

## فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال نهم، شماره بیست و چهارم، تابستان ۱۴۰۲، ص ۶۴-۸۲

### بررسی فقهی شرط تنصیف اموال زوج هنگام طلاق زوجه

هادی محمودیان بارزی<sup>۱</sup>

علی خالدي سردشتی<sup>۲</sup>

#### چکیده

طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. امکان جعل شرط ضمن عقد با ماهیت قراردادی، بعنوان قاعده‌ای کلی در همه عقود پذیرفته شده است. از جمله شروط ضمن عقد نکاح در اسناد رسمی نکاحیه، شرط تنصیف دارایی است که براساس مصوبه شورای عالی قضایی به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور جهت درج در اسناد نکاحیه ابلاغ شده است. به شرح ذیل: در ضمن عقد نکاح ر عقد خارج لازم، زوج شرط نمود که هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه، تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار او نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آنرا طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید. شرط تنصیف اموال و دارایی زوج که در هنگام طلاق زوجه تا نصف دارای خود را به زوجه باید بپردازد و جزء شروط سیزده گانه است که در سند ازدواج ذکر می‌شود و زوجین آن را امضاء می‌کنند و از آنجا که این شرط اختصاص به فقهای امامیه دارد در مبانی و اصول آن بین فقهاء امامیه اختلاف است که چه شروطی در در ضمن عقد نکاح می‌توان منعقد نمود که با دلیل اجماع و عموم المؤمنون عند شروطهم و روایات عامه و خاصه که از اهل بیت صادر شده بود که به طور عام شرط وصف (صفت) آنجا که به امام سوال کردند در مورد زنی که شرط کرده در عقد نکاح به اینکه بعد انعقاد انشاء عقد ایشان را به شهری که وطن خود است خارج نکنند و ایشان بعد عقد به شرطش عمل نکردند، امام فرمودند حق فسخ دارد و از این روایات که از اهل بیت علیهم السلام به ما رسیده است می‌توان گفت که شرط فعل همان طور که در عقد بیع جایز و مورد اجماع فقهاء است که در صورتی که مخالف کتاب و سنت نباشد و خلاف مقتضای عقد نباشد و مقذور و معقول باشد را می‌توان در عقد بیع انشاء کرد می‌توان این را به عقد نکاح هم که از عقود معاوضی و معینیه می‌باشد را سرایت داد.

کلید واژه: شرط تنصیف، تنصیف اموال و دارایی زوج، طلاق

<sup>۱</sup> طلبه سطح سه حوزه علمیه قم، رشته فقه و اصول، طلبه و فعال فرهنگی، ایمیل: hadimahmodian9@gmail.com

<sup>۲</sup> طلبه سطح سه حوزه علمیه قم، رشته فقه و اصول، طلبه و فعال فرهنگی، ایمیل: alikalidi681402@gmail.com

## مقدمه

یکی از مباحث مورد ابتلاء در جامعه شروطی است که در سند عقد ازدواج زوجین به آن پایبند می شوند اگر چه این شروط با حفظ حقوق طرفین عقد نکاح پیش بینی می شود و این شروط باید متضمن قیودی باشد که عبارت از اینکه خلاف کتاب و سنت نباشند و خلاف مقتضای عقد نباشند و خلاف عقل نباشند و هکذا... و یکی از این شروط موضوع تنصیف اموال زوج در هنگام طلاق زوجه است که این موضوع از لحاظ اینکه امروز در جامعه بسیار رایج شده و بعضاً جزء شروط داوزده گانه است که در سند عقد نکاح ذکر می شود و از نظر بعضی از فقهاء دارای اشکالات و ایرادات می باشد لذا در این تحقیق به ادله شرط تنصیف اموال که در فقه امامیه از ادله عامه از کتاب و سنت و اجماع و عقل پرداخته شده که به بررسی اقوال و ذکر دلایل آنان می پردازیم.

مبحث اول: ماهیت فقهی و شرط تنصیف دارایی زوج  
در این مبحث به ماهیت فقهی شرط تنصیف دارایی زوج پرداخته می شود.

### ۱. ماهیت فقهی شرط تنصیف دارایی زوج

در خصوص رابطه ی شرط و عقدی که شرط در ضمن آن قرار دارد بسیاری از نویسندگان، تنها به رابطه ای کلی اشاره کرده‌اند و به هیچ وجه خود را درگیر جزئیات و نظریه ها و اختلافات آن نکرده اند. آنها می نویسند که شرط از تمام جهات وابسته به عقد است. یعنی صحت و بطلان و نفوذ شرط، منوط به صحت و بطلان و نفوذ عقد است. اگر عقد صحیح بود، شرط ضمن آن هم قابلیت حیات دارد و اگر عقد باطل بود شرط ضمن آن نیز باطل است حتی اگر خود شرط به تنهایی قابلیت بقا را داشته باشد نفوذ یا عدم نفوذ عقد هم به شرط سرایت کرده و آن را نافذ یا غیر نافذ می گردانند. هم چنین لزوم یا جواز، عقد به شرط هم لزوم یا جواز میدهد بنابراین اگر شرطی به صورت جایز ضمن عقد لازم گنجانده شود، آن شرط نیز لزوم پیدا میکند و تا عقد اصلی فسخ نشود شرط نیز غیر قابل فسخ خواهد بود و به همین ترتیب احکامی از این دست که از ظاهر مواد قانون مدنی قابل استنباط است. ولی با وجود این هستند فقها و حقوقدانانی که پا را فراتر از این مطالب کلی گذاشته و با نگاهی عمیق تر و ریزبینانه تر به مسئله توجه کرده و به تبع آن، دیدگاهها خود را در این مورد ارائه داده اند. نظریات و نظریاتی که هر یک از آنها احکام و آثاری متمایز از سایر نظریه ها دارد. به طور کلی پرداخته اند. یعنی به عقد به صورت عام و صرف نظر از نوع آن توجه دارند، و نامی از عقد به خصوص در نظریات خود نبرده اند. مثلاً اشاره نکرده اند که رابطه ی شرط و مثلاً عقد بیع یا صلح یا اجاره و . بدین ترتیب احکام و مطالبی که بیان کرده اند قابلیت تسری در تمامی عقود را دارا میباشند. همان طور که قبلاً هم بارها اشاره شد عقد نکاح عقدی است که نمیتوان آن را از هر جهت با دیگر عقود مقایسه کرد. علت آن هم قبلاً گذشت و اشاره کردیم که نکاح عقدی است غیر مالی و مقدس که اصولاً احکام آن امری و است و البته بسیار متفاوت از سایر عقود هدف اصلی ما مشخص کردن این موضوع است که آیا نظریات ارائه شده، قابل استفاده در عقد نکاح هم میباشد. به عبارت دیگر رابطه ی شرط و عقد نکاح تابع احکام و آثار کدام یک از آن نظریات و دیدگاهها است؟

آن گاه این آثار و نتایج و احکام را با ذات و ماهیت و فلسفه و اهداف و قوانین امری نکاح مقایسه خواهیم کرد تا به این نتیجه برسیم که آیا میشود این نظریه را جاری و ساری در عقد نکاح دانست یا نه و باید نظریه دیگری را مورد بررسی قرار دهیم و به همین ترتیب مهم ترین دیدگاهها را در این خصوص مورد مطالعه و بررسی قرار خواهیم داد. این دیدگاهها از قرار ذیل اند -۱ نظریه ی تقیید -۲ نظریه ی التزام - نظریه ی تقیید توأم با التزام

۴- نظریه ی تفصیل -۵ نظریه ی، تعلیق -۶ نظریه ی، ظرفیت - نظریه ی شرط جزئی از عوضین است ۸ نظریه ی شرط جزئی از عوضین، نیست -۹ نظریه ی، ترکیب ۱۰ - نظریه ی ترجیحی .

### ۱. نظریه تقیید

این نظریه توسط شهید اول بیان شده است. شهید اول در خصوص شرط ضمن عقد، عقیده دارد که انجام دادن و عمل کردن به شرط از سوی مشروط علیه واجب نمیباشد یعنی این طور نیست که مشروط علیه تکلیفی در خصوص انجام شرط داشته باشد و در صورت تخلف از آن مرتکب گناهی شود. ایشان معتقدند که تنها فایده و اثر شرط ضمن عقد آن است که در صورت عمل نشدن به آن از سوی مشروط علیه عقد در معرض زوال قرار میگیرد یعنی مشروط له میتواند عقد را فسخ کند و در مقابل اگر به شرط ضمن عقد عمل شود عقد لازم و غیر قابل فسخ می گردد. بر اساس این نظریه شرط قید است عقد مقید به آن میباشد به عبارت دیگر رابطه ی بین شرط عقد، مانند رابطه ی قید و مقید است. محقق یزدی نیز بیان داشته اند که شهید اول در خصوص رابطه ی شرط عقد قائل به تقیید است بنابراین اگر قید یعنی شرط وجود داشته باشد مقید یعنی عقد مشروط هم وجود خواهد داشت و اگر قید نباشد، مشروط له حق فسخ عقد را بدست خواهد آورد. با توجه به توضیحات گفته شده، دیدگاه تقیید دارای دو اثر و نتیجه ی مهم می باشد. بدین صورت که شهید اول قائل به این است که عمل کردن به شرط از سوی مشروط علیه واجب نیست. ایشان معتقدند که اصل عدم وجوب است. هم چنین ایشان با وجود این که رابطه ی بین شرط و عقد را مانند رابطه ی قید و مقید میدانند در عین حال در صورت منتفی شدن قید یعنی شرط، قائل به خیار فسخ برای مشروط له هستند این دو اثر بایستی مورد بررسی و تحقیق قرار بگیرند تا مشخص شود که تا چه اندازه دارای اعتبار و ارزش میباشد و تا چه اندازه در موضوع بحث ما یعنی عقد نکاح میتوانند صادق باشند.<sup>۱</sup>

### ۲. نظریه ی التزام

محقق یزدی معتقد است که « شروطی که ضمن عقد قرار میگیرند آن گونه که در عرف رایج است، آندسته از باب لزوم و التزام است نه به شکل تقیید و ظاهر سخن فقهیان نیز همین است.» محقق یزدی جزء از فقهیانی است که عمل به شرط ضمن عقد را واجب میدانند و بر همین اساس است که این نظریه را مطرح نموده است.

<sup>۱</sup> . مکی، عاملی ابو عبدالله محمد بن جمال الدین معروف به شهید اول (اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، قم، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه.ق، ص

بدین صورت که اگر معتقد به این بود که عمل کردن به شرط ضمن عقد از سوی مشروط علیه واجب است لازمه‌ی این امر این است که بایستی بتوان انجام شرط را از مشروط علیه خواست و به عبارتی او را ملزم کرد که به تعهد خود عمل کند. طبق این نظریه وقتی شرطی ضمن عقد قرار میگیرد، ارتباط عقد شرط باعث میشود که تعهدات را از مشروط علیه خواست و او را مجبور به این کار کرد. به عبارتی چون میان عقد و شرط ارتباط وجود دارد لذا لزوم وفا به تعهدات از عقد به شرط نیز سرایت میکند و اگر اجبار مشروط علیه به نتیجه نرسید، خیار فسخ است.<sup>۱</sup> این مطلب به عنوان اصل اولی مورد پذیرش و قبول اکثر فقهای بزرگ و هم چنین حقوقدانان معاصر میباشد و در رد نظریه‌ی تقييد نیز وجوب عمل به شرط از جانب مشروط علیه را ثابت کردیم. در عین این که میگوییم این مطلب به عنوان اصل اولی مورد پذیرش میباشد ولی باید افزود که امکان الزام و اجبار مشروط علیه آن گونه که محقق یزدی میگویند در تمامی شروط امکان پذیر نیست. با وجود وجوب عمل به شرط از سوی مشروط، علیه در پاره‌ای موارد امکان عمل به شرط از سوی وی هم وجود ندارد و لذا نمی‌توان او را مجبور به عمل به شرط نمود و در نتیجه چنین اجباری فایده‌ای نخواهد داشت. برای روشن شدن مطلب در خصوص موضوع بحث بایستی ابتدا سه قسم شرط یعنی شرط فعل شرط صفت و شرط نتیجه را در ضمن عقود ( و البته تخصصاً عقد نکاح و ضمانت اجرای تخلف از هر کدام را بررسی کرده و براساس آن مشخص کنیم که اجبار مشروط علیه در کدام شرط امکان پذیر است و در کدام یک امکان پذیر نیست.

### ۳. نظریه‌ی تقييد توأم با التزام

مشهور فقهایان، باتوجه به دو دیدگاه تقييد و التزام در مورد عقد و شرط گفته‌اند که رابطه‌ی بین این رابطه‌ی تقييد همراه با التزام است.<sup>۲</sup> آنچه در تحلیل این دیدگاه مشخص می‌شود این است که قائلین این دیدگاه رابطه‌ی عقد بین و شرط را از باب تقييد میدانند یعنی شرط قید است و عقد مقید بدان میباشد ولی برخلاف نظریه‌ی تقييد محض که در آن عمل به شرط را از سوی مشروط علیه واجب نمی‌دانستند، در اینجا مشروط علیه متعهد است که شرط را انجام دهد.

شیخ انصاری معتقد است که در صورتی که طرفین بر شرط توافق کرده باشند، آن شرط قید معنوی عقد محسوب میشود و وفا نمودن به این عقد مقید جز با انجام شرط مورد نظر ممکن نیست و بدون شرط مذکور، عقد تجارتي ناشی از توافق و تراضی طرفین نخواهد بود چه آنکه تراضی ایشان مقید به حصول شرط مذکور بوده

<sup>۱</sup> . طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم حاشیه‌ی مکاسب، جلد سوم، ص ۲۴۷.

<sup>۲</sup> . نراقی، ملا، احمد عوائد الایام، ۱۲۹.

است. این عبارت شیخ انصاری مشخص میکند که ایشان هم به نوعی به دیدگاه تقیید توأم با التزام قائلند و شرط تبانی را قید معنوی عقد محسوب کرده اند که مشروط علیه بایستی به آن پایبند و ملتزم باشد. همان گونه که مشاهده میشود این نظریه ترکیبی از دو نظریه قبلی است. بدین صورت که هم شرط قید عقد محسوب میشود و از طرفی عمل به شرط از تعهدات مشروط علیه است چرا که او به شرط ضمن آن ملتزم است و بخاطر همین التزام او میتوان الزام او را خواست<sup>۱</sup>. در همین ابتدای بحث میگوییم که این دیدگاه بی هیچ تردیدی در مورد رابطه ی شرط عقد نکاح و ما بطلان محکوم به رد خواهد بود چرا که دو نظریه ی تقیید و التزام در این خصوص محکوم به رد هستند آنها را ثابت کردیم. در این جا نیز ما در رد تقیید این دیدگاه به دو نقطه ضعف آن اشاره میکنیم. اولین ضعف طبق، آن عمل به شرط از سوی مشروط علیه واجب نیست و دوم این که در نظریه ی تقیید این صورت منتفی شدن شرط (قید)، مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت. نقطه ضعف اول نظریه ی تقیید با آمدن التزام در کنار آن به نظر میرسد این جا مطرح نباشد چون دیدگاه تقیید توأم با التزام، عمل به شرط را از تعهدات مشروط علیه می داند. بحث پیرامون مطلب دوم است یعنی اینکه در صورت منتفی شدن شرط با وجود قائل به قید بودن آن، کماکان عقد را باقی میداند با وجود حق فسخ برای مشروط له ولی ما ثابت کردیم که این گفتار صحیح نیست. چون اگر قید ( شرط) محقق نشود به تبع آن اصلاً عقدی به وجود نخواهد آمد تا قائل به فسخ آن شویم. چون اذا انتفی القید انتفی المقید. اشکالاتی که محقق یزدی در خصوص قید بودن شرط وارد دانسته اند اینجا نیز مطرح است اینکه شرط قید چه چیزی است؟ آیا شرط قید خود عقد است یا قید لزوم عقد یا قید استمرار آن؟ و ما هر سه فرض مذکور را باطل دانستیم هم چنین مطالب ارائه شده در مورد دیدگاه التزام و توضیحات آن و البته رد کردن اصل نظریه در مورد عقد نکاح ( که از تکرار آنها در این قسمت خودداری میکنیم مانع از آن خواهند شد که به التزام این دیدگاه با دیدی مثبت نگاه کنیم. عقد مقید به صرف نظر از همه ی این بحثها باید با قطعیت گفت که طرح این دیدگاه و ترکیب نظریه ی تقیید و التزام با توجه به آثار و نتایج تقیید به هیچ وجه عقلی و منطقی نمی باشد یعنی با اندک دقتی در این دیدگاه مشخص میشود که چنین عملی از اساس باطل است. چون اگر قائل باشیم که شرط قید است آن، در صورت منتفی شدن شرط عقد هم بلافاصله باطل خواهد شد و نوبت به مرحله ی بعد یعنی الزام و اجبار مشروط علیه نخواهد رسید. لذا در کنار هم قرار دادن این دو دیدگاه با این هدف که از نتایج و آثار هر دو برخوردار شویم به هیچ وجه امکان پذیر نیست. از طرف دیگر هم در توضیح نظریه ی التزام صرف نظر از سایر عقود این دیدگاه را کلاً در خصوص عقد نکاح رد کردیم. بنابراین با توجه به دو دیدگاه تقیید و التزام و آثار و نتایج آنها و توضیحات ارائه شده، نظریه

۱. انصاری، شیخ مرتضی مکاسب، جلد ششم، ص ۵۵.

ی ترکیبی این دو یعنی تقييد توأم با التزام نیز رد خواهد شد و از این رو نمی توانیم بگوئیم که رابطه ی شرط و عقد نکاح از نوع تقييد توأم با التزام است.

#### ۴. نظریه ی ظرفیت

امام خمینی (ره) در خصوص رابطه ی بین شرط عقد هرگونه تعلیق و تقييد را رد می کنند و این رابطه را از نوع رابطه ی ظرف و مظلوف میدانند ایشان عقد مشروط را عقدی منجز میدانند که وجود آن و معلق بر وجود شرط نمیباشد هم چنین معتقدند که شرط قید عقد نیست و عقد مقید و معلق به آن نمی باشد. ایشان در خصوص این مطلب میفرمایند: «شرط التزامی است که در ظرف عقد بیع قرار میگیرد نه اینکه عقد بدان معلق یا مقید باشد چه در صورت تعلیق یا تقييد، شرط «در» عقد نیست. ظاهر تعبیر فقها هم که شرط را به شرط ضمن عقد توصیف می کنند همین امر است. ایشان مثالی میزنند که در فروش حیوان با شرط زیارت خانه ی خدا توسط خریدار، بیع مقید به معلق بر آن زیارت خانه ی خدا نیست و هم چنین، مبیع حیوان مقید به زیارت خانه ی خدا نیست و نمی باشد بلکه شرط چیز دیگری است که در ضمن عقد آمده است. همان طور که مشاهده می شود، در نظریه هرگونه تقييد و تعلیق میان شرط و عقد انکار شده است و بیان میشود که رابطه ی میان شرط و عقد از نوع رابطه ی ظرف و مظلوفی است. <sup>۱</sup> با توجه به این دیدگاه بایستی بگوئیم که ظرف در لغت به معنای جای چیزی و هر آنچه که در آن چیزی جای بدهند آمده است و هم چنین مظلوف یعنی آن چیزی که در ظرف گذاشته شده است. پس طبق این دیدگاه عقد ظرف است و شرط مظلوف امام خمینی (ره) این دیدگاه را با توجه به معنی «فی» که در تعریف شرط در زبان عربی آمده است اقتباس و محور اصلی بحث و استدلالات خود را براین مبنا طرح کرده اند. در دو کتاب لغت مهم به زبان عربی یعنی «قاموس و اقرب الموارد» در تعریف شرط آمده است که الشرط الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه» ایشان با توجه به حرف «فی» که در این تعریف آمده است، معتقدند که این واژه ظرفیت را میرساند چون اگر قرار بود که تعلیق را برساند در اینصورت از «فی» استفاده نمی شد بلکه بایستی علی» آورده شود به اینصورت که مثلاً البیع المعلق علی الشرط بنابراین وقتی «فی» آورده شود این واژه ظرفیت را میرساند.

هم چنین فقها به شرط ضمن عقد گفته اند: «الشرط فی ضمن العقد»؛ یعنی شرط در ضمن عقد است و این تعلیق را نمی رساند بلکه ظرفیت را میرساند. همان طور که مشاهده میشود براساس این دیدگاه شرط یک التزام و تعهدی مستقل از عقد است که در برابر آن قرار گرفته است و هیچ گونه رابطه ای جز ظرف و مظلوفی بین آن

۱. خمینی، روح الله، البیع، جلد اول، ص ۸۶.

دو وجود ندارد. یعنی شرط به عنوان مضرورف در ظرف عقد قرار گرفته است بدون اینکه عقد را مقید یا معلق کند به عبارت دیگر، شرط و توافقی مستقل هستند که فقط یکی در ضمن دیگری آمده است بدون اینکه رابطه‌ی دیگری با هم عقد هر دو داشته باشند.<sup>۱</sup>

## مبحث دوم: شرایط شرط تنصیف دارایی زوج

شرط نیز از آن جایی که همانند عقد، یک عمل حقوقی محسوب می‌شود، صحت و اعتبارش منوط به تحقق شرایطی است. دو دسته شرط برای اعتبار و صحت شرط لازم است. دسته اول شرایط عمومی اند چنانکه منظور از شرایط عمومی برای صحت شروط ضمن عقد، شرایط لازم برای تحقق و تاثیر همه انواع توافقات و از جمله آنها شرط ضمن عقد است. این دسته از شرایط را به شرایط عمومی صحت معاملات اشاره دارد. دسته دیگر، شرایط اختصاصی است. شرایط اختصاصی، شرایطی هستند که از حیث موقعیت بحث، اختصاص به شروط ضمن عقد دارند و در فقه و حقوق به عنوان شرایط صحت شرط مورد بحث قرار گرفته اند. که در این مبحث به تبیین و توضیح آنان می‌پردازیم.

### ۲-۱: شرایط اختصاصی صحت شرط

شرط هنگامی صحیح و لازم الوفاء است، که شرایط زیر را داشته باشد:

#### الف. شرط مقذور باشد

هر گاه عمل به مفاد شرط ضمن عقد برای مشروط علیه هرچند با واسطه \_ مقذور نباشد، آن شرط باطل است؛ در کتب فقهی مثال‌هایی از این باب زده می‌شود که مثل پریدن در هوا نباشد، زیرا مقذور انسان نیست. یا مواردی که از افعال خداوند است نباشد مانند این که غوره‌ی این درخت انگور شود، یا مریض خوب شود، یا رطب این درخت شیرین شود یا گل این درخت میوه شود. شیخ انصاری و علمایی که بعد از ایشان آمده‌اند این مطالب را مطرح می‌کنند که اصلاً چنین شروطی عقلانی نیست و اصلاً کسی چنین شرطی نمی‌کند و وجهی نیز ندارد کسی این چنین مطالبی را در کتب فقهی شرط کند. زیرا چنین مواردی از قدرت متبایعین خارج است.<sup>۲</sup> فقهای مانند حضرت امام و محقق خوئی در نوشتار خود در این مورد بحث نموده‌اند که شرطی که لغو است،

<sup>۱</sup> . خمینی، روح الله، البیع، جلد اول، ص ۶۴.

<sup>۲</sup> . مکاسب، شیخ انصاری، ج ۶ ص ۲۷۲



بحث از آن نیز لغو است. شیخ بعد از این که این مطالب را می‌فرماید، بیان می‌نماید که مراد فقها از این که شرط باید مقذور انسان باشد، باید چیز دیگری باشد، به عنوان مثال شاید منظورشان این باشد که متبایعین قدرت تسلیم مبیع با آن شرط را داشته باشند؛ سپس شیخ چند استدلال بر این مطلب خود آورده است. علت فساد این شرط آن است که اشتراط آن لغو و بیهوده است؛ زیرا مقصود از شرط فعل، الزام مشروط علیه به انجام دادن مشروط به است، در حالی که مفاد شرط مزبور قابل الزام نیست و شرع و قانون نیز نمی‌تواند آن را الزام کند، البته در همین مثال، چنانچه مباشرت مشروط علیه در انجام دادن مفاد شرط قید نشده باشد، شرط صحیح است ذکر این نکته لازم است که برای صحت شرط، وثوق و اطمینان به قدرت کافی است و وجود قدرت واقعی، در عمل به شرط واجب نیست. به این علت در فرض کشف خلاف، عقد صحیح است و برای مشروط له خیار فسخ ایجاد می‌شود. اولین دلیلی که مکاسب ذکر نموده اجماع است. یعنی اجماع داریم بر این که شرطی که مقذور مکلف نیست، باطل است. این اجماع علی فرض صحت (زیرا اصل اجماع علوم نیست درست باشد، زیرا بسیاری فقها در این مورد چیزی در کتب خود ندارند) با عنایت به این که فقها به ادله‌ی دیگری هم استناد نموده‌اند، اعتبار ندارد و تعبدی نیست، بلکه مدرکی است. دومین دلیل اینست که اگر شرط نمودند چیزی را که مقذور مکلف نیست، غیرعقلانی است و انسان کار غیرعقلانی انجام نمی‌دهد و بعبارۀ آخری این کار سفیهانه است. پاسخ این است که آدم عاقل اصلاً چنین کاری نمی‌کند که نوبت به بررسی آن توسط فقها برسد. بلکه شرط غیرمقدور دو صورت است: غیرمقدور عقلی (محال عقلی) و غیرمقدور شرعی (مانند این که شرط کند که این کالا را به تو می‌فروشم به شرط این که این شراب را بنوشی یا توزیع کنی یا ...). موارد غیرمقدور شرعی، غیر مقدور عقلی نیست. زیرا مردم کارهای خلاف شرع انجام می‌دهند. بنابراین نمی‌توان گفت غیرمقدور شرعی، غیرمقدور عقلانی هم هست. بنابراین این دلیل هم اخص از مدعاست و مفید حال ما نیست. سومین دلیل اینست که شرط باید غرری نباشد و اگر شرط مقدور نباشد، این شرط غرری است. آیت الله خوئی مفصل بحث نموده که شرطی که مورد قدرت بایع و مشتری نیست، غرری هم نیست، فلذا صحیح می‌شود. زیرا غرر به معنی خطر یا جهالت است و چیزی که غیرمقدور است، معلوم هست و خطری هم برای بایع و مشتری ندارد، فلذا چنین شرطی درست است. اما بهتر است این گونه بگوییم که غرر دو قسم است، گاهی به اصل عین تعلق می‌گیرد و گاهی به وصف عین. اگر معامله مجهول بود، باطل می‌شود. اما اگر معلوم بود ولی صفتش معلوم نبود، در این صورت بیع صحیح است. غرری که مبطل معامله است که به عین مورد معامله باشد، نه به وصف مورد معامله. در مانحن فیه وقتی شرطی می‌کنند که غیرمقدور است چون اصل معامله معلوم است و غرر در معامله نیست، بلکه غرر در شرط ضمن معامله است،

۱. خوئی، آیت الله ابوالقاسم، مناهج الصالحین ج ۲ ص ۴۳

غرر موجب بطلان شرط است، نه موجب بطلان خود معامله، پس معامله صحیح است. فلذا اگر کسی قائل بود شرط فاسد، مفسد معامله است، در نتیجه بیع باطل است، اما غالباً معتقدند برای مشتری خیار ایجاد می‌شود.

### ب. شرط باید دارای منفعت عقلایی باشد

چنانچه شرط هیچگونه منفعت عقلایی - حتی برای مشروط له - نداشته باشد باطل است؛ مثلاً آنکه در ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه به مدت یکسال روزی یک سطل آب از چاه بکشد و مجدداً در چاه خالی کند. شرط سوم صحت شرط اینست که غرض عقلایی معتدبه نوعی در شرط وجود داشته باشد. یعنی غرض شخصی ملاک نیست، مثلاً اگر کسی بگوید باید وزن جنس مورد معامله را با این ترازو محاسبه کنی و با آن محاسبه نکنی، در حالی که هیچ تفاوتی بین این دو ترازو وجود ندارد. یا این که اگر کسی یک غرض شخصی دارد که نوع و عرف مردم آن غرض را ندارند، بعباره اخری اگر یک شرطی مالیت در مبیع را افزایش می‌دهد صحیح است، اما اگر شرطی است که مالیت را کم و زیاد نمی‌کند (مانند مثال بالا) در این صورت می‌گوییم بیع باطل است. دلیل بطلان چنین شروطی آن است که التزام به اینگونه امور لغو است و بیپهوده و شرع هم اینها را الزام آور نمی‌داند.

### ج. مخالف کتاب و سنت نباشد

شرط خلاف کتاب و سنت و یا به اصطلاح، شرط غیر مشروع، نیز باطل است البته این شرط خود سه قسم است:

۱- شرط حرام؛ شرب خمر یا قتل انسان محترم، چنین شرطی باطل است؛ زیرا مفاد شرط هنگامی الزام آور است که شرع آن را واجب کند، در حالی که فعل حرام هیچگاه به عنوان اولی واجب نمی‌شود؛ هر چند ممکن است به عنوان ثانویه واجب باشد، مثل شرب خمر برای حفظ نفس، به هر حال، عنوان شرط، عمل حرام را متصف به عنوان ثانویه نمی‌کند و حرمت آن عمل مانع از نفوذ شرط خواهد شد.

۲) شرط مخالف احکام و قوانین الهی؛ مثل آنکه در ضمن عقد بیع بر یکی از طرفین به نحو شرط نتیجه شرط شود که زوجه او مطلقه باشد و شخص اجنبی وارث او شود.

۱. مکاسب، شیخ انصاری، ج ۶، ص ۲۷۲

۲. شیخ صدوق، من لایحضر الفقیه، ج ۳، ص ۴۹۶

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

تفاوت شروط اخیر با شروط دسته اول روشن است، زیرا به واسطه ی شروط دسته اول مشروط علیه متعهد به انجام دادن عمل حرام می شود؛ ولی مفاد شروط گروه سوم تغییر حکم الهی است؛ یعنی به موجب آن عملی که شرعاً از محرمات و یا اعمال حلال است تغییر می کند و مباح یا حرام می شود.

شروط گروه سوم با شروط دسته دوم نیز متفاوت است، زیرا چه بسا مفاد شرط در دسته دوم حرام و یا حلال نباشد و شارع در آن مورد فقط حکم وضعی داشته باشد؛ مثل احکام وراثت که از احکام وضعی است، نه تکلیفی. به هر حال دلیل بطلان شروط دسته سوم، روایات صریحی است که بر عدم نفوذ آنها دلالت دارد. مهمترین دلیل این شرط روایات مستفیضه ای است که فقیهان در ضمن بحث از شرایط شرط ذکر کرده اند از جمله روایت حماد از امام صادق (ع) است که آمده است: "رَوَى حَمَادٌ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِنَّ تَزَوَّجْتُ عَلَيْكِ أَوْ بَتُّ عَنْكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَقَالَ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ص قَالَ مَنْ شَرَطَ شَرْطاً سِوَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ وَ لَا لَهُ. قَالَ وَ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا مَا عَاشَتْ أُمِّي فَهِيَ طَالِقٌ فَقَالَ لَا طَلَّاقَ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ وَ لَا عِتْقَ إِلَّا بَعْدَ مِلْكٍ." سوال شد که اگر کسی به زن خودش گفت، اگر من همسر دیگری گرفتم یا شب جای دیگری خوابیدم که پیش تو نبودم، تو حق طلاق داری. امام صادق ع فرمود: پیامبر خداص فرمود: هر کس شرطی غیر از شرطی که در قرآن آمده است بنماید، این شرط نافذ نیست، نه علیه او، نه به نفع او. همچنین از امام صادق ع سوال شد در مورد کسی که گفته است اگر کسی بگوید: هر زنی که من بگیرم تا مادرم زنده است، آن زن مطلقه باشد. امام صادق ع فرمود: تا انسان زنی را نگرفته، نمی تواند آن را طلاق دهد (یعنی این طلاق قبل از ازدواج است و باطل است). بررسی سندی: چنین روایاتی، روایت معلق گفته می شود. یعنی ابتدای سند حذف شده و انتهای آن آورده شده است. ابتدای سند هم این گونه است که ما دو حماد داریم، حماد بن عثمان و حماد بن عیسی (البته نفر سومی هم به نام حماد بن خالد داریم، لیکن صدوق از او نقل روایت نمی نماید). که هر دو هم موثق هستند. اما سند صدوق به حماد در مشیخه من لایحضره الفقیه این گونه است که وی گفته هر چه را از حماد بن عثمان نقل نمایم، سند این گونه است که از پدرم حسین بن موسی ابن بابویه، از سعد بن عبدالله اشعری، از یعقوب بن یزید، از محمد بن ابی عمیر، از حماد بن عثمان؛ که همه ی این افراد از بزرگان هستند. اگر هم مقصود حماد بن عیسی باشد، سند

۱. شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه؛ ج ۳؛ ص ۴۹۶.

همین است، فقط ابن ابی عمیر را ندارد. فلذا روایت معلق ولی صحیحه است. بررسی دلالتی: در این روایت، اسمی از سنت نبود، در حالی که بحث ما در موردی است که شرط مخالف کتاب و سنت باشد. واو بین کتاب و سنت هم به معنای "او" است، یعنی کتاب یا سنت. این روایت فقط در مورد مخالفت با قرآن بود و در مورد سنت چیزی نداشت. (البته می‌توان بحث نمود که کلمات معصومین نیز جزئی از کتاب خدا است، لیکن ظاهر کتاب خدا، قرآن است و شامل حدیث نمی‌شود.) نکته‌ی دیگر نیز این که در روایت چیزی در باره‌ی مخالفت با قرآن نفرموده است، بلکه فرمود: "سَوَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ" یعنی شرطی که در قرآن نیست، نه شرطی که مخالف قرآن باشد. عدم موافقت یک چیز است و وجود مخالفت یک چیز دیگر است. ظاهر حدیث اینست که هر شرطی که موافق قرآن نیست، باطل است. نکته‌ی بعد هم اینست که یک جمع در روایت داریم و یک جمع در مروی داریم. جمع در روایت یعنی اگر دو حدیث مستقل داشته باشیم و نویسنده‌ی کتاب، دو تا را یک جا ذکر نماید. اما گاهی خود امام معصوم (علیه السلام) دو مطلب را در یک روایت می‌فرماید که جمع در مروی گفته می‌شود. این روایت احتمالاً جمع در روایت است (نه این که جمع در مروی باشد) و شیخ صدوق آن‌ها را در یک جا جمع نموده است. و اگر حدیثی جمع در روایت بود، تقطیع آن اشکال ندارد، اما تقطیع مروی، محل اشکال است. مطلب بعد نیز در روایت اینست که در قسمت اول، امام صادق (علیه السلام) می‌فرماید پیامبر خدا (ص) فرموده این شرط باطل است، دلیل بطلان هم اینست که خلاف قرآن است و باطل است، سوالی که پیش می‌آید کجای قرآن چنین مطلبی را فرموده است؟ احتمالاً معنای روایت این گونه است که اگر کسی به همسرش بگوید در صورت فلان کار، تو مطلقه هستی، این شرط نتیجه است و خلاف قرآن و باطل است. زیرا قرآن فرموده طلاق احتیاج به صیغه خاص دارد یا طلاق باید در حضور شهود عادل باشد یا این که طلاق باید در طهر باشد و ... و طبق این گونه که مرد شرط می‌کند، هیچ کدام از این موارد رعایت نمی‌شود و بنابراین طلاق باطل است. روایت دوم: "حدثنا أبو کریب محمد بن العلاء الهمدانی حدثنا أبو أسامة حدثنا هشام بن عروه أخبرنی ابی عن عائشة قالت دخلت علی بريرة فقالت ان اهلی کاتبونی علی تسع أواق فی تسع سنین فی کل سنة أوقیة فأعینینی فقلت لها ان شاء أهلك ان أعدها لهم عدة واحدة و اعتقک و یكون الولاء لی فعلت فذکرت ذلک لاهلها فابوا الا ان یکون الولاء لهم فاتتني فذکرت ذلک قالت فانتهزتها فقالت لاهلها الله إذا. قالت فسمع رسول الله صلی الله علیه و سلم فسألنی فاخبرته فقال اشتریها و اعتقیها و اشترطی لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ففعلت قالت ثم خطب رسول الله صلی الله علیه و سلم عشية فحمد الله و اثنی علیه بما هو أهله ثم قال اما بعد فما بال أقوام یشرطون شروطا لیست فی کتاب الله ما کان من شرط لیس فی کتاب الله عز و جل فهو باطل و ان کان مائة شرط کتاب الله احق

و شرط الله أوثق ما بال رجال منكم يقول أحدهم أعتق فلانا و الولاء لی انما الولاء لمن أعتق<sup>۱</sup> بریره پیش عایشه آمد و گفت: من برده هستم و اهلیم مکاتبه کرده و با من قراردادی نوشته‌اند که من در نه سال، نه اوقیه (ظرف یا طعام) به آن‌ها بدهم و آزاد شوم، پس کمکی کن من این پول را بدهم و آزاد شوم. اگر اهلت راضی باشند، من پول این نه سال را یک‌جا می‌دهم و آزادت می‌کنم، به شرط این که اگر از دنیا رفتی، ارث تو به من برسد. زن این را پذیرفت و به خانواده‌اش گفت، آن‌ها قبول نکردند و گفتند مگر این که ارث برای ما باشد. این زن پیش عایشه آمد و گفت، عایشه هم گفت اگر این طور است من پولی نمی‌دهم. بریره گفت نه به خدا این گونه نمی‌شود. عایشه گفت پس رسول خدا(ص) شنید و من هم برای ایشان داستان را توضیح دادم. ایشان فرمود او را بخر و آزاد هم بکن. شرط هم بکن و لاء برای آن‌ها باشد. و لاء برای کسی است که آزاد می‌کند، نه برای آن‌ها. شب پیامبر به مسجد آمد و خطبه خواند و فرمود: چرا بعضی، شرطی را می‌کنند که در قرآن نیست؟ شرطی که در قرآن نیست باطل است، ولو صد شرط باشد. کتاب خدا سزاوارتر است و شرط خدا مقدم است. چرا برخی می‌گویند شما برده را آزاد کن، اما ارثش برای ما باشد؟ و لا برای کسی است که دیگری را آزاد می‌کند.

#### د. مجهول نباشد

در مورد شرط مجهول از سوی فقهاء، نظرهای متفاوتی ارائه گردیده که به اختصار بیان می‌گردد؛ به موجب نظریه رایج، شرط مجهول دو قسم است. قسم نخست، شروطی هستند که جهل به آنها موجب جهل به عوضین می‌شود؛ مثل آنکه کسی خانه‌ای بخرد و ثمن معامله را مبلغ معین قرار دهد و شرط کند که ثمن را هر وقت بخواهد تسلیم نماید یا آنکه بایع شرط کند هر وقت بخواهد مبیع را تحویل بدهد. چنین شرطی موجب جهل به عوضین می‌گردد؛ چرا که مدت زمان تحویل دارای ارزشی عقلایی است و بدون شک موثر در ثمن خواهد بود (لأجل قسط من الثمن). این دسته از شروط مجهول علاوه بر آنکه خود باطل اند، مبطل عقد نیز هستند.<sup>۲</sup>

قسم دوم از شروط مجهول، شرطی است که جهل به آن موجب مجهول شدن عوضین نیست، مثل آنکه کسی خانه‌ای را به مبلغ یک میلیون تومان بفروشد و ثمن معامله را دریافت کند، ولی طرفین شرط کنند خریدار مواد خوراکی نیز برای فروشنده بخرد و یا به فروشنده تحویل دهد.

<sup>۱</sup>. همان.

<sup>۲</sup>. مکاسب، شیخ انصاری، ج ۶، ص ۲۷۲.

در این مورد اگر چه به علت عدم تعیین نوع خوراکی و تنوع مواد خوراکی شرط مجهول است، ولی جهل به آن در عوضین تأثیری ندارد، این شروط گر چه باطل است ولی مبطل عقد نخواهند بود. علت بطلان هر دو صورت شرط مجهول آن است که تعهدی ضمنی است که همانند عقد، مفاد آن مورد توافق متعهد و متعهد له قرار می گیرد و با عقد و رضای دو طرف ایجاد می شود و از این لحاظ واجد خصوصیات عقود است؛ لذا شرط صحیح باید دارای شرایط صحت معاملات نیز باشد. بنابراین با مبهم بودن مورد تعهد، یکی از ارکان صحت شرط مفقود است و در نتیجه شرط باطل است. به علاوه شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می شود، عقد را باطل می کند؛ زیرا معلوم بودن عوضین از شرایط صحت عقد است، و جهل به هر یک از عوضین موجب بطلان صحت عقد خواهد شد. دسته دیگر فقهاء شرط مجهول بودن را مطلقاً باطل و مبطل عقد دانسته، آن جایی که جهل به شرط موجب جهل به عوضین شود و یا صورتی که جهل به عوضین نشود قائل نشدند، آنان در مورد شرطی که جهل به آن باعث جهل به عوضین نمی شود؛ معتقدند در این فرض هم عقد باطل است، زیرا معلوم بودن عوضین از شرایط صحت عقد است و جهل به هر یک از عوضین موجب بطلان عقد خواهد شد! دسته دیگر از فقهاء شرط مجهول بودن را مطلقاً باطل و مبطل دانسته اند، میان موردی که جهل به شرط موجب جهل به عوضین بشود با صورتی که موجب جهل به عوضین نشود تفاوتی قائل نیستند آنان در مورد شرطی که جهل به آن باعث جهل به عوضین نشود معتقدند که در این فرض هم عقد باطل است؛ زیرا به عقیده آنان شرط ضمن عقد موجب تقیید عقد می شود، یعنی رضای طرفین عقد، مقید به شرط است و بنابراین با انتفای قید، مقید نیز منتفی خواهد شد. به علاوه، گفته اند که شرط همواره در ثمن مؤثر است (لشرط قسط من الثمن) و در نتیجه، هر گونه جهالت در شرط، باعث فساد عقد خواهد شد. نظریه دیگر این است که چنانچه جهالت شرط به عوضین سرایت نکند، شرط فاسد است، ولی عقد باطل نمی شود و در این مورد به دلایلی استناد کرده اند؛ از جمله آنکه شرط ضمن عقد، عهد مستقلی است که در ضمن عقد اصلی درج شده است و در حقیقت، طرفین عقد با انعقاد آن، دو عهد را بر عهده می گیرند؛ یکی عقد و دیگری عهد ضمن آنکه همان مفاد شرط است.<sup>۱</sup> بنابراین، فاسد و بی اثر شدن یکی از دو عهد، نمی تواند موجب فساد و بی اثر شدن دیگری شود. برطبق این نظریه دیگر اصولاً شرط مجهولی که موجب جهل به عوضین نباشد، فاسد نیست. پیروان این نظریه می گویند؛ آنچه مسلماً به موجب ادله شرعی مورد نهی و منع قرار گرفته فقط بیع غرری است (نهی النبی عن بیع الغرر)، تعمیم و توسعه منع غرر به سایر موارد فاقد دلیل شرعی است. بنابراین شرطی که ضمن عقد ملحوظ گردد و جهل به آن

<sup>۱</sup> مکاسب، شیخ انصاری ج ۶، ص ۲۷۳

<sup>۲</sup> مکاسب، شیخ انصاری ج ۶، ص ۲۷۲

موجب جهل به عوضین شود. هم فاسد است، زیرا بیع را غرری می سازد و در نتیجه مشمول ادله منع غرر می گردد، ولی در سایر موارد دلیلی بر بطلان وجود ندارد.<sup>۱</sup> باری چنانچه شرط مزبور به علت جهل غیر قابل اجراء باشد، به علت غیر مقدور بودن باطل است و برای مشروط له خیار فسخ ایجاد می گردد و اگر با توجه به اوضاع و احوال شرط مزبور قابل تفسیر باشد، نافذ و لازم الاجرا است.<sup>۲</sup>

### و. خلاف مقتضای عقد نباشد

فقهاء در اینکه منظور از خلاف مقتضای عقد چیست، بحث بساری کردند<sup>۳</sup> هر عقدی دو مقتضا دارد: الف. مقتضای ذات عقد، ب. مقتضای مطلق عقد. مراد از مقتضای ذات عقد، نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین با قصد حصول آن، عقد را منعقد کرده اند. برای مثال مفاد عقد بیع تملیک عین به عوض معلوم است؛ یعنی به محض وقوع عقد، مشتری مالک مبیع و بائع مالک ثمن می شود، حال اگر در بیع، شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید، شرط مزبور خلاف مقتضای ذات عقد بیع است، یا اگر در نکاح، که مقتضای ذات آن ایجاد علقه زوجیت است، طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطه مزبور ایجاد نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است. مقتضای اطلاق عقد، آن چیزی است که عقد بر حسب اطلاق خود یعنی در صورت عدم تقيید به اموری مانده وصف ماکان و یازمان مقتضی آن است.<sup>۴</sup> برای نمونه، اقتضای عقد بیع مطلق آن است که ثمن، نقد پرداخت شود و کلیه اختیارات نیز حسب مورد به وجود آید. با توجه به آنچه گفته شد، چنانچه شرط، خلاف مقتضای ذات عقد باشد باطل است؛ اما شرط خلاف اطلاق عقد باطل نیست، دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد این است که عقد انشائی مدلول شرط، مستلزم عدم قصد انشای مدلول عقد است؛ زیرا قصد به ملکیت در نیامدن مبیع در ضمن بیع و به موجب شرط، با قصد تملیک مبیع که معنای عقد بیع است منافات دارد. بنابراین اگر طرفین بر شرطی که خلاف مقتضای ذات عقد است، توافق کنند، در حقیقت مدلول عقد را قصد نکرده است. و به همین علت، شرط خلاف مقتضای ذات عقد، علاوه بر آنکه باطل است، مبطل عقد نیز به شمار می رود؛ زیرا چنین شرطی مستلزم عدم قصد انشای عقد است.

<sup>۱</sup> خوئی (ایت الله)، ابوالقاسم؛ مناهج الصالحین، ج ۲، ص ۴۳.

<sup>۲</sup> خوئی (آیت الله)، ابوالقاسم، مناهج الصالحین، ج ۲، ص ۴۳.

<sup>۳</sup> مکاسب؛ ص ۲۷۲.

<sup>۴</sup> منیه الطالب (تقریرات درس ایت الله نائینی)؛ ج ۲، ص ۱۱۱.

دلیل عدم بطلان شرط خلاف اطلاق عقد، آن است که اطلاق عقد منظور اصلی متعاملین نیست، بنابراین اگر طرفین، عقد را به طور مطلق منعقد کنند و اطلاق نیز منصرف خاصی نداشته باشد، منظور از عقد همان مطلق خواهد بود؛ ولی طرفین می توانند با درج شرط در ضمن عقد، اطلاق مزبور را تغییر دهند؛ مثل اینکه در ضمن عقد بیع شرط کنند که ثمن در مدت شش ماه ادا شود و یا تسلیم مبیع که در فرض اطلاق عقد در محل وقوع بیع انجام می گیرد، در محلی دیگر به عمل آید. البته در بعضی موارد، تشخیص مفاد شرط و اینکه مخالف مقتضای ذات عقد است یا با اطلاق عقد منافات دارد، اندکی مشکل است و به استنباط و دقت نیاز دارد، به هر حال اگر تشخیص مفاد شرط تردید باقی بماند، باید به مقتضای اصول عمل کرد که نتیجه آن در این موارد، فساد شرط و بطلان عقد است؛ زیرا در حقیقت آنچه مورد شک و تردید قرار گرفته، تحقق عقد است و اصل عدم تحقق آن است.<sup>۱</sup>

### ی. منجّز باشد (معلّق نباشد)

به عقیده عدّه ای از فقهاء شرط معلّق باطل است؛ مثل آنکه در ضمن عقد بیع شرط شود که یکی از طرفین در صورت آمدن زید از مسافرت، لباس برای دیگری بدوزد. دلیل بطلان شرط معلّق آن است که شرط، جزئی از عوضین است، و با فرض معلّق بودن شرط، ثمن نیز معلّق می شود. اما این استدلال مورد قبول اکثر فقهاء قرار نگرفته. و گفته اند تعلیق به عمل برگشت می کند؛ بدین معنی که در مثال فوق، مورد شرط و التزام یعنی دوختن لباس، معلّق است و آمدن زید قید عمل است، بنابراین، شرط مزبور انشاء عقد را بر ثمن معین معلّق نمی کند و به تعبیر دیگر در این مورد، منشأ معلّق است نه انشاء عقد.<sup>۲</sup>

## مبحث سوم: شرایط استحقاق حق تنصیف

### ۱. طلاق به درخواست زن نباشد

در واقع بنا بشرط مندرج در عقد نامه طلاق تنها می بایست به درخواست مرد باشد، این شرط در عمل به کارایی شرط ضمن عقد جهت احقاق حقوق زنان کاسته است، چه اینکه در موارد زیادی زوج به جهت عدم تعلق قسمتی از اموالش به زوجه در خواست طلاق نمی دهد ولیکن آن چنان زندگی را برای همسرش به تنگ می

<sup>۱</sup> مکاسب؛ شیخ انصاری، ج ۶ ص ۲۷۲.

<sup>۲</sup> مکاسب؛ شیخ انصاری، ج ۶ ص ۲۷۳.



آورد که وی متقاضی طلاق گردد. ایراد اساسی که به این شرط وارد است این است که چرا فقط هنگامی که مرد می خواهد زن را طلاق دهد این مقدره اجرا شود و نه هنگامی که زوجه به جهت عسر و حرج در خواست طلاق می دهد و یا به استناد به وکالت اعطایی در طلاق، اقدام می نماید، بنابراین در صورتی که طلاق خلع یا مبارات باشد این شرط قابلیت اجرایی ندارد. در مواردی که زوجه می تواند برای طلاق خود توکیل بگیرد شامل استنکاف شوهر از دادن نفقه به مدت شش ماه، یا سوء رفتار و سوء معاشرت زوج به طوری که زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید، محکومیت قطعی شوهر به زندان به مدت پنج سال و ابتلاء زوج به هر گونه اعتیاد مفرّه نیز لازم است شرط تنصیف گسترش یابد. این در حالی است که قاعده عسر و حرج از قواعد ثانویه فقهی است که با تمسک به آن می توان از قاعده اولیه که حدیث نبوی: "الطلاق بید من أخذ بالساق" به دست آمده عدول کرد و از حاکم تقاضای طلاق نمود، اثبات این وضعیت با عنایت به جنبه نوعی و فردی عسر و حرج با حاکم شرع است.<sup>۱</sup>

## ۲. طلاق بر اثر سوء رفتار زن نباشد

عدم تقاضای طلاق از ناحیه زوجه و عدم خطای زوجه به نحو وحدت مطلوب از زمینه های اعمال شرط تنصیف است و اینکه دقیقاً چه عملی خطای زن محسوب می گردد و مسقط حق وی در برخورداری از نصف اموال مرد می باشد، در عمل و در رویه به محاکم چالش بزرگ برای این شرط قرار دادی به شمار می آید. خطای زوجه امری است که باید با توجه به عرف و ساختار و نهاد خانواده مورد بررسی قرار گیرد، ماهیت خطای متفاوت است و برخی از آنها عنصر استمرار شرط است نظیر نشود (عدم تمکین زن) و بد رفتاری و در برخی از آنها حدوث یکبار جهت عدم استحقاق زوجه کفایت می کند. نظیر ارتباط نامشروع و عمل منافی اخلاق و منافع خانواده، به همین دلیل چنانچه مرد بتواند قبل از درخواست طلاق حکمی مبنی نشود زن له خود کسب نماید؛ دیگر شرط تنصیف اعمال نمی شود.<sup>۲</sup>

## ۳. دارایی در طول زندگی مشترک کسب شده باشد

شرط تنصیف تنها ناظر به اموالی است که در طول زندگی مشترک با زوجه کسب شده باشد، مناط در این خصوص تاریخ مالک شدن شوهر می باشد. ولذا آن اموال و دارایی هایی که قبل از ازدواج بدست آورده باشد

<sup>۱</sup> عابدی و صفوی شاملو، ۱۳۹۳: ۱۵۴

<sup>۲</sup> همان

و همچنین آن اموال و دارایی‌های که بعد از طلاق به اومی رسد شامل این حق تنصیف زوجه نمی شود و تنها همین اموال و دارایی که در زمان زندگی زناشوی بدست آورده اند البته با تمام شرایط فوق و شرطی که بعد ذکر خواهیم شد شامل استحقاق حق زوجه از این شرط تنصیف می شود.<sup>۱</sup>

#### ۴. دارایی موجود باشد

تنها تا میزان نصف یا معادل آن را می توان از اموال زوج مطالبه نمود که در هنگام وقوع طلاق موجود باشد، بر همین مبنی دارایی های از دست رفته اعم از منتقل شده و یا تلف شده شامل نخواهد گردید . البته چنین ویژگی امکان تبانی زوج با دیگران جهت محروم ساختن زوجه از حقوق خود فراهم می آورد . و همچنین با این شرط تنصیف امکان جمع أجره المثل، ونحله، می باشد.<sup>۲</sup>

#### نتیجه گیری

با توجه به بررسی فقهی شرط تنصیف اموال زوج در این مقاله به این نتیجه رسیده شد که اولاً با توجه به استدلال های فقهی این شرط با تمام شروطی که برای شروط در ضمن عقد هست کاملاً موافق میباشد و این شرط بنا بر قول مشهور صحیح میباشد که در صورتی که زوجین در زندگی مشترک خود با توجه به این که هر کدام دارای سهمی از این زندگی را دارا میباشند و تلاش در امور مادی هم جزء همین مقوله میباشد لذا شرط تنصیف در اموال زوجه کاملاً موافق با شرع و قانون میباشد و در صورتی که دارای اموال مشترک باشند باید بین هر دو تقسیم شود .

<sup>۱</sup> . (دژخواه ، ۱۳۸۶ : ۱۳۴)

<sup>۲</sup> همان

## منابع و مأخذ

۱. خمینی، سید روح الله، **البيع**، جلد اول، انتشارات موسسه امام خمینی (ره)، ۱۳۸۸ ش.
۲. خوئی، سید ابوالقاسم، **الشیخ میرزاعلی الغروی، (التنقیح فی شرح المکاسب)**، ج ۲، قم دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۲ ش.
۳. \_\_\_\_\_؛ **مناهج الصالحین**، ج ۲، قم دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۷ ش.
۴. شیخ انصاری، مرتضی، **(کتاب المکاسب)**، ج ۶، الناشر تراث الشیخ الاعظم، قم، چاپ دهم، ۱۴۱۳ ق.
۵. شیخ صدوق، محمد حسن، **من لا یحضره الفقیه**؛ ج ۳، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **حاشیه ی مکاسب**، جلد سوم، موسسه طیبه لایحیاء التراث، چاپ دوم، قم، ۱۴۲۹ ق.
۷. مکی، عاملی ابو عبدالله محمد بن جمال الدین معروف به شهید اول (اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۱ ه. ق.
۸. خوانساری نجفی، موسی، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، (تقریرات درس آیت الله نایینی) جلد ۲، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۹۲ ش.

## مقالات:

۹. حسین صفوی شاملو، محمد عابدی، (تحلیل فقهی حقوقی اوصاف و وضعیت شرط تصنیف اموال زوج)، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی سال ششم شماره ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
۱۰. لیل دژخواه، (طلاق و چالش تصنیف دارایی)، مجله مطالعات راهبردی زنان شماره ۳۵، ۱۳۸۶.



