



بررسی جواز یا عدم جواز شرط خیار در عقد نکاح از نظر فقه امامیه و اهل سنت



دکتر رضا دریایی، استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان
دکتر حسن شاه ملک پور، استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان
دکتر سید محمد کیکاوسی، استاد گروه فقه و مبانی حقوق

چکیده

یکی از مبانی حاکم بر ازدواج، مسئله قصد و رضای طرفین است. کلیه قراردادهای حقوق خصوصی دارای اصولی است و ازدواج هم یک قرارداد خصوصی است که از قصد و رضای طرفین تبعیت می‌کند. ازدواج، در قالب عقود قرار می‌گیرد و به عنوان منشأ تعهدات دو طرفه پذیرفته شده که جز با رضای طرفین قابل انفساخ نیست. چنانچه برابر قاعده «المومنون عند شروطهم» درج شرط خیار در عقد نکاح برای یکی از طرفین پذیرفته شود، با مبناي عقد در تعارض است. در این باره، صرف نظر از دلایل حجیت، شرایط و آثار شرط خیار، تبیین قلمرو اعمال آن در عقد نکاح نیازمند بررسی است. لذا به طور مشخص این پرسش قابل طرح است که آیا از منظر فقه امامیه و اهل سنت امکان درج شرط خیار در عقد نکاح وجود دارد؟ مقاله حاضر با روش تحلیلی و توصیفی و از طریق کتابخانه‌ای دو نظریه شاخص در این خصوص را قابل توجه می‌داند. گروهی از فقهای امامیه و اهل سنت، هم شرط خیار و هم عقد نکاح را به دلایلی نظیر اینکه شرط مزبور مخالف مقتضای ذات عقد نکاح است، باطل می‌دانند. گروهی نیز به دلایلی مانند نامشروع بودن این شرط، صرفاً شرط خیار را باطل می‌دانند، بدون اینکه آن را مبطل عقد به شمار آورند. با این حال اصلی‌ترین دلیل طرفداران نظریه‌های فوق، ادعای وجود اجماع مبنی بر بطلان است. گروه اول اجماع را شامل شرط و عقد دانسته و گروه دوم آن را محدود به شرط می‌نمایند. تحقیق نشان می‌دهد جملگی دلایل ابرازی طرفداران نظریه‌های فوق با اشکال مواجه است و توان اثبات بطلان عقد نکاح و حتی شرط خیار را ندارد؛ به بیان دیگر هم عقد و هم شرط صحیح است. واژگان کلیدی: اصول، شرط خیار، عقد نکاح، فقه امامیه، فقه اهل سنت.



درآمد

خیار شرط یکی از خیاراتی است که ریشه در حمایت از تأمل و تدبیر طرفین قرارداد دارد و به طور کلی از جمله خیارات مورد پذیرش نزد فقهای امامیه و اهل سنت است. از جمله موضوعات مهم در این خصوص، شناسایی قلمرویی است که امکان درج شرط خیار وجود دارد. در رابطه با امکان درج شرط خیار در عقد نکاح، تردیدها و مخالفت‌های بسیاری دیده می‌شود. از این رو، نوشتار حاضر به دنبال شناسایی پاسخ به این پرسش بر بنیاد فقه امامیه و اهل سنت است که آیا امکان درج شرط خیار در عقد نکاح وجود دارد؟ شناسایی امکان درج این شرط در عقود نظیر عقد بیع، این امتیاز مهم را به همراه دارد که طرفین قرارداد با هم توافق می‌کنند که در یک دوره زمانی مضبوط و مشخص، امکان فسخ قرارداد برای آنها یا یکی از طرفین وجود داشته باشد. این مهم هماهنگ با قصد مشترک طرفین متعاقدين و در جهت تدبیر و اندیشه در عمل حقوقی ایجاد شده و با اصل آزادی قراردادهای هم هماهنگ است. امکان سنجی درج شرط خیار در عقد نکاح نیازمند توجه به ملاحظات ویژه‌ای است. آیا ویژگی و خصوصیات عقد نکاح مانع از پذیرش درج چنین شرطی است؟ تتبع در کلام فقها به ویژه فقهای امامیه، حکایت از آن دارد که مطابق نظر مشهور، درج شرط خیار موجب بطلان شرط و بطلان عقد نکاح می‌شود. فقهای مذاهب اهل سنت نیز با پذیرش این شرط مخالف هستند. در این نوشتار ضمن مطالعه آرای بزرگان فقه امامیه، نظرات فقهای اهل سنت نیز مورد توجه قرار می‌گیرد و با نقد نظرات این گروه، اثبات می‌شود مانند سایر قراردادهای، امکان درج شرط خیار در عقد نکاح قابل پذیرش است. در ادامه،

ضروری است در بادی امر با شرط خیار و احکام آن در فقه امامیه و اهل سنت آشنا شده و سپس امکان درج شرط مزبور در عقد نکاح از منظر فقه امامیه و اهل تسنن مورد مطالعه تطبیقی قرار گیرد.

۱- معرفی اجمالی شرط خیار و احکام آن در فقه امامیه و اهل سنت

۱-۱- فقه امامیه

شرط خیار بدین معناست که طرفین عقد برای خود یا حتی شخص دیگر زمانی را تعیین کنند تا در آن مدت بتوانند در خصوص پذیرش یا رد معامله تصمیم‌گیری کنند. در واقع، نیاز اجتماعی و ضرورت زندگی ایجاب می‌کند که معامله واقع شود، اما عقلانیت طرفین مقتضی است که بعد از انعقاد عقد و اطمینان از رفع حاجت شخص، زمانی را تعیین کنند تا در خصوص پایداری و تثبیت معامله بیندیشند یا احیاناً برای فسخ معامله تأمل کنند و در نهایت پس از تدبیر، تصمیم مقتضی را اعلام کنند. در واقع، ایجاد شرط خیار در عقد، حکمی احتیاطی مبنی بر تدبیر است؛ بنابراین در صحت این شرط هیچ اختلاف‌نظری نیست و فقهای شیعه از صدر تا ذیل، در کتب فقهی، موافقت خود را با این شرط اعلام کرده‌اند. روایت معروف «المؤمنون عند شروطهم» به عنوان یک اصل نیز مؤید اتفاق نظر فقهاست. به هر روی، به نظر می‌رسد مشروعیت خیار، مبنایی عقلایی دارد و مسبوق به سابقه است. البته در شریعت اسلام نیز با آن موافقت شده است، همچنان که در اصل انعقاد معاملات و عقود (آیات اول سوره مائده و ۲۷۵ سوره بقره) نیز این گونه است. خیار شرط باید به لحاظ زمانی، مضبوط و معین باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳۷؛ حلی، ۱۴۰۹: ۱۲۲؛ حلی، ۱۴۰۳: ۲۲۱)؛ یعنی

در متن عقد قید شود که تا چه زمان برای مثال مشتری و بایع مایل‌اند در خصوص التزام یا فسخ معامله تصمیم‌گیری کنند؛ وگرنه به دلایلی نظیر وجود غرر، عقد باطل خواهد بود. در تعیین مدت، سه حالت دیگر نیز متصور است؛ اول، اصلاً به مدت زمان اشاره نشود؛ مثلاً این خانه را به تو می‌فروشم مبنی بر اینکه برای من نیز خیار فسخ باشد؛ دوم، زمان ذکر شود، ولی به کمیت آن اشاره نشود؛ مثلاً این خانه را به تو می‌فروشم مبنی بر اینکه تا مدتی خیار فسخ داشته باشم؛ سوم، مدت زمان ذکر شود، ولی مجهول باشد؛ مثلاً این خانه را به تو می‌فروشم مبنی بر اینکه تا آمدن باران، خیار فسخ داشته باشم. در خصوص بطلان عقدی که در حالت دوم (مدت مطلق باشد) و سوم (مدت مجهول باشد) منعقد می‌شود، تردیدی نیست؛ زیرا چنین شروطی منجر به جهالت و غرر می‌شود و عقد مجهول و غرری، باطل است؛ به عبارت دیگر، تعیین اجل در عقد، جزئی از ثمن محسوب می‌شود. پس اگر مجهول باشد، منجر به مجهول شدن ثمن می‌شود و ثمن مجهول نیز معامله را باطل می‌کند (حلی، ۱۴۰۹: ۲۵۱؛ حلی، ۱۴۱۴: ۱۸۹)؛ اما فقهای عظام در خصوص حالت اول که به ذکر شرط خیار اکتفا می‌شود و از مدت زمان آن سخنی به میان نمی‌آید، اختلاف‌نظر دارند. بسیاری از فقهای متقدم معتقدند در مواردی که مقدار زمان ذکر نمی‌شود، عقد باطل نیست و مدت زمان موردنظر به سه روز حمل می‌شود (طوسی، ۱۴۱۷: ۱۳۸؛ حلی، ۱۴۱۷: ۴، ۱۶۴؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۱۱۴؛ دیلمی، ۱۴۱۴: ۵، ۳۷). حال آنکه، برخی فقها معتقدند چنین شرطی موجب مجهول شدن ثمن است و در نتیجه،



(السمرقندی، ۱۴۱۴: ۱۳۰؛ البهوتی، ۱۴۱۸: ۱۷۸). از دیدگاه فقهایی که به توریث خیار معتقد نیستند، دیوانه شدن و مرگ ذوالخیار نیز موجب سقوط خیار خواهد بود (السمرقندی، همان؛ البهوتی، همان). شایان ذکر است در مواد ۳۹۹ تا ۴۰۱ قانون مدنی خیار شرط به عنوان یکی از طرق فسخ قرارداد مورد پذیرش قرار گرفت و احکام آن، نظیر امکان تعلق این خیار به هر یک از طرفین عقد یا شخص ثالث و ضرورت مضبوط بودن خیار پیش‌بینی شده است. از ماده ۴۵۶ این قانون نیز قابل فهم است که امکان اندراج شرط خیار قاعده عمومی است و برای نمونه مختص به عقد بیع نیست؛ البته همان‌طور که در ادامه بیان خواهد شد، این قاعده عمومی در عقد نکاح با استثنا مواجه شده است.

۲-۱- فقه اهل سنت

فقه‌های اهل سنت در خصوص اینکه طرفین معامله بتوانند، به واسطه یک شرط، حق فسخ معامله (خیار) را داشته باشند، اختلاف‌نظر دارند. البته جمهور فقه‌های مذاهب آن را قبول دارند، ولی گروهی نیز با آن مخالف هستند. مهمترین استدلال مخالفان آن است که شرط خیار، مستلزم غرر است. افزون بر آن، اصل در معامله لزوم است؛ مگر اینکه دلیلی از قرآن و سنت در جواز عقد وارد شده باشد (حفید، ۱۴۱۵: ۱۴۹؛ الدسوقی، بی تا، ۱، ۱۶۵) فقه‌های مالکی، حنبلی، شافعی و حنفی؛ شرط خیار را قبول دارند و آن را صحیح می‌شمردند (ابن قدامه بی تا، ۸۸؛ حورانی دمشقانی نووی، بی تا، ۲۲۲؛ مالک ۱۴۰۶: ۸۴؛ السمرقندی، ۱۴۱۴: ۱۴۱؛ خلیل، ۱۴۱۶: ۲۰۹)؛ البته فقه‌های شافعی معتقدند مقتضای ادله اولیه، ممنوعیت شرط خیار است؛ زیرا موجب غرری شدن

در واقع، مراد اصلی متعاقدين از این نوع شرط خیار، مصلحت‌اندیشی با فردی دیگر و مشاوره با او است تا بتوانند در فسخ یا امضای عقد با او هم‌اندیشی کنند و گرنه به صرف اراده مؤامره برای فسخ عقد، به خودی خود، عقد فسخ نشده و تمکین از او واجب نمی‌شود (شهید ثانی، همان؛ بحرانی، ۱۴۱۴: ۲، ۵۹). در واقع، بنا به اشاره محقق کرکی در جامع المقاصد، اشتراط مؤامره صرفاً بر مبنای مشاوره گرفتن است؛ یعنی از فردی که مورد اعتماد است، در خصوص وضعیت عقد مزبور مشاوره گرفته شود (کرکی، بی تا: ۲۴۱). در خصوص حدود اختیارات او نیز گفته‌اند که به تنهایی حق فسخ معامله یا امضای آن را ندارد؛ به عبارت دیگر، اگر امر به فسخ کند، تمکین واجب نیست؛ ولی اگر به امضای عقد امر کند، در اینکه حق فسخ وجود داشته یا خیر، محل اشکال است؛ ولی ظاهر مطلب نشان می‌دهد که حق فسخ وجود ندارد، زیرا در اشتراط مؤامره برای خود، حق فسخ قرار نمی‌گیرد (کرکی، همان؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲، ۱۰۰ و ۱۰۴؛ نراقی، همان). در کنار اشتراط مؤامره، گاهی نیز برای اجنبی به طور مستقل و به عنوان شخص ثالث حق خیار قرار لحاظ می‌شود که در این صورت اختیار عقد به او تفویض شده و حق خود را سلب گردیده است؛ بنابراین اجنبی حق دارد که عقد را فسخ یا امضا کند (بحرانی، ۱۴۱۴: ۲، ۶۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ۲، ۲۳۱).

به سه صورت می‌توان سقوط حق خیار را تصور کرد: گاهی ذوالخیار به صراحت به اسقاط آن تصریح می‌کند و گاهی با تلف شدن مورد معامله میسر می‌شود و گاهی با تصرف مبنی بر رضایت ذوالخیار در مورد معامله سقوط خیار محقق می‌شود.

عقد مزبور را باطل می‌دانند (حلی، ۱۴۱۴: ۱۸۹؛ حلی، ۱۴۱۳: ۲۰۰؛ نراقی، ۱۴۱۸: ۲۱۱). شهید ثانی در مسالک چنین شرطی را به احتمال قوی صحیح ندانسته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲، ۹۷) مبدأ زمان برای شروع خیار یا مقرون به عقد و متصل به آن است یا مدت تعیین شده، با زمان عقد فاصله دارد و مثلاً یک ماه بعد از آن تعیین می‌شود؛ برای مثال، بعد از یک ماه، دو هفته خیار فسخ داشته باشم. هیچ‌یک از دو صورت مذکور با صحت عقد منافات ندارد؛ اما اگر در متن عقد مسئله اشاره نشود، حمل می‌شود بر اینکه مبدأ خیار متصل به عقد بوده و اگر زمان تفسیر و تحمیل نشود، مبدأ مجهول است و موجب بطلان شرط می‌شود (حلی، ۱۴۱۳: ۲۰۰). البته شیخ طوسی مبنای منحصر به فردی را مطرح کرده است. وی معتقد است چون خیار بعد از ثبوت و تحقق عقد، ممکن می‌شود و عقد نیز با تفرقه و جدایی طرفین محقق می‌شود، لاجرم مبدأ خیار نیز باید بعد از جدایی و تفرقه متعاقدين مفروض باشد (طوسی، ۱۴۱۷: ۱۳۸؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۸۸؛ حلی، ۱۴۰۹: ۱۸۰).

در پاسخ به شیخ و همراهانشان می‌توان گفت در چنین مواردی مقصود از «بعد از عقد»، بعد زمانی نیست که مثلاً باید مدتی سپری شود و بعد خیار محقق شود، بلکه به معنای رتبه و جایگاه است؛ زیرا رتبه شرط خیار متأخر از رتبه و جایگاه ثبوت و تحقق عقد است. در شرط خیار، علاوه بر اینکه طرفین عقد می‌توانند ذوالخیار باشند، گاهی با توافق طرفین برای شخص ثالث خیار فسخ درج می‌شود. یک صورت شایع از این نوع شرط خیار، اشتراط مؤامره است (حلی، ۱۴۰۹: ۱۸۰؛ شهید ثانی، همان؛ نراقی، ۱۴۱۸: ۲، ۱۰۸).

معامله می‌شود، اما چون ضرورت ایجاب می‌کند، با حفظ محدودیت، شرط خیار جایز است (حورانی دمشقانی نووی؛ همان). فقهای حنفی نیز مشروعیت شرط خیار را ناشی از روایت نبوی می‌دانند (المصری، ۱۴۱۸: ۸۱). فقهای مالکی معتقدند خیار در بیع یا از جهت عاقد است یا از جهت معقودعلیه. اگر از جهت عاقد باشد، فلسفه وجودی خیار به متعاقدين برمی‌گردد که عبارت است از خیار تروی یا همان شرط خیار. تروی به معنای تفکر در امور یا همان بصیرت به امور است. در واقع، فلسفه وجودی این نوع خیار آن است که متعاقدين، با تأمل در باب معامله، ضرر احتمالی را از خود دور سازند (مغربی الرعینی، ۱۴۱۶: ۲، ۳۶). فقهای حنفی نیز در توجیه شرط خیار معتقدند اگرچه روایت وارده وجود شرط خیار در معامله را می‌پذیرد و بیع را جایز می‌شمرد، ولی قیاس، چنین خیار را رد می‌کند؛ زیرا شرط خیار موجب تعلیق عقد می‌شود، حال آنکه عقود معاوضی قابلیت تعلیق ندارند؛ بنابراین مقتضای عقد لزوم است که به موجب ملکیت حاصل می‌شود. البته با توجه به روایت مزبور و ضرورت‌های زندگی و حوایجی که مردم دارند و از آنجا که معاملات مردم مبتنی بر سود و بهره‌مندی هرچه بیشتر از معاملات است، باید برای متعاملین شرایطی فراهم باشد تا در خصوص مورد معامله تفکر و تأمل کنند و این معنا مستلزم شرط خیار در معامله است (السرخسی، ۱۴۰۶: ۱۰۸) از نظر فقهای حنفی زمان پیش‌فرض برای تروی و تفکر متعاقدين سه روز است و در اینجا نیز غایت همین سه روز است و اگر بیش از آن باشد، عقد باطل خواهد بود. در واقع، این دسته از فقها شرط خیار را

مخالف مقتضای عقد می‌دانند و به دلیل روایت وارده، مبنی بر سه روز خیار، بر عموم اولیه تخصیص می‌زنند؛ بنابراین موارد دیگر تحت شمول عام - ممنوعیت خیار - باقی می‌ماند (السمرقندی، ۱۴۱۴: ۷۴). این مدت‌زمان باید متصل به عقد باشد، در غیر این صورت، باز هم عقد باطل خواهد بود (حورانی دمشقانی نووی، همان؛ حفید، ۱۴۱۵: ۲، ۹۰ و ۹۱).



شرط خیار بدین معناست که طرفین عقد برای خود یا حتی شخص دیگر زمانی را تعیین کنند تا در آن مدت بتوانند در خصوص پذیرش یا رد معامله تصمیم‌گیری کنند. در واقع، نیاز اجتماعی و ضرورت زندگی ایجاب می‌کند که معامله واقع شود، اما عقلانیت طرفین مقتضای است که بعد از انعقاد عقد و اطمینان از رفع حاجت شخص، زمانی را تعیین کنند تا در خصوص پایداری و تثبیت معامله بیندیشند یا احیاناً برای فسخ معامله تأمل کنند و در نهایت پس از تدبیر، تصمیم مقتضی را اعلام کنند.



البته فقهای حنبلی و برخی از فقهای حنفی، مثل ابویوسف و محمد شیبانی، محدودیتی برای شرط خیار در عقد قائل نیستند (السرخسی، ۱۴۰۶: ۱۰۹؛ ابن قدامه، بی‌تا: ۹۱). مضاف بر اینکه لزومی ندارد این مدت برای هر دو نفر یکسان باشد؛ مثلاً بایع ممکن است یک ماه و مشتری دو ماه حق خیار داشته باشد؛ بنابراین حق هریک از متعاقدين مستقل از دیگری است و ملاک، رضایت طرفین عقد است. چنان‌که اگر فردی هم‌زمان دو کالا خریداری کند و فقط برای یکی

از آن دو شرط خیار قرار دهد، اشکالی ندارد؛ مانند زمانی که دو معامله واقع می‌شود و حق شفعه فقط برای یکی از آن دو قرار داده می‌شود (ابن قدامه، همان). فقهای اهل سنت در خصوص جایی که خیار از حیث زمانی به صورت مطلق است، اختلاف‌نظر دارند. مالک آن را جایز می‌داند و معتقد است که مقدار آن را حاکم مشخص می‌کند؛ ولی شافعی و ابوحنفیه آن را قبول ندارند و مطلق بودن شرط خیار را موجب بطلان عقد می‌دانند (حفید، ۱۴۱۵: ۲، ۹۱؛ حورانی دمشقانی نووی، همان). السرخسی در المبسوط می‌نویسد: «اگر به طور مطلق ذکر شود، به معنای ابدی بودن مدت خیار است و این امر موجب فساد عقد می‌شود و لذا باطل است» (السرخسی، ۱۴۰۶: ۱۱۰). نزد اهل تسنن در خصوص شرط خیار برای اجنبی دو دیدگاه مطرح است (حورانی دمشقانی نووی، همان؛ قرافی، ۱۹۹۴: ۲، ۲۴). اول، شرط خیار صحیح نیست، زیرا شرط خیار حکمی شرعی است و جواز آن به حکم شریعت است و در شریعت این حق فقط برای متعاقدين مطرح شده است. از قول زفر، فقیه حنفی، نقل شده که وی با شرط خیار برای اجنبی مخالف بود. مشارالیه معتقد بود این شرط برخلاف مقتضای عقد است، چون حقوق عقد متعلق به متعاقدين است (السرخسی، ۱۴۰۶: ۱۱۱). دوم، شرط خیار صحیح است و فلسفه این شرط تروی و تفکر بیشتر متعاقدين را می‌طلبد و همین ضرورت ایجاب می‌کند که گاهی برای اجنبی نیز چنین شرطی گذاشته شود. فقهای حنبلی و شافعی و مالکی چنین تفویض حقی به اجنبی را صحیح می‌دانند (مالک، بی‌تا: ۹۹؛ حورانی دمشقانی نووی، بی‌تا: ۲۲۳).



ابن قدامه حنبلی معتقد است این خیار مبتنی بر اشتراط متعاقدين و اراده و تصميم آنهاست؛ در نتیجه این شرط با قابليت صحتی که دارد، الغا کردنی نیست. چنانکه در روایت نبوی نیز به سند صحيح ابوهريره و عايشه آمده است: «المؤمنون عند شروطهم»؛ بنابراین هر شرطی که متعاقدين برای خود یا اجنبی قرار بدهند صحيح و مشروع است (ابن قدامه، همان). نکته قابل ذکر اینکه برخی معتقدند برای شخص اجنبی منحصرأ و مستقل نمی توان شرط خیار قرار داد؛ زیرا فلسفه اصلی خیار تحصیل منفعت برای متعاقدين است (البهوتي، ۱۴۱۸: ۷۷؛ قرافي، ۱۹۹۴: ۲، ۲۸). در عین حال، فقها در این باره اختلاف نظر دارند.

۲- شرط خیار در عقد نکاح از منظر فقه امامیه و اهل سنت

در نگاه نخست به نظر می رسد که با توجه به لزوم عقد نکاح، تنها دو عامل طلاق و وجود عوامل فسخ می تواند موجبات فروپاشی کانون خانواده را فراهم آورد و هر دو عامل شرایط منحصر به فردی دارند که در متون شریعت (قرآن و سنت) به آنها اشاره شده است. حال، سخن در این است که آیا طرفین عقد نکاح می توانند مبدع راه سومی باشند و مدت زمانی را به عنوان شرط خیار قرار دهند تا در آن مدت درباره فسخ یا امضای عقد نکاح تصمیم گیری کنند؟ آیا برای انحلال نکاح راه سومی وجود دارد؟ نکته بااهمیت این است که هیچ آیه و روایتی در خصوص شرط خیار در نکاح (نفی یا امضا) وارد نشده و فقها نیز به آیه و روایتی استناد نکرده اند. در ادامه برای رسیدن به پاسخ منطقی و صحيح، سیر تحول نظر فقهای امامیه از متقدمین تا معاصرین و دلایل آنها مورد مطالعه و ارزیابی قرار می گیرد.

مطالعه آرای فقهای امامیه حکایت از آن دارد که برخی هم شرط خیار و هم عقد نکاح را باطل می دانند و برخی تنها شرط را باطل می دانند، بدون اینکه موجب بطلان عقد نکاح شود. پس از بیان نظرات فقهای امامیه، آرای فقهای مذاهب اهل سنت که اختلاف نظر مزبور در کلام آنها نیز قابل مشاهده است، مورد مطالعه قرار خواهد گرفت. در پایان نیز دیدگاه مختار مبنی بر صحت شرط خیار و طبعاً صحت عقد نکاح بیان خواهد شد.

۲-۱- فقهای امامیه

فقهای شیعه تا قبل از شیخ طوسی، در این باره هیچ نظری مطرح نکرده اند. شیخ صدوق، ابن جنید، شیخ مفید و سید مرتضی که از بزرگان فقهای شیعه هستند، در این خصوص فتوایی نداده اند یا لااقل در آرای نقل شده از آنها فتوایی یافت نشده است. نخستین بار شیخ طوسی در قرن پنجم در کتاب مبسوط به این مهم اشاره کرد و عقد نکاحی را که در آن شرط خیار جعل شده باشد به استناد اجماع، باطل دانست (طوسی، ۱۳۸۷: ۲، ۶۳). مشارالیه در کتاب دیگرش به نام خلاف نیز به بطلان شرط و عقد اشاره کرده است، اما نه به دلیل اجماع، بلکه می نویسد: «عقد نکاح، حکمی شرعی است که به دلالت شرعی نیاز دارد و در ادله شرعی برای وجود شرط خیار دلیلی وارد نشده است» (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۵۰). نکته قابل تأمل، ایراد شدیدی است که ابن ادریس به شیخ می گیرد. ابن ادریس که خود معتقد به بطلان شرط خیار در نکاح و صحت عقد است، به شیخ اشکال می گیرد که چرا افزون بر شرط خیار، عقد نکاح را نیز باطل دانسته است. حال آنکه برای بطلان عقد؛ در کتاب، سنت یا حکم اجماع، دلیلی ذکر نشده است. ابن ادریس

معتقد است آنچه شیخ طوسی برگزیده، از استنباطات و فتاوی فقهای اهل سنت اخذ شده و از فروعات فقهی آنان است. چنانکه شافعیه معتقدند شرط خیار در نکاح باطل و مبطل عقد است. حال آنکه، هیچ یک از اصحاب ما چنین فتوایی نداده است و روایتی هم بدین مضمون - نه خبر واحد و نه متواتر - وارد نشده است. پس شیخ طوسی به چیزی سست تر از خانه عنکبوت استناد کرده است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲، ۲۸۱). تحقیق نشان می دهد بعد از شیخ طوسی، در سایر کتب فقهی همچون المذهب به قلم ابن براج و الوسیله از ابن حمزه و غنیه النزوع نگاشته ابن زهره، مطلبی در خصوص شرط خیار در عقد نکاح ذکر نشده و فقط در کتاب جواهر الفقه این گونه آمده که عقد نکاح، عقدی لازم است و شرط خیار در آن صحيح نیست (ابن براج، ۱۴۱۱: ۱۱۹). ظاهراً از قرن ششم به بعد، شرط خیار در نکاح جو مباحث محوری و متداول در متون فقه درآمده و درباره آن اعلام نظر شده است. از جمله محقق حلی در شرایع الاسلام می نویسد: «اشتراط خیار فقط در مهر صحيح است و عقد مقرون به آن فاسد نیست» (محقق حلی، همان). در جامع الشرایع، یحیی بن سعید بن حلی نیز شرط خیار در نکاح را باطل و مبطل عقد نکاح می داند (ابن سعید، ۱۴۰۵: ۹۲). علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه، علاوه بر بیان بطلان شرط خیار در عقد نکاح و باطل بودن عقد، به ایراد ابن ادریس از شیخ طوسی نیز اشاره و شدیداً او را نکوهش می کند. مشارالیه می نویسد: «نسبت تقلیدی بودن فتوای شیخ طوسی، در خصوص مبطل بودن شرط خیار در نکاح، علامت جهل و نادانی نویسنده (ابن ادریس) و قضاوت



عجولانه او در حق شیخ اقدام ما است. اینکه صرفاً فتاوی دو مذهب بر یکدیگر منطبق باشند، مستلزم این نیست که نسبت تقلید به آن داده شود» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۲۳ و ۱۲۴). شهید اول نیز، مانند اسلاف خود، به بطلان شرط خیار در نکاح و مبطل بودن آن رأی داده است (شهید اول، ۱۴۱۲: ۱۰۹).

به نظر می‌رسد آنچه در فتاوی منقول از بزرگان فقه شیعه، مشهور است، اینکه با وجود اختلاف در باطل بودن یا صحیح بودن عقد نکاح، در بطلان شرط خیار در عقد نکاح اتفاق نظر وجود دارد؛ اما نکته مهم آن است که هیچ دلیلی از قرآن و سنت و حتی اجماع در این باب به عنوان مستند وارد نشده؛ مگر همان جمله منقول از شیخ طوسی در کتاب مبسوط که مطلب را به اجماع مستند کرد. همچنین، هیچ استدلال عقلی و منطقی نیز در این خصوص مطرح نشده است. در مجموع و با توجه به مباحث مذکور معلوم می‌شود که تا قرن دهم فقه‌های شیعه با شرط خیار به گونه‌ای غیرمستند و غیرمستدل و درعین حال، با جزم و استحکام فتوایی روبه‌رو شدند. فقه‌های شیعه از قرن دهم هجری دیدگاهشان را متعبدانه و گاه مستدل مطرح کرده‌اند. چنانکه محقق کرکی در جامع المقاصد می‌نویسد در نکاح شائبه‌ای از تعبد وجود دارد؛ بنابراین نکاح صرفاً عقد معاوضه نیست و شرط خیار در نکاح باطل و مبطل است، ولی از آنجاکه مهر از ارکان نکاح نیست، بلکه خود عقدی مستقل در کنار نکاح است که مقصود از آن نیز مال است، وجود شرط خیار در آن بدون اشکال و صحیح است (محقق کرکی، بی‌تا: ۸۶). شهید ثانی، دیگر شارح بزرگ قرن دهم، در شرح شرایع الاسلام به

نکته‌ای اشاره می‌کند که تا قبل از قرن دهم در میان فقه‌های شیعه مطرح نبود و آن همان نگاه تعبدی به مقوله نکاح است. البته نوع بیان و شیوه استدلال ایشان قابل تأمل است. مشارالیه تقریباً همان نظر ابن قدامه در المغنی (ابن قدامه، بی‌تا: ۱۷۵) را شاید به عنوان نقل قول و البته بدون نام مأخذ ذکر می‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲، ۱۴۱). شهید ثانی، علاوه بر بطلان شرط خیار در نکاح، اصل عقد نکاح را نیز باطل می‌داند و همان استدلال علامه حلی را مطرح می‌کند و معتقد است تراضی طرفین عقد در نکاح مقرون به شرط خیار است و نکاح بدون شرط را قصد نکرده‌اند. در نتیجه، چون شرط خیار باطل است، نکاح مقرون به آن نیز باطل خواهد بود (همان). در کشف اللثام فاضل هندی نیز همین استدلال تکرار شده است (فاضل هندی، ۱۴۰۵: ۱۲۵) نویسنده جواهرالکلام، علاوه بر بیان استدلال فقه‌های پیشین، مطلبی را افزون بر مطالب گذشتگان مطرح می‌سازد و معتقد است تنافی شرط خیار با عقد نکاح از ضروریات فقه است (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۶، ۶۶). شیخ انصاری نیز باطل و مبطل بودن شرط خیار در نکاح را امری متفق علیه دانسته است. ایشان عقود را از حیث امکان یا عدم امکان درج شرط خیار، به سه دسته تقسیم می‌کند: دسته اول، عقود که امکان درج شرط خیار در آن مطابق اتفاق فقها وجود ندارد؛ دسته دوم، عقود که درج شرط خیار در آن محل اختلاف است و دسته سوم، عقود که حسب اتفاق فقها امکان شرط خیار در آن وجود دارد. سپس ایشان نکاح را در دسته اول قرار می‌دهد و به دو دلیل در این خصوص اشاره می‌کند. دلیل اول اجماعی بودن موضوع و دلیل

دوم منحصر بودن موجبات ارتفاع نکاح در شرع به طلاق و عدم جریان اقاله در آن است (انصاری، ۱۳۷۴: ۲۲۷). فقه‌های معاصر نیز با شرط خیار در نکاح مخالف هستند. برخی مانند مرحوم سید یزدی، نظر ابن ادریس مبنی بر بطلان شرط و عدم بطلان عقد را خالی از قوت نمی‌داند. ایشان معتقد است مانند هر شرط فاسد دیگر، اثر بطلان این شرط محدود به شرط است و واضح است که شرط خیار برخلاف ذات عقد نکاح نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۸؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۹). برخی نیز هم شرط و هم عقد را باطل می‌دانند؛ زیرا معتقدند لزوم در عقد نکاح حکمی است و آن را در برابر شرط خیار انحلال ناپذیر می‌سازد (خویی، ۱۴۰۴: ۱۳۱). به علاوه، برخی دیگر نیز، بنا به روایات وارده، معتقدند نکاح از دو قسم خارج نیست، یا دائم است یا موقت. قسم سومی برای آن در روایات پیش‌بینی نشده است. در نتیجه، مجالی برای شرط خیار در نکاح دائم باقی نمی‌ماند، بلکه خیار منحصر به همان اسباب معینی است که در نکاح هست؛ مانند خیار عیب (خویی، همان). مختصر اینکه قدر متیقن نظرات ابرازی فقه‌های امامیه، باطل بودن شرط خیار است و قانون مدنی از میان دو احتمال فوق، با وجود شهرت بیشتر احتمال باطل بودن شرط خیار و باطل بودن عقد نکاح، احتمال باطل بودن شرط خیار و صحیح بودن عقد نکاح را پذیرفته است. در ماده ۱۰۶۹ این قانون بدون اینکه اشاره‌ای به باطل بودن عقد نکاح شود، همچنین بدون اینکه میان نکاح دائم و موقت تفکیکی به عمل آید، آمده است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح، باطل است».



۲-۲- فقهای اهل سنت

مانند مشهور فقهای امامیه، از دیدگاه جمهور فقهای مذاهب مختلف اهل سنت نیز شرط خیار در نکاح جایز نیست، اما در عین حال، نظر مخالف نیز وجود دارد. سبب اختلاف نیز آن است که آیا نکاح از عقود معاملاتی محسوب می‌شود یا خیر؟ ابن رشد مالکی معتقد است که در این باره از دو زاویه می‌توان بحث کرد: نخست، اینکه پذیرفته شود اصل در عقد، ممنوعیت شرط خیار است؛ مگر آنکه برای آن دلیلی وجود داشته باشد؛ دوم، پذیرفته شود که ممنوعیت شرط خیار در بیع موجب غرر می‌شود، زیرا شرط خیار در بیع فلسفه وجودی مشخصی دارد. حال آنکه، در نکاح مسئله غرر و ضرر و زیان منتفی است. نکاح مبتنی بر کرامت و احراز کمال است، نه زرنگی و زیرکی (حفید، ۱۴۱۵: ۲، ۱۸۸). با این حال، برخی معتقدند که نیاز به شرط خیار در نکاح شدیدتر است، زیرا اهمیت نکاح از سایر عقود و معاملات بیشتر است (حفید، همان: ۱۸۹)؛ اما به طور کلی، فقهای مالکی شرط خیار در نکاح را شرطی فاسد و برخلاف مقتضای عقد می‌دانند (غرناطی، بی تا: ۱، ۳۲). فقیهان شافعی نیز شرط خیار در نکاح را شرطی باطل می‌دانند و معتقدند که این شرط با لزوم نکاح منافات دارد (الانصاری، ۱۴۱۸: ۲، ۲۰۲). برخی نیز آن را مخالف با مقتضای نکاح می‌دانند (الشربینی الخطیب، ۱۳۷۷: ۳، ۳۴). ابن ادریس شافعی نیز معتقد است که وجود شرط خیار در نکاح، قبیح‌تر از عقد موقت (متعّه) است. ایشان در کتاب الام، نکاح خیاری را با عقد موقت مقایسه می‌کند. از نظر وی، عقد موقت باطل است و همان وجه بطلان در نکاح خیاری نیز وجود دارد. از نظر شافعی، پیامبر (ص) عقد

موقت را نهی کرده؛ بنابراین عقد موقت منسوخ است. معنای نهی پیامبر (ص) آن است که نکاح برای حلال کردن مطلق زن برای مرد است، نه اینکه حلیت برای مدت معینی باشد. از سوی دیگر، انعقاد عقد نکاح خیاری بدین معناست که در زمان انشای عقد نکاح، عقد حاصل نمی‌شود؛ بلکه بعد از انقضای مدت عقد و آثار آن، حادث می‌شود. معلوم است که چنین نکاحی که در ابتدای انعقاد ثابت نیست و بعداً ثابت می‌شود و لذا قبیح‌تر از عقد موقت است. به هر روی، عقد موقت در آغاز برای مدتی ثابت منعقد می‌شود و طرفین به هم حلال می‌شوند و پس از آن، منتفی می‌شود. حال آنکه در نکاح خیاری، در ابتدا اثری بر عقد مترتب نیست. در نهایت، وقتی شرط خیار در نکاح جایز نیست، لازم است که نکاح نیز جایز نباشد (شافعی قرشی، ۱۴۰۳: ۵، ۳۵). ماوردی نیز نوشته است: «ز آنجا که فلسفه شرط خیار جلوگیری از ضرر و جبران غبن است و اساساً در نکاح سودآوری و مغاینه مطرح نیست؛ بنابراین شرط خیار در نکاح باطل است و با لزوم عقد منافات دارد» (ماوردی، ۱۴۱۹: ۹، ۳۶).

فقهای حنفی نیز شرط خیار در نکاح را با لزوم عقد معارض و منافی می‌دانند و معتقدند که ضرورت ایجاب می‌کند که عقد نکاح، صحیح، لازم و منجز منعقد شود؛ بنابراین شرط وجود خیار در نکاح رضایت به عقد را مخدوش می‌کند و از این حیث فاسد است. در واقع، شرط خیار مانع انعقاد اصل عقد نمی‌شود، بلکه با وجود شرط مزبور رضایت به لزوم عقد امکان ندارد. در هر حال، نکاح با بودن این شرط فاسد، باطل نمی‌شود (السرخی، ۱۴۰۶: ۵، ۸۷). در مذهب حنبلی هم با شرط خیار در نکاح به تصریح فقها

مخالفت شده است. ابن قدامه حنبلی، از بزرگان فقه حنبلی، در خصوص بطلان شرط خیار در نکاح به استدلال عقلی استناد می‌جوید و سه دلیل به شرح زیر مطرح می‌کند: اولاً، در ازدواج به تفکر و تأمل بعد از عقد نیازی نیست، چراکه اغلب این تفکر و تأمل ماقبل ازدواج صورت می‌گیرد؛ برخلاف عقد بیع که معمولاً انسان در بازار بدون تفکر و تأمل به معامله اقدام می‌کند. از این رو، قرار دادن شرط خیار در بیع اهمیت دارد؛ ثانیاً، نکاح صرفاً یک معاوضه نیست، چراکه علم به مبیع به گونه‌ای که مشاهده یا توصیف شود، لزوم ندارد. همان گونه که اگر در نکاح، عوض (مهر) مطرح نشود، نیز عقد صحیح است. همچنین حتی اگر در نکاحی مهر فاسد باشد، به صحت نکاح خللی وارد نمی‌شود؛ ثالثاً، وجود شرط خیار در نکاح، مستلزم وجود حق فسخ حتی بعد از زوال بکارت زن است و این فسخ بعد از عقد به ضرر و زیان زنان منجر می‌شود. به همین دلیل است که شارع مقدس، در طلاق پیش از نزدیکی، پرداخت نصف مهر را واجب کرده، چون وجود شرط خیار در نکاح موجب ضرر و زیان زنان است؛ از همین رو مشروع نیست (ابن قدامه، بی تا: ۹۲ و ۱۰۸).

۲-۳- نظر برگزیده

مطالعه آرای فقهای امامیه و اهل سنت، دلایل عمده نظرات آنها را روشن نمود. مطابق آنچه در ادامه بیان می‌شود، جملگی ادله ابرازی فوق قابل انتقاد است. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه هیچ‌یک از شرایط صحت عقد نقض نشده، نمی‌توان عقد نکاح را باطل دانست؛ زیرا نخست اینکه گفته می‌شود «شرط خیار با مقتضیات عقد نکاح منافات دارد، پس باطل است» مصادره به مطلوب است.

مقتضای ذات نکاح چیزی جز برقراری علقه زوجیت نیست. در عرف، نکاح و سایر عقود فرقی ندارند که به عنوان مثال، لزوم جزو ذات نکاح دانسته شود، ولی در سایر عقود جزو لزوم ذاتی نباشد. علاوه بر اینکه اساساً لزوم ذات نکاح لزوم نادرست است، مگر نه اینکه عقد موقت با شرط انفساخ در موعد معین به همان عقد نکاح برمی گردد؟ بنابراین اگر شرط انفساخ در عقدی پذیرفته شود، به طریق اولی، شرط خیار نیز در عقد نکاح قابل پذیرش است؛ زیرا شرط انفساخ در عقد ناپسندتر از شرط خیار است. افزون بر آن، اگر لزوم در عقد نکاح جزو موارد ذاتی است، چگونه می شود که در پاره‌ای از موارد - هم در شرع و هم در قانون - امکان فسخ نکاح مانند خیار عیب مورد پذیرش قرار گرفته است؟

دوماً، نکاح نه عبادت است و نه در مظان عبودیت قرار دارد؛ بلکه قراردادی اجتماعی - عاطفی است که پیش از شرایع دینی نیز مسبوق به سابقه بوده؛ بنابراین از تأسیسات شریعت اسلام شمرده نمی شود و لزوم حکمی عقد نکاح نیز در این زمینه ادعایی بیش نیست. مقتضای ذات نکاح نیز همان محرمیت دو اجنبی و مشروعیت رابطه آن دو است و شرط خیار نمی تواند با این مقتضای ذات نکاح منافات داشته باشد. در ردّ عبادت محسوب شدن نکاح، همین بس که انعقاد این عمل حقوقی نیازمند قصد قربت نیست؛ این در حالی است که در امور عبادی، وجود قصد قربت ضروری است. همچنین باید یادآور شد دلیلی مبنی بر محدود کردن قلمرو اعمال شرط خیار به معاوضاتی مانند بیع و اجاره در دست نیست. سوماً، نظر ابن ادریس مبنی بر اینکه شرط خیار در نکاح مبطل عقد

قدر متیقن نظرات ابرازی فقهای امامیه، باطل بودن شرط خیار است و قانون مدنی، با وجود شهرت بیشتر احتمال باطل بودن شرط خیار و باطل بودن عقد نکاح، احتمال باطل بودن شرط خیار و صحیح بودن عقد نکاح را پذیرفته است. در ماده ۱۰۶۹ این قانون بدون اینکه اشاره‌ای به باطل بودن عقد نکاح شود، همچنین بدون اینکه میان نکاح دائم و موقت تفکیکی به عمل آید، آمده است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح، باطل است».

نیست، به لحاظ استدلال فقهی صحیح است و دلیلی برای مبطل بودن چنین شرطی در قرآن یا روایات ذکر نشده و بین این شرط فاسد در نکاح با شروط فاسد در عقود دیگر که فقها آنها را مبطل عقد نمی دانند، تعارضی نیست (حکیم، ۱۳۹۰: ۸۴، ۱۴). در فقه در جای خود اثبات شده که بطلان شرط ملازمه با بطلان عقد ندارد و هر یک مطلوب جداگانه‌ای است و می توان حسب قاعده انحلال یک عقد به چند عقد میان آنها جدایی انداخت. به بیان دیگر نمی توان گفت چون طرفین مجموع عقد و شرط را قصد کرده اند؛ بنابراین در صورت باطل بودن شرط، از آنجایی که آنها عقد بدون شرط را قصد نکرده اند، عقد هم باطل است. شرط جنبه تبعی و فرعی دارد و باطل بودن آن موجب از بین رفتن قصد طرفین نسبت به عقد اصلی نمی شود. بر همین اساس است که در فقه و همچنین مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی شروط باطل به دو دسته تقسیم می شوند. در برخی موارد

صرفاً خود شرط باطل است و در برخی موارد نیز به دلیل اینکه بطلان شرط به ارکان عقد نیز آسیب وارد می کند، بطلان عقد را هم در پی دارد؛ مانند شرطی که برخلاف مقتضای ذات عقد باشد. مختصر اینکه ملازمه ادعایی میان بطلان شرط و عقد، محل اشکال است. افزون بر صحت عقد، دلیل قابل اتکایی بر بطلان «شرط خیار» هم وجود ندارد؛ زیرا هیچ یک از موجبات فساد شرط در این خصوص قابل مشاهده نیست و باید با عمل به عموم ادله شروط و عقود، صحت شرط را نیز تصدیق کرد. شرط خیار از شرایط صحت شرط برخوردار است و مشخصاً با وجود برخی تردیدها، با اشکال غیرمفید و نامشروع بودن مواجه نیست. از یک سو، در رابطه با فایده درج شرط خیار باید گفت که نظر به تفاوت های موجود میان فسخ و طلاق؛ مانند عدم ضرورت اثبات عسر و حرج برای اعمال حق فسخ، عدم اختصاص حق فسخ به زوج، عدم وجود شرایط و تشریفات خاص طلاق در فسخ نکاح (کاتوزیان ۱۳۸۲: ۸۵)، می توان وجود این شرط را متضمن فایده دانست؛ دوماً، همان فواید و توجیهات منطقی که در رابطه با پذیرش شرط خیار در سایر قراردادهای وجود دارد، در عقد نکاح هم قابل طرح است. برای نمونه، همان گونه که در عقد بیع ضرورت نیاز به تدبیر بیشتر می تواند طرفین قرارداد را به جعل شرط خیار سوق دهد، این ضرورت در عقد نکاح که امکان کسب اطلاع دقیق از روحیات، خصوصیات اخلاقی و غیره زوجین قبل از انعقاد عقد نکاح به مراتب دشوارتر است، بیشتر احساس می شود. از سوی دیگر، این شرط نامشروع نیز محسوب نمی شود و ابتذال زنان به فسخ ناشی از شرط خیار، ادعایی نادرست است؛ زیرا اولاً، درج این



شرط در عقد با رضایت زوج و زوجه صورت می‌پذیرد و چه‌بسا اساساً شرط خیار برای زوجه درج شود. دوماً، شرط خیار با تصرف در عوضین ساقط می‌شود؛ بنابراین روابط زوجین و زندگی مشترک آنها مصداقی از رضایت به عقد و نکاح است که خود موجب سقوط خیار ناشی از شرط خواهد بود. به بیان دیگر تصرف توأم با رضایت، حاکی از رضایت به لزوم عقد محسوب و در نتیجه موجب سقوط خیار می‌شود (انصاری، ۱۳۷۴: ۲، ۱۰۱). تنها دلیلی که شاید فقهای مخالف رأی مشهور را قانع کرده، وجود اجماع در خصوص بطلان شرط و عقد یا دست‌کم وجود اجماع مبنی بر بطلان شرط است. چنانکه برای نمونه، مقدس اردبیلی که گرایش اخباری نیز دارد، در این‌باره می‌نویسد: «شهید ثانی در مستثنیات از شرط خیار (مثل نکاح) به بعضی مناسبات استدلال کرده که تمام نیست و لذا مستند عمده همان اجماع است، اگر موجود باشد» (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۸، ۷۸) محقق بحرانی نیز در این‌باره می‌نویسد در کتب فقهی ما بطلان شرط خیار در نکاح را به معاوضی نبودن نکاح تعلیل کرده‌اند، درحالی‌که این تحلیل‌ها قابل مناقشه است و نمی‌تواند برای عموم ادله شرط خیار، تخصیص قائل شود و لذا اصل همان اجماع است (بحرانی، ۱۴۱۴: ۲، ۴۸). همچنین برخی فقهای معاصر دیدگاه مشهور فقهی را رد و نقض کرده‌اند (حکیم، همان: ۹۵). این در حالی است که تحقق اجماع با توجه به سابقه تاریخی بحث بسیار بعید است. چون به جز شیخ طوسی و ابن ادریس حلی تا قرن ششم سایر فقهای متقدم به آن اشاره‌ای نکرده‌اند. از این‌رو، به نظر می‌رسد صحت این شرط با اشکالی مواجه نیست و همان مبانی و ضرورت‌های درج شرط خیار در سایر قراردادهای، در عقد نکاح نیز وجود و در نتیجه نباید با پذیرش آن مخالفت کرد. با این حساب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی که در میان نظرات ابرازی در خصوص بطلان، به دلالی نظیر توجه به اجماع و لحاظ لبی بودن آن، به قدر متیقن عمل کرد و بطلان شرط خیار در نکاح را مورد پذیرش قرار داد، همراه با اشکال است.

برآمد

از جمله خیارات مورد بحث در فقه و قانون مدنی، خیار شرط است. با وجود برخی اختلاف‌ها پیرامون درج شرط خیار در قرارداد، وجود چنین شرطی در فقه امامیه و مذاهب اهل سنت مورد پذیرش قرار گرفته است. یکی از پرسش‌های بنیادی و کاربردی پیرامون آن این است که آیا امکان درج شرط خیار در عقد نکاح وجود دارد؟ در میان فقهای امامیه و اهل سنت، گروهی شرط خیار در نکاح را باطل و همچنین افزون بر آن مبطل عقد می‌دانند. گروهی نیز تنها شرط خیار را باطل می‌دانند، بدون اینکه آن را مبطل عقد معرفی کنند. قانون مدنی در ماده ۱۰۶۹ از دیدگاه اخیر پیروی کرده است. تتبع در کلام طرفداران دیدگاه‌های فوق حاکی از آن است که دلیل قابل اتکایی برای آن وجود ندارد. برای نمونه نمی‌توان شرط خیار در عقد نکاح را مخالف ذات نکاح و در نتیجه عقد را باطل دانست؛ زیرا مقتضای ذات نکاح چیزی جز برقراری علقه زوجیت میان زوجین نیست. لزوم در عقد نکاح، ذاتی نیست؛ چه اینکه در این صورت حتی به صورت استثنایی در مواردی نظیر عیب نیز نباید امکان فسخ عقد وجود می‌داشت، حال اینکه این مهم مورد پذیرش قرار گرفته است. افزون بر آن، نکاح در ردیف عبادات قرار ندارد؛ همچنان‌که نیازمند قصد قربت هم نیست. شرط خیار نیز دارای شرایط عمومی صحت شروط است؛ از این‌رو درج آن در عقد نکاح خالی از اشکال و مشمول عمومات شروط و عقود است. برای مثال با توجه به تفاوت‌های موجود میان فسخ و طلاق؛ نظیر عدم اختصاص درج این شرط به زوج یا فراهم کردن امکان تدبیر بیشتر از طریق درج شرط خیار، نمی‌توان شرط خیار در نکاح را بی‌فایده دانست. همچنین نظر به مبنای شرط خیار که ریشه در اراده طرفین قرارداد و مصلحت‌سنجی آنها دارد، نمی‌توان جعل این شرط را مغایر با قاعده لاضرر و نامشروع به شمار آورد. دلیلی که بیش از سایر ادله بر اظهار نظر فقهای امامیه سایه افکنده است، اجماع ادعایی مرحوم شیخ طوسی است. برخی فقها اجماع مبنی بر بطلان را هم شامل شرط و هم شامل عقد دانسته‌اند و برخی نیز نظر به لبی بودن این دلیل، به قدر متیقن که همان بطلان شرط و صحت عقد است، اکتفا کرده‌اند. اجماع ادعایی نیز همان‌طور که بیان شد، با اشکالاتی مواجه است. مختصر اینکه ادعای عدم شمول شرط خیار در عقد نکاح، ادعایی بدون دلیل است و همان‌طور که تحقیق نشان داد، شرط خیار در نکاح با اشکالی مواجه نیست و عموم ادله شروط و عقود شامل آن نیز می‌شود.

فهرست منابع

- ۱- ابن براج، عبدالعزيز بن تحرير، المذهب، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ ق
- ۲- ابن براج، عبدالعزيز بن تحرير، جواهر الفقه، قم، انتشارات جامعه مدرسين چاپ اول، ۱۴۱۱ هـ ق
- ۳- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، بيروت، دارالکتب العربی، چاپ اول، بی تا
- ۴- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ ق
- ۵- اصبحی، مالک بن انس، الموطأ، بيروت، دار الاحیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ ق
- ۶- اصبحی مالک بن انس، المدونه الكبرى، قاهره، دارالسعاده، چاپ اول، بی تا
- ۷- اصفهانی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ ق
- ۸- الانصاری، زکریا بن محمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، بيروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ ق
- ۹- انصاری، مرتضی بن محمدامین، مکاسب، قم، انتشارات اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۷۴
- ۱۰- بحرانی، یوسف بن احمد، حقائق الناظره فی احکام العترة الطاهره، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، بی تا
- ۱۱- البهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع عن متن الاقناع، بيروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ ق
- ۱۲- جبعی عاملی، الروضه البهیة فی شرح للمعه الدمشقیه، قم انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ ق
- ۱۳- جبعی عاملی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳ و ۷، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ ق
- ۱۴- جزینی عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ ق
- ۱۵- جندی خلیل بن اسحاق، مختصر خلیل، بيروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ هـ ق
- ۱۶- حفید، محمد بن احمد، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، بيروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ ق
- ۱۷- حلبی، حمزه بن علی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ ق
- ۱۸- حلی اسدی، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۳ هـ ق
- ۱۹- حلی اسدی، تذکره الفقهاء، جلد ۱۱، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ ق
- ۲۰- حلی اسدی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ ق
- ۲۱- حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال، چاپ دوم، ۱۴۰۹ هـ ق
- ۲۲- حلی، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، تهران، انتشارات استقلال، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ ق
- ۲۳- حلی، یحیی بن احمد، جامع للشرایع، قم، مؤسسه سیدالشهدا، چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ ق
- ۲۴- حورانی دمشقانی نووی، یحیی بن شرف، المجموع فی الشرح المذهب، بيروت، دارالفکر، چاپ اول، بی تا
- ۲۵- حورانی دمشقانی نووی، یحیی بن شرف، روضه الطالبین و عمده المتقین، بيروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، بی تا
- ۲۶- الدسوقي، محمد بن احمد، حاشیه دسوقي علی مختصر السعد شرح تلخیص مفتاح العلوم، بيروت، دار احیاء الکتب العربیه، چاپ اول، بی تا
- ۲۷- السرخسی، محمد بن محمد، المبسوط، بيروت، دارالمعرفه، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ ق
- ۲۸- سار ديلمی، حمزه بن عبدالعزيز، المراسم العلویه فی احکام النبویه، قم، مجمع علمی اهل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ ق
- ۲۹- السمرقندی، نصر بن محمد، تحفه الفقهاء، بيروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ ق
- ۳۰- شافعی قرشی، محمد بن ادريس، الام، بيروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ ق
- ۳۱- الشربینی الخطیب، محمد بن احمد، مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، بيروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۳۷۷ هـ ق
- ۳۲- طباطبایی حائری، سیدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ ق
- ۳۳- طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک عروه الوثقی، بيروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۳۹۰ هـ ق
- ۳۴- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، عروه الوثقی، جلد ۵، قم، جامعه مدرسين، چاپ سوم، ۱۴۲۸ هـ ق
- ۳۵- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، انتشارات کتابفروشی مرتضوی، چاپ اول، ۱۳۸۷ هـ ق
- ۳۶- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف فی الاحکام، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ ق
- ۳۷- غرناطی، محمد بن محمد، القوانين الفقهيہ فی تلخیص مذهب المالکيه (قوانين الاحکام الشرعيه و مسائل الفروع الفقهيہ)، قاهره، مطبعه النهضه نباس، چاپ اول، بی تا
- ۳۸- قراfi، احمد بن ادريس، الذخيره فی الفقه، بيروت، دارالغرب الاسلامی، چاپ اول، ۱۹۹۴
- ۳۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۲
- ۴۰- الکاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، کراچی، المکتبه الحبیبيه، چاپ اول، ۱۴۰۹ هـ ق
- ۴۱- کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بيروت، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، بی تا
- ۴۲- ماوردی، علی بن محمد، الحاوی الكبير فی فقه مذهب الإمام الشافعی، بيروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۹
- ۴۳- المصری، زین الدین بن ابراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق و منحه الخالق و تکمله الطوری، بيروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ ق
- ۴۴- مغربی رعینی، محمد بن محمد، مواهب الجلیل فی شرح مختصر الخلیل فی فروع الفقه المالکی، بيروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ ق
- ۴۵- موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ ق
- ۴۶- موسوی خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، تهران، انتشارات کتابفروشی صدوق چاپ اول، ۱۴۰۵ هـ ق
- ۴۷- موسوی خویی، سید ابوالقاسم، کتاب النکاح، نجف، دارالعلم، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ ق
- ۴۸- موسوی، علی بن محمد، الانتصار، قم، انتشارات جامعه مدرسين، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ ق
- ۴۹- نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامی، چاپ نهم، ۱۳۶۶
- ۵۰- نراقی، احمد بن محمدمهدي، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، مشهد، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ ق