

امکان سنجی درج شرط خیار در عقد نکاح از منظر فقه امامیه و اهل سنت

Feasibility of Stipulating Option of Conditions in Marriage Contract from Shia and Sunni Jurisprudence View Point

<https://dx.doi.org/10.52547/jfr.17.1.7>

H. Shahmalekpour, Ph.D.

Department of Law, University of guilan, Rasht, Iran

R. Daryaei, Ph.D.

Department of Law, University of guilan, Rasht, Iran

دکتر حسن شاه‌ملک‌پور ✉

گروه حقوق دانشگاه گیلان

دکتر رضا دریائی

گروه حقوق دانشگاه گیلان

دریافت مقاله: ۹۸/۱۰/۱۶

دریافت نسخه اصلاح شده: ۱۴۰۰/۱/۲۵

پذیرش مقاله: ۱۴۰۰/۲/۱۹

Abstract

Regardless validity arguments, requirements and effects of option of conditions, determining the scope of its utilization needs serious attention. The question raised here is that is it possible to stipulate option of conditions in marriage contract in Sunni and Shia jurisprudence? Here are the two main ideas.

A group of Shia and Sunni jurists believe

✉ Corresponding author: Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Guilan, Rasht Iran.
Email: h.shahmalekpour@gmail.com

چکیده

صرف‌نظر از دلایل حجیت، شرایط و آثار شرط خیار، تبیین قلمرو اعمال آن نیازمند توجه جدی است. به طور مشخص این پرسش قابل طرح است که آیا از منظر فقه امامیه و اهل سنت امکان اندراج شرط خیار در عقد نکاح وجود دارد؟ دو نظریه شاخص در این خصوص قابل توجه است. صرف‌نظر از دلایل حجیت، شرایط و آثار شرط خیار، تبیین قلمرو اعمال آن نیازمند توجه جدی است.

✉ نویسنده مسئول: گیلان، رشت، دانشگاه گیلان، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، گروه حقوق

پست الکترونیکی: h.shahmalekpour@gmail.com

that not only the option of conditions but also the marriage contract is void because the aforementioned option is contrary to the requirement of the substance of contract. Another group, pointing out some reasons such as illegality of these conditions, believes that the option of conditions is void, not the marriage contract. However, the main reason brought forth by the proponents of these ideas is the consensus on avoidance. The first group believes that the consensus includes the option of conditions and the contract, and the second group limits it to the option of conditions. This research shows that all of the reasons of above-mentioned ideas have problems and it is unable to prove the voidance of the marriage contract and even the option of conditions; in other words, both the marriage contract and the option of conditions are valid.

Keywords: Option of Conditions, Marriage Contract, Shia Jurisprudence, Sunni Jurisprudence.

به طور مشخص این پرسش قابل طرح است که آیا از منظر فقه امامیه و اهل سنت امکان اندراج شرط خیار در عقد نکاح وجود دارد؟ دو نظریه شاخص در این خصوص قابل توجه است. گروهی از فقهای امامیه و اهل سنت، هم شرط خیار و هم عقد نکاح را به دلایلی نظیر این که 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 این که آن را مبطل عقد به شمار آورند. با این حال اصلی‌ترین دلیل طرفداران نظرات 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 نظرات 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.

کلیدواژه‌ها: شرط خیار، عقد نکاح، فقه امامیه، فقه اهل سنت.

مقدمه

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 متعاقبین و در جهت تدبیر و اندیشه در عمل حقوقی ایجاد شده و با اصل آزادی قراردادها هم هماهنگ است. امکان‌سنجی 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؟

تبع 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 مخالف‌اند. 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 شویم و سپس امکان درج شرط مزبور را در عقد نکاح از منظر فقه امامیه و اهل تسنن مورد مطالعه تطبیقی قرار دهیم.

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 احياناً 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» 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 - أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (مائده/ ۱) و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (بقره/ ۲۷۵) - نیز این‌گونه است.

خیار شرط باید به لحاظ زمانی، مضبوط و معین باشد (سیدمرتضی^۱، ۱۴۱۵ ق؛ طوسی^۲، ۱۳۸۷ ق؛ حلی^۳، ۱۴۰۹ ق؛ حلی، ۱۴۰۳ ق)؛ یعنی در متن عقد قید شود که تا چه زمان برای مثال مشتری و بائع مایل‌اند در خصوص التزام یا فسخ معامله تصمیم‌گیری کنند؛ و الی به دلایلی نظیر وجود غرر، عقد باطل خواهد بود. در تعیین مدت، سه حالت دیگر نیز متصور است: اول. اصلاً به مدت‌زمان اشاره نشود؛ (این خانه را به تو می‌فروشم مبنی بر این که برای من نیز خیار فسخ باشد). دوم. زمان ذکر شود، ولی به کمیت آن اشاره نشود؛ (این خانه را به تو می‌فروشم مبنی بر این که تا مدتی خیار فسخ داشته باشم). سوم. مدت‌زمان ذکر شود، ولی مجهول باشد (این خانه را به تو می‌فروشم مبنی بر این که 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 مجهول‌شدن ثمن می‌شود و ثمن مجهول نیز معامله را باطل می‌کند (حلی، ۱۴۰۹ ق؛ حلی، ۱۴۱۴ ق)؛ اما

فقه‌های عظام در خصوص حالت اول که به ذکر شرط خیار اکتفا می‌شود و از مدت‌زمان آن سخنی به میان نمی‌آید، اختلاف نظر دارند. بسیاری از فقه‌های متقدم معتقدند در مواردی که مقدار زمان ذکر نمی‌شود، عقد باطل نیست و مدت‌زمان مورد نظر به سه روز حمل می‌شود (سیدمرتضی، ۱۴۱۵ ق؛ طوسی، ۱۴۱۷ ق؛ حلبی^۴، ۱۴۱۷ ق؛ ابن‌براج^۵، ۱۴۰۶ ق؛ دیلمی^۶، ۱۴۱۴ ق). حال آن‌که، برخی فقها معتقدند چنین شرطی موجب مجهول‌شدن ثمن است و در نتیجه، عقد مزبور را باطل می‌دانند (حلی، ۱۴۱۴ ق؛ حلی، ۱۴۱۳ ق؛ نراقی^۷، ۱۴۱۸ ق). شهید ثانی در مسالک چنین شرطی را علی‌الاقوی صحیح ندانسته است (جبل عاملی^۸، ۱۴۱۳ ق).

مبداء 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 باشیم). هیچ‌یک از دو صورت مذکور با صحت عقد منافات ندارد؛ اما اگر در متن عقد به این مسئله اشاره نشود، حمل می‌شود بر این‌که مبداء خیار متصل به عقد بوده و اگر زمان تفسیر و تحمیل نشود، مبداء مجهول است و موجب بطلان شرط می‌شود (حلی، ۱۴۱۳ ق). البته شیخ طوسی مبنای منحصربه‌فردی 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 مبداء خیار نیز باید بعد از جدایی و تفرقه متعاقبین مفروض باشد (طوسی، ۱۴۱۷ ق؛ طوسی، ۱۳۸۷ ق؛ حلی، ۱۴۰۹ ق). در پاسخ به شیخ و همراهان‌شان می‌توان گفت در چنین مواردی مقصود از «بعد از عقد»، بُعد 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؛ جبل عاملی بی‌تا؛ نراقی، ۱۴۱۸ ق). در واقع، مراد اصلی متعاقبین 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 الا به صرف اراده مؤامر برای فسخ عقد، به خودی خود، عقد فسخ نشده و تمکین از او واجب نمی‌شود (جبل عاملی، ۱۴۱۳ ق؛ بحرانی^۹، بی‌تا). در واقع، بنا به اشاره محقق کرکی در جامع‌المقاصد، اشتراط مؤامره صرفاً بر مبنای مشاوره گرفتن است؛ یعنی از فردی که مورد اعتماد است، در خصوص وضعیت عقد مزبور مشاوره می‌گیریم (کرکی^{۱۰}، بی‌تا). در خصوص حدود اختیارات او نیز گفته‌اند که به‌تنهایی 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 ما حق فسخ داشته باشیم یا نه، محل اشکال است؛ ولی ظاهر مطلب نشان می‌دهد که حق فسخ نداریم، زیرا در اشتراط مؤامره برای خود، حق فسخ قرار نداده‌ایم (کرکی، بی‌تا؛ جبل عاملی، بی‌تا؛ نراقی، ۱۴۱۸ ق). در کنار اشتراط مؤامره، گاهی نیز برای اجنبی به طور مستقل و به عنوان شخص ثالث حق خیار قرار می‌دهیم که در این صورت اختیار عقد به او تفویض شده و حق خود را سلب کرده‌ایم و بنابراین اجنبی حق دارد که عقد را فسخ یا امضا کند (بحرانی، بی‌تا؛ طباطبایی^{۱۱}، ۱۴۱۲ ق).

به سه صورت می‌توان سقوط حق خیار را تصور کرد (السمرقندی^{۱۲}، ۱۴۱۴ ق). گاهی ذوالخیار به صراحت به اسقاط آن تصریح می‌کند و گاهی با تلف‌شدن مورد معامله میسر می‌شود و گاهی با تصرف مبنی

بر رضایت ذوالخیار در مورد معامله سقوط خیار محقق می‌شود (البهوتی^{۱۴}، ۱۴۱۸ ق). از دیدگاه فقهایی که به توریث خیار معتقد نیستند، دیوانه‌شدن و مرگ ذوالخیار نیز موجب سقوط خیار خواهد بود (السمرقندی، ۱۴۱۴ ق؛ البهوتی، ۱۴۱۸ ق).

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.

۱.۲. فقه اهل سنت

فقه‌های اهل سنت در خصوص این که طرفین معامله بتوانند، به واسطه یک شرط، حق فسخ معامله (خیار) را داشته باشند اختلاف نظر دارند. البته جمهور فقهای مذاهب آن را قبول دارند، ولی گروهی نیز با آن مخالفاند. مهم‌ترین استدلال مخالفان آن است که شرط خیار؛ مستلزم غرر است. افزون بر آن، اصل در معامله لزوم است؛ مگر این که دلیلی از قرآن و سنت در جواز عقد وارد شده باشد (حفید^{۱۵}، ۱۴۱۵؛ الدسوقی^{۱۶}، بی تا). فقهای مالکی، حنبلی، شافعی و حنفی؛ شرط خیار را قبول دارند و آن را صحیح می‌شمرند (ابن قدامه^{۱۷}، بی تا؛ نووی^{۱۸}، بی تا؛ مالک^{۱۹}، ۱۴۰۶؛ السمرقندی، ۱۴۱۴ ق؛ خلیل^{۲۰}، ۱۴۱۶ ق)؛ البته فقهای شافعی معتقدند مقتضای ادله اولیه، ممنوعیت شرط خیار است؛ زیرا موجب غرری شدن معامله می‌شود، اما چون ضرورت ایجاب می‌کند، با حفظ محدودیت، شرط خیار جایز است (نووی، بی تا). فقهای حنفی نیز مشروعیت شرط خیار را ناشی از روایت نبوی می‌دانند (المصری^{۲۱}، ۱۴۱۸ ق). فقهای مالکی معتقدند خیار در بیع یا از جهت عاقد است یا از جهت معقود علیه. 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 (الرعینی^{۲۲}، ۱۴۱۶ ق). 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 آن که، 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 متعالمین شرایطی فراهم باشد تا در خصوص مورد معامله تفکر و تأمل کنند و این معنا مستلزم شرط خیار در معامله است (السرخسی^{۲۳}، ۱۴۰۶ ق).

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 و بنابراین موارد دیگر تحت شمول عام - ممنوعیت خیار - باقی می‌ماند (السمرقندی، ۱۴۱۴ ق). این مدت‌زمان باید متصل به عقد باشد، در غیر این صورت، باز هم عقد باطل خواهد بود (نووی، بی تا؛ حفید،

۱۴۱۵ ق). البته فقهای حنبلی و برخی از فقهای حنفی، مثل ابویوسف و محمد شیبانی، محدودیتی برای شرط خیار در عقد قائل نیستند (السرخسی، ۱۴۰۶ ق؛ ابن‌قدامه، بی‌تا). مضافاً 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 هر یک از متعاقدين مستقل از دیگری است، بنابراین 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 (ابن‌قدامه، بی‌تا). 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؛ نووی، بی‌تا). 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).

نزد اهل تسنن در خصوص شرط خیار برای اجنبی دو دیدگاه مطرح است (نووی، بی‌تا؛ قرافی، ۱۹۹۴، ۲۴ م): 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 بر خلاف مقتضای عقد است، چون حقوق عقد متعلق به متعاقدين است (السرخسی، ۱۴۰۶). 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؛ نووی، بی‌تا). ابن‌قدامه حنبلی معتقد است این خیار مبتنی بر اشتراط متعاقدين و اراده و تصمیم آن‌هاست؛ در نتیجه این شرط با قابلیت صحتی که دارد، العا کردنی نیست. چنان‌که در روایت نبوی نیز به سند صحیح ابوهیره و عایشه آمده «المؤمنون عند شروطهم»؛ بنابراین هر شرطی که متعاقدين برای خود یا اجنبی قرار بدهند صحیح و مشروع است (ابن‌قدامه، بی‌تا). نکته قابل ذکر اینکه برخی معتقدند برای شخص اجنبی منحصرأ و مستقل نمی‌توان شرط خیار قرار داد؛ زیرا فلسفه اصلی خیار تحصیل منفعت برای متعاقدين است (البهوتی، ۱۴۱۸ ق؛ قرافی، ۱۹۹۴ م). در عین حال، فقها در این‌باره اختلاف‌نظر دارند.

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

در نگاه نخست به نظر می‌رسد که با توجه لزوم عقد نکاح، تنها دو عامل طلاق و وجود عوامل فسخ می‌تواند 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 می‌توانند مبدع راه سومی باشند و مدت‌زمانی را به عنوان شرط خیار قرار دهند تا در آن مدت درباره فسخ یا امضای عقد نکاح تصمیم‌گیری کنند؟ آیا برای انحلال نکاح راه سومی وجود دارد؟ نکته بااهمیت این است که هیچ‌آیه و روایتی در خصوص شرط خیار در نکاح (نفی یا امضا) وارد نشده و فقها نیز به آیه و روایتی استناد نکرده‌اند. در ادامه برای رسیدن به پاسخ منطقی و صحیح، سیر تحول نظر فقهای امامیه از متقدمین تا

معاصرین و دلایل آن‌ها مورد مطالعه و ارزیابی قرار می‌گیرد. مطالعه آرای فقهای امامیه حکایت از آن دارد که برخی هم شرط خیار و هم عقد نکاح را باطل می‌دانند و برخی تنها شرط را باطل می‌دانند، بدون این‌که موجب بطلان عقد نکاح شود. پس از بیان نظرات فقهای امامیه، آرای فقهای مذاهب اهل سنت که اختلاف‌نظر 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 این‌باره هیچ نظری مطرح نکرده‌اند. شیخ صدوق، ابن جنید، شیخ مفید و سید مرتضی که از بزرگان فقهای شیعه هستند، در این خصوص فتوایی نداده‌اند یا لاقلاً در آرای نقل‌شده 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 ق). مشارالیه در کتاب دیگرش به نام خلاف نیز به بطلان شرط و عقد اشاره کرده است، اما نه به دلیل اجماع، بلکه می‌نویسد: «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).

نکته قابل تأمل، ایراد شدیدی است که ابن ادریس به شیخ می‌گیرد. ابن ادریس که خود معتقد به بطلان شرط خیار در نکاح و صحت عقد است، به شیخ اشکال می‌گیرد 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 فروع فقهای آنان است. چنان‌که شافعی معتقدند شرط خیار در نکاح باطل و مبطل عقد است. حال آن‌که، هیچ‌یک از اصحاب ما چنین فتوایی نداده است و روایتی هم بدین مضمون - نه خبر واحد و نه متواتر - وارد نشده است. پس شیخ ما به چیزی سست‌تر از خانه عنکبوت استناد کرده است (حلی، ۱۴۰۹).

تحقیق نشان می‌دهد بعد از شیخ طوسی، در سایر کتب فقهی همچون المذهب به قلم ابن‌براج و الوسيله از ابن‌حمزه و غنیه‌النزوع نگاشته ابن‌زهره، مطلبی در خصوص شرط خیار در عقد نکاح ذکر نشده و فقط در کتاب جواهرالفرقه این‌گونه آمده که عقد نکاح، عقدی لازم است و شرط خیار در آن صحیح نیست (ابن‌براج، ۱۴۱۱ ق). ظاهراً از قرن ششم به بعد، شرط خیار در نکاح جزء مباحث محوری و متداول در متون فقه درآمده و درباره آن اعلام نظر شده است. از جمله محقق حلی در شرایع الاسلام می‌نویسد: «اشترط خیار فقط در مهر صحیح است و عقد مقرون به آن فاسد نیست» (حلی، ۱۴۰۹). در جامع‌الشرایع یحیی بن سعید بن حلی نیز شرط خیار در نکاح را باطل و مبطل عقد نکاح می‌داند (حلی، ۱۴۰۵ ق). علامه حلی در کتاب مختلف‌الشیعه، 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 می‌کند. مشارالیه می‌نویسد: «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 اقدم ما است. این‌که صرفاً فتاوی دو مذهب بر یکدیگر منطبق باشند، مستلزم این نیست که نسبت تقلید به آن داده شود» (حلی، ۱۴۱۳). شهید اول نیز، مانند اسلاف خود، به بطلان شرط خیار در نکاح و مبطل بودن آن رأی داده است (جبل عاملی، ۱۴۱۲ ق).

به نظر می‌رسد آنچه در فتاوی منقول از بزرگان فقه شیعه، مشهور است، این که 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 به‌عنوان مستند وارد نشده؛ الا 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 فقهای شیعه با شرط خیار به گونه‌ای غیرمستند و غیرمستدل و در عین حال، با جزم و استحکام فتوایی روبه‌رو شدند.

فقهای شیعه از قرن دهم هجری دیدگاه‌شان را متعبدانه و گاه مستدل مطرح کرده‌اند. چنان که محقق کرکی در جامع‌المقاصد می‌نویسد در نکاح شائبه‌ای از تعبد وجود دارد و بنابراین نکاح صرفاً عقد معاوضه نیست؛ بنابراین شرط خیار در نکاح باطل و مبطل است، ولی از آنجا که 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 (کرکی، بی‌تا). شهید ثانی، دیگر شارح بزرگ قرن دهم، در شرح شرایع‌الاسلام به نکته‌ای اشاره می‌کند که تا قبل از قرن دهم در میان فقهای 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 ابن‌قدامه در المغنی (ابن‌قدامه، بی‌تا) را، شاید به‌عنوان نقل قول و البته بدون نام مأخذ ذکر می‌کند: «و لان النکاح لیس معاوضه محصنه و لذا لا یعتبر فیه العلم بالمعقود علیه برویه، ولا وصف للجھالۃ، یصح من غیر تسمیہ العوض و مع عوض فاسد و لان فیه شائبہ العبادہ و العبادات لا یدخلها الخیار و لان اشتراط الخیار فیه الی فسخه بعد ابتدال المرأه. فان فی فسخه بعد العقد ضرر بالمرأه و لذلك اوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق» (جبل عاملی، ۱۴۱۳). 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 (جبل عاملی، ۱۴۱۳). در کشف‌الثام فاضل هندی نیز همین استدلال تکرار شده است (فاضل هندی^{۲۵}، ۱۴۰۵).

نویسنده جواهرالکلام، علاوه بر بیان استدلال فقهای پیشین، مطلبی را افزون بر مطالب گذشتگان مطرح می‌سازد و معتقد است تنافی شرط خیار با عقد نکاح از ضروریات فقه است (نجفی^{۲۶}، ۱۳۶۶ ش). 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؛ عقودی که امکان درج شرط خیار در آن مطابق اتفاق فقها وجود ندارد. دسته دوم؛ عقودی که درج شرط خیار در آن محل اختلاف است و دسته سوم؛ عقودی 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^{۲۷}، ۱۳۷۴).

فقهای معاصر نیز با شرط خیار در نکاح مخالف‌اند. 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 بر خلاف ذات عقد نکاح نیست (طباطبایی یزدی^{۲۸}، ۱۴۲۸؛ موسوی خمینی^{۲۹}، ۱۴۲۱ ق؛ خوانساری^{۳۰}، ۱۴۰۵ ق). 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 انحلال‌ناپذیر می‌سازد (خویی^{۳۱}، ۱۴۰۴ ق). 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، ۱۴۰۴ ق).

مختصر این‌که قدر متیقن نظرات ابرازی فقهای 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 در این باره از دو زاویه می‌توان بحث کرد: نخست، اینکه بپذیریم اصل در عقد، ممنوعیت شرط خیار است؛ مگر آن‌که برای آن دلیل داشته باشیم. دوم، بپذیریم 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). با این حال، برخی معتقدند نیاز به شرط خیار در نکاح شدیدتر است، زیرا اهمیت نکاح از سایر عقود و معاملات بیشتر است (حفید، ۱۴۱۵)؛ اما به طور کلی، فقهای مالکی شرط خیار در نکاح را شرطی فاسد و بر خلاف مقتضای عقد می‌دانند (غرناطی^{۳۲}، بی‌تا).

فقهای شافعی نیز شرط خیار در نکاح را شرطی باطل می‌دانند و معتقدند این شرط با لزوم نکاح منافات دارد (الانصاری^{۳۳}، ۱۴۱۸ ق). برخی نیز آن را مخالف با مقتضای نکاح می‌دانند (الشربینی الخطیب^{۳۴}، ۱۳۷۷). ابن ادریس شافعی نیز معتقد است که وجود شرط خیار در نکاح، قبیح‌تر از عقد موقت (متعه) 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 او، 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، 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^{۳۵}، ۱۴۰۳ ق). ماوردی نیز معتقد است از 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^{۳۶}، ۱۴۱۹).

فقه‌های حنفی نیز شرط خیار در نکاح را با لزوم عقد معارض و منافی می‌دانند و معتقدند 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 (السرخسی، ۱۴۰۶ ق).

در مذهب حنبلی نیز با شرط خیار در نکاح به تصریح فقها مخالفت شده است. ابن‌قدامه 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 (ابن‌قدامه، بی‌تا): اولاً در ازدواج به تفکر و تأمل بعد از عقد نیازی نیست، چراکه غالباً این تفکر و تأمل ماقبل ازدواج صورت می‌گیرد؛ بر خلاف 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. همان‌گونه 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.

۲.۳. نظر برگزیده

مطالعه آرای فقه‌های امامیه و اهل سنت، دلایل عمده نظرات آن‌ها را آشکار کرد. 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 اولاً 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 مثلاً لزوم را جزء ذات نکاح بدانیم، ولی در سایر عقود جزء لزوم ذاتی نباشد. مضافاً این‌که اصلاً ذات نکاح لزوم باشد غلط است، مگر نه این است که عقد موقت با شرط انفساخ در موعده معین به همان عقد نکاح برمی‌گردد؟ پس 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 جزء موارد ذاتی است، چگونه می‌شود که در پاره‌ای از موارد؛ هم در شرع و هم در قانون، امکان فسخ نکاح؛ مانند خیار عیب مورد پذیرش قرار گرفته است؟ ثانیاً 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 نمی‌شود 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 نمی‌تواند با این مقتضای ذات نکاح منافات داشته باشد. در رد عبادت محسوب‌شدن 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 یادآور می‌شویم دلیلی مبنی بر محدود کردن قلمرو اعمال شرط خیار به معاوضاتی مانند بیع و اجاره در دست نیست. ثالثاً نظر ابن ادریس مبنی بر این که شرط خیار در نکاح مبطل عقد نیست، به لحاظ استدلال فقهی صحیح است و دلیلی برای مبطل‌بودن 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 نمی‌دانند، تعارضی نیست (حکیم، ۱۳۹۰). در فقه در جای خود اثبات شده که بطلان شرط ملازمه با بطلان عقد ندارد و هر یک مطلوب جداگانه‌ای است و می‌توان حسب قاعده انحلال یک عقد به چند عقد میان آن‌ها جدایی انداخت. به بیان دیگر نمی‌توان گفت چون طرفین مجموع عقد و شرط را قصد کرده‌اند، بنابراین در صورت باطل‌بودن شرط، از آنجایی که آن‌ها عقد بدون شرط را قصد نکرده‌اند، عقد هم باطل است. شرط جنبه تبعی و فرعی دارد و باطل‌بودن آن موجب از بین رفتن قصد طرفین نسبت به عقد اصلی نمی‌شود. بر همین اساس است که در فقه و هم‌چنین مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی شروط باطل به دو دسته تقسیم می‌شوند. در برخی موارد صرفاً خود شرط باطل است و در برخی موارد نیز به دلیل این که بطلان شرط به ارکان عقد نیز آسیب وارد می‌کند، بطلان عقد را هم در پی دارد؛ مانند شرطی که بر خلاف مقتضای ذات عقد باشد. مختصر این که ملازمه ادعایی میان بطلان شرط و عقد، محل اشکال است.

افزون بر صحت عقد، دلیل قابل‌انکایی بر بطلان «شرط خیار» هم وجود ندارد؛ زیرا هیچ‌یک 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 نامشروع‌بودن مواجه نیست. از یک سو؛ در رابطه با فایده درج شرط خیار باید گفت اولاً نظر به تفاوت‌های 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^{۳۷}، ۸۵)، می‌توان وجود این شرط را متضمن فایده دانست. ثانیاً همان فواید و توجیهات منطقی که در رابطه با پذیرش شرط خیار در سایر قراردادها وجود دارد، در عقد نکاح هم قابل طرح است. برای مثال همان‌گونه که در عقد بیع ضرورت نیاز به تدبیر بیشتر می‌تواند طرفین قرارداد را به جعل شرط خیار سوق دهد، این ضرورت در عقد نکاح که امکان کسب اطلاع دقیق از روحیات، خصوصیات اخلاقی و... زوجین قبل از انعقاد عقد نکاح به مراتب دشوارتر است، بیشتر احساس می‌شود. از سوی دیگر؛ این شرط نامشروع نیز محسوب نمی‌شود و ابتدال 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. ثانیاً 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، ۱۳۷۳).

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. چنان که برای نمونه مقدس اردبیلی که گرایش اخباری نیز دارد، در این باره 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، ۲۸، ۱۴۰۳ ق). محقق بحرانی نیز در این باره می‌نویسد در کتب فقهی ما بطلان شرط خیار در نکاح را به معاوضی نبودن نکاح تعلیل کرده‌اند، در حالی که این تحلیل‌ها قابل مناقشه است و نمی‌تواند برای عموم ادله شرط خیار، تخصیص قائل شود و لذا اصل همان اجماع است (بحرانی، بی‌تا). هم‌چنین برخی فقهای معاصر دیدگاه مشهور فقهی را رد و نقض کرده‌اند (حکیم، ۳۹، ۱۳۹۰ ق). این در حالی است که تحقق اجماع با توجه به سابقه تاریخی بحث بسیار بعید؛ بلکه مستبعد است. چون به جز شیخ طوسی و ابن ادریس حلی تا قرن ششم سایر فقهای متقدم به آن اشاره‌ای نکرده‌اند.

از این رو به نظر می‌رسد صحت این شرط با اشکالی مواجه نیست و همان مبانی و ضرورت‌های درج شرط خیار در سایر قراردادها، 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 دلایلی نظیر توجه به اجماع و لحاظ لُبی بودن آن، به قدر متیقن عمل کرد و بطلان شرط خیار در نکاح را مورد پذیرش قرار داد، همراه با اشکال است.

نتیجه‌گیری

از جمله خیارهای 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.

اتباع 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؛ کمالین‌که نیازمند قصد قربت هم نیست. شرط خیار نیز دارای شرایط عمومی صحت شروط است؛ از این رو 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 اظهارنظر 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.

پی‌نوشت‌ها

- | | |
|--------------------|---------------------------|
| 1. Seyed Morteza | 20. Al-Masri |
| 2. Tusi | 21. Al-Raini |
| 3. Heli | 22. Al- Sarkhsi |
| 4. Halabi | 23. Gharafi |
| 5. Ibn Baraj | 24. Fazel Hindi |
| 6. Deylami | 25. Najafi |
| 7. Naraqı | 26. Ansari |
| 8. Jebel Ameli | 27. Tabatabei Yazdi |
| 9. Bahrani | 28. Mosavi Khomeini |
| 10. Karaki | 29. Khansari |
| 11. Tabatabei | 30. Khu'i |
| 12. Al-Samarghandi | 31. Gharnati |
| 13. Al-Bohuti | 32. Al Ansari |
| 14. Hafid | 33. Al-Sharbinı Al Khatib |
| 15. Al-Dasuqi | 34. Shafei |
| 16. Ibn Qadama | 35. Maverdi |
| 17. Nawawi | 36. Katouzian |
| 18. Malek | 37. Ardebili |
| 19. Khalil | 38. Hakim |

منابع

- ابن‌براج، س. (۱۴۰۶ ق.). *المهذب*، ج ۱، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
ابن‌براج، س. (۱۴۱۱ ق.) *جواهراللقه*، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
ابن‌قدمه، ع. (بی‌تا). *المعنی*، ج ۴ و ۷، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العربی.
البهوتی، م. (۱۴۱۸ ق.). *کشافالقناع*، ج ۳، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
اردبیلی، ا. (۱۴۰۳ ق.). *مجمع‌الفایده و البرهان*، ج ۸، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
الانصاری، ز. (۱۴۱۸ ق.). *فتح‌الوهاب*، ج ۲، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
انصاری، م. (۱۳۷۴ ش.). *المکاسب*، ج ۲ و ۳، چاپ دوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.

- بحرانی، ی. (بی‌تا). *حداث‌الناظره*، ج ۱۹، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
- جبل عاملی، م. (۱۴۱۲ ق.). *الدروس*، ج ۳، چاپ اول قم: جامعه مدرسین.
- جبل عاملی، ز. (۱۴۱۳ ق.). *مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۳ و ۷، چاپ اول، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- جبل عاملی، ز. (۱۴۱۳ ق.). *الروضه البهیة*، ج ۳، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- حفید، ا. (۱۴۱۵ ق.). *بدایه‌المجتهد و نهاییه‌المقتصد*، ج ۲، چاپ اول، بیروت: دارالفکر.
- حکیم، م. (۱۳۹۰ ق.). *مستمسک عروه‌الوئقی*، ج ۱۴، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حلبی، ا. (۱۴۱۷ ق.). *غنیة‌النزوع*، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق.
- حلی، ا. (۱۴۰۹ ق.). *السرائر*، ج ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات استقلال.
- حلی، ج. (۱۴۰۹ ق.). *شرایع‌الاسلام*، ج ۲، چاپ دوم، تهران: انتشارات استقلال.
- حلی، ح. (۱۴۰۳ ق.). *قواعد‌الاحکام*، ج ۲، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
- حلی، ح. (۱۴۱۴ ق.). *تذکره الفقها*، ج ۱۱، چاپ اول، قم: مؤسسه آل‌البتیت.
- حلی، ح. (۱۴۱۳ ق.). *مختلف‌الشیعه*، ج ۵ و ۷، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
- حلی، ی. (۱۴۰۵ ق.). *جامع‌الشرایع*، چاپ اول، قم: مؤسسه سیدالشهدا.
- خوانساری، ا. (۱۴۰۵ ق.). *جامع‌المدارک*، ج ۳، چاپ اول، تهران: کتاب‌فروشی صدوق.
- خوبی، ا. (۱۴۰۴ ق.). *کتاب‌النکاح*، ج ۲، چاپ اول، نجف: دارالعلم.
- الدسوقی، ش. (بی‌تا). *حاشیه دسوقی*، ج ۲، چاپ اول، بیروت: دار احیاء الکتب العربیه.
- دیلمی، س. (۱۴۱۴ ق.). *المراسم العلویه*، چاپ اول، قم: مجمع علمی اهل‌البتیت.
- الرعینی، ح. (۱۴۱۶ ق.). *مواهب‌الجلیل*، ج ۶، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- السرخسی، ش. (۱۴۰۶ ق.). *المبسوط*، ج ۳ و ۵، چاپ اول، بیروت: دارالعرفه.
- السمرقندی، ع. (۱۴۱۴ ق.). *تحفه الفقها*، ج ۲، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- سیدمرتضی، ع. (۱۴۱۵ ق.). *الانتصار*، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
- شافعی، ا. (۱۴۰۳ ق.). *الام*، ج ۵، چاپ اول، بیروت، دارالفکر.
- الشربینی الخطیب، م. (۱۳۷۷ ق.). *معنی‌المحتاج*، ج ۳، چاپ اول، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- طباطبایی، ع. (۱۴۱۲ ق.). *ریاض‌المسائل*، ج ۸، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
- طباطبایی یزدی، م. (۱۴۲۸ ق.). *عروه‌الوئقی*، ج ۵، چاپ سوم، قم: جامعه مدرسین.
- طوسی، م. (۱۳۸۷ ق.). *مبسوط*، ج ۲ چاپ اول، تهران: کتاب‌فروشی مرتضوی.
- طوسی، م. (۱۴۱۷ ق.). *الخلاف*، ج ۳ و ۴، چاپ اول، قم: جامعه مدرسین.
- غرناطی، ا. (بی‌تا). *القوانین الفقهیه*، ج ۱، چاپ اول، مطبعة النهضة نباس.
- فاضل هندی، م. (۱۴۰۵ ق.). *کشف‌الثام*، ج ۲، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- قرافی، ا. (۱۹۹۴ م.). *الذخیره*، چاپ اول: بیروت، دارالغرب الاسلامی.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۲ ش.). *حقوق مدنی: خانواده*، ج ۱، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- الکاسانی، ع. (۱۴۰۹ ق.). *بدایع‌الصنایع*، ج ۲، چاپ اول، پاکستان: المکتبه الحیبیه.
- کرکی، ع. (بی‌تا). *جامع‌المقاصد*، ج ۴ و ۱۳، چاپ اول، بیروت: مؤسسه آل‌البتیت.
- مالک، ب. (۱۴۰۶ ق.). *الموطأ*، ج ۴، چاپ اول، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- مالک، ب. (بی‌تا). *المدونه الکبری*، ج ۴، مصر: السعاده.
- ماوردی، ع. (۱۴۱۹). *الحاوی الکبیر*، ج ۹، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- خلیل، ا. (۱۴۱۶ ق.). *مختصر خلیل*، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- المصری، ا. (۱۴۱۸ ق.). *البحر الرائق*، ج ۶، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العلمیه.

- موسوی خمینی، ر. (۱۴۲۱ ق). *کتاب البیع*، ج ۴، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
نجفی، م. (۱۳۶۶ ش). *جواهرالکلام*، ج ۲۹، چاپ نهم، تهران: دارالکتب الاسلامی.
نراقی، م. (۱۴۱۸ ق). *مستندالشیعہ*، ج ۱۴، چاپ اول، مشهد: مؤسسه آل‌البتیت.
النووی، ا. (بی‌تا). *المجموع فی الشرح المہذب*، ج ۴ و ۹، چاپ اول، بیروت: دارالفکر.
النووی، ا. (بی‌تا). *روضہ الطالبین*، ج ۳، چاپ اول، بیروت: دارالکتب العملیہ.

- Al-Buhouti, M. (1418 AH). *Kashaf al-Qa'nah*, vol 3, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
AL-Dasuqi, Sh, (N.D). *Hashiye Dasuqi*, vol 2, 1th ed, Beirut: Dar Ehya Al-Kotob Al-Arabi.
Al- Kasani, A. (1409 AH). *Badaieh Al-Sanai'ah*, vol 2, 1th ed, Pakestan: Al-Maktabat Al-Habibiyah.
Al-Masri, A. (1418 AH). *Al-Bahr Al-Raeiq*, vol 6, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
Al-Ansari, Z. (1418 AH). *Fatah Al-Wahhab*, vol 2, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
Al-Raini, H. (1416 AH). *Mavaheb Al-Jalil*, vol 6, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
Al-Samarghandi, A. (1414 AH). *Tohfat Al-Foghaha*, vol 2, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
Al- Sarkhsi, SH. (1406 AH). *Al-Mabsot*, vol 3,5, 1th ed, Beirut: Dar Al-Maarefe.
Al-Sharbini Al Khatib, M, (1377 AH). *Moghani Al-Mohtaj*, vol 3, 1th ed, Beirut: Dar Ehya al-Tharat Al-Arabi.
Ansari, M. (1374 HS). *Al-Makaseb*, vol 2, 3, 2th ed, Qom: Esmailian Publications.
Ardebili, A. (1403 AH). *Majma Al-Fayedah and Al-Burhan*, vol 8, 1th ed, Qom: Jaame'e Madarresin.
Bahrani, Y. (N.D). *Al-Haddaiq Al-Nazrai*, vol 19, 1th ed, Qom: Jaame'e Madarresin.
Deylami, S. (1414 AH). *Al-Marasem Al-Alwiyyah*, 1th ed, Qom: Ahl Al-bait science Assembly.
Fazel Hindi, M. (1405 AH). *Kashf Al-Letham*, vol 2, 1th ed, Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library.
Gharafi, A. (1994 M). *Al-Zakhira*, 1th ed, Beirut: Dar Al-Gharb Al-Islami.
Gharnati, A. (N.D). *Al-Qawanin Al- Faghihi*, vol 1, 1th ed, Beirut: Matbaat Alnahzat Nabas.
Hafid, A. (1415 AH). *Bada'i Al-Mujtahed and Nahayat Al-Muqtased*, vol 2, 1th ed, Beirut: Dar Al-Fekr.
Hakim, M. (1390 AH). *Mostamsek Al-Arwa al-Wosgha*, vol 14, 1th ed, Beirut: Dar Ehya Al-Tharat Al-Arabi.
Halabi, A. (1417 AH). *Ghaniyyeh Al-Nuzwa'i*, 1th ed, Qom: Imam Sadegh Institute.
Heli, A. (1409 AH). *Al-Serraer*, vol 2, 1th ed, Tehran: Esteghlal Publications.
Heli, J. (1409 AH). *Shari'a al-Islam*, vol 2, 2th ed, Tehran: Esteghlal Publications.
Heli, H. (1403 AH). *Ghavaed Al-Ahkam*, vol 2, 1th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.
Heli, H. (1414 AH). *Tazkarat Al-Fughah*, vol 11, 1th ed, Qom: Institute of Al-Albait.
Heli, H. (1413 AH). *Mokhtalef Al-Shi'a*, vol 5,7, 1th ed, Qom: Jaame'e Modrearsin
Heli, Y. (1405 AH). *Jama'a Al-Shara'i*, 1th ed, Qom: Institute of Seyed Al-Shohada.
Ibn Baraj, S. (1406 AH). *Al-Mahzab*, vol 1, 1th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.
Ibn Baraj, S. (1411 AH). *Jawahar al-Fagha*, 1th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.
Ibn Qadama, A. (N.D), *Al-Maghni*, vol 4,7, 1th ed, Beirut, Dar Al-Ketab Al Arabi.
Jebel Ameli, Z. (1413 AH). *Masalek Al-Afsham*, vol 3,7, 1th ed, Qom: Institute of Islamic Studies.
Jebel Ameli, A. (1413 AH). *Al Doros*, vol 3, 1th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.

- Jebel Ameli, Z. (1413 AH). *Al-Rouza Al-Bahyah*, vol 3, 1th ed, Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library.
- Karaki, A. (N.D). *Jama'a Al-Maghased*, vol 4,13, 1th ed, Beirut: Institute of Al-Albait.
- Khansari, A. (1405 AH). *Jame al-Madarek*, vol 3, 1th ed, Tehran: Sadogh Book store.
- Khu'i, A. (1404 AH). *Ketab al-Nekah*, vol 2, 1th ed, Najaf: Dar Al-Elm.
- Malek, B, (1406 AH). *Al- Mutta*, vol 4, 1th ed, Beirut: Dar Ehya Al-Tharat Al-Arabi.
- Malek, B, (N.D). *Al-Madonna Al-Kubra*, vol 4, 1th ed, Egypt: Al-Saadat.
- Mawerdi, A. (1419 AH). *Al-Hawawi Al-Kabir*, vol 9, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
- Katouzian, N. (1385 SH). *Hoghogh Madani: Khanevadeh*, 1th ed, Tehran: Institute of Sahamiye Enteshar.
- Khalil, I. (1416 AH). *Mokhtar Khalil*, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
- Mosavi Khomeini, R. (1421 AH). *Ketab Al-Bai'ah*, vol 4, 1th ed, Tehran: Imam Khomeini Institute of Publication.
- Najafi, M. (1366 HS). *Jawahar Al-Khalam*, vol, 29, 9th ed, Tehran: Dar Al- Kotob Al-Islami.
- Naraq, M. (1418 AH). *Jawahar Al-Kalam*, vol 14, 1th ed, Mashhad: Institute of Al-Albait.
- Nawawi, A. (N.D). *Al-Majmou'a fi Sharh Al-Mahzab*, vol 4,9, 1th ed, Beirut: Dar Al-Fekr.
- Nawawi, A. (N.D). *Rozat al-Talibin*, vol 3, 1th ed, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Ilmiye.
- Seyed Morteza, A. (1415 AH). *Al-Entesar*, 1th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.
- Shafi'i, A. (1403 AH). *Al-Am*, vol 5, 1th ed, Beirut: Dar Al-Fekr.
- Tabatabai, A. (1412 AH). *Riydh Al-Masa'el*, vol 2, 1th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.
- Tabatabai Yazdi, M. (1428 AH). *Orwata Al- Wosgha*, vol 5, 3th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.
- Tusi, M. (1387 AH). *Mabsout*, vol 2,1th ed, Tehran: Mortazavi Book store.
- Tusi, M. (1417 AH). *Al-Khalaf*, vol 3,4, 1th ed, Qom: Jaame'e Modarresin.