است. (نراقی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ۴۹)

طرف‌داران بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، در توجیه نظر خود، به آیه‌ی ۳ سوره نساء استناد کرده‌اند. در پاسخ به آنها باید گفت، به حکم قرآن، تجدید فراش و ازدواج مجدد، تا داشتن چهار همسر عقدی، مباح و مجاز است، نه واجب است و نه ترک مباح است. بدون شک، شرعاً ممنوع نیست تا آن را مخالف حکم خدا بدانند؛ پس شرط عدم ازدواج مجدد نباید باطل باشد. اما در این که چند همسری نص قرآن است تردیدی نیست، اما هر چند که قرآن کریم، در آیه‌ی ۳ سوره نساء به مرد این اجازه را داده است که تا چهار همسر عقدی داشته باشد آیه‌ی دیگر قرآن «افوا بالعقود» نیز چنین می‌گوید که وقتی شرط و تعهدی مقرر شد، دو طرف باید، به آن پایبند باشند و اعمال حق خویش را وسیله‌ی اضرار به حق دیگران قرار ندهند.

۱،۲،۴. روایات: ۱. عیاشی، در تفسیر خود، از ابن مسلم، از امام باقر (ع) آورده است: که امیرالمؤمنین درباره زنی که شوهر، ضمن عقد ازدواج، با او یا خانواده او شرط کرد چنان چه بر سر او زنی بگیرد و یا از او کناره‌گیری کند، او مطلقه باشد این چنین قضاوت کرد و فرمود: «شرط و حکم خدا بر شرط شما مقدم است. مرد اگر خواست به شرط خود وفا می‌کند و گرنه، می‌تواند زن اول خود را داشته باشد و با زنی دیگر نیز ازدواج نماید؛ زیرا خداوند متعال فرمود: می‌توانید به عقد نکاح خود درآورید از زنان، دو یا سه و یا چهار زن». (عیاشی، ۱۳۸۰ هـ.ق، ۱/ ۲۴۰)

۲. محمد ابن قیس از امام باقر (ع) می‌آورد که: «امام درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و با او شرط کرده بود اگر با وجود او با زنی دیگر ازدواج کند یا او را هجر کند یا سوگلی انتخاب نماید، آن زن مطلقه باشد این چنین قضاوت کرد که شرط و

حکم خدا بر شرط و تعهد شما مقدم است؛ بنابراین، مرد اگر بخواهد وفا می کند والا زن اول خود را در اختیار دارد و در عین حال می تواند ازدواج مجدد هم داشته باشد». (طوسی، ۱۳۵۱ هـ.ق، ۳/۲۳۱)

۳. حلبی از امام صادق (ع) آورده است که: «آن حضرت درباره مردی که با زن خود شرط کرده و گفته است: اگر با وجود تو، ازدواجی بکنم و یا با گرفتن زنی از تو کناره گیرم، تو رها و مطلقه ای، آن حضرت فرمود: پیغمبر فرموده هر کس برای همسر خود شرطی و تعهدی کند که در کتاب خدا نباشد آن شرط و تعهد قابل اجرا نیست». (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۱۵/۴۰۳)

۴. کلینی از زراره آورده است درباره فردی به نام ضریس و همسرش، دختر حمران بن اعین، که دو طرف شرط کرده بودند، هیچ کدام، در زندگی و پس از مرگ یکدیگر، ازدواج دوباره نکنند و در صورت تخلف، بر خود تکالیفی چون حج قربانی به صورت نذر واجب ساخته بودند. هنگامی که این داستان برای امام صادق (ع) گفته شد، حضرت فرمودند: «چنین شرطی اعتبار ندارد و هیچ یک از طرفین ملزم به انجام شرط مزبور نیستند». (کلینی، ۱۳۶۷، ۵/۴۰۳)

نظریه‌ی بطلان شرط عدم ازدواج مجدد، با بررسی ادله‌ی مورد استناد ایشان، مخدوش است و پذیرفتنی نیست، زیرا: الف) در روایت نخست، دوم و سوم بطلان شرط به این دلیل است که وقوع امری نامشروع (مانند تحقق طلاق، بدون اجرای صیغه) بر آن مترتب شده است، بدون اینکه اصل اشتراط بدون آن قید منع شرعی داشته باشد؛ یعنی اگر مطلقه شدن زوجه به صورت شرط نتیجه تعهد نمی شد شرط عدم ازدواج مجدد صحیح بود. پس چون شرط تعلیق بر محال شرعی شده است، باطل است. (رفیعی، ۱۳۸۶، ۱۶۴) طلاق یکی از اعمال حقوقی است که نیاز به اسباب و شرایط خاص قانونی دارد و به صرف اشتراط محقق نمی شود؛ به همین دلیل، در هر سه روایت امام، در پاسخ فرمودند: که این شرط باطل، و بی اعتبار و خلاف کتاب و سنت است؛ یعنی چون طلاق، به صورت شرط نتیجه، از نظر قانون گذار، بی اعتبار است نفوذ حقوقی ندارد، شرط آن نیز باطل است (انصاری، ۱۳۷۴، ۳/۶). در روایت عیاشی، طلاق به صورت شرط نتیجه آمده است؛ یعنی تعلیق طلاق بر امر محال. امام (ع) وقتی می شنود که قرار است ضمانت اجرای شرط ترک ازدواج مجدد را چنین قرار دهند که «فهی طالق» می فرماید: که این شرط مخالف کتاب خدا است، اما در ادامه می فرماید: که مرد آزاد است، با توجه به نص قرآن، تا چهار همسر عقدی داشته باشد. از این روایت چنین بر می آید که شرط ترک ازدواج دوباره و غیر آن در صورتی باطل است که مطلقه شدن زن به نفس اشتراط را نتیجه‌ی تخلف از آن شرط قرار داده باشند، نه اینکه شرط ترک عدم ازدواج بطور مطلق باطل باشد.

بر پایه‌ی آنچه گفته شد، این سه روایت قابلیت استناد برای بطلان شرط عدم تزویج را ندارد، مگر اینکه گفته شود منظور از «فهی طالق» شرط نتیجه نیست و شرط فعل است؛ یعنی شرط شده باشد در صورت تحقق یکی از موارد گفته شده در سوال، مرد او را طلاق گوید. در این مورد، با دقت در شیوه‌ی بیان عبارت «فهی طالق» روشن می شود که این عبارت در شرط نتیجه وجود دارد، نه شرط فعل، و اگر هیچ کدام را نپذیریم، روایت مجمل است و در هیچ موردی قابل استناد نیست.

ب) روایت چهارم، که درباره‌ی آن ضریس و همسرش، دختر حمران، مورد استناد واقع شده است نیز دلیلی بر بطلان شرط عدم تزویج به شمار نمی آید؛ زیرا مفاد روایت مجمل است و چند احتمال در مضمون آن وجود دارد که نمی توان آن را، به عنوان دلیل مستقل مورد استناد قرار داد. در این روایت، بطلان شرط ممکن است به یکی از دلایل زیر باشد: ۱. شرط غیر عقلایی

است و موجب عسر و حرج می‌شود چون دو طرف شرط کرده‌اند که حتی پس از مرگ هم حق ازدواج نداشته باشند و در صورت تخلف، تکالیفی سخت را بر خود واجب کرده‌اند. ۲. از شرط، با توجه به قید آن (در زندگی و پس از مرگ)، چنین بر می‌آید که به طور کلی سلب حق کردند و از این حیث باطل است. ۳. بطلان شرط از جهت عدم وجوب وفا به نذر باشد؛ زیر نذر به صورت شرط نتیجه آمده است که اگر هر یک از دو طرف تخلف از شرط کرد، اموال او برای مساکین باشد، که نذر به این صورت تحقق نمی‌یابد.

بر پایه‌ی آنچه گفته شد، روایاتی که به وسیله طرفداران بطلان شرط عدم ازدواج مجدد آورده شده است، هیچ یک بطلان شرط عدم ازدواج را، به صورت مطلق اثبات نمی‌کند و بطلان آن را در مواردی به خصوص می‌فهماند؛ یعنی به اصطلاح دلیل اخص از مدعا است. لذا جامع المدارک ترک «مادام‌العمر» امر مباح را حرام و التزام به آن را مخالف با حکم خدا می‌داند (خوانسار، ۱۳۸۶ هـ.ق، ۳/۲۰۶). و فقها روایاتی را که بر درستی چنین شرطی دلالت دارد به موردی محدود کرده که شوهر، با حفظ حق ازدواج مجدد، قول و تعهد ترک آن را داده است. (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۶ هـ.ق، ۲/۱۱۰) افزون بر روایات گفته شده، که مورد خدشه است، برخی طرفداران نظریه بطلان شرط عدم ازدواج مجدد برای اثبات نظر خویش، دست به اجماع و شهرت زده‌اند. به نظر می‌رسد این دلیل نیز وجهی برای اثبات مدعای ایشان ندارد؛ زیرا از یک سو، نظراتی مخالف در مسئله وجود دارد که تحقق اجماع را متزلزل می‌سازد، و از سوی دیگر، با توجه به روایاتی که در این باره وجود دارد و مورد استناد طرفداران این نظریه نیز واقع شده است، اجماع نمی‌تواند به عنوان دلیلی مستقل، اثبات کننده ادعا باشد؛ زیرا اجماع مستند به مدرک است و چه بسا که بر پایه‌ی همان ادله به این نظر رسیده‌اند، بنابراین، دلیلی قابل اتکا به شمار نمی‌آید.

۵- آثار و احکام تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد بنا بر اصل حاکمیت اراده

۱-۵- حکم تکلیفی تخلف از شرط: بعضی از احکام شرعی که مستقیماً و بی‌واسطه با افعال بندگان مرتبط‌اند و به موجب آنها، مکلفان، مأمور، ممنوع و یا مجاز می‌گردند، و یا بر فعل و ترک فعل آنان، مدح یا مذمت می‌شوند، احکام تکلیفی نامیده می‌شود. ولی در مقابل احکام وضعی، به طور مستقیم از سوی شارع نسبت به افعال مکلفین انشاء نمی‌گردند، «از قبیل زوجیت، ملکیت، اهلیت، سببیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان». احکام تکلیفی همواره به دلیل مقتضای طبع خود شامل مکلفان می‌گردند و چنانچه شرایط تکلیف از قبیل علم و عمد وجود نداشته باشد، ساقط خواهند بود، ولی احکام وضعی چنین نیستند و در آنها علم و عمد نقش و دخالتی ندارد. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۷) بعد از انجام قرارداد و عقود، طرفین ملزم به رعایت آن شروط گنجانده شده در آن قرارداد و عقود می‌باشند حتی قانونگذار ضمن احترام به این قراردادها، حق تغییر این قراردادها و عقود و تعهدات طرفین را ندارند. (صفایی، ۱۳۵۵، ۱۷۸) فقط طرفین قرارداد می‌توانند با توافق یکدیگر آثار قرارداد را تغییر دهند ولی این خود، قراردادی جدید است که طبق حاکمیت اراده بسته می‌شود. (همان) اما انعقاد هر عقدی، حقوق و تکالیفی را برای طرفین ایجاد می‌کند. این حقوق و تکالیف در واقع آثار ناشی از عقد به شمار می‌روند. اشخاص حق دارند با تراضی، از اجرای قوانین تکمیلی بگریزند و نظم خود ساخته را جانشین قانون کنند (کاتوزیان، همان، ۲۵۶). در فقه امامیه، آمده است که: «اصل عمومی برای احکام شرعی، آزادی انسان در حدودی است که شرع مقدس صلاحیت آن را به او سپرده است. این

اصل در شرع مقدس بر موضوع عقود منطبق می‌شود. پس افراد در اجرای عقود مطابق اراده ای خود و در چارچوب احکام عمومی شرع آزادند». (مدرسی، ۱۳۹۳، ۱۹۳-۱۹۴) بر پایه این نظریه، سبب اصلی آزادی قراردادی، اطلاق ادله‌ای چون «المسلمون عند شروطهم»، «افوا بالعقود»، «الناس مسلطون علی اموالهم» و «الا ان تکون تجاره عن تراض» است. از طرفی اطلاق امر به وفا، مقتضی صحت مأمور به است. بنابراین هر وقت لفظ عقد بر چیزی اطلاق شود، التزام به آن واجب است؛ خصوصاً آن که در برخی احادیث صحیح، عقد به عهد یا ضمان استعمال شده است پس هر آنچه انسان بر خود تعهد کند (به نحو عهد مشدد) و آن را ضمانت کند، طبعاً وفای آن بر او واجب می‌شود و اگر آن تعهد بین دونفر باشد (همان). بنابراین وجوب وفای به عقد (افوا بالعقود)، همه اجزا و عناصر عقد از جمله شرط ضمن آن، که شرط عدم ازدواج را هم شامل می‌شود و عمل به آن را واجب می‌سازد؛ به عبارت دیگر، مفاد ادله وجوب وفای به عقد، وجوب تکلیفی عمل به مفاد عقد و شرط ضمن آن است، و قانون مدنی ایران (مواد ۲۳۷-۲۳۹) هم وجوب عمل به شرط را انتخاب کرده است.

۲-۵- حکم وضعی تخلف از شرط: بعضی از فقها، عمل به شرط را واجب می‌دانند (قمی، ۱۳۷۱، ۳-۱۴). در مقابل این دیدگاه، بعضی دیگر از فقها، عمل به شرط بر مشروط علیه واجب نیست و اثر شرط این است که ثبوت خیار برای مشروط له و تبدیل عقد لازم به جایز است (شهید اول، ۱۴۱۱ هـ.ق، ۱۱۰). و بخاطر اختلاف نظر در تعریف حکم وضعی، که منجر به اختلاف نظر در مورد مفاد ادله شروط بین فقها شده است، درباره تصرفات تخلف از شرط و منافی با حق شرط هم، نظریه‌های گوناگون مطرح شده است: ۱- بطلان بطور مطلق؛ ۲- صحت بطور مطلق؛ ۳- صحت با اذن یا اجازه مشروط له؛ با اذن سابق صحیح است؛ اما لحوق اجازه باعث صحت آن نمی‌شود؛ ۴- عدم نفوذ یا بطلان نسبی.

۱-۲-۵- تصرف منافی با شرط بواسطه اصل حاکمیت اراده، باطل است: بر اساس این نظریه، تصرف منافی باطل است و حتی اجازه بعدی مشروط له نیز باعث تصحیح عقد منافی نمی‌شود. تصرف اعتباری منافی با حق شرط، نهی شده است؛ زیرا امر به وفای شرط، نیازمند نهی از دیگر تصرفات ضد آن است و مقتضای نهی، بطلان است؛ خواه به این دلیل که نهی، ارشاد به بطلان است یا اینکه میان نهی فعل و انجام آن تصرف، تنافی وجود دارد. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ هـ.ق، ۵-۲۴۵)

البته با بررسی صورت گرفته، این دلیل قابل پذیرش نیست؛ زیرا اولاً، در علم اصول ثابت شده است که امر به شیء، نیازمند نهی از ضد آن نیست؛ (سبحانی، ۱۳۶۷، ۲۲۶) ثانیاً دلیل وجوب وفاء به شرط نمی‌تواند برای متعلق شرط مانند عنوان بیع، وقف و امثال آن «امر» درست کند؛ چون موضوع وجوب در دلیل شرط، وفای به شرط است و معقول نیست تکلیف از یک عنوان به عنوان دیگر یا از یک عنوان به مصادیق عنوان دیگری سرایت کند؛ پس دلیل شرط نمی‌تواند متعلق شرط یا مصادیق آن را واجب کند، بلکه آنچه واجب است، خود شرط و مصادیق ذاتی آن است. (موسوی خمینی، همان، ۵-۲۴۵-۲۴۷)

در نتیجه شرط، برای مشروط له نوعی حق ایجاد می‌شود؛ و معامله‌ی مخالف با شرط، باعث تضییع حق مشروط له می‌شود؛ بنابراین باطل است. (همان، ۵-۲۴۷)

این دلیل نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا صحت وضعی قرارداد منافی منوط به این است که همه شرایط صحت و اعتبار را داشته باشد و اگر همه شرایط جمع بود، معامله صحیح است. اینکه قرارداد منافی با شرط باعث تضییع حق مشروط له می‌شود، باعث بطلان قرارداد نمی‌شود. البته تضییع حق دیگران حرام است، ولی حرمت تضییع حق دیگران باعث حرمت معامله نمی‌شود و بر

فرض که باعث حرمت معامله شود، باعث بطلان آن نمی‌شود، بلکه حتی ممکن است دلیل بر صحت آن باشد. وجوب عمل به شرط باعث می‌شود سلطنت و توانایی مشروط علیه محدود شود و فقط توانایی انجام شرط را داشته باشد؛ بنابراین تصرفات منافی با شرط صحیح نیست. اینکه وجوب عمل به شرط باعث محدود شدن سلطنت مشروط علیه و توانایی شرعی او از معامله می‌شود، معنای محصلی ندارد و توهمی بیش نیست. (همان)

به علاوه، بر فرض پذیرش اصل مطلب، این که مورد بحث ما از مصادیق و صغریات آن باشد، بر این مبتنی است که بر وجوب وفای به شرط را همانند وجوب وفای به نذر، حق الهی و حکم تکلیفی محض به حساب آوریم، نه حکمی وضعی، ولی پذیرش این مبنا دشوار است؛ زیرا اگر حق ناشی از شرط فقط یک حق الهی و حکم تکلیفی بود، با اسقاط و گذشت مشروط له ساقط نمی‌شد؛ در حالی که فقها متفق اند که اسقاط حق توسط مشروط له در غیر از موارد مانند عتق، امکان‌پذیر است و باعث سقوط حق وی می‌شود؛ بنابراین تکلیف وجوب عمل به شرط با تکلیف وجوب عمل به نذر، یکسان نیست. تکلیف ناشی از شرط، تکلیف تبعی و تابع حکم وضعی و دائر مدار آن است و چنین تکلیف نمی‌تواند ادله سلطنت را تخصیص بزند. (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸هـ.ق، ۳-۲۶۳-۲۶۵)

در شرط فعل، نه تنها خود فعل مشروط علیه متعلق حق مشروط له است، بلکه عین مورد شرط نیز متعلق حق مشروط له قرار دارد؛ مثلاً شرط فروختن عین، باعث تعلق حق مشروط له به آن عین می‌شود و مشروط علیه باید آن عین را نگه دارد و به مشروط له منتقل نماید و تصرف در متعلق حق غیر، باطل است.

در پاسخ به این دلیل گفته اند: اولاً، درباره این بحث، حق فقط از شرط نشأت گرفته است و شرط فعل نمی‌تواند به خود عین تعلق گیرد، بلکه متعلق شرط، فعلی مانند بیع و وقت و امثال آن است که شرط به آن اضافه می‌شود و وقتی شرط به عقد تعلق نگیرد، نمی‌توان حقی را از آن برای مشروط له نسبت به عین انتزاع کرد؛ ثانیاً اگر در تعلق حق به عین شک شود، با تمسک به استصحاب مرتفع می‌شود؛ بدین ترتیب، نظریه بطلان مطلق را نمی‌توان پذیرفت.

۲-۲-۵- تصرف منافی با شرط عدم ازدواج مجدد زوج بنا بر اصل حاکمیت اراده، صحت دارد: بر اساس این نظریه بر صحت قرارداد منافی بطور مطلق و نیازی هم به اذن یا اجازه مشروط له هم وجود ندارد؛ (موسوی خمینی، همان) «فالتحقیق صحه العقود والایقاعات من غیر حاجه الی الاجازه». (خویی، ۱۴۱۲هـ.ق، ۷-۲۴۲)

قرارداد منافی با حق مشروط له، همه اجزا و شرایط یک قرارداد صحیح را دارد. تنها مانعی که ممکن است بر سر راه صحت و نفوذ چنین قراردادی تصور شود، تعلق حق مشروط له به عین مورد شرط است، ولی چنین مانعی اصلاً وجود ندارد؛ چون حق مشروط له به عین مورد شرط تعلق ندارد، بلکه در درجه اول به یک فعل یا ترک فعل تعلق دارد؛ به عنوان مثال، اگر شرط شده باشد که مشروط علیه خانه معینی را به مشروط له بفروشد، حق مشروط له به بیع تعلق دارد، نه به آن خانه، میان حق مشروط له و خانه، یک فعل یعنی بیع واسطه شده است؛ بنابراین میان آنها اختلاف رتبه وجود دارد.

بنا بر این نظریه، تصرف منافی صحیح است و با صحت آن معلوم می‌شود که انجام شرط به نفع مشروط له ناممکن است؛ بنابراین مشروط له می‌تواند معامله اول را فسخ کند. اثر فسخ معامله اصلی بر معامله منافی مورد بحث است و در این باره چند احتمال وجود دارد:

۱- رجوع به بدل، به این معنا که معامله دوم به منزله اتلاف مورد شرط است؛ بنابراین همانند آن باعث رجوع مشروط له به بدل می‌شود؛

۲- معامله دوم از ابتدا منحل می‌شود؛ ۳- معامله دوم از زمان فسخ معامله اول منحل می‌شود، ۴- تصرف منافی اگر عتق باشد، صحیح است و اگر تصرف دیگری باشد، منحل می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق، ۶-۷۷).

۵-۲-۳- **صحت تصرفات منافی با شرط منوط به اذن مشروط له:** تصرف منافی زمانی صحیح است که با اذن یا اجازه مشروط له باشد، (همان) ولی بدون اذن وی معامله باطل است و حتی اجازه بعدی مشروط له باعث تضییع آن نمی‌شود. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱هـ.ق، ۲-۱۳۲)

گفته شده است: تنها اشکال قرارداد منافی با حق مشروط له، تعلق حق وی به موضوع قرارداد است و همانطور که مشروط له می‌تواند حق خود را اسقاط کند، می‌تواند اذن به تقویت موضوع آن دهد. البته به محض دادن اذن، حق وی ساقط نمی‌شود، ولی وقتی موضوع حق وی از میان رفت، حق نیز از میان می‌رود. البته میان اذن به تقویت حق و اسقاط آن، این فرق وجود دارد که اگر مشروط له حق خود را اسقاط کند، حق بطور کامل و یکسره از بین می‌رود، ولی در صورتی که اذن به تقویت موضوع حق داده باشد، آنگه بعداً از اذن خود رجوع کند یا معلوم شود که تصرف به جهتی باطل بوده است، حق مشروط له هنوز باقی است. (همان)

و حق مشروط له مانع از نفوذ تصرف بوده و باعث شده است که تصرف مؤثر واقع نشود. اجازه مشروط له به معنای اسقاط حق وی از هنگام اجازه است؛ بنابراین همانطور که اگر مشروط له عقد منافی را اجازه نمی‌کرد، بلکه حق خود را اسقاط می‌کرد، فایده نداشت، اجازه‌ی او هم فایده‌ای ندارد. در نتیجه، تفاوت این مورد با عقد فضولی کاملاً واضح است؛ زیرا در عقد فضولی رایج، اگرچه عقد نسبت به عاقد متصف به بطلان است، ولی اگر مالک بعداً اجازه دهد، عقد نسبت به او متصف به صحت می‌شود؛ زیرا عقد قبل از اجازه وی منسوب به او نبوده است تا محکوم به صحت یا فساد شود، ولی بعد از اجازه، به وی استناد می‌یابد و محکوم به صحت می‌شود. (خویی، همان، صص ۷-۳۴۰) البته صحت عقد فضولی با اجازه، نظریه‌ای عام و کلی است و در هر مورد که اذن شخص باعث نفوذ معامله باشد، اجازه او نیز همین اثر را دارد.

۵-۲-۵- **عدم نفوذ عمل منافی با شرط عدم ازدواج مجدد زوج بنا بر اصل حاکمیت اراده:**

ابتدا لازم است ذکر گردد، نظریه عدم نفوذ در معنای خاص حقوقی، به معنای بطلان مطلق نیست، چرا که مشروط له ذینفع و صاحب حق است که با مقتضای توافق طرفین در درج شرط ضمن عقد، ایجاد می‌شود. لذا هرگونه اقدام مغایر، منوط به اذن قبلی یا اجازه بعدی اوست. هرچند تمامی اوصاف مالکیت را دارا نیست لیکن تجاوز بدان بدون رضایت صاحب آن روا نمی‌باشد و لذا همانطوری که انجام معامله به صورت فضولی و بدون جلب رضایت قبلی مالک (انصاری، ۱۴۱۵هـ.ق، ۲۴۱)، غیر نافذ بوده و با تنفیذ و اجازه از سوی مالک اعتبار و نفوذ خود را باز می‌یابد، به همان صورت در بحث حاضر نیز عقدی که بدون اعتنا به حق مشروط له واقع گردیده منوط به تنفیذ بعدی او می‌باشد. در نتیجه، هم حق مشروط له محترم و مصون از تعرض باقی می‌ماند و هم اصل اعتبار معامله واقع شده، منجر به بطلان نخواهد شد. یعنی بطلان در خصوص مورد به معنای

مطلق آن نیست بلکه نسبی است یعنی غیر نافذ است نه باطل مطلق، به خاطر وجود حق مشروط له، و با تحصیل رضایت او می توان معامله مزبور را تصحیح و تنفیذ کرد.

البته، نظریه عدم نفوذ هم می تواند مورد انتقاد قرار گیرد، زیرا؛ از یک سو مالکیت اصیل در معاملات فضولی شرط جریان ادله و مبانی ارائه شده در باب عدم نفوذ است. بدون وجود چنین حقی اصولاً حکم به عدم نفوذ و امکان تنفیذ بعدی از سوی مشروط له ادعای بلا وجه و دلیل می باشد، اما در مسئله ی مورد بحث، وجود «گونه ای حق مالکانه» برای مشروط له با تردید جدی مواجه است و چنین نیست که بتوان هرگونه نفع به یک طرف را در وجود یا عدم امری، حق مالکیت دانست. و تا وقتی قطع بر حصول آن برای شخصی حاصل نشود اصل، عدم آن است. البته پرواضح است که این سخن به معنی نفی ذینفع بودن مشروط له در ایفای شرط نخواهد بود.

از سوی دیگر، حکم عدم نفوذ حتی در معاملات فضولی نیز حکمی خلاف قاعده و استثنایی (و قائم به نص) است که بایستی در جاری کردن آن به قدر متیقن اکتفا نمود و از توسعه دادن دامنه شمول آن خودداری کرد. جاری کردن حکم مذکور در فرض حاضر براساس یک قیاس باطل صورت گرفته و مصداق تفسیر موسع از حکم استثنایی عدم نفوذ است. بنابراین استناد به نظریه عدم نفوذ در این مورد هرچند به مصلحت هر سه طرف مسأله است لیکن با دشواری هایی مواجه است.

۵-۲-۶- نتیجه و دیدگاه مورد قبول در عمل حقوقی منافی با شرط عدم ازدواج مجدد زوج ضمن عقد نکاح بنا بر اصل حاکمیت اراده:

به نظر می رسد نظریه عدم نفوذ موجه تر از دیگر نظریه ها است. بر اساس این نظریه، معامله منافی با حق مشروط له اگر با اذن وی صورت گیرد یا با اجازه بعدی وی توأم شود، صحیح و نافذ خواهد بود.

لذا نظریه بطلان مطلق، قابل دفاع نیست؛ چون بطلان تصرف منافی، اگر به دلیل وجود حق عینی برای مشروط له باشد، اولاً چنین حقی (بر فرض وجود) فقط در برخی موارد یعنی معاملات درباره عین معین یا کلی در معین وجود دارد؛ ثانیاً، برای حفظ حقوق مشروط له، لزومی به باطل دانستن تصرف منافی نیست و با غیرنافذ تلقی کردن تصرف منافی و سپردن حق تنفیذ به وی، این هدف تأمین می شود.

با تأیید نظریه عدم نفوذ، بی اعتباری نظریه صحت مطلق نیز استفاده می شود. البته، در تأیید نظریه عدم نفوذ، می توان به چند دلیل تمسک کرد:

تعارض تصرف منافی با شرط، با حق مشروط له، شرط فعل در همه موارد یعنی چه در موردی که موضوع آن عین معین یا کلی است و چه در موردی که موضوع آن کلی در ذمه است و چه در مواردی که موضوع آن امر غیر مالی است، برای مشروط له در عالم اعتبار حقی نسبت به خود شرط و عنوان آن پدید می آید، بنابراین خواه برای مشروط له حقی نسبت به متعلق شرط تصدیق شود و خواه چنین حقی انکار شود، در وجود حقی برای مشروط له نسبت به خود شرط به عنوان یک امر اعتباری تردیدی نیست. به نظر برخی فقها، مشروط له مالک عمل مورد شرط در ذمه مشروط علیه می شود، حتی اگر عمل مذکور عملی حقوقی و اعتباری مانند هبه باشد، مالکیت وجود دارد (انصاری، همان، ۶-۷۰)، «فان الشرط له قد ملک الشرط علی المشروط علیه»؛ «و ذلك لان المفروض ان المشروط له صار مالكا لذلك الفعل في ذمه المشروط عليه» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ ق، ۱۳۰) «و كذا اشترط هبه شيء للبائع فانه يمكن ان يقال اذا ملك عليه هبه مال معين...»

حتی برخی از فقهای که منکر ملکیت مشروط له نسبت به عمل مورد شرط هستند، وجود حقی برای وی نسبت به عمل مورد شرط را تصدیق می کنند؛ (اصفهانی، ۱۴۱۹ه ق، ۲-۱۳۰) «...مع ان متعلق الحق هو العتق دون العبد».

در واقع، برخی فقها منشأ نزاع میان مشهور و شهید اول در وجوب انجام عمل مورد شرط و جواز اجبار وی به انجام عمل را به ثبوت یا عدم ثبوت حق مالی مالکی برای مشروط له در ذمه مشروط له دانسته اند که مشهور به ثبوت این حق قائل اند و شهید منکر آن است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ه ق، ۳-۲۶۵).

همین ملکیت یا حق مشروط له نسبت به عمل مورد شرط باعث می شود که مشروط علیه نتواند خلاف آن شرط عمل کند و در صورت تخلف، عمل وی بدلیل مخالفت با حق یا ملک مشروط له غیر نافذ باشد.

تعارض تصرف منافی با شرط، با تعهد سابق مشروط علیه، حتی اگر تعلق ملکیت یا حق مشروط له به عمل مورد شرط هم انکار شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۶، ۲-۱۷۰)، تردیدی در وجوب انجام عمل بر مشروط علیه و جواز الزام وی به آن به انجام آن وجود ندارد (همان، ۱۷۲-۱۷۴). مشروط علیه نه تنها نمی تواند با آن مخالفت کند، بلکه بر وی واجب است که زمینه انجام آن را فراهم سازد. این تکلیف وجوبی همانند دیگر تکالیف و تعهدات نباید بدون ضمانت اجرا باقی بماند و چون منشأ این تکلیف رعایت حق مشروط له است، بهترین ضمانت اجرای مستقیم آن این است که اگر مشروط علیه با انجام تصرف منافی، خلاف تکلیف و تعهد خود عمل کند، سرنوشت معامله منافی به مشروط له سپرده شود. اگر چه بدلیل ارتباط شرط با عقد تخلف از شرط ممکن است به مشروط له حق فسخ معامله اصلی را بدهد، ولی این ضمانت اجرا مستقیم نیست و ممکن است نتواند حق مشروط له را بطور کامل ایفا کند.

نفوذ تصرف منافی به معنای فسخ عملی بخشی از قراردادی است که شرط در آن درج شده است.

توضیح اینکه نفوذ تصرف منافی، با لزوم اجرای بخشی از قرارداد که متضمن شرط است، منافات دارد و در واقع به معنای فسخ عملی و یک جانبه آن بخش از قرارداد توسط مشروط علیه خواهد بود، درحالی که قاعده لزوم که اعتبار آن با ادله متعددی مانند «افوا بالعقود» به اثبات رسیده است، مشروط علیه را به انجام شرط ملزم می سازد و او را از نقض یک جانبه آن باز می دارد. لزوم اجرای عقد یک قاعده کلی است که فقط در مواردی وجود حق فسخ یا اقاله برداشته می شود و فسخ قرارداد در غیر از موارد مصرح، ممنوع و بی اثر است. حق فسخ فقط در مواردی محدودی مانند وجود یکی از اختیارات برای یک یا هر دو طرف به رسمیت شناخته شده است که درباره ی شرط عدم ازدواج هیچ یک از آنها وجود ندارد. مفاد قاعده لزوم، حکم تکلیفی محض نیست؛ بلکه به نظر مشهور فقها متضمن حکم وضعی و تکلیفی است و به نظر برخی، متضمن حکم تکلیفی وجوب وفای به عقد است، ولی لازمه این وجوب، حکم وضعی عدم نفوذ فسخ یک جانبه عقد توسط یکی از طرفین است (انصاری، ۱۴۱۵ه ق، ۱۸-۱۹)؛ بنابراین از این قاعده، حکم وضعی عدم نفوذ تصرفات حقوقی منافی با لزوم وفای به عقد استفاده می شود. مهم ترین مبنای لزوم اجرای قرارداد، حفظ و رعایت حقوق طرفین معامله است و امکان اقاله عقود و پیش بینی حق فسخ قرارداد در قالب اختیاراتی مانند خیار شرط، گواه این مدعاست. جواز یا توانایی مشروط له در الزام مشروط علیه به انجام شرط، یک «حق» قابل اسقاط است و حکم تکلیفی محض نیست تا قابل اسقاط نباشد؛ بنابراین از لحاظ فنی درمورد اسقاط حق مذکور

توسط مشروط له، می توان گفت اجازه مشروط له با فسخ عملی مشروط علیه پیوند می خورد و اقاله همه یا بخشی از قرارداد را که متضمن شرط فعل است، نتیجه می دهد.

بنابراین در صورتی که مشروط له پس از انجام تصرفات منافی توسط مشروط علیه به آن تصرف رضایت دهد، در واقع حق خود مبنی بر الزام مشروط علیه به انجام شرط یا به تعبیری حق مطالبه انجام شرط را اسقاط کرده است و با اسقاط این حق، تصرف منافی مؤثر و نافذ می شود. به نظر ما این روش قابل قبول است.

برخی از فقها نیز در بحثی مشابه، اجازه را به معنای اقاله دانسته اند؛ (اصفهانی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۱۳۲) «نعم الاجاره المتضمنه للاقاله توجب ارزاج المورد تحت عنوان من آجر ثم ملک کمن باع ثم ملک». از کلام شیخ انصاری نیز چنین مطلبی استفاده می شود. ایشان در مبحث شرط می گوید: «عمل به شرط یک حق لازم بر عهده مشروط علیه است که اگر مشروط له قصد وفای به عقد را داشته باشد، مشروط علیه اجبار به انجام آن می شود، اما اگر در اثر امتناع مشروط علیه از انجام شرط، مشروط له بخواهد عقد را فسخ کند، حق انجام چنین کاری را دارد. این امر به منزله اقاله عقد با تراضی طرفین است» (انصاری، همان، ۶-۷۱-۷۲).

ذکر این نکته، لازم است که نظریه عدم نفوذ، فقط در مواردی جریان می یابد که امکان جریان معامله فضول و اجازه مشروط له وجود داشته باشد؛ بنابراین اگر در موردی چنین امری ممکن نباشد، تصرف منافی، حکم متفاوتی خواهد داشت؛ به عنوان مثال، اگر موصی در وصیت شک کرده باشد که موصی له مال مورد وصیت را به دیگری انتقال دهد، تصرفات ناقله موصی له در مورد وصیت باطل خواهد بود نه غیر نافذ، چون پس از فوت موصی کسی نیست که بتواند تصرفات مذکور را اجازه کند. (شوشتری، بی تا، ۱۹۹) همچنین اگر نظریه ی فضولی را در ایقاعات جاری ندانیم، در صورتی که تصرف منافی در قالب ایقاع انجام شود، باطل خواهد بود نه غیر نافذ.

البته، با توجه به منطوق ماده ۹۵۹ قانون مدنی سلب یک حق اگر به صورت کلی باشد بی گمان بلا اثر است لیکن اگر به صورت جزئی باشد اشکالی وجود نخواهد داشت. لذا به نظر می رسد در هر موردی باید ابتدا به این مسئله پرداخته شود که سلب حق از کدام نوع است آن چه از مثال فقها و حقوق دانان پیدا است این است که سلب حق در غالب مثال هایی که آورده اند به صورت جزئی است مانند شرط عدم ازدواج مجدد توسط زوجه تا زمانی که عقد نکاح این زن با این مرد برقرار است. بنابراین، اگر شرط ترک فعل حقوقی مقید به قید خاصی باشد، سلب حق به صورت جزئی بوده و در صحت اسقاط آن فعل نباید تردید روا داشت. قید مذکور می تواند در قالب عدم انجام در زمان خاص یا نسبت به شخص معین و یا در شرایط خاصی باشد. با این توضیح، در اسقاط حق نکاح دوم در قالب شرط ترک فعل اشکالی به نظر نمی رسد، زیرا در این فرض مقید شدن نکاح به قید دوم حق را جزئی ساخته است.

اکنون با فرض این که شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد به صورت جزئی و در نتیجه صحیح باشد، باید به این مسئله پردازیم که کدام ضمانت اجرا برای نقض عهد مشروط علیه مناسب تر است؟ صحت عمل حقوقی انجام شده و یا بطلان آن؟ به نظر می رسد ما نیز باید بین دو فرض قائل به تفکیک باشیم. فرضی که شرط ترک فعل ایجاد التزام کند و فرضی که به موجب شرط، حق انجام فعل از مشروط علیه گرفته شود. در فرض نخست باید به قاعده عام ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل رجوع کرد و بر آن بود که در اینجا اجبار ملتزم صرفاً به شکل برگرداندن وضعیت به حالت قبلی ظاهر خواهد شد. لیکن اگر مشروط

علیه از این تکلیف امتناع نمود نباید قائل به این بود که مشروط له حق فسخ عقد اصلی را پیدا می‌کند؛ زیرا نه تنها این امر موجب تضرر او خواهد بود بلکه در مواردی که تعهد منفی در قالب عقدی مستقل بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی است با اشکال مواجه می‌شویم. لذا بهترین راه حل این است که به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» رجوع کرده و حاکم را مسئول اعاده وضع به حالت سابق بدانیم. اما در فرضی که حق انجام فعل حقوقی به موجب شرطی سلب یا اسقاط می‌شود چگونه می‌توان عمل حقوقی را که به موجب قرارداد از آن منع شده صحیح دانست؟ لذا، در این مورد پذیرش نظریه ایجاد حق فسخ به سود مشروط له یا اجبار مشروط علیه به اعاده وضع به حالت سابق و یا مطالبه خسارت نقض عهد، هیچکدام با منطق حقوقی و اراده ضمنی طرفین سازگار به نظر نمی‌رسد؛ چرا که لازمه‌ی پذیرش آنها قبول صحت عمل حقوقی ممنوع می‌باشد. ادله آن دسته از صاحب نظرانی که ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی مفید اسقاط حق را عدم صحت عمل صورت گرفته دانسته اند قوی تر است زیرا؛ وقتی حقی برای کسی ثابت می‌شود مهم ترین هدف در آن، توان بهره‌برداری صاحب حق، از آن است به طوری که نباید عمل هیچ کس مانع از بهره‌برداری او شود 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. چون غرض از ثبوت حق برای هر شخص امکان استیفای او از آن حق است و این غرض با پذیرش نفوذ تصرفات منافی با آن به هیچ عنوان سازگار نمی‌باشد. چون فرض وجود حق و امکان بهره‌برداری از آن با فرض نفوذ عملی در متعلق همان حق که مساوی با زوال آن است با هم قابل جمع نمی‌باشند. پس برای رفع این تناقض، هر عملی در متعلق حق که مانع استیفای صاحب حق از حقیش می‌شود باید غیرنافذ شناخته شود حال می‌خواهد متعلق حق، عین باشد مثل حق رهانه و یا فعل و یا ترک فعل مثل ترک ازدواج مجدد، وضعیت حقوقی آن بطلان نسبی بوده و آن عمل عدم نفوذ بوده.

در مورد ضمانت‌های اجرای کیفری بر مبنای قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری، می‌توان در صورت تخلف زوج از این شرط، او را تعزیر نمود. به این معنا که زوج با تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد مرتکب کار حرامی شده و از باب حرمت پیمان‌شکنی، باید تعزیر شود. و این تعزیر، می‌تواند جریمه مالی باشد که تناسب بیشتری با تخلف از شرط دارد، و حاکم با توجه به شرایط و مصالح، اقدام به وضع و میزان جریمه نماید. همچنین می‌توان به شرط عدم ازدواج مجدد در صورت تخلف، شرط تنصیف دارایی مرد را قرار داد و یا می‌توان جریمه مالی مستقل از عنوان تنصیف دارایی تا سقف نصف اموال حاصله بعد از نکاح وضع نمود که حداقل فایده این جریمه مالی، علاوه بر اینکه محدودکننده تخلف از شرط است می‌تواند تضمین تأمین مالی زوجه باشد.

نتیجه گیری:

۱- تک همسری طبیعی ترین و متعارف ترین شکل زناشویی است. تعدد زوجات از ابتکارات اسلام نبوده بلکه آن را به عنوان یک پدیده‌ی اجتماعی با توجه به مصالحی و در شرایط استثنایی و مشروط به شرایطی از جمله رعایت عدالت میان همسران به شکلی رضایی پذیرفته است. طبق اصل حاکمیت اراده و نیز ادله صحت و لزوم وفا به شرط، طرفین عقد نکاح مجاز به توافق بر هرگونه شرطی در ضمن عقد نکاح هستند مگر آنکه مخالفت صریح با قوانین و احکام آمره باشد که در این صورت باطل و فاقد نفوذ حقوقی است. مطابق قاعده «المؤمنون عند شروطهم» باید به شروط ضمن عقود لازم، از جمله شرط عدم ازدواج

مجدد پایبند بود و زوجه می‌تواند آن را به عنوان حقی برای خود در نظر بگیرد؛ زیرا این شرط، شرایط شروط ضمن عقد را داراست؛ نه بر خلاف مقتضای عقد است نه برخلاف شریعت.

۲- بین شرط ترک ازدواج مجدد با شرط تحریم آن فرق است و بر همین اساس چنانچه زوجه شرط ترک فعل مباح که ازدواج مجدد است را بنماید این شرط صحیح و نافذ است ولی اگر شرط تحریم ازدواج با زنان دیگر را بنماید این شرط فاسد و مشمول مستثنای قاعده المؤمنون عند شروطهم می‌گردد زیرا تحریم مباح را دربردارد. این شرط در صورتی باطل است که به حرمت مؤید ازدواج مجدد منجر گردد.

۳- شرط عدم ازدواج مجدد نافذ است زیرا نه تنها مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست بلکه بدلیل این که امروز تک‌همسری به عنوان یک الگوی اجتماعی خوب برای ثبات خانواده و آرامش افراد آن، مورد قبول اکثر مردم قرار گرفته است، و با انعقاد آن، ثبات بیشتری برای خانواده نسبت به خانواده‌ی چند همسری ایجاد می‌گردد.

۴- خانواده تنها یک سازمان حقوقی نیست بلکه سازمانی است مخلوط از قواعد حقوقی و اخلاقی که نمی‌توان ایندو را از هم جدا ساخت. در این رابطه سخن از عواطف انسانی، عشق و صمیمیت است و بر اتحاد معنوی زوجین تنها اخلاق می‌تواند حکومت کند لذا معتقدیم که در تنظیم روابط زن و شوهر اخلاق بیش از حقوق حکومت می‌کند. قانونگذار زوجین را هدایت کرده است که برای تعدیل آثار نکاح و لوازم قانونی آن به قراردادهای خصوصی روی بیاورند و از طریق شروط ضمن عقد نکاح، یکسری مسائل مورد توافق خودشان، که قانون در مورد آنها ساکت است را، در سند ازدواج به عنوان شرط ثبت کنند البته باید توجه کرد که این شروط جزء شروط صحیح باشند.

۵- بر اساس شرط عدم ازدواج مجدد برای زوجه حقی ایجاد شده و با عنایت به نظر مختار نباید در متعلق حق قائل به تفصیل شد بلکه باید قائل به عدم نفوذ ازدواج مجدد به عنوان تصرفات منافی حق و ممانعت از آن شد لذا به نظر می‌رسد در مواردی که شخص برخلاف شرط اسقاط حق انجام فعل حقوقی، بدان اقدام می‌کند و این تصرف منافی حق مشروط له باشد، وضعیت حقوقی آن بطلان نسبی بوده و آن عمل عدم نفوذ بوده و سرانجام آن را باید در اختیار مشروط له دانست تا با تنفیذ یا رد آن به مسئله خاتمه دهد. و در صورت رد، بهترین راه حل این است که به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» رجوع کرده و حاکم را مسئول اعاده وضع به حالت سابق بدانیم. لذا می‌توان برای تخلف از شرط عدم ازدواج مجدد بر اساس اصل حاکمیت اراده و تحکیم خانواده، از لحاظ حقوقی، هم ضمانت اجرای مدنی و هم ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفت، لذا از منظر قانون مدنی، ازدواج مجدد زوج، در صورت تخلف از شرط، نافذ نمی‌باشد. و از منظر کیفری نیز به علت تخلف زوج از شرط عدم ازدواج مجدد و از باب حرمت پیمان‌شکنی، می‌توان زوج را تعزیر نمود.

منابع:

- ۱- ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، جلد ۱۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی،
- ۲- احمدی و استانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، انتشارات روزنامه رسمی، ۱۳۴۲

- ۳- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ هشتم، 1372 ش
- ۴- انصاری، مرتضی، کتاب المكاسب، مؤسسه نعمان، للطباعة و النشر لبنان، بیروت، ۱۴۱۰
- ۵- بجنوردی، سید میرزا حسن، قواعد الفقهیه، ناشر مطبعة اسماعیلیان، قم، 1371
- ۶- بندر ریگی، محمد، فرهنگ جدید عربی- فارسی، انتشارات اسلامی، چ ۱۵، تهران، ۱۳۷۷
- ۷- جبعی عاملی، زین الدین بن علی، ۱۳۸۹، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه، مجلد، چاپ هفتم، تهران
- ۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، انتشارات دانشگاه تهران، 1355 ش
- ۹- ----- ، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶
- ۱۰- حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰
- ۱۱- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد ۱۵، چاپ هفتم، قم، مؤسسه آل اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۰۹. ق
- ۱۲- حسینی حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۱۵ ق
- ۱۴- حسینی روحانی، صادق، فقه الصادق، جلد ۲۲، چاپ سوم، قم، دار الكتاب، ۱۴۱۲ ق
- ۱۵- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، مؤسس دارالتفسیری، ۱۴۱۶ ق
- ۱۶- حلّی - علی بن مطهر، تذکره الفقهاء، من منشورات المكتبة المرتضویه الاحیاء الاثار الجعفریه، بی تا
- ۱۷- خراسانی، ملا محمد کاظم، کفایة الاصول، انتشارات علمیة اسلامیة، بی تا
- ۱۸- خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، مؤسسه اسماعیلیان، بی تا
- ۱۹- خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، دارالتعارف، للمطبوعات، ۱۹۸۰ م
- ۲۰- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن دارالعلم، ۱۴۱۲ ق
- ۲۱- زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق
- ۲۲- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق
- ۲۳- شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی ایران، تهران، بی نام، ۱۳۲۲
- ۲۴- شهید اول، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیه فی فقه الإمامیه، دارالتراث- الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق
- ۲۵- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، چاپ اول، جلد چهارم، مجمع علمی فرهنگي مجلد، ۱۳۸۶

- ۲۶- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هدایت الطالب الی اسرار المکاسب، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ ق
- ۲۷- صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، نکاح و انحلال آن، نشر جنگل، ۱۳۹۰
- ۲۸- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴
- ۲۹- صفایی، سید حسن، مفاهیم و قوانین جدید در حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۵
- ۳۰- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق
- ۳۱- -----، حاشیه المکاسب، دارالمعارف اسلامیه، ۱۳۷۸ق
- ۳۲- طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، مؤسسه الاعلمی مطبوعات، در ۱۳۶۶
- ۳۳- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۱۵ ق
- ۳۴- عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، مؤسسه آل بیت
- ۳۵- عبدالغنی، احمدی و استانی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، انتشارات روزنامه رسمی، فروردین ۱۳۳
- ۳۶- علامه، مهدی، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، چاپ دوم، مانی، ۱۳۷۹
- ۳۷- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، جلد ۲۲، چاپ بیست و دوم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۴۳
- ۳۸- غزالی طوسی، محمد، کیمیای سعادت، شرکت انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۷۱
- ۳۹- فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق
- ۴۰- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحيط، دار احیاء التراث العربی، چ ۱، بیروت ۱۴۱۲ق
- ۴۱- فیض کاشانی، محمد محسن، مفاتیح الشرایع، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بیتا-
- ۴۲- قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، با تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی، انتشارات کیهان بهار، ۱۳۷۱
- ۴۴- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی، شرکت انتشار، ۱۳۷۴
- ۴۵- -----، حقوق مدنی، (خانواده)، جلد ۱، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
- ۴۷- -----، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ 19، انتشارات مدرس، ۱۳۷۴
- ۴۸- گرجی، ابوالقاسم، با همکاری دیگران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴
- ۴۹- گلپایگانی، سید محمد رضا، هدایه العباد، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق

- ۵۰- محقق حلی، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، مؤسسه المطبوعات الدینیة، ۱۴۱۸ق
- ۵۱- -----، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ قمری
- ۵۲- محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، (نکاح و انحلال آن)، چاپ اول، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶
- ۵۳- -----، قواعد فقه، انتشارات علوم اسلامی، ۱۳۷۳
- ۵۴- محقق کرکی، علی بن حسین، جام المقاصد مقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل البيت (ع) ۱۴۱۴ق-
- ۵۵- مراغی، عبدالفتاح بن علی (میرفتاح)، عناوین، چاپ سنگی، بی تا، تبریز، ۱۳۷۴ق
- ۵۶- مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، انتشارات صدرا، ۱۳۶۱
- ۵۷- معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، جلد ۲، چاپ پانزدهم، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۹
- ۵۸- مغنیه، محمدجواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، دارالجواد، ۱۴۰۲ق
- ۵۹- مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، دار الكتاب اسلامیة
- ۶۰- نائینی، محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ق
- ۶۲- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، المکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۴ق
- ۶۳- نراقی، مولی احمد، عوائد الایام، چاپ سنگی، مکتبه بصیرتی، بی تا
- ۶۴- -----، مستند الشیعه، ج ۱۶، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۵ق
- ۶۵- هاشمی شاهرودی، محمود، «فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیه السلام)»، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام) مرکز پژوهش های الغدیر.