

قاعده شروط و کاربرد آن در حقوق خانواده^۱

علمی - پژوهشی

سید ابوالقاسم نقیبی *

سید محمدرضا آیتی **

طوبی فیروزپور بندپی ***

چکیده:

قاعده شروط از جمله قواعد فقهی است که مبنای برخی از قوانین و مقررات در زمینه حقوق خانواده حاکم بر کشور است. بر اساس این قاعده زوجین باید به شروط صحیحی که در متن عقد نکاح درج شده است ملتزم باشند فقیهان در زمینه اعتبار شروط ابتدایی، بنایی و الحاقی اختلاف نظر دارند. این مقاله بر اعتبار شرعی شروط ابتدایی، بنایی و الحاقی تأکید شده است. اعتبار شروط الحاقی در مهر، خاستگاه قرآنی دارد. در این نوشتار ضمن نقد ادله قول عدم مشروعیت، مبانی فقهی مشروعیت شروط ابتدایی، بنایی و الحاقی به عقد نکاح ارائه شده است و اعتبار برخی از شروط موردسجش فقهی و حقوقی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: قاعده فقهی، قاعده شروط، شرط ابتدایی، شرط بنایی، شرط ضمن عقد، شرط الحاقی.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۹/۰۷/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۱۶

* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده
مسئول). da.naghibi@yahoo.com

** استاد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
smrayati@yahoo.com

*** دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران،
ایران. firoozpoortooba@gmail.com

۱. مقدمه

در کتاب‌های فقهی عبارات قابل تأملی یافت شده است که فقها به‌عنوان مؤید نظرات خویش از آن‌ها بهره جسته‌اند. برخی از این عبارات مو سوم به قواعد فقهی هستند که در ابواب گوناگون فقه و حقوق کاربرد داشته و از جایگاه والایی در استنباط احکام شرعی برخوردارند. یکی از این قاعده‌های مسلم فقهی، «قاعده شروط» است که در فقه امامیه و اهل سنت با تعبیر گوناگون بیان شده است. با بررسی ابواب گوناگون فقه اعم از عبادات و معاملات در کتاب‌های فقهی و بحث‌های گوناگونی که درباره این قاعده مطرح شده است. یکی از کاربردهای مهم این قاعده در حقوق خانواده است. قاعده شروط برگرفته از حدیث «المؤمنون عند شروطهم» است. (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۲، ۳۵۳).

از نظر سند و دلالت در کمال اعتبار است و صدور آن از معصوم (ع) ---ورد وثوق و اطمینان است. (موسوی‌بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۵۱) بدیهی است قاعده کلی در صدد بیان قانون و انشا حکم است؛ زیرا شأن قانون‌گذار بیان قوانین و مقررات است اگر چه ظاهر جمله بر اخبار است. (آخوند خراسانی، ۱۳۶۶، ۷۲).

آنچه قابل تأمل و اندیشه است این است که برای صحت و لزوم وفا به شروط وجود ویژگی‌هایی مانند مقدور بودن فایده عقلایی داشتن مخالف نبودن با کتاب و سنت معلوم و معین بودن مخالف نبودن با مقتضای ذات عقد ضروری است.

۲. بیان مسئله

هر شخصی اعم از حقیقی و حقوقی برای ادامه زندگی و تنظیم روابط حقوقی خویش با دیگران و به‌مقتضای نیازهای حیات اجتماعی، ناگزیر از انعقاد قراردادها و پیمان‌هایی با دیگر افراد جامعه است. غالب این پیمان‌ها شروطی را همراه دارند که به لحاظ طبیعت خاص این شروط یا بر اساس قصد و اراده مشترک طرفین، ضمن عقد گنجانده می‌شود و کمتر قراردادی را می‌توان یافت که اثری از شروط در آن قابل مشاهده نباشد؛ بنابراین قواعد فقه خانواده، مجموعه قواعدی است که مبنای بسیاری از قوانین و مقررات در حقوق خانواده قرار می‌گیرد. البته این قواعد علاوه بر حقوق خانواده در سایر معاملات و عبادات نیز کاربرد دارند.

برخی از این قواعد مانند «قاعده رضاع» و «قاعده رجوع» از قواعد اختصاصی فقه خانواده محسوب می‌شوند. در مقابل نیز برخی از این قواعد به‌عنوان «قواعد عام» خانواده لحاظ شده است؛ مانند: «قاعده لاضرر»، «لا حرج»، «قاعده شروط»، «قاعده غرور» و «قاعده الزام» و... از آنجاکه شناسایی مفاد و قلمرو این قواعد با رویکردی منطبق بر حقوق خانواده از اهمیت بسیاری برخوردار است. در این مقاله ضمن شناخت بیشتر نسبت به قاعده شروط، سازوکارهای استفاده از این قاعده در حل و فصل مسائل و معضلات نظام خانواده مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته است.

۳. تبیین قاعده شروط

جایگاه مهم عقود در مباحث فقهی و حقوقی بر کسی پوشیده نیست و اصولاً اگر به تقیید سلمات کلی ابواب فقهی و موضوعات حقوقی بنگریم، مشاهده می‌کنیم که بخش اعظمی از آنها را فقه معاملات و حقوق تجارت تشکیل می‌دهد. از این باب هر موضوعی نیز که واجد ویژگی اثرگذاری بر این مبحث مهم را داشته باشد، حائز اهمیت ویژه‌ای می‌گردد. شرط، انواع، تقسیمات و رابطه آن با سایر عقود در این رابطه بسیار مورد توجه واقع شده و بدین لحاظ به عنوان اصطلاحی در فقه، فقه معاملات، عقود، حقوق مدنی و حقوق تجارت مطرح است. (تقوایی و دیگران، ۱۳۹۵، ۵۲) این قاعده در شمار قاعده‌های پرکاربرد در ابواب گوناگون فقه و حقوق و به‌ویژه در بحث معاملات است؛ اما در این قسمت ابتدا مفهوم قاعده سپس مبانی آن بررسی خواهد شد.

۳-۱. معنای شرط

شرط، کلمه‌ای عربی و جمع آن «شروط» و «اشراط» است. چون برای شرط حقیقت شرعی وجود ندارد در خطابات شرعی در صورت اطلاق لفظ و عدم وجود قرینه بر معنای عرفی و لغوی حمل می‌شود. (مامقانی، ۱۳۵۰، ۱۵۹).

شرط در لغت به معنای الزام (ایجاد تعهد بر ذمه طرف مقابل) و التزام (قبول تعهد) است. (ابن منظور، ۱۳۶۳، ۷، ۳۲۵) با وجود این، لغت شناسان در تعریف شرط نوشته‌اند: «آنچه الزام الشئی و التزامه فی البیع و نحوه» (زبیدی، ۱۴۱۴، ۱۰، ۳۰۵) یعنی؛ شرط الزام و التزام در ضمن عقد بیع و امثال آن است. برخی از فقها نیز این تعریف را مورد پذیرش قرار داده‌اند. (موسوی‌بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۵۶)

شیخ انصاری بر این باور است که علت آوردن قید «فی البیع و نحوه» آن است که در اغلب موارد، شرط در ضمن عقد درج می‌گردد. (انصاری، ۱۴۲۷، ۲۷۵) با عنایت به اینکه شرط به معنای مطلق الزام و التزام است (موسوی‌خویی، بی‌تا، ۱۴۲؛ نراقی، ۱۴۱۷، ۱۲۸).

شروط غیر مرتبط با عقد و شروط مرتبط با عقد (قبل از عقد یا هم‌زمان با عقد و ملحق به آن) را شامل می‌شود. دلیل بر آن عبارت است از:

الف: تبادر.

ب: شرط به معنای مطلق عهد نیز به کار رفته است؛ یعنی هر عهد و پیمانی که طرفین با قصد و اراده منعقد نموده‌اند شرط بر آن صدق می‌کند اعم از اینکه مرتبط با عقد یا مستقل از آن باشد.

۴. مستندات لزوم وفای به شرط

فقیهان بر این باورند، وفای به هر شرط صحیحی لازم است. کتاب، سنت بر لزوم وفای به شرط دلالت می‌نمایند. آنان لزوم وفای به شرط را در قالب یک گزاره کلی و قاعده فقهی مطرح کرده‌اند.

۴-۱. کتاب

آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱) بر لزوم وفای به همه عقود دلالت می‌نماید. از آنجایی که عقد به معنای عهد است و شرط نیز به معنای عهد به کاررفته است، پس آیه بر لزوم وفای به همه شروط نیز دلالت دارد.

آیات متضمن مفاد وفای به عهد مانند: «الْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا...» (بقره، ۱۷۷). «مؤمنین کسانی هستند که به عهد خود وفا می‌کنند» و نیز آیه: «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ» (مؤمنون، ۸).

«آنان که ادای امانت و وفای به عهد را مراعات می‌کنند.» بر لزوم وفای به شرط دلالت دارد.

۴-۲. سنت

علاوه بر آیات یادشده، اخبار و روایات متعدد مشتمل بر گزاره «المؤمنون عند شروطهم» (ابن‌ابی‌جمهور، ۲۵۴، ۳، ۱۴۰۳) و «المسلمون عند شروطهم» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۲۶۷) از جمله مستندات قاعده شروط به شمار می‌آید.

برخی از مستندات روایی قاعده ناظر به شروط ضمن عقد نکاح است، چنانکه ابی‌العباس از امام صادق (ع) روایت کرده است. این روایت در مورد مردی است که زنی را به ازدواج خویش درمی‌آورد و شرط می‌کند که زن را از شهرش خارج ن‌سازد. امام (ع) می‌فرماید: «مرد باید به این شرطی که به نفع زن کرده وفا نماید.» (همان، ۲۱، ۲۷۶).

اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) نقل کرده است که آن حضرت از پدرشان نقل کرده است که حضرت علی (ع) فرموده است: هر کس برای زوجه‌اش شرطی کند باید به آن وفا کند؛ زیرا «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً...» (همان، ۲۱، ۳۵۳) در گزاره خبری «المسلمون عند شروطهم» «الف و لام» واژه «المسلمون» بر جنس دلالت می‌کند نه عهد؛ چون می‌توان واژه «کل» را جایگزین آن کرد؛ بنابراین المسلمون به معنای «همه مسلمانان» است و کلمه «عند» ظرف است و نیازمند به متعلق است و کلمه «ثابتون» متعلق آن است. کلمه «شروطهم» چون جمع مضاف است به معنای عموم، یعنی «همه شروطشان» است؛ بنابراین معنای این گزاره خبری چنین است: همه مسلمانان به تمامی شروطشان پایبندند و یا «جميع الم سلمین ثابتون عند شروطهم». از آنجایی که گزاره خبری «المسلمون عند شروطهم» در مقام انشا متضمن «بعث» بلکه «تأکید در بعث» است؛ یعنی «همه مسلمانان باید به تمامی شروطشان پایبند باشند.» (حکیم، ۱۴۰۴، ۱۲، ۲۶۷).

برخی از فقها و صاحب‌نظران بر این باورند بایستگی وفای به شرط در گزاره مذکور، به معنای نفوذ و لزوم شرط است و از این رو نباید آن را به معنای «وجوب تکلیفی» دانست چون اگر وفای به شروط واجب باشد فسخ آن را باید محرم دانست. درحالی که تخلف از شرط حرام نیست؛ بنابراین، گزاره

«المسلمون عند شروطهم» متضمن حکم وضعی است که مفاد آن نفوذ و لزوم شروط است. (موسوی خویی، بی تا، ۲، ۱۴۲).
۵- اقسام شرط

شروط به اعتبار ارتباط با عقد به دودسته تقسیم می شود. قسم اول، شروطی که در عقد درج نشده و عقد مبتنی بر آنها نیست، بلکه مجرد تعهد و الزام و التزام یک طرف در مقابل طرف دیگری است که از آن به «شروط مستقل» یا «شروط ابتدایی» یاد می شود.

قسم دوم، شروطی است که تابع و به نحوی مرتبط با عقدند و شروطی که به نحوی مرتبط با عقدند به سه قسم تقسیم می شوند. شروط قبل از عقد یعنی شروطی که قبل از عقدی از عقود میان طرفین مورد گفتگو قرار می گیرد و عقد مبتنی بر آنها منعقد می شود که از آن به شروط بنایی یاد شده است. (نائینی، ۲، ۱۳۵۷، ۱۲۳) قسم دوم، شروطی که در ضمن عقد مورد التزام قرار می گیرد که از آنها به «شروط ضمن عقد» تعبیر می گردد. گاهی شروطی که در ضمن عقد گنجانده می شود صریح نیست یعنی به دلالت مطابقی مورد التزام طرفین قرار نمی گیرد، ولی عرف و عادت وجود آن شرط را مسلم می انگارد. به این دسته از شروط، «شروط ضمنی» اطلاق می گردد. قسم سوم؛ شروطی است که بعد از عقد به عقد ملحق می گردند که «شروط الحاقی» خوانده می شوند. (همان).

۵-۱. اعتبار شرط مستقل یا ابتدایی

از منظر غالب فقیهان امامیه، شرط ابتدایی تعهدی برای شخص ایجاد نمی کند. (انصاری، ۱۴۲۷، ۵۴۶) در مقابل عده‌ای از فقیهان شرط ابتدایی را الزام آور تلقی کرده‌اند. (طباطبایی یزدی، ۳، ۱۳۸۷، ۲۹۳) مشهور فقیهان بر این باورند که شرط به معنای الزام التزام ضمن عقد است. لذا در معنای شرط، مفهوم ربط و تابع بودن از عقد نهفته است، از این رو، واژه شرط بر تعهد ابتدایی صدق نمی کند. (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۱۹۸) علامه حلی، (۱۴۱۳، ۵، ۹۶) آنان علاوه بر عدم صدق شرط بر تعهد ابتدایی به اجماع فقیهان بر عدم الزام آور بودن شرط ابتدایی استناد جسته‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۲۵) یعنی اگر شرط بر شرط ابتدایی صدق نماید و دلیل «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط ابتدایی باشد عموم آن به واسطه اجماع تخصیص می خورد، در نتیجه شروط ابتدایی از شمول روایت تخصیصاً خارج می شوند. (نائینی، ۲، ۱۳۵۷، ۱۲۳) در مقابل مشهور، فقیهانی که شروط ابتدایی را معتبر می دانند، می گویند؛ شرط به معنای مطلق الزام و التزام است و آنچه از واژه شرط متبادر می شود مطلق التزام است لذا بر شرط ابتدایی نیز شرط صدق می کند. شمول ادله لزوم وفای به شرط، مانند «المؤمنون عند شروطهم»، شروط ابتدایی را شامل شده از این رو، شروط مزبور نیز معتبر و الزام آور هستند. (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۴۲؛ طباطبایی یزدی، ۲، ۱۳۷۸، ۱۱۷) از طرف دیگر واژه شرط در روایات در معنای مطلق الزام و التزام به کار رفته است؛ مانند: حدیثی که عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) می پرسد: چنانکه مردی با زوجه اش شرط کند که اگر من ازدواج مجدد کردم، تو مطلقه باشی، چه

حکمی دارد؟ حضرت فرمود: «این شرط باطل است و سپس اظهار داشت: رسول الله (ص) فرموده است: من اشترط شرطاً سوی کتاب الله لایجوز ذلک له و لا علیه» (محقق داماد، ۱۳۸۵، ۲، ۴۸). اگر سؤال راوی در مورد شرط ضمن عقد نکاح نباشد - چنانکه ظاهر عبارت حدیث مؤید آن است - واژه شرط در این روایت در مورد قرارداد ابتدایی که ضمن عقد مندرج نیست به کار رفته است. به علاوه اگر شرط مزبور خلاف کتاب نبود وفای به آن حتماً لازم بود. (همان). اجماع مورد استناد برای عدم لزوم شروط ابتدایی نیز تمام نیست. چون شروط بیرون از عقد نکاح لازم الوفا دانسته شده است. (طوسی، ۱۴۱۲، ۴۹۳).

در این باره آمده است: شروط خارج از عقود لازم الوفا است. (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۴۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۱۸) و احتمال قوی دارد که مبنای اجماع مورد ادعا، تلقی عدم صدق شرط بر الزام ابتدایی باشد. همچنین عموم آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱) دیگر آیات قرآن کریم متضمن لزوم وفا به عهد و پیمان‌ها بین مردم است. (نساء، ۲۹؛ آل عمران، ۷۶؛ بقره، ۱۷۷؛ مؤمنون، ۸؛ مریم، ۲۶؛ نحل، ۹۱؛ مائده، ۸۹).

لزوم وفا در این آیات شروط مستقل و تبعی را نیز شامل می‌شود؛ بنابراین وفای به شروط ابتدایی زوج یا زوجه مانند دیگر شروط ابتدایی بین مردم لازم است.

۵-۲. شرط بنایی و اعتبار آن در عقد نکاح

در متون فقهی از شرط بنایی (نائینی، ۱۳۵۷، ۲، ۳۹۶) با عنوان «شرط قبل از عقد» یاد شده است. منظور فقیهان از شرط قبل از عقد، التزاماتی است که متعاقدین قبل از انشای عقد و در ارتباط با آن پذیرفته‌اند و در زمان انعقاد عقد و انشای آن، تصریح نکرده، ولی عقد را مبتنی بر آن محقق ساخته‌اند. فقیهان امامیه در زمینه اعتبار شرط بنایی اتفاق نظر ندارند. برخی از فقیهان شروط قبل از عقد را غیر معتبر می‌دانند. شهید اول عدم اعتبار شروط قبل از عقد را در قالب یک قاعده مورد شناسایی قرار داده و آورده است «کل شرط تقدم أو تأخر فلا اثر له» (عاملی، ۱۳۶۰، ۲، ۲۵۹).

قبل از شهید اول، شیخ طوسی در این باره آورده است: «هر شرطی که مرد بر زن می‌کند تنها در صورتی معتبر است که بعد از عقد باشد و اگر قبل از عقد ذکر گردد و سپس عقد نکاح واقع شود اثری بر آن مترتب نیست، اگر همان شروط مجدد پس از عقد تکرار شود لازم الوفا است.» (طوسی، ۱۴۱۲، ۴۹۳) و نیز در اثر دیگر آورده است: «شروط نکاح باید بعد از عقد بیاید. چون شرط قبل از عقد فاقد اعتبار است تنها شرط بعد از عقد دارای اعتبار و اثر است.

اگر زوجه در ضمن عقد، شروط قبل از عقد را قبول نماید عقد و شرط نافذ می‌باشد و گرنه، شروط قبل از عقد باطل و بی‌اثر است و عقد نکاح نیز باطل خواهد بود.» (طوسی، ۱۴۰۱، ۷، ۲۶۳) مراد شیخ طوسی از بعد از عقد، مقارن عقد است. در این باره آمده است: «بدان که نظر مشهور فقها این است که در هر موردی که در عقد نکاح متعه شرط است باید مقارن با ایجاب و قبول باشد و شروطی که قبل از

عقد و یا بعد از عقد ذکر می‌شوند حکم و اثری ندارند.» (مجلسی، ۱۴۱۰، ۱۲، ۵۶) و نیز آمده است: «هر شرطی که در عقد نکاح شرط می‌شود باید مقارن با ایجاب و قبول باشد. شرطی که قبل از عقد ذکر می‌شود، فاقد اثر و اعتبار است.» (حلی، ۱۴۰۹، ۲، ۳۰۶) در این باره آمده است که شروط قبل و یا بعد از عقد بی‌اثر است. (حلی، ۱۳۸۷، ۳، ۱۳۰) این دسته از فقیهان هر یک برای اثبات عدم اعتبار شروط بنایی و شروط ماقبل عقد به موارد ذیل استناد جسته‌اند:

۱- سبب فاعلی در لزوم شرط، عقد است. اگر شرط بخواهد قبل از انعقاد عقد لازم باشد تقدم حدوث مسبب (لزوم شرط) قبل از سبب فاعلی (عقد) لازم می‌آید که محال است. (حلی، فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۳، ۱۳۰).

۲- الزام عقد به شرط قبل از عقد، سرایت نمی‌کند چون شرط قبل از عقد در مجموعه عقد، گنجانده نمی‌شود. (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۳۱، ۱۳).

۳- بر شروط قبل از عقد، شرط صدق نمی‌کند چون مراد از شرط، شرطی است که در ضمن عقد لازم، ذکر گردد. (نجفی، ۱۳۶۵، ۱۸۴، ۳۰).

۴- شرط قبل از عقد، شرط ابتدایی است و شرط ابتدایی معتبر نیست. (انصاری، ۱۴۲۷، ۶، ۵۴).

۵- مشهور فقیهان قائل به عدم اعتبار شرط ماقبل عقد هستند بلکه فقیهان بر عدم اعتبار آن اجماع کرده‌اند. (همان، ۵، ۵۶).

۶- در مقابل، فقیهانی قائل به الزام آور بودن شرط بنایی هستند. چنانکه شیخ طوسی در سقوط خیار قبل از عقد می‌نویسد: «چنانکه متعاقدين، قبل از عقد شرط کنند که زمانی عقد منعقد می‌کنند، خیاری میان آنان نپا شد، شرط مزبور صحیح و لازم الوفا است چون اولاً: مانعی برای صحت وجود ندارد، ثانیاً: اصل، صحت این شرط است. ثالثاً: عموم اخبار مربوط به لزوم وفای به شرط، شامل چنین شرطی می‌گردد.» (طوسی، ۱۴۰۷، ۳، ۲۱).

علامه حلی در زمینه اعتبار شرط بنایی می‌نویسد: «... لو شرط قبل العقد وتبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاً» یعنی؛ اگر متعاملین قبل از عقد بر شرطی توافق کنند و هنگام عقد به آن توجه داشته باشند و عقد را مبتنی بر آن منعقد نمایند چنین شرطی صحیح است. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵، ۶۳) و نیز در این باره آمده است: «مقتضای عمومات، وجوب وفای به مطلق شرط است، خواه قبل از عقد ذکر شده باشد و خواه بعد از آن، ... اما شرط‌های مطرح شده در قبل از عقد نکاح به اجماع عالمان از گستره لزوم وفای به شرط خارج است. اما در غیر باب نکاح دلیلی بر خروج از لزوم وفا نداریم، بلکه در روایات زیادی به نفوذ شرط بعد از نکاح تصریح شده است.» (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۴۲) صاحب جواهر پس از اعلام

عدم اعتبار شروط قبل از عقدی که هیچ تبانی بر آن در هنگام عقد نشود، نظریه الزام‌آور بودن شروط تبانی شده را بسیار قوی دانسته است:

«النظر الخامس: فی الشروط المذكورة فی متن العقد دون مابعدہ، بل و ماقبلہ، اذا لم یکن بناء العقد علیہ والافالصحة قویة فیہ جداً». (نجفی، ۱۳۶۵، ۱۹۸، ۳۰) وی در زمینه شروط قبل از عقد در عقد نکاح برای تبیین عبارت محقق حلی بیان کرده که: «کل شرط یشرط فیہ فلا بد ان یقترن بالایجاب و القبول و لا حکم لما یذکر قبل العقد ما لم یستعد فیہ» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲۰، ۳۰۶) و نیز روایاتی مستند این حکم است از جمله روایت عبدالله بن بکیر از امام صادق (ع) که آن حضرت فرمود: «هر شرطی که قبل از نکاح شده باشد عقد نکاح آن را بی‌اثر می‌کند و آنچه از شروط که بعد از عقد نکاح مقرر گردد صحیح و نافذ می‌باشد.» (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۴۵۶) نصوص دیگری نیز بر عدم اعتبار شرط ماقبل عقد نکاح دلالت دارند. باین وجود یا باید حکم بی‌اعتباری شرط قبل از عقد را مختص عقد نکاح دانست یا باید روایات مذکور را به صورتی حمل کرد که شرطی قبل از عقد ذکر گردیده و هنگام عقد مورد توجه نبوده است. از این دو توجیه، توجیه دوم بهتر است، چون بعید است عقد نکاح، در این مورد، حکم مختص به خود داشته باشد.

روایات یادشده نیز برای اثبات عدم اعتبار شرط قبل از عقد نکاح کافی نیست چون اگر شرطی قبل از عقد مورد توافق قرار گیرد و از شواهدی معلوم گردد که عقد مبتنی بر آن واقع شده است مصداق آن شرط ماقبل از عقدی نیست که در این روایات حکم به بطلان آن شده است. (نجفی، ۱۳۶۵، ۳۰، ۱۸۴).

امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله در زمینه اعتبار شرط تبانی شده قبل از عقد نکاح می‌نویسد: «ظاهر این است که چنانکه هنگام خواستگاری و گفتگوی ابتدایی، توجه را به اوصافی از اوصاف کمال توصیف کنند و سپس عقد را مبنی بر آن منعقد سازند به منزله اشتراط است و (تخلف) موجب خیار فسخ می‌باشد.» (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲، ۲۹۶).

در زمینه اعتبار شرط بنایی گفته شده است شرط بنایی، قید معنوی برای عقد است وفای به آن عقد، جز با عم - ل به آن شرط ممکن نیست و ع - قد بدون لحاظ آن شرط، تج - سارت ب - بدون تراضی محسوب می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۵۵).

علاوه بر آن عموم المؤمنون عند شروطهم، شروط بنایی را نیز شامل می‌شود. (طوسی، ۱۴۰۷، ۳، ۲۲؛ موسوی خویی، بی‌تا، ۷، ۳۵۵) همچنین برخی شرط را داخل در عوضین می‌دانند یعنی شرط را مانند جزء یکی از عوضین به شمار آورده‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۸۹؛ انصاری، ۱۴۲۷، ۵۵؛ نائینی، ۱۳۵۷، ۲، ۱۲۴).

بعضی دیگر شرط بنایی را مانند شروط ضمنی تلقی کرده‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۸۹؛ نائینی، ۱۳۵۷، ۲، ۱۲۴) برخی دیگر از فقها پا را فراتر نهاده و شروط بنایی را در حکم شرط مذکور در عقد به شمار آورده‌اند. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۲، ۹۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱۸۷).

از مجموع مباحث ارائه شده، درمی یابیم که شرط بنایی قبل از عقد از جمله عقد نکاح صحیح و لازم الوفا است. کسانی که لازمه شناسایی لزوم شرط بنایی را تقدم حدوث مسبب (لزوم شرط) قبل از سبب فاعلی (عقد) تلقی می کنند با قیاس عالم اعتبار با عالم تکوین دچار خلط اعتبار و تکوین شده اند. تقدم مسبب از سبب در نظام علیت تکوینی محال است ولی در نظام تشریحی اعتبار شرط و عقد، تابع اراده معتبر است. (همان). بدین جهت می توان گفت که شرط لزوم خود را از عقد اخذ نمی کند بلکه اراده شارع و قانون گذار همان گونه که عقد را الزام آور می کند شرط نیز الزام آور می نماید؛ و کسانی که می گویند الزام عقد به شرط قبل از عقد سرایت نمی کند تصور کرده اند که شرط نیز مانند عوضین جزء عقد است. در حالی که قیاس شرط با عوضین، قیاس نادرستی است. در پاسخ کسانی که شرط قبل از عقد را از شمول مفهوم شرط خارج می دانند نیز می توان گفت که شرط مطلق الزام و التزام است. آنچه از واژه شرط متبادر می شود معنای مطلق الزام و التزام است که مورد اذعان عرف است و برخی لغت شناسان نیز بدان تصریح کرده اند. (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۰۵) اما در پاسخ به استدلالی که شرط قبل از عقد را شرط ابتدایی می داند گفته می شود شرط بنایی، شرط مرتبط عقد است در حالی که شرط ابتدایی، شرط مستقل از عقد است. علاوه بر آن، چنانکه کسی این شرط را شرط ابتدایی بداند ضرورتاً نمی تواند به بطلان آن اعتقاد داشته باشد چون برخی از عالمان به اعتبار شرط ابتدایی اذعان کرده اند. شهرت فتوایی نیز دلیل قاطعی بر عدم اعتبار شروط بنایی نیست چون شهرت فتوایی از امارات معتبر نیست و اجماع مورداً نیز محقق نیست چون برخی از فقیهان این شرط را معتبر دانسته اند. علاوه بر آن، این اجماع منقول است که طباطبایی در ریاض المسائل ادعا کرده و شیخ انصاری در مکاسب از وی نقل کرده است. مطابق ادله در علم اصول، اجماع منقول، فاقد حجیت است و همچنین اجماع مذکور در فرض تحقق، اجماع مدرکی است که با استناد به روایات باب متعه شکل گرفته است و از اعتبار مستقل از روایات برخوردار نیست.

قانون گذار قانون مدنی در کتاب نکاح و طلاق در مواد ۱۱۱۳ و ۱۱۲۸ شروط بنایی را معتبر دانسته است.

ماده ۱۱۱۳ مقرر می دارد: «در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد، مگر این که شرط شده یا آن که عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» ماده ۱۱۲۸ نیز می گوید: «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد و صف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد؛ بنابراین شرط بنایی در حقوق ایران معتبر و دارای اثر حقوقی است.

اگر شرط بنایی در نکاح با وجود ضرورت رعایت احتیاط در آن معتبر باشد به طریق اولی در عقود دیگر نیز معتبر خواهد بود.

۵-۳. شروط ضمن عقد نکاح

شروطی که در متن عقد گنجانده می‌شوند شروط ضمن عقد خوانده می‌شوند. علامه حلی در مبحث نکاح کتاب قواعد الاحکام نوشته است: «و یلزم ما یشرط فی متن العقد» یعنی هر شرطی که در متن عقد ذکر شود لازم الوفا است.

محقق کرکی در توجیه این شروط می‌نویسد: اصل این است که هرگونه التزام در ضمن عقد لازم الوفاست، مگر اینکه خلاف آن به موجب دلیل شرعی ثابت گردد. عموم «المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالاً أو احل حراماً» نیز بر صحت و لزوم وفا به شروط ضمن عقد دلالت دارد. (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ۱۳، ۳۱).

شیخ انصاری دلیل دیگری را با عنوان عمومات وفای به عقد با فرض پذیرش در حکم جزء بودن شرط برای عقد افزوده است. (انصاری، ۱۴۲۷، ۶، ۶۲) شروط ضمن عقد ممکن است در متن عقد بیان گردد که به آن شرط صریح گفته می‌شود مانند اینکه اگر در عقد نکاح، در عقدهنامه، اوصاف، شغل یا سمت خاصی برای زوج ذکر گردد، این ذکر در حکم شرط است و اگر زوج واجد اوصاف مذکور نباشد زوجه می‌تواند به استناد تخلف و صف، عقد نکاح را فسخ کند. در قانون مدنی ایران زوجه می‌تواند به استناد ماده ۱۱۲۸ عقد نکاح را فسخ نماید. گاهی شرطی که در ضمن عقد گنجانده می‌شود در متن عقد بیان نمی‌شود که به آن شرط ضمنی اطلاق می‌گردد. شرط ضمنی ممکن است شرطی باشد که قبل از عقد مورد گفتگو قرار گرفته و عقد نیز مبتنی بر آن تحقق پیدا کند که از آن به شرط ضمنی بنایی یاد می‌شود و همچنین ممکن است هیچ‌گونه گفتگویی قبل از عقد در زمینه آن انجام نپذیرد بلکه از اوضاع و احوال و سیره عرفی و دیگر قرائن مفاد آن استنباط شود. از این شرط ضمنی به شرط ضمنی عرفی یاد شده است. (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۲۷۷) به تعبیر دیگر، شرط ضمنی عرفی، شرطی است که در عقد به صراحت یا اشاره درج نمی‌گردد، ولی به جهت انس جامعه وجود شرط، معهود در عرف است به نحوی که اگر عقد به صورت مطلق هم انشا شود وجود شرط مزبور در آن عقد در ذهن عرف بازتاب می‌یابد. بنابراین چنانکه قبل از عقد نکاح در مذاکرات ابتدایی، بنای طرفین بر آن بوده که زوجه دانشجو است و میل دارد به تحصیلات خود در مقاطع تحصیلی دانشگاهی ادامه دهد، اگر عقد با همین مذاکرات منعقد گردد دانشجو بودن زوجه، شرط بنایی تلقی می‌گردد و زوج نمی‌تواند زوجه را از تحصیل بازدارد یا اگر عقد کننده با عنوان دوشیزه به زوجه خطاب نکند، از اوضاع و احوال و سیره عرفی استنباط می‌گردد که زوجه باید باکره باشد.

در این فرض باکره بودن از جمله شرایط ضمنی عرفی است. برخی از محققان بر این باورند که شروط ضمنی به دلایل وجود در ارتکاز طرفین، در قلمرو مدلول التزامی عقد قرار می‌گیرد، لذا لازم الوفا می‌باشند. (بروجردی، ۱۳۶۵، ۱۵۴) شروط ضمنی عرفی به جهت وجود عرف مسلم اگرچه در ارتکاز طرفین نیز نباشد لازم الوفا تلقی می‌گردند از این رو، قانون‌گذار قانون مدنی در ماده ۲۲۵ مقرر

می‌دارد: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است.»

در ماده مذکور به روشنی بر اعتبار شرط ضمنی و مبنای آن که همانا دلالت التزامی است اشاره شده است.

همچنین در ماده ۴۵۴ قانون مدنی به وضوح و روشنی شرط ضمنی، صحیح و مشروع دانسته شده است.

این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین یا منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده باشد که این صورت اجاره باطل است.» همچنین ماده ۳۴۴ قانون مدنی نیز می‌تواند از دیگر مستندات اعتبار شرط ضمنی در حقوق ایران تلقی گردد.^۱

۵-۴. اقسام شروط ضمن عقد به جهت صحت و بطلان

شروط ضمن عقد نکاح را می‌توان به سه قسم تقسیم کرد:

- ۱- باطل غیر مبطل.
 - ۲- باطل و مبطل.
 - ۳- صحیح.
- گفته شده است شرایط صحت شرط عبارت است:
- ۱- مخالف با کتاب و سنت نباشد.
 - ۲- جهل به آن موجب جهل به عوضین نشود.
 - ۳- مقدور باشد.
 - ۴- خلاف مقتضای عقد نباشد.
 - ۵- موجب حلیت حرام یا حرمت حلال نشود.
 - ۶- جایز باشد.
 - ۷- منفعت عقلایی داشته باشد.
 - ۸- مستلزم محال نباشد.

۱. ماده ۳۴۴: «اگر در عقد بیع، شرطی ذکر نشده یا برای تسلیم مبیع یا تأدیه قیمت موعدی معین نگشته باشد، بیع قطعی و ثمن حال محسوب است مگر اینکه بر حسب عرف و عادت محل یا عرف و عادت تجارت در معاملات تجاری وجود شرطی یا موعدی معهود باشد اگرچه در قرارداد بیع ذکر نشده باشد.»

۹- التزام به آن در عقد لحاظ شده باشد.

با عنایت به شرایط صحت و اندراج برخی از آن‌ها در برخی دیگر می‌توان شرایط فساد شرط را در موارد زیر جمع‌بندی نمود:

۱- شرط مخالف با کتاب و سنت.

۲- شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین گردد.

۳- شرط خلاف مقتضای عقد.

۴- شرط غیرمقدور.

۵- شرط فاقد منفعت عقلائی.

۴-۱-۵. شروط باطل غیر مبطل، باطل مبطل

شرط غیرمقدور (مانند تعهد زوج فاقد تحصیلات ابتدایی به اهدای جایزه اختراع خود در فیزیک هسته‌ای به زوجه) و شرط فاقد نفع عقلائی (مانند تعهد زوجه به ریختن یک سطل آب در حیاط منزل در هرروز) و شرط نامشروع یا خلاف قوانین آمره (مانند شرط عدم حق شوهر در طلاق زوجه)، از جمله شروطی هستند که باطل‌اند ولی بطلان آن‌ها موجب بطلان عقد نمی‌شود. همچنین به موجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی عقد را فاسد نمی‌کند.^۱ چون این شروط از امور فرعی به شمار می‌آیند نه قید تراضی. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱۲۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۱۳۱؛ امامی، ۱۳۶۸، ۴، ۳۶۵) برخی از حقوقدانان علت بطلان شرط فسخ نکاح را مغایرت آن با قوانین آمره دانسته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۶۵، ۳۲۸).

بر اساس قسمت اخیر ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق و مهر جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ، مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد. لذا شرط خیار نسبت به فسخ مهر را باید شرط صحیح و نافذ به شمار آورد. ولی شروط خیار نسبت به مهر در نکاح منقطع درست نیست و به منزله شرط خیار در نکاح است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۱۷۷).

۲-۵-۴. شرط باطل و مبطل

شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح مانند اینکه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوجیت که مقتضای عقد نکاح است حاصل نگردد، این شرط فاسد و مفسد عقد خواهد بود. چون شرط خلاف مقتضای عقد، نامشروع است یعنی با کتاب و سنت ناسازگار است لذا باطل است. (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲۸۱) همچنین در شرط خلاف مقتضای ذات عقد، قصد انشای مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است. چون قصد عدم زوجیت در ضمن عقد نکاح با قصد زوجیت

۱. شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است، ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صداق جایز است، مشروط بر این که مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد.

که معنا و مقتضای عقد نکاح است منافات دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲، ۲۴۸؛ نائینی، ۱۳۵۷، ۲، ۱۱۲) لذا باطل است.

شیخ انصاری براین باورند که در عقد مقید به شرط مخالف مقتضای عقد، میان مقتضای آن که غیرقابل تخلف است با شرطی که عدم تحقق آن را ایجاب می کند تنافی برقرار می شود از این رو، وفای به عقدی که به چنین شرطی مقید شده است ممکن نیست بنابراین یا باید حکم به سقوط عقد و شرط کرد و یا جانب عقد را به این جهت که مراد اصلی بوده و شرط تابع آن است مقدم داشت، به هر حال شرط، صحیح نخواهد بود. (انصاری، ۱۴۱۵، ۶، ۴۵۶) حال چنانکه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج با او برای همیشه نزدیکی نکند از آنجایی که لازمه زوجیت نزدیکی است و هدف از نکاح نزدیکی مشروع است لذا شرط مذکور خلاف مقتضای ذات عقد و در نتیجه فاسد و مفسد عقد نکاح خواهد بود.

برخی از حقوقدانان براین باورند اگر این شرط فرضاً خلاف مقتضای عقد هم نباشد مسلماً خلاف قانون آمره و باطل است. (محقق داماد، ۱۳۶۵، ۳۲۸) در مقابل عده‌ای از فقیهان معتقدند که شرط عدم استمتاع جنسی صحیح است و آن‌ها در صحت عقد نکاح، ترتب دیگر غرض‌های عقلایی از قبیل وصلت با خانواده شریف و باعتبار و ... را کافی می دانند. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۲۸۲).

بر اساس چنین تلقی نباید این شرط را باطل و مبطل تلقی نمود. از این رو برخی از حقوقدانان می گویند؛ اگرچه در تعریف عقد نکاح، تشکیل خانواده، تمتع جنسی، توالد، تناسل از اغراض عقد نکاح است ولی هیچ‌یک جزء ماهیت و مقتضای آن به شمار نمی آیند بدین جهت عقد نکاح بدون عقد هر یک از موارد یادشده از جمله بدون تمتع جنسی منعقد می گردد. (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ۷۷).

علاوه بر شرط مزبور، اعتبار برخی از شروط دیگر نیز از جهت خلاف مقتضای عقد بودن، مورد اختلاف فقیهان واقع شده است. از جمله آن شروط، شرط عدم اخراج زوجه از اقامتگاه او است؛ یعنی چنانکه در ضمن عقد نکاح، زوجه شرط کند که زوج، او را از اقامتگاهش خارج نکند شرط مزبور از منظر بعضی از فقها باطل است (طوسی، ۱۳۵۱، ۴، ۳۰۴). زیرا مقتضای عقد نکاح، تسلط زوج بر زوجه، استمتاع و اسکان است. پس شرط یادشده با مقتضای عقد منافات دارد. در مقابل، برخی از فقیهان معتقدند ذات عقد نکاح چنین اقتضایی ندارد، علاوه بر آن، روایت منقول از معصومین این شرط را لازم الوفا دانسته است. (همان، ۲، ۲۴۵).

۳-۵-۴. شرط صحیح

شروط صحیح به صورت شرط نتیجه یا صفت یا فعل در عقد گنجانده می شوند.

۱-۳-۵-۴. شرط نتیجه

شروط صحیح ضمن عقد نکاح، به صورت شرط نتیجه یا شرط فعل یا شرط صفت پیش‌بینی می‌شود.^۱ چنانکه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط نماید اگر زوج ترک انفاق نماید از ناحیه او وکیل با شد خود را مطلقه نماید وکالت او به صورت شرط نتیجه محقق شده است. چون حصول وکالت موقوف به سبب خاصی نیست و به نفس اشتراط حاصل می‌شود.

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مقرر داشته است: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنماید؛ مثل این که 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 زندگی آن‌ها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد.»

امام خمینی (ره) در استفتایی که در این زمینه از وی شده است می‌گوید: «در صورتی که زوج زوجه را در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری به نحو شرط نتیجه وکیل در طلاق کند، این وکالت قابل عزل نیست» (موسوی خمینی، ۱۳۶۶، ۲، ۳۱۹). زیرا وکالت اگرچه عقد جایز است، ولی از ناحیه شرط لازم می‌گردد هر چند وکیل می‌تواند خود را عزل کند یعنی از وکالت استعفا دهد. سید محمد کاظم یزدی طباطبایی بر این باورند که استعفای وکیل موجب «کأن لم یکن» شدن وکالت نمی‌شود چون مفاد وکالت نیابت و اذنی است که به وسیله موکل به او داده شده است لذا رفع آن نیز تنها به دست اوست. ولی استعفای وکیل در رفع مسئولیت نسبت به عدم انجام مورد وکالت مؤثر است. در زمینه حکم وکالت در طلاق، فقیهان امامیه اتفاق نظر ندارند. عده‌ای معتقدند که وکالت در طلاق جایز است اعم از اینکه موکل در مجلس طلاق حاضر یا غائب باشد. (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۳۲) محقق حلی در این زمینه می‌نویسد: «تجوز الوکاله فی الطلاق للغائب اجماعاً و للحاضر علی الاصح» (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۷، ۴) مستند این قول، اطلاق روایت صحیحه سعید اعرج از امام صادق (ع) است که می‌گوید: از آن حضرت سؤال کردم در مورد مردی که امر زنش را به مرد دیگر واگذار کرده است سپس اظهار داشت که شاهد باشید من امر زنه را به فلان شخص سپرده‌ام تا او را طلاق دهد. آیا وکالت دادن برای این مرد (زوج) جایز است؟ آن حضرت فرمود: بله. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۳۹).

در مقابل، شیخ طوسی بین طلاق حاضر و غائب تفصیل قائل شده است. (حلی، ۱۴۱۳، ۷، ۳۴۹) زیرا وی در مقابل روایت پیش‌گفته با روایتی مواجه می‌شود که زواره از امام صادق (ع) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «وکالت در طلاق جایز نیست» (کلینی، ۱۴۰۷، ۶، ۱۳۰). جمع بین این دو روایت اقتضاء

۱. ماده ۲۳۴ ق-م مقرر می‌دارد: شروط بر سه قسم است ۱- شرط صفت ۲- شرط نتیجه ۳- شرط فعل اثباتاً یا نفیاً شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که امری در خارج شرط شود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

می‌کند که روایت جواز را بر وکالت غائب و روایت عدم جواز را بر وکالت حاضر حمل نماییم. برخی از فقیهان روایت اخیر را از نظر سند ضعیف شمرده‌اند. (فا ضلی، ۱۴۰۸، ۲، ۳۸) از این رو نمی‌تواند با روایت نخست معارضه کند. شیخ یوسف بحرانی در حدائق الناضرة در مواجهه با روایات مذکور قول توقف را اختیار کرده است. (بحرانی، ۱۴۰۸، ۲۵، ۱۷۱) در زمینه شرط وکالت زوجه در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر، فقیهان اختلاف نظر دارند. چنانکه اگر زوج به زوجه وکالت دهد که از طرف او خود را مطلقه سازد، مشهور فقیهان قائل به صحت و جواز این وکالت هستند. (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۵، ۳۲) چون اطلاق ادله وکالت، طلاق زوجه را نیز شامل می‌شود. در مقابل شیخ طوسی قائل به عدم جواز وکالت مزبور است. (طوسی، ۱۳۵۱، ۲، ۳۶۵) زیرا:

اولاً زوجه خود متعلق طلاق قرار می‌گیرد چگونه می‌تواند خویش را مطلقه سازد.

ثانیاً: بیان نبی اکرم (ص): «الطلاق بید من اخذ بالساق» بر عدم جواز توکیل در طلاق ظهور دارد.

ادله جواز وکالت غیر زوجه این شمول را تقیید می‌نماید ولی وکالت زوجه همچنان تحت عدم جواز توکیل در طلاق باقی می‌ماند. ولی این استدلال پذیرفته نیست چون زوجه به اعتبار وکالت از شوهر، فاعل و به اعتبار زوجه بودن قابل طلاق تلقی می‌گردد تغییر اعتباری برای صحت وکالت کافی است. حدیث نبوی مورد استناد، متضمن لزوم مباشرت زوج در طلاق زوجه نیست از این رو طلاق از ناحیه زوج می‌تواند به وسیله وکیل او انجام پذیرد. از شایع طلاق به وسیله وکیل به نیابت از موکل در حقیقت انشای طلاق به وسیله خود موکل است. وکالتی که به زوجه داده می‌شود ممکن است مطلق و بدون شرط باشد تا او بتواند هرگاه بخواهد خود را طلاق دهد یا مشروط به شرطی باشد. (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ۱۰، ۳۸۷؛ سیستمی، ۱۴۱۴، ۳، ۱۰۲).

قانون‌گذار قانون مدنی در ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ممکن است صیغه طلاق رابه توسط وکیل اجرا نمود.» اطلاق این ماده اقتضا می‌نماید که زوجه نیز بتواند به وکالت از زوج، خود را مطلقه نماید اعم از اینکه این وکالت مطلق و عام یا مشروط باشد.

۲-۳-۴. شرط فعل

چنانچه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط نماید در صورتی که شوهر او را طلاق دهد - بدون اینکه تخلفی از او سرزده باشد - زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده است یا معادل آن را طبق نظر دادگاه، بلاعوض به زن منتقل نماید این شرط، شرط فعل است. شرط تنصیف دارایی به دو جهت مجهول است چون اولاً: در فراز «انتقال تا نصف دارایی» معلوم نیست که دادگاه به انتقال چه در صدی از اموال زوج تا نصف دارایی به زوجه حکم خواهد کرد. ثانیاً: معلوم نیست که دارایی تحصیل شده دوران زوجیت در زمان طلاق چه مقدار خواهد بود. برخی از حقوقدانان براین باورند که معلوم بودن مورد معامله در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در زمینه شروط نیز باید

رعایت گردد، چون اجرای عهد اگرچه تبعی که موضوع آن مجهول باشد امکان ندارد لذا شرط مجهول باطل است. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳، ۵۶۷).

برخی از فقیهان معتقدند که دلیلی بر اعتبار علم در شرط، اگرچه به منزله جزئی از عوضین تلقی شود وجود ندارد مگر این که جهل، به گونه‌ای باشد که به علم منتهی نگردد، در واقع شرط یک امر فرعی و تبعی است و جهل در آن به اصل بیع سرایت نمی‌کند و آنچه دلیل بر اعتبار معلوم بودن عوضین است شامل آن نمی‌شود. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲، ۲۴۳). از این رو اگر جهل به شرط، به اصل عقد سرایت نکند، دلیلی بر بطلان شرط نمی‌توان اقامه کرد. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳، ۲۷۹) صاحب جواهر بین شرط مجهولی که به علم می‌انجامد و شرطی که بازگشت آن به علم نیست فرق نهاده است و بطلان نوع نخست را نپذیرفته است چون دلیلی بر آن در عرف و لغت و شرع نیافته است. (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۳، ۱۹۹) در این باره آمده است که تنها شرط مجهولی باطل است که به علم منتهی نشود. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲، ۱۱۶).

جهل شرط انتقال تا نصف دارایی نیز از جمله جهل‌هایی است که به علم می‌انجامد، لذا دلیلی بر بطلان آن در اختیار نیست. دارایی تحصیل شده در دوران زوجیت که زمان طلاق موجود باشد قابل تعیین است و مقدار دارایی قابل انتقال نیز با نظر دادگاه مشخص و معلوم می‌گردد؛ بنابراین شرط مزبور به علم می‌انجامد. لذا صحیح و نافذ است.

همچنین اگر زوجه در ضمن عقد نکاح شرط نماید که زوج، زوجه دیگری را اختیار نکند این شرط از مصادیق شرط ترک فعل است. فقیهان در زمینه این شرط اتفاق نظر ندارند. برخی از حقوقدانان اسلامی در یک جمع‌بندی مجموع اقوال آنان را به شرح ذیل ارائه نمودند. (محقق داماد، ۱۳۶۵، ۲، ۳۳۰).

- ۱- شرط فاسد و مفسد عقد نکاح است چون صراحتاً با نص صریح قرآن مخالفت دارد.^۱
- ۲- شرط فاسد است، ولی مفسد عقد نکاح نیست.
- ۳- شرط صحیح است و اگر زوج از آن تخلف کند ازدواج مجدد وی نیز صحیح است.
- ۴- شرط صحیح است اما در صورت تخلف زوج از این شرط ازدواج مجدد او باطل خواهد بود. (حکیم، ۱۴۱۰، ۲، ۲۹۶) آنچه از ماده ۹۴۲ قانون مدنی^۲ استنباط می‌گردد این است که مرد می‌تواند تا چهار زن بگیرد و این از قواعد آمره است. (امامی، ۱۳۶۶، ۴، ۳۶۶) شرط عدم اختیار زوجه دیگر خلاف قاعده آمره و در نتیجه باطل است. برخی حقوقدانان بر این باورند که نمی‌توان ضمن

۱. «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَغْدِرُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكُمْ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا...»

۲. ماده ۹۴۲ ق.م. در صورت تعدد زوجات، ربع یا ثمن ترکه تعلق به زوجه دارد بین همه آنان بالسویه تقسیم می‌شود.»

عقد نکاح، حق زن گرفتن دوباره را از شوهر سلب کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۲۶۸) زیرا به استناد ماده ۹۵۹ قانون مدنی هیچ کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجزاء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند. مشهور فقیهان معتقدند که شرط عدم ازدواج مجدد زوج باطل است چون مخالف با کتاب و سنت است. (غروی اصفهانی، بی‌تا، ۲، ۱۴۵) برخی علت بطلان آن را تحریم حلال دانسته و از مصادیق مستثنای «المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حراماً حلالاً او احل حراماً» به شمار آورده‌اند. (نجفی، ۱۳۶۵، ۳۱، ۹۵).

استدلال مذکور پذیرفته نیست؛ زیرا مفاد شرط عدم ازدواج مجدد زوج، ترک عمل مباح است و التزام به ترک عمل مباح، جایز است. البته چنانکه در عقد نکاح، عدم اباحه ازدواج مجدد زوج گنجانده می‌شد چنین شرطی مخالف کتاب و سنت به شمار می‌آید. اگر مستند استدلال کنندگان به بطلان شرط عدم ازدواج، روایات خاص باشد. (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۵، ۴۶).^۱ این روایات با اخبار جواز متعارض، (همان، ۳۰)^۲ بوده و تساقط پیدا می‌کنند در نتیجه فقیه با مراجعه به ادله حکم اباحه ازدواج مجدد، به اباحه و جواز فتوا می‌دهد. سؤال اساسی این است که اگر شرط صحیح و جایز باشد چه اثری بر آن مترتب است؟ محقق خوبی معتقدند به وفای این شرط بر مشروط علیه (زوج) لازم است باین وجود، چنانکه زوج تخلف نماید و ازدواج کند ازدواجش صحیح است؛ یعنی تنها مرتکب فعل حرام، معصیت و گناه شده است. ائمه و وضعی مانند بطلان بر ازدواج مجدد مترتب نمی‌شود. (موسوی خوبی، بی‌تا، ۲، ۲۸۰) پیش‌بینی تعزیر برای مرتکب معصیت، یک سازوکار کیفری برای تضمین شرط مذکور به شمار می‌آید. در مقابل برخی دیگر از فقها بر این باورند که ازدواج مجدد باطل است. همین بطلان ازدواج مجدد، ضمانت اجرایی این شرط است. و در این زمینه آورده‌اند: «و يجوز ان تشرط الزوجه علی الزوج فی عقد النکاح او غیره ان لا یتزوج علیها و یلزم الزوج العمل به بل لو تزوج لم یصح تزویجه» (حکیم، ۱۴۱۰، ۲، ۳۴۵).

۱. عن ابی جعفر (ع): «فی رجل تزوج امرأة و شرط لها ان هو تزوج علیها امرأة او هجرها او اتخذ علیها سرية فیهی طالق فقضی

فی ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفي لها بما اشترط و ان شاء أمسكها و اتخذ علیها و نکح علیها...»

۲. «عن عبدالصالح (ع) قال قلت له: ان رجلاً من موالیک تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن یراجعها فأبت علیه إلاً أن یجعل لله علیه أن لما یطلقها و لا یتزوج علیها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له فی التزویج بعد ذلك، فکیف یصنع؟ فقال بئس ما صنع، و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النهار، قل له: فلیف للمرأة بشرطها، فان رسول الله (ص) قال: المؤمنون عند شروطهم.»

یکی از موارد دیگر شرط ترک فعل در ضمن عقد نکاح عبارت است از شرط عدم عزل زوجه از وکالت در طلاق است، یعنی اگر زوج وکالت در طلاق را به زوجه اعطا نماید و شرط شود که او را عزل نکند شرط مزبور صحیح و وفای به آن لازم است لذا وکیل غیرقابل عزل است. هرگاه زوج برخلاف شرط، وکیل را عزل کند عزل مؤثر نخواهد بود و وکالت به اعتبار خود باقی است.

یکی از مصادیق دیگر شرط فعل، شرط انفاق زوج به زوجه در دوران زوجیت در عقد نکاح منقطع است؛ بنابراین چنانکه در ضمن عقد نکاح منقطع شرط شود که نفقه دوران زوجیت به عهده زوج باشد، پرداخت نفقه بر زوج الزامی خواهد بود. ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «در نکاح انقطاع، زوجه حق نفقه ندارد مگر آن که شرط شده یا آن که عقد مبتنی بر آن جاری شده باشد». سؤال اساسی این است که ضمانت اجرای این شرط چیست؟ فقیهان پاسخ یکسانی در این زمینه ندارند، برخی مانند شهید اول بر این باورند که بر مشروط علیه انجام شرط واجب نیست و ثمره شرط تنها این است که برای مشروط له این اختیار به وجود می‌آورد که در صورت عدم انجام شرط، عقد را فسخ کند. (عاملی، (شهید اول)، ۳، ۱۴۰۳، ۵۰۶).

بنابراین در صورت تخلف زوج از شرط برای مشروط له یعنی زوجه، حق فسخ نکاح منقطع به وجود می‌آید او می‌تواند نکاح را فسخ کند. بعضی از فقیهان معتقدند، وفا به شرط، یک تکلیف شرعی محض است. (انصاری، ۱۴۲۷، ۲۱۴) یعنی وفای به شرط واجب است. بر اساس این نظریه عدم انفاق زوج به زوجه تخلف از تکلیف شرعی و جوب تلقی می‌شود و حق خیاربر آن مترتب نمی‌گردد. جمعی دیگر از فقها مانند صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۵، ۲۷، ۶۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲، ۲۸۲) و امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۵، ۲۲۱) بر این باورند که شرط، موجب حکم تکلیفی به عهده مشروط علیه و حکم وضعی به نفع مشروط له است؛ یعنی تنها وی حق دارد انجام آن را مطالبه کند، اصولاً شرط، از اسباب ایجاد دین به شمار نمی‌آید؛ بنابراین در شرط انفاق زوجه بر زوج در عقد نکاح منقطع برای زوجه حق مطالبه و الزام زوج به ادا از طریق دادگاه وجود دارد. چنانکه الزام زوج میسر نباشد مانند اینکه زوج معسر باشد، دادگاه با تقاضای زوجه می‌تواند زوج را به بذل مابقی مدت الزام کند یا به زوجه حق مطالبه بذل مدت مابقی و یا فسخ را اعطا کند. برخی از فقیهان مانند علامه حلی معتقدند که شرط، موجدیک نوع «حق مالی» است؛ و برای مشروط له، «حق دینی» به وجود می‌آورد. (حلی، بی تا، ۳، ۱۵۳)؛ یعنی در شرط انفاق در نکاح منقطع، زوج به مقدار نفقه مدیون زوجه است و در فرض اعسار، زوجه حق مطالبه بذل مدت یا فسخ ندارد و تنها به موجب آیه شریفه «فتظروا الی میسر» به او مهلت داده می‌شود تا ادای دین نماید.

۳-۳-۴. شرط صفت

از جمله شروط صحیح ضمن عقد، شرط صفت است. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود

بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه و صف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد.» بنابراین اگر در ضمن عقد نکاح، زوج دارا بودن و صف فرزند آوری را برای زوجه شرط کرده باشد این شرط، شرط صفت است چنانچه بعد از عقد معلوم شود که زوجه فاقد و صف مذکور است، زوج از حق فسخ نکاح برخوردار خواهد بود.

اکنون این سؤال مطرح می‌شود آیا فقدان هر صفت مشروط، موجب حق فسخ خواهد شد؟ عقیم بودن و ناتوانی در فرزند آوری زوجه از عیوب فسخ نکاح نیست زیرا عیوبی که استمرار عقد نکاح را با تزلزل مواجه می‌سازد به موارد معینی غیر از عقم، محصور گردیده است.^۱ بدون تردید عیوب حضاء، عنن به شرط اینکه ولو یکبار عمل زنا شویی را انجام نداده باشد، مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد موارد، حق فسخ برای زوجه به حکم قانون گذار است؛ و عیوب قرن، جذام، برص، افشاء، زمین‌گیری، نابینایی از هر دو چشم زوجه، موارد حق فسخ برای زوج است؛ بنابراین از باب عیوب برای زوج حق فسخ پدید نمی‌آید، بلکه چنانچه عقیم بودن در ضمن عقد شرط شده باشد از مصادیق شرط صفت است و در صورت تخلف از وصف، خیار تخلف از وصف برای زوج ثابت می‌شود. شرط صفت در عقد نکاح می‌تواند به صورت بنائی باشد یعنی وجود صفت قبل از عقد مورد توافق صریح طرفین واقع شده و زمان عقد بنای طرفین بر آن باشد و یا از مذاکره قبلی و اوضاع و احوال قضیه برحسب عرف استنباط شود که صفت خاص، مورد نظر طرفین بوده و عقد بر اساس آن واقع شده است مثلاً دختری که شوهر نکرده است برحسب عرف و عادت اجتماعی، باکره بودن او هنگام عقد مورد نظر است. اگر بعد از عقد آشکار گردد که باکره نبوده است شوهر حق فسخ نکاح را خواهد داشت. یا اگر مرد بی‌سوادی خود را مهندس معرفی نماید و براین مبنا ازدوج صورت گیرد پس از عقد معلوم شود که او مهندس نیست چون عقد متبایناً بر آن واقع شده است فقدان این و صف به دختری که فریب‌خورده حق فسخ می‌دهد. امام خمینی (ره) در پاسخ به استفتایی، صحت و سلامتی زن را که اگر به نحو اشتراط یا توصیف در عقد ذکر شده و یا عقد مبنی بر آن واقع باشد به طوری که تدلیس صدق کند و تدلیس سبب شده باشد که شوهر گول بخورد، موجب فسخ می‌داند. (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۳، ۸۵).

۶. شروط الحاقی در عقد نکاح

شرط الحاقی، شرطی است که پس از تشکیل عقد، طرفین الحاق و انضمام آن را به عقد انشاء شده قبلی اراده می‌کنند. برخی از فقها شرط بعد از عقد را غیر معتبر تلقی کرده است. «کل شرط تقدم او

۱. ماده ۱۱۲۲: «عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: ۱- خصاء ۲- عنن به شرط اینکه ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشد. ۳- مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.»

ماده ۱۱۲۳: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ مرد خواهد بود: ۱- قرن ۲- جذام ۳- برص ۴- افشاء ۵- زمین‌گیری ۶-

نابینایی از هر دو چشم.»

تأخر فلا اثر له» (عاملی، ۱۳۶۰، ۲۵۲) در این زمینه بیان شده است: «إذا شرط السائغ فی العقد لزم لا قبله و لا بعده» (حلی، ۱۴۰۹، ۱۲۰۲) برخی از حقوقدانان نیز تحت تأثیر این قول نوشته‌اند: در مورد وضعیت حقوقی شرط الحاقی باید معتقد بود که درج چنین شرطی ضمن عقد انشا شده قبلی با مکانیسم تحلیلی امور اعتباری و وابستگی شرط به عقد سازگار نیست و به همین جهت شرط مزبور نمی‌تواند دارای آثار شروط ضمن عقد باشد هرچند در صورت اراده انشای مستقل آن، مانند هر قراردادی؛ دارای آثار خاص خود خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۷، ۴، ۴۳) در مقابل برخی براین باورند که ادله لزوم وفای به شروط پیش‌گفته، بر شروط بعد از عقد نیز دلالت دارند. (محقق داماد، ۱۳۹۰، ۲۹۸) در فقه، شرط الحاقی مربوط به توافق زوجین نسبت به کاستن یا افزودن مهر معتبر دانسته شده است.

این اعتبار برگرفته از آیات قرآن است. چون خداوند متعال در آیه ۲۴ سوره نساء می‌فرماید:

«...فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضِيئُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ...»
 «... زنانی را که (به ازدواج موقت) بهره گرفته‌اید مهرشان را به‌عنوان فریضه الهی به آن‌ها بپردازید و در آنچه پس از تعیین مهر بر آن توافق کردید گناهی بر شما نیست.»

شرط الحاقی در باب مهر به عنوان نمونه است و دو طرف به تراضی می‌توانند هر شرط صحیحی را بعد از عقد محقق کنند و آن شرط لازم الوفا است. برخی از فقها، شرط کاستن یا افزودن مهر پس از انعقاد عقد نکاح را اگرچه لازم الوفا می‌دانند ولی آن را مهر نمی‌دانند. در مقابل گروهی دیگر معتقدند که مقدار مورد توافق مهر است؛ و آثار و احکام مهر بر آن بار می‌شود. چنانکه مهر تقلیل داده شود، احکام مهر بر آن جاری است یعنی در فرض طلاق قبل از نزدیکی، همان مقدار اقل باید تنصیف شود. با توجه به قواعد مربوط به مفوضه البضع (موردی که مهریه در عقد ذکر نمی‌شود) از یک طرف و قواعد مربوط به حق جعل خیار در مهریه و صحت اقاله و توافق مجدد، مال تعیین شده، افزون شده و یا کاهش یافته، مهر المسمی محسوب و احکام مهر المسمی بر آن مترتب می‌شود. (همان، ۲۹۹).

نتایج و یافته‌ها:

قواعد فقه خانواده به دو دسته عام و اختصاصی تقسیم می‌شود. قواعد ر ضاع و فراش از جمله قواعد اختصاصی و قاعده شروط از جمله قواعد عام به شمار می‌آیند که علاوه بر نکاح، در عقود دیگر نیز کاربرد دارد.

فقیهان در زمینه اعتبار شروط ابتدایی، بنایی و الحاقی اختلاف نظر دارند. در این مقاله بر اعتبار شرعی شروط ابتدایی، بنایی و الحاقی تأکید شده است. اعتبار شروط الحاقی در مهر، خاستگاه قرآنی دارد. قرآن کریم در آیه ۲۴ سوره نساء مشروعیت شرط الحاقی را به رسمیت شناخته است. نصوص متضمن عدم اعتبار شرط قبل از نکاح، به صورتی حمل می‌شود که شرایط قبل از عقد ذکر گردیده و هنگام عقد، مورد توجه زوجین، نبوده باشد.

منابع

- قرآن کریم، ترجمه: مهدی الهی قمشه ای، تهران: انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی.
- ابن ابی جمهور، محمد بن علی (۱۴۰۳ق)، عوالی اللئالی، قم: انتشارات سیدالشهدا.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۳۶۳ق)، لسان العرب، قم: نشر ادب حوزه.
- امامی، حسن (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی - (۱۴۱۵ق)، فرائد الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- انصاری (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۷ق)، المکاسب، قم: مجمع فکر الاسلامی.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۸ق)، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: انتشارات مؤسسه النشر الاسلامی.
- بروجردی، مرتضی (۱۳۶۵ق)، مستند العروه الوثقی، تقریرات سید ابوالقاسم خویی، قم: دار احیاء التراث الاسلامیه.
- تقوایی، عباس؛ حائری، محمد حسن؛ خداشناس، معصومه، (۱۳۹۵)، «نقد و تحلیل شرط مخالف کتاب و سنت و آثار آن بر عقود»، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۲، شماره ۴۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸)، حقوق خانواده، تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسایل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت.
- حسینی مراغی، میرفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین.
- حکیم، محسن، (۱۴۱۰ق)، منهاج الصالحین، نجف: مطبعه الآداب.
- حکیم، محسن (۱۴۰۴ق)، مستمسک العروه الوثقی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- حلی، ابومنصور حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- حلی - حسن بن یوسف (بی تا)، تحریر الاحکام، مشهد: مؤسسه طوس.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم: چاپخانه و انتشارات علمیه.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعه، بیروت: دارالاسلامیه.
- حلی، محمد بن حسن (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، نجم الدین، جعفر بن حسن، (محقق حلی) (۱۴۰۹)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خراسانی، محمد کاظم (آخوند خراسانی)، (۱۳۶۶ق)، کفایه الاصول، تهران: انتشارات اسلامیة.
- زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ق)، تاج العروس، بیروت: دار مکتبه الحیاه.
- سیستانی، علی (۱۴۱۴ق)، منهاج الصالحین، قم: مکتبه آیت العظمی سیستانی.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۷)، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
- صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۲)، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۳۷۸ق)، حاشیه بر مکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- طوسی (۱۳۵۱ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مکتبه المرتضویه.
- طوسی (۱۴۰۷ق)، الخلاف، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (۱۴۱۲ق)، النهایه و نکتها، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۱ق)، تهذیب الاحکام، بیروت: دارالصعب و دارالتعارف.
- عاملی، محمد (شهید اول) (۱۳۶۰ق)، القواعد و الفوائد، نجف: مکتبه المفید، مطبعه الآداب.
- فا ضلی، عزالدین ح سن (فا ضل آبی) (۱۴۰۸ق)، کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- کاتوزیان (۱۳۸۳) قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران: نشر میزان.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، الفروع من الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مامقانی، عبدالله (۱۳۵۰ق)، تنقیح المقال، نجف: بی‌نا.
- مجلسی، محمد باقر (۱۴۱۰ق)، بحار الانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه الاطهار (علیهم السلام)، بیروت: مؤسسه الطبع و النشر.
- محقق حلی، جعفر بن محمد، (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام، تهران: انتشارات استقلال.
- محقق داماد (۱۳۶۵)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد (۱۳۹۰)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۵)، قواعد فقه (بخش مدنی)، تهران: انتشارات سمت.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۱ق)، جامع المقاصد، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- موسوی بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، نجف: مطبعه الآداب.
- موسوی خمینی (۱۳۶۶)، استفتائات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه المدرسین.
- موسوی خمینی (۱۳۷۸)، صحیفه نور، تهران: انتشارات انقلاب اسلامی.
- موسوی خمینی (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه النشر الاسلامی.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسوی خویی، ابوالقاسم (بی‌تا)، مصباح الفقاهه (مقرر: محمدعلی توحیدی)، قم: انتشارات داوری.
- نائینی، میرزا محمد ح سن (۱۳۵۷ق)، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب (خوانساری، موسی بن محمد، تقریرات درس نائینی)، تهران: مطبعه المرتضوی.
- نجفی، محمد حسن (۳۶۵ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ق)، عواید الايام، قم: مکتبه بصیرتی.

Holy Quran, translation: Mehdi Elahi Qomshaei, Tehran: Publications of Islamic Propaganda Organization
 Ibn Abi Jumur, Muhammad Ibn Ali (۹۸۲)، *Awali Al-Leali*, Qom: Seyyed al-Shohadah Publications.

- Ibn Manzoor, Muhammad bin Makram (۱۹۴۴), *Lasan al-Arab*, Qom: Adab Hoza publication. Emami, Hassan (۱۹۸۹), Civil Rights, Tehran: Islamic Bookstore.
- Ansari; Ansari, Morteza (۲۰۰۶), *al-Makasab*, Qom: Jamal al-Fikr al-Islami.
- (۱۹۹۴), *Faraid al-Asul*, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.
- (۱۹۹۹), *Al-Qasas al-Fiqhiyyah*, Qom: Al-Hadi Publishing House.
- Bahrani, Youssef (۱۹۸۷), *Hadaiq al-Nadrah fi Hakam al-Atrah al-Tahirah*, Qom: Al-Nashar al-Islami Publications.
- Borujerdi, Morteza (۱۹۴۵), *Al-Arwa al-Waghghi* Documentary, Narrations by Seyyed Abul Qasim Khoei, Qom: Darahiya al-Tarath al-Islamiyya.
- Taqvai, Abbas; Haeri, Mohammad Hassan; Khudashanas, Masoumeh, (۲۰۱۵), "Criticism and analysis of the contrary condition of the book and tradition and its effects on contracts", *Islamic Jurisprudence and Law Research Quarterly*, year ۱۲, number ۴۳.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (۱۹۴۸), *family law*, Tehran: Ganj Danesh.
- Har Ameli, Muhammad bin Hasan (۱۹۸۸), *Al-Shi'a Tools*, Qom: Al-Al-Bayt Institute.
- Hosseini Maraghi, Mirfattah (۱۹۹۶), *Al-Anawin*, Qom: Islamic Publications Office affiliated to Jamia Al-Madrasin.
- Hakim, Mohsen, (۱۹۸۹), *Minhaj al-Salehin*, Najaf: Al-Adab Publishing House.
- (۱۹۸۳), *Mustamsk al-Arwa al-Waqhi*, Qom: Ayatollah Murashi Najafi Library.
- Hali, Abu Mansour Hasan bin Yusuf (۱۹۹۲), *The Rules of Al-Ahkam in Marifah al-Halal and Al-Haram*, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers.
- *al-Ahkam*, Mashhad: Tus Institute.
- (۱۹۶۷), *explanation of the benefits in the explanation of the problems of the rules*, Qom: Printing House and Scientific Publications.
- (۱۹۹۲), *Farif al-Shia*, Beirut: Dar al-Islamiya.
- Hali, Muhammad bin Hasan (Fakhr al-Haqqin), (۱۹۶۷), *Idaba al-Fawadee fi Sharh al-Qasas al-Qaase*, Qom: Ismailian Institute.
- Hali, Najm al-Din, Jafar bin Hasan, (۱۹۸۸), *Sharia al-Islam fi al-Halal and Haram issues*, Qom: Ismailian Institute.
- Khorasani, Mohammad Kazem (Akhund Khorasani), (۱۹۴۶), *Kefayeh al-Asul*, Tehran: Islamiya Publications.

- Zubaydi, Muhammad bin Muhammad (۱۹۹۳), *Taj al-Arus*, Beirut: Dar Maktaba al-Hiyah.
- Sistani, Ali (۱۹۶۳), *Menhaj al-Salehin*, Qom: School of Ayat Azami Sistani.
- Shahidi, Mehdi, (۱۹۶۷), *works of contracts and obligations*, Tehran: Majd Publications.
- Safai, Hossein and Emami, Asadullah (۱۹۹۳), *Summary of Family Law*, Tehran: Mizan Publishing.
- Tabatabaei Yazdi, Mohammad Kazem (۱۹۵۸), *Hashieh Bar Makaseb*, Qom: Ismailian Institute.
- Tusi, Muhammad bin Hasan (۱۹۸۰), *Tahzeeb al-Ahkam*, Beirut: Dar al-Saab and Dar al-Taraif.
- (۱۹۳۲), *al-Mabusut fi fiqh al-Umamiyyah*, Tehran: Al-Mortazawieh School.
- (۱۹۸۶), *Al-Khalaf*, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.
- (۱۹۹۱), *Al-Nahaye and Nithta*, Qom: Islamic Publications Office affiliated with Jamiat al-Madrasin.
- Ameli, Muhammad (۱st Martyr) (۱۹۴۱), *Al-Qasas va Al-Fawaida*, Najaf: Al-Mufid School, Al-Adab School.
- Fazli, Ezzeddin Hasan (۱۹۸۷), *Discovery of Symbols in Sharh Al-Mukhtasar al-Nafi*, Qom: Al-Nashr Al-Islami Institute.
- Hakatouzian, nasser (۲۰۰۴) *General rules of contracts*, Tehran: Publishing Company in collaboration with Bahman Barna.
- (۲۰۰۶), *Preliminary course on family civil rights*, Tehran: Mizan publishing house
- Kilini, Muhammad bin Yaqub (۱۹۸۶), *al-Faroo Man al-Kafi*, Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiya. Mamqani, Abdullah (۱۹۳۱), *Tanqih al-Maqal*, Najaf: Bina.
- Majlesi, Muhammad Baqir (۱۹۸۹), *Bihar al-Anwar al-Jamaeeh Lederer Akhbar al-Imae al-Athar (peace be upon him)*, Beirut: Al-Tabb and Al-Nashar Institute.
- Mohagheq Hali, Jafar bin Muhammad, (۱۹۸۸), *Sharia' al-Islam*, Tehran: Esteghlal Publications. Mohagheq Damad (۱۹۸۶), *jurisprudential review of family law*, Tehran: Islamic Publishing House.
- (۲۰۱۱), *General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law*, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center.
- , Mustafa (۲۰۰۶), *Jurisprudence Rules (Civil Section)*, Tehran: Samit Publications.

Mohagheq Karki, Ali bin Hossein (۱۹۹۰), *Al-Maqassed Mosque*, Qom: Al-Al-Bayt Institute (peace be upon him).

Mousavi Bejnavardi, Hassan (۱۹۹۸), *Al-Qa'ama al-Fiqhiyyah*, Najaf: Al-Adab Publishing House.

Mousavi Khomeini (۱۹۸۷), *Esftataat*, Qom: Islamic Publications Office affiliated with Jamiat al-Madrasin.

----- (۱۹۹۹), *Noor Book*, Tehran: Islamic Revolution Publishing House.

---- (۲۰۱۱), *Kitab al-Bai*, Tehran: Al-Nashar al-Islami Institute. Mousavi

----- (۲۰۱۱), *Tahrir Al Wasila*, Qom: Islamic Publications Office.

Mousavi Khoei, Abul Qasem, *Misbah al-Faqaha* (Editor: Mohammad Ali Tawhidi), Qom: Davari Publications.

Naini, Mirza Mohammad Hasan (۱۹۳۸), *Maniyah al-Talib fi Marzih al-Makasb* (Khansari, Musa bin Mohammad, Narrations of Naini's lesson), Tehran: Al-Mortazavi Press.

Najafi, Mohammad Hasan (۱۹۴۵), *Javaher al-Kalam fi Sharh Shariah al-Islam*, Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiya. Naraghi, Mulla Ahmad (۱۹۹۶), the results of the days, Qom: Bisarti School.