

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2020S4D14SH68M ISSN-P: 2538-3701

شرط خلاف سنت در عقد نکاح

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۵/۱۲)

حسن جلیلیان

چکیده

افراد نمی توانند بدون هیچ ضابطه ایی در ضمن عقد، شرطی را منعقد سازند و بعد هم آن را لازم الوفاء بدانند، بلکه شرط باید تحت ضوابط مقرر در قانون و شرع مقدس اسلام منعقد گردد. شروطی که در ضمن عقد نکاح درج می گردند نباید مخالف کتاب و سنت باشند. اکثر فقهای امامیه با توجه به حدیث «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً»، معتقدند که اصلاً به صحت لزوم هر شرطی است که در ضمن عقد نکاح درج می شود، مگر این که شرطی باشد که حلالی را حرام و حرامی را حلال گرداند. شرط مخالف کتاب و سنت می تواند نقش مؤثری در عقد نکاح و انحلال آن داشته باشد، و موجب دگرگونی و تحول عظیمی گردد. مهمترین امر معتبر در صحت شرط به عنوان یکی از شرایط اختصاصی شرط ضمن عقد، عدم مخالفت آن با کتاب و سنت است و متعاقدين نباید به شرطی توافق کنند که با کتاب و سنت مخالفت داشته باشد. دلیل بیان این شرط آن است که هیچ امری نایستی با قرآن و سنت، مخالف باشد و شرط ضمن عقد نکاح نیز جزو همین امور است. و مخالفت شرط با کتاب و سنت هیچ گونه جوازی برای صحت آن باقی نمی گذارد. این شرط مورد توجه و اتفاق فقهای که به شرایط صحت شرط پرداخته اند بوده است.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، شروط باطل، شرط نامشروع، شرط مبطل، بطلان نکاح، شرط

خلاف سنت، اهل کتاب



بخش اول: کلیات

بحث از شرط و جایگاه آن در عقود کماکان جایگاه سنتی خود را در مباحث فقهی حفظ نموده، جایگاه ویژه ای نیز در مباحث فقهی و حقوقی جدید یافته است. در ابتدای این مقاله باید به این موضوع رسیدگی شود و باید اذعان داشت منظور از کتاب تمامی احکامی می باشد که خداوند آن ها را ثبت فرموده است. براین اساس، دیگر نمی توان شرطی غیر موافق با کتاب یافت مگر اینکه آن شرط مخالف با کتاب خواهد بود و بهترین عبارت در این روایات، فرمایش امام است: «... شرطاً سوی کتاب الله: (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۲۹۰). یعنی شرطی که خداوند آن را ثبت ننموده باشد. بعبارت دیگر یعنی شرطی که مطابق با کتاب خدا نباشد. در توضیح می توان گفت که، در این روایت موافقت و یا مخالفت کتاب مطرح نشده، بلکه شرطی ملائک قرار گرفته که محتوایش غیر از کتاب خداست». به هر حال آیا لازم است که شرط، موافق کتاب خدا باشد یا صرف عدم مخالفت با کتاب و سنت در صحت شرط کفایت می کند؟ مرحوم شیخ انصاری می فرماید: طبق روایاتی که بیان شده لازم است موافق کتاب خدا هم باشد و صرف عدم مخالفت با آن کفایت نمی کند منتها می فرماید، بعید نیست که مراد از موافق همان عدم مخالفت با کتاب باشد. آیت الله تبریزی می گوید: «وجه حمل قید موافق کتاب به عدم مخالفت این است که اگر ما خصوص موافقت را شرط بدانیم، ذکر عدم مخالفت در روایات بی فایده، خواهد شد و لازم می آید که اعلان این حکم با بیان ضابطه و قانون تناسبی نداشته باشد. زیرا نمی توان موافقت اکثر شروط را از کتاب استنباط کرد. و اگر گفته شود که، آن شروط موافق با باطن قرآن است، می گوییم این حرف پذیرفتنی نیست. زیرا حواله به باطن کتاب، تناسبی با اعطای ضابطه ندارد، بلکه آنچه متناسب با تبیین قانون است همان ظواهر کتاب هستند.» (تبریزی، ۱۴۱۲: ۳۸۸). در روایاتی موافقت با کتاب، شرط صحت شروط دانسته شده است. مانند فرمایش امام علی که فرمود: «المسلمون عند شروطهم مما وافق کتاب الله عزوجل». یعنی مسلمانان باید به شرط هایی که موافق با کتاب خدا است پایبند باشند. آیت الله سبزواری می گوید: موافقت نزد عرف، ترجمان عدم مخالفت است، چنان که عدم

موافقت جدای از مخالفت نیست. بنابراین موافقت و عدم مخالفت عبارت اخیری یکدیگرند و مرزی میان این دو نیست و در نهایت، عدم مخالفت همان موافقت است و مخالفت همان عدم موافقت است، چنان که مولا به عبدش می گوید از من اطاعت کن و مخالفت من نکن» (سبزواری، ۱۴۱۶: ۴-۲۲۳). آیت الله اراکی فرموده است: ممکن است گفته شود که عدم موافقت نزد عرف همان مخالفت است، همان طور که وقتی گفته می شود فلانی موافق میل من نیست، منظور مخالفت با اوست، علاوه بر این می توان یقین کرد که موافقت در نفوذ شرط، اعتباری ندارد و گرنه لازم است که شرط نافذ منحصر به اشتراط فعل واجب و ترک حرام باشد، بنابراین آنچه ملاک است همان عدم مخالفت می باشد (اراکی، ۱۴۱۴: ۸-۴۴۷). شیخ انصاری در اینکه آیا شروط بایستی موافق کتاب و سنت باشد و یا با آن مخالفتی نداشته باشد، فرموده است:

اولاً: مراد به کتاب الله، آنچه می باشد که خداوند بر بندگان خود نوشته است حتی اگر به لسان رسولش (ص) بیان شده باشد. عبارت دیگر مراد از کتاب الله خصوص قرآن کریم نیست بلکه «ما کتب الله علی عباده» (یعنی کلیه احکام دینی که بر مکلفین نوشته شده است)، می باشد. فرقی نمی کند که در قرآن آمده باشد و یا در احادیث نبوی از حضرت رسول (ص) منقول باشد. پس اگر شرط شود ولاء مملوک برای بایع، با توجه به حدیث نبوی «الولاء لمن اعتق» این شرط را نیز بایستی در حکم مخالفت با «ما کتب الله» بدانیم.

ثانیاً: می توان گفت که موافقت شرط با کتاب الله به معنی عدم مخالفت است. اگر شرط مخالف مشروع نباشد، لا محاله موافق یکی از عمومات و اطلاقات وارده در کتاب و سنت خواهد بود.

به هر حال می توان گفت آنچه موجب عدم مشروعیت شرط و بطلان آن می شود، مخالفت آن با کتاب و سنت است. در نتیجه ضابطه و ملاک همان عدم مخالفت است (علامه، ۱۳۸۷: ۱۰۴).



بخش دوم: بررسی و تحلیل حکم شروط مخالف با سنت

در ابتدای این بحث باید توجه داشت اینکه می گویند مراد از کتاب، حکم الله است که شامل کتاب و سنت و هر دو می شود و معنی لغوی کتاب شامل کتاب و سنت و هر دو می باشد، نه معنی اصطلاحی که فقط شامل احکام قرآن کریم شود محل تأمل است و بدیهی است که مراد از کتاب در زمان رسول خدا (ص) یک معنی بیشتر نیست و الا اگر در لسان نبی (ص) مراد از کتاب، حکم الله و در لسان ائمه (ع) مراد از کتاب، قرآن باشد تعارض پیش می آید. ضمن توجه به اینکه آنچه در حدیث بریره، آمده است مراد از کتاب الله همان قرآن است که گفته: «فما كان من شرط ليس في كتاب الله عزوجل فهو باطل» یعنی هر شرطی که در کتاب خدا نیامده باطل است. اگر مراد از کتاب حکم مکتوب بود وجهی برای ذکر کلمه «فی کتاب الله» در روایت نبود (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۷۸). اگر اشکال شود که «والولاء لمن أعتق» یعنی حق ولایت از آن کسی است که آزاد می کند. که در این روایت آمده است، در کتاب موجود نمی باشد بلکه مخالف کتاب است، جواب می دهیم که آیه «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» یعنی برده مملوکی را که قادر بر هیچ چیز نیست (سوره نحل، آیه ۷۵). شامل همین حکم است. پس، مخالفتی با کتاب نیست، البته در بعضی روایات تصریح به سنت نیز شده است. مثل: روایت محمد بن قیس، که امام باقر در جواب سؤال مردی که می پرسد آیا صحیح است مردی ازدواج کرده و شرط جماع و طلاق را به دست زن قرار دهد؟ امام می فرماید «خالفت السنه و ولیت حقاً لست باهله» یعنی آن زن با سنت مخالفت فرموده و حقی را که شایسته آن نیست عهده دار گردیده (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۴۱).

دلیل دیگر برای این که کتاب شامل کتاب و سنت است، الغاء خصوصیت است:

اولاً: خصوصیتی در اخبار نیست که فقط شامل مخالفت کتاب شود، این اخبار شامل سنت هم می شود.

ثانیاً: کلمه سنت در این روایات می رساند که موضوع آن «حکم است بما هو حکم» و سایر خصوصیات حکم که مختص کتاب است مثل معجزه و وحی بودن آن در اینجا مد نظر قرار

نمی گیرد. دلیل دیگر نیز استدلال به خود قرآن کریم است که: «ما آتاکم الرسولُ فُخْذُوهُ وَ مَا نَمَاکُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» یعنی آن چه را رسول خدا برای شما آورده بگیریید «اجرا کنید»، و از آن چه نهی کرده است خودداری نمایید (سوره حشر: آیه ۷۹). یعنی خود قرآن دستور می دهد که امر پیامبر می باید اطاعت شود. فقهای امامیه، تا کنون پیرامون شرط نامشروع و مخالفت آن با کتاب و سنت نظراتی ارائه نموده اند و مصادیقی را نیز مورد بررسی قرار داده اند. از جمله مواردی که بیشتر مورد نظر بوده و به عنوان مثال ذکر شده است، شرط خیار در نکاح، شرط عدم ازدواج مجدد در عقد نکاح، شرط انتخاب محل سکونت برای زوجه و شرط توارث و یا عدم آن می باشد که غالباً با عقد نکاح در ارتباط بوده و آثار آن را مورد نظر دارد. اکنون برای آشنایی با این موارد و بررسی مخالفت یا عدم مخالفت آن با کتاب و سنت، هر کدام را به طور خلاصه و جداگانه مورد بحث قرار می دهیم:

بند اول: شرط خیار در نکاح

شرط خیار در نکاح بدین معناست که هر یک از زوجین حق داشته باشند که تا مدت معین عقد نکاح را فسخ کنند. گفته شده است خیار شرط در نکاح جایز نمی باشد. زیرا که شائبه عبادت در آن است و چون جنبه عبادی دارد، نمی توان در آن شرط خیار را صحیح شمرد. از طرفی عقد نکاح از عقود معاوضی نیست تا برای آن بتوان خیار شرط را ثابت دانست. بنابراین چنانچه خیار در آن مندرج گردید، قطعاً چنین شرطی باطل است (سرخسی، ۱۳۲۴: ۹۵). و همچنین شهید ثانی علت بطلان این شرط را الحاق نکاح و عدم مشروعیت شرط در عبادت دانسته است (شهید ثانی، ۱۳۸۹: ۱۲۰). ابن ادریس در السرائر می گوید: خیار شرط در نکاح راه ندارد چون نکاح برای طرفین عقد لازم است و اگر در آن شرط خیار شود شرط باطل است اما عقد باطل نیست. زیرا دلیلی از کتاب و سنت و اجماع بر بطلان آن نداریم. شروط غیر شرعی هرگاه به عقد ضمیمه شوند، شرط، باطل ولی عقد صحیح است. دلیل آن عموم آیه «او فوا بالعقود» است که شامل هر عقدی می شود، اگر چه شرط آن باطل باشد (ابن ادریس، ۱۴۱۴: ۵۷۵). چنین به نظر می رسد که لزوم در عقد ازدواج، حقی نیست که بتوان آن را دستخوش



اراده زوجین قرارداد، بلکه حکمی است که با شرط ضمن عقد از میان نمی رود. نکاح همانند عقد وقف به حکم شارع لازم شده است، ولی لزوم در عقد بیع و مانند آن لزوم حقی است و طرفین می توانند در آن شرط خیار بگذارند. در بطلان شرط خیار واقع در نکاح شکی نیست. دلیل فساد این شرط چنانچه بیان شد، این است که عقد نکاح از عقود معاوضه ای نمی باشد تا بتوان متضمن خیار شرط باشد. اندراج شرط خیار در ضمن عقد نکاح، آن را از وضعیتی که بواسطه آن شائبه عبادت در عقد موجود است، در می آورد. پس غیر مشروع بودن این شرط و مخالفت آن با کتاب و سنت واضح است و این نظر عمده فقها بوده و در بطلان آن خلافی نیست. اما آیا عقد نکاح متضمن شرط خیار نیز باطل است؟ یعنی چنین شرطی موجب می گردد تا عقد نکاح نیز فاسد شود یا خیر؟ غالب فقها نه تنها شرط خیار در ضمن عقد نکاح باطل می دانند، بلکه عقد نکاح متضمن چنین شرط فاسدی را نیز باطل دانسته اند (شیخ طوسی، ۱۳۷۰: ۱۹۴). شهید ثانی نیز شرط خیار در عقد نکاح را موجب بطلان عقد می داند. به این دلیل که می گوید تراضی بر شرط فاسدی واقع شده است و بنابراین عقد متضمن آن حاصل نمی گردد و از جائیکه نمی توان عقد و شرط را از یکدیگر تبعیض داد (و شیء واحدی است) هم شرط و هم عقد هر دو باطل می گردد (شهید ثانی، ۱۶۰۸: ۴۴۵). گفته شده است که بطلان عقد نکاح بواسطه چنین شرطی، امری است اجماعی که در «مکاسب»، «خلاف»، «مبسوط»، «سرائر» و ... بر آن اشاره گردیده است. و وجه بطلان آن را منافی بودن اشتراط چنین شرطی با مقتضای عقد دانسته اند. با این وجود حجت قائل شدن به صحت عقد و بطلان شرط، اجتماع شرائط صحت در عقد می باشد و در صورتی که عقدی قابل از برای تضمن خیار شرط نباشد، البته خیار لغو می شود و عمل به مقتضی عقد بر می گردد و این بواسطه «اصاله الصحه» و عموم «اوفوا بالعقود» است. کما اینکه اگر عقد مقرون به شرط فاسد دیگری هم باشد، عقد صحیح می باشد و این شرط است که باطل می گردد. زیرا هر کدام از شرط و عقد امری واحد و از یکدیگر منفک هستند. بنا براین با بطلان یکی از آن دو، بطلان دیگری لازم نمی آید (فرطوسی حویزی، ۱۴۰۹: ۲۳۱). از جمع آنچه بیان شد، معلوم می شود که قول مشهور مبتنی بر بطلان شرط و عقد به طور اجتماع می باشد. هر چند قول به صحت عقد نکاح و بطلان

شرط خیار در آن مقبول تر بنظر می‌رسد. زیرا نمی‌توان آن را مخالف مقتضای ذات عقد نکاح بر شمرد و از این رو مبطل عقد دانست. عبارت دیگر هر عقد لازمی اقتضای دوام دارد و شرط خیار در عقد نکاح تنها از این جهت که با مشروع مخالفت دارد، قابل درج در ضمن عقد نکاح نمی‌باشد که در صورت اشتراط، به همین خاطر فاسد و بلا اثر است نه از جهت مخالفت آن با مقتضای عقد نکاح. از طرف دیگر چون رابطه عقد و شرط رابطه اصل و فرع است و آنچه که واقع شده است شیء واحدی نیست (تا بطلان جزء از آن، کل را فاسد سازد)، با بطلان شرط، عقد بقوت و صحت خود باقی خواهد ماند.

بند دوم: شرط خیار ضمن عقد نکاح در حقوق مدنی

شرط خیار بدین معنی است که اختیار و فسخ برای طرفین یا یکی از آنها و یا شخص ثالثی در ضمن عقد شرط شود. چنین اشتراطی در عقود معاوضی بلامانع است و قانونگذار در عقد بیع به آن تصریح دارد. چنانچه در ماده ۳۹۹ ق.م. می‌گوید: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معینی برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد.» شرط خیار در عقد ازدواج برخلاف قوانین آمره است. قوانین آمره قوانینی هستند که از نظر جنبه عمومی وضع شده و برای افراد ایجاد حق می‌نماید، 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. قانونگذار با الهام از فقه امامیه اشتراط خیار را در عقد نکاح باطل دانسته است. ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ، مثل آن است که اصلا مهر ذکر نشده است.» همان طور که در قانون مدنی ایران قید شده است شرط خیار فسخ در عقد نکاح باطل است. اما 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. چنانچه در صدر ماده



۱۰۶۹ قانون مدنی بدان اشاره کرده است. بر این اساس شرط خیار در نکاح امر فاسدی است که متعاقدین نمی توانند بواسطه چنین اشتراطی اختیار فسخ معامله را برای هر دو یا یک نفر یا ثالثی منظور دارند. جدای از اینکه وجود شائبه عبادی و معاوضی نبودن عقد نکاح بعنوان مبنائی برای بطلان شرط خیار در عقد نکاح ذکر گردید، می دانیم عقد نکاح یک تأسیس اجتماعی است و از حساسیت فوق العاده ای برخوردار است. که لازمه آن دقت نظر در وضع احکام و بررسی دقیق در آثار آن می باشد. تا از تزلزل و بهم پاشیدگی آن در حد امکان پیشگیری شود. در راستای تحقق این هدف و تحکیم موقعیت حقوقی «عقد ازدواج» و «خانواده» تعلیق در عقد نکاح پذیرفته نشده است. و همچنین، طرفین نمی توانند آن را اقاله نمایند یا اختیاری بر فسخ آن داشته باشند. علت بطلان شرط خیار در نکاح عدم آزادی اراده زوجین در انهدام خانواده است همان طور که گفته شده است خانواده، سلول اولیه جامعه است. و سستی رابطه زوجین در ازدواج به ضرر اجتماع بوده و لطمه غیر قابل جبرانی به جامعه وارد می کند (امامی، ۱۳۷۷: ۴۲۸). به طور کلی می توان گفت در هر فرضی که ثابت شود لزوم عقد از احکام مرتبط با نظر عمومی و صیانت جامعه است، شرط خیار در آن راه نداشته و مؤثر نمی باشد. احراز چنین ارتباطی از حکم قانونگذار یا از طبیعت عقد و یا نفعی که جامعه در استواری آن دارد، به دست می آید (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۶۳). حقوق کنونی در بطلان شرط خیار در نکاح از نظر فقهاء امامیه پیروی کرده است. ولی در مورد وضعیت متضمن چنین شرطی نظر دیگری دارد. یعنی آنچه مورد قبول قانونگذار مدنی است، صحت عقد و بطلان شرط می باشد. این امر مبتنی بر تعدد مطلوب است که بواسطه آن بطلان شرط به صحت نکاح که امر دیگری غیر از آن است، لطمه ای وارد نمی سازد (صفائی و امامی، ۱۳۷۰: ۷۱). اصرار قانونگذار در پایدار ماندن عقد ازدواج را می توان از عدم واقع شدن او به اشتراط بطلان نکاح در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین، دریافت. چنانچه در ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی تصریح بر صحت نکاح و بطلان چنین شرطی دارد. آنگونه که می گوید: «اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است.» از جمع آنچه بیان شد، دانستیم که اراده یک یا طرفین عقد و یا ثالث نمی تواند از طریق

اشتراط خیار در عقد نکاح، آن را فسخ و علقه زوجیت را از هم بگسلاند. زیرا چنین امری بر خلاف شرع است و از همین جا است که تفاوت میان عقد نکاح و عقود معاوضی آشکار می شود. اما بطلان این شرط در عقد تأثیری نمی گذارد. از این رو قانونگذار تنها شرط را باطل دانسته است.

بخش سوم: بررسی شرط عدم ازدواج مجدد در عقد نکاح

آیا زوجه می تواند 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 نظریه دیده می شود:

(۱) اکثر فقها گفته اند چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است، زیرا به مرد اجازه داده است که چهار همسر اختیار کند، بنابراین شرط باطل است. و زوج ملزم به رعایت آن نیست. و در صورتی که ازدواج مجدد نماید ازدواجش صحیح است و حقی برای زوجه به وجود نمی آید (شهید ثانی، ۱۳۸۹: ۳۶۳).

(۲) عده ای گفته اند 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 (خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۱ به نقل از: محقق داماد، ۱۳۹۳: ۴۸).

(۳) نقل شده از مرحوم سید محسن حکیم که گفته است، چنین شرطی نه تنها صحیح است بلکه تخلف از آن موجب بطلان ازدواج مجدد می شود (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۴۸).

بعضی از بزرگان با استشهاد و استناد به آیات قرآن که دلالت بر اباحه تزویج دارد، شرط عدم تزویج را مخالف کتاب دانسته و از این رو آن را نامشروع و باطل می دانند (علامه حلی، ۱۳۷۳: ۴۸۹) همچنین گفته شده است هر شرطی که مخالف باشد با آنچه که دلیلی بر اباحه آن است، اشتراط بر آن باطل است و از این رو شرط عدم تزویج مخالف کتاب می باشد (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷: ۵۶۷). مردی که در قبال همسرش تعهد می کند که هیچگاه با زن دیگری ازدواج نکند و او را هرگز طلاق ندهد کار اشتباهی کرده است چرا که نمی داند در



شب وروز در دل زوجه وی چه میگذرد حال که چنین تعهدی صورت گرفته است به استناد فرمایش پیامبر(ص) که فرموده است: «المؤمنون عند شروطهم» یعنی مؤمنین پایبند به شروط خود هستند. باید به نفع آن زن به شرط خود عمل کند. پس در صورت اشتراط بر چنین شرطی، وفای بدان موجب می گردد. باید دانست آنچه مورد نهی واقع شده و حرام می باشد، تحریم ازدواج است نه اشتراط بر اینکه شوهر زن دیگری اختیار نکند. چنین شرطی با کتاب و سنت مخالفت نداشته و حلالی را حرام یا حرامی را حلال نکرده است و از آنجا که با مشروع تنافی ندارد، اشکالی در اشتراط و توافق بر آن نیست و بنا بر لزوم وفای به شرط و عمل به مقتضای آن، باید چنین شرطی وفا شود. عمده مطلب در این است که حرمت و حلیت اساساً به دست شرط نیست تا بتواند عملی را بر دیگری حرام کند. مثل اینکه بگویند زن گرفتن بر تو حرام است. بعضی از فقها معتقدند که بطلان شرط عدم تزویج بواسطه غیر معقول بودن و غیر مقدور بودن آن است. نه اینکه بطلان آن از جهت غیر مشروع بودن آن باشد. هر چند که این شرط مضافاً بر عدم مخالفت با مشروع، امری معقول و مقدور است (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۸۰).

بخش چهارم: شرط عدم ازدواج مجدد در حقوق مدنی

بعضی از نویسندگان حقوق مدنی به تبعیت از برخی فقهاء توافق زوجین بر عدم ازدواج مجدد را در زمره شروط نامشروع و باطل دانسه اند. و همچنین استدلال شده است که چنین شرطی با توجه به دوام نکاح و پایداری آن، موجب سلب حق به طور کلی می شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۲۷۰). با توجه به ماده ۹۵۹ قانون مدنی که مقرر می دارد: «هیچکس نمی تواند بطور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». بنابراین برگزیدن همسر دوم در زمره حقوق مدنی مرد شناخته می شود، در نتیجه نمی توان به طور کلی این حق را از وی سلب نمود.

در پاسخ به این نحوه توجیه بنظر می رسد که:

اولاً: ازدواج مجدد داخل در مجاری اصاله الاباحه است نه اینکه حکم وجوب بر آن جاری باشد. که در آن صورت بتوان گفت اشتراط خلاف آن، منهی عنه بوده و به دلیل مخالفت با

شرع باطل و بلا اثر می گردد. ثانیاً: شرط بر عدم ازدواج مجدد به معنای سلب حق به طور کلی نمی باشد. چرا که شرط عدم ازدواج مجدد بدین معنی نیست که شوهر تا ابد زن دیگری غیر از زوجه خود نتواند اختیار کند. بلکه با طلاق همسر خود، دیگر دلیلی برای وفای به شرط وجود ندارد. بنابراین، از مصادیق «سلب حق به طور کلی» خارج است. مضافاً به اینکه زوجه هر زمان می تواند از شرط خود صرف نظر نموده و به همسرش اجازه ازدواج مجدد بدهد. بعبارت دیگر آنچه در شرط عدم ازدواج مجدد مورد نظر است، شرط به عدم ازدواج مجدد تا زمانی است که زوجه در علقه زوجیت او باشد. یعنی مرد ملتزم می شود که تا این زن را در حباله نکاح دارد، زوجه دیگری اختیار نکند. اما اگر شرط عدم ازدواج مجدد به طور کلی مورد نظر باشد، یعنی مرد ملزم شود که هیچگاه زن دیگری نگیرد، چنین مواردی از نوع سلب حق به طور کلی بوده و با ماده ۹۵۹ قانون مدنی معارض است.

ثالثاً: شرط عدم ازدواج مجدد به منزله حرمت ازدواج مجدد نمی باشد و به اعتبار آن لطمه ای وارد نمی کند تا بواسطه آن ممنوع بنظر آید.

مرد بر اساس چنین شرطی از حق خود در این مورد خاص می گذرد. همچنان که بدون شرط نیز ممکن بود هیچگاه همسر دیگری اختیار نکند و اغلب نیز چنین است. یعنی در حال حاضر ازدواج مجدد همسر بعنوان یک امر استثنائی مورد نظر است و در خانواده کمتر چنین وضعیتی مشاهده می شود.

رابعاً: عدم ازدواج مجدد همسر دیگر نه تنها موجب تزلزل در نظام خانواده نیست، بلکه تداوم آن را پایدارتر می کند و هر چند حلیت آن مقبول و از این حیث ایرادی بر آن وارد نیست، اما با پذیرش شرط عدم تزویج شاید بتوان در بعضی موارد از خودسریها و هوس جوئیهای شوهر کاسته و کانون خانواده را از خطر بهم پاشیدگی مصون کرد. مخصوصاً در مواردی که تجربه در بعضی از مردان نشان داده است که از این حق با همه وسعت خود اما غیر عادلانه استفاده می کنند. از طرفی شاید در مقابل حقوقی که مرد برای اختیار همسران مجدد دارد، این حق که زن بتواند عدم ازدواج مجدد مرد را تا زمانیکه همسر اوست در عقد نکاح یا



بوجه ملزم دیگری شرط کند، انتظار نامشروعی نباشد. ضمن اینکه می دانیم ازدواج مجدد همسر دوم واجب نیست و امر مباحی است که قابل اشتراط خلاف می باشد (علامه، ۱۳۸۷: ۱۲۴). بنابراین، شرط عدم ازدواج مجدد همسر دیگر با شرع مخالفتی ندارد. قانونگذار صراحتاً به این امر اشاره ای نکرده است. ولی از مضمون ماده ۱۱۱۹ ق.م. که مقرر می دارد: «طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آن ها با یکدیگر غیر قابل 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». اینگونه بر می آید که هرگاه ازدواج مجدد همسر دیگر بتواند موجب حق طلاق برای زوجه باشد، شرط عدم ازدواج مجدد نیز می تواند در ضمن عقد موقع توافق و اشتراط قرار گیرد.

بخش پنجم: شرط فاسد و حق خیار

شیخ انصاری در این جا نکته ای را مطرح کرده که در کلمات سایر فقها صریحاً دیده نمی شود و آن مسأله پیدایش حق خیار برای مشروط له در فرض فساد شرط و جهل او است. وی نخست می گوید:

«البتة فقدان و فساد شرط در فرض جهل مشروط له به دلیل فقدان قید موجب خیار خواهد بود، همان گونه که فقدان جزء مبیع و یا تخلف شرط صحیح موجب خیار است. شیخ انصاری در ابتدای امر بر اساس همین استدلال التزام به وجود خیار را واجد توجیه منطقی دانسته، هر چند که در کلمات فقیهان قائل به نظریه عدم فساد عقد در فرض فساد شرط، نشانی از خیار فسخ نیافته است» (انصاری، ۱۳۷۵: ۹۵). ولی ایشان در پایان این بحث، حق خیار را برای شخص جاهل در نظر پذیرفته است و حتی بر مطالب پیشین خود این استدلال را نیز می افزاید که: در شرط فاسد، فساد شرط به خاطر حکم شرع است و مانع شرعی همانند مانع عقلی است. بنابراین، تفاوتی با مورد تخلف از شرط صحیح ندارد و لذا وجود خیار موجه است. ولی در

نهایت با توجه به این که مستند اصلی حق خیار در مورد تخلف از شرط صحیح اجماع است نه قاعده لاضرر و اجماع هم در شرط فاسد وجود ندارد، نظر اقوی را بر خلاف نظر بدوی «عدم حق خیار» دانسته است. به نظر ایشان اگر قاعده لاضرر مستند حق خیار می بود می توانستیم در این مسأله بر وجود حق خیار نظر دهیم؛ ولی مبنای شیخ انصاری در قاعده مزبور آن است که مقتضای لاضرر نفی احکام امری است و نه تأسیس حکم شرعی و لذا «لاضرر» نمی تواند موجب اثبات حق خیار، که یکی از احکام وضعی شرع است، گردد (همان: ۱۰۱). قانون مدنی ایران در خصوص تأثیر شرط فاسد از نظر شیخ انصاری پیروی کرده است. مواردی از شروط فاسد را مفسد عقد می داند: یعنی شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که سرایت به عوضین کند. در حقیقت همان طور که گفتیم از محل نزاع بیرون است و سایر شروط فاسد را مفسد ندانسته است. نظر بدوی شیخ انصاری در خصوص حق خیار فسخ شروطی که مفسد عقد نیستند در قانون مدنی ایران مطرح نشده و نظر نهایی ایشان، یعنی عدم خیار، مورد تبعیت قرار گرفته است. هر چند که حسب قواعد عمومی می توان نظر بدوی ایشان، یعنی وجود حق خیار، را پذیرفت. ماده ۲۳۲ ق.م. شروط فاسد غیر مفسد را ذکر کرده است، بدون آن که حقی برای مشروط له در فرض فساد و جهل وی مطرح کند. ولی از قواعد عمومی و نیز از ملاک و مبنای فقهی ماده ۲۴۰ ق.م. که مقرر داشته است: «اگر بعد از عقد معلوم شود انجام شرط ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت» می توان به وجود حق فسخ برای مشروط له نظر داد. این نظر بر حسب برداشت از قاعده لاضرر توجیه فقهی نیز دارد. ما در جای خود گفته ایم که قاعده «لاضرر و لا اضرار» محدود به رفع احکام امری نمی شود و به راحتی می توان از آن وضع احکام را استنباط کرد و لذا در این جا و بسیاری موارد دیگر به استناد همان قاعده می توان حکم به وجود خیار کرد (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۲۲۸). بنابراین، شرط فاسد از آن جا که شارع به آن اعتنایی نداشته و واجب الوفا نمی باشد باطل، و نتیجه بطلان آن ثبوت خیار برای مشروط له خواهد بود.

بند اول: نقش علم و جهل طرفین در ثبوت خیار



علم و جهل طرفین به بطلان شرط تأثیری در صحت و فساد آن ندارد. یعنی آگاهی و اطلاع طرفین یا عدم اطلاع و جاهل بودن آن‌ها بر اینکه شرطی باطل است، در نفس شرط نمی‌تواند تغییری ایجاد نماید. در این بند آنچه مورد نظر است، نقش علم و جهل در ثبوت خیار مشروط له می‌باشد. با این ترتیب بررسی وضعیت مشروط علیه نیز از این حیث لزومی ندارد. بدین معنی که علم مشروط علیه و جهل او به بطلان امر مورد اشتراط در ثبوت یا عدم ثبوت خیار بنفع مشروط له مؤثر نخواهد بود. بنابراین، مشروط علیه نمی‌تواند با ثابت کردن جهالت و عدم آگاهی خود نسبت به بطلان شرط، مدعی عدم ثبوت خیار برای مشروط له باشد و در هر صورت چه جاهل به بطلان شرط باشد و چه اینکه بر فساد آن علم داشته باشد، «خیار» برای مشروط له ثابت می‌گردد. و در این مورد علم و جهل او تأثیری ندارد. آنچه برای ثبوت خیار بنفع مشروط له ضرورت دارد، جهل او به بطلان شرط می‌باشد و در صورتی که به فساد شرط در حین عقد آگاهی داشته باشد و بداند که بر امری اشتراط می‌نماید که فاسد است، در واقع از فساد بودن آن اطلاع داشته باشد، خیار برای او ثابت نمی‌شود. بعبارت دیگر علم به فساد شرط در حال عقد، عدم ثبوت خیار را به طور اقتضاء دارد (مامقانی، ۱۴۰۴: ۲۳۴). در توجیه اینکه ثبوت خیار اشتراط منوط به جهل مشروط له بر فساد شرط می‌باشد، گفته شده است که تقیید به جهل از این جهت است که با علم مشروط له، قاعده نفی ضرر بواسطه اقدام شخص بر علیه خود جاری نیست تا بتوان بر اساس آن ثبوت خیار را محقق دانست (شهیدی تبریزی، ۱۴۰۷: ۵۸۴). به عبارت دیگر آگاهی مشروط له از بطلان امر مورد اشتراط یا وقوف او بر عدم وجوب وفای به شرط فاسد مذکور در ضمن عقد بمنزله اقدام بر ضرر خویش می‌باشد و مثل آن است که از اول به عدم حصول شرط راضی بوده است و با این ترتیب اختیاری بر فسخ معامله ندارد و باید عقد را بدون شرط پذیرفته و آثار آن را متحمل باشد. برای مثال: چنانچه زوج در عقد نکاح شرط کند که زوجه عقیقه نباشد و خلاف آن ظاهر شود نمی‌توان او را به جهت ظهور خلاف در آنچه مورد اشتراط واقع شده است، مخیر در فسخ نکاح دانست. یعنی بطلان شرط در این مورد موجب ثبوت خیار برای مشروط له نمی‌شود. زیرا چنانچه بیان شد ثبوت خیار برای مشروط له در موردی است که وی جاهل به بطلان شرط باشد و در مثال فوق

عالماً بر امری شرط نموده که مخالف با مشروع بوده و فساد آن حین اشتراط از بدیهیات می باشد. اما جهل مشروط له به بطلان شرط موجب ثبوت حق وی نسبت به خیاری است که حسب مورد برای رفع و دفع ضرر جعل شده است. شرطی که فائده و نفع عقلانی نداشته باشد، جهل یا علم مشروط له به فساد شرط تفاوتی ندارد. زیرا چنانچه پیش از این ذکر شد، بطلان شرط بدون نفع و فائده موجب ضرر نیست تا برای رفع آن، به شرط جهل منتفع، خیار ثابت گردد. بعبارت دیگر اجبار مشروط له به پذیرش عقد (در صورت جهل وی به فساد شرط) هنگامی منطقی و منصفانه نیست که از وجود شرط نفعی مادی یا معنوی عاید وی می گردد است و با بطلان آن چنین نفعی منتفی شود. لزوم بررسی علم و جهل مشروط له در ثبوت خیار نفع وی غیر قابل تردید است و در صورتی که معلوم شود وی در ضمن اشتراط به بطلان شرط جاهل بوده است، حق خیار برای او ثابت می گردد (علامه، ۱۳۸۷: ۲۲۶).

بخش ششم: اسقاط شرط فاسد

در صورتی که شرط فاسد مفسد عقد باشد، این سؤال مطرح می شود که چنانچه مشروط له پس از عقد شرط مزبور را اسقاط کند، سرنوشت عقد چه وضعیتی پیدا خواهد کرد؟ «کاری که بر فروشنده شرط می شود، باید امری مجاز و حلال باشد و بنابراین، اگر (در معامله انگور) خریدار بر فروشنده شرط کند که (قبل از تحویل) میباید را به مشروب تبدیل سازد، بی تردید شرط (به دلیل نامشروع بودن) باطل است. اما این که آیا اصل معامله نیز باطل است، یا آن که وضعیت نهایی آن معلق و منوط است به سرانجام شرط، محل تردید و چون و چرا است و با دو توجیه متقابل مواجه است، زیرا از طرفی تنها مانع صحت معامله، شرط فاسد مندرج در آن است و با اسقاط مانع منتفی شده و بنابراین، معامله باید محکوم به صحت باشد. از سوی دیگر بیع همراه با شرط فاسد، که بنا بر فرض مفسد عقد است، انجام یافته و لذا حکم به بطلان فاقد وجهت است.» در تأیید وجه نخست، یعنی مؤثر بودن اسقاط شرط فاسد در صحت معامله، چنین گفته شده است که: «فرض این است که طرفین پس از خاتمه عقد، شرط فاسد را اسقاط و از این رهگذر بر عقد بدون شرط توافق و تراضی کرده اند و توافقی که در این مرحله تحقق



یافته عیناً توافقی است که در حال انعقاد قرارداد صورت گرفته باشد.» و همان طور که اگر در حال انعقاد عقد بدون شرط تراضی می کردند عقد آنان نافذ بود، اینک پس از عقد هم که بدون شرط تراضی کرده اند، باید حکم به صحت و نفوذ کرد. شیخ انصاری وجه اول را غیر موجه دانسته و به شرح زیر در رد آن استدلال کرده است: «عقد همراه با شروط فاسد فی مابین طرفین به صورت باطل و فاسد منعقد گردیده و اسقاط شرط مفید پس از انعقاد عقد (به صورت فاسد)، نفعی نمی بخشد و نمی تواند آن را تصحیح کند.» به علاوه «تراضی در دو مورد می تواند مفید باشد، یکی آن که همراه با عقد باشد و دیگر این که به عقد سابق الحاق گردد، آن گونه که در بیع مکره و فضولی «رضای لاحق» عقد را نافذ می سازد. ولی مسأله مورد بحث از مصادیق هیچ یک از آن دو نیست، زیرا در این مورد عقدی همراه با شرط باطل صورت گرفته و اینک رضا بر عقد بدون شرط عارض شده است. بنابراین، تراضی نه همراه با عقد وجود داشته و نه پس از عقد بدان ملحق شده است، بلکه به چیزی غیر از مفاد و محتوای عقد تعلق یافته و به تعبیر دیگر بر متعلق رضا منعقد نشده و به متعلق عقد رضایتی نبوده است (انصاری، ۱۳۷۵: ۱۰۳). در نقد و بررسی آنچه بیان شد، قبل از هر چیز باید یک نکته مورد توجه و بررسی قرار گیرد و آن این است که اسقاط شرط فاسد یعنی چه؟ مگر نه این است که متعلق اسقاط باید حقی باشد تا مورد اسقاط قرار گیرد و کان لم یکن شود؟ اگر چنین است، شرط فاسد که موجب حقی نشده تا نادیده گرفته شود. پس اسقاط در این جا یعنی چه؟ به نظر می رسد، اسقاط در این جا به معنای رضا به معامله انجام شده است و به معنای رایج در سایر موارد که بر حقی موجود تعلق می یابد و آن را کان لم یکن می سازد نیست، زیرا همان طور که اشاره شد مفروض این است که شرط فاسد هیچ گونه حقی برای مشروط له ایجاد نمی کند و لذا اسقاط به معنای رایج در این جا بی معناست. همان طور که دیدیم شیخ انصاری اسقاط شرط فاسد را موجب تصحیح عقد نمی داند و دلیل عمده این است که تراضی پس از عقد وقتی مؤثر و مفید است که به همان چه عقد بر آن واقع گردیده متعلق گردد. و در این جا عقد به نحو مقید به شرط واقع شده است و تراضی هم اکنون می خواهد به عقد بدون شرط متعلق گردد. پس تراضی به آنچه بر آن واقع شده متعلق نمی شود تا موجب تصحیح عقد

گردد. به نظر می‌رسد که با توجه به تحلیل شیخ انصاری در مورد عدم تأثیر شرط فاسد در صحت عقد، که در صفحات پیش بیان گردید، نتیجه‌گیری ایشان در این مسأله، یعنی اسقاط شرط فاسد، قابل نقد است. زیرا ایشان در بحث پیشین عقد متضمن شرط فاسد را از نظر قصد انشا بدون خلل دانسته و بحث را متوجه بخش دیگر عقد کرده و به حل مشکل رضا پرداختند. لذا جای این سخن وجود دارد که در مسأله فعلی که هم انشای عقد بی خلل است و صرفاً فرض را بر فساد و مخدوش بودن رضا گذاشته ایم، چه مانعی دارد که عقد را با «رضای لاحق» تصحیح کنیم؟ دقیقاً مانند تمام موارد مخدوش بودن رضا، نظیر عقد مکره و فضولی، که با «رضای لاحق» عقد محکوم به صحت و نفوذ می‌شود. به دیگر سخن عقد مشتکل بر دو بخش است: قصد انشا و رضا. خلل متوجه بخش نخستین، موجب بطلان و خلل متوجه بخش اخیر، موجب عدم نفوذ است نه بطلان و لذا می‌تواند با الحاق رضا نافذ گردد. در مسأله مورد بحث بخش اول عقد کامل و خالی از هر گونه خلل است و بخش دوم، یعنی رضا، به علت فساد شرط فاسد مخدوش شده و لذا چنانچه رضا ملحق نگردد عقد فاقد اثر است و در فرض الحاق و تأمین رضا، عقد محکوم به صحت و نفوذ است. همچنین با توجه به این که اسقاط شرط فاسد به معنای تراضی به معامله منعقد شده بدون شرط است، بنابراین، عقد از نظر بخش دوم، یعنی رضا، نیز تکمیل و محکوم به نفوذ خواهد شد. پذیرفتن اسقاط شرط فاسد به معنای تراضی پس از عقد و تأثیر آن بر تصحیح عقد سابق، دقیقاً از تحلیلی که ما قبلاً در مسأله شرط بعد از عقد ارائه دادیم، نشأت می‌گیرد. ما معتقدیم که هر گونه توافق پس از عقد می‌تواند بر عقد مؤثر باشد. بنابراین، همان طور که مشروط له می‌تواند از شرط صحیحی که به نفع وی در ضمن عقد مندرج شده است، صرفنظر نماید، اسقاط شرط باطل نیز جائز است. یعنی از آنجا که شرط باطل در عقد اصلی تأثیری ندارد، اشکالی در اسقاط آن از جانب مشروط له نمی‌باشد. از طرفی می‌توان گفت اسقاط شرط باطل از جانب مشروط له، به منزله آن است که از حق خیاری که به واسطه بطلان آن برای او ثابت می‌گردد، صرفنظر نموده باشد. البته اسقاط شرط باطلی که مشروط له به بطلان آن هنگام اشتراط علم داشته باشد، فایده‌ای از این جهت ندارد.



زیرا به موجب آن حقی برای وی ایجاد نمی گردد که اسقاط شرط در این مورد به معنای درگذشتن از آن حق باشد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۳۴۶).

بخش هفتم: مخالفت شرط با کتاب و سنت

شرط خلاف کتاب و سنت یا به اصطلاح «شرط غیر مشروع» نیز باطل است. البته این شرط خود بر سه قسم است:

الف) شرط حرام: مفاد شرط زمانی الزام آور است که شرع آن را واجب کند، در حالی که فعل حرام هیچ گاه به عنوان اولی واجب نمی شود. مانند: قتل یه انسان محترم یا شرب خمر. هر چند ممکن است به عنوان ثانوی واجب گردد. مثل شرب خمر برای حفظ جان. به هر حال عنوان شرط، عمل حرام را متصف به عنوان ثانوی نمی کند و حرمت آن عمل مانع از نفوذ شرط خواهد شد (اسدی نژاد، ایمان پور، تندکار بالا جورشری: ۱۳۹۰: ۵).

ب) شرط مخالف احکام و قوانین الهی: مانند آن که ضمن عقد بیع بر یکی از طرفین به نحو شرط نتیجه شرط شود که زوجه او مطلقه باشد و یا شخص اجنبی وارث او شود. دلیل بطلان این گونه شروط، اخبار صریحی است که به آن ها اشاره شد، از قبیل «شرط الله اسبق من شرطکم» یعنی شرط خدا مقدم بر شرط شما است.

ج) شرط محلل حرام و محرم حلال: چنانچه در ضمن عقد شرط شود که عمل حرامی برای مشروط له حلال باشد و یا عمل حلالی برای او حرام باشد، شرط باطل است.

در شروط دسته اول مشروط علیه متعهد به انجام دادن عمل حرام می شود اما شروط اخیر حکم الهی را تغییر می دهد، یعنی به موجب آن عملی که شرعاً از محرّمات و یا اعمال حلال است، تغییر می کند و مباح یا حرام است. همچنین شروط اخیر با شروط دسته دوم متفاوت است زیرا چه بسا مفاد شرط در دسته دوم حرام و حلال نباشد و شارع در آن مورد فقط حکم وضعی داشته باشد، مثل احکام وراثت که از احکام وضعی است نه تکلیفی. اما دلیل باطل بودن شروط دسته سوم، روایات صریحی است که بر عدم نفوذ آن ها دلالت دارد. در مخالفت با

کتاب و سنت گفته شده است که شرط نباید با حکم شرعی اقتضائی مخالفتی داشته باشد. برای مثال چنانچه کسی را برای عملی اجیر نماید به شرط آن که در ظهر رمضان روزه اش را افطار کند، چنین شرطی به واسطه اینکه با امری مخالفت دارد که مقتضای آن حکم شرعی است، باطل می باشد.

بخش هشتم: شرط نامشروع از دیدگاه حقوق مدنی

در نظام کنونی حقوق ما برای اینکه قراردادی نافذ باشد، کافی است که بر خلاف قانون منعقد نشود. نظم عمومی را مختل نسازد و اخلاق حسنه از آن جریحه دار نشود. در جایی که قانون امری را به عرف واگذار کرده و یا در جایی که عرف به منزله قانون محسوب می گردد، بایستی اشتراط خلافی به عمل نیاید. مخالفت شرط با منافی که ذکر شد تحت شرائطی موجب بطلان آن است.

بند اول: مخالفت شرط با قانون

از جمع مواد ۲۱۵، ۲۱۷، ۷۵۴ و دیگر مواد قانونی و با توجه به بند سوم از ماده ۲۳۲ ق.م. به این نتیجه می رسیم که مورد تعهد بایستی مشروع باشد. در غیر این صورت باطل بوده و قانون اثری بر آن بار نمی کند. لازم به ذکر است که عدم مشروعیت شرط جز در موارد خاص بر عقد اصلی لطمه ای وارد نمی کند. در این صورت تنها شرط باطل است. در رابطه با این که آیا شرط نامشروع همان شرط مخالف قانون است، می توان گفت که مرزی میان «شرع» و «قانون» وجود ندارد. اما باید دانست که «شرع» مفهومی عام تر و دامنه ای وسیع تر از «قانون» دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۱۹۸). قانون با امر نامشروع مخالفت داشته و با آن مقابله می کند. اما تشخیص این امر نامشروع جز در مواردی که عدم مشروعیت به لحاظ مخالفت و تضاد آن با قوانین موضوعه باشد، امر آسانی نیست. زیرا برای نامشروع دانستن یک امر بایستی دلیلی بر عدم مشروعیت آن ارائه شود. از این رو بعضی از اساتید حقوق آنچه را که خلاف قوانین جاری کشور باشد «نامشروع» خوانده اند، و برای عدم مشروعیت آن وجود قرینه ای قطعی و صریح را ضرورت می دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۷۰۸). در نامشروع بودن شرطی که با



قانون مخالفت دارد، شکی نیست. اما مخالفت شرط با کلیه قوانین موضوعه به منزله بطلان آن است؟ یعنی آنچه را که قانونگذار وضع نموده است، طرفین نمی توانند نسبت به آن توافق خلاف و اشتراط مخالف داشته باشند؟ می دانیم همیشه منظور قانونگذار وضع قواعد تخلف ناپذیر نیست و گاه نیز می خواهد با اراده ضمنی طرفین عقد رایبان کند و یا ترتیبی را که به نظر او مفیدتر است، یادآور شود. در این موارد نیز قانون الزام آور است. منتها الزام طرفین به آن در صورتی است که قبلاً اشتراط مخالفی از جانب آنها صورت نگرفته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۱۶۵). طرفین عقد تا جایی آزادی دارند که توافق آنان با قانون مخالفتی نداشته باشد. ماده ۱۰ ق.م. نیز مؤید همین امر است. چنانچه بیان می دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» از دیدگاه حقوق، عدم مخالفت شرط با مشروع بدین معنی است که با قوانین آمره مخالفتی نداشته باشد. قوانین آمره، قواعدی هستند که برای صیانت نظم جامعه وضع شده اند و مصلحت عمومی در آن مورد نظر است و اراده افراد نمی تواند در تفسیر و یا بلااثر نمودن آن مؤثر باشد و یا آن را نقض کند. هر چند این امر از طریق تعهدی فرعی و تبعی مانند شرط باشد. این قوانین در فقه «حکم» نامیده می شود. بر این اساس، هر گاه شرط خلاف مشروع یا مخالف قوانین آمره باشد، فاسد است اما موجب بطلان عقد نمی باشد (محقق داماد، ۱۳۶۵: ۸۷، صفائی و امامی، ۱۳۷۰: ۷۱). برای مثال در ضمن عقد نکاح ممکن است طرفین بر اموری تراضی نمایند. توافق طرفین تا جائیکه مشروع باشد و با قوانین جاری تضادی نداشته و نیز در صورتی که منافی مقتضای ذات عقد نکاح نباشد، صحیح و دارای آثار قانونی است. چنانچه بر امر نامشروعی توافق و اشتراط شود، قانون از چنین شرطی حمایت نمی کند و شکی در بطلان آن نیست. برای مثال اگر بر شوهر شرط شود که حق ریاست نداشته باشد. از آنجا که این اشتراط با مفاد ماده ۱۱۰۵ ق.م. که مقرر می دارد: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است.» که قاعده ای است امری، مخالفت دارد، چنین شرطی باطل است. و یا اگر بر شوهر شرط شود که حق حضانت یا ولایت بر اطفال خود را نداشته باشد. یا اینکه حق نداشته باشد که زوجه خود را طلاق دهد، این شرط فاسد است. همچنین است اگر شرط شود که زن در اعمال و معاشرتهای

خود کاملاً آزاد باشد و یا اینکه شوهر حق نداشته باشد به منزل زن قبلی خود برود و یا با او نزدیکی کند. چنین شروطی از باب عدم مشروعیت و نیز مخالفت با قانون، فاسد هستند. البته بطلان این شروط آسیبی به عقد نکاح وارد نمی آورد. در بعضی موارد نفس شرط مخالف قانون نیست، لذا نتیجه اشتراط به ضرر دیگران است. مانن: شرطی که در ضمن عقد، مبتنی بر انتقال دارائی بدهکار به دیگری باشد. چنین شرطی به واسطه اضرار به دیان به نظر فاسد و بلااثر می نماید. زیرا فرار از دین یا ضرر رسانیدن به ثالث، از طریق انجام یک تعهد فرعی و تبعی نیز قابل پیش بینی است. به هر حال عرگاه معلوم شود که شرط از طریقی با قواعد آمره تنافی دارد، نامشروع و باطل است.

نتیجه گیری

یکی از شرایط اختصاصی صحت و اعتبار شرط در ضمن عقد مخالف نبودن شرط با کتاب و سنت است. طرفین عقد نکاح نباید به شرطی توافق کنند که با کتاب و سنت مخالفت داشته باشد. مراد از شرط مخالف کتاب و سنت این است که ملتزم به امری شوند که با آن چه از کتاب و سنت عموماً یا خصوصاً ثابت گردیده مخالف بوده و با آن تناقض داشته، یعنی شرط و مشروط امری مخالف با آن چیزی باشد که در یکی از آن دو ثابت گردیده است. بنابراین، اگر شرط با آن چه که شارع ثابت نموده است، متنافی باشد و یا آن چه که شارع آن را نفی کرده است، موافق باشد، چنین شرطی با کتاب مخالفت دارد. اما منظور از کتاب در شرط مخالف کتاب و سنت همانطور که مرحوم شیخ انصاری می فرماید اعم از قرآن است و شامل احکامی که پیامبر(ص) نیز بیان فرموده است می باشد. پس هم شامل احکامی می شود که در قرآن مطرح شده، و هم مواردی که به صورت حکم عام و کلی گفته شده است. زیرا، پر واضح است که وقتی در قرآن فرمان اطاعت از همه احکام شرعی هرچند در قرآن ذکر نگردیده باشد صادر شده است، تا آن جایی که فرموده است: (ما اتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عند فانتھوا) آن چه پیامبر برای شما آورده بگیریید و از آن چه شما را منع کرد باز ایستید. پس، شرطی که مخالف با سنت رسول الله است، یقیناً مخالف با قرآن خواهد بود. بنابراین، می توان نتیجه



گیری کرد که منظور از کتاب، احکام دینی است که خداوند بر بندگانش مقرر داشته است. هر چند در قرآن بیان نشده و توسط پیامبر بیان گردیده باشد. زیرا در غیر این صورت بسیاری از شروط به جهت عدم ذکر آن ها در قرآن باطل تلقی می گردند. در این که آیا شرط بایستی موافق کتاب و سنت باشد و یا با آن مخالفتی نداشته باشد می توان گفت که منظور همان عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت می باشد. زیرا هر آن چه که با حکم خداوند مخالفت نداشته باشد موافق است.

منابع و ماخذ

۱. الماسی، نجاد علی، ۱۳۶۸، تعارض قوانین، مرکز دانشگاهی، تهران، چاپ اول.
۲. امامی، میر سید حسین، ۱۳۸۸، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامیه، تهران، چاپ بیست و نهم.
۳. امامی، میر سید حسین، ۱۳۷۷، حقوق مدنی، جلد چهارم، انتشارات اسلامیه، تهران، چاپ شانزدهم.
۴. اصفهانی، حسین بن محمد راغب، ۱۳۸۳، ترجمه و تحقیق مفردات الفاظ القرآن (همراه با تفسیر غلامرضا خسروی حسینی)، جلد دوم، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، تهران.
۵. بیستونی، محمد، ۱۳۹۰، ترجمه مجمع البیان فی تفسیر القرآن، جلد بیست و هفتم، آستان قدس رضوی، قم.
۶. تاج آبادی، حسین، ۱۳۹۰، شروط صحیح در فقه امامیه، نشر میزان، تهران، چاپ اول.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۷، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ چهارم.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۵۵، حقوق تعهدات، دوره حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران.
۹. جهانبخش، ولی الله، ۱۳۶۱، فرهنگ بیان، ناشر دنیای مطبوعات و انتشارات حجتی، تهران.
۱۰. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۷۷، لغت نامه دهخدا، جلد نهم، دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۱۱. زمانیان، مهدی، ۱۳۸۶، فرق تسنن، نشر ادیان، قم، چاپ اول.
۱۲. شیرینی زنجانی، سید موسی، ۱۴۱۹، کتاب النکاح، جلد دوازدهم، مؤسسه پژوهش رأی پرداز، قم.



۱۳. شهابی، محمود، ۱۳۳۳، قواعد فقه، انتشارات چاپخانه دانشگاه، چاپ چهارم.
۱۴. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳، حقوق مدنی (تعهدات)، جلد سوم، انتشارات مجد، تهران، چاپ چهارم.
۱۵. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۷، شروط ضمن عقد، انتشارات مجد، تهران، چاپ سوم.
۱۶. صفایی، سید حسن، ۱۳۸۹، حقوق مدنی، جلد دوم، نشر میزان، تهران.
۱۷. صفایی و امامی، سید حسن و اسد الله، ۱۳۷۰، مختصر حقوق خانواده، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
۱۸. عدل، مصطفی، ۱۳۷۳، حقوق مدنی، انتشارات بحر العلوم، چاپ اول.
۱۹. علامه، سید مهدی، ۱۳۸۷، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، نشر میزان، تهران، چاپ دوم.
۲۰. عمید، حسن، ۱۳۶۳، فرهنگ عمید، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ اول.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۶، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ اول.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۶۹، حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ پنجم.