

دانشگاه علامه طباطبائی

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد

گرایش حقوق خصوصی

موضوع شروط ضمن عقد نکاح با تکیه بر شرط عندالاستطاعه بودن  
مهر

استاد راهنما: سرکار خانم دکتر ناهید جوانمرادی

استاد مشاور: جناب آقای دکتر فرهاد پروین

نگارنده: راحله کرد کردستانی



مقدمه: ..... ۱

بخش اول:

شروط ضمن عقد نکاح

فصل اول: کلیات

- مبحث اول: معنای لغوی شرط ..... ۱۰
- مبحث دوم: معنای شرط در روایات ..... ۱۱
- مبحث سوم: معنای شرط در کتاب ..... ۱۳
- مبحث چهارم: نظر فقها راجع به حدیث المومنون ..... ۱۳
- مبحث پنجم: شرط از دیدگاه قانون مدنی ..... ۱۴
- مبحث ششم: اقسام شرط ..... ۱۷

فصل دوم: شروط ناظر بر انعقاد نکاح

- مبحث اول: پیشینه قانونگذاری ..... ۲۵
- مبحث دوم: شرط تعلیق در نکاح ..... ۲۶
- مبحث سوم: شرط صفت خاص در یکی از زوجین ..... ۳۰
- مبحث چهارم: شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح ..... ۳۳
- مبحث پنجم: شرط مدت در نکاح ..... ۳۵

فصل سوم: شروط ناظر به آثار نکاح

مبحث اول: شروط مربوط به روابط غیر مالی زوجین

- گفتار اول: شرط تعیین مسکن ..... ۳۷
- گفتار دوم: شرط عدم ازدواج مجدد ..... ۴۰
- گفتار سوم: شرط عدم نزدیکی ..... ۴۶

گفتار چهارم: شرط عدم منع از اشتغال زوجه..... ۴۹

مبحث دوم: شروط ناظر به امور مالی زوجین

گفتار اول: شرط وراثت در نکاح منقطع..... ۵۳

گفتار دوم: شرط سقوط نفقه در نکاح دائم یا شرط برقراری نفقه در نکاح منقطع..... ۵۹

گفتار سوم: شرط تملیک قسمتی از دارایی به زوجه در هنگام طلاق..... ۶۳

### فصل چهارم: شروط ناظر به انحلال نکاح

مبحث اول: شرط خیار فسخ در نکاح..... ۶۷

مبحث دوم: شرط اقاله در نکاح..... ۷۰

مبحث سوم: شرط وکالت در طلاق..... ۷۲

### بخش دوم:

### شرط عندالاستطاعه بودن پرداخت مهر

### فصل اول: درج شرط عندالاستطاعه بودن مهر

مبحث اول: مفهوم مهر و ماهیت آن

گفتار اول: معنای لغوی مهر..... ۸۰

گفتار دوم: مفهوم اصطلاحی..... ۸۱

گفتار سوم: مفهوم مهر در روایات..... ۸۲

گفتار چهارم: ماهیت مهر..... ۸۳

مبحث دوم: سابقه تاریخی پیدایش مهر

گفتار اول: تاریخچه مهر..... ۸۶

گفتار دوم: مهر در ایران باستان..... ۸۷

گفتار سوم: مهر در اسلام..... ۸۷

مبحث سوم: بررسی اجل در فقه و حقوق ایران

گفتار اول: اعراض تعهد

- ۱- تعهد ساده و مرکب ..... ۸۸
- ۲- اصل حال بودن تعهدات ..... ۹۰

گفتار دوم: مفهوم اجل

- ۱- تعریف اجل ..... ۹۱
- ۲- مفهوم اجل از دیدگاه حقوق و فقه ..... ۹۱
- ۳- اوصاف اجل ..... ۹۳
- ۴- علم متعاقدين ..... ۹۴

مبحث چهارم: عندالاستطاعة اجلی نامعین و بی تاثیر در تعلیق نکاح

گفتار اول: عندالاستطاعة اجلی نامعین

- ۱- عدم رعایت ماده ۱۹۰ موجب نامعین گردیدن شرط عندالاستطاعة ..... ۹۵
- ۲- جایگاه شرط عندالاستطاعة در فقه و حقوق ایران ..... ۹۷

گفتار دوم: عدم تاثیر شرط عندالاستطاعة در تعلیق نکاح ..... ۱۰۲

فصل دوم: آثار شرط پرداخت عندالاستطاعة بودن مهر

مبحث اول: عدم اسقاط حق حبس زوجه

گفتار اول: تعریف و ماهیت حق حبس

- ۱- معنای لغوی حق حبس ..... ۱۰۸
- ۲- حق حبس در نکاح ..... ۱۰۹

گفتار دوم: مبنای حق حبس در نکاح

- ۱- نکاح در حکم معاوضات ..... ۱۱۱

۲- اجماع..... ۱۱۳

۳- حق حبس ضمانت اجرایی برای وصول مهر..... ۱۱۳

گفتار سوم: رابطه حق حبس و تمکین

۱- اقسام تمکین..... ۱۱۵

۲- تمکین خاص موثر در حق حبس..... ۱۱۶

گفتار چهارم: شرایط اجرای حق حبس و موارد سقوط آن

۱- شرایط اجرای حق حبس

۱-۱- حال بودن مهر..... ۱۱۸

۱-۲- تمکن مالی زوج..... ۱۲۰

۱-۳- تعیین مهر معین هنگام عقد..... ۱۲۲

۲- موارد سقوط حق حبس

۲-۱- پیش از دریافت مهر نزدیکی صورت گیرد..... ۱۲۴

۲-۲- مدت دار بودن مهر..... ۱۲۶

۲-۳- عدم تاثیر اجل نامعین در حق حبس..... ۱۲۷

مبحث دوم: عدم تاثیر شرط عندالاستطاعة بر مهر المسمی

گفتار اول: انواع مهر و وجوه افتراق آنها

۱- انواع مهر..... ۱۲۹

۲- تفاوت مهر المثل و مهر المسمی..... ۱۳۴

گفتار دوم: عدم تاثیر شرط عندالاستطاعة بر مهر المسمی..... ۱۳۵

نتیجه گیری..... ۱۳۹

## مقدمه:

اهمیت خانواده و اثر انکار ناپذیر آن در سلامت انسان و اجتماع باعث شده است که جامعه شناسی، فلسفه اخلاق، اقتصاد، جمعیت شناسی، تاریخ و حتی زیست شناسی و آمار از دیدگاه ویژه خود به آن بپردازند. حقوق خانواده از پژوهشهای این علوم برای تنظیم قواعد حاکم بر آن قانون طبیعی و اجتماعی سود میبرد.

حقوق در بخش خانواده چنان در قلمرو و نفوذ اخلاق است که گفته میشود نقش دولت محدود به تضمین قواعد اخلاقی حاکم بر خانواده بوده و قانونگذار آزادی کامل در وضع قواعد آن را ندارد. هر زمان دولت خواسته است بر این قانون چیره شود و سیاستهای خود را اعمال کند با واکنشی شدید روبرو شده و توفیق او اندک و بی مقدار بوده است.

نگرش اجتماع به مصالح خانواده سبب فزونی یافتن قواعد امری و در نتیجه نفوذ دولت به درون این پللیگاه اخلاقی است. تشکیل جوامع صنعتی و نیاز اعضای خانواده به کار کردن در خارج از خانه، از انسجام دیرین آن میکاهد و عشق و ایثار جای خود را به مصلحت گرایی و سود جویی میدهد، سو استفاده از قواعد سنتی آغاز میشود در نتیجه دخالت دولت برای حمایت از ناتوان ضروری جلوه میکند.

پیش بینی شروط مربوط به اشتراک در دارایی، دادن حق وکالت در طلاق به زن در قباله های نکاح نمونه هایی از رخنه دولت به این پللیگاه طبیعی میباشد. این نفوذ اگر برای حمایت از افراد ناتوان و جلوگیری از سوئی استفاده های اخلاقی و بیقیدی باشد مفید بوده ولی زمانی که هدف از وضع این قوانین تغییر ساختار روابط خانوادگی باشد خطرناک خواهد بود.

واضح و مبرهن است که نکاح یک سازمان حقوقی و ویژه ای است که بر مبنای روابط عاطفی زن و مرد ایجاد شده و افراد آزادی کامل در انتخاب همسر دارند و همانطور که سایر قراردادهای نیاز به تراضی طرفین دارد عقد نکاح نیز وابسته به تراضی زن و مرد است.

آزادی اراده به افراد اجازه میدهد که بتوانند هر تعهدی بنمایند ، خواه مستقلا و یا به صورت شرط ضمن عقد. آزادی اراده در اموال و حقوق مالی کمتر دچار محدودیت شده است ولی در حقوق خانواده محدودیت بیشتری را متحمل گردیده ، زیرا جامعه از مجموع افراد ، وجود مستقل و طبیعی ندارد و حیات و بقاء جامعه موجب میگردد که حقوق خانواده تابع نظم خاصی قرار گیرد تا دست خوش آزادی اراده افراد نگردد . به همین جهت نکاح بین عقود دیگر وضعیت حقوقی خاصی پیدا نموده و جنبه اجتماعی آن بر جنبه فردی برتری داده شده است. معمولا در ضمن قراردادها توافقاتی بین طرفین نسبت به موضوع قرارداد صورت میگیرد، نکاح از این جریان ج دا نبوده و توافقاتی به منظور تغییر آثار قرارداد در ضمن نکاح نامه انجام میگیرد به شکل سنتی هرگاه توافقی در ضمن عقد و قرارداد انجام شود در اصطلاح (شرط) نامیده میشود. شروط ضمن عقد نکاح را میتوان به دو گروه تقسیم نمود:

گروه اول شروطی هستند که موضوع آنها یکی از احکام قانونی یا عرفی عقد نکاح است و طرفین میخواهند حدود و شرایط آن را تغییر دهند. این دسته از شروط مربوط به آثار نکاح و شروط مربوط به نکاح میباشد.

گروه دوم شروطی هستند که بطور مستقیم مربوط به نکاح نیست و زوجین به دلایلی آن را در زمره توابع عقد آورده اند. بطور مثال شرط وکالت در طلاق ، تعیین مسکن، خودداری از اختیار همسر دیگر و.... که در قباله های نکاح درج گشته است و طرفین در صورت توافق ذیل این شروط را امضاء مینمایند.

یکی از جدیدترین شروطی که راجع به مهر در عقدنامه های چاپی اضافه شده است شرط جنجال برانگیز عندالاستطاعه بودن مهر میباشد که در تاریخ ۱۱ دی ۱۳۸۷ معاون امور اسناد سازمان ثبت اسناد و اموال کشور از اضافه شدن دو شرط به شرایط دوازدهگانه چاپی دفترچه های نکاح، در اجرای مفاد دستورالعمل شماره ۱/۴۳/۸۵۹۳۵ مورخ بهمن ۱۳۸۵ مبنی بر



عندالاستطاعه بودن زوج در نحوه پرداخت مهر و توافق و امضای زوجین در موقع عقد خبر داد.

مطابق این آیین نامه در صورتی که زوجین در زمان انعقاد عقد با یکدیگر توافق نمایند زوج در زمانی مهر زوجه را پرداخت مینماید که مستطیع شده باشد. معنای چنین کلمه ای این خواهد بود که در صورت پیدایش تمکن مالی برای زوج، مهر از جانب زوجه قابل مطالبه می باشد. میدانیم که در تمام قراردادها موعد انجام تعهدات قراردادی در زمان تنظیم قرارداد معین میگردد اما در آیین نامه مورد بحث، زمان انجام تعهد به صورت مجهول عنوان شده است و زوجه زمانی قادر به مطالبه مهریه می باشد که استطاعت زوج را به اثبات برساند و این بر خلاف اصول حقوقی می باشد زیرا همیشه، شخص مدیون است که باید اثبات نماید معسر بوده و قدرت پرداخت بدهی خود را ندارد و با تصویب این قانون جای مدعی و مدعی علیه تغیر پیدا کرده است.

از سوی دیگر با توجه به ماده ۱۰۸۵ ق.م در صورتی که مهر، عندالمطالبه باشد زوجه حق حبس خواهد داشت و در صورتی که مهر موجب باشد زن قادر به اعمال این حق نخواهد بود. ناگفته مبرهن است که در صورت ذکر (اجل معین) برای پرداخت مهر، اعمال حق حبس ممکن نخواهد بود ولی در این آیین نامه زمان اجل به صورت نامعین درج گردیده است. با توجه به توضیحات ذکر شده، آیین نامه مذکور مجهولاتی را در ذهن نگارنده به وجود آورد، از جمله اینکه حق حبس زوجه با وجود چنین شرطی در چه وضعیت حقوقی قرار خواهد گرفت. آیا مصوبین این شرط آثار غیر معین بودن زمان اجل را در هنگام تصویب این قانون در نظر داشته اند و با چه عنوان حقوقی بار اثبات مستطیع بودن زوج برای دریافت مهر را بر عهده زوجه میتوان قرارداد.

به همین دلیل موضوع بلیان نامه شروط ضمن عقد نکاح با تکیه بر شرط عندالاستطاعه بودن مهر قرارداد شد تا علاوه بر بررسی شروط ضمن عقد نکاح شرط جدیدی که در نکاحنامه ها درج گردیده مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

### سوالات تحقیق:

۱- آیا شرط عندالاستطاعه بودن مهر در کنار سایر شروط ضمن عقد نکاح قابل پذیرش می باشد؟

۲- آیا با وجود شرط عندالاستطاعه بودن مهر، اعمال ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا.م.ک پذیر خواهد بود و مهر المسمی زوجه وضعیت حقوقی خود را حفظ مینماید؟

### فرضیه های تحقیق:

۱- از آنجا که زمان انجام تعهد زوج نسبت به پرداخت مهر مجهول است و این جهل موجب بطلان شرط مذکور خواهد بود لذا شرط عندالاستطاعه بودن مهر در کنار سایر شروط ضمن عقد نکاح قابل پذیرش نمی باشد.

۲- معین نبودن زمان پرداخت مهر موجب ساقط شدن شرط عندالاستطاعه بودن مهر گشته و زوجه میتواند حق حبس خود را اعمال نماید و در صورت بطلان شرط مذکور مهرالمسمی به مهر المثل تبدیل میشود.

### **تعریف مفاهیم:**

شرط: توافقی است که بر حسب طبیعت خاص خود یا مفاد تراضی دو طرف از توابع عقد اصلی قرار میگیرد مانند شرط صفت یا خیار شرط که همیشه از توابع عقد اصلی است.

نکاح: عقدی است که به موجب آن زن و مرد به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی، با هم متحد میشوند. نکاح از عقود است که هر دو جنبه مالی و غیر مالی را دارا است. مهر: مالی است که، به موجب نکاح از طرف مرد به زن داده یا متعهد به دادن آن میشود. مهر عندالاستطاعه: مهریه ای است که در صورت پیدایش تمکن مال برای مرد، از سوی زن قابل مطالبه است.

### **پیشینه تحقق:**

در ارتباط با شروط ضمن عقد نکاح کتب حقوقی و فقهی نگاشته شده است اما راجع به قسمت دوم موضوع پلیمان نامه از سوی محققان حقوقی پلسخی واضح و روشن نسبت به نقاط مجهول آن داده نشده است و تا کنون پلیمان نامه ای راجع به شرط عن دالاستطاعه بودن مهر، ارائه نگر دیده است.

## اهداف پژوهش:

در تحقیق پیش رو سعی بر آن بوده تا با نگاهی دوباره به شروط ضمن عقد نکاح و نظرات فقها و حقوقدانان راجع به این شروط وضعیت حقوقی این شروط مورد توجه قرار گیرد و با نگاهی به دو بند جدید در عقدنامه ها قصد اصلی مسولین برای درج این دو بند مورد بررسی قرار گیرد. هر چند به نظر میرسد که قصد اصلی مسئولین نوعی مانع در برابر مهر های بالا بوده است تا از این طریق کانون خانواده حفظ گردد و زوجه در برابر مهر بالایی که در ضمن عقد نسبت به پرداخت آن متعهد گردیده است دارای وسیله ای برای مقابله باشد تا بر اثر ناتوانی از پرداخت مهر مجبور به تحمل حبس نگردد. با اینحال به نظر میرسد شرط مذکور نه تنها مشکلات مهر های بالا را حل ننموده است بلکه با کمی دقت به این نتیجه میرسیم که اگر زوجه بر اثر جهل نسبت به آثار حقوقی، شرط عندالاستطاعه بودن مهر را بپذیرد. به مرور مشکلات حقوقی بیشتری به وجود خواهد آمد و در آینده ای نه چندان دور پیوندهایی با این مبنا در دادگاههای کشور مطرح خواهد شد. از این رو سعی نگارنده بر این خواهد بود تا با استفاده از اصول حقوقی و دکتترین این موضوع بررسی گردد که شرط عندالاستطاعه بودن مهر با اصول حقوقی سازگاری خواهد داشت.

## مشکلات و تنگناهای احتمالی تحقیق:

راجع به قسمت دوم تحقیق پیش روی تا کنون کتابی منتشر نشده و به جز مقالاتی، آن هم به صورت محدود، در کنار کتب عربی که راجع به اجل نگاشته شده، مطلبی وجود ندارد از اینرو محقق تنها میتواند از دیگر اصول حقوقی برای اثبات فرضیه های خود استفاده نماید.

## روش شناسی تحقیق :

روش شناسی به کار رفته در این تحقیق از نوع تحلیلی توصیفی میباشد.

## روش تجزیه و تحلیل داده‌ها:

نگارنده به وسیله روش کتابخانه ای همراه با تجزیه و تحلیل داده‌های به دست آمده سعی در نگارش تحقیق مذکور خواهد داشت.

## سازمان دهی تحقیق:

بخش اول شامل چهار فصل خواهد بود. فصل اول که مربوط به کلیات شروط ضمن عقد بوده و در این فصل نگارنده به دنبال آن خواهد بود که کلیات شروط ضمن عقد از دیدگاه کتاب، سنت، روایات، نظر فقها و در نهایت قانون مدنی مورد بررسی قرار دهد. فصل دوم مربوط به شروط ناظر بر انعقاد نکاح میگردد. در این فصل نگارنده به بحث و مطالعه راجع به شرط تعلیق، شرط صفت خاص در یکی از زوجین، شرط خلاف مقتضای عقد، و شرط مدت میپردازد و به این ترتیب وارد فصل سوم که در این فصل شروط ناظر بر آثار نکاح که خود شامل دو مبحث مجزا میگردد خواهیم شد. مبحث اول راجع به شروطی میباشد که مربوط به روابط غیر مالی زوجین است و مبحث دوم مربوط به شروطی میگردد که راجع به روابط مالی زوجین میباشد. به این ترتیب فصل سوم به پایان رسیده و به فصل چهارم که مربوط به شروط مربوط به انحلال نکاح میگردد رسیده که این فصل آخرین فصل مربوط به این بخش میباشد. در این فصل سعی بر این است تا بررسی گردد. آیا میتوان موارد انحلال نکاح را افزایش داد یا چنین امری غیر ممکن خواهد بود. به این ترتیب بخش اول به پایان رسیده و مقدمه بخش دوم آغاز میگردد. بخش دوم شامل دو فصل میباشد. فصل اول راجع به درج شرط عندالاستطاعه بودن مهر بوده که خود شامل ۴ مبحث میباشد و در این فصل نگارنده سعی بر آن دارد تا به بررسی این موضوع بپردازد که آیا چنین شرطی مطابق اصول حقوقی ایران صحیح میباشد و با پلسخ دادن به این سوال فصل دوم که مربوط به آثار شرط پرداخت عندالاستطاعه بودن مهر میباشد، آغاز میشود. این فصل نیز شامل دو مبحث میباشد در این

فصل به دنبال این خواهیم بود که نشان دهیم آیا چنین شرطی در حق حبس زوجه و  
مهرالمسمی تعیین شده از سوی طرفین تاثیر گذار است یا خیر؟

**بخش اول :**

**شروط ضمن عقد نکاح**

## فصل اول: کلیات

### مبحث اول: معنای لغوی شرط

شرط واژه ای عربی است و جمع آن شروط و شرایط است . در زبان عربی از کلمه شرط معنی الزام و التزام فهمیده می شود و در این معنا شرط مطلق الزام و التزام است بی آنکه در ضمن عقد درج شده باشد. کلمه شرط بدین معنا مصدر فعل (شرط) بوده و دیگر مشتقات همچون شارط و مشروط از آن ریشه می گیرند<sup>۱</sup>.

گروهی دیگر از اهل لغت شرط را این گونه تعریف کرده اند (الشرط الزام الشی و التزامه فی البیع و نحوه)<sup>۲</sup> یعنی متعهد ساختن و پذیرش تعهدی که در ضمن عقد خرید و فروش و مانند آن صورت می پذیرد، شرط نامیده می شود.

در ادبیات و علم نحو واژه شرط در معنای گزاره ای است که پس از ادات شرط می آید، که این گزاره ادات شرط نامیده می شود و آنچه پس از شرط می آید را جزای شرط می نامند . شرط در نزد نحویون مرتبط نمودن امری به امر دیگر توسط ادات شرط می باشد که امر دوم محقق نمی گردد مگر اینکه امر اول محقق شده باشد.

در علم اصول، آنچه از عدم آن عدم چیز دیگر لازم آید اعم از آنکه از وجود آن وجود دیگری لازم بیاید یا خیر را شرط آن چیز می نامند . مرحوم مظفر در تعریف جمله شرطیه گفته است (متبادر از جمله شرطیه این است که جزا حاصل می شود هنگامی که شرط موجود شود و این همان معنای تعلیقی است که مفاد جمله شرطیه است و جمله شرطیه جز این معنا، معنای دیگری ندارد)<sup>۳</sup>.

معنای شرط از دید فقها در بعضی از کتب فقها از جمله جواهر الکلام و قواعد شهید اول بحث های فراوانی شده است و بسیاری از علما نیز مخصوصاً قدما در مسائلی بپاکنده احکامی در این

<sup>۱</sup> لویس معلوف، المنجد، ص ۳۸۲، انتشارات اسماعیلیان، چ دوم، سال ۱۳۶۴.

<sup>۲</sup> محمد بن مکرم ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۲۹، بی جا، دار احیا التراث العربی، چ اول، سال ۱۴۰۵ ق.

<sup>۳</sup> علامه محمدرضا مظفر، ج ۱ ص ۱۱۳، ترجمه عباس زراعت و حمید مسجد سرائی، قم، انتشارات حقوق اسلامی، چ اول بلیز ۱۳۸۵.



رابطه بیان نموده اند، با وجود این می توان گفت که هیچ کس قبل از شیخ انصاری بحث شرط را به عنوان مبحثی مجزا مطرح نکرده است. شیخ در کتاب خود مکاسب مبحثی را به عنوان شروط مطرح نموده است. در نظر ایشان شرط در عرف به دو معنا استعمال می شود، الف) معنای اول معنای مصدری است و در این معنا کلماتی مانند شارط و مشروط از آن ریشه می گیرند. گاهی لفظ شرط فقط در معنای مشروط به کار می رود همانطور که کلمه خلق در معنای مخلوق به کار برده می شود و منظور از شرط در این مواقع چیزی است که شخص بر نفس خود ملزم می کند. ب) معنای دوم آنچه که از عدم چیز دیگر لازم آید بدون اینکه ملاحظه شود که آیا از وجود آن وجود چیز دیگری لازم می آید یا خیر. شرط در این معنا اسم جامد است و مصدر نمی باشد و اگر کلماتی مانند مشروط و شارط از آن ریشه بگیرند بر خلاف اصل می باشد. شارط همان قرار دهنده شرط می باشد و مشروط کسی است که شرط برای او قرار داده می شود. بنابراین باید گفت شرط دو معنای عرضی دارد و دو معنای اصطلاحی که اصطلاحات عرضی بر دو معنای اصطلاحی آن حمل نمی شود، بلکه همیشه مردد بین دو معنای عرضی است که اگر قرینه قائم شود که از شرط اراده مصدر شده است. معنای اول مورد نظر است و اگر قرینه قائم شود که از شرط اراده اسم جامد شده است. معنای دوم متعین است و اگر قرینه وجود نداشته باشد اجمال حاصل می گردد.<sup>۱</sup>

### مبحث دوم: معنای شرط در روایات

معنای شرط در روایات ((المومنون عند الشروطهم))

در مورد کلمه شرط در این روایات دو احتمال مطرح است.<sup>۲</sup>

الف) شرط دارای معنای مصدری می باشد.

<sup>۱</sup> شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۲۷۵، ۳ جلدی، قم، انتشارات دهقان، چ سوم، زمستان ۱۳۷۴.  
<sup>۲</sup> منبع پیشین، ص ۲۷۶.

(ب) شرط دارای معنای اسمی و جامد می باشد.

اولین احتمال بر این بلیه استوار است که جمله ( المومنون... ) اگرچه به ظاهر خبری می باشد اما در حقیقت انشاء بوده و وجوب پلّی بندی به شرط را می رساند و از آنجا که احکام تکلیفی به افعال مکلفین تعلق می گیرد می بایست شرط را دارای معنای مصدری دانست تا تعلق وجوب بدان صحیح گوید و در این حالت به دو صورت می توان معنای مصدری مورد نظر را تصور نمود .  
اول اینکه مقصود از شرط ،تعهد و التزام باشد به عبارت دیگر مصدر در معنای خویش به کار رفته باشد و دوم اینکه مقصود از شرط چیزی است که شخص بدان متعهد گشته و التزام سرپیاده که در این صورت مصدر و در غیر معنای خویش به کار رفته است.

در احتمال دوم جمله ( المومنون... ) آن گونه که ظاهرش اعلام می دارد جز خبر نیست و معنای شرط نیز چیزی است که نبودن آن نبودن چیز دیگر را به دنبال داشته باشد. به عنوان مثال اگر در ضمن خرید و فروش شرط دوختن لباس برای فروشنده گردد معنای آن این است که در صورت عدم تحقق این شرط ، شرط الزام بیع نیز منتفی خواهد گشت . البته مشخص است که طبق احتمال اول وفا به شرط واجب، در حالی که بر بلیه همان احتمال دوم وفا به شرط واجب نبوده و تنها اثر شرط منفی گشتن مشروط، در صورت نبودن شرط است.

شرط به معنای عهد : در روایات گاهی واژه شرط به معنای مطلق عهد آمده است مانند ( شرط الناس ) که به معنای ( عهد الناس ) و یا ( شرط الله ) که به مفهوم ( عهد الله ) است و عهد الله نیز به معنای احکام الله اعم از احکام تکلیفی و وضعی است . چنانکه در روایت زیر شرط به معنای عهد الهی آمده است.

مردی با همسرش ضمن عقد به نحو شرط نتیجه شرط کرده بود که چنانچه از دواج مجدد کند، زوجه مطلقه باشد. در این باره از امام (ع) سوال شد و ایشان پلّسخ دادند که این شرط باطل است .  
پسش کننده در مورد بطلان توضیح خواست و امام (ع) پلّسخ دادند (لان شرط الله اسبق من

شروطکم<sup>۱</sup>). زیرا طلاق که از اختیارات زوج است یک حکم الهی است و قراردادهای مردم نمی تواند خلاف آن باشد.

### مبحث سوم: معنای شرط در کتاب

به موجب آیه شریفه افو بالعقود، وفا به همه عقود مورد دستور الهی قرار گرفته است. عقود به معنای عهود است و همانطور که در صحیفه ابن سنان آمده است العقود هو العهود. بنابراین چنانچه واژه شرط در معنای عهد به طور مطلق به کار رفته است مضمول این آیه بوده و وفا به آن لازم است.

اگرچه شیخ انصاری معتقد است که این آیه در مورد بیان حکم تکلیفی است و حکم وضعی جدا از حکم تکلیفی است اما پس از ایشان اکثر فقها معتقد که منظور آیه بیان حکم وضعی است و به تعبیر دیگر هدف آیه بیان نفوذ و لزوم عقود و شروط است<sup>۲</sup>.

آیات مربوط به وفای به عهد نظیر (...و المومنون بعهدهم اذا عاهدوا...<sup>۳</sup>) همانطور که حکم عهد و پیمان بندگان با خداوند را بیان می کنند، پیمان های خصوصی میان مردم را نیز در بر می گیرد.

### مبحث چهارم: نظر فقها راجع به مفاد حدیث المومنون

فقها در رابطه با روایت المومنون اختلاف نظر داشته و نظریات مختلف ارائه نموده اند. شیخ انصاری می گوید: قول مشهور در رابطه با روایت نبوی المومنون، عند شروطهم هم ان وجوب یا تکلیف شرعی است. در تأکید این قول در بعضی کتب روایاتی به طور مرسل نقل شده است که به دنبال جمله المومنون جمله (الا من عصی الله) افزوده گشته و اگر بنابراین گذاشته شود که استثنا از مشروط علیه شده است نه از شرط، می توان گفت که افزوده شدن چنین جمله

<sup>۱</sup> الحر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چ هفتم، سال ۱۴۰۳ ق.  
<sup>۲</sup> محسن طباطبائی حکیم، مستمک عروه الوثقی، ج ۱۲، ص ۲۶۸، قم، منشورات مکتبه آیت الله نجفی، سال ۱۴۰۴ ق.  
<sup>۳</sup> سوره بقره، آیه ۱۷۷

ای وفا به شرط را می رساند. به سخن دیگر به موجب این قاعده مومنان موظف و مکلف شده اند که به قراردادها و شروطشان وفا کنند ولی حکم وضعی، یعنی لزوم قراردادها از حکم تکلیفی جدا است.

محقق ابروانی معتقد است که (از این جمله نه استفاده و جوب می شود و نه اینکه جمله خبری میباشد که در مقام انشا به کار رفته است بلکه تنها در مقام بیان صفات مومن است و می گوید که مومن به شرطش عمل می کند. در واقع روایت به ظاهرش حمل می گردد که همان اخبار و و بیان صفات مومن می باشد).<sup>۱</sup>

بعضی علمای امامیه همچون شهید اول در لمعه این قول را اختیار کرده است و عقیده دارد که (بر مشروط علیه واجب نیست که شرط را انجام دهد و تنها فایده ای که دارد این است که بیع در هنگام عدم سلامت شروط متزلزل می گردد و اگر شرط اتیان شود بیع لازم می شود).<sup>۲</sup>

محقق نائینی بر این عقیده است که اگر وفا به شرط حکم تکلیفی باشد نمی توان با اسقاط مشروط له شرط ساقط شود، مانند سایر تکالیف واجب، در حالی که شرط می تواند ساقط شود و اگر مشروط له آن را ساقط کند و یا اینکه مشروط له اذن دهد که وفا به شرط واجب نیست. حال اگر ما عقیده داشته باشیم که وفا به شرط تکلیف محض است، سقوط شرط در موارد مذکور ممتنع خواهد شد.<sup>۳</sup>

## ۵- شرط از دیدگاه قانون مدنی

( در قانون مدنی هر چند از شرط تعریفی نشده است ولی بنابر آنچه که از موارد مربوط به شرط استنباط می شود می توان آن را به معنی الزام و تعهد تبعی دانست که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد می شود و معنای مورد یا جزء معامله اصلی محسوب می گردد. با توجه به آنکه شرط ضمن عقد معین وجودی تبعی و معامله ای که شرط ضمن آن قرار می گیرد موجود اصلی

<sup>۱</sup> محمد کاظم طباطبائی یزدی، حاشیه ای بر مکاسب، ص ۱۱۸، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق.  
<sup>۲</sup> محقق ابروانی، تعلیقات ابروانی بر مکاسب، ج ۲، ص ۶۶، تهران، چاپ رشدیه، بی تا.  
<sup>۳</sup> شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح لمعه مشقیه، ج ۲، ص ۵۰۶، بیروت، دارالعالم اسلامی، ۱۹۸۳ م.