

## واکاوای اعتبار و اثر قرارداد عدم ازدواج دوباره

| حمید میری \* |

استادیار گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گنبد کاووس، گنبدکاووس، ایران

### چکیده

قراردادی که مقتضایش، منع مرد از ازدواج با زن دیگری است، می‌تواند به صورت عمل حقوقی ساقط‌کننده حق مرد برای ازدواج دیگری و یا تنها به شکل تعهد بر ترک انجام آن درآید. بررسی اعتبار و ضمانت‌اجرای هر دو فرض به‌عنوان یکی از چالش‌های پیچیده حقوقی، موضوع این نوشتار است که با بررسی دیدگاه‌های موجود، دیدگاه برگزیده ارائه می‌شود. در حقیقت، در حالت نخست، برجسته‌ترین دلیل برای تاختن بر درستی این عمل حقوقی حتی در فرضی که سلب حق به صورت جزئی انجام می‌گیرد، مسئله ناسازگاری آن با نظم عمومی است در حالی که اگر عمل حقوقی در قالب تعهد بر ترک ازدواج دوباره باشد، از این دید اصولاً ایرادی بر آن بار نبوده و تنها مسئله قابل گفت‌وگو، ضمانت‌اجرای نقض این تعهد است. پیرامون این مسئله، از یک‌سو، بی‌اعتباری و حتی عدم‌نفوذ ازدواج دوم از مقررات برداشت نمی‌شود و از سوی دیگر، اعتقاد به امکان فسخ نخستین یا دومین ازدواج نیز چه بر مبنای تصریح طرفین و چه به‌عنوان اثر قانونی تخلف از قرارداد، با لحاظ محدودیت موارد فسخ نکاح در حقوق ما قابل پذیرش نخواهد بود. سرانجام اینکه، اگرچه مانعی در برابر دریافت خسارت در مقابل چنین تخلفی دیده نمی‌شود ولی به دلیل دشواری ارزیابی خسارت معنوی، در کنار وجه التزام، بهترین ضمانت‌اجرایی که پیرو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز می‌توان بدان باور نمود، امکان طلاق همسر نخست است.

واژگان کلیدی: ازدواج، سلب حق، تعهد، طلاق، خسارت

---

\*Email: ha\_miri@gonbad.ac.ir

### مقدمه

پیمان‌های محدودکننده یا بازدارنده از انجام عمل حقوقی یا مادی، از دیرباز در میان مردمان رواج داشته است. اعتبار این قراردادها به‌ویژه از هنگامی که در دادوستدهای بازرگانی و رقابتی به شکل منع فعالیت در محلی خاص و یا نهی از انعقاد قراردادی بازرگانی با شرکت رقیب نمود یافته، از سوی حقوق‌دانان بررسی و تحلیل شده‌اند (Angelo and Ellinger, 1992: 465-466; Charman, 2007: 201ff) با وجود این، نوع خاصی از این پیمان‌ها را که سنخیتی با موارد بالا ندارد، در قلمرو روابط خانوادگی می‌توان دید. این مورد همان قرارداد عدم ازدواج دوباره است که طرح آن مایهٔ پیدایش نظریات گوناگونی میان پژوهشگران شده است.

بررسی این دیدگاه‌ها نشان می‌دهد که هرچند در نوشتارهای حقوقی و فقهی دانشگاهی، به بررسی «تعهد به عدم انجام عمل حقوقی و ضمانت‌اجرای نقض آن» و به‌طور ویژه، «تعهد به عدم ازدواج دوباره» پرداخته شده ولی جای افسوس هست که در برخی از آن‌ها، جز بازگویی بازگفته‌ها، سخن نوین و کارگشایی نمی‌توان یافت. این افسوس آنجا بیشتر می‌شود که جدای از ضرورت پژوهشی بنیادین در فقه ما که به حق در بسیاری از آثار بررسی شده مورد نظر قرار گرفته ولی، به مقررات کنونی، نوین و یا در حال تصویب<sup>۱</sup> پرداخته نشده و یا نگرش چندانی بدان‌ها انجام نگرفته است. باید به این امر نیز توجه داشت که گزینش این موضوع برای پژوهش، به بررسی مسئله بنیادین و اختلافی دیگری که همان مسئله ضمانت‌اجرای نقض تعهد منفی حقوقی است، منتهی می‌شود به طوری که در این راستا کوشش می‌شود که پاسخ پرسش‌هایی چون اینکه قرارداد حاوی منع مرد از ازدواج دوباره، به چه صورت‌هایی پدید می‌آید، چنان‌چه مفاد این عمل حقوقی گویای سلب حق باشد، در چه شرایطی معتبر است، آیا اصولاً تعهد به ترک ازدواج دوباره با ایرادی روبه‌روست، ضمانت‌اجرای تخلف از چنین تعهدی چیست و آیا می‌توان به زن به‌عنوان متعهدله امکان طلاق داد و سرانجام اینکه رویکرد قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در این زمینه چیست؟

### ۱. سرشت و چگونگی انشا

ممکن است زن در ضمن پیمان زناشویی شرط کند که همسرش حق گرفتن زن دوم را نداشته باشد و گاه ممکن است که مرد تعهد نماید، زن دوم نگیرد. اهمیت جداسازی میان این دو حالت از آن دید است که اگرچه این مسئله در راستای سنجش اعتبار ضمانت‌اجرای تعیین شده در برابر نقض عمل نقش دارد ولی، خود ماهیت عمل حقوقی ایجادشده نیز تأثیرگذار خواهد بود. بدین‌سان، عدم

۱ بسته به زمان نگارش و یا انتشار اثر.

ازدواج دوباره را به دو صورت می‌توان انشا کرد؛ گاه با انشای چنین عملی، توان حقوقی تخلف از مفاد عمل از مشروط‌علیه گرفته می‌شود که اگر وی خلاف آن را انجام دهد، از دید حقوقی فرض این است که هرگز عملی را انشا ننموده است. در دیگر حالت، پیامد انشای این عمل چیزی جز متعهد ساختن مشروط‌علیه به عدم ازدواج دوباره نیست و به‌خلاف باور برخی از استادان (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۶۸)<sup>۱</sup> حق و یا اختیار انجام کار مورد نظر از متعهد گرفته نمی‌شود. به دیگر سخن، هنگامی که از سلب حق سخن به میان می‌آید، گفت‌وگو از تعهد به عدم انجام عمل حقوقی بی‌معناست چه اینکه مفاد عمل حقوقی ناظر به سلب حق، جز گویای این امر نیست که متعهد از اساس، حق مورد منع و یا حق اعمال آن را نخواهد داشت. از این روی، ذکر نمونه‌هایی چون اینکه «کسی تعهد می‌کند خانه‌معینی را نخرد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۶۸)»، تعهد منجر به سلب حق تمتع نبوده و یا اینکه «بدهکاری تعهد کند که خانه‌خویش را تا پرداخت بدهی خود نفروشد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۶۸)»، به‌مانند تعهد به سلب حق استیفاء نیست.

## ۲. بررسی اعتبار

### ۲-۱. سلب حق به طور کلی (تحریم حلال)

گاه می‌توان با استناد به‌عنوان «سلب حق به‌طور کلی» که در حقوق از آن یاد شده و یا «تحریم حلال» که در فقه از آن سخن گفته می‌شود، به رویارویی با این عمل حقوقی پرداخت. از دید حقوقی، بر پایه ماده ۹۵۹، هیچ‌کس نمی‌تواند همه یا بخشی از حقوق خویش را به‌صورت کلی از میان برد. از دریچه فقه نیز پاره‌ای از امور حرام شرعی هستند همچون شرب‌خمر و در برخی دیگر، التزام همیشگی مایه تحریم و بطلان آن‌هاست، مانند انجام مکروهات و یا عدم انجام مباحات (میرزای قمی، ۱۳۸۱: ۶۵). البته، برخی دیگر از فقهیان (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۷۰-۱۶۷؛ مغنیه، ۱۳۷۲: ۲۶۸؛ ابن‌قدامه، ۱۴۰۵: ۴۴۹)<sup>۲</sup> میان احکام تکلیفی الزام‌آور و غیرالزام‌آور جدایی افکنده و شرط ترک ازدواج دوباره را درست شمرده‌اند.

پیرو همین امر، برخی از حقوق‌دانان (صفایی و امامی، ۱۳۸۲: ۵۹) در فرضی که اثر انشای عمل حقوقی، سلب حق ازدواج مرد با زن دیگری است، با دست‌جستن به ماده بالا چنین توافقی را به‌مانند سلب حق تمتع و نادرست دانسته‌اند. با وجود این، در راستای بررسی حکم این ماده، می‌توان دو فرض را به‌عنوان مصادیق اسقاط جزئی حق در نظر گرفت؛ فرض یکم جایی است که سلب حق

۱. البته، همان‌گونه که در ادامه خواهیم دید، دیدگاه این نویسنده از آنجا برمی‌خیزد که ایشان بر پایه مقررات، اثر انشای شرط ترک فعل حقوقی را همواره سلب حق می‌داند. (هم‌چنین نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۱۴۹).

۲. البته، برخی (ابن‌قدامه، ۱۴۰۵: ۴۴۸) صرف‌گنجاندن شرط عدم ازدواج را به‌مانند تحریم حلال دانسته‌اند.

ازدواج به صورت موقت انجام می‌پذیرد. در چنین حالتی برخوردی میان مفاد آن با حکم قانون‌گذار نیست زیرا، قرارداد عدم ازدواج دوباره، جزئی و محدود به زمان خاصی (مثلاً مدت جریان نکاح نخست) است (رفیعی، ۱۳۸۹: ۱۳۸؛ علامه، ۱۳۷۵: ۱۲۳). در برابر گفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۶۹) که عرف جامعه ما چنین عملی را موقت نمی‌داند و اینکه مفاد این عمل تا هنگامی جریان دارد که عقد نکاح پای بر جای بماند، با این ایراد روبه‌روست که در زبان عرف، امری موقت و گذراست که تا پایان زندگانی به درازا نکشیده و محدود به هنگام معینی باشد در حالی که دوره اجرای این عمل می‌تواند تا پایان زندگانی طول کشد چه اینکه نکاح دائم، اقتضای دائمی بودن داشته مگر اینکه امری مانع آن شود. با این برداشت، نتیجه چنین است که چون ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، حق گرفتن زن دوم را آشکارا به مرد داده است، سلب چنین حقی مشمول منع مقرر در ماده ۹۵۹ قانون مدنی خواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۶۹). در فقه نیز انشای این عمل به مانند تحریم امر حلالی و در نتیجه، مشمول عقد استثناء شده در قاعده «المؤمنون عند شروطهم الا شرط حرم حلالاً و حل حراماً» دانسته شده است (شهید اول، بی تا: ۱۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۶۲). در راستای گریز از این ایراد گفته می‌شود که اگر مدت اجرای مفاد این عمل مثلاً ده سال از هنگام ازدواج تعیین شود، مشکل سلب حق دیگر وجود نخواهد داشت (روشن، ۱۳۹۱: ۲۰۴). با وجود این، در نگاه برخی از حقوق‌دانان، سلب حق ازدواج در مدت ویژه و محدود نیز جزئی شمرده نشده است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۱: ۳۵) زیرا، منظور از جزئی بودن در مفهوم مخالف این ماده، ارتباط با مصداقی مشخص است، همچنان که در فقه نیز از فرض مدت خاص گفت‌وگویی به میان نیامده است (نک: میرزای قمی، ۱۳۸۱: ۶۵). پس آنچه در راستای اعتبارسنجی چنین عملی اهمیت دارد، مسئله تحریم حلال است هر چند محدود به مدت اندکی باشد. فرض دوم جایی است که حق ازدواج با زن معینی از مرد سلب شود همچنان که یکی از نویسندگان (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۳) پیرامون روایت نبوی بالا به همین باور رسیده است.

با این گفته‌ها روشن است که گزینش چهارچوب حقوقی برای منع مرد از ازدواج دوباره، در درستی آن مؤثر است. پس، اگر طرفین عدم ازدواج دوباره مرد را بخواهند، انتظار آن‌ها، زوال حق ازدواج دوباره مرد و یا زوال اختیار وی برای اعمال چنین حقی است. در نتیجه، در نخستین حالت، از اساس حق تمتع در آن مورد از مرد سلب و در حالت دوم، حق استیفا از وی سلب می‌شود.<sup>۱</sup> از

۱. در ادبیات حقوقی پیرامون سرشت عمل سلب حق اجرا، پراکندگی آرا دیده می‌شود به گونه‌ای که گاه سلب حق تمتع و اجرا یکی دانسته شده (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۱: ۳۴)، گاهی سلب حق اجرا همان سلب اختیار انجام عمل پنداشته

سوی دیگر، اراده طرفین می‌تواند پدیدآورنده تعهد بر عدم انجام حق باشد که در این حالت، نه اصل حق و نه اختیار اجرای آن گرفته می‌شود، بلکه تنها تعهد به عدم اجرا پدید می‌آید.

همچنین باید اشاره داشت که اگرچه در آغاز امکان تصور پیدایش چنین ماهیتی (منع ازدواج) به صورت تعهد به وسیله و یا نتیجه می‌رود - همچنان که برخی از نویسندگان (زارعت و مسجدسرای، ۱۳۸۰: ۶۷) این حالات را در چهارچوب شرط نتیجه بررسی کرده‌اند - ولی، راست این است که انشای این عمل به شکل شرط نتیجه به این معنا که پیدایش نتیجه، به نفس انشای مدنظر طرفین باشد، چیزی جز سلب حق ازدواج دوباره یا حق اعمال آن نخواهد بود. به سخنی بهتر، پنداشت انشای عمل حقوقی متضمن عدم ازدواج دوباره به صورت شرط نتیجه، جز در حالتی که به سلب حق می‌انجامد، ممکن نخواهد بود زیرا، اگر بر آن باشیم که شرط عدم ازدواج دوباره را در چهارچوب شرط نتیجه آورده و نتیجه را با نفس اشتراط پدیدآمده بدانیم - که مفاد شرط در اینجا همان عدم ازدواج دوباره است - انشاکندگان ناگزیرند که آفرینش این عمل حقوقی را در چهارچوب سلب حق آورده و بگویند که «از این هنگام به بعد تو حق ازدواج دوباره را نداری.» بنابراین، تصور انشای این عمل به گونه‌ای که خواست طرفین، ایجاد نتیجه با انشای عمل باشد، چیزی جز سلب حق نخواهد بود (زارعت و مسجدسرای، ۱۳۸۰: ۱۳۲) و اکنون که چنین است، تنها حالت متصور برای انشای عمل حقوقی به گونه‌ای که اثر آن تنها ایجاد تعهد به عدم ازدواج باشد، همان عملی است با ماهیت ترک یا تعهد به عدم انجام.

ناتوانی متعهد برای انجام عمل بازداشته شده، در حالتی که انشای عمل به سلب حق می‌انجامد، متفاوت از فرضی است که به عنوان ضمانت اجرای ناظر بر عدم ازدواج، از ناتوانی متعهد برای انجام خلاف تعهد سخن گفته می‌شود، چه اینکه فرض نخست، اثر اراده طرفین یعنی همان اثر مستقیم قرارداد است در حالی که مورد دوم، ضمانت اجرای نقض تعهد است.

---

(صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۱: ۳۵) و مصداق آن عمل فضولی عنوان شده و در جایی به همان معنای تعهد به ترک فعل بیان شده است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۱: ۳۵؛ روشن و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۵۰). به باور ما، تطبیق اثر سلب حق اجرا با اثر عمل فضول درست نیست زیرا، فرض نخست برآیند خواست و انشای طرفین است در حالی که فرض دوم، برخاسته از تجاوز به تکلیف قانونی مبنی بر عدم مداخله در حقوق دیگران است. در حقیقت، در فرض دوم هرگز سلب حقی روی نمی‌دهد.

۱. برای دیدن دیدگاه هم‌سان نک: شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۵۰.

## ۲-۲. تلقی توانایی ازدواج دوباره به عنوان حکم و ناسازگاری با مقتضای ذات ازدواج

برخی (زارعت و مسجدسرای، ۱۳۸۰: ۱۳۲)<sup>۱</sup> از اساس، اسقاط حق ازدواج دوباره را نپذیرفته بلکه تنها تعهد ترک آن را شدنی دانسته‌اند زیرا، به باور ایشان، اختیار ازدواج دوباره، حکم است و نه حق. به دیگر سخن، سلب حق تنها هنگامی ممکن است که رابطه حقوقی میان موضوع سلب شده با دارنده آن وجود داشته باشد. پس کسی نمی‌تواند اختیار خرید مال معینی را از خود بگیرد چون پیوندی میان وی، به عنوان متعهد قراردادی و موضوع آن نیست. یعنی چون تسلط یا حقی نسبت بدان ندارد که بخواهد آن را از خود سلب نماید بلکه، اگر هم سلب نماید، در اصل حکم را ساقط نموده است. بر پایه این برداشت، اسقاط حق ازدواج دوباره حتی پیرامون شخصی معین نیز قابل پذیرش نیست.<sup>۲</sup> به هر روی، این دیدگاه با مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ قانون مدنی که سلب حق به طور جزئی را پذیرفته است، ناسازگاری دارد، مفهومی که دلیلی بر بی‌اعتباری آن در دست نیست.

گاهی نیز به دلیل ناسازگاری این عمل با مقتضای ذات قرارداد، احتمال بطلان آن داده شده است (مغنیه، ۱۳۷۲: ۳۰۲-۳۰۱)<sup>۳</sup> که این احتمال نیز نادرست است؛ زیرا مقتضای ذات قرارداد آن است که پیمان به خاطر آن پدید آید که در صورت نبودن آن، گویی قراردادی بسته نشده است. در حالی که ذات ازدواج، پیدایش پیوند زناشویی میان طرفین آن است که توانایی انجام ازدواج‌های دیگر در درون آن نمی‌گنجد. بدین سان، حتی اگر همچون برخی از استادان (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۸۴) بتوان ذات قرارداد را به گونه‌ای تفسیر نمود که شرط ناسازگار با جهت قرارداد نیز بتواند به بی‌اعتباری آن بیانجامد، روشن است که در این حالت نیز عمل حقوقی که گویای عدم ازدواج دوباره است، برخوردی با مقتضای ذات ازدواج نخواهد داشت خواه مفاد این عمل سلب حق باشد و یا پیدایش تعهد.

## ۲-۳. برخورد با نظم عمومی و قاعده آمره

جز استناد به تحریم حلال برای مخالفت با امکان سلب حق ازدواج که ریشه در مخالفت با حکم شارع دارد، دیگر دلایل بررسی شده به گونه‌ای بازتاب‌دهنده اصلی‌ترین سبب رویارویی با درستی این عمل هستند. این دلیل همانا ناسازگاری با نظم عمومی و اخلاق حسنه است. چرا که

۱. برای دیدن برداشتی هم‌سان نک: محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۷۲-۲۶۸.

۲. اسقاط حق ازدواج نسبت به شخص معین برابر با مفهوم «تحریم حلال» در فقه نیست زیرا، تحریم حلال ناظر به دگرگونی عنوان حکم شارع با توافق است، در حالی که با اسقاط حق ازدواج با شخص معین یا خرید مالی معین، تحریم حلالی روی نمی‌دهد.

۳. در اینکه چرا خلاف قاعده عمومی، شرط خلاف مقتضای قرارداد سبب بطلان آن نمی‌شود، این‌گونه گفته می‌شود که ازدواج معاوضه‌راستین به‌شمار نمی‌آید.

پیوند زناشویی با شخصیت انسان گره خورده و امکان سلب چنین حقی وجود نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۴۸) و راست است که ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز گویای همین امر است. از این روی، روشن است که برخورد با نظم عمومی تنها در حالتی پنداشتنی است که اثر عمل حقوقی انشاء شده، سلب حق باشد نه تعهد به ترک آن. زیرا ماده یادشده نیز تنها به همین امر می‌اندیشد. به سخنی بهتر، در این ماده، حتی سلب حق استیفا نیز پذیرفته نشده است در حالی که تعهد بر انجام ندادن یا همان عدم اعمال اختیار مرد برای اختیار همسر دیگر، سلب حق نبوده و در نتیجه، علت حکم قانون‌گذار را نمی‌توان دربرگیرنده آن دانست. با وجود این، اگرچه پیرامون تعهد به عدم انجام ازدواج دوباره، ایراد سلب حق از اساس رخ نداده و به همین بهانه نمی‌توان در برابر آن، ایراد کلی بودن تعهد را مطرح ساخت (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۹۲) ولی، در جاهایی باید به نادرستی این عمل باور نمود همچون اینکه شرط شود که مرد حتی پس از طلاق زن دیگری نگیرد. با این حال، به نظر می‌رسد که برخلاف دیدگاه برخی از حقوق‌دانان (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۹۲)، در این فرض، نادرستی شرط، پیامد انشای عمل حقوقی ناسازگار با شخصیت انسان نباشد زیرا، حقی از مرد گرفته نمی‌شود بلکه، برخورد با نظم اجتماعی دلیل نادرستی چنین پیمانی است همچنان که در حقوق کامن‌لو، نظم عمومی هرگونه پیمان محدودکننده ازدواج را باز می‌دارد چه اینکه قرارداد بازدارنده از ازدواج به مانند مداخله در نهاد خانواده و ترویج بی‌اخلاقی بوده که در نتیجه، به دلیل ناسازگاری با نظم عمومی نادرست خواهد بود (Monahan, 2001: 93) حتی اگر شرط شود که چنانچه مرد ازدواج نماید، مبلغی به‌عنوان خسارت بپردازد (Stone, 2009: 361).

برخی از حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۸۸: ۴۳۰)<sup>۱</sup> دلیل دیگری برای بی‌اعتباری این عمل داشته و گفته‌اند که چون پیرو ماده ۹۴۲ قانون مدنی مرد می‌تواند چند زن داشته باشد، حتی تعهد به ترک ازدواج دوباره نیز به دلیل برخورد با این قاعده آمره نادرست خواهد بود. این برداشت نیز درست نیست زیرا ماده یادشده از اساس در مقام بیان فرض تقسیم ارث در فرض وجود چند همسر برای متوفی است و نه بیان حق چندهمسری مرد. به دیگر سخن، پیرو این ماده، اگر مرد توانسته باشد که چند زن بگیرد و سپس بمیرد، باید پیرو دستور این ماده رفتار شود و در نتیجه، چنانچه موردی برای اعمال دستور این ماده پدید آید، به این معناست که مانعی، خواه سلب حق یا تعهد به ترک ازدواج دوباره بر سر راه مرد برای ازدواج‌های دیگر موجود نبوده است. از این روی، روشن است که مقررۀ آمرانه‌ای درباره‌ی امکان

۱. اگرچه این نویسنده در آغاز این‌گونه می‌آورد: «زن بر شوهر شرط نماید که او حق ندارد زن دیگری بگیرد» ولی منظور از «حق ندارد»، سلب حق نبوده بلکه، تعهد به ترک است همچنان که خود ایشان چهارچوب حقوقی چنین شرطی را فعل منفی دانسته است.

چندهمسری در دسترس نیست تا توافق خلاف آن، چه در چهارچوب سلب حق و چه تعهد به عدم انجام آن نادرست شمرده شود و بررسی امر بدون وجود چنین مقررهای حتی اگر آمرانگی آن نیز فرض شود، ما را به بررسی حکم یا حق بودن اختیار ازدواج رهنمون می‌سازد که پیش‌تر بررسی شد.

همچنین، شماری از اندیشمندان (کاتوزیان، ۱۳۷۱) گفته‌اند که حتی اگر مفاد قرارداد گویای تعهد به ترک ازدواج باشد، این عمل به‌طور مطلق درست دانسته نمی‌شود بلکه ضمانت‌اجراهای مقرر برای آن، وضعیت درستی یا نادرستی آن را روشن خواهد ساخت. از این روی، چون ازدواج از حقوق وابسته به شخصیت انسان است، نه با توافق می‌توان دیگری را پایبند به ازدواج نمود و نه اینکه پیشاپیش قرارداد ازدواجی را باطل دانست. پس، تعیین ضمانت‌اجراهایی چون بطلان ازدواج دوباره برای سرپیچی از قرارداد، تأثیری بر ازدواج دوباره نخواهد گذاشت و در برابر، ضمانت‌اجرائی چون اعطای وکالت در طلاق بی‌اشکال است. با وجود این، اصولاً نادرستی ضمانت‌اجرا آسیبی به قرارداد ناظر به ترک ازدواج دوباره نمی‌زند بلکه، گو این است که ضمانت‌اجرائی از سوی طرفین برای سرپیچی از مفاد قرارداد مقرر نشده است.

### ۳. بررسی ضمانت‌اجراها

درباره عملی که مفاد آن سلب حق ازدواج دوباره است چه به‌طور کلی باشد و چه به‌گونه جزئی - البته، اگر به درستی آن باور نماییم - و یا عملی که مقتضای آن تنها پیدایش تعهد بر ترک ازدواج دوباره باشد، باید دید چه ضمانت‌اجراهایی قابل پذیرش است خواه از سوی طرفین پیش‌بینی شده یا ایشان پیرامون آن خاموش باشند.

#### ۳-۱. سلب حق

روی‌هم‌رفته، پیرامون نتیجه سلب حق سه دیدگاه دیده می‌شود؛ گاه گفته شده است (امامی، ۱۳۸۸: ۱۷۶)<sup>۱</sup> که چون مرد از اساس حقی نداشته یعنی، توان حقوقی برای انشای عمل حقوقی منع شده را از دست داده، گو این است که وی هرگز ماهیتی را انشا ننموده است. برخی دیگر اثر سلب حقی را که به‌صورت فعل درآید، زوال حق ندانسته بلکه تنها برای مشروطه حق فسخ قائل شده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۴). دیدگاه دیگر نیز می‌گوید که چنانچه متعهد برخلاف مفاد تعهد خویش زن دیگری گیرد، عمل حقوقی درست و دارای اثر کامل است زیرا، انجام عمل حقوقی بازداشته شده مستلزم تجاوز به حق عینی متعهدله نبوده است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۱: ۳۳-۳۲).

۱. برخلاف برداشت برخی از نویسندگان، توضیحات ایشان ناظر به دو فرض سلب حق یا تعهد به ترک عملی است نه جداسازی میان سلب حق تمتع و استیفاء. نگاهی ریزبینانه به جملات پایانی ایشان که می‌گوید: «تعهد به عدم اعمال آن» به خوبی این امر را نشان می‌دهد زیرا، اگر منظور سلب حق اجرا بود مثلاً می‌آورد: «حق انجام را ندارد».

به زبانی دیگر، پیرو واپسین دیدگاه، صرف نقض حقی که از تعهد برای متعهدله پدید می‌آید، برای بی‌اعتباری عمل حقوقی انجام شده با وجود سلب حق انجام آن کافی شمرده نشده چه بسا به این دلیل که امکان الزام متعهد به اجرای تعهد در فرض سلب حق ممکن نیست و یا اینکه وجود چنین حقی به‌عنوان تنها دلیل اعتباری عمل انجامی در مخالفت با تعهد کافی دانسته نمی‌شود. با وجود این، اگرچه ما برپایه قانون مدنی، پیرامون تعهد به ترک فعل و راستای بی‌اعتباری یا دست‌کم عدم‌نفوذ قراردادی که در مخالفت با مفاد چنین تعهدی انشا می‌شود، وجود حقی جدای از حق ناشی از تعهد برای متعهدله را بایسته می‌دانیم ولی، استناد به وجود حقی مستقل از حق برخاسته از تعهد در فرض تحلیل امر بر اساس سلب حق، آن هم لزوم وجود حق عینی را دارای توجیه و پایه قانونی نمی‌دانیم و همچنان که آمد، آن‌هایی که به عدم‌نفوذ عمل منع شده باور دارند، مستند خویش را تنها پیدایش حق از شرط برای متعهدله دانسته‌اند - که همواره این حق در هر تعهدی وجود دارد - اگرچه در فرض سلب حق، امکان الزام متعهد به اجرای تعهد متنفی است.

به باور ما، اگرچه شاید نتوان در چنین فرضی از عبارت عدم اهلیت بهره برد ولی، از دید اثر، در صورت سلب حق تمتع، وضعیت متعهد همچون بیگانه‌ای است که حق داراشدن اموال نامنقول را بیش از اندازه معینی نداشته و یا در فرض سلب حق استیفا، همچون دیوانه‌ای است که عمل حقوقی انشایی وی بی‌اثر است. به هر روی، خواه دلیل را نهی به کار بسته از سوی متعهدله بدانیم یعنی اینکه وی با سلب حق، فساد عمل حقوقی ممنوع را خواستار بوده و یا اینکه، فرض سلب حق را ناظر به سلب اختیار اجرای حق بدانیم یعنی، سلب اهلیت استیفا از مرد، نتیجه هر دو این است که چون انتظار زنی که حق همسر خویش را برای اختیار همسر دیگری سلب می‌نماید، ناتوانی همسر برای انشای ازدواج دوم است، مرد توان حقوقی برای انشای قرارداد ممنوع را نداشته و ازدواج دوم از اساس پدید نخواهد آمد.<sup>۱</sup>

### ۲-۳. تعهد به ترک

در جایی که ماهیت عمل بازدارنده از ازدواج دوباره در چهارچوب تعهد به ترک فعل حقوقی انشا می‌شود، در صورت تخلف از این تعهد، در دو حالت می‌توان ازدواج دوم را بی‌اعتبار دانست؛ مورد یکم، تصریح طرفین به بطلان ازدواج دوباره و مورد دوم، بی‌اعتباری قرارداد ازدواج انجام‌گرفته به‌عنوان اثر حقوقی عمل است. هر چند بررسی نخستین فرض و نتایج به‌دست‌آمده از آن بیشتر وابسته

۱. پرسش این است که اگر در حقوق ما، نقض قرارداد حاوی سلب حق، بی‌اثر است پس چرا قانون‌گذار در ماده ۸ قانون روابط موقت و مستاجر مصوب ۱۳۶۲ امکان فسخ قرارداد را به موجد می‌دهد؟ مگر نه این است که از دید حقوقی هرگز تخلفی روی نمی‌دهد تا به دنبال آن به موجد حق فسخ یابد؟ پاسخی که به اندیشه می‌رسد، این است که در اینجا، صرف نقض مادی برای پیدایش این حق کافی دانسته شده است.

به ویژگی‌های موضوع آن یعنی ازدواج است ولی، دومین فرض به‌طور کلی به یکی از برجسته‌ترین مسائل حقوقی می‌نگرد که در مورد دیگر تعهدات فعل منفی حقوقی نیز قابل اعمال است.

### ۳-۲-۱. بی‌اعتباری با تصریح

بطلان ازدواج دوباره می‌تواند پیامد تصریح به نبود حق ازدواج دوباره برای مرد باشد یعنی، همان سلب حق و زوال توان حقوقی برای انشای عمل ممنوع - اگر به درستی چنین عملی باور نمایم - و یا در صورت عدم باور به زوال توان حقوقی متعهد برای انشای عمل حقوقی بازداشته‌شده، ممکن است که به‌عنوان ضمانت اجرای نقض تعهد به بطلان ازدواج دوم تصریح شود.

چون حق ازدواج از حقوق وابسته به شخصیت آدمی است که با هیچ‌گونه توافقی نمی‌توان آن را سلب یا بی‌اعتبار ساخت، در هر دو حالت یادشده، تصریح به بی‌اعتباری ازدواج، اعتباری نخواهد داشت. با این حال، در فرض دوم، آیا چنین امری سبب بطلان قرارداد عدم ازدواج دوباره نیز می‌گردد یا اینکه تنها ضمانت اجرای مقرر بی‌اثر است؟ نویسنده‌ای (باریکلو، ۱۳۸۱) با استناد به ماده ۳۴۸ قانون مدنی عوض قرارداد و این ضمانت اجرا را امری نامشروع و بی‌اعتبار دانسته است. برخی دیگر (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۴۸) نیز به‌طور ضمنی گفته‌اند که چنین تعهدی به دلیل برخورد با نظم عمومی، الزامی به همراه نخواهد داشت. این در حالی است که از یک سو، استناد به این ماده یادشده که پیرامون اموال است، درباره نکاح درست نبوده<sup>۱</sup> و از سوی دیگر، موضوع تعهد به عدم ازدواج دوباره، تنها ترک ازدواج دوباره است و ضمانت اجرای (بطلان) امری است فرعی و چون پیرو قواعد شروط ضمنی قرارداد، نادرستی شرط نامشروع به بی‌اعتباری قرارداد نمی‌انجامد، نادرستی ضمانت اجرا اثری بر تعهد نداشته و با بطلان ضمانت اجرا گو این است که تعهدی بدون ضمانت اجرا وجود دارد.

### ۳-۲-۲. بی‌اعتباری به‌عنوان اثر عمل

در سه صورت می‌توان به بطلان یا عدم‌نفوذ عمل حقوقی که در مخالفت با تعهد انجام یافته است، باور نمود؛ گاه بی‌اثری ازدواج دوباره، به دلیل نبود توان حقوقی برای انشای آن است. گاه بطلان، اثر نهی است و هرچند شاید میان این فرض با نخستین حالت هم‌سانی باشد ولی به‌واقع در حالت نخست، انشای عمل منجر به زوال حق می‌شود، درحالی‌که در فرض دوم، اثر نهی مستقیم به اعتبار قرارداد انجام شده می‌تازد و آن را نافذ نمی‌گرداند با آنکه قاعدتاً در وجود حق برای انجام امر منع‌شده، تردیدی نیست. سرانجام، عدم‌نفوذ پیامد نقض حق حاصل از تعهد برای متعهدله است.

۱. این نویسنده با اینکه در جای دیگری (باریکلو، ۱۳۸۱: ۵۸) مستند خویش را برای بایستگی وجود مالیت و منفعت عقلایی مواد ۱۹۰ و ۲۱۵ قانون مدنی قرار داده، در اینجا به ماده ۳۴۸ قانون مدنی دست می‌جوید.

## ۱-۲-۳. زوال توان انجام عمل مخالف به عنوان اثر حقوقی

در فقه امامی، گفت‌وگوهای بسیاری در زمینه ضمانت اجرای تخلف از شرط (فعل یا ترک فعل) انجام گرفته است. در این زمینه، یک مبنا این است که از شرط حقی به سود مشروطه برمی‌خیزد که نقض آن، تجاوز به حق اوست. ناگفته روشن است که صرف تجاوز به حق نباید بهانه‌ای بر بی‌اعتباری عمل حقوقی انجام شده باشد بلکه، دارنده حق باید بتواند میان اعتبار یا بی‌اعتباری آن یکی را برگزیند (عدم نفوذ یا فسخ). دومین مبنا که مرتبط است با این بخش از بررسی، گویای زوال توان حقوقی برای انجام عمل حقوقی ممنوع است که در نتیجه، چون متعهد توانایی برای انجام آن عمل نداشته، گو این است که در جهان اعتبارات چنین عملی هرگز پدیدار نمی‌شود. دلیل این امر، استناد به عموم قاعده وفای به شرط است<sup>۱</sup> که دربرگیرنده همه حالات مرتبط با عمل حقوقی منع شده، خواه پیش از نقض و خواه پس از آن می‌شود و راست است که این بنیان، آشکارا گویای اعمال شیوه اجرای عینی در برابر نقض تعهد در فقه امامی است<sup>۲</sup>. لزوم وفای به مفاد تعهد در قانون نیز هست و همچون تفسیر ضرورت انجام تعهد از نگاه شارع، از دید قانون‌گذار نیز این لزوم ارزشمند است.

در حقوق نیز برخی (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۳: ۵۵) پیرو این مبنا، مرد را فاقد توان حقوقی برای انجام ازدواج دوباره دانسته و حکم به بی‌اعتباری ازدواج دوم داده‌اند و شماری دیگر (محقق داماد، ۱۳۸۰: ۶۳؛ روشن، ۱۳۹۱: ۲۰۴؛ روشن و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۵۰-۲۵۱)<sup>۳</sup> نیز به شکل خاصی پیرامون ضمانت اجرای تخلف از تعهد به عدم ازدواج دوباره، البته از دید قانونی، از مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی به این برداشت رسیده‌اند، هرچند این استدلال را به عنوان قاعده درباره ضمانت اجرای تخلف از تعهد به عدم انجام عمل حقوقی ارائه نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۵۴؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۷۵؛ سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳: ۱۹۲)<sup>۴</sup> تا جایی که این دیدگاه، به عنوان

۱. به نظر می‌رسد که سردمدار این دیدگاه، شیخ مرتضی انصاری باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶). بررسی این دیدگاه از حوصله این نوشتار بیرون و نیازمند نوشتاری جداگانه درباره ضمانت اجرای تعهد به عدم انجام عمل حقوقی است.

۲. برای آشنایی کامل با این دیدگاه‌ها، (نک: محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۷۴-۲۵۴).

۳. در این اثر بی‌آنکه دلیل قانونی به دست داده شود، اثر تعهد به ترک ازدواج متفاوت از اثر دیگر تعهدات منفی حقوقی دانسته و در نتیجه، اثر تعهد به ترک ازدواج دوباره سلب حق بیان شده است. به نظر می‌رسد که در این برداشت، تعهد به ترک یا سلب حق استیفا در هم آمیخته شده است.

۴. نویسنده دوم برای اثبات درستی باور خویش، به جمله‌ای از برخی نویسندگان حقوقی (امامی، ۱۳۸۸: ۱۵۸) دست جسته است در حالی که فرض مورد بررسی نویسنده مورد ارجاع، تصریح به سلب حق بوده نه به عنوان ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی. برخی از حقوق دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۴۹) نیز اگرچه دلیل باورداشت خویش را به میان نیاورده ولی، به بطلان عمل حقوقی ممنوع نظر داده‌اند.

قاعده‌ای عام، به طور کامل موجه و سازگار با موازین حقوقی دانسته شده است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۵۴) اگرچه پیرامون شرط عدم ازدواج، مبنای نخست برگزیده و با دست‌جستن به وجود حق متعدده، ازدواج دوم غیرنافذ دانسته شده است<sup>۱</sup> (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۷۵-۲۷۴). این مبانی پذیرفتنی نیست زیرا، اصولاً تصریح شرع یا قانون به ضرورت پایبندی طرفین به مفاد تعهد، چیزی جز بازگویی خواست طرفین نیست و هنگامی که اینان به جای گزینش راهکار سختگیرانه‌تری - یعنی، سلب حق - تنها ترک آن را خواسته‌اند، چه نیازی به سخت‌گیری شارع یا قانون‌گذار است؟ از این گذشته، هرچند در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ و به‌عنوان قاعده‌ای عام گفته شده است که فسخ قرارداد آسیبی به تصرفات حقوقی نمی‌زند ولی، به واقع، سخن پی‌گرفته و به‌عنوان استثنا به منع صریح یا ضمنی توجه و برای نقض چنین امری ضمانت اجرا تعیین شده است. در این زمینه، همان‌گونه که همان استاد نامور (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۷۶) گفته است، ماده ۴۶۰ قانون مدنی که درباره شرط خیار است، نوعی از اعمال مفاد مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی است زیرا، دلیل وجود این مواد که ویژه «تصرفات منافی حق خیار» است، این بوده که در شرط خیار، برخلاف دیگر خیارات، سبب خیار با توافق طرفین قرارداد پدید آمده و با آگاهی از آن، به‌طور ضمنی توافق نموده‌اند که هنگام برهم خوردن قرارداد، مبیع به‌عنوان موضوع قرارداد، آزاد و رها برای بازگشتن به فروشنده باشد. بنابراین، چنین ضمانت‌اجرایی در قلمرو توافق ضمنی رفته و قانون‌گذار نیز در اصل، مفاد این توافق را بازگو می‌نماید. پس، مواد یادشده به‌دنبال اعلام حکم فراگیری درباره اثر فسخ قرارداد بر تصرفات طرفین بوده‌اند که البته، این امر پیرامون فسخ‌هایی به‌کار می‌رود که طرفین آگاه بر آن نباشند یا سبب آن پس از قرارداد پدید آمده باشد. از همین روی و به‌عنوان حکمی عام، در آغاز ماده ۴۵۴ قانون مدنی می‌آید: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود...» ولی، چون درباره چنین اختیاراتی آن توافق ضمنی نیست، قانون‌گذار منع از تصرف را وابسته به توافق نموده است. با این توضیح‌ها روشن می‌گردد که ماده ۴۶۰ قانون مدنی درباره شرط، گونه‌ای از توافق ضمنی بوده

۱. برخی از استادان (صفایی و امامی، ۱۳۹۱: ۶۸) با اینکه در ویرایش‌های آغازین کتاب خویش تنها مطالبه خسارت را پذیرفته‌اند ولی، در واپسین ویرایش، از عدم نفوذ نیز نام برده‌بی‌آنکه مبنای آن را به میان آورند. این دیدگاه از آن دید جالب است که یکی از این نویسندگان در نوشتار دیگری عدم نفوذ را درجایی به عنوان ضمانت‌اجرای نقض تعهد تنها پذیرفته است که پای نقض حق عینی در میان باشد.

۲. هرچند در نوشتار دیگری (محقق داماد، ۱۳۸۰: [ب]: ۶۲)، با استناد به مواد یادشده (چه بسا مفهوم مخالف ماده ۴۷۴ قانون مدنی و تفسیر واژه «می‌تواند» در آن، به توانایی انجام عمل حقوقی تأییدکننده این برداشت باشد)، به بطلان ازدواج دوباره باور نموده‌اند.

که در این ماده از آن نام برده شده است. این سخن را این‌گونه نیز می‌توان گفت که ماده ۴۵۴ از حالتی سخن می‌گوید که تصرفات انتقال‌دهنده عین و منفعت، بازداشته‌شده و ماده ۴۵۵ از فرضی سخن به میان می‌آورد که در آن تصرفات مقیدکننده مبیع منع شده است. پیرو این مواد، تصرفات باید به گونه صریح یا ضمنی نهی شده باشد. پس، به نظر می‌رسد که آنچه در این دو ماده به‌عنوان ضمانت اجرا آمده، نه از جهت نبود توان حقوقی برای تخلف از تعهد بلکه، به دلیل سلب حق بوده است. به زبانی بهتر، مبنای ضمانت اجرای آمده در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵، سلب حق انجام عمل حقوقی در ناسازگاری با تعهد بوده و به همین خاطر، به بی‌اعتباری عمل تصریح شده است که واژه «باطل است» در ماده ۴۵۴ قانون مدنی این احتمال را تقویت می‌نماید. با این حال، به نظر می‌رسد که می‌بایست بطلان را تنها پیرامون تعهد پیش‌بینی شده به‌صورت شرط نتیجه پنداشت چه اینکه به دلیل لزوم پیدایش نتیجه شرط هم‌زمان با انشای آن، به ناچار باید پذیرفت که توانایی انجام عملی خلاف مفاد شرط از متعهد گرفته می‌شود در حالی که در تعهد به ترک فعل، این اختیار همچنان برای متعهد باقی است. به‌هرروی، از این دو ماده نمی‌توان ضمانت اجرای عامی در زمینه تعهد به ترک فعل حقوقی برداشت نمود (چه اینکه این مواد ویژه اثر سلب حقند) در حالی که اگر دلیل وضع این ضمانت اجرا، پیدایش حقی از شرط به سود مشروطه بود، می‌بایست حکم به عدم نفوذ عمل حقوقی داده می‌شد ولی، واژگان «باطل است»<sup>۱</sup> و «زوال حق»، بطلان را می‌رساند نه «عدم نفوذ» را. با همه این‌ها، برخی از حقوق‌دادن (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۵) پیرامون استناد به مبنای پیدایش حق از شرط باور دیگری داشته و گفته‌اند<sup>۲</sup>: «هرگاه از اسقاط حق استنباط گردد که مشروط‌علیه فقط در برابر مشروطه متعهد به عدم اجرای حق خود است نه به‌طور کلی، مثل اینکه منظور از تعهد به فروختن مال معین، تعهد به فروختن آن به مشروطه باشد نه دیگری، هرگاه مشروط‌علیه آن مال را به غیر بفروشد، معامله به‌لحاظ نادیده‌گرفتن حق مشروطه نسبت به آن مال معین غیرنافذ است. اما، اگر همراه ایجاد حق برای متعهدله نباشد، مثل تعهد بر عدم نکاح با زن معین؛ این تعهد اگر چه حق عینی برای متعهدله

۱. حتی اگر قانون‌گذار همچون ماده ۴۵۴ قانون مدنی از عبارت «باطل می‌شود» نیز بهره گرفته بود، امکان بارکردن آن بر معنای عدم نفوذ بود.

۲. هرچند این تفسیر درباره اسقاط یا سلب حق با شرط فعل است - اگرچه روشن نیست که چگونه با شرط فعل، حق سلب می‌گردد - ولی، از آنجاکه این نویسنده در بخش مربوط به «سلب یا اسقاط حق» در حال بررسی موضوع بوده و از سوئی، به ناممکن بودن سلب حق ازدواج هرچند با شخص معینی باور داشته و در نتیجه، تنها تعهد به ترک آن را می‌پذیرد، باید تفسیر ایشان را پیرامون شرط ترک فعل حقوقی دانست. توضیح‌های دیگر ایشان تأییدکننده این برداشت خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۷: ۵۰).

ایجاد نمی‌کند و اگر ازدواج کند، نکاح باطل نخواهد بود، اما، از حیث خسارت احتمالی تخلف معتبر است». در راستای تأیید این دیدگاه که وجود حق مستقلی از حق برخاسته از تعهد برای متعهدله را لازم می‌بینید، می‌توان گفت که قانون‌گذار، مواد یادشده را در بخش «احکام‌خيارات به‌طور کلی» آورده است که این نشان می‌دهد، صرف وجود شرطی درباره منع از تصرف، دلیل بی‌اثری عمل حقوقی نیست. به سخنی بهتر، پیدایش حق از تعهد به ترک تصرف حقوقی، تنها دلیل ضمانت‌اجرای مقرر در این مواد نیست بلکه، حق جداگانه دیگری نیز باید باشد که همانا این حق در زمینه فسخ قرارداد، امکان تصرف بی‌درنگ مشروطه پس از فسخ قرارداد در مبیع است یعنی اینکه وی باید بتواند بدون مزاحم و گو اینکه هرگز قراردادی بسته نشده است، در موضوع پیمان تصرف نموده و به وضعیت پیش از بستن قرارداد بازگردد. جدای از این‌ها، می‌توان گفت آنچه ماده ۴۵۴ قانون مدنی مقرر داشته، متفاوت از مفاد ماده ۴۵۵ است. زیرا، این ماده می‌گوید: «...موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد، مگر این که شرط خلاف شده باشد» که می‌توان منظور از شرط خلاف را شرط مخالف با عدم زوال حق با فسخ قرارداد دانست یعنی اینکه شرط شود، با فسخ، حق وثیقه از میان رود و ناگفته پیداست که با این وصف، مفاد دو ماده از هم متمایز شده به این معناکه این ماده، به بیان فرض تصریح دارنده حق فسخ به فروپاشی تصرفاتی می‌نماید که منجر به تعلق موضوع قرارداد به دیگری شود، گو اینکه شرط فاسخی در قرارداد گنجانده شده و عملی که سبب فسخ خود به خودی قرارداد می‌گردد، فسخ قرارداد است. حتی اگر این وجه تمایز این دو ماده را نپذیریم، می‌توان گفت که ماده ۴۵۴ باید در پرتو ماده ۴۵۵ قانون مدنی تفسیر شود به این معناکه ماده ۴۵۵ در این امر آشکار است که زوال حق، پیامد مستقیم تصریح بدان با فسخ قرارداد است و از این روی، آنچه ماده پیشین می‌گوید نیز باید در همین راستا تفسیر شود یعنی اینکه، بطلان اجاره تنها به دنبال گنجاندن شرط عدم انتقال و نقض آن نیست بلکه نتیجه تصریح به رخداد آن با فسخ است که بدین ترتیب باید پذیرفت که منظور از واژگان «باطل است» در این ماده، همان انفساخ بوده است آن هم با نگرش به اینکه قانون‌گذار در جای دیگری درباره اجاره به جای واژه انفساخ، بطلان را به کار بسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۳۴). حتی، با چشم‌پوشی از همه آنچه گفته شد، می‌توان گفت که ماده ۴۵۵ از «زوال حق» سخن می‌گوید حال آنکه در ماده پیشین از «بطلان» نام برده شده است. این در حالی است که اگر بی‌اعتباری عمل حقوقی بازداشته شده اثر مستقیم یا ضمانت‌اجرای حقوقی تخلف از شرط بود، باید همچون ماده ۴۵۴ قانون مدنی گفته می‌شد که «رهن بی‌اثر است» در حالی که

قانون‌گذار از هنگام فسخ آن را فروپاشیده می‌شمارد.<sup>۱</sup> البته، در برابر برداشت پایانی می‌توان گفت که اثر اصلی قرارداد رهن، پیدایش وثیقه برای گروگیرنده در راستای تضمین دریافت طلب خویش بوده و روشن است تا هنگامی که نوبت به بهره‌گیری از وثیقه به دلیل عدم پرداخت بدهی نرسد، جز وجود تکالیف فرعی برای طرفین، اثر برجسته دیگری بر قرارداد بار نیست<sup>۲</sup> و از همین روست که قانون‌گذار در یک حکم کلی، از «زوال حق» سخن می‌گوید نه بطلان قرارداد.

به هر روی، با توضیح‌های بالا نتیجه چنین است که صرف شرط عدم ازدواج به معنای نهی منتفی‌کننده نتیجه تخلف از آن نیست به‌ویژه چنانچه ضمانت‌اجرائی برای آن پیش‌بینی نشده که اگر هم به بطلان ازدواج دوباره تصریح شده باشد، چنین ضمانت‌اجرائی بی‌اثر است. دیگر اینکه، این دو ماده قصد بیان ضمانت‌اجرای تخلف از شرط ترک فعل را ندارند به‌ویژه آنکه قانون‌گذار به‌دنبال بیان امکان جمع فسخ با تصرف در مال بوده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۹) نه بیان ضمانت‌اجرای تخلف از شرط ترک فعل و از همین روی، در آغاز هر دو ماده بیان می‌شود که فسخ آسیبی به تصرف نمی‌زند مگر شرط خلافی شده باشد. همچنین، بر فرض که این دو ماده تأییدکننده ناتوانی متعهد برای انجام امری خلاف مفاد تعهد باشد، با نگرش به آنچه گفته شد، نمی‌توان از آن‌ها قاعده‌ای فراگیر درباره ضمانت‌اجرای نقض شرط ترک فعل حقوقی برداشت نمود چه اینکه این برداشت از دید موضوع از بحث ضمانت‌اجرای شرط ترک فعل حقوقی متمایز بوده و در نتیجه، حتی نمی‌توان گفت<sup>۳</sup> که این دو ماده حاوی حکمی استثنایی است. وانگهی حتی اگر بپذیریم که قانون‌گذار در این دو ماده در جایگاه بیان حکم عامی بوده است، چگونه می‌توان ضمانت‌اجرائی را که در زمینه معاملات به معنای اخص است دربرگیرنده ازدواج نیز دانست؟<sup>۴</sup> افزون بر این‌ها، به‌دنبال این دیدگاه، شرط ناظر به ترک عمل حقوقی است، همواره مایه سلب توان حقوقی برای انشای عمل بازداشته خواهد شد خواه طرفین آن آشکارا به نبود قدرت انشا یا اختیار انجام عمل حقوقی تصریح کنند و یا نه و خواه مفاد آن را به گونه شرط نتیجه

۱. برای دیدن دیدگاهی هم‌سان (نک: اصلانی، ۱۳۸۶: ۱۸).

۲. وجود رهن تصرف حالتی است که نیاز به توافق جداگانه گرودهنده و گیرنده داشته و از فرض اطلاق قرارداد رهن که مورد نظر قانون‌گذار بوده، بیرون است.

۳. برخی حکم این دو ماده را استثنایی و از این روی، قیاس‌ناپذیر دانسته‌اند؛ (نک: اصلانی، ۱۳۸۶).

۴. برخی از نویسندگان (باریکلو، ۱۳۸۱: ۵۶) نیز استدلال هم‌سانی داشته و از آنجا که دو ماده یادشده پیرامون معامله «مال» است، ازدواج دوباره را از دید موضوعی بیرون از قلمرو آن‌ها دانسته‌اند.

پی ریزند و یا تنها تعهد مشروط‌علیه را برای ترک انجام عملی بخواهند در حالی که این اثر مشترک پذیرفتنی نیست.<sup>۱</sup>

### ۲-۲-۳. بطلان به‌عنوان اثر نهی

برخی از نویسندگان (ایزدی‌فرد و کامیار، ۱۳۸۹: ۱۷۳) گفته‌اند که پیرو ادله شریعتی، عمل حقوقی که تعهد بر ترک آن شده (مانند ازدواج دوباره)، حرام گشته و چون نهی مقتضای فساد است، نکاح دوم باطل خواهد بود. این برداشت در حالی به‌میان‌آمده است که حتی اگر فرض شود پیرو ادله شریعتی، نقض شرط پدیدآورنده حکم تکلیفی بر حرمت آن است، دست‌جستن به نهی برای ابطال نکاح دوباره جایی نخواهد داشت زیرا، برخلاف نهی در عبادات - که دیدگاه مشهور بر فساد عمل نهی استوار شده است (مظفر، ۱۳۸۹: ۳۱۱) و با وجود دیدگاه‌های گوناگون درباره اثر نهی بر اعتبار قراردادهای دیدگاه کلی این است که اصولاً نهی در معاملات مقتضای فساد نیست مگر در موارد ویژه‌ای (محمّدی، ۱۳۸۳: ۶۳) و در جایی نهی مایه بی‌اعتباری ازدواج دوم می‌گردد که سلب حقی از انشای عمل حقوقی روی دهد. البته گفته شد که اعتقاد به امکان سلب حق ازدواج، دیگر شانس برای بررسی ضمانت‌اجرای آن بر جای نمی‌گذارد. این در حالی است، عمل حقوقی که مفاد آن پیدایش تعهد به ترک ازدواج دوباره است، مشمول هیچ‌یک از موارد منتهی به بی‌اعتباری عمل انجام شده نمی‌شود. اگر هم این‌گونه گفته شود که شرط ترک ازدواج دوباره، در واقع یکی از ارکان ازدواج دوباره، یعنی توان حقوقی برای ابراز اراده را از مشروط‌علیه می‌گیرد، این گفته، همان سلب توان حقوقی برای انجام عمل حقوقی و ادعای دیگری است که به باور ما قابل‌پذیرش نخواهد بود.

جدای از این، نهی انجام‌گرفته از سوی طرفین برای انشای عمل حقوقی که نهی از مسبب است، در صورتی به زوال توان حقوقی برای انجام عمل ممنوع منجر می‌گردد که اقتضای نهی از اساس چنین باشد که همانا چنین امری در فرض سلب حق پدیدار خواهد شد. به دیگر سخن، صرف نهی از ازدواج از سوی یکی از طرفین قرارداد و انعقاد عمل حقوقی با چنین مفادی، برخلاف حالتی که شارع یا قانون‌گذار آشکارا مسبب را نهی می‌نماید (مظفر، ۱۳۸۹: ۳۱۴)، به سقوط توان مشروط‌علیه برای انجام عمل حقوقی ممنوع نمی‌انجامد چه اینکه توانایی هر کسی برای آفرینش عملی وابسته به این است که از دید شارع یا قانون‌گذار توانا برای انجام آن باشد و سلب چنین توانایی از سوی

۱. از دید رویه قضایی نیز نمی‌توان به دیدگاه یکسانی رسید، چه اینکه روشن‌ترین مورد طرح این چالش در دادگاه‌ها، در زمینه اثر پشت‌نویسی با وجود خط زدن واژگان «حواله‌کرد» در سند تجاری (قابل انتقال) دیده می‌شود. (نک: میری و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۳۷).

۲. برای آشنایی با این دیدگاه‌ها، (نک: زراعت، ۱۳۸۴: ۱۰۰-۷۵)

اشخاص، تنها در فروض ویژه‌ای ممکن است که قانون مدنی درباره این فروض، تنها سلب حق به طور جزئی را پذیرفته است. پیاده‌سازی این موارد قانونی نیز هنگامی پنداشتنی است که طرفین هنگام منع از انجام کاری، آشکارا چنین مقتضایی (سلب حق) را برای عمل حقوقی خویش خواسته باشند.

### ۳-۲-۳. عدم نفوذ به عنوان اثر نقض حق

گفته شد که در فقه این نظر هست که چون از شرط حقی بر می‌خیزد، در حقیقت، نقض شرط تجاوز به حق متعهدله است. برخی از نویسندگان (ایزدی‌فرد و کاویار، ۱۳۸۹) از همین دیدگاه پیروی کرده و در زمینه مورد گفت‌وگو حکم به «بطلان» ازدواج دوباره داده‌اند. این درحالی است که پیرو قانون مدنی و تفسیری که پیرامون آن ارائه شد، اگر شرط ترک کاری منجر به پیدایش حق مثبتی به غیر از حق موجود از انشای خود تعهد برای متعهدله شود، می‌توان پذیرفت که تخلف از شرط، به مانند نادیده گرفتن حق متعهدله بوده و در نتیجه، عمل انجामी، «غیرنافذ» است. پس، آن حقی که وجود آن در نگاه قانون‌گذار برای بی‌اعتباری عمل ممنوع اهمیت دارد، در زمینه این عمل حقوقی مصداقی ندارد زیرا، پیرامون شرط عدم ازدواج نمی‌توان به وجود حق دیگری برای متعهدله باور نمود. حتی اگر از این خرده چشم پوشیده و دیدگاه مطرح را به همان‌گونه بپذیریم، نهایت می‌توان گفت که عمل حقوقی انجामी در مخالفت با تعهد، نافذ نیست (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۶۱-۲۶۰ و ۲۷۵-۲۷۴؛ نفعی‌پور و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۰۲-۱۰۱) چرا که سبب برخورد با این عمل، تجاوز به حق دیگری است نه اینکه در راستای اثبات بطلان نکاح دوم، به نقض حق متعهدله با انجام عمل ممنوع استناد شود (ایزدی‌فرد و کاویار، ۱۳۸۹). البته، برخی از نویسندگان (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۵۰) با دست‌جستن به همین مبنا، به پیدایش حق فسخ برای متعهدله باور نموده‌اند زیرا، کسی که شرط به سود او بوده، با در نظر گرفتن شرط اقدام به انشای قرارداد می‌نماید که بررسی آن را در آینده خواهیم دید.

### ۳-۲-۳. طلاق

امکان طلاق زن در فرض سرپیچی مرد از مفاد تعهد به ازدواج نکردن را در دو انگاره می‌توان بررسی کرد. یکم، تصریح طرفین به چنین اختیاری است که به‌طور معمول با اعطای وکالت در طلاق روی می‌دهد و دوم، عدم تصریح و اعطای چنین اختیاری به زن برپایه دیگر قواعد است.

#### ۳-۲-۳-۱. با تصریح

از نگاه برخی از نویسندگان، عمل حقوقی بازدارنده از ازدواج دوباره هنگامی درست است که حاوی ضمانت اجرای روایی همچون اعطای وکالت در طلاق برای زن نخست باشد. به نظر می‌رسد، جدای از ریشه فقهی، دلیل اصلی این باورداشت، ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی باشد همچنان که آشکارا

در تفسیر این ماده گفته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹)<sup>۱</sup> که قانون‌گذار در جایگاه بیان تنها فرض درست برای انشای این عمل حقوقی (ترک ازدواج) بوده است. واژگان این ماده چنان روشن است که جای تردیدی در زمینه امکان انشای وکالت در طلاق به‌عنوان ضمانت اجرا به‌صورت شرط نتیجه بر جای نخواهد گذاشت.

با وجود این، قانون‌گذار در این ماده بر آن نیست که وکالت در طلاق را به‌عنوان تنها ضمانت اجرای مشروع در فرض سرپیچی مرد از مفاد تعهد بیان نماید زیرا، این ماده از اساس به‌دنبال بیان امکان اعطای حق وکالت در طلاق به زن و بیان نمونه‌های آن بوده است نه تصریح به تنها ضمانت اجرای مجاز برای عمل حقوقی بازدارنده از ازدواج دوباره.

### ۲-۳-۲. بدون تصریح

در صورتی که طرفین به‌عنوان ضمانت اجرای نقض تعهد، تصریحی درباره وکالت برای طلاق ننموده باشند، آیا می‌توان بر پایه قواعد عمومی به زن امکان طلاق داد؟ پیش از پاسخ باید توجه نمود که برخلاف دیدگاه برخی از حقوق‌دانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۳۹۷) که صرف ازدواج دوباره مرد را بر پایه بند ۱۰ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ حتی در صورت دریافت اجازه همسر نخست یا دادگاه، سبب پیدایش حق مستقلی برای زن نخست دانسته‌اند، به باور ما، ضمانت اجرای بند یکم ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ را بخش یکم از بند دهم ماده ۸ همان قانون با تصریح به امکان درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش بیان می‌دارد همچنان که بند دوم آن درباره رعایت عدالت اشاره به ماده ۱۷ می‌نماید. به‌دیگرسخن، لازمه پیوند منطقی میان دو بخش از بند بالا، ارائه این تفسیر است که نخستین بخش، پیرامون فرض عدم دریافت اجازه همسر نخست و یا دادگاه و بخش دوم ناظر به فرض دریافت این اجازه و ناتوانی برقراری عدالت در عمل است. دلیل ایجاد دیدگاه مورد مناقشه این است که قانون‌گذار در راستای دسته‌بندی موارد طلاق، از ضمانت اجرای ماده ۱۶ در ماده ۸ سخن گفته است در حالی که در راستای گریز از پیدایش ابهام نیک آن بود که در ماده ۸ اشاره‌ای به ماده ۱۶ می‌کرد.<sup>۲</sup>

۱. شماری از پژوهشگران فقهی و حقوقی (مکارم شیرازی، بی‌تا: ۱۱۵؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰: ۲۳؛ باریکلو، ۱۳۸۱: ۵۴) نیز بر این باورند که این شرط هنگامی درست است که موجب پیدایش حق وکالت در طلاق برای زوجه گردد و چنانچه در این شرط گفته شود که در صورت تخلف از شرط ازدواج دوم باطل است، چنین شرطی باطل خواهد بود.

۲. این امر درجایی که قرارداد عدم ازدواج وجود داشته و سپس، زن به مرد اجازه گرفتن همسر دیگری را می‌دهد یا اینکه مرد از دادگاه چنین اجازه‌ای بدست می‌آورد، نیز قابل بررسی است زیرا، در نشست قضایی، نظر اکثریت کمیسیون بر عدم اعمال تعهد یاد شده در فرض کسب اجازه استوار شده، خواه به دلیل حفظ نهاد خانواده، پاسداری از روح قانون

به هر روی، چه بسا پیرو این عبارات امکان بیان این امر بود که وقتی به دست نیاوردن اجازه همسر نخست برای ازدواج دوباره، به زن امکان طلاق می‌دهد به طریق اولی، در صورت وجود تعهد به ترک ازدواج دوباره در عقد نکاح، این امکان برای همسر نخست موجود باشد چه اینکه وجود عمل حقوقی بازدارنده از ازدواج دوباره به مانند عدم رضایت برای این کار است یعنی زن، پیشاپیش عدم رضایت خویش را به ازدواج دوباره مرد بیان کرده و فرض این است که این نارضایتی در طول پیمان زناشویی وجود دارد.

با وجود این، اگر هم تا پیش از تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ می‌توانستیم بر نسخ بند ۱۰ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ بر مبنای ماده ۳ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های مدنی خاص باور نماییم (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۶۶)، همچنان امکان طلاق زن نخست بر اساس عسر و حرج وجود داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۹۵-۳۹۲) ولی با تصویب قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ این امر را باید دوباره سنجید.

پیرامون قانون نوین و در گام نخست، ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط مربوط به تجویز ازدواج دوباره مرد، یعنی امکان درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش برای همسر نخست، سازگار با تحلیلی است که پیش‌تر در زمینه ارتباط میان مواد ۸ و ۱۶ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ به میان آمد. همچنین، باید افزود که اگرچه ماده ۲۳ لایحه حمایت خانواده می‌گفت: «اختیار همسر دایم بعدی<sup>۱</sup>، منوط به اجازه دادگاه پس از احراز توانایی مالی مرد و تعهد اجرای عدالت بین همسران می‌باشد» که بدین سان ازدواج دوباره مرد آشکارا وابسته به جمع سه قید شده بود که برخلاف قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، چیزی درباره رضایت همسر نخست دیده نمی‌شد ولی، پس از انجام گفت‌وگوهای بسیار، نگارندگان لایحه به ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ بازگشته و در ماده ۲۳ رضایت همسر نخست را در کنار مواردی چون ناتوانی همسر نخست به انجام وظایف زناشویی افزودند. با وجود این، هر چند سرانجام این ماده به طور کلی از متن حذف شد ولی، در همان حال قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ از قلمور مقررات منسوخ بیرون رفت. اکنون پرسش این است که دادگاه در راستای

باشد و خواه بر مبنای سقوط تعهد با رضایت همسر نخست (باختر، ۱۳۸۹: ۳۱۴-۳۱۳ و ۲۵۵). البته، گاهی نیز بر کاربرد مطلق تعهد نظر داده شده است (باختر، ۱۳۸۹: ۲۶۶ و ۳۱۳). اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه‌ای به اعمال مطلق شرط تمایل نشان داده است (نظریه ۷/۷۶۹۸ اداره حقوقی سال ۱۳۷۲، نک: باختر، ۱۳۸۹: ۱۹۸).

۱. متن نخست لایحه، عبارت «ازدواج دائم دوباره» را در برداشت. با وجود این، هر چند مفهوم مخالف آن به روشنی می‌رساند که «ازدواج موقت» مشمول آن نمی‌شود ولی، راست این است که برخلاف پنداشت برخی از نویسندگان (رفیعی، ۱۳۸۹: ۱۴۳) این ماده مفهوم مخالف نداشت.

تجویز ازدواج دوم مرد (ماده ۴) است، چگونه باید رفتار کند؟ در یک نظر، با نگرش به عدم نسخ صریح قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، ماده ۱۶ و بند ۱۰ ماده ۸ آن همچنان پای برجا است. این دیدگاه به ویژه بر اساس بررسی روند تصویب این قانون و روی آوری بازنویسان آن در ویرایش های پایانی لایحه به مفاد ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ استوارتر خواهد شد. در برابر، می توان گفت که از یک سو، ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ بر پایه لایحه قانونی تشکیل دادگاه های مدنی خاصّ نسخ شده و اگر چه مطابق قانون نوین حمایت از خانواده، قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ آشکارا نسخ نشده است ولی، چون مقررّه منسوخ با از میان رفتن نسخ، زندگانی خویش را باز نمی یابد، اعتباری برای ماده ۸ بر جای نخواهد ماند. جدای از این، با وجود عدم نسخ صریح قانون پیشین، باید پذیرفت که در عمل، قانون نوین قانون پیشین را نسخ ضمنی نموده است. در نتیجه، با نگرش به خاموشی قانون گذار و اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی باید به دیگر منابع رجوع کرد که چه بسا دادرسی با الهام از متن آغازین ماده ۲۳ لایحه حمایت خانواده که بازتاب دهنده بخشی از مفاد ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و دیدگاه مشهور فقهی است، تنها به امکان اجرای عدالت میان همسران یا در نهایت آن، اخذ تعهدی در این زمینه از وی با ملاحظه توانایی مالی بنگرد. با این حال، باید دید در دیگر موارد همچون در جایی که زن از وظایف خویش سرباز زده یا سوء رفتاری دارد، تکلیف چیست و در این موارد آیا دادرسی امکان تجویز اختیار همسر دیگر را به مرد دارد؟

باورداشت به نسخ صریح یا ضمنی همه یا بخشی از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ با لایحه قانونی یاد شده و یا قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ قابل پذیرش نیست زیرا، این لایحه از سوی نهادی تصویب شده است که مصوبات آن توانایی نسخ قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی را ندارد چه اینکه پیرو قانون اساسی، یگانه نهاد شایسته برای قانون گذاری، مجلس شورای اسلامی است که از دید همین قانون، تنها قانون اساسی بر قوانین مصوب این نهاد برتری داشته و مصوبات آن جز از راه تصویب قانون از سوی همان مجلس قابل نسخ نیست<sup>۱</sup>. حتی اگر از ناتوانی مصوبات این شورا برای نسخ قانون عادی چشم پوشیم، نهایت باید قائل به تردید در زمینه نسخ یا عدم نسخ قانون شد و اینک که لایحه اشاره شده، به عنوان مقررّه تردیدافکن، پیرو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بی اثر شده، جایی برای اعتقاد به نسخ موادی از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ باقی نمی ماند. همچنین،

۱. برای دیدن نتیجه هم سان نک: ملک افصلی، ۱۳۷۸: ۱۶۵؛ هدایت نیا، ۱۳۸۱: ۶۸-۶۷؛ شریف، ۱۳۸۴: ۲۴۱-۲۳۹. اگر چه این نویسنده تنها به طرح گفته ها و پرسش های پیرامون برتری مصوبات این شورا و شایستگی قانون گذاری موازی آن با مجلس شورای اسلامی بسنده نموده است.

نمی‌توان گفت که قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ نسخ‌ضمنی قانون ۱۳۵۳ است زیرا، از یک سو بررسی روند تصویب و نگارش آغازین قانون نخست نشان می‌دهد که قانون‌گذار با آگاهی کامل در ماده ۵۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، به نسخ قانون مصوب ۱۳۵۳ تصریح ننموده و در نتیجه، باورداشت به نسخ‌ضمنی تنها در مواردی ممکن است که برخوردی میان مقررات این دو قانون باشد در حالی که در زمینه شرایط لازم برای تجویز اختیار همسر دوم چنین برخوردی دیده نمی‌شود.

در پایان جالب است که برخی از استادان به جای تلاش برای توجیه امکان طلاق همسر نخست مرد به دلیل سرپیچی او از مفاد تعهد، به امکان اجبار مرد به طلاق همسر دوم باور نموده آن هم با اینکه خود قائل به محدودیت موارد انحلال نکاح هستند ولی، جای شگفتی است که اگر زن نخست می‌تواند به‌عنوان متعهدله به دلیل نقض تعهد، جدایی زن و شوهری را بخواهد، چرا همو با همین برداشت نتواند از همسر خویش طلاق گیرد؟

#### ۴-۲-۳. فسخ

امکان فسخ ازدواج برای همسر نخست مرد به‌عنوان متعهدله یا براینده تصریح است و یا به‌عنوان ضمانت اجرای قانونی نقض پیمان.

#### ۱-۴-۲-۳. با تصریح

برخی (رفیعی، ۱۳۸۹ [الف]: ۱۴۱) گفته‌اند که طرفین می‌توانند به‌عنوان ضمانت اجرای سرپیچی از مفاد چنین تعهدی به امکان فسخ نکاح تصریح نمایند با این برداشت که وضعیت این تعهد را با شرط صفت می‌توان برابری داد و گفت که شرط صفت نیز گونه‌ای از خیار شرط است که در آن قانون‌گذار اختیار برهم‌زدن نکاح را داده و اکنون که به‌عنوان ضمانت اجرای قانونی امکان فسخ نکاح در فرض سرپیچی از شرط صفت است. پس، طرفین نیز باید بتوانند به آن تصریح نمایند. با وجود این و پیش از پاسخ‌گویی به این برداشت باید به دو مسئله نگریست؛ نخستین مسئله پیرامون امکان توافق طرفین برخلاف قواعد عمومی است بدین معنا که در همان آغاز بتوانند به‌جای الزام متعهد به انجام تعهد، فسخ قرارداد را بخواهند. مسئله دیگر این است که آیا می‌توان مورد نوینی را به موارد فسخ نکاح افزود؟ هرچند مشهور حقوقی، نخست به اجبار متعهد نظر داده‌اند ولی، با چشم‌پوشی از این امر و حتی با استناد به امکان فسخ نکاح در صورت تخلف از شرط صفت نیز نمی‌توان به اختیار طرفین برای تصریح به امکان فسخ در فرض نقض تعهد به عدم ازدواج دوباره باور نماییم، خواه تعهد، فعل حقوقی باشد یا مادی. زیرا، موارد انحلال نکاح محدود به آن‌هایی است که در قانون آمده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۶۲؛ کاتوزیان، ۱۳۵۶: ۱۰۰-۹۹؛ امامی، ۱۳۸۸: ۳۷۳-۳۷۲). شرط

صفت در قرارداد ازدواج از آن دید اهمیت دارد که شخصیت و ویژگی های طرفین دلیل اصلی پیدایش این پیمان است در حالی که عدم ازدواج، وصف نیست بلکه فعل است.

#### ۲-۴-۲-۳. بی تصریح

اگر چه برخی از نویسندگان (باریکلو، ۱۳۸۱: ۵۴) پیدایش حقّ برهم زدن قرارداد ازدواج را برای زن نخست نادرست و حتی، سبب بی اعتباری شرط یا قرارداد دانسته اند؛ با این حال، فقهای امامی به طور کلی، در فرض سرپیچی از مفاد تعهد، خواه انجام کار باشد و خواه وجود صفتی، قائل به وجود حق فسخ شده اند (گرجی، ۱۳۶۲: ۵). برخی از نویسندگان (رفیعی، ۱۳۸۹ [الف]: ۱۴۲-۱۴۱) نیز به همین راه رفته و این امر را با نگرش به قواعد عمومی شدنی دانسته و گفته اند که پیرو مواد قانون مدنی پیرامون تخلف از شرط فعل (مواد ۲۳۶ تا ۲۳۸ قانون مدنی)، پیدایش حقّ فسخ برای زن مطابق با قاعده است زیرا، هنگامی که تخلف از شرط صفت، حق فسخ می آفریند، چنانچه شرط ترک فعل حقوقی همچون عدم ازدواج باشد، به طریق اولی برای مشروطه حق فسخ خواهد بود. اینان در برابر ایراد سستی نهاد خانواده با چنین باوری گفته اند که خود قانون گذار در شرط صفت از این سستی چشم پوشیده است پس، در شرط فعل نیز نمی توان سستی نهاد خانواده را دلیل قانع کننده ای برای ردّ این دیدگاه دانست.

با این حال، حتی، اگر در راستای اعطای حقّ فسخ قرارداد به گسترش قواعد فراگیر شروط در زمینه ضمانت اجرای نقض شرط به قرارداد نیز باور نماییم، در این برداشت به سرشت شروط صفت و فعل و ضمانت اجرای مقرر برای آن ها به درستی نگریسته نشده است زیرا، نیک می دانیم که در همان هنگام اشتراط صفت، خواه مورد، لزوم وجود رنگی معین برای مبیع باشد یا دوشیزگی در نکاح، در هنگام انشای عمل، موضوع قرارداد یا طرف قرارداد دارای آن ویژگی بوده است یا خیر که در صورت نبود چنین وصفی، حق فسخ تنها راهکار جبرانی برای مشروطه قلمداد شده و این امر که وی به شیوه دیگری همچون پیدایش وصف راضی شود، امر فرعی است در حالی که در شرط فعل، واداشتن متعهد به انجام آن یا انجام آن از سوی دیگران، سازوکاری است که متعهدله از طریق آن می تواند به خواسته خویش رسد و چنانچه این هم شدنی نباشد، حق فسخ، واپسین چاره است. پس، قانون گذار با دادن اختیار فسخ در صورت تخلف از وصف، برخلاف قاعده رفتار ننموده است. افزون بر این، در اینکه چرا قانون گذار با اعطای چنین حقّی به مشروطه به سستی نهاد خانواده ننگریسته، پاسخ را باید در سرشت شرط صفت که در بالا توضیح داده شد، جست و جو کرد به این معنا که از یک سو، اعطای این اختیار تنها راه موجود برای مشروطه بوده و از سوی دیگر، از دید اولویت و ارجحیت در مقایسه با شرط فعل، حقّ فسخ در نکاح توجیه پذیرتر از تلاش برای بقای آن است. برای نمونه، پیرامون دوشیزگی زوجه به عنوان یکی از شروط بنایی طرفین در ازدواج، آیا می توان گفت که نبود آن هم ردیف است با شرط

انجام کار معین. یا صفاتی که در دیگر قراردادها همچون لزوم وجود رنگ معینی برای مبیع مدّ نظر است. وانگهی آنچه آشکارا از قانون مدنی برمی آید، این است که برخلاف دیگر قراردادها تنها اسباب ویژه‌ای به فسخ ازدواج منتهی می‌شوند که افزودن بدان‌ها تنها از سوی قانون‌گذار شدنی است.

### ۳-۲-۵. دریافت خسارت

همچون طلاق و فسخ، پرداخت غرامت به‌دنبال نقض تعهد را در دو فرض حکم قانون و تصریح طرفین می‌توان بررسی نمود.

#### ۳-۲-۵-۱. به‌عنوان اثر قانونی

برخی از اندیشمندان (صفایی و امامی، ۱۳۸۲: ۵۹) گفته‌اند که در فرض نبود ضمانت اجرای مشروعی همچون وکالت در طلاق، تنها امکان درخواست خسارت برای زوجه بر جای می‌ماند در حالی که برخی دیگر در عمل چنین امکانی را منتفی دانسته‌اند.

اگر اصل مسئله پیرامون این باشد که در فرض تخلف از مفاد تعهد به ترک ازدواج دوباره، ورود چه زیانی بر ذی‌نفع متصور است، در پاسخ باید این زیان را زیانی روحی و روانی ناشی از عدم وفاداری مرد به همسر نخست خویش دانست. ولی، چنانچه پرسش پیرامون چگونگی ارزیابی پولی زیان معنوی باشد، بدین معنا که دادگاه چگونه به ارزیابی درد و رنج روحی زن بپردازد، مسئله نیاز به تحلیلی مستقل دارد که در قلمرو این نوشتار نمی‌گنجد.

#### ۳-۲-۵-۲. با تعیین وجه التزام

دیدیم که چگونگی ارزیابی پولی زیان معنوی مانع اصلی در راه مطالبه خسارت برای همسر نخست است. آسان‌ترین راه برای گشایش این تنگنا، بهره‌گیری از وجه التزام است همچنان که برخی از نویسندگان (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]: ۲۴۹) از آن یاد کرده‌اند. بهره‌گیری از نهاد وجه التزام در زمینه تعهد به ترک ازدواج دوباره در حقوق ما آن هم با توجه به نمای ماده ۲۳۰ قانون مدنی بسیار سودمند خواهد بود حتی اگر بگوییم که با سرپیچی مرد، زیان روحی برای زن روی نداده و یا اگر هم رخ دهد، بسیار ناچیز است. البته، اگر از ظاهر ماده یاد شده گذشته و میان شرط جریمه مالی و شرط پیش‌بینی خسارت جدایی افکنیم، نتیجه متفاوت خواهد بود.

#### نتیجه

قرارداد یا شرط منع‌کننده مرد از ازدواج، سلب‌کننده حق ازدواج دوباره وی است و یا اینکه تنها تعهدی مبنی بر ترک ازدواج دوباره را بر دوش وی می‌گذارد. اگرچه از دید قانون، در فرضی که سلب حق پیرامون ازدواج با شخص خاص و یا در زمانی معین است، ایرادی نیست ولی، در دکتترین حقوقی هر دو عمل بی‌اثر دانسته شده است. در زمینه تعهد به ترک ازدواج دوم، برخی نادرستی ضمانت اجرا

را سبب بی‌اعتباری تعهد دانسته‌اند درحالی‌که نادرستی ضمانت‌اجرای ناروا اصولاً نباید آسیبی به اصل تعهد زند. به هر روی، در میان ضمانت‌اجراهای گوناگون قابل‌ارائه برای تخلف مرد از تعهد یادشده، همسر نخست وی به‌عنوان متعهدله می‌تواند بر پایه قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ درخواست طلاق خویش را مطرح نماید. نه‌تنها قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ از میان‌برنده این امکان نیست بلکه، با حذف موانعی که منجر به ابهام در وجود مقررات قابل‌استناد شده بود، گام استواری در تأیید این دیدگاه برداشته است.

## منابع

## فارسی

- اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۶)، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی برآرای امام خمینی (ره)»، پژوهش نامه متین، شماره ۳۶: ۲۰-۱.
- اختر، احمد (۱۳۸۹)، ازدواج و طلاق در آیینة قوانین و رویه قضایی، چاپ دوم، تهران: خرسندی.
- امامی، حسن (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، جلد چهارم، قم: اسلامیه.
- ایزدی فرد، علی اکبر و حسین کاویار (۱۳۸۹)، «شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق»، مطالعات زنان، ۳: ۱۷۷-۱۵۹.
- باریکلو، علی رضا (۱۳۸۱)، «قرارداد عدم ازدواج مجدد»، اندیشه های حقوقی، (۲)، ۱۴.
- بجنوردی، محمد (۱۳۷۳)، «شرط ترک ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح از جانب زوجه»، حقوقی و قضایی دادگستری، ۱۱: ۶۹-۴۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، حقوق خانواده، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- حاجی علی، فریبا (۱۳۹۱)، «بررسی فقهی-حقوقی شرط ضمن عقد نکاح مبنی بر عدم ازدواج مجدد زوج»، فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۵۶: ۵-۲۰.
- رفیعی، محمدتقی (۱۳۸۹)، «نقد و بررسی ماده ۲۳ لایحه حمایت از خانواده»، شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، ۴۸: ۱۸۲-۱۳۳.
- رفیعی، محمدتقی (۱۳۸۹)، «تأملی فقهی و حقوقی در شرط عدم ازدواج مجدد»، پژوهش حقوق و سیاست، ۲۸: ۱۱۳-۱۴۸.
- روشن، محمد (۱۳۹۱)، حقوق خانواده، چاپ یکم، تهران: جنگل جاودانه.
- روشن، محمد، حسن فدایی و محمد آذین (۱۳۹۳)، «ضمانت اجرا و اثر قرارداد در جلوگیری از ازدواج مجدد»، خانواده پژوهشی، ۳۸: ۲۳۵-۲۵۳.
- زراعت، عباس (۱۳۸۴)، «دلالت نهی بر فساد منهی عنه و نظریه بطلان»، دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، ۱۲: ۷۵-۱۰۰.
- زراعت، عباس و حمید مسجدسرایبی (۱۳۸۰)، متون فقه ۲، قم: خط سوم.
- سعادت مصطفوی، مصطفی (۱۳۸۳)، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، ۲۴: ۱۷۲-۲۰۰.
- سیدی علوی، حسین (۱۳۸۲)، «شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد زناشویی»، مطالعات اسلامی، ۶۱: ۷۷-۱۰۴.
- شریف، محمد (۱۳۸۴)، «جایگاه قانون شورای عالی انقلاب فرهنگی و مرتبه مصوبات آن»، پژوهش حقوق و سیاست، ۱۵ و ۲۱۳: ۱۶-۲۴۸.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۷)، شروط ضمن عقد، چاپ دوم، تهران: مجد.

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵)، حقوق خانواده: ازدواج، طلاق و فرزندان، چاپ دوم، تهران: سمت.
- صفایی، حسین و اسدالله امامی (۱۳۸۲)، مختصر حقوق خانواده، چاپ ششم، تهران: میزان.
- صفایی، حسین و اسدالله امامی (۱۳۹۱)، مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- صفایی، حسین و مرتضی قاسم‌زاده (۱۳۸۱)، اشخاص و محجورین، چاپ هفتم، تهران: سمت.
- علامه، مهدی (۱۳۷۵)، حقوق مدنی (شروط باطل و تأثیر آن در عقود)، تهران: مانی.
- فهیمی، عزیزالله (۱۳۸۳)، «شرط مخالف کتاب و سنت»، پژوهش‌های فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۳ و ۴.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۶)، «نقش قراردادهای خصوصی در نکاح»، حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۲۰: ۱۰۵-۸۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، حقوق خانواده (ازدواج و طلاق)، جلد نخست، چاپ چهارم، تهران: بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد پنجم، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، عقود معین، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۲)، «مواردی از جواز فسخ نکاح در مذاهب پنج‌گانه اسلامی»، مقالات و بررسی‌ها، ۳۸ و ۳۹: ۱-۸.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۰)، بررسی فقهی حقوقی خانواده و انحلال آن، چاپ هشتم، تهران: الجواد.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۰)، قواعد فقه: بخش مدنی ۲، چاپ چهارم، تهران: سمت.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ هفدهم، تهران: دانشگاه تهران.
- مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۲)، فقه تطبیقی، ترجمه: کاظم پورجوادی، تهران: ماجد.
- میرزای قمی (۱۳۸۱)، جامع‌الشتات: کتاب‌النکاح، بازگردان: ابوالقاسم گرجی و عیسی ولایی، تهران: دانشگاه تهران.
- ملک‌افضلی، محسن (۱۳۷۸)، «جایگاه و اعتبار مصوّبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، حکومت اسلامی، سال سیزدهم، ۲: ۱۴۴-۱۷۴.
- میری، حمید، سیروس شهریاری و مصطفی عابدین‌پور (۱۳۹۶)، «بررسی تحلیلی برخی از جنبه‌های حقوقی برات از دریچه لایحه نوین تجارت»، پژوهش‌های حقوقی، ۳۲ (۲۰۹-۲۴۴).
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۲)، «تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، حقوقی دادگستری، ۹: ۴۵-۵۴.
- نخعی‌پور، قاسم، محمد و علی رضوی (۱۳۹۶)، «نقدی بر مقاله بررسی فقهی و حقوقی ضمانت‌اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، آموزه‌های فقه مدنی، ۱۵: ۷۹-۱۰۹.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۱)، «جایگاه حقوقی شورای عالی انقلاب فرهنگی و اعتبار آن»، رواق اندیشه، ۸: ۷۰-۵۳.

## عربی

- ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن احمد (۱۴۰۵ق)، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، جلد هفتم، بیروت: بی جا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، الجزء ۵، قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویہ الثانیہ لمیلاد الشیخ الاعظم النصارى.
- شمس الدین محمد بن مکی العاملی (بی تا)، اللمعه دمشقیه، جلد دوم، بیروت: بی جا.
- زین الدین الجعلی العاملی (بی تا)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، المجلد الخامس، بیروت: مؤسسه لاعلمی للمطبوعات.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۸۹)، اصول الفقه، جلد یکم، تهران: خرسندی.
- مکارم شیرازی، ناصر (بی تا)، کتاب النکاح، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۶۸)، کتاب البیع، جلد پنجم، قم: اسماعیلیان.

## انگلیسی

- Angelo, A.H, Ellinger, E.P. (1992), "Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States", the Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 14: 455-506.
- Charman, M. (2007) Contract Law, 4th Ed, Milton: Willan Publishing.
- Monahan, G. (2001) Essential Contract Law, 2nd Ed, Cavendish Publishing Limited.
- Stone, R. (2009) the Modern Law of Contract, 8th Ed, Taylor & Francis.