

## جستاری بر شرط خیار در نکاح

فخرالدین اسدی<sup>۱</sup>

دکتر محمود قیوم زاده<sup>۲</sup>

چکیده

انحلال نکاح موجباتی دارد. از جمله موجبات انحلال نکاح، شرط خیار است؛ که به نکاح خیاری شهرت دارد. این مسأله از اهم مسائل فقهی است که معرکه آرای فقهای شیعی و سنی شده است و شرط خیار اختصاص به عقد نکاح ندارد. در گستره فقه و حقوق اسلامی نسبت به شرط خیار در نکاح، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، که نظر مشهور، بطلان نکاح خیاری است و در مقابل، نظر غیر مشهور است که فائند خود عقد نکاح، صحیح است و فقط شرط خیار باطل است. فقها برای اثبات نظریه های خود، به دلیل فقدان ادله تعبدی در این خصوص، فقط به ادله اجتهادی خود تمسک جسته اند. در این نوشتار ضمن ارائه پیشینه نکاح خیاری، نظریات فقهای متقدم و متأخر و معاصر در این خصوص و با توجه لزومی بودن عقد نکاح، به این نتیجه منتج شد که شرط خیار در نکاح، صحیح و می تواند مثمر ثمر نیز باشد.

واژگان کلیدی: خیار، شرط خیار، انحلال، نکاح خیاری، فسخ.

۱- دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات همدان و مدرس دانشگاه علمی کاربردی ساوه.

۲- دانشیار گروه معارف اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی ساوه، ایران، ساوه.

## ۱- مقدمه

شرط خیار در نکاح، عنوانی تازه اما دارای مسامی کهن و با سابقه در گستره فقه و حقوق اسلامی می باشد؛ که به نکاح خیاری شهرت دارد. پدیده ای است اجتماعی، که از یک سو ناقص، شائبه عبادی بودن و عنصر معنویت لازمه، در عقد نکاح بوده و از سوی دیگر در نظام فقهی و حقوقی اسلام، گونه گون و برخوردار از ابعاد نفی و اثبات متعدد و مؤثر در این خصوص، می باشد و در زمره پایداری هایی است که در عصر حاضر، دارای اهمیت و جایگاه ویژه ای می باشد.

شرط خیار در نکاح، در واقع ظهور و ابعاد گستره های نوین فقهی را در راستای تحول و ترقی قواعد عقد نکاح، که دارای سابقه طولانی فقهی می باشد، نمایان می کند و می تواند شاخه هایی همچون حقوق حریم خصوصی افراد را در مقوله ازدواج پایدار سازد. هر چند گامی مثبت تلقی می شود ولی آثار وضعی آن، همچون کشف حقایق فقهی، کثرت شبهات، اقسام نظریه ها و مخالفت های متعدد فقهی و حقوقی را نیز به ارمغان می آورد.

براین اساس، مطالعه تطبیقی زوایای متعدد نکاح خیاری، به عنوان مقوله ای پایدار در عصر حاضر، در راستای رسالت نهایی دانش فقه، تلقی می گردد. از سوی دیگر بررسی مقارنه ای دقیق و تازه در این خصوص، و آثار مثبت آن در فقه، به جرأت می توان اذعان نمود که کمترین پژوهش مقارنه ای در گستره مهم فقه اسلامی یعنی عامه و خاصه، در خصوص نکاح خیاری صورت گرفته است. بنابراین مطالعه نکاح خیاری، دارای منشأهای مختلف فقهی می باشد، بطوری که عقد نکاح از منظر فقهها، گاه جزء مقوله عبادات قرار می گیرد و گاه در جرگه معاوضات مالی و گاهی در ترکیبی از هر دو قرار می گیرد؛ لذا آن را از اهمیت ویژه ای برخوردار ساخته است.

همچنین با عنایت به خلاء موجود در زمینه پژوهش مقارنه ای در خصوص نکاح خیاری و آثار مثبت آن، به طور کلی وبالخصوص در گستره فقه امامیه و حقوق ایران، که نه تنها در کتابهای فقهی، حتی در کتابهای حقوقی نیز به ندرت به طور جامع و تطبیقی، مطالعه و بررسی شده است. اهمیت مطالعه این موضوع، به ویژه با نظر به تأثیر گذاری جدی آن بر ارکان سازنده عقد نکاح و کاهش تورم جمعیت پرونده های کیفری حقوق خانواده ها، در امر طلاق و آثار مثبت آن در جامعه مدنی، با نگرش موجه بودن شرط خیار در نکاح، در فقه و حقوق می تواند مثمر ثمر باشد. حال با توجه به مطالب ارائه شده، این سوال مطرح می شود که آیا زن و مردی که قصد ازدواج با یکدیگر را دارند، می توانند عقد نکاح را بصورت خیاری منعقد کنند یعنی شرط خیار در نکاح قرار دهند؟ مثلاً زوجه بگوید با این شرط خودم را به ازدواج تو در می آورم که اگر تا دو ماه خواستم عقد را فسخ کنم، (زوجه بگوید به این شرط با تو ازدواج میکنم، که دو ماه بعد از عقد ادامه تحصیل بدهم، در صورت مخالفت تو یعنی "شوهر" عقد نکاح را فسخ کنم). بنابراین اگر نمی توانند توجیه فقهی و حقوقی مسئله چیست؟

۲- معنا شناسی واژه خیار و شرط خیار:

## تعریف لغوی و اصطلاحی خیار

۱- تعریف لغوی: اسم مصدر اختیار است، یعنی نتیجه اختیار شخص. ۲- تعریف اصطلاحی: کلمه خیار عَلم بالغلبه شده است در «مِلکٌ فسخ العقد» یعنی مالکیت بر فسخ عقد. این معنا غلبه پیدا کرده در کلمات گروهی از متأخرین، آن گونه که فخرالمحققین در کتاب ایضاح آن را تفسیر نموده است یعنی؛ فخرالمحققین خیار را به مالکیت فسخ عقد تفسیر نموده است. (انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ۲۱۱).

مرحوم شیخ انصاری، این تعریف را مانع اغیار نمی داند؛ زیرا مواردی وجود دارد که از افراد خیار اصطلاحی نیست ولی طبق تعریف فوق داخل این تعریف می شود.

۱- مالکیت فسخ عقود جایزه، مثل وکالت که بر هم زدن آن توسط موکل خیار محسوب نمی شود و عقد فضولی، که مالک اصلی می تواند عقد فضولی را به هم بزند در حالی که به آن خیار اطلاق نمی شود.

- ۲- اختیار ورثه بر ردّ یا قبول مازاد بر ثلث میتی که در مرض مُشْرِف به موت منعقد ساخته است.
- ۳- مالکیت عمه و خاله بر فسخ عقد برادر زاده و خواهر زاده، به این توضیح اگر مردی بدون اجازه همسرش، برادر زاده یا خواهر زاده او را عقد کند همسرش اختیار فسخ این عقد را دارد در حالی که به این عمل، خیار اطلاق نمی شود.
- ۴- مالکیت کنیز برفسخ نکاح با عبدی که قبل از زمان آزادیش انجام گرفته است. یعنی؛ چنانچه کنیز آزاد شود می تواند عقد نکاح را که در زمان کنیزیش با عبدی منعقد ساخته، فسخ کند.
- ۵- مالکیت هر یک از زوجین بر فسخ نکاح به دلیل عیب. یعنی؛ هر یک از زوجین در صورت بروز عیب در دیگری- البته عیوب متعین فقهی و حقوقی- می تواند عقد نکاح را فسخ کند. (همان) این تعریف شامل همه این موارد می شود و مانع اغیار نیست در حالیکه به هیچ کدام از موارد یاد شده تعبیر خیار نمی شود.

#### تعریف شرط خیار

عنوان شرط خیار که ترکیبی از دو واژه فقهی و حقوقی است، به عنوان یک شرط ایجاد الزام و التزام میکند و برای متعاقدين يايکی از آن دو حق فسخ ایجاد می نماید، دیگر اختیارات به حکم قانون فقهی به وجود می آیند، توافق و تراضی طرفین مستقیماً در ایجاد آن نقشی ندارد، مانند: خیار غبن و مجلس. بلکه در اکثر عقود لازم، قانون گذار چنین حقی را برای طرفین قائل شده با مدت معین، که در صورت بروز عیب می توانند از آن حق استفاده کنند. اما شرط خیار در نتیجه توافق و تراضی مستقیم و اراده طرفین حاصل می شود در واقع خیار، همان اختیار فسخ که حاصل و نتیجه شرط است می باشد.

#### فرق شرط خیار با خیار شرط

شرط خیار همین است که طرف برای خودش شرط می کند تا مدت معینی خیار داشته باشد و اما خیار شرط این است که شرط کند تا سه ماه بعد تحویل دهد. اگر تا سه ماه بعد تحویل نداد، تخلف از شرط کرده و طرف مقابل خیار دارد. «مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱، ۱۲۶».

شرط خیار در متن عقد ذکر میشود، مثل اینکه زوجه بگوید خودم را به تزویج تو در آوردم مشروط بر اینکه تا سه روز خیار فسخ داشته باشم و زوج قبول نماید. یا زن بگوید خودم را به تزویج تو در آوردم و مرد بگوید قبول کردم مشروط بر اینکه برای من مدتی خیار فسخ باشد، پس شرط خیار در متن عقد اخذ می شود و این شرط بدون هیچ اختلافی نکاح را باطل می کند. اما خیار شرط در متن عقد اخذ نمی شود بلکه در صورت فقدان وصفی معین برای دارنده حق آن هر کدام از طرفین باشد، حق خیار فسخ ایجاد می شود مثل اینکه مرد بگوید زن باید باکره باشد. بعد از عقد چنانچه وصف مذکور موجود نبود برای زوج حق خیار فسخ، هرچند در متن عقد اخذ نشده بوجود می آید. «مغنیه، ۱۴۰۳، ج ۲، ۵۳۳»

#### ادله صحت شرط خیار

از مستندات و مبانی فقهی خیار شرط یکی عمومات و فاء به شرط است که از اصل روایت «المؤمنون عند الشروطهم» سرچشمه می گیرد و مبنای دیگر فقهی شرط خیار بنای عقلاست، به این معنا که افراد آزادانه می توانند هر گونه تعهدی را که مغایر با اخلاق حسنه و قانونی نظم جامع نباشد و با عقل و شرع ساز گاری داشته باشد، بپذیرند و به انجام برسانند. از دیگر دلایل صحت خیار شرط اجماع فقها است، که شرط خیار را مشهور پذیرفته اند و بر آن اجماع دارند. «انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ۲۵۱».

## مدت زمان اعمال شرط خیار

فقها و حقوق دانان شرط خیار را از مصادیق شروط صحیح ضمن عقد واز نوع شرط نتیجه می دانند. از این رو به محض اشتراط این شرط، حق فسخ از زمان انعقاد عقد تا مدت مقرر در شرط به وجود می آید و اعمال حق خیار ناشی از این شرط، فسخ قرار داد یا عقد را رقم خواهد زد. خواه شرط خیار متصل به عقد باشد، یا منفصل از آن، مثلاً شرط کنند بلا فاصله پس از عقد و یا پس از چند روز از انجام آن، دارای خیار باشند.

شافعی از اهل سنت، با شرط خیار به صورت منفصل مخالفت کرده است و بیان می کند: لازمه صحت این نوع خیار، این است که عقد پس از لازم شدن، جایز شود. جواب شیخ انصاری: اولاً تزلزل عقد، پس از لزوم اشکالی ندارد. دوماً اشکال ایشان در خیار تأخیر و خیار رؤیت نیز وجود دارد، پس نباید آن دو خیار هم ثابت باشد. ادله صحت مدت زمان اعمال شرط خیار: ۱- اجماع ۲- عموم ادله شرط. «همان».

## دیدگاه عامه در خصوص شرط خیار:

درفقه عامه برخلاف فقه امامیه، بحث جامع و مستقلی درمورد خیار تخلف از شرط به دلیل نگرش محدود فقهای عامه در این زمینه، وجود ندارد. فقهای عامه در بیان حکم تخلف از شرط صحیح تفکیکی بین انواع شرط صحیح قائل نشده و حکم مزبور را بطور مطلق و آن هم ضمن مصادیق و شواهد مختلف بیان داشته اند. به نظر اکثر قریب به اتفاق فقهای عامه، تخلف از شرط صحیح، بطور مطلق موجب پیدایش خیار تخلف از شرط می شود.

به عقیده علمای حنبلی تخلف از شرط ترک فعل حقوقی (شرط عدم تزویج)، برای زوجه حق فسخ نکاح را به وجود می آورد. در حالیکه طبق نظر فقهای امامیه در فرض تخلف از شرط عدم تزویج، عقد نکاح فسخ نمی شود. مبنای خیار تخلف از شرط مطابق با نظر فقهای عامه، قاعده لاضرر است.

درقوانین مدون کشورهای عربی که متأثر از فقه اهل سنت هستند نظیر مصر و عراق، بحث قابل توجهی راجع به شرط ضمن عقد و ضمانت اجرای آن یعنی خیار تخلف از شرط دیده نمی شود. هرچند در فقه عامه ابوحنیفه و شافعی مدت خیار را محدود به سه روز میدانند، ولی مالک شرط خیار را دائم و مادام العمر می داند. «صفی آباد، محمود، ۱۳۷۵، پایان نامه، ص ۱»  
شرط صحت اعمال شرط خیار در عقود:

شرط خیار ضمن برخورداری از عناصری که برای صحت و شکل گیری عقود لازم است داشته باشد، شرط ویژه ای نیز باید داشته باشد که از مهم ترین عناصر شکل گیری شرط خیار می باشد و آن ضرورت تعیین مدت فسخ معامله یا عقد است. درجه اهمیت تعیین مدت در شرط خیار تا جایی است که عدم رعایت آن علاوه بر بطلان شرط، بطلان عقد را نیز به دنبال دارد.

مبانی فقهی و استدلالی این اثر، از منظر مشهور فقها، ایجاد غرر در معامله و عقد است. حقوق مدنی نیز از قول مشهور فقها پیروی کرده است و عدم تعیین مدت در خیار شرط را باعث بطلان شرط و عقد دانسته است.

لذا در حالت جهل و ابهام نسبت به مدت، مانند: اعمال حق ناشی از شرط خیار مؤکول به آمدن حجاج باشد که بطور دقیق مشخص نیست در چه زمانی می آیند. و حالت اطلاق مدت، مانند: شرط شود برای یکی از متعاقبین یا هر دو حق فسخ باشد بدون آن که تعیین شود مدت حق فسخ چقدر است. و همچنین حالت عدم ذکر مدت. به این معنا که: شخص در ضمن عقد یا معامله ای شرط کند که حق فسخ داشته باشد بدون آنکه از مبدأ و منتهای مدت حرفی به میان آورده شود.

اگر این حالات فوق رعایت نشود شرط خیار موجب غرر و بطلان عقد است که در آن اختلاف و تردیدی وجود ندارد. «انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ۲۵۲». بنابراین هرگاه شرط خیار مدت داشته باشد شرط و عقد صحیح است؛ هرچند مدت طولانی

باشد. در مقابل نظریه شیخ انصاری: شیخ مفید، سید مرتضی، شیخ طوسی و صاحب جواهر: اگر شرط خیار مدت نداشته باشد، معتقدند عقد صحیح است و مدت خیار به سه روز حمل می شود. «همان»

### نحوه شمول عموم ادله شروط، در عقود و ایقاعات

شرط خیار از جمله خیارات مشترکی است که نمی توان آنرا مختص به عقد بیع دانست، اما این شرط در عقودی که طبیعت آنها به موجب قواعد آمره (قوانین حکومتی) ادامه و استمرار دارد، مانند عقد نکاح، ضمان، و وقف راه ندارد؛ زیرا علاوه بر وجود اجماع منقول، شارع مقدس، فقط طلاق را رافع نکاح قرار داده است و تقابیل و تفاسخ را مؤثر ندانسته است. ولی مشهور فقها معتقدند که هر عقدی که قابل اقاله باشد شرط خیار در آن ممکن است و در ایقاعات نیز شرط خیار را روا نمی دانند؛ زیرا شرط، قائم به طرفین است، ولی ایقاع به یک طرف قائم است. و فقها اظهار میکنند که فسخ در ایقاعات مشروعیت ندارد، یعنی در واقع شرط کردن موجب نمی شود تا چیزی که از نظر شارع سببیت ندارد، مسبب شود. «انصاری، ۱۳۸۳، ج ۲، ۲۶۵»

### دیدگاه قانون مدنی نسبت به نکاح خیاری

در این نوشتار، از میان موجبات انحلال نکاح، شرط خیار فسخ نکاح را مورد بررسی و مذاقه قرار داده می شود. یکی از حقوق دانان برجسته کشور، نسبت به تحلیل دیدگاه قانون مدنی، ضمن تایید آنکه شرط خیار در نکاح باطل است ولی مبطل عقد نمی باشد؛ زیرا نکاح و شرط خیار را دو امر کاملاً جدا گانه می داند، و با قائل بودن به بطلان شرط خیار، نکاح را صحیح می داند که شرط از لوازم صحت عقد نیست که با بطلان آن عقد را باطل کند. ایشان در کتاب حقوق مدنی خود گفته: "شرط خیار در نکاح چنانکه از ماده «۳۹۹» ق. م معلوم میگردد آنست که در مدت معین برای مرد یا زن یا شخص ثالث حق فسخ نکاح باشد. به دستور قسمت اول ماده «۱۰۶۹» ق. م: «شرط خیار فسخ نسبت بعقد نکاح باطل است ...» زیرا چنانکه گذشت خانواده سلول اولیه جامعه میباشد که بوسیله تولد و تناسل بقاء آن را تضمین مینماید و فسخ نکاح موجب انهدام آن است و از جنبه عمومی نمیتوان نکاح را دستخوش آزادی اراده زوجین قرار داد تا آنان حق انحلال آن را برای خود محفوظ دارند؛ زیرا سستی رابطه مزبور به ضرر اجتماع و لطمه غیر قابل جبرانی نسبت به جامعه وارد می آورد. بدین جهت نمیتوان نکاح را اقاله نمود آنگونه که معاملات را میتوان اقاله کرد. بنابراین چنانکه ماده بالا تصریح مینماید، شرط خیار فقط باطل میباشد و تأثیری در عقد نمیکند؛ زیرا ماده در مقام بیان حکم عقدی است که شرط خیار در آن میشود و با بیان حکم به فساد شرط و سکوت نسبت به عقد، عقد نکاح صحیح خواهد بود. دلیل بر عدم تأثیر فساد شرط در عقد نکاح آنست که عقد و شرط دو امر است و فساد یکی، تأثیر در دیگری نمینماید. (امامی، ۱۶۴۶).

### ماهیت فقهی شرط خیار در نکاح

یکی از موضوعاتی که در همه ادوار به ویژه عصر حاضر، مورد مناقشه میان فقیهان اسلامی بوده، موضوع شرط خیار در نکاح می باشد. در مورد نکاح خیاری، از دیدگاه فقهای اسلام، نظرات متشابه و گاه متفاوت، برای قبول یا رد این مسأله، ارائه شده است؛ لذا ابتدا دیدگاه کلی آنها را بیان می کنیم و بعد ادله استنادی آنان را بیان می کنیم.

فقها در صحت یا عدم صحت، عقدی که در آن زوج یا زوجه، اشتراط خیار فسخ کنند، اختلاف نظر دارند که در این زمینه اقوالی در فقه وارد شده است، که به نحو زیر دسته بندی می شود:

#### بطلان عقد

بطلان عقد بصورت مطلق، بدون اینکه بین دخول و عدم دخول تفصیل قائل شوند. صاحب این نظریه شافعیه و پیروانش هستند که در کتب مشهور فقهی خود در باب نکاح به این موضوع، پرداخته اند. و همچنین مشهور فقهای امامیه، نظیر شیخ طوسی، صاحب جواهر، محقق کرکی و شهید ثانی از متقدمین، این نظریه را برگزیده اند. ولی بعضی از فقهای امامیه مثل ابن

ادریس از متقدمین وصاحب وسیله النجاة، از متأخرین، رأی به بطلان شرط وصحت عقد، داده اند. لکن کسانی که قائل به بطلان عقد و شرط بصورت توأمان هستند، به فروض زیر استدلال نموده اند: «الف - اینکه نکاح از عقود معاوضی قابل جعل برای شرط خیار نیست؛ زیرا در نکاح شائبه عبادت وجود دارد، که همین شائبه عبادی بودن، باعث شده که نکاح شرط خیار را نپذیرد. ب - جعل شرط خیار، منافات با مقتضای عقد دارد. بنابراین با وجود تنافی با مقتضای عقد، بطلان عقد را به دنبال می آورد؛ زیرا باعث تناقض بین قصد و انشاء می شود. ج - اجماع، که این قول را به جمهور اهل سنت، نسبت داده اند.» (الجناتی، ۱۴۱۵، ج ۲، ۲۳۶)

#### صحت عقد

دومین نظریه در این خصوص، صحت عقد و بطلان شرط می باشد. قائلین به این نظریه، حنفیه و حنابله می باشند و دلیلی را که بیان می کنند این است که شرط فاسد، مفسد عقد نیست. (همان)

#### تفصیل

قول سوم، یک نظریه تفصیلی است، به اینکه اگر بعد از عقد، دخول صورت نگیرد، عقد و شرط هر دو باطل اند و دیگر اینکه اگر دخول صورت بگیرد، عقد و شرط هر دو باطل اند، صاحب این نظریه، مالکیه هستند. (همان)

این رشد قرطبی، سبب اختلاف بین فقهای اهل سنت را در خصوص این مسأله، در کتاب *بداية المجتهد، مبحث نکاح* چنین عنوان می کند: «در اینجا محل تردید می باشد اینکه نکاح، از معاملاتی است که جعل خیار، در آن جایز نیست یا اینکه از معاملاتی است که جعل خیار، در آن جایز است یا اینکه بگوییم اصل در عقود این است که قابل جعل خیار نباشد، مگر اینکه درباره آن، نصّ یا دلیلی که مثبت خیار است، وارد شده باشد یا اینکه بگوییم که اصل منع خیار در عقود، باعث غرر در معاملات می شود مگر در عقد نکاح، که غرری در آن وجود ندارد؛ برای آنکه مقصود از نکاح مکارمه است و عقد مکایسه نیست. و این سخن که عقد نکاح، نسبت به سایر عقود معاوضی، بیشتر به جعل خیار و رؤیت نیاز دارد، باید تدبیر و دقت بیشتری در آن نمود.» (همان)

مکایسه یعنی اینکه: «هریک از متعاملین زیرکی خودش را در معامله بکار می گیرد». و مکارمه «یعنی طرفین بر اساس کرامت به همدیگر، عقدا منعقد می کنند.» (طوسی، خلاف (۱۳۸۸). ج ۴، ص ۲۹۹)

#### ادلّه فقهای متقدم امامیه بر بطلان شرط خیار در نکاح:

از میان فقهای متقدم، واقعاً شیخ طوسی باب جدیدی را در فقه امامیه باز کرد و جرأت اظهار نظر در موارد مسکوت، را باز نمود و اینکه باب اجتهاد را از آن حالت قبل از خود که تقریباً یک حالت تک بعدی بود خارج کند و به دیگر فقهای بعد از خود نیز این جسارت و جرئت را القاء کند.

وی عدم دلیل شرعی بر صحت عقد نکاح با شرط خیار را دلیل بطلان آن دانسته، در کتاب *خلاف والمبسوط*، عنوان کرده: «عقد نکاح، یک حکم شرعی و نیاز مند دلیل شرعی است، اما دلیلی بر صحت عقد نکاح با شرط خیار وجود ندارد. دیگر اینکه اگر شرط خیار در اصل عقد نکاح شود عقد نکاح باطل است؛ زیرا نکاح عقدی است لازم بنفسه، پس شرط خیار در آن صحیح نمی باشد.» (طوسی، محمد بن حسن «خلاف (۱۳۸۸). ج ۴، ص ۲۹۹)

دومین فقیه علامه حلی است، که دلیل بطلان نکاح خیار را فقدان تراضی دانسته و بیان کرده: «یکی از شروط صحت عقود، تراضی است ولی در نکاح با شرط خیار، تراضی وجود ندارد. بنا بر این نکاح خیار صحیح نیست.» (حلی، بی تا، مختلف الشیعه ص ۵۳۹).

سومین فقهی از فقهای امامیه، شهید ثانی است، که بانظری کاملاً متفاوت نسبت به مسأله، به میدان آمده و گفته است: «نکاح ملحق به عبادات است نه معاوضات. پس نکاح با شرط خیار در آن باطل است، زیرا تراضی فقط با شرط باطل واقع شده و عقد با شرط حاصل نشده و در نتیجه تراضی وجود ندارد.» (شهید ثانی، ۱۳۸۷، اللمعه الدمشقیه، ج ۵، ص ۱۲۰)

محقق کرکی ضمن تأیید گفتار شهید ثانی می گوید: «در نکاح شائبه عبادت وجود دارد و جزء عقود معاوضی نیست، اگر چنانچه نکاح، قابل جعل خیار باشد، باعث می شود که نکاح از وضع عبادی بودنش خارج شود.» (کرکی، ۱۴۱۱، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۳، ص ۳۹۴).

صاحب جواهر نیز نکاح را در جرگه عبادات می داند و گفته است: «که عقد نکاح، شرط خیار را نمی پذیرد، سه دلیل دیگر بیان می کند یکی این که: شرط خیار، باعث ابتذال و متضرر شدن زن می شود. دوم: موارد فسخ نکاح، محدود و محصور است، لذا برعکس دیگر عقود لازم، فسخ با اقاله را نمی پذیرد و دیگر اینکه شرط خیار با مقتضای عقد منافات دارد.» (نجفی، بی تا، جواهر الکلام ج ۲۹، ص ۱۴۹، ج ۳۱، ص ۱۰۶)

### دیدگاه فقهای معاصر امامیه

قابل ذکر است که در این نوشتار، نمی توان فقط، به ادله فقهای متقدم اکتفا نمود. بخصوص در مورد شرط خیار در نکاح، که از موضوعات اجتهادی و حادث است. بنابراین، بررسی و اظهار نظر فقهای متأخر و معاصر در این زمینه، بیشتر می تواند به اثبات یا نفی این موضوع کمک کند و اینکه برجستگی و اعلمیت در فقهات، فقهای این عصر را، نسبت به متقدمین، به خوبی نمایان می کند.

### دیدگاه امام خمینی (ره)

ایشان در ابتدای دو قول موافق و مخالف را نقل می کند و پس از تردید قول موافق به اعمال شرط خیار در نکاح را می پذیرد. (امام خمینی، تحریر، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۵۲)

### آیت الله خوئی

ایشان با بیان در باره مسأله شرط خیار در نکاح، موضوع را بصورت قضیه مفهوم اصولی بیان می کند و جریان خیار را منوط به صحت اقاله و عدم صحت آن می داند، تا جائی که از سوی بعضی از فقهای معاصر مورد نقد قرار می گیرد و نحوه استدلال ایشان را تا حدودی مورد مناقشه می دانند.

استاد خوئی گفته است: «که هر عقدی که تقابلی در آن جایز باشد اشتراط خیار نیز در آن جایز است و هر عقدی که تقابلی در آن جایز نباشد اشتراط خیار نیز در آن صحیح نیست. در نکاح شرط خیار جایز نیست، زیرا در حقیقت این خیار، تفویض سلطنت برای یک نفر از طرفین به نحو انحصار است.

یعنی برای یک طرف سلطنت تام بر سبیل استقلال می باشد، درحالی که طرف مقابل از این حق محروم می باشد.» (خوئی، ۱۴۱۴، الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود، ج ۲، صص ۳۳ و ۳۴).

### آیت الله سبحانی

درخصوص جعل خیار در نکاح، استاد باب جدیدی را عنوان می کند که در کتاب نظام نکاح خود، یک نگاه قدسی به نکاح دارد و در کتاب دیگرش یعنی المختار فی الاحکام خیار، لزوم نکاح را حکم شرعی میداند که قابل جعل خیار به دست متعاقدین نیست. ایشان عنوان می کند: «که مشهور قائلند که جعل خیار در نکاح صحیح نمی باشد ولی در صدق صحیح می باشد.

واستناد به قول شیخ طوسی می کند که شیخ در کتاب مبسوط عنوان کرده: که شرط خیار در نکاح، اگر در اصل عقد ذکر شود نکاح باطل است؛

و دیدگاه عقلا نسبت به نکاح یک دیدگاه قدسی می باشد که باعث بالا رفتن علقه زوجیت می شود، ولی با قبول شرط خیار در آن این علقه پایین می آید و ادله ای که نزد عقلا عقد نکاح را تأیید کرده اند شامل ادله غیر معتبر نمی شود. «سبحانی تبریزی، بی تا. نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه».

و در کتاب المختار فی احکام الخیار در مورد جعل شرط خیار در نکاح بیان میکند: «که نکاح عقدی لازم و لکن لزومش، حکمی است نه حقی، شرعی است نه جعلی به اشتراط متعاملین، البته عرف آنرا همانند سایر عقود می داند هر چند که در بین مردم برای آن رسم و رسومی است، اما این رسومات در نظر گرفته نمی شود؛ چون که متدینین لزوم آن را از جانب شرع و پروردگار زوجین، می دانند، حتی غیر متدینین نیز آن را امری مهم فرض کرده اند. پس بنابراین وجوبش برای زوجین حقی نیست تا انحلال آن بدست خود آنها باشد. بلکه وجوبش شرعی است که انحلال آن پذیرفته نیست مگر بوسیله آن چیزی که شرع آن را سبب برای انحلال قرار داده است.» «سبحانی تبریزی، ۱۴۱۴. المختار فی الاحکام الخیار. ج ۱، ص ۱۸۴».

مرحوم نائینی در مورد تمییز لزوم حکمی از حقی عنوان کرده: «لزوم حکمی لزومش از طرف شارع می باشد نه متعاملین، ولی لزوم حقی، لزومش از طرف متعاقدین می باشد. در لزوم حکمی رفع عقد نکاح بوسیله طلاق شرعی است نه بدست متعاملین که با شرط خیار، آن را ایجاد کنند؛ که همین لزوم حکمی دلالت بر عدم مشروعیت اقاله (انحلال با شرط خیار) میکند» نائینی، بی تا، منبیه الطالب، بی جا، ج ۲، ص ۵۲».

این نظریه قابل نقض میباشد: به اینکه تمییز بین لزوم حکمی از لزوم حقی، با آن چیزی که ذکر شد چیزی را اضافه نمی کند و فقط مطلب را دچار ابهام میکند؛ زیرا همه واقفیم که لزوم در یک معامله فقط ناشی می شود از حکم شارع به لزوم خود عقد، یا ناشی از التزام متعاقدین است.

دیگر اینکه حکمی بودن لزوم نکاح منافاتی برای رجوع در عدّه رجعیه و فسخ بوسیله عیوب را ندارد. زیرا در عدّه رجعیه قبل از اتمام مدت، می شود بدون عقد به زوجیت تمسک جست. نه آن که آن طرف صاحب خیار است.

بلکه بخاطر آن است که طلاق رجعی، زمانی مؤثر است که از عده خارج شود و زوج به زوجه رجوع نکند. پس با رجوع، عدّت تامّه برای طلاق، منتفی میشود.

بنابراین نکاح، امری است در حال ذوب شدن و انحلال، که شارع به زوج رخصت می دهد، نکاح را از این حالت خارج کند. و عیوب یک استثناء شرعی است.

### آیت الله اراکی

ایشان عنوان می کند که اگر زوجین در ضمن عقد نکاح شرط خیار کنند، برای یکی از آن دو، یا هر دوی آنها، در بطلان این شرط هیچ اشکالی نیست؛ چون نکاح را از معاوضات مالی نمیداند و اینکه نکاح را دچار ابهام می کند.

و حاصل کلام اینکه گفته است: «از مقتضای قواعد و آنچه قاعده در مورد جعل خیار میباشد، در مورد شرط خیار در نکاح ندیده ام. بلکه آنچه دیده ام این است که فسخ آن با وجود عیوب است؛ مگر در باب مهر، و آن چه که ذکر شده وجوهی است که نکاح از باب معاملات نیست».



بلکه شائبه عبادت در آن وجود دارد. البته این را می‌شود نقض کرد با موارد فسخ بوسیله عیوب در عقد نکاح و مضاف بر اینکه کسی تا حالا متوجه نشده چه چیزی باعث ملازمه بین عبادیت و عدم جعل شرط خیار دار نکاح شده است. و عنوان میکنند شرط خیار را منافی مقتضای عقد می‌دانند و آنرا با عقد بیع مقایسه کرده‌اند- مثل اینکه کالایی را بفروشد و شرط کند که خریدار مالک آن نشود. و باز در آخر عنوان می‌کند که متوجه نشدم نکاح چگونه مثل بیع است. « اراکی، ۱۴۱۴. الخیارات. ص ۶۶۷»

### دیدگاه محقق سبزواری

ایشان دلیل شرط جایز در ضمن عقد را، به خاطر اصل و اطلاقات باب شرط، و روایات این باب (المؤمنون عند الشروطهم) می‌داند. و دلیل بر عدم جعل خیار در صورت تخلف از شرط، یکی اجماع و دیگر اینکه نکاح از معاوضات حقیقی نیست؛ که از هر جحتی، احکام بیع در آن جاری شود. ولی در سایر عقود لازم، جعل خیار اشکالی ندارد. محقق نیز قائل بر این است که: «وفا به شرط در سایر عقود لازم واجب و تخلف از آن باعث ایجاد حق فسخ برای دارنده آن می‌باشد، بخلاف نکاح که جعل خیار در آن راه ندارد. مگر اشتراط صفت خاصی بشود، که این نظریه هم هرچند از دیدگاهی متفاوت بیان شده اما قابل نقض می‌باشد.

ایشان قائلند که جایز است متعاقدین هرشرطی را که آن شرط از لحاظ شرعی جایز باشد در ضمن عقد نکاح شرط کنند و بر مشروط علیه (کسی که بر او شرط شده) واجب است که به آن شرط وفا کند چنانچه شروط در سایر عقود نیز همین است. لکن تخلف از آن شروط و تعذر از انجامش موجب ایجاد حق خیار در عقد نکاح نمی‌باشد، یعنی نکاح قابل جعل خیار نیست. بخلاف سایر عقود که در صورت عدم وفا به شرط برای صاحب شرط حق اعمال خیار می‌باشد. بله اگر شرط به التزام وجود صفت خاصی در یکی از زوجین شود- مثل باکره بودن زوجه یا زوج باید آزاد و مومن باشد. بعد از عقد خلاف آن آشکار شود، در این جا حق خیار فسخ برای هریک بوجود می‌آید.» (سبزواری، ۱۴۱۸. مهذب الاحکام فی شروط المذكوره فی عقد نکاح، ج ۲۵، ص ۱۸۵)».

### دیدگاه مکارم شیرازی

ایشان در ورود شرط خیار در نکاح گفته است: «از نظر اقوال مسأله تقریباً مسلم و اجماع قائم است که «لا يجوز اشتراط الخیار فی النکاح». از مجموع اقوال استفاده می‌شود که در مسأله مخالفی نیست. بیان استاد در حاشیه عروه: در جاهایی که شرط باطل می‌شود و اصل معامله باقی است یک راه جبران دارد مثلاً گفته می‌شود که مهر ملک غیر بوده است. وقتی مهر باطل شد جبران مهر المثل است که جانشین آن می‌شود و یا در بیع ما یملک و ما لا یملک، وقتی بیع در ما یملک صحیح شد جبران به خیار تبعض صفت است و یا در شروط فاسده دیگر، خیار تخلف شرط جبران می‌کند.

در "ما نحن فیه" که جعل خیار کرده بودند که تا یک ماه مثلاً حق فسخ داشته باشند، اگر خیار فسخ برداشته شود چیزی جانشین آن نمی‌شود و راه جبران ندارد و تا ابد این ازدواج به گردن او می‌افتد.

بنابراین در جاهای دیگر که قائل به تعدد مطلوب هستیم و سرایت را هم قائل نیستیم، در مقابل از دست دادن یک مطلوب، به روی کسی که یک مطلوب را از دست داده است راه جبرانی باز است در حالی که در ما نحن فیه درها به رویش بسته است و اینجاست که "ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد" حاصل می‌شود، پس ما جزء کسانی هستیم که می‌گوییم این مسأله با جاهای دیگر فرق دارد و فساد شرائط دیگر به عقد سرایت نمی‌کند ولی در ما نحن فیه فساد شرط به عقد سرایت می‌کند

چون راه جبران به روی صاحب شرط بسته است و با مسدود بودن راه جبران خلاف مقصودش حاصل می‌شود». «مکارم شیرازی، ۱۴۲۵. انوار الفقاهة- کتاب النکاح.. ج ۱، ص ۱۳۱ تا ۱۳۶». به هر حال با تمسک به ادله اجتهادی خود، رأی مشهور متقدمین را پذیرفت که جای تدبیر دارد. در واقع استاد نظر مختار، که همان رأی مشهور است را می‌پذیرد.

### دیدگاه مرحوم کاشف الغطاء

ایشان بیان میکنند اگر شروطی در عقد نکاح واقع شود و آن شروط مشروع، مقدور و منافاتی با مقتضای عقد نداشته باشند به دلیل عموم ادله شروط و فتوای فقها، بر مشروط علیه واجب است آن شروط را انجام دهد. اما خیار برای مشتری (شرط کننده) هنگامی که مشروط علیه به آن شروط عمل نکند ثابت نیست. به خاطر اینکه اصل عدم ثبوت خیار است: «زیرا نکاح از عقود معاوضی صرف نیست بلکه از شبه عبادات است، مناسب نیست که در آن شرط خیار شود و آنچه از سوی شارع مقدس برای فراق زوجین تعیین شده است طلاق میباشد و از غیر طلاق برای جدایی منع می‌کند مگر آنچه که بوسیله دلیل خارج شده است.

### دیدگاه محقق خوئی «ره»

استاد در کتاب موسوعه خود، همانند سایر فقهای که شرط خیار در نکاح، چه دائم و چه منقطع را باطل می‌دانند عنوان می‌کند که اگر شرط خیار در نفس عقد نکاح شود عقد نکاح، بدون هیچ اختلاف نظری باطل است، چنانچه ادعای اجماع از اکثر فقها در این خصوص شده است و به بعضی نیز نسبت جواز به این مسأله داده شده است.

اما گفته است که کسی را نمی‌شناسم قائل به جواز باشد به ادله زیر: «یکی اینکه جعل خیار زمانی صحیح است که لزومش از حقوق متعاقدين یا یکی از آنها باشد. جعل خیار در جایی است که لزوم یک معامله، لزوم حقی باشد اما اگر لزوم حکمی بود، اینجا دیگر خیار معنا ندارد و لزوم نکاح، لزوم حکمی است. چنانکه در باب هبه، جواز هبه جواز حکمی است؛ یعنی شارع می‌گوید اگر مالی را به دیگری بخشیدی، جایز است مادامی که عین موهوبه موجود است رجوع کنی.

حالا آیا در هبه جایز، کسی می‌تواند شرط لزوم کند؟ خیر. زیرا جواز، حکم شرعی است. اختیار حکم شرعی، دست بشر نیست که بخواهد آن را تغییر دهد. شارع فرموده اگر عین از بین رفت، خودش خود به خود لازم می‌شود.

اما اگر جعل خیار، از احکام شرعیه باشد، شرط خیار برای متعاقدين جایز نیست؛ زیرا مستلزم تغییر حکم شرعی است و تغییر حکم شرعی فقط به دست شارع صورت می‌گیرد و مکلف صلاحیت نفی یا اثبات، چیزی مانند اشتراط لزوم در عقود جائز را ندارد؛ یعنی اینکه لزوم در عقد نکاح، از احکام شرعیه است؛ پس ازدواج استمرار دارد تا زمانی رافعی محقق شود نظیر: موت، طلاق، انقضاء مدت یا ابراء در عقد منقطع. عبارت ایشان این است: «والذی یکشف عن کون اللزوم فی النکاح من الأحکام، أنه لو کان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحّة الإقالة فیهما کما هو الحال فی البیع، و الحال أنها غیر جائزة فیها بلا خلاف، کما هو الحال فی البیع و الحال أنها إقالة غیر جائزة فیها بلا خلاف». آنچه که کاشف از این است که لزوم در نکاح، یک حکم شرعی است. این است که اگر از حقوق بود باید ملتزم شویم به اینکه اقاله در آن جریان دارد.

به عبارت دیگر: عقد نکاح با جعل شرط خیار در آن مرتفع نمی‌شود و آنچه از لزوم نکاح کشف می‌شود این است که لزوم نکاح، یک لزوم حکمی است؛ لذا چنانچه اگر لزوم نکاح، از حقوق باشد برطرفین واجب است که ملتزم به صحت اقاله در عقد شوند. چنانچه حال عقد بیع این است، در حالی که جعل شرط خیار در نکاح بدون هیچ اختلافی جائز نیست.

دوم اینکه جعل خیار باعث محدود شدن منشأ می‌شود بطوری که زوجیت، مقید و مؤقت به قبول فسخ است و زمانی که عقدی چنان باشد حکم به بطلانش می‌شود. برای اینکه محدود کردن مدت، قابل زیادت و نقصان نیست؛ چون مدت، از

ارکان عقد مؤقت است و این در مقام بحث ما که عقد دائم است جاری نیست به حیثی که تاریخ فسخ مجهول است. (موسوی خوئی، ۱۴۱۸، موسوعه الإمام الخوئی ج ۳۳، ص ۱۷۱).

نقد: این خلاصه ای از دیدگاه استاد در خصوص شرط خیار و نحوه ورودش بر عقود لازم بود؛ پس بنا به آنچه از فرمایشات استاد به دست می آید این است که چون عقد نکاح، لزومش حکمی و به دست شارع می باشد بنا براین شرط خیار در نکاح راه ندارد.

اما اگر لزومش حکمی باشد پس نباید هرگونه اظهار نظر اجتهادی درمورد عقد نکاح نمود و قوانین موضوعه را در این خصوص وضع نمود. در حالیکه اگر قائل به وجود لزوم حکمی باشیم در عصر حاضر باعث عسر و حرج برای زوجین می شود.

بر این اساس لزوم عقد نکاح یک لزوم حقی به دست متعاقدين است همانند سایر قراردادها، حتی در عقد نکاح که پای کرامت و شرافت خانواده ها در میان است، زوجین می توانند برای استحکام بیشتر این نهاد اجتماعی شروطی را مطرح نمایند که هم به نفع طرفین باشد و هم مخالف شرع نباشد.

### دیدگاه آیت الله مظاهری

استاد مظاهری در بین فقهای معاصر و حتی متقدمین، در خصوص شرط خیار در نکاح دیدگاهی کاملاً متفاوت دارد. ایشان ضمن ردّ عبادی بودن نکاح و حقّ الهی بودنش، اثبات می کند که شرط خیار در نکاح، شرط مشرّع نیست (بدعت در مقابل شارع مقدس). بلکه شرطی است طرفینی، که دو طرف عقد آن را بین خود منعقد می کنند. همانند سایر عقود لازم مثل بیع، که شرط خیار در آن باعث نمی شود عقد لازم به عقد جایز تبدیل شود، بلکه باعث استحکام بیشتر آن می شود. بنابراین دلیلی نیافته‌ایم که همینطور که خیار در بیع می آید؛ همینطور خیار در نکاح هم بیاید. اما دلیلی نیافتیم که بگویید نه.

اگر کسی از اجماع بترسد، باید بگوید که در همه عقود می شود شرط خیار کرد الا در نکاح. در باب طلاق هم همین حرف هست که در همه عقود می شود شرط خیار کرد الا در طلاق. پس در نکاح و طلاق نه و مابقی مخالف با مقتضای عقد است و خیار در نکاح نمی آید. این مسأله اول بود که اگر ما باشیم و قواعد، می گوئیم همینطور که خیار شرط در بیع می آید، خیار شرط در نکاح هم می آید. "مظاهری، دانشگاه مجازی، سایت پیام رسان، درس خارج فقه نکاح، ۴ تیر ۱۳۹۱".

### ادله فقهای عامّه بر بطلان شرط خیار در نکاح

از منظر مشهور فقهای عامّه، در مورد شرط خیار در نکاح، سه نظریه کلی وجود دارد. لذا با توجه به بررسی کتب مشهور فقهی عامّه، و اظهار نظر های مختلف در این خصوص و مشهود بودن ورود این دیدگاه از فقه عامه به فقه امامیه، و همانطور که قبلاً اشاره شد، دلیل تعبدی در این زمینه وجود ندارد، ضرورت اقتضاء می کند، که ضمن ارائه مختصری از این ادله، به نقد و بررسی آنها پرداخته شود تا اینکه صحت یا عدم صحت آنها از هم دیگر مشخص شود.

اولین فقیه عامّه ای که در این خصوص اظهار نظر کرده است و قائل بر بطلان نکاح خیاری می باشد، شافعی است، و ایشان ضمن مقایسه نکاح خیاری با ازدواج مؤقت، گفته است: «که دلیل بطلان ازدواج مؤقت، نهی پیامبر (ص) است، و اعلام می کند که نکاح مؤقت، نسخ شده است؛ یعنی نکاح از منظر پیامبر (ص) بصورت دائم و مطلق است، بنابراین اگر نکاح مقید به مدت شود، آمیزش حلال نیست.

و دیگر اینکه در نکاح با شرط خیار، نیز بعد از انقضای مدت خیار فسخ، عقد ثابت می شود، یعنی هنگام انعقاد قرارداد، نکاح ثابت نیست در زمان دیگری عقد ثابت است، که این از نکاح مؤقت قبیح تر است.

و دلیل آخر اینکه، چنانچه در مورد جعل خیار در بیع، هیچ اختلاف نظری وجود ندارد، در مورد اینکه نکاح قابل جعل شرط خیار نیست نیز هیچ اختلاف نظری وجود ندارد. (شافعی، بی تا. الام. ج ۵، ص ۸۷)

دومین فقیه عامه که در این مسأله وارد شده سرخسی می باشد و نظر ایشان نیز همانند شافعی مقایسه ای است و عنوان کرده است: «که در نکاح خیاری چون عقد مبتنی بر اکراه است، لذا عقد فاقد تراضی می باشد». (سرخسی، ۱۴۰۹). کتاب المبسوط. ج ۵، ص ۹۴

سوم مؤلف کتاب کفایة الخیار نیز با مقایسه تعلیل می آورد و نکاح خیاری را با بیع مقایسه کرده و گفته است: «که برای اینکه در عقد بیع، متعاقبین فرصتاندیشیدن به حد کافی داشته باشند؛ لذا جعل شرط خیار در بیع مفید است. ولی عقد نکاح، چون از روی فکر صورت نمی گیرد؛ لذا قابل جعل خیار نمی باشد». (شافعی، بی تا. کفایة الاخیار، ج ۱، ص ۱۵۴)

### نقد ادله ی عامه

نکته جالب این است که فقهای عامه، برخلاف فقهای امامیه که قریب به اتفاق آنها نکاح را از جرگه عبادت می دانند، قائل به شائبه عبادی بودن نکاح نیستند.

حتی از عبارات و ادله آنها چنین مسأله ای دیده نمی شود که با قاطعیت عنوان کنند نکاح قابل جعل خیار نمی باشد، به خاطر اینکه از عبادات است، بلکه اکثر ادله ای که عنوان می کنند از باب قیاس است، که قیاس هم خیلی در فقه و اصول برای استنباط احکام، مورد استفاده فقها قرا نمی گیرد و کمتر فقهی مشاهده می شود که در فتوایش به قیاس استناد کند؛ زیرا به اجماع فقها، قیاس حجیت ندارد.

بنابراین برای بطلان شرط خیارد در نکاح، همانطوری که اشاره شد، به مقایسه آن با ازدواج مؤقت، و نکاح مکره یا خیار در معاملات، برای اثبات ادله خود استناد می کنند که همه این ادله قابل خدشه و بررسی می باشند؛ زیرا فقهای امامیه، فتوای فقهی را که با قیاس استنباط کرده باشد مورد استناد قرار نمی دهند. و حتی بعضی از عامه نیز استناد به قیاس را رد می کنند. پس بنابراین برای رد یک نظریه فقهی، قیاس حجیت ندارد؛ زیرا عقلا و شارع مقدس که خود نیز از رئیس عقلا است، به آن عمل نکرده اند. و با قیاس یا مقایسه نمی توان بین حکم مقیس علیه و حکم مقیس ملازمه عقلی قائل شد.

چنانکه ابن حزم در کتاب ابطال قیاس خود گفته: «برای ما نه در قرآن و نه در حدیث بیانی وارد نشده که چیزی را با چیز دیگری مقایسه کنیم. و حتی بعضی از صحابه عامه، به قیاس عمل نکرده اند». اجماعی هم که به جمهور نسبت می دهند، اجماع قابل استنادی نیست؛ زیرا این اجماع حاث و متأخر از زمان معصومین می باشد، یعنی کاشفیت از رأی معصوم نیست. براین اساس، ادله مقایسه ای مشهور فقهای عامه، بر بطلان نکاح خیاری، یک ادعای بدون دلیل و اخص از مدعاست که قایلیت خدشه بر نکاح با شرط خیار را ندارد.

### ۱۳- نقد کلی دیدگاهها:

#### نقد حقوقی

قانون ایران، هر چند که از فقه امامیه اقتباس شده، اما در تدوین قوانین حکومتی، برای پیش گیری از یک سری مفاسد و برقراری نظم و آرامش در نظام اجتماعی خانواده ها، در مواردی نظیر حکم به بطلان چیزی، صحت، جایز و جعل قوانینی از این قبیل، در بعضی از مواد قانون مدنی، شاید دیدگاهی متفاوت با فقه، داشته باشد؛ زیرا دیدگاه فقه نسبت به این موارد، عقلی

ونقلی است که بیشتر جنبه عرفانی قضیه مد نظر می باشد، در حالیکه در حقوق مدنی، وضع قوانین، جنبه اجتماعی و امری دارد.

. بنابراین عملی ممکن است در شرع و فقه جایز و صحیح باشد، لکن قوانین امری بر اساس مصالحی، آن عمل را جایز نداد و از آن منع کند. انحلال نکاح بی گمان از امور مربوط به نظم عمومی است لذا قواعدی که در قوانین نسبت به انحلال آمده در زمره قوانین «امری» است.

بنابراین زن و شوهر حق ندارند به تراضی عقد را اقاله کنند یا موردی را برای انحلال نکاح شرط کنند که در قانون نیامده باشد.

همچنین شرط خیار فسخ نکاح برای یکی از زوجین امکان ندارد. زیرا موارد فسخ نکاح به طور کامل در قانون معین شده است. براین اساس در حال حاضر ماده ۱۰۶۹ ق.م. شرط خیار در نکاح را منع کرده، در حالیکه عقد نکاح از عقود لازم است، مانند سایر عقود لازم دیگر، که جعل خیار در آنها منع نشده است، ولی این منع، یک منع امری و قانون حکومتی می باشد، که مستلزم منع فقهی آن نمی شود. پس این قانون می تواند برای بهبود زندگی اجتماعی طرفین، دست خوش تغییرات مطلوب تری شود.

### نقد فقهی

در کتاب شرایع الاسلام، بیان شده است که شرط خیار در نکاح صحیح است، ولی اگر زوجه مورد تصرف قرار گیرد، خیار ساقط می شود، چنانچه در سایر معاملات، خیار با تصرف ساقط می شود. (مؤمنی، عابدین، ۱۳۸۴، پیشین، ص ۱۴۸) در این نظریه، دو برداشت کلی وجود دارد: یکی اینکه نکاح از عقود معاوضی است، با قبول تمام شرایط، بدون اینکه شائبه عبادی بودن در آن باشد.

و دیگر اینکه زوجه را با یک کالای مصرفی در خرید و فروش فرض نمود، که هیچ اراده و اختیاری از خود ندارد. در صورتی که زوجه، نه تنها کالا نیست، بلکه خود نیز یکی از طرفین عقد است و جعل خیار، برای دارنده آن ایجاد حق می کند که در صورت عدم ایفاء شروط ضمن عقد، یک سویه و یک طرفه با اعلام و ابراز قبلی، عقد را فسخ کند.

دیگر اینکه تصرف و تمتع جنسی زوجین ازهم و جعل خیار دو امر کاملاً جداگانه هستند، که با انعقاد عقد نکاح، طرفین دارای حقوق مساوی می باشند، و رعایت آن حقوق نسبت به هم لازم است؛ لذا اگر قرار باشد که با تصرف زوجه، شرط خیار ساقط شود باعث می شود که جعل آن از اول یک امر لغو و بیهوده باشد؛ زیرا وقتی که ادعا می شود که بضع بعنوان مبیع مالیت دارد و به تملیک زوج در می آید و نیز مهر، مالیت دارد و بعنوان ثمن به ملکیت زوجه در می آید.

در صورتی با تصرف زوجه خیار ساقط می شود که زوجه بطور کامل مهریه را دریافت کرده باشد و خود را در اختیار مرد قرار دهد که این کاشف از رضایت باطنی زوجه، به عقد است.

اما معمولاً در ازدواج های امروزی، زمانی مهریه برای زوجه قابل تملیک است، که کار به جدائی و طلاق بکشد، در حالی که زوجه با انعقاد عقد نکاح، مالک تمام مهر می شود، و می تواند از حقی بنام حق حبس استفاده نماید یعنی اینکه عندالمطالبه، تا زوج مهر را بطور کامل پرداخت نکرده می تواند از هر نوع تمکین خوداری کند، البته زمانی که بدون دریافت مهریه، خود را در اختیار مرد قرار دهد دیگر نمی تواند از این حق «حق حبس» استفاده کند.

اما می تواند با جعل شرط خیار اعلام کند، که من خودم را برای تمکین در اختیار تو قرار میدهم به شرط اینکه تا یک سال دیگر مهریه را پرداخت کنی، یا مثلاً در طول چند سال، و بطور اقساط پرداخت کند که در صورت عدم تأدیه مهر توسط زوج، در موعد مقرر، زوجه حق فسخ نکاح را داشته باشد. و بخاطر همین است که بدون هیچ اختلافی اکثر فقها شرط خیار در مهر را جایز می دانند.

و همچنین در عقد بیع نیز بعضی از فقها تصرف در مبیع را مسقط شرط خیار نمی دانند چنان که محقق اردبیلی و محقق سبزواری در این خصوص عنوان کرده اند: «که فلسفه تشریح این نوع خیار این است که بایع بتواند از ثمن استفاده کند، از این رو مسقط دانستن تصرف، به معنای لغو حکمت تشریح این خیار است و دلیل دیگر آنها در این خصوص، روایتی از مؤتقیه اسحاق است». (قلی پور گیلانی، مسلم، ۱۳۸۸، تلخیص کتاب خیارات، پیشین، ص ۸۶).

### نتیجه گیری

فقهای عامه در این خصوص، کاملاً با ادله مقایسه ای و مبتنی برقیاس و استحسان به میدان آمده اند، که این ادله صلاحیت برای نقض چنین مسئله ای را ندارند. فقهای امامیه نیز اعم از متقدمین و متأخرین، اکثراً شائبه عبادی بودن آنرا بهانه ای برای بطلان این موضوع اعلام کرده اند.

اما این ادله قابلیت خدشه وارد کردن برای این موضوع را ندارد؛ لذا اطلاق ادله وعمومات الفاظ عقود، بیانگر این است که نکاح از عقود لازم است، بنابراین باید شرایطی همسان با سایر عقود لازم مانند بیع، را دارا باشد چون بیع قابلیت جعل شرط خیار را دارد پس باید شرط خیار در نکاح نیز جایز باشد. عبادی بودن آن نیز حتی اگر ثابت شود باز مانع جعل شرط خیار نمی تواند باشد؛ زیرا عباداتی داریم که در آن خیار می آید و آن احرام است چون در حین احرام می تواند شرط کند (حُلنی حیث ما منعتی) هر جا به مانع برخورد کردم از احرام خارج می شوم (شرط خیار) پس اگر در اثناء احرام بیمار شد می تواند از احرام خارج شود که این خیار در عبادت است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، پیشین، ج ۱، ص ۱۳۱)

بنابراین با اینکه مسأله اختلافی است، ولی مؤلف کتابفقه مقارن، در مورد اینکه اگر زوجین، شرطی سلبی یا ایجابی را در متن عقد ذکر کردند و بعداً خلاف آن ثابت شد، به نقل از بعضی از امامیه عنوان می کند که: «برای مشتری، خیار است به اینکه عقد را فسخ کند یا اینکه به عقد رضایت دهد، به خاطر روایت «المسلمون عند الشروطهم» و اینکه چنین شرطی با طبیعت عقد منافاتی ندارد و همچنین مخالف کتاب و سنت نیست، یعنی نه موجب می شود که حلالی حرام بشود و نه حرامی حلال بشود». (الجناتی، پیشین، ج ۲).

واز فقهای معاصر امام خمینی، پس از تردید، موافق ورود شرط خیار در نکاح می باشد و نیز آیت الله مظاهری، در این خصوص گفته: «اگر ما باشیم و قواعد، می گوئیم همینطور که خیار شرط در بیع می آید، خیار شرط در نکاح هم می آید». (مظاهری، سایت پیام رسان، ۴ تیر ۱۳۹۱).

با این حال شرط خیار در نکاح، نه منافاتی با مقتضای عقد دارد و نه اینکه مخالف کتاب خدا و سنت می باشد. بنابراین شرط خیار در نکاح، صحیح و جایز است چه زوجه مورد تصرف قرار بگیرد چه قرار نگیرد؛ چون نه حلالی را حرام می کند و نه حرامی را حلال میکند، و می تواند به حال زوجه، مفید و مثمر ثمر باشد.

### فهرست منابع

- ۱- ابن اریس حلی، ابو جعفر محمد بن منصور بن احمد حلی (۱۴۰۸). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: انتشارات اسلامی.
- ۲- اراکی، محمد علی، (۱۴۱۴). الخیارات، قم: مؤسسه در راه حق.
- ۳- امامی، سید حسن (۱۳۴۶). حقوق مدنی: انتشارات اسلامی.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۵). المکاسب: چاپ خانه اطلاعات.
- ۵- الجزیری، عبدالرحمن، (۱۴۰۶). الفقه علی المذاهب الاربعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۶- حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۲). وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه. بیروت: مؤسسه آل البيت «ع» لا حیاء التراث.
- ۷- حلی، محمد حسن «فخرالمحققین» (۱۳۶۳). ایضاح الفوائد فی اشرح اشکالات القواعد. قم: انتشارات اسماعیلیان.
- ۸- حلی، حسن بن یوسف «علامه حلی» بی تا. قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام. بی چا.
- ۹- -----، بی تا. مختلف الشیعه فی الاحکام الشریعه. تهران: مکتبه النینوا.
- ۱۰- جعفری لنگرودی، جعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ گنج دانش.
- ۱۱- الجناتی، محمد ابراهیم (۱۴۱۵). دروس فی الفقه المقارن. قم: لمنظمه الاعلام الاسلامیه.
- ۱۲- خمینی، امام روح الله (۱۳۶۳). تحریر الوسیله. چاپ نجف.
- ۱۳- خوئی، سید محمد تقی، (۱۴۱۴). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود. بیروت: چاپ دار المؤرخ العربی.
- ۱۴- زین الدین عاملی شهید ثانی، (۱۳۸۷). الروضه البهیة فی شرح اللمعه. چاپ نجف.
- ۱۵- سبحانی تبریزی، جعفر، بی تا. نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه. الغراء قم: بی چا.
- ۱۶- -----، (۱۴۱۴). المختار فی الاحکام الخیار. قم: مؤسسه امام صادق «ع».
- ۱۷- سبزواری، محمد باقر بن محمد بن مؤمن «محقق» (۱۴۱۸). قم: نشر مرصاد.
- ۱۸- سرخسی، شمس الدین (۱۴۰۹). کتاب المبسط. بیروت: چاپ دار المعرفه.
- ۱۹- شافعی، ابوبکر بن محمد حسینی، بی تا. کفایه الاخیار فی حل غایه الاختصار، بیروت: دار المعرفه.
- ۲۰- شافعی، محمد بن ادیس، بی تا. الام. بیروت: دارالفکر.
- ۲۱- شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۴۱۹). فقه استدلالی. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.

- ۲۲- طوسی، محمد بن حسن « شیخ الطائفه ». (۱۳۸۸). المبسوط فی فقه الامامیه. بیروت: المكتبة المرتضویه لاحیاء الایثار الجعفریه.
- ۲۳- -----، (۱۴۱۴). کتاب الخلاف. قم: مؤسسه النشر اسلامی.
- ۲۴- فاضل مقداد، جمال الدین (۱۳۴۳). کنز العرفان فی فقه القرآن. تهران: چاپ المكتبة المرتضویه.
- ۲۵- قرطبی، محمد بن احمد رشد. (۱۴۰۶). بدایة المجتهد ونهایة المقاصد. قم: منشورات الرضی.
- ۲۶- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۸۰). جامع الشتات. تهران: چاپ خانه دانشگاه تهران.
- ۲۷- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). خانواده. تهران: چاپ شرکت انتشارات.
- ۲۸- کرکی، علی ابن حسین (۱۴۱۱). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ موسسه آل البيت لاحیا التراث.
- ۲۹- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۳). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. بیروت: چاپ - دارالاضواء.
- ۳۱- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵). انوار الفقاهة - کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- ۳۲- مغنیه، محمد جواد، (۱۴۰۳). الفقه علی المذاهب الخمسه. بیروت: الطبعة السابعة.
- ۳۳- مومنی، عابدین (۱۳۸۴). مقاله شرط خیار در نکاح. مجله ی دانشکده علوم انسانی دانشگاه تهران، شماره ی پیوسته ی ۱۲، ص ۱۲۵-۱۵۰.
- ۳۴- نجفی، شیخ محمد بن حسن « صاحب الواهر ». بی تا. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. تهران: المكتبة الاسلامیه.