

## بررسی فقهی شرط خیار ضمن نکاح

جواد سرخوش\*

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهرا

مریم عطائی

کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۷/۲۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۱۱/۱)

### چکیده

شرط خیار، از شروط ضمن عقود لازم و نکاح نیز عقدی لازم است. سؤال این است که آیا شرط خیار ضمن عقد نکاح صحیح است؟ و در صورت بطلان شرط، آیا عقد نیز باطل می‌شود؟ قانون مدنی در ماده ۱۰۶۹ حکم به بطلان شرط و صحت عقد داده است و علما از دیر باز رأی به بطلان شرط داده‌اند، اما درباره وضعیت عقد اختلاف نظر دارند. در آیات و روایات دلیلی بر بطلان یا صحت نکاح خیار و شرط خیار ضمن آن وجود ندارد و تمام ادله‌ای که در این زمینه ذکر شده، اجتهادات علماست. بیشتر حقوقدانان نیز در این زمینه از نظرها و دلایل فقها پیروی کرده‌اند. در این نوشتار سعی شده است نظرها و ادله ذکر شده در خصوص پاسخ این پرسش بررسی شود و در پایان با توجه به نبود دلیل قطعی بر بطلان شرط، صحت شرط و عقد ثابت شده است.

### واژگان کلیدی

شرط خیار، شرط خیار در نکاح، بطلان، فسخ نکاح، نکاح.

## ۱. مقدمه

خانواده، این کوچک‌ترین واحد اجتماع، در نظام اجتماعی اسلام اهمیت ویژه‌ای دارد و تنها راه تشکیل آن از نظر اسلام نکاح است. عقد نکاح در دسته عقود لازم قرار می‌گیرد و مانند هر عقد دیگری ممکن است طرفین شروطی را در ضمن آن قید کنند تا تعهد به شروط ذکر شده بر آنان لازم گردد.

امروزه شروط ضمن عقد نکاح به دلیل گسترش و فراگیری آن در جامعه اهمیت ویژه‌ای دارد؛ به همین سبب نظرهای متفاوتی درباره صحت یا بطلان هر یک از این شروط از سوی صاحب‌نظران ابراز شده و می‌شود.

شرط خیار، از شروطی است که در ضمن عقود لازم ذکر می‌شود و ادله متعددی بر اعتبار آن دلالت می‌کند، به گونه‌ای که از گذشته تا کنون اختلافی در صحت شرط خیار میان علما وجود نداشته است. شیخ انصاری (ره) در کتاب مکاسب می‌فرماید: اختلافی در صحت این شرط وجود ندارد و اجماع مستفیض بر آن نقل شده است (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۱۱).

نظرهای علما درباره شرط خیار در ضمن عقد نکاح به دو دسته عمده تقسیم می‌شود:

الف) باطل و مبطل بودن شرط، که نظر اکثر علمای متقدم است؛

ب) باطل بودن شرط و صحت عقد نکاح، که نظر مختار بیشتر علمای متأخر است. قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۶۹ این نظر را پذیرفته است.

اولین فقیه امامیه که نظر خود را درباره شرط خیار در نکاح ابراز داشته، شیخ طوسی است که قائل به باطل و مبطل بودن این شرط بوده است (شیخ طوسی، ۱۴۱۲ق: ۳۰۴). پس از وی ابن‌ادریس حلی قائل به بطلان شرط و صحت عقد است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ۵۷۵). شاید بتوان گفت ابن‌ادریس تنها عالم متقدم است که پس از بطلان شرط خیار، بر صحت عقد نکاح استدلال می‌کند و صحت عقد را ترجیح می‌دهد.

درباره شرط خیار در عقد نکاح دلیلی از آیات، روایات و سیره معصومین (ع) در دست نیست و همین مسئله سبب بروز اختلاف نظر در میان فقها و ذکر تعلیل‌های متفاوت در تأیید هر یک از نظریات شده است. به همین علت برخی صاحب‌نظران در بیان حکم این مسئله حیران شده و توقف را برگزیده‌اند (بحرانی، ۱۳۶۳: ۱۸۶). برخی دیگر از عالمان فقه ادله متفاوتی را در مقام اثبات نظر خود بیان داشته‌اند که برخی از آنها مورد تأیید عالمان ادوار بعد قرار گرفته و برخی نیز مورد تردید و انکار واقع شده است. گروهی از فقها نیز صرفاً به بیان حکم مسئله پرداخته و از بیان استدلال خود در مسئله خودداری کرده‌اند (خمینی، ۱۳۹۰: ۲۵۱؛ الفقیه، ۱۴۰۹ق: ۲۴۴).

بنابراین و با توجه به اهمیت عقد نکاح و شروط ضمن آن، در این مقاله با ذکر ادله دو گروه و نقد و بررسی آن، صحت یا بطلان شرط خیار و به تبع آن، عقد نکاح بررسی و در پایان با رد ادله ذکر شده از جانب مخالفان، صحت شرط و عقد اثبات شده است.

## ۲. معنای شرط خیار

شرط در لغت به معنای «إلزام الشيء و التزامه فی البیع و نحوه و الجمع شروط» است (ابن منظور، ۴۱۴ق: ۳۲۹).

الزام به معنای واجب و لازم گردانیدن بر خود یا دیگری و التزام، لازم گرفتن کاری بر خود و ملتزم شدن به آن است. بنابراین شرط از نظر لغوی به معنای لازم نمودن چیزی بر خود یا دیگری و پایبند بودن به آن است.

لسان العرب در بیان معنای خیار می‌گوید: «الاسم من الاختیار، و هو طلب خیر الأمرین» (ابن منظور، ۴۱۴ق: ۲۶۷).

اختیار به معنای انتخاب کردن و آزادی عمل است (معین، ۱۳۶۴، جلد ۱: ۷۵) و خیار به معنای برگزیده می‌باشد (دهخدا، ۱۳۷۷: ۲۴۶).

مراد از خیار شرط در اصطلاح فقهی، خیاری است که به سبب شرط نمودن آن در عقد برای متعاقدین یا یکی از آنها یا شخص اجنبی وجود دارد (خوئی، ۱۴۱۰ق: ۲۹) و منظور از شرط خیار، شرط نمودن حق فسخ در ضمن عقد برای طرفین عقد یا یکی از آنان یا شخص ثالث است.

## ۳. تفاوت‌های فسخ نکاح و طلاق

به منظور روشن شدن بحث، ابتدا نگاهی به تفاوت‌های اساسی فسخ نکاح و طلاق می‌اندازیم. طلاق عمل حقوقی است که انجام آن منوط به تشریفات خاصی مثل صیغه خاص (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۶۳) و حضور دو شاهد عادل (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۱۱۱) است. فسخ کردن عقود نیز یک عمل حقوقی است، اما به هیچ تشریفات احتیاج ندارد و به محض اینکه صاحب حق خیار قصد اعمال آن را نماید و به طرف مقابل اعلام کند، عقد فسخ می‌گردد.

برای صحت طلاق شرایطی در زوجه معتبر است، مانند طهارت از حیض (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۵) که در فسخ نکاح معتبر نیست.

در صورتی که طلاق قبل از دخول واقع شود، نصف مهرالمسمی به زن تعلق می‌گیرد (ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی)، اما اگر فسخ نکاح قبل از دخول صورت بگیرد، چیزی به زن داده نمی‌شود، مگر در موردی که موجب فسخ عنن باشد که مهریه تصنیف می‌گردد.

طلاق صرفاً در عقد دائم وجود دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۴)، اما فسخ در عقد دائم و منقطع ممکن است.

فسخ نکاح، برخلاف طلاق، هرچند بار که صورت بگیرد، موجب ایجاد حرمت نمی‌شود. طلاق حقی است که صرفاً به مرد اختصاص دارد و این مرد است که وکالت در طلاق را به زن یا شخص ثالث تفویض می‌کند، اما فسخ نکاح می‌تواند به زن یا مرد یا هر دو تعلق یابد.

#### ۴. ادله اثبات صحت شرط خیار

برای اثبات شرط خیار ضمن عقود لازم دلایلی وجود دارد که به بررسی آنها می‌پردازیم تا موارد جواز این شرط به صورت کلی مشخص شود.

الف) اجماع: اختلافی در صحت شرط خیار وجود ندارد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق: ۴۶۵).

ب) روایات: ۱. روایت عبدالله بن سنان از ابی عبدالله (ع): «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق: ۲۰۲).

۲. روایت اسحاق بن عمار از امام جعفر صادق از پدرش (علیهما السلام): «أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَ كَانَ يَقُولُ: مَنْ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمًا خَلَّالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۷).

روایات صحیح دیگری نیز با مضامین و عباراتی مانند روایات مذکور نقل شده است. در عبارت «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» شروطهم جمع معرفه است که دلالت بر عموم می‌کند. به وسیله عموم این روایات بر صحت شرط خیار استدلال می‌شود، به این صورت که خیار شرط از مصادیق اشتراط است و مضمول «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» می‌باشد (خوئی، ۱۴۱۴ق: ۸).

ج) سیره عقلا: با ملاحظه معاملات و تصرفات در جوامع بشری، با صرف نظر کردن از اعتقادات متفاوت آنها، به روشنی درمی‌یابیم که انسان‌ها برحسب فطرتشان نیاز ضروری به انشای عقود و وضع قوانین کلی برای تنظیم معاملات میان خود را درک می‌کنند. همچنین انسان‌ها احساس نیاز فوری به فسخ برخی از عقود مطابق شرایط پیش آمده و با توجه به زمان، مکان، طرفین عقد و مانند آن می‌کنند. بر همین اساس بر عقلای جوامع واجب است که قواعد عامی را برای عقود و معاملات وضع کنند و همچنین ضوابطی را برای حق فسخ و راه‌های ایجاد آن در عقد قرار دهند. این احساس نیاز تنها اساس واضعان قوانین مدنی در همه مذاهب برای وضع خیار در عقود است، هرچند این وضع به صورت جزئی و در موارد خاص باشد، چراکه وضع این قوانین در جوامعی که به وحی ایمان ندارند، نمی‌تواند توجیهی غیر از این ادراک فطری انسان نسبت به نیاز به خیار فسخ در عقود داشته باشد. بنابراین خیار شرط مانند خیار مجلس و حیوان نیست که به علت عدم ادراک عقل نسبت به حدود آن احتیاج به نص

برای تشریح آن وجود داشته باشد. بلکه همین میزان که از آن ردع و منعی از جانب معصومین واقع نشده باشد، در اثبات مشروعیت آن و لزوم التزام به آن کافی است. اگرچه همان‌گونه که گفته شد، عموماً روایات شامل شرط خیار نیز است (خونی، ۱۴۱۴ق: ۱۵).

به نظر می‌آید عموم ادله صحت شرط، شامل هر شرطی است، به‌جز شرطی که با دلیل معتبر از عموم ادله خارج شوند. بنابراین به بررسی دلایل اقامه‌شده بر بطلان شرط خیار در نکاح می‌پردازیم تا خروج یا عدم خروج این شرط از عموم ادله روشن شود.

##### ۵. ادله موافقان بطلان شرط خیار در نکاح

بیشتر علمای امامیه قائل به بطلان شرط خیار در نکاح هستند و ادله‌ای را در تأیید نظر خود ذکر کرده‌اند. ابتدا به بررسی ادله‌ای که بر بطلان شرط خیار در نکاح وجود دارد می‌پردازیم و سپس دلایل مخالفان صحت عقد را بررسی می‌کنیم.

دلیل اول: مهم‌ترین دلیلی که بر بطلان شرط خیار ضمن عقد نکاح وجود دارد، اجماع است. ظاهراً اولین کسی که اجماع بر این مطلب بیان کرده، شیخ طوسی است (طوسی، ۱۴۱۲ق: ۸۱) و علمای بعد از شیخ اجماع را از او نقل کرده‌اند.

پاسخ: با توجه به عدم ذکر هیچ‌گونه روایتی درباره شرط خیار در نکاح و عدم اظهارنظر فقهای پیش از شیخ طوسی در این زمینه، نمی‌توان حجیت این اجماع را از آن جهت که کاشف از رأی معصوم است، پذیرفت. برای ما مشخص نیست که شیخ طوسی از چه طریقی به این اجماع دست یافته، اما بی‌شک عدم حجیت این اجماع است.

دلیل دوم: عده‌ای گفته‌اند نکاح از اقسام عبادات است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ۸۵؛ فاضل هندی، بی‌تا: ۵۴) و در عبادات خیار فسخ وجود ندارد (حکیم، ۱۴۱۶ق: ۴۰۴) و نکاح معاوضه نیست (محقق ثانی، ۱۴۱۱ق: ۸۵).

پاسخ: اگر نکاح را از عقود معاوضی ندانیم، پس در کدام دسته از عقود جای می‌گیرد؟ این سؤالی است که هیچ‌یک از کسانی که به این دلیل تمسک می‌کنند، اشاره‌ای به پاسخ آن نکرده‌اند.

مهر در مقابل بضع قرار می‌گیرد. شهید ثانی معتقد است صدق در مقابل عوض غیر معلوم که همان بضع است، قرار می‌گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۷) البته تعبیر غیرمعلوم بودن بضع اشتباه است، زیرا نباید استیفاء را با معلوم نبودن خلط کرد. مثلاً کسی که خانه‌ای را به مدت ۱۰ ماه اجاره می‌کند، منفعت خانه در مدت اجاره به ملکیت او درمی‌آید، خواه منفعت آن را استیفاء کند و خواه از آن استفاده نکند. در این زمینه تعبیر معلوم نبودن منفعت تعبیر صحیحی نیست، زیرا منفعت مشخص و معلوم است و آن چیزی که مشخص نیست، میزان استیفاءی منفعت توسط

مستأجر است. درباره بضع نیز همین مطلب صادق است. چیزی که در نکاح منقطع در مقابل مهر قرار می‌گیرد، تمام بضع است تا زمان اعتبار عقد و آنچه در نکاح دائم در مقابل مهریه قرار می‌گیرد، تمام بضع است تا زمانی که زوجین به سبب قانونی یا با اختیار خویش از یکدیگر جدا شوند و اگر جدایی حاصل نشود، تا زمانی که زوجین حیات دارند، بضع متعلق به مرد است. همچنین در عبادات قصد قربت و امتثال لازم است، اما هیچ‌کس قائل به لزوم قصد قربت در نکاح نیست.

حقیقت نکاح عبادت نیست و بر فرض اگر بپذیریم نکاح از جمله عبادات است، در عبادات نیز خیار وجود دارد، مانند شرط خیار در احرام (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۲۲۳). دلیل سوم: احتیاجی به خیار شرط در نکاح نیست، زیرا نکاح پس از تفکر و جست‌وجو و شناخت طرف مقابل صورت می‌گیرد. برخلاف بیع که بدون فکر و بررسی انجام می‌گیرد (فاضل هندی، بی تا: ۵۴).

پاسخ: اولاً این دلیل یک استحسان است (سبحانی، ۱۴۱۶ق: ۱۴۰)، چگونه می‌توان ادعا کرد با بیع و مشتری، بیع را بدون تفکر انجام می‌دهند و به همین دلیل شرط خیار در آن جایز است؟ بلکه عقلاً برای بیع نیز ابتدا به اندازه کافی تحقیق و سپس اقدام به آن می‌کنند. اگر هم بپذیریم در خرید نیازهای روزانه که ارزش مالی شایان توجهی ندارند، بررسی و تحقیق چندانی صورت نمی‌گیرد، نمی‌توان قبول کرد که در خرید اجناس گرانبها یا کمیاب، بیع بدون تفکر و پرسش از فروشنده و کسانی که با آن اجناس آشنایی دارند، صورت می‌گیرد.

ثانیاً، نکاح همیشه پس از تفکر و بررسی هر یک از طرفین درباره طرف دیگر انجام نمی‌شود، بلکه گاهی ولی یا وکیل هر یک از طرفین اقدام به انعقاد نکاح برای مولی‌علیه یا موکل خود می‌کند. در چنین صورتی ممکن است کسی که عقد برای او انجام گرفته، پس از وقوع عقد و آگاهی از آن به تحقیق بپردازد.

دلیل چهارم: اشتراط خیار موجب ابتدال و بی‌ارزشی زن می‌شود و این ضرر عظیمی برای اوست، به همین سبب در صورتی که قبل از دخول طلاق واقع شود، مرد باید نصف مهریه را به زن بپردازد (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۱۰۱).

پاسخ: برخی علما فرموده‌اند این دلیل اخص از مدعی است، چراکه اگر زن شرط خیار کند، نه تنها موجب ابتدال وی نمی‌شود، بلکه سبب قدرت و سلطه بیشتر او می‌گردد، علاوه بر اینکه این دلیل بیشتر از یک استحسان ظنی نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۲۲۷)، زیرا جعل خیار شرط در عقود به نظر طرفین بستگی دارد و متعاقدين تصمیم می‌گیرند که خیار را برای چه کسی قرار دهند، پس زمانی که شرط خیار در عقدی ذکر شده است، هر دو طرف عقد رضایت خود را بر وجود چنین خیاری و اعمال آن ابراز داشته‌اند. بنابراین اگر در ضمن عقد نکاح

شرط خیار شده باشد، زن و مرد با علم به این شرط و امکان فسخ نکاح از جانب مشروطه آن را پذیرفته‌اند و این به آن معناست که آنان نسبت به عواقب فسخ نکاح مطلع و راضی‌اند و اینکه به دلیل بی‌ارزش شدن زن، به‌طور کلی شرط خیار را باطل بدانیم، به قصد و رضای طرفین و مصلحت بالاتری که آنان در نظر گرفته‌اند، توجه نکرده‌ایم.

دلیل پنجم: عقد نکاح از هر دو طرف لازم است، بنابراین شرط خیار در آن جایز نیست

(طوسی، ۱۴۱۲ق: ۳۰۴).

پاسخ: اگرچه اطلاق عقد نکاح اقتضای لزوم دارد، مانند بیع که در صورت اطلاق، عقدی لازم است و این لزوم منافاتی با جواز خیار شرط در آن ندارد، همان‌گونه که جواز رد نکاح به واسطه عیوب، منافاتی با لزوم عقد نکاح ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۲۲۸) و بعید است که مخالفان نیز به این دلیل خود پایبند باشند، چون در این صورت نباید در هیچ عقد لازمی شرط خیار را جایز بدانند، زیرا اکثر عقود لازمه، نسبت به طرفین لازم هستند.

دلیل ششم: الف) جعل خیار فقط در عقود صحیح است که لزوم آن عقود از حقوق متعاقدين یا یکی از آنها باشد، اما اگر لزوم یک عقد از احکام شرعی باشد، طرفین صلاحیت اشتراط خیار در آن ندارند، زیرا این امر سبب تغییر حکم شرعی می‌شود، درحالی‌که وضع و رفع احکام شرعی در اختیار شارع است. نکاح عقدی است که لزوم آن از احکام شرعی است و مؤید این نظر عدم صحت اقاله در نکاح است، برخلاف بیع، که در این مورد اختلافی وجود ندارد (خوئی، ۱۴۰۹ق: ۲۱۱-۲۱۰).

پاسخ: این مصادره به مطلوب است، زیرا در عرف تفاوتی میان نکاح و سایر عقود معاوضی وجود ندارد (حکیم، ۱۴۰۴ق: ۴۰۵) و تفاوتی که میان بیع و اجاره و نکاح بیان شده، به این صورت که لزوم در بیع و اجاره از حقوق متعاقدين و در نکاح حکمی شرعی است، تفریقی ذوقی است و دلیلی بر آن وجود ندارد و عدم صحت اقاله در نکاح و تشریح طلاق برای فراق و جدایی زوجین دلالتی بر آن ندارد (سبحانی، ۱۴۱۶ق: ۱۴۲).

ب) عده‌ای نیز عدم صحت اقاله در نکاح را نشان‌دهنده لزوم عقد نکاح دانسته‌اند، به نحوی که متعاقدين اختیاری در آن ندارند و از آن نتیجه گرفته‌اند که شرط خیار منافی با مقتضای عقد است (حکیم، ۱۴۰۴ق: ۴۰۵).

پاسخ: شرط خیار در نکاح مانند سایر عقود، منافی با مقتضای اطلاق عقد است نه مقتضای ذات عقد (حکیم، ۱۴۰۴: ۴۰۵) و شرطی که منافی اطلاق عقد باشد، صحیح است. مانند اینکه اگر در بیع شرط خیار نشود اطلاق آن اقتضا دارد که هیچ‌یک از طرفین امکان فسخ آن را خارج از حدود اختیارات و یا بدون رضای طرف دیگر ندارد، اما اگر شرط خیار ذکر شود، اطلاق عقد از بین می‌رود و امکان فسخ بیع برای مشروطه ایجاد می‌شود.

دلیل هفتم: از جمله دلایلی که برای عدم وجود حق فسخ در نکاح به آن اشاره شده، چند دسته روایات است:

الف) روایات باب متعه:

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُكَيْرٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنْ سُمِّيَ الْأَجْلُ فَهُوَ مُتَعَةٌ وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ الْأَجْلُ فَهُوَ نِكَاحٌ بَاتٌ» (کلینی، ۱۴۰۷:ق: ۴۵۶).

روایتی که از ابان بن تغلب در باب شروط متعه ذکر شده است: «قُلْتُ فَإِنِّي أُسْتَحْيَى أَنْ أَدُكَّرَ شَرْطَ الْأَبْيَامِ قَالَ هُوَ أَضْرُّ عَلَيْكَ قُلْتُ وَ كَيْفَ قَالَ إِنَّكَ إِنْ لَمْ تَشْتَرِطْ كَانَ تَزْوِيجَ مُقَامٍ ..... لَمْ تَقْدِرْ عَلَى أَنْ تُطَلِّقَهَا إِلَّا طَلَّاقَ السُّنَّةِ» (کلینی، ۱۴۰۷:ق: ۴۵۵).

پاسخ: این روایات بیان‌کننده اطلاق عقد نکاح و این مطلب هستند که اگر در ضمن عقد نکاح قیدی ذکر نشود، عقد اقتضای دوام دارد و اصلاً در مقام بیان بطلان شرط خیار نیستند.

ب) روایات باب عیوب:

از جمله آنها روایت حلبی از ابی عبدالله است که فرمود: «إِنَّمَا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ» (طوسی، ۱۴۰۷:ق: ۴۲۴).

پاسخ: این روایت و روایات مشابه آن ناظر بر تمام عوامل فسخ نیست، بلکه فقط ناظر بر عیوب است (مکارم، ۱۳۸۶: ۲۲۸) و منظور آن نفی رد نکاح در عیوبی که ذکر نشده، است، نه نفی رد و فسخ نکاح به‌طور کلی (حکیم، ۱۴۰۴:ق: ۴۰۵).

دلیل هشتم: شرط خیار در نکاح میان عقلاً متعارف نیست و ایشان عقد نکاح را مقدس‌تر از آن می‌دانند که خیار شرط در آن جریان یابد (سبحانی، ۱۴۱۶:ق: ۱۴۳).

پاسخ: با توجه به سیره عقلاً در پذیرش شرط خیار در ضمن عقود لازم و همچنین شرایط ویژه موجود در عقد نکاح این سخن بعید به‌نظر می‌رسد. بلکه می‌توان گفت عقلاً وجود شرط خیار در نکاح را ضروری‌تر از وجود آن در سایر عقود می‌دانند؛ زیرا نکاح تأثیراتی فراتر از یک عقد معاوضی دارد و سبب ارتباط عمیق و دائمی میان دو فرد و دو خانواده می‌شود و برخی از آثار آن یا جبران‌شدنی نیست یا به‌سختی جبران می‌شود، پس قرار دادن شرطی برای امکان فسخ آن کاری عاقلانه و بعضاً ضروری به‌نظر می‌رسد.

با توجه به تفاوت طلاق و فسخ نکاح، ممکن است در بسیاری موارد زوجین بخواهند از شرط خیار برای از بین بردن اثر عقدی که خود آن را ایجاد کرده‌اند، استفاده کنند. به‌ویژه زوجی که اختیار طلاق را در دست ندارد، می‌تواند با قرار دادن خیار شرط برای خود در ضمن عقد راهی منطقی برای رهایی خویش از قید نکاح دائم، در صورت ضرورت، قرار دهد. بنابراین به‌نظر می‌رسد شرط خیار در نکاح امری مورد پسند عقلاست.



### ۶. ادله موافقان بطلان شرط خیار و عقد نکاح

تعدادی از صاحب‌نظران پس از ذکر ادله بطلان شرط، حکم به بطلان عقد نیز داده‌اند، بدون اینکه استدلالی در این زمینه ارائه کنند (محقق سبزواری، ۱۳۸۱: ۲۴۱) که به ترتیب هر یک از دلایل و نقد وارده بر آن ذکر می‌شود:

دلیل اول: عمده‌ترین دلیلی که برای بطلان عقد به آن استناد شده، این است که تراضی شرط اساسی صحت عقود است و طرفین بر عقدی تراضی کرده‌اند که شامل شرط خیار باشد، بنابراین زمانی که شرط باطل باشد، تراضی طرفین بر عقد از بین می‌رود و عقد بدون تراضی باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۱۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۱۰۲).

پاسخ: اگر این تعلیل را برای بطلان عقد نکاح بپذیریم، تمام شروط، فاسد و مفسد می‌شوند و دیگر تقسیم شروط به دو دسته شروط باطل و شروط باطل و مبطل معنا پیدا نمی‌کند، زیرا تمام شروط فاسد نیز در ضمن عقد واقع می‌شوند؛ یعنی عقد شامل آن شروط فاسد نیز می‌شود و زمانی که حکم به فساد شرط داده می‌شود، تراضی طرفین بر آن عقد از بین می‌رود.

ابن‌ادریس در پاسخ شیخ طوسی که عقد نکاح را باطل می‌داند، می‌نویسند: «دلیلی بر بطلان عقد از کتاب و سنت و اجماع وجود ندارد» (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۵۷۵) و سپس برای اثبات صحت عقد این‌گونه استدلال می‌کند که اگر شروط غیرشرعی به عقود شرعی ضمیمه شود، آن شروط باطل و عقود صحیح است و شرط خیار ضمن نکاح شرطی غیرشرعی می‌باشد و طبق آیه «وفوا بالعقود» (المائده: ۱) وفای به این عقد واجب است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰: ۵۷۵).

دلیل دوم: صاحب جواهر شرط خیار در نکاح را خلاف مقتضای عقد دانسته و بر همین اساس حکم به بطلان عقد کرده است (نجفی، ۱۹۹۱: ۱۰۶).

پاسخ: در بررسی ادله بطلان شرط، مشخص شد که شرط خیار در عقود لازم خلاف مقتضای ذات آن عقود نیست، بلکه خلاف اطلاق عقود است و شرطی که اطلاق عقد را از بین ببرد، در نظر هیچ‌یک از صاحب‌نظران باطل یا مبطل نیست، مانند شرط خیار در بیع. دلیلی بر خروج نکاح از این قاعده کلی وجود ندارد، بنابراین شرط خیار در نکاح نیز مخالف اقتضای اطلاق آن و صحیح است.

### ۷. نتیجه‌گیری

نه تنها عقد نکاحی که در ضمن آن شرط خیار شده باشد صحیح است، بلکه خود شرط نیز صحیح است، زیرا عموم ادله صحت شرط مثل «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط خیار در عقود لازم می‌شود و هیچ دلیل خدشه‌ناپذیر عقلی یا شرعی بر بطلان شرط خیار در نکاح وجود ندارد، مهم‌ترین دلیل قائلان بطلان شرط، که همان اجماع ذکر شده توسط شیخ طوسی

است، به دلیل عدم کشف قول معصوم از درجه حجیت ساقط است و بیشتر دلایل دیگری که ذکر شده است، صرفاً استحسان به شمار می‌رود؛ بنابراین دلیلی بر خروج شرط خیار در نکاح از عموم ادله صحت شرط وجود ندارد و بهتر آن است که حکم بطلان شرط خیار در نکاح از ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی حذف شود.

## منابع

### قرآن کریم.

۱. قانون مدنی.
۲. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۶ق). *المکاسب*، ج ۵، قم: دارالکتاب.
۳. ابن‌ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. ابن‌بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. ابن‌منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*، ج ۴ و ۷، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۶. الفقیه، یوسف (۱۴۰۹ق). *الاحوال الشخصیه فی فقه اهل البیت*، بیروت: دارالاضواء.
۷. بحرانی، شیخ یوسف (بی‌تا). *الحدائق الناضره*، ج ۱۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۹. حکیم، محسن (۱۴۰۴ق). *مستمسک العروه الوثقی*، ج ۱۴، قم: مکتبه آیة‌الله العظمی المرعشی النجفی.
۱۰. خمینی، روح‌الله (۱۳۹۰ش). *تحریر الوسیله*، ج ۲، نجف: مطبعه الآداب.
۱۱. خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*، ج ۲، قم: مدینه العلم.
۱۲. خوئی، محمد تقی، تقریر سید ابوالقاسم خوئی (۱۳۷۱). *مبانی العروه‌الوثقی - کتاب النکاح*، قم: مدرسه دارالعلم.
۱۳. خوئی، محمد تقی (۱۴۱۴ق). *الشروط او الالتزامات التبعیه فی العقود*، ج ۲، بیروت: دارالمورخ العربی.
۱۴. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). *لغت‌نامه دهخدا*، ج ۱۰، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق). *نظام النکاح فی شریعه الاسلامیه الغراء*، ج ۱، قم: مؤسسه الامام الصادق.
۱۶. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، ج ۷، قم: مؤسسه المعارف الاسلامی.
۱۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۳ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، بیروت: احیاء التراث العربی.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۴، بیروت: الشرق الاوسط.
۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق). *تهذیب الاحکام*، ج ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۱. فاضل‌هندی، محمد بن حسن (بی‌تا). *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، ج ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*، ج ۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۳. محقق ثانی، علی بن حسین عاملی (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۱۲، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۲۴. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۴۲۳ق). *کفایه الاحکام*، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۵. معین، محمد (۱۳۶۴). *فرهنگ فارسی معین*، ج ۱، تهران: امیرکبیر.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). *انوار الفقاهه فی شرح تحریر الوسیله: کتاب النکاح*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر تراث الامام الخمینی.
۲۷. نجفی، محمدحسن (۱۹۹۱م). *جواهر الکلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.