



بررسی فقهی حقوقی

انواع شروط ضمن عقد نکاح و ضمانت اجرای آن

با تأکید بر شرایط مندرج در عقدنامه

دکتر عبدالله جوان



پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

بهار ۱۴۰۲

جوان، عبدالله، ۱۳۶۰-
بررسی فقهی حقوقی انواع شروط ضمن عقد نکاح و ضمانت اجرای آن با تأکید بر شرایط مندرج در عقدنامه / عبدالله
جوان - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۴۰۲.
هشت، ۱۹۱ص. - (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۶۷۲: حقوق و فقه اجتماعی؛ ۸۴)
بها: ۹۰۰۰۰۰ ریال
ISBN: 978-600-298-461-6
فهرست‌نویسی براساس اطلاعات فیفا.
کتابنامه. ص. [۱۸۵] ۱۹۱؛ همچنین به صورت زیرنویس.
۱. زناشویی (فقه) -- ایران. ۲. Marriage (Islamic law) -- Iran. ۳. زناشویی -- قوانین و مقررات -- ایران.
۴. Marriage law -- Iran. ۵. شروط (حقوق) -- ایران. ۶. Conditions (Law). الف. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
BP۱۸۹/۱ ۲۹۷/۳۶
شماره کتابشناسی ملی
۹۱۱-۱۰۷



بررسی فقهی حقوقی انواع شروط ضمن عقد نکاح و ضمانت اجرای آن با تأکید بر شروط مندرج در عقدنامه

مؤلف: دکتر عبدالله جوان

ویراستار: محمدسالم محسنی

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

صفحه‌آرایی: تحریر اندیشه

چاپ اول: بهار ۱۴۰۲

تعداد: ۳۰۰ نسخه

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم-سبحان

قیمت: ۹۰۰۰۰ تومان

کلیه حقوق برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.
قم: ابتدای شهرک پردیسان، بلوار دانشگاه، نیش میدان علوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵-۳۲۱۱۱۱۰۰
(انتشارات ۳۲۱۱۱۳۰۰) نمابر: ۳۲۸۰۳۰۹۰، ص. پ. ۳۱۵۱-۳۷۱۸۵
تهران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، کوی اُسکو، پلاک ۴، تلفن: ۶۶۴۰۲۶۰۰
www.rihu.ac.ir info@rihu.ac.ir
فروشگاه اینترنتی: http://rihu.ac.ir/fa/book
مرکز یخش: قم، خیابان معلم، مجتمع ناشران، طبقه همکف، پلاک ۲۷، تلفن: ۰۲۵-۳۷۸۴۲۶۳۵-۶

سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی به منظور شناخت، برنامه‌ریزی و ضبط و هدایت پدیده‌های انسانی در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر است و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظر گرفتن واقعیت‌های عینی، فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع شرط اساسی پویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهش‌ها در هر جامعه است.

پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک‌سو و اسلام به‌عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این‌رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازننگری و بومی‌سازی مبانی و مسائل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی علیه‌السلام، بنیان‌گذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری «دفتر همکاری حوزه و دانشگاه» را در سال ۱۳۶۱ فراهم کرد و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت استادان حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و در سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه تاکنون در ایفای رسالت سنگین خود خدمات فراوانی به جامعه علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار بیش از ۶۷۰ عنوان کتاب و شش نشریه علمی اشاره کرد.

این اثر به عنوان منبع درسی درس حقوق خانواده برای دانشجویان رشته فقه و حقوق، فقه و مبانی حقوق اسلامی و حقوق، به ویژه حقوق خصوصی در همه مقاطع و نیز حوزویان متناسب با درس فقه استدلالی و حقوق مدنی خانواده قابل استفاده است.

از استادان و صاحب نظران ارجمند تقاضا می شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، این پژوهشگاه را در جهت اصلاح کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار مورد نیاز جامعه دانشگاهی یاری دهند.

در پایان پژوهشگاه لازم می داند از تلاش های مؤلف محترم اثر، آقای دکتر عبدالله جوان و نیز از ارزیاب محترم، حجت الاسلام والمسلمین دکتر فرج الله هدایت نیا سپاسگزاری کند.

فهرست مطالب

مقدمه	۱
۱. طرح موضوع و اهمیت آن	۱
۲. اهداف اصلی پژوهش	۳
۳. پرسش‌های پژوهش	۳
۴. پیشینه پژوهش	۴
۵. روش پژوهش	۵
۶. ساختار پژوهش	۶
۷. مفهومی‌شناسی	۶
۷-۱. عقد	۶
۷-۲. نکاح	۷
۷-۳. شرط	۱۰
۷-۴. شرط ضمن عقد	۱۴
۷-۵. شروط مندرج در عقدنامه	۱۷

فصل اول: انواع شروط ضمن عقد نکاح

الف) شرط ضمن عقد به لحاظ انواع مشروط	۲۱
۱. شرط فعل	۲۱
۲. شرط صفت	۲۲
۳. شرط نتیجه	۲۳
تحلیلی از شرط نتیجه	۲۵
ب) شرط ضمن عقد به لحاظ صحّت و فساد شرط	۲۷
۱. بحثی در تأثیر فساد شرط در عقد	۲۸
۲. ضوابط کلی صحت شرط	۳۰
۲-۱. شرط باید برای مشروط‌علیه مقدور باشد	۳۰

۳۳ شرط باید دارای غرض عقلایی باشد
۳۳-۲ شرط باید مستلزم امر محال نباشد
۳۴-۲ شرط باید منجز باشد
۳۶-۲ شرط باید در متن عقد ذکر شود
۳۶-۲ شرط باید معلوم باشد
۳۹-۲ شرط باید خلاف مقتضای عقد نباشد
۴۰ مقتضای عقد نکاح
۴۴-۲ شرط باید مخالف کتاب و سنت نباشد
۴۵ معنای مخالفت شرط با کتاب و سنت
۴۶ ۱. بررسی شمول ضابطه نسبت به مباحات
۴۹ بررسی احتمالات
۵۰ مراد از شرط محرم حلال
۵۱ برخی از موارد استعمال «تحریم حلال» در آیات و روایات
۵۸ دیدگاه‌های دیگر در معنای شرط محرم حلال
۵۹ ۱. مراد از شرط محرم حلال شرط تشریح است
۵۹ نقد
۶۰ ۲. مراد از شرط محرم حلال، شرط نافی حق استفاده از حلال است نه شرط ترک حلال
۶۱ نقد
۶۱ ۳. مراد از شرط محرم حلال، شرط ترک حلال‌هایی است که حلیت آن مطلق و غیرقابل تغییر است
۶۲ نقد
۶۲ ۴. مراد از شرط محرم حلال، شرط ترک حلال‌های تأسیسی است، نه حلال‌های امضایی
۶۳ نقد
۶۴ ۵. مراد از شرط محرم حلال، شرط ترک کلی و دائمی یک فعل حلال است نه ترک موردی یا موقت
۶۵ نقد
۶۹ بررسی روایتی که تصور شده با ضابطه منافات دارد
۷۴ حکم قسم و عهد یا نذر بر ترک تزوج
۷۸ نتیجه‌گیری
۷۸ ۲. بررسی شمول ضابطه نسبت به الزامات و ملاک تشخیص حق از حکم
۸۱ تعیین قوانین امری و تکمیلی در نکاح
۸۴ مهم‌ترین نتایج مباحث این فصل

فصل دوم: ضمانت اجرای شروط ضمن عقد نکاح

۸۷ مقدمه
۸۹ ضمانت اجرا در اقسام مختلف شرط
۸۹ الف) شرط نتیجه

۹۰	ب) شرط صفت
۹۱	ج. شرط فعل
۹۱	۱. شرط فعل مادی
۹۳	۲. شرط فعل حقوقی
۹۳	۳. شرط ترک فعل مادی
۹۴	۴. شرط ترک فعل حقوقی
۹۵	امکان‌سنجی انحلال نکاح از طریق فسخ
۹۷	بررسی مشروعیت انحلال نکاح از طریق خیار اشتراط
۹۸	الف) ادله مشروعیت جریان خیار اشتراط در نکاح
۹۸	۱. بنای عقلا
۱۰۱	۲. نفی ضرر مشروطه
۱۰۲	ب) ادله عدم مشروعیت جریان خیار اشتراط در نکاح
۱۰۲	۱. ذکر نشدن خیار اشتراط در روایات و متون فقهی
۱۰۲	نقد و بررسی
۱۰۴	۲. امکان‌ناپذیری اقاله نکاح
۱۰۵	نقد و بررسی
۱۰۵	۳. بطلان شرط خیار در نکاح
۱۰۶	نقد و بررسی
۱۰۷	۴. لغو شدن جعل طلاق برای انحلال نکاح
۱۰۸	نقد و بررسی
۱۰۹	۵. اجماع
۱۰۹	نقد و بررسی
۱۱۰	نتیجه مباحث این فصل

فصل سوم: بررسی شروط مندرج در عقدنامه نکاح

۱۱۴	الف) انتقال تا نصف دارایی زوج به زوجه، احکام و آثار
۱۱۸	مبحث اول: بررسی نوع شرط و ضمانت اجرای آن
۱۲۰	مبحث دوم: بررسی اشکالات و شبهات پیرامون شرط انتقال تا نصف دارایی زوج به زوجه
۱۲۰	۱. نقد و بررسی اشکال تعلیق در شرط انتقال تا نصف دارایی
۱۲۱	۲. بررسی اشکال مجهول بودن در شرط انتقال تا نصف دارایی
۱۲۵	ب) وکالت زوجه در طلاق، احکام و آثار
۱۲۷	مبحث اول: بررسی نوع شرط و ضمانت اجرای آن
۱۳۲	مبحث دوم: بررسی اشکالات و شبهات پیرامون وکالت زوجه در طلاق
۱۳۲	۱. اشکال در وکالت بلاعزل
۱۳۲	۲. نقد و بررسی انگاره لزوم یافتن وکالت مشروط در ضمن عقد لازم

۱۳۹	— ریشه‌یابی دیدگاه لزوم یافتن وکالت مشروط در ضمن عقد لازم
۱۴۳	۳. نقد و بررسی مشروعیت شرط وکالت زوجه در طلاق
۱۴۹	— روایات نهی از واگذاری طلاق به زوجه
۱۵۳	— اشاره به دیدگاه فقهای معاصر و نقد آن
۱۵۶	— نگرشی بر وکالت زوجه در طلاق با توجه به قوأمیت زوج
۱۵۸	۴. نقد و بررسی اشکال تعلیق در شرط وکالت در طلاق
۱۵۸	۵. نقد و بررسی وکالت زوجه در طلاق در صورت جنون زوج
۱۶۲	۶. نقد و بررسی وکالت زوجه در طلاق در صورت ازدواج مجدد زوج
۱۶۴	ج) عندالإستطاعة بودن مهریه، احکام و آثار
۱۶۸	مبحث اول: نوع شرط و ضمانت اجرای آن
۱۷۰	مبحث دوم: بررسی اشکالات و شبهات پیرامون شرط عندالاستطاعة بودن مهریه
۱۷۰	۱. بررسی ابهام در معنا و مفاد شرط
۱۷۱	— بررسی احتمالات
۱۷۵	۲. بررسی اشکال تعلیق در مهریه
۱۷۶	۳. بررسی اشکال جهالت در مهریه
۱۸۰	مهم‌ترین نتایج مباحث این فصل
۱۸۵	فهرست منابع

مقدمه

۱. طرح موضوع و اهمیت آن

در هر عقد و قرارداد دوجانبه، طرفین می‌توانند التزام و تعهد خود را در قبال طرف مقابل، به تحقق اموری دیگر - جدای از مقتضای متفاهم و متعارف - مشروط کنند. در فقه برای این امور که «شرط ضمن عقد» نامیده می‌شوند، ضوابطی تعیین شده است، مانند آنکه مجهول، خلاف شرع و خلاف مقتضای عقد نباشند و گرنه شرط باطل تلقی می‌شوند. در حقوق موضوعه نیز به تبع فقه، ضوابطی برای شرط ضمن عقد ذکر شده است.^۱ از این جهت شروط ضمن عقد به شروط باطل و صحیح تقسیم می‌گردد. شرط همچنین به حسب نوع آنچه شرط می‌شود نیز تقسیم شده و در فقه و حقوق برای هر یک از انواع آن - که می‌تواند از قبیل شرط وصف یا فعل یا نتیجه باشد - ضمانت اجرا و آثاری بیان شده است. اما در خصوص عقد نکاح تعیین شروط صحیح و فاسد و ضمانت اجرای آن با پیچیدگی‌هایی روبه‌رو است، چون زوجیت رابطه چند وجهی است که از ابعاد مختلف روحی، عاطفی، غریزی، مالی و... برخوردار است و وظایف و حقوق زوجین در آن منحصرأ ناظر به تنظیم روابط میان آن دو نیست بلکه به دلیل شکل دادن به نهاد خانواده، نسل بعدی و جامعه را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد و حقوق و مصالح نسل بعد و جامعه نیز باید در آن لحاظ گردد. از این رو از یکسو تبیین مقتضای عقد نکاح و تمییز شروط مخالف با آن، به سادگی عقود تملیکی و مانند آن، نیست تا جایی که برخی معتقدند شرط عدم

۱. ر.ک: قانون مدنی، مواد ۲۳۹-۲۴۲.

رابطه جنسی هم با مقتضای نکاح منافات ندارد. از سوی دیگر به دلیل دخالت شرع برای حفظ مصالح خانواده و جامعه، در مقایسه با سایر عقود، تعداد بیشتری از ضوابط نکاح از نوع حکم شرعی بوده و تنها حق طرفین محسوب نمی‌شود تا قابل اسقاط و توافق باشد، بلکه آنها قواعدی امری و غیرقابل تغییر است. تمییز میان حق و حکم و قوانین آمره از قوانین تکمیلی نیز به نوبه خود موجب پیچیدگی‌هایی در تعیین دایره شروط مخالف شرع در عقد نکاح است؛ چنانکه تبیین مراد از شرط «محرّم حلال» و برخی از شروط مورد توجه در روایات خاص نیز نیازمند تحلیل فقهی است.

در زمینه ضمانت اجرای شروط ضمن عقد، نیز ویژگی نکاح پیچیدگی‌هایی را موجب شده است، مانند آنکه بر خلاف سایر عقود که فقها تخلف از شرط فعل را در صورت عدم امکان اجبار مشروط‌علیه موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له دانسته‌اند، در نکاح به حق فسخ در فرض تخلف از شرط فعل فتوا نداده‌اند و عملاً تأثیر و ضمانت اجرای خاصی برای شرط ضمن عقد در این فرض در فقه و حقوق در نظر گرفته نشده است.

در حال حاضر اموری به‌عنوان شروط ضمن عقد پیشنهادی در عقدنامه ازدواج وجود دارد که از اوائل دهه ۶۰ به صلاح‌دید مسئولان در عقدنامه‌ها درج شده بود و بعداً در اواخر دهه ۸۰ نیز قید اختیاری عندالاستطاعه بودن مهریه به عقدنامه‌ها اضافه گردیده است. در مورد این شروط نیز، جدا از بررسی آثار مثبت یا منفی آن در خانواده و اجتماع^۱ و اینکه مواجهه اجباری زوجین و خانواده‌ها با این شروط و جهت‌دهی اراده ایشان تا چه حد با مصالح فردی و اجتماعی و اهداف شرع و قانون تطبیق دارد، مباحث و بعضاً ابهاماتی فقهی مطرح است، مثل تعیین نوع این شروط و ضمانت اجرای آن، بررسی دیدگاه‌های انتقادی مانند دیدگاهی که شرط واگذاری

۱. در زمینه بررسی نتایج و آثار عملی این شروط پژوهش‌های بسیار معدودی انجام شده مانند پایان‌نامه دکتری با عنوان «شرط توکیل در طلاق و جایگاه آن در نظام حقوق خانواده و پیامدهای اخلاقی، فرهنگی و اقتصادی آن» که توسط سیده عالیّه آذر طوس و راهنمایی دکتر محمود حکمت‌نیا در سال ۱۳۹۸ در دانشگاه ادیان و مذاهب به انجام رسیده و از طریق مصاحبه با صاحب‌نظران پیامدهای مثبت و منفی وکالت در طلاق را بررسی کرده است. مقاله «زمینه‌ها و پیامدهای اخذ شرط وکالت زنان در طلاق (مطالعه کیفی در ایران)» نیز که از پایان‌نامه مذکور برگرفته شده، در شماره ۸۳ مجله مطالعات راهبردی زنان در سال ۹۸ به چاپ رسیده است.

اختیار بخشی از اموال زوج به زوجه را به دلیل مجهول بودن با اشکال مواجه می‌داند یا دیدگاهی که واگذاری اختیار طلاق به زوجه را حتی به نحو وکالت غیر مشروع می‌داند یا ابهاماتی که در قید نمودن پرداخت عندالاستطاعه مهریه مطرح است و یا برخی از ابهامات مفهومی یا اجرایی در شرایط مندرج در عقدنامه‌ها.

با توجه به آنچه گفته شد، این پژوهش در پی آن است که با بررسی دیدگاه‌ها و ادله فقهی و قوانین و برخی مباحث حقوقی ناظر به مسئله، انواع اصلی شروط ضمن عقد نکاح، ضابطه صحت و فساد شروط و نیز تأثیر و ضمانت اجرای آن را تبیین نماید و سپس پرکاربردترین شروط ضمن عقد نکاح در حال حاضر، یعنی شروط پیشنهادی مندرج در عقدنامه‌ها را - که تقریباً همگی ناظر به ازدواج دائم هستند - به صورت ویژه مورد بازبینی و دقت قرار داده و مسائل و ابهامات اصلی آن را بررسی کند.

با توجه به پیچیدگی‌ها و مسائلی که به آن اشاره شد و نیز اهمیت عقد نکاح و لزوم دقت در تبیین ضوابط شرعی و قانونی آن و کاربرد فراوان شروط ضمن عقد نکاح به‌طور عام و شروط مندرج در عقدنامه‌ها به صورت خاص، به نظر می‌رسد پژوهش در این باره مفید و دارای اهمیت است.

۲. اهداف اصلی پژوهش

۱. تبیین دقیق‌تر انواع شروط ضمن عقد نکاح و ضوابط صحت و فساد آنها؛
۲. تبیین ضمانت اجرای شروط ضمن عقد نکاح، به‌ویژه در مواردی که ضمانت اجرای روشنی در فقه و حقوق برای آن پیش‌بینی نشده است؛
۳. نقد و بررسی مسائل و ابهاماتی که پیرامون شروط مندرج در عقدنامه‌ها وجود دارد در جهت اصلاح و یا رفع ابهامات.

۳. پرسش‌های پژوهش

۱. انواع اصلی شروط ضمن عقد نکاح و ضوابط کلی صحت آنها چیست؟
۲. ضمانت اجرای هر یک از انواع شروط ضمن عقد نکاح کدام است؟
۳. مهم‌ترین مسائل و ابهامات در مورد شروط مندرج در عقدنامه‌ها چیست و از منظر فقه

چگونه تحلیل می‌شود؟

۴. پیشینه پژوهش

بحث از شروط ضمن عقد از گذشته در کتاب‌های فقهی مورد توجه بوده، اما بعد از آنکه شیخ انصاری رحمه‌الله در کتاب المکاسب بحث نسبتاً مستقلاً را به شروط ضمن عقد و انواع آن اختصاص داد، بسیاری از فقهای معاصر با محور قرار دادن مباحث وی، در این زمینه بحث نموده و مطالب ارزشمندی ارائه کردند، چنانکه در کتاب‌های حقوقی نیز نتایج این بحث‌ها منعکس شده است. مباحث شروط ضمن عقد نکاح، عمدتاً در کتاب‌های فقهی و در ذیل بحث نکاح مطرح شده است، اگرچه کتاب‌ها و پژوهش‌هایی نیز بحث شروط ضمن عقد نکاح را به صورت مستقل مورد بررسی قرار داده‌اند و مقالاتی هم درباره برخی از شروط ضمن عقد نکاح، مانند شرط عدم ازدواج مجدد زوج یا شرط عدم بارداری و... تدوین شده است. در مورد شروط مذکور در عقدنامه‌ها کتابی که به بررسی فقهی-حقوقی این شروط به صورت مستقل پرداخته باشد، یافت نشد. اما تعداد معدودی از مقالات در این زمینه وجود دارد که به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱. مقاله «شروط مندرج در سند ازدواج، بررسی و تحلیل»، نوشته زهرا فهرستی و مریم چاوشیها، چاپ شده در شماره ۱۷ مجله «بانوان شیعه»، سال ۱۳۸۷.
۲. مقاله «تحلیل فقهی حقوقی اوصاف و وضعیت شرط تنصیف اموال زوج»، نوشته محمد عابدی و حسین صفوی شاملو، چاپ شده در شماره ۱۰ مجله «مطالعات فقه و حقوق اسلامی»، سال ۱۳۹۳.
۳. مقاله «شرط تنصیف دارایی در عقد نکاح در صورت انحلال آن»، نوشته عبدالرسول دیانی، چاپ شده در شماره ۵۳ ماهنامه «دادرسی»، سال ۱۳۸۴.
۴. مقاله «ابهامات فقهی حقوقی وکالت زوجه در طلاق»، نوشته محمد سروش محلاتی، چاپ شده در شماره ۱۸ مجله «فقه و حقوق»، سال ۱۳۸۷.
۵. مقاله «بررسی فقهی حقوقی شرط وکالت زوجه در طلاق»، نوشته محمود رایگان، چاپ شده در شماره ۳ نشریه «معرفت حقوقی»، سال ۱۳۹۱.
۶. مقاله «جستاری در مبانی فقهی و آثار شرط عندالاستطاعة بودن مهریه»، نوشته اکرم

صیاد و مریم آقایی بجستانی، چاپ شده در شماره ۲، دوره چهارم نشریه «مطالعات زن و خانواده»، سال ۱۳۹۵.

پژوهش حاضر در ضمن بهره‌گیری از پژوهش‌های پیشین، به جهت تفاوت در ساختار و حدود موضوع و محتوای نقد و استدلال با تکیه بر ادله فقهی از پژوهش‌های پیش گفته متمایز است.

جدا از تفاوت موضوع و ساختار به لحاظ تمرکز بر شروط ضمن عقد نکاح و به صورت خاص تر شروط مندرج در عقدنامه، نوآوری‌هایی نیز در این پژوهش وجود دارد که به مهم‌ترین زمینه‌های آن اشاره می‌شود:

۱. تحقیق در معنای شرط و نحوه ارتباط شرط با عقد و ارائه تحلیلی از شرط نتیجه؛
۲. تلاش در جهت ارائه تصویری صحیح و معقول از مقتضای اصلی عقد نکاح؛
۳. تحقیق در معنای شرط مخالف کتاب و سنت به‌ویژه تبیین مراد از شرط محرّم حلال و نقد دیدگاه‌های فقها در این خصوص؛
۴. تلاش در جهت ارائه ضابطه‌ای صحیح برای تمییز قواعد امری و تکمیلی در نکاح؛
۵. بررسی امکان فسخ نکاح در فرض تخلف از شرط فعل، به‌عنوان ضمانت اجرای این شرط و نقد ادله مشهور در این باره که بحث جدیدی را با استناد به ادله فقهی، ارائه می‌دهد؛
۶. نشان دادن نقاط مبهم و قابل بحث در شروط مذکور در عقدنامه و نوآوری‌هایی در شکل و محتوای نقد و استدلال، به نحوی که علاوه بر فحص از دیدگاه‌ها و ادله پراکنده در کتاب‌ها و مقالات پیشین و با ناظر بودن به مطالب موجود و نقد و بررسی آنها - که در نوشته‌های موجود کمتر دیده شد - استدلال‌ها و دیدگاه‌های جدیدی نیز مطرح می‌گردد.

۵. روش پژوهش

این پژوهش کتابخانه‌ای است و در آن با استفاده از مطالعه و فیش‌برداری از کتاب‌ها و مقالات و تجزیه و تحلیل و نقد علمی، در جهت تبیین صحیح بحث و نیل به نتایج علمی سعی شده است.

۶. ساختار پژوهش

پس از این مقدمه که به تبیین کلیات و مفاهیم اصلی پژوهش اختصاص دارد، به تناسب پرسش‌های اصلی، مباحث در سه فصل پیگیری خواهد شد که در هر فصل پاسخ یکی از پرسش‌ها مدنظر است. ابتدا انواع شروط ضمن عقد نکاح به خصوص با لحاظ ضابطه صحت و فساد بررسی می‌شود. در فصل دوم از ضمانت اجرای شروط ضمن عقد نکاح بحث می‌گردد. فصل سوم نیز به بررسی شروط ضمن عقد مندرج در عقدنامه‌ها و مهم‌ترین شبهات و اشکالاتی که در این باره مطرح می‌شود، اختصاص دارد.

۷. مفهوم‌شناسی

۷-۱. عقد

«عقد» در لغت به معنای بستن، محکم کردن، جمع کردن، گره زدن و در مقابل «حل» به معنای گشودن تعریف شده است.^۱ اما آنچه برای ما اهمیت دارد، معنای اصطلاحی آن در فقه و حقوق است. پیشتر، بسیاری از فقها عقد را به صیغه دوجانبه (متشکل از ایجاب و قبول) تعریف می‌کردند که اثر شرعی خاصی را ایجاد نماید، در مقابل ایقاع که یک‌طرفه تحقق می‌یابد. به‌عنوان نمونه محقق کرکی عقد را چنین تعریف کرده است:

عقد صیغه‌ای شرعی است که در آن باید دو شخص متخاطب وجود داشته باشد - اگرچه بالقوه - و در نتیجه آن انتقال ملکیت یا سقوط حق یا حلّیت زناشویی یا تسلط بر نوعی از تصرف ایجاد گردد. اما ایقاع صیغه‌ای شرعی است که شخص واحد در آن کافی است...^۲

اما فقهای معاصر با توجه به اینکه صیغه لفظی را در تحقق بیشتر عقود و ایقاعات شرط نمی‌دانند، برای تعریف عقد از مفهوم «انشاء» بهره‌جسته‌اند که در آن «قصد» و «ابراز» معتبر است و ابراز غیر لفظی را نیز شامل می‌شود. به‌عنوان نمونه آیت الله مشکینی چنین می‌گوید:

۱. ر. ک: راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ص ۵۷۶؛ مصطفوی، التحقيق فی کلمات قرآن الکریم، ج ۸، ص ۱۸۹.

۲. «العقد صیغه شرعیة لا بد لها من متخاطبین ولو بالقوة. یترتّب علیها نقل ملک أو سقوط حق أو حلّ فرج أو تسلّط علی تصرف. و الایقاع صیغه شرعیة یکفی فیها الواحد. یترتّب علیها قطع و صلة أو نقل ملک أو...» (عاملی کرکی، رسائل محقق کرکی، ج ۱، ص ۱۷۵).

عقد عبارت است از دو انشاء متلازم که یکی ابتدایی و دیگری مطاوعی است و در عالم اعتبار به هم گره خورده و یکی بدون دیگری تمام نبوده و اثر ندارد.^۱

آیت الله خویی نیز حقیقت عقد را چنین بیان می‌کنند: «عقد عبارت است از ضمیمه کردن یک التزام به التزامی دیگر و ربط آن دو با هم».^۲ البته این تعریف با لزوم «ابراز» منافاتی ندارد، اما به ملاک عقد بودن انشاء، یعنی وجود «التزام متقابل» اشاره دارد که در مباحث آینده از آن بهره خواهیم جست.

در ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد این چنین تعریف شده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».^۳ گاهی نیز در تعریف حقوقی از عقد گفته شده «عقد ربط دو قرار معاملی یا توافق دو اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی است».^۴ با صرف نظر از اشکالاتی که می‌توان به برخی از این تعاریف وارد دانست، به نظر می‌رسد با ذکر این تعاریف مفهوم اصطلاحی عقد در فقه و حقوق مشخص شده و از توضیح بیشتر بی‌نیاز است.

۲-۷. نکاح

در کتاب‌های لغت، نکاح را به معنای عقد ازدواج یا نتیجه آن (تزوید) و نیز به معنای وطی و آمیزش جنسی معنا کرده‌اند. اگرچه میان عالمان لغت در اینکه کدام یک از این دو معنا - که بینشان رابطه سببیت غالبی وجود دارد - معنای حقیقی است و کدام استعاری، اختلاف نظر وجود دارد. البته برخی کاربرد نکاح را در هر دو معنا حقیقی دانسته و به اشتراک لفظی قائل شده‌اند و یا احتمال داده‌اند که هر دو معنا استعاری باشد و معانی دیگری مانند ضمیمه شدن یا

۱. «العقد انشاءین متلازمین، ابتدائی و مطاوعی، معقود احدهما بالآخر فی وعاء الإعتبار لایتم و لایؤثر واحد منهما الا بالآخر» (مشکینی، مصطلحات الفقه، ص ۹۷ و ۳۹۶).

۲. «العقد ضمّ التزام بالتزام و ربط احدهما بالآخر» (خویی، موسوعة الامام الخویی، ج ۲۳، ص ۲۹۶).

۳. ر.ک: امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۶۰.

۴. محقق داماد، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، ج ۱، ص ۸۹.

ممزوج شدن و اختلاط منشأ این استعاره بوده است.^۱ لفظ نکاح در قرآن کریم در بیش از بیست مورد آمده است که در همه موارد یا اکثر قریب به اتفاق آن در معنای عقد ازدواج به کار رفته و در روایات نیز در بیشتر موارد این گونه است، هر چند در برخی روایات نیز نکاح به معنای آمیزش به کار رفته است. به همین خاطر برخی فقها معتقدند که نکاح در اصطلاح شرعی در معنای عقد حقیقت یافته و حمل آن بر معنای وطی نیازمند به قرینه است.^۲

اما در اصطلاح فقه و حقوق نکاح در معنای عقد ازدواج یا نتیجه آن یعنی زوجیت به کار می‌رود. مثلاً برخی نکاح را چنین تعریف کرده‌اند: «در شرع عقدی است بین زن و مرد که موجب حلیت وطی است و نزد فقها عقدی است که موجب حلیت استمتاع مرد از زنی است که مانعی شرعی از ازدواج با او وجود نداشته باشد»؛^۳ اما آیت الله مشکینی نکاح را به «علقه اعتباری» ویژه‌ای که با انشاء لفظی و مانند آن قابل جعل است، تفسیر کرده است، نه خود عقد.^۴

در قانون مدنی نکاح تعریف نشده، اما حقوقدانان تعاریفی برای نکاح بیان کرده‌اند. مرحوم امامی به دو تعریف برای نکاح - مشابه آنچه گذشت - اشاره کرده و می‌گوید:

نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند. تعریفی که حقوقیین جدید از نکاح می‌نمایند به آنکه: نکاح رابطه ایست بین زن و مرد برای تشکیل خانواده، می‌تواند تعریف نکاح دائم که در قوانین کشورهای دیگر شناخته شده است قرار گیرد، ولی شامل نکاح منقطع که یکی از اقسام نکاح در حقوق مدنی ایران است نمی‌شود. ... نکاح نیز دارای معنای دیگری است و آن عبارت است از عقدی که به وسیله آن وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین (رابطه زوجیت) به وجود

۱. ر.ک: واسطی زبیدی و دیگران، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۴، ص ۲۴۰؛ مصطفوی، التحقیق فی کلمات قرآن الکریم، ج ۱۲، ص ۲۳۴.
۲. مکارم شیرازی، أنوار الفقاهة (کتاب النکاح)، ص ۲۴.
۳. سعدی، القاموس الفقہی لغة و اصطلاحاً، ص ۳۶۰.
۴. ر.ک: مشکینی، مصطلحات الفقہ، ص ۵۴۶.

می‌آید.^۱

تعاریف دیگری نیز در کتاب‌های حقوقی برای نکاح ذکر شده، مثلاً گفته شده: «نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی، با هم متحد می‌شوند».^۲

البته اشکالات قابل توجهی بر این تعریف وارد است، زیرا علاوه بر اینکه شامل نکاح منقطع - که موجب تشکیل خانواده به مفهوم مصطلح نیست - نمی‌شود، از مفهوم «متحد شدن» بهره گرفته که معنای محصلی ندارد و در ازدواج نه اتحاد خارجی و واقعی میان دو شخص محقق می‌شود و نه اتحاد حقوقی که یک شخصیت حقوقی مستقل از اشخاص حقیقی را برای خانواده پدید آورد. با آنچه گفته شد می‌توان بسیاری از تعریف‌های مشابه ذکر شده در کتاب‌های حقوقی را نیز ارزیابی کرد.^۳

در تعریف دیگر آمده: «نکاح عبارت است از تراضی زن و مرد برای تشکیل زندگی مشترک»^۴ که «اشتراک در زندگی» نیز معنای روشنی ندارد و از ابهام خالی نیست. در تعریف دیگری هم که به نحوی تعریف قبلی را با تعریف اول تلفیق کرده است، گفته شده: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی و عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است».^۵ اگر چه این تعریف نیز از برخی ابهامات خالی نیست، اما از تعاریف حقوقی قبلی دقیق‌تر به نظر می‌رسد. از آنجایی که تعریف نکاح با تعیین حقیقت و مقتضای عقد ارتباط دارد، در مباحث آتی بیشتر در این رابطه خواهیم گفت.

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۶۸.

۲. کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۲۹.

۳. مثلاً گفته شده «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده تشکیل می‌دهند» (ر.ک: صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۳) و یا گفته شده: «نکاح عقدی است که به وسیله آن زن و مرد به قصد شرکت در زندگانی و کمک به یکدیگر قانوناً با هم متحد می‌شوند» (شایگان، حقوق مدنی، ص ۲۱۳).

۴. جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۳.

۵. محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۲۲.

۷-۳. شرط

در کتاب‌های لغت دو لفظ مرتبط با ماده «شرط» ذکر شده است:

اول: «شَرَطَ» با راء مفتوح که جمع آن «أشراط» است به معنای «علامت»، مانند «أشراط الساعة» که به معنای علائم قیامت معنا شده است. «أشراط» به معنای علامتی که مردم بین خود قرار می‌دهند، یا «إشراط لأمر» به معنای علامت‌گذاری و آماده‌سازی برای مطلبی، از این لفظ مشتق می‌شود.

البته برخی از لغویان نیز «شَرَطَ» را به معنای چیزی که «سابق و مقدم» و یا «سبب و مقدمه» است و اشراط الساعة را به معنای امور قبل از قیامت یا اسباب و مقدمات آن معنا کرده‌اند.^۱ یا بر خلاف کسانی که معتقدند برخی افراد نظامی به دلیل دارا بودن علامت خاص «شَرَطَ» نامیده می‌شوند، نام‌گذاری آنها را به تناسب آنکه مقدمه سپاه هستند، دانسته‌اند.^۲

دوم: «شَرَطَ» با سکون راء که جمع آن «شروط» است و «شریطة» - که جمع آن «شرایط» است - نیز با آن هم معنا است.^۳ در بیان معنای شرط برخی از لغویان با عباراتی چون «الشرط معروف» معنای آن را معروف و از توضیح بی‌نیاز دانسته‌اند.^۴ برخی نیز چنین گفته‌اند که

۱. «و الشَّرَطُ، بالتحريك: العلامة، و الجمع أشراطٌ. و أشراطُ الساعة: أعلامُها، ... و الأَشْرَاطُ: العلامة التي يجعلها الناس بينهم. ... و أشراطُ فلان نفسه لكذا و كذا: أَعْلَمَها له و أَعَدَّها ... و أشراطُ الشيء: أوائله: قال بعضهم: و منه أشراطُ الساعة ... و قوله: أشراطُ فيها نفسه أي هيأ لهذه التَّبعَةِ. و قال أبو عبيدة: سمي الشَّرَطُ شَرَطًا لأنَّهم أَعَدَّاء. و أشراطُ الساعة: أسبابها التي هي دون مُعْظَمِها و قِيامِها. و الشَّرَطان: نَجْمانِ من الحَمَلِ يقال لهما قَرْنَا الحَمَلِ، و هما أوَّلُ نَجْمِ من الرَّبيعِ، و من ذلك صار أوائلُ كلِّ أمرٍ يقعُ أشراطُه ... و أشراطُ الرسول: أَعَجَلَه، و إذا أَعَجَلَ الإنسانُ رسولًا إلى أمرٍ قيل أشراطُه و أفرطَه من الأَشْراطِ التي هي أوائلُ الأشياءِ كأنه من قولك فارطُ و هو السابق» (ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۲۹-۳۳۱).

۲. «الأَشْرَاطُ: العلامات، واحدا شَرَطٌ بالتحريك. و به سميت شَرَطُ السلطان، لأنَّهم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها. هكذا قال أبو عبيد. و حكى الخطابي عن بعض أهل اللغة أنه أنكر هذا التفسير، و قال: أشراطُ الساعة: ما ينكره الناس من صغار أمورها قبل أن تقوم الساعة. و شَرَطُ السلطان: نخبة أصحابه الذين يقدِّمهم على غيرهم من جنده ... و الشَّرَطَةُ أوَّلُ طائفةٍ من الجيش تشهد الوقعة» (ابن اثير جزرى، النهاية فى غريب الحديث و الأثر، ج ۲، ص ۴۶۰).

۳. ر. ک: فيومي، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير، ج ۲، ص ۳۰۹.

۴. به‌عنوان نمونه جوهرى در ابتدای توضیح ماده «شرط» چنین می‌گوید: «الشَّرَطُ معروفٌ، و كذلك الشَّرِيطَةُ، و الجمع شُرُوطٌ و شَرَائِطُ. و قد شَرَطَ عليه كذا يَشْرِطُ و يَشْرِطُ، و اشترطَ عليه. و الشَّرَطُ

«الشرط فی البیع معروف»^۱، ولی برخی نیز شرط را به «الزام الشئ و التزامه فی البیع و نحوه» معنا کرده‌اند؛^۲ یعنی تعهدی که در ضمن معامله انجام گیرد و برخی نیز در معنای آن به تعریف متکلمان اشاره کرده‌اند که شرط را چیزی می‌دانند که اگر نباشد مشروط به صورت صحیح محقق نمی‌شود.^۳ به نظر می‌رسد کسانی که معنای شرط را معروف می‌دانند هم چیزی نزدیک به همین معنا را مدنظر داشته‌اند؛ زیرا معنای متعارف شرط نزد عرف نیز عبارت است از چیزی که تحقق شیء دیگر بر آن متوقف است و به نظر می‌رسد شرط در بیع و سایر معاملات نیز مصداقی از همین معنا است، نه معنایی مستقل.

راغب اصفهانی در معنای شرط (با سکون راء) آن را حکمی معلوم می‌داند که با چیزی در ارتباط است و با وقوع آن، شیء دیگر هم محقق می‌شود و مشروط مانند علامت آن به شمار می‌آید. به همین دلیل به علامت نیز شرط (با فتح راء) گفته می‌شود.^۴ با دقت در عبارت راغب مشخص است که ایشان اصل در این ماده را معنای «توقف» و یا «ملازمه» دانسته و علامت بودن هم فرع آن است. پس معنای علامت متفرع بر معنای اصلی در این ماده است، بر خلاف صاحب کتاب معجم مقاییس اللغة که «ش ر ط» را اصلی دانسته است که بر علامت دلالت دارد.^۵

در کتاب‌های لغت معاصران نیز این اختلاف که اصل این ماده به چه معنا است، دیده

بالتحریر: العلامة...» (جوهری، الصحاح- تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۳، ص ۱۱۴۳) و نیز ر.ک: (طریحی، مجمع البحرین، ۶ جلد، ج ۴، ص ۲۸۵؛ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، ج ۲، ص ۳۰۹).

۱. به عنوان نمونه ر.ک: فراهیدی، کتاب العین، ج ۶، ص ۲۳۴؛ صاحب بن عباد و دیگران، المحيط فی اللغة، ج ۷، ص ۲۹۱.

۲. ر.ک: واسطی زبیدی و دیگران، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۰، ص ۳۰۵؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۲۹.

۳. «[الشَّرْطُ]: واحد الشروط و أصله مصدر، و حقیقته فی عرف المتکلمین: ما لولاه لما صَحَّ المشروط» (حمیری، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام، ج ۶، ص ۳۴۱۲).

۴. «الشَّرْطُ: کل حکم معلوم متعلق بأمر يقع بوقوعه، و ذلك الأمر كالعلامة له، و شَرِيطٌ و شَرَائِطٌ، و قد اشْتَرَطْتُ كذا، و منه قيل: للعلامة: الشَّرْطُ» (راغب اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۴۵۰).

۵. ر.ک: ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۲۶۰.

می‌شود. مثلاً صاحب قاموس اللغة اصل این ماده را به معنای علامت می‌داند و می‌نویسد:

شرط: (به فتح ش، ر) علامت. جمع آن اشراط است چنانکه در مجمع و اقرب و قاموس و صحاح آمده است. اما شرط (بر وزن فلس) جمع آن شروط و شرایط است. ... ناگفته نماند شرط (بر وزن فلس) چیزی است که وجود چیزی بر آن بسته است و تحقق شرط علامت تحقق مشروط است از این لحاظ در شرط (بر وزن فرس) نیز معنای اصلی ملحوظ است.^۱

البته شرط در معنای متعارف آن علامت تحقق مشروط نیست، چرا که ممکن است شرط محقق شود ولی مشروط محقق نشود بلکه مقدمه آن است.

در مقابل، صاحب التحقيق فی کلمات القرآن چنین می‌گوید:

اصل واحد در این ماده الزام و التزام به چیزی برای چیز دیگر است به نحوی که وجودش بر آن (شرط) متوقف گردد...^۲

به نظر نگارنده با ملاحظه موارد مختلف استعمال ماده شرط که در کتاب‌های لغت بیان شده است، در معنای اصلی این ماده «مقدم بودن» و «زمینه‌سازی» لحاظ شده و این معنا در همه الفاظ و مشتقات این ماده مشترک است از این رو هم «شَرَطٌ» و هم «شَرَطٌ» را می‌توان به «مقدمه» معنا کرد. البته توضیح این مطلب و بررسی شواهد و موارد استعمال مرتبط با آن مجال دیگری را می‌طلبد.

با آنچه درباره معنای لغوی شرط گفتیم، اشکالاتی که در بیان شیخ انصاری رحمته الله علیه در این زمینه وجود دارد مشخص می‌شود. وی معتقد است «شَرَطٌ» مشترک لفظی است و گاهی به صورت حدثی (مصدر) و گاهی هم به صورت جامد به کار می‌رود که برای هر کدام یک معنای عرفی مستقل وجود دارد؛ شرطی که مصدر است به معنای هرگونه «الزام و التزام» به کار می‌رود و به

۱. قرشی، قاموس قرآن، ج ۴، ص ۱۴.

۲. «و التحقيق أن الأصل الواحد في هذه المادة: هو الإلزام و الالتزام بشيء لشيء آخر بحيث يتوقف وجود ذلك الشيء عليه، إما في ذاته و في نفس الأمر، أو من جهة التعهد و الالتزام. و هذا المعنى ملحوظ في جميع مصاديق الأصل: فأشراط الساعة: وقائع حادثة قبل الساعة يتوقف مجيء الساعة على حدوثها. و الشرط: ما يلتزم في جريان الحكومة به و بشرط به، و هو وجود جند و أفراد يحفظون النظم و يعينون الحاكم. و في الحجة يلتزم بالبنغ و الشق لخروج الدم، فالبنغ شرط فيه» (مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۶، ص ۳۹).

عقود و ایقاعات به اعتبار اینکه تعهد هستند و نیز به هرگونه تعهد و الزامی شرط اطلاق می‌شود. اینکه برخی لغویان آن را الزام و التزام در ضمن بیع و مانند آن معنا کرده‌اند و تعهدات ابتدایی را که در ضمن عقد انجام نمی‌گیرد، مشمول معنای شرط ندانسته‌اند، با استعمال این لفظ در برخی روایات، سازگاری ندارد. اما شرطی که جامد است به معنای چیزی است که از عدم آن عدم چیز دیگر لازم می‌آید، بدون ملاحظه اینکه از وجودش وجود آن چیز دیگر لازم می‌آید یا نه. معنای شرط در اصطلاح علم نحو - یعنی جمله‌ای که بعد از ادوات شرط می‌آید - و در اصطلاح علوم عقلی و اصول فقه، نیز از همین معنا نشئت گرفته است و ارتباطی با معنای اول (الزام و التزام) ندارد.^۱

در پاسخ مطالب وی باید گفت اولاً اینکه شرط به صورت جامد و غیر مصدری استعمال شود در کتاب‌های لغت دیده نمی‌شود؛ ثانیاً در هیچ‌یک از کتاب‌های لغتی دست‌اول و قدیمی معنای «الزام و التزام» یا «تعهد» برای شرط ذکر نشده است؛ ثالثاً صرفاً با استعمال کلمه شرط در چند مورد نمی‌توان معنای حقیقی آن را کشف کرد، چرا که استعمال ممکن است مجازی باشد؛ رابعاً در احادیثی که شیخ رحمته‌الله به‌عنوان شاهد ذکر کرده است، نیز شرط به معنای مطلق الزام و التزام نیست. البته توضیح بیشتر در این باره مقصود ما نیست.

به هر حال به نظر می‌رسد «شَرَط» یک معنای لغوی و عرفی واحد دارد و آن همان چیزی است که بسیاری از لغویان با تعبیر «الشَّرَط معروف» به آن اشاره کرده‌اند؛ یعنی چیزی که تحقق چیز دیگری به آن وابسته است. البته به نظر نگارنده با توجه به اشتراک موارد استعمال در ماده «ش ر ط» معنای «مقدمه» نیز برای آن مناسب است. بسیاری از فقها نیز با نقد بیانات شیخ انصاری، این «وابستگی» میان شرط و مشروط را معنای لفظ شرط دانسته‌اند و از آن به «تقید»^۲ یا «تلازم»^۳ و یا «ربط» و «اناطه»^۴ چیزی نسبت به چیز دیگر تعبیر کرده‌اند. در شرط ضمن عقد نیز شرط از مصادیق همین معنا است - چنانکه توضیح آن خواهد آمد -، نه اینکه دارای

۱. ر.ک: انصاری، کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۵۱۷-۵۱۹.
 ۲. ر.ک: ایروانی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۶۱.
 ۳. ر.ک: اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۱۰۳.
 ۴. ر.ک: خویی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۲۹۷.

معنایی مستقل و بی‌ارتباط با این معنا باشد.

به نظر می‌رسد احاله لغویان به معروف بودن و عدم تصریح و توضیح نسبت به معنای عرفی شرط توسط ایشان زمینه این اشتباه را پیش آورده که دو معنای بی‌ارتباط با یکدیگر برای شرط در نظر گرفته شود و این واژه مشترک لفظی تلقی گردد.

۷-۴. شرط ضمن عقد

چیستی معنای لغوی شرط در فهم حقیقت شرط ضمن عقد و نحوه ارتباط شرط با عقد تأثیرگذار است. دانسته شد که شیخ انصاری رحمته الله علیه معتقد است به هرگونه الزام و التزام و تعهد به صورت حقیقی «شرط» قابل اطلاق است. بنابراین دیدگاه، شروط به «شروط ابتدایی» و «شروط ضمن عقد» قابل تقسیم خواهد بود. منظور از شروط ابتدایی هرگونه تعهد است بدون آنکه با قراردادی دیگر ارتباط داشته باشد، یعنی متعهد ساختن یا متعهد شدن، خواه تعهد یک جانبه باشد مانند الزامات و احکام شرعی و ایقاعات یا تعهد دو جانبه باشد مانند عقود و قراردادهای گوناگون. در مقابل، اگر الزام و التزام و تعهدی در ضمن قرارداد دیگری گنجانده شود، به آن شرط ضمن عقد گفته می‌شود. اما چنانکه گفته شد، شواهد معتبری که اطلاق حقیقی لفظ شرط بر مطلق تعهدات را تأیید کند، نه در کتاب‌های لغت وجود دارد و نه در آیات و روایات و استعمالات عرفی. اکثر فقیهان نیز با این دیدگاه شیخ انصاری مخالفت کرده‌اند. بنابراین در زمینه تعهدات چیزی به‌عنوان شرط ابتدایی وجود ندارد و این تعبیر، تعبیر صحیحی نیست. اما در توضیح معنای شرط ضمن عقد، گاهی این گونه گفته می‌شود که توافقی است که از توابع عقد دیگری به شمار می‌آید، مثلاً برخی حقوقدانان چنین گفته‌اند:

در اصطلاح حقوق شرط یکی از دو مفهوم زیر را بیان می‌کند:

۱. امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد؛

۲. توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین در شمار توابع عقد دیگری در آمده است.

چنانکه ملاحظه می‌شود شرط بدین مفهوم نیز خود بر دو قسم است: گروهی که برحسب طبیعت موضوع آن، خود التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد. مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی است (شرط صفت) یا زمان وفای به عهد را معین می‌کند (شرط اجل). گروه دیگر که می‌تواند به‌عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد ولی

دو طرف به ملاحظاتی آن را تابع عقد دیگر ساخته‌اند، تا نام شرط بر آن نهاده شود، مانند وکالتی که ضمن نکاح شرط می‌شود. در این فرض آنچه مورد تراضی قرار می‌گیرد عقدی است مرکب از دو قرارداد با این قید که یکی از آن دو جنبه اصلی دارد و دیگری جنبه فرعی و تبعی.^۱

اما به نظر می‌رسد این بیان برای توضیح ماهیت شرط ضمن عقد کافی نیست و با توجه به آن و توضیحات مشابه که درباره شرط ضمن عقد آمده، یا تعبیراتی از شرط ضمن عقد مانند «عهد فی جنب عهد»،^۲ جای این سؤال وجود دارد که ارتباط این دو قرارداد با یکدیگر چگونه است و چرا به قرارداد اول «شرط» گفته می‌شود؟

بنابر دیدگاه شیخ انصاری، اساساً یکی از معانی شرط، تعهد است و از آنجا که قرارداد اول نیز نوعی از تعهد است، به آن شرط گفته می‌شود. اما از بیانات برخی فقها استفاده می‌شود که با وجود رد دیدگاه شیخ رحمته‌الله معتقدند که واژه شرط در لغت دو معنای جدا از هم دارد: یکی به معنای چیزی است که شیء دیگر بر آن متوقف باشد که مفاد آن تعلیق و وابستگی است؛ دیگری الزام و التزام در ضمن معاملات است که همان شرط ضمن عقد است. این دو معنا نیز با یکدیگر ارتباطی نداشته و قابل ارجاع به همدیگر نیستند. در این دیدگاه ربط دو قرار با یکدیگر در شرط ضمن عقد صرفاً همین است که قرار دوم (عقد) ظرف ابراز تعهد اول (شرط) قرار گرفته است، بدون آنکه میان این دو تعلیق و وابستگی وجود داشته باشد و انشاء عقد یا عمل به آن منوط به اشتراط (تعهد) و یا عمل به مفاد شرط بوده باشد.^۳

در مقابل، برخی دیگر از فقها معتقدند واژه شرط در همه اطلاقات آن به یک معنا است که مفاد آن وابستگی، اناطه و ربط و تعلیق است و معنای شرط ضمن عقد نیز این است که

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۱۲.

۲. ر.ک: مصطفوی، فقه المعاملات، ص ۱۰۲.

۳. «ثم إنه لا شبهة في صدق «الشرط» عرفاً ولغة على الإلزام و الالتزام في ضمن المعاملات ... كما أن له معنى آخر في العرف، وهو ما علق عليه شيء تشريعاً وجعلاً، أو تكويناً وخارجاً ... فالإلزام و الالتزام في ضمن المعاملات معنى مخالف لكون الشيء موقوفاً عليه أو ملزوماً لشيء، و لا جامع بينهما؛ ضرورة أن المجعول في ضمن المعاملة في العرف و اللغة ليست المعاملة معلقة عليه، لعدم توقّف وجودها على وجوده، فهي معنى تنجيزي، يشترط في ضمنها شيء على أحد المتعاملين مثلاً، فلا يكون قرارهما معلقاً، بل من قبيل قرار في قرار، و إن كان حكمه العقلاني ثبوت الخيار للمشروط له لو لم يعمل المشروط عليه بالشرط، و هو أمر غير التعليق و التوقّف» (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۳۴).

مشروطه، انشاء عقد را منوط به پذیرش شرط می‌کند، و چون شرطی است که فی الحال و با پذیرش مشروط‌علیه محقق است، ضروری به لزوم منجز بودن انشاء وارد نمی‌آورد.^۱ البته با شرط، استمرار التزام به مقتضای عقد و بقای بر تعهد به مفاد آن نیز منوط به انجام تعهد (شرط) از سوی مشروط‌علیه خواهد بود.^۲

بر اساس هر یک از این دو تبیین از ماهیت شرط ضمن عقد، آثار و تبعات فقهی و حقوقی شرط ضمن عقد نیز با تبیین جداگانه‌ای مواجه خواهد بود. به نظر نگارنده تبیین دوم صحیح‌تر است، چون بر اساس آنچه در بررسی معنای واژه شرط گذشت، این تبیین با معنای لغوی شرط سازگارتر است و لغویانی که شرط را به «الزام و التزام در بیع و مانند آن» معنا کرده‌اند، درصدد بیان مصداق برای همان معنای «معروف» آن بوده‌اند، نه معنایی مستقل از آن. از این رو در شرط ضمن عقد، مشروط‌له در واقع پذیرش تعهداتی از سوی مشروط‌علیه را «مقدمه»^۳ ورود به عقد و پذیرش تعهدات ناشی از آن قرار می‌دهد و این را به آن «منوط» می‌سازد.

به علاوه این تبیین با فهم عرفی و عقلایی از شرط ضمن عقد نیز سازگارتر است، چرا که اگر شرط صرفاً قراردادی باشد که با قرارداد دیگر با هم ابراز شده و پیوند و رابطه منطقی خاصی بین آنها برقرار نباشد، قراردادن یک قرار در ضمن قرار دیگر چندان وجهی نخواهد داشت. بعد از شناخت ماهیت شرط ضمن عقد و نحوه ارتباط میان عقد و شرط و اختلاف دیدگاهی که در این باره میان فقها وجود دارد، به این نکته نیز اشاره می‌شود که گاهی شرط در

۱. «الظاهر أن الشرط في جميع الموارد قد استعمل بمعنى واحد وهو الربط و الارتباط و الإناطة و ليس له معنى عرفي و معنى اصطلاحی بل جميعها يرجع الى معنى واحد ... و قد تحصل مما ذكرنا أن الشرط في ضمن المعاملات قد يكون إناطة العقد بفعل ... فإن أصل البيع متوقف على هذا الالتزام و قد ذكرنا أن التعليق لا يضّر في مثل ذلك لكونه على أمر متحقق الحصول» (خویی، مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۲۹۷-۳۰۰).

۲. «و قد ذكرنا أن الشرط لا بدّ و أن يكون مربوط بالعقد و لا معنى لكونه عبارة عن الالتزام في ضمن الالتزام بأن يكون العقد ظرفاً للشرط فقط، بل لا بدّ و أن يكون مربوطاً به و ذكرنا أيضاً ان الاشتراط يوجب تعليق أصل المعاملة على التزام المشروط عليه بالشرط بحيث لو لا التزامه بالفعل فلا يتحقق المعاملة أصلاً كما أن التزامه بالمعاملة و قيامه عليها معلق على وفائه بالشرط في الخارج بمعنى أن المشروط عليه ان لم يفه بالتزامه في الخارج فللمشروط له أن لا يف بالتزامه بالمعاملة» (همان، ص ۳۷۴).

۳. پیش‌تر دانستیم که با توجه به موارد استعمال و بیانات لغویان، به نظر می‌رسد معنای مشترک در ماده «ش ر ط» «مقدمیت» است که با «تعلیق و اناطه» نیز ملازمه دارد.

متن عقد بیان می‌شود، مانند آنکه در ضمن عقد بیع تصریح گردد که خانه مورد معامله را برای یک سال به شخصی اجاره دهند، این را «شرط صریح» می‌گویند؛ ولی گاهی شرط در متن عقد بیان نمی‌شود اما در این فرض نیز بعضاً با وجود عدم تصریح به شرطی در متن عقد، به حسب متعارف و اوضاع و احوال جاری و مرسوم، مطلبی جزو شروط و قیود عقد است و پذیرش آن، لازمه عرفی پذیرش عقد به شمار می‌آید، مانند سلامتی مبیع در بیع، یا بکارت زوجه در نکاح در برخی از فرهنگ‌ها که به این‌گونه از شروط، «شرط ضمنی» گفته می‌شود.

همچنین گاهی طرفین عقد، قبل از عقد بر شرطی توافق کرده و عقد را بر مبنای همان توافق قبلی میان خودشان انشاء کرده‌اند، بدون اینکه در عقد آن را بیان کرده یا به آن اشاره نمایند. به این شرط نیز «شرط بنایی» گفته می‌شود. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی نیز به شرط بنایی اشاره دارد. گاهی نیز شرطی در متن عقد بیان نشده، اما بعد از عقد با توافق متعاقدین به عقد ضمیمه می‌شود که به آن «شرط الحاقی» گفته می‌شود. البته درباره اعتبار یا عدم اعتبار شرطی که در عقد به آن تصریح نشده است، مباحث و دیدگاه‌هایی وجود دارد که فعلاً قصد پرداختن به آن را نداریم. همچنین شروط ضمن عقد بر اساس صحت و فساد و انواع مشروط – که می‌تواند شرط صفت، نتیجه یا فعل باشد – دارای تقسیمات و انواعی است که در مباحث بعدی با آنها بیشتر آشنا می‌شویم.

۷-۵. شروط مندرج در عقدنامه

اگرچه نکاح با اجرای عقد محقق می‌شود و جریان احکام و آثار آن متوقف بر حضور شاهد یا ثبت کتبی آن در اسناد عادی یا رسمی نیست، اما قانون‌گذار به موجب قوانینی – که آخرین آنها قانون حمایت از خانواده، مصوب سال ۱۳۹۱ است – ثبت رسمی ازدواج دائم را الزامی دانسته و در صورت عدم ثبت نکاح دائم در دفاتر رسمی، برای متخلف مجازات در نظر گرفته است.^۱

۱. ماده ۲۰ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ مقرر می‌دارد: «ثبت نکاح دائم، فسخ و انفساخ آن، طلاق، رجوع، و اعلام بطلان نکاح یا طلاق الزامی است» و نیز در ماده ۴۹ آمده است: «چنانکه مردی بدون ثبت نکاح در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود».

به همین جهت در دفاتر رسمی ازدواج، دفترچه‌هایی برای ثبت رسمی نکاح در نظر گرفته شده که سر دفتر، علاوه بر ثبت در دفتر، نکاح و مشخصات و شرایط آن را به ثبت می‌رساند و به‌عنوان مدرکی رسمی در اختیار زوجین قرار می‌دهد.

برای ثبت رسمی نکاح در دفتر و عقدنامه، متنی پیش‌بینی شده که در آن چند شرط ضمن عقد نکاح، به‌عنوان شروط پیشنهادی درج شده است. این شروط به صلاحدید مسئولان با تلقی آنکه شروطی در جهت مصلحت خانواده و عمدتاً موجب تأمین منافع و حمایت معقول از زوجه خواهد بود، در عقدنامه‌ها گنجانده شده که طرفین در صورت امضای هر یک موافقت خود را با آن شرط اعلام می‌کنند و البته می‌توانند بر شروط دیگری نیز توافق نمایند که سر دفتر باید خودش آنها را در عقدنامه درج نماید.

در عقدنامه‌های نکاح، این دو شرط به‌عنوان شروط پیشنهادی درج شده است:
 الف) ضمن عقد نکاح زوجه شرط می‌نماید که هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.
 ب) ضمن عقد نکاح، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر می‌دهد که در موارد معینی (دوازده مورد که می‌تواند هر یک جداگانه مورد توافق و امضا قرار گیرد)^۱ با رجوع به

۱. مواردی که زن می‌تواند حسب مورد از دادگاه تقاضای صدور اجازه طلاق نماید به شرح زیر است:
 ۱) استنکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت شش ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را به مدت شش ماه ایفا نکند و اجبار او به ایفا هم ممکن نباشد.
 ۲) سوء رفتار یا سوء معاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیرقابل تحمل نماید.
 ۳) ابتلای زوج به امراض صعب‌العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌انگیز باشد.
 ۴) جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد.
 ۵) عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح، منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد.
 ۶) محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت آن منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.

دادگاه و اخذ مجوز دادگاه، پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر می‌دهد تا در صورت بذل (تمام یا بخشی از مهریه یا مال دیگر توسط زوجه در طلاق خلع و مبارات) آن را از طرف زوج قبول نماید.

همچنین در مورد مهریه به صورت پیش فرض دو گزینه مبنی بر «عندالمطالبه» یا «عندالاستطاعه» بودن مهریه در عقدنامه‌های نکاح درج شده که زوجین باید یکی را انتخاب نمایند. با توجه به اینکه مهریه دینی است حالّ که با مطالبه زوجه، زوج باید بپردازد، توافق بر عندالاستطاعه بودن آن در واقع شرطی خواهد بود که ضمن عقد نکاح آمده و در عقدنامه‌ها به صورت شرط پیشنهادی درج شده است. پس می‌توان شروط پیشنهادی مندرج در عقدنامه‌های رسمی موجود را به صورت اجمالی دارای سه عنوان کلی دانست:

۱. شرط انتقال تا نصف دارایی زوج به زوجه؛ ۲. شرط وکالت زوجه در طلاق؛ ۳. شرط عندالاستطاعه بودن مهریه.

۷) ابتلای زوج به هرگونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی مشترک برای زوجه دشوار باشد.

۸) زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند و یا شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی و تشخیص عذر موجه با دادگاه است.

۹) محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم و اجرای هرگونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زوجه و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۰) در صورتی که پس از گذشت پنج سال، زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر صاحب فرزند نشود.

۱۱) در صورتی که زوج مفقودالامر شود و ظرف شش ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.

۱۲) زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید.

فصل اول

انواع شروط ضمن عقد نکاح

شروط ضمن عقد نکاح از جهات گوناگون دارای تقسیم‌هایی است که در مفهوم‌شناسی به برخی از آنها اشاره شد. اما با توجه به اهمیت و تأثیری که شناسایی انواع شروط ضمن عقد نکاح در مباحث آتی دارد، در این فصل به دو تقسیم‌بندی که بر اساس لحاظ انواع مشروط و صحّت و فساد شرط، در کتاب‌های فقهی و حقوقی مورد توجه قرار گرفته است، اشاره می‌کنیم و برخی نکات مهم درباره آنها را توضیح می‌دهیم.

الف) شرط ضمن عقد به لحاظ انواع مشروط

به‌طورکلی آنچه در ضمن عقد شرط می‌شود، داخل در یکی از این اقسام است:

۱. شرط فعل

هرگاه یکی از متعاقدین در ضمن عقد شرط کند که طرف دیگر فعلی انجام داده یا فعلی را ترک کند، این شرط را «شرط فعل» می‌نامند. مثل آنکه در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوج کتابی را مطالعه کند یا به کسی هدیه دهد یا به سفر خارجی نرود و مانند اینها. البته فعل یا ترک فعلی که در ضمن عقد شرط می‌شود باید معلوم، مقدور، مشروع و دارای غرض عقلایی بوده و منافعی با مقتضای عقد نباشد و به صورت کلی واجد شرایط صحّت شرط – که در آینده به آن اشاره خواهد شد – باشد.

بیشتر شروط متعارف که در ضمن عقود وجود دارد، از نوع شرط فعل است و قدر متیقن از ادله شرعی نفوذ و وجوب عمل به شرط، مانند حدیث معروف «المؤمنون عند شروطهم»^۱ نیز همین نوع از شرط است.

البته این شرط گاهی به فعل یا ترک فعل «مادی» تعلق می‌گیرد، مانند رفتن به سفر یا ترک آن و گاهی به فعل یا ترک فعل «حقوقی» تعلق می‌پذیرد، مانند اجاره یا هبه یا ترک آن دو که می‌توان آن را در ضمن عقدی مانند بیع یا نکاح شرط کرد.

منظور از فعل مادی، افعالی است که آثار آنها خارجی و عینی است، در مقابل افعال حقوقی که اثر مستقیم آنها اعتباری است. مثلاً اجرای عقد بیع یا صیغه طلاق، فعلی حقوقی است که آثار آن در عالم اعتبار لحاظ می‌شود و نتایج حقوقی خاصی را به دنبال دارد.

در صورتی که یکی از متعاقدين در ضمن عقد شرط کند که طرف مقابل فعل مادی یا حقوقی را انجام دهد، به مقتضای ادله وجوب عمل به شرط، انجام آن بر مشروط‌علیه واجب است، چنانکه اگر ترک فعل مادی یا حقوقی شرط شود، ترک آن شرعاً واجب خواهد بود.

۲. شرط صفت

گاهی متعاقدين وجود صفت یا کیفیت خاصی را در متعلق و مورد عقد، شرط می‌کنند، مثل آنکه منزل مورد اجاره نوساز باشد یا مثلاً زوج شرط می‌کند که زوجه دارای وصف بکارت باشد یا زوجه شرط می‌کند که زوج دارای نسب یا تحصیلات خاصی باشد و عقد را مشروط به وجود این خصوصیات انشاء می‌نمایند. در این صورت آنچه شرط شده، از نوع شرط صفت خواهد بود که در زمان انشاء عقد یا محقق است یا نیست. اما اگر منظور از شرط، ایجاد و تحصیل وصف خاص باشد، مثل آنکه موجد بعد از عقد منزل را نوسازی کند یا زوج تحصیلاتش را تا مقطع خاصی ادامه دهد، این نوع شرط، به شرط فعل باز می‌گردد و از شمول شرط صفت خارج است.

به همین دلیل برخی از فقها معتقدند ادله وجوب پایبندی و عمل به شروط نمی‌تواند — دست‌کم به صورت مستقیم — شامل این نوع از شرط باشد؛ زیرا اساساً بعد از انشاء عقد،

۱. ر.ک: حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۷۶، حدیث ۲۷۰۸۱.