

## شروط و شروط ضمن عقد



احمد صادقی گلدر

مطالعه مقاله « تحلیلی در باره شروط ضمن عقد نکاح » از جناب آقای محقق داماد در « فصل نامه حق » نگارنده این سطور را ترغیب کرد تا در زمینه شروط بطور کلی و شروط ضمن عقد نکاتی را به رشته تحریر درآورم و در مسأله « شروط عدم ازدواج مجدد » به تصور خود قول چهارم را توجیه کنم . \*

### شروط و شرائط

شروط ، مصدر باب نصر ینصر و ضرب ینضرب ، به صیغه جمع بسته میشود و فعل این مصدر با حرف جر لام و علی متعدی میگردد و گفته میشود : شرطله و شرطعلیه . شرایط نیز به معنای شروط بکار می رود ، که البته مفرد آن شریطه است .

در ابواب مختلف فقه اسلامی کلمه شروط در معنای کلی اوصاف و لوازم اشخاص و اشیاء و اعمال بکار رفته است ، مانند شروط مستحقین زکات ، شروط متعاقدین و شروط عوضین یعنی : اوصاف شرعی مستحقین زکات و اوصاف متعاقدین و اوصاف عوضین . نیز

\* جناب آقای محقق داماد این مقاله را ملاحظه کرده و یادداشتی فرستاده اند . که در پایان همین مطلب خواهد آمد . « فصل نامه »

شروط وضو، شروط تیمم، شروط اذان و اقامه، شروط نماز جماعت، شروط نماز جمعه، شروط روزه و شروط عقد و... که به معنی شروط وجوب و یا شروط وجود شرعی این اعمال است، اعم از آنکه شروط و لوازم مورد نظر از ارکان تشکیل دهنده و یا از لوازم غیر رکنی باشند.

در لسان فقهاء غیر از آنچه اشاره شد، شروط در معنای سومی نیز به کار رفته است که عبارتست از: «مقرر نمودن امری، حقی یا تکلیفی در ضمن عقدی از عقود و به تبع آن». از این معنی به شروط ضمن عقد تعبیر میشود، و مورد بحث مادر این مقام همین معنی است. در مباحث مربوط به شروط، شروط زوجین و شروط واقفین از اهمیت فراوان برخوردار است و شایسته است که نکات فقهی، حقوقی و قضائی آن مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. این اهمیت تا بدانجاست که در مورد شروط واقفان گفته شده است: «شرط الواقف کنصی الشارع».

### شروط و مشروط

هر چند واژه شرط و از جمله شرط ضمن عقد در قانون مدنی تعریف نشده است ولی میتوان گفت مفهوم آن برای مردم و حداقل، اهل فن روشن است. در لغت، لازمه یک چیز را شرط آن چیز گویند و متعاقدین با منظور نمودن حقی و یا تکلیفی آنرا لازمه عقد مشروط قرار میدهند. شرط کننده را «شارط» و مکلف به انجام شرط را «مشروط علیه یا مشروط علیها» و منتفع از شرط را «مشروط له» و عقدی را که شرط، در ضمن آن آورده شده است «عقد مشروط» می نامند.

با توجه به توضیحات بالا بحث ما ناظر به شروطی است که متعاقدین در ضمن عقد مقرر می کنند. شروط مذکور را میتوان با عنوان «شروط قراردادی» معنون ساخت و در مقابل «شروط شرعی و قانونی» مورد نظر قانونگذار (نظیر شروط متعاقدین و شروط زوجین و امثال اینها) قرارداد.

مهمترین ویژگی شروط ضمن العقد، تبعیت شرط از عقد مشروط است و این تبعیت دارای آثار فراوانی است که بدان اشارت خواهیم کرد.

### اصل اباحه در شروط

روش فقهاء و اصولیون به هنگام مطالعه اینگونه مسائل آنست که پیش از پرداختن به فروع و مسائل، به «تأسیس اصل» اقدام می کنند. تأسیس اصل در اینگونه مسائل تنها یک بحث علمی و ذهنی نیست. در واقع اگر اصل و خلاف اصل (یا قاعده و استثناء) روشن

شود در عمل نیز می‌توان از آن بهره‌مند شد، زیرا در مصادیق مشکوک با تمسک به اصل میتوان حکم مورد را بدست آورد. علاوه بر این کسی که مطابق اصل سخن می‌گوید، نیازمند ارائه دلیل نیست، چه اقامه دلیل و اثبات ادعا برعهده مدعی خلاف اصل است.

در مورد شروط نیز سؤال این است که: اصل حاکم در شروط، اصل اباحه است یا اصل حظر؟ بدین معنی که: آیا اشخاص در قراردادهای خود حق ندارند از هیچ شرطی استفاده کنند، مگر شرطی که از طرف شارع و قانونگذار مجاز و مشروع اعلام شده باشد؟ (اصل حظر) و یا اشخاص در قراردادهای خود می‌توانند از هر شرطی استفاده کنند و بنابراین هر شرطی اصولاً مشروع و لازم الوفاء است مگر شرطی که از آن نهی شده باشد؟ (اصل اباحه).

عده‌ای از دانشمندان، از جمله مالکیه و ظاهریه و اخباریه، به تبع اعتقاد به «حصر معاملات در متداولات» عقیده دارند که اصل در شروط، حظر است و احدی حق ندارد شرطی را در ضمن عقد منظور نماید، مگر آنکه این شرط قبلاً از طرف شارع مجاز و مشروع اعلام شده باشد. به عبارت دیگر هیچ شرطی لازم الوفاء نیست مگر شرطی که از طرف شارع مشروع و صحیح اعلام شده باشد. در نتیجه هر شرطی فاسد است مگر شرطی که مشروع اند. این عده علاوه بر دلایل و توجیهاات دیگر به این حدیث نیز استدلال می‌کنند:

«قال رسول الله - ص - ما بال اقوام یشرطون شروطاً لیست فی کتاب الله - کل شرط لیس فی کتاب الله، فهو باطل وان كان مائة شرط کتاب الله اوثق»<sup>۱</sup>

در مقابل این تصور، مجتهدان نخست دیوار «حصر معاملات در متداولات» را نقض فرموده و سپس اعلام کرده‌اند که اصل در شروط، اصل اباحه است و نه حظر. یعنی معاملات و شروط در صحت و لزومشان نیازمند ورود نص نیستند و هر شرطی، چنانچه شرط باشد (یعنی معقول، مقدور، ممکن، معلوم و مربوط به عقد مشروع باشد)، صحیح و لازم الوفاء است، مگر شرطی که عقد مشروط را از محتوی خالی کند (شرط خلاف مقتضای عقد مشروط) و یا شرطی که به صراحت از آن نهی شده باشد. و بطور کلی از شرطی نهی شده، است که حرامی را حلال، یا حلال و واجبی را حرام کند. به عبارت دیگر شرط داخلی و جوهری هر شرط صحیح و لازم الوفاء آنست که شرط باشد یعنی امر نا معقول و غیرمقدور و امر مجهول و غیرمربوط به عقد نباشد؛ و شرط خارجی هر شرط صحیح و لازم الوفاء آنست که:

اولاً شرط از چنان مفهوم و موقعیتی برخوردار نباشد که عقد مشروط را از محتوی خالی

۱- رجوع شود به جواهرالاکلیل علی مختصر خلیل، تألیف صانع عبدالسمیع، الکی و کتاب‌الرحلی. از ابن حزم ظاهری. و الفوائد المدنیة، محمد امین استرآبادی و احکام الوقف فی الشریعة الاسلامیه، دکتر محمد عبید الکبیری، ج ۱ ص ۲۸۲.



کند و از عقد و شرط، در جمع، چنان فهمیده شود که متعاقدین قصد انجام هیچ عملی از اعمال حقوقی را نداشته‌اند. یعنی اگر شرطی، چنین باشد، قطعاً فاسد است. مانند آنکه متعاقدین عقد ازدواج شرط کنند که علقه زوجیت، بوجود نیاید.

ثانیاً - شرط، از شروطی نباشد که از طرف شارع مقدس بنا به مصالحی نامشروع اعلام شده است. یعنی شرط نباید از شروطی باشد که حلالی را به حرام و یا حرامی را به حلال تبدیل نماید. در احادیث شریفه نیز وارد شده است: «... المؤمنون عند شروطهم الاشرط احل حراماً او حرام حلالاً».

اکثریت قاطع فقهای امامیه از بنیانگذاران عقیده «نقض حصر معاملات در متداولات» و تأسیس اصل اباحه در شروط هستند.<sup>۱</sup> مجاس شورای اسلامی نیز، به پیروی از فقهای امامیه:

اولاً - با تصویب مواد ۱۰ و ۷۵۸ و ۱۲۸۸ قانون مدنی، عقیده حصر معاملات، در متداولات را نقض کرده است.

ثانیاً - با تصویب ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی از اصل اباحه در شروط، پیروی نموده‌است. در اصل ۱۱۱۹ قانون مدنی چنین مقرر شده است: «طرفین عقد ازدواج میتوانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل اینکه شرط شود هر گاه شوهر، زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غائب شود یا ترک انفاق نماید. یا بر علیه حیات زن مؤقصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی، خود را مطلقه سازد» تذکر این نکته به جاست که: جمله «... در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر...» نباید موجب این اشتباه شود که منهای عقود معین، شرط ضمن عقد لازم، تنها راه ایجاد حقوق و تکالیف است، زیرا متعاقدین، و از جمله زوجین، میتوانند علاوه بر عقود معین و شروط ضمن العقد، از طریق قراردادهای مستقل، در حد ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۷۵۸ همان قانون تکالیف الزام آوری را در ارتباط با زندگی زناشویی بوجود آورند و براساس همین نکته لازم است تعهدات زوجین در این زمینه تحت عنوان «شروط ضمن عقد نکاح و تکالیف ناشیه از قراردادهای مستقل» مورد بحث واقع شود.

تصور اینکه «شرط ضمن عقد» تنها راه ایجاد تعهدات در ماوراء عقود معین است، از آثار عقیده حصر معاملات در متداولات است. گرچه اصطلاح «شرط ضمن عقد» هنوز هم متضمن فوایدی است ولی با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۷۵۸ همان قانون اهمیت گذشته خود را از دست داده است و ظاهراً دیگر نیازی نیست که از عبارت «ضمن عقد خارج

۱ - رجوع شود به جزء سوم «فقه الامام جعفر الصادق (ع)»، مرحوم شیخ محمد جواد مغنیه. ص ۱۷ و حاشیه مرحوم سید محمد کاظم یزدی (ره) بر مکاسب شیخ انصاری (ره) مبحث عقد بیع.

لازم «در اسناد، استفاده شود.

تذکر این نکته هم خالی از فائده نیست که در اعصار گذشته تصور میشد، عقد صلح منحصر به دفع و یا رفع تنازع است. سپس در قلمرو آن توسعه داده شد و بعنوان عقد تبعی از یکی از عقود معین پنجگانه (بیع، اجاره، ابرأ، هبه و عاریه) معرفی گردید و در سرعته سوم عقد صلح یک عقد مستقل شناخته شد. مجلس شورای اسلامی هم با تصویب ماده ۷۵۸، از همین عقیده پیروی نموده است. ماده ۷۵۸ میگوید: «صلح در مقام معاملات، هر چند نتیجه معامله ای را که بجای آن واقع شده است، میدهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد...» و در ماده ۷۵۴ نیز آمده است که هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد، یعنی عقد صلح بعنوان یک عقد مستقل هیچگونه محدودیتی ندارد جز... حتی لازم نیست متعاقدین از واژه صلح و متصالح استفاده کنند. نتیجه آنکه از نظر فقهای امامیه و به تبعیت از ایشان مجلس شورای اسلامی، اصل در شروط، اباحه است و نه حظر. اکنون به بیان تبعیت شرط از عقد مشروط میپردازیم.

### آیا اصل، در شرط فاسد این است که فاسد عقد باشد؟

مهمترین ویژگی شرط ضمن عقد، یا شرط بطور مطلق (چون شرطی غیر از شرط ضمن العقد نداریم) آنست که شرط تابع عقد مشروط است. مقصود آنستکه شرط به تنهایی و جدای از عقد مشروط، از جانب مشروط علیه، قابل از بین رفتن نیست. یعنی پیش از برهم زدن عقد مشروط، مشروط علیه حق ندارد شرط را فسخ کند و نادیده بگیرد، گرچه شرط، ذاتاً، از عقود جایز باشد. برای مثال، با آنکه وکالت عقدی جایز است، ولی اگر بصورت شرط در ضمن عقد نکاح منظور شود، تا زمانیکه عقد نکاح منحل نشده است، مشروط علیه نمیتواند وکالت را منحل کند. زیرا در اثر تبعیت شرط از عقد مشروط، لزوم عقد نکاح به شرط هم سرایت میکند. از این روست که معمولاً انحلال عقد مشروط و انکشاف بطلان آن، شرط را نیز لغو و بی اثر میکند. ولی در نظر متعاقدین، شرط، از چنان اصلتی برخوردار نیست که فساد آن در هر حال موجب فساد عقد مشروط گردد. از این رو متوجه میشویم که اصل در شروط فاسد، مفسد بودن است، یعنی قاعده آنست که شرط فاسد عقد مشروط را فاسد نکند مگر آنکه مفسد بودن شرط فاسد، اثبات گردد.

مرحوم شیخ محمد جواد مغنیه مؤلف کتاب «فقه الامام جعفر الصادق (ع)» اصل مزبور را چنین بیان کرده است: «... الشرط الفاسد من حيث هو لا يستدعي فساد العقد وان

الحکم بفساد العقد مع فساد الشرط ، لا یكون الا بدلیل خاص . اذ لا تلزم عقلاً ولا عرفاً ولا شرعاً بین الفسادين بما هما . بل قد ثبت فی الشریعة فی العديد من الموارد ان فساد الشرط لا یتدعی فساد العقد . . . .»

ایشان در این زمینه نیز روایاتی را نقل می‌نمایند ، از جمله : از امام جعفر صادق علیه السلام سؤال شده است :

« در عقد ازدواج ، زن شرط کرد که جماع و طلاق در اختیار او باشد ، چه حکم دارد؟ » امام (ع) در پاسخ فرمودند: « زن با چنین شرطی برخلاف سنت رفتار کرده و خواسته است ، حقی را بدست آورد که اهلیت آنرا ندارد . مهر به عهده مرد و جماع و طلاق هم در اختیار اوست . یعنی عقد صحیح و شرط ، فاسد است و فساد شرط به عقد مشروط سرایت نمی‌کند .

### شرط عدم ازدواج مجدد

هرگاه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج زن دیگری نگیرد ، و یا به تعبیر ماده ۱۱۱۹ ق . م . م . زوجه شرط کند که اگر زوج زن دیگری بگیرد ، زوجه وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی ، خود را مطلقه سازد . چه حکم دارد ؟

مؤلف منهاج الصالحین ، چنین شرطی را صحیح و لازم الوفاء و ازدواج مجدد زوج را با وجود شرط مزبور باطل میدانند<sup>۱</sup> یعنی مرحوم آیت الله سید محسن حکیم عقیده دارد که شرط « عدم ازدواج مجدد » نه مخالف مقتضای عقد نکاح است و نه شرعاً از آن نهی شده و چون اصل حاکم ، در شروط اباحه است لذا این شرط ، صحیح و لازم الوفاء میباشد . قول به صحت شرط عدم ازدواج مجدد مطابق اصل صحت و اصل لزوم وفاء به شرط است ، و احتیاج به دلیل ندارد و بر مدعی فساد است که باید دلیل بیاورد . به عبارت دیگر ، ازدواج مجدد مرد ذاتاً از اعمال مباحه است و از اعمال واجبه نیست تا شرط عدم ازدواج مجدد مخالف امر شارع مقدس باشد و شرط ، طبق اصل صحیح است تا منهی بودن آن اثبات گردد . وکل ما یباح فعله و ترکه فی اصل الشرع من غیر توسط العقد ، او ای شیء آخر یجوز ان یشترط فعله و ترکه الا ان یشبث العکس<sup>۲</sup> پس به استناد اصل اباحه در شروط و لزوم

۱ - منهاج الصالحین ، ج ۲ صحت نکاح ، فصل هفتم مسأله ۳

۲ - ظاهراً مراد از جمله « حرم حلالاً » به قرینه « احل حراماً » آنست که شرط ، واجبی را حرام کند و گرنه مستوع کردن مباح ، خالی از اشکال است . یعنی شرطی فاسد است که واجبی را حرام یا حرامی را واجب گرداند ( دقت شود )

وفاء بان میتوان گفت : « . . . و يجوز ان تشرط الزوجة على الزوج في عقد النكاح او غيره ان لا يتزوج عليها ، ويلزم الزوج العمل به . بل او تزوج لم يصح تزويجه . . . »  
والسلام

پادداشت جناب آقای محقق داماد

بسمه تعالی

« ضمن تقدیر از روحیه پژوهشگری نویسنده، لازم است توضیح دهم که در مقالت مزبور تنه به توجیه صحت شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح پرداخته شده است ، و تصدیق می‌نمایند که این نکته محل ابهام نبود . آنچه مورد توجه نگارنده این سطور در مقاله « شروط ضمن عقد نکاح » قرار داشت و از خوانندگان مفضل درخواست امعان نظر گردید موضوع بطلان عقد مجدد در فرض تخلف از تعهد بود ، نه توجیه اصل شرط مزبور ، خلاصه آنکه، سؤال اینست که :

اگر بر صحت شرط عدم ازدواج مجدد در ضمن عقد نکاح عقیده نمائیم ، چه توجیهی برای بطلان عقد مجدد در صورت تخلف متصور می‌باشد ؟ و به دیگر سخن آیا میان صحت شرط و تعهد ضمن نکاح مبنی بر عدم ازدواج مجدد با بطلان عقد مجدد در صورت تخلف ملازمه‌ای برقرار است ؟ و اگر چنین است چه توجیهی حقوقی بر چنین ملازمه‌ای وجود دارد ؟ و اگر چنین نیست پس چه وجهی برای بطلان بنظر می‌رسد ؟ . »

محقق داماد

\* \*  
\*