

## Original Article

# Conditions of Nullity and Nullity of Marriage Contract in Iranian Law and Shafi'i Jurisprudence



Sajjad Hasani \*

*Master of Laws, Private Law, Islamic Azad University, Ilam Research Sciences Unit, Ilam, Iran*

**Citation** Sajjad Hasani, **Conditions of Nullity and Nullity of Marriage Contract in Iranian Law and Shafi'i Jurisprudence**. *J. Law Political Stud.*, 2023, 3(2), 131-142.

<https://doi.org/10.48309/jlps.2023.2.5>

**Article info:****Received:** 25 April 2023**Accepted:** 19 September 2023**Available Online:** 21 September 2023**ID:** JLPS-2309-1076**Checked for Plagiarism:** Yes**ABSTRACT**

Marriage is one of the contracts in which the rules regarding the conditions of the contract are current. Therefore, the conditions of the marriage contract have the same characteristics as stipulated in the general rulings. According to famous jurists, some of these conditions are correct and some are invalid. Some of these terms are disputed. In addition to examining the conditions included in the marriage contract, this research has examined and analyzed the controversial cases of the conditions included in the marriage contract from the perspective of Imamia and famous jurists. Some of these disputed conditions are: the condition of couples not remarrying, the condition of choosing housing and residence, the condition of having a special trait in one of the couples. The majority of jurists and jurists consider marriage and privacy to be the essence of marriage. But in many cases, there is a difference of opinion between them due to the conditions contrary to the nature of the contract. According to various aspects, it can be believed that Qadr Motaqeen considered all these marriage issues as necessary for the nature of marriage and agreed. And enjoyment, resolution, etc. are among the effects of the marriage contract, although sometimes, according to the belief of some jurists, it is introduced as a requirement of the nature of marriage. On the other hand, it should be checked that if the couple reaches an agreement contrary to the nature of the contract, what will be the condition and principle of the contract, in other words, it is both a condition and a condition. Is the contract invalid or only the condition is invalid and the principle of the contract is correct?. In the current research, while proving the ineligibility of such conditions, objective and practical examples have been pointed out and the unfortunate examples resulting from them have been mentioned based on the descriptive-analytical method.

**Keywords:**

Condition, conditions of marriage, void conditions, marriage contract.

## شروط باطل و مبطل ضمن عقد نکاح در حقوق ایران و فقه شافعی

سجاد حسنی\*

کارشناسی ارشد حقوق، گرایش حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات ایلام، ایلام، ایران



ارجاع سجاد حسنی، شروط باطل و مبطل ضمن عقد نکاح در حقوق ایران و فقه شافعی، نشریه حقوق و مطالعات

سیاسی، دوره ۳، شماره ۲، تابستان ۱۴۰۲: ۱۴۲-۱۳۱.

doi <https://doi.org/10.48309/ilps.2023.2.5>

### چکیده

نکاح یکی از عقود است که احکام راجع به شرایط ضمن عقد درباره آن جاری است. لذا شرایط ضمن عقد نکاح واجد همان خصوصیات است که در احکام کلی مقرر می‌باشد. برخی از این شروط از دیدگاه مشهور فقها صحیح و برخی باطل می‌باشند. برخی از این شروط نیز مورد اختلاف است. این پژوهش ضمن بررسی مختصر شروط ضمن عقد نکاح، به بررسی و تجزیه و تحلیل موارد اختلافی شروط ضمن عقد نکاح، از دیدگاه فقهای امامیه و عامه می‌پردازد. برخی از این شروط مورد اختلاف، عبارتند از: شرط عدم ازدواج مجدد زوج، شرط انتخاب مسکن و محل زندگی، شرط وجود صفت خاص در یکی از زوجین، اکثریت فقها و حقوق‌دانان، زوجیت و محرمیت را مقتضای ذات نکاح می‌دانند. با این حال، در بسیاری از مصادیق شروط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح میان ایشان اختلاف نظر وجود دارد با توجه به جنبه های مختلف می‌توان اعتقاد داشت که قدر متیقن تمام این مباحث علقه زوجیت را به عنوان مقتضای ذات عقد نکاح به رسمیت شناسانده و تمکین، استمتاع، و حلیت و غیره از آثار عقد نکاح باشد، هر چند بعضا به اعتقاد برخی از فقها بعنوان مقتضای ذات نکاح معرفی شده اند. از سوی دیگر باید بررسی گردد که اگر زوجین بر خلاف مقتضای ذات عقد نکاح توافقی نمایند وضعیت شرط و اصل عقد چگونه خواهد بود، به عبارت دیگر آیا شرط و عقد هر دو باطل است و یا اینکه فقط شرط باطل بوده و اصل عقد صحیح می‌باشد. در پژوهش حاضر ضمن اثبات عدم صلاحیت این گونه شروط، به برخی نمونه‌های عینی و عملی آن اشاره شده و بر اساس روش توصیفی-تحلیلی مصادیق ناگوار ناشی از آنها ذکر شده‌اند.



اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۵ اردیبهشت ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش: ۲۸ شهریور ۱۴۰۲

تاریخ آنلاین شدن: ۳۰ شهریور ۱۴۰۲

کد مقاله: JLPS-2309-1076

### کلیدواژگان:

شرط، مقتضای عقد، شروط باطل و مبطل، عقد نکاح.

### مقدمه

دارند، نسبت به حذف و یا سلب قسمتی از عقد یا آثار آن توافق نمایند و یا اموری زائد بر آنچه در متن قرارداد وجود دارد را مورد توافق قرار دهند. به عبارت دیگر گاهی طرفین قرارداد در ضمن معامله بر تحدید دامنه‌ی آثار عقد و یا افزایش اثری بر آن موافقت می‌کنند که چنین حذف و اضافه‌ای محصول عامل و یا پدیده حقوقی دیگری به نام شرط است که چون در ضمن قرارداد اصلی می‌آید، شرط ضمن عقد نامیده می‌شود. از آنجاکه شروط ضمن عقد، رابطه تنگاتنگی با عقود و

مقتضای ذات عقد، اثر و نتیجه‌ی ذاتی عقد است که هدف و غرض انعقاد عقد، تحقق آن است. شرط خلاف مقتضای عقد این اثر را از عقد سلب می‌کند و موجب بطلان شرط و عقد می‌گردد در اینکه شرط خلاف مقتضای عقد، موجب بطلان عقد است؛ تردیدی نیست اما اینکه معیار تشخیص مقتضای ذات عقد چیست بحثی است که محل اختلاف بین فقها و حقوق‌دانان است. بیشتر اوقات، طرفین ضمن عقد تمایل

قراردادها و عقود بسیار حائز اهمیت است. مشخص است که هرگونه شرطی که با مقتضای ذات عقد به صورت کلی (به معنی عقد در کلیت) یا عقد نکاح به صورت خاص (به معنی عقد ازدواج) منافات داشته باشد، موجب بطلان عقد و شرط می‌شود. این اصل مبتنی بر شرع و قانون به طور کامل تأیید شده است. به عبارت دیگر، شرط‌هایی که با مقتضای ذاتی عقد نکاح در تضاد باشند و یا به طور کلی با مفهوم عقد و قرارداد در تعارض قرار دهند، در عقد نکاح معتبر نخواهند بود و موجب بطلان عقد می‌شوند. این نکته در حقوق اسلامی و حقوق مدنی مورد تأیید قرار گرفته است. بنابراین، شروط خلاف مقتضای عقد که منافات با ذات عقد نکاح داشته باشند، معمولاً باطل و بی‌اعتبار هستند. این امور نه تنها در مباحث نکاح بلکه در سایر قراردادها و عقود نیز اعمال می‌شود. اهمیت تشخیص شرایط صحیح و باطل در قراردادها به دلیل تأثیر آن بر اعتبار و اعتباریت عقد و تعهدات موجود در آنها بسیار بالاست. در اینجا برخی از مهم‌ترین مصادیق شروط خلاف مقتضای عقد نکاح که عبارت‌اند از:

#### - شرط عدم نزدیکی

یکی از شروط ضمن عقد نکاح، «شرط عدم نزدیکی» است که وضعیت فقهی آن و همچنین دیدگاه حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد. سؤال مطرح آن است که آیا شرط مزبور اساساً دارای اعتبار بوده، یا بالعکس، باطل و غیر معتبر تلقی می‌شود. فقهای شافعی شرط عدم نزدیکی را چه در نکاح دائم و چه در نکاح منقطع صحیح و لازم الوفاء می‌دانند. شرط عدم نزدیکی یکی از شروط ضمن عقد نکاح است که موضوع تأیید یا عدم تأیید آن در فقه و حقوق مذهبی مسأله‌ای مورد بحث و اختلاف است. دیدگاه‌ها و روایات مختلفی وجود دارد که به تأیید یا عدم تأیید اعتبار این شرط پرداخته‌اند. در فقه شافعی، شرط عدم نزدیکی در هر دو نکاح دائم و نکاح منقطع به صورت صحیح و لازم الوفاء تلقی می‌شود. این دیدگاه بر مبنای اصولی از فقه شافعی است که به تأیید اعتبار این شرط منجر می‌شود. به علاوه، برخی از روایات

قراردادها دارند و جامعه‌ای را نمی‌توان یافت که از وجود قراردادها و تعهدات فی‌مابین تهی و بی‌نیاز باشد، می‌توان گفت پیشینه شروط به پیشینه عقود و همزاد و همراه با نخستین زندگی‌های جمعی است. باید دانست که در صورت مشروعیت شرط بر اساس اصل لزوم پابندی به عهد، چنانچه وفا به شرط مستلزم انجام فعلی باشد، انجام آن واجب و اگر مبتنی بر ترک عملی باشد، ترک فعل مشروط بر مشروط علیه لازم می‌شود؛ اما اگر مفاد شرط انجام فعل نامشروعی باشد؛ مانند شرب خمر و یا ترک عمل واجبی باشد؛ مانند ترک نفقه‌ی زوجه دائمی بدون عذر موجه، چنین شرطی به واسطه‌ی مخالفت با شرع فاسد است. از بین انواع شروط بحث پیرامون شرط خلاف مقتضای عقد محجور مانده و چه در کتب فقهی و چه در تألیفات حقوقی به تفسیر اجمالی آن اکتفا گشته است. منظور از شرط در این بررسی، بارزترین مصداق شرط از لحاظ فقهی و حقوقی به معنای تعهدی فرعی و تبعی که در ضمن یکی از عقود معین یا نامعین درج می‌گردد؛ و با یکی از دو مقتضای ذات و اطلاق در تضاد و مخالفت باشد. باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد در میان فقها و حقوقدانان مورد اتفاق است. در این مقاله، به بررسی فقهی حقوقی شرط خلاف مقتضای عقد نکاح پرداخته می‌شود، شرط عدم نزدیکی، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین آثار غیرمالی نکاح، در فقه شافعی و حقوق ایران مطرح است که در این گفتار، صحت و یا عدم صحت شرط مزبور، از نظر فقهی و حقوقی بررسی می‌گردد. و سپس، به عمده دلایل فقها در صحت شرط عدم نزدیکی در نکاح منقطع، عدم مخالفت شرط مزبور با مقتضای ذات عقد نکاح مانند قول به بطلان شرط، قول به صحت شرط و بررسی ضمانت اجرایی تکلیف به سکونت مشترک و مصادیقی از شروط خلاف مقتضای عقد نکاح، پرداخته می‌شود.

#### ۱- شروط خلاف مقتضای عقد نکاح در فقه و حقوق

در خصوص شروط صحیح و باطل در ضمن عقود به‌طور کلی و عقد نکاح به‌عنوان یکی از عقود معین، مفهوم شرط در

در نکاح منقطع لازم الوفاء می‌دانند. برخی از همین فقها علاوه بر بطلان شرط مزبور در نکاح دائم معتقد به بطلان عقد نکاح نیز می‌باشند. از آنجاکه شرط مزبور مخالف مقتضای ذات عقد نکاح است، شرط باطل است و عقد نیز باطل می‌شود چراکه زوجه بدون این شرط رضایتی به نکاح ندارد و گویی نکاح بدون اعلام رضایت او منعقد شده است. لذا یکی از ارکان صحت عقد مفقود است. (مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۱۷).

مسئله شرط عدم نزدیکی در نکاح منقطع و نکاح دائم مسأله‌ای پیچیده و مورد تفسیر متفاوت از سوی فقهاء و مراجع دینی است. تفسیر و تأویل متفاوتی از مواد مرجعیت دینی و متن‌های دینی منجر به نظرات متفاوت شده است. فقهای شافعی و برخی دیگر از فقهاء، معتقدند که شرط عدم نزدیکی معتبر و صحیح است، زیرا با مقتضای ذات عقد نکاح مخالفت ندارد و اصلی‌ترین هدف از نکاح، تمتع و تلذذ است که مستلزم نزدیکی نیست. در عین حال، برخی دیگر از فقهاء و مراجع دینی به قولی می‌پردازند که شرط عدم نزدیکی مطلقاً (در نکاح دائم و منقطع) باطل است. این دیدگاه بر اساس تفسیر مختلف متن‌های دینی و روایات دینی ممکن است به وجود آمده باشد. به عنوان یک مسأله فقهی و مذهبی، تشخیص معتبر بودن یا نبودن شرط عدم نزدیکی در نکاح منقطع به تفسیر متون دینی و تأویل مراجع دینی بستگی دارد. برای اطلاعات دقیق‌تر و اخذ فتاوی معتبر در این موضوع، بهتر است به مراجع دینی خود مراجعه کرده و نظر آنها را در این زمینه جویا شوید.

#### - بررسی شرط عدم نزدیکی در حقوق ایران

تعیین مقتضای برخی از عقود آسان است، زیرا غرض و اثر اصلی عقد را به راحتی می‌توان تمییز داد. چنانکه تحلیل شروط و مقتضیات عقد در مختلف انواع عقود، از جمله بیع و اجاره، در فقه و حقوق اسلامی به عنوان یک مسأله پیچیده مورد بررسی قرار می‌گیرد. اصول فقهی و حقوقی مرتبط با شروط و مقتضیات عقد می‌توانند در تفسیر این مسائل تأثیرگذار باشند. در بعضی از عقود مانند بیع، شرطی که با

اهل تشیع نیز به اعتبار شرط عدم نزدیکی اشاره کرده‌اند. در گفته‌هایی از امام صادق (ع) به تأیید اعتبار این شرط اشاره شده است، و بر اساس این روایت، اگر زوجه پس از نکاح اذن به نزدیکی دهد، زوج حق نزدیکی را به دست می‌آورد. با این حال، دیدگاه‌ها در مسأله شرط عدم نزدیکی ممکن است متفاوت باشند. (النسائی، ۱۴۲۰: ۲۱۴).

در برخی از اطروحات حقوقی و فقهی، شرط عدم نزدیکی معتبر نیست و از اعتبار آن صرف نظر می‌شود. اصولاً در بسیاری از حقوق مدنی و حقوق مذهبی، شرایطی که باعث تضعیف یا مخالفت با مقتضای عقد می‌شوند، غیرمعتبر و باطل تلقی می‌شوند. بنابراین، تأیید یا عدم تأیید اعتبار شرط عدم نزدیکی در نکاح به دیدگاه‌های مذهبی و حقوقی و تفسیر متن‌های دینی بستگی دارد. افرادی که به این موضوع علاقه‌مند هستند، باید به فتاوی مراجع دینی خود و نیز به تفسیر و روایات مذهبی در این زمینه مراجعه کنند تا به تصمیمی کامل‌تر برسند. (ابی زکریا، ۱۴۱۰: ۱۵۱).

و در توجیه عقیده‌ی خود به اطلاق روایت اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) استناد می‌کنند؛ و به اعتقاد برخی دیگر حتی بعد از اذن زوجه نیز، زوج حق نزدیکی با زوجه را نخواهد داشت؛ زیرا شرط مذکور لازم الوفاء بوده و عقد فقط با شرط عدم نزدیکی معتبر است. محمدجواد مغنیه درباره شرط فوق این‌گونه می‌نویسد: اگر زن بر مرد شرط کند که مرد نوعی خاص از استمتاع را مثل جماع قطع کند و سایر استمتاع‌ها مانعی ندارد، آیا شرط صحیح است؟ گروهی از فقها بر این عقیده‌اند که شرط صحیح است و وفای به آن واجب، خواه ازدواج دائمی باشد یا منقطع، چون زوجه ترک استمتاع را به کلی شرط نکرد بلکه نوعی خاص را شرط کرده و این عقلانی است؛ زیرا دخول غایتی از غایات ازدواج و اثری از آثارش است و موضوعی برای نکاح نیست، لذا نکاح هم صحیح است، (مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۱۷).

در مقابل نظر فقهای عظام، اندکی از فقها قائل به بطلان شرط عدم نزدیکی در نکاح دائم گشته‌اند و آن شرط را فقط

این دو مصلحت، یعنی اصل آزادی جنسی و پابندی به لوازم نکاح با توجه به اینکه هدف اصلی نکاح تشکیل خانواده است و همچنین حمایت از حقوق زوجین، اقتضاء می‌نماید که شرط مزبور نافذ نباشد؛ لذا هیچ زن و مردی حق ندارند به استناد شروطی که در نکاح آمده است، به خواسته‌های مشروع همسر خود بی‌اعتنا بمانند، به همین علت طبق ماده ۱۱۰۸ ق.م.ز.ن. ناشزه حق گرفتن نفقه ندارد و دادگاه نمی‌تواند درخواست طلاق یا گرفتن همسر دوم از طرف شوهر او را نپذیرد؛ همچنین بی‌اعتنایی شوهر به زن نیز به او حق می‌دهد که به‌عنوان سوء معاشرت و یا عدم ایفای وظایف زناشویی از دادگاه طلاق بخواهد و استناد شوهر به شرط ضمن عقد این حکم قانونی را از بین نمی‌برد. (محللاتی، ۱۳۹۱: ۲۶).

## ۲- شرط عدم ازدواج مجدد زوج

تعدد زوجات قبل از اسلام در بسیاری از سرزمین‌ها از جمله عربستان وجود داشت و اسلام نمی‌توانست و مصلحت نبود که یکسره آن را از بین ببرد، لکن برای حمایت از زن و جلوگیری از سوءاستفاده از نظام چند زنی، حدود مرز و قیودی بر آن مقرر داشت. ولی باید یادآور شد که اسلام تعدد زوجات را در موارد استثنایی تجویز کرده و اصل در اسلام نظام تک‌همسری است و مسلمانان واقعی به دلیل خوف از عدم رعایت عدالت نسبت به همسران متعدد، همیشه از داشتن چند زن خودداری نموده و جز در موارد ضرورت به آن روی نمی‌آوردند. در این مبحث می‌خواهیم بررسی نمایم که آیا زن می‌تواند با شرط عدم ازدواج مجدد زوج در ضمن عقد، مانع از سوءاستفاده زوج نسبت به خود گردد و آیا اصلاً چنین شرطی تأثیر و نفوذ حقوقی و شرعی دارد یا خیر؟ لذا در این مبحث ابتدا به بررسی قوانین مدنی در رابطه بانفوذ یا عدم نفوذ شرط فوق‌پیردازیم و سپس جنبه فقهی مسئله را بیان و بررسی کنیم.

### - قوانین حقوقی و شرط عدم ازدواج مجدد زوج

در حقوق ایران چه از لحاظ عرفی و چه از نظر فقه اسلامی تعدد زوجات منع نگردیده است، لیکن نمی‌توان به مرد زن‌دار

مقتضای ذات عقد منافات داشته باشد، معمولاً باعث بطلان شرط و یا عقد می‌شود. این به معنی آن است که اگر شرط مخالف مقتضای ذات عقد باشد، نه تنها شرط باطل است بلکه می‌تواند باعث بطلان عقد نیز شود. این اصل در بیع و عقود مشابه آن به‌عنوان یک اصل مهم در نظر گرفته می‌شود. در مواردی که مقتضیات عقد به شکل آشکاری معین نشده و عرف و اخلاق به عنوان معیارهای تعیین مقتضیات عقد به کار می‌رود، ممکن است اختلاف در تفسیر و تشخیص مقتضیات و شروط به وجود آید. در نکاح، به عنوان یک مثال، مسأله‌ای پیچیده‌تر از بسیاری از عقود دیگر وجود دارد و تفسیر مقتضیات و شروط در این زمینه ممکن است به اختلاف در نظرات فقها و حقوقدانان منجر شود. عرف و اخلاق ممکن است در تعیین مقتضیات ذاتی و شروط متفاوت در نکاح نقش مهمی داشته باشند. به عقیده برخی از اساتید حقوق، مقتضای عقد ازدواج همان هدف بلا واسطه‌ای است که بنا بر حکم عقل و یا بنا به تصریح شرع از چنین عقدی انتظار می‌رود. لذا قدرت حاکمیت اراده در تعیین چنین هدفی ضعیف است اما نوعاً سه هدف از ازدواج وجود دارد. عشق که فقط در عشق افلاطونی خلاصه نمی‌شود بلکه نمود فیزیکی و شهوانی نیز دارد، همزیستی و نهایتاً تحقق انتظارات هرکدام از زوج و زوجه که بیشتر جنبه شخصی دارد. هدف اول که همان وجود روابط جنسی بین زن و شوهر و تمتع زوج از زوجه است، خلاف مقتضای ذات عقد محسوب می‌شود چراکه زوجیت و بقای نسل که یکی از مقتضیات عقد ازدواج دائم است معمولاً از طریق نزدیکی ممکن است، لذا چنین شرطی در نکاح دائم باطل است و اگر فرضاً خلاف مقتضای نکاح هم نباشد، مسلماً خلاف قوانین آمر است. ولی در ازدواج موقت که هدف اولیه از نکاح ازدیاد نسل نیست چنین شرطی صحیح و نافذ است. یکی از حقوقدانان نیز رعایت تمایل همسر را از اموری تلقی می‌کنند که اخلاق و عرف لازم می‌شمرد؛ بنابراین مقام انسان بالاتر از آن است که بتوان او را مجبور به این امور نمود؛ اما نکاح نیز آثار و لوازمی دارد که باید رعایت گردد؛ جمع بین

است، با توجه به اینکه ممکن است در بدو ازدواج قابل احراز نباشد در لایحه قانونی، اکتفا به دادن یک تعهد شده است، اما احراز تمکن مالی زوج، امری است که باید با توجه به شأن و منزلت زوجات و آن‌هم توسط دادگاه احراز شود. به همین منظور در ماده ۲۳ لایحه چنین آمده است: «اختیار همسر دائم بعدی منوط به اجازه دادگاه و پس از احراز توانایی مالی مرد و تعهد به اجرای عدالت میان همسران است»؛ که ظاهراً مطابق مفهوم مخالف این ماده، برای ازدواج منقطع نیز، اذن زن لازم نیست. (جلالی، ۱۳۸۸: ۱۸۹).

استاد امامی در توجیه عدم صحت شرط عدم ازدواج مجدد زوج، استناد به ماده ۹۴۲ ق.م.ا<sup>۲</sup> و همچنین سایر موادی می‌کنند که تعدد زوجات را برای مرد جایز می‌داند، لذا شرط فوق‌الذکر را شرط فعل منفی مخالف قوانین امر تلقی می‌نمایند، (امامی، ۱۳۹۰: ۳۳۸).

یکی از حقوقدانان شرط عدم ازدواج مجدد را در صورتی صحیح می‌داند که موجب بروز حق وکالت در طلاق برای زوجه گردد و برای توجیه استدلال خود به ماده ۱۱۱۹ ق.م.ا استناد می‌کند که در قسمتی از این ماده می‌خوانیم: «هرگاه زن بر مرد شرط کند که اگر زن دیگر بگیرد و...، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد»؛ و طبق قانون مذکور زنی که می‌خواهد وکالت خود را مطلقه کند باید به دستور ماده ۹ قانون حمایت خانواده گواهی عدم سازش از دادگاه بگیرد. همچنین ایشان شرط عدم ازدواج مجدد را در صورتی صحیح می‌دانند که شرط مزبور مقید به مدت ازدواج زوج با زوجه گردد. ولی اگر شرط به این صورت باشد که مطلقاً حتی بعد از مرگ زوجه نیز، زوج حق زن گرفتن نداشته باشد و یا پس از طلاق بائن وی، زن نگیرد، قطعاً شرط باطل است، (اسلامی، ۱۳۹۳: ۶).

اجازه داد که بدون هیچ قید و شرطی و آزادانه اقدام به ازدواج مجدد کند. قبل از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ تعدد زوجات در صورتی که از حد مقرر تجاوز نمی‌کرد، مجاز بود ولی با تصویب قانون مذکور به منظور جلوگیری از سوءاستفاده مرد و حمایت از زن، برای نخستین بار اجازه دادگاه در خصوص ازدواج مجدد لازم شمرده شد؛<sup>۱</sup> که ماده ۱۴ قانون مذکور مشکلات عملی متعددی پدید آورد و اختلاف‌نظرها را برانگیخت که با قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ پاره‌ای از مشکلات مزبور حل گردید. ماده ۱۶ قانون اخیرالذکر اختیار همسر دوم را برای مرد در موارد خاصی پیش‌بینی کرده بود که مرد می‌توانست با اثبات یکی از موارد در دادگاه، اجازه ازدواج مجدد را از دادگاه بگیرد. ولی ماده ۱۷ همان قانون در تمامی موارد برای زن این حق را قائل شده بود که اگر بخواهد تقاضای گواهی عدم امکان سازش از دادگاه نماید. این تصمیم قانون‌گذار نسبت به حق طلاق زوجه موردانتقاد برخی از حقوقدانان قرار گرفته و آن‌ها معتقدند که امروزه قاعده مذکور در ماده ۱۷ را با توجه به تبصره ۲ ماده ۳ قانون دادگاه مدنی خاص باید منسوخ تلقی کرد، زیرا طبق تبصره مذکور موارد طلاق همان است که در قانون مدنی و احکام شرعی مقرر گردیده است. (مهر پور، ۱۳۹۵: ۱۸۷).

از سال ۱۳۶۳ اجازه همسر اول از قانون حذف شد و با توجه به مواد دیگر آن قانون که در برخی از شرایط دیگر نیز ازدواج مجدد مرد را تجویز می‌کند، نهایتاً برای احراز آن شرایط پای دادگاه به میان کشیده می‌شود که مداخله دادگاه هنوز هم مرسوم است که دادخواستی تحت عنوان تحصیل اجازه زن دوم توسط مرد به‌عنوان خواهان به طرفیت زوجه اول به‌عنوان خواننده دعوی مطرح می‌گردد؛ و اما مداخله دادگاه از آن‌جهت است که تجدید فراش برای مرد منوط به احراز عدالت و تمکن مالی وی است، لذا دخالت دادگاه برای احراز این دو امر لازم است؛ در مورد عدالت که منظور همان رعایت تساوی در حقوق زوجات (اعم از نیازهای مالی و غیرمالی)

<sup>۲</sup> - ماده ۹۴۲ ق.م.ا می‌گوید: «در صورت تعدد زوجات ربع یا ثمن ترکه که تعلق به زوجه دارد بین همه آنان بالسویه تقسیم می‌شود».

<sup>۱</sup> - ماده ۱۴ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶.

## - بررسی فقهی شرط عدم ازدواج مجدد زوج

اکثر فقهای شافعی شرط عدم ازدواج مجدد را باطل دانسته‌اند؛ اما در قول به بطلان نکاح فقهای عظام دو دسته می‌شوند: دسته اول که مشهور فقهای شافعی هستند دلیل بطلان این شرط را مخالفت چنین شرطی با شرع (کتاب و سنت) می‌دانند. (ماوردی، ۱۳۸۷: ۴۷۴).

به همین دلیل علیرغم اعتقاد به بطلان شرط، عقیده دارند که بطلان شرط هیچ صدمه‌ای به صحت عقد نکاح وارد نمی‌سازد و عقد نکاح و مهرالمسمی صحیح و دارای آثار حقوقی است. هرچند برخی از فقها با وجود اعتقاد به صحت نکاح احتمال فساد مهر را مطرح کرده‌اند و معتقدند چون عوض در عقد نکاح شامل مهرالمسمی و شرط است و فساد شرط سبب از بین رفتن قسمتی از عوض می‌گردد لذا جهل در صداق پیش آمده و به دلیل فساد مهرالمسمی، حکم به مهرالمثل داده می‌شود. (ابن براج، ۱۴۰۶: ۲۸۴)

در توجیه بطلان شرط فوق گروهی دیگر از فقهای شافعی مقتضای چنین شرطی را تحریم حلال دانسته و مشمول مستثنای قاعده «المومنون عند شروطهم» می‌دانند و اما دسته دوم که برخی از فقها می‌باشند علت بطلان شرط مذکور را مخالفت با مقتضای ذات عقد نکاح دانسته‌اند. لذا معتقدند چنین شرطی مفسد نکاح نیز هست و به تبع فساد عقد، مهر نیز باطل می‌گردد. صحت قول اخیر بسیار ضعیف است چراکه با توجه به بحث حقوقی که شرح آن گذشت، شرط فوق هیچ مخالفتی با اقتضای ذات عقد نکاح ندارد و نهایت آن است که مخالف قوانین آمر است مگر آنکه قائل شویم مخالف اطلاق آن عقد است که در این صورت نیز موجب بطلان نکاح نمی‌گردد. برخی از فقهای شافعی قائل به صحت شرط عدم ازدواج مجدد می‌باشند و در صورت چنین شرطی در ضمن نکاح، شوهر را ملزم به عمل به شرط می‌دانند. موسوی بجنوردی در توجیه صحت شرط مذکور معتقدند، چنین شرطی مستلزم تحریم حلالی نمی‌باشد و آنچه از حدیث «المومنون عند شروطهم» استثناء و مورد نهی واقع شده است،

تحریم حلال و یا تحریم مباح و مستحب است که به دلیل مخالفت با کتاب و سنت فاسد است ولی شرط اتیان فعل مباح و یا ترک آن مثل شرط عدم ازدواج مجدد و نیز شرط ترک فعل مستحب، نافذ و غیر مخالف کتاب و سنت است و بالاخره اینکه شرط عدم ازدواج مجدد با شرط تحریم ازدواج متفاوت است. (بخاری، ۱۴۱۱: ۲۱۹).

## ۳- قوانین مدنی و مبنای حق زوج در منع زوجه از اشتغالی خاص

به موجب ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند» اختیاری که در ماده فوق به شوهر داده شده است، برای تأمین غرور و سروری وی نیست بلکه به منظور حفظ مصالح خانوادگی و حیثیت طرفین است لذا اختیار مرد باید در حدود همین امور باشد. منظور از خانواده که در ماده فوق به آن اشاره شده است، سازمانی است که از زن و مرد تشکیل یافته که بین آنان زناشویی برقرار است؛ و اموری که منافی مصالح خانوادگی است، اموری است که سبب سستی بنیان خانواده و یا اخلال در نگهداری و تربیت فرزندان و یا بر هم زدن نظم اقتصادی خانواده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۴۴۷).

همچنین آنچه موجب سستی یا ازهم‌گسیختگی زناشویی می‌گردد، منافی مصالح خانوادگی محسوب می‌شود؛ زیرا زن طبق ماده «۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ ق.م.» مکلف به حسن معاشرت و تشدید مبانی خانوادگی است و نمی‌تواند عملی نماید که منافی با حیثیات خانوادگی باشد که عضویت آن را دارا است؛ همچنان که مرد نیز نمی‌تواند عملی انجام دهد که منافی مصالح خانواده یا حیثیات خود و زن شود. تشخیص امری که منافی مصالح خانوادگی است و یا به حیثیت زن و شوهر لطمه می‌زند با عرف است، زیرا مشخص موضوعات، عرف است و حیثیات افراد به اعتبار موقعیت اجتماعی و خانوادگی که دارند متفاوت است و به اعتبار زمان و مکان فرق می‌نماید و تشخیص نهایی عدم رعایت مصالح خانوادگی با دادگاه است



همچنین اختیار شوهر تنها ناظر بر مشاغلی نیست که زن پس از ازدواج انتخاب می‌کند و شامل تمام شغل‌هایی که قبل از ازدواج داشته نیز می‌گردد. پس اگر مردی با دختری که مثلاً مهماندار هواپیما است ازدواج کند و پس از ازدواج دریابد که ادامه‌ی شغل با مصالح خانوادگی منافات دارد، حق دارد منع او را از دادگاه تقاضا کند و این نیست مگر به خاطر آنکه اختیار مرد در ارتباط با منع اشتغال زوجه، در زمره‌ی مسائل مربوط به نظم عمومی است (اکبری، ۱۳۹۱: ۸۲).

تا آنجا که برخی دیگر از اساتید حقوق این‌گونه نظر داده‌اند: «اختیار شوهر راجع به منع اشتغال زن با تأیید دادگاه یک حق فردی نیست تا شوهر بتواند ضمن عقد نکاح از آن صرف‌نظر کند، بلکه اختیاری است که در راه مصلحت خانواده به او داده شده است و بدین‌جهت شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه از کار زن جلوگیری کند، حتی اگر ضمن نکاح با ادامه آن کار موافقت کرده باشد، پس این‌گونه شرط (شرط عدم منع زوج از اشتغال زوجه) را باید یک شرط نامشروع و باطل تلقی کرد.» (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۴۲۱).

#### ۴- شرط خیار در نکاح

همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید خانواده سلول اولیه جامعه است که به‌وسیله توالد و تناسل، بقاء آن تضمین می‌شود و فسخ نکاح موجب انهدام و سستی آن است و این مسئله خود به ضرر اجتماع و لطمه غیرقابل جبرانی به جامعه است؛ بنابراین از جنبه عمومی نمی‌توان حق انحلال را تابع اراده زوجین قرارداد؛ مثلاً نمی‌توان در ضمن عقد نکاح شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح را قرارداد. در این بخش شرط خیار در نکاح را از دو جنبه فقهی و حقوقی مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

#### – شرط خیار در نکاح در فقه شافعی

عده‌ای از فقها شرط خیار را در نکاح باعث بطلان نکاح می‌دانند. در عقد نکاح خیار شرط راه ندارد و اگر شرط خیار ثلاث در نکاح گذاشته شود نکاح باطل می‌شود و عده‌ای صرفاً شرط را باطل می‌دانند و نه عقد را و نظر اول اقوی است. ابن

که در این تشخیص همان‌گونه که اشاره گردید سه امر لحاظ می‌گردد: ۱- مصالح خانوادگی جمعی ۲- مصالح زن ۳- مصالح مرد؛ که در تعیین این مصالح (اعم از فردی و خانوادگی) و لوازم آن دادرس می‌بایست، اخلاق عمومی، رسوم و عرف را در نظر بگیرد که چه‌بسا پاره‌ای از مشاغل را عرف منافی حیثیات و مصالح خانوادگی نمی‌بیند و حتی آن را از لوازم خانه‌داری و تربیت فرزند تلقی می‌کند. (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۲۹۹).

پس آنچه محقق داماد معتقدند که: «چنانچه زن در هنگام ازدواج شاغل نبوده و با شرط اشتغال ازدواج انجام نگرفته، شوهر می‌تواند مطلقاً زن را از اشتغال به هرگونه حرفه در بیرون خانه منع کند» تأمل‌برانگیز و قابل نقد است. حال اگر زن در مقابل منع شوهر از اشتغال خاصی سرپیچی نماید، این سرپیچی و عدم اطاعت وی به‌نوعی نشوز و عدم تمکین محسوب شده و حق نفقه او را ساقط می‌کند؛ و همچنین سایر حقوقی که به‌عنوان ضمانت اجرایی به‌منظور تخلف از وظیفه تمکین قرار داده شده اعم از دعوای الزام به تمکین، اجازه ازدواج دوم مرد، عدم استحقاق اجرت‌المثل و... نیز ثابت می‌گردد. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۱۶).

آنچه مورد اختلاف واقع گردیده است، حدود اختیار شوهر در مخالفت با شغل زن است؛ درواقع این بحث بدین‌صورت مطرح می‌گردد که آیا مرد به‌عنوان رئیس خانواده، می‌تواند زن را از اشتغال به هر کار که مصلحت می‌بیند منع نماید و زن باید سوءاستفاده از این حق را ثابت کند یا شوهر بایستی مانند هر مدعی دیگر به دادگاه رجوع کند و پس از اثبات نظر خود منع زن را از محکمه بخواهد؟ بر طبق ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ که می‌گوید: «شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع نماید». شوهر باید به‌عنوان مدعی در دادگاه اقامه دعوی کند و بعد از اثبات منافی بودن شغل زن با مصالح خانوادگی و حیثیت خود یا زن و رأی دادگاه منع او را از دادگاه بخواهد.



در این باره چنین می‌گوید: «اگر در نکاح شرط خیار شود، به قول مشهور فقها عقد نکاح باطل است و به طریق اولی شرط نیز باطل است» در علت بطلان شرط گفته شده که لزوم در نکاح، عرفاً و شرعاً از احکام آن است و از حقوق متعاقدين و تابع اراده آن‌ها نیست تا بتوان با شرط خیار لزوم آن را زایل نمود، کما اینکه اقاله در آن تصور نمی‌شود. (ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۵۷۵).

فقه‌های شافعی در بطلان شرط خیار در نکاح و بطلان عقد نکاح ادعای اجماع نموده و چنین معتقدند: «اولاً، موجبات فسخ بر اساس آنچه از اخبار استفاده می‌شود محصور است و شرط خیار از موجبات فسخ به شمار نمی‌رود. ثانیاً عقد نکاح از عقود است که در آن شائبه عبادت است لذا برخلاف سایر عقود معاوضی قبول خیار نمی‌کند و شرط فوق منافی مقتضای ذاتش است. همچنین ایشان به استناد به ادله شرعی نیز شرط خیار در نکاح را منافی با مقتضای عقد نکاح دانسته‌اند». استدلال فوق مورد انتقاد برخی از فقها قرار گرفته است، با این توجیه که شرط خیار تناقض و تضادی با مفهوم نکاح ندارد بلکه باید این‌گونه قائل شد که لزوم عرفاً و شرعاً، از احکام نکاح است. شیخ طوسی با این استدلال که عقد نکاح و لزوم آن حکم شرعی است و احتیاج به دلیل شرعی دارد و این در حالی است که هیچ دلیلی بر صحت عقدی که در آن شرط خیار شده است وجود ندارد، شرط فوق را باطل دانسته‌اند. برخی دیگر در بطلان شرط مزبور و عقد نکاح بدین صورت استدلال کرده‌اند که مجموع عقد و شرط مقصود طرفین بوده و نمی‌توان شرط را باطل و عقد را نگاه داشت و عقد مجرد از شرط نیز به دلیل عدم قصد و تراضی، صحیح نخواهد بود چراکه صحت عقود مترتب بر وجود قصد است علاوه بر اینکه نکاح جنبه عبادی دارد و شرط خیار آن را از وضع معنوی خارج می‌سازد؛ و نهایتاً آنکه در توجیه بطلان شرط و عقد این‌گونه آمده است: دوام در نکاح دائم مقتضای طبع و ذات عقد است و شرط خیار به معنای آن است که زوجیت محدود و موقت و منتهی به زمان فسخ باشد. در عقد منقطع نیز

البراج نیز در المذهب خیار شرط را مبطل نکاح می‌داند، از آنجاکه عقد نکاح عقدی ذاتاً لازم است (ابن براج ۱۴۰۶ ج ۲: ۲۱۲).

در نکاح چون قصد عوض نمی‌شود خیار شرط راه ندارد و اگر شرط خیار شود عقد باطل است (بخاری، ۱۴۱۱ ج ۱۱: ۶۶ - ۶۵).

صاحب کشف اللثام هم خیار شرط را مبطل عقد می‌داند از آنجاکه عقد نکاح به خاطر وجود شائبه عبادت در آن نمی‌تواند خیاری بشود و طرفین هم جز به عقد خیاری تراضی نکرده‌اند (فاضل هندی ۱۴۱۶ ج ۷: ۴۲۳).

اما عده‌ای دیگر خیار شرط را باطل و نکاح را صحیح می‌دانند. ابن ادریس در السرائر می‌گوید: خیار شرط در نکاح راه ندارد چون نکاح برای طرفین عقد لازم است و اگر در آن شرط خیار شود شرط باطل و عقد صحیح است (ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۵۷۵).

دلیلی از کتاب و سنت و اجماع بر بطلان عقد نداریم، چون عقود شرعی وقتی شرطی غیرشرعی به آنان ضمیمه -شود شرط باطل و عقد صحیح است و شرط خیار شرط غیرشرعی است و عموم «او فوا بالعقود» دلالت بر صحت عقد و لازم الاطراف بودن آن می‌کند و آنچه شیخ ذکر کرده است تخریجات و فروع مخالفین است و هیچ‌کدام از فقه‌های ما قائل به این نظر نشده‌اند و این قول مذهب شافعی است و هیچ خبر واحد یا متواتری از علمای شیعه دال بر این امر نقل نشده است و خود شیخ هم در بیان این نظر اجماع و اخبار را مستند نظر خویش قرار نمی‌دهد و جز در مبسوط و خلاف هم این نظر را ذکر نکرده است (ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۵۷۵).

#### الف- قول به بطلان شرط و عقد

مشهور فقهای شافعی شرط خیار در نکاح را باطل و مبطل عقد نکاح دانسته‌اند. بر همین اساس اگر در عقد نکاح شرط شود که یکی از زوجین برای مدت محدود یا برای همیشه، حق فسخ نکاح را داشته باشد چنین شرطی باطل بوده و بطلان عقد نکاح را نیز به دنبال خواهد داشت. صاحب جواهر

مقتضای طبع عقد بقاء آن تا انقضای کامل اجل تعیین شده است و شرط خیار خلاف مقتضای عقد است.

**ب- قول به بطلان شرط و صحت عقد**

بسیاری از فقهای شافعی، از جمله فقهای قرن معاصر فقط به بطلان شرط خیار نظر داده‌اند و نکاحی را که شرط مزبور در آن قرار داده شده را صحیح می‌دانند؛ و در تأیید نظر خود استناد به توجیهات منطقی و عقلانی کرده‌اند. برخی در توجیه عقلانی صحت عقد، شرط خیار را شرط نامشروع تلقی کرده‌اند و همان‌گونه که قبلاً گفته شد، شرط نامشروع از شروط باطل غیر مبطل عقد است. لذا شرط خیار که از جمله شروط نامشروع است باعث بطلان عقد نکاح نمی‌گردد، ضمن آنکه هیچ دلیلی در کتاب و سنت و اجماع مبنی بر بطلان عقد وجود ندارد. (مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۲۷).

همچنین در علت صحت عقد، به «اصاله‌الصحه» و عموم «اوفوا بالعقود» استناد نموده‌اند که شامل عقد فوق نیز می‌گردد. لذا اصل بر صحت عقد نکاحی است که در آن شرط خیار شده است. گروه دیگر نکاح را از شرط جدا می‌دانند و معتقدند که بطلان شرط که توافق فرعی است به نکاح که عقد اصلی است سرایت نمی‌کند و نهایتاً آنکه صاحب شرایع در اعلام بطلان عقد دچار تردید می‌باشند و علت را وجود مقتضی برای زوجیت می‌دانند؛ و ایشان بعداً عقد را نیز باطل می‌دانند، چراکه معتقدند عقد بر طبق رضای بر خیار فسخ منعقد شده است و حال آنکه شرط منتفی است لذا عقدی که بر طبق آن شرط بسته شده بود باطل است.

**- بررسی حقوقی شرط خیار در نکاح**

قانون مدنی هرچند معمولاً از آراء مشهور فقها پیروی نموده ولی از آنجاکه در این مسئله فقهای قرن معاصر برخلاف نظر مشهور فتوا داده‌اند لذا پیروی از آنان را ترجیح داده است. برخی از اساتید حقوق نیز قائل به صحت عقد نکاحی هستند که شرط خیار در آن شده است و صرفاً شرط را باطل می‌دانند؛ و در توجیه صحت عقد این‌گونه نظر داده‌اند که چون شرط خیار از جمله شروط نامشروع است و شرط نامشروع اصولاً

مقتضای طبع عقد بقاء آن تا انقضای کامل اجل تعیین شده است و شرط خیار خلاف مقتضای عقد است.

### ب- قول به بطلان شرط و صحت عقد

بسیاری از فقهای شافعی، از جمله فقهای قرن معاصر فقط به بطلان شرط خیار نظر داده‌اند و نکاحی را که شرط مزبور در آن قرار داده شده را صحیح می‌دانند؛ و در تأیید نظر خود استناد به توجیهات منطقی و عقلانی کرده‌اند. برخی در توجیه عقلانی صحت عقد، شرط خیار را شرط نامشروع تلقی کرده‌اند و همان‌گونه که قبلاً گفته شد، شرط نامشروع از شروط باطل غیر مبطل عقد است. لذا شرط خیار که از جمله شروط نامشروع است باعث بطلان عقد نکاح نمی‌گردد، ضمن آنکه هیچ دلیلی در کتاب و سنت و اجماع مبنی بر بطلان عقد وجود ندارد. (مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۲۷).

همچنین در علت صحت عقد، به «اصاله‌الصحه» و عموم «اوفوا بالعقود» استناد نموده‌اند که شامل عقد فوق نیز می‌گردد. لذا اصل بر صحت عقد نکاحی است که در آن شرط خیار شده است. گروه دیگر نکاح را از شرط جدا می‌دانند و معتقدند که بطلان شرط که توافق فرعی است به نکاح که عقد اصلی است سرایت نمی‌کند و نهایتاً آنکه صاحب شرایع در اعلام بطلان عقد دچار تردید می‌باشند و علت را وجود مقتضی برای زوجیت می‌دانند؛ و ایشان بعداً عقد را نیز باطل می‌دانند، چراکه معتقدند عقد بر طبق رضای بر خیار فسخ منعقد شده است و حال آنکه شرط منتفی است لذا عقدی که بر طبق آن شرط بسته شده بود باطل است.

### - بررسی حقوقی شرط خیار در نکاح

قانون مدنی هرچند معمولاً از آراء مشهور فقها پیروی نموده ولی از آنجاکه در این مسئله فقهای قرن معاصر برخلاف نظر مشهور فتوا داده‌اند لذا پیروی از آنان را ترجیح داده است. برخی از اساتید حقوق نیز قائل به صحت عقد نکاحی هستند که شرط خیار در آن شده است و صرفاً شرط را باطل می‌دانند؛ و در توجیه صحت عقد این‌گونه نظر داده‌اند که چون شرط خیار از جمله شروط نامشروع است و شرط نامشروع اصولاً

مفسد عقد نیست، پس تردیدی در درستی نکاح باقی نمی‌ماند؛ و از سوی دیگر معتقدند که دلیل بر عدم تأثیر فساد شرط در عقد نکاح آن است که عقد و شرط دو امر است و فساد یکی تأثیر در دیگری نمی‌نماید. (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۴۲۳).

### نتیجه‌گیری

در رابطه با مصادیق مشتبه شروط خلاف مقتضای عقد نکاح این نتایج حاصل شد:

اشترای عدم نزدیکی در عقد نکاح صحیح است؛ زیرا مقتضای ذات نکاح نزدیکی نیست تا شرط عدم آن باطل و مبطل عقد باشد. عقد نکاح آثار متعددی دارد، نزدیکی یکی از آثار و مقاصد این عقد است و اغراض عقلایی و عرفی فراوانی مثل حصول محرمیت و وصلت با خانواده شریف و... نیز بر نکاح مترتب است. اگر مقتضای ذات نکاح نزدیکی و به تبع آن تولید نسل باشد، پس نکاح ناتوان جنسی، شخص عقیم و مجنون نباید صحیح باشد؛ چراکه در آن اقتضای ذات نکاح از عقد جدا می‌شود، در صورتی که همان‌طور که اشاره شد مقتضای ذات هر عقد، ماهیت آن عقد است که قابل انفکاک از آن نیست. از طرفی شرع و قانون هم برای نکاح این اشخاص، اعتبار قائل است؛ بنابراین زوجین می‌توانند ضمن عقد نکاح، عدم نزدیکی و وطی را شرط کنند و در صورت اشترای وفای به آن لازم است. شرط عدم مطلق استماعات جنسی در ضمن عقد نکاح را باید از اقسام شروط نامشروع و باطل دانست؛ زیرا به موجب شرع و قانون تنها راه حلیت و مشروعیت روابط جنسی و استماعات به‌طور کلی، عقد نکاح است و در صورتی که حلیت این امور به وسیله شرط ضمن عقد از بین برده شود، امکان برقراری این رابطه به طریق مشروع فراهم نمی‌گردد. در رابطه با شرط عدم نفقه ضمن عقد نکاح، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی آن را صحیح و برخی باطل می‌دانند. نظر برگزیده قول به صحت چنین شرطی است؛ زیرا وجوب نفقه از مقتضیات اطلاق عقد است؛ بنابراین طرفین می‌توانند برخلاف آن شرط نمایند. همچنین نفقه از حقوق زن محسوب می‌شود و وقتی زن از حق خود بگذرد، دیگر تکلیفی

برای مرد از جهت وجوب پرداخت نفقه باقی نخواهد ماند. در مورد صحت شرط عدم خروج زوجه از شهر، دو قول وجود دارد. نظر برگزیده، قول مشهور فقهاست که این شرط را صحیح و لازم می‌دانند؛ زیرا چنین شرطی خلاف مقتضای اطلاق عقد است و اشترای هر امری که اطلاق عقد را تقیید بزند، اشکالی ندارد. همچنین عموم ادله و فایده شرط نیز شامل چنین شرطی شده و روایات هم بر صحت این شرط دلالت دارند.

### منابع و مأخذ

۱. ابی زکریا محی‌الدین بن شرف النووی. (۱۴۱۰). کتاب المجموع شرح المهدب للشیرازی، نشر مکتبه الارشاد، صنعاء.
۲. اسلامی، مهدیه. (۱۳۹۳). «وکالت زوجه در طلاق از دیدگاه قانون جدید حمایت خانواده (۱۳۹۱)»، محل انتشار: اولین همایش ملی وکالت، اخلاق، فقه و حقوق.
۳. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، چ ۱، ج ۱۱.
۴. اکبری، میثم. (۱۳۹۱). «تقاضای تضمین از متعهد؛ پیش از حلول اجرای تعهدات قراردادی»، نشریه هیات و علوم اسلامی، دانش حقوق مدنی (علمی - پژوهشی) مقاله ۶، دوره ۱، شماره ۲.
۵. امامی، سید حسن. (۱۳۹۰). حقوق مدنی (خانواده)، تهران، انتشارات میزان، ج ۱، چ ۳۲.
۶. بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۱۱). صحیح بخاری، نشر دار ابن کثیر، دمشق، چ ۴.
۷. جلالی، سید مهدی. (۱۳۸۸). اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، تهران، انتشارات خرسندی.
۸. الجوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۱). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، نشر دارالعلوم، بیروت لبنان، چ ۴.
۹. حلی، فخرالدین ابی طالب محمد «فخر المحققین». (۱۴۱۰). ایضاح الفوائد، نشر موسسه اسماعیلیان، چ ۱.

۱۰. الدمیاطی، سید محمد شطا. (۱۹۷۱). *اعانه الطالبین*، نشر دارالاحیاء التراث العربی، بیروت - لبنان.
۱۱. صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله. (۱۳۹۵). *حقوق خانواده، جلد اول (مختصر حقوق خانواده)*، تهران، انتشارات میزان، چ ۴۶.
۱۲. طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبد العزیز. (۱۴۰۶). *المهذب (لابن البراج)*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، ج ۲، چ ۱.
۱۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱). *حقوق خانواده*، تهران، انتشارات میزان، ج ۱.
۱۴. ماوردی، ابی الحسن علی بن محمد بن حیب. (۱۳۸۷). *الافتاح فی الفقه الشافعی*، قم، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ج ۱، چ ۴.
۱۵. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۹). *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، ج ۱، چ ۷.
۱۶. محلاتی، محمد سروش. (۱۳۹۱). «ابهامات فقهی حقوقی وکالت زوجه در طلاق»، فصلنامه علمی حقوق اسلامی، دوره ۵، شماره ۱۸.
۱۷. مغنیه، محمدجواد. (۱۴۲۱). *الفقه علی المذاهب الخمسه*، جلد ۲، دار التیار الجدید - دار الجواد، بیروت - لبنان، ج ۲، چ ۱۰.
۱۸. مهر پور، حسین. (۱۳۹۵). *مباحثی از حقوق زن از منظر: حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی*، تهران، انتشارات اطلاعات، چ ۵.
۱۹. النسائی، احمد بن علی. (۱۴۲۰). *سنن النسائی*، با شرح جلال الدین سیوطی، برگرفته از برنامه معجم، نسخه سوم.
۲۰. هدایت نیا، فرج الله. (۱۳۹۱). «بررسی حدود اختیار زوج در طلاق خلع»، دو فصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، دوره ۱۷، شماره ۵۶.
۲۱. واسطی زبیدی، محب الدین، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴). *تاج العروس من جواهر القاموس*، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت - لبنان، ج ۲۰.