



## شروط ضمن عقد نکاح

صدیقه مهدوی کنی - عضو هیات علمی

الف) مفهوم و ماهیت شرط :

واژه شرط معانی گوناگونی دارد از جمله وصف، امری است که از عدم آن عدم لازم می‌آید، بدون اینکه وجودش لازمه وجود باشد. برای مثال نزدیکی به آتش شرط سوختن است، بدون اینکه سبب آن باشد. همچنین است الزام و التزام، خواه ضمن عقد باشد یا خارج آن که به معنی عقد نامعین است. ولی، در اصطلاح حقوقی، شرط یکی از این دو مفهوم را بیان می‌کند:

۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. مثلاً وجود قصد و رضا هرکدام شرط صحت معامله است.

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

شرط بدین مفهوم، نیز دو قسم است قسم اول بر حسب طبیعت موضوع آن 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). این شرط در واقع به کمال و روشنی شیوه اجرای تعهد

آیا شرط خلاف مقتضای عقد موجب بطلان عقد می‌شود؟ پاسخ داده شود.

کلید واژه‌ها:

عقد نکاح، عقد لازم، عقد جایز، طلاق، شرط، وکالت، عقد مجموعه‌ای هماهنگ است؛ هرچه در این مجموعه گنجانیده می‌شود جزئی از عقد است، خواه در شمار تعهدهای اصلی باشد یا تبعی.

شروط ضمن عقد چیزی جدا و مستقل از مفاد عقد نیست؛ بنابراین چون در حقوق، شرط بطور معمول به تعهدهای فرعی و تبعی گفته می‌شود و به این اعتبار از اصل قرار داد فاصله می‌گیرد، خود نظریه خاصی را به وجود آورده است. رابطه عقد و شرط، بویژه در جایی که یکی از آن دو فاسد است، یکی از مباحث پیچیده و مورد اختلاف حقوقی را تشکیل می‌دهد.

مطالب مربوط به شرط را می‌توان در چهار بخش مطالعه کرد:

الف) مفهوم و ماهیت حقوقی شرط

ب) اقسام شرط

ج) صحت و فساد شرط

د) اجرای شرط و نتیجه تخلف از آن

چکیده:

موضوع حراست از خانواده و ادامه زندگی مشترک زن و مرد در طول تاریخ همیشه مورد توجه بوده است. اسلام به عنوان یکی از مکاتب حقوقی با ارائه راهکارهای مناسب توانسته است از حقوق طرفین عقد نکاح و استحکام زندگی مشترک پشتیبانی کند از جمله این راهکارها شروط ضمن عقد می‌باشد. قبل از انقلاب اسلامی در دفتر نکاح صرفاً اجرای عقد ثبت می‌گردید ولی بعد از انقلاب اسلامی با دستور مراجع ذیصلاح شرعی را به عنوان شروط ضمن عقد در دفتر نکاح چاپ کردند که طرفین عقد نکاح باید به تناسب موضوعیت در صورت قبولی آنرا امضا کنند.

در این مقاله سعی شده است مباحثی پیرامون مفهوم شرط، اقسام شرط، صحت و فساد شرط، اجرای شرط و نتیجه تخلف از آن مورد بررسی قرار گیرد و به سؤالاتی مانند آیا شرط ضمن عقد جایز الزام آور است؟ آیا شرط باید ضمن عقد لازم آورده شود؟

کمک می‌کند و خود التزامی جداگانه نیست.

قسم دوم می‌تواند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد، ولی دو طرف به ملاحظات آن را تابع عقد دیگر ساخته‌اند تا نام شرط بر آن نهاده شود؛ مانند وکالتی که ضمن نکاح، شرط شود یا مضاربه‌ای که در قرارداد بیع می‌آید. 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 فرعی و تبعی.

آنچه به عنوان نظریه شرط ضمن عقد شهرت یافته از قسم دوم است؛ یعنی، التزامی که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار گرفته و حدود و شرایط آن تعهدها را کامل ساخته یا دگرگون کرده است. از دیدگاهی دیگر، شرط ضمن عقد را به دو دسته تقسیم می‌کنند:

۱- صریح که در آن تراضی به صراحت بیان می‌شود.

۲- ضمنی که از طبیعت عقد و عرف و عادت بطور ضمنی استنباط می‌شود.

بنابر این به تعهدی شرط ضمن عقد گفته می‌شود که در نتیجه طبیعت تعهد یا تراضی دو طرف، بین عقد و آن تعهد علاقه و ارتباطی مانند اصل و فرع موجود باشد، خواه عقد بر مبنای آن واقع شود، یا مفاد شرط را دو طرف ضمن عقد بیاورند، یا بعد از عقد به آن ضمیمه کنند. آنچه اهمیت دارد وجود و علاقه و ارتباط شرط با عقد است نه زمان وقوع آن؛ زیرا نیروی «قصد مشترک» این توان را دارد که امری خارجی را به عقد پیوند زند و آن را

در شمار مفاد عقد آورد. پس اگر شرطی که ضمن عقد آمده است، از دیدگاه قصد مشترک ربطی به عقد نداشته باشد باید آن را التزامی مستقل یا تعهدی ابتدایی شمرد.

اصطلاح شرط ضمنی برای اموری به کار می‌رود که مدلول التزامی الفاظ قرار گرفته است. یعنی به حکم عقل یا قانون یا عرف لازمه مفاد توافق یا طبیعت قرار گرفته است. برای مثال خانه‌ای اجاره داده می‌شود و در خلال مدت اجاره، نیاز به تعمیر جزئی پیدا می‌کند، اتفاقاً باید رنگ شود و قفل درهای ورودی روغن کاری و تنظیم گردد.

عرف مؤجر را به تسلیم عین مستأجره، و مستأجر را به انجام تعمیرهای جزئی متعهد می‌داند. پس می‌توان گفت اجاره حاوی شرط ضمنی مربوط به تسلیم مورد اجاره از سوی مالک و انجام تعمیرهای جزئی از طرف مستأجر است.

### شرط ضمن عقد جایز

مشهور است «وفای به شرطی واجب است که ضمن عقد لازم شرط شده باشد» در اینجا این سؤال مطرح است که آیا شرط ضمن عقد جایز<sup>۲</sup> هیچ الزامی بوجود می‌آورد؟ و آیا به وسیله شرط می‌توان عقد جایزی را الزام آور کرد یا باید شرط، ضمن عقد لازم<sup>۳</sup> آورده شود؟ در جواب سؤال اول بعضی از نویسندگان معتقدند که اگر ضمن عقد جایز انجام فعلها بر یکی از دو طرف شرط شود می‌توان الزام او را از دادگاه خواست.

خواننده دعوی می‌تواند با فسخ عقد اصلی، خود را از آن قید و التزام رها سازد، ولی پیش از این اقدام، انجام کار مشروط بر عهده اوست.<sup>۴</sup>

در پاسخ پرسش دوم باید گفت از ظاهر بعضی مواد چنین برمی‌آید که نویسندگان مدنی از نظر مشهور در فقه پیروی کرده‌اند و شرط در عقد جایز را کافی نشمرده‌اند. این ظهور را پاره‌ای نویسندگان نیز تأیید کرده‌اند.<sup>۵</sup>

۱) فالشرط بالمعنی المصدری عبارة عن جعل شی مرتباً بامر آخر (قواعد فقه، بجنوردی، ج ۳، ص ۲۲۴)

۲) در اصطلاح فقه به عقدی جایز گفته می‌شود که طرفین یا یکی از آن دو هر وقت بخواهند، تا وقتی عین باقی است، بتوانند عقد را به هم بزنند و آن را فسخ کنند (مبادی فقه و اصول، ص ۱۵۴)

۳) لزوم در اصطلاح فقه در مورد عقود بدین معنی است که مقتضای عقد غیر قابل تغییر و تبدیل است و تزلزل و عدم ثبات در آن راه ندارد و متعاقدين بر فسخ آن قدرت ندارند، و اگر حیثاً بخواهند فسخ کنند، اثری ندارد و عقد منسوخ نمی‌شود؛ این طبیعت و ماهیت عقود لازم است مگر آنکه شارع از خارج، عاملی را قانونگذاری کند که با آن بطور موقت جلوی لزوم را بگیرد، مانند جعل خیار (مبادی فقه و اصول، ص ۱۵۴)

۴) حاشیه مرحوم طباطبائی یزدی بر مکاسب، ص ۱۲۴، به نقل از حقوق مدنی (قواعد عمومی و قواعد دادها)، ناصر کاتوزیان، ج ۳، ص ۱۴۳

۵) حقوق مدنی، دکتر امامی، ج ۴، ص ۳۷۴؛ ایشان در مبحث نکاح، شرط ضمن عقد را در عقد لازم صحیح دانسته‌اند.

اگر شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می‌رود و در دید عرف یا شرع، موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند.

مخالفت شرط با مقتضای عقد، ممکن است به چند صورت انجام پذیرد:

۱- مخالفت با مضمون یا مفاد اصلی عقد، یعنی موضوعی که به تراضی انشا شده است. مثلاً در نکاح شرط شود که شوهر حق ندارد با همسرش رابطه جنسی داشته باشد.

۲- گاه شرط با مفاد عقد (قصد مشترک) تعارض ندارد، لیکن احکامی را که قانونگذار از اسباب و لوازم تحقق آن مفاد قرار داده است، نفی می‌کند؛ مثلاً اگر شرط شود که وقف هیچگاه به تصرف موقوف علیه داده نشود.

۳- گاه با هدف نهایی که در تراضی ملحوظ بوده است، تعارض دارد؛ در نتیجه می‌توان گفت مبنای اصلی مورد توافق و اثر مطلوب را نفی می‌کند.

آیا فساد شرط به عقد نیز سرایت می‌کند یا عقد می‌تواند در کنار باطل محفوظ بماند؟

۱- گروهی بطلان شرط را در همه

مبیع و ثمن منتهی نگردد و ۳- مخالف با مقتضای عقد نباشد و ۴- غیر مقدور نباشد، جایز شمرده شده می‌شود.<sup>۱</sup>

### شرط باطل

#### ۱- شرط غیر مقدور

هدف نهایی هر التزام، اجرای آن است. تعهدی را که نتوان ایفا کرد، در عرف امری لغو و بیهوده می‌شمارند. قانون نیز توانایی بر تسلیم را از شرایط عمومی درستی قراردادها می‌داند. برای مثال، اگر بر فروشنده زمین شرط شود که زراعتی را به خوشه برساند، این شرط در توان او نیست، بلکه به خداوند منسوب می‌شود.<sup>۲</sup> یا شرط کند در ضمن ازدواج بدون طلاق از همسر جدا شود.<sup>۳</sup>

#### ۲- شرط بیفایده

منظور از بیفایده بودن این است که در شرط، هدف معقولی منظور نباشد.

#### ۳- شرط نامشروع

هر شرطی را که مخالف کتاب و سنت باشد، فقها جزء شروط نامشروع آورده‌اند. و حقوقدانها شروط نامشروع را مطابق ماده ۲۳۲ ق.م. به دو گروه تقسیم می‌کنند.

۱- شرط خلاف قانون و شرع

۲- شرط خلاف اخلاق و نظم عمومی

#### ۴- شرط خلاف مقتضای عقد

در مسأله مقتضای عقد بین فقها و همچنین حقوقدانها نظرات متفاوتی وجود دارد. مرجع شناسایی را هریک چیزی دانسته‌اند. آنچه کم و بیش همه پذیرفته‌اند این است که «مقتضا» چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که

اما در مقابل مخالفانی چون دکتر کاتوزیان در کتاب خویش می‌گوید اگر خواست مشترک دو طرف بتواند ایجاد التزام کند و قالب و تشریفات معین نداشته باشد، چه تفاوت می‌کند که این خواست ضمن عقد لازم بیان شود یا در خود عقد؟ پس می‌توان گفت مفاد این مواد ناظر به مورد شایع است، بدون اینکه مفهوم آن لزوم شرط در عقد جایز را نفی کند.

#### ب) اقسام شرط:

شرط را به اعتبارهای گوناگون تقسیم کرده‌اند:

- به اعتبار اثری که در عقد می‌نامند به سه گروه تعلیقی، فاسخ و تقییدی.

- به اعتبار چگونگی بیان اراده، به صریح و ضمنی.

- به اعتبار شیوه ارتباط با عقد، به ضمن عقد و خارج از آن (ابتدایی).

- به اعتبار نفوذ شرط، به صحیح و فاسد.

تقسیم شرط به اعتبار موضوع را قانون مدنی در ماده ۲۳۴ چنین بیان کرده است:

۱- شرط صفت

۲- شرط نتیجه

۳- شرط فعل

#### ج) صحت و فساد شرط

##### شرایط صحت شرط در فقه

در فقه راجع به شرایط صحت شرط، اتفاق نظر وجود ندارد؛ این شرایط تحولاتی را پیموده است، ولی بیشتر اختلافها صوری است. در کتابهای فقه دیده می‌شود که شرط اگر ۱- مخالف کتاب و سنت نباشد و ۲- به جهالت در

۱) شرایع الاسلام، محقق حلی، ج ۲، ص ۲۸۸؛

شرح لمعه، شهید ثانی، ج ۳، ص ۵۰۵؛ جواهر

الکلام، شیخ محمد حسن نجفی، ج ۲۳، ص ۱۹؛

منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۴۲

۲) شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۰۵

۳) حقوق مدنی، ناصر کاتوزیان، ج ۳، (قواعد

عمومی و قراردادها) ص ۱۷۰، به نقل از منهاج

الصالحین، ص ۲۳۳

موارد باعث بطلان عقد می‌دانند.<sup>۱</sup>

۲- گروه دیگر معتقدند بطلان شرط در هیچ صورت سبب بطلان عقد نمی‌شود.<sup>۲</sup>  
 ۳- گروه سوم اعتقاد دارند هر جا که بطلان شرط به رکنی از عقد صدمه برساند آن را باطل می‌کند و در سایر موارد، بطلان شرط مانع از نفوذ عقد نیست.<sup>۳</sup>

بعضی از حقوقدانها شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی را که جهل به آن، موجب جهل به عوضین شود، جزء شروط مفسده عقد دانسته‌اند و بقیه شروط را مفسد عقد نمی‌دانند، بلکه فقط مفسد شرط می‌دانند؛ زیرا تعارض میان قصد موجد شرط بوجود آورنده بسبب، منجر به سقوط هر دو قصد و بالتجربه موجب بطلان عقد و شرط می‌گردد.<sup>۴</sup>

د) اجرای شروط و نتیجه تخلف از آن: شرطی، جزئی از قرارداد است که لزوم وفای به کل عقد شامل آن نیز بشود. در مورد شروط فعل<sup>۵</sup> این الزام آسان است؛ طرفی که ملتزم به انجام آن است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف، طرف دیگر می‌تواند اجبار او را از دادگاه تقاضا بکند (ماده ۲۳۷ ق.م.) ولی بعضی از فقها<sup>۶</sup> و حقوقدانها معتقدند به محض خودداری از انجام شرط، ذی‌نفع خیار فسخ دارد، زیرا خیار برای جبران ضرر است. ممکن است ذی‌نفع با مراجعه به محکمه و اجبار حاکم، شرط مزبور را اجرا کند، ولی باید توجه داشت که مراجعه به محکمه و دادخواهی کار آسان و خالی از ضرر

نیست.

ولی شرط صفت<sup>۷</sup> و نتیجه اجرای آن، چهره دیگری دارد؛ این دو شرط یا با تحقق عقد خود بخود وفا می‌شود یا معطل می‌ماند و ناچار ضمانت اجرای آن به لزوم عقد باز می‌گردد و زیان از دست رفتن شرط به گونه‌ای غیر مستقیم جبران می‌شود.

### شروط ضمن عقد نکاح

نکاح، سازمان حقوقی ویژه‌ای است که بر مبنای رابطه جنسی و عاطفی زن و مرد ایجاد شده است. اشخاص در انتخاب همسر آزادی کامل دارند و عقد نکاح نیز مانند سایر قراردادها، وابسته به قصد و رضای طرفین آن است. ولی آثار این عقد از طرف قوانین معین می‌شود و حقوق جایی برای حاکمیت اراده آنان باقی نمی‌گذارد. بندرت می‌توان موردی را یافت که زن و شوهر بتوانند آثار متعارف نکاح را بر طبق قرارداد گوناگون سازند یا حکمی از قانون را تغییر دهند. بهمین جهت، در این زمینه اصل محدود بودن اراده طرفین به قوانین یا امری بودن قوانین است و همین نکته نکاح را از معاملات جدا می‌سازد.<sup>۸</sup>

توافقی که بمنظور تغییر آثار قراردادی انجام می‌شود، اگر ضمن همان قرارداد باشد، در اصطلاح شرط نامیده می‌شود. برای مثال، اگر زن و شوهر ضمن عقد نکاح قرار گذارند که محل سکونت مشترک آنان را زن معین کند، می‌گویند ضمن عقد نکاح شرط شده است که تعیین محل سکونی با زن باشد یا اگر وصفی در

مهر یا یکی از زوجین شرط شود یا منظور بدست آمدن نتیجه قرارداد تبعی (مانند وکالت) ضمن نکاح و یا ضمن عقد لازم دیگری باشد، این قرارداد را شرط

(۱) شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۰۵؛ ایضاح الفوائد، فخر المحققین، ج ۱، ص ۵۱۲

(۲) منهاج الصالحین، مرحوم سید محسن حکیم، ج ۲، ص ۲۱۲، مسأله ۳

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۱۵

(۴) حقوق مدنی، حسن امامی، ج ۴، ص ۳۶۸

(۵) شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخصی خارجی شرط شود. مثلاً هرگاه بر زوج شرط شود که زن را در طلاق دادن خود وکیل کند با وقوع نکاح وکالت ایجاد نمی‌شود و زن نیابت پیدا نمی‌کند؛ عقد نکاح زوج را ملتزم می‌سازد که به زن وکالت دهد. در حالی که اگر نیابت به صورت شرط نتیجه درمی‌آید، پس از عقد زن، خود به خود وکیل شوهر می‌شود و در طلاق نیابت داشت (حقوق مدنی - قواعد عمومی و قراردادها، ج ۳، ص ۱۵۷).

(۶) منهاج الصالحین، مرحوم خوبی، ج ۲، ص ۴۳، مسأله ۱۶۷

(۷) مورد معامله دارای اوصافی است که مجموع آنها در برانگیختن دو طرف به انجام معامله و ایجاد تعادل بین دو عوض، اثر قاطع دارد؛ برای مثال خریدار خانه قبل از هرگفتگو آن را می‌بیند تا مطمئن شود آنچه را می‌جسته، یافته است (حقوق مدنی - قواعد عمومی و قراردادها، ناصر کاتوزیان، ج ۳، ص ۱۴۸).

(۸) دوره مقدماتی حقوق مدنی، کاتوزیان، ج ۱، اموال و مالکیت و کلیات قراردادها، ش ۲۲۷

می‌نامند.<sup>۱</sup>

شرط ضمن نکاح را می‌توان به دو گروه اصلی تقسیم کرد:

۱- شروطی که موضوع آنها یکی از احکام قانونی یا عرفی عقد نکاح است و طرفین بدین وسیله می‌خواهند حدود شرایط آن احکام را تغییر دهند.

۲- شروطی که بطور مستقیم مربوط به نکاح نیست و زن و شوهر به دلایلی آن را در زمره توابع عقد آورده‌اند.

### گفتار نخست: شروط ناظر بر احکام نکاح

شروطی که طرفین در احکام نکاح منظور می‌کنند، ممکن است ناظر بر یکی از این امور باشد:

- (الف) انعقاد نکاح
- (ب) آثار نکاح
- (ج) انحلال نکاح
- (د) مهر

**الف - شروط مربوط به انعقاد نکاح**  
حق مربوط به انتخاب طرف قرارداد و تصمیم گرفتن درباره شرکت در آن از بدیهی‌ترین نتایج اصل آزادی قراردادهاست، اما شرایط انعقاد و درستی عقد را قانون معین می‌کند و به طرفین اجازه نمی‌دهد که در این زمینه نیز چنانکه می‌خواهند تصمیم بگیرند. این اصل در عقد نکاح که جنبه اجتماعی آن نیز اهمیت بسزا دارد، بیشتر تقویت می‌شود و بندرت می‌توان موردی را یافت که طرفین بتوانند نظم متعارف عقد را بر هم زنند.

حق نکاح کردن از حقوق مربوط به شخصیت انسان است و با هیچ قراردادی

ساقط نمی‌شود. بنابراین اگر کسی در قراردادی حق نکاح با زنی را برای مدتی از خود سلب کند و در همین مدت زن را به همسری بگیرد، هیچ دادگاهی حق ندارد آن دو را زن و شوهر نشانسد.

### ب - شروط مربوط به آثار نکاح

تفاوت عمده نکاح با سایر قراردادها نقش طرفین نسبت به تعیین آثار عقد است. در دیگر قراردادها، آثار عقد را طرفین معین می‌کنند و التزاماتی که از عقد به وجود می‌آید، خواسته خود آنان است، اما در نکاح ناگزیرند آثار عقد را چنانکه حقوق معین کرده است، بپذیرند. بنابراین زن و شوهر نمی‌توانند در نکاح شرط کنند که ریاست خانواده با شوهر نباشد یا شوهر نتواند با مشاغل منافی خانوادگی زن مخالفت کند.

### ج - شروط مربوط به انحلال نکاح

گذشته از موردی که طرفین نکاح با توافق در خواست طلاق می‌کنند و خارج از مبحث شرط است، در دو مورد شرط ضمن عقد در فسخ نکاح مؤثر است:

۱- درباره فسخ نکاح، امکان بر هم زدن عقد به منظور جبران ضرر از کسی است که چنین پیمانی را، نفهمیده امضا کرده است.

حال اگر ضمن عقد نکاح، اسقاط خیار فسخ نکاح شود، دیگر حقی برای طرف ضرر دیده باقی نمی‌ماند.<sup>۲</sup>

اما بعضی از حقوقدانها<sup>۳</sup> این قانون را بدور از منطق حقوقی دانسته و چنین گفته‌اند:

پایبند شناختن شخص به همسری کسی که یکی از عیوب پیش بینی شده در

قانون را داراست، به معنی محکوم ساختن او به کیفری است که جز حاکمیت اراده دلیلی بر آن وجود ندارد.

نکاح در زمره سایر معاملات نیست. در این عقد، حقوق و عوطف انسانی مطرح است. برای مثال نمی‌توان انسانی را به استناد اینکه خود خواسته است محکوم ساخت تا پایان عمر همسر دیوانه یا بیماری باشد که باید از آن احتراز کرد.

۲- به موجب ماده ۱۱۲۸ ق.م. «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که فاقد آن وصف مقصود بوده است، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود.» تعیین این اوصاف، محدودیت ویژه‌ای در قانون ندارد و اراده طرفین می‌تواند زمینه را چنانکه می‌خواهند برای اجرای حکم ماده ۱۱۲۸ فراهم آورد.

### گفتار دوم - شروط ناظر به امور

#### خارجی

زن و شوهر به دلایلی لازم می‌دانند که پاره‌ای از التزامهای خود را در برابر یکدیگر تابع نکاح قرار دهند. این گونه شروط بطور مستقیم به انعقاد و آثار عقد ناظر نیست.

برای اینگونه شروط، مثالهای فراوانی می‌توان ذکر کرد: چنانکه مرد متعهد شود که زن دیگر اختیار نکند و یا زن خود را از شهر معینی خارج نکند و یا زن را در

(۱) حقوق مدنی خانواده، ناصر کاتوزیان، ج ۱،

ص ۳۲۵

(۲) حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۷۳

(۳) حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۲۵۸

طلاق دادن خود، وکیل کند.

### شرط وکالت در طلاق

چون طبق ماده ۱۱۳۳ ق.م.مرد می‌تواند هر وقت بخواهد زن خود را طلاق دهد و زن فقط در موارد مذکور در مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ ق.م.می‌تواند از دادگاه درخواست کند که شوهر را مجبور به طلاق کند، فقه چاره‌ای اندیشیده تا زن هم بتواند طلاق بگیرد و آن شرط وکالت از طرف شوهر به زن می‌باشد که خود را طلاق دهد و البته در این مسأله اقوال مختلف است، ولی غالب فقها وکالت را صحیح می‌دانند چه به زوج و چه به غیر زوج.<sup>۱</sup> علامه در تحریر و شیخ در نهاییه<sup>۲</sup> وکالت از حاضر را صحیح ندانسته و گفته‌اند طلاق واقع نمی‌شود. شیخ دلایل خود را چنین بیان می‌کند:

۱- زن قابل طلاق است، پس نمی‌تواند فاعل آن بوده باشد؛ زیرا یک چیز نمی‌تواند هم قابل باشد و هم فاعل.  
۲- این قول پیامبر ﷺ «الطلاق بید من أخذ بالساق» عدم صحت نیابت در طلاق را اقتضا می‌کند.  
ابن ادریس و متأخرین هم این قول را قبول دارند، اما دلایل شیخ را رد کرده دلایل دیگری برای آن می‌آورند.<sup>۳</sup>

وکالت ضمن عقد ازدواج یا ضمن عقد خارج لازم به سه صورت ممکن است:

اول - در نکاح یا عقد خارج لازم، وکالت برای زن شرط می‌شود بدین گونه که در مدت معینی هرگاه بخواهد خود را وکالتاً طلاق دهد. در این صورت، زن وکیل مطلق از طرف شوهر خود می‌باشد که هر وقت بخواهد به وکالت از طرف

شوهر خود را مطلقه کند.

دوم - در عقد نکاح یا عقد خارج لازم، وکالت برای زن شرط می‌شود بدین گونه که در صورت تحقق امری در خارج خود را طلاق دهد. در این صورت، هر زمان که زن علم پیدا کرد که آن امر در خارج محقق شده است، می‌تواند به سمت وکالت از طرف شوهر خود را طلاق دهد.<sup>۴</sup>

سوم - در عقد نکاح یا عقد خارج لازم، وکالت برای زن شرط می‌شود، بدین گونه که پس از تحقق امر معینی در خارج و اثبات آن در دادگاه، او بتواند خود را طلاق دهد.

این امر را ماده ۱۱۱۹ ق.م.تذکر می‌دهد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر شرط بنمایند، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود و یا ترک انفاق نماید یا علیه زن سوء قصد کند و یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از تحقق اثبات شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد.»

### شرایط مندرج در نکاحیه:

شورای عالی قضایی طی مصوبه ۱/۳۴۸۲۳-۱۳۴۸۲۳-۶۱/۷/۱۹ و ۱/۳۱۸۲۳-۶۲/۶/۲۸ به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ کرده است که در دفترچه‌های نکاحیه که در اختیار سردفتران قرار می‌گیرد، شرایطی بعنوان شرایط ضمن

عقد یا عقد خارج لازم درج شود و سر دفتر حین نکاح، آن شرایط را مورد به مورد به زوجین تفهیم کند و شرطی که مورد توافق زوجین واقع و به امضا آنها رسیده باشد به عنوان شرط ضمن عقد معتبر خواهد بود. آن شرایط که در دفترچه‌های نکاحیه فعلی چاپ شده به شرح زیر است:

### شرایط ضمن عقد یا عقد خارج

#### لازم:

۱- ضمن عقد نکاح عقد خارج لازم زوجه شرط نمود 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

(۱) شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۱۹۷؛ نیز بنگرید به: ملحقات عروة الوثقی، محمد کاظم طباطبایی، ج ۲، ص ۱۳۸، مسأله ۳؛ شرح لمعه، ج ۶، ص ۲۳؛ منهاج الصالحین، مرحوم حکیم، ج ۲، ص ۲۱۲، مسأله ۳؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۳، مسأله ۴  
(۲) تحریر الاحکام، علامه حلی، ص ۵۱؛ نهاییه، شیخ طوسی، ج ۲، ص ۵  
(۳) برای اطلاع بیشتر به ترجمه شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۷۶۰ مراجعه کنید.

(۴) دکتر ناصر کاتوزیان درباره حق وکالت در سالهای پیشین چنین می‌گوید: با تصویب قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ وضع شوهر در اختیار طلاق فرق کرد. با حذف حق طلاق بدست مرد، حق وکالت مرد در طلاق را هم از او گرفت؛ زیرا چگونه ممکن است کسی که خود حقی ندارد بتواند برای اجرای آن به دیگری وکالت دهد. (حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۶۰ و ص ۲۴۴)

خود را که در ایام زناشویی با او بدست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.

بنظر می‌رسد که بهتر بود به جای «زوجه شرط نمود» نوشته می‌شد «طرفین شرط نمودند» چون درست است که مشروط لها زوجه است ولی شرط مربوط به طرفین و ناشی از توافق اراده و قصد و رضای دو طرف است.

۲- ضمن عقد نکاح زوج به عقد خارج لازم زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول نماید. مواردی که زن می‌تواند حسب مورد تقاضای صدور اجازه طلاق نماید، بشرح زیر است:

۱- استتکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت ۶ ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجب زن را به مدت ۶ ماه وفا نکند و اجبار او به ایفا هم ممکن نباشد.

۲- سوء رفتار و یا سوء معاشرت زوج بحدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید.

۳- ابتلاء زوج به امراض صعب العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز 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 خانواده و حیثیت زوجه باشد.

۶- محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به ۵ سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به ۵ سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم به مجازات در حال اجرا باشد.

۷- ابتلای زوج به هرگونه اعتیاز مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد.

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

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 شؤون زوجه باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت و شؤون خانوادگی است یا توجه به وضع و موقعیت زوجه و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۰- در صورتی که پس از گذشت ۵ سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر زوج، صاحب فرزند نشود.

۱۱- در صورتی که زوج مفقود الاثر شود و ظرف ۶ 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 نکند.

آیا امکان دارد وکالت به زن محدود به نمونه‌های پیش بینی شده در قانون باشد؟

آنچه در ماده ۱۱۱۹ ق.م.آ. آمده است نمونه و مثال است و جنبه انحصاری ندارد. تأمل در مثالها نشان می‌دهد که همه ناظر به مواردی است که زندگی زناشویی را برای زن دشوار می‌سازد و برای او عسر و حرج به وجود می‌آورد. لیکن در این وکالت تراضی و قرارداد حکومت می‌کند. نه قانون و عرف. پس طرفین می‌توانند هرشرطی را که مخالف شرع و مقتضای عقد نباشد، در این عقد شرط نمایند.<sup>۱</sup>

آیا زوجه با داشتن وکالت می‌تواند بدون رجوع به دادگاه خود را مطلقه سازد؟

به موجب تبصره ۴ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، زوج نمی‌تواند بدون اجازه دادگاه و پیش از رجوع اختلاف به داوری زن خود را طلاق دهد؛ وکیل او نیز چنین اختیاری ندارد.

زنی که وکالت در طلاق دارد، تنها در صورتی از رجوع به دادگاه معاف است که به هنگام وقوع طلاق شوهر نیز با او همداستان باشد.<sup>۲</sup>

آیا این وکالت لازم است یا جایز؟  
وکالت خود عقدی جایز است.

(۱) حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۲۶۷-۲۶۸

(۲) همان منبع

اما اینکه برخلاف قوانین آمره نیز می‌باشد یا خیر؟ بعضی از حقوقدانها چنین جواب داده‌اند که زن نمی‌تواند بر شوهر شرط کند که حق دادن طلاق با باشد؛ ماده ۱۱۳۳ ق.م. که می‌گوید مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد، حق طلاق را منحصرأً به شوهر داده و از قوانین آمره می‌باشد؛ ولی چنانکه گذشت، ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری می‌توان شرط نمود که زن از طرف شوهر وکیل باشد که خود را طلاق دهد. در این صورت زن بعنوان نمایندگی از شوهر، خود را طلاق می‌دهد.<sup>۳</sup>

عقد نکاح است یا نه؟ و یا برخلاف قوانین نمی‌باشد؟ تعیین مقتضای پاره‌ای از عقود آسان است؛ زیرا غرض و اثر اصلی عقد را بروشنی می‌توان تمیز داد. ولی در نکاح بدشواری ممکن است اثری را که وابسته به ذات و ماهیت عقد است، تشخیص داد. نکاح بین عقود دیگر وضعیت حقوقی خاصی را پیدا کرده و جنبه اجتماعی او بر جنبه فردی برتری داده شده است؛ لذا زوجین نمی‌توانند نکاح را به اراده خود اقاله کنند. اما مسلماً تفویض طلاق بدون وکالت بر خلاف ماهیت عقد است. زیرا خداوند متعال با توجه به «الطلاق بید من أخذ بالساق» طلاق را به دست مرد قرار داده است و مرد این حق را فقط از طریق وکالت می‌تواند به دیگری تفویض کند وگرنه سپردن حق طلاق به زن بر خلاف مقتضای عقد نکاح می‌باشد.

بنا به نقل بسیاری از فقها، اگر ضمن عقد لازم دیگری شرط شود، وکالت لازم می‌گردد و اگر به عقد جایزی شرط شود، عمل به آن مادامی که عقد باقی است لازم می‌آید و به فسخ عقد وکالت نیز منفسخ می‌گردد. صاحب عروه قول مشهور را به این صورت بیان کرده، در ضمن عقد جایز، وکالت نیز جایز است.<sup>۱</sup>

اما آیت الله بروجردی در یکی از درسهایشان فرموده‌اند: «عقد جایز جزء ماهیت و مقتضای عقد وکالت است چطور می‌توان چیزی را برخلاف ماهیت و مقتضای خود به عقد لازم تبدیل کرد.» به همین جهت، ایشان طلاق را که به صورت وکالت از جانب زن انجام می‌گرفت، شبهه‌ناک می‌دانستند.<sup>۲</sup>

سؤالی در اینجا به ذهن می‌آید که آیا تفویض طلاق به زن برخلاف مقتضی

- (۱) ملحقات عروة الوثقی، محمد کاظم طباطبایی  
یزدی، ج ۲، ص ۱۲۲، مسأله ۱۳  
(۲) به نقل از آیت الله مهدوی کنی  
(۳) حقوق مدنی، حسن امامی، ج ۴، ص ۳۶۷-۳۶۸

## منابع

- تحریر الاحکام: علامه حلی، مؤسسه آل البیت  
- تحریر الوسیله: روح الله الموسوی الخمینی، کتاب وکالت - طلاق، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ دوم، ج ۲  
- ترجمه شرایع الاسلام: ابوالقاسم بن احمد یزدی - به کوشش محمد تقی دانش پژوه، مرکز انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سپهر، ۱۳۶۸، چاپ پنجم  
- حقوق مدنی: حسن امامی، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ۱۳۵۷، ج ۴  
- حقوق مدنی - قواعد عمومی و قراردادها: ناصر کاتوزیان، انتشارات به‌شهر، ۱۳۶۸، چاپ اول  
- حقوق مدنی - خانواده: ناصر کاتوزیان، انتشارات به‌شهر، ۱۳۶۸، ج ۱  
- جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام: شیخ محمد حسن نجفی، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م  
- دوره مقدماتی حقوق مدنی: حسین صفایی، مؤسسه عالی حسابداری، چاپ میهن، ۱۳۵۰  
- الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (شرح لمعه): شهید ثانی، انتشارات دارالهادی للمطبوعات، چاپ نمونه، ۱۴۰۳ ق، چاپ اول، ج ۶  
- شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام: محقق حلی، منشورات اعلمی، مطبعة الاداب، ۱۳۸۹ ق، چاپ اول  
- ملحقات عروة الوثقی: محمد کاظم طباطبایی یزدی، مکتبة الداوری، چاپ حیدری، ۱۳۷۸ ق.  
- منهاج الصالحین: ابوالقاسم خویی، مکتبة لطفی، ۱۳۵۳، ج ۲  
- منهاج الصالحین: سید محسن حکیم، چاپ نعمان، ۱۳۸۹ ق.  
- النهایه: شیخ طوسی، چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۳ ق.