

امکان سنجی فسخ نکاح در فرض تخلف از شرط فعل در فقه اسلامی

شکیبا امیرخانی،^۱ عبدالله جوان^۲

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۲۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۷/۳)

چکیده

انعقاد یک عقد به صورت مشروط، حکایت از آن دارد که مشروطه التزام خود نسبت به مفاد عقد را بر ایفای شرط از سوی مشروط‌علیه متوقف کرده و در واقع اراده خود را به صورت مقید انشاء نموده است. از این رو اگر مشروط‌علیه از شرط تخلف ورزد، باید در خصوص بقا یا امکان گسست عقد تصمیم گرفت و چاره‌اندیشی کرد. صرف نظر از شرط نتیجه که امکان تخلف از آن متصور نیست و شرط صفت که ظاهراً تخلف از آن راهی جز امکان فسخ برای مشروطه باقی نمی‌گذارد، در متون فقهی پیرامون راهکار مواجهه با تخلف از شرط فعل نظرات مختلفی مطرح شده است؛ از جمله آنکه برخی فقیهان امکان اجبار مشروط‌علیه به ایفای شرط را در طول یا عرض امکان فسخ عقد معرفی کرده‌اند و برخی تنها عقد مشروط را در معرض فسخ دانسته‌اند، بدون آنکه اجبار مشروط‌علیه را ممکن بدانند. در این میان قابلیت فسخ عقد نکاح در اثر تخلف از شرط فعل، در متون فقهی شیعه، مسکوت است و چنین به نظر می‌رسد که عقد نکاح در باور اکثر قریب به اتفاق این فقیهان از قاعده عمومی حاکم بر عقود استثناء شده است. گرایش برخی فقیهان و پژوهشگران به ارائه نظراتی از جمله گناهکار خواندن متخلف از شرط یا باطل یا غیرنافذ شمردن عمل حقوقی که ترک آن ضمن عقد نکاح شرط شده است، حکایت از ممنوعیت فسخ نکاح از نظر ایشان دارد. در مذاهب فقهی اهل سنت نیز تنها آرای برخی

۱. استادیار گروه فقه و حقوق امامیه دانشگاه مذاهب اسلامی (نویسنده مسئول)/

sh_amirkhani@ut.ac.ir

۲. دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران / a.javan@ut.ac.ir

فقیهان حنبلی امکان فسخ نکاح در اثر تخلف از شرط فعل را تقویت کرده است. در این پژوهش تلاش شده است از رهگذر طرح ادله مستقل بر امکان‌پذیری فسخ نکاح به واسطه خیار تخلف از شرط فعل و نیز نقد و بررسی دقیق و علمی ادله مخالفان فسخ، جواز فسخ نکاح در فرض تخلف از شرط فعل اثبات شود.

کلیدواژه‌ها: نکاح، شرط فعل، حق فسخ، خیار اشتراط.

طرح مسئله

یکی از قواعد عمومی حاکم بر قراردادها، انعقاد آنها به نحو مشروط است؛ بدان معنا که طرفین عقد می‌توانند قالب ابراز اراده خود را برگزینند. گاهی به صورت مطلق عقد را انشاء نمایند و گاه در بستر توافق، قیود و شروطی را بر آن بیفزایند. از میان شروط ضمن عقد که ممکن است به صورت شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه محقق شود، تنها شرط نتیجه است که امکان تخلف طرفین عقد از مفاد آن وجود ندارد و به محض عقد موجود می‌شود. بنابراین ممکن است عقدی به شرط صفت یا شرط فعل مقید گردد و مشروط‌علیه به ایفای شرط مبادرت نورزد و به اصطلاح از آن تخلف نماید. درباره وجود خیار فسخ عقد در صورت تخلف از شرط صفت تردیدی نیست، چرا که تحصیل شرط در این موارد امکان‌پذیر نبوده و به جز خیار فسخ ضمانت اجرای دیگری برای این شرط متصور نیست. اما فقیهان پیرامون اولین مواجهه مشروط‌له با تخلف مشروط‌علیه از شرط فعل، نظرات متنوعی را مطرح نموده‌اند. برخی فقیهان ممکن نبودن یا بی‌نتیجه ماندن اجبار مشروط‌علیه را برای امکان فسخ عقد ضروری شمرده‌اند، چنان‌که در قانون مدنی ایران هم از همین نظر تبعیت شده است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۴۰/۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۶؛ نایینی، ۱۳۷۳ق، ۱۳۴/۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ۴۹؛ قانون مدنی، ماده ۲۳۷) و اما برخی بر این باورند که از ابتدا مشروط‌له میان اجبار مشروط‌علیه و فسخ قرارداد مخیر است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۲۸/۲؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳۲۸/۵؛ خوبی، بی‌تا، ۳۷۳/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۲/۶). برخی نیز تنها حق فسخ عقد را برای مشروط‌له ثابت دانسته‌اند، چنان‌که مرحوم انصاری این دیدگاه را به مرحوم حلی نسبت می‌دهد (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۳۸/۳) و بنابراین در مجموع وجود خیار فسخ عقد در صورت تخلف از شرط، در فقه و قانون امری مقبول و موجه تلقی شده است. در این میان عقد نکاح به لحاظ عدم تبعیت از بعضی قواعد عمومی قراردادها از موقعیت ممتازی نسبت به

سایر عقود برخوردار است؛ چه آنکه باور مشهور فقیهان شیعی و نیز اغلب فقیهان اهل- سنت (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ۱۲۲/۴-۱۱۸)،^۳ بر عدم امکان فسخ نکاح به جهت تخلف از شرط فعل استوار شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۶۶/۳۰؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۲۹/۲؛ خمینی، بی تا، ۳۰۲/۲) و همین امر سبب شده است پیرامون اثر شرط فعل ضمن نکاح و تبیین ضمانت اجرای عدم ایفای آن، نظرات مختلفی از سوی فقیهان ابراز شود. برخی به این اکتفا کرده‌اند که چنین شرطی واجد حکم وجوب تکلیفی و تخلف از انجام آن گناه است (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ۱۰۱/۳) و برخی درج شرط فعل را در نکاح مکروه دانسته و عمل به آن را مستحب اعلام کرده‌اند^۴ (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ۱۱۹/۴). بعضی نیز به جواز اجبار مشروط علیه (در صورت امکان) تصریح کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۱/۶). برخی اندیشمندان نیز عدم نفوذ یا بطلان فعل حقوقی را در صورتی که ترک آن در عقد نکاح شرط شده باشد، اثر تخلف از چنین شرط فعلی دانسته‌اند (حکیم، ۱۴۱۰ق، ۲۹۶/۲؛ ایزدی فرد، ۱۳۸۹ش، ۱۷۷-۱۵۹؛ مصطفوی، ۱۳۸۳ش، ۲۰۰-۱۷۱). مطابق نظرات پیش‌گفته حداقل در فرضی که شرط از قبیل ترک عمل حقوقی نبوده و امکان اجبار مشروط علیه به ایفای آن وجود ندارد عملاً شرط فاقد ضمانت اجرا خواهد بود. فصل مشترک این نظرات روی نیابردن به امکان فسخ نکاح به- واسطه خیار اشتراط (خیار تخلف از شرط) است. این در حالی است که در امکان فسخ نکاح به واسطه خیار عیب (عیوب منصوص)، خیار تدلیس و خیار تخلف از شرط صفت، اختلاف قابل ملاحظه‌ای میان فقیهان دیده نمی‌شود. حال این پرسش مطرح می‌شود که چرا در نکاح از قواعد عمومی حاکم بر قراردادها عدول شده و در صورت تخلف از شرط فعل، خیار فسخ برای مشروط له ثابت نیست؟

۳. در میان فقیهان اهل سنت، حنابله، بر امکان فسخ نکاح به واسطه تخلف از شرط فعل نظر داده‌اند: «القسم الاول؛ شروط صحیحه و هی ما اذا اشترطت المرأة أن لا یتزوج علیها أو أن لا یتزوجها من دارها و بلدها أو أن لا یفرق بینها و بین اولاده أو ابویها أو أن ترضع ولدها الصغیر من غیره... فان هذه الشروط كلها صحیحه لازمة لیس للزوج التخلص منها، فإن خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت. فلا یسقط حقها بمضی مدة معينة» (جزیری و دیگران، ۱۴۱۹ق، ۱۲۰/۴).

۴. این نظر به مالکیه نسبت داده شده است: «...کما إذا اشترطت أن لا یتزوج علیها، أو أن لا یتزوجها من مکان کذا، أو... و هذه الشروط لا تضرّ العقد، فیصح معها و لکن یکره اشتراطها، فإن اشترطت ندب الوفاء بها».

این نوشتار پژوهشی فرضیه امکان‌پذیری فسخ نکاح به جهت تخلف از شرط فعل را دنبال می‌کند و در پی آن است که از مسیر مطالعه و نقد دقیق ادله نافیان خیار فسخ، جریان خیار تخلف از شرط فعل را در نکاح به اثبات رساند.

اقسام شرط ضمنی در نکاح

شرط ممکن است به یکی از صور زیر به عقد و از جمله عقد نکاح پیوند خورده و مرتبط گردد؛

۱. شرط صفت

مقصود از شرط صفت آن است که متعاقبین وجود صفت یا کیفیت خاصی را در متعلق عقد یا طرفین آن شرط کنند، مانند آنکه در عقد نکاح شرط شود مرد تحصیلات عالیه داشته باشد یا زن از وصف دوشیزگی برخوردار باشد. چنانچه پس از عقد فقدان وصف مشروط روشن شود، در صورتی که وصف مفقود از جمله اوصافی نباشد که تخلف از آنها سبب بطلان عقد است، می‌توان با استناد به قواعد عمومی قراردادها به امکان فسخ عقد برای مشروطه حکم کرد، زیرا التزام وی به عقد مقید به وجود وصف بوده است و با نبودن آن دلیلی برای پای‌بندی به عقد وجود ندارد. فقیهان معاصر شیعه که این بحث را مطمح‌نظر قرار داده‌اند، برای اثبات خیار فسخ نکاح در این فرض به روایات استناد کرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۳/۶). فقیهان اهل سنت بیشتر به این مسئله پرداخته‌اند و در مواجهه با تخلف از شرط صفت در عقد نکاح، رویکردهای متفاوتی دارند. مطالعه نظرات ایشان و ادبیات ابراز آنها حکایت دارد از آنکه قدر مشترک اغلب نظرات مجوز فسخ، وجود این حق به نفع زوج و در فرض اشتراط برخی اوصاف خاص است، هرچند این احتمال هم دور از انتظار نیست که ذکر برخی اوصاف خاص و اشتراط آنها برای زوج، از باب تمثیل و توجه دادن به مصادیق متعارف از شروط ضمن عقد بوده و دلالتی بر انحصار نداشته باشد.

در مذهب فقهی مالکی، در فرضی که مسلمان بودن، آزاد بودن یا دوشیزه بودن زن یا به طور کلی هر وصف نیکو و رغبت‌آوری نظیر زیبایی یا سن کم در زوجین شرط شود و سپس فقدان آن وصف روشن شود، فسخ نکاح امکان‌پذیر است (زحیلی، ۱۴۳۱ق،

۵۰۱/۸). بر خلاف فقیهان حنفی که تخلف از شرط صفت را سببی برای فسخ نکاح نمی‌دانند و تنها در برخی موارد که به سبب اشتراط وصفی مانند دوشیزگی، مهرالمسمی بیش از مهرالمثل تعیین شود، فقدان وصف را سبب بطلان مهرالمسمی و الزام زوج به ادای مهرالمثل می‌دانند (همان‌جا).

شافعیه بر این باورند که اگر مردی در نکاح، مسلمان بودن زن را شرط کند یا هریک از زوجین وجود صفات کمال نظیر نسب، آزاد بودن، دوشیزگی، جوانی یا زیبایی را در طرف مقابل خود شرط کنند و سپس خلاف آن ثابت شود، چنانچه مشروط‌علیه فاقد وصف است یا کمتر از حد شرط‌شده، از آن صفت برخوردار است، نکاح از جانب مشروط‌له قابل فسخ است، ولی اگر مشروط‌علیه بیش از آنچه مقصود طرفین بوده از وصف مورد نظر برخوردار است، نمی‌توان مدعی تخلف از شرط شد و به استناد آن نکاح را قابل فسخ دانست (همان، ۵۰۲).

در متون فقهی حنبلی نیز حق فسخ زوجه به استناد خیار تخلف از شرط صفت تنها نسبت به اوصافی پذیرفته شده است که در کفویت موثر است، نظیر حریت و نسب پایین‌تر. بنابراین در صورتی که اوصافی مانند عالم بودن یا زیبایی مرد شرط شده و سپس خلاف آن روشن شود، زن حق فسخ نکاح را ندارد (همان‌جا؛ ابن‌قدامة، ۱۳۸۸ق، ۷۳/۷؛ بهوتی، ۱۴۱۴ق، ۶۷۰/۲) در خصوص برخورداری مرد از حق فسخ در موردی که اسلام یا حریت زن شرط شود و حتی به باور برخی فقیهان ظن به وجود این اوصاف در زن وجود داشته باشد^۵ و سپس خلاف آن آشکار شود، اختلاف نظری دیده نمی‌شود. اما در صورت اشتراط اوصاف کمالی دیگر نظیر نسب، دوشیزگی یا ویژگی‌های موثر بر زیبایی و روشن شدن فقدان این اوصاف، برخی به ممنوعیت فسخ و بعضی به امکان آن نظر داده‌اند (مقدسی، بی‌تا، ۵۴۳/۷).

۲. شرط نتیجه

ممکن است طرفین عقد شرط کنند که به محض انعقاد عقد، اثر عقد یا ایقاعی دیگر به شکل یک امر اعتباری محقق شود. مثلاً زوجه شرط کند که همزمان با تحقق نکاح، وکیل

۵. وإذا تزوج امرأة يظنها حرة، فبانت أمة، أو يظنها مسلمة، فبانت كافرة أو تزوجت عبداً تظنه حراً، فلهم الخيار، كما لو شرطوا ذلك، نصّ عليه احمد. (ابن‌قدامة، ۱۳۸۸ق، ۷۳/۷).

از سوی زوج برای مطلقه ساختن خود باشد، یا آنکه زوج از دینی که بر ذمه‌اش نسبت به زوجه دارد، بری گردد. چنین شرطی را شرط نتیجه می‌نامند. تنها نتیجه آن دسته از اعمال حقوقی را می‌توان ضمن عقد شرط نمود که برای تحقق نیازمند اسباب و تشریفات خاص نباشند و در واقع مشروط‌علیه بتواند به طرق مختلف منشأ را در عالم خارج ایجاد کند. به همین دلیل است که طلاق و نکاح جزء استثنائات نفوذ شرط نتیجه محسوب می‌شوند و نمی‌توان وقوع آنها را ضمن عقد شرط نمود، زیرا برای انعقاد آنها از سوی شرع اسباب خاصی وضع شده و به اشخاص اختیار ایجاد علقه زوجیت یا قطع آن از طرق دیگر داده نشده است. ناگفته پیداست چنانچه تحقق یک عمل حقوقی در قالب شرط نتیجه، امکان‌پذیر باشد، تخلف از آن اساساً متصور نخواهد بود، زیرا به محض وقوع عقد مشروط، شرط نتیجه هم محقق خواهد شد. بدین ترتیب همزمان با عقد نکاح، زوجه وکالت در طلاق را از سوی زوج کسب خواهد کرد، همان‌گونه که ابراء ذمه زوج مقارن وقوع نکاح، رخ خواهد داد.

۳. شرط فعل

چنانچه طرفین عقد هنگام انعقاد آن، فعل یا ترک فعلی را علیه یکدیگر شرط نمایند، چنین شرطی را شرط فعل می‌نامند. فعل یا ترک فعلی که عقد بدان مشروط می‌گردد، باید واجد اوصافی باشد که از جمله آنها معلوم بودن شرط و مقدور بودن آن برای مشروط علیه است. از طرفی شرط مورد تفاهم طرفین نباید با اقتضائات ذاتی عقد و قوانین موضوعه شرع مغایرتی داشته باشد و نیز غرضی عقلائی از انجام آن دنبال شود. هرچند خصائص یادشده به شرط فعل اختصاص ندارد و به عنوان ویژگی‌های صحت شرط به صورت کلی مطرح گردیده است.

ممکن است عقد نکاح به یکی از صور زیر به شرط فعل مشروط گردد:

۳-۱. شرط فعل مادی

فعلی که انجام آن در عقد نکاح مورد تفاهم قرار گرفته، ممکن است یک فعل مادی باشد. مثل اینکه زوجه علیه زوج شرط کند که او را به سفر خارج از کشور ببرد یا آنکه امکان تحصیل او را فراهم کند و هزینه آن را نیز تأمین نماید. طبق نظر مشهور فقیهان و نیز

قانون‌گذار ایران، نخستین قدم در مواجهه با مشروط‌علیه متخلف از انجام این شرط، اجبار نمودن او به ایفای شرط است (قانون مدنی، ماده ۲۳۷) و چنانچه اجبار وی ممکن یا مثمر ثمر نباشد، اگر امکان محقق ساختن شرط به هزینه ملتزم و توسط دیگری وجود داشته باشد، از این طریق از وارد آمدن ضرر بر مشروط‌علیه ممانعت به عمل می‌آید و در صورت منتفی بودن این وضعیت قاعدتاً نوبت به امکان فسخ عقد خواهد رسید (قانون مدنی، ماده ۲۳۹) که البته در خصوص نکاح این امکان محل بحث و مورد تردید جدی است.

۳-۲. شرط فعل حقوقی

فعل مشروط در نکاح ممکن است از جنس اعمال حقوقی و نیازمند انشاء اراده باشد. مثلاً زوجه ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج سه دانگ از ملکی را که مالک است، در قالب عقد صلح به مالکیت او درآورد. به نظر می‌رسد با فرض منوط بودن خیار فسخ بر عدم امکان اجبار، این قسم از شرط نتواند امکانی برای فسخ نکاح فراهم آورد، زیرا چنانچه مشروط‌علیه به اختیار از انجام شرط امتناع ورزد، مشروط‌له می‌تواند با مراجعه به محاکم قضایی اجبار او را به ایفای شرط مطالبه کند و در صورتی که اجبار وی غیر ممکن یا مشقت‌بار باشد، از باب قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، توسط نماینده دادگاه، عمل حقوقی مورد نظر انجام خواهد پذیرفت. در مثال یادشده نماینده دادگاه با حضور در دفتر اسناد رسمی سند مالکیت را به نام زوجه تنظیم خواهد کرد و بدین ترتیب غرض زوجه از جعل شرط به نفع خود محقق خواهد شد.

۳-۳. شرط ترک فعل مادی

قالب شرط ضمنی در نکاح ممکن است خودداری از انجام یک فعل مادی باشد، مثل اینکه زوجه علیه زوج شرط کند که به سوی اعتیاد بازنگردد، یا آنکه برای ادامه تحصیل به خارج از کشور سفر نکند. به نظر می‌رسد در این قبیل شروط بحث از امکان اجبار مشروط‌علیه به التزام نسبت به شرط منتفی باشد، زیرا وقتی مشروط‌علیه مرتکب فعلی می‌شود که ترک آن را عهده‌دار شده است، در واقع شرط را نقض کرده و خلاف توافق ضمن عقد رفتار کرده است. حال ممکن است طبیعت فعل به گونه‌ای باشد که بتوان در دفعات مکرر آن را نقض کرد، مثل آنکه شرط شود زوج یا زوجه با افراد خاصی معاشرت

نکند یا به محل‌های مشخصی رفت و آمد نکند. هرچند در چنین فرضی محال نیست که از طریق الزام دادگاه بتوان از ادامه ارتکاب فعل توسط مشروط‌علیه ممانعت کرد، اما بی‌تردید اولین باری که مشروط‌علیه فعل موردنظر را مرتکب می‌شود، برای نقض غرض مشروط‌له از گنجاندن شرط ضمن عقد کافی است و با همین ارتکاب، تخلف از شرط محقق گشته است. مسلماً این قسم از شرط فعل نیز محل بحث از امکان فسخ نکاح بواسطه خیار اشتراط قرار می‌گیرد.

۳-۴. شرط ترک فعل حقوقی

ممکن است شرط ضمن عقد نکاح خودداری از انجام یک فعل حقوقی باشد که برای تحقق نیازمند انشاء است. به عنوان نمونه ضمن نکاح شرط شود که زوج ملک متعلق به خود را به شخص «الف» نفروشد. در این فرض اگر زوج پس از عقد به فروش ملک مبادرت ورزد، بر خلاف رضا و خواست زوجه رفتار نموده است و متخلف از شرط محسوب می‌گردد. در این صورت یا باید با اعطای حق فسخ به زوجه، او را بر بقا یا فسخ نکاح مسلط نمود، یا آن‌چنان که برخی اندیشمندان نظر داده‌اند عقد بیع را باطل یا غیرنافذ معرفی کرد، با این استدلال که با وجود شرط ضمن عقد، اساساً زوج قدرت شرعی بر انجام بیع نداشته است و در واقع نمی‌توانسته ملک را بفروشد.

به طور مشخص فقیهان در مسئله شرط ترک فعل حقوقی در عقد نکاح، شرط زوجه مبنی بر ممنوع بودن زوج از ازدواج مجدد را مطرح و پیرامون آن به بحث و تبادل آراء پرداخته‌اند. صرف‌نظر از مباحث مفصلی که در خصوص صحت یا بطلان این شرط مطرح شده است، فقیهانی که توانسته‌اند شرط را صحیح قلمداد کنند، در مورد ضمانت اجرای تخلف از آن دچار اختلاف شده و اکثریت قریب به اتفاق ایشان امکان فسخ نکاح را نپذیرفته‌اند. نهایت آنکه زوج را به جهت تخلف از شرط و سرپیچی از وجوب تکلیفی آن، آثم و گناهکار شمرده‌اند (خویی، ۱۴۱۸ق، ۱۷۱/۳۳؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ۳/۳۱۸؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ۱۰۱/۳؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶ق، ۱۰/۱۹۷). در این میان برخی پژوهشگران فقهی بطلان یا عدم نفوذ نکاح دوم را به عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط مطرح ساخته‌اند (حکیم، ۱۴۱۰ق، ۲/۲۹۶).

و اما مسئله شرط فعل ضمن عقد نکاح، در مکتوبات فقهی اهل سنت نیز مباحث نسبتاً مبسوطی را به خود اختصاص داده و به ارائه نظرات متفاوت در این خصوص منجر شده است. با صرف نظر از رویکردهای اقلیت فقیهان هر یک از مذاهب فقهی، می توان گفت دیدگاه غالب در فقه حنفی آن است که چنانچه این شروط با مقتضای عقد نکاح سازگار باشند و با احکام شرع تنافی نداشته باشند، لازم الاجرا هستند، مانند آنکه زنی شرط کند که مرد او را در مسکن جداگانه و دور از خانواده اش اسکان دهد، یا بدون رضایتش، او را به مسافرت طولانی نبرد. اما اگر شرط مورد نظر یکی از اوصاف دوگانه فوق را نداشته باشد، نظیر شرط خیار در نکاح، شرط لغو و نکاح صحیح است (زحیلی، ۱۴۳۱ق، ۶۵/۸).

فقیهان شافعی شرط فعل ضمن عقد نکاح را به شروط موافق و مخالف با مقتضای نکاح تقسیم کرده اند. در نظر ایشان شروط صحیح که با مقتضای نکاح تنافی ندارند، مانند شرط کردن نفقه یا حسن معاشرت از سوی زن و... است. بقیه شروط مانند آنکه زن شرط کند، همسر او زن دیگری اختیار نکند، یا او را از وطنش به شهر دیگری منتقل نکند، یا همراه او به سفر نیاید، هرچند به جهت عدم اخلال در مقصود اصلی نکاح، به بطلان آن منجر نمی شوند، اما به استناد قول پیامبر اکرم ﷺ که فرموده اند: «هر شرطی در کتاب خدا نباشد، باطل است»، لغو و باطل هستند و در هر حال سبب تبدیل مهرالمسمی به مهرالمثل می گردند^۶ (انصاری، بی تا، ۲۰۵/۳؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ۳۸۹/۹؛ ماوردی، ۱۴۱۹ق، ۵۰۶/۹؛ منهاجی، ۱۴۱۷ق، ۳۳/۲).

در مذهب فقهی مالکی نیز آن دسته از شرط فعلهایی که با مقصود اصلی ازدواج منافاتی ندارد و لیکن هدف از جعل آنها، ایجاد محدودیت برای مرد است، مثل ترک ازدواج مجدد، یا جابه جا نکردن زن از محل وطنش، مکروه و عمل به آنها مستحب است (زحیلی، ۱۴۳۱ق، ۶۷/۸).

تنها فقیهان حنبلی رویکردی کاملاً متفاوت از سایر فقیهان اتخاذ کرده و هر شرط فعلی را که با مقصود اصلی نکاح در تنافی نباشد و یکی از طرفین عقد از اشتراط آن منتفع شود، صحیح دانسته و تخلف از آن را سبب ایجاد حق فسخ برای مشروط له شمرده اند.

۶. فساد الشرط أولى بمهرالمثل لا المسمی لفساد الشرط لأنه إن كان لها، فلم ترض بالمسمی وحده وإن كان عليها، فلم يرض الزوج ببذل المسمی إلا عند سلامة ما شرطه...

بدین ترتیب اگر زنی شرط کند که همسرش او را از پدر و مادرش دور نسازد، یا از شهرش خارج نکند، یا اجازه دهد فرزند خردسالش را شیر دهد، یا ازدواج مجدد را ترک کند و امثال این شروط، همگی صحیح و دارای ضمانت اجرای فسخ هستند (حجاوی، بی تا، ۱۹۰/۳؛ بهوتی، بی تا، ۹۱/۵؛ ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ۹۳/۷؛ عاصمی، ۱۳۹۷ق، ۳۱۴/۶).

امکان سنجی انحلال نکاح از طریق فسخ

پیش از آنکه بحث استدلالی پیرامون نفی یا اثبات جریان خیار تخلف از شرط فعل در عقد نکاح مطرح شود، نخست باید دید اساساً آیا امکان انحلال نکاح با اراده یک طرف و از طریق فسخ وجود دارد یا خیر؟ مطالعه متون فقهی و به تبعیت از آن نصوص قانونی، حکایت از آن دارد که ذات نکاح ابایی از پذیرش فسخ ندارد و در برخی موارد حق انحلال یک سویه نکاح برای زوجین پیش بینی شده است، از جمله آنکه به استناد ادله خاص روایی وجود برخی عیوب در زن و مرد، امکان فسخ نکاح را به واسطه خیار عیب برای ایشان فراهم می کند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۰۷/۲۱). به عنوان مثال جنون در مرد یا زن از اسباب فسخ نکاح است. البته هر آنچه مصداق عرفی عیب محسوب شود، نمی تواند موجبی برای فسخ نکاح از طریق خیار عیب نیز به شمار آید، بلکه تنها عیوب منصوص در روایات، این امکان را برای زوجین به وجود می آورد. اکثر فقیهان اهل سنت نیز اصل خیار عیب را در نکاح پذیرفته اند، هرچند در مصادیق عیوبی که موجب این حق است و نیز استحقاق زوج یا زوجه در خیار عیب اختلاف نظر دارند (زحیلی، ۱۴۳۱ق، ۴۹۳/۸)، از طرفی فقیهان خیار تدلیس را نیز از اسباب انحلال یک سویه عقد نکاح به حساب آورده اند، با این توضیح که اگر زن یا مرد خود را به گونه ای به طرف مقابل بنمایاند که عاری از عیب و نقص است و با این تصور عقد نکاح انجام پذیرد و سپس خلاف آن روشن شود، می توان با استناد به خیار تدلیس، نکاح را برهم زد (خمینی، بی تا، ۳۰۱/۲).

ناگفته نماند مصادیقی که فقیهان با استناد به روایات در شمار خیار تدلیس جای داده اند، می تواند به عنوان خیار تخلف از شرط صفت نیز معرفی شود و حتی می توان این احتمال را در برخی روایات قوی تر دانست، چه آنکه وقتی صفتی در زن یا مرد شرط می شود، اگر قرار باشد تخلف از آن وصف، تدلیس به شمار آید، نیاز به یک عنصر معنوی اضافی یا همان سوء نیت شرط کننده است. به بیان دیگر اگر چه در برخی نصوص به

«تدلیس» اشاره شده، اما با توجه به اطلاق برخی دیگر از روایات، معلوم نیست که وجود این قصد در همه موارد منصوص، مفروض باشد. ناگفته نماند خیار تخلف از شرط صفت نیز در کتابهای فقهی معاصران مطرح شده و فقها در گذشته چنین عنوان فراگیری را به عنوان عامل فسخ نکاح مطرح نکرده‌اند. حتی در مورد تدلیس هم معمولاً تنها موارد ذکر شده در روایات را مد نظر قرار داده‌اند که به نظر می‌رسد این رویکرد بیشتر به جهت پرهیز از توسعه دامنه فسخ نکاح باشد. به عبارت دیگر فقیهان با این پیش‌فرض ذهنی به موضوع اسباب فسخ نکاح وارد شده‌اند که انحلال نکاح از طریق فسخ یک امر خلاف اصل است (اراکي، ۱۴۱۹ق، ۴۷۱). البته این فرضیه در جای خود صحیح است که اقتضای اطلاق نکاح لزوم آن است و شارع با توجه به موقعیت خاص این عقد، در مورد طرق انحلال نکاح سخت‌گیری کرده و در بعضی موارد از قواعد عمومی قراردادها پیروی نمی‌کند، اما وقتی فی‌الجملة امکان فسخ نکاح با خیار عیب پذیرفته شده است، این بدان معناست که شارع با فسخ نکاح به طور کلی مخالفتی نداشته است و تنها باید موارد تجویز آن را با دقت بیشتر مورد مطالعه قرار داد.

اختلاف در مشروعیت انحلال نکاح از طریق خیار اشتراط

هرچند بحث از نکاح مشروط و شرایطی که گنجاندن آنها ضمن عقد نکاح صحیح است، سابقه‌ای دیرین در مکتوبات فقهی دارد، اما فسخ نکاح ناشی از خیار تخلف از شرط چندان مطمح نظر فقیهان قرار نگرفته است، تا جایی که با صرف نظر از اشاراتی که از مسلم فرض کردن نفی خیارهای غیرمنصوص در نکاح حکایت دارند، سابقه‌ای از طرح این بحث در کتابهای فقیهان دیده نمی‌شود. تنها در معدودی از آثار فقیهان معاصر این بحث مطرح شده و تا اندازه‌ای مورد بررسی قرار گرفته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۲۹/۲؛ اراکی، ۱۴۱۹ق، ۴۸۵). امام خمینی در تحریرالوسیله تصریح می‌کند که در نکاح بر خلاف سایر عقود، خیار تخلف از شرط فعل جاری نمی‌شود و فقیهانی که بعد از آن متن تحریرالوسیله را مورد بررسی استدلالی قرار داده‌اند، نیز صریحاً در این باره اظهار نظر کرده‌اند (خمینی، بی‌تا، ۳۰۲/۲؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۱/۶). در این میان آیت الله مکارم شیرازی به ترجیح مشروعیت خیار تخلف از شرط فعل تمایل یافته و ابتدا این دیدگاه را مطرح کرده‌اند، اما سپس از این ترجیح عدول نموده

و مانند صاحب تحریرالوسیله و سایرین دیدگاه مقابل را برگزیده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۵/ ۱۵۵ و ۶/ ۱۰۳).

۱. ادله مشروعیت جریان اختیار اشتراط در نکاح

ادله مشروعیت اختیار تخلف از شرط فعل در نکاح همان دلایلی است که در سایر عقود نیز موجب اثبات این اختیار است و در خصوص نکاح دلیل جداگانه‌ای وجود ندارد. در ادامه به مهمترین این دلایل اشاره می‌شود.

۱-۱. بنای عقلا

شاید بتوان استوارترین دلیل بر جواز اختیار اشتراط را بنای عقلا دانست. شک نیست که شارع در حوزه معاملات رویکرد تأسیسی نداشته و تا جایی که ممکن است سعی بر تأیید موازین عقلانی و عرفی حاکم در اجتماع دارد و جز در موارد طرح برخی شرایط و موانع خاص، از دخالت مستقیم به محدوده معاملات اجتناب کرده است. از جمله مواردی که به نظر می‌رسد بنای عقلا قضاوت روشنی در خصوص آن دارد، اثر تخلف از شرط ضمن عقد است. بی‌تردید وقتی عقد لازمی به صورت مشروط منعقد می‌شود، خردمندان وفای به این تعهد تبعی را لازم می‌شمرند و برای تخلف از آن اثری را در نظر می‌گیرند؛ زیرا فقدان ضمانت اجرا برای شرط ضمن عقد، به لغو و بی‌فایده بودن شرط می‌انجامد، حال آنکه مشروطه از وضع شرط، لزوماً مقصودی را دنبال می‌کرده است. شاید بتوان گفت قطعی‌ترین اثر تخلف از شرط فعل در باور خردمندان، قرارگرفتن عقد مشروط در معرض فسخ است، زیرا هنگام تحقق عقد مشروط، طرف مشروطه التزام خود نسبت به مفاد عقد را مقید به انجام تعهد اضافی شرط‌شده ضمن عقد می‌داند و چه بسا اگر از ابتدا بداند مشروط‌علیه به ایفای شرط ملتزم نیست، یا اساساً امکان تحقق شرط منتفی خواهد شد، هرگز به انجام عقد مبادرت نرزد. بنابراین اجبار او به پای‌بندی نسبت به عقدی که بر خلاف اراده او در حال ادامه یافتن است، نزد عقلا روا نیست و باید سرنوشت عقد را از حیث بقا یا انحلال، به دست خود او سپرد. به عبارت دیگر التزام یک طرف به پای‌بندی در صورت تخلف طرف دیگر از همه یا بخشی از مفاد قرارداد، التزام او به چیزی است که از ابتدا بدان متعهد نشده و فاقد وجاهت عقلایی است. وضوح این مطلب موجب شده است

که در وضعیت مشابه در اغلب مصادیق عقد، فقیهان امکان فسخ عقد را برای مشروطه معتبر بدانند، با این تفاوت که برخی^۷ تخلف از شرط را از همان ابتدا تنها موجد حق فسخ شمرده‌اند و بعضی دیگر این حق را پس از احراز عدم امکان اجبار مشروط‌علیه به ایفای شرط یا تأمین مقصود مشروطه با هزینه ملتزم و توسط دیگری، به رسمیت شناخته‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۴۰/۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۴۶؛ نایینی، ۱۳۷۳ق، ۱۳۴/۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۹ق، ۴۹؛ قانون مدنی، ماده ۲۳۷). برخی نیز تخلف از شرط را سبب ایجاد حق فسخ و امکان اجبار مشروط‌علیه، به موازات یکدیگر، معرفی کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۲۸/۲؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳۲۸/۵؛ خویی، بی‌تا، ۳۷۳/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۲/۶) چنان‌که معلوم است قدر مشترک تمام این نظرات پذیرش استحقاق کلی مشروطه برای از هم گسستن عقد است؛ زیرا شرط در عقد به معنای التزامی است که در دل التزام دیگر جای گرفته است و در حقیقت التزام طرف مشروطه نسبت به مفاد عقد را مقید به حصول خود کرده است. بنابراین هنگامی که مشروطه محقق نشود، نمی‌توان از مشروطه انتظار داشت که التزام خود را نسبت به مفاد عقد حفظ کند، از این رو حق فسخ عقد به او اعطاء شده است تا بقا یا گسست عقدی را که خلاف مقصود او محقق شده، برگزیند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۲۸/۲؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ۳۲۷/۵؛ خویی، بی‌تا، ۳۷۳/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۲/۶)^۸. عقد نکاح نیز در این بنای عقلانی با سایر عقود متفاوت نیست. بدان معنا که وقتی امکان وقوع نکاح مشروط همانند بسیاری از عقود دیگر پذیرفته شده است، نمی‌توان در تبیین اثر تخلف از شرط، جایگاه نکاح را از دیگر عقود ممتاز کرد و به فسخ‌ناپذیری نکاح نظر داد. به بیان دیگر عدم امکان فسخ نکاح در این فرض مبتنی بر بناء یا سیره عقلا نیست و تنها در صورتی می‌توان آن را توجیه کرد که ردع و منعی از سوی شارع در این خصوص وارد شده باشد.

۷. این نظر به مرحوم حلی نسبت داده شده است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۳۸/۳).

۸. فیجوز لكل من المتعاقدين في العقود ولخصوص المنشي في الإيقاعات أن ينشئ من الأول حصة خاصة و ملكية محدودة و زوجية محدودة و طلاقا محدودا من الأول، فلا يكون المشمول لأدلة اللزوم الا خصوص هذه الحصة الخاصة فقط فإن أدلة اللزوم تدل على لزوم ما التزمه العاقد لا غيره و الا لتخلف العقد عن القصد» (خویی، بی‌تا، ۲۶۹/۶).

حال در پاسخ برخی فقیهان معاصر که دلیل اصلی ثبوت خیار تخلف از شرط در معاملات را بنای عقلاء و عرف دانسته‌اند، ولی مدعی شده‌اند که در نکاح یا چنین بنائی وجود ندارد و یا اگر هم باشد، عدم التزام فقها به ثبوت این خیار موجب تخطئه بنای عرف و عقلاء است (اراکي، ۱۴۱۹ق، ۴۸۵)، باید گفت نفی بنای عقلا در خصوص نکاح ادعایی بی دلیل است و شاهی وجود ندارد که عقلا روش عمومی خود را در نکاح تغییر داده و مشروط له را ملزم به پای بندی یک سویه به مفاد عقد بدانند. بناء عرف متشرع در ادوار بعد از معصومین علیهم السلام هم مستند به تلقی و فتوای فقها است که دلائل آن بررسی و نقد خواهد شد و نباید آن را با بنای عقلاء اشتباه گرفت. از طرفی بر فرض پذیرش وجود بناء عقلاء در مورد خیار اشتراط در نکاح، عدم التزام تعدادی از فقها یا حتی همگی ایشان به خودی خود نمی‌تواند ردع شرعی محسوب گردد، مگر آنکه اجماع کاشف از قول معصوم علیهم السلام محقق شود، که در ادامه صحت و سقم وجود چنین اجماعی نیز مورد بررسی قرار گرفته و مشخص خواهد شد که آیا مانع شرعی متقنی که موجب ردع بنای عقلا باشد وجود دارد یا خیر؟

۱-۲. نفی ضرر مشروط له

برخی فقیهان ملاک تشریح خیار را دفع ضرر دانسته‌اند و برای اثبات خیار تخلف از شرط در عقود، در شرایطی که امکان تحقق شرط از طریق اجبار مشروط علیه یا راههای دیگر منتفی باشد، به ادله نفی ضرر استناد کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ۴۰/۳). این دلیل در صورت پذیرش، شامل عقد نکاح نیز هست، چه آنکه در صورت عدم امکان تحقق شرط، اگر مشروط له را ملزم به ادامه زندگی با شرایطی بدانیم که خلافش را در عقد شرط کرده بود، بی تردید او را وادار به تحمل ضرری دانسته‌ایم که ادله شرعی، مانند قاعده لاضرر، بر نفی آن دلالت دارند. از آنجا که اغلب مصادیق شرط فعل که در متون فقهی به آنها پرداخته شده، به نفع زن و در راستای رفع دغدغه‌های معمول ایشان است، برخی فقیهان با تعابیری نظیر به مصلحت نبودن فسخ عقد نکاح یا متوجه شدن ضرر به زن (زحیلی، ۱۴۳۱ق، ۶۵/۸) سعی در ممنوع اعلام کردن فسخ نکاح داشته‌اند. در پاسخ به این اشکال گفته شده است که مصلحت عقد، چیزی جز مصلحت عاقد نیست و هنگامی که وی مصلحت دیده است شرط فعلی را در عقد نکاح بگنجاند، پس می‌توان گفت مصلحت عقد

نیز در آن است که سرنوشت عقد به خود او سپرده شود تا در مورد بقا یا عدم بقای آن تصمیم‌گیری کند^۹ (بهوتی، بی تا، ۹۱/۵).

۲. ادله عدم مشروعیت جریان خیار اشتراط در نکاح

مسکوت ماندن بحث خیار تخلف از شرط در نکاح از یک سو و بداهت موضوع عدم امکان فسخ نکاح در اندیشه فقیهان از سوی دیگر، موجب شده است که در نفی و اثبات این امر هم کمتر استدلالهای مستقیم و صریحی در مکتوبات فقهی مطرح شود و گاهی این گونه تصور شود که دلایلی که برای نفی خیار شرط در نکاح قابل طرح است، برای نفی خیار تخلف از شرط نیز کافی است. با این اوصاف آنچه به دنبال می‌آید ادله است که ممکن است دلیل بر نفی خیار تخلف از شرط در عقد نکاح تلقی شوند و نیز دلایلی که هرچند به شکل غیرمستقیم، از کلام برخی فقیهان می‌توان استنباط کرد.

۲-۱. ذکر نشدن خیار اشتراط در روایات و متون فقهی

در کلام برخی فقیهان برای نفی خیار تخلف از شرط در نکاح چنین استدلال شده که از مجموع روایات استفاده می‌شود که شارع راه انحلال نکاح را در چند مورد منحصر یعنی طلاق، عیوب منصوص و تدلیس قرار داده است. این نکته را از آنجا می‌توان دانست که در روایات به طریق انحلال و فسخ دیگری اشاره نشده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۲/۶). در تکمیل این استدلال می‌توان گفت ذکر نشدن خیار اشتراط در روایات و متون فقهی نشانه عدم مشروعیت این خیار نزد شارع است و حتی اگر ذکر نشدن را به مثابه رد این خیار ندانیم، باز هم نتیجه آن نفی خیار اشتراط است، زیرا برای خروج از اصل لزوم نکاح که مستند به ادله‌ای مانند «أوفوا بالعقود: به عقود خود وفا کنید» (مائده، ۱) است، باید دلیل شرعی وجود داشته باشد که این دلیل نه در روایات یافت می‌شود و نه در کلام فقها.

۹. وإنما یثبت للمرأة إذا لم یف به، خیار الفسخ وقولهم: انه لیس من مصلحة العقد ممنوع، فانه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد کان من مصلحة العقد، کاشتراط الرهن فی البیع.

نقد و بررسی

نخست آنکه فقیهان اهل سنت در راستای تجویز خیار اشتراط در نکاح به اجتهادی از خلیفه دوم استناد می‌کنند که به موجب آن ایشان در رفع مخاصمه میان زن و شوهری که بر سر تخلف زوج از شرط ضمن عقد مبنی بر جابه‌جا نکردن زن از خانه‌اش، دعوی به نزد وی برده بودند، به نفع زن حکم نمود و سرنوشت ادامه عقد را به او سپرد. از این رو نمی‌توان به طور کلی مدعی عدم ذکر این خیار در متون روایی شد^{۱۰} (بهوتی، بی‌تا، ۹۱/۵).

علی‌رغم وجود این شواهد روایی، ممکن است تصور شود برای نفی خیار اشتراط در نکاح می‌توان به مفاد روایاتی استناد کرد که فسخ نکاح را در هنگام بروز چند عیب خاص تجویز کرده و از این طریق قصد داشته‌اند موارد فسخ نکاح را به مصادیق خاصی محدود و منحصر کنند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۰۷/۲۱). در پاسخ به این ابهام باید گفت حصری که از این روایات استفاده می‌شود، حصر نسبی و اضافی بوده و مقصود از ورود این روایات و ذکر ادات انحصار در آنها، محدود ساختن طرق فسخ در خیار عیب، و منحصر کردن عیوب موجب فسخ به عیوب منصوص است، نه آنکه این روایات در صدد باشند تمام راه‌های فسخ نکاح را به همان موارد مذکور از عیب محدود کنند. به بیان دیگر ذکر برخی امور در روایات به عنوان مجوز و راهکار فسخ نکاح به معنای حصر و نفی موارد دیگر نیست، خصوصاً که همین موارد هم یک‌جا ذکر نشده بلکه در نصوص متفاوت آمده و روایت یا آیه‌ای نداریم که در مقام ذکر و تحدید همه موارد مشروع فسخ نکاح بوده باشد.

از طرفی ذکر نشدن این خیار در متون فقهی هم دلیل متقنی بر نفی آن نزد فقها نیست چرا که می‌توان پرسید آیا رویه فقیهان چنین بوده است که در هر یک از مصادیق عقد، طرق فسخ آن را به صورت مستقل و مبسوط بررسی نمایند؟ یا آنکه راه‌های فسخ عقد را به شکل قاعده‌ای کلی و قابل تعمیم در یکی از عقود مطرح ساخته و در سایر عقود بیشتر به ذکر موانع فسخ اکتفا نموده‌اند؟ تتبع در متون فقهی حکایت از گزینش رویه اخیر دارد، بدان معنا که بحث مبسوط از خیارات در عقد بیع مطرح شده و به جز خیاراتی که به عقد

۱۰. روی الأثرم باسناده: «أن رجلاً تزوج امرأة و شرط لها دارها، ثم اراد نقلها، فخاصموه إلى عمر، فقال: لها شرطها، فقال الرجل: إذن تطلقنا؟ فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط».

بیع اختصاص داده شده، سایر طرق فسخ با عنوان خيارات مشترک میان بیع و سایر عقود معرفی شده است. بنابراین از جهت تعمیم اولیه خيارات مشترک به عقود دیگر، نمی‌توان میان عقد نکاح و بقیه عقود تفاوتی قائل شد و علی القاعده در مورد طرق دیگر فسخ نکاح، ممنوعیتی وجود ندارد، مگر آنکه به دلایل عقلی یا نقلی منعی برای تعمیم وجود داشته باشد که در مورد خيار اشتراط به واسطه تخلف مشروط‌علیه از شرط فعل، نه تنها منعی صورت نگرفته است، بلکه اتفاقاً توجیه منطقی و عقلایی برای امکان فسخ نکاح وجود دارد. به همان دلیلی که در تخلف از شرط در سایر عقود از اصل لزوم خارج می‌شویم و تصریح در هر مورد را برای اثبات خيار اشتراط لازم نمی‌دانیم، در نکاح هم باید همین رویه و استدلال را بپذیریم. عقد التزام در برابر التزام و تعهدی دو سویه است و بی تردید لزوم مستفاد از ادله‌ای مانند «أوفوا بالعقود»، موارد نقض عهد از یک طرف را شامل نمی‌شود، چه آنکه التزام یک طرفه مصداق عقد نبوده، یا اطلاق این دلیل و امثال آن از موارد نقض عهد از سوی یک طرف منصرف است و در این خصوص نمی‌توان میان عقد نکاح و سایر عقود تفاوتی قائل شد.

۲-۲. امکان ناپذیری اقاله نکاح

در برخی از متون فقهی برای استدلال بر بطلان شرط خيار در نکاح، به ممکن نبودن اقاله آن استناد شده است که به نظر می‌رسد همین دلیل برای ممنوع دانستن فسخ نکاح توسط خيار اشتراط نیز قابل طرح است. توضیح آنکه از اجماع فقیهان بر منع اقاله نکاح می‌توان دریافت که علت این ممنوعیت در «حکمی» یا «آمره» بودن لزوم نکاح نهفته است. این بدان معناست که متعاقدين در این عقد نمی‌توانند با اراده و اختیار خود سرنوشت عقد را تعیین کرده و آن را خاتمه بخشند، بلکه باید خود را مقید به طرق مشخصی کنند که شارع برای انحلال این عقد پیش‌بینی کرده است (خویی، ۱۴۱۸ق، ۱۷۱/۳۳). این در حالی است که در اغلب عقود دیگر طرفین عقد از چنان آزادی اراده‌ای برخوردارند که می‌توانند با تراضی بر فسخ عقد، از لزوم آن دست بردارند و عقد را اقاله نمایند. از طرفی عدم امکان اقاله نکاح حاکی از آن است که مشروط نمودن نکاح به شرط خيار نیز ممکن نیست. زیرا هنگامی که نکاح با حق فسخ یکی از متعاقدين یا هر دو انشاء می‌شود، در واقع مشروط-علیه با قبول شرط این حق را به طرف مقابل خود اعطاء کرده است که بتواند در زمان

مقرر به تنهایی نکاح را فسخ کند که این فرآیند نیز نوعی تراضی بر فسخ، محسوب می‌گردد. بنابراین از حکمی دانستن لزوم نکاح، این نتیجه حاصل می‌آید که انحلال این عقد در چارچوبهای مشخصی از سوی شارع تعریف شده است و نمی‌توان از آن پا فراتر گذاشت و از این رو فسخ نکاح به واسطه خیار اشتراط نیز ممکن نیست.

نقد و بررسی

به نظر می‌رسد نتوان از این استدلال برای ممنوع دانستن جریان خیار اشتراط در عقد نکاح بهره برد؛ چه آنکه میان امکان ناپذیری اقاله یک عمل حقوقی و عدم امکان فسخ آن ارتباط منطقی وجود ندارد. «لزوم» در حقیقت از مجعولات شرعی و دارای معنایی واحد است که به عنوان اصل اولی حاکم بر اعمال حقوقی از آن یاد می‌شود و مقصود از آن ضرورت پای‌بندی به مفاد عقد یا ایقاع و عدم امکان برهم‌زدن بی‌دلیل آنهاست. با وجود این در اغلب عقود این حق به طرفین آن داده شده است که در چارچوب شرایط خاص یا با حصول توافق، سرنوشت عقد را از حیث دوام یا انقطاع آن برگزینند و عقد را فسخ یا اقاله نمایند. همین موضوع سبب اطلاق عنوان «لزوم حقی» بر وصف لزوم بیشتر عقود گردیده است. حال آنکه التزام و پای‌بندی به مفاد برخی دیگر از عقود تا بدان‌جا ترجیح داده شده است که تراضی بر فسخ (اقاله) آن ممنوع شمرده شده و در طرق فسخ آن نیز محدودیت‌هایی بوجود آمده است. در بیان فقیهان از این قسم از لزوم به «لزوم حکمی» تعبیر شده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۱۹۶/۵؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ۵۵/۲). بنابراین از این تقسیم ظاهری عناوین که در حقیقت معنای لزوم تفاوتی ایجاد نمی‌کند، نمی‌توان دریافت که میان امکان ناپذیری اقاله یک عقد و ممنوعیت فسخ آن ارتباطی وجود دارد، بدان نحو که اگر امکان اقاله عقدی منتفی است، فسخ آن نیز به طور کلی نامشروع و غیر ممکن باشد. چنان‌که در عقد نکاح نیز علی‌رغم ممنوع بودن اقاله، خیار عیب، تدلیس و حتی تخلف از شرط صفت معتبر دانسته شده است. تنها چیزی که از عدم امکان اقاله یک عقد می‌توان فهمید آن است که شارع به طرفین عقد این آزادی عمل را اعطا نکرده است که بی دلیل و صرفاً با تراضی آن را بر هم بزنند، در حالی که ممکن است شرایط اعمال برخی اختیارات در آن عقد وجود داشته باشد.

۲-۳. بطلان شرط خیار در نکاح

برخی فقیهان خیار اشتراط را به منزله خیار شرط تلقی کرده و یکی بودن نتیجه این دو، یعنی ناشی شدن خیار از شرط، را دلیل بر ممنوعیت جریان خیار تخلف از شرط فعل در نکاح دانسته‌اند. از نظر ایشان همان‌گونه که فقیهان بر بطلان شرط خیار در نکاح، اجماع پیدا کرده‌اند، در تخلف از سایر شروط هم باید قائل به عدم تجویز خیار شد. زیرا در این-که خیار مستند به شرط سبب تقیید التزام به عقد می‌شود، شکی نیست و در این خصوص میان خیار ناشی از شرط خیار و سایر شروط تفاوتی وجود ندارد. به بیان دیگر گاهی طرفین نکاح ابتدائاً خیار فسخ آن را در مدت معین شرط می‌نمایند و گاهی ممکن است شرط فعلی را ضمن عقد نکاح خود بگنجانند که در صورت تخلف مشروط‌علیه از آن، امکان فسخ نکاح برای مشروط‌له بوجود آید. مهم آن است که سرانجام هر دو شرط، امکان فسخ نکاح است، با این تفاوت که در فرض نخست این امکان به صورت مطلق برای مشروط‌له فراهم می‌شود و در حالت اخیر امکان فسخ مقید به تخلف مشروط‌علیه گردیده است. با این حال این موضوع در نتیجه که فسخ نکاح به واسطه شرط رخ خواهد داد، تفاوتی ایجاد نمی‌کند. بنابراین می‌توان ادعا کرد که اجماع بر بطلان خیار شرط در نکاح، شامل خیار تخلف از شرط فعل نیز خواهد شد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۲۹/۲). از طرفی دلایلی نظیر شائبه عبادت بودن نکاح یا وارد آمدن ضرر به زن پس از فسخ یا عدم نیاز به امکان فسخ نکاح به خاطر جستجو و تفحص کامل طرفین پیش از عقد ازدواج، که از سوی برخی فقیهان برای نفی مشروعیت شرط خیار در نکاح مطرح شده (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۰/۳۶۶) در مورد خیار اشتراط نیز قابل طرح است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ۴۵۹).

نقد و بررسی

استدلال مطرح شده از جهات مختلف قابل نقض است. زیرا از یک سو بطلان شرط خیار به اجماع مستند شده است و بر فرض آن که در اصل تحقق اجماع هیچ شائبه‌ای وجود نداشته باشد، در احتمال مدرکی بودن آن نیز تردیدی نیست و اجماع حتی در صورت احتمال مدرکی بودن، نمی‌تواند به عنوان دلیل مستقلاً بر اثبات حکم به شمار آید، بلکه تنها در جایگاه قرینه‌ای که پژوهشگر را به دلایل اجماع رهنمون می‌سازد کارایی دارد. از طرفی حتی با فرض پذیرش اجماع و صرف نظر از احتمال مدرکی بودن آن، این

اجماع صرفاً در خصوص مورد متیقن خود یعنی خیار شرط قابل استناد است و قابل تسری به دیگر شروط نیست. ناگفته پیداست که سایر استدلال‌های مطرح شده نیز همگی قابل خدشه و استحسانی هستند و دلایل فقهی معتبری محسوب نمی‌شوند. علاوه بر این نمی‌توان فسخ در اثر خیار شرط و خیار تخلف از شرط را همسان شمرد، چه آنکه در خیار شرط، فسخ مستقیماً به شرط کردن خیار ضمن عقد باز می‌گردد و مشروطه این حق را برای خود لحاظ می‌کند که در صورت تمایل و حتی بدون دلیل بتواند عقد را فسخ نماید، اما در خیار اشتراط، حق فسخ ابتدائاً از شرط ضمن عقد ناشی نمی‌شود، بلکه از ناحیه تخلف مشروط‌علیه از مفاد شرط و در صورت نقض عهد طرف مقابل است که برای مشروطه امکان فسخ عقد ایجاد می‌شود. بنابراین شرط خیار و تخلف از شرط دو موضوع متفاوت بوده و خیار ناشی از این دو نیز یکسان نیست و نمی‌توان این دو را یکی تلقی کرد یا حکم یکی را با قیاس بر دیگری نتیجه گرفت.

۲-۴. لغو شدن جعل طلاق برای انحلال نکاح

ممکن است گفته شود چنانچه طرف مشروطه نکاح بتواند عقد را به سبب تخلف مشروط‌علیه از ایفای شرط، فسخ کند، پس عملاً جعل طلاق به عنوان راهکاری که شارع برای انحلال نکاح پیش‌بینی کرده است، بی‌فایده و لغو خواهد شد. چه آنکه طلاق ایقاعی است که تنها از سوی مرد قابل انشاء است و برای وقوع آن تشریفات نیز در نظر گرفته شده است. حال اگر هر یک از طرفین عقد نکاح بتوانند عقد را در فرض تخلف مشروط‌علیه از شرط فعل فسخ کنند، این فرآیند نه تنها با روح نکاح در تنافی است، بلکه جایی برای اجرای طلاق باقی نمی‌گذارد. زیرا هر یک از طرفین عقد اعم از زوج و زوجه به جای آنکه خود را درگیر طلاق و تشریفات آن کنند، می‌توانند مقصود خود یعنی انحلال نکاح را از طریق آسان‌تر فسخ به واسطه خیار اشتراط دنبال کنند. و این بدان معناست که تشریح طلاق و تاکید بر آن به عنوان راه حل انحلال نکاح، بی‌مورد است. هرچند این استدلال در کتابهای فقهی به صراحت بیان نشده اما به نظر می‌رسد این تلقی که راه انحلال نکاح منحصر در طلاق است و تجویز خیار تخلف از شرط فعل، به لغو شدن طلاق می‌انجامد، مهمترین دلیل نفی خیار اشتراط در نکاح و مسکوت ماندن این بحث در کتابهای فقهی است.

نقد و بررسی

در نقد این استدلال باید گفت اگر شارع تنها راه پایان بخشیدن به نکاح را انشای طلاق از سوی زوج معرفی می‌کرد، در آن صورت امکان فسخ نکاح از طریق خیارات و از جمله خیار اشتراط نیز با منع جدی مواجه بود. اما از آنجایی که در نصوص شرعی به چنین انحصاری تصریح نشده، بلکه امکان فسخ نکاح از سوی زوج یا زوجه به واسطه خیار عیب، تدلیس و از نظر بعضی اندیشمندان خیار تخلف از شرط صفت، معتبر دانسته شده است، می‌توان این نکته را دریافت که شارع طریق انحلال نکاح را در طلاق منحصر نمی‌داند و از امکان فسخ آن نیز فی الجمله روی گردان نیست. البته حساسیت، پایداری و دوام نکاح به عنوان پیمانی که شکل‌دهنده کوچکترین و مهم‌ترین واحد اجتماع است، سبب شده است که شارع مایل به گسست آن از هر طریق نباشد و برای انحلال نکاح، طلاق را با تشریفات خاص آن پیش‌بینی کند. به نظر می‌رسد اصلی‌ترین دلیل بطلان شرط خیار در عقد نکاح نیز، همین نکته باشد، زیرا به رسمیت شناختن حق فسخ برای طرفین عقد نکاح، تنها با استناد به شرط ضمن عقد، موجب می‌شود که هرکس صرفاً با جعل این شرط به نفع خود، و بدون استناد به دلیلی موجه و نقص یا تقصیری از سوی طرف مقابل، امکان برهم زدن نکاح را پیدا کند و عملاً خود را از طلاق بی‌نیاز بداند. این در حالی است که خیار عیب و تدلیس در روایات و متون فقهی تجویز شده و در محدوده شرایط و قیود ذکر شده، به عنوان دلایلی موجه، موجب فسخ نکاح شمرده شده است. پس می‌توان از کنار هم قراردادن این مقدمات چنین نتیجه گرفت که شارع خارج از ضابطه طلاق، امکان فسخ «بی‌دلیل» نکاح را منتفی دانسته و آن را در اختیار متعاقدين قرار نداده و اصل اولیه را در گسستن نکاح، مراجعه به تشریفات طلاق معرفی می‌کند. اما این بدان معنا نیست که شارع امکان فسخ نکاح را در فرضی که از شرط فعل ضمن عقد تخلف شود، ممنوع بداند، چنان‌که در بروز عیوب خاص در زن و مرد و تدلیس و تخلف از شرط صفت، همین رویه را داشته است.

۲-۵. اجماع

شاید بتوان اجماع را به عنوان یکی از دلایل جریان نیافتن خیار اشتراط در عقد نکاح معرفی کرد (حکیم، ۱۴۱۶ق، ۴۰۵/۱۴) چنان که گذشت برخی از فقیهان با تصور

همانندی خیار شرط و خیار اشتراط در وقوع فسخ ناشی از شرط، اجماع را که از مهمترین دلایل بر مشروع نبودن خیار شرط در عقد نکاح محسوب می‌شود، دلیل بر جریان نیافتن خیار اشتراط در عقد نکاح نیز فرض کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۱۲۹/۲). برخی دیگر نیز با وجود تصریح به نادرستی این استدلال، با استناد به عبارتی از کتاب جواهرالکلام^{۱۱} وجود اجماع بر نفی خیار اشتراط در نکاح را نیز ثابت دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۰۲/۶). بدین ترتیب اجماع را نیز می‌توان در شمار ادله‌ای قرار داد که بر ممنوعیت فسخ نکاح به واسطه خیار اشتراط دلالت دارد.

نقد و بررسی

علی‌رغم آنکه به نظر می‌رسد اجماع نسبت به سایر ادله‌ای که بر منع جریان خیار اشتراط در عقد نکاح دلالت دارند، از شهرت و استحکام بیشتری برخوردار است، اما واقعیت آن است که جزء ضعیف‌ترین دلایل بر اثبات این مدعا محسوب می‌شود. زیرا پیش‌فرض وقوع اجماع آن است که فقیهان نظر خود را راجع به حکم یک موضوع مطرح کنند و از اتفاق نظر ایشان، اجماع به دست آید؛ حال آنکه اغلب فقیهان با وجود آنکه به صراحت از ممکن بودن اشتراط نکاح با شرط فعل سخن گفته‌اند، اما راجع به امکان فسخ نکاح به واسطه خیار اشتراط اظهار نظر صریحی ندارند و این مسئله از جمله موضوعات مسکوت در آثار فقهی است. حال چگونه می‌توان از سکوت ایشان، اتفاق نظر بر منع را استنباط کرد؟ از طرفی اگر گفته شود همین‌که فقیهان بر ناممکن بودن فسخ نکاح به واسطه شرط خیار اجماع دارند، برای اجماعی دانستن حکم به ممنوعیت جریان خیار اشتراط در عقد نکاح نیز کافی است، در پاسخ باید گفت صرف نظر از آنکه تحقق اجماع در خیار شرط و مدرکی بودن اجماع احتمالی، محل بحث و اختلاف نظر است، این نتیجه در فرضی صحیح است که همانندی خیار شرط و خیار اشتراط پذیرفته شود، حال آنکه نمی‌توان این دو امکان فسخ را از یک جنس شمرد، زیرا در شرط خیار، منشأ امکان فسخ، شرط کردن خیار است ولی در خیار اشتراط، امکان فسخ برای مشروطه از تخلف مشروط‌علیه از شرط فعل یا ممتنع شدن تحقق آن، ایجاد می‌شود. از عبارت جواهرالکلام نیز اجماع بر

۱۱. «... و إلا لکان مقتضاه ثبوت الخیار بتعذر کل شرط فی عقد النکاح، أو بالامتناع من الوفاء به علی نحو ما سمعته فی البیع، و احتمال الالتزام بذلک ینافیہ اقتصارهم فی خیار النکاح علی العیوب المخصوصة، و التدلیس بالأموار المذكورة، بل تصریحهم بعدم قبول النکاح لاشتراط الخیار.» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۰/۳۶۶).

عدم ثبوت خیار تخلف شرط استفاده نمی شود، بلکه نهایتاً اقتصار و عدم ذکر این خیار در کلام فقیهان قابل برداشت است. بنابراین از آنجایی که فقیهان در گذشته اصلاً متعرض اثبات یا نفی خیار تخلف از شرط در نکاح نشده‌اند، اجماع منتفی است، و حتی بر فرض ثبوت اجماع، احتمال مدرکی بودن مانع از حجیت آن است، زیرا دلیل اجماع به احتمال قوی تلقی انحصار طرق فسخ نکاح است و چنین اجماعی به هیچ وجه کاشف قطعی از قول معصوم علیه السلام محسوب نمی شود.

نتیجه

با توجه به آنچه گذشت به نظر می رسد طبق قواعد عمومی قراردادها که مبتنی بر اصول و بنائات عقلایی است، در نکاح هم خیار اشتراط به واسطه تخلف از شرط فعل، همانند تخلف از شرط صفت، ثابت است و با لحاظ مخدوش بودن دلایل نفی خیار اشتراط در نکاح، دلیلی بر منع و ردع شارع از جریان این خیار وجود ندارد. ناگفته نماند از آنجایی که شارع بر تحکیم بنیان نکاح تأکید دارد و خردمندان نیز پایداری و ثبات نکاح را نیکو می شمارند، و نیز به مقتضای مطلوب بودن احتیاط در باب نکاح، تنها زمانی می توان برای تأمین هدف مشروطه و ممانعت از تحمیل عقد بر او به خیار تخلف از شرط فعل متوسل شد که احراز گردد امکان تحقق مفاد شرط فعل از طریق دیگر ولو به هزینه مشروط علیه یا اجبار وی منتفی است. بدیهی است فسخ نکاح، در نهایت، تنها امکانی است که می تواند ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل مندرج در نکاح محسوب شود و از تحمیل ضرر بی جا و عقد ناخواسته، بر طرف مشروطه که از وفا به شرط او تخلف شده است، منع کند.

فهرست منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، قاهره، مکتبه القاہرہ، ۱۳۸۸ق.
- اراکی، محمدعلی، کتاب النکاح، قم، نور نگار، ۱۴۱۹ق.
- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، قم، ذوی القربی، ۱۴۱۹ق.
- انصاری، زکریا بن محمد، أسنی المطالب فی شرح روض الطالب، دارالکتب الاسلامی، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، دارالذخائر، ۱۴۱۱ق.
- ایزدی فرد، علی اکبر، «شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق»، مجله مطالعات اجتماعی روانشناختی زنان، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۹ش.
- بهوتی، منصور بن یونس، شرح منتهی الارادات، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۴ق.
- همو، کشف القناع عن متن الاقناع، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
- جزیری، عبدالرحمن، سید محمد غروی و یاسر مازح، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، بیروت، دارالتقلین، ۱۴۱۹ق.
- حجاوی، موسی بن احمد، الاقناع فی فقه الامام احمد بن حنبل، بیروت، دارالمعرفه، بی تا.
- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
- حسینی سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، قم، دفتر حضرت آیت الله سیستانی، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
- همو، منهاج الصالحین، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، بی تا.
- همو، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۲۱ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه (المکاسب)، بی جا، بی تا.
- همو، موسوعه الإمام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۱۸ق.
- زحیلی، وهبه، موسوعه الفقه الاسلامی و التضايا المعاصره، دمشق، دارالفکر، ۱۴۳۱ق.
- طباطبایی قمی، سید تقی، مبانی منهاج الصالحین، قم، منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.
- عاصمی، عبدالرحمن بن محمد، حاشیه الروض المربع شرح زاد المستقنع، بی جا، بی تا، ۱۳۹۷ق.
- عمرانی، یحیی بن سالم، البیان فی مذهب الامام الشافعی، جدہ، دارالمنهاج، ۱۴۲۱ق.

- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ق.
- مصطفوی، سید مصطفی، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، *فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق علیه السلام*، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۳ش.
- مقدسی، عبدالرحمن بن محمد، *الشرح الکبیر علی متن المقنع*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.
- منہاجی، محمد بن احمد، *جواهر العقود و معین القضاء و الموقوعین و الشهود*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، «شرط ترک ازدواج مجدد زوج در ضمن نکاح»، *مجله قضایی و حقوقی دادگستری*، شماره ۱۱، ۱۳۷۳ش.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسن، *القواعد الفقہیہ*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
- نائینی، میرزا محمدحسین، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- وحید خراسانی، حسین، *منہاج الصالحین*، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ق.