

## آزادی اراده در جعل شرط فسخ در نکاح

حیدر باقری اصل\* / سعیده باقری اصل\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۰/۱۹

### چکیده

هرچند فقیهان امامیه و به تبع آنان قانون مدنی، جعل شرط فسخ در عقد نکاح را از حاکمیت اراده طرفین عقد نکاح خارج ساخته و باطل دانسته اند ولی نظر مذکور در فقه امامیه و حقوق ایران با ادله و قواعد حاکم بر آزادی اراده طرفین عقد نکاح در جعل شرط فسخ، تعارض دارد. به این بیان که طبق قواعد حاکم بر اراده طرفین عقد، جعل شرط فسخ در کلیه عقود لازم و نیز معاوضی ممکن است؛ به طوری که برخی از فقیهان، جعل شرط فسخ در عقود لازم و معاوضی را یک قاعده دانسته اند و از آنجایی که عقد نکاح نیز یک نوع عقد لازم و نیز معاوضی تلقی می شود لذا نباید جعل شرط فسخ در آن باطل تلقی شود. تحقیق حاضر، نظریه صحت جعل شرط فسخ در نکاح را در حل این تعارض پذیرفته و ایرادات وارده بر آن را طرح و ضمن بازخوانی انتقادی ادله و قواعد حاکم بر شرط فسخ با روش توصیفی و با ابزار استنادی کتابخانه ای مرتفع ساخته و اصلاح مواد مربوط قانونی مدنی را پیشنهاد داده است.

**کلیدواژه:** آزادی اراده، شرط، عقد، فسخ، نکاح

---

\* استاد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول) bagheriasl@tabrizu.ac.ir

\*\* دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

## ۱- مقدمه

مشهور فقیهان امامیه با حاکمیت اراده طرفین در جعل شرط فسخ در نکاح مخالفت کرده و آن را باطل دانسته اند؛ برای مثال، شیخ طوسی جعل شرط فسخ در نکاح را در مدت معین برای هر دو و یا یکی از طرفین نکاح و یا برای شخص ثالث باطل دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷: ۸۱/۲؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۶/۳). ابن براج در این خصوص مقرر کرده است: «شرط فسخ در نکاح طبق قول جمیع فقیهان جاری نمی شود، زیرا اجماع بر بطلان آن حاصل است» (ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۲۵۶/۱). علامه حلّی نیز درباره شرط فسخ در نکاح تصریح کرده است: «شرط فسخ در هر عقدی غیر از وقف و نکاح، جریان می یابد» (علامه حلّی، ۱۴۱۱: ۶۸/۲). محقق ثانی نیز عقد نکاح را به تبعیت از علامه حلّی از شمولیت قاعده مذکور خارج دانسته است (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴). محقق حلّی نیز در این مورد نوشته است: «شرط فسخ در هر عقدی غیر از نکاح و وقف جاری می شود» (محقق حلّی، ۱۴۱۸: ۲۷۷/۲-۲۷۸). فاضل هندی (۱۴۱۶: ۴۲۳)، نجفی (۱۹۸۱: ۱۰۵/۲۹) و انصاری (۱۴۲۰: ۱۵۱/۵) نیز از جمله قائلان به این قول هستند.

قول غیر مشهور فقیهان تنها شرط را باطل و عقد را صحیح اعلام کرده اند؛ برای مثال، ابن ادریس (۱۴۱۰: ۲۴۶/۲) و آل کاشف الغطاء (۱۴۲۳: ۱۵۱/۴) بر این عقیده اند.

به نظر می رسد قانون مدنی ایران نیز از این نظر فقیهان امامیه تبعیت نموده و شرط فسخ در نکاح را باطل دانسته و در این مورد مقرر کرده است: «شرط فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است» (قانون مدنی، ماده ۱۰۶۹). البته برخی از نویسندگان، مفاد این ماده را بر قول غیر مشهور فقیهان حمل نموده و تنها شرط را باطل دانسته و نکاح را صحیح اعلام کرده اند (امامی، ۱۳۷۱: ۶۷/۴؛ حائری شهاباغ، ۱۳۸۲: ۹۳۰/۲-۹۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۸۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۲۳۵/۱).

متأسفانه بطلان شرط فسخ در نکاح از سوی محققان حقوق ایران و امامیه تلقی به قبول و مسلم دانسته شده و قانونگذار ایران - به تبع از این نظر فقیهان - شرط فسخ در نکاح را در ماده ۱۰۶۹ ق.م. گنجانده است و کسی به این موضع فقیهان و به تبع آنان موضع قانونگذار اعتراضی ننموده، بلکه این مسأله از مسلمات فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران دانسته شده است. هرچند تاکنون سه مقاله در موضوع تحقیق با عنوان های «واکاوی وضعیت شرط فسخ در نکاح» (قبولی درفشان، ۱۳۹۶: ۵۲۳-۵۵۴)، «نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح» (بهمن پور و حائری، ۱۳۹۶: ۹۵-۱۱۲) و «شرط خیار در نکاح» (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۲۵-۱۵۰) نوشته شده است لیکن مقاله نخست، اجماع را مهم ترین دلیل بطلان شرط دانسته، ولی مقصود از عقد را به دائم تفسیر نموده و عقد منقطع را از شمول آن خارج دانسته و ماده ۱۰۶۹ ق.م. را نیز بر این اساس معنا نموده است (قبولی درفشان، ۱۳۹۶: ۵۴۷)؛ همچنین مقاله دوم نیز مهم ترین دلیل مسأله را اجماع معرفی کرده و با استناد به شائبه مدرکی بودن آن، پیشنهاد داده است اجماع در پرتو سیره فراگیر عقلا و متشرعه مورد مطالعه قرار گیرد، اما این که شرط فسخ در نکاح موجب بطلان شرط است و یا علاوه بر آن، موجب بطلان عقد نیز می باشد، بی پاسخ مانده است (بهمن پور و حائری، ۱۳۹۶: ۱۱۰). به این ترتیب، در این دو مقاله، نظر بطلان جعل شرط تثبیت گردیده است. مقاله سوم، نظریه صحت جعل شرط فسخ در نکاح را تنها در نتیجه تحقیق پذیرفته، ولی به مبانی این نظریه در متن مقاله نپرداخته است (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۸) و این مقاله نیز از این جهت ناتمام تلقی می شود؛ در حالی که پذیرش نظریه بطلان جعل شرط فسخ در نکاح - که در دو مقاله نخست نیز تثبیت شده است - در حقوق امامیه و ایران با ادله و قواعد حاکم بر آزادی اراده طرفین عقد نکاح در جعل شرط فسخ تعارض دارد. به این بیان که طبق قواعد حاکم بر اراده طرفین عقد، جعل شرط فسخ در کلیه عقود لازم و نیز معاوضی ممکن است، به طوری که برخی از فقیهان جعل شرط فسخ در عقود لازم و معاوضی را یک قاعده دانسته اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۶۵/۳۲) و از آنجایی که عقد نکاح نیز یک نوع عقد لازم و

نیز معاوضی تلقی می شود لذا نباید جعل شرط فسخ در آن باطل باشد. بنابراین، قبول همزمان دو حکم مذکور، به معنای پذیرش همزمان دو حکم متعارض است و چنین امری ممکن نیست. از اینرو، طبق قاعده مزبور یا باید جعل شرط فسخ در عقد نکاح نیز صحیح باشد و یا باید عقد نکاح از کبرای کلی در قاعده مزبور با ادله محکم استثناء بخورد و استثنای آن از شمولیت و حاکمیت این قاعده، توجیه حقوقی شود. این مسأله ضرورت تحقیق را نشان می دهد و باید ادله و قواعد حاکم بر آزادی اراده طرفین عقد نکاح در جعل شرط فسخ، مورد بازخوانی انتقادی قرار گیرد تا شمولیت یا تخصیص قاعده مزبور نسبت به نکاح نیز تعیین و توجیه گردد. آنگاه ضرورت این تحقیق معلوم می شود که به مشکل اجتماعی پدیدآمده از نظریه بطلان جعل شرط فسخ در نکاح نیز توجه داشته باشیم. مشکل اجتماعی پدیدآمده از نظریه یادشده آن است که یک عقدی را که مردم به دست خود و با حاکمیت اراده و اصل آزادی منعقد ساخته اند، نمی توانند به دست خود و با حاکمیت اراده و اصل آزادی باز نمایند، بلکه گره پدیدآمده را باید با دندان باز کنند؛ یعنی باید تشریفات آئین دادرسی را تحمّل نمایند و با اعطای هزینه دادرسی به مراجع قضایی و تحت نظر قاضی یا قضاتی که مصلحت های اجتماعی حفظ بنیان خانواده را بیش از مصلحت های طرفین نکاح لحاظ می کنند مراجعه نمایند؛ و این دستورالعملی است که به منظور جلوگیری از فروپاشی خانواده به قاضی اعلام شده و او باید این نوع سیاست اعلامی سیستم قضایی متأثر از مسائل اجتماعی را در رأی خود ملحوظ بدارد. مردم گاهی سال ها در دادگاه ها، اعم از بدوی، تجدیدنظر و دیوان عالی کشور منتظر می مانند و پس از مدت ها و صرف عمر و تحمّل هزینه های مادی و معنوی به نتیجه نمی رسند (شمس، ۱۳۹۴: ۹۴/۳).

بنابراین، ضرورت دارد مبانی نظریه بطلان و صحّت «شرط فسخ در نکاح» مورد طرح و بررسی انتقادی قرار گیرد تا صحّت و بطلان شرط فسخ در نکاح آشکار شود. تحقیق حاضر به این مسأله مهم پرداخته است تا تکلیف صحّت یا بطلان شرط فسخ در

نکاح را در جهت فتوای معتبر فقیهان امامیه با روش توصیفی و استنباط از منابع فقهی و با ابزار استنادی کتابخانه ای تعیین نماید.

## ۲- طرح نظریه صحت جعل شرط فسخ در نکاح

نظریه صحت جعل شرط فسخ در نکاح، راه حل مناسبی در حقوق ایجاد کرده، و می تواند گره ها و مشکلات زیادی را در مسأله حمایت از حاکمیت اصل آزادی اراده طرفین نکاح باز نماید. طبق این نظریه، طرفین نکاح با جعل شرط فسخ در آن، دیگر به مراجعه کردن به دادگاه نیازی نخواهند داشت و هر زمان در مهلت شرط فسخ، هر کدام از طرفین نکاح طبق حاکمیت اصل آزادی ارادی بخواهد می تواند بدون رعایت تشریفات آئین دادرسی و بدون مراجعه به دادگاه و تلف نمودن وقت، دست به این کار بزند و گره یکی از معضلات اجتماعی را به دست خود باز نماید. امری که ادله و قواعد حاکم بر عقود لازم و معاوضی نیز آن را تأیید می کند. این نظریه تا زمان شیخ طوسی، مورد مخالفت فقیهان امامیه قرار نگرفته (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۷) و نصی - خواه آیه و خواه روایت - بر منع آن صادر نشده است و از مذاهب دیگر نیز طرفدار دارد و نخستین کسی که در مذاهب اسلامی به صحت جعل شرط فسخ در نکاح عقیده پیدا کرده است، ابو ثور ابراهیم بن خالد بن ابی الیمان کلبی (م ۲۴۶ یا ۲۴۰ ق) مؤسس مذهب فقهی بائده ثوریه است. در عقیده وی، انعقاد نکاح خیار جازیه بوده، و چنین عقدی صحیح می باشد و برای هر کس که شرط فسخ شود، اختیار فسخ نکاح وجود دارد (همان: ۱۲۷؛ ابن رشد قرطبی، ۱۴۱۵: ۸/۲).

## ۳- ادله نظریه صحت جعل شرط فسخ در نکاح

چندین دلیل بر صحت جعل شرط فسخ در نکاح دلالت دارند. این ادله را می توان ادله حاکمیت اراده بر عقود لازم و معاوضی و شروط ضمن آنها نامید.

### ۱-۳- التزام به شرط فسخ ناشی از لزوم وفای به عموم عقود

دلیل نخست صحّت شرط فسخ در هر عقدی و از جمله نکاح، آیه وفای به عقود «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) است. نحوه استدلال به این آیه برای اثبات صحّت شرط فسخ در نکاح چنین است: «أَوْفُوا» در این آیه، فعل امر است و ظهور در وجوب تکلیفی و نیز لزوم وضعی دارد و این ظهور حجّت است و از آنجایی که این امر، متعلّق به هر عقدی از عقود است، لذا امر به وجوب و لزوم وفای عموم عقد، یعنی هر عقدی می‌کند. روایت صحیح ابن سنان نیز بر استنباط یادشده تأکید دارد (قمی، ۱۴۰۴: ۱/۱۶۰)، زیرا این روایت، مراد از عقد در این آیه را مطلق عهد دانسته است. البته مقصود از عقد در آیه، عقدی است که در لغت و عرف، عقد نامیده می‌شود (انصاری، ۱۳۷۵: ۲۱۵)، چنان که مراد از وجوب و لزوم وفای به عقد، عمل به مقتضای خود عقد بر حسب دلالت لفظی، نظیر وفای به نذر است؛ لذا زمانی که نکاح به شرط فسخ مشروط شده باشد عمل بر حسب مقتضای نکاح مشروط به فسخ برای طرفین واجب و لازم می‌گردد. بنابراین، اگر ذو الخیار آن را به استناد خیار خود فسخ نماید، نکاح منحلّ می‌گردد؛ نظیر اعمال طلاق که نکاح را منحلّ می‌گرداند (همان). به عبارت دیگر، نحوه استدلال به عموم آیه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر صحّت جعل شرط فسخ در نکاح نظیر سایر عقود اینگونه است که: شرط فسخ در ضمن عقد، یکی از اجزای عقد مذکور است و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وفای به عقد مشروط مذکور را واجب و لازم می‌کند و به این ترتیب، التزام ضمنی پدید می‌آید. چنان که مشاهده می‌شود این التزام به شرط فسخ، ناشی از لزوم وفای به عموم عقود است، به طوری که التزام به عقد، قابل انفکاک از التزام به شرط فسخ نیست؛ زیرا بعد از جعل شرط فسخ در عقد نکاح، شرط یکی از اجزای عقد نکاح می‌گردد.

### ۲-۳- جواز جعل هر شرط غیر مخالف کتاب و سنت در عقود

دلیل دوم صحّت شرط فسخ در هر عقدی و از جمله نکاح، عموم اخباری است که بر جواز جعل هر شرطی که با کتاب و سنت مخالف نیست، دلالت می‌کند

(کلینی، ۱۴۰۱: ۱۶۹/۵، حدیث ۱؛ صدوق، ۱۳۷۸: ۱۲۷/۳، حدیث ۵۵۳؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۲۲/۷، حدیث ۹۴؛ ۲۵/۷، حدیث ۱۰۷)؛ برای مثال، از پیامبر (ص) نقل شده است: «الشَّرْطُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، مَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ كِتَابٌ وَلَا سُنَّةٌ: بَيْنَ مُسْلِمَانٍ جَعَلَ شَرْطًا جَائِزًا»؛ مگر این که کتاب و سنت آن را منع کند» (صدوق، ۱۳۸۷: ۱۲۷/۳، حدیث ۵؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۲۲/۷، حدیث ۹۳ و ۹۴)؛ همچنین از معصوم نقل گردیده است: «إِنَّ كُلَّ شَرْطٍ لَا يُخَالِفُ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ فَهُوَ جَائِزٌ: يَعْنِي هَرَّ شَرْطِي كَمَا مَخَالَفَ كِتَابَ وَ سُنَّتَ نَبَا شَد، جَائِزًا اسْت» (کلینی، ۱۴۰۱: ۱۶۹/۵، حدیث ۱؛ صدوق، ۱۳۷۸: ۱۲۷/۳، حدیث ۵۵۳؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۲۲/۷، حدیث ۹۴؛ ۲۵/۷، حدیث ۲۲ و ۱۰۷)؛ و در حدیث مستفیض نبوی تصریح شده است: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ: مُؤْمِنَانِ پَابِنْدِ شُرُوطِ خُودِ هَسْتَنَد» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۷۱/۷، حدیث ۱۵۰۳؛ همو، ۲۳۲/۳: ۱۳۹۰، حدیث ۸۳۵؛ ابن قدامه، بی تا: ۳۸۴/۴-۳۸۶؛ ابن حجر، بی تا: ۲۳/۳، حدیث ۱۱۹۵؛ ۴۴/۳، حدیث ۱۲۴۶؛ ابن شیبیه، ۱۴۰۹: ۵۶۸/۶، حدیث ۲۰۶۴). این حدیث با این متن نیز نقل شده است: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَلَا يَجُوزُ: مُؤْمِنَانِ پَابِنْدِ شُرُوطِ خُودِ هَسْتَنَد؛ مَگَرِ هَرِّ شَرْطِي كَمَا مَخَالَفَ كِتَابَ خُودَا بَاشَدِ كَه جَائِزٌ نِيسْت» (حرّ عاملی، ۱۳۸۷: ۳۵۳/۱۲، حدیث ۲) و نیز «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ: مُسْلِمَانَانِ پَابِنْدِ شُرُوطِ خُودِ هَسْتَنَد» (حرّ عاملی: ۳۵۳/۱۲، حدیث ۲، ۵ و ۱). اقتضای سه حدیث اخیر این است که جعل شرط فسخ در نکاح، صحیح باشد. با این استدلال که حدیث مستفیض نبوی، به معنای آن است که مؤمنان یا مسلمانان بر شروط خود پابندند. این حدیث، شروط مؤمن و مسلمان را لازم دانسته و او را پابند شروط خود اعلام می کند و عموم این حدیث، شرط جعل فسخ در نکاح را نیز مانند سایر شروط غیر مخالف کتاب و سنت شامل می شود؛ پس اگر کسی شرط فسخ در نکاح بکند مانند شرط فسخ سایر عقود، طبق حدیث مزبور لازم الوفاء خواهد بود.

بنابراین، همان عمل الزام آوری که اصل عقد و لزوم آن را ایجاب می کند، که عبارت از تعهد و پابندی به عهد باشد، موجب مشروعیت شرط فسخ و مبنای پذیرش

آن نیز می‌گردد. مطالعه مورد به مورد خیارات از قبیل خیار مجلس، خیار عیب، خیار غبن و امثال آنها، نشان می‌دهد که در همه این خیارات نوعی تعهد ضمنی بر قبول آن وجود دارد و شرط فسخ در نکاح از سایر خیارات از این جهت، متفاوت نیست و همه خیارات، اعم از جعلی و شرعی، این مبنا را دارند و می‌توان عموم آیاتی نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده: ۱) را شامل این نوع تعهدات ضمنی که دارای مبنای عقلایی و شرعی هستند، دانست و ملاک التزام به شرط فسخ و سایر خیارات را «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (حرر عاملی: ۳۰/۱۵، حدیث ۴) قلمداد کرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۱/۴۵۴).

### ۳-۳- امکان وجود ضرر و غرر در نکاح خیاری

دلیل سوم صحّت جعل شرط فسخ در نکاح، امکان وجود ضرر و غرر در نکاح خیاری است. از اینرو، جعل شرط فسخ در نکاح به اندیشیدن و تصمیم‌گیری بهتر در دفع ضرر و غرر، فرصت مفیدی در مهلت خیار خواهد بود؛ بلکه وجود این فرصت برای نکاح ضروری تر از دیگر معاملات است، زیرا جبران ضرر ها در دیگر معاملات ممکن است اما در نکاح کمتر امکان جبران ضرر وجود دارد (ابن رشد قرطبی، ۱۴۱۵: ۸/۲؛ مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۸).

### ۴- طرح ایرادات نظریه تحقیق و بررسی انتقادی آنها

هرچند ایرادات متعددی را می‌توان بر نظریه تحقیق ارائه نمود و صحّت آن را با وجود این ایرادات زیر سؤال برد ولی این ایرادات، قابل رفع و دفع هستند. ابتدا این ایرادات را به شرح زیر طرح نموده و سپس به نقد و ارزیابی آنها می‌پردازیم.

#### ۴-۱- غیر معاوضی بودن نکاح و ارزیابی آن

طبق قواعد حاکم بر معاملات، جعل شرط فسخ در کلیه عقود معاوضی پذیرفته شده است، به طوری که برخی از فقیهان معاصر، این جریان را به حق، یک قاعده دانسته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۶۵/۳۲). هرچند در کبرای کلی این قضیه یا قاعده، کسی اشکال نکرده است، ولی در صغرای این مسأله مخالفت وجود دارد. مشهور فقیهان،



سبب بطلان جعل شرط فسخ در نکاح را غیر معاوضی بودن نکاح معرفی کرده اند؛ برای مثال، علامه حلی (۱۴۱۱: ۶۸/۲)، شهید ثانی (۱۴۱۳: ۲۱۱/۳) و محقق ثانی (۱۴۰۸: ۳۰۳/۴) جعل شرط فسخ در نکاح را به این دلیل جایز ندانسته اند که نکاح، عقد معاوضی نیست و خیار، اعمّ از شرعی و جعلی در عقود معاوضی جاری می شود (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۶۸/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۱۱/۳؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴).

در نقد و ارزیابی این دلیل باید گفت: اولاً- این سخن به معنای آن است که صحّت و بطلان شرط فسخ در نکاح مبنایی است. با این توضیح که اگر کسی نکاح را معاوضی تلقی کند شرط فسخ در آن هیچ ایرادی نخواهد داشت. به ویژه این که تصریح شده است که «جمیع اقسام خیارات مثل خیار شرط، خیار مؤامره ردّ ثمن و غیر آنها از خیارات در عقود معاوضی، جریان می یابند» (نجفی، ۱۹۸۱: ۶۵/۳۲)؛ ثانیاً- برخی از فقیهان، نظریه غیر معاوضی بودن نکاح را در برخی از احکام مطرح کرده اند که نظریه نادر در حقوق امامیه است؛ ثالثاً- عقد غیر معاوضی دو تعریف دارد: یکی عقدی است که فقط یکی از طرفین عقد، قصد انشاء کرده و دارای تعهد می شود و طرف دیگر، تعهدی ندارد، مانند عقد عاریه و ودیعه و هبه غیر معوّض، که اعطاء از یک طرف عقد انجام می شود؛ و تعریف دیگر، عقدی است که هر دو طرف عقد قصد انشاء می نمایند و دارای تعهد می گردند؛ هرچند در آن داد و ستد از طرفین چون عقد بیع نباشد، بلکه داد و ستد در آن به معنای داد و ستد مانند نکاح باشد که همان داد و ستد به معنای داد و ستد مهر و بضع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۴۶۰). هرچند تعریف اخیر عقد غیر معاوضی تنها بر نکاح انطباق دارد ولی از آنجایی که نکاح در تعریف اخیر، عقدی است که متضمّن اخذ و عطا (داد و ستد) و الزام و التزام از طرفین است، لذا نکاح داخل عقود معاوضی است. البته گاهی عقد معاوضی در خصوص عقود است که در آنها مبادله مال از طرفین می شود. نکاح را به این مناسبت، شبه عقد معاوضی یا عرش العقود و فرش العبادات گویند (همان: ۴۶۲)؛ رابعاً- کسانی که شرط فسخ در نکاح را باطل می دانند، معاوضی بودن نکاح را ردّ

نکرده، بلکه نکاح را از کبرای کلی جریان شرط فسخ در عقود معاوضی از طریق تخصیص - نه تخصّص - استثنا می کنند.

## ۲-۴- بطلان شرط فسخ در هر گونه عبادت و ارزیابی آن

یکی از دلایلی که فقیهان نسبت به مسأله بطلان شرط فسخ در نکاح ارائه کرده اند، این است که اصل شرط در هر عمل عبادی، باطل است. فقیهان این دلیل را در عبادات به مثابه یک قاعده تلقی نموده و هر گونه شرط، خواه شرط فسخ و یا غیر آن را در عبادت باطل تلقی نموده اند (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴)؛ برای مثال، شهید ثانی در این خصوص نوشته است: «شرط فسخ در نکاح جایز نیست، زیرا نکاح به انواع عبادات؛ به معاوضات محلق است و اگر شرط فسخ در نکاح گردد، عقد باطل می شود. به این دلیل که تراضی بر شرط فاسد شده و آن حاصل نگردیده است» (شهید ثانی، بی تا: ۱۲۰/۵).

محقق ثانی نیز به تبع شهید ثانی در این خصوص مقرر کرده است: «نکاح جنبه و شائبه عبادی دارد و خیار در عبادات وارد نمی شود» (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴). در نقد و ارزیابی این دلیل می توان گفت که صغرای ادعای عبادی بودن نکاح، مورد خدشه است و کبرای آن (خیار در عبادات جاری نمی شود) نیز نقض دارد. خدشه در صغری (عبادی بودن نکاح) به این بیان است که: اولاً - خیار شرعی و جعلی تنها به عقود معاوضی، اختصاص ندارد بلکه در عبادات نیز جاری است؛ برای مثال، عقد نذر و عهد از جمله عقود عبادی هستند که شرط فسخ در آنها جریان می یابد. به این بیان که خود عقد، مشروط به تحقق شرط است؛ اگر شرط تحقق یابد، نذرکننده متعهد به انجام آن است و در غیر این صورت، عقد منحل می گردد. همین وضعیّت در عقد عهد نیز جاری است و عهد انسان با خدا مشروط به تحقق شرط است. اگر شرط تحقق یابد، عهدکننده متعهد به انجام آن است و در غیر این صورت، عقد منحل می گردد؛ ثانیاً - در مورد مسأله نکاح خیاری و صحّت یا بطلان شرط یا نکاح هیچ بیان

تعبّدی از قبیل آیه یا روایت وارد نشده است (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۵۳۹؛ مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۲۹) و تا زمان شیخ طوسی در قرن پنجم، هیچگونه اظهارنظری نسبت به این مسأله از سوی محدّثین و فقیهان امامیه صورت نگرفته و این مسأله ریشه در فقه عامّه داشته و از آنجا وارد فقه امامیه شده است. نخستین فقیه امامی شیخ طوسی بوده است که در بطلان شرط فسخ در نکاح اظهارنظر نموده و بعد از آن ادّعای اجماع در این مسأله شده است (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۷۵/۲). به نظر می رسد که تلقّی عبادی از نکاح، «اجتهاد در موضوع» است که توسط ایشان شده باشد، زیرا در هیچ آیه یا روایتی چنین تلقّی نیامده است (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۷)، اگرچه این تلقّی به شرع نسبت داده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۷۲/۱)؛ ثالثاً - پیش از شهید ثانی کسی را نمی شناسیم که عبادی بودن نکاح را ادّعا کرده باشد، بلکه همه فقیهان نکاح را در بخش معاملات قرار داده اند و کسی آن را در بخش عبادات قرار نداده است (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۰). بنابراین، نمی توان ترغیب شارع به ازدواج را به لحاظ عبادی بودن آن تفسیر نمود؛ چنان که ترغیب شارع به مکاسب و بیع حلال را نمی توان به لحاظ عبادی بودن آن معنا کرد.

همچنین در مورد ایراد بر کبرای ادّعای عدم وجود بر عبادات باید گفت: برخی عبادات، قابل جعل شرط فسخ هستند. البته فسخ در هر جای مناسب آن، معنی می دهد و فسخ عبادت به معنای بطلان و کاشف از آن است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۵۱۴/۱). بهترین دلیل امکان ورود شرط فسخ در نکاح، وقوع آن است؛ برای مثال، جریان خیار در موارد ظهور یک عیب از عیوب زوجه و زوج در نکاح تجویز شده است؛ همچنین ماده ۱۱۱۹ ق.م. - به تبعیّت از حقوق امامیه - در فسخ نکاح با طلاق مقرر کرده است: «طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج، یا عقد لازم دیگر بنمایند: مثل این که شرط شود هر گاه شوهر، زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود، یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمّل شود، زن

وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.»

شرط فسخ در عقد نکاح به طور فراوان، قرار داده می شود و حقوق اسلامی آکنده از شروط ضمن عقد نکاح است، به طوری که می توان گفت خیارپذیری نکاح، بر اساس مقتضای ذات نکاح است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۵۱۴/۱). از اینرو، قانون مدنی یک فصل باب نکاح را به امکان فسخ نکاح طی مواد ۱۱۲۰ تا ۱۱۲۸ اختصاص داده و نحوه فسخ نکاح را تبیین کرده است. بنابراین، صحت شرط فسخ در عقد نکاح را با تمسک به موارد مشابه وجود خیار فسخ در عیوب زوج و زوجه می توان اثبات کرد و چنین استنباط فقهی و استدلال حقوقی به دور از حقوق امامیه نیست و روند موجود جریان سایر شروط غیر از شرط فسخ در نکاح، این واقعیت را اثبات می کند و اعتقاد به آن، اشکال فنی ندارد.

### ۳-۴- وجود ترویّ تامّ در نکاح و ارزیابی آن

یکی از ادله ای که فقیهان بر بطلان شرط فسخ در نکاح مطرح کرده اند تمسک به مبنای اختیارات است؛ برای مثال، محقق ثانی در این خصوص نوشته است: «خیار برای ترویّ است و عقد نکاح بعد از انعقاد، ترویّ پذیر نیست» (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴).

در نقد و ارزیابی این دلیل می توان گفت: اولاً- مبنای کلیه اختیارات، ترویّ نیست بلکه ضرر نیز از مبانی عمومی اختیارات است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۵۵/۵؛ طباطبائی، ۱۴۰۴: ۵۲۶/۱؛ انصاری، ۱۳۷۵: ۲۴۹؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۹۷/۳۲)؛ بنابراین اگر مبنای خیار در نکاح، ضرر تلقی گردد - به این معنا که بپذیریم گاهی و مواردی در استمرار نکاح برای یکی از طرفین ضرر پیش می آید - باید بپذیریم که تجویز جعل شرط فسخ در نکاح، جهت رفع یا دفع ضرر بر شارع ضرورت دارد. از اینرو، طرفین عقد می توانند فسخ نکاح را در مدت معین برای طرف زیان دیده از عقد شرط کنند و این شرط،

طبق اصول و قواعد حاکم بر عقود و قراردادهاست؛ ثانیاً- چنین ادعائی، اعمّ از مدعا می باشد، زیرا لازمه پذیرش این استدلال آن است که در هر عقدی که مسبوق به ترویّ تامّ باشد، دیگر خیاری در آن جاری نباشد در حالی که کسی چنین سخنی نگفته است (خوئی، ۱۴۱۴: ۳۶/۲).

#### ۴-۴- جلوگیری از رسیدن ضرر بر زوجه و نقد آن

برخی از فقیهان بر این عقیده اند که جعل شرط فسخ در نکاح، موجب ورود ضرر بر زوجه است؛ لذا شرط فسخ در نکاح برای جلوگیری از ورود ضرر بر او باطل تلقی شده است (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۴۹/۲۹؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۴/۴).

در نقد و ارزیابی این استدلال باید گفت: اولاً- چنین گفتاری اعمّ از مدعاست. با این استدلال که گاهی بر عکس گفتار مزبور است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۲) و ثانیاً- خود زوجه به جعل این شرط راضی شده و بدان اقدام کرده است و طبق «قاعده اقدام» ایرادی بر این شرط وارد نیست (طباطبائی قمی، ۱۴۰۰: ۱۷۲/۴).

#### ۴-۵- جلوگیری از سست شدن بنیان خانواده و نقد آن

یکی از ادله ای که فقیهان بدان تمسک کرده اند استناد به بطلان جعل شرط فسخ در نکاح برای جلوگیری از سست شدن بنیان خانواده است. محقق ثانی در این مورد مقرر کرده است: «عدم خیار در نکاح، برای جلوگیری از سست شدن بنیان خانواده است» (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴).

فقهایی نظیر علامه حلّی و شهید ثانی نیز نظیر همین مطلب را بیان کرده اند (علامه حلّی، بی تا: ۵۸۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰۱/۳).

در نقد و ارزیابی این ایراد می توان گفت: اولاً- این سخن، جواب نقضی دارد؛ با این استدلال که استحکام نکاح، با جعل طلاق نیز در تعارض است، ولی شارع این کار را انجام داده است؛ ثانیاً- جواب حلّی ایراد مزبور آن است که ممکن است کسی بگوید: شدت اهتمام نکاح ایجاب می کند که شارع و مقنن، یک راه حلّی در نکاح جعل کند تا رضای طرفین نکاح را هم در حدوث آن و هم در بقای آن، حفظ نماید و

آن چیزی جز خیار نیست. این عمل، خانواده را از طلاق عاطفی نجات داده و موجب استحکام حقیقی خانواده می‌گردد.

#### ۶-۴- امکان فسخ نکاح با طلاق و نقد آن

یکی دیگر از استدلال‌هایی که فقیهان امامیه در بطلان جعل شرط فسخ در نکاح ارائه داده‌اند عبارت از این است که: «نکاح تنها با طلاق و فوت طرف، قابل انحلال است و حقوق اسلامی، راه دیگری را برای انحلال آن پیش بینی نکرده است» (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴).

در نقد و ارزیابی این استدلال می‌توان گفت: اولاً- این ادعا کلیت ندارد، زیرا - چنان که بیان شد - جعل خیار عیوب زوج و زوجه در نکاح، دلیلی بر خلاف ادعای عدم وجود راه دیگر است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۵۱۴/۱)؛ ثانیاً- اثبات چیزی (طلاق) نفی ماعدا (شرط فسخ) نمی‌کند (قمی طباطبائی، ۱۴۰۰: ۱۶۹/۴). پس، توقف انحلال نکاح بر طلاق، مقتضی آن نیست که انحلال نکاح، منحصر در طلاق باشد (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۳/۴) و دلیل این ادعا همان جریان خیار متعدد در نکاح است.

#### ۷-۴- ملازمه بین اقاله و خیار و نقد آن

عده‌ای از فقیهان، بین اقاله در نکاح و بین جعل خیار شرط، ملازمه بین اصل و عکس قاعده مزبور برقرار کرده و صحت شرط فسخ در نکاح را به امکان اقاله در نکاح منوط کرده (اصل قاعده) و عدم امکان اقاله در عقدی را موجب عدم امکان جعل شرط تلقی نموده‌اند (عکس قاعده)؛ و از آنجایی که طبق اقوال و ادله موجود، اقاله در نکاح باطل است، لذا نتیجه گرفته‌اند که جعل خیار شرط نیز در آن باطل است (انصاری، ۱۴۲۰: ۱۵۱/۵).

در نقد و ارزیابی این استدلال باید گفت: این قاعده از سوی عده‌ای دیگر از فقیهان مورد تخطئه قرار گرفته و برخی ملازمه عکس قاعده (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۲۶۴/۴) و برخی ملازمه هم اصل و هم فرع را مردود اعلام دانسته‌اند (شهیدی تبریزی،

۱۳۷۲: ۴۵۲/۳؛ قمی طباطبائی، ۱۴۰۰: ۱۷۰/۴؛ روحانی، ۱۴۲۰: ۲۷۳/۱). طبق نظر نخست، هر چند که بین اصل قاعده ملازمه باشد؛ یعنی بر صحت هر عقدی که در آن اقاله وجود دارد، شرط فسخ هم صحیح باشد، ولی برای عکس قاعده، یعنی برای عدم صحت جعل خیار شرط در عقدی در صورت عدم صحت اقاله، دلیلی وجود ندارد. با این توضیح که ممکن است جعل خیار شرط در ابتدای تشکیل عقد، با استناد به مقررات تکمیلی بودن آن مشروع باشد، ولی اقاله آن عقد بعد از تشکیل عقد با استناد به حکم آمره بودن آن، مردود می باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۲۶۴/۴).

#### ۸-۴- انصراف ادله خیار از نکاح و نقد آن

برخی از فقیهان امامی، در بطلان جریان خیرات در عقد نکاح اینگونه استدلال کرده اند: «اصولاً ادله خیرات، از عقود غیر معاوضی چون نکاح انصراف دارد» (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۵۱۳/۱).

در نقد و ارزیابی این دلیل باید گفت: اولاً- ادعای مذکور، اختلاف مبنایی در مسأله است؛ زیرا همان طور که بیان شد یکی از دو نظریه این است که نکاح، جزو عقود عبادی چون نذر و عهد است؛ لیکن نظریه دیگر و حتی مشهور فقیهان آن است که نکاح، جزو معاملات است و طبق این مبنای، تمسک به ادله خیرات جهت اثبات صحت جریان خیرات در نکاح ممکن خواهد شد و انصراف ادعایی باطل خواهد گردید، ثانیاً- ادعای انصراف ادله خیار از نکاح و در نتیجه، ادعای بطلان شرط فسخ در نکاح، به عبادی بودن نکاح بر می گردد و از آنجا که عبادی بودن نکاح، مبنایی بوده، و این استدلال تنها به نفع فقیهانی است که مبنای آنان در نکاح بر عبادیت نکاح است؛ لیکن فقیهانی که نکاح را جزو معاملات معرفی می نمایند و مشهور فقیهان بر این نظرند، نمی توانند چنین ادعایی بکنند؛ مگر این که مبنای خود را در این مورد نادیده بگیرند، که متأسفانه این عدم رعایت مبنای در اینجا اتفاق افتاده و سخن مزبور در خروج از مبنای پدید آمده است.

#### ۹-۴- اقامه اجماع بر بطلان شرط فسخ در نکاح و نقد آن

یکی از دلایل مهم بطلان شرط فسخ در نکاح، اجماع فقیهان دانسته شده است. شیخ طوسی هم در «مبسوط» و هم در «خلاف»، اجماع امامیه را در این مسأله ادعا کرده است. بیان ایشان در «مبسوط» چنین است: «به اجماع فقها، در نکاح خیار جاری نمی شود» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۸۱/۲)؛ همچنین متن گفتار وی در «خلاف» چنین است: «زمانی که مرد مهریه زن را بدهد و خیار سه روز یا بیشتر را در نکاح شرط کند، نکاح بدون هیچ اختلاف نظری باطل است» (همو، ۱۴۱۷: ۱۶/۳).

ادعای اجماع ابن برّاج در این خصوص چنین است: «اما خیار، به اتفاق فقیهان امامیه [در عقد نکاح، جاری نمی شود، و دلیل آن مشابه همان دلیلی است که پیشتر بیان کردیم و به خاطر اجماعی که [در مسأله] حاصل است» (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲۵۶-۳۵۵/۱).

صاحب جواهر هم می نویسد: «خیار شرط در هر عقد لازمی، اعم از این که عقد معاوضی باشد یا نه، ثابت می شود؛ مگر در نکاح و وقف که بدون اختلاف فقیهان در استثناء جاری نمی شود...؛ در مورد مستثنای اول یعنی عدم ورود خیار در نکاح، میان فقیهان اختلافی نیست، بلکه در جامع المقاصد و مسالک و خلاف و مبسوط و سرائر، بر آن ادعای اجماع شده است و آن، بعد از تأیید عبارات همشکل با یکدیگر، حجّت است و بنای فقیهان در احتیاط تامّ و سبقت ترویّی در آن، اثبات می کند که وجود شرط در نکاح، به رافع مخصوص نیاز دارد و بدون چنین رافعی از آن دست بر داشته نمی شود» (نجفی، ۱۹۸۱: ۶۲/۳۲).

در نقد و ارزیابی استناد به اجماع باید گفت: اولاً- اجماع مذکور، به انصراف فوق، مستند است و در نتیجه، اجماع فقیهان در مسأله، اجماع مدرکی تلقی می شود؛ بنابراین، انصراف مذکور از ادله خیارات مردود است؛ ثانیاً- وجود خیار فسخ در موارد مشابه نظیر خیار فسخ در عیوب زوج و زوجه، ادعای اجماع مزبور را تضعیف کرده است؛ ثالثاً- کاشفیت اجماع یادشده نسبت به رأی معصوم، مورد تردید است؛ زیرا



احتمال می رود که مستندات دیگری موجب اجماع شده است (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۲: ۵۳۶؛ قبولی درفشان، ۱۳۹۶: ۵۳۶)؛ رابعاً- ادّعی اجماع، پس از شیخ طوسی پدید آمده و امری حادث است، زیرا فقیهان قبل از شیخ طوسی، نسبت به جعل شرط خیار در نکاح اظهار نظر نکرده اند (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۷) بنابراین، نسبت ادّعی اجماع به فقیهان پیش از شیخ طوسی، مردود است؛ البته هر چند که قول عدم خلاف، به فقیهان قبل از شیخ طوسی منسوب است لیکن عدم خلاف در یک مسأله، با وجود اجماع در آن مسأله متفاوت است. با این استدلال که معنای عدم خلاف فقیهان در جعل شرط خیار در نکاح آن است که آنان نسبت به جعل شرط خیار در نکاح اظهار نظر نکرده اند، لذا موضع آنان در این مسأله روشن نیست و نباید اینجا نتیجه گرفته شود که قول آنان، بطلان جعل شرط خیار در نکاح است. البته ممکن بود که اگر فقیهان پیش از شیخ طوسی نیز نسبت به جعل شرط خیار در نکاح اظهار نظر می نمودند، به بطلان جعل شرط خیار در نکاح رأی می دادند؛ و ممکن هم بود که به صحّت رأی می دادند، ولی در هر صورت، نظر آنان در این مسأله منقّح و روشن نیست. از اینرو، نسبت دادن ادّعی اجماع به آنان، خلاف واقعیت فقهی در مسأله است. بنابراین، نباید معنای فقهی اصطلاح «عدم خلاف» را با معنای فقهی اصطلاح «اجماع»، یکی تلقی کرد؛ خامساً- اجماع هر چند دو معنای متفاوت دارد: یکی، اتّفاق نظر مجتهدان اسلام از صدر اسلام تا زمان حال و در همه نقاط جهان در یک مسأله فقهی؛ و دیگری، اتّفاق نظر مجتهدان اسلام در یک عصر بر یک مسأله فقهی؛ اما در هر دو تعریف، شرط این است که مستند و مأخذ اظهار نظر آنان، معلوم نباشد که آیه یا روایت یا استدلال عقلی و مانند آن بوده است؛ و گرنه اجماع مدرکی خواهد شد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۱۱)؛ چنان که اینجا اجماع مستند به سایر ادلّه به شرح پیشین و نیز ادلّه بعدی هستند؛ سادساً- اصولیان و فقیهان امامیه در جهت حجّیت اجماع عقیده دارند که باید کاشف از قول معصوم باشد؛ البته در نحوه کاشفیت اختلاف نظر دارند (همان: ۱۲). این قول اتّفاقی آنان، اثبات می کند که حجّیت اجماع، ذاتی نیست

بلکه مستند به منع آن است که همان قول معصوم می باشد و این نظر، برخلاف فقیهان مذاهب دیگر فقهی است که برای اجماع، حجیت ذاتی قائل هستند. از آنجا که مستند اجماع فقیهان امامیه در اینجا معلوم است و مستند ادله پیشین یا بعدی هستند لذا اجماع مدرکی تلقی می شود و تنها باید مستندات اجماع، مورد نقد و ارزیابی قرار گیرند و خود اجماع از ادله مسأله خارج گردد؛ سابقاً- خود فقیهان در جعل شرط فسخ در عقد نکاح، اختلاف نظر دارند و - چنان که بیان آن پیشتر گذشت - مشهور فقیهان امامیه، جعل شرط فسخ در نکاح را موجب بطلان نکاح دانسته اند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۸۱/۲؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۶/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۲۵۶/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۱: ۶۸/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۷۷/۲-۲۷۸؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۲۳؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۱۰۵/۲۹؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۱۵۱/۵)؛ در حالی که قول غیر مشهور فقیهان تنها شرط را باطل و عقد را صحیح اعلام کرده اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۴۶/۲؛ آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۵۱/۴). از اینرو، عده ای از محققان حقوق موضوعه ایران، ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی ایران را به قول غیر مشهور فقیهان حمل نموده و تنها شرط را باطل دانسته و نکاح را صحیح اعلام کرده اند (امامی، ۱۳۷۱: ۶۷/۴؛ حائری شاهباغ، ۱۳۸۲: ۹۳۰/۲-۹۳۱؛ محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۸۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۲۳۵/۱). این اختلاف نظر فقیهان در مسأله، موجب تضعیف جدی اجماع فقیهان در این مسأله شده و آن را متزلزل می سازد؛ ثامناً- بطلان جعل شرط فسخ در عقد نکاح برخلاف اصل حاکمیت اراده طرفین بر عقود و قرارداد های خود و از جمله عقد نکاح است و با ادله و قواعد حاکم بر آزادی اراده طرفین عقد نکاح در جعل شرط فسخ، تعارض دارد. با این استدلال که طبق قواعد حاکم بر اراده طرفین عقد و آزادی آنان، جعل شرط فسخ در کلیه عقود لازم و نیز معاوضی ممکن است؛ به طوری که برخی از فقیهان، جعل شرط فسخ در عقود لازم و معاوضی را یک قاعده دانسته اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۶۵/۳۲) و از آنجایی که عقد نکاح نیز یک نوع عقد لازم و نیز معاوضی تلقی

می شود لذا نباید جعل شرط فسخ در آن باطل تلقی شود. بنابراین، خروج از اصل و قاعده مذکور و تخصیص آن، به ادله قوی و غیر قابل انکار نیاز دارد و حاصل جمع نقد های هشتگانه یادشده، اجماع فقیهان در مسأله را غیر قابل قبول می نماید، به طوری که انکار اجماع در مسأله، موجه می شود.

#### ۱۰-۴- استثنای نکاح از صحت شرط فسخ در عقود و نقد آن

طبق قواعد حاکم بر معاملات، «شرط فسخ» در کلیه عقود لازم، جاری می شود، به طوری که برخی از فقیهان معاصر، این جریان را به حق، یک قاعده دانسته اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۶۵/۳۲). در کبرای کلی این قضیه یا قاعده، اشکالی نیست. تنها اشکال، در صغرای این قضیه یا قاعده است و فقط در کلیت و شمولیت قاعده نسبت به مصداق می توان مناقشه کرد؛ از اینرو علامه حلی، جریان شرط فسخ در نکاح را نپذیرفته و این عقد را از شمولیت قاعده مذکور، استثناء نموده است (علامه حلی، ۱۴۱۱: ۶۸/۲). محقق ثانی نیز به تبعیت از علامه، نکاح را از شمولیت قاعده، خارج دانسته است (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۳۰۳/۴).

در نقد و ارزیابی این ادعا می توان گفت: اولاً- ادعای استثنای جعل شرط فسخ در نکاح، مدلل نیست. توضیح این که، وقتی جریان شرط فسخ در عقود لازم طبق اصل و قاعده مزبور است، ادعای عدم جریان قاعده در نکاح و استثنای آن از این قاعده، به ادله فقهی و حقوقی بیشتر از اجماع متهم به مدرکی، نیاز دارد؛ ثانیاً- قانون مدنی، این مطلب را به تبعیت از فقه امامیه در ماده ۴۵۶ چنین مقرر کرده است: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه، ممکن است موجود باشد؛ مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است»، زیرا اقتضای دلیل جریان خیار، عموم است و بین بیع و نکاح فرقی وجود ندارد و اگر کسی احتمال اقتضار آنها را به بیع بدهد و جریان آنها را در نکاح به دلیل منوط نموده و بگوید: اگر چنین دلیلی بود، حکم همان است؛ وگرنه جریان آنها در نکاح صحیح نیست! جواب او این است که ضعف این استدلال، روشن است.

### ۱۱-۴- تنافی شرط فسخ با آمره بودن لزوم نکاح و نقد آن

برخی از فقیهان، لزوم عقود را به حقی و حکمی تقسیم می کنند. لزوم حقی از مقررات تکمیلی قانونگذار محسوب می شود و امکان جعل شرط فسخ در آن ممکن است. نمونه این لزوم، در عقد بیع است. لزوم حکمی از مقررات آمره شارع است و امکان جعل شرط فسخ در آن منتفی است (باقری اصل، ۱۳۹۰: ۸۶-۸۹). طبق نظر بعضی از فقیهان، نمونه لزوم حکمی، در لزوم نکاح است. به این دلیل، امکان جعل شرط فسخ در نکاح منتفی است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰: ۳۸۹/۴)؛ همچنین به عقیده این فقیهان، تردید در مشروعیت شرط برای بطلان آن کفایت می کند (همان). معنای فقهی این سخن آن است که در صورت تردید در تأثیر شرط فسخ، می توان لزوم نکاح را استصحاب نمود و بقای لزوم و عدم تأثیر شرط خیار در آن را نتیجه گرفت (همان).

در نقد و ارزیابی این استدلال باید گفت: اولاً- چنین ادعایی اخصاً از مدعاست، زیرا شامل عقد دائم است و عقد منقطع را در بر نمی گیرد؛ ثانیاً- استناد به اصل عملی فقاهتی نظیر استصحاب، زمانی صحیح است که نتوان تردید مزبور را به وسیله دلیل اجتهادی نظیر عمومات صحّت جعل شرط، خاتمه داد؛ ثالثاً- این استدلال در صورتی کامل است که شرط فسخ در نکاح را بعد از تشکیل نکاح و پیدا شدن لزوم آن شرط نمایند؛ اما اگر شرط فسخ را همزمان با تشکیل عقد شرط کنند، هنوز لزومی پدید نیامده است؛ زیرا در این صورت، لزوم عقد تا مهلت زمانی خیار استمرار می یابد و عقد بعد از آن لزومی ندارد؛ رابعاً- استنباط حکم آمره از لزوم نکاح، استحسانی و با مذاق فقیه است و از این جهت، ارزش علمی چندانی ندارد؛ به ویژه این که در این مورد، فقدان ضابطه مندی کشف مذاق شرع یا شارع از مذاق فقیه وجود دارد (صابری، ۱۳۸۵: ۱۳۰-۱۳۶)؛ خامساً- با لحاظ تمام موارد مزبور، تمسک به صحّت شرط فسخ در نکاح، با استناد به عمومات وفای شرط و عقد حتی در صورت تردید در

مشروعیت شرط فسخ در نکاح با مشکلی مواجه نیست، بخصوص این که چنین موردی از باب تمسک به عامّ در شبهه مصداقیه تلقی نمی شود (همان).

## ۱۲-۴- استناد به خلاف مقتضای عقد در شرط فسخ بر نکاح و نقد آن

برخی از فقیهان، دلیل بطلان جعل شرط فسخ در نکاح را با مقتضای نکاح منافی دیده و در نتیجه، به بطلان شرط فسخ در نکاح نظر داده اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۰۶/۳۱). طبق این عقیده، معنای نکاح، به معنای عقد دائم است و شرط فسخ، موجب توقیت آن می شود (خوئی، ۱۳۶۵: ۲۷۲/۶).

در نقد و ارزیابی این نظر باید گفت: اولاً- این قول تنها به نکاح دائم نظر داشته و عقد منقطع را نادیده گرفته است و ثانیاً- جعل خیار در نکاح، به معنای توقیت نمودن عقد دائم نیست، بلکه طبق نظر بعضی از فقیهان، موجب تقویت و تأکید بر دوام آن است. به این معنا که عقد خیار، به معنای عقد استمراری است که با خیار مرتفع می شود (قمی طباطبائی، ۱۴۰۰: ۱۷۲/۴). آن چه که دوام نکاح را از بین می برد توقیت است؛ نه جعل خیار (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۵/۴).

## نتیجه گیری

طبق یافته های این تحقیق، مقتضای برای صحت شرط فسخ در نکاح وجود دارد و آن، همان ادله عمومات صحت جعل شرط در هر عقد لازم و معاوضی است و مانع نیز منتفی است، زیرا هر چند فقیهان امامی تلاش گسترده ای در توجیه بطلان جعل شرط فسخ در نکاح کرده اند، ولی دلیل غیر قابل خدشه ای را نتوانسته اند در این مورد ارائه نمایند. به ویژه این که دلیلی بر بطلان شرط فسخ در نکاح از کتاب و سنت بیان نشده و اجماع ادعایی نیز مدرکی است و سایر ادله ادعایی نظیر شائبه عبادت نکاح، مقتضای دوام و لزوم استحکام آن، جلوگیری از سست شدن بنیان خانواده یا ضرر از زوجه، تشبیه خیار به اقاله و غیره، پاسخ موجه فقهی و حقوقی دادند که همگی آنها ارائه شده و اثبات گردید که هیچ کدام از آنها نمی توانند مانع جعل شرط فسخ در نکاح تلقی

گردند. بنابراین، پیشنهاد می شود قانونگذار در فرصت مقتضی، ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی را مطابق یافته های تحقیق حاضر اصلاح نموده و اعلام کند: «شرط فسخ در نکاح صحیح است».

## منابع

- **قرآن کریم**، ترجمه آیه الله ناصر مکارم شیرازی (۱۳۷۴)، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۳ق)، **سقیفه النجاه و مشکاه الهدی**، ج ۴، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن رشد قرطبی، محمد بن احمد بن محمد (۱۴۱۵ق)، **بدایه المجتهد و نهایه المقصد**، تحقیق خالد العطار، ج ۲، بیروت: دار الفکر.
- ابن شیهه کوفی، حافظ عبدالله بن محمد بن ابی شیهه (۱۴۰۹ق)، **المصنّف فی الأحادیث و الآثار**، تحقیق سعید محمد اللحام، ج ۶، بیروت: دار الفکر.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق)، **المهذبّ البارع فی شرح المختصر النافع**، تحقیق مجتبی تهرانی، ج ۱، قم: مرسسه النشر الاسلامی.
- ابن قدامه، عبدالرحمن بن قدامه (بی تا)، **الشرح الكبير علی متن المقنن**، ج ۴، بیروت: دار الكتاب العربی.
- ابن قدامه، موفق الدین عبدالله ابن احمد بن محمد (بی تا)، **المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی**، بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی بن حجر (بی تا)، **تلخیص الحیبر فی تخریج الرافعی الكبير**، ج ۳، بیروت: دار الفکر.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، **حقوق مدنی**، ج ۴، ج ۱۱، تهران: اسلامیّه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی (۱۳۷۵ق)، **المکاسب**، اطلاعات، ج ۲، تبریز، چاپ سنگی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی (۱۴۲۰ق)، **المکاسب**، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، ج ۵، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

۱۰۳ \_\_\_\_\_ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

- باقری اصل، حیدر (۱۳۹۰)، احکام عمومی فسخ عقود لازم، تبریز: دانشگاه تبریز.
- بهمن پور، عبدالله؛ حائری، محمدحسین (۱۳۹۶)، نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح، مطالعات اسلامی (فقه و اصول)، ۱۱۰، ۹۵-۱۱۲.
- توحیدی، محمدعلی (۱۳۶۵)، مصباح الفقاهه، تقریرات آیه الله العظمی خوئی، ج ۶، قم: وجدانی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، ج ۶، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۳، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (بی تا)، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، تعلیقه سید محمد کلاتر، ج ۵، بیروت: دار العالم الاسلامی.
- حائری شهاباغ، سید علی (۱۳۸۲)، شرح قانون مدنی، ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تصحیح محمد رازی، ج ۱۲ و ۱۵، بیروت: دار احیاء التراث.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، تحقیق محمدباقر خالصی، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (بی تا)، تذکره الفقهاء، چاپ سنگی، قم: المکتبه الرضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق)، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، تحقیق لجنه التحقیق، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۱۵ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، بیروت: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- خراسانی (آخوند)، محمد کاظم (۱۴۰۶ق)، حاشیه علی المکاسب، تصحیح و تحقیق سید مهدی شمس الدین، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- خوئی، محمدتقی (۱۴۱۴ق)، الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود، ج ۲، بیروت: دار المورخ العربی.

- روحانی، سید محمدصادق (۱۴۲۰ق)، **المرتقی الی الفقه الأرقی**، کتاب الخيارات، ج ۱، بی جا: مؤسسه الجلیل لتحقیقات الثقافه.
- شمس، عبدالله (۱۳۹۴)، **آئین دادرسی مدنی**، ج ۳، ج ۳۱، تهران: درآک.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۲ق)، **هدایه الطالب الی أسرار المکاسب**، ج ۳، تبریز: دار الصناعه.
- صابری، حسین (۱۳۸۵)، **از مناسبات تا مذاق فقه، راه هایی به مقاصد شریعت**، مطالعات اسلامی (فقه و اصول)، ۷۲، ۱۳۰-۱۳۶.
- صدوق (ابن بابویه)، محمد بن علی (۱۳۷۸ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۳، نجف: الحیدریه.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۰۴ق)، **ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل**، ج ۱، چاپ سنگی، قم: مؤسسه آل البيت.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۶۵)، **تهذیب الاحکام فی شرح المقننه**، تحقیق سید محمدحسن موسوی خراسانی و تصحیح محمد آخوندی، ج ۷، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، تصحیح و تعلیق محمدتقی کشفی، ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۱۷ق)، **الخلافا**، تحقیق سید علی خراسانی و سید جواد تهرانی و محمد مهدی نجفی، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۹۰ق)، **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، **قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی)**، ج ۱، تهران: سمت.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، **حاشیه المکاسب**، تحقیق محمد آل سباع، ج ۴، بی جا: دار المصطفی.
- فاضل هندی، محمدحسین (۱۴۱۶ق)، **کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام**، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- قبولی درفشان، سید محمد مهدی (۱۳۹۶)، **واکاوی وضعیّت شرط خیار در نکاح**، پژوهش های فقهی، ۳، ۵۲۳-۵۵۴.
- قاضی ابن برّاج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، **المهدّب**، تحقیق تحت اشراف آیه الله جعفر سبحانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.



۱۰۵ ————— مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۲ - بهار و تابستان ۹۹

- قمی، علی بن ابراهیم (۱۴۰۴ق)، **تفسیر القمّی**، تصحیح سید طیب جزائری، ج ۱، چ ۳، قم: مؤسسه کتاب.

- طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۰۰ق)، **دراساتنا من الفقه الجعفری**، تقریر علی قزوینی، ج ۴، قم: مطبعه الخیام.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵)، **دوره حقوق مدنی، خانواده**، ج ۱، چ ۴، تهران: شرکت انتشارات.

- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۰ق)، **الکافی**، ج ۵، بیروت: دار التعارف.

- محقق ثانی (کرکی)، علی بن حسین (۱۴۰۸ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۴، قم: مؤسسه آل البيت(ع).

- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، **بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن**، چ ۱۶، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، **کتاب نکاح**، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین(ع).

- موسوی خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۰ق)، **کتاب البیع**، ج ۴، چ ۴، قم: اسماعیلیان.

- مؤمنی، عابدین (۱۳۸۴)، **شرط خیار در نکاح**، مجله دانشکده علوم انسانی سمنان (مطالعات فقه و حقوق اسلامی)، ۱۲، ۱۲۵-۱۵۰.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۹۸۱م)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، تحقیق محمد قوچانی، ج ۲۹ و ۳۱ و ۳۲، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

