



Comparative study of conditions during marriage

Seyed Mohsen Aziz

✉ Sm.aziz16378@gmail.com

Assistant Professor and Faculty Member of Hakim

Fatemeh Mahmoudi

✉ Fatememahmoudi112303@gmail.com

Master of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Hakim Sabzevari

Abstract

Marriage is the establishment of a marital relationship between a man and a woman and, like other contracts, accepts conditions set by the parties. Each condition in a classification can be divided into true and false conditions. Imami jurists agree on the definition of the correct and false condition; But they have problems in determining its examples. So that some people consider the condition of non-remarriage of the couple or the condition of disobedience to be correct and believe that it does not contradict the conditions of validity, but others consider the two conditions contrary to the book, tradition and requirements of marriage and consider them invalid.

The jurists of the Sunni religions have differed in the definition of the right and wrong condition, and each religion has a definition that is almost different from the right and wrong conditions. Among the jurists of the four religions, the Hanbalis consider the condition of not remarrying to be correct and give the wife the right to terminate it; But the other three groups have considered the contract valid and the condition void. Regarding the condition of disobedience, Shafi'i considers the condition to be correct and necessary if it has been requested by the couple. Malikis consider such a condition corrupt and corrupting the contract, and the Hanafis and Hanbalis consider the condition invalid and the contract valid. The third condition studied is the condition of delegating or entrusting divorce to the wife, which the Imams consider invalidating the delegation and validating the trust. But the sects considered the power of attorney to be correct and accepted the delegation with conditions.

Keywords: condition, marriage, necessity of marriage, remarriage, obedience, delegation or change of divorce.



بررسی مقارنه‌ای شروط ضمن عقد نکاح

✉ Sm.aziz16378@gmail.com

سید محسن آذیز استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه حکیم سبزواری

✉ Fatememahmoudi112303@gmail.com

فاطمه محمودی کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق دانشگاه حکیم سبزواری

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹، ۰۳، ۱۲ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹، ۰۹، ۲۰

چکیده

نکاح برقراری علقه زوجیت میان زن و مرد است و مانند سایر عقود پذیرای شروطی است که از طرف متعاقدين گذاشته می‌شود. هر شرطی را در یک تقسیم بندی می‌توان به شرط صحیح و باطل تقسیم کرد. در تعریف شرط صحیح و باطل فقهای امامیه اتفاق نظر دارند؛ اما در تعیین مصادیق آن دچار اشکال شده‌اند. به طوری که برخی شرط عدم ازدواج مجدد زوج و یا شرط عدم تمکین را صحیح دانسته و معتقدند مغایرتی با شرایط صحت ندارد، اما در مقابل برخی دیگر دو شرط مذکور را مخالف کتاب، سنت و مقتضای عقد دانسته و آنها را باطل تلقی می‌کنند.

فقهای مذاهب اهل سنت در تعریف شرط صحیح و باطل دچار اختلاف نظر شده‌اند و هر مذهبی تعریفی تقریباً متفاوت از شروط صحیح و باطل دارند. در بین فقهای مذاهب اربعه، حنابله شرط عدم ازدواج مجدد را صحیح دانسته و برای زوجه حق فسخ قائلند؛ اما سه گروه دیگر، عقد را صحیح و شرط را باطل شمرده‌اند. در مورد شرط عدم تمکین، شافعیه شرط را در صورتی صحیح و لازم‌الوفاء می‌داند که از سمت زوج درخواست شده باشد. مالکیه چنین شرطی را فاسد و مفسد عقد تلقی کرده و حنفیه و حنابله شرط را باطل و عقد را صحیح می‌دانند. سومین شرط بررسی شده، شرط تفویض یا توکیل طلاق به زوجه است که امامیه تفویض را باطل و توکیل را صحیح می‌داند. اما فریقین توکیل را صحیح دانسته و تفویض را با شرایطی پذیرفته‌اند.

واژگان کلیدی: شرط، نکاح، مقتضای عقد، ازدواج مجدد، تمکین، تفویض یا تخیر طلاق.



مقدمه

در اسلام بنایی مقدس‌تر از امر ازدواج نیست. بر اساس فقه اسلامی، ازدواج قراردادی است که در آن حقوق و تکالیف متفاوتی به زوجین داده می‌شود. با ایجاد علقه زوجیت، هریک از طرفین برخی حقوق مدنی و معنوی خود را از دست داده و در مقابل تکالیف و مسئولیت‌هایی را به عهده می‌گیرند. البته هر کدام از زن و مرد می‌توانند با استفاده از شروط ضمن عقد، تغییراتی در حقوق و تکالیف خود یا طرف مقابل ایجاد نمایند.

شروط ضمن عقد تعهداتی هستند که در حین ازدواج با توافق طرفین قرار داده می‌شوند و گاهی چهره ازدواج را تغییر می‌دهند. از دیدگاه فقه‌های مذاهب اهل سنت و شیعه اثنی عشری، شروط ضمن عقد را می‌توان به انواع صحیح، باطل و مبطل تقسیم کرد؛ که فقها در آن دچار اختلاف نظر شده‌اند. در این مقاله به بررسی تعاریف شرط صحیح و باطل از دیدگاه مذاهب خمسسه پرداخته و سه نمونه از شروط مورد اختلاف فقها از جمله شرط عدم ازدواج مجدد زوج، شرط عدم تمکین خاص زوجه و شرط تفویض یا توکیل طلاق به زوجه بررسی می‌گردد.

شرط در لغت

لسان العرب در بیان معنای شرط آورده است: "الشَّرْطُ: إلِزامُ الشَّيْءِ وَ التَّزَامُ فِي الْبَيْعِ وَ نحوه و الجمع شُرُوطٌ". شرط الزام نمودن چیزی در بیع است و جمع آن نیز شروط است. (ابن منظور، ۱۴۰۸، ۳۲۹/۷؛ فیروزآبادی، ۱۴۲۶، ۸۶۹؛ فیومی، ۱۹۸۷، ۴۲۱)

شرط در اصطلاح

شرط کلمه‌ای است عربی و در علوم مختلف در معانی متفاوتی استعمال شده است. 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 متعاقدين انجام کار یا نتیجه عقد دیگر، یا وصف خاصی را از طرف مقابل می‌خواهد و او آن را می‌پذیرد.

شیخ انصاری در تعریف شرط می‌فرماید: "فان الشرط لغةً مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير لفظ". به این معنا که شرط در لغت به معنی هرگونه التزام است؛ خواه توسط لفظ باشد یا غیر لفظ. (انصاری، ۱۴۲۲، ۵۶/۳)



اقسام شرط

شرط به اعتبار چگونگی اراده به صریح و ضمنی تقسیم می‌شود. شرط صریح شرطی است که به صراحت در متن عقد ذکر گردد. و شرط ضمنی شرطی است که صریحاً در متن عقد نیامده اما عقد بر پایه آن شرط، انجام گرفته است. (محقق داماد، ۵۴/۱۴۰۶، ۲) همچنین شرط بر اساس موضوع و متعلق شرط به سه قسم تقسیم شده است: الف- شرط صفت: هرگاه هر یک از زوجین وجود یا عدم وصفی را در دیگری شرط کند. مانند شرط زوج که زوجه باکره باشد و یا شرط زوجه که زوج هاشمی باشد یا مدرک خاصی داشته باشد. و در صورتی که بعد از ازدواج خلاف آن ثابت شود، مشروط له به دلیل خیار تخلف وصف و یا خیار تدلیس حق فسخ دارد. (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ۱۳۸/۲) در حق خیار ناشی از تخلف وصف در ازدواج میان فقها اتفاق نظر است. صاحب جواهر تخلف از شرط صریح ضمن عقد را موجب حق فسخ مشروط له می‌داند و از ابن ادریس حکایت اجماع کرده است. او فایده شرط را قلب عقد لازم به جایز دانسته که حق فسخ مشروط له ساقط نمی‌شود ولو در آن تصرفی صورت گرفته و دخول انجام شده باشد. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۶۶/۳۰) 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 و سید ابوالحسن اصفهانی تخلف از چنین شرطی را از موارد جواز فسخ از باب تدلیس دانسته اند. (مغنیه، ۱۴۰۴، ۳۳۷) 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 نکند، اینگونه شرطها صحیح و مشروط علیه ملزم به رعایت آن است. (موسوی خمینی، ۱۳۶۷، ۲۸۸/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ۲۸۲/۲)

عدم پای بندی به شرط فعل موجب حق فسخ برای مشروط له نمی‌شود، پس 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. (بحرانی، ۵۴۰/۲۴) لازم به ذکر است که ضمانت اجرای شرط فعل در عقود دیگر 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. (نابینی، ۱۳۷۳، ۱۲۷/۲) 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 این وکالت ضمن عقد لازم داده شده و قابل فسخ نیست. این شرط را اصطلاحاً شرط ضمن عقد خارج لازم می‌گویند که نوعی وکالت بلاعزل است. در این باره بین فقها اختلاف نظر وجود دارد.

اقسام شرط صحیح و باطل در فقه

شرط را در یک تقسیم بندی دیگر می‌توان به شرط صحیح و باطل تقسیم کرد. شرط صحیح شرطی است که ذکر آن در متن عقد صحیح بوده و طرفین ملزم به رعایت آن هستند. اما شرط باطل شرطی است که رعایت آن توسط مشروط له لازم نیست و می‌تواند مبطل عقد باشد یا نباشد. مصادیق شرط صحیح و باطل از دیدگاه فقه‌های مذاهب مختلف متفاوت است، که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

شروط صحیح

از دیدگاه فقه امامیه

از جانب شرع ملاک‌ها و معیارهایی برای صحت شرط بیان شده است که می‌توان آن‌ها را شرایط عمومی صحت شرط نامید و آنها عبارتند از: شرط مقدور باشد؛ غرض عقلایی داشته باشد؛ مخالف کتاب و سنت نباشد؛ خلاف مقتضای عقد نباشد؛ (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷/۵۸-۶۰) شرعی باشد منفعت عقلایی داشته باشد منجز باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱/۲۵۹-۲۷۹) فی نفسه جایز باشد؛ مجهول نباشد به طوری که موجب غرر گردد؛ مستلزم محال (دور یا اجتماع نقیضین) نباشد؛ در ضمن عقد ذکر شده باشد. (انصاری، ۱۴۲۲، ۵۱/۶-۵۷) هر شرطی که شرایط عمومی صحت را داشته باشد جایز است و متعاقدين ملزم به رعایت آن هستند. اثر عدم وفا به شرط صحیح: اگر شرط مزبور شرط صفت باشد، مشروط له حق فسخ دارد. ولی اگر شرط فعل یا نتیجه باشد به دلیل مصلحت نکاح مشروط له حق فسخ نداشته و فقط حق الزام طرف مقابل به انجام تعهداتش را دارد.

شروط صحیح نزد حنفیه

اگر شرطی مقتضای طبیعت عقد باشد نافذ است:

الف- مقتضای اطلاق عقد و موجب حکمی از احکام نکاح و اثری از آثار نکاح باشد. مانند شرط نفقه یا حسن معاشرت و یا اینکه زن از خانه بدون اذن شوهر خارج نشود.



ب- ملأتم با عقد باشد و مقتضای عقد را تاکید کند. مانند اینکه والد زوج ضامن مهریه باشد یا زوجه زیبا یا باکره باشد. ج- شروطی که شارع آن ها را اجازه داده اگرچه مقتضای عقد نیستند. مانند اینکه امر زن به دست خودش باشد که هرگاه خواست طلاق بگیرد. د- شروطی که در عرف جاری هستند اگرچه مقتضای عقد یا ملأتم عقد نباشند و نصی درمورد آنها وارد نشده و تعارضی هم با شرع ندارند. مانند شرط زن بر مرد در تعجیل مهر یا نفقه یا تقسیط آن. (احمد فراج حسین، ۱۹۸۸، ۱۰۲-۱۰۳) اثر عدم وفا به این شروط: شروط صحیح واجب الوفا هستند ولی صاحب شرط در صورت انجام نشدن حق فسخ ندارد. نکاح صحیح است ولو با اکراه. (همان، ۱۰۴)

شروط صحیح نزد مالکیه

شروط صحیح غیر مکروهه: شروطی که مقتضای عقد است. و حکمی از احکام عقد نکاح است. مانند شرط اطاعت زوجه از زوج که از احکام عقد ازدواج است یا شرط نفقه یا حسن معاشرت زوج به درخواست زوجه یا سالم بودن زوج و باکره بودن شروط صحیح مکروهه: این شروط مقتضای عقد نیستند، منافاتی نیز با مقتضای عقد ندارند اما در آن تضییق برای زوج است. مانند شرط زوجه که زوج ازدواج مجدد نکند و یا زن را از شهرش خارج نکند. (زحیلی، ۶۵۴۱/۹؛ طرشی، ۲۰۱۵، ۱۷) در الکافی آمده: زن به سبب کوری و کری و سایر عیوب، غیر از عیوب مجوز فسخ نکاح رد نمی شود؛ مگر اینکه سلامت زن شرط شود که اگر شرط شد و زن عیب داشت می تواند در صورت تمایل زن را برگرداند. (قرطبی، ۱۴۰۰، ۵۶۷/۲-۵۶۶) اثر عدم وفا به این شروط: وفای به این شروط مستحب است لکن لازم نیست و در صورت عدم وفا به آن ها عقد فسخ نشده و فقط شرط باطل می شود. (الجنیدی، ۲۰۰۹، ۶۰-۶۱)

شروط صحیح نزد شافعیه

شروطی که موافق با مقتضای عقد است. شرط نفقه یا تقسیم شب ها از سمت زوجه. شروطی که موافق با مقتضای عقد نیست ولی نزد عرف مردم غرض یا منفعتی به آن تعلق نمی گیرد. شرط اینکه چیزی نخور مگر فلان. (زحیلی، ۶۵۴۳/۹)

شروط صحیح نزد حنابله

وسیع ترین مذاهب نسبت به شروط است. (زرقانی، ۲۰۷/۱۴۲۴، ۳) شرط صحیح نزد آن ها شرطی است که منافاتی با مقتضای عقد ندارد و شارع از آن نهی نکرده و یا منفعت یکی از متعاقدين در آن



است. چه موافق مقتضای عقد باشد یا نباشد مادامی که به مقصود عقد خللی وارد نکند. و آن ها دو نوع اند: الف- شروطی که عقد اقتضای آن ها را دارد و نیازی به ذکر در عقد نیست. مانند شرط تسلیم زن برای همسرش و شرط تمکین برای استمتاع، شرط تسلیم تمام مهر به زن و تمکین زن از سود بردن به وسیله آن. ب- شروطی که در آن منفعتی برای یکی از متعاقدين است و به مقصود نکاح خللی وارد نمی کند. شرط عدم ازدواج مجدد شرط خارج نکردن زن از شهرش شرط اینکه مهریه جنس معین باشد یا مانند آن شرط باکره بودن یا بیضاء بودن یا متعلمه بودن و سایر شروط صحیحه لازم الوفا. (صالح غانم السدلان، ۱۹۹۸، ۴۲) اثر عدم وفا به این شروط: عاقد خیار اگر بخواهد می تواند فسخ کند و حق ساقط نمی شود مگر زمانی که ظاهر شود عاقد به این مطلب رضایت دارد. و در کلام امام احمد احتمال دارد که شاید با این عیوب خیار ثابت نباشد. (همان)

شروط غیر صحیحه و فاسد

فقههای امامیه و اهل سنت شرایط متعددی را برای صحت شرط برشمرده اند که مخالفت با آنها موجب بطلان شرط می شود. گاهی شرط باطل مبطل عقد نیز می گردد.

نزد امامیه

شرط ضمن عقد خواه شرط فعل باشد یا شرط نتیجه، در صورتی الزام آور خواهد بود که دارای شرایط صحت باشد؛ لذا شروطی که شرایط صحت عمومی شرط را نداشته باشد و یا مخالف ذات عقد نکاح باشد را شروط باطل می نامند. هر شرطی که اثر اساسی عقد و یا مقصود بالإصاله متعاقدين را نفی کند، شرط خلاف مقتضای عقد محسوب می شود. شرط ضمن عقد به صورت های مختلف ممکن است با مقتضای عقد منافات داشته باشد. گاهی با مفاد اصلی عقد و مقصود متعاقدين منافات دارد مانند شرط عدم تملیک مبیع؛ (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۱۱/۲۳-۲۰۰) گاهی احکام شرعی و یا قانونی مربوط به شروط صحت عقد را نفی می نماید. (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷ ش، ۲۷۰/۳ - ۲۶۷)

گاهی نیز با قصد و انگیزه مشترک طرفین که هدف نهایی عقد است، منافات دارد. مانند عدم تسلیم مبیع (همان، ۲۳۵) بنابراین شرط مخالف مقتضای ذات عقد، به شرطی گفته می شود که با مقضا و اثر اصلی عقد در تضاد باشد و لذا عمل به چنین شرطی با موضوع و مقصود اصلی عقد منافات دارد. البته تعیین مقتضای بعضی عقود آسان است اما در بعضی مانند نکاح تشخیص ذات یا ماهیت این عقود دشوار است. به همین دلیل علی رغم اینکه فقها بر بطلان شرط مخالف مقتضای عقد اتفاق نظر دارند، اما در تعیین مصادیق آن دچار اختلاف نظر شده اند. اثر عدم وفا به این شروط: شرط



باطل بر طبق نظر فقها بر دو نوع است، فاسد و مفسد. مشهور فقهای امامیه به دلیل مصلحت عقد نکاح شروط باطل در نکاح را فقط باطل کننده شرط دانسته و چنین عقدی را صحیح قلمداد می‌کنند. (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸، ۳۹/۳) البته برخی چون شهید ثانی علاوه بر فساد شرط و صحت عقد، صدق را نیز فاسد می‌دانند. (جبعی عاملی، ۲/۲۴۵)

حنفیه

شروطی که عقد اقتضای آن‌ها را ندارد و جزء شروط صحیح چهارگانه نیست. اگرچه که منفعت یکی از متعاقدين در آن باشد. مانند شرطی که مرد که به زن مهریه ندهد، یا ازدواج مجدد نکند، یا زن را از شهرش بیرون نبرد، و یا از هم ارث نبرند. اگر یکی از متعاقدين خیار را برای او یا غیر آنها شرط کند، شرط باطل و عقد صحیح است. (احمد فراج حسین، ۱۹۸۸، ۱۰۳) و همانطور که در نکاح، خیار شرط نیست، خیار رؤیت و خیار عیب هم نیست. مانند اینکه در عقد، باکره بودن یا سالم بودن شرط شود. که شرط باطل و عقد صحیح است. (جزیری، ۸۱/۴) در مبسوط آمده: اگر یکی از آن‌ها برای همراهش سلامت از کوری و شل بودن را شرط کند و خلاف آن را ببیند خیار ندارد و همینطور شرط جمال و بکارت که خیار ندارد. (سرخسی، ۴۸۳، ۹۷/۵) اثر این شروط: این‌ها جایز الوفا نیستند بلکه لغو بوده و به آن‌ها عمل نمی‌شود، ولی عقد صحیح است. چون شروط مخالف احکام شریعت هستند که حلال را حرام و حرام را حلال می‌کنند. (بغوی، ۱۴۰۳، ۵۴/۹)

مالکیه

شروطی که مقتضای عقد نیست و حرام است. مانند عدم تساوی بین همسران در تقسیم شب‌ها یا طلاق زن به دست خودش باشد. ("امرها بیدها") شرط مقترن با عقد که مفسد عقد است. شرط خیار برای زوج یا زوجه یا غیر آن‌ها که این عقد صحیح نیست. (زحیلی، ۶۵۴۲/۹؛ ابوعرجه، ۲۰۰۸، ۳۰) اثر این شروط: مبطل عقد هستند. قبل از دخول عقد باطل است. بعد از دخول عقد باقی ولی شرط و مهر المسمی باطل شده و مهر المثل واجب می‌گردد. (زحیلی، ۶۵۴۲/۹)

شافعیه

شروطی که مخالف مقتضای عقد است و به مقصود اصلی عقد یعنی وطی خلل وارد نکند، لکن شرط آن به مصلحت یکی از متعاقدين یا هر دو برگردد. شرط عدم ازدواج مجدد یا شرط عدم نفقه به زن یا شرط اینکه زن را از شهرش خارج نکند. اثر: این گونه شروط باعث فساد صدق هستند و



مهرالمسمى را به مهرالمثل تبدیل می‌کند. در نتیجه شرط باطل و عقد صحیح است. (ابن الفراء بغوی، ۱۴۰۳، ۵۴/۹) شروطی که مخالف مقتضای عقد است و به مقصود عقد خلل وارد می‌کند. شرط عدم وطی یا شرط اینکه زوج بعد از نکاح زوجه را طلاق دهد یا از هم ارث نبرند. اثر این شروط: بطلان نکاح است چون با مقصود نکاح تنافی دارند. (زحیلی، ۶۵۴۴/۹)

حنابله

شروط غیر صحیح نزد حنابله بر دو نوع است: شروط فاسده‌ای که مفسد عقد نیستند: این شروط با مقتضای عقد منافات دارند و متضمن اسقاط حقوقی هستند که با عقد واجب می‌شوند. مانند اینکه به زن نفقه ندهد یا او را وطی نکند. البته عقد با این شروط صحیح است. چون بازگشت این شروط به معنای زائدی در عقد است که ذکر آن شرط نشده و جهل به آن هم ضرری نمی‌رساند، پس مبطل نیستند. همانطور که اگر مهریه حرام شرط شود، پس عقد با شرط فاسد منعقد می‌شود. (زحیلی، ۶۵۴۵/۹) شروطی که فاسد و مفسد عقد هستند و حنابله آن‌ها را در هفت شرط منحصر کرده‌اند. شرط تزویج دخترانشان برای پسرانشان بدون مهریه (نکاح شغار) - شرط ازدواج برای مدت معین (متعّه یا موقت) - شرط حلال کردن زن برای همسر سابق زن که سه بار طلاق داده (نکاح محلل) - ازدواج به شرطی که زن به مرد حلال نباشد - شرط که زن را در وقت معینی طلاق دهد - خیار شرط توسط یکی یا هر دو - شرط مستقبل غیر مشیئت توسط یکی یا هر دو مانند "با تو ازدواج می‌کنم هرگاه جمعه شد یا زمانی که فردا آمد". و این شروط عقد را فاسد و باطل می‌کنند. (البهوتی، ۹۱/۵ - ۹۷؛ ابو عرجه، ۲۰۰۸، ۳۳) و همچنین خیار در نکاح ثابت نمی‌شود چه خیار مجلس باشد یا خیار شرط چون نکاح بیع نیست بلکه در معنای بیع است و عوض، رکن در آن نیست و مقصود از آن نیست. (زحیلی، ۶۵۴۰/۹)

نمونه‌هایی از شروط اختلافی ضمن عقد

شرط عدم ازدواج مجدد از طرف زوجه علیه زوج

آیا زوجه می‌تواند ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج بعد از ازدواج با او نباید با زن دیگری ازدواج کند؟



دیدگاه امامیه

در بین فقهای امامیه دو قول دیده می‌شود:

ادله قائلین به بطلان

مشهور فقهای امامیه معتقدند با چنین شرطی عقد صحیح ولی شرط باطل است. (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۰۳/۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۷۳/۲؛ جعفی عاملی، ۱۳۴۳، ۲۴۵/۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۹۵/۳۱، مغنیه، ۱۸۰/۱۳۷۹، ۵) ایشان به دلایلی استناد کرده اند که در ذیل ارائه می‌شود.

۱- استدلال به قرآن: با توجه به آیه " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنی و ثلاث و رباع " (نساء، ۳۰) قائلان به بطلان معتقدند ازدواج مجدد حکمی از احکام الهی است و هر شرط مخالف با آن باطل است.

۲- استدلال به روایت: محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام آورده، درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و با او شرط نموده است که اگر ازدواج مجدد بنماید یا او را ترک کند و یا با وجود او کنیزی برای معاشقه برگزیند، زن مطلقه باشد. چنین نقل می‌کند که ایشان فرمود: شرط خدا قبل از شرط شماست. حال اگر بخواهد می‌تواند به آن شرط وفا کند و اگر هم بخواهد او را ترک کند و یا کنیزی را با وجود او برای معاشقه بگیرد و همچنین مجدداً ازدواج نماید (حرعاملی، ۲۹۷/۲۱).

۳- اجماع و شهرت: صاحب جواهر بطلان این شرط را اجماعی می‌داند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۹۸/۳۱) برخی فقیهان معاصر نیز برای اثبات نظریه بطلان این شرط به اجماع و شهرت تمسک جسته اند. (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۱۶۹) قائلان به صحت شرط: گروهی دیگر از فقیهان معاصر همانند مولا احمد نراقی، محقق خویی سید محسن حکیم امام خمینی آیت الله گلپایگانی و سیستانی و ... شرط عدم ازدواج مجدد را صحیح و معتبر می‌دانند و معتقدند این شرط مشمول شرایط عمومی صحت شرط می‌شود و ادله ای نیز در جواز و صحت آن وجود دارد.

ادله قائلان به صحت

۱- قاعده صحت و لزوم وفای به شرط: برخی فقها این شرط را موافق با ادله عمومی صحت شرط دانسته و با توجه به اطلاق آیه "اوفاوا بالعقود" (مائده، ۱) و حدیث نبوی "المؤمنون عند شروطهم" وفای به شرط عدم ازدواج مجدد را لازم و واجب می‌دانند.



۲- روایاتی که در آن‌ها به صحت و جواز و اعتبار این شرط تصریح گردیده است. از جمله روایت منصور بن مزرج از امام کاظم علیه‌السلام. وی می‌گوید که به حضرت گفتم فدایت شوم، مردی است که همسرش را طلاق داد سپس قصد رجوع به او را داشت زن امتناع کرد و گفت به خدا سوگند با تو ازدواج نمی‌کنم مگر اینکه با خدا عهد بندی که مرا طلاق ندهی و ازدواج مجدد ننمایی. امام فرمود او با قبول این شرط کار ناپسندی انجام داده است. چون نمی‌داند در آینده چه تغییر و تحولی در زندگی‌اش رخ خواهد داد. ولی اکنون که شرط را پذیرفته است باید به آن وفا نماید. چه آن که رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم، فرمود مسلمانان باید به شروط خود پایبند باشند. (کلینی، ۱۳۶۷ش، ۴/۵) معتقدان به صحت شرط عدم ازدواج مجدد معتقدند چنین شرطی، تحریم حلال و بر خلاف نص کتاب نبوده و صحیح است. به نظر آن‌ها آنچه که از حدیث نبوی "المومنون عند شروطهم" استثنا شده و مورد نهی قرار گرفته است، تحریم حلال یا تحریم مباح و مستحب است. ولی شرط ترک فعل مباح یا مستحب، مثل شرط عدم ازدواج مجدد نافذ است و هیچ مخالفتی با کتاب و سنت ندارد. باید توجه داشت که میان شرط ترک ازدواج مجدد و شرط تحریم آن تفاوت است. بر همین اساس، چنانچه زوج ترک فعل مباح ازدواج مجدد را شرط کند، این شرط صحیح و نافذ است. ولی اگر تحریم ازدواج با زنان دیگر و یا عدم اباحه و استحباب ازدواج مجدد را شرط قرار دهد، این شرط فاسد است؛ زیرا تحریم مباح را در بر می‌گیرد. نتیجه اینکه اشکالی در صحت شرط ازدواج مجدد به وجود نمی‌آید. (نراقی، ۱۴۲۲، ۱۰۱)

امام خمینی در کتاب البیع می‌فرماید: "شرط انجام یا ترک مباح و مستحب یا اتیان مکروه نافذ است و مخالفتی با شرع و ندارد. بنابراین جایز است که زن بر مرد ترک تزویج را شرط کند و مخالف با شرع نیست." (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۵/۱۷۰) لیکن وی این نظر را منوط به عدم وجود یک اجماع یا شهرت در مسئله می‌کند و شاید به همین دلیل، در تحریر الوسیله قائل به نامشروع بودن این شرط است. (موسوی خمینی، ۱۳۶۸ش، ۲/۲۸۷) آثار عدم وفا به این شرط: قائلین به صحت، زوج را ملزم به وفای به این شرط دانسته‌اند؛ اما اگر زوج به این شرط وفا نکند طبق نظر اکثر فقها، هیچ اثر وضعی بر عقد مترتب نمی‌گردد. (موسوی خمینی، ۱۴۱۵، ۵/۱۷۰) و ازدواج دوم صحیح است. (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ۲/۲۸۲)

چون هدف نکاح مصلحت بقای خانواده است و در صورت تخلفی از شرط فعل، حق فسخ برای مشروط له ثابت نمی‌شود. برخی از فقها معتقدند که احتیاطاً مرد نباید از شرط تخلف کند. (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ۲/۶۶۱) گروهی دیگر نیز بر تخلف از شرط عدم تزویج، آثار تکلیفی بار کرده و



بر این باورند که عدم پابندی به این شرط موجب گناه و معصیت است، اما اثر وضعی ندارد. (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۲۲/۲۰؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ۳/۱۰۱) تنها نظر متفاوت امامیه در این زمینه نظر آیت الله حکیم است که قائل به اثر وضعی بوده و در صورت تخطی زوج از شرط، ازدواج مجدد زوج را باطل می‌داند. (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸، ۳/۴۲، م ۱۴۹)

حنفیه و شافعی

اگر زن هنگام عقد نکاح شرطی کند که به منفعت خودش باشد، مثلاً شرط کند که همسرش ازدواج مجدد نکند، ازدواج صحیح ولی شرط باطل است که لازم نیست زوج به آن وفا کند. (زحیلی، ۶۵۴۷/۹)

ادله حنفیه و شافعی

۱- روایت "المسلمون علی شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً و احل حراماً" (ترمذی، ۱۳۹۵، ۳/۶۲۶) و شرط عدم ازدواج مجدد شرطی است که حلالی را حرام می‌کند.

۲- عایشه نقل کرده که پیامبر فرموده "کل شرط لیس فی کتاب الله فهو باطل و ان کان مائه شرط" (بخاری، ۱۹۸/۳) این شرط در کتاب الله نیست و شرع اقتضای آن را ندارد.

۳- همچنین این شروط از مصالح عقد نبوده و مقتضای عقد نیستند.

اما درباره صحت عقد معتقدند همان‌طور که نکاح با مهر مجهول صحیح است با شرط فاسد هم صحیح است.

حنابله

حنابله ازدواج با چنین شرطی را صحیح دانسته و شرط مذکور را صحیح و لازم الوفا تلقی می‌کنند. که در صورت تخطی زوج از شرط، زوجه حق فسخ دارد. (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۷/۹۳)

استناد حنابله:

۱- آیه "وفوا بالعقود" (مائده، ۱)

۲- حدیث پیامبر "المسلمون عند شروطهم" (بخاری، ۹۲/۳)



۳- حدیث عقبه بن عامر از پیامبر: "احق الشروط ان یوفی به ما استحللتم به الفروج" (بغوی، ۱۴۰۳، ۵۳/۹)

۴- روایت عبدالرحمن بن غنم که مردی زنی را عقد کرد و با وی شرط کرد که در شهر خودش باشد، سپس خواست او را به شهر دیگری منتقل کند و دچار نزاع گشتند. نزاع را نزد عمر بن خطاب بردند. عمر گفت: "لها شروطها" "المسلمون علی شروطهم عند مقاطع حقوقهم" (زرقانی، ۱۴۲۴، ۲۰۷/۳)

۵- در شرط مذکور منفعتی است و مقصود آن مانع از مقصود نکاح نیست؛ در نتیجه جزء شروط صحیح محسوب شده و لازم است. همانطور که اگر زیادت مهر شرط شود صحیح است. همچنین اگر زوج به آن‌ها عمل نکند، زن حق فسخ نکاح دارد. (تجویری، ۴، ۳۸/۱۴۳۰)

مالکيه

طبق مذهب مالکيه اين شرط جزء شروطی است که مقتضای ذات عقد نیست ولی مکروه است. لذا اگر در عقد ازدواج شرط شود وفای به آن مستحب بوده ولی لازم نیست. (زحیلی، ۶۵۴۲/۹) در صورت عمل نکردن زوج به شرط مذکور شرط باطل است ولی عقد صحیح می‌باشد.

شرط عدم تمکين

شرط عدم تمکين و عدم وطی تمکين به معنی خاص، آن است که زن نزدیکی با شوهر را پذیرفته و جز در مواردی که مانع موجهی داشته باشد، از برقراری رابطه جنسی با او خودداری نکند. و حال سؤال اینجاست که آیا زن می‌تواند شرط عدم وطی را در عقد نکاح شرط کرده و از انجام وظایف زناشویی سر باز زند؟

اماميه

درباره این شرط در فقه امامیه نظرات مختلفی دیده شده است. صحت یا عدم صحت چنین شرطی بستگی به نوع مبنا و نگرش فقها درباره مقتضای عقد نکاح دارد. گروهی از فقیهان که هدف از تشریع نکاح را توالد و تناسل دانسته و استمتاع جنسی را لازمه این هدف می‌دانند، چنین شرطی را مغایر با مقتضای عقد نکاح و باطل می‌دانند. (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۰۳/۴) در مقابل گروهی دیگر تمکین را مقتضای اطلاق عقد نکاح دانسته و معتقدند استمتاع جنسی از آثار طبیعی و لاحق بر



عقد نکاح است. و در نتیجه چنین اعتقادی، این شرط را جایز و وفای به آن را لازم می‌دانند. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۷۳/۲؛ جبعی عاملی، ۱۳۴۳، ۲۴۷/۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۹۸/۳۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸، ۲/۳، م ۱۴۸) هرچند که اگر زوج عصیان کرده و مخالف شرط عمل کند، زانی محسوب نشده و فرزند به وجود آمده ملحق به اوست. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۱/۱۰۰) البته اگر هنگام عقد این شرط در میان نباشد اطلاق عقد نکاح زن را مکلف می‌سازد تا در برابر خواسته زوج تمکین کند. در غیر اینصورت نفقه‌ای به او تعلق نگرفته و ناشزه خواهد بود. گروهی نیز قائل به تفصیل بوده و آن را فقط در عقد منقطع صحیح می‌دانند. (سبحانی، ۱۴۱۶، ۲۵۵/۲)

ادله معتقدین به صحت شرط عدم تمکین

۱- التزام وفای شرط با تمسک به آیه "اوفوا بالعقود" (مائده، ۱) و روایت نبوی "المسلمون علی شروطهم" (حرعاملی، ۳۵۳/۱۲)

۲- تمکین مقتضای اطلاق عقد نکاح است نه ذات آن. مانند مهریه که از آثار نکاح است. و همانطور که عقد بدون مهریه (مفوضه البضع) صحیح است نکاح بدون تمکین هم صحیح است.

۳- استناد به روایت. عمار بن مروان از امام صادق علیه‌السلام نقل می‌کند که به امام عرض کردم مردی پیش زنی رفته و از او خواست که خود را به ازدواج مرد درآورد. زن گفت من خودم را به حواله نکاح تو در می‌آورم بر اینکه هر چه خواستی از من اعم از نگاه کردن لمس کردن و هر کاری که یک مرد با زنش انجام می‌دهد، تو انجام بدهی و جز اینکه آلت را در فرج من داخل نکنی. و غیر از آن هر چه خواستی لذت ببر؛ چرا که من از رسوایی می‌ترسم. امام فرمود: اشکالی ندارد. مرد به جز آنکه شرط کرده حق ندارد. (حرعاملی، ۲۵۹/۲۱)

۴- غایات مترتب بر نکاح: تمتعات جنسی تنها غایت نکاح نیست. امام خمینی در کتاب البیع می‌فرماید: "اغراض عقلایی و عرفی فراوانی بر نکاح مترتب است. مثل حصول محرمیت و صلت با خانواده شریف پرستاری ... که تحقق هر یک می‌تواند مصحح عقد نکاح باشد." (موسوی خمینی، ۱۸۷/۵) همچنین ایشان در تحریرالوسیله فرمودند که "اگر زن در زمان عقد نکاح شرط عدم ازاله بکارت کند وفای به شرط لازم است، بدون این که فرقی بین نکاح دائم و منقطع باشد؛ ولی اگر زوج وفایی به شرط نکرد عقد باطل نیست." (موسوی خمینی، ۲۷۱/۲)



۵- صحت ازدواج با ناتوانان جنسی: مرحوم صاحب جواهر می‌فرمایند "ولو ان الوطی من مقتضیات النکاح علی وجه یستلزم اشتراط عدمه بطلانه لم یجز نکاح المتعذر وطنها او وطنه و هو معلوم الفساد و انما الوطی غایه من الغایات" (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۰۰/۳۱) برای صحت عقد رعایت مقاصد و لحاظ غایات، اعتباری ندارد. از نظر ایشان حکم به صحت ازدواج با معذور الوطی مثل شخص عنین یا قرن بهترین دلیل بر این مدعاست. محمد جواد مغنیه نیز صاحب شرایع و صاحب مسالک را از معتقدان به صحت این نظریه معرفی می‌کند و در تایید حرف صاحب جواهر می‌گوید: "یصح الزواج بامرأه یتعذر وطنها و یصح ایضا ان تتزوج هی من رجل عنین و ترضی بعیب العنن." (مغنیه، ۱۳۷۹، ۱۸۱/۵) پس اگر هدف اصلی ازدواج تمتعات جنسی باشد کسانی که توانایی برقراری این رابطه را ندارند مثل شخص انسان و قرن از این موهبت الهی و سنت پیامبری برای همیشه محروم می‌مانند.

۶- قابل اسقاط بودن حق تمکین: استدلال گروهی از فقها در جواز شرط عدم تمکین این است که روابط جنسی در زندگی زناشویی از حقوق مرد نسبت به زن تلقی شده است نه حکم شرعی. پس تمکین حتی قابل اسقاط بوده و مقهور اراده زوجین است.

۷- عقلایی بودن شرط عدم تمکین: عده‌ای از فقیهان معاصر نیز این شرط را چه در نکاح دائم و چه موقت جایز دانسته‌اند. البته در صورتیکه عقلایی باشد و سفهی نباشد. (بهجت، ۲۷/۴)

قائلین به عدم صحت شرط تمکین

در مقابل عده زیادی از فقیهان بر این باورند که شرط عدم تمکین خلاف مقتضای ذات عقد نکاح است و با مقصود اصلی تشریع نکاح در شرع مقدس مغایرت دارد.

۱- شرط عدم تمکین مخالف با کتاب و سنت است. محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام روایت کرد در مورد مردی که زنی را به ازدواج خویش درآورد و زن مهریه را به مرد داده بود و بر مرد شرط کرده بود که حق جماع و طلاق به دست زن باشد. امام فرمودند مخالفت با سنت کرده و متکفل حقی شده که اهلس نبوده است. حضرت حکم کرد که مهریه بر عهده مرد است و جماع و طلاق در اختیار مرد است و این سنت می‌باشد. (حرعاملی، ۲۹۰/۲۱)

۲- مغایرت با مقاصد نکاح: شرط عدم تمکین با مقاصد شریعت از نکاح مغایرت دارد. پیامبر اکرم می‌فرماید "تناکحوا تناسلوا تکثروا فانی اباهی بکم الامم یوم القیامه ولو بالقسط" (مجلسی، ۱۴۰۳، ۱۷۰/۴۴) همسری برگزینید، فرزندان را زیاد کنید به درستی که من در روز قیامت به افزونی امت



خود افتخار می‌کنم. این گروه معتقدند طبق بررسی آیات و روایات، هدف بنیادی ازدواج بقاء نسل معرفی شده است. و چون غرض شارع از تشریع نکاح تولید مثل است؛ پرواضح هست که حذف روابط جنسی که مقدمه و لازمه باروری با غرض شارع سازگاری ندارد.

۳- تحریم مباح شدن: التزام به ترک روابط جنسی در ضمن عقد از مصادیق تحریم حلال است. در روایات آمده "لیس لک ان تحرم ما احل الله" آنچه را که خدای متعال بر شما مباح کرده و بر خود حرام نکنید. (نایینی، ۱۰۵/۲) در حالی که نهی دلالت بر فساد دارد.

البته صاحب جواهر و محقق حلی این شرط را صحیح دانسته و ادعای شیخ طوسی و پیروان او را بی‌دلیل و اجتهاد در مقابل نص می‌دانند. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۷۳/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۹۸/۳۱) شهید ثانی نیز در مسالک الافهام این شرط را در عقد دائم و منقطع صحیح می‌داند. به دلیل اطلاق روایت سماعه بن مهران و اسحاق بن عمار و عموم ادله وفای به شرط و ادله جواز وطی به اذن زوجه. ایشان مقاصد ازدواج را منحصر به تمتعات جنسی نمی‌دانند. (جبعی عاملی، ۱۳۴۳، ۲۴۷/۸)

حنفیه و حنابله

ایشان شرط عدم وطی را باطل اما چنین عقدی را صحیح می‌دانند. این یک قاعده نزد حنفیه است که نکاح با شرط فاسد باطل نمی‌شود و فقط شرط باطل است. (زحیلی، ۱۳۸۸، ۶۵۴/۹؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۹۴/۷؛ جمال عبدالناصر، ۲۱۹/۱۱-۲۱۴؛ جزیری، ۱۴۲۴، ۸۷/۴) علت بطلان شرط و صحت عقد: شرط مخالف مقتضای عقد است و متضمن اسقاط حقوقی است که با عقد واجب شده است؛ پس باطل است. اما چون شرط به معنای زائدی در عقد بر می‌گردد، پس آن را باطل نمی‌کند. (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۹۴/۷؛ البهوتی، ۹۸/۵؛ جزیری، ۱۴۲۴، ۸۷/۴)

مالکیه

در صورت شرط عدم تمکین شرط را فاسد و مفسد عقد می‌دانند. چون شرط به نحوی واقع شده که شارع از آن نهی کرده است. البته در این مورد فساد عقد بین فقهای مالکی اختلاف است. گروهی معتقدند چه قبل و چه بعد از دخول نکاح فسخ می‌شود. اما مشهور مالکیه شرط عدم تمکین قبل از دخول را باعث فسخ عقد نکاح می‌دانند، اما بعد از دخول شرط ساقط و عقد صحیح است و به زن مهرالمثل تعلق می‌گیرد. (جمال عبدالناصر، ۱۹۸/۱۱؛ جزیری، ۱۴۲۴، ۸۸/۴)



شافعی

اگر شرط عدم تمکین از جهت زن باشد نکاح باطل است چون این شرط با مقصود عقد منافات دارد. اما اگر این شرط از سمت مرد گذاشته شود، ضرری ندارد چون وطی حق شوهر است پس بر اوست که ترک کند. اما تمکین وظیفه زن است و نمی‌تواند آن را ترک کند. (زحیلی، ۶۵۴۴/۹؛ جمال عبدالناصر، ۲۱۹/۱۱-۲۱۴)

شرط توکیل یا تفویض طلاق به زن

آیا زوج می‌تواند حق طلاق را به زوجه تفویض یا توکیل نماید؟

توکیل و تفویض دو مفهوم متفاوت هستند که در ابتدا بهتر است تفاوت آن‌ها را بیان نماییم.

۱- توکیل عقد است و به قبول وکیل نیاز دارد در حالی که تفویض به قبول مفوض الیه نیازی ندارد.

۲- در توکیل خود مرد شخصا می‌تواند امر وکالت را انجام دهد و زوجه را طلاق دهد، اما در تفویض این اختیار از دست مرد خارج می‌شود و مرد دیگر نمی‌تواند در این زمینه تصمیم بگیرد.

۳- در توکیل وکیل به اراده موکل عمل می‌کند لیکن در تفویض مفوض الیه به اراده خود عمل خواهد کرد. به عبارت دیگر تفویض تعلیق امر طلاق به مشیئت اجنبی و تملیک طلاق به غیر است. (جزیری، ۱۴۲۴، ۳۲۸/۴)

۴- وکالت عقدی جایز و فسخ شدنی است اما در تفویض طلاق زوج نمی‌تواند مفوض الیه را عزل کند. به عبارت بهتر برخلاف وکالت تفویض قابل رجوع نیست.

۵- در توکیل خود مرد شخصا می‌تواند امر وکالت را انجام دهد و زوجه را طلاق دهد، اما در تفویض این اختیار از دست مرد خارج می‌شود و مرد دیگر نمی‌تواند در این زمینه تصمیم بگیرد.

۶- توکیل مقید به زمان معینی نیست و به عبارتی مقید به مجلس توکیل نیست و در نتیجه وکیل می‌تواند در مجلس و بعد از آن خود را مطلقه کند؛ در حالی که تفویض محدود به طلاق زن در



مجلس است و زوجه نمی تواند بعد از تمام شدن مجلس خود را مطلقه نماید. به همین دلیل در بین فقهای عامه اجماع بر این نیست که در این مورد تفویض مقید به مجلس است.

۷- جنون شوهر بعد از طلاق تأثیری در تفویض ندارد. در حالی که با جنون وکیل و موکل وکالت فسخ می شود. (جزیری، ۱۴۲۴، ۳۲۸/۴)

امامیه

در فقه امامیه به جای تفویض بیشتر تخییر به کار رفته است، که یعنی شوهر به قصد تفویض طلاق به زوجه او را مخیر کند که نفس خود یا شوهر را انتخاب کند. و این مورد اختلاف فقهای امامیه است. افرادی مانند سید مرتضی ابن ابی عقیل و ابن جنید با استناد به آیه "یا ایها النبی قل لازواجکم ان کتنن تردن الحیله الدنیا و زینتها فتعالین امتعکن و اسرحکن سراحا جمیلاً" (احزاب، ۲۸) قائل به جواز تخییر بوده اند. (شریف مرتضی، ۱۴۰۵، ۲۴۱/۱) اما مشهور، آیه را مختص پیامبر و زنان او دانسته و قائل به عدم جواز تفویض به زوجه شده اند و معتقدند در صورت تخییر طلاق واقع نمی شود و عقد به صحت خود باقی است. زیرا طلاق حق محض مرد نیست تا بتواند به زوجه تفویض کند بلکه حکم شرعی و تغییر ناپذیر است. (طوسی، ۱۳۸۷، ۳۰/۵) اما در مورد توکیل، تمام مذاهب اربعه و مشهور فقهای امامیه معتقدند وکالت در طلاق جایز است. مخالفان شرط وکالت طلاق به زوجه: از فقیهان متقدم، شیخ طوسی وکالت به زوجه در طلاق را صحیح نمی داند و در مبسوط گفته است: "ان اراد ان یجعل الامر الیها فعدننا لایجوز" (طوسی، ۱۳۸۷، ۲۹/۵). از فقیهان متأخر، محمد جواد مغنیه، به طور یقینی چنین شرطی را باطل می داند. برخی هم گفته اند: اگر توکیل زوجه در ضمن عقد شرط شود که هرگاه خواست خود را طلاق دهد، جزماً این شرط باطل است. (مغنیه، ۱۳۷۹، ۶/۶) مخالفان، علت عدم جواز وکالت به زوجه در طلاق خودش را چنین بیان می کنند:

۱- امتناع وحدت فاعل و قابل، زوجه که خود طلاق را قبول می کند نمی تواند فاعل طلاق هم باشد.

۲- دیگر ظاهر روایت نبوی "الطلاق بید من أخذ بالساق" که اقتضا می کند توکیل در طلاق به طور مطلق صحیح نباشد.

۳- روایت زراره از امام صادق علیه السلام: "لاتجوز الوکاله فی الطلاق" (حر عاملی، ۹۰/۲۲)



موافقان شرط وکالت طلاق: مشهور فقهای امامیه معتقدند همان طور که در سایر عقود و ایقاعات می‌توان به غیر وکالت داد، در طلاق هم می‌توان به زن وکالت داد و دلیل آن عمومات جواز توکیل در افعال نیابت پذیر است. (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۸، ۴۲/۳، م ۱۵۱؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۴۰۵) در تایید این نظر ادله و آیات و روایات فراوانی وجود دارد. محقق حلی، در شرایع وکالت زوج به زوجه را جایز دانسته است. (محقق حلی، ۱۳۴۳، ۱۵۶/۲) علامه حلی ضمن بیان صحت وکالت، حدیث اخیر مورد استناد مخالفان را ضعیف می‌داند. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۳۴/۱۵) و به قول ابن ادریس اطلاق آن نیز با اجماع قاطبه مسلمین منافات دارد. صاحب جواهر ضمن اعلام جواز، احتیاط را شایسته دانسته و در جواب شیخ طوسی فرموده: 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، ۱۴۰۴، ۲۴/ ۳۲) از فقیهان معاصر، امام خمینی در تحریرالوسیله کتاب طلاق، وکالت زوج به زوجه برای طلاق خودش یا توکیل به غیر را جایز دانسته و در آخر می‌گوید: "لاینبغی ترک الاحتیاط بعدم توکیلها". (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ۳۱۳/۲) آیت الله خویی در منهاج الصالحین توکیل را به طور مطلق جایز دانسته است. (موسوی خویی، ۱۴۱۰، ۲۸۲/۲)

دیدگاه فقهای اهل سنت

اهل سنت معتقدند مرد همانطور که خودش مالک طلاق است، مالک نیابت آن به غیر هم هست. (جزیری، ۱۴۲۴، ۳۲۷/۴) و می‌تواند این حق را به دیگری تفویض کند و یا کسی را در آن وکیل نماید. تفویض طلاق قبل از عقد در نزد اکثر فقهای اهل سنت صحیح نیست، مگر حنفیه که تفصیل آن بعدا خواهد آمد. اما تفویض حق طلاق بعد از عقد نزد اکثر فقهای اهل سنت جایز است به دلیل عمل پیامبر که زنانش را مخیر کرد که اگر آنها اختیار جدایی نداشتند، تخیر آنها بی معنی بود. همچنین توکیل طلاق مورد اتفاق فقهای مذاهب چهارگانه است. فقهای مذاهب چهارگانه اصطلاحاتی در نیابت طلاق از طرف زوج به زوجه قرار داده‌اند.

حنفیه

ایقاع طلاق از سمت غیر زوج به اذن زوج در نزد حنفیان به سه صورت است: تفویض یا توکیل یا رسالت.

توکیل: زوج شخصی غیر از زوجه را نایب قرار دهد تا زنش را طلاق دهد.



رسالت: زوج پیغامی توسط رسولی برای زوجه می‌فرستد و به رسول می‌گویند برو نزد فلان زن و به او بگو شوهرت می‌گوید تو مختاری بین طلاق رجعی و غیر آن.

تفویض به چند صورت بیان شده است. این که زوج طلاق را به دست زن بدهد (در این حالت نیت سه طلاقه صحیح است) و یا طلاق را به او تملیک کند تا خود را مطلقه نماید و یا طلاق را معلق بر خواست او یا شخص ثالث کند، که به این صورت به اجنبی می‌گوید اگر می‌خواهی زوجه‌ام را طلاق بده. الفاظ تفویض به سه صورت است، "امرک بیدک" (امر تو به دست توست) تخیر یا مشیئت. که هر کدام از آنها افاده تملیک طلاق به زن را می‌کند. (جزیری، ۱۴۲۴، ۳۳۱/۴-۳۲۹)

تخیر مانند مشیئت است با این تفاوت که طلاق مشیئت رجعی است و طلاق تخیر بائن است. زیرا اولی صراحت دارد اما دومی کنایه است. (همان، ۳۳۲) امر به ید با دو شرط است: ۱- زوج نیت طلاق داشته باشد چون آن از کنایات طلاق است و بدون نیت طلاق صحیح نیست. ۲- زن به اینکه امر طلاق به دست اوست علم داشته باشد. پس اگر زن نداند یا خبر به او نرسد امر طلاق در دست او نیست. چون معنای تفویض این است که خیار برای زن بین طلاق و ازدواج ثابت است. تخیر در دو مورد با امر به ید تفاوت دارد: ۱- زوج اگر سه طلاقه را در قول امر به ید نیت کند صحیح است و اما در تخیر نیت سه طلاقه صحیح نیست. ۲- باید در کلام زوج یا جواب زن کلام نفس یا طلاق بیاید "اختاری نفسک"، "اخترت الطلاق".

در شرط تفویض طلاق قبل از عقد حنفیه با مشهور فقهای اهل سنت مخالف بوده و تفویض قبل از عقد را صحیح می‌داند. حنفیان معتقدند شرط تفویض طلاق از طرف زوج به زوجه ابتدائاً باطل است و امر زن به دست خودش نیست (اتزوجتک علی ان امرک بیدک)، اما اگر زوجه چنین حقی را درخواست کند و زوج موافقت نماید صحیح است (زوجت نفسی منک علی أن یکون امر بیدی اطلق نفسی کما شئت و زوج قال قبلت)، چون طلاق مختص مرد است و سزاوار نیست 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 دست زن باشد. (زحیلی، ۶۹۳۶/۹)

مالکیه

مالکیه تفویض را سه نوع می‌داند: توکیل، تخیر، تملیک. در توکیل مرد می‌تواند حق طلاق را به زوجه یا غیر او بدهد، ضمن اینکه حق زوج باقیست و او می‌تواند وکیل را از ایقاع طلاق منع کند.



و اگر زوج زوجه را بر طلاق خودش وکیل کند، زن باید طبق آنچه وکیل شده عمل کند که یک طلاق دهد یا سه طلاق. به خلاف تملیک و تخیر که مرد حق عزل زن در این ها را ندارد چون در تملیک و تخیر طلاق به ملکیت زن در می آید، اما توکیل نائب شدن زن در ایقاع طلاق است. (جزیری، ۱۴۲۴/۳۲۳) تملیک: مرد امر زن را به خودش تملیک کند. مثل اینکه بگوید امرت را به خودت قرار دادم یا طلاق به دست خودت است و در این حالت مرد حق عزل زن را ندارد و بر عهده زن است که طبق خواست مرد طلاق را انجام دهد، یک طلاق یا بیشتر، و ظاهر این است که قبول زن برای تملیک قولی است یا فعلی. در قولی طلاق به لفظ آن واقع می شود و در فعلی اینکه زن عملی انجام دهد که دلالت بر فراق و جدایی دارد. مانند نقل اسباب و غیر آن. تخیر: زوج زوجه را بین ماندن یا همسرش یا جدایی مخیر کند. با این اقوال "اختارینی" یا "اختاری نفسک"، زن می تواند هر کدام که دوست دارد را انجام دهد. البته اگر جدایی را انتخاب کند طلاق او سه طلاقه است و نمی تواند یک یا دو طلاق را اراده کند، مگر غیر مدخوله که کمتر از سه طلاق هم ممکن است. در تخیر هم برای مرد عزلی نیست. تفویض طلاق به انواع ثلاثه برای غیر زوجه هم صحیح می باشد، به شرط اینکه آن شخص حاضر در شهر باشد یا به زودی غیبتش تمام شود و حاضر شود، و الا طبق نظر راجح تفویض برای زوجه است و اگر زوج به بیش از یک نفر تفویض کند، طلاق داده نمی شود، مگر به جمع شدن همه آنها. (زحیلی، ۱۳۹۸/۹)

شافعی

تفویض طلاق همان تملیک طلاق است. در طلاق زن بر خودش شرط است که فوریت رعایت شود و زمانی که زن مالک خودش شد، برگشتی برای او نیست و مرد حق رجوع از تفویضش را ندارد. (جزیری، ۱۴۲۴/۳۲۹) تفویض یا صریح است "طلق نفسک" و یا کنایه که بگوید "اختاری نفسک" و نیت کند و سپس بگوید طلقت طلاق واقع می شود. (زحیلی، ۱۳۹۹/۹)

حنابله

حنبلی ها معتقدند هر کس که طلاقش صحیح است، وکیل قرار دادنش هم صحیح است. پس اگر مرد زن را وکیل در طلاق قرار دهد، توکیل آن صحیح بوده و طلاق زن برای خودش صحیح است. وکیل می تواند هر زمان که بخواهد امر طلاق را انجام دهد. مگر اینکه موکل برای او محدودیت قرار دهد، مانند امروز و نحو آن. پس مالک طلاق در غیر آن زمان نیست. (جزیری، ۱۴۲۴/۳۴۰) وکیل بیش از یک بار نمی تواند طلاق دهد، مگر اینکه موکل برای او طلاق بیشتر از یک بار را با لفظ یا



نیت قرار دهد. اگر موکل وکیل را مخیر کند به اینکه طلاق بده، هر تعداد از سه تا که خواستی، مقید به مجلس است مانند خیار مجلس. طبق نظر حنابله مشیث هم صحیح است، که می تواند فوری یا با تأخیر باشد. به خلاف شافعی که در وجه مشیث فوریت را شرط می دانست. همچنین مشیث باید به زبان گفته شود و نمی توان به نیت اکتفا کرد، چه مشیثت زوجه یا اجنبی. (زحیلی، ۶۹۴۰/۹)

نتیجه گیری

۱- شروط از لحاظ چگونگی اراده به صریح و ضمنی و از لحاظ موضوع و متعلق شرط به شرط صفت و شرط فعل و شرط نتیجه تقسیم می شوند. اگر شرط صفتی صریحا در ضمن عقد ذکر گردد و پس از ازدواج کشف خلاف گردد، حق فسخ برای مشروط له ثابت می گردد.

۲- در یک نگاه کلی شروط، موافق یا مخالف مقتضای عقد هستند، که می توانند با توجه به عوامل دیگر و شرایط عمومی صحت صحیح یا فاسد باشند.

۳- در شرط عدم ازدواج مجدد زوج، بین فقهای امامیه اختلاف نظر است؛ که عده ای آن را صحیح و در مقابل برخی دیگر باطل می دانند و هریک برای اثبات نظراتشان به ادله ای تمسک جسته اند. در فقهای اهل سنت تنها حنابله این شرط را صحیح دانسته و برای زوجه حق فسخ قائل شده اند.

۴- در شرط عدم تمکین نیز برخی چنین شرطی را باطل و برخی دیگر صحیح می دانند. در بین فقهای مذاهب چهارگانه، حنفیه و حنابله شرط را باطل و عقد را صحیح دانسته و مالکیه عقد و شرط هر دو را فاسد تلقی کرده اند. شافعیه نیز معتقد به تفصیل بوده و در صورتی که شرط از جانب زوج گذاشته شود آن را نافذ دانسته و آثار صحت را بر آن بار کرده اند.

۵- در شرط طلاق فقهای امامیه تفویض را نپذیرفته ولی فقهای متأخر توکیل زن در طلاق را صحیح دانسته اند. اما در فقهای مذاهب اهل سنت برای طلاق اصطلاحات متفاوتی از جمله تفویض، توکیل، رسالت، مشیث و تخییر به کار رفته است.

۶- به طور کلی شروط ضمن عقد را می توان بسیار مهم و با ارزش تلقی کرد، که با توجه به شرایط جامعه امروزه و مشکلات ناشی از تحولات فرهنگی و سخت تر شدن شرایط زندگی، هر کدام از زوجین می توانند ضمن انجام فعالیت های آزادانه زندگی، شروط صحیحی را در ضمن عقد نکاح شرط کنند.



منابع

- قرآن مجید
- ابن قدامه مقدسی، ابو محمد موفق الدین، المغنی، مکتبه القاهرة، ۱۳۸۸.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸.
- احمد فراج حسین، احکام الزواج فی الشریعه الاسلامیه، اسکندریه، دارالجامعه، ۱۹۸۸.
- احمد نصر الجندی، شرح قانون الاسره جزائری، مصر، دارالشتات للنشر، ۲۰۰۹.
- البهوتی الحنبلی، منصور بن یونس، کشف القناع عن متن الاقناع، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- انصاری، شیخ مرتضی، کتاب مکاسب، قم، مجمع فکر الاسلامی (کنگره)، ۱۴۲۲.
- بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناصره فی احکام العتره الطاهره، قم، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۰۵.
- بخاری جعفی، محمد بن اسماعیل، صحیح بخاری، دار الطوق النجاه، ۱۴۲۲.
- بغوی، ابن الفراء، شرح السنه، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۰۳.
- بهجت، محمد تقی، استفتائات آیت الله بهجت، قم، دفتر معظم له، ۱۳۸۶ ش.
- تجویزی، محمد بن ابراهیم، موسوعه الفقه الاسلامی، بیت الافکار الدولیه، ۱۳۳۰.
- ترمذی، ابو عیسی، سنن ترمذی، مصر، شرکت مکتبه و مطبعه مصطفی البابی الحلبی، ۱۳۹۵.
- جعفی عاملی، شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه معارف الاسلامیه، ۱۳۴۳.
- حر عاملی، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، بی تا.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، نشر علمیه الکمیه، ۱۴۱۲.
- حسینی سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، قم، دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷.
- زرقانی، محمد بن عبد الباقي، شرح زرقانی بر موطا امام مالک، مکتبه الثقافه الدینیة، ۱۴۲۴.
- سبحانی، جعفر، نظام النکاح، قم، مؤسسه الامام الصادق، ۱۴۱۷.
- سرخسی، شمس الاثم محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالمعرفه، ۴۸۳.
- شریف مرتضی، علی بن حسین، رسائل الشریف المرتضی، قم، دار القرآن الکریم، مطبعه الخيام، ۱۴۰۵.
- صافی گلپایگانی، لطف الله، هداية العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶.
- صالح غانم السدکان، الشروط فی النکاح، بکلیه الشریعه فی الریاض، دار معاذ للنشر و التوزیع، بی تا.
- طباطبائی حکیم، محمد سعید، منهاج الصالحین، مکتبه آیت الله العظمی سید الحکیم، مرکز القائمیه باصفهان للتحریات الكمبيوتریه، ۱۴۱.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی الفقه الامامیه، تهران، المکتبه الاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، آل البیت الاحیاء التراث، ۱۴۱۴.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۲۶.
- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، بیروت، المکتبه العلمیه، ۱۹۸۷.
- قرطبی، ابن عبد البر، الکافی، مکتبه الریاض الحدیثه، ۱۴۰۰.
- کلینی، الفروع الکافی، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، به تحقیق سید ابراهیم میانجی محمدباقر بهبودی، بیروت، مؤسسه الوفا، ۱۴۰۳.
- محقق حلی، نجم الدین، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، چ ۱۱، تهران، بی نا، ۱۳۸۴.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، چ ۱۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۶.
- مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، کانون الثانی (ینایر)، چاپ هفتم، ۱۴۰۲.
- مغنیه، محمدجواد، فقه الامام جعفر الصادق، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۳۷۹.
- موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، قواعد فقهیه، تهران، عروج، ۱۴۰۱.
- موسوی خمینی، روح الله، البیع، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۵.
- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۶۸ ش.
- موسوی خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰.
- نایینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، مکتبه المحمديه، ۱۳۷۳.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، نشر دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.
- نراقی، مولی عبد الصاحب، محمد، مشارق الاحکام، قم، کنگره بزرگداشت ملا مهدی نراقی و ملا احمد نراقی، ۱۴۲۲.
- ابوعرجه، سامی محمد، الشروط المقترنه بعقد النکاح فی الفقه الاسلامی، مجله جامعه الازهر، غزه، ج ۱۰، ۲۰۰۸.
- طرشی، سمیه، عز الدین کیحل، الشروط فی عقد الزواج، جامعه محمد خیزر، کلیه الحقوق و علوم سیاسیه، ۲۰۱۵.