

## شروط ضمن عقد نکاح، بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت\*

دکتر فاطمه میرشمسی\*

### چکیده

شروط ضمن عقد همان الزام و التزام است، به این معنی که هر یک از طرفین عقد می‌توانند وصف خاص، فعل یا ترک عمل و یا نتیجه عقد دیگری را در ضمن عقد از طرف مقابل بخواهد، شروط ضمن عقد در یک تقسیم‌بندی به صحیح و باطل تقسیم می‌شود، شرط صحیح آن شرطی است که شرایط عمومی صحت شرط را داشته باشد، در غیر این صورت باطل است؛ شرط باطل گاهی مبطل عقد است و آن زمانی است که موجب از دست رفتن یکی از ارکان یا شرایط عمومی صحت عقد شود، مثل اینکه مجهول و یا خلاف مقتضای ذات عقد باشد، شروط صحیح را می‌توان سه گونه دانست، شرط صفت، شرط فعل، شرط نتیجه.

چنانچه یکی از زوجین وصف خاصی را از طرف مقابل در عقد نکاح خواسته باشد، در صورت کشف خلاف، مشروطه حق فسخ دارد، این نوعی تدلیس است که موجب حق خیار می‌شود؛ با شرط نتیجه زوجه می‌تواند وکیل و وکیل در توکیل طلاق خودش باشد، این شرط، عقد و کالت را لزوم حکمی می‌دهد و نوعی وکالت بلاعزل است. زن می‌تواند با شرط فعل برخی از حقوق زوج را اسقاط و یا دامنه سلطنت او را نسبت به خود محدود کند. شرط خیار در عقد نکاح جایز نیست. اهل سنت توکیل و تفویض طلاق را به زوجه جایز دانسته و تخییر زوجه در انحلال نکاح خودش را خاص پیامبر(ص) ندانسته و گفته‌اند هرگاه زوج، زوجه را در ادامه ازدواج و انحلال آن، مخیر کند و او جدائی و پایان زندگی مشترک را انتخاب کند، عقد نکاح منحل می‌شود. در فقه امامیه طلاق تخییری، خاص پیامبر شناخته شده است.

### کلید واژه‌ها

شروط ضمن عقد، شرط فعل، شرط خلاف مقتضای عقد، شرط وکالت، تفویض و تخییر طلاق.

\* استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال.

### مقدمه

تحقیق و پژوهش در آرای فقیهان امامیه و مقارنه و تطبیق آن با فتاوای فقیهان دیگر مذاهب اسلام، از سنت‌های حسنه‌ای است که از قدیم‌ترین ایام فقها به آن پرداخته‌اند. سید مرتضی علم‌الهدی مفردات شیعه را در کتاب الانتصار گردآورد، و شاگرد برجسته او شیخ الطائفه با همان روش کتاب الخلاف را در اختلاف آرای فقهی شیعه با اهل سنت به رشته تحریر و تألیف درآورد. به نظر می‌رسد کتاب تذکره الفقهاء علامه‌ی حلی هم برگرفته از همان سبک باشد. در این راستا فقیهان امامیه در ادوار مختلف به مقارنه و تطبیق آرای شیعه و اهل سنت پرداخته‌اند. علامه حلی در تذکره الفقهاء بعد از ذکر رأی و نظر خود در هر مسأله به ذکر دلیل آن پرداخته، سپس آرای فقیهان اهل سنت را بدون تعصب و یا تخطئه آورده است.

از مطالعه تاریخ علوم اسلامی مثل علم کلام، فلسفه و فقه می‌توان دریافت که صاحب‌نظران در این علوم، در برخورد با آرا و نظرهای مخالف، معمولاً دوگونه عمل می‌کردند: برخی یکی از نظرها را برگزیده و رأی مخالف را طرح می‌کردند، بعضی دیگر شیوه جمع بین آرا را انتخاب کرده و از برخورد با نظرات مخالف و موافق به سبک خاصی دست یافته و بر غنای میراث علوم انسانی افزوده‌اند. از جمله این دانشمندان مرحوم شیخ انصاری است که به شیوه جمع بین آرا پرداخت و با دیدگاه‌های فقیهان پیش از خود با تأمل، بدون شتابزدگی عمل کرد؛ حتی در مواردی دیده می‌شود که نظرات به ظاهر معارض، با آراء مشهور را تأویل و جمع کرده است. این فقیه بزرگ و خوش ذوق به محض موافقت یک روایت با روایات عامه، آن را حمل بر تقیه نکرد و از این رهگذر به نظرات تازه‌ای دست یافت.

ذکر دلیل بعد از مقارنه و تطبیق احکام فقهی و حقوقی از جمله مؤلفه‌هایی است که اگر به آن توجه شود، آثار و نتایج مثبتی خواهد داشت، اما چنانچه تنها اختلاف نظرها بدون استدلال و نقد و بررسی باشد، چندان کارساز نخواهد بود.

با این دیدگاه در این مقاله، قواعد کلی شروط ضمن عقد و مواردی از آن در عقد نکاح مطرح گردیده، آرا مخالف و موافق در اصول و فروع و احکام آن بررسی شده و نظرات فقهای اهل سنت و در برخی موارد دیدگاه‌های حقوقدان‌ها مد نظر قرار گرفته است.

هدف از این پژوهش، جلب نظر صاحب‌نظران فقه و حقوق، بدون تعصب و فرقه‌گرایی، تضارب آرا و در نتیجه رسیدن به دیدگاه‌های تازه و در نهایت هموار کردن مسیر تدوین قوانین تازه در حقوق خانواده است.

#### شرط ضمن عقد نکاح از منظر فقیهان امامیه:

**شرط در لغت و اصطلاح:** شرط کلمه‌ای است عربی و در علوم مختلف در معانی متفاوتی استعمال شده است.

شرط و شریطه که جمع آن شروط و شرایط است در لغت عرب به معنی الزام و التزام به چیزی در عقد بیع و مانند آن است (ابن منظور، لسان العرب).

از دیدگاه فلاسفه شرط یکی از اجزای علت است که موجب تأثیر مقتضی می‌شود، از این رو دانشمندان علم فلسفه در تعریف شرط گفته‌اند: شرط آن چیزی است که از وجودش وجود چیز دیگر لازم نمی‌آید ولی از عدم آن، عدم چیز دیگر لازم می‌آید.

شرط ضمن عقد، همان الزام و التزام است، اساساً شرط در این معنی به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد گذاشته شود، به نحوی که یکی از متعاقدین انجام کار یا نتیجه عقد دیگر، یا وصف خاصی را از طرف مقابل می‌خواهد و او آن را می‌پذیرد.

برای شرط، معنی دیگری هم متصور است، و آن شرطی است که ضمن عقد ذکر نشده است؛ اما متعاقدين عقد را بر مبنای آن انجام داده‌اند و اصطلاحاً به آن شرط بدوی یا ابتدایی می‌گویند که همان وعده دادن است. فقها در مورد وجوب وفای به وعده اختلاف نظر دارند، غالباً قائل به عدم وجوب وفا شده‌اند. آنها معتقدند که وفای به عهد امری اخلاقی است و التزام به آن خوب است، و وفای به شرط ابتدایی یا وعده واجب نیست و کسی که خلف وعده کرده، مستوجب عقاب نمی‌باشد. میرزای قمی از جمله کسانی است که بر این عقیده است (محقق قمی، ۳/ص ۲۷۰).

قواعد عمومی شروط ضمن عقد در قانون مدنی در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ آمده است؛ این قواعد مربوط به کلیات قراردادهاست، ولی چون شروط ضمن عقد نکاح اهمیت ویژه دارد و در مواردی تابع قواعد عمومی شرط ضمن عقد نیست، جا دارد که به اختصار بحث شود.

#### شروط عمومی صحت شرط ضمن عقد

شیخ انصاری در کتاب مکاسب هشت شرط برای صحت شرط ضمن عقد آورده است. این شروط در همه عقود جاری است، و می‌توان آن را شرایط عمومی صحت شرط نامید که آنها عبارتند از:

- ۱- شرط مقدور باشد؛
- ۲- فی نفسه جایز باشد؛
- ۳- غرض عقلایی داشته باشد؛
- ۴- مخالف کتاب و سنت نباشد؛
- ۵- خلاف مقتضای عقد نباشد؛
- ۶- مجهول نباشد به طوری که موجب غرر گردد؛
- ۷- مستلزم محال (دور یا اجتماع نقیضین) نباشد؛
- ۸- در ضمن عقد ذکر شده باشد.

### اقسام شرط ضمن عقد نکاح:

شرطی که فاسد و مفسد عقد است: فقها گفته‌اند که برخی از شروط نه تنها باطل، بلکه مبطل عقد هم هست، مثل اینکه یکی از زوجین شرط کند که تا سه روز یا کمتر و یا بیشتر، حق فسخ نکاح را داشته باشد. این شرط بنا بر نظر مشهور فقها باطل و مبطل عقد است، زیرا خلاف مقتضای عقد نکاح است (مغنیه، ۵/ص ۱۸۷). به نظر می‌رسد که این شرط خلاف مصلحت ازدواج است و با مقتضای عقد که علقه زوجیت و حلیت تمتعات زوجین از یکدیگر است، ارتباطی ندارد.

شرطی که فاسد است، اما مفسد عقد نیست: شرط فاسد شرطی است که یکی از شرایط صحت عمومی شرط را ندارد، مثلاً زوجه در عقد نکاح شرط کند که شوهرش حق ازدواج مجدد با هیچ زنی را نداشته باشد، یا هیچ‌گاه او را طلاق ندهد. شیخ انصاری در مکاسب گفته است: این شرط خلاف کتاب است ولی مبطل عقد نیست، در این باره چند روایت از امام باقر و صادق علیهما السلام آورده است که دلالت بر بطلان این گونه شرط‌ها می‌کند (همان، ۳/ص ۹). بدیهی است عدم التزام به شرط باطل، حقی را برای طرف مقابل ایجاد نمی‌کند.

شرطی که صحیح است، و عدم آن موجب حق خیار برای مشروطه می‌شود: مصداق بارز این شرط، شرط صفت است، مثل اینکه زوج شرط کند که زوجه باکره باشد، پس اگر بعد از ازدواج خلاف آن ثابت شد زوج حق فسخ دارد (مغنیه، ۵/ص ۱۸۷). اکثر فقها گفته‌اند: شرط صفت از جمله شروطی است که عدم آن موجب حق خیار برای مشروطه می‌شود (نجفی، ۳۰/ص ۳۷۶ و ۳۷۷). و برخی گفته‌اند: فقدان هر شرط مشروعی در نکاح حق فسخ می‌آورد (حلی، ص ۶۳۶).

شرطی که صحیح است و مشروط علیه باید به آن وفا کند، اما عدم التزام به آن در نکاح موجب خیار نمی‌شود؛ مانند شرط عدم خروج زوجه از شهر خود یا اسکان در شهر یا خانه‌ای معین. این شرط‌ها صحیح است، اما اگر زوج به آن عمل نکند و بخواهد زوجه را از شهرش بیرون ببرد یا در شهر و خانه دیگری او را اسکان دهد، موجب حق فسخ برای زوجه نمی‌شود، ولی زن می‌تواند از شوهر متابعت نکند (بحرانی، ۲۴/ص ۵۴۰).

### مواردی از شرط خلاف کتاب و سنت

- ۱- هرگاه در نکاح، زوجه دوم شرط کند که بعد از ازدواج با او اموالش به او منتقل شود، این شرط باطل است، زیرا که انتقال مالکیت یک عمل حقوقی است که تحت شرایط خاص، با اراده و اختیار متعاقدین انجام می‌شود.
- ۲- اگر زوجه ضمن عقد نکاح از زوج بخواهد که ولایت فرزندان که از آنها به وجود می‌آیند، با او باشد و زوج که پدر است نسبت به فرزندان خود در این مورد حقی نداشته باشد، این شرط باطل است، زیرا که ولایت پدر بر اولاد به حکم شارع است، و بنا بر قول حقوقدان‌ها از قوانین آمره است، و اراده افراد در آن مؤثر نیست. اساساً ولایت پدر نسبت به فرزند، حق نیست تا قابل اسقاط و انتقال باشد.
- ۳- هرگاه زوج شرط کند که زوجه حق نفقه نداشته باشد و زوجه هم بپذیرد، این شرط باطل است. نفقه دادن وظیفه و تکلیف زوج و حق زوجه است و زوجه می‌تواند نفقه گذشته را اسقاط کند، ولی نفقه‌ای که هنوز به او تعلق نگرفته قابل اسقاط نیست. نفقه، در مقابل تمکین است و اسقاط آن نسبت به آینده «اسقاط ما لم یجب» است و جایز نمی‌باشد. زن می‌تواند پس از آنکه نفقه به او تعلق گرفت یعنی استحقاق دریافت آن را پیدا کرد، آن را به زوج ببخشد.

**اقسام شرط صحیح:**

هر شرطی که شرایط عمومی صحت را دارا باشد صحیح است، شروط صحیح را به سه صورت جعل کرده‌اند:

**الف- شرط صفت:**

هرگاه هر یک از زوجین وجود یا عدم وصفی را در دیگری شرط کند، در صورتی که بعد از ازدواج خلاف آن ثابت شود، مشروطه حق فسخ دارد، مثل اینکه زوج، باکره و یا با حجاب بودن را برای زوجه شرط کند و یا عقد، مبتنی بر آن شرط شود، چنانچه بعد از عقد، معلوم شود که زوجه فاقد ویژگیهای مطلوب زوج بوده، خیار تخلف وصف، یا خیار تدلیس برای زوج به وجود می‌آید و می‌تواند نکاح را فسخ کند. همچنین این حق برای زوجه هست که وجود یا عدم وصف خاصی را در زوج بخواهد که در صورت کشف خلاف، حق فسخ خواهد داشت، مثلاً زوجه شرط می‌کند که زوج تحصیلات عالیه دانشگاهی داشته باشد، یا پیش از او با زنی ازدواج نکرده باشد.

در حق خیار ناشی از تخلف وصف در ازدواج میان فقها اتفاق نظر است. صاحب جواهر تخلف از شرط ضمن عقد را موجب حق فسخ مشروطه می‌داند و از ابن ادریس حکایت اجماع کرده‌است. او دلیل حق فسخ مشروطه را قلب عقد لازم به جایز دانسته است (۳۰/۳۶۶).

اما در مورد شرطی که در ضمن عقد ذکر نشده ولی عقد متبایناً بر آن واقع شده، اختلاف است که آیا کشف خلاف بعد از عقد موجب حق فسخ می‌شود یا نه؟ محمدجواد مغنیه تخلف از چنین شرطی را از موارد جواز فسخ از باب تدلیس دانسته است. در قانون این گونه شروط، تأثیر شرط ضمن عقد را دارد (ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی).

هرگاه زن وصف خاصی را در مهر شرط کرده باشد، مثلاً آپارتمانی با مساحت معین مهر او قرار گرفته، بعد از عقد معلوم شود که مهر، فاقد وصفی است که قید شده، زن می‌تواند با استفاده از خیار تخلف وصف مهر را فسخ کند، در این صورت مانند موردی که

در نکاح، مهر معین نشده باشد عمل می‌شود؛ یعنی اگر عمل زناشویی واقع شده، زن مستحق مهرالمثل است و اگر واقع نشده، می‌تواند به مهر دیگری با هم تراضی کنند. در مورد تراضی بر مهر بعد از عقد پیش از نزدیکی و استحقاق مهرالمثل پس از نزدیکی در ماده ۱۰۸۷ تصریح شده است.

محقق محلی در شرایع الاسلام گفته است: «لو شرط الخیار فی النکاح بطل، لو اشترط فی المهر صح العقد و المهر و الشرط»، صاحب جواهر در شرح آن گفته است: هرگاه ذوالخیار مهر را فسخ کند، چنانچه نزدیکی واقع شده باشد، مهر المثل تعلق می‌گیرد (۱۰۷/۳۱). در مورد تراضی در صورت عدم نزدیکی می‌توان به حق عوض کردن مهر قبل از نزدیکی استناد کرد (شرح لمعه، ۳۶۷/۵). حق خیار ناشی از تخلف و صف به طور کلی در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی آمده است.

#### ب- شرط فعل:

هرگاه زوجین انجام یا ترک کاری را از طرف مقابل یا شخص ثالث ضمن عقد نکاح شرط کنند، مثلاً زن شرط کند که زوج او را در منزل یا شهر معینی سکنی دهد، یا او را از شهر و وطنش خارج نکنند، این گونه شرطها صحیح و مشروط‌علیه ملزم به رعایت آن است. عدم پای بندی به شرط فعل موجب حق فسخ برای مشروط‌له نمی‌شود، پس اگر مشروط‌علیه به شرط عمل نکرد، مشروط‌له تنها می‌تواند الزام او را بر ایفاء به شرط، تقاضا کند؛ چنانچه شرط به نفع زوجه باشد و زوج آن را رعایت نکند، زن حق دارد که در آن مورد خاص تمکین ننماید، در این صورت آثار و احکام زن ناشزه برای او ثابت نمی‌شود، مثلاً اگر حق انتخاب مسکن یا سکونت در شهر خاص، به نفع زن در ضمن عقد شرط شده باشد، چنانچه زوج بخواهد او را از آن محلی که مقرر شده خارج کند، زن می‌تواند از شوهر پیروی نکرده، در این صورت ناشزه نبوده و نفقه او ساقط نمی‌شود (بحرانی، ۲۴ ص ۵۴۰).



لازم به ذکر است که ضمانت اجرای شرط فعل در عقود دیگر، طبق قانون ماده ۲۳۷ و ۲۳۹ الزام مشروط علیه بر رعایت شرط، و در صورت عدم امکان الزام، حق فسخ برای مشروط له است؛ اما در عقد نکاح که مصلحت در بقا و تثبیت خانواده است، موارد فسخ مشخص و محدود است، بنابراین تخلف از شرط فعل در ازدواج موجب حق فسخ نمی‌شود.

### ج- شرط نتیجه:

هرگاه در عقد نکاح یکی از زوجین تحقق امری را در خارج، ضمن عقد نکاح شرط کند، مثلاً زوجه وکالت در طلاق خود یا زن دیگر را به نفع خودش شرط کند و زوج بپذیرد، با انعقاد عقد نکاح زن وکیل خواهد شد، و زوج نمی‌تواند هیچگاه او را عزل نماید، چون که این وکالت ضمن عقد لازم داده شده و قابل فسخ نیست، این را اصطلاحاً شرط ضمن عقد خارج لازم می‌گویند که نوعی وکالت بلاعزل است.

در این باره برخی از فقها نظر مخالف دارند، از فقیهان متقدم شیخ طوسی در مبسوط گفته است: «ان اراد أن يجعل الأمر اليها، فنحن لا يجوز» (ابن براج، ۳۹/ص ۱۶۸). از فقیهان متأخر، محمدجواد مغنیه گفته است: به طور یقینی چنین شرطی باطل است. برخی هم گفته‌اند: اگر توکیل زوجه در ضمن عقد شرط شود که هرگاه خواست خود را طلاق دهد، جزماً این شرط باطل است (مغنیه، ۶/ص ۶).

محقق حلی، در شرایط وکالت زوج به زوجه را جایز دانسته است. صاحب جواهر ضمن اعلام جواز، احتیاط را شایسته دانسته. از فقیهان معاصر، امام خمینی در تحریرالوسیله کتاب طلاق مسأله چهارم، وکالت زوج به زوجه برای طلاق خودش یا توکیل به غیر را جایز دانسته و در آخر می‌گوید: «لایبغی ترک الاحتیاط بعدم توکیله». آیت‌الله خویی در منهاج الصالحین توکیل را به طور مطلق جایز دانسته است.

از فقیهان امامیه شیخ طوسی، علت عدم جواز وکالت به زوجه در طلاق خودش را دو چیز دانسته است: یکی امتناع وحدت فاعل و قابل، و دیگر ظاهر روایت نبوی «الطلاق

بید من أخذ بالساق». در مورد دلیل اول شیخ طوسی، صاحب جواهر گفته است: وحدت فاعل و قابل در امور اعتباری، از جمله عقود که مرکب از ایجاب و قبول است مانعی ندارد تا چه رسد در ایقاع که تنها یک طرف دارد. روایت نبوی هم دلالتی بر منافات توکیل با ولایت در طلاق که حق زوج است، ندارد (نجفی، ۳۲/ص ۲۳).

در اینجا چند مورد از شروط ضمن عقد که محل اختلاف است بررسی می‌شود.

**شرط نداشتن روابط زناشویی برای مدت معین یا همیشه:** هرگاه هریک از زوجین در عقد ازدواج شرط کند که هیچ‌گونه استمتاعی از یکدیگر نداشته باشند، همه فقها بالاتفاق گفته‌اند: چنین شرطی باطل و مبطل عقد است، زیرا خلاف مقتضای ذات عقد است؛ اما اگر عدم یک نوع استمتاع برای همیشه یا موقت ضمن عقد شرط شود، اشکالی ندارد و مشروط‌علیه ملزم به رعایت آن است (نجفی، ۳۱/ص ۱۰۰؛ مغنیه، ۵/ص ۱۸۱).

اکثر فقها گفته‌اند که زن می‌تواند در عقد نکاح شرط کند که شوهر با او روابط زناشویی نداشته باشد. دلیل آنها بر مشروعیت و وجوب التزام زوج به این شرط، عدم منافات شرط با مقتضای ذات عقد و عموم ادله وفای به شرط، و برخی روایات است (نجفی، ۳۱/ص ۹۸).

اما برخی از فقها هم این شرط را نه تنها باطل، بلکه مبطل عقد دانسته‌اند. شیخ طوسی گفته است: اگر زوجه در عقد دائم شرط عدم وطی کند، این شرط فاسد است و موجب فساد عقد می‌شود. شیخ طوسی در مبسوط، ابن حمزه در وسیله، علامه در مختلف و فرزندش فخرالمحققین در ایضاح الفوائد گفته‌اند که این شرط اختصاص به عقد منقطع دارد و در عقد دائم، خلاف مقتضای عقد و خلاف کتاب و سنت است. آنها گفته‌اند که مقصود اصلی از ازدواج دائم، توالد و تناسل است و شرط عدم نزدیکی، خلاف مقصود ازدواج است. صاحب جواهر همانند محقق حلی عقیده دارد که این شرط، صحیح است و ادعای

شیخ طوسی و پیروان او را بی دلیل و اجتهاد در مقابل نص دانسته است (به نقل از نجفی، ۳۱/ص ۹۹).

شهید ثانی در مسالک الافهام به اطلاق روایت سماعة بن مهران و اسحاق بن عمار استناد کرده و گفته است؛ اطلاق این دو روایت شامل عقد دائم و منقطع می شود، علاوه بر آن عموم ادله وفای به شرط و ادله جواز وطی به اذن زوجه، شامل هر دو مورد شده و ادله ای که شیخ و دیگران آورده اند، تحکم است. دلیل او این است که مقاصد ازدواج منحصر به تمتعات جنسی و توالد و تناسل نیست، و اساساً برای صحت عقد، رعایت مقاصد و لحاظ غایات عقد اعتباری ندارد.<sup>۱</sup>

ناگفته نماند که ازدواج همیشه برای داشتن روابط زناشویی و توالد و تناسل نیست؛ کم نیستند افرادی که بنا به مصلحتی مثلاً در سنین پیری برای رفع نیازهای عاطفی و داشتن همدم و مونس ازدواج می کنند، بنابراین صحیح نیست که غرض ازدواج را تنها دربرآوردن نیازهای جنسی و توالد و تناسل خلاصه کنیم.

مرحوم سید حسن امامی می گوید: این شرط در نکاح صحیح است. وی دلیل آن را این طور بیان کرده است: روابط زناشویی از جمله حقوقی است که مربوط به زوجین می باشد و آنان می توانند هرگونه بخواهند در آن توافق نمایند. شرط مزبور برخلاف مقتضای عقد نکاح و قوانین آمره نیز نمی باشد (امامی، ۲/ص ۴۴۱).

در میان اهل سنت، شافعیه بر آنند که اگر این شرط از طرف زوجه باشد، شرط فاسد و موجب فساد عقد می شود، اما اگر از طرف زوج باشد و زوجه قبول کند، صحیح است. امام شافعی دلیل صحت و فرق میان شرط زوج و زوجه را در این مورد اینطور بیان داشته: «نزدیکی اختصاص به زوج دارد، پس اگر زوجه راضی باشد به نبودن آن، صحیح است، مثل رضایت او به ازدواج با مرد عنین و محبوب» (الجزیری، ۴/ص ۸۴).

۱. روایت سماعة در وسائل الشیعة ج ۱۵، باب ۱۳۶ از ابواب المهور حدیث ۱ آمده است.

به نظر می‌رسد حتی اگر نصی هم در این باره نباشد این شرط صحیح است، زیرا اغراض اشخاص برای ازدواج متفاوت است. گاهی برای رفع تنهایی، پرستاری و ایجاد محرمیت ازدواج می‌کنند و چنین شرطی گذاشته می‌شود، اما شرط عدم نبودن تمام بهره‌ها واستمتاعات جنسی، صحیح نیست، زیرا خلاف مقتضای عقد نکاح است.

**شرط بچه‌دار نشدن از طرف هر یک از زوج و یا زوجه:** این شرط، نتیجه حکم عدم جواز عزل است. برخی از فقها می‌گویند: زوج نمی‌تواند از بچه‌دار شدن زوجه جلوگیری کند. شهید اول عقیده دارد که اگر زوج بدون رضایت زوجه از باردار شدن او جلوگیری نماید، باید به او دیه بپردازد، اما اگر در ضمن عقد شرط کرده باشد، جایز است و دیه ندارد (شهید ثانی، شرح لمعه، ۵/ص ۱۰۲). اهل سنت در عدم جواز عزل بدون اذن زوجه اتفاق نظر دارند (وهبه زحیلی، ۹/ص ۶۶۰۰).

اگر کسی بگوید چنین شرطی باطل است چونکه منافات با غرض ازدواج دارد، در پاسخ شهید ثانی در دفاع از این حکم گفته است که توالد و تناسل یکی از حکمتهای نکاح است (شرح لمعه، ۵/ص ۱۰۲).

لازم به ذکر است در بسیاری موارد دو نفر که دارای اولاد هستند، می‌خواهند ازدواج کنند و هر دو یا یکی از آنها تمایل به بچه‌دار شدن ندارد، پس می‌تواند ضمن عقد، شرط بچه‌دار نشدن را بیاورد.

**شرط عدم ازدواج مجدد از طرف زوجه علیه زوج:** آیا زوجه می‌تواند ضمن عقد نکاح شرط کند که بعد از ازدواج با او، زوج نباید با زن دیگری ازدواج کند؟ در این باره میان فقهای امامیه سه نظر دیده می‌شود:

**الف:** اکثر فقها گفته‌اند که چنین شرطی از شرطهای خلاف کتاب و سنت است، چون شارع به مرد اجازه داده که چهار همسر اختیار کند، پس این شرط باطل است و زوج ملزم

به رعایت آن نیست، و اگر ازدواج مجدد نماید ازدواجش صحیح است و حقی برای زوجه به وجود نمی‌آید (شهید ثانی، شرح لمعه، ۵/ص ۳۶۳).

ب: عده‌ای گفته‌اند شرط صحیح است و زوج باید به آن پای‌بند باشد، اما اگر خلاف آن عمل کند و با زنی دیگر ازدواج نماید، ازدواج او باطل نیست (موسوی خوئی، ۲/ص ۱۸۱). این فقیه در مورد اینکه آیا زوجه بعد از تخلف زوج از شرط، حقی دارد یا نه، سکوت کرده است.

ج: مرحوم سید محسن حکیم گفته است چنین شرطی نه تنها صحیح است بلکه تخلف از آن موجب بطلان ازدواج مجدد می‌شود (موسوی خوئی، ۲/ص ۳۰۵).

اختلاف در فتاوی فقها به واسطه تعارضی است که در ادله دیده می‌شود. صاحب جواهر این روایات را آورده است. یکی از روایات که دلالت بر مشروعیت این شرط می‌کند این است که سائلی از حضرت علی بن موسی الرضا (ع) می‌پرسد، مردی که در قبال همسرش تعهد می‌کند که هیچگاه با زن دیگری ازدواج نکند و او را هرگز طلاق ندهد، چه وظیفه‌ای دارد، امام می‌فرماید: به او بگو باید به نفع آن زن به شرطش عمل کند، زیرا پیامبر (ص) فرمودند: « المؤمنون عند شروطهم ». صاحب جواهر روایات دیگری هم بر مشروعیت چنین شرطی آورده و خود او هم علی‌رغم قول مشهور تمایل به جواز این گونه شرطها دارد (نجفی، ۳۱/صص ۹۶ - ۹۸).

صاحب جواهر بعد از ذکر اتفاق نظر فقها بر بطلان شرط مذکور، روایات مورد استناد آنها را با خیر محمد بن مسلم معارض دانسته است. در روایت محمد بن مسلم و دو خبری که بعد از آن آمده، امام (ع) ضمن آنکه مردی را که شرط ازدواج نکردن و کنیز نگرفتن را از طرف زوجه بر علیه خود پذیرفته مذمت کرده، فرموده‌اند: «بئس ما صنع... فلیتم للمراه شرطها فان رسول الله (ص) قال: المسلمون عند شروطهم»، این روایات تعارض آشکاری با

هم دارد لذا صاحب جواهر ضمن آنکه این شروط را مشروع دانسته، در آخر با عبارت «اللهم الا أن يحمل ذلك على التقيّة» تردید خود را ابراز داشته است.

**تحلیل فقهی:** ظاهراً این گونه شرطها یعنی شرطی که موجب ترک واجب یا انجام حرامی نمی‌شود، آوردنش در ضمن عقد صحیح می‌نماید، زیرا ماهیت امر مباح این اقتضا را دارد، بنابراین مردی که یک همسر دارد و اضطرار و نیازی به ازدواج مجدد ندارد، چه اشکالی دارد که ازدواج دوم را بر خود ممنوع کند، مثل کسی که قسم می‌خورد خوردنی حلالی را نخورد.

در میان مذاهب اهل سنت حنابله برآند که شرط عدم تزویج زوج با زن دیگر صحیح است و زوج باید پای‌بند آن باشد و چنانچه تخلف نماید، زن حق فسخ دارد. مالکیه هم گفته‌اند این شرط، مثل شرط خارج نکردن زوجه از شهرش می‌باشد و بر زوج مستحب است که به این شرطها وفا کند (الجزیری، ۴/ص ۸۳ و ۸۴).

**شرط خیار در عقد نکاح:** شرط خیار در ازدواج بدین معناست که هر یک از زوج و زوجه حق داشته باشند که تا مدت معین عقد نکاح را فسخ کنند.

مشهور فقهای امامیه به عدم جواز شرط خیار در نکاح قائلند و ادله‌ای برای آن ذکر کرده‌اند. شیخ طوسی شرط خیار را در اصل عقد، باطل و مبطل می‌داند. او در کتاب خلاف، شافعی و ابوحنیفه را با نظر خود موافق دانسته است (سید مرتضی، ص ۲۹/۳۹).

برخی از فقیهان گفته‌اند: شرط خیار فسخ در ازدواج نه تنها باطل است بلکه عقد را هم باطل می‌کند. آنها دلیلهای مختلفی برای بطلان عقد آورده‌اند، از جمله گفته‌اند: متعاقبین به عقدی رضایت داده‌اند که شرط مذکور در آن لحاظ شود، و عقد بدون شرط را رضایت نداده‌اند، و چون عقد تابع قصد است می‌توان گفت: «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» (به نقل از نجفی، ۳۱/ص ۱۰۶). شهید ثانی علت بطلان این شرط را الحاق نکاح به عبادت و عدم

مشروعیت شرط در عبادت دانسته است! (شرح لمعه، ۵/ص ۱۲۰) ابن ادریس شرط را باطل دانسته اما مبطل عقد نمی‌شمارد. او در کتاب سرائر گفته است: شرط خیار در نکاح باطل است اما موجب بطلان عقد نمی‌شود، زیرا دلیلی از کتاب، سنت و اجماع بر بطلان آن نداریم. شروط غیر شرعی هر گاه به عقدها ضمیمه شوند، شرط، باطل ولی عقد صحیح است. دلیل آن عموم آیه «اوفوا بالعقود» است که شامل هر عقدی می‌شود، اگرچه شرط آن باطل باشد (السرائر، ص ۳۹۸؛ ابن براج، ص ۱۹). علامه در ارشاد الاذهان بر آن است که «لو فسد الشرط فسد العقد» محقق اردبیلی هم در شرح کلام او گفته است: «فساد الشرط مستلزم لفساد مشروطه» (محقق اردبیلی، ۸/ص ۱۴۸).

سید ابوالحسن اصفهانی در کتاب الوسيله النجاة (۲/ص ۲۳۷) و سید محمد کاظم یزدی در عروة الوثقی (۲/ص ۶۹۲) هم همین نظر را دارند.

صاحب جواهر شرط را باطل و مبطل عقد دانسته است. دلیل او این است که شرط خیار، خلاف مقتضای عقد نکاح است، به علاوه موارد فسخ در نکاح محدود است و چون در نکاح شائبه عبودیت می‌رود، حق خیار در آن معنی ندارد (نجفی، ۳۱/ص ۱۰۶).

تحلیل فقهی: چنین به نظر می‌رسد لزوم در عقد ازدواج، لزوم حقی نیست تا بتوان آن را دستخوش اراده زوجین قرار داد، بلکه لزوم حکمی است و با شرط ضمن عقد از میان نمی‌رود. ازدواج مانند عقد وقف به حکم شارع لازم شده است، ولی لزوم در عقد بیع و مانند آن لزوم حقی است و طرفین می‌توانند در آن شرط خیار بگذرانند.

از حقوقدانها می‌گوید: شرط خیار در عقد ازدواج برخلاف قوانین آمره است. در تعریف قوانین آمره گفته شده: قوانینی هستند که از نظر جنبه عمومی وضع شده و برای افراد ایجاد حق نمی‌نماید، بنابراین تحت اختیار افراد نیست تا منتفع از آن بتواند حق خود را ساقط یا به دیگری واگذار نماید، این گونه قوانین در اصطلاح حقوقدانان اسلامی «حکم» نامیده می‌شود. شروطی که برخلاف قوانین آمره باشد، خواه ضمن عقد نکاح یا عقد دیگر واقع

شود، باطل است، از جمله، شرط خیار در نکاح است، او علت بطلان این شرط را عدم آزادی اراده زوجین در انهدام خانواده که سلول اولیه جامعه است، می‌داند و معتقد است که سستی رابطه زوجین در ازدواج به ضرر اجتماع بوده و لطمه غیرقابل جبرانی به جامعه وارد می‌کند (امامی، ۴/ص ۴۲۸-۴۲۹).

قانون مدنی شرط خیار فسخ را نسبت به عقد نکاح باطل دانسته است. لازم به ذکر است که شرط خیار نسبت به مهر از نظر مشهور فقها صحیح است، و قانون این شرط را در صورت معین بودن مدت آن، صحیح دانسته است (ماده ۱۰۶۹).

**آراء اهل سنت:** در میان اهل سنت مالکیه گفته‌اند: اشتراط خیار برای زوج یا زوجه یا برای هر دو با هم، یا برای غیر آن دو، باطل است و عقد هم به سبب این شرط، باطل می‌شود. اما اشتراط آوردن مهر در وقت معین از طرف زوج یا ولی او، به این صورت که شرط شود بر زوج که مهر را تا وقت معین اگر تسلیم زوجه نکند، بین آنها زوجیت نباشد، صحیح است و گفته‌اند که اگر زوج این شرط را بپذیرد و عمل ننماید، عقد باطل می‌شود (الجزیری، ۴/ص ۸۴). حنا بله شرط خیار از طرف زوج یا زوجه و اشتراط انفساخ عقد در صورت نیاوردن مهر تا وقت معین را باطل دانسته‌اند (همان). شافعی به طور کلی شرط خلاف مقتضای عقد را فاسد و مفسد عقد می‌دانند (همان).

**شرط خارج نکردن زوجه از شهر خودش توسط زوج و سکنی در شهر معین:** مشهور فقها بر آنند که زوجه می‌تواند در عقد ازدواج شرط کند که شوهرش او را از شهرش خارج نکند. گفته‌اند این شرط صحیح است و زوج باید به آن ملتزم باشد (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲/ص ۵۵۰).



در نکاح دائم از جمله وظائف زوج تأمین مسکن زوجه است که جزء نفقه محسوب می‌شود. چنانچه عقد نکاح نسبت به مسکن بدون شرط منعقد شود، اطلاق عقد اقتضا می‌کند که زوجه در هر مسکنی که زوج برای او در نظر بگیرد چنانچه خلاف شأن و مرتبه او نباشد، ساکن شود؛ اما اگر در ضمن عقد، شرط شود که زن در مسکن یا شهر معین سکونت داشته باشد، زوج هم بپذیرد، مشهور فقها گفته‌اند که شرط صحیح است و زوج باید ملتزم شود (همان).

اما برخی از فقها گفته‌اند که این شرط از شروط باطل است و زوج موظف به رعایت آن نیست، مثلاً شیخ طوسی در کتاب مبسوط و خلاف و ابن ادریس و برخی دیگر از فقها گفته‌اند که شرط باطل، اما عقد صحیح است، آنها علت بطلان شرط را مخالفت با حق کامجویی زوج در هر زمان و مکان و حق سلطنت زوج بر زوجه دانسته و روایاتی که در آن زوج را موظف به رعایت شرط نموده، حمل بر استحباب کرده‌اند (از مسالک الافهام، ۱/ ص ۵۰۰).

**شرط خیار در مهر:** شرط خیار در مهر از هر دو طرف صحیح است، یعنی هم زوجه می‌تواند برای خود حق فسخ نسبت به مهر قرار دهد و هم زوج، بدین معنی که تا مدت معین بتواند مهر را فسخ کنند، در این صورت اگر عمل زناشویی انجام شده باشد، به زن، مهرالمثل تعلق می‌گیرد، و اگر انجام نشده باشد، می‌تواند بر مهر دیگری با هم تراضی کنند (شهید ثانی، شرح لمعه، ۵/ص ۱۱۹). در این باره نظر مخالفی دیده نشد.

**شرط عدم مهر از طرف زوج یا زوجه:** هرگاه زوج شرط کند که زوجه مهر نداشته باشد و یا زوجه بخواهد بدون مهر ازدواج کند و یا در هنگام عقد، مهر را فراموش کرده یا غفلت نمایند که مهر را معین کنند، عقد صحیح است و زوجه بعد از عمل زناشویی مستحق

مهرالمثل خواهد شد، و چنانچه قبل از زناشویی طلاق داده شود مهرالمتعه به او تعلق می‌گیرد. ازدواج بدون مهر را اصطلاحاً نکاح مفوضه‌البضع می‌گویند (همان ۳۴۷).  
حنابله شرط عدم مهر را در نکاح باطل می‌دانند (الجزیری، ۴/ص ۸۳).

**شرط توارث در ازدواج موقت:** هرگاه در عقد موقت زوجین شرط کنند که از هم ارث ببرند و یا یک طرف شرط کند که از طرف دیگر ارث ببرد، مشهور فقها قائلند که چنین شرطی صحیح است و توارث برقرار می‌شود. برخی از دیگر فقیهان رأیشان با نظر مشهور فقها در تعارض است و این شرط را خلاف شرع و باطل دانسته‌اند (محقق حلی، شرایع الاسلام/ص ۵۳۲).

محقق حلی در شرایع، مسأله شرط توارث را طرح کرده و نظر مشهور و غیر مشهور را هم بیان کرده و صحت این شرط را اشهر دانسته است، اما صاحب جواهر شدیداً با نظر مشهور فقها به مخالفت برخاسته و فتوای آنها را بی‌نظیر و غریب دانسته است. او کسانی را که جرأت کرده و بر صحت شرط توارث در متعه فتوا داده‌اند تخطئه کرده، و در پایان هم گفته است: تحقیقاً زوجه در نکاح موقت مطلقاً ارث نمی‌برد، خواه توارث شرط شده یا نشده باشد. چنین شرطی خلاف مقتضای عقد موقت است و بطلان آن موجب بطلان عقد می‌شود (نجفی، ۳۰/ص ۱۹۴ و ۱۹۵).

حقوقدانها شرط توارث را در ازدواج موقت و یا در ضمن عقد خارج لازم، باطل و خلاف قوانین آمره دانسته‌اند.

راه چاره: آنچه لازم است گفته شود این است که تراضی زوجین در نکاح منقطع نسبت به ارث بردن از یکدیگر، یا ارث بردن یکی از دیگری، اگر از باب وصیت باشد مشکلی ندارد، چون حداکثر ارث زوجه یک چهارم ماترک است و وصیت تا حد ثلث نافذ است، اما ارث بردن او به عنوان یکی از وراثت با هیچ قاعده‌ای از قواعد فقهی سازگار نیست، زیرا

اموال انسان با مرگ به صورت قهری به وارث منتقل می‌شود؛ و سلطنت شخص بر اموالش به محض فوت کردن قطع می‌شود، مگر اینکه نسبت به بخشی از مالش وصیت کرده باشد.

**تحقیق در آراء فقها نسبت به شرط توارث:** در جامع الشتات میرزای قمی تحقیق جامعی پیرامون آراء فقها در مورد ارث زوجین در ازدواج موقت کرده است، در این تحقیق دیدگاه فقها چهار صورت دارد:

**الف:** برخی معتقدند که متعه موجب ارث نمی‌شود حتی اگر شرط توارث در آن شود. قائلین این دیدگاه: ابوالصلاح، ابن ادریس، علامه، فخرالمحققین، محقق کرکی و فاضل مقداد هستند. از اطلاق کلام شیخ صدوق و شیخ مفید و محقق اردبیلی استفاده می‌شود که آنها هم قائل به عدم توارث شده‌اند، حتی اگر شرط شود. این نظر اکثر فقهای امامیه است. پس شرط باطل و عقد صحیح است.

**ب:** فقیهانی که گفته‌اند نکاح موقت اقتضای توارث ندارد اما اگر زوجین ضمن عقد شرط کنند، از یکدیگر ارث می‌برند. افرادی مثل شیخ طوسی، ابن حمزه، شهید اول و شهید ثانی این دیدگاه را دارند. صاحب جواهر رأی این فقیهان را قول مشهور دانسته است.

**ج:** گروهی دیگر مثل ابن ابی عقیل و سید مرتضی برآنند که عقد متعه مقتضی توارث را با خود دارد، اما اگر ضمن عقد عدم آن شرط شود، صحیح است و زوجین از هم ارث نمی‌برند. در کتاب انتصار، سیدمرتضی گفته است: «ان من مذهبا ان الميراث قد يثبت في المتعة اذا لم يحصل شرط في اصل العقد بانتفائه و نستني المتمتع بها مع شرط نفي الميراث»

**د:** ابن براج معتقد است که مقتضای عقد متعه توارث است، به نحوی که حتی اگر شرط سقوط آن میان زوجین ضمن عقد قرارداد شده، مؤثر نبوده و شرط باطل است (محقق قمی،

نظر محقق قمی این است که متعه موجب ارث نمی‌شود. وی در این باره ادله‌ای آورده است، اما پیش از پرداختن به ادله اجتهادی به اصل استناد کرده، سپس گفته است که میراث جز با جعل شارع، ثابت نمی‌شود. آنگاه اخباری را که مشهور فقها و سید مرتضی و ابن براج به آن استناد کرده و قائل به صحت شرط و یا اقتضای توارث در متعه شده‌اند، با اشکال در سند یا دلالت و تعارض رد کرده، در پایان دیدگاه مشهور فقها را اقوی دانسته است. به نظر اینجانب کسانی که شرط توارث را باطل و فاقد اثر دانسته‌اند رأیشان با قواعد فقهی و حقوقی موافقت است.

ماده ۹۴۰ قانون مدنی گفته است: زوجین در صورتی که زوجیت آنها دائمی باشد از یکدیگر ارث می‌برند. حقوقدانها می‌گویند، مفهوم مخالف آن این است که در ازدواج موقت، ارث نمی‌برند.

**آیا می‌توان وصیت نسبت به ثلث را به عنوان شرط ضمن عقد قرارداد؟ بعد از آنکه شرط توارث در ازدواج موقت باطل دانسته شد، خوب است شرط وصیت را بررسی نماییم.** مشهور فقها برآنند که وصیت تملیکی چون نیاز به ایجاب و قبول دارد عقد است، ولی موصی می‌تواند تا قبل از فوتش وصیت را تغییر دهد، پس عقد جایز است و قبول موصی‌له تأثیری در آن ندارد، بنابراین وصیت به تنهایی نمی‌تواند به زنی که متعه شده اطمینان بدهد. اما می‌توان با شرط نتیجه، وصیت را ضمن عقد لازم شرط کرد. در این صورت زوج و یا زوجین در عقد موقت یا دائم، ثلث ماترک خود را برای یکدیگر می‌توانند وصیت کنند و آن را ضمن عقد ذکر کنند. با این ترتیب، زوجین نسبت به اموال یکدیگر بعد از مرگ حقی پیدا می‌کنند که می‌تواند از سهم‌الارث هم بیشتر باشد، پس نتیجه شرط توارث به راحتی حاصل می‌شود. مشکلات فقهی و حقوقی هم نخواهد داشت.

**شرط نفقه در ازدواج موقت:** ازدواج موقت اساساً برای تشکیل خانواده تشریح نشده بلکه چنانچه از لفظ «متعّه» یا نکاح منقطع و یا موقت برمی‌آید، برای منظور خاصی است، اما گاهی مردی می‌خواهد با زنی از اهل کتاب ازدواج کند و چون مشهور فقها ازدواج دائم با زنان اهل کتاب را جایز ندانسته‌اند و زن بدون نفقه به ازدواج موقت راضی نمی‌شود، مدت نکاح را طولانی، مثلاً نود سال یا بیشتر یا کمتر ذکر کرده و شرط نفقه هم در آن می‌گذراند. در مشروعیت شرط نفقه در ازدواج موقت ظاهراً مخالفی نیست، و چنانچه وصیت هم به عنوان شرط نتیجه در آن ذکر شود، حقوق زوجه از جنبه مالی تفاوتی با ازدواج دائم نخواهد داشت.

در قانون مدنی ماده «۱۱۱۳» آمده است: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد». لازم به یادآوری است که کمیت و کیفیت نفقه تابع قرارداد بین زوجین است، و هرگاه که مقدار نفقه معین نشده باشد، طبق عرف و عادت محل خواهد بود (امامی/ص ۱۱۳).

**شرط وکالت طلاق در عقد نکاح:** در فقه اسلام طلاق به اراده شوهر است و زن تنها در موارد معینی می‌تواند خود را از قید ازدواج رها سازد، لذا چاره‌ای اندیشیده‌اند که زن با وکالتی که ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری از شوهر برای طلاق می‌گیرد، بتواند هر وقت که خواست خود را مطلقه نماید، و شوهر هیچگاه نمی‌تواند او را از وکالت عزل کند.

در ماده «۱۱۱۹» قانون مدنی آمده است: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هرگاه زوج، زن دیگری بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود و یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زوجه سوء قصد کند، یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها با

یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن و کیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد».

**وکالت مطلق در طلاق:** در اینکه آیا مرد می‌تواند وکالت مطلق به زوجه بدهد که هرگاه خواست بدون هیچ علتی خود را طلاق دهد. چنین شرطی در فقه امامیه مشروع است و مانعی در صحت آن نیست. دلیل آن اطلاق ادله وکالت است. قانون مدنی هم آن را صحیح دانسته و در ماده «۱۱۱۹» آمده است. هر شرطی که مخالف مقتضای عقد نباشد، صحیح است.

در میان فقهای امامیه چنانچه پیش از این بیان شد، شیخ طوسی قائل به عدم صحت شرط توکیل زن در طلاق شده است، اما قول مشهور این است که جایز است و تفاوتی میان توکیل زوجه و غیر او نگذاشته‌اند. در فقه امام جعفر صادق آمده است «ذهب المشهور بشهادة صاحب الجواهر والحدائق الی أن للزوج غائباً كان أو حاضراً أن یؤکل من شاء فی طلاق زوجته لا یتعلق ادلة الوکالة».

صاحب جواهر در رد دیدگاه شیخ طوسی و اثبات نظر مشهور ادله‌ای آورده؛ از جمله به اطلاق روایات جواز وکالت، شهرت فتوایی، و سنت پیامبر (ص) که زنان خود را در طلاق، مخیر فرموده است، استناد کرده است (نجفی، ۳۲/ص ۲۴ و ۲۵).

توضیح آنکه، عقد وکالت، از عقود جایز است و موکل هر زمان که بخواهد، می‌تواند وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل او در ضمن عقد لازمی شرط شود. در این صورت عقد وکالت یا هر عقد جایز دیگری غیرقابل انحلال می‌شود و آثار عقد لازم را می‌توان بر آن مترتب ساخت. و این امر به دو نحو محقق می‌شود:

**الف:** وکالت وکیل به صورت شرط نتیجه، ضمن عقد لازمی آورده شود. در این صورت به نفس اشتراط، وکالت محقق شده و جزء عقد لازم می‌شود و از عقد اصلی کسب

لزوم می‌کند پس تا وقتی که عقد اصلی (نکاح) برقرار است، شرط ضمن آن را نمی‌توان به هم زد.

ب: عدم عزل و کیل در ضمن عقد لازمی شرط شود، به این صورت که ابتدا عقد وکالت منعقد می‌شود سپس موکل، عقد لازمی مانند بیع، نکاح و ... منعقد می‌نماید و عدم عزل و کیل را ضمن عقد مزبور شرط می‌کند، در این صورت شرط عدم عزل، جزء عقد لازم قرار می‌گیرد و تا مادامی که اصل عقد برقرار است، وکالت غیرقابل عزل خواهد بود (حقوق مدنی، ج ۲ / ۳۱۰).

آیا می‌شود با شرط ضمن عقد، حق طلاق به زوجه تفویض شود؟ هرگاه شرط شود که زوج، حق طلاق را به زوجه بدهد و زن هر موقع که خواست بتواند خود را مطلقه کند به نحوی که زوج هیچ حقی در این باره نداشته باشد، فقهای امامیه اتفاق نظر دارند که چنین شرطی باطل است. دلیل آنها این است که این شرط از جمله شروط خلاف کتاب و سنت است. آنان به روایتی از امام صادق (ع) استناد کرده‌اند که از ایشان سؤال شد؛ مردی ازدواج کرده و اختیار جماع و طلاق را به زوجه داده است، امام فرمودند: خلاف سنت عمل کرده، سپس فرمودند: «أن علیه المصدان و فی یده الجماع و الطلاق». این عبارت بیانگر این است که چون زوج مکلف به دادن مهر است، حق طلاق برای اوست (مغنیه، ۱۸۱/۵).

حنیفان شرط تفویض طلاق از طرف زوج به زوجه را ابتداءً باطل دانسته، اما گفته‌اند: اگر زوجه درخواست چنین حقی را کند و زوج موافقت نماید، صحیح است. فرق آن را در این دانسته‌اند که طلاق اختصاص به مرد دارد و سزاوار نیست که خود او بدون تقاضای زن این حق را تفویض کند. اما اگر زوجه حق طلاق را بخواهد، صحیح است که زوج به او واگذار نماید، چون مصلحت زوجیت و حسن معاشرت و دوام رابطه، احیاناً اقتضا می‌کند که طلاق به دست زن باشد (الجزیری، ۸۱/۴).

**توکیل و تفویض طلاق در میان اهل سنت:** اهل سنت معتقدند همانطور که زوج خودش مالک طلاق است، مالک نیابت طلاق به دیگری هم هست، و اجماع دارند که جایز است زوج طلاق را به زوجه تفویض کند، دلیل مشروعیت آن را از آیات و سیره پیامبر (ص) می‌دانند که زنان خود را بین ماندن با او و مفارقت از او مخیر کرد، و آیه «یا ایها النبی قل لأزواجک ان کنتن تردن الحیوة الدنیا و زینتها فتعالین امتعکن و اسرحکن سراحاً جمیلاً» (احزاب/۲۸) هم دلالت بر آن می‌کند (وهبة زحیلی، ۹/ص ۶۹۳۵).

فقهای مذاهب چهارگانه، احکام و اصطلاحاتی در نیابت طلاق از طرف زوج به زوجه مورد شناسایی قرار داده‌اند، مثلاً حنفیه می‌گویند: ایقاع طلاق به اذن زوج از طرف غیر زوج، سه صورت دارد: یا تفویض است یا توکیل و یا رسالت؛ سپس می‌گویند: اگر زوج طلاق را به زوجه تفویض کرد، از جانب زوج لازم است و هیچگاه نمی‌تواند از آن رجوع کند، چون طلاق را به ملک زوجه درآورده و قابل برگشت نیست. تفویض طلاق به الفاظ سه‌گانه «امرک بیدک»، «اختاری نفسک» و «أنت طالق ان شئت» واقع می‌شود (وهبة الزحیلی، ۹/ص ۶۹۳۵).

شافعیه هم تفویض طلاق را تملیک، و رجوع از آن را غیرممکن می‌دانند (همان). مالکیه تفویض را سه صورت کرده‌اند: توکیل و تخیر و تملیک. آنها می‌گویند با وجود تفویض طلاق به زوجه، حق زوج هم باقی است (همان). حنابله هم توکیل، تخیر و مشیت را در طلاق صحیح دانسته و حد و مرزی برای آن قائل شده‌اند (همان).

در مذهب حنیفان توکیل عبارتست از اینکه زوج به شخصی غیر از زوجه نیابت می‌دهد تا همسرش را طلاق دهد، مثل اینکه به او می‌گوید: تو وکیل من در طلاق زوجه‌ام هستی، سپس هرگاه وکیل به زوجه موکلش بگوید: «أنت طالق» طلاق واقع می‌شود (همان/۶۹۳۶).



تفویض طلاق به چند صورت بیان شده، اینکه زوج طلاق را به دست زن بدهد، و یا طلاق را به او تملیک کند تا خود را مطلقه نماید، و یا طلاق را معلق برخواست او یا شخص ثالث کند، به این صورت که به اجنبی می گوید اگر می خواهی زوجه ام را طلاق بده (همان).  
**رسالت** به این معنی است که زوج پیغامی توسط رسولی برای زوجه می فرستد و به رسول می گوید برو نزد فلان زن و به او بگو، شوهرت می گوید: تو مختاری بین طلاق رجعی و غیر آن. صورت دیگری هم برای رسالت گفته اند و آن این است که زوج، طلاق زوجه اش را که غایب است به رسولی بگوید و آن شخص کلام زوج را به زوجه ابلاغ کند (همان).

طلاق مشیت این است که زوج به زوجه می گوید: «أنت طالق ان شئت» و این طلاق مانند تخییر می ماند، با این تفاوت که طلاق مشیت، رجعی است و طلاق تخییر، بائن است، زیرا که اولی صراحت دارد اما دومی کنایه است.

### نتیجه گیری

۱. شرط ضمن عقد، الزام و التزام است و به معنی تعهدی است که یکی از متعاقدين یا هردو از طرف مقابل انجام یا ترک کار، وصف خاص یا نتیجه عقد دیگری را ضمن عقد می خواهد.

۲. شروط ضمن عقد اگر شرایط صحت را دارا باشد، موجب التزام مشروط علیه می شود. شروط عمومی صحت شرط در مکاسب شیخ انصاری هشت مورد برشمرده شده و در قانون مدنی در پنج مورد خلاصه شده است.

۳. شرطی که در ضمن عقد آورده می شود چنانچه مانع تحقق مقتضای عقد باشد، یا یکی از ارکان عقد را متزلزل کند، هم باطل و هم مبطل عقد است، اما اگر شرط غیر مشروع یا غیر عقلایی باشد تنها خود شرط باطل است و عقد را باطل نمی کند.

۴. شروط صحیح اگر شرط صفت باشند؛ یعنی زوجین وصف خاصی را از طرف مقابل خواسته باشد، در صورت کشف خلاف موجب حق فسخ مشروطه می‌شود. در حق فسخ ناشی از تخلف وصف که ملحق به تدلیس است، میان فقها اتفاق نظر است.
۵. شرط فعل که مطالبه انجام یا ترک عملی از مشروط علیه است، در عقد دیگر موجب حق خیار می‌شود اما در عقد نکاح، حق فسخ نمی‌آورد و تنها مشروط علیه را می‌توان الزام به رعایت شرط کرد. مصلحت بقاء و تثبیت خانواده ایجاب می‌کند که حق فسخ برای مشروطه نباشد.
۶. شرط نتیجه این است که مشروطه تحقق امری که خارج از مقتضای عقد اصلی است از طرف مقابل بخواهد، مثلاً زوجه و کالت طلاق را ضمن عقد نکاح از زوج بخواهد و زوج بپذیرد که بعد از انعقاد عقد نکاح، زن، وکیل و وکیل در توکیل طلاق خود می‌شود و زوج هیچگاه نمی‌تواند او را از وکالت عزل کند.
۷. بعضی از شروط ضمن عقد نکاح، محل اختلاف است، مثل شرط نداشتن روابط زناشویی، شرط بچه‌دار نشدن، شرط عدم ازدواج مجدد زوج، شرط خیار، شرط خارج نکردن زوجه از شهرش، شرط توارث در ازدواج موقت. در موارد مزبور رأی مشهور فقها برجواز است غیر از شرط خیار و شرط توارث. شرط خیار را همه فقها اعم از امامیه و اهل سنت، غیرمجاز دانسته و شرط توارث در نکاح متعه بنا بر آنچه محقق در شرایع گفته است از نظر مشهور صحیح است. صاحب جواهر این دیدگاه را تخطئه کرده و چنین شرطی را خلاف مقتضای نکاح موقت دانسته است.
۸. شرط وصیت نسبت به ثلث را می‌توان در ضمن عقد نکاح دائم یا منقطع به صورت شرط نتیجه آورد، در این صورت لزوم حکمی پیدا کرده و غیرقابل فسخ می‌شود.
۹. شرط وکالت زوجه در طلاق اگر ضمن عقد نکاح ذکر شود همانند وکالت بلاعزل است. در میان فقیهان امامیه شیخ طوسی قائل به عدم صحت شرط توکیل زن در طلاق

شده، اما قول مشهور این است که تفاوتی میان توکیل زوجه و غیر او نیست. اهل سنت توکیل زوجه را در طلاق خودش جایز می‌دانند.

۱۰. اهل سنت می‌گویند: زوج می‌تواند طلاق را به زن تفویض کند، دلیل آنها بر مشروعیت تفویض طلاق، سیره پیامبر(ص) است.

۱۱. فقیهان مذاهب چهارگانه اهل سنت اصطلاحاتی را در نیابت طلاق از طرف زوج به زوجه مورد شناسایی قرار داده‌اند که عبارتند از: تفویض، توکیل، رسالت، تملیک، تخییر و مشیت.



## فهرست منابع

١. ابن براج، المهذب در الينابيع الفقهية، ج ١٨، جمع آوری علی اصغر مرواريد، مؤسسه فقه الشيعه، بيروت، ١٩٩٠ م.
٢. ابن منظور، لسان العرب، دارالصادر، بيروت، ١٩٩٠ م.
٣. اصفهانی، سيد ابوالحسن، الوسيلة النجاة، مكتبة الاعتماد الكاظمي، ١٣٦٥ ش.
٤. امامي، سيدحسن، حقوق مدني، ج ١، ٤ و ٥، انتشارات اسلاميه، چاپ نوزدهم، ١٣٧٧ ش.
٥. انصاری، شيخ مرتضى، المكاسب، ج ٣، دارالذخائر، قم، ١٤١١ هـ. ق.
٦. بحرانی، شيخ يوسف، حدائق المناظره، ج ٢٤ و ٢٥، نشر اسلامي، ١٣٦٣ هـ. ش.
٧. الجبجي العاملي، زين الدين (شهيد ثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، شرح سيد محمد كلانتر، جامعة النجف، چاپ اول.
٨. -----، مسالك الافهام، ج ٢، چاپ سنگي، ١٣١٠ ق.
٩. الجزيري، عبدالرحمن محمد عوض، الفقه على المذاهب الربعه، ج ٤، داراحياء التراث العربي، بيروت، چاپ اول، ١٩٩٦ م.
١٠. حكيم، سيدمحسن، منهاج الصالحين، ج ٢، دارالمؤرخ العربي، ١٩٩٨ م.
١١. حلّي، جمال الدين ابی منصور (علامه حلّي) قواعد الاحكام في الينابيع الفقهية، ج ١٩، ١٩٩٠ م، الدار الاسلاميه.
١٢. سيدمرتضى علم الهدی، الانتصار در الينابيع الفقهية، ج ١١، جمع آوری علی اصغر مرواريد، مؤسسه فقه الشيعه، بيروت، ١١٩٠ م.
١٣. صفائی، سيدحسين، مختصر حقوق خانوادہ، نشر ميزان، چاپ هفتم، ١٣٨٣.
١٤. طباطبایي، سيدعلی، رياض المسائل، چاپ سنگي، مؤسسه آل البيت، ١٤٠٤ ق.

١٥. طباطبائي حكيم، سيدمحسن، مستمسك العروة الوثقى، مطبعة النجف، ١٣٧٩، ١٣٧٩ ق.
١٦. طوسی، شيخ ابو جعفر محمد علی، الخلاف در الینابیع الفقهیة، ج ٣٨، جمع آوری علی اصغر مروارید مؤسسه فقه الشیعة، بیروت ١٩٩٣ م.
١٧. -----، المبسوط در الینابیع الفقهیة، ج ٣٨، جمع آوری علی اصغر مروارید، مؤسسه فقه الشیعة، بیروت، ١٩٩٣ م.
١٨. عاملی، شیخ محمد حسن الحر، (شیخ حر عاملی) وسائل الشیعة ج ١٥، ١٤٠٣ ق، اسلامیة.
١٩. محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الارشاد الازهان، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٤١٩.
٢٠. محقق قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، تحقیق و تحشیه عیسی ولای، ج ٣، انتشارات دانشگاه تهران، ١٣٨٠ ش.
٢١. مغنیة، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق، ج ٣ و ٥، انتشارات انصاریان، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.
٢٢. موسوی الخمینی، روح الله، تحزیر الوسیلة، اسماعیلیان، ١٣٩٠ ق.
٢٣. موسوی خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ٢، انتشارات مهر- قم، چاپ بیست و هشتم، ١٤١٠ ق.
٢٤. نجفی، سید محمد حسن، جواهر الکلام، ج ٣٠، ٣١ و ٣٢، اسلامیة، چاپ سوم، ١٣٧٤.
٢٥. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ٩، انتشارات دارالفکر دمشق، ١٩٩٧ م.
٢٦. یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، ج ٢، انتشارات اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٣٧٠ ش.