

واکاوی وضعیت شرط خیار در نکاح

سید محمدمهدی قبولی درافشان*

دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد
(تاریخ دریافت: ۹۴/۱۲/۱۸؛ تاریخ پذیرش: ۹۶/۷/۳۰)

چکیده

ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی ایران، شرط خیار در عقد نکاح را باطل دانسته، ولی در مورد تأثیر بطلان شرط بر عقد سکوت کرده است. این در حالی بوده که در فقه امامی افزون بر بطلان شرط خیار در نکاح، نظر مشهور بر مبطل بودن چنین شرطی است. حال، سؤال این خواهد بود که آیا بطلان این شرط بر ادله محکمی استوار است و آیا باید شرط یادشده را از شروط صرفاً باطل به شمار آورد یا اینکه باطل دانستن قرارداد نکاح نیز لازم است. به علاوه آیا بطلان شرط خیار اختصاص به نکاح دائم دارد یا در نکاح منقطع نیز چنین خواهد بود. در این جستار با روشی توصیفی - تحلیلی به بازپژوهی موضوع از نظر فقهی و حقوقی می‌پردازیم و ضمن نقد و بررسی ادله مختلف، به این نتیجه دست یافته‌ایم که در مجموع از نظر فقهی، نظر اقوی بطلان شرط در نکاح دائم (و نه منقطع) است و اصولاً این شرط موجب بطلان نکاح نیست. سکوت قانونگذار در مورد بطلان عقد نکاح نیز محمول بر پذیرش صحت عقد است. البته عدم تفکیک میان عقد دائم و منقطع در زمینه بطلان شرط خیار، قابل انتقاد و شایسته اصلاح محسوب می‌شود.

واژگان کلیدی

شرط خیار، فقه امامی، ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی، نکاح دائم، نکاح منقطع.

*. Email: ghaboli@um.ac.ir

مقدمه

یکی از شروطی که قانونگذار ایران، آن را باطل اعلام کرده، شرط خیار در نکاح است. به موجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...». قانونگذار در مورد تأثیر بطلان شرط بر عقد نکاح تصریحی ندارد. از نظر فقه امامی، در مورد خود شرط نه تنها ادعای اجماع بر بطلان شده، بلکه ادله دیگری نیز در زمینه بطلان شرط ارائه شده و غالباً میان عقد نکاح دائم و منقطع نیز در این زمینه تفکیکی صورت نگرفته است (رک. طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۴ و ۳۰۵؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۴۶؛ علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۵؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۳۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۳۳۸). در مورد تأثیر شرط بر عقد، با اینکه نظر مشهور بر بطلان نکاح قرار دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۵۶؛ فاضل‌هندی، ۱۴۱۶: ۴۲۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۵؛ رشیدی، ۱۳۱۱: ۷۱) گروهی از فقیهان (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۷۵؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۵۱؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۵۱؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۱۶۲؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۲۲ و ۱۰۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۴۰۶؛ فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶: ۲۳۲) نظر بر صحت عقد دارند. حال سؤال این است که آیا بطلان شرط خیار در نکاح ادله محکمی دارد و آیا ادله نظر مشهور مبنی بر بطلان نکاح پذیرفتنی است؟ به علاوه آیا بطلان شرط خیار به نکاح دائم اختصاص دارد یا در نکاح منقطع نیز چنین است؟ از آنجا که مقررات قانون مدنی در بحث نکاح، از فقه امامی اتخاذ شده، جست‌وجوی مبنای حکم مندرج در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی و ارائه پاسخ مناسب به سؤالات یادشده، نیازمند تحلیل فقهی موضوع و جست‌وجوی ادله بطلان شرط خیار در نکاح است. در این جستار در صددیم که با روشی توصیفی - تحلیلی و ضمن نقد و بررسی نظریات فقهی و حقوقی مرتبط، به بازپژوهی موضوع از نظر فقهی و حقوقی بپردازیم و پاسخ مناسبی برای سؤالات مزبور بیابیم. در این راستا شایسته است ابتدا به بررسی و نقد ادله بطلان شرط خیار و نیز ادله مبطل بودن چنین شرطی در فقه امامی پرداخت و سپس دیدگاه حقوقدانان را بررسی کرد.

۱. واکاوی فقهی بطلان شرط خیار در نکاح

برای داوری در مورد وضعیت شرط خیار در نکاح و نیز تأثیر چنین شرطی بر عقد نکاح، ابتدا ادله ارائه شده برای بطلان شرط خیار و سپس ادله بطلان توأم شرط و عقد بررسی می‌شود.

۱.۱. نقد و بررسی ادله بطلان شرط

۱.۱.۱. اختصاص شرط خیار به معاوضات

تبیین دلیل: از آنجا که بیع از عقود مغابنی بوده و قیمت کالاها در بازارها متفاوت است، شرط خیار، تجویز شده است تا پس از عقد نیز امکان بررسی قیمت کالا هنگام عقد و در نتیجه احتراز از غبن وجود داشته باشد. ولی در نکاح، خود زوجین موضوع عقدند و مانند قیمت کالاها متفاوت نیستند تا مسئله غبن پدید آید (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۳). به دیگر سخن، شرط خیار به منظور اندیشیدن در زمینه عقد است، حال آنکه نکاح مسبوق به اندیشیدن کامل بوده و از این نظر موجبی برای ترویج (اندیشیدن) وجود ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۴ - ۲۲۵). به علاوه نکاح، معاوضه محض نیست و با معاوضات تفاوت دارد. زیرا در نکاح برخلاف معاوضات حقیقی، آگاهی از معقود علیه از راه رؤیت و وصف به گونه‌ای که رافع جهالت باشد، شرط نیست و نکاح بدون ذکر عوض (مهر) و نیز با عوض فاسد، صحیح است (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۰۱؛ همچنین رک. محقق کرکی، ۱۴۱۴ الف: ۳۰۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ ب: ۳۹۵).

نقد دلیل: در مقام نقد می‌توان گفت از سویی دلیلی ارائه نشده است که علت تشریح شرط خیار، فراهم آوردن فرصت اندیشیدن در مورد عقد باشد. همچنین برخی (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۵) نیز بیان کرده‌اند، بر فرض که چنین حکمتی در خیاراتی که به وسیله شارع قرار داده شده است، پذیرفته شود، دلیلی وجود ندارد که هدف خیاراتی که توسط طرفین عقد قرار داده می‌شود، نیز همین امر باشد. به علاوه این ادعا که نکاح، مسبوق به اندیشیدن کامل در مورد طرف قرارداد است (به ویژه در عصر حاضر که با توسعه جوامع و افزایش جمعیت، حصول شناخت نسبت به اشخاص دشوار است) نیز محل تأمل است. از سوی

دیگر، هرچند نکاح مانند دادوستدهای مالی نیست، اینکه خیار شرط به معاوضات اختصاص دارد، خود ادعاست. البته برخی فقیهان (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۴) احتمالاتی را در این زمینه مطرح کرده و به نقد آن پرداخته‌اند: یکی از احتمالات، این است که خیار، حق رد و استرداد است و این امر فقط در قراردادهای معاوضی امکان‌پذیر است، زیرا در غیرمعاوضات، عوضی وجود ندارد که بتوان مسترد کرد. این احتمال این‌گونه ردشدنی است که ماهیت خیار، حق از بین بردن و گشودن عقد محسوب می‌شود. طبیعی است حق بر هم زدن عقد، اختصاص به معاوضات ندارد. احتمال دیگر این است که تشریح خیار برای ارفاق به شخصی باشد که مالی را به‌عنوان عوض یا معوض پرداخت کرده است. در رد این ادعا نیز می‌توان گفت بر فرض که خیارات اعطایی به‌وسیله شارع چنین هدف و مقصودی را دنبال کند، معلوم نیست که هدف طرفین قرارداد از شرط خیار نیز چنین امری باشد، بلکه شاید اهداف دیگری مورد نظر باشد.^۱ احتمال دیگر این است که عوض از ارکان نکاح نیست و نکاح از این حیث شبیه ایقاعات خواهد بود. در نتیجه همان‌گونه که شرط خیار در ایقاعات منتفی است، در نکاح نیز چنین می‌شود. پاسخ استدلال مذکور این است که چنین امری از نظر عقلی و شرعی موجب اجرای احکام ایقاعات نسبت به نکاح نیست.

به‌علاوه، دلیل یادشده در مورد نکاح منقطع جاری نیست، زیرا با توجه به اینکه تعیین مهر از ارکان و شرایط صحت آن است (رک. علامه حلی، بی‌تا: ۲۶؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۴۱۱؛ طباطبایی، بی‌تا: ۱۱۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۱۳؛ سبحانی، بی‌تا: ۶۵ - ۶۶) نکاح منقطع را نوعی معاوضه دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۱۳). حتی در برخی روایات برای زوجه در نکاح منقطع از تعبیر «فَإِنَّهُنَّ مُسْتَأْجَرَاتٌ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۲؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۱۴۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸) یا «إِنَّمَا هِيَ مُسْتَأْجَرَةٌ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۱؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۱۴۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸ - ۱۹ و ۷۷؛ علامه مجلسی، ۱۴۱۰: ۳۱۹) استفاده شده است.

۱. به‌علاوه در نکاح نیز در غالب موارد، مهر (عوض) در نکاح ذکر می‌شود و حداقل در فسخ نکاح قبل از رابطه زناشویی حکمت ذکرشده تصورشدنی است.

روشن است که تعابیر یادشده مربوط به اجاره‌اند که از معاوضات به‌شمار می‌آید. البته برخی فقیهان (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۰۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۶۲) در تفسیر عبارات روایی یادشده، آن را از باب مسامحه، کنایه و مجاز دانسته‌اند.

۲.۱.۱. ضرری بودن شرط خیار برای زن

تیین دلیل: شرط خیار در نکاح، موجب فسخ نکاح پس از ابتذال زن شده و موجب زیان زن است. برای جبران همین ضرر، در فرض طلاق قبل از رابطه زناشویی، پرداخت نیمی از مهر بر عهده زوج است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ الف: ۱۰۱؛ علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۳).

نقد: در نقد این استدلال می‌توان همچون برخی فقیهان (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۵) گفت اگر فسخ نکاح در اثر شرط خیار، موجب ضرر زوجه باشد، از مواردی است که زوجه، خود با پذیرش شرط خیار، علیه خویش اقدام کرده و چنین ضررهایی با استناد به قاعده لاضرر دفع‌شدنی نیست. همین مسئله تفاوت میان فسخ در اثر شرط خیار و طلاق قبل از رابطه زناشویی را نیز نمایان می‌کند، زیرا طلاق قبل از رابطه زناشویی ضرری است که بدون رضایت زوجه متوجه وی شده است. به علاوه این دلیل، در فرضی که دارنده خیار، زوجه باشد، جاری نیست و از این جنبه دلیل، اخص از مدعی است؛ زیرا در فرض اخیر ضرری متوجه زوجه نیست و بنا بر ادعای برخی (رک. مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۴۲۳ - ۴۲۴) وجود خیار، موجب تقویت زوجه می‌شود.

با وجود وارد بودن انتقاد فوق، می‌توان دلیل ارائه‌شده را از راه دیگری تصحیح کرد و آن ضرری بودن خیار برای جامعه است. توضیح اینکه شرط خیار موجب تزلزل نکاح دائم محسوب می‌شود، حال آنکه نکاح دائم موجب پیدایش اولین نهاد اجتماعی (خانواده) است. اجتماع قوی، نیازمند بنیان قوی خواهد بود؛ بنابراین اگر احکامی که موجب ضرر فردی اشخاص است به موجب قاعده لاضرر نفی می‌شود، باید پذیرفت که احکام موجب ضرر جامعه به طریق اولی از راه قاعده پیش‌گفته نفی خواهد شد. طبیعی است این دلیل در مورد ازدواج منقطع که رابطه‌ای موقت و گذراست، امکان استناد ندارد.

۱.۱.۳. وابستگی رفع نکاح (رابطه زوجیت) به طلاق

تبیین دلیل: برخی فقیهان (محقق کرکی، ۱۴۱۴ الف: ۳۰۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ الف: ۱۵۱) از بین رفتن نکاح را وابسته به طلاق و همین امر را از ادله بطلان شرط خیار دانسته‌اند. در تبیین این استدلال می‌توان از شدت احتیاط در فروج نیز کمک گرفت (محقق کرکی، ۱۴۱۴ الف: ۳۰۳). در واقع احتیاط در فروج ایجاب می‌کند که برطرف شدن نکاح نیز از راه مسلم آن (یعنی طلاق) صورت گیرد.

نقد دلیل: در پاسخ می‌توان گفت همان‌گونه که برخی (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۳) نیز بیان کرده‌اند، امکان برهم زدن نکاح از راه‌های مسلم دیگر، همچون خیار عیب (حداقل در مورد عیوب خاص)، وجود دارد. بنابراین وابستگی رفع نکاح به طلاق پذیرفتنی نیست. همچنین شایان توجه است که به اعتقاد برخی (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۳ - ۲۲۴) طلاق اولاً و بالذات جداسازی و فراق زوجه از زوج بوده و از بین رفتن علقه زوجیت از لوازم آن است. به همین جهت نیز متعلق طلاق، زوجه است؛ حال آنکه فسخ مستقیماً ناظر به از بین بردن رابطه زوجیت است و برطرف شدن رابطه زوجیت، اثر ذاتی فسخ است نه طلاق. به‌علاوه دلیل ارائه‌شده در مورد نکاح منقطع نیز جاری نیست، زیرا طلاق مختص نکاح دائم است.

۱.۱.۴. انحصاری بودن موجبات فسخ نکاح

برخی فقیهان (برای نمونه، نجفی، ۱۴۰۴ ب: ۱۰۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۱۷) معتقدند که موجبات انحلال نکاح، منحصر به مواردی است که شارع جعل کرده و شرط خیار از آن موارد نیست. در مستند کردن این ادعا از شیوه‌های مختلفی استفاده شده است که در ادامه بررسی می‌شود.

۱.۱.۴.۱. استناد به روایات باب عیوب در نکاح

یکی از راه‌های انحصاری دانستن موارد فسخ نکاح، استناد به روایاتی است که از امکان فسخ نکاح فقط در مورد عیوب ویژه‌ای سخن گفته‌اند (رک. طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۴۰۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۲۳). یکی از این روایات، صحیح‌ه حلبی است که بر اساس آن

«فقط امکان رد نکاح به دلیل برص و جذام و جنون و عفل وجود دارد»^۱. البته روایات مشابه دیگری نیز در این زمینه هستند (رک. طوسی، ۱۳۹۰: ۲۴۶ - ۲۴۹؛ صدوق قمی، ۱۴۱۳: ۴۳۲ - ۴۳۳).

در نقد این دلیل می‌توان گفت ظاهر این احادیث، نفی رد نکاح به وسیله سایر عیوب است، نه اینکه مطلقاً سایر راه‌ها را نفی کند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۴۰۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۲۴). در واقع احادیث مزبور در مقام بیان این هستند که هر عیبی موجب حق فسخ نیست؛ بلکه عیوب منصوصه فسخ نکاح را ممکن می‌کند.

۱. ۱. ۲. استناد به برخی از روایات باب نکاح منقطع

تبیین دلیل: به موجب برخی روایات، اگر در نکاح، مدت تعیین شود، نکاح از نوع منقطع (متعّه) خواهد بود و چنانچه اجل تعیین نشود، نکاح قطعی و ثابت است. در مورد اخیر برای نکاح از تعابیر نکاح بَات^۲ (قطعی) یا نکاح مُقَام^۳ (ثابت) استفاده می‌شود. از این روایات چنین استنباط شده که نکاح، هنگامی «بَات» و «مُقَام» است که نتوان به هیچ وجه، آن را بر هم زد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۲). صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴ الف: ۱۴۹) از اشعار چنین تعابیری بر بطلان شرط خیار سخن گفته است.

نقد: فارغ از بحث سندی روایات یادشده، این دسته روایات، دلالتی بر بطلان شرط خیار ندارند. زیرا از سویی در مقام بیان این است که اگر در نکاح، مدت تعیین نشود، نکاح

۱. در صحیحۃ حلبی از امام صادق (ع) آمده است: «إنما یرد النکاح من البرص، و الجذام، و الجنون، و العفل» (کلینی، ۱۴۲۹ ب: ۷۸۶ - ۷۸۷؛ صدوق قمی، ۱۴۱۳: ۴۳۳؛ طوسی، ۱۴۰۷: د: ۴۲۴).

۲. در حدیثی آمده است: «... قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) ... إِنَّ سُمِّيَ الْأَجْلُ فَهُوَ مُتَعَّةٌ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ الْأَجْلُ فَهُوَ نِكَاحٌ بَاتٌ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۶؛ طوسی، ۱۴۰۷: د: ۲۶۲).

۳. در حدیثی آمده است: «... عَنْ أَبَانَ بْنِ تَغْلِبٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) ... قُلْتُ فَإِنِّي أَسْتَحِبُّ أَنْ أَذْكَرَ شَرْطَ الْأَيَّامِ قَالَ هُوَ أَضْرُّ عَلَيْكَ قُلْتُ وَكَيْفَ قَالَ إِنَّكَ إِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ كَانَ تَرْوِيحَ مُقَامٍ وَ لَزِمَتْكَ النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ وَ كَانَتْ وَارِثَةً وَ لَمْ تُقَدِّرْ عَلَيَّ أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَّاقَ السَّنَةِ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۵۵؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۱۵۰ - ۱۵۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴۷ - ۴۸).

منقطع نیست. البته اینکه عدم ذکر مدت موجب تبدیل نکاح به نکاح دائم می‌شود یا خیر، بحثی اختلافی بوده و خارج از قلمرو این پژوهش است (در این زمینه رک. فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۳۴۳ - ۳۴۶؛ سبحانی، بی تا ب: ۷۵ - ۷۹؛ سند، ۱۴۲۹: ۱۶۴ - ۱۶۹). از سوی دیگر آن‌گونه که برخی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۲۴) بیان کرده‌اند، روایات در مقام بیان طبیعت نکاح هستند. بدیهی است اینکه طبیعت قراردادی لزوم باشد، منافی جعل خیار نیست، کما اینکه بیع طبیعتاً قراردادی لازم است، ولی می‌توان در آن شرط خیار کرد. همچنین با توجه به اینکه روایات در مقام بیان طبیعت نکاح دائم هستند، در مورد شرط خیار در نکاح منقطع امکان استناد به آنها وجود ندارد.

۱. ۱. ۴. ۳. حدس فقیه مبنی بر حکمی بودن لزوم نکاح با توجه به آداب و شأنیت ویژه

نکاح و جدایی

انعقاد نکاح در همه ملت‌ها دارای شأن و آداب ویژه‌ای است. جدایی زوجین نیز از این قاعده مستثنا نیست، به‌گونه‌ای که از نظر شرعی نیز برای آن، شروط، آداب و سبب ویژه‌ای (استفاده از صیغه ویژه طلاق: هی طالق) قرار داده شده و الفاظ مجازی، کنایی و حتی سایر الفاظ و اسباب که به‌صراحت افاده جدایی و طلاق کند، جز در برخی موارد استثنایی پذیرفته نشده است. پس، این حدس برای فقیه پدید می‌آید که نکاح مانند معاملاتی نیست که با توافق طرفین یا از راه جعل خیار فسخ می‌شود، و لزوم آن حکمی است. در نتیجه انحلال نکاح جز از راه‌هایی که شارع بیان می‌کند، ممکن نیست و حداقل می‌توان گفت اطمینان و وثوق به مخالفت شرط خیار با شرع وجود دارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ الف: ۳۸۹).

نقد: در پاسخ می‌توان گفت اینکه طلاق و جدایی آداب ویژه‌ای دارد و همچنین شارع میان موارد فسخ نکاح و سایر قراردادها تفاوت‌هایی قرار داده است، ملازمه‌ای با عدم پذیرش شرط خیار در نکاح و نیز حکمی بودن لزوم در نکاح ندارد و ضرورتاً برای همگان چنین اطمینان و وثوقی ایجاد نمی‌شود. به‌ویژه در مورد نکاح منقطع، چگونه می‌توان اطمینان به مخالفت شرط خیار با شرع پیدا کرد. البته اینکه این فقیه عالی مقام از قراین و اوضاع و احوال سعی در استنباط حکم شرعی داشته‌اند، به بحث مذاق شریعت بی‌ارتباط

نیست. در واقع پذیرش اینکه بر اساس دلیل مطرح شده، بتوان شرط خیار را در نکاح خلاف شرع دانست، بر دو مقدمه استوار است. نخست اینکه از قراین و اوضاع و احوال مرتبط نوعی اطمینان و وثوق بر مخالفت شرط یادشده با شرع پدید آید و دوم اینکه استناد به قراین مزبور دارای اعتبار و حجیت شرعی باشد. این در حالی است که اولاً استناد صرف به شأنیت و آداب ویژه نکاح و طلاق شاید موجب اطمینان و وثوق بر مخالفت شرط خیار در نکاح با شرع نشود و ثانیاً روش به کار گرفته شده برای رسیدن به اطمینان یادشده محل تأمل است. البته نمی توان انکار کرد که فقیهان در موارد متعددی به مذاق شرع برای اثبات حکم استناد کرده اند (برای ملاحظه برخی از این مصادیق رک. صابری، ۱۳۸۵: ۱۳۰ - ۱۳۳) لیکن اشکالی که در این زمینه وجود دارد، فقدان ضابطه مندی کشف مذاق شرع و استناد به آن است. البته برخی (رک. صابری، ۱۳۸۵: ۱۳۴ - ۱۳۶) سعی در ارائه روش هایی برای ضابطه مند کردن آن کرده اند که پرداختن به آن خارج از قلمرو این پژوهش است.

۱. ۱. ۴. ۴. کافی بودن تردید در مشروعیت شرط برای بطلان شرط

به اعتقاد برخی فقیهان (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ الف: ۳۸۹) برای باطل دانستن شرط خیار در نکاح، تردید در مشروعیت شرط کافی است. به نظر می رسد مقصود این فقیه و الامقام این است که اگر در حق یا حکم بودن لزوم نکاح تردیدی ایجاد شود، همین تردید برای باطل دانستن شرط خیار کافی است.

در مقام بررسی این نظر، از سویی می توان گفت که در صورت تردید در حق یا حکم بودن لزوم نکاح، می توان به استصحاب بقای حکم لزوم استناد کرد و عدم تأثیر شرط خیار را نتیجه گرفت. در واقع لزوم قراردادها در یک تقسیم بندی به لزوم حکمی و لزوم حقی تقسیم می شود. لزوم حکمی آن است که طرفین باید پایبند به قرارداد باشد و نمی توانند با تراضی، این پایبندی را منتفی کنند، حال آنکه در لزوم حقی، هر یک از طرفین یا یکی از طرفین مالک التزام و پایبندی طرف دیگر نسبت به عقد است و می توان با تراضی پایبندی به عقد را منتفی کرد (در زمینه لزوم حکمی و حقی رک. بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۹۶). حال اگر

به مسئله لزوم نکاح از جهت حق یا حکم بودن نگریسته شود، مسئله قابلیت یا عدم قابلیت فسخ نکاح از راه شرط خیار، به حقی یا حکمی بودن لزوم نکاح و قابلیت یا عدم قابلیت اسقاط لزوم نکاح بازگشت دارد. در موارد تردید در حق یا حکم بودن نیز همان‌گونه که برخی از فقیهان (نایینی، ۱۴۱۸: ۱۰۸) معتقدند استصحاب بقای وضعیت قبل از اسقاط جاری است. البته شاید این سؤال مطرح شود که آیا نمی‌توان برای صحت شرط خیار در این مورد به عموماً وفای به شرط (مانند المؤمنون عند شروطهم) استناد کرد. از عبارات برخی فقیهان (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲) نیز این‌گونه استنباط می‌شود که در زمینه شرط خیار در نکاح، اگر تردید در مشروعیت شرط وجود داشته باشد و از نظر عقلی و عرفی، شرط مزبور با مشکلی روبه‌رو نباشد، عموماً صحت شرط آن را دربر می‌گیرد. در پاسخ شاید گفته شود، از آنجایی که تردید در این است که آیا شرط خیار در حکم لزوم نکاح تغییر ایجاد می‌کند و به تعبیری لزوم نکاح (نقطه مقابل امکان فسخ ارادی) را به‌گونه‌ای اسقاط می‌کند، تمسک به این عموماً، تمسک به عام در شبهات مصداقی است و پذیرفته نیست (در تأیید این نظر در موارد تردید در حق یا حکم بودن رک. خوبی، بی‌تا د: ۴۹ - ۵۰). البته اگر پاسخ یادشده پذیرفته نشود و استناد به عموماً صحت شرط، تمسک به عام در شبهه مصداقی، به‌شمار نیاید، استناد به عموماً برای صحت شرط در صورتی صحیح خواهد بود که ادله اجتهادی ویژه‌ای (مانند اجماع) در مورد عدم جریان شرط خیار در نکاح وجود نداشته باشد (رک. آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲). از سوی دیگر این نکته نیز شایان توجه است که اولاً اگر قرار بر تردید در حق یا حکم بودن لزوم نکاح باشد، تردید مزبور در نکاح دائم طرح‌شدنی است. نکاح منقطع (که بنا بر موقت بودن و عدم استحکام آن است) چنین تردیدی را پدید نمی‌آورد؛ ثانیاً همان‌گونه که در مورد مجاری اصول عملیه بیان می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۲ - ۳۳) استناد به اصل عملی نیز هنگامی پذیرفتنی است که نتوان از راه ادله اجتهادی به تردید خاتمه داد. حال آنکه به‌نظر می‌رسد از راه ادله اجتهادی چون اجماع (به شرحی که خواهد آمد) می‌توان به تردید خاتمه داد و دیگر نوبت به اصل عملی نمی‌رسد. البته اگر هیچ‌یک از ادله اجتهادی پذیرفته نشود، استناد به اصول پیش‌گفته، صحیح خواهد بود.

۱. ۱. ۴. ۵. اجماع

به اعتقاد برخی فقیهان (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۱۷) تنها دلیل انحصاری بودن موارد فسخ نکاح، اجماع است. ایشان استهجان (ناپسند بودن) شرط خیار در نکاح نزد متشرعه، بلکه مطلق عرف را شاهد بر این امر دانسته‌اند.

طبیعی است مقصود از اجماع ادعایی، اجماعی است که در زمینه بطلان شرط خیار مطرح شده است. از این رو در قسمت نقد و بررسی دلیل اجماع، این ادعا بررسی خواهد شد. البته اینکه از استهجان (ناپسند بودن) شرط خیار نزد متشرعه بلکه مطلق عرف سخن گفته شده، خود ادعاست و به‌ویژه پذیرش آن در مورد نکاح منقطع دشوار خواهد بود.

۱. ۱. ۵. عدم مشروعیت اقاله در نکاح

تبیین دلیل: برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵ الف: ۱۵۱) عدم مشروعیت اقاله در نکاح را به‌عنوان یکی از ادله بطلان شرط خیار در نکاح احتمال داده‌اند. طبیعی است عدم مشروعیت اقاله هنگامی دلیل بطلان شرط خیار خواهد بود که میان آن دو ملازمه باشد. به سخن دیگر اگر فقط در موارد مشروعیت اقاله، شرط خیار مشروع باشد، نتیجه این می‌شود که در موارد عدم مشروعیت اقاله، شرط خیار نیز نامشروع خواهد بود. شایان توجه است که برخی حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۱۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱ الف: ۳۹۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۱۴) تحت تأثیر همین نظر در هنگام برشمردن عناصر خیار شرط، قابل اقاله بودن عقد را از موارد لازم برای جریان خیار شرط دانسته‌اند و به‌همین دلیل از راه نیافتن خیار شرط در نکاح، خلع و وقف سخن به‌میان آورده‌اند.

نقد دلیل: در پاسخ باید گفت ملازمه عقلی در این زمینه وجود ندارد و دلیلی نیز بر ملازمه شرعی ارائه نشده است. برخی فقیهان (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲؛ همچنین رک. سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۳۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ الف: ۳۹۰ - ۳۹۱) نیز به‌صراحت ملازمه میان عدم مشروعیت اقاله و عدم مشروعیت شرط خیار را رد کرده‌اند. همچنین گفته شده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲) هرچند که امضای خیار شرط در نکاح به‌وسیله شارع به‌طور خاص معهود نیست؛ لیکن می‌توان گفت همین که عقل اعتبار چنین شرطی را

بپذیرد و عرف اشتراط آن را نافذ بداند، در شمول عموم ادله صحت شرط بر آن کافی است. البته تمسک به عمومات صحت شرط ناظر بر فرضی دانسته شده (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۸۲) که اجماعی بر بطلان شرط وجود نداشته باشد.

۱.۱.۶. روایات باب «من خیر امرأته لم یقع بها طلاق»

برخی فقیهان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۳ - ۱۳۴) برای اثبات بطلان شرط خیار در نکاح به روایات باب «من خیر امرأته لم یقع بها طلاق» استناد و ادعا کرده‌اند، سایر فقیهان به چنین دلیلی استناد نجسته‌اند. به عقیده ایشان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۳) از سویی در روایت مرسله‌ای، که هارون (یا مروان) بن مسلم از بعضی از اصحاب از امام صادق (ع) نقل کرده، این گونه آمده است که از حضرت سؤال کردم: در مورد مردی که امر زوجه خود را در دست خود زوجه قرار داده، چه می‌فرمایید؟ حضرت در پاسخ فرمودند: «امر مزبور را در اختیار کسی قرار داده که در این زمینه صلاحیت ندارد و مخالفت با سنت نموده است و چنین نکاحی جایز نیست»^۱. ایشان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۳؛ ۱۴۲۵: ۲۲۵) معتقدند مقصود از قرار دادن امر زوجه در اختیار زوجه، همان خیار فسخ است. پس این دلیل را از همه ادله برای بطلان شرط مناسب‌تر می‌دانند. البته به این نکته نیز اشاره می‌کنند که منطوق دلیل، ناظر به خیار فسخ برای زوجه است؛ به همین دلیل و در مقام توجیه اینکه برای مرد نیز حق فسخ منتفی است، معتقدند از آنجا که مرد دارای اختیار طلاق است و به حق فسخ نیازی ندارد، در مورد حق فسخ او سخنی گفته نشده است. همچنین در مورد ضعف سندی روایت از امکان جبران ضعف سند با عمل مشهور سخن گفته‌اند. از سوی دیگر به اعتقاد ایشان (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۳) دسته دیگری از روایات^۲ نیز امکان استناد دارد. این

۱. «عن هارون [مروان] بن مسلم عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما تقول في رجل جعل امر امرأته بیده؟ قال: فقال لي: ولي الامر من ليس اهله و خالف السنه و لم یجز النکاح».

۲. «... عن محمد بن مسلم قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن الخیار فقال: و ما هو و ما ذاک؟ انما ذاک شیء لرسول الله صلی الله علیه و آله» «... عن عیص بن القاسم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل خیر امرأته فاخترت نفسها، بانت منه؟ قال: لا، انما هذا شیء کان لرسول الله صلی الله علیه و آله خاصه...» «... عن محمد بن مسلم: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتى سمعت اباک يقول: ان رسول الله صلی الله علیه و آله خیر

روایات در مقام پاسخ به این سؤالند که آیا امکان تخییر زوجه پس از ازدواج برای بر هم زدن عقد ازدواج وجود دارد یا خیر و چنانچه مردی زوجه خویش را در ادامه زندگی مشترک یا جدایی، مخیر کرد و زوجه جدایی را برگزید، آیا جدایی حاصل می‌شود؟ در این روایات به این سؤال، پاسخ منفی داده شده است. به اعتقاد این فقیه (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۴) شیوه استفاده از روایات دسته اخیر در مورد بطلان شرط خیار، استناد به اولویت یا الغای خصوصیت است. در این زمینه ایشان معتقدند پاسخی که در این روایات داده شده در مقام نفی مطلق خیار برای زوجه است؛ خواه خیار در ضمن عقد نکاح شرط شده باشد، خواه زوج، همسر خویش را پس از عقد نکاح مخیر گرداند. همچنین ایشان معتقدند که سکوت روایات در مورد حق فسخ زوج به معنای پذیرش حق مزبور برای زوج نیست، بلکه از این باب است که مرد به آن نیازی ندارد و دارای حق طلاق است.

نقد: در مورد حدیث نخست باید گفت که از نظر سند، همان‌گونه که این فقیه (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۳)، خود گفته‌اند، حدیث مزبور مرسل است. بنابراین از نظر سندی ضعیف محسوب می‌شود. اصحاب امامیه نیز بر پایه آن فتوایی نداده‌اند تا ضعف آن جبران شود و ادعای شهرت عملی حدیث، نیازمند دلیل است. به علاوه بر فرض که حدیث مزبور دارای شهرت عملی هم بود، اگر همچون برخی فقیهان اصولی (خویی، بی تا الف: ۲۳۹) شهرت، موجب جبران ضعف سند حدیث دانسته نشود، باز هم امکان استناد به روایت منتفی بود. از نظر دلالت نیز، به نظر می‌رسد روایت مزبور ناظر به طلاق است، نه جعل خیار و شاید برای همین در اندیشه‌های سایر فقیهان چنین دلیلی دیده نمی‌شود. در زمینه استناد به اولویت و الغای خصوصیت (در مورد دسته دوم روایات) نیز از سویی الغای خصوصیت محل تأمل است، زیرا از ممنوعیت تخییر زوجه پس از نکاح توسط زوج نمی‌توان ممنوعیت جعل خیار در نکاح را استنتاج کرد. از سوی دیگر بحث طلاق با جعل شرط خیار تفاوت دارد؛ زیرا در نکاح، پاره‌ای از اختیارات مانند خیار عیب (در مواردی) پذیرفته شده است. بنابراین اگر اختیار

نسانه فاخرن الله و رسوله و لم یمسکهن علی طلاق و لو اخترن أنفسهن لئن فقال: ان هذا حدیث کان یرویه ابی عن عائشه و ما للناس و الخیار، انما هذا شیء خص الله به رسوله» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۳۳).

بر هم زدن نکاح توسط زوجه مطلقاً خلاف سنت باشد، در مورد خیار عیب زوجه نیز چنین است. در مورد این ادعا که روایات با توجه به عدم نیاز زوج به حق فسخ، فقط به خیار زوجه پرداخته‌اند نیز باید گفت شاید اینکه از زوج سخنی گفته نشده، به این دلیل است که اصلاً مسئله شرط خیار در این روایات مطرح نیست و روایات در مقام بیان این نکته‌اند که اختیار طلاق برای زوج تشریح شده و سنت پیامبر(ص) نیز بر همین امر قرار گرفته است. بنابراین استفاده از روایات در مورد شرط خیار محل تأمل خواهد بود.

۱.۱.۷. اجماع بر بطلان شرط

گروهی از فقیهان امامی (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۴ و ۳۰۵؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۴۶؛ علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۵؛ نراقی، ۱۴۲۲: ۳۳۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۳۳۸) از اجماع بر بطلان شرط خیار سخن گفته‌اند. حتی برخی (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ الف: ۳۸۸) از تسالم اصحاب بر بطلان شرط خیار در نکاح سخن گفته‌اند. البته برخی فقیهان (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۸۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۰) بطلان شرط خیار در نکاح را به مشهور نسبت داده‌اند. لیکن در این مورد می‌توان گفت، شاید میان مسئله بطلان نکاح و بطلان شرط اشتباهی رخ داده باشد. زیرا نه تنها خود این فقیهان، بلکه در تألیفات دیگر نیز هیچ قائلی برای صحت شرط مشاهده نمی‌شود. نگارنده نیز با تتبع وسیع در تألیفات فقیهان امامی معاصر و فقیهان مقدم بر کسانی که بطلان شرط را به مشهور نسبت داده‌اند، قائلی برای صحت شرط ملاحظه نکرد.

نقد: در مقام نقد اجماع شاید در کاشفیت اجماع یادشده نسبت به رأی معصوم(ع) تردید شود. توضیح اینکه در مواردی که مستند اجماع معلوم باشد یا احتمال داده شود که مستند آن چیست، اجماع معتبر نیست (مظفر، بی‌تا: ۱۱۷؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۴۵۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۴۲۲). در مسئله مورد بحث نیز احتمال دارد که مستندات دیگر موجب اجماع شده باشد. به‌علاوه شاید ادعا شود (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۷) اجماع مورد بررسی، پس از شیخ طوسی پدید آمده و امری حادث است. زیرا فقیهان قبل از شیخ طوسی نسبت به موضوع خیار شرط در نکاح اظهار نظر نکرده‌اند.

در مورد این‌گونه انتقادات باید گفت، با وجود در خور توجه بودن آن، نمی‌توان به‌سادگی از کنار اجماع ادعایی گذشت. زیرا جهات مختلفی شاید اجماع را تأیید کند. یکی از موارد این است که به‌طور صریح متعرض مسئله نشدن فقیهان قبل از مرحوم شیخ طوسی، نافی اجماع نیست؛ زیرا با اینکه ازدواج همچون قرارداد بیع، قراردادی مبتلی‌به و کاملاً شایع در جامعه بوده است، سخنی از شرط خیار در آن دیده نمی‌شود. حال آنکه اگر شرط خیار پذیرفته بود، همچون شرط خیار در بیع به آن تصریح می‌شد. جالب است که ابن‌ادریس حلی (به‌عنوان اولین فقیه امامی که در آثار وی مخالفت با شیخ طوسی در زمینه شرط خیار دیده می‌شود) فقط اتفاق نظر فقیهان در مورد بطلان نکاح را انکار کرده (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۴۶) ولی در مورد بطلان شرط به اجماع استناد کرده است.

یکی دیگر از موارد شایان ذکر این است که فقیهان عامه قائل به بطلان شرط خیار در نکاح هستند و اگر در مورد حکمی، فقیهان عامه نیز موافق باشند و از جانب شارع نیز ردعی صورت نگرفته باشد، خود دلیل امضای حکم به‌شمار می‌آید و اگر اموری مانند سیره نیز افزون شوند، اطمینان به بطلان شرط حاصل است (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۳۳۹). البته در مقام بررسی این استدلال باید گفت هرچند کبرای استدلال پذیرفتنی محسوب می‌شود، استدلال از نظر صغروی محل اشکال است. توضیح اینکه هرچند در فقه مذاهب چهارگانه اهل سنت یعنی فقه حنبلی (ابن‌قدامه، بی‌تا: ۴۵۲)، فقه حنفی (السرخسی، بی‌تا: ۱۵۰)، فقه مالکی (ابن‌أنس الأصبیحی، بی‌تا: ۱۹۵) و فقه شافعی (الشافعی، ۱۴۰۳: ۸۷؛ النووی، بی‌تا الف: ۳۳۸؛ النووی، بی‌تا ب: ۵۹۰؛ الأنصاری، ۱۴۱۸: ۹۶؛ الشربینی، ۱۳۷۷: ۲۲۶) به بطلان شرط خیار در نکاح تصریح شده و اختلاف ایشان در مبطل بودن شرط است، این مسئله به‌معنای نبود اختلاف نظر میان مسلمانان در زمینه بطلان شرط نیست؛ زیرا با بررسی کتاب‌های مختلف، این نتیجه حاصل می‌شود که مخالفت با بطلان شرط، هرچند به‌صورت نادر وجود دارد. در این از سویی صحت شرط خیار در نکاح به ابو‌ثور^۱ نسبت داده شده و

۱. مقصود از ابو‌ثور، ابراهیم‌بن خالد کلبی است که معاصر شافعی بوده است. وی ابتدا بر مذهب ابوحنیفه بوده، سپس به شافعی گروید و در نهایت مذهبی متفاوت با شافعی را ایجاد کرد و در پیش گرفت که از مذهب شافعی منبعث شده است (سبحانی، بی‌تا الف: ۴۱ - ۴۲).

منشأ اختلاف وی با دیگران این زمینه دانسته شده که نیاز به خیار در نکاح نسبت به قرارداد بیع شدیدتر است (ابن رشد الحفید، ۱۴۱۵: ۷). اما در کتاب دیگری (ابن قدامه، بی تا: ۴۵۲) در مسئله وابسته شدن لزوم نکاح به رضایت مادر یا پرداخت مهریه در مدت مشخص (و در نتیجه داشتن خیار در صورت مخالفت مادر یا پرداخت نشدن مهر در موعد معین) نظریه لزوم پابندی به شرط به استناد عموم «المسلمون عند شروطهم» به یکی دیگر از فقیهان غیرامامی نسبت داده شده است. بنابراین در میان فقیهان غیرامامی نظر مخالف با بطلان شرط ولو به صورت نادر وجود دارد. البته با وجود اشکال یادشده، نمی توان انکار کرد که همسویی قریب به اتفاق فقیهان غیرامامی با فقیهان امامی و عدم ردع معصومین (ع)، به ضمیمه سیره مسلمانان اطمینان نوعی بر بطلان شرط ایجاد می کند. گفتنی است همان گونه که برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۳۴۱ - ۷۳۴۲) نیز بیان کرده اند، آنچه قدر متیقن اجماع است، نکاح دائم است و با توجه به اینکه اجماع و سیره دلیلی لبی است، باید به قدر متیقن آن بسنده کرد.

۱.۱.۸. دلیل انسداد

به اعتقاد برخی فقیهان (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۳۳۹) در موارد فقدان ادله، نوعی انسداد، موسوم به انسداد کبیر پدید می آید و در چنین مواردی حصول اطمینان کامل لازم نیست، بلکه اطمینان نسبی کافی خواهد بود و چنین اطمینانی در مورد بطلان شرط خیار در نکاح پدید می آید. البته کلام ایشان ناظر به شرط خیار در نکاح دائم است، زیرا در جای دیگری (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۴۳۲) معتقدند نمی توان بطلان شرط خیار در نکاح منقطع را مسلم دانست و باید میان نکاح دائم و منقطع قائل به تفصیل شد.

نقد: اولاً در نقد دلیل انسداد می توان گفت که دلیل انسداد بر مقدماتی مبتنی است که اگر یکی از آن مقدمات نفی شود، دیگر نمی توان برای حجیت ظن و اطمینان نسبی، به آن استناد کرد. برخی فقیهان اصولی (انصاری، ۱۴۱۹: ۳۸۴ - ۳۸۵) در مقام بیان مقدماتی که

قائلان به انسداد، به آنها تمسک می‌کنند، به چهار مقدمه اشاره کرده‌اند: مقدمه اول اینکه راه علم و ظن خاص^۱ در بیشتر احکام فقهی مسدود است؛ بنا بر مقدمه دوم، مهمل گذاشتن احکام مشتبه و اکتفای به احکام اندکی که معلومند جایز نیست، بلکه باید در پی امثال احکام ولو در فرض مجهول بودن حکم بود؛ بر اساس مقدمه سوم، امثال در مورد احکام مشتبه از راه‌هایی مانند احتیاط، تمسک به اصول عملی و رجوع جاهل به عالم (که برای اشخاص جاهل مقرر شده) مورد امثال قرار نمی‌گیرد و بنا بر مقدمه چهارم، از آنجا که امثال حکم شارع لازم است و امثال از راه‌های پیش‌گفته نیز جایز نیست، عقل مستقل حکم می‌کند که به احتمال ظنی عمل کنند و احتمال راجح بر مرجوح ترجیح داده شود. البته مرحوم شیخ انصاری، از میان مقدمات چهارگانه یادشده، عمده‌ترین مقدمه را مقدمه اول دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۹: ۳۸۶). در مقام بررسی این مقدمه، به اعتقاد برخی فقیهان اصولی (خویی، ۱۴۱۷: ۲۲۶ - ۲۲۷) اینکه علم تفصیلی به بیشتر احکام وجود ندارد، صحیح است؛ ولی اینکه راه علمی به احکام مسدود باشد، بر این مبتنی است که یا حجیت روایات موجود در کتب معتبر نفی شود یا اینکه حجیت ظواهر این روایات پذیرفته نشود. لیکن اگر هر دوی این موارد پذیرفته شوند، دیگر نمی‌توان قائل به مسدود بودن راه علمی به احکام بود. این فقیه خود قائل به پذیرش حجیت ظواهر و روایات یادشده است و در مجموع با بررسی تفصیلی تمامی مقدمات دلیل انسداد معتقد است بر فرض که مقدمات دلیل انسداد پذیرفته شود، باز هم حجیت و اعتبار «ظن» از آن استنباط نمی‌شود؛ زیرا عقل نه می‌تواند بر حجیت ظن حکم کند و نه می‌تواند حجیت ظن را کشف کند (خویی، ۱۴۱۷: ۲۳۴). برخی فقیهان نیز در نقد نظر انسدادیون، به صراحت معتقدند نه تنها ادعای مسدود بودن راه علم به احکام پذیرفته نیست، بلکه دلیلی بر وجوب عمل به ظن در فرض مسدود بودن راه علم به احکام هم وجود ندارد (رک. نراقی، ۱۴۱۷: ۳۵۹ به بعد). در هر حال این مسئله، مبنایی است و بررسی تفصیلی دلیل انسداد، مجال دیگری می‌طلبد (برای

۱. مقصود از ظن خاص، ظنی است که دلیل قطعی (غیر از دلیل انسداد) بر حجیت و اعتبار آن وجود داشته باشد. ظن خاص «راه علمی» نیز نامیده می‌شود (مظفر، بی تا: ۳۱).

بررسی تفصیلی دلیل انسداد و نقد آن رک. آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۱۱ - ۳۱۵؛ نایینی، ۱۳۶۹: ۱۲۳ - ۱۳۹؛ خوبی، ۱۴۱۷: ۲۱۸ - ۲۳۴؛ ثانیاً بر فرض پذیرش دلیل انسداد، هنگامی می‌توان به آن استناد جست که نتوان از راه ادله خاص به حکم مسئله پی برد، حال آنکه در مسئله مورد بررسی از برخی راه‌های دیگری که در گذشته بیان شد (همچون دلیل اجماع) می‌توان حکم مسئله را آشکار کرد.

۲.۱. ادله سرایت بطلان شرط به نکاح و نقد و بررسی آن

در مورد سرایت بطلان شرط به عقد نکاح نیز ادله‌ای بیان شده است که در ادامه بررسی می‌شود.

۱.۲.۱. انتفای مشروط به دلیل انتفای شرط

به اعتقاد برخی فقیهان (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۳؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۲۳) رضایت زوجین به نکاح بدون تحقق شرط منتفی بوده و رضایت، شرط صحت عقد است. بنابراین در صورت بطلان شرط، مشروط نیز باطل خواهد شد. برخی (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ الف: ۱۰۲) نیز از تعبیر فقدان قصد استفاده کرده‌اند. به اعتقاد ایشان تراضی نسبت به عقد مبتنی بر شرط است و چنانچه شرط صحیح نباشد، عقد نیز قصد نشده، حال آنکه صحت عقود مترتب بر قصد است. بنابراین از آنجا که نمی‌توان شرط را صحیح دانست، چاره‌ای جز بطلان توأم شرط و عقد وجود ندارد.

نقد: در پاسخ می‌توان گفت، اگر قرار بر این باشد که بطلان شرط موجب خلل به تراضی شود، باید در مورد همه عقود آن را پذیرفت، حال آنکه در سایر قراردادها چنین نیست (اراکي، ۱۴۱۹: ۶۶۷). حتی برخی فقیهان (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۶) که با ادله دیگر قائل به بطلان عقد نکاحند، اعتقاد دارند اینکه صرف فساد شرط مفسد عقد نخواهد بود، اجماعی^۱ است. در واقع شرط و عقد دو مطلوب مختلفند و بطلان شرط به‌عنوان مطلوب فرعی موجب بطلان عقد به‌عنوان مطلوب اصلی نمی‌شود. البته برخی (مکارم شیرازی،

۱. البته برخی فقیهان (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۸۵۷) عدم سرایت بطلان شرط به عقد را به مشهور نسبت داده‌اند.

۱۴۲۴: ۱۳۵ - ۱۳۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۲۸) معتقدند مسئله حاضر از مواردی است که نمی‌توان قائل به تعدد مطلوب میان عقد و شرط شد، بلکه باید آن را از موارد وحدت مطلوب و تجزیه‌ناپذیر محسوب کرد. زیرا در موارد دیگر که بطلان شرط به عقد سرایت نمی‌کند و از تعدد مطلوب سخن به میان می‌آید، در مقابل از دست دادن یک مطلوب، راه جبرانی مانند خیار تخلف شرط وجود دارد؛ حال آنکه در نکاح این‌گونه نیست و از این‌رو مسئله تخلف عقد از قصد پدید می‌آید. در پاسخ می‌توان گفت که میان وحدت مطلوب با اینکه تخلف از شرط دارای راه جبرانی نباشد، ملازمه‌ای وجود ندارد؛ کما اینکه ملازمه میان وجود راه جبرانی و تعدد مطلوب نیز وجود ندارد. به‌ویژه اینکه در بسیاری از موارد، عرف به وجود راه جبران ناآگاه است. در واقع پذیرفتنی است که باید به اراده طرفین عقد برای تشخیص وحدت یا تعدد مطلوب نظر داشت، لیکن با توجه به اینکه فرض می‌شود شروط ضمن عقد از امور فرعی هستند که در ضمن قرارداد اصلی انعکاس یافته‌اند، اصولاً نمی‌توان آنها را رکن مطلوب به‌شمار آورد.

۲.۲.۱. مخالفت شرط با مقتضی ذات نکاح

برخی فقیهان (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۶؛ خویی، بی تا ب: ۲۷۲؛ خویی، بی تا ج: ۱۶۳ و ۳۳۸ - ۳۳۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۳۴) دلیل بطلان عقد را مخالفت شرط با مقتضی نکاح دانسته‌اند. البته تبیینی که از مخالفت با مقتضی نکاح ارائه کرده‌اند، یکسان نیست. در ادامه تبیین‌های مختلف این مورد بررسی می‌شوند.

۱. ۲. ۲. ۱. لزوم و عدم قابلیت فسخ به‌عنوان مقتضی نکاح

تبیین دلیل - مستفاد از ادله شرعی این است که مقتضای عقد نکاح، عدم دخول خیار در آن خواهد بود. بنابراین اگر با این مقتضی مخالفتی شود، نکاح باطل است. زیرا معلوم می‌شود که اصلاً قصد نکاح وجود نداشته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۶). حتی احتمال داده شده است (نجفی، ۱۴۰۴ الف: ۱۴۹) که منافات شرط خیار با نکاح از ضروریات فقه باشد. شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۰۵) و قاضی بن براج (ابن براج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۱۷۴) نیز در مقام ارائه دلیل برای بطلان نکاح به این نکته اشاره کرده‌اند که لزوم جزء خصوصیات ذاتی نکاح

است. برخی (اشتহারدی، ۱۴۱۷: ۹۹ - ۱۰۰) نیز احتمال داده‌اند که تعبیر میثاق غلیظ در آیه ۲۱ سوره مبارکه نساء^۱ بر چنین اقتضایی دلالت داشته باشد، هرچند در نهایت بطلان شرط و عدم بطلان عقد را قوی و البته احتیاط را اولی دانسته‌اند (اشتহারدی، ۱۴۱۷: ۱۰۲).

نقد: در پاسخ می‌توان گفت که نکاح فی‌الجمله فسخ‌شدنی است، کما اینکه در عیوب منصوص و تخلف از شرط صفت چنین خواهد بود و همین قابلیت فسخ اجمالی، نافی ادعای منافات شرط خیار با مقتضی نکاح است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۰؛ همچنین رک. اراکی، ۱۴۱۹: ۶۶۸). به تعبیر یکی دیگر از فقیهان (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۴۰۶ - ۴۰۷) اینکه لزوم از ذاتیات نکاح دانسته شود، نزد عرف و شرع پذیرفتنی نیست و به‌همین دلیل امکان فسخ نکاح در اثر عیوب، مخالف با مفهوم نکاح دانسته نشده است.

۱. ۲. ۲. شائبه عبادت بودن نکاح

به اعتقاد گروهی از فقیهان (شهید ثانی، ۱۴۱۳ الف: ۱۰۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ الف: ۳۰۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ ب: ۳۹۴؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۲۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ ب: ۱۰۶) در نکاح، شائبه عبادت وجود دارد و در عبادات خیار داخل نمی‌شود. برخی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۷۲) تحت تأثیر این نظر، شرط خیار را از جنبه منافی بودن با عبادی بودن نکاح، خلاف مقتضی ذات نکاح و در نتیجه فاسد و مفسد اعلام کرده‌اند.

نقد: در پاسخ باید گفت که عبادت در معنای خاص کلمه، ناظر به مواردی است که قصد تقرب، شرط صحت آن باشد، حال آنکه در نکاح، قصد تقرب شرط نیست (خویی، ۱۴۱۴: ۳۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۲۳). بنابراین تشویق شارع به ازدواج، مقتضی عبادت بودن نکاح نیست؛ کما اینکه تشویق به طلب معاش و کسب‌وکار موجب نشده است که عبادت خاص به‌شمار آید؛ با اینکه در روایات آمده است که عبادت هفتاد جزء دارد و با فضیلت‌ترین آن جست‌وجوی روزی حلال است^۲. عملکرد فقیهان مبنی بر بررسی نکاح در

۱. «... وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا».

۲. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): «الْعِبَادَةُ سَبْعُونَ جُزْءًا أَفْضَلُهَا طَلَبُ الْحَلَالِ» (کلینی، ۱۴۲۹ الف: ۵۴۲؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج

۳۲۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۷۶).

قسمت معاملات، نیز مؤید این خواهد بود که آن را عبادت در معنای خاص به‌شمار نیاورده‌اند (مؤمنی، ۱۳۸۴: ۱۴۰). وقوع نکاح به‌دلیل امتثال امر و جویی یا استجابی نیز مانع دخول خیار در آن نیست. همچنانکه اگر بیع به قصد قربت واقع شود، شرط خیار در آن با اشکالی مواجه نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۴). از سوی دیگر اینکه در عبادات مطلقاً خیار وارد نمی‌شود، خود ادعایی بیش نیست. در واقع ملازمه میان عبادت و ممتنع بودن جعل خیار معلوم نیست (اراکي، ۱۴۱۹: ۶۶۸) زیرا اشتراط خیار از امور ممتنع عقلی نیست تا مانع استناد به عموم و اطلاق ادله صحت شرط باشد (رک. خویی، ۱۴۱۴: ۳۴).

۱. ۲. ۳. مخالفت شرط خیار با دائمی بودن به‌عنوان مقتضی نکاح دائم و معلوم بودن مدت به‌عنوان مقتضی نکاح منقطع

تبيين دليل - به اعتقاد برخی فقیهان (خویی، بی تا ب: ۲۷۲؛ خویی، بی تا ج: ۱۶۳ و ۳۳۸ - ۳۳۹؛ همچنین رک. خویی، ۱۴۱۴: ۳۹ - ۴۰) شرط خیار در نکاح دائم با دائمی بودن نکاح منافی است، زیرا در اثر خیار، دوام عقد مقید به عدم فسخ می‌شود. در نکاح منقطع نیز مدت نکاح باید دقیقاً معلوم باشد، حال آنکه اگر خیار فسخ در آن راه یابد، مدت بقای نکاح منقطع نیز نامعلوم می‌شود. بنابراین شرط خیار سبب می‌شود که نکاح نه دائم باشد و نه منقطع بلکه قسم سومی باشد و چنین امری تشریح نشده است. به اعتقاد ایشان (خویی، بی تا ب: ۲۷۲) انحلال نکاح در اثر عواملی چون طلاق و فسخ نکاح در اثر عیوب (که دوام عقد نکاح را از بین می‌برد) نیز امری تبعیدی است.

این دلیل در متون فقهی قدیمی‌تر (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۹۲؛ ابن‌زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۳۴۹ - ۳۵۰) نیز به‌گونه دیگری و بدون اشاره به مخالفت شرط با مقتضی نکاح دیده می‌شود. توضیح اینکه در متون یادشده، شرط خیار از این جنبه مبطل دانسته شده است که دلیلی برای صحت نکاح دارای شرط خیار (خیار مدت) وجود ندارد. به سخن دیگر، نکاح حکمی شرعی بوده و ثبوت آن نیازمند دلیل شرعی است.

نقد: در پاسخ می‌توان گفت از سویی شرط خیار، توقیت نکاح نیست و فسخ عقد به‌معنای گشودن و انحلال عقد است، کما اینکه طلاق نیز به‌همین ترتیب خواهد بود و

توقیت نکاح نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۲۶). از سوی دیگر آنچه از ارکان و مقومات نکاح دائم است، عدم ذکر مدت در آن است و قید دائمی بودن از مقومات آن نیست (اراکی، ۱۴۱۴: ۱۶۱ - ۱۶۲). در همین زمینه گفته شده است (اراکی، ۱۴۱۴: ۱۶۲) انشای تزویج همانند انشای تملیک در بیع است. همان‌گونه که در بیع، زمان و قید دائمی بودن مطرح نیست، در تزویج نیز به‌همان ترتیب است.

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان ادعا کرد که دلیل قانع‌کننده‌ای بر بطلان عقد از نظر فقهی وجود ندارد.

۲. بررسی حقوقی شرط خیار

همان‌گونه که در ابتدای بحث بیان شد، ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی، شرط خیار در نکاح را باطل دانسته است. حال باید دید حقوقدانان چه مبنایی برای آن ارائه داده‌اند و آیا به بطلان شرط بسنده کرده‌اند یا از بطلان نکاح نیز سخن گفته‌اند.

۱.۲. بطلان شرط و مبنای آن

مهم‌ترین مبنای ارائه‌شده برای توجیه حکم ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی، لزوم استحکام خانواده است. به اعتقاد برخی حقوقدانان (امامی، ۱۳۷۴: ۳۶۵) آزادی اراده زوجین نسبت به انحلال نکاح موجب سستی رابطه مزبور و زیان جبران‌ناپذیری به جامعه می‌شود و بطلان شرط از این جنبه توجیه‌شدنی است. به سخن دیگر از سویی عقد نکاح اساس خانواده بوده و از سوی دیگر تزلزل اساس خانواده نامطلوب است. بنابراین از آنجا که شرط خیار موجب تزلزل اساس خانواده می‌شود، قانونگذار چنین شرطی را نپذیرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۰۹). برخی دیگر از حقوقدانان (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۶۷) نیز ضمن تأکید بر اینکه نکاح قراردادی مهم، استثنایی و منشأ تشکیل خانواده است، بقا و تثبیت خانواده را امری همیشه مطلوب و مورد نظر قانونگذار دانسته‌اند و همین امر را دلیل محدودیت موارد فسخ نکاح و نیز عدم پذیرش توافق طرفین و شرط خیار به‌شمار آورده‌اند.

هرچند این دلیل در مورد نکاح دائم، جای دفاع دارد؛ در مورد نکاح منقطع جاری نیست و از این‌رو توجیه‌گر حکم مطلق قانونگذار مبنی بر بطلان شرط خیار (اعم از نکاح

دائم و منقطع) نخواهد بود. توضیح اینکه قانونگذار در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی با اینکه در مقام بیان هر دو نکاح بوده، در این زمینه تفکیکی نکرده است. شاهد مدعی مذکور این است که بلافاصله پس از باطل دانستن شرط خیار در نکاح، جواز شرط خیار نسبت به صدق را مقید به نکاح دائم کرده است. برخی حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۰۹ - ۱۱۰) نیز به درستی معتقدند اگر اساس بطلان شرط خیار در نکاح، لزوم استحکام خانواده باشد، نباید مانعی برای پذیرش شرط مزبور در نکاح منقطع وجود داشته باشد. زیرا عقد نکاح منقطع اساساً ناپایدار است، کما اینکه زوج می‌تواند با بذل مدت به آن پایان دهد. به نظر می‌رسد قانونگذار در تنظیم مقررات قانون مدنی در زمینه خانواده دقیقاً از فقه امامی پیروی کرده و از این رو، بدون تفکیک میان نکاح دائم و موقت، به بطلان شرط حکم کرده است. همان‌گونه که در قسمت بررسی فقهی نیز بیان شد، آنچه از نظر ادله فقهی اقوی می‌کند، فقط بطلان شرط خیار در نکاح دائم است.

۲.۲. بررسی بطلان عقد نکاح از نظر حقوقی

در نوشته‌های حقوقی احتمال بطلان قرارداد نکاح در اثر شرط خیار مطرح و با اقتباس از متون فقهی ادله‌ای برای آن ذکر شده است. برخی حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۱۰) در توضیحاتی ذیل ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی، به این نکته بسنده کرده‌اند که اگر شرط، مخالف مقتضای ذات عقد نکاح باشد، موجب بطلان نکاح می‌شود. شایان توجه است که در مقام تبیین چگونگی مخالفت شرط با مقتضای نکاح نیز دقیقاً تأثیر نظرهای فقهی پیش‌گفته مشهود است. در این زمینه در جایی بعید دانسته نشده (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۹۰) که آنچه مخالف با دوام عقد نکاح است، مخالف مقتضای ذات عقد نکاح باشد و بر اساس بند نخست ماده ۲۳۳ قانون مدنی، هم باطل و هم موجب بطلان عقد نکاح محسوب شود. لیکن ایشان در یکی از تألیفات متأخر خویش (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۹۱) از این احتمال عدول کرده و به صراحت دوام عقد نکاح را مقتضای اطلاق نکاح دانسته است و آن را از ذاتیات عقد نکاح خارج دانسته، ولی در همان تألیف (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۲۷۲) از نظر شرعی نکاح را شبه‌عبادت تلقی و شرط خیار را از جنبه منافی بودن با عبادی بودن نکاح، خلاف مقتضای ذات نکاح و در نتیجه فاسد و مفسد اعلام کرده‌اند. مقایسه این

استدلال‌ها با ادله‌ای که در قسمت بررسی فقهی موضوع بیان شد، به‌خوبی اقتباس آن از متون فقهی را نمایان می‌کند و پاسخ آن نیز همان است که در گذشته بیان شد. افزون بر این، ظاهر ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی بر عدم پذیرش بطلان عقد دلالت می‌کند. به‌همین دلیل به اعتقاد برخی اندیشمندان فقهی و حقوقی (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۸۷؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۶۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳۵؛ قاسم‌زاده، ره‌پیک و کیایی، ۱۳۸۴: ۳۷۳ - ۳۷۴؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲: ۹۳۰ - ۹۳۱) با وجود اینکه قانون مدنی، معمولاً از نظر مشهور فقهی پیروی می‌کند، در مورد شرط خیار، نظر غیرمشهور فقهی (بطلان شرط و صحت عقد) را ترجیح داده است.

در برخی از کتب حقوقی (امامی، ۱۳۷۴: ۳۶۵؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۶۷؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲: ۹۳۰ - ۹۳۱) نیز در مقام توجیه اینکه چرا قانونگذار صرفاً از بطلان شرط خیار سخن گفته است، در مقام بیان دلیل نظر مشهور فقیهان مبنی بر بطلان عقد، فقط به این استدلال اشاره شده است که نکاح همراه با شرط خیار، مطلوب واحد بوده و به‌همین صورت مورد قصد و تراضی قرار گرفته است. در نتیجه از آنجا که شرط باطل است، نمی‌توان میان نکاح و شرط تفکیک و تبعیض قائل شد، بلکه باید هر دو را باطل دانست. طبیعی است در همین زمینه و برای مخالفت با این استدلال بر مطلوب واحد نبودن عقد و شرط تکیه شده و عقد و شرط دو امر جدا (که فساد شرط موجب فساد دیگری نیست) دانسته شده است. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در کتاب‌های مزبور بحث جامعی در بیان ادله بطلان عقد و نقد آن صورت نگرفته و فقط یکی از ادله بطلان نقد شده است.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های انجام‌گرفته در این پژوهش؛ ادله ارائه‌شده برای بطلان شرط خیار در نکاح: اجماع، فقدان مبنای شرط خیار در زمینه نکاح، ضرری بودن شرط خیار برای زن، وابستگی رفع نکاح (رابطه زوجیت) به طلاق، انحصاری بودن موجبات فسخ نکاح، عدم مشروعیت اقاله در نکاح، برخی روایات و دلیل انسداد است. در مورد بطلان نکاح نیز مهم‌ترین ادله، انتفای مشروط به دلیل انتفای شرط، مخالفت شرط با مقتضی ذات نکاح و فقدان دلیل

شرعی بر نکاح همراه با شرط خیار عنوان شده است. در میان ادله یادشده اعتنا نکردن به اجماع با توجه به همسویی عجیب میان مذاهب اسلامی، خلاف احتیاط محسوب می‌شود. البته از آنجا که اجماع دلیل لیبی است، باید به قدر متیقن آن، یعنی بطلان شرط خیار در نکاح دائم بسنده کرد. به‌علاوه با توجه به اهمیت عقد نکاح دائم و اینکه تزلزل این عقد به حال جامعه زیانبار خواهد بود، قاعده لاضرر نیز نافی صحت شرط خیار محسوب می‌شود. اگر ادله یادشده نیز پذیرفته نشود، همسویی شگفت فقیهان و نیز ادله ارائه‌شده برای بطلان شرط خیار در نکاح دائم، موجب تردید موجه در حقی یا حکمی بودن لزوم نکاح دائم است و در موارد تردید در حق یا حکم بودن، نمی‌توان آثار حق بودن را جاری کرد و شرطی که مغایر با لزوم نکاح دائم باشد، قابل اعتنا نخواهد بود. البته هیچ‌یک از ادله پیش‌گفته بر بطلان عقد نکاح دلالت ندارند، مگر اینکه احراز شود که اراده طرفین عقد بر وجود رابطه وحدت مطلوب میان شرط و عقد بوده است. از نظر حقوقی نیز ماده ۱۰۶۹ بر بطلان شرط در نکاح دلالت می‌کند. این حکم در زمینه نکاح دائم جای دفاع دارد؛ ولی در مورد نکاح منقطع انتقادپذیر به نظر می‌رسد. همچنانکه ظاهر ماده یادشده مبنی بر صحت نکاح و پیروی از نظر غیرمشهور فقهی در این زمینه از جنبه مبنایی قوی است؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود، قانونگذار از سویی به عدم تأثیر بطلان شرط در عقد نکاح تصریح کند و از سوی دیگر بطلان شرط را صراحتاً به نکاح دائم اختصاص دهد.

منابع

۱. ابن‌ادریس حلی، محمدبن منصور (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. ابن‌أنس الأصبیحی، مالک (بی‌تا). *المدونة الكبرى*، جلد ۲، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخی عن الإمام عبدالرحمن بن القاسم العتقی عن امام دارالهجرة و أوحده الأئمة الأعلام أبی عبدالله الإمام مالک، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۳. ابن‌براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ ق). *المهذب*، جلد ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن‌براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۱۱ ق). *جواهر الفقه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. ابن‌رشد الحفید، محمد (۱۴۱۵ ق). *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، جلد ۲، با تحقیق و تصحیح خالد العطار، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر و التوزیع.
۶. ابن‌قدامة، عبدالله (بی‌تا). *المغنی*، جلد ۷، بیروت: دارالکتب العربی للنشر و التوزیع.
۷. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۴ ق). *الخيارات*، قم: مؤسسه در راه حق.
۸. _____ (۱۴۱۹ ق). *کتاب النکاح*، قم: نور نگار.
۹. اشتهاودی، علی‌پناه (۱۴۱۷ ق). *مدارک العروة*، جلد ۳۰، تهران: دارالأسوة للطباعة و النشر.
۱۰. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ ق). *حاشیة کتاب المکاسب*، جلد ۴، قم: أنوار الهدی.
۱۱. امامی، سید حسن (۱۳۷۴). *حقوق مدنی*، جلد ۴، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۱۲. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق الف). *کتاب المکاسب*، جلد ۵، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۳. _____ (۱۴۱۵ ق ب). *کتاب النکاح*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۱۴. _____ (۱۴۱۹ ق). *فرائد الأصول*، جلد ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی.

۱۵. انصاری، زکریا (۱۴۱۸ ق). *فتح الوهاب*، ج ۲، منشورات محمد علی بیضون، دارالکتب العلمیة.
۱۶. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۶ ق). *حاشیة المکاسب*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۷. _____ (۱۴۰۹ ق). *کفاية الأصول*، قم: مؤسسه آل‌البیته (ع) لإحياء التراث.
۱۸. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ ق). *الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة*، جلد ۲۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۹. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ق). *القواعد الفقهية*، جلد ۵، قم: نشر الهادی.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). *فرهنگ عناصر شناسی*، تهران: گنج دانش.
۲۱. _____ (۱۳۹۱ الف). *الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق*، جلد ۲، تهران: گنج دانش.
۲۲. _____ (۱۳۹۱ ب). *الفارق، دائرة المعارف عمومی حقوق*، جلد ۳، تهران: گنج دانش.
۲۳. _____ (۱۳۷۶). *حقوق خانواده*، تهران: گنج دانش.
۲۴. _____ (۱۳۸۰). *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱، عناصر عمومی عقود، تهران: گنج دانش.
۲۵. _____ (۱۳۸۱). *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه*، تهران: گنج دانش.
۲۶. حائری شاه‌باغ، سید علی (۱۳۸۲). *شرح قانون مدنی*، جلد ۲، تهران: گنج دانش.
۲۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعة*، جلد ۲۱، قم: مؤسسه آل‌البیته (ع).
۲۸. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ ق). *مصباح الأصول*، تقریرات توسط سید سرور بهسودی،

جلد ۲، قم: مکتبه الداوری.

۲۹. _____ (بی تا الف). مصباح الفقاهة، جلد ۵، بی جا: بی نا.
۳۰. _____ (بی تا ب). مصباح الفقاهة، جلد ۶، بی جا: بی نا.
۳۱. _____ (بی تا ج). مصباح الفقاهة، جلد ۷، بی جا: بی نا.
۳۲. _____ (بی تا د). مصباح الفقاهة، جلد ۲، بی جا: بی نا.
۳۳. خویی، سید محمدتقی (۱۴۱۴ ق). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود، جلد ۲، بیروت: دارالمؤرخ العربی.
۳۴. رشتی، میرزا حبیب الله (۱۳۱۱ ق). کتاب الإجارة، بی جا: بی نا.
۳۵. سبحانی، جعفر (بی تا الف). موسوعة طبقات الفقهاء، جلد ۳، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۳۶. _____ (بی تا ب). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء، جلد ۲، قم: بی نا.
۳۷. سبزواری، سید عبدالأعلی (۱۴۱۳ ق الف). مهذب الأحكام، جلد ۱۷، قم: مؤسسه المنار.
۳۸. _____ (۱۴۱۳ ق ب). مهذب الأحكام، جلد ۲۴، قم: مؤسسه المنار.
۳۹. سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ ق). کفایة الأحكام، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۰. السرخسی، محمدبن احمد (بی تا). المبسوط، جلد ۱۵، بیروت: دارالمعرفة للطباعة والنشر والتوزیع.
۴۱. سند، محمد (۱۴۲۹ ق). سند العروة الوثقی-کتاب النکاح، جلد ۱، قم: مکتبه فذک.
۴۲. سیوری حلی، مقداد (۱۴۰۳ ق). نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
۴۳. الشافعی، محمدبن ادريس (۱۴۰۳ ق). کتاب الأم، جلد ۵، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۴۴. شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ ق). کتاب نکاح، جلد ۲۳، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

۴۵. الشربینی، محمدبن أحمد (۱۳۷۷ ق). *معنی المحتاج*، جلد ۳، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۴۶. شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۳ ق الف). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، جلد ۷، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۴۷. شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۳ ق ب). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، جلد ۸، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۴۸. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵ ق). *هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب*، جلد ۳، تبریز: چاپخانه اطلاعات.
۴۹. صابری، حسین (۱۳۸۵). *از مناسبت تا مذاق فقه، راه‌هایی به مقاصد شریعت*، مطالعات اسلامی، شماره ۷۲: ۱۱۷ - ۱۴۱.
۵۰. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۳). *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان.
۵۱. صدوق قمی، محمدبن علی (۱۴۱۳ ق). *من لا یحضره الفقیه*، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵۲. طباطبایی بروجردی، سید حسین (۱۴۲۹ ق). *جامع أحادیث الشیعة*، جلد ۲۲، تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
۵۳. طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ ق). *مستمسک العروة الوثقی*، جلد ۱۴، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۵۴. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ ق). *العروة الوثقی*، جلد ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۵۵. _____ (۱۴۲۱ ق). *حاشیة المكاسب*، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۵۶. طباطبایی، سید علی (بی تا). *ریاض المسائل*، جلد ۲، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع).
۵۷. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ ق). *المبسوط فی فقه الإمامیة*، جلد ۴، تهران: المکتبه المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.

۵۸. _____ (۱۳۹۰ ق). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، جلد ۳، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۵۹. _____ (۱۴۰۷ ق الف). الخلاف، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۰. _____ (۱۴۰۷ ق ب). الخلاف، جلد ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۱. طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ ق ج). تهذیب الأحکام، جلد ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۶۲. _____ (۱۴۰۷ ق د). تهذیب الأحکام، جلد ۷، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
۶۳. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸ ق). تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل‌البيت عليهم السلام.
۶۴. _____ (۱۴۱۳ ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، جلد ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۵. _____ (بی تا). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، جلد ۲، مشهد: مؤسسه آل‌البيت (ع).
۶۶. علامه مجلسی، محمدباقر (۱۴۱۰ ق). بحار الأنوار، جلد ۱۰۰، بیروت: مؤسسه الطبع و النشر.
۶۷. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - النکاح، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۶۸. فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ ق). کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام، جلد ۷، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۹. فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶ ق). التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۷۰. قاسم‌زاده، سید مرتضی، ره‌پیک، حسن و کیایی، عبدالله (۱۳۸۴). تفسیر قانون مدنی، اسناد، آرا و اندیشه‌های حقوقی، تهران: سمت.
۷۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). دوره حقوق مدنی، خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷۲. کاشف الغطاء، احمد (۱۴۲۳ ق). سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات، جلد ۴، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۷۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ ق الف). الکافی، جلد ۹، قم: دارالحدیث للطباعة و النشر.
۷۴. _____ (۱۴۲۹ ق ب). الکافی، جلد ۱۰، قم: دارالحدیث للطباعة و النشر.
۷۵. _____ (۱۴۰۷ ق). الکافی، جلد ۵، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۷۶. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۷۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷). بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۷۸. _____ (۱۴۰۶ ق). قواعد فقه، جلد ۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۷۹. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق الف). جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴: قم، مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع).
۸۰. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق ب). جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۳، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع).
۸۱. مظفر، محمد رضا (بی تا). أصول الفقه، جلد ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۸۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). کتاب النکاح، جلد ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۸۳. مؤمنی، عابدین (۱۳۸۴). شرط خیار در نکاح، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره پیاپی ۱۲: ۱۲۵ - ۱۵۰.

۸۴. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق الف). کتاب‌البیع، جلد ۴، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۸۵. _____ (۱۴۲۱ق ب). کتاب‌البیع، جلد ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۸۶. _____ (بی تا). تحریر الوسیلة، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۸۷. نایینی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). منیه الطالب فی حاشیة المکاسب، جلد ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۸۸. _____ (۱۳۶۹). أجود التقريرات، تقریرات توسط سید ابوالقاسم خویی، جلد ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دینی.
۸۹. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق الف). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۲۹، بیروت: دارالإحياء التراث العربی.
۹۰. _____ (۱۴۰۴ق ب). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۳۱، بیروت: دار الإحياء التراث العربی.
۹۱. نراقی، احمدبن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۹۲. نراقی، محمدبن احمد (۱۴۲۲ق). مشارق الأحکام، قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.
۹۳. النووی، محی‌الدین (بی تا الف). المجموع، جلد ۱۶، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۹۴. _____ (بی تا ب). روضة الطالبین، جلد ۵، با تحقیق عادل احمد عبدال موجود و علی محمد معوض، بیروت، دارالکتب العلمیة.