

به نام خدا

# بررسی شروط زوجین در عقد نکاح

مؤلف :

عبدالعلی ابراهیمی

انتشارات ارسطو  
(چاپ و نشر ایران)  
۱۳۹۹

# فهرست مطالب

## فصل اول : کلیات و تعریف مفاهیم / صفحه ۹

۱-۱- مقدمه / صفحه ۱۰

۱-۲- تعریف مفاهیم / صفحه ۱۷

۱-۲-۱- نکاح / صفحه ۱۷

۱-۲-۲- نکاح در معنای اصطلاحی: / صفحه ۱۹

۱-۲-۳- فقه / صفحه ۱۹

۱-۲-۴- فقه در اصطلاح: / صفحه ۲۱

۱-۲-۵- تنصیف / صفحه ۲۵

۱-۲-۶- زوج و زوجه / صفحه ۲۵

۱-۲-۷- حقوق / صفحه ۲۷

۱-۲-۸- تعریف شرط / صفحه ۳۲

## فصل دوم: اقسام شرط و جایگاه شرط تنصیف در

فقه و حقوق / صفحه ۴۴

بخش اول: اقسام شرط / صفحه ۴۵

۱-۲ - انواع شروط / صفحه ۴۵

۱-۱-۲ الف) به اعتبار ارتباط آن با عقد: / صفحه ۴۵

۱-۲-۲ ب): تقسیم شرط به اعتبار تأثیر و نفوذ آن در عقد

یا به اعتبار موضوع: / صفحه ۴۷

۱-۲-۳ ج) تقسیم شرط به اعتبار اقسام عقود به اعتبار

داشتن عنوان / صفحه ۵۳

۱-۲-۴ لزوم وفاء به شروط / صفحه ۵۶

بخش دوم: جایگاه شرط تنصیف در فقه و حقوق / صفحه ۶۶

۱-۲-۲-۱- بررسی شرط تنصیف در ضمن عقد نکاح: /

صفحه ۶۶

۱-۲-۲-۲- اشکال به جمله «عقد خارج لازم» / صفحه ۶۹

۱-۲-۲-۳- شرط تنصیف امره نیست / صفحه ۷۱

۱-۲-۲-۴- آثار مثبت و منفی شرط تنصیف دارایی / صفحه ۷۲

۱-۲-۲-۵- فلسفه جعل شرط تنصیف / صفحه ۷۶

۱-۲-۲-۶- شرایط تمسک به شرط تقسیم تنصیف دارایی

زوج: / صفحه ۸۱

۲-۲-۷- تنصیف دارایی منفی / صفحه ۸۹

۲-۲-۸- اشکالات فقهی حقوقی وارده بر شرط تنصیف

دارایی / صفحه ۹۲

۲-۲-۹- رابطه شرط باطل با عقد / صفحه ۱۰۱

فصل سوم: استقلال شرط تنصیف و رابطه آن با

سایر حقوق مالی / صفحه ۱۴۱

بخش اول: رابطه شرط تنصیف و سایر حقوق مالی / صفحه ۱۴۲

۳-۱-۱- رابطه شرط تنصیف دارایی با سایر حقوق مالی

زوج / صفحه ۱۴۲

۳-۱-۳- نحوه اقامه دعوی / صفحه ۱۷۶

۳-۱-۳- نفقه / صفحه ۱۷۸

۳-۱-۴- مهریه / صفحه ۱۸۲

۳-۱-۵- حل مشکل تراحم حقوق مالی زوجه با قاعده

اصولی / صفحه ۱۸۴

۳-۱-۷- خلاصه / صفحه ۲۰۳

بخش دوم: بررسی استقلال یا عدم استقلالیت شرط تنصیف

۳-۲-۱- مستقل بودن شرط تنصیف یا شرکتی بودن آن

/ صفحه ۲۰۵

۳-۲-۲- فرق قانون شرط تنصیف بین کشور ایران، فرانسه

و کانادا / صفحه ۲۱۲

۳-۲-۳- تقدم ادای دیون زوج بر شرط تنصیف دارائی :

/ صفحه ۲۱۶

۳-۲-۴- تراحم شرط تنصیف با مستثنیات دین / صفحه ۲۲۱

۳-۲-۵- تاثیر شرط تنصیف در آمار طلاق و ازدواج /

صفحه ۲۲۴

۳-۲-۶- لزوم وفا به شرط: / صفحه ۲۲۸

۳-۲-۷- ضمانت اجرایی تخلف از شرط تنصیف / صفحه ۲۳۶

## فصل چهارم : جمع بندی و نتیجه گیری / صفحه ۲۴۲

۴-۱- جمع بندی / صفحه ۲۴۳

۴-۲- حق طلاق به زوجه / صفحه ۲۶۹

مقدمه: / صفحه ۲۶۹

بخش دوم - مفاهیم / صفحه ۲۸۲

مبحث اول - تعریف عقد و توافق / صفحه ۲۸۲

گفتار اول - عقد در لغت / صفحه ۲۸۲

گفتار دوم - عقد در اسلام و اصطلاح حقوقی آن / صفحه ۲۸۴

مبحث دوم - مفهوم و تعریف قرارداد / صفحه ۲۹۰

مبحث چهارم - مفهوم نکاح / صفحه ۲۹۳

گفتار اول - مفهوم لغوی نکاح / صفحه ۲۹۳

گفتار دوم - مفهوم حقوقی نکاح / صفحه ۲۹۴

مبحث پنجم - مفهوم طلاق و انواع آن / صفحه ۲۹۷

گفتار اول - بائن / صفحه ۲۹۸

گفتار دوم - طلاق رجعی / صفحه ۲۹۹

گفتار سوم - شرایط طلاق / صفحه ۳۰۰

گفتار چهارم - طلاق خلع و مبارات در فقه امامیه /

صفحه ۳۰۵

مبحث ششم - مفهوم عسر و حرج / صفحه ۳۱۷

مبحث هفتم - پیشینه کاربرد قاعده نفی عسر و حرج در امور

خانوادگی در قانون ایران / صفحه ۳۲۵

مبحث هشتم - نقش رویه قضایی در تعیین مصادیق عسر و

حرج / صفحه ۳۵۴

مبحث نهم - مفهوم شرط و انواع آن در نکاح / صفحه ۳۵۵

مبحث دهم - تخلف از شروط ضمن عقد / صفحه ۳۶۷

## فصل پنجم : بررسی رویه قضایی / صفحه ۳۷۰

مبحث اول - خودداری شوهر از دادن نفقه ( خرجی ) زن و

انجام سایر حقوق واجب زن به مدت شش ماه. / صفحه ۳۷۷

مبحث دوم - بدرفتاری غیر قابل تحمل مرد با زن و فرزندان.

/ صفحه ۳۸۸

درخواست طلاق زوجه به دلیل سوءرفتار ناشی از ضرب و

جرح / صفحه ۳۸۹

مبحث سوم - بیماری خطرناک غیرقابل درمان مرد در حدی

که سلامت زن را به خطر اندازد. / صفحه ۴۰۹

مبحث چهارم - دیوانه بودن مرد در زمانی که امکان فسخ

نباشد. / صفحه ۴۲۴

مبحث پنجم - اشتغال مرد به کاری که به حیثیت و آبروی زن

و مصالح خانوادگی وی لطمه می زند. / صفحه ۴۲۹

مبحث ششم - محکومیت به حبس در حال اجرا از پنج سال

به بالا / صفحه ۴۳۲

مبحث هفتم - اعتیادی که به اساس زندگی خانوادگی لطمه

بزند. مانند اعتیادی که منجر به بیکاری مرد، فروش اثاثیه منزل

و وارد کردن ضرر به سلامت جسمانی و روحی زن و فرزند

شود. / صفحه ۴۴۸

مبحث هشتم - ترک بدون علت زندگی خانواده یا غیبت  
یکسره شش ماهه بدون دلیل موجه / صفحه ۴۵۵

مبحث نهم - اجرای هر نوع مجازاتی برای مرد که آبرو و  
موقعیت زن را به خطر اندازد. / صفحه ۴۶۱

مبحث دهم - بچه دار نشدن مرد پس از پنج سال. / صفحه ۴۷۴  
طلاق - تحقق شروط ضمن عقد نکاح - ناباروری - تلقیح  
مصنوعی / صفحه ۴۷۴

مبحث یازدهم - غیبت طولانی شوهر / صفحه ۴۸۱

مبحث دوازدهم - ازدواج مجدد مرد بدون اجازه همسر /  
صفحه ۴۸۷

نوع طلاق واقع شده به استناد شروط ضمن عقد نکاح /  
صفحه ۴۹۳

گفتار سوم حضانت و نفقه / صفحه ۴۹۵

بخش دوم نفقه: / صفحه ۵۰۶

فهرست منابع / صفحه ۵۲۳

الف منابع فارسی / صفحه ۵۲۳

ب- منابع عربی / صفحه ۵۲۹



## فصل اول

# کلیات و تعریف مفاهیم

## ۱-۱- مقدمه

در شریعت اسلام معاملات می بین مردم واقع می شود به دو صورت انجام می پذیرد برخی از این معاملات به صورت ایقاعی واقع شده و برخی دیگر به صورت عقد واقع می شوند و همین عقود منعقد نیز به دو دسته تقسیم می شود عقود لازم و عقود جایز؛ فقها در بیان توضیح این دو قسم فرموده اند: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه». و در تعریف عقد جایز فرموده اند: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند». یکی از عقود که فقها آن را جزء عقود لازم می دانند عقد نکاح می باشد.

عقد نکاح نیز در میان عقود از جایگاه اجتماعی،

اخلاقی، مذهبی، و فرهنگی خاصی برخوردار است. بر همین اساس شارع و قانونگذار آن را بر احکام و شرایط ویژه‌ای استوار ساخته که از سایر عقود متمایز است. در قانون ایران نیز قوانین مربوط به حقوق خانواده از زمره قوانین امری و اجتماعی محسوب می‌شوند که قانونگذار با نگاهی دقیق و کامل - حتی متأثر از حقوق بین‌المللی - آن را لحاظ کرده است.

از اینرو طرفین این قرارداد به سادگی نمی‌توانند اراده خود را جایگزین اراده شارع و قانونگذار کنند، و پا را فراتر از اختیارات خویش نهند. لذا اگر بخواهند میل و اراده خود را در این عقد بگنجانند، باید با اجازه و هماهنگی قانون باشد و گر نه ممکن است به خطا رفته و از چتر حمایت جامعه و قانون برخوردار نباشند.

قانون نیز در برخی موارد به طرفین اجازه داده که خواست خود را به عنوان شرط، در لابلای عقد نکاح قرار دهند. البته باید دقت داشت که این شروط نباید مخالف با ضوابط و اصول کلی شریعت باشد. چنانچه

در قانون مدنی ماده ۱۱۱۹ نیز تصریح دارد که طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ یکی از شروطی که ضمن عقد نکاح قرار داده شده، شرط تنصیف دارایی است که ظاهراً قانونگذار برای حمایت از حقوق زوجه آن را جعل کرده است. ولی در مورد این شرط در فقه و حقوق مباحثی قابل طرح است که آن را دچار چالش و قانونگذار را به تأمل وادار می‌دارد. هر چند که این شرط به اعتقاد برخی از قوانین آمره نمی‌باشد ولی زوجین به خاطر شرایط خاص ازدواج و مراسم عقد، تن به امضای آن می‌دهند.

البته باید بررسی شود این شرطی که در سند ازدواج مطرح می‌شود جزء کدام یک از شروط مطرح شده در فقه قرار می‌گیرد چرا که برخی از شروط لازم الاجرا نمی‌باشند اما به لحاظ عرفی طرفین عقد خود را ملزم به اجراء آن می‌دانند چنانچه این بحث بین فقها وجود دارد که آیا شروط ابتدایی که زوجین بین خویش رد

و بدل کرده‌اند بعد از عقد نکاح نیز مشروعیت دارد یا خیر؟

پژوهش حاضر با در نظر گرفتن آگاهی بخشی زوجین، و توابع امضاء این شرط در فقه و قانون و همچنین شناسایی آسیب‌های موجود در امر ازدواج و تحکیم جایگاه خانواده و قضاوت فنی و دقیق قضات، در صدد است تا با بررسی فقهی حقوقی شرط تنصیف، قانون خانواده را در مسیر بازبینی و اصلاح قرار دهد.

با شروع زندگی مشترک بین زوجین مرحله جدیدی از زندگی اشخاص رقم می‌خورد در مقابل یکسری مسئولیتهایی نیز برای این افراد را در پی دارد؛ هدف این پژوهش آگاهی زوجین و شناسایی آسیب‌های موجود در امر ازدواج و تحکیم جایگاه خانواده، قبول مسئولیت ناشی از امضای سند ازدواج و قضاوت فنی و دقیق قضات محترم، مباحثی پیرامون این شروط مطرح گردد تا موجبات اصلاح و ارتقاء قوانین خانواده فراهم گردد و این تحقیق، بتواند گرهی از قوانین و

حقوق خانواده باز و زمینه آگاه بخشی به جوانانی که می‌خواهند مسئولیت خطیر خانواده را به دوش کشند، فراهم سازد. آسیب‌ها و ضرورتهای مربوط به حقوق خانواده، و بعضی شبهات و تفاوت‌هایی که میان قانون و فقه وجود دارد، شناسایی کند. بنابراین مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضاییه، محاکم قضایی و کلا، حقوقدانان و دانشجویان حقوق از جمله بهره‌وران می‌باشند.

دین اسلام اهمیت زیادی نسبت به نکاح قائل شده است تا جایی که در برخی موارد برای افراد انجام این عمل را واجب شمرده و تخلف از آن را گناه بزرگ برشمرده است. با آغاز زندگی اشخاص یکسری لوازمی را در پی دارد که در سند ازدواجی در ابتدای عقد نکاح برای زوجین قرائت می‌شود عاقد موظف است این شروط را برای هر یک از زوجین تفهیم و قرائت کند.

چنانچه اسلام نسبت به امر نکاح تاکیدات فراوانی دارد راجع به وفاء به عقود و شروط نیز تاکیدات فراوانی

را بیان کرده است از جمله آیه مشهور که می فرماید « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » در این آیه عقود جمع عقد می باشد که بنا به اعتقاد مفسرین به هر گونه عهد و پیمانی عقد گفته می شود و از طرفی نیز «العقود» جمع محلی به الف و لام و مفید عموم می باشد و جمله نیز کاملا مطلق می باشد و این آیه دلیل بر وجوب وفاء به تمام پیمان هایی است که میان انسان ها و یا افراد انسان با خداوند می بندند.

به تبع آیات و روایات فقهای عظام نیز التزام شرط را ضروری دانسته و نسبت به وفای شرط فرموده اند: شرط «التزام و تعهد تبعی است که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد می شود. چنین شرطی آن چنان با عقد مرتبط است که اگر عقد به جهتی از جهات منحل گردد، شرط نیز تبعا منتفی خواهد شد.»

بنابر این یکی از شروطی که در عقد نامه ها ذکر شده شرط تنصیف دارایی زوج در صورتی که طلاق از طرف زوج باشد چنانچه در عقد نامه تصریح شده مفاد

شرط چنین است « هر گاه طلاق به بنابه در خواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری و یا سوء اخلاق و رفتار او نبوده زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشوئی با او به دست آورده، یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل کند».

با اطلاع پیدا کردن از این شرط هم زوجه و بالاخص زوج وظایف شرعی و قانونی خود را در قبال همسر به وضوح کامل می رسد و همچنین برای قضاتی که امر دعاوی زوجین به آنها محول می شود با اطلاع قبلی زوج از مفاد این شرط به خوبی رسیدگی و اجرای حکم می گردد.



## ۱-۲-تعریف مفاهیم

قبل از هر چیز نیاز است تا مفاهیم اصلی بحث شناسایی گردد تا در ضمن آن با ذهنیتی آماده مباحث روشن و حد و مرزهای تحقیق بررسی شود و همچنین شایسته است که به مناسبت واژه های همسو و مرتبط با عنوان پایان نامه در ضمن این تحقیق تعریف و واضح گردد.

### ۱-۲-۱-نکاح

نکاح در لغت: نکاح در اصل از نکح گرفته شده و نکاح در لغت بمعنی زن گرفتن است که همان عقد نکاح باشد و بمعنی مقاربت و جماع نیز آید.<sup>۱</sup>

راغب میگوید: نکاح در اصل برای عقد است سپس بطور استعاره بجماع گفته شده، محال است که اول جماع وضع شده سپس در عقد باستعاره باشد زیرا

---

۱. قاموس قرآن، قرشی، سید علی اکبر، ج ۷، ص: ۱۰۷

نامهای جماع همه کنایات اند و عرب تصریح بآنرا قبیح میدانند و این غیر ممکن است که با لفظ قبیح از غیر قبیح تعبیر آورند. (یعنی لفظی که برای جماع وضع شده در عقد خواندن بکار برند).<sup>۱</sup> (چون عرب لفظی که برای مواقعه باشد ندارد و از گفتن آن شرم می کردند و همیشه با کنایه می گفتند).

در مجمع ذیل وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ<sup>۲</sup>

فرموده: نکاح لفظی است که بر عقد و جماع گفته میشود بقولی اصل آن جماع است آنگاه در اثر کثرت استعمال به عقد نکاح گفته اند. فیومی در مصباح گوید: ابن فارس و غیره گفته اند: نکاح بر وطی و عقد اطلاق

---

۱. «أصل النِّكَاحُ لِلْعَقْدِ، ثُمَّ اسْتَعِيرَ لِلْجَمَاعِ، وَ مُحَالٌ أَنْ يَكُونَ فِي الْأَصْلِ لِلْجَمَاعِ، ثُمَّ اسْتَعِيرَ لِلْعَقْدِ، لِأَنَّ أَسْمَاءَ الْجَمَاعِ كُلَّهَا كِنَايَاتٌ لِاسْتِقْبَاحِهِمْ ذَكَرَهُ كَأَسْتِقْبَاحِ تَعَاطِيهِ، وَ مُحَالٌ أَنْ يَسْتَعِيرَ مَنْ لَا يَقْصِدُ فَحْشًا اسْمَ مَا يَسْتَفْظِعُونَهُ لَمَا يَسْتَحْسِنُونَهُ.» اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، ۴ ص: ۸۲۳

میشود.<sup>۱</sup> همانگونه که در آیات نیز کلمه نکاح به معنی عقد بکار رفته است، در لسان احادیث هم به همین صورت است ولی در لسان روایات موارد نادری داریم که در آنها نکاح به معنی وطی استعمال شده است.

### ۱-۲-۲- نکاح در معنای اصطلاحی:

نکاح در اصطلاح فقهی و شرعی به همان علقه زناشویی گفته می شود که با الفاظ خاصه ای یا شبه الفاظ این علقه جعل و انشاء می شود، و از صدر اسلام نیز حقیقت شرعیه پیدا کرده است.<sup>۲</sup>

### ۱-۲-۳ - فقه

فقه در لغت به معنای علم درباره دین، مطلق

---

۱. « نَكَحَ: الرَّجُلُ وَ الْمَرْأَةُ أَيْضاً (يُنَكِّحُ) مِنْ بَابِ ضَرَبَ (نَكَاحاً) وَ قَالَ ابْنُ فَارِسٍ وَ غَيْرُهُ يُطَلَّقُ عَلَى الْوَطْءِ وَ عَلَى الْعَقْدِ دُونَ الْوَطْءِ»، فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۶۲۴.

۲. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، ص ۵۴۶.

فهم، زیرکی، علم و فهم عمیق و دقیق به کار رفته<sup>۱</sup> و مشتقات آن در قرآن و روایات نیز یافت می شوند.<sup>۲</sup> در مصباح گفته: «الفقه: فهم الشیء».<sup>۳</sup> چنانچه در آیات قرآن کریم نیز به همین معنا اشاره دارد و می فرماید: «قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ...».<sup>۴</sup> گفتند ای شعیب ما بسیاری از آنچه را که میگوئی نمی فهمیم.

---

۱. رک: ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۵۵۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، ج ۶، ص ۲۲۴۳. بصری، خلیل بن احمد، کتاب العين، ج ۳، ص ۳۷۰. صاحب بن عباد، المحيط فی اللغة؛ ج ۳، ص: ۳۴۷. طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین؛ ج ۶، ص: ۳۵۵.

۲. «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ». توبه/۱۲۲. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع: إِذَا أَرَادَ اللَّهُ بَعْدَ خَيْرٍ فَقَهَّهُ فِي الدِّينِ»، هر گاه که خداوند خیر بنده ای را بخواهد او را در معارف دین آگاهی می بخشد». کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط - الإسلامیة)؛ ج ۱، ص: ۳۲. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ج ۱۶، ص: ۱۳.

۳. فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۴۷۹.

لَهُمْ قُلُوبٌ «لَا يَفْقَهُونَ بِهَا»<sup>۱</sup>. قلبی دارند که با آنها نمی‌فهمند.

## ۱-۲-۴- فقه در اصطلاح:

فقه در ابتدا مرادف لفظ شرع به کار می‌رفت و علم فقه یعنی علم به طور کلی به هر آنچه که به عنوان دین از جانب خداوند آمده است، اعم از اصول دین و تعالیم اخلاقی و اعمال جسمانی و معرفت نفس و علوم قرآنی. فقهی که در آیه شریفه «فَلَوْ لَا نَفَرْنَا مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ»<sup>۲</sup> واجب شمرده شده است، فقه به همین معنای جامع آن است و برخی آن را «فقه اکبر» نامیده‌اند.<sup>۳</sup> بسیاری از این علوم به تدریج تخصیص یافته و از علم فقه مستقل شدند. علم عقاید خود دانش مستقلی شد به نام علم توحید یا علم

---

۱. اعراف ۱۷۹

۲. توبه/ ۱۲۲.

۳. الغریبین (مخطوط)، ج ۲، ص ۱۲۶- فقه.

کلام. علم اخلاق و معرفت نفس و سیروسلوک نیز از فقه جدا گردید و به نام علم اخلاق یا عرفان شناخته شد. دانش‌های مربوط به قرآن کریم تحت عنوان علم تفسیر و علوم قرآن از فقه جدا شدند. مباحث مربوط به اصول فقه نیز خود علم مستقلی شد که به بررسی روش استدلال فقهی یا ادلهٔ مشترک در علم فقه می‌پردازد. بدین ترتیب، تعریف اصطلاحی فقه منحصر شد چنانچه در اصطلاح فقها نیز به کار برده‌اند: «هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة»<sup>۱</sup> یعنی فقه عبارت است از علم به احکام فرعی شرع اسلام (یعنی نه مسائل اصول اعتقادی یا تربیتی بلکه احکام عملی) از روی منابع و ادله تفصیلی.

منظور از احکام فرعی، احکام مربوط به افعال و ترک مکلفان است، چه این احکام، تکلیفی باشند

---

۱. عاملی، جمال الدین، حسن بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین (قسم الفقه)، ج ۱، ص ۹۰؛ حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، ضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، ص ۵.

مانند وجوب و حرمت؛ و چه احکام وضعی مانند ملکیت و طهارت، و... و چه احکام مربوط به فرد و رفتارهای شخصی یا خانوادگی او، نیز احکام مربوط به جامعه و دولت و رفتارهای عمومی. با قید «فرعی» دانش‌هایی مانند اصول دین و اصول فقه از تعریف خارج می‌شود.

با قید ادله تفصیلی، فقه تقلیدی یعنی علم مقلد به فتوای مرجع تقلید، از تعریف اصطلاحی فقه خارج می‌شود. بر این اساس، علم فقه اختصاص به علم اجتهادی دارد همچنان که عنوان فقیه اختصاص به عالم مجتهد دارد نه عالم مقلد.<sup>۱</sup>

به عبارت دیگر دانشی است که تحصیل آن سبب دانستن احکام و قوانین فردی و اجتماعی اسلام

---

۱. ر.ک. مشکینی، میرزا علی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، ص ۱۸۰-۱۸۱.

می‌گردد که شارع آنها را تشریح کرده است.<sup>۱</sup> فقیه نیز به کسی می‌گویند که قدرت استنباط احکام شرعی فرعی را از راه ادله تفصیلی آن، داشته باشد.<sup>۲</sup>

به طور خلاصه: فقه، علم پیدا کردن به احکام شرعی فرعی با استفاده از دلایل تفصیلی است، که شامل تمامی عبادات و معاملات، عقود و ایقاعات می‌شود و امروزه حاصل و نتیجه آن در رساله‌های عملیه مجتهدان به صورت منظم نقش بسته است. به این خاطر به علم دینی فقه می‌گویند که «برتری و فضیلت و شرف بر سایر علوم دارد.»<sup>۳</sup> و یا اینکه با تأمل و اندیشیدن به دست می‌آید.<sup>۴</sup>

---

۱. طباطبایی حکیم، محمد تقی، اصول العامه للفقہ المقارن، ص ۴۰.

مطهری، مرتضی، آشنایی با علوم اسلامی، ج ۳، ص ۶۷. حسن بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، ص ۲۶.

۲. جناتی، محمد ابراهیم، ادوار فقه، ص ۳.

۳. ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۳، ص ۵۲۲.

۴. عسکری، ابو هلال، الفروع اللغویه، ص ۶۹.



## ۱-۲-۵- تنصیف

تنصیف در لغت: تنصیف در اصل از نصف بمعنای نیمی از شیء می باشد<sup>۱</sup> در لسان العرب نیز در معنای لغوی نصف می فرماید: «النَّصْفُ: أَحَدُ شَقَيِّ الشَّيْءِ»<sup>۲</sup> چنانچه آیه قرآن کریم نیز به همین معنا اشاره دارد و می فرماید: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ...»<sup>۳</sup>. برای شماسست نصف مال زنانان اگر فرزندی نداشته باشند.

## ۱-۲-۶- زوج و زوجه

جفت- صنف. به هر دو قرین از مذکر و مؤنث در حیوانات که ازدواج یافته‌اند گفته میشود: زوج. به هر دو قرین در غیر حیوانات نیز زوج اطلاق میشود مثل

---

۱. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ج ۷، ص ۷۵.

۲. ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرّم، لسان العرب، ج ۹، ص ۳۳۰.

۳. نساء/ ۱۲

## یک زوج کفش (یک جفت).<sup>۱</sup>

زوجه بمعنی زن است جمع آن زوجات میباشد  
راغب گوید آن لغت ردیء است.<sup>۲</sup> به اعتقاد مولف  
قاموس قرآن زوجه و زوجات در قرآن نیامده بلکه  
زوج و ازواج بکار رفته است.

چنانچه در آیه قرآن کریم زوج هم بزن اطلاق  
شده مثل «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ...»<sup>۳</sup>. و  
مثل «يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ»<sup>۴</sup>. و هم بمرء  
نحو «فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...»<sup>۵</sup> و  
ایضا «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا...»<sup>۶</sup>.<sup>۷</sup>

---

۱. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۳۸۴.

۲. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۳۸۴.

۳. نساء / ۲۰.

۴. بقره / ۳۵.

۵. بقره / ۲۳۰.

۶. مجادله / ۱.

۷. ر.ک. قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ج ۳، ص ۱۸۵.

حقوق در اینجا جمع حق است که به دو معنا بکار

می رود:

۱. حق فردی: عبارت است از اختیاری که قانون برای فرد شناخته و معین کرده که میتواند عملی را انجام و یا آن را ترک نماید و افراد در اعمال و عدم اعمال حق کاملا آزاد هستند. آزادی عمل در اعمال حق، رکن اساسی بشمار میرود. چنانچه روشن است حق مانند اشیاء مادی در خارج موجود نیست، بلکه امری اعتباری میباشد که قوه حاکمه از نظر حفظ نظم جامعه آن را شناخته و از آن حمایت مینماید. افراد برای حق، حقیقتی غیر از اعتبار اجتماعی میشناسند و توجه ندارند که هرگاه قوه حاکمه آن را محترم نشمارد و از آن حمایت ننماید وجود حقوقی خود را از دست میدهد و بصورت یک قاعده اخلاقی جلوه گر

میشود که تنها مورد احترام افراد خواهد بود. هرگاه افراد هم در روابط اجتماعی خود احترام بآن نگذارند از صورت قاعده اخلاقی نیز خارج میگردند. قوه حاکمه برای آنکه امری را حق بداند باید بصورت قانون آن را معرفی نماید. این است که گفته میشود: هرچه را قانون حق بشناسد حق است.

بدین جهت است که امری در کشوری حق شناخته شده و از آن حمایت میگردد و در کشور دیگر ممکن است همان جرم دانسته و مرتکب مجازات میشود، مانند تعدد زوجات که در ایران از آن حمایت میشود و در اروپا جرم و دارای کیفر خاصی است. و یا مثل هم جنس بازی که در کشورهای غربی از آن حمایت می کنند اما در ایران جرم محسوب می شود، همچنین مثل حجاب بانوان، همچنانکه در زمانی امری حق و مورد احترام بوده و در زمان دیگر جرم محسوب میگردد، مانند مالکیت بر اشخاص (بردگی) که زمانی

از آن حمایت می‌شده و اکنون چنین حقی را قوانین  
نمیشناسند و کسی که انسانی را تملک کند و یا  
بفروشد مجرم و بکیفر میرسد.<sup>۱</sup>

۲. حق اجتماعی: از آنجا که انسان موجودی است  
اجتماعی بدین معنا که ساختمان جسمانی  
او ایجاب مینماید در اجتماع زندگانی کند و  
نمیتواند بتنهایی روزگار خود را بگذراند و از  
دیگران بر کنار بماند، زیرا انسان از بدو تولد با  
ناتوانی جسمی که دارد بمساعدت پدر و مادر  
خود محتاج است و چون به سن رشد میرسد  
نمیتواند بتنهایی بامیال خود نائل گردد و نمو  
جسمی و روحی خود را تکمیل نماید، مگر با  
مبادله دائم فعالیت افراد دیگر از همجنسان  
خود. انسانی که بتواند منزوی از دیگران  
زندگانی نماید، فرضیه‌ای بیش نیست.

---

۱. ر.ک. امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ج ۴، ص ۳.

و از طرفی نیز انسان دارای حس خود خواهی میباشد که او را بجلب منفعت و دفع ضرر از خود وادار میکند. در این امر انسان و حیوان مشترک میباشند. فعالیت هر فردی برای جلب منفعت با فعالیت افراد دیگر در این راه اصطکاک پیدا مینماید و تا آنجائی که بتواند کوشش میکند تا بر افراد دیگر غالب گردد. برقراری نظم در جامعه وجود مقرراتی را ایجاب مینماید که آزادی افراد را محدود نموده و روش آنها را معین کند لذا برای برقراری این نظم به مجموع قواعد الزامی احتیاج دارد که برای نظم روابط افراد و بهبودی وضعیت جامعه وضع گردد، و همچنین تشکیلاتی را میخواهد که احتیاجات آنها را رفع نماید. وجود مقررات و تشکیلات، بدون وجود قوه ای که بر افراد تفوق داشته باشد و آن تشکیلات را حمایت کند و آن مقررات را بر افراد تحمیل نماید بی تأثیر است. بنابراین هر جمعیت منظمی که یافت گردد، ناچار مقرراتی بر آن حکمفرمائی میکند. اینست که میتوان گفت حقوق عبارت است از قواعد الزامی که برای نظم روابط بین افراد جامعه و بهبودی وضعیت

آن، وضع گردیده است. چنانکه از تعریف مذکور در بالا معلوم میگردد، قواعد حقوقی دارای خواص ذیل میباشد:

۱- علت غائی: از وضع قوانین که برقراری نظم در روابط افراد با یکدیگر و بهبودی وضعیت اجتماعی آنان میباشد.

۲- علت فاعلی: قواعد مزبور بوسیله فرد یا مقامی که از طرف افراد برای این امر شناخته شده وضع میگردد.

۳- علت اجرائی: اجراء قواعد مزبور بوسیله قوای حمایت میشود، تا افراد نتوانند از اطاعت آن سرپیچی کنند.<sup>۱</sup>

بنابر این حقوق بقواعدی گفته میشود که در روابط اجتماعی بین افراد حکومت مینماید که با آنها قوانین (بمعنی وسیع کلمه) نیز میگویند. استعمال حقوق در

---

۱. ر. ک، همان، ج ۴، ص ۶۴-۶۵.

این معنی مجازی است و باعتبار آنکه قواعد مزبور حکایت از حقوق فردی مینماید با آنها حقوق گویند. چنانکه گفته میشود: حقوق ملل قدیمه، حقوق اسلام، حقوق ایران، حقوق مدنی و امثال آن. حقوق در این معنی همیشه بصیغه جمع استعمال میشود. بحقوق بمعنی بالا حقوق ذاتی نیز میگویند.

### ۱-۲-۸- تعریف شرط

در سندهای ازدواج آمده است «ضمن عقد یا عقد خارج لازم، شرط گردید»... برای روشن شدن معنای جمله و تنویر اذهان ضروری است که معنا و اقسام شرط بیان و شروط صحیح از فاسد شناسایی شود.

### ۱-۲-۸-۱ شرط در لغت

شرط یک واژه عربی است که جمع آن شروط و اشراط می باشد، شرط از ماده «شَرَطَ يَشْرِطُ» در لغت عبارت از چیزی است که دیگری بواسطه آن ملزم و



ملتزم می‌گردد.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر؛ ملزم کردن کسی به چیزی و ملتزم شدن دیگری به آن در قرارداد خرید و فروش و همانند آن شرط نام دارد.<sup>۲</sup>

این واژه گاه در معنای مصدری و گاه در معنای اسمی به کار می‌رود و در شاخه‌های مختلف ادبیات اسلامی، معانی متفاوتی دارد که به شرح آن‌ها می‌پردازیم:

- در علوم ادبی و منطق واژه شرط به معنای گزاره‌ای است که پس از ادات شرط می‌آید، مانند:

اگر آن ترک شیرازی به دست آرد دل ما را

به خال هندویش بخشم سمرقند و بخارا را

---

۱. محقق نراقی، عوائد الایام، ص ۱۲۷.

۲. «و الشرط: الزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه»، ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۲۹. شرطونی، اقرب الموارد، ج ۱، ص. فیروز آبادی، قاموس المحيط، ذیل واژه شرط. زبیدی، تاج العروس، ج ۵، ص ۱۶۶.

گزاره‌ای که پس از واژه «اگر» آمده است، شرط نام دارد و آنچه را پس از شرط می‌آید جزای شرط می‌نامند. اهل منطق به شرط، مقدم و به جزای شرط، تالی می‌گویند.

در علم اصول فقه آنچه را از عدمش، عدم چیزی دیگر لازم می‌آید - اعم از آن که از وجودش وجود دیگری لازم بیاید یا خیر - شرط آن چیز می‌نامند چنانچه شیخ انصاری در تعریف شرط می‌فرماید: معنای شرط در اطلاقات یکی از دو معنای عرفی است؛ که معنای اول آن همان معنای حدی است که در لغت گذشت و معنای دوم آن، «ما یلزم من عدمه العدم من دون ملاحظه انه یلزم من وجوده الوجود او لا»<sup>۱</sup> تعریف دوم شرط عبارت است از چیزی که از نبودن آن، عدم دیگری لازم می‌آید. بدون اینکه از وجود آن، وجود دیگری لحاظ شود.

---

۱. شیخ انصاری، کتاب مکاسب، بخش خیارات، ج ۶، ص ۱۳.

- و در توضیح می‌گویند «الشَّرط ما يلزم من عدمه عدم الشيء». به تعبیر دیگر، شرط چیزی است که چیزی دیگر بر آن متوقف باشد؛ یعنی «الشَّرط ما يتوقف عليه الشيء». البته توقف شیء بر شرط چند حالت دارد: گاه وجود شیء متوقف بر چیزی است، مانند توقف معلول بر اجزای علت؛ گاه وجوب امری متوقف بر چیزی دیگر است، مثل وجوب حج بر استطاعت؛ گاه نیز لزوم عقد متوقف بر امری است، مثل لزوم عقد خیاری که بر سقوط خیار متوقف است و گاه آنچه متوقف است، صحت یک امر است، مانند توقف صحت عقد بر وجود اختیار در متعاملین.

از نخستین فقیهانی که شرط را تعریف کرده می‌توان از شهید اول نام برد. ایشان پس از معنای لغوی شرط می‌نویسد؛ و عرفاً: ما يتوقف عليه تأثير

المؤثر فی تاثیرہ لا فی وجودہ<sup>۱</sup>.

با تحقیق و تتبع در کتب علما اینگونه فهمیده می شود که مفهوم شرط در عرف و لغت و اصطلاح همان معنای حدیثی شیخ انصاری است و سایر معانی نیز به آن برگشت می کند.<sup>۲</sup>

در قرآن مجید واژه شرط به صورت مفرد نیامده است؛ ولی صورت جمع آن یعنی اشراط به کار رفته است؛ از جمله در «فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا»<sup>۳</sup> که در آن، اشراط به معنای نشانه‌های قیامت است.

در عرف عامه نیز واژه شرط در معنای رسم و شیوه استعمال می شود؛ چنان که در بیت زیر که منسوب به

---

۱. شهید اول، محمدبن مکی، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول العربیه، ج ۱۶، ص ۶۴، قاعده ۳۵، مکتبه مفید.

۲. یزدی، حاشیه مکاسب، بخش خیارات، ص ۱۰۵۶، اصفهانی، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۳۸، ایروانی، حاشیه مکاسب، ص ۶، خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۲۹۷، سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۱۷، ص ۲۱۵۷.

۳. محمد / ۱۸.

حافظ است، واژه شرط به همین معنا به کار رفته است:

در محفلی که خورشید اندر شمار ذره است

خود را بزرگ دیدن شرط ادب نباشد

- در روایات کلمه شرط در معنای خیار نیز آمده است، مثل «الشَّرط فی الحيوان ثلاثة» یعنی ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است.<sup>۱</sup>

- در اصطلاحات اهل شرع گاهی واژه شرط به معنای مطلق «عهد» آمده است؛ مانند «شرط النَّاس» که به معنای «عهد النَّاس» و یا «شرط الله» که به مفهوم «عهد الله» است. عهد الله نیز به معنای احکام الله، اعم از احکام تکلیفی و وضعی است؛ چنان که در روایت زیر شرط به معنای عهد الهی (حکم الله) آمده

---

۱. حر عاملی، وسائل الشیعه؛ ج ۱۲، ص ۳۵۰-۳۴۹.

است: مردی با همسرش ضمن عقد به نحو شرط نتیجه شرط کرده بود که چنانچه ازدواج مجدد کند، زوجه مطلقه باشد. در این باره از امام (ع) سؤال شد و ایشان پاسخ دادند که این شرط باطل است. پرسش کننده در مورد علت بطلان توضیح خواست و امام (ع) پاسخ دادند: «لأن شرط الله أسبق من شروطكم»<sup>۱</sup>. در شعر زیر، حافظ شرط را به همین معنا به کار برده است:

عهد و پیمان فلک را نیست چندان اعتبار

عهد با پیمانان بدم شرط با ساغر کنم

- در کتب لغت معنای دیگر شرط، مطلق الزام و التزام است؛ بی آن که در ضمن عقد درج شده باشد. گرچه بعضی از اهل لغت این قید را افزوده و گفته‌اند: «الشرط الزام الشیء و

---

۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، مکاسب، ص ۲۷۵.

التزامه فی البیع و نحوه»<sup>۱</sup> یعنی شرط الزام و التزام در ضمن عقد بیع و امثال آن است؛ ولی به ظاهر، علت افزودن این قید آن است که در اغلب موارد شرط در ضمن عقود درج می‌شود.<sup>۲</sup> شاهد این مطلب آن است که واژه شرط در مورد شروط ابتدایی غیر مندرج در عقود و همچنین درباره خود عقد بیع که از مصادیق التزام است<sup>۳</sup> و نیز مطلق عهد در روایات به کار رفته است.<sup>۴</sup>

بنابر این از آنچه گفته شد مشخص گردید که همه مفاهیم لغوی و عرفی شرط را می‌توان در دو معنا خلاصه کرد: جعل شیء در ضمن شیء دیگر (التزام در

---

۱. ابن منظور، محمد بن مکرّم، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۲۹ و فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، قاموس المحيط، ذیل واژه شرط و زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس، ج ۵، ص ۱۶۶.

۲. مکاسب، همان، ص ۲۷۵.

۳. همان.

۴. همان.

ضمن عقد)، و تعلیق شیئی بر شیء دیگر. همچنانکه در کلمات شیخ انصاری نیز بدان اشاره کردیم اما برگشت معنای شرط به یک مفهوم جامع، مورد تردید بعضی از فقیهان قرار گرفته؛ زیرا به نظر آنان در شرط به معنای «الزام و التزام در ضمن عقد»، تعلیق و اناطه‌ای وجود ندارد، بلکه عقد، ظرف و شرط، مظروف آن است و تعلیقی ایجاد نمی‌شود و در صورت تخلف از شرط، خدشه‌ای بر صحت عقد وارد نمی‌آید، بلکه مشروط له فقط خیار فسخ پیدا می‌کند.<sup>۱</sup>

### ۱-۲-۸-۲- تعریف شرط در حقوق

در قانون، شرط تعریف نشده است. اما می‌توان از مواد مربوط به شرط یکی از مفاهیم زیر را بیان کرد: التزام و تعهدی تبعی که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد می‌شود و آن چنان با عقد مرتبط است که اگر عقد به جهتی از جهات منحل شود، شرط

---

۱. خمینی، سید روح الله الموسوی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۸۷.



نیز تبعاً منتفی می شود.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر شرط، چیزی است که عقد یا ایقاع بر آن معلق می شود، یعنی شرط قیدی برای اصل عقد می گردد، به گونه ای که انشا یا منشا - بر حسب دیدگاه های مختلف - معلق به حصول شرط می شود و به عبارت ثالث، نفس التزام معلق بر چیزی (شرط) می گردد،<sup>۲</sup> همانند بیع معلق.

- شرط عبارت است از التزامی دیگر در ضمن التزام عقدی؛ بدون این که «ملتزم به» (شرط) قیدی برای اصل عقد باشد. به عبارت دیگر، تعهدات فرعی و التزام در ضمن معامله را شرط یا شرط ضمن عقد می نامند،<sup>۳</sup> همانند این که شخص کالایی را خریداری می کند

---

۱. محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص ۳۱۹، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۷۲.

۲. خویی، سید أبو القاسم، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۲۹۹ و ج ۲، ص ۶۲؛ کاشف الغطاء، محمد بن حسن، تحریر المجله، ج ۱، ص ۵۲.

۳. همان جاها؛ موسوی بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیه، ج ۳، ص ۲۲۲ و خمینی، روح الله، البیع، ج ۱، ص ۸۷ و عوائد الایام، ص ۱۲۸.

و در ضمن آن، انجام دادن عملی را به عهده  
فروشنده می‌گذارد. شروط ضمن عقد مختلف  
هستند و به طور کلی به شرط فعل، شرط  
نتیجه و شرط صفت تقسیم شده‌اند.

- شرط آن است که صحت عقد منوط به وجود  
یا تحقق آن باشد. به عبارت دیگر، هر یک  
از شرایط انعقاد و صحت عقد را نیز شرط  
گویند، همانند شرط اهلیت متعاقدين، شرط  
تعقب ایجاب به قبول، شرط قبض و... این  
گونه شروط به طور کلی بر سه قسمند: شروط  
امضای عقد توسط شارع، شروط امضای عقد  
توسط عقلا، و شرط اصل اعتبار به گونه‌ای  
که مفهوم عقد وجودا یا عدما دائر مدار آن  
است.<sup>۱</sup>

- شرط به مفهومی که در باب مسئولیت مدنی

---

۱. مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۶۲.

و ضمان قهری بیان شده و آن عبارت است  
از چیزی که تأثیر مؤثر متوقف بر آن باشد.<sup>۱</sup>

---

۱. عاملی غروی، جواد بن محمد، مفتاح الکرامه، ج ۱۰، ص ۲۲۷ و  
فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام؛ ج ۲، ص ۴۴۳.

## فصل دوم

# اقسام شرط و جایگاه شرط تنصیف در فقه و حقوق

## بخش اول: اقسام شرط

### ۲-۱ - انواع شروط

شرط را به دو قسم کلی می‌توان تقسیم کرد:

#### ۲-۱-۱ الف) به اعتبار ارتباط آن با عقد:

##### ۲-۱-۱-۱ شرط ابتدایی:

تعهد و التزامی که یکی از طرفین قرارداد برای دیگری می‌کند، و ابتدا به ساکن چیزی را شرط کند و به گردن طرف مقابل می‌گذارد، بدون اینکه عقدی را به دنبال داشته باشد، و بدون آنکه در ضمن عقدی

از عقود یا معامله ای از معاملات ذکر شده باشد.<sup>۱</sup> مانند احکام الهی که چیزی را واجب یا حرام می کند و به گردن مکلف می گذارد و آنها را به انجام یا ترک آن ملزم می کند بدون آنکه بین بنده و مولای حکیم قراردادی باشد و در ضمن آن این تکالیف را بگنجانند.

همانطور که بیان شد شرط ابتدایی شرطی است که پیش از عقد انشا می شود به عقیده مشهور فقها، شرط ابتدایی لازم الوفا نیست، و در علت آن چنین استدلال کرده اند از آنجایی که این شرط غیر مرتبط با عقد محسوب می شود، لذا برای مشروط له وجوب وفا نمی آورد.

---

۱. موسوی بجنوردی، قواعد فقیه، ج ۳، ص ۲۵۲. نجفی خوانساری، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۲۳. خویی، مصباح الفقاهه، ج ۷، ص ۳۵۲. لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۳۸۰. بجنوردی، قواعد فقیه، ج ۲، ص ۳۷۶.

## ۲-۱-۱-۲ شرط تبانی:

شرطی است که قبل از عقد بر آن تبانی و توافق شده اما در هنگام عقد، ذکر نشده است.<sup>۱</sup>

## ۲-۱-۱-۳ شرطی ضمنی (ضمن عقد):

شرطی که در ضمن معامله ای از معاملات یا عقدی از عقود (عقد بیع، عقد نکاح، عقد اجاره، و...)، چیزی را شرط می کند و به عهده می گیرد یا بر عهده طرف مقابل می گذارد و او را به آن ملزم می سازد.<sup>۲</sup>

## ۲-۱-۲ (ب): تقسیم شرط به اعتبار تأثیر و

### نفوذ آن در عقد یا به اعتبار موضوع:

شرط را از این جهت می توان به دو قسم صحیح و فاسد، تقسیم کرد.

---

۱. همان.

۲. ر.ک. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، ج ۶، ص ۱۱.

## ۲-۱-۲-۱ شرط صحیح:

در قانون شرط صحیح تعریف نشده، اما پر واضح است، وقتی شرطی ضمن عقد نکاح به عمل آید و از شروط فاسده مذکور در ماده ۲۳۳ ق، م نباشد، صحیح و لازم الاتباع می‌باشد<sup>۱</sup> اما در فقه شرط صحیح هر شرطی است که به وصفی تعلق بگیرد و امکان اتصاف آن چیزی که عقد بر آن بسته شده با آن شرط، بالفعل باشد<sup>۲</sup>.

طبق آنچه که شیخ انصاری در کتاب مکاسب آورده، شرط صحیح باید، نه مشخصه داشته باشد:

- ۱- جایز باشد
- ۲- مقدور باشد
- ۳- غرض عقلایی داشته باشد
- ۴- مخالف کتاب و سنت نباشد
- ۵- منافی مقتضای عقد نباشد
- ۶- مجهول نباشد
- ۷- مستلزم امر محال نباشد
- ۸- در متن عقد ملتزم به آن شده باشند

---

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۷۳ و ج ۵، ص ۴۰.

۲. کل شرط تعلق بصفه یمنکن ان یكون المعقود علیه متصفا بها بالفعل فهو شرط صحیح. مغنیه، فقه الامام الصادق - ع، ج ۳، ص ۱۷۱.



## ۹- منجز باشد<sup>۱</sup>.

سپس مرحوم شیخ، برای شرط سه قسم ذکر می‌کند<sup>۲</sup>، که در قانون نیز به تبعیت و تأثیر از فقه، این اقسام ذکر شده که:

الف). شرط صفت: عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله، که موضوع آن صفتی از صفات مورد معامله که عین خارجی است، باشد.<sup>۳</sup> «به عبارت بهتر شرط کننده وجود صفتی در مبیع را شرط می‌نماید که ایجاد این صفت بر مشروط علیه مقدور باشد،»<sup>۴</sup>

ب). شرط نتیجه: آن است که تحقق امری در خارج شرط شود؛<sup>۵</sup> یعنی اشتراط تحقق اثر یک عمل حقوقی

---

۱. شیخ انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۷.

۲. همان، ص ۳۴.

۳. قانون مدنی، ماده ۲۳۴.

۴. بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ج ۲، ص: ۴۱۸.

۵. قانون مدنی، همان.

در ضمن عقد می باشد؛ اعم از آنکه آن عمل عقد باشد یا ایقاع؛ مثل شرط خیار برای دو طرف یا یکی از آنان و یا اجنبی در ضمن عقد بیع و یا وکیل بودن بائع از طرف مشتری یا بالعکس، در انجام دادن یک عمل. مثل این که بائع در ضمن معامله‌ای با مشتری شرط کند که من خانه‌ام را به تو به قیمت کذا می‌فروشم به شرط این که فلان زمین تو مال من باشد یا عبد تو آزاد باشد؛ در اصطلاح فقها گاهی به این گونه شروط، شرط غایت گفته شده است.<sup>۱</sup>

ج). شرط فعل: شرطی است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود؛<sup>۲</sup> به عبارت دیگر شرط فعل آن است که در ضمن عقد، انجام دادن و یا ترک یک فعل مادی یا حقوقی

---

۱. خوانساری نجفی، موسی بن محمد؛ منیة الطالب (تقریرات درس آیت الله نائینی)؛ ج ۲، ص ۱۲۷؛ موسوی بجنوردی، محمد حسن؛ القواعد الفقهیة؛ ج ۳، ص ۲۶۲.

۲. قانون مدنی، همان.

بر یکی از متعاملین و یا بر شخص خارجی شرط شود؛ مثل آنکه در ضمن عقد شرط شود بایع خانه را تعمیر کند و یا مشتری ملزم شود آن را وقف کند یا برای درک ثمن، ضامن یا رهن بدهد، و یا اینکه مبیع را تا مدت یک سال نفروشد و یا بایع مبیع را قبل از حمل بیمه کند و یا در نکاح شرط شود که زوج، همسر اوّلی خود را طلاق دهد.»<sup>۱</sup>

لازم به ذکر است که در صورت تخلف از شرط صفت، «مشروط له» خیار فسخ خواهد داشت. در صورت تخلف از شرط فعل، مشروط علیه اجبار به وفاء شرط می شود و اگر اجبار او مقذور نباشد ولی انجام فعل به وسیله شخص دیگری میسر باشد، حاکم به خرج «مشروط علیه» موجبات انجام شرط را فراهم می کند، اما اگر اجبار مشروط علیه ناممکن و نیز فعل مشروط از جمله اعمالی نیست که به وسیله غیر انجام آن میسر شود، مشروط له حق فسخ عقد را خواهد

---

۱. یزدی، سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۲، ص ۴۲

داشت. علاوه بر این مشروط له در شرط صفت و فعل حق اسقاط شرط را دارد، (مانند شرط وکالت که خواهد آمد) به خلاف شرط نتیجه که با انعقاد عقد تحقق می یابد و موردی برای اسقاط شرط وجود نخواهد داشت<sup>۱</sup>.

اما سوالی که ممکن است قابل توجه و در خورد دقت باشد اینست که شرط مذکور (تنصیف دارایی زوج) جزء کدام یک از اقسام شرط قرار می گیرد؟ به نظر ما در تحلیل ماهیت حقوقی این شرط، یک نوع شرط فعل نهفته است، یعنی علمی در آینده به صورت شرط فعل (تملیک مجانی نصف دارایی) بر زوج شرط می شود، و باید گفت ذکر این شرط به صورت شرط نتیجه دارای اشکال می باشد، بخاطر اینکه هدف از درج این شرط، تملیک دارایی موجود شوهر نیست، بلکه ناظر به دارایی های آینده شوهر است که متعاقبا در طول زندگی مشترک شوهر بدست می آورد.

---

۱. محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص ۳۲۴؛ ق. م، ماده ۲۳۵ به بعد.

## ۲-۱-۲-۲ شرط فاسد:

این شرط بر خلاف شرط صحیح است و با تعریف شرط صحیح معنای این قسم نیز مشخص می‌گردد. در نتیجه هر شرطی که فاقد شرایط صحت باشد، فاسد خواهد بود.<sup>۱</sup> ثمره این بحث در شرط «وکالت در طلاق» مشخص خواهد شد.

## ۲-۱-۳ ج) تقسیم شرط به اعتبار اقسام عقود به اعتبار داشتن عنوان

در یک دسته بندی کلی می‌توان عقود را به دو دسته معینه و غیرمعینه تقسیم کرد. عقود معینه آن دسته از توافقات و قراردادهایی است که عنوان، شرایط و اوصاف آن در قانون ذکر شده و حق و تکلیف طرفین عقد به طور کلی و شرایط صحت و بطلان آن آورده شده است به عبارت دیگر عقود معینه عبارت از عقودی هستند که از قدیم الأیام در بین مردم متداول

---

۱. ق م، ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ شروط باطل را ذکر کرده است.

بوده و در قانون نیز برای خود نام خاص به خود را اختصاص داده و در عرف مردم برای خود دارای مورد و آثار و احکام مخصوصی بوده که قانون نیز متعرض آن احکام و آثار شده است؛<sup>۱</sup> مثل عقد اجاره، بیع، ودیعه، عاریه، وکالت و غیره و نقطه مقابل آن عقود و توافقات بین اشخاص است که در قانون تحت عنوان قراردادهای خصوصی آمده است و فاقد عنوان خاص در قوانین موضوعه بوده و تعداد آنها نیز نامحدود است. شرایط و آثار آنها بر طبق قواعد عمومی قراردادها و بر اساس اصل حاکمیت اراده تعیین می‌شود<sup>۲</sup> این توافقات عقود نامعین نامیده شده و طبق ماده ۱۰ قانون مدنی چنانچه مخالف شرع و قانون نباشد نافذ است.

طرفین عقد در کنار عقود و در بیان شرایط اجرای عقد و یا اوصاف موضوع مورد توافق طرفین عقد شرایطی را که لازم می‌بینند با مورد توافق خود می

---

۱. ر.ک: طاهری، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۹.

۲. ر.ک: همان.

افزایند که اصطلاحاً شروط ضمن عقد گفته می شود و جز در مورد مصادیق ماده ۲۳۳ قانون مدنی بین متعاملین هر شرطی لازم الاتباع است.

عقد نکاح بعنوان یکی از عقود معینه با شرایط مشروح در جلد دوم قانون مدنی که مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۳۲ را در بر می گیرد مورد توجه مقنن بوده و به تبیین و تشریح نحوه وقوع و احکام آن و همچنین حقوق و تکالیف طرفین عقد (زوجین) پرداخته است. در عقد نکاح نیز مانند سایر عقود معین طرفین عقد می توانند شرایط و اوصافی که مبطل عقد نباشد تبیین و بر آن توافق نمایند و پس از توافق طبق قواعد فقهی و حقوقی ملزم به رعایت و اجرای آن هستند که یکی از این شروط شرط نصف دارایی است که در دهه اخیر مورد توجه متقاضیان ازدواج بوده و در سندهای نکاحیه، بندی را به صورت چاپی به خود اختصاص داده و زوج با امضای شرط متعهد می شود در صورت طلاق و با شرایط مصرح در آن بند تا نصف دارایی خود

را به زوجه بدهد.

## ۲-۱-۴ لزوم وفاء به شروط

یکی از قواعدی که فقها و حقوقدانان راجع به آن بحث می کنند در مورد قاعده لزوم است؛ این قاعده به تبیین وفاء به شروط ضمن عقد می پردازد و از آنجایی که شرط تنصیف اموال جزء شروط نکاحنامه می باشد و برای آگاهی زوجین در مورد اینکه چگونه شرط کنند تا بتوانند در دادگاه اقامه دعوا و مشروط علیه را مجبور به وفا کنند، این بحث از اهمیت خاصی برخوردار است. هر چند که قبول کردن و آوردن بعضی شروط در سند ازدواج از پیش مسجل شده است - ولی ضرورت دارد تا کلیاتی در لزوم وفای به شرط بیان شود.

مساله ای که در اینجا باید بررسی شود اینست که آیا وفای به شرط وجوب تکلیفی است؟ که مشروط علیه اگر وفا نکرد کار حرامی کرده و مرتکب معصیت شده و استحقاق عقوبت دارد؟ یا وجوب تکلیفی ندارد



و صرفاً وجوب وضعی دارد یعنی شرط صحت یا لزوم معامله است و اگر مخالفت کرد و به شرطش وفا نکرد معامله از لزوم خارج می‌گردد یا اصل معامله باطل می‌گردد؟

به اعتقاد مشهور فقها وفای به شرط، واجب شرعی تکلیفی است و مخالفت با آن حرام و معصیت است،<sup>۱</sup> اما در مقابل نظر مشهور عده‌ای از فقها همچون شهید اول در لمعه و بعضی دیگر از فقها قائل هستند که: وفای به شرط وجوب تکلیفی ندارد و بر مشروط علیه وفای به شرط (انجام فعل مشروط یا ترتیب اثر دادن به آن) واجب نیست (که مخالف با آن عقاب داشته باشد) و تنها فایده اشتراط آن را فرموده‌اند اگر مشروط علیه به شرطش وفا نکرد معامله جایز و متزلزل می‌شود و مشروط له یا شارط حق فسخ پیدا می‌کند پس لزوم وضعی است و برای این است که

---

۱. دزفولی، مرتضی بن محمد امین انصاری، کتاب المکاسب (ط) - الحدیثه، ج ۶، ص ۶۲.

معامله لازم گردد.<sup>۱</sup>

برای روشن شدن بحث لازم است لزوم را در اصطلاح فقهی مورد بررسی قرار دهیم: لزوم در اصطلاح فقه در مورد عقود بدین معنا است که مقتضای عقد غیر قابل تغییر و تبدل است و تزلزل و عدم ثبات در آن راه ندارد و طرفین حق فسخ ندارند.<sup>۲</sup>

بنابراین در اقسام شروط باید گفت:

شروط ابتدائی: طبق نظر مشهور فقها، چنانچه قبلاً هم اشاره کردیم شروط ابتدائی لازم الوفا نیستند، یعنی شخص متعهد، ملزم نیست که حتماً به تعهداتش عمل کند و نمی توان به دادگاه مراجعه کرد و او را ملزم به

---

۱. اللمه الدمشقیه، ج ۳، ص ۱۳۰؛ حلی، مقداد بن عبد الله سیوری،

التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۲، ص ۷۱.

۲. مبادی فقه و اصول، ص ۱۵۴. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه،

ج ۲، ص ۵۲. شبیری زنجانی، موسی، کتاب النکاح، ج ۱۰، ص ۳۵۰۰.

انجام کارش نمود<sup>۱</sup>.

صحبت‌ها و انتظاراتی که دختر و پسر قبل از عقد با یکدیگر مطرح و ملاکها یا مواردی را قرار می‌دهند، از جمله شروط ابتدائی به شمار می‌روند که از لحاظ قانونی نمی‌توانند ادعایی بر اساس آن داشته باشند. مگر اینکه آنها را در ضمن عقد لحاظ کنند.

شروط بنایی: در مورد این شرط سه نظریه؛ بطلان، صحت، تفصیل، وجود دارد. که مشهور فقها عقیده به باطل بودن آن دارند. زیرا آنها می‌گویند: شرط اگر بخواهد لازم باشد باید در ضمن عقد ذکر شود و شرط بنایی هر چند قبل از عقد ذکر می‌شود اما چون در متن عقد به آن اشاره نمی‌گردد، الزام‌آور نیست. در

---

۱. خویی، ابوالقاسم، موسوعه الامام الخویی، ج ۲۲، ص ۴۶۷. اراکی، محمدعلی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۴۴۷. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، ج ۵، ص ۵۷.

مقابل مشهور، عده ای نیز به صحت آن اعتقاد دارند؛<sup>۱</sup> که از جمله اینان می‌توان از صاحب جواهر<sup>۲</sup>، سید محمد کاظم یزدی<sup>۳</sup>، محقق اصفهانی<sup>۴</sup>، میرزا حبیب الله رشتی<sup>۵</sup> و آیه الله خویی<sup>۶</sup> نام برد.<sup>۷</sup> به نظر این گروه، توافق در مورد شرط پیش از عقد، چه در قالب کلمات رسمی به صورت تعهد و التزام و چه به صورت گفتگو، چنانچه در تراضی ملحوظ گردد در حکم ذکر در متن

---

۱. جمعی از فقها مانند: صاحب جواهر، سید محمد کاظم یزدی، محقق اصفهانی، میرزا حبیب الله رشتی، آیه الله خویی، برای مطالعه بیشتر رجوع کنید: محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، ج ۲، ص ۵۵ و ۵۶.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۱۸.

۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم؛ ملحقات عروۃ الوثقی؛ ج ۲، ص ۱۱۸.

۴. کمپانی (محقق)، محمد حسین بن محمد حسن اصفهانی؛ حاشیه بر مکاسب؛ ج ۲، ص ۱۵۳.

۵. رشتی، حبیب الله؛ فقه الامامیه؛ قسم الخیارات، ص ۱۳۳.

۶. خویی، سید ابو القاسم، مصباح الفقاهه؛ ج ۶، ص ۱۳۴-۱۳۵.

۷. شیخ انصاری را نمی‌توان به قطع از منکران شرط بنایی دانست، چون ایشان نظرهای گوناگونی ابراز کرده است. در این باره رجوع کنید به: مکاسب؛ ص ۱۷، ۱۹۸، ۲۲۱ و ۲۸۲.