

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۷۲



دانشگاه پیام نور

پایان نامه

برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

دانشکده پیام نور مرکز (تهران)

گروه علمی انسانی

عنوان پایان نامه:

شرط ضمن عقد تنصیف دارایی زوج در عقد نکاح دائم

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر مصطفی نصیری

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر حسین علی احمدی

نگارش:

حبیب الله خوانساری

آبان ۱۳۸۹

## تقدیر و تشکر:

«من علمنی حرفاً فقد صیرنی عبداً» مولای متقیان علی (ع)

بر حقیر فرض است که از زحمات کلیه‌ی کسانی که تا این لحظه از حیات، مدیون ادب و دانش و معنویت آنها هستم قدردانی نموده و ثناگوی آنان باشم، خصوصاً از اساتید راهنما و مشاور جنابان دکتر مصطفی نصیری و حجه الاسلام دکتر حسین علی احمدی که موجبات زحمت شان را فراهم کردم سپاسگزارم.

حبیب الله خوانساری

## چکیده:

موضوع تحقیق، بررسی نفوذ یا عدم نفوذ شرط تنصیف دارایی زوج در ضمن عقد نکاح است که به عنوان یکی از شروط ضمن عقد، به صورت فرم چاپی در قباله های نکاح به امضاء زوجین می‌رسد. اهمیت شروط ضمن عقد به ویژه شروط ضمن عقد نکاح بر کسی پوشیده نیست. مضافاً این که افزایش روزافزون مراجعات به محاکم و دادرها، لزوم توجه بیشتر به زوایای مختلف حقوقی عقد نکاح را نمایان می‌سازد، بنابراین جهت مقایسه و تطبیق شرط مذکور از باب تمهید مقدمات ورود به مباحث اصلی در فصول اول و دوم، قواعد و مقررات عام شروط ضمن عقد و شروط صحیح و شروط باطل و مبطل در کلیه عقود و در عقد نکاح اختصاصاً بررسی و مطالعه شد و گفتیم که در عقد نکاح به لحاظ این که موضوع این عقد خود متعاقدين می‌باشند شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود مصداق نمی‌یابد و فقط شرط خلاف مقتضای ذات عقد باطل و موجب ابطال عقد است و نیز پس از احصاء ویژگی‌های ظاهری شرط مندرج در قباله، محاسن و معایب آن را برشمردیم و گفته شد که این شرط با شرط فعل مطابقت داشته و دلیلی بر ابطال آن وجود ندارد و در واقع تعهد مشروط علیه، طلاق ندادن زوجه بدون دلیل موجه است و ضمانت اجرای تخلف از این شرط انتقال نصف دارایی محصله پس از انعقاد عقد نکاح است نه فسخ نکاح مشروط و نیز به این نتیجه دست یافتیم که اگرچه زوجین الزامی به پذیرش این شرط ندارند لیکن درج شرط در عقد، جنبه حمایتی برای زوجه داشته و موجب محدود شدن اختیار طلاق زوج می‌شود. از سویی دیگر اگر طلاق ناشی از عدم انجام وظایف زناشویی و سوءرفتار و اخلاق زوجه باشد، زوج مسئولیتی در انتقال نصف دارایی ندارد، لیکن این شرط جنبه بازدارندگی از وقوع طلاق‌های بی‌دلیل داشته و موجب تحکیم مبانی خانواده می‌شود.

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
	<b>فصل اول: شروط ضمن عقد</b>
	<b>مبحث اول</b>
۱-۱-۱	مفهوم شرط
۱-۱-۲	معنای لغوی شرط
۱-۱-۳	شرط در معنای اصطلاحی
۱-۱-۴	مفهوم حقوقی شرط
۱-۱-۵	شروط ابتدائی
	<b>مبحث دوم</b>
۱-۲-۱	عقد
۱-۲-۱-۱	مفهوم عقد
۱-۲-۱-۲	شرایط اساسی عقد
۱-۲-۱-۳	تقسیمات عقد در قانون مدنی
۱-۲-۱-۴	تعریف عقد مشروط
۱-۲-۱-۵	تفاوت عقد مشروط و عقد معلق
	<b>مبحث سوم</b>
۱-۲-۱-۳-۱	چگونگی ارتباط شرط با اعمال حقوقی
۱-۲-۱-۳-۱-۱	شروط ضمن عقد در قانون مدنی
۱-۲-۱-۳-۱-۲	شرط در عقود لازم و جایز
۱-۲-۱-۳-۱-۳	شروط در عقود غیر معوض
۱-۲-۱-۳-۱-۴	اثر درج عقد جائز در ضمن عقد لازم
۱-۲-۱-۳-۱-۵	مفهوم عقد خارج لازم
۱-۲-۱-۳-۱-۶	شرط به سود یا زیان شخص ثالث
	<b>مبحث چهارم</b>
۱-۲-۱-۴-۱	شرایط صحت شروط ضمن عقد و اقسام آنها

- ۱-۴-۱- اقسام شرط به اعتبار شیوه بیان اراده ..... ۱۸
- ۱-۴-۲- اقسام شرط به اعتبار اثری که بر عقد می گذارد ..... ۱۹
- ۱-۴-۳- اقسام شرط به اعتبار شیوه ارتباط با عقد ..... ۱۹
- ۱-۴-۴- اقسام شرط به اعتبار موضوع و ماهیت آن ..... ۱۹
- الف- شرط صفت ..... ۱۹
- ب- شرط فعل (اثباتاً و نفیاً) ..... ۲۰
- ج- شرط نتیجه ..... ۲۰
- ۱-۴-۵- تقسیم شرط در قانون مدنی از حیث صحت و بطلان ..... ۲۰
- الف- شروط صحیح ..... ۲۱
- ب- شروط باطل غیر مبطل عقد ..... ۲۱
- ج- شروط باطل مبطل عقد ..... ۲۲

#### مبحث پنجم

- ۱-۵-۵- نتایج تخلف از شروط ضمن عقد ..... ۲۳
- ۱-۵-۱- نتیجه تخلف از شرط صفت ..... ۲۳
- ۱-۵-۲- نتیجه تخلف از شرط فعل ..... ۲۴
- ۱-۵-۳- نتیجه تخلف از شرط نتیجه ..... ۲۶

#### مبحث ششم

- ۱-۶-۶- قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط شروط ضمن عقد ..... ۲۷

#### فصل دوم: شروط ضمن عقد در عقد نکاح

- مقدمه ..... ۲۹

#### مبحث اول

- ۱-۲-۱- عقد نکاح ..... ۳۰
- ۱-۲-۱- تعریف عقد نکاح ..... ۳۰
- ۱-۲-۲- نکاح عقد معوض است یا غیر معوض؟ ..... ۳۰

#### مبحث دوم

- ۱-۲-۲- انواع شروط در عقد نکاح و چگونگی تنظیم آنها ..... ۳۱
- ۱-۲-۲- شروط صحیح در عقد نکاح ..... ۳۱

- ۳۲.....شرط باطله در عقد نکاح ۳-۲-۲
- ۳۳.....شرط صفت در عقد نکاح ۴-۲-۲
- ۳۴.....شرط فعل در عقد نکاح ۵-۲-۲
- ۳۵.....شرط نتیجه در عقد نکاح ۶-۲-۲

#### مبحث سوم

- ۳۶.....اسباب انحلال عقد نکاح ۳-۲
- ۳۷.....فسخ ۱-۳-۲
- ۳۷.....فوت ۲-۳-۲
- ۳۷.....بذل و انقضای مدت ۳-۳-۲
- ۳۸.....طلاق ۴-۳-۲
- ۳۹.....اقسام طلاق ۱-۴-۳-۲
- ۳۹.....طلاق بائن و رجعی ۲-۴-۳-۲

#### فصل سوم: شرط تنصیف دارایی زوج در عقد نکاح

- ۴۱.....مقدمه.....

#### مبحث اول

- ۴۲.....مفهوم اموال و دارایی ۱-۳
- ۴۲.....تعریف دارایی ۱-۱-۳
- ۴۳.....عناصر مال ۲-۱-۳
- ۴۳.....انواع علاقه اشخاص به اموال و دارایی ها ۳-۱-۳
- ۴۵.....استقلال دارایی زوجین ۴-۱-۳
- ۴۷.....دارایی های قائم به شخص ۵-۱-۳
- ۴۷.....ماهیت مهر ۶-۱-۳

#### مبحث دوم

- ۴۸.....مفهوم شرط تنصیف دارایی ۱-۲-۳
- ۵۰.....شرط انتقال اموال در ضمن عقد نکاح ۲-۲-۳
- ۵۱.....شرط مالی و غیرمالی در عقد نکاح ۳-۲-۳
- ۵۲.....شرط انتقال اموال و دارایی در ضمن کلیه عقود ۴-۲-۳

- ۵۳-۲-۳- عناصر تشکیل دهنده شرط انتقال.....
- ۵۷-۲-۳- موضوع شرط تنصیف.....
- ۵۸-۲-۳- مشروط علیه در شرط تنصیف.....
- ۵۹-۲-۳- شروط مالی در نسبت های مختلف.....
- ۶۰-۲-۳- نظریات موافقان و مخالفان شرط تنصیف.....
- ۶۰-۲-۳- نظریه های اداره ی حقوقی قوه قضائیه.....
- ۶۲-۲-۳- شرط تنصیف در نزد فقهای معاصر.....
- ۶۴-۲-۳- شرط تنصیف در عقد نکاح منقطع.....
- ۶۵-۲-۳- شرط تنصیف بدون درج در قباله ی نکاح.....

#### مبحث سوم

- ۶۶-۳-۳- ویژگی های شرط تنصیف دارایی.....
- ۶۶-۳-۳- شرط ضمن عقد بودن.....
- ۶۶-۳-۳- رایج بودن این شرط در عقد نکاح.....
- ۶۷-۳-۳- منوط بودن شرط تنصیف به طلاق.....
- ۶۹-۳-۳- متعهد و مشروط علیه بودن زوج.....
- ۷۰-۳-۳- لزوم تقاضای طلاق از سوی زوج.....
- ۷۰-۳-۳- منوط بودن اعمال شرط تنصیف به عدم سوء رفتار و اخلاق زوجه.....
- ۷۱-۳-۳- منوط بودن اعمال شرط به عدم تخلف از وظایف زناشویی زوجه.....
- ۷۲-۳-۳- دادگاه مرجع تشخیص سوء اخلاق و رفتار و تخلف از وظایف زناشویی زوجه.....
- ۷۵-۳-۳- وظیفه زوج در انتقال معادل اموال به زوجه.....
- ۷۸-۳-۳- بلا عوض بودن انتقال نصف دارایی.....
- ۷۸-۳-۳- ملاک بودن اموال تحصیل شده در ایام زناشویی.....
- ۸۰-۳-۳- ایام زوجیت.....
- ۸۰- الف- دوران نامزدی.....
- ۸۱- ب- دوران عقد.....
- ۸۱- ج- دوران پس از عروسی (زندگی مشترک).....

#### مبحث چهارم



- ۳-۴-چگونگی درج شرط تنصیف دارایی در ضمن عقدنکاح ..... ۸۲
- ۳-۴-۱- شرط تنصیف از طریق شرط نتیجه ..... ۸۲
- ۳-۴-۲- شرط تنصیف از طریق شرط فعل ..... ۸۳
- ۳-۴-۳- شرط تنصیف از طریق شرط صفت ..... ۸۳
- ۳-۴-۴- تمیز شرط فعل از شرط نتیجه ..... ۸۳
- ۳-۴-۵- جواز یا عدم جواز تعیین مدت در شرط تنصیف ..... ۸۸

#### مبحث پنجم

- ۳-۵- تأثیر هریک از عوامل انحلال بر شرط ..... ۸۹
- ۳-۵-۱- تأثیر فوت متعاقدين ..... ۹۰
- ۳-۵-۲- تأثیر انواع طلاق بر شرط ..... ۹۰
- ۳-۵-۳- تأثیر فسخ بر شرط ..... ۹۱
- ۳-۵-۴- تأثیر انقضاء و بذل مدت ..... ۹۲

#### مبحث ششم

- ۳-۶- تأثیر برخی از وقایع بر شرط تنصیف ..... ۹۲
- ۳-۶-۱- تأثیر فوت مشروط علیه ..... ۹۲
- ۳-۶-۲- تأثیر حجر زوجهین بر شرط ..... ۹۳
- ۳-۶-۳- تأثیر اعسار مشروط علیه بر شرط تنصیف ..... ۹۴
- ۳-۶-۴- اثر تکرار طلاق بر شرط تنصیف ..... ۹۴
- ۳-۶-۵- اعمال حق شفعه و تأثیر اجرای شرط بر آن ..... ۹۵

#### مبحث هفتم

- ۳-۷- معایب و محاسن شرط تنصیف دارایی ..... ۹۶
- الف - محاسن شرط تنصیف دارایی ..... ۹۶
- ۳-۷-۱- جنبه حمایتی داشتن برای زوجه ..... ۹۶
- ۳-۷-۲- بازدارندگی از وقوع طلاق ..... ۹۷
- ۳-۷-۳- مستند به سند رسمی بودن ..... ۹۸
- ۳-۷-۴- ملزم نبودن زوج به پذیرش شرط ..... ۹۸
- ب- معایب شرط تنصیف ..... ۹۸

- ۳-۷-۵- امکان تأثیر پذیری زوج از معاذیر اخلاقی و رسومات نا صحیح ..... ۹۸
- ۳-۷-۶- دشوار بودن احراز نصف دارایی زوج ..... ۹۹
- ۳-۷-۷- اعتقاد برخی بر مجهول بودن شرط ..... ۱۰۰
- ۳-۷-۸- وسیع بودن مفاهیم سوء اخلاق و رفتار و تکالیف و وظایف زناشویی ..... ۱۰۱
- ۳-۷-۹- به کار رفتن اصطلاح «تا نصف دارایی» ..... ۱۰۱
- ۳-۷-۱۰- تکلیف زوج در ارائه دلیل اثباتی ..... ۱۰۱

### مبحث هشتم

- ۳-۸-۱- ضمانت اجرای شرط تنصیف دارایی ..... ۱۰۲
- ۳-۸-۲- مفهوم نحله و اجرت المثل ..... ۱۰۴
- ۳-۸-۳- قابل جمع بودن شرط تنصیف با نحله و اجرت المثل ..... ۱۰۶
- ۳-۸-۴- چگونگی جمع بین شرط تنصیف با اختیار مطلق مرد در طلاق دادن همسرش ..... ۱۰۷
- ۳-۸-۵- آیین دادرسی شرط تنصیف دارایی ..... ۱۰۸
- ۳-۸-۶- شرط تنصیف بدون در قباله ی نکاح ..... ۱۰۹
- ۳-۸-۷- راه های گریز از اجرای شرط تنصیف ..... ۱۰۹
- نتیجه مباحث ..... ۱۱۱
- منابع ..... ۱۱۶
- پیوست ها ..... ۱۲۰

## مقدمه:

عقود و قراردادهای اعم از معین و غیر معین از آن حیث که دارای موضوعات خاص و معین هستند، ممکن است تمامی اهداف و آمال متعاقدین و اطراف قرار داد را بر آورده نسازند و طرفین برای رسیدن به تمایلات درونی و انگیزه های مادی خود که قبل از انعقاد قرارداد به آن فکر کرده اند تعهدات و الزاماتی را به یکدیگر تحمیل نمایند که در کنار ساختمان قانونی و عرفی عقد، جزء ملحقات قراردادها شوند و این خواستها و تمایلات علی‌الاصول در قالب شروط ضمن عقد ابراز می‌گردند، شروط ضمن عقد ممکن است به انگیزه های متعددی در محدوده توافق و اراده متعاقدین وارد شوند، گاهی ممکن است شروط ضمن عقد ناشی از زیاده خواهی و بنوعی امتیاز گیری از طرف مقابل قرارداد باشد، خصوصاً در مورد اشخاصی که در اثر اضطراب تن به قرارداد می‌دهند. مانند شخصی که برای تهیه جهیزیه دخترش و یا فراهم نمودن موجبات اشتغال فرزند خود و یا برآوردن تمینات و خواسته‌های خانواده‌اش مضطر در انجام معامله هستند و نتیجتاً تسلیم شروط اعلامی طرف دیگر می‌شوند. گاهی هم برای جلوگیری از تعدد انعقاد قراردادهاست لذا عقدی را در ضمن عقد دیگری می‌گنجانند، فی‌المثل در ضمن عقد بیع یکی از طرفین وکیل می‌شود. افراد گاهی هم برای تغییر و تبدیل جواز و لزوم عقد، دست به معامله مشروط می‌زنند مانند قرار دادن عقد جایز وکالت، در ضمن عقد لازم بیع.

در عقد نکاح هم ممکن است به علل فوق‌الذکر و نیز به لحاظ اهمیتی که این عقد برای طرفین و خانواده‌های آنها دارد معمولاً مسائل مختلفی مانند حق انتخاب محل سکونت، اشتغال، نفقه، تعهد به خرید بعضی از کالاهای اساسی و تحصیلات، وکالت در طلاق، در ضمن عقد نکاح به صورت شرایط ضمن عقد گنجانده شود.

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی می‌گوید: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند 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 کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها 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.» ملاحظه می‌گردد که قانون مدنی با درج عبارت هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد، درج هر گونه شرط را در ضمن عقد نکاح جایز شمرده، مگر این که خلاف مقتضای عقد نکاح باشد و به نظر می‌رسد در متن قانون مدنی آنجائی که تصریحی از اقتضای عقد نشود و نتیجه‌ی شرط خلاف آن بطلان اعلام

شود محمول بر مقتضای ذات است نه مقتضای اطلاق، چرا که شرط خلاف مقتضای ذات است که موجودیت عقد را به خطر می‌اندازد و نوعاً موجب انتفای آثار اصلی و ذاتی عقد می‌شود و از سوئی ممکن است مقتضای اطلاق هر عقدی متعدد باشد لذا می‌توان گفت در جایی که شرط خلاف اقتضاء موجب بطلان عقد نشود آن مقتضای اطلاق است نه اقتضای ذات عقد.

از جمله شروطی که امروزه در حقوق خانواده ذهن و اندیشه علم حقوق خصوصی را به خود معطوف نموده شرط تنصیف دارائی زوج در عقد نکاح است هر چند در قانون مدنی و قوانین مرتبط با حقوق خانواده اختصاصاً به این شرط پرداخته نشد لیکن در قباله‌های چاپی عقد نکاح، به تأسی از حقوق کشورهایی که اشتراک دارایی زوجین در آن کشورها حاکم است شرطی چاپ شده بدین نحو که چنانچه طلاق از سوی زوج باشد و ناشی از تخلف زوجه از وظایف زناشویی و یا سوء رفتار و... نباشد زوج موظف به انتقال اموال خود تا نصف دارایی که در زمان زوجیت حاصل شده، به زوجه می‌باشد و ما در این تحقیق برآنیم ضمن مطالعه و مذاقه در حد بضاعت مزجاء و با مراجعه به متون معتبر و مشهور فقهی و کتب حقوقی پیرامون این شرط کنکاش نموده و در صورت حصول این نتیجه که شرط تنصیف با معیارها و موازین شروط ضمن عقد انطباق دارد بدواً مشخص نماییم که در زمره شروط فعل است یا نتیجه و پس از آن نقاط ضعف و مثبت آنرا بر شمرده و نیز رویه قضائی و محاکم دادگستری را در برخورد با این شرط و رسیدگی به دعاوی مطروحه نقد و بررسی می‌نماییم. لذا در فصل اول و دوم مفهوم و تعاریف و کلیات شرط ضمن عقد را اجمالاً بررسی می‌نماییم و سپس معیارهای صحت و نفوذ آن و نیز ملاک‌های بطلان شرط را بر می‌شماریم و همچنین در فصول اول و دوم شروط ضمن عقد را در عقد نکاح بررسی نموده و در تطبیق قواعد عام شروط ضمن عقد با عقد ازدواج به این سوال پاسخ داده می‌شود که آیا شرط مجهول می‌تواند در عقد نکاح نیز موجب جهل به عوضین که در این عقد، خود متعاقدین موضوع آن هستند شود یا خیر؟ و نیز شروط صحیح و باطل و شروطی که علاوه بر باطل بودن موجب ابطال عقد نکاح می‌گردند را بیان می‌نماییم و به مفاهیمی چون دارایی، تعریف آن و استقلال دارایی، انواع رابطه و علاقه‌ی اشخاص به اموال و دارایی و دارایی‌های قائم به شخص را مختصراً توضیح داده و سپس ملاک بطلان شرط خیار در عقد نکاح را بیان نموده و متذکر این نکته می‌شویم که درج شرط خیار در عقد نکاح باطل است و خیار فسخ نیز در عقد نکاح منحصر به موارد مصرحه در قانون است. سپس در فصل سوم اختصاصاً به موضوع رساله پرداخته خواهد شد تا ویژگیها و محاسن و معایب آن را بر شمرده و در مقیاس قواعد شروط ضمن عقد این شرط را مورد سنجش قرار داده و سپس نتیجه‌ی مباحث را در چند صفحه بقدر

بضاعت اندک خود بازگو می‌نمائیم، در اینجا لازم است فرضیات و سوالات پایان‌نامه را مختصراً برشمریم:

### فرضیات تحقیق:

اول- فرض صحت شرط تنصیف درایی: مطابق اصل صحت معاملات و شروط ضمن آنها و این که شرط تنصیف شرط مجهول نیست و از شروط صحیح بوده و با توجه به اینکه طرفین عقد موضوع و مورد عقد نکاح هستند لذا به فرض مجهول بودن دارایی زمان طلاق این مجهول بودن؛ موجب جهل به عوضین نیست.

دوم- فرض باطل بودن شرط: به لحاظ لزوم رعایت کلیه شرایط اساسی معامله در شروط ضمن عقد؛ یعنی همانطوری که شرایط اساسی مقید در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در معامله ضروری است در شروط ضمن عقد نیز لازم است و چون موضوع شرط مجهول است لذا شرط هم باطل است.

سوم- فرض باطل بودن درج شرط تنصیف در عقد نکاح به لحاظ فقدان قانون و خلاء مقررات قانونی و منطبق بودن با نظام اشتراک دارایی حقوق غربی و فراهم نبودن زمینه‌های فرهنگی و تقنینی در این خصوص.

### سوالات تحقیق:

الف: آیا براساس مقررات قانون مدنی و اصول حقوقی، شرط ضمن عقد تنصیف دارایی واجد شرایط صحت می‌باشد یا خیر؟

ب: در صورت پذیرش صحت شرط تنصیف، این شرط با کدامیک از شقوق شروط صحیح انطباق دارد؟

ج: آیا موضوع شرط تنصیف از جمله شروط مجهول نیست و به فوض قبول مجهول بودن آن موجب جهل به عوضین است یا خیر؟

د: آیا می‌توان براین عقیده بود که درج شرط تنصیف در ضمن عقد نکاح، موجب محدود شدن حق طلاق و جلوگیری از رواج این پدیده ناصواب است؟

ه: منظور از اموالی که در ایام زناشویی با زوجه تحصیل شد چیست؟ آیا شامل اموالی که از طریق ارث در مالکیت زوج مستقر می‌شود هم می‌باشد؟

و: آیا اموالی که پس از ازدواج تحصیل شد لیکن قبل وقوع طلاق به دیگری منتقل و یا تلف و مفقود شد مشمول شرط تنصیف است یا خیر؟

ز: آیا شرط تنصیف با نحله و اجرت‌المثل قابل جمع است؟

ح: آیا اعمال حق شفعه در شرط تنصیف موثر است؟

ط: آیا مستثنیات دین در شرط تنصیف مصداق می‌یابد یا خیر؟

ی: در صورت وقوع طلاق و انعقاد عقد جدید و تکرار طلاق، در دفعات بعدی هم شرط تنصیف موضوعیت دارد؟

ک: آیا شرط تنصیف پس از اعمال حق فسخ هم قابل اعمال است؟

ل: ضمانت اجرای تخلف از شرط تنصیف چیست؟

### **کلید واژه:**

شرط - عقد نکاح - نصف دارایی - شرط ضمن عقد - نکاح دائم - قباله نکاح - طلاق مشروطاً علیه

فصل اول:

# شروط ضمن عقد

## مبحث اول:

۱-۱- مفهوم شرط:

۱-۲- معنای لغوی شرط:

شرط در لغت به معنای علامت، عهد، پیمان و تعلیق چیزی به چیز دیگر را گویند<sup>۱</sup> معانی دیگری برای شرط از قبیل رسم، شیوه، واجب، ضرور بکاررفته است و<sup>۲</sup> نیز گفته‌اند شرط در لغت به معنای الزام چیزی و التزام به چیزی آمده است، شروط جمع شرط و شرایط جمع شریطه است که این نیز به معنی شرط است.<sup>۳</sup>

۱-۳- شرط در معنای اصطلاحی:

الف- شرط در اصطلاح ادبی و نحوی: در ادبیات جمله شرطیه مرکب از دو بخش است و بخش دوم که جزا نام دارد، نتیجه و پاسخ آنچه که موضوع شرط قرار گرفته و ادات شرط است که اگر چه معمولاً و غالباً جزا عبارت و بخش دوم جمله است لیکن امکان تقدم و تأخر نیز وجود دارد مانند اینکه اگر مبیع مسبوق به سابقه ثبتي باشد، مستلزم تنظیم سند رسمی انتقال است و یا آنرا می‌خرم اگر مال تو باشد و در اصطلاح نحوی بین شرط: «عبارت است از آنچه که ادوات شرط بر آن داخل می‌شود مثل ان دخلت الدار فانت طالق»<sup>۴</sup>

ب- شرط در اصطلاح منطق و فلسفه: «شرط در این اصطلاح امر لازم برای تحقق امر دیگری است که مشروط نامیده می‌شود. رابطه دو چیز که به گونه‌ای با هم ارتباط دارند، اساساً به سه صورت قابل تصور است: شرط و مشروط، سبب و مسبب و علت و معلول<sup>۵</sup> که ضرورتی به توضیح هریک از صورت‌ها به لحاظ رعایت اختصار وجود ندارد نهاییه لازم است فرق بین سبب و شرط مورد مذاقه قرار گیرد و آن اینکه سبب مستلزم وجود مسبب می‌شود مانند سببیت آتش نسبت به حرارت که در صورت وجود آتش حرارت موجود است اما این طور نیست اگر آتش نباشد حرارت هم موجود نباشد چه اینکه ممکن است حرارت در اثر اصطحکاک بوجود آید اما در شرط از عدم آن عدم مشروط لازم می‌آید و از وجود آن نه وجود مشروط لازم می‌آید و نه عدم مشروط و ممکن است

۱- موسوی بجنوردی، سید محمد، القواعد الفقهیه، ج دوم، ص ۳۲۶

۲- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده ص ۳۱۹

۳- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد ص ۱۷

۴- موسوی بجنوردی، سید محمد، القواعد الفقهیه ص ۳۳۶

۵- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد ص ۱۷



گفته شود که مسبب در وجود خود به سبب مربوط است و مشروط در عدم خود به شرط وابسته است در فقه در تعریف شرط آمده است «ما یلزم من عدمه عدم المشروط و لایلزم من وجوده الوجود».

#### ۱- ۴ - مفهوم حقوقی شرط:

تعهدات و یا مسئولیت هائی که متعاقدین علاوه بر آثار متعارف عقود و قراردادهای در ضمن قراردادهای بر یکدیگر تحمیل می نمایند، شروط هستند که حیات حقوقی آنها به انشاء عقد وابسته است و مستقلاً ایجاد نمی شوند چه اینکه در صورت وجود استقلالی، شروط ابتدائی به حساب می آیند که به نظر عده زیادی از حقوقدانان، شرط ابتدایی فاقد ضمانت اجرای حقوقی می باشند هرچند باطل دانستن شروط ابتدایی امروزه باتوجه به مقررات ماده ۱۰ قانون مدنی و عقود غیر معین شدیداً مورد تردید است. شرط، ماهیت اعتباری مستقل ندارد بلکه ماهیتی وابسته به عقد است. شرط را می توان به معنی التزام و تعهدی تبعی دانست که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد می شود از نظر بعضی از حقوقدانان<sup>۱</sup> شرط تعهدی است که ضمن تعهد دیگری درج می گردد و در اثر این امر بستگی و رابطه بین آن دو تعهد پیدا می شود که شرط، صورت تعهد تبعی به خود می گیرد و معنأ مورد یا جزء مورد معامله اصلی می شود و معنای دیگر شرط یعنی التزامی که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار گرفته، حدود و شرایط آن تعهدها را کامل ساخته یا دگرگون کرده است.

#### ۱- ۵ - شروط ابتدایی:

شرط ابتدائی مرادف تعهد یکطرفی است و آن تعهدی است لازم که شخص به قصد یکطرفی خود علیه خود ایجاد می کند. از نظر فقها شرط ابتدائی باطل است<sup>۲</sup>. بعضی ها آنرا شروطی می دانند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقود به دنبال آن بیاید، یکی از طرفین معامله برای دیگری می کند که حکم آن عدم التزام به اینگونه شرط هاست<sup>۳</sup>. آقای دکتر کاتوزیان در تعریف شروط الحاقی و ابتدائی می نویسد «شرط الحاقی، شرطی است که پس از بسته شدن عقد ضمیمه آن می شود: در این صورت هر گاه موضوع شرط امری مستقل باشد (مانند وکالت یا پیمانکاری) اعتبار آن تابع «شروط ابتدائی» است که با وجود ماده ۱۰ قانون مدنی در نفوذ آن تردید

۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۷۲

۲- جعفری لنگرودی، جعفر، ترمینولوژی حقوق ش ۳۰۴۴ ص ۳۸۰

۳- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ج ۲ ص ۲۴۲

روا نیست<sup>۱</sup>...» ملاحظه می‌گردد که در صحت و بطلان این شروط اختلاف نظر است اما نکته قابل تامل در تعریف آقای دکتر لنگرودی جمله یکطرفی بودن تعهد است و علت لازم بودن آن نیز معلوم نیست و اگر یکطرفه است شمول ماده ۱۰ قانون مدنی که در اکثر آراء حقوقدانان مشاهده می‌شود مورد سؤال و تأمل است. لازم به ذکر است که امروزه بحث شروط ابتدایی و بطلان آن پذیرفته نیست چرا که مستلزم باطل بودن عقود غیر معین و تعهدات محضری است. لازم بذکر است که شرط ضمنی در عقد قید نمی‌شود به همین جهت ممکن است با شرط ابتدایی خلط شود، چون گاه به غلط تصور می‌شود که شرط ابتدایی شرط غیرمذکور در عقد است در حالی که شرط غیر مرتبط با عقد می‌باشد بر این اساس چه بسا شرطی در متن عقد ذکر شود، اما شرط ابتدایی باشد چنانچه سید یزدی می‌فرماید: اگر بایع در ضمن عقد بیع مثلاً تعهد کند که لباس مشتری را بدوزد اما تعهد مزبور هیچ ارتباطی با بیع نداشته باشد به گونه‌ای که بتوان آن را جزء مبیع شمرد و تخلف از آن را موجب خیار دانست، شرط ابتدایی می‌باشد پس شرط ابتدایی شرطی است که ارتباط با عقد ندارد اگر چه در ضمن عقد به گونه مستقل ذکر شود.<sup>۲</sup>

## مبحث دوم:

### ۱-۲- عقد:

#### ۱-۲-۱- مفهوم عقد:

تعریفی که در قانون مدنی از عقد شده است بنظر همه حقوقدانان صرفاً شامل تعریف عقد عهدی است و عقود تملیکی را شامل نمی‌شود که در ماده ۱۸۳ قانون مذکور بدین صورت بیان شده: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»

در ادامه بحث برای درک بهتر شروط ضمن عقد و تأثیر متقابل شرط و عقد و اینکه عقد کدام است و آیا شرایط صحی شرط و عقد یکی است یا خیر؟ مستلزم نگاه گذرا به بنای عقد و شرایط اساسی آن است.

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۴۵

<sup>۲</sup> - سیمایی صراف، حسین، شرط ضمنی پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی ایران و حقوق خارجی ص ۴۵

## ۱ - ۲ - ۲ - شرایط اساسی عقد:

در ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط اساسی برای صحت معامله احصاء شده که عبارتند از:

- ۱- قصد طرفین و رضای آنها
- ۲- اهلیت طرفین
- ۳- موضوع معین
- ۴- مشروعیت جهت معامله

عناصر متشکله عقد، قرارداد و معامله که نوعاً از کلمات مترادف محسوب شده و بار معنایی واحدی دارند در این ماده مذکور است و فی الواقع سه رکن قصد و اهلیت و موضوع، بی تردید پایه‌ها و ارکان اصلی این بنا هستند که در عرصه روابط اجتماعی و مدینه تعاملات حقوقی توسط متعاقدین به منظور تحقق اهداف آنها ایجاد می‌شود و اخلال در هر یک از این ارکان موجب تزلزل شدید در مفهوم حقوقی و تحقق عقد است و حتی بیشتر اوقات ترتب اثر بطلان را در پی خواهد داشت. قصد که به قصد انشاء موسوم و محقق‌شدن عقد بدان وابسته است. انشای ایجاب از ناحیه موجب و پیشنهاد دهنده عقد و انشای قبول توسط ایجاب شونده که هر کدام از این دو عنصر ایجاب و قبول ماهیت قصد انشای طرفین محسوب می‌شوند، پس از توافق و اتصال این دو اراده حیات حقوقی معامله به منصفه ظهور می‌رسد ناگفته نماند شرایط دیگری چون رضای متعاقدین، مشروعیت جهت معامله با مقررات خاصی خود نیز واجد آثار مهمی هستند مثلاً صرف نظر از اهمیت عنصر رضای طرفین که تفکیک آن از قصد انشاء تا حدی دشوار است، مباحث مهمی چون معاملات فضولی، اشتباه در معامله، عیوب اراده، با درک و فهم عنصر رضای طرفین ملازمه تنگاتنگی داشته و شاید بتوان گفت ریشه در وجود این شرط اساسی داشته و مواد زیادی از قانون مدنی به این مباحث اختصاص دارد، هرچند بنظر بعضی از حقوقدانان عنصر رضا از شرایط اساسی تحقق معامله نمی‌باشد و چنین استدلال می‌کنند که:

حیات حقوقی معامله با قصد انشاء محقق می‌شود و رضا می‌تواند بعداً هم بدان ملحق شود.

دکتر ابوالقاسم گرجی در کتاب آیات الاحکام چنین نوشته است «چنانچه تعهد در مقابل غیر خداوند (افراد بشر) باشد، در صورتی که با تأکد و استحکام توأم نباشد آن را وعد نامند و عمل به آن مستحب است، اما اگر با تأکد و استحکام توأم باشد به آن عقد گویند و وفاء به آن واجب است و دارای احکام وضعیه عدیده‌ای است...»

اما درست است که تأکد و استحکام در عقود ضروری است و در نوشته‌های حقوقی جزمی بودن انشاء و اراده را می‌گویند و فی الواقع تأکد و استحکام در اثر التزامات قانونی و ضمانت اجرای قوانین

حاصل می‌شود لیکن تعریف فوق به لحاظ کلی بودن، تعریف جامع و مانعی نمی‌باشد و بیشتر، تعهدات یکطرفه را متبادر می‌گردد.

در تعریف دیگری از عقد آمده است که، عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی<sup>۱</sup>.

خلاصه این که می‌توان گفت که درجات اهمیت هر یک از شرایط اساسی مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکسان نیست چه اینکه عناصری چون قصد انشاء عامل تحقق عقد است (ماده ۱۹۱ قانون مدنی) لیکن فقدان رضا در وهله اول فقط عقد را غیر نافذ می‌نماید و با الحاق بعدی به قصد طرفین نفوذ عقد را از زمان انشاء به ارمغان می‌آورد و تأخیر در ملحق شدن رضا به قصد نباید از حد متعارف خارج شود.

عدم مشروعیت جهت معامله صرفاً زمانی موجب بطلان عقد است که تصریح شود. بدیهی است که در صورت مکتوم ماندن در قلوب طرفین واجد آثار خاصی نیست.

#### ۱-۲-۳ - تقسیمات عقد در قانون مدنی:

ماده ۱۸۴ قانون مدنی می‌گوید: عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند:

لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق.

ملاحظه می‌گردد که در قانون مدنی در بحث تقسیمات عقد اشاره‌ای به عقد مطلق و مشروط که موضوع این تحقیق می‌باشد، نشده است هر چند فصل چهارم از باب اول از قسمت دوم قانون مدنی از ماده ۲۳۲ تا ماده ۲۴۶ با جمله «در بیان شرایطی که در ضمن عقد می‌شود» تقسیم دیگری از عقد است. در نتیجه یکی از مقسمات عقد، عقد مشروط و عقد مطلق است. در آثار حقوقدانان و در فقه تقسیمات دیگری هم از عقد ذکر شد مانند عقود معوض و غیر معوض، عقود تشریفاتی و رضائی و عقد مشروط و مطلق، تملیکی و عهدی.

#### ۱-۲-۴ - تعریف عقد مشروط:

همانطوریکه بیان شد در قانون مدنی تعریفی از عقدی که در ضمن آن شرطی درج شده باشد بعمل نیامد لیکن در تعریف عقد مشروط می‌توان گفت که عقدی است که در ضمن آن برای یکی از طرفین یا شخص خاصی صریحاً یا بصورت ضمنی یا از طریق تبانی قبل از عقد، یکی از شروط صفت یا

<sup>۱</sup> - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، شروط ضمن عقد ص ۲۸