

مقدمه

موضوع حراست از خانواده و ادامه زندگی مشترک زن و مرد در طول تاریخ همیشه مورد توجه بوده است و از آنجا که خانواده از اساسی ترین ارکان زندگی اجتماعی است و از دیرباز حقوق اجتماعی زنان در زمینه های بسیار همانند نکاح، طلاق، ارث و نفقه مورد تجاوز و سوء استفاده قرار گرفته مطرح کردن بحث شروط ضمن عقد نکاح از اهمیت ویژه ای برخوردار است و از مباحث مورد ابتلا و دارای فواید حقوقی است. قانونگذار نیز به لحاظ اهمیت و اعتبار ویژه عقد نکاح در میان عقود معینه، توجه خاصی را به آن مبذول داشته و با وجود بیان کلی شروط ضمن عقد اختصاصاً در باب نکاح بر این موضوع تکیه کرده و به تفصیل آنرا بیان نموده است، از جمله می توان به شرایط صحت عقد نکاح و وکالت در نکاح اشاره نمود که این خود نشان اهمیتی است که قانونگذار برای عقد نکاح قائل بوده است.

ضرورت دیگر مطرح نمودن چنین بحثی این است که همانگونه که در معاملات طرفین معامله اغراض خود را بوسیله شروط ضمن عقد بیان و بدین طریق لازم الاجرا می نمایند، نهاد خانواده نیز از این امر مستثنی نمی باشد. شرع اسلام جهت جلوگیری از سوء استفاده احتمالی مردان نسبت به حقوق بانوان در خانواده حقوق متقابلی را برای زنان در نظر گرفته که در صورت تمایل می توانند به عنوان شروط ضمن عقد زوج را ملزم به عمل به آن شروط نمایند و به این ترتیب از طریق شرعی و قانونی حق استفاده از این شروط را بعد از عقد نکاح برای خود ایجاد نمایند به علاوه در مواردی که ادامه زوجیت به لحاظ عدم تحقق شروط، موجب عسر و حرج و اضرار بر زوجه گردد، با این شروط می توانند از وکالت در طلاق استفاده نمایند.

اسلام به عنوان یکی از مکاتب حقوقی با ارائه راهکارهای مناسب توانسته است از حقوق طرفین عقد نکاح و استحکام زندگی مشترک پشتیبانی کند از جمله این راهکارها، شروط ضمن عقد می باشد. انقلاب اسلامی ایران با ظهور خود پیامی نو برای همگان به ارمغان آورد که همانا سریان دین در امور دنیوی بشر بود که جاذبه این تحول و حرکت نوین، بسیاری را به سوی خویش جذب نمود. وقوع انقلاب اسلامی در ایران به عنوان یک حرکت رهایی بخش که کرامت زنان را به ایشان باز گردانید، پیشرفتهای اقتصادی و سیاسی که منجر به فعال تر شدن نیروهای انسانی و از آن جمله زنان و مشخص شدن توان بالای آنها برای نیل به اهداف اجتماعی گردید و به خود باوری منجر شد، تماماً در عطف توجه به وضعیت زنان و پیشرفت آنان در ایران مؤثر بود. قبل از انقلاب اسلامی، در دفاتر نکاح صرفاً اجرای عقد ثبت می گردید ولی بعد از انقلاب اسلامی با دستور

مراجع ذیصلاح، شروطی را به عنوان شروط ضمن عقد در دفتر نکاحیه چاپ کردند که طرفین عقد نکاح باید به تناسب موضوعیت در صورت قبولی، آنرا امضاء کنند.

مسأله تعدد زوجات که در اسلام بیان شده با ازدواج مجددی که مردان در این زمان انجام می دهند متفاوت است و به بیان دیگر تعدد زوجات جایگاه اصلی خود را از دست داده و برخی از مردان بدون توجه به شرایط و ویژگی های ازدواج مجدد و همچنین اقتضائات زمان، تصمیم به اینکار می گیرند که در بسیاری از موارد باعث از هم گسیختگی خانواده و در نتیجه آشفتگی جامعه می شود. باید توجه داشت که جواز تعدد زوجات با اینکه در بعضی موارد لازم است اما تحصیل شرایط آن در امروز با گذشته تفاوت بسیار پیدا کرده است. با راهکاری که ما در این تحقیق ارائه می دهیم زنان می توانند در هنگام عقد شرط کنند که تا وقتی نکاح باقی است مرد حق ازدواج مجدد نداشته باشد و بدین وسیله از فروپاشی خانواده جلوگیری نمایند.

کار و شغل یکی از موضوعات مورد توجه علوم اجتماعی و انسانی است که مباحث زیادی را به خود اختصاص داده است. این پدیده به دلیل گستردگی و عمومیت خود در حیات انسانی و اجتماعی از اهمیت خاصی برخوردار است. نقش کار در سازندگی و آفرینش و بالندگی وجوه انسانی از دیرباز مورد توجه صاحب نظران بوده است و از سوی دیگر نقش کار در پویایی و سازندگی انسان نیز انکار ناپذیر است. گرچه حضور زنان در امور روزمره زندگی به ویژه در خانه داری و تربیت کودکان آشکار است، اما نقش حساس آنها در تولید و توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جامعه چندان که باید محسوس نبوده است، همچنین وجود این باور در میان برخی از مردان که نیازی به کار زن نیست موجب شده که فرهنگ نان آوری مرد در کشورهای توسعه نیافته باقی بماند و فشار بیشتری را روی نان آور خانواده که همان مرد است، وارد کند.

مخالفت مردان با کار زنان علاوه بر ایجاد فشار روانی روی آنها، موجب می شود که نرخ فقر در جمعیت زنان ثابت بماند، از سوی دیگر هزینه های ملی صرف شده برای تحصیلات و ارتقای اجتماعی دختران و زنان با خارج ماندن آنها از چرخه کار و تلاش، به رکود بنشیند و این رکودهای خانوادگی، کشور و در مرحله بعد کل منطقه را با آمار و ارقام نگران کننده رکود اقتصادی مواجه می کند.

طی سالیان اخیر گرچه عواملی همچون عملکرد سازمان های بین المللی، افزایش سطح آموزش، گسترش جمعیت شهری و . . . بطور قابل ملاحظه ای در دیدگاه های مربوط به اشتغال زنان نقش داشته است اما هنوز نتوانسته اند آنرا به سطح مطلوب برسانند از اینرو بسیاری از محققان که اشتغال زنان را به عنوان نیمی

از پیکره جامعه در رفع مسائل بنیادی مانند بی سوادی مؤثر می دانند، لزوم ایجاد زمینه های مساعد تری را به لحاظ حقوقی، فرهنگی و اقتصادی یادآور می شوند تا بدین وسیله به مشارکت مطلوب زنان در تحقق برنامه ریزی های اقتصادی و اجتماعی کمک شود.

در این نوشتار ضمن تأکید بر این حق طبیعی زنان درصدد هستیم تا با تبیین همه جانبه آن، این توهّم را که اسلام زنان را از هرگونه اشتغال و کار ممنوع ساخته، برطرف سازیم در این میان پس از بررسی آراء و نظریات مختلف پیرامون حق اشتغال زنان، با تأکید بر ضوابط و محدودیت هایی که به جهت تفاوت های خَلقی و خُلُقی متوجه رفتار اجتماعی زنان خواهد بود، به این نتیجه رسیده ایم که با ملاحظه اصول و مبانی فقه اسلامی، اشتغال زنان در جامعه امروز به عنوان یک ضرورت غیر قابل انکار، مطرح است و نصوصی که اشتغال زن را ممنوع می داند ناظر به مواردی است که با حقوق شوهر در خانواده تعارض پیدا می کند یا شخصیت و شأنیت زن را زیر سؤال می برد و خدشه دار می سازد.

لازم به ذکر است در حالیکه در غرب و کشورهای صنعتی بحث بر سر دفاع از آزادی و تساوی حقوق و اختیارات فردی و اجتماعی زنان با مردان سالیان متمادی جریان داشت، امام خمینی(ره) از نخستین روزهای مبارزه مردم ایران با رژیم ستمشاهی همواره تأکید داشتند که اسلام با هیچ چیز از این مظاهر تمدن مخالفت ندارد، با هیچ قشری از شما مخالفت ندارد. از نظر اسلام زن و مرد بطور یکسان از مواهب انسانی برخوردارند. همه حقوق را که مرد دارا می باشد، برای زن هم همان حقوق هست. حق تحصیل، حق کار، حق مالکیت، حق رأی دادن و رأی گرفتن لیکن هم در مرد مواردی است که چیزهایی به دلیل پیدایش مفاسد بر او حرام است و هم در زن مواردی هست که به دلیل مفسده اموری بر او حرام است. اسلام خواسته که زن و مرد حیثیت انسانی شان محفوظ باشد.

فصل اول: کلیات

بخش 1- جایگاه و ضرورت بحث

بخش 2- مفهوم شناسی

بخش 1- جایگاه و ضرورت بحث

ازدواج نهادی است که از جنبه های مختلف روانی، عاطفی، فیزیولوژیک، فقهی و حقوقی قابل تحلیل و بررسی می باشد از سویی دیگر موضوع حراست از خانواده و ادامه زندگی مشترک در طول تاریخ همیشه مورد توجه بوده است. اسلام به عنوان بهترین مکتب حقوقی با ارائه راهکارهای مناسب توانسته است از حقوق طرفین عقد نکاح و استحکام زندگی مشترک پشتیبانی کند که از جمله این راهکارها شروط ضمن عقد می باشد.

بسیاری از دختران و پسرانی که ازدواج می کنند اطلاع چندانی از شروط ضمن عقد ندارند و برخی گمان می کنند که تنها شروط مندرج در عقدنامه لازم الوفاست. برابرماده 1119 قانون مدنی طرفین می توانند هرشرطی را که خلاف مقتضای عقد نباشد و مورد توافق آنها بوده و هر دو آنرا امضاء کنند، ضمن عقد شرط کنند همچنین مطابق قاعده المؤمنون عند شروطهم وفای به شروط مورد توافق لازم است. شروط ضمن عقد نه تنها پشتوانه محکمی برای زنان می باشد بلکه راهگشای برخی مشکلات است که زنان می توانند بواسطه درج این شروط در عقدنامه، به حقوق مساوی با مردان دست یابند.

تأثیر اینگونه شرطها نیاز به بررسی بیشتری دارد. آنچه در این تحقیق بدان پرداخته می شود شرح ساده ای است از مباحث شرط عدم ازدواج مجدد زوج و حق اشتغال زوجه و مسائل راجع به آنها که در مورد هر شرط، مباحث توضیحی و استدلالی بیان می شود.

مردان با تکیه بر مواردی از قانون مدنی از حقوقی برخوردار شده اند که بواسطه آن می توانند به راحتی از تحصیل، اشتغال و... زنان جلوگیری کنند بنابراین از آنجا که اصلاح برخی قوانین به نفع زنان راه درازی در پیش دارد بهتر است اختیاراتی را که قانونگذار بطور مستقیم برای آنها پیش بینی نکرده، با استفاده از شروط ضمن عقد بدست آورند. چون دو شرط مورد بحث به سلامت جامعه و تحکیم بنیان خانواده کمک می کند و واقعیت‌های جامعه امروز در این دو مقوله بسیار دیده می شود لذا ایندو مورد برای تحقیق انتخاب شدند.

اما تحقیق پیرامون شرط عدم ازدواج مجدد زوج ضروری است چون مسأله تعدد زوجات که در اسلام بیان شده با ازدواج مجددی که مردان در این زمان انجام می دهند متفاوت است و به عبارت دیگر مسأله تعدد زوجات لوث شده و جایگاه اصلی خود را از دست داده است. ازدواج مجدد زوج برخلاف رضایت همسر اول از جمله معضلات و مشکلاتی است که این روزها، کیان و بنیان خانواده ها را تهدید می کند و می رود تا با هوسبازی برخی از مردان، به یک مشکل حاد اجتماعی تبدیل شود. حفظ کیان خانواده از اصلی ترین اهداف نظام مقدس

جمهوری اسلامی است که در اصل 21 قانون اساسی نیز به آن تصریح شده است و ممانعت از هرگونه عامل یا عواملی که این بنیان را دستخوش مخاطره و تهدید نماید نیز از وظایف اولیه نظام در این زمینه بشمار می رود. ما نیز بر خود لازم دیدیم که تحقیقی پیرامون این شرط داشته باشیم و آنرا به عنوان یک راهکار عملی برای زنان مطرح نماییم تا راه سوء استفاده مسدود شود.

تحقیق درباره شرط حق اشتغال زوجه نیز لازم است زیرا ماده 1117 قانون مدنی به مرد حق داده است که در برخی موارد زن خود را از اشتغال به هرشغلی که منافی مصالح خانوادگی بداند منع کند بنابراین چنانچه زن در هنگام ازدواج شاغل نبوده و ازدواج با شرط اشتغال زوجه انجام نگرفته باشد، شوهر می تواند مطلقاً زن را از اشتغال به هرگونه حرفه منع کند و چون تفسیری درباره شغل منافی مصالح صورت نگرفته است لذا این بهانه ای می شود برای مردان که به هر دلیل همسران خود را از اشتغال محروم کنند اما همانطور که شاهدیم در سالهای اخیر بیشتر ورودیهای دانشگاهها را دختران تشکیل می دهند که پس از فارغ التحصیلی می خواهند مشغول کار شوند. به نظرمی رسد که میان اشتغال زنان و قدرت مرد در منع همسر از کارکردن چالشی وجود دارد که در این تحقیق سعی بر ارائه راه حل در اینمورد است.

مقتضیات عصر ما ایجاب می کند که بسیاری از مسائل مجدداً مورد ارزیابی قرار گیرد و به احکام و ارزیابی های گذشته بسنده نشود. بشریت هم به اخلاق نیاز دارد و هم به حقوق. انسانیت هم به حقوق وابسته است و هم به اخلاق. هیچکدام از حقوق و اخلاق به تنهایی معیار انسانیت نیست. دین مقدس اسلام این امتیاز بزرگ را داراست که حقوق و اخلاق را توأمأ مورد عنایت قرار داده است. در اسلام، همچنانکه نیکی، صمیمیت و گذشت به عنوان امور اخلاقی مقدس شمرده می شوند آشنایی با حقوق و دفاع از حقوق نیز مقدس و انسانی محسوب می شود.

بخش 2- مفهوم شناسی

گفتار 1. عقد

معنای لغوی: عقد در لغت به معنای بستن، بافتن، عهد و پیمان، گره زدن و محکم کردن است¹ لذا (عقد البیع و الیمین ای احکمه، شده، اُکده) یعنی معامله و قسم را محکم کرد، قطعی کرد، مؤکد نمود.² به بیان دیگر عقد در اصل به معنای جمع کردن و محکم نمودن اطراف یک چیز است به همین جهت گره زدن دو سر طناب یا دو طناب را عقد می گویند و بعد از این معنای حسی به مفهوم معنوی انتقال یافته و به هرگونه عهد و پیمان، عقد گفته می شود.

معنای اصطلاحی: امام رضا(ع) در تعریف عقد دو معنی را بیان فرموده آنگاه یکی از آن دو معنی را بهتر و مناسبتر دانسته اند. ایشان در معنای عقد فرمودند:

« و العقود إما جمع العَقْد و هو الرابطة الخاص فی الحبل استعیر، للعقود الاعتباریة بدعوی انه فی تبادل الاضافتین اللتین یتخیل انها کالحبل یتصل عقده کالعقدة فی الحبل، فحینئذ تختص العقود بما فیها التبادل بنحو کالبیع و الصلح. او بدعوی کون نفس الایجاب و القبول و ربطهما فی الاعتبار بمنزلة ربط الحبل و العقدة الحاصلة فیها، فیدخل فیہ جمیع انواع العقود و إما جمع العَقْد بکسر العین و هو القلادة استعیر لمطلق ما لزم اتیانہ بدعوی انه کقلادة فی عنقه تلزمه حینما کان، فیدخل فیہ جمیع العقود و الایقاعات و التعهدات و الاظهر، مع الغض عن القرائن الخارجیة، هو الاول»³

پس عقد عبارتست از ربط خاص در ریسمان که بواسطه اینکه در عقود ارتباط خاص بین ایجاب و قبول است که در نتیجه آن لزوم و ارتباط ویژه ای ایجاد می شود لذا عقد را که برای ارتباط خاص در ریسمان بوده برای عقود اعتباری بکار گرفته اند.⁴

معنای حقوقی: «عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد»⁵

¹ حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، ص 869.

² محمد بندرریگی، فرهنگ جدید عربی - فارسی، ص 370.

³ محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ج 2، ص 344.

⁴ روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع، ج 4، ص 14.

⁵ قانون مدنی، ماده 183.

بر این تعریف اشکالی وارد شده و آن اینکه این تعریف تنها شامل عقود عهدی است و عقود تملیکی را شامل نمی‌شود همچنین این تعریف شامل عقودی که نتیجه آن انتفای امر موجودی است نمی‌شود در صورتیکه فقها در باب صلح از یک نوع صلحی بحث کرده‌اند که نتیجه آن انتفای امر موجودی است.¹ این اشکال اگرچه بر تعریف ماده قانونی وارد است ولی مستشکلین پس از ایراد اشکال، تعریف جامعتری از عقد بیان نکرده‌اند.

مشهور فقها ایجاب و قبول لفظی را مصداق عقد می‌دانند² و اگر لفظ در میان نباشد می‌گویند تراضی حاصل است نه عقد و آن آثاری را که بر عقد مترتب می‌کنند بر تراضی مترتب نمی‌کنند. این نظر با اینکه مشهور است اما دلیل قاطع ندارد³ و طرفداران قول غیرمشهور هم کم نیستند و از نظر آنها لفظ اساساً ضرورت ندارد.⁴

ملاک تشخیص عقد این است که بدون توافق دو طرف نتوان اثری بوجود آورد که مورد قبول قانون یا عرف و عادت و یا عقل و اخلاق حسنه بوده باشد. روی این اصل، وصیت تملیکی ایقاع است زیرا به رضای یک طرف (موصی) دیگری را مالک چیزی کردن بر خلاف عقل و اخلاق حسنه نیست و قانون هم منع نکرده است و روی همین اصل اسقاط حق از خود، ایقاع است نه عقد و بر این اساس بین عقد و ایقاع، ماهیت جدیدی که شبه عقد یا ماهیت مخصوص باشد، وجود ندارد.⁵

در اصطلاحات فقهی و حقوقی الفاظی مترادف با عقد وجود دارد که در کل با عقد هم معنی می‌باشد اگرچه از جهاتی نیز با آن متفاوت است مانند کلمه (معامله) که این اصطلاح حقوقی، فرقی با عقد ندارد و همچنین کلمات (الزامات، تعهدات) که مترادف با عقد می‌باشند اما تنها فرقی که تعهدات با دیگر الفاظ مشابه دارد اینست که در معنای خویش بار منفی مدیونیت و تعهد داشتن را به همراه دارد و آخرین لفظ کلمه (قرارداد) است که همان معنای عقد را می‌دهد تنها با این اختلاف که کلمه عقد را در عقود معینه قرار می‌دهند ولی قرارداد به همه عقود، اعم از عقود معینه و عقود غیر معینه نسبت داده می‌شود.⁶

¹ محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 454.

² محمد بن مکی عاملی (شهید اول)، لمعه دمشقیه، ص 109.

³ محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ج 2، ص 345.

⁴ ابی عبدالله محمد بن محمد مفید (شیخ مفید)، المقننه، ص 591؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 454.

⁵ محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 455.

⁶ حسن امامی، حقوق مدنی، ج 1، ص 159.

پس از بیان معنای عقد و الفاظ مترادف آن، به بیان تقسیماتی که به اعتبارهای مختلف از عقد شده می پردازیم و با گذری اجمالی متعرض انواع عقود می شویم چرا که مبحث ما، شروط در عقود است و لازمه ورود به بحث شروط، تبیین عقود و شقوق مختلف آن است.

مبحث 1- اقسام عقود به اعتبار داشتن عنوان

1- عقود معینه: عقودی هستند که در قانون دارای عنوان معین باشند و نصوص قانون، درباره خصوصیات و مقررات اختصاصی آنها سخن گفته باشد مانند بیع، نکاح.

2- عقود غیر معینه: عقودی هستند که در قالب هیچیک از عقود معینه در نمی آیند و همچنین دارای نام مخصوصی نیستند لذا طرفین عقد باید مورد مقتضی و همچنین شروطی را که در نظر دارند را در ضمن عقد قرار دهند.

مبحث 2- اقسام عقود به اعتبار تملیک یا تعهد

1- عقود تملیکی: عبارت از عقدی است که بوسیله آن انتقال ملکیت حاصل می شود یعنی مورد معامله از ملکیت یک طرف خارج شده و در ملکیت طرف دیگر داخل می شود.

2- عقود عهدی: عبارت از عقدی است که نتیجه مستقیم آن تکلیف قانونی طرفین یا یک طرف عقد است مثلاً عقد بیع به این معنی یک عقد عهدی است زیرا بایع را قانوناً مکلف به تسلیم مبیع و مشتری را مکلف به تسلیم ثمن می سازد.

مبحث 3- اقسام عقود به اعتبار استقلال و عدم آن

1- عقد اصلی: عقدی است که دارای وجودی مستقل است و بطلان یا انتفاء عقد اصلی، مستلزم بطلان یا انتفاء عقد تبعی نخواهد بود.

2- عقد تبعی: عقدی است که مستقل نبوده بلکه تابع عقد دیگر که همان عقد اصلی است، می باشد.

مبحث 4- اقسام عقد به اعتبار قطعی بودن و عدم قطعی بودن

1- عقد منجز: «عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد»¹ به بیان دیگر عقدی که مُشْتَبِهاً در حین عقد به وجود نهایی و بدون تزلزل موجود گردد.²

¹ قانون مدنی، ماده 189.

² محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، 463.

2- عقد معلق: نقطه مقابل عقد منجز است یعنی عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف بر امر دیگری است. در عقد معلق، اثر مخصوص عقد که بلافاصله پس از انعقاد عقد بوجود می آید البته با تعلیق، پیدایش این اثر منوط به وجود شیء دیگری می شود مانند اینکه پدری می خواهد خانه خود را به پسرش ببخشد ولی نمی خواهد که این بخشش بدون هیچ قیدی باشد بلکه می خواهد برای تشویق به تحصیل، خانه را به او بدهد لذا خانه خود را بطور تعلیق به او می بخشد بدین صورت که می گوید: خانه ام به تو تعلق دارد هر وقت که دانشکده را تمام کردی و لیسانس گرفتی و پسر هم قبول می کنی. در اینجا خانه به پسر انتقال داده شده لکن نه بطور مطلق بلکه بصورت معلق، انتقال یافته است.

مبحث 5- اقسام عقد به اعتبار لزوم و جواز

1- عقد لازم: «عقدی است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آنرا نداشته باشند مگر در موارد معینه»¹ مانند بیع و اجاره. از جمله موارد معینه آن جایی است که بوسیله یکی از خيارات حق فسخ داده شود و یا بواسطه اقاله، طرفین حق فسخ معامله را داشته باشند .

در اثر عقد لازم ای ایجاد می شود که طرفین بدون رضایت همدیگر نمی توانند آنرا بر هم زنند در نتیجه طرفین ملزم به انجام محتوای عقد می باشند. قانون مدنی کلیه عقود را لازم می داند مگر آنکه قانون خلاف آنرا تصریح نماید. لذا در قانون آورده است: «عقدی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها، لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله و یا به علت قانونی فسخ شود.»²

2- عقد جایز: عقدی است که تا زمانیکه عین باقی باشد، طرفین یا یکی از آندو هروقت بخواهند، بتوانند عقد را فسخ کنند.³ با عقد جایز هریک از طرفین مجازند که هر زمانی که بخواهند و بدون هیچگونه علت قانونی، عقد خویش را به هم زنند و برای فسخ عقد جایز، صرفاً اراده انحلال کافی است و حتی احتیاجی به موافقت طرف دیگر ندارد ضمناً با مرگ و جنون و سفه یکی از طرفین، این عقد منفسخ می شود⁴ بطور مثال عقد وکالت جایز است که با فوت موکل ساقط می شود.

¹ قانون مدنی، ماده 185 .

² همان، ماده 219 .

³ علیرضا فیض، مبادی فقه و اصول، ص 154 .

⁴ محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 457 .

مبحث 6- اقسام عقد به اعتبار تعهد و عدم تعهد طرف مقابل

- 1- عقد معوض: عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد می نماید و یا مالی را می دهد که از طرف دیگر می گیرد و یا تعهدی طرف دیگر به نفع او می کند.
- 2- غیر معوض: عقدی است که یکی از طرفین مالی را به دیگری می دهد و یا تعهدی در مقابل او می کند.

مبحث 7- اقسام عقد به اعتبار قبول قید یا شرط

- 1- عقد مطلق: عقدی است که هیچ شرط و تعلیقی در آن نشده باشد و آنرا می توان عقد ساده نامید.
- 2- عقد مشروط: عقدی است که یکی از شروط (شرط نتیجه، شرط فعل، شرط صفت) در آن قید شده باشد.

مبحث 8- اقسام عقد به اعتبار قابلیت فسخ

- 1- عقد غیر قابل فسخ: همان عقد لازم است که قبلاً بیان شد.
- 2- عقد قابل فسخ دو قسم است. یکی عقد جایز که تعریف آن قبلاً گذشت و دیگری عقد لازم قابل فسخ که طبیعتاً قابل انحلال نیست ولی به جهتی از جهات، حق فسخ در آن موجود است مثل عقد خیاری¹ که بواسطه توافق طرفین، شرط فسخ در آن گنجانده شده ولی خود شرط طبیعتاً لازم است. این نوع عقد نوعی از عقد لازم است که بوسیله برقراری شرط فسخ، اثر عقد جایز به آن داده می شود.² مثلاً اگر در ضمن عقد بیع شرط شود که برای یکی از طرفین یا دیگری حق فسخ باشد، این عقد لازم قابل فسخ است.

گفتار 2. نکاح

معنای لغوی: نکاح یعنی عقد زناشویی بستن، عقد ازدواج.³ کلمه نکاح به معنی نزدیکی بکار می رود و بسیاری از علمای لغت و فقه استعمال آنرا به معنی عقد تزویج، استعمال مجازی دانسته اند. در معجم الوسیط آمده است: (نکحت المرأة نکاحاً أي تزوجت) زن نکاح کرد یعنی ازدواج کرد و از قرآن دلیل می آورد که خداوند می فرماید «فانکحوا ما طاب لکم من النساء» یعنی زن بگیرید از زنهایی که برای شما حلال است.⁴ در برخی

¹ قانون مدنی، ماده 188: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای فرد ثالثی اختیار فسخ باشد.»

² محمد موسوی بجنوردی، قواعد فقهیه، ج 2، ص 348.

³ حسن عمید، همان، ص 1168.

⁴ ابراهیم مدکوره، المعجم الوسیط، ص 951.

کتب لغت بیان شده که (نکحت المرأة) یعنی زن ازدواج کرد و (انکحه المرأة) یعنی زن را به عقد او درآورد و (تناکحوا) یعنی با یکدیگر ازدواج کردند.¹

معنای اصطلاحی: نکاح امر مستحدث شرعی نبوده بلکه امری قدیم و سابق بر اسلام است که دارای معنای عرفی است که عبارتست از زندگی مشترک زوجین که از آن به زندگی مشترک زناشویی تعبیر می شود و اسلام آنرا امضا نموده و حدودی برای آن تعیین و احکامی را شرعاً برای آن معین نموده است.²

معنای حقوقی: کلمه نکاح در زبان حقوقی به دو معنی بکار می رود: یکی عقدی که بنیان خانواده است و باعث ایجاد رابطه زوجیت بین زن و شوهر می شود³ و دیگری رابطه ای که در اثر این عقد بین زن و مرد بوجود می آید.⁴ در نوشته های حقوقدانان فارسی زبان کنونی، نکاح به معنی ازدواج است و به ندرت برای نزدیکی جنسی زن و مرد بکار می رود.

قانون مدنی نکاح را تعریف نکرده است. شاید دلیل این سکوت روشنی مفهوم نکاح باشد زیرا انسان همیشه این پیوند را می شناخته است و همه قوانین درباره آن گفتگو کرده اند. البته در ماده 1075 آمده است که نکاح عبارت است از تراضی زن و مرد برای تشکیل زندگی مشترک که این تعریف شامل نکاح منقطع نمی شود. بطور کلی باید گفت که نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مرد به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می شوند. نکاح از عقود است که هم جنبه مالی دارد و هم جنبه غیر مالی زیرا از طرفی مرد موظف می شود که نفقه زن و سایر اعضای خانواده را بپردازد و از سوی دیگر زن و مرد مکلف می شوند که برای تحکیم پایه های خانواده با هم همکاری کنند.

تعیین هدف اصلی نکاح (زناشویی) و ماهیت آن بسیار دشوار است چون مقصود از زناشویی امور گوناگونی است که نمی توان بطور قطع یکی از آنها را به عنوان هدف اصلی برگزید. رابطه جنسی زن و مرد بدون شک از مهم ترین آنهاست ولی همکاری در زندگی اجتماعی و تربیت فرزندان را نیز نباید در این اتحاد فراموش کرد به همین دلیل تعریف هایی که از نکاح ارائه شده و تنها بر مبنای تمتع جنسی یا همکاری در زندگی است، قابل انتقاد می باشد.

¹ محمد بندرریگی، همان، ص 608.

² محمد بن مکی عاملی (شهید اول)، کتاب النکاح، ص 219.

³ قانون مدنی، ماده 1063: «ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود و یا از طرف اشخاصی که قانوناً حق عقد دارند»

⁴ همان، ماده 1102: «همین که نکاح بطور صحیح واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می شود»

عده ای از استادان که اتحاد جنسی را هدف اصلی نکاح دانسته اند، در تعریف نکاح می گویند: نکاح عبارت از رابطه ای حقوقی است که بوسیله عقد بین مرد و زن حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند.¹

این تعریف از این جهت که امکان رابطه جنسی بین زن و شوهر را از آثار اساسی نکاح می شمرد، درست است اما نقدی که بر آن وارد می باشد اینست که برای بهره مند شدن زن و مرد از یکدیگر نیازی به نکاح نیست و بدون این پیمان نیز تمتع جنسی ممکن است لذا باید در جستجوی علتی بود که لزوم نکاح را در روابط بین زن و مرد اثبات کند. پیش از تأسیس نکاح نیز این رابطه غریزی و آزاد وجود داشته است و با تمام مبارزاتی که پیامبران برای جلوگیری از آن کرده اند، هنوز هم وجود دارد پس نمی توان هدف اصلی از نکاح را ایجاد رابطه جنسی دانست.²

اگر قائل شویم که نکاح عبارت است از توافق زن و مرد برای تمتع جنسی، در اینصورت در برخی موارد نباید عقد نکاح موجود باشد مانند نکاح زن و مرد پیر به قصد محرم شدن که در عرف مسلمانان است؛ نکاح پسر جوان با زن هشتاد ساله عجوزه؛ نکاح با صغیره به قصد محرم شدن که اکثر فقهای امامیه³ آنرا درست می دانند. پاره ای دیگر از نویسندگان با الهام گرفتن از تعریف پرتالیس حقوقدان مشهور فرانسوی، هدف اصلی نکاح را همکاری زن و مرد دانسته اند. از مؤلفان ما، مرحوم دکتر شایگان در تعریف نکاح می نویسد: عقدی است که بوسیله آن مرد و زن به قصد شرکت در زندگانی و کمک با یکدیگر قانوناً با هم متحد می شوند.⁴ این تعریف هم ناقص است زیرا اگر مقصود از نکاح شرکت در زندگی و یاری کردن به هم باشد چه ضرورت دارد که این پیمان بین زن و مرد بسته شود؟ دو مرد یا دو زن نیز می توانند برای به دوش کشیدن بار زندگی و یاری، با هم متحد شوند.

برای پی بردن به حقیقت نکاح و هدف اصلی آن باید دید چرا اجتماع خود را نیازمند به این نهاد حقوقی دیده است و چه عاملی سبب شده که رابطه جنسی و طبیعی زن و مرد بوسیله قوانین، منظم و اداره شود؟ به نظر می رسد که هدف اصلی از نکاح، پایبند ساختن زن و مرد به خانواده و مکلف ساختن آنها به نگاهداری و تربیت فرزندان بوده است. فایده مهم ادامه زناشویی ایجاد کانون مطمئنی برای رشد جسمی و

¹ حسن امامی، همان، ج 4، ص 268 و 269.

² ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج 1، ص 26.

³ ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن حلی (محقق حلی)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ص 604.

⁴ محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، ص 240.

معنوی کودکان زن و مرد است زیرا هیچیک به تنهایی قادر نیستند که این بار گران را به منزل برسانند و ناچار باید با هم مسئول شناخته شوند.

نکاح در حقوق موضوعه کشوری یک عقد مدنی بشمار می رود و چون عقد است باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد و با فقدان یکی از آن شرایط نکاح محقق نمی شود^۱ ولی آنچه عقد نکاح را از بیشتر قراردادهای ممتاز می کند اینست که در این پیمان طرفین نمی توانند آزادانه آثار آنرا معین کنند و به اعتبار جنبه عمومی که نکاح دارد، دست آزادی اراده تا حدودی که منافات با آن دارد کوتاه گردیده است. نتایج عقد نکاح بطور امری از طرف قانونگذار معین می شود و مجموع مقررات آن، موقعیت قانونی خاصی را بوجود می آورد که زن و مرد فقط می توانند به تراضی خود را در آن موقعیت قرار دهند و حق ندارند نظمی را که قانونگذار برای اداره درست خانواده لازم دیده است، بر هم زنند. در حقوق مدنی نکاح از حقوق غیر تشریفاتی بشمار می رود و با ایجاب و قبول زوجین که دلالت بر قصد و رضای آنان بنماید، منعقد می شود و عدم ثبت آن در دفتر ازدواج، تأثیری در انعقاد آن ندارد. تفاوت دیگری که نکاح با سایر عقود دارد اینست که در نکاح فقط دو نفر وجود دارند که یکی زن و دیگری مرد است که زن ایجاب را می گوید و مرد قبول می کند و طرف سومی متصور نیست.

گفتار ۳. شرط

معنای لغوی: شرط در لغت به معنای ملزم ساختن یا ملزم شدن به چیزی در هنگام معامله، الزام و تعلیق چیزی به چیز دیگر آمده است.^۲

در کتب لغت معانی متعددی برای شرط ذکر کرده اند از قبیل علامت^۳، عهد و پیمان، لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا در هر عقد و پیمانی، رسم، شیوه، واجب، عهد و پیمان، وابستن قول یا فعل به چیزی و امثال آن. در برخی کتب لغت معنای شرط چنین آمده است: شرط به معنای ملتزم شدن و مقید کردن است^۴ همچنین گفته اند الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن در بیع (الزام الشيء و التزامه فی البیع و غیره)^۵

^۱ حسن امامی، همان، ج ۴، ص ۳۳۵.

^۲ حسن عمید، همان، ص ۷۹۲.

^۳ حسین بن محمد بن مفضل راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ص ۲۵۸.

^۴ محمد بندرریگی، همان، ص ۲۷۸.

^۵ محمد بن یعقوب فیروز آبادی، القاموس المحیط، ج ۲، ص ۳۸۱.

معنای اصطلاحی: شیخ مرتضی انصاری در مورد معنای شرط می فرماید:^۱ شرط در عرف بر دو معنی اطلاق می شود:

اول - عبارت است از معنای حدی که شرط به این معنی مصدر (شَرَطَ) است یعنی الزام و التزام به چیزی که اسم فاعل آن شارط و اسم مفعول آن مشروط می باشد. در لغت شرط را به معنای مصدری آن تفسیر کرده اند چرا که گفته اند (الزام الشيء و التزامه فی البیع و غیره) گاهی نیز شرط بر عهد یا نذر یا وعد اطلاق می شود.

دوم - شرط چیزی است که از عدم آن، عدم لازم می آید بدون اینکه ملاحظه شود که آیا از وجود آن وجود هم لازم می آید یا خیر؟ مثل وضو برای نماز که از نبود آن، نماز حاصل نمی شود ولی اینگونه نیست که از وجود وضو، وجود نماز هم حتماً حاصل گردد چرا که گاهی انسان وضو می گیرد ولی نماز نمی خواند. شرط به این معنا اسم جامد است و مصدر نداشته و معنای حدی ندارد و اشتقاق مشروط از آن بنابر اصل نیست لذا شارط و مشروط مثل فعل و انفعال متضایفین نیستند بلکه شارط، قراردهنده شرط است و مشروط، کسی است که شرط بر او قرار داده شده است.

ایشان در ادامه می گویند: شرط در هر دو معنی مانند امر است به معنی مصدر و به معنی شیء، پس اگر قرینه بر اراده مصدر اقامه شود، شرط به معنی اول است و اگر قرینه بر اراده جامد اقامه شود، شرط به معنی دوم است.^۲

برخی معتقدند که شرط یک معنا دارد و در اصل به معنای ربط و شد (بستن و محکم کردن) است بنابراین نظر، اطلاق شرط و بکار بردن این واژه فقط به لحاظ مقید بودن چیزی به چیز دیگر است و ارتباط دو چیز با هم یا ناشی از تکوین و طبیعت بوده یا امری است که ساخته شارع می باشد و یا اینکه دو طرف عقد بر آن اتفاق نظر دارند.^۳

معنای حقوقی: در قانون مدنی هر چند از شرط تعریفی نشده اما در کتب حقوقی تعاریفی ذکر کرده اند از جمله اینکه شرط امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلاً یا بعضاً متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نمایند (ماده 222 به بعد قانون مدنی) و یا شرط

^۱ مرتضی انصاری، المكاسب، ج 2، ص 389.

^۲ همان، ص 390.

^۳ محمدعلی تسخیری، شرط جزایی در عقود، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره 44، ص 72.

وصفی است که یکی از طرفین عقد، وجود آنرا در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد.^۱

شرط در اصطلاح حقوقی یکی از این دو مفهوم را بیان می کند. اول - امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد مثلاً وجود قصد و رضا هر کدام شرط صحت معامله است. دوم - توافقی است که بر حسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است؛ شرط بدین مفهوم نیز دو قسم است: قسم اول بر حسب طبیعت موضوع آن التزامی مستقل نیست و ناچار باید در زمره توابع عقد دیگر باشد مانند شرطی که مربوط به اوصاف مورد معامله اصلی است این شرط در واقع به شیوه اجرای تعهد کمک می کند و خود التزامی جداگانه نیست. قسم دوم می تواند به عنوان قرارداد مستقل مورد توافق باشد ولی دو طرف به ملاحظاتی آن را تابع عقد دیگر ساخته اند تا نام شرط بر آن نهاده شود مانند مضاربه ای که در قرارداد بیع می آید در این فرض آنچه مورد تراضی قرار می گیرد، عقدی است مرکب از دو قرارداد البته با این قید که یکی از آن دو جنبه اصلی دارد و دیگری فرعی و تبعی.

معنای دیگر شرط در اصطلاح حقوق که از منطق و فلسفه اخذ شده عبارت از امری است که در ایجاد و پدیداری شیء دیگر تأثیر داشته باشد بگونه ای که از وجودش وجود آن شیء لازم نیاید ولی برعکس، از عدم آن، عدم آن شیء لازم بیاید. شرط در این معنا به اموری اطلاق می گردد که صحت و اعتبار عقد بر آن متفرع است و در ماده 190 قانون مدنی و مواد دیگر، شرط به این معنا آمده است به بیان دیگر در این معنا شرط چیزی است که چیز دیگر بر آن متوقف باشد، البته توقف شیء بر شرط چند حالت دارد که در اینجا منظور آن چه متوقف است، صحت یک امر می باشد مانند توقف صحت عقد بر وجود اختیار در متعاملین زیرا صحت عقد به آن بستگی دارد.

شرط در اصطلاحات اصول فقه هر امری است که وجود آن برای تحقق امر دیگر لازم باشد و در تعریف آن گویند: «الشرط ما یلزم من عدمه العدم و لا یلزمه من وجوده الوجود» یعنی شرط عبارت است از چیزی که اگر نباشد مشروط بوجود نمی آید، ولی اگر شرط بوجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست.

مبحث 1 - اقسام شرط از نظر ارتباط با عقد

^۱ محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 380.

1- شرط ابتدایی: شروطی هستند که در متن عقد ذکر نشده بلکه تعهدات و التزاماتی هستند که بدون اینکه عقدی به دنبال آن بیاید یکی از طرفین معامله برای دیگری می کند که حکم آن، عدم التزام به اینگونه شرطهاست.¹ در تعریف دیگر از شرط ابتدایی آمده است: شرط عبارت از تعهد یکطرفی است و آن تعهدی است که شخص به قصد یکطرفی، خود علیه خود ایجاد می کند.² طبق نظر امام خمینی منظور از شرط ابتدایی به معنای اخص، شرطی است که قبل از عقد یا بعد از عقد آورده شود بی آنکه به عقد ارتباطی داشته باشد یا عقد بر مبنای آن جاری شده باشد.³

2- شرط ضمن عقد: شروطی هستند که در ضمن عقد لازم است ذکر شوند. شرط اگر ضمن عقد باشد، بین تمام فقها و حقوقدانان اتفاق نظر است که به مقتضای قاعده (المؤمنون عند شروطهم)⁴ بر همه مؤمنین لازم است که وفای به شروط خود کنند.

شرط ضمن عقد، شرطی است که در ارتباط با عقد دیگر و به تبع آن مورد الزام و التزام قرار گیرد به تعبیر دیگر شرط ضمن عقد التزامی است که ضمیمه تعهدهای اصلی عقد دیگر قرار گرفته و حدود و شرایط آن تعهد ها را کامل می سازد. این قسم از شروط یا در ضمن عقد ذکر می شوند و یا ذکر نمی شوند. به هر صورت در هر دو فرض عقد، مبنیاً علی الشرط واقع می گردد. در صورتی که شرط در ضمن عقد ذکر شود آنرا شرط ضمن عقد گویند اعم از اینکه آن شرط، صریح در مقام اثبات در ضمن عقد ذکر شود و یا اینکه صریحاً در ضمن عقد ذکر نشود بلکه بیان مصرح و تفصیلی آن پیش از عقد صورت گیرد و در ضمن عقد به صرف اشاره به آن اکتفا شود به عبارت دیگر قبل از انشای عقد طرفین بر روی شرط تبانی کرده و در متن عقد فقط به آن اشاره می کنند که این شروط را شروط تبانی می نامند.⁵

عقدی که شرطی ضمن آن شده است عقد مشروط یا مقرون به شرط نامیده می شود که نباید آنرا با عقد معلق اشتباه کرد. در عقد معلق اثر عقد بر حسب اراده طرفین موقوف به تحقق امر دیگری است و تا آن امر تحقق نیافته عقد هیچگونه اثری به بار نخواهد آورد و تعهدی از آن ناشی نخواهد شد اما عقد مقرون به شرط،

¹ حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج 3، ص 252؛ ابوالقاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهه، ج 7، ص 352.

² محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 380.

³ روح الله موسوی خمینی، تحریرالوسیله، ج 3، ص 538.

⁴ محمد بن حسن حرعاملی، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج 15، باب 20 از ابواب المهور، حدیث 4 ص 30.

⁵ ابوالقاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهه، ج 7، ص 352.

آثار خود را به محض انعقاد به بار می آورد و از اینرو عقدی منجز است ولی پاره ای تعهدات تبعی و فرعی که جدا از ارکان و عناصر اصلی عقد است در آن گنجانده شده است که تخلف از آن به ارکان قرارداد لطمه نمی زند. سؤالی که در اینجا پیش می آید اینست که آیا شرط به معنای مطلق الزام و التزام است یا اینکه فقط شامل چیزی است که در ضمن عقد دیگری بیاید؟

برخی معتقدند که آنچه از شرط به ذهن تبادر می کند آمدن ضمن عقد است و شرط به استعمال حقیقی شامل شرط ابتدایی نمی شود بنابراین هرگاه کسی انجام عملی را تعهد کند گفته نمی شود که انجام آن عمل را شرط کرده یا انجام آن عمل بر او شرط شده است. اکثر کسانی که الزام و التزام را از معانی شرط دانسته اند آنرا مقید به درج در بیع و مانند آن کرده اند. از اهل لغت کسی وجود ندارد که در مقام تعریف، الزام و التزام را به معنای شرط اطلاق کرده باشد لذا اطلاق شرط بر التزامات ابتدایی مستقل، معنای روشنی ندارد بلکه اصلاً درست نیست.¹

عده ای دیگر گفته اند که هویت شرط این است که صرف الزام و التزام به یک شیء کفایت نمی کند بلکه الزام و التزام در یک شیء باید در ضمن عقد باشد لذا قائلند اطلاق شرط بر شروط ابتدایی، اطلاق مجازی است اما مشهور و حتی شیخ انصاری در مکاسب اشکال می کنند به اینکه ما می بینیم خود شارع مقدس، در موارد کثیری بر شروط ابتدایی اطلاق شرط کرده است. اینطور نیست که هرجا شرط در ضمن عقد بود، اطلاق شرط بر آن بشود و در نزد عرف و عقلا هم این معنا را کاملاً ملاحظه می کنیم.²

نتیجه اینکه شرط، مطلق تعهد، الزام و التزام است حال چه این الزام و التزام در ضمن عقد باشد یا اینکه می خواهد جدای از عقد بطور مستقل و این الزام و التزام از طرف مشروط له و مشروط علیه واقع بشود. تحقیق در مقام این است که هیچگونه فرقی بین شرط تبانی و شرط ضمنی در متن عقد وجود ندارد زیرا در طبیعت شرط، وقتی می توان گفت که شرط در ضمن عقد است که در عالم قصد (همان افق نفس که محقق عنوان عقد است) لحاظ شرط بشود و بر همین اساس می گوئیم که عقد مبنیاً علی الشرط واقع شده است البته مبنی بر اینکه انشاء عقد، مجرد از شرط نبوده بلکه لحاظ اشتراط به آن شرط نیز در قصد و انشاء مقرون بوده است.

¹ محمدعلی تسخیری، همان، ص 72.

² محمد موسوی بجنوردی، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی، ج 2، ص 153.

اصطلاحی تحت عنوان شروط وضعی وجود دارد که لازم است توضیحی پیرامون آن بدهیم. شروط وضعی همان شروط ضمن عقد هستند که دو طرف عقد بر آن اتفاق نظر دارند و در ضمن عقد به آن ملتزم و متعهد شده اند. شروط وضعی دو گونه اند:

1- شرط خیار و حق فسخ عقد که اصطلاحاً اینگونه شرط را شرط خیار یا خیار شرط می گویند چون اینگونه خیار به سبب شرط ضمن عقد محقق می شود.

2- قراردادن هر شرط دیگری از شرط خیار که چنین مواردی در منابع فقهی تحت عنوان باب الشروط بیان می شوند، شرط جزایی (غرامت) از جمله این شروط است. منظور از این شرط، غرامت و تاوانی است که دو طرف قرارداد در عقد تعیین می کنند تا هر کدام از طرفین که از مفاد عقد یا تعهد و التزامات پذیرفته شده در عقد تخلف کند، آنرا به طرف مقابل بپردازد، اینگونه شرط را شرط جزایی یا غرامت توافقی و یا وجه التزام می نامند مانند اینکه فروشنده متعهد می شود که مبیع را در روز معین تسلیم خریدار کند در غیر اینصورت فلان مبلغ را به عنوان خسارت به وی بپردازد.¹

حکم شرط جزایی: واضح است که هدف از شرط جزایی در عقد اینست که ضمانت اجرایی برای عمل به مفاد عقد باشد در جایی که یکی از طرفین از عدم التزام و ایفای تعهد طرف مقابل هراس دارد، برای پایبند کردن وی به قرارداد و انجام آن، شرط جزایی را در عقد درج می کند بنابراین شرط غرامت از لحاظ صحت و نفوذ تابع عقد یا تعهد مورد توافق طرفین می باشد اگر عقد یا التزامی که متضمن شرط جزایی است از لحاظ اموری که در صحت آن دخیل است، صحیح باشد شرط جزایی مبتنی بر آن نیز صحیح و نافذ است در غیر اینصورت شرط جزایی به علت بطلان پایه و اساس آن، باطل می باشد زیرا شرط جزایی فرع بر آن عقد یا التزام است و فرع تابع اصل می باشد. هرگاه اصل عقد معتبر نباشد و برای هیچکدام از طرفین تعهد ایجاد نکند، قهراً شرط جزایی که بر اساس آن بنا شده نیز برای مشروط علیه هیچگونه الزام و تعهدی ایجاد نمی کند همچنین شرط جزایی نباید مستلزم امر باطلی مانند ربا باشد زیرا در ضمن عقد، لازمه امر باطل، باطل است. بنابراین ضابطه کلی برای صحت شرط جزایی عبارت است از اینکه نه مبتنی بر امر باطلی باشد و نه امر باطلی را در پی داشته باشد در اینصورت چنین شرطی، صحیح و نافذ بوده و به عنوان یک تکلیف شرعی لازم الوفاست.²

مبحث 2- انواع شرط صحیح

¹ محمدعلی تسخیری، همان، ص 81.

² محمدعلی تسخیری، همان، ص 82 و 83.

- 1- شرط صفت: شرط صفت، شرط راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله می باشد به عبارت دیگر شرط صفت شرطی است که متعلق آن، وصفی از صفات عین شخصی مورد معامله باشد.¹
- 2- شرط نتیجه (غایت): عبارت از حصول و تحقق امر خارجی است که به نفس عقد و به مجرد انعقاد آن حاصل می گردد و حصول آن زاید بر عقد متوقف به هیچ عمل و تشریفات و اسباب خاصی نیست. ماده 234 قانون مدنی شرط نتیجه را چنین تعریف نموده است: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود مانند اینکه یکی از متعاقدين ضمن عقد شرط نماید که مال معینی از مشروط علیه ملک او شود یا مانند اینکه زن، ضمن عقد نکاح شرط نماید که به مجرد وقوع عقد نکاح مالک منزل وی شود.»
- 3- شرط فعل: اعم از فعل یا ترک که در حقیقت منظور از شرط ضمن عقد به مفهوم واقعی و متداول همین قسم است. ماده 234 قانون مدنی در بیان شرط فعل می گوید: «شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود مثل اینکه به یکی از متعاملین شرط شود که دوزنگی لباس معینی و یا ساختن بنای مشخصی با طرح معین را بر عهده گیرد.» متعلق شرط فعل می تواند امر اعتباری باشد مانند اینکه در ضمن عقد شرط شود که یکی از متعاقدين مالکیت منزل شخصی خود را به دیگری منتقل نماید.
- در صورت تخلف از شرط فعل، مشروط علیه اجبار به وفای شرط می شود و اگر اجبار او مقدور نباشد ولی انجام فعل بوسیله شخص دیگری میسر باشد، حاکم به هزینه مشروط علیه موجبات انجام شرط را فراهم می کند اما اگر اجبار مشروط علیه ناممکن و نیز فعل مشروط از جمله اعمالی نیست که بوسیله غیر انجام آن میسر شود، مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت و نیز در صورتی که انجام شرط ممتنع باشد و این امتناع مستند به فعل مشروط له نباشد، نامبرده اختیار فسخ عقد را دارد.²
- برخی از حقوقدانان معتقدند که در فرضی که اجبار مشروط علیه به انجام شرط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که بوسیله دیگری بتوان از جانب او واقع ساخت، مشروط له می تواند چنانچه از عدم انجام شرط خسارتی متوجه اوشده باشد، خسارت ناشیه از عدم انجام تعهد را از مشروط علیه بخواهد.³

¹ قانون مدنی، ماده 234.

² مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده، ص 324.

³ حسن امامی، همان، ج 4، ص 437.