

آثار شروط ضمن عقد نکاح

تاریخ دریافت: ۹۲/۱۲/۱۵

تاریخ تأیید: ۹۳/۴/۸

ابوالقاسم علیدوست

مدرس خارج فقه و اصول و دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی - www.A-alidoost.ir

مهدی سنجرانی

عضو هیئت علمی مرکز تحقیقات زن و خانواده - mahdisanjarani@gmail.com

چکیده

این مقاله به بررسی آثار شرعی شروط ضمن عقد نکاح می‌پردازد. با بررسی ادله بیان‌شده در مسئله مذکور، به این نتیجه می‌رسیم که وفای به شرط فعل ضمن عقد نکاح وجوب شرعی دارد و می‌توان مشروط علیه را مجبور به وفا نمود. البته در صورت تخلف از شرط در خصوص عقد نکاح، خیار فسخ ثابت نمی‌شود؛ هر چند در صورت تعدر شرط در این عقد، خیار فسخ برای مشروط له ثابت می‌گردد. در مورد افعالی هم که حصول آنها نیازمند امضای شرعی است و ترک آنها در عقد شرط می‌شود، این نتیجه به دست می‌آید که تخلف از شرط در آنها ممکن است و انجام خلاف شرط هر چند حرام است، اثر وضعی دارد.

واژگان کلیدی:

شروط ضمن عقد نکاح، تخلف شرط در نکاح، تعدر شرط در نکاح.

۱. بیان مسئله

در باب شروط ضمن عقد نکاح، معمولاً بر کمیت و کیفیت این شروط در هنگام عقد تمرکز می‌شود و آثار شرعی و ضمانت اجرای شروطی که در هنگام عقد مورد توافق قرار گرفته کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد؛ لذا پژوهش‌های علمی و نگاه‌های اجتماعی، چندان به این بخش معطوف نبوده‌اند؛ در حالی که تبیین دقیق آثار شروط ضمن عقد از منظر علمی و توجه بیشتر به این شروط در بُعد اجتماعی می‌تواند بخشی از مشکلاتی را که زوجین در تنظیم روابط و خصومت احتمالی با آن مواجه می‌شوند، مرتفع سازد. از این رو، ضرورت دارد پژوهش‌های بیشتری در خصوص حقوق و تکالیفی که پس از پذیرش و امضای شروط ضمن عقد نکاح متوجه زوجین می‌شود، انجام گیرد. بر این اساس، در این مقاله کوشیده‌ایم که به بررسی حقوق و تکالیف شرعی و قانونی زوج و زوجه در قبال شروط صحیحی پردازیم که آنها را در ضمن عقد نکاح بر ذمه خود پذیرفته‌اند.

بدین منظور، نخست به عنوان مقدمه، محل نزاع را با بیان انواع شرط ضمن عقد روشن می‌کنیم؛ سپس، با ورود به اصل بحث، بررسی می‌کنیم که آیا شرط ضمن عقد نکاح مستلزم وجوب تکلیفی برای مشروط علیه است و وی در صورت تخلف از شرط، مرتکب خلاف شرع شده است؛ یا این که شرعاً هیچ التزامی بر عهده وی نیست و تنها در صورت تخلف از شرط برای طرف مقابل حق خیار ایجاد می‌شود. در مرحله بعد، به این سؤال پاسخ می‌دهیم که در صورت تخلف مشروط علیه از شرط، آیا حاکم شرع یا مشروط له می‌تواند وی را مجبور به وفای به شرط کند؛ همچنین، آیا در صورت امتناع مشروط علیه از وفای به شرط، برای مشروط له خیار فسخ یا نوع دیگری از خیار ثابت می‌شود. پس از پاسخ به این سؤالات، بررسی می‌کنیم که آیا پذیرفتن شرط ضمن عقد نکاح، منجر به سلب قدرت شرعی مشروط علیه نسبت به افعال مخالف با شرط می‌شود یا خیر^۱. در پایان نیز به پژوهش درباره حکم تعدّر وفای به شرط می‌پردازیم.

۲. انواع شروط ضمن عقد نکاح

همان گونه که بیان شد، برای تبیین محل نزاع لازم است که در ابتدا اشاره‌ای به انواع شروط ضمن عقد نکاح داشته باشیم و احکام کلی هر کدام را بررسی کنیم. فقها، شروط ضمن عقد را به لحاظ متعلق به «شرط وصف»، «شرط نتیجه» و «شرط فعل» تقسیم کرده‌اند (انصاری ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۶: ۵۹؛ جنوردی ۱۴۱۹هـ.ق، ج ۳: ۲۹۳). «شرط وصف» عبارت

است از شرط وجود صفت و خصوصیتی در یکی از اطراف معامله یا لوازم آن. «شرط نتیجه» که به آن «شرط غایت» نیز می‌گویند، بدین معناست که در عقد شرط شود که نتیجه عقد یا ایقاع مشخص دیگری به سبب همان عقد اصلی حاصل شود؛ مثل شرط وکالت زوجه در طلاق به مجرد وقوع عقد نکاح. «شرط فعل» نیز عبارت است از اشتراط انجام یا ترک فعلی خاص توسط یکی از زوجین؛ مانند شرط پرداخت مالی خاص توسط زوج به زوجه یا شخص ثالث. در ادامه به بیان احکام کلی هر کدام از شروط مذکور می‌پردازیم.

۲-۱. شرط وصف

«شرط وصف» از حیث متعلق به دو دسته «شرط وصف در متعلق کلی» و «شرط وصف در متعلق جزئی» تقسیم می‌شود. در «شرط وصف در متعلق کلی»^۲ الزام مشروط علیه به تهیه شیء واجد وصف شرط شده ممکن است و زوج یا زوجه به اقتضای عقد و شرط، باید آنچه خواسته شده را با تمام خصوصیات و اوصاف فراهم کرده و تسلیم طرف شرط کنند. بدیهی است خیار تخلف شرط در این نوع از شروط وصف معنا ندارد، زیرا در صورتی که متعلق شرط با همان اوصاف مذکور در شرط، تسلیم مشروط له نشود، وفای به شرط هنوز صورت نگرفته و تخلف شرط از حیث عدم تسلیم متعلق مطرح می‌شود، نه از حیث اوصاف مشروط.

در مقابل شرط فوق، «شرط وصف در متعلق جزئی» قرار دارد.^۳ اثر این دسته از شروط وصف، در صورت تخلف از آن، فقط حصول خیار فسخ برای مشروط له است (خمینی بی تا، ج. ۲: ۲۹۶ و ۳۰۲؛ حلی ۱۴۱۳ هـ.ق، ج. ۳: ۷۱)؛ چرا که الزام و التزام فعلی در چنین شروطی معنا ندارد و متعلق شرط، یا وصف خواسته شده را دارد که در این صورت عقد و شرط، صحیح و الزام آور است و یا ندارد که خیار تخلف شرط حاصل می‌شود. در واقع، از آنجا که متعلق شرط شیء معینی است، تسلیم شیء دیگری که اوصاف خواسته شده را داشته باشد، بی فایده است و تحصیل چنین شرطی هم مفید نخواهد بود، زیرا شرط به نحو وصف جعل شده است، نه شرط فعل.^۴

البته حکم خیار فسخ در خصوص عقد نکاح دائم به خصوصیات زوجین اختصاص دارد، اما شرط وصف در مهریه مشخص جزئی که فاقد آن وصف باشد، فقط می‌تواند منجر به فسخ مهریه و رجوع به مهرالمثل شود و جواز فسخ اصل عقد را در پی ندارد؛ چون تعیین مهریه از ارکان عقد دائم نیست و بطلان آن منجر به فسخ عقد نمی‌شود. به قیاس اولویت، در صورت تخلف شرط در اوصاف مهریه نیز، خیار فسخ در اصل نکاح ثابت نمی‌شود.

۲-۲. شرط نتیجه

در مورد «شرط نتیجه» این مسئله مطرح است که آیا هر شرطی که معیارهای عمومی صحت شرط را داشته باشد، می‌تواند به شکل شرط نتیجه جعل شود یا خیر. فقها این نوع شرط را به سه دسته تقسیم کرده‌اند؛ دسته اول، غایاتی مانند «وکالت» و «وصایت» است که حصول آنها نیازمند سبب شرعی یا عرفی خاصی نیست. ایشان حکم به صحت چنین شروطی نموده‌اند. در این نوع شروط، مفاد شرط به مجرد ایجاب و قبول و بدون نیاز به عقد یا ایقاع خاصی، حاصل می‌شود؛ در نتیجه، مباحث مربوط به وفای به آن، از جمله حکم تکلیفی، الزام، ثبوت خیار و...، در این دسته از شروط مطرح نیست. دسته دوم، غایاتی است که حصول آنها نیازمند اسباب خاصی است؛ مانند طلاق، زوجیت و عتق. اشتراط این دسته از غایات به نحو شرط نتیجه، مخالف شرع بوده و باطل است؛ زیرا آنچه در متن عقد شرط می‌شود، وقوع این غایات فقط به سبب عقد و بدون اسباب شرعی آنهاست. چون شرع، وقوع آنها بدون اسباب شرعی خاص را امضاء نکرده است. دسته سوم، غایاتی است که نمی‌دانیم نیازمند دلیل خاص شرعی هستند یا خیر؛ مثل این که زوجه در ضمن عقد نکاح شرط کند که مال خاصی، غیر از مهریه، از اموال زوج به ملک وی انتقال یابد.^۵

درباره صحت این دسته از شروط دو وجه مطرح است که یکی، صحت آن را تأیید می‌کند و دیگری نافی صحت آن است. دلیل وجه نخست تمسک به اصالت عدم است؛ زیرا نمی‌دانیم که این غایات به غیر از طرق خاص شرعی خود واقع می‌شوند یا خیر که در این صورت، به عدم تحقق آنها در صورت انشاء به غیر طرق و اسباب خاص شرعی، حکم می‌کنیم. از طرف دیگر، عموم «المؤمنون عند شروطهم» شامل این شروط نمی‌شود، زیرا فعل نیستند تا لزوم وفای به آنها معنا داشته باشد. در مقابل، برای صحت این دسته از شروط دو دلیل بیان شده است: دلیل نخست، آن است که عموم «المؤمنون عند شروطهم» منحصر در وفای فعلی نیست؛ بلکه آثار شرعی را هم در پی دارد؛ همان‌گونه که اصل عقود چنین هستند؛ مثلاً در بیع یک زمین، ممکن است نیازمند فعل خاصی نباشیم، ولی اثر شرعی آن انتقال شرعی ملک به مشتری و حصول مالکیت جدید برای وی است. همین امر در شروط ضمن عقد هم جاری است؛ لذا آثار شرعی مترتب بر اشتراط غایات مورد بحث، تحت عموم دلیل مذکور می‌گنجد و برای حصول شان می‌توان به آن تمسک جست. (انصاری ۱۴۱۵هـ.ق، ج. ۶: ۶۰).

دلیل دوم، روایت «أوفوا بالعقود» است که دلالت بر لزوم وفای به عقد دارد و این لزوم شامل کلیت عقد می‌شود که همه اجزاء عقد را در برمی‌گیرد. از طرفی، شرط ضمن عقد از اجزاء عقد است؛ بنابراین، دلیل مذکور برای اثبات صحت چنین شرطی و لزوم وفای به آن کافی است (همان).

۲-۳. شرط فعل

بدیهی است که الزام و التزام در شروط فعل، که شرط انجام یا ترک فعلی توسط یکی از زوجین است، راه دارد و سؤال‌های پنج‌گانه‌ای که در این مقاله مطرح می‌شود، بیشتر متوجه این بخش از شروط است.

با ملاحظه آنچه گذشت، مشخص شد که «شرط وصف در متعلق کلی» و «شرط فعل» قابلیت پی‌گیری از جهت وفای به شرط را دارند و در مورد آنها می‌توان بحث نمود، اما «شرط وصف در متعلق جزئی» و همچنین «شرط غایت» چنین خصوصیتی ندارند و صرفاً می‌توان درباره حکم خیار فسخ در آنها سخن گفت. همچنین، خیار تعدد شرط عمدتاً به «شرط فعل» و «شرط وصف در متعلق کلی» مرتبط می‌شود. با این توضیح، به بررسی سؤالات اصلی این پژوهش می‌پردازیم.

۳. وجوب تکلیفی وفای به شرط ضمن عقد نکاح

در باب وجوب تکلیفی وفای به شروط صحیح، دو نظریه «عدم وجوب تکلیفی» و «وجوب تکلیفی» مطرح است. بر اساس نظریه «عدم وجوب تکلیفی»، تنها فایده شروط، تزلزل و در معرض زوال قرار گرفتن عقد است و مشروط علیه هیچ وظیفه شرعی در زمینه وفای به شرط ندارد. ظاهراً شهید اول و فاضل مقداد تنها کسانی هستند که معتقد به عدم وجوب تکلیفی وفاء به شروط هستند (عاملی، محمد. ۱۴۱۰هـ.ق، ۱۲۰؛ فاضل مقداد ۱۴۰۴هـ.ق، ج. ۲: ۷۱). البته شهید ثانی در جایی از کتاب الروضة البهية به جماعتی اشاره می‌کند که چنین نظری دارند، ولی هیچ نامی از آنها نمی‌برد (عاملی، زین‌الدین. ۱۴۱۰هـ.ق، ج. ۴: ۷۸). صاحب جواهر با اشاره به این که غیر از شهید اول قائلی برای این نظر نیافته، به عبارتی از شیخ طوسی در مبسوط اشاره می‌کند که از این نظریه با «قیل» یاد کرده است. وی با استناد به عبارتی از سرائر، بیان می‌دارد که منظور از مخالف مشهور در عبارت شیخ طوسی، شافعی است و در بین امامیه مخالفی غیر از شهید اول یافت نشده است (نجفی ۱۳۶۲، ج. ۲۵: ۱۶۵). بنابراین، ممکن است منظور شهید ثانی از عبارت «جماعت» در کتاب الروضة البهية یا اشاره به فقهای عامه باشد و یا برخی فقهای امامیه مثل «فاضل مقداد».

همچنین، مرحوم نراقی در مستند الشیعه به نقل از شارح مفاتیح الشرائع این نظر را به مشهور نسبت داده است (نراقی ۱۴۱۵ هـ.ق، ج. ۱۴: ۴۰۹)؛ در حالی که عبارت آل عصفور بحرانی چنین نسبتی را نمی‌رساند. متن عبارت ایشان چنین است:

و هذه الأخبار إنما تفي بوجود القيام بالشرط لا ترتب الخيار على عدم الوفاء به إلتا إذا شرط الفسخ عند الإخلال به لكن المشهور أثبتوا الخيار بالفسخ بمجرد الإخلال بالشرط سيمّا إذا لم يمكن جبره عليه (آل عصفور بحرانی، بی تا، ج. ۱۱: ۴۰۹).

مقصود ایشان از این که مشهور در صورت عدم وفای به شرط، قائل به ثبوت خیار شده‌اند، عدم وجوب تکلیفی آن نیست. در عبارت وی قرائنی قوی بر این ادعا وجود دارد؛ از جمله این که ایشان استدراک به «لکن» را در مقابل «أنما» می‌آورند؛ بنابراین، جمله بعد از آن، حصر جمله سابق را می‌شکند، نه حکم ثابت شده در آن را. علاوه بر این، عبارت «سیمّا إذا لم يمكن جبره عليه» تصریح دارد که فقها برای وفای به شرط وجوب تکلیفی قائلند؛ و گرنه اجبار مشروط علیه به وفا معنایی نداشت.

به هر حال، شهید اول تنها فایده شروط را تزلزل و در معرض زوال قرار گرفتن عقد می‌داند. برخی شارحان کتاب لمعه در دفاع از نظریه ایشان «اصالت عدم وجوب» تمسک جسته‌اند (عاملی، زین الدین. ۱۴۱۰ هـ.ق، ج. ۳: ۵۰۶؛ کاشف الغطاء ۱۴۲۲ هـ.ق، ۲۵۲) که بر اساس آن، چون در وجوب وفای به شرط شک داریم، اصل برائت یا همان اصالت عدم وجوب جاری می‌شود. با توجه به ادله‌ای که برای نظر دوم مطرح خواهد شد، این دلیل بی‌اساس می‌شود، زیرا مجرای اصل عملی، شک است و با وجود دلیلی برخلاف آن، شکی در حکم باقی نمی‌ماند و اصل موضوعیت نخواهد داشت؛ مگر این که شهید اول استدلال‌های مطرح شده در تمسک به ادله را قبول نداشته باشد که در ادامه خواهیم گفت که چنین نیست.

نظریه دوم، وجوب تکلیفی وفای به شرط ضمن عقد است. مشهور فقها مدافع این نظریه‌اند و حتی در این باب ادعای اجماع نیز شده است (حلی بی تا، ج. ۱۰: ۲۶۴؛ حلبی ۱۴۱۷ هـ.ق، ۲۱۵).^۶ البته به نظر مشهور فقها، فایده چنین اجماعی فقط تأیید حکم است و نمی‌تواند دلیل بر حکم باشد؛ زیرا این اجماع، حتی اگر محصل هم باشد، به دلیل تمسک قاطبه فقها به آیات و روایات موجود، مدرکی است و اجماع مدرکی، از آن جهت که اجماع است، حجیت ندارد. به هر حال، باید سراغ سایر ادله‌ای برویم که برای این نظریه ذکر شده‌اند. برای این نظریه نیز سه دلیل اقامه شده است که به نقد و بررسی آنها می‌پردازیم.

دلیل نخست، تمسک به عموم «المؤمنون عند شروطهم» است. گزاره‌های شرعی، حتی اگر در قالب جمله خبری باشند، ظهور در این دارند که در مقام جعل حکم شرعی هستند. این جعل غالباً طلب وقوع یا ترک فعلی را در قالب‌هایی چون جمله اسمیه، فعل ماضی یا مضارع انشاء می‌کند. بنابراین، معنای صریح گزاره‌هایی چون «المؤمنون عند شروطهم» این است که «المؤمنون یجب علیهم الثبوت و الاستقرار عند التزاماتهم»^۷ که به معنی وجوب عمل بر طبق التزامات‌شان است (بجنوردی ۱۴۱۹هـ.ق، ج. ۳: ۳۰۰). مؤید این برداشت از روایت، استناد به آن در برخی روایات اهل بیت علیهم‌السلام برای اثبات وجوب وفای به شرط است (طوسی ۱۳۹۰، ج. ۳: ۲۳۲؛ ۱۴۰۷هـ.ق، ج. ۷: ۴۶۷).

دلیل دوم برای نظریه دوم، استناد به عبارت «إلا من عصی الله» در ادامه روایت «المؤمنون عند شروطهم» است. برخی از فقها (عاملی ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۳: ۲۷۴؛ ۱۴۱۰هـ.ق، ج. ۳: ۵۰۶؛ نراقی ۱۴۱۷ق: ۱۳۲) عبارت «إلا من عصی الله» را به عنوان ادامه روایت مذکور آورده‌اند. این عبارت با یک توضیح قابلیت دلالت صریح بر وجوب تکلیفی را دارد. توضیح این که اگر عبارت فوق استثنا از مشروط علیه باشد، معنای روایت چنین می‌شود: «هر مشروط‌علیهی بر التزامات خود ثابت است، مگر کسانی که خداوند را معصیت می‌کنند؛ بنابراین، برای پرهیز از معصیت، عمل به شرط واجب تکلیفی می‌شود» (انصاری ۱۴۱۵هـ.ق، ج. ۶: ۶۲).

به این استدلال اشکالات متعددی وارد است که مهم‌ترین آنها دو اشکال است؛ نخست این که این عبارت در هیچ کدام از منابع روایی شیعه نیامده است. در روایات اهل سنت هم نزدیک‌ترین تعبیر، «ما لم یُعصَ الله» (ابن ابی شیبّه ۱۴۰۹هـ.ق، ج. ۴: ۴۵۰) است که به معنای «ألا ما حرّم حلالاً أو احلّ حراماً» می‌باشد؛ بنابراین، ممکن است عبارتی که به دست ناقلین آن رسیده است، در هنگام نگارش حدیث مذکور به سهو تغییر یافته باشد. اشکال دوم این است که استثنای مذکور می‌تواند از شارط (مشروط له) یا اعم از او باشد. در این صورت، نمی‌توان وجوب عمل به شرط را برای مشروط علیه ثابت کرد. دست کم، روایت از این جهت مجمل می‌شود.

دلیل سوم مدافعین نظریه وجوب شرعی وفای به شرط ضمن عقد، آیه شریفه «أوفوا بالعقود» (مائده، ۱) است. عموم آیه «أوفوا بالعقود» دلالت بر وجوب وفای به عقود دارد که این وجوب به تمام جزئیات و ارکان عقد تسری می‌یابد. از طرفی، شرط صحیحی که در ضمن عقد واقع می‌شود در حکم جزء و رکن عقد است؛ بنابراین، دلیل مذکور شامل

شروط هم می‌شود (انصاری ۱۴۱۵هـ.ق، ج. ۶: ۶۲).

اگرچه این ادله در ضمن مباحث مربوط به عقود مالی، مثل بیع و رهن و ... آمده است، ولی با توجه به عمومیت ادله و این که عقد نکاح از این حیث تفاوتی با عقود مالی ندارد و واجد خصوصیتی هم نیست که منجر به تفاوت حکم در این عقد شود، می‌توان گفت که شروط ضمن عقد نکاح نیز مشمول این ادله‌اند و برای مشروط علیه وجوب شرعی می‌آورند.

۴. اجبار مشروط علیه به وفای به شرط

سؤال دیگری که درباره شروط صحیح ضمن عقد نکاح مطرح می‌شود این است که «در صورت تخلف مشروط علیه از وفای به شرط، آیا مشروط له می‌تواند او را مجبور به وفای به شرط کند؟».

بدیهی است، طبق نظر کسانی که وفای به شرط را واجب شرعی نمی‌دانند، این سؤال جایی نخواهد داشت، چون در صورت عدم الزام شرعی، وجهی برای اجبار باقی نمی‌ماند و نهایت امر این است که در صورت تخلف مشروط علیه از وفای به شرط، عقد متزلزل شده و مشروط له حق فسخ پیدا می‌کند. در نتیجه، نمی‌توان قائلین به عدم وجوب شرعی را، که طبق مبنا حق اجبار مشروط علیه را نمی‌پذیرند، در زمره پاسخ‌دهندگان به این سؤال قرار داد.

به هر حال در این مسئله هم دو دیدگاه مطرح است که یکی حق اجبار را برای طرف شرط می‌پذیرد و دیگری، آن را نفی می‌کند. بر اساس نظریه نخست، مشروط له حق اجبار مشروط علیه را دارد؛ مشهور فقها این نظر را پذیرفته‌اند و حتی در این خصوص، ادعای اجماع هم شده است (ابن ادریس ۱۴۱۰هـ.ق، ج. ۲: ۳۲۶؛ نراقی ۱۴۱۷هـ.ق: ۱۳۶). برای این نظریه سه دلیل بیان شده است؛ دلیل نخست، آن است که شرط حق مشروط له است و هر حقی قابل مطالبه می‌باشد؛ لذا مشروط له می‌تواند مشروط علیه را مجبور به استیفای آن نماید؛ به عبارت دیگر، همان‌گونه که در معاملات مالی، مثل بیع، مشتری به اقتضای عقد، مالک مبیع شده و بر بایع واجب است که آن را تسلیم مشتری کند، در شروط هم مشروط له به اقتضای عقد مقرون به شرط مالک شرط می‌شود؛ لذا همان‌گونه که در بیع می‌تواند به استناد به حقیش بایع را مجبور به تسلیم مبیع نماید، در شرط هم می‌تواند مشروط علیه را مجبور به وفا نماید (انصاری ۱۴۱۵هـ.ق، ج. ۶: ۷۰؛ سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۱۷: ۲۲۶).

برخی به این دلیل اشکال کرده‌اند که مشروط له اگرچه مستحق شرط (ملتزم به) است، ولی نمی‌تواند مشروط علیه را مجبور کند، چون در خصوص شروط ضمن عقد می‌تواند

اقدام به فسخ نماید. از طرفی، اصل عدم جواز اجبار است (کرکی ۱۴۱۴هـ.ق، ج. ۴: ۴۲۲). جواب این اشکال واضح است؛ چون استیفای حق، حقی دیگر است و نمی‌توان صاحب حق را به ازاله موضوع آن محکوم کرد؛ از طرف دیگر، چه بسا مصلحت مشروط له بقای عقد و شرط باشد و در فسخ ضررهایی به وی برسد. نتیجه این که ثبوت حق اجبار برای وی مسلم است.

دلیل دوم برای نظریه فوق، «اجماع» است. صاحب سرائر در این مسئله ادعای اجماع کرده است (ابن ادریس ۱۴۱۰هـ.ق، ج. ۲: ۳۲۶). اگرچه به زودی خواهیم گفت که معلوم نیست مخالفی برای این نظریه وجود داشته باشد، ولی بنا بر اندیشه مشهور فقها، حجیت چنین اجماعی ثابت نیست، چون این اجماع یا مدرکی و یا دست کم محتمل المدرکی است و چنین اجماعاتی حجیت ندارند.

سومین و آخرین دلیل برای نظریه نخست، دلیل «امر به معروف» است. از آنجا که وفای به شرط بر مشروط علیه واجب است، مشروط علیه از باب امر به معروف می‌تواند وی را مجبور به وفا نماید (نراقی ۱۴۱۷هـ.ق: ۴۱۱؛ سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۱۷: ۲۲۷). این دلیل نیز اشکال دارد، زیرا قائلین به این نظریه، اجبار را فقط حق مشروط له می‌دانند؛ در حالی که اگر وی از باب امر به معروف چنین حقی داشت، اولاً در حق سایر مکلفان نیز جاری بود؛ ثانیاً چنین اجباری اصلاً حق نبود، بلکه حکمی شرعی و غیر قابل اسقاط بود؛ در حالی که هیچ کدام از قائلین به این نظریه، اعتقاد به وجوب اجبار از طرف مشروط له ندارند.

نظریه دوم، عدم حق اجبار مشروط علیه به وفای به شرط است. در مقابل مشهور، شهید اول در دروس (۱۴۱۷هـ.ق، ج. ۳: ۲۱۴)، علامه حلی در تحریر (۱۴۲۰هـ.ق، ج. ۱: ۱۸۰) و شیخ طوسی در مبسوط (۱۳۸۷، ج. ۲: ۱۵۱) عباراتی دارند که در نگاه اول، در عدم اعتقادشان به استحقاق اجبار ظهور دارد، ولی در عبارات آنان نکاتی وجود دارد که این ظهور را می‌شکند. درباره شهید اول در مسئله قبل گفتیم که ایشان وفای به شرط را واجب نمی‌دانند؛ از این رو، همان‌طور که در ابتدای این سؤال مطرح کردیم، اعتقاد ایشان به حکم عدم اجبار، مستند به این نظریه است. برای بررسی بهتر ضروری است که متن عبارت ایشان را بررسی کنیم:

يجوز اشتراط سائغ في عقد البيع، فيلزم الشرط في طرف المشتري عليه، فإن أخل به فللمشترط الفسخ. و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر (عاملی ۱۴۱۷هـ.ق، ج. ۳: ۲۱۴).

اگرچه لفظ «یلزم» ظهور ابتدایی در وجوب دارد، ولی می‌تواند به معنای «لزوم» در مقابل «تزلزل» و «جواز» باشد؛ به این معنا که مشروط له حق فسخ عقد و شرط را ندارد. همچنین، می‌تواند به معنای لزوم در صورت اراده بقای عقد باشد؛ یعنی اگر مشروط علیه می‌خواهد بر اصل عقد باقی بماند و ضمانتی بر آن داشته باشد، «باید» به شرط وفا کند. شاهد دیگر در عبارت ایشان آن است که بلافاصله بعد از تخلف شرط (فإن اخلّ به) خیار فسخ را مطرح می‌کند و این مؤیدی بر مبنای ایشان در لمعه است که تنها فایده شرط، تزلزل عقد و ثبوت خیار در جانب مشروط له است. از همه اینها گذشته، وی در اینجا تصریح به پذیرش این رأی ندارد و صرفاً تردّد می‌کند.

اما علامه و شیخ طوسی این بحث را در مسئله‌ای مطرح می‌کنند که احتمال خصوصیت در آن وجود دارد. مسئله این است که اگر بایع عبد، هنگام بیع شرط کرد که مشتری او را آزاد کند، چنین شرطی صحیح است، اما اگر مشتری تخلف کرد، معلوم نیست که بایع همانند دیگر شروط ضمن عقد، حق اجبار وی را داشته باشد. ممکن است بایع فقط حق فسخ (خیار تخلف شرط) داشته باشد؛ چون یکی از مبانی اثبات حق اجبار، استیفای حق است؛ یعنی، چون مشروط له نسبت به شرط ذی حق بود، شرعاً می‌توانست این حق را مطالبه کند و مطالبه حق شرط، در فرض این مسئله، به اجبار مشروط علیه بر استیفای آن است. ولی در این مورد خاص ممکن است بگوییم که بایع حقی جز جواز فسخ ندارد، زیرا عتق، حق بایع نیست، بلکه حق عبد یا حق الله است. بنابراین، تعمیم حکم عدم اجبار از این مسئله به همه شروط ضمن عقد و نسبت دادن آن به شیخ طوسی و علامه خطاست. نتیجه این که نمی‌توان به شهید اول، شیخ طوسی و علامه حلی این نظریه را نسبت داد و با این توضیح، قائلی جدی برای این نظریه پیدا نمی‌شود و طبیعی است که دلیلی هم برای آن موجود نیست که نیاز به نقد و بررسی داشته باشد.

۵. خیار فسخ

سؤال سوم آن است که «آیا در صورت تخلف یا تعذر شرط، برای مشروط له خیار فسخ ثابت می‌شود؟». در این مسئله در عموم عقود چهار نظر مطرح است:

۱. در صورت تخلف، مشروط له فقط حق اجبار مشروط علیه به وفای به شرط را دارد و حق فسخ ندارد، مگر در صورتی که مشروط علیه راضی به فسخ باشد. اما در صورت تعذر شرط، حق فسخ برای مشروط له ثابت است.

۲. در صورت تخلف، مشروط له هم می‌تواند عقد را فسخ کند و هم می‌تواند مشروط علیه را مجبور به وفا نماید. بنابراین، در صورت تعدّر، به طریق اولی می‌تواند فسخ کند.

۳. در صورت تخلف، مشروط له فقط می‌تواند فسخ کند و حق اجبار ندارد؛ بنابراین در صورت تعدّر، به طریق اولی می‌تواند فسخ کند.

۴. در صورت تخلف، مشروط له فقط می‌تواند اجبار کند؛ اما در صورت عدم امکان اجبار، می‌تواند فسخ کند.

با توجه به اشتراک ادله‌ای که بین اقوال چهارگانه است، به نظر منطقی‌تر می‌رسد که ادله را در دو گروه کلی بررسی کنیم: کسانی که حق فسخ را پذیرفته‌اند و مخالفین آنها. به طور کلی، کسانی که حق فسخ را پذیرفته‌اند، به دو دلیل «اصالت لزوم در عقود» و «مقتضای عقد لازم مشروط» تمسک جسته‌اند. بر اساس دلیل نخست، اصل در عقود، لزوم است. توضیح این‌که، شک در حق فسخ به این باز می‌گردد که آیا عقد مقرون به شرط، به نحو لزوم ایجاد شده است یا به نحو جواز. ظاهر این است که عقد مذکور به نحو لزوم واقع شده است و در آن خیار برای فسخ اختیار نکرده‌اند؛ دست کم دلیلی بر جواز بودن آن نداریم؛ لذا با استناد به اصالت لزوم، حکم به عدم امکان فسخ عقد می‌کنیم (نراقی ۱۴۱۷هـ.ق، ۱۳۷).

برخی درباره این دلیل مناقشه کرده‌اند که چنین عقدی اگرچه در هنگام وقوع به نحو لزوم انجام شده است، ولی منافاتی ندارد که بعداً لزوم آن از بین برود و جایز شود. همین اتفاق در برخی خیارات مانند «خيار شرط منفصل»، «خيار تأخیر»، «خيار ما یتسارع الیه الفساد»، «خيار شرکت» و... نیز می‌افتد. در این موارد، اگرچه عقد هنگام ایراد به نحو لزوم بوده است، اما به دلیل حصول سبب خیار در آینده، پس از لزوم، جایز می‌شود. در این مسئله هم، اگرچه عقد از ابتدا لازم واقع شده، ولی به محض تخلف مشروط علیه از وفای به شرط، عقلاً لوازمی از جمله متزلزل و جایز شدن عقد را بر آن بار می‌کنند؛ بنابراین، حق فسخ جاری می‌شود (سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۱۷: ۲۲۷-۲۲۹).

بر اساس دلیل دوم، مقتضای عقد مشروط، عمل بر طبق شرط و التزامات انجام شده در ضمن آن است؛ بنابراین، مشروط له فقط می‌تواند مشروط علیه را مجبور به عمل به آن نماید یا به حاکم شکایت کند؛ لذا دلیلی برای داشتن خیار فسخ وجود ندارد (انصاری ۱۴۱۵هـ.ق، ج. ۶: ۷۱). اشکال این استدلال آن است که محتوای عقود «التزام عند الالتزام» است؛ از این رو، در جایی که طرف مقابل به التزامات عقد پای‌بند نباشد، التزام از طرف

دیگر مخدوش می‌شود. در این صورت، وی مختار بین التزام به عقد و اجبار مشروط علیه یا فسخ عقد است (بجنوردی ۱۴۱۹هـ.ق، ج.۳: ۳۰۳).

همچنین، می‌توان گفت که در اینجا باید مصالح مشروط له را لحاظ کنیم تا از وارد آمدن ضرر بر وی جلوگیری شود. گاهی مصلحت وی در این است که مشروط علیه را مجبور به وفای به شرط کند و گاهی هم در این است که اصل عقد را منحل نماید؛ به خصوص در جایی که مراجعه به حاکم و ارائه دعوی، متعسر یا متعذر باشد. از این لحاظ، تحقق موضوع ضرر منجر به نفی حکم لزوم می‌شود که نتیجه‌اش امکان فسخ عقد خواهد بود.^۱ به هر حال، منعی ندارد که از طرفی حق اجبار برای مشروط له ثابت باشد و از طرف دیگر، حق فسخ معامله.

در مقابل، کسانی که حق فسخ برای مشروط له را فی الجمله پذیرفته‌اند به پنج دلیل استناد کرده‌اند. دلیل نخست، «اجماع» است. شیخ انصاری عمده دلیل برای اثبات خیار در عقود را اجماع می‌داند (انصاری ۱۴۱۵هـ.ق، ج.۶: ۱۰۱). همچنین، مرحوم نراقی این اجماع را در مستند الشیعه مطرح کرده است. البته ایشان بدون این که اصل آن را رد کند، استناد به چنین اجماعی را مخدوش دانسته است، زیرا اجماع مذکور، منقول است و اجماع منقول حجّت نیست (نراقی ۱۴۱۵هـ.ق، ج.۱۴: ۴۱۱).

دومین دلیل، مربوط به ادله نفی ضرر است. بر اساس این دلیل، اگر مشروط له حق فسخ نداشته باشد، در صورت تخلف شرط متحمل ضرر می‌شود؛ پس برای دفع ضرر از وی، به او حق فسخ معامله داده شود. به این استدلال دو اشکال وارد شده است؛ نخست این که ضرر وقتی حاصل می‌شود که مشروط له راه دیگری برای جبران نداشته باشد؛ در حالی که هم می‌تواند مشروط علیه را اجبار به وفا نماید (ناظر به قول دوم از اقوال چهارگانه)، و هم می‌تواند از راه‌هایی مثل «تقاص» جبران مافات نماید. دوم این که، انتفاء هر شرطی منجر به ضرر نمی‌شود؛ اگرچه بیشتر شروط برای جلب منفعتی برای مشروط له وضع می‌شوند، ولی این گونه نیست که لزوماً تخلف از همه آنها از جانب مشروط علیه، به مشروط له ضرری وارد کند؛ لذا این دلیل اخصّ از مدعاست و نمی‌تواند حق خیار فسخ را به طور کلی ثابت نماید.

سومین دلیل مدافعان نظریه خیار فسخ، روایت «أبوجارود» است. ابتدا لازم است متن روایت و وجه استدلال را بیان کنیم تا بتوانیم استناد به آن را بسنجیم. متن روایت بدین شرح است:

عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ إِنْ بَعْتَ رَجُلًا عَلَى شَرْطٍ فَإِنْ أَتَاكَ بِمَا لَكَ وَإِلَّا فَالْبَيْعُ لَكَ
(طوسی ۱۴۰۷ هـ.ق، ج. ۷: ۲۳؛ حرّ عاملی ۱۴۰۹ هـ.ق، ج. ۱۸: ۱۸).

وجه استدلال به روایت فوق چنین است که درباره معنای واژه «مالک» دو احتمال وجود دارد؛ یکی این که «ما» موصوله باشد و «لک» جار و مجرور که در این صورت، روایت ظهور در این معنا خواهد داشت که اگر مشروط علیه آنچه را که در حق مشروط له ملتزم شده وفا نکند، مشروط له نسبت به اصل بیع مختار است و می تواند آن را فسخ نماید، ولی اگر «مالک» اضافه دو کلمه «مال» و «ک» باشد، یا باید بگوییم منظور از آن همه شروط است و مجازاً در مال مشروط استعمال شده است و یا این که اختصاص به شروط مالی دارد و از راه اجماع مرکب حکم را به شروط غیر مالی سرایت می دهیم (نراقی ۱۴۱۵ هـ.ق، ج ۱۴: ۴۱۱).

اما استدلال فوق مخدوش است. علاوه بر اشکالاتی که بر اجماع مرکب وارد است، به نظر می رسد که در روایت احتمال دیگری هم مطرح باشد؛ چون ممکن است منظور از «مال» مبیع یا ثمن باشد که در این صورت در معنای روایت دو احتمال وجود دارد:

یکی این که اگر طرف معامله، مبیع یا ثمن را در مدت شرط بازگرداند، معامله فسخ می شود، و گرنه بیع برای توسل و صحیح و لازم است. دوم این که اگر وی در مدت شرط، مبیع یا ثمن را به تو پرداخت نمود، معامله صحیح و لازم است، و گرنه خیار فسخ برای تو به وجود می آید. با توجه به این احتمالات، روایت نسبت به اثبات خیار تخلف شرط مُجمَل می شود و قابل استناد نیست.

علاوه بر اینها، در سند روایت «ابوجارود» قرار دارد که درباره او اختلاف نظر است (خوئی ۱۳۷۲، ج. ۸: ۳۳۲) و طبق نظر کسانی که وثاقت وی را پذیرفته اند، روایت ضعیف و غیر قابل تمسک می شود.

دلیل چهارم مدافعین این نظریه، قاعده «المشروط ینتفی یا ننتفاء شرطه» است. مطابق این قاعده، در صورتی که شرط به سبب تخلف منتفی شود، مشروط آن هم منتفی می شود. ولی در اینجا این سؤال مطرح می شود که مشروط در این قاعده چیست. در اینجا دو احتمال درباره مشروط وجود دارد؛ یکی اصل صحت معامله و دوم، لزوم آن. می دانیم که اصل صحت در صورت تخلف شرط، از بین نمی رود، چرا که عقلاً در مقام تخلف مشروط به آن توجهی نمی کنند و صحت را مفروغ عنّه گرفته، و در مقام ملاحظه مشروط و خصوصیات خارج از

مقومات و ارکان عقد صرفاً به لزوم معاملات توجه می‌کنند؛ بنابراین، مشروطی که در اینجا منتفی می‌شود، چیزی جز «لزوم عقد» نیست. در نتیجه با منتفی شدن لزوم، عقد جایز شده، خیار فسخ برای مشروط له ثابت می‌شود (سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۱۷: ۲۲۷).

دلیل پنجم بر نظریه ثبوت حق فسخ در صورت تخلف شرط، آن است که محتوای عقود، «التزام عند الالتزام» است که بر اساس آن، در صورت تخلف یک طرف معامله، التزام در طرف دیگر مخدوش می‌شود؛ بنابراین، مشروط له می‌تواند ملتزم به عقد نشده، آن را فسخ کند؛ همان‌گونه که می‌تواند به عقد پای‌بند بماند و مشروط علیه را مجبور به وفای به شرط نماید؛ به عبارت دیگر، موضوع حق خیار، تخلف مشروط علیه از شرط است، نه تخلف به قید عدم امکان اجبار (بجنوردی ۱۴۱۹هـ.ق، ج. ۳: ۳۰۳).

نتیجه بررسی و نقد ادله دو نظریه، پذیرش ثبوت خیار فسخ در عموم عقود است. ولی باید بررسی نمود که آیا عقد نکاح هم از این حکم پیروی می‌کند یا خیر.

۶. خیار تخلف شرط در عقد نکاح

در خصوص عقد نکاح، فقها قائل به عدم جواز فسخ در صورت تخلف شرط فعل شده‌اند (اصفهانی ۱۴۲۲هـ.ق، ۷۵۲؛ خمینی بی‌تا، ج. ۲: ۳۰۲؛ سیستانی بی‌تا، ج. ۳: ۱۰۱؛ حکیم ۱۴۱۵هـ.ق، ج. ۳: ۳۸)؛ اگرچه در صورت تخلف در شرط وصف جایی که تدریس باشد ثبوت خیار فسخ را پذیرفته‌اند. علت این حکم متفاوت درباره عقد نکاح، خصوصیات است که برای این عقد پذیرفته‌اند که مانع از ثبوت خیار فسخ در آن می‌شود. اینک به کاوش در این خصوصیات می‌پردازیم و بر اساس آن نظر فقها را درباره عقد نکاح نقد می‌کنیم:

۶-۱. شائبه عبادت بودن نکاح

به اعتقاد فقها، عقد نکاح شائبه عبادت بودن را دارد؛ از این رو، از برخی احکام دیگر عقود تبعیت نمی‌کند و دست زوجین در آن به طور کامل باز نیست؛ از جمله این که شرط خیار در اصل نکاح راه ندارد. اما در این استدلال ملاحظاتی وجود دارد؛ از طرفی مسلم است که عقد نکاح عبادت نیست و جزء عقود و معاملات محسوب می‌شود؛ لزوم ایجاب و قبول، رضایت طرفین عقد و بسیاری دیگر از احکام عقود، در مورد نکاح نیز جاری است که از این جهت جای شک باقی نمی‌گذارد. از جانب دیگر، یکی از مهم‌ترین معیارهای افعال عبادی، لزوم قصد قربت در صحت این افعال است. این در حالی است که در عقد نکاح قصد قربت شرط نیست؛ پس می‌توان به یقین گفت که عقد نکاح عبادت نیست.^{۱۱}

اما از جهت شائبه عبادت داشتن، این مشکل وجود دارد که معنای آن در کلام فقها چندان روشن نیست. اگر منظور این است که احکام عبادات در عقد نکاح هم جاری است، چنین چیزی صحیح نیست؛ زیرا بیشتر احکام عقد نکاح با احکام سایر معاملات مشترک هستند. اما اگر منظور این است که عقد نکاح به جهت ارتباط با مسائل ناموسی^{۱۱} و نسل و نسب، از اهمیت فوق العاده‌ای برخوردار است و لذا شارع درباره آن حکم به احتیاط کرده و فقها نیز در مقام اجتهاد و فتوا به این احتیاط عمل کرده‌اند، کاملاً صحیح است، ولی این امر نمی‌تواند دلیلی بر عدم ثبوت خیار تخلف شرط در این مورد باشد؛ چرا که اگر امر نکاح تا این حد احتیاط‌پذیر بود، در مواردی مثل عیوب خاصه و تدلیس هم نباید خیار فسخ مجاز باشد؛ در حالی که موارد متعددی از این قبیل را در احکام مرتبط با عقد نکاح می‌توان دید.

۲-۶. لزوم احتیاط در نکاح

بنای عقد نکاح بر احتیاط است؛ از این رو، در آن، برخلاف سایر عقود، اقاله راه ندارد. همچنین، فسخ عقد نکاح فقط در شرایط خاصی ممکن است. احتیاط اقتضا می‌کند که در صورت تخلف شرط نیز حق خیار ثابت نباشد و مشروط له صرفاً حق اجبار مشروط علیه به وفای به شرط را داشته باشد.

در زمینه ارزیابی این استدلال باید بگوییم این که مشهور فقها در عقد نکاح سخت‌گیری و احتیاط پیشه کرده‌اند، امری مسلم است و در کتب فقهی و روایی هم ابوابی تحت این عنوان وجود دارد^{۱۲}، اما احتیاط در نکاح هم مجاری خاص خود را دارد و این گونه نیست که در همه مباحث نکاح، حتی در جایی که قواعد عمومی عقود جاری است، مجبور به احتیاط باشیم. شاهد این ادعا، ثبوت احکام و قواعدی در عقد نکاح است که با احتیاط به شکل مذکور منافات دارد؛ بنابراین، می‌توان با استناد به ادله اثبات خیار تخلف شرط در عموم عقود، این خیار را در عقد نکاح هم ثابت کرد؛ مگر این که دلیل خاصی عقد نکاح را از دیگر عقود متمایز سازد.

۳-۶. معاوضه محض نبودن عقد نکاح

عقد نکاح معاوضه محض نیست و لذا برخی احکام معاملات را ندارد؛ مثلاً نیاز به علم تفصیلی به همه جزئیات معقود علیه ندارد؛ از این رو، شرط در آن جزء ارکان معامله محسوب نمی‌شود؛ همان گونه که مهریه مسمی هم از ارکان عقد دائم نیست و در صورت

فساد یا تخلف از آن، خیار فسخ ثابت نمی‌شود. این در حالی است که در سایر معاملات، شرط و سایر اجزاء مالی جزء ارکان محسوب شده، به موجب تخلف آن، عقد متزلزل شده و خیار فسخ ثابت می‌شود (سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۲۵: ۱۸۵).

این که نکاح معاوضه محض نیست، چه از دلیل خاص به دست بیاید و چه از تجمیع احکام اختلافی آن نسبت به سایر معاملات، دلیل نمی‌شود که در موارد مشکوک نتوانیم به عموم قواعد موجود در معاملات تمسک کنیم؛ مگر این که دلیل خاص به گونه‌ای باشد که شامل این موارد هم بشود. ولی ظاهراً چنین دلیل منقّحی در دست نیست. البته ممکن است منظور از «معاوضه غیر محض» این باشد که عقد نکاح، معامله مالی نیست و اموال و متعلقات اموال در آن رکن و غرض اولی نیستند، بلکه از احکام و عوارض آن می‌باشند. در این صورت، اگر خللی به این گونه امور وارد شود، اصل عقد ثابت و لازم است و برای این خلل باید سراغ قواعد و ادله‌ای خاص رفت.

۴-۶. اجماع

فقها اجماع دارند که خیار تخلف شرط فعل، در عقد نکاح ثابت نیست (سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۲۵: ۱۸۵). این اجماع را می‌توان از آنجا به دست آورد که فقها خیار فسخ را در نکاح به عیوب خاص و تدلیس نسبت به اموری خاص محدود نموده‌اند و خیار فسخ برای هر عیب و تدلیسی را در این عقد نپذیرفته‌اند (نجفی ۱۳۶۲، ج. ۳۰: ۳۶۶). واضح است که چنین اجماعی حتی اگر محصل هم باشد، قابل مناقشه است؛ چه این که فقها حصر فسخ در عیوب و خيارات مذکور را با استناد به ادله‌ای حکم کرده‌اند که در دسترس ماست و می‌توانیم صحت و سقم آنها را واکاوی کنیم. بنابراین، اجماع مذکور، مدرکی است و در قابلیت استناد به آن اختلاف وجود دارد.

۵-۶. انحصار جواز فسخ در لسان روایات

در روایات مختلف جواز فسخ عقد نکاح منحصر به برخی مصادیق «عیب» و «تدلیس» است (صدوق ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۳: ۴۳۲؛ طوسی ۱۴۰۷هـ.ق، ج. ۷: ۴۲۲؛ حرّ عاملی ۱۴۰۹هـ.ق، ج. ۲۱: ۲۰۷). به استناد حصر موجود در این روایات، خیار در غیر موارد منصوص ثابت نیست، چون حصر، حتی اگر به دلالت منطوقی عدم حکم در مستثنا را ثابت نکند، به دلالت مفهومی ثابت می‌کند.

برخی از فقها، مانند مرحوم حکیم، به این استدلال اشکال کرده‌اند که حصر موجود در

این روایات اضافی است، لذا تنها عدم ثبوت خیار فسخ در سایر عیوب و تدلیس‌ها را ثابت می‌کند و توان نفی خیار در صورت تخلف شروط را ندارد (حکیم ۱۴۱۶هـ.ق، ج. ۱۴: ۴۰۵؛ سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۲۴: ۲۳۳). در تأیید این اشکال می‌توان به خیار «تخلف شرط وصف» در فرض تدلیس اشاره نمود. اگر حصر این روایات اضافی نبود، می‌بایست بر نفی خیار فسخ، حتی در صورت تخلف شرط وصف، دلالت داشته باشد؛ در حالی که فقها خیار فسخ در صورت تخلف شرط وصف را در فرض حصول تدلیس، پذیرفته‌اند.

البته می‌توان به استدلال مرحوم حکیم چنین پاسخ داد که اصل در حصر، مطلق بودن آن است و فهم حصر اضافی نیازمند دلیل است؛ در حالی که در اینجا، به خصوص با ملاحظه عدم انحصار اقسام تدلیس در موارد معدود و بالاخص در جانب صفات کمال و نقص، چنین دلیلی وجود ندارد. حتی می‌توان گفت که خیار فسخ در صورت تخلف شرط وصف، به تدلیس در صفات کمال و نقص باز می‌گردد که دلیلی خاص برای آن اقامه شده است؛ بنابراین، موارد قابل فسخ به منصوصات منحصر می‌شود.

۶-۶. اصالت لزوم

در هنگام شک در حصول خیار فسخ، باید به اصالت لزوم در عقود مراجعه کرد. در اینجا نیز شک در ثبوت خیار فسخ، در فرض تخلف شرط در عقد نکاح، مشمول اصالت لزوم در عقود می‌شود که به استناد آن، خیار در این عقد ثابت نیست (سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۲۵: ۱۸۵).

باید دقت کرد که این همان دلیل کلی است که قائلین به عدم جواز فسخ در عموم عقود به آن استدلال کرده بودند که در صورت پذیرش این اصل در آنجا، به طریق اولی در باب نکاح نیز ثابت می‌شود. ولی در آنجا درباره این استدلال اشکالی مطرح شد که در مورد نکاح هم جاری است. نکته قابل تأمل در اینجا آن است که برخی فقها در اصل خیار تخلف شرط در معاملات، چنین استدلالی را نپذیرفته‌اند، ولی در خصوص عقد نکاح، به آن تن داده‌اند؛ با این که در هنگام رد تمسک به اصالت لزوم در آنجا، این اصل را اصلی عقلایی دانسته‌اند و تمسک به آن در مورد تخلف از شرط را نزد عقلا بعید دانسته‌اند. شاید تفاوت احکام عقد نکاح با سایر عقود در برخی موارد و سخت‌گیری‌هایی که درباره آن، به ویژه از جهت احتیاط‌های شارع شده، ایشان را به پذیرفتن اصالت لزوم در این مسئله واداشته است (سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۱۷: ۲۲۹).

در نهایت، با ملاحظه مجموع ادله مذکور در این مسئله، به خصوص ملاحظه روایات

باب عیب و تدلیس در نکاح و حصر موارد فسخ در آن و همچنین، حصول شهرت فتوایی قریب به اتفاق، می توان عدم ثبوت خیار فسخ در صورت تخلف شرط در عقد نکاح را پذیرفت؛ بنابراین، مشروط له در این عقد، تنها می تواند مشروط علیه را مجبور به وفا نماید و قادر به فسخ اصل عقد نیست.

۷. عدم قدرت شرعی نسبت به فعل خلاف شرط

این مسئله در طول مسئله نخست مطرح می شود که از حکم تکلیفی وفای به شرط بحث می کرد. بنابراین، اگر کسی به عدم وجوب شرعی وفای به شرط معتقد باشد، نیازی به پاسخ به این سؤال ندارد. خود این سؤال هم نسبت به همه شروط ضمن عقد عمومیت ندارد، بلکه صرفاً شامل مواردی می شود که در آنها ترک انجام یک فعل شرط شده باشد و آن فعل، برای اثرگذاری و صحت نیازمند اسباب شرعی و عرفی خاصی باشد؛ مثل شرط ترک ازدواج مجدد، ترک فروش ملک خاص و... با این لحاظ، این سؤال مطرح می شود که در این دسته از شروط ترک فعل، آیا اگر مشروط علیه از شرط تخلف کند و فعل مورد نظر را انجام دهد، آن فعل شرعاً واقع می شود یا خیر. در این مسئله سه نظریه مطرح است؛ بر اساس نظریه نخست، مشروط علیه شرعاً قدرت بر انجام فعل مخالف شرط را ندارد، لذا نتیجه آن مطلقاً واقع نمی شود.

دلیل مدافعین این نظریه، قاعده «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» است. وجه استدلال این است که طبق این قاعده، فعلی که شرع اجازه انجام آن را نمی دهد، در اثرگذاری و پذیرش، همانند فعلی است که عقلاً انجام آن محال است. در مورد شرط ترک فعل یا شرط انجام نقیض، چون شرعاً وفای به شرط واجب است، ترک آن یا فعل مخالف آن حرام است و منع شرعی دارد؛ بنابراین، اگر مشروط علیه آن را برخلاف تعهد و التزامی که در شرط پذیرفته، انجام دهد، واقع نشده و اثری هم ندارد. به دیگر سخن، مشروط علیه با پذیرش التزام به شرط، قدرت شرعی بر ترک آن را از خود سلب نموده است؛ در نتیجه، افعالی چون معاملات که در اثرگذاری مشروط به قدرت عقلی و شرعی هستند، واقع نمی شوند؛ مثلاً اگر زوج در ضمن عقد نکاح ملتزم شود که با فلان زن ازدواج کند یا با هیچ زن دیگری ازدواج نکند، چون شرعاً بر وی واجب است که این نکاح خاص را انجام دهد یا هر نکاحی را ترک کند، در صورت اقدام به آن، شرعاً واقع نمی شود.^{۱۳}

نظریه دوم معتقد است فعلی که ترک آن شرط شده باطل است، مگر این که مشروط له به

آن رضایت دهد. بنابراین، اگر زوجه در عقد نکاح یا عقد دیگری شرط کند که زوج ازدواج مجدد نکند و ولی وی اقدام به عقد جدید نماید، عقد جدید باطل است، مگر این که پیش از عقد یا پس از آن، زوجه اول رضایت دهد. مدافع این نظریه «سید محمد سعید حکیم» است (۱۴۱۵هـ.ق، ج. ۳: ۴۱، مسئله ۱۴۹-۱۵۱).

مستند این نظریه ممکن است همان قاعده «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً»، با همان بیانی که در تبیین نظریه نخست گذشت، باشد، ولی در این صورت این فتوا قابل تأمل است. زیرا اگر مستند بطلان منع شرعی معنای حکم باشد، رضایت زوجه نمی تواند آن را تغییر دهد و در بطلان عقد جدید تأثیری ندارد. اما اگر مستند آن، به جهت سلب حق ازدواج زوج و امثال آن از سوی زوجه باشد، از باب حق زوجه است که با رضایت وی قابل برگشت است؛ ولی در این صورت ربطی به حکم شرعی ندارد.

نظریه سوم می گوید که فعل مخالف شرط، مقدر است و واقع می شود. در این صورت، یا مشروط له حق خیار تخلف شرط پیدا می کند یا حکم تعذر شرط جاری می شود.

این نظریه چنین استدلال می کند که التزام به شرط به معنای التزام تکلیفی به آن در مقابل التزام طرف دیگر به عقد است. طرفین عقد، این الزام و التزام را در ظرف عقد می پذیرند و ایفای آن را به عنوان حقی برای طرف مقابل می دانند. این، بدان معنا نیست که آنها التزام شرعی به شرط را پذیرفته باشند؛ بنابراین، منافاتی بین التزام در هنگام عقد و حصول تخلف از آن نیست. شارع هم اگر مشروط علیه را مکلف به وفای به شرط می کند، از حیث وجوب شرعی فی نفسه نیست، بلکه از آن حیث است که مشروط له در مورد آن صاحب حق است و از آن رو که چنین حقی شرعاً به رسمیت شناخته شده، وفای به آن واجب می شود. حکم به بطلان فعل مذکور از نتیجه دو قاعده اصولی به دست می آید: اول این که امر به شیء مقتضی نهی از ضد آن است؛ و دوم این که نهی از معامله مستلزم فساد آن می باشد. از طرفی، التزام به شرط واجب است و به آن امر شده و این اقتضای نهی از ضدش را دارد؛ از طرف دیگر، چون ضد (مخالف) شرط مورد نهی واقع شده، فاسد است. ولی حق آن است که در هر دو مقدمه و قاعده اشکال وجود دارد؛ چون اولاً امر به شیء مقتضی نهی مولوی از آن نیست؛ بنابراین، هیچ نهی ای به فعل مخالف شرط تعلق نگرفته است؛ ثانیاً، با صرف نظر از اشکال اول، نهی از معامله، فقط در صورتی موجب فساد آن می شود که نهی، ارشاد به لوازم، شرایط و موانع صحت معامله باشد؛ در حالی که نهی

مذکور فقط ناظر به استیفای حق غیر است و تأثیری بر اصل صحت چنین معامله‌ای ندارد (مظفر ۱۳۸۰، ۳۵۷).

با توجه به این توضیحات، دیگر وجهی برای تمسک به قاعده «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» باقی نمی‌ماند؛ چون فعل مخالف شرط، فی نفسه و از جهت تأثیرگذاری منع شرعی ندارد و غیر مقدور نیست. در نتیجه، تعلق وجوب شرعی به شرط، از این حیث، مانع از صحت فعل مخالف (مثل نکاح مجدد) نیست؛ از این رو، معمول فقهای که شرط ترک ازدواج مجدد را صحیح می‌دانند، قائل به صحت آن در صورت تخلف شده‌اند. از این جمله می‌توان به آیت الله خوئی (۱۴۱۰ هـ.ق، ج. ۲: ۲۸۱)، آیت الله سیستانی (بی‌تا، ج. ۳: ۱۰۲) و آیت الله محمد باقر صدر (۱۴۱۰ هـ.ق، ج. ۲: ۲۹۶، حاشیه شماره ۷۵) اشاره داشت.

بر اساس آنچه از مباحث گذشته به دست می‌آید، بحث قدرت مشروط علیه به فعل خلاف شرط، فقط در شرط فعل معنا دارد. عدم ورود این بحث در شرط وصف کاملاً واضح است، اما در مورد شرط غایت باید به این نکته توجه نمود که اگر شرط غایت صحیح باشد، به این معناست که به محض عقد، مشروط حاصل می‌شود و دیگر وجهی برای تخلف درباره آن باقی نمی‌ماند؛ بنابراین، اگر زوجه شرط کند که وکیل بلاعزل زوج در طلاق باشد، یا به مجرد عقد، ملک خاصی از وی به زوجه منتقل شود، به محض این که عقد واقع شد، زوجه هم وکیل است و هم مالک ملک مذکور؛ لذا زوج نمی‌تواند وکالت وی را انکار یا فسخ کند و در مورد مال مذکور هم هر گونه تصرف وی بدون اذن زوجه، غصب و تصرف عدوانی است.

۸. حکم تعدّر شرط

حکم خیار تعدّر شرط در سایر عقود، به خصوص طبق مبنایی که فسخ عقد را می‌پذیرفت، واضح و بی‌اشکال است و به طریق اولی ثابت می‌شود، ولی در خصوص عقد نکاح، اثبات خیار مشکل است؛ زیرا از طرفی شرط ذکر شده در متن عقد که رضای به عقد و التزام به آن وابسته به التزام به آن شرط است، قابل استیفا نیست و از طرف دیگر، در عقد نکاح، خیار تخلف شرط ممکن نیست. به هر حال، در این مسئله نیز دو وجه مطرح است؛ وجه نخست، خیار فسخ را برای طرف شرط ثابت می‌داند و به سه دلیل تمسک می‌کند:

دلیل نخست، همان دلیل عام خیار فسخ در باب معاملات است. می‌توان گفت خصوصیتی که در عقد نکاح مانع ثبوت خیار تخلف شرط می‌شود، در این مسئله وجود

ندارد؛ چون مهم‌ترین دلایل در آنجا ادعای اجماع و حصر موجود در روایات بود. همان‌طور که پیداست اجماع مذکور در صورت حصول، منحصر در صورت تخلف شرط است، ولی با توجه به لَبّی بودن دلیل اجماع، می‌توان حصول آن را در صورت تعدّر شرط انکار کرد^{۱۴}. از طرف دیگر، روایات مذکور ناظر به عیوب و تدلیس از جهت اوصاف و خصوصیات است، نه شروط فعل. حتی اگر حصر موجود در این روایات اضافی نباشد، شامل مورد تخلف شرط می‌شود و ناظر به صورت تعدّر شرط فعل نیست؛ در نتیجه، مانعی برای تمسک به قواعد عام در باب معاملات باقی نمی‌ماند و می‌توان حکم به ثبوت حق فسخ در صورت تعدّر شرط نمود.

دلیل دوم، قاعده لاضرر است. مشروط له التزام به عقد را فقط در صورتی پذیرفته است که مشروط علیه شرط را ایفا کند. با توجه به این که در فرض تعدّر شرط، هیچ راهی برای استیفای حق وی باقی نمی‌ماند، اگر او را ملزم به وفای به عقد کنیم، به وی ضرری را تحمیل کرده‌ایم؛ بنابراین، باید لزوم عقد از جانب وی برداشته شود تا ضرری متوجه او نشود.

سومین دلیل، از تحلیل دلیل «المؤمنون عند شروطهم» به دست می‌آید. دلیل نفوذ و اعتبار شروط، عموماً می‌شوند، در مورد همه شروط صحیح جاری است، اما اگر در برخی شروط موانعی برای بعضی از این احکام و لوازم پدید آمد، سایر احکام و لوازم ثابت می‌مانند. در محل بحث، احکام و لوازم اصلی مترتب بر شرط صحیح، مانند «وجوب وفا» و «حق اجبار»، منتفی است؛ لذا تنها حکم و لازمه‌ای که برای صحت این شرط باقی می‌ماند، حق فسخ است (نجفی ۱۳۶۲، ج. ۳۰: ۳۷۴). اگر این را نپذیریم، دیگر خاصیتی برای صحیح و نافذ بودن چنین شرطی باقی نمی‌ماند و در اینجا، این سؤال مطرح می‌شود که چه فرقی بین شرط صحیح متعدّر و شرط فاسد وجود دارد. در نتیجه، برای این که به چنین محذوری برنخوریم، باید حق فسخ را برای مشروط له بپذیریم. به هر حال، اگرچه این دلیل به تنهایی در سایر عقود صحیح است، ولی در خصوص عقد نکاح باید به خصوصیات و احکام این عقد هم التفات داشت؛ به خصوص اگر معتقد باشیم که عقد نکاح با سایر معاوضات تفاوت داشته، «معاوضه غیر محض» است یا در آن «شائبه عبادت» وجود دارد.

وجه دوم، عدم ثبوت خیار برای طرف معامله در صورت تعدّر وفای به شرط است. برای این وجه هم سه دلیل قابل ذکر است؛ دلیل نخست این که، نکاح معاوضه محض

نیست؛ از این رو همه احکام معاملات در مورد آن جاری نمی‌شود. از طرفی، در خصوص نکاح از سوی شارع احتیاط بیشتری شده است. در نتیجه نمی‌توان به راحتی در صورت تعذر شرط در نکاح حکم فسخ را پذیرفت. دست کم، به دلایل فوق در این باب شک می‌کنیم؛ لذا «اصالت لزوم» شامل آن می‌شود (نجفی ۱۳۶۲، ج. ۳۰: ۱۱۹).

دلیل دوم برای عدم ثبوت خیار، تحلیل دلیل «الالتزام عند الالتزام» است. درست است که مشروط له فقط در صورت التزام مشروط علیه به شرط، زیر بار عقد می‌رود، ولی همیشه این گونه نیست که اگر التزام به شرط صورت نگرفت، التزام به اصل عقد از جانب وی از بین برود. شاهد این ادعا، مواردی مثل شرط مخالف شرع است که اگرچه شرط در آن فاسد است، ولی اصل عقد برقرار و لازم الوفاست؛ حتی اگر مشروط له راضی به آن نباشد. بنابراین، ممکن است حکم عدم ثبوت خیار فسخ، به جهت اهمیت و خصوصیات عقد نکاح، به شکل ضروری وضع شده باشد و مانع تمسک به دلیل «لاضرر» شود.

سومین دلیل برای این نظریه، استناد به روایات باب «عیوب» و «تدلیس» در عقد نکاح است. روایات باب عیوب و تدلیس در نکاح، جواز فسخ را منحصر در چند مورد خاص کرده‌اند، لذا در غیر آن، از جمله در صورت تعذر شرط، فسخ جایز نیست (نجفی ۱۳۶۲، ج. ۳۰: ۳۳۶).

صحت این استدلال متوقف بر این است که حصر در روایات مذکور اضافی نباشد، ولی قبلاً گفتیم که برخی، حصر مذکور را اضافی می‌دانند (حکیم ۱۴۱۶هـ.ق، ج. ۱۴: ۴۰۵؛ سبزواری ۱۴۱۳هـ.ق، ج. ۲۴: ۲۳۳). حتی اگر اشکال حصر اضافی را نپذیریم، اشکال دومی مطرح می‌شود که روایات باب تدلیس در نکاح، ناظر به موارد تخلف شرط، به خصوص از جهت اوصاف زوجین، هستند؛ لذا از جهت تعذر شرط در مقام بیان نیستند و نمی‌توان از دلالت مفهوم یا منطوق حصر در آنها برای این مسئله استفاده کرد. برای این که اشکال بهتر روشن شود، نیاز است مثالی بزنیم؛ گروهی از گدایان به ثروتمندی مراجعه می‌کنند و وی در پاسخ آنها می‌گوید: «إِنَّمَا يَرِدُ عَلَيَّ الْمَسْتَحَقُّ» تا گدایانی که به جهاتی مثل تنبلی گدایی می‌کنند و نیازمند واقعی نیستند، رد کرده باشد. حصر مذکور در کلام وی، همه گدایان غیر نیازمند را خارج می‌کند، ولی عبارت مذکور هیچ نظارتی به «ضیوف» و «اصدقاء» و مانند آن ندارد؛ لذا نمی‌توان به جمله مذکور استناد کرد و گفت که وی از پذیرش مهمانان و دوستانش منع کرده است.

در این مسئله هم می‌توان گفت که روایات، به خصوص روایات «باب تدلیس»، ناظر به

موارد تخلف شرط هستند و فسخ مبتنی بر آن را محصور در موارد خاص می‌کنند؛ ولی از آن رو که در مقام بیان حکم موارد تعدّر شرط نیستند، حق فسخ در این موارد را منع نمی‌کنند. با بررسی ادله دو طرف، به دست می‌آید که دست کم دو دلیل نخست مدافعین ثبوت خیار فسخ از استحکام خوبی برخوردار است. در مقابل، ادله‌ی مدافعین عدم ثبوت خیار قابل مناقشه‌اند. در نتیجه، برآیند نقض و ابرام این ادله، اثبات خیار فسخ در صورت تعدّر شرط در عقد نکاح خواهد بود.

پی‌نوشت‌ها

۱. ثمره این سؤال در افعالی مثل عقود، و ایقاعاتی چون ازدواج مجدد و طلاق روشن می‌شود که صحت آنها نیازمند امضای شارع و مشروط بر قدرت شرعی است. در صورت مثبت بودن جواب، اگر شروطی مثل ترک ازدواج مجدد یا ترک طلاق مطرح شود و این شروط را صحیح بدانیم، در صورت مبادرت زوج به آنها باطل و بی‌اثر خواهند بود.
۲. مثل این که مهریه یک من گندم (کلی) باشد و زوجه شرط کند که محصول منطقه خاصی باشد؛
۳. مثل این که در عقد نکاح شرط شود زوج اهل شهری خاص یا دارای مدرکی خاص باشد؛ یا زوجه، باکره یا دارای مهارتی ویژه باشد؛
۴. بنابراین، اگر درباره زوج شرطی مثل داشتن مدرک فنی یا تحصیلی خاص یا داشتن مهارتی خاص شرط شده باشد و وی چنین مدرک یا مهارتی را نداشته باشد و بعد از عقد بخواهد آن را تحصیل کند، به اقتضای شرط و عقد عمل نکرده است و در هر حال، برای زوجه خیار فسخ ثابت است.
۵. شرط انتقال چیزی به ملک زوجه به دو صورت متصور است که فقط یکی از آنها به این بحث مرتبط می‌باشد: ۱. زوجه شرط کند که زوج مال خاصی را بعد از عقد به وی منتقل کند. این شرط، شرط فعل است که از آن بحث خواهیم کرد. قطعاً چنین شرطی صحیح و آثار شرعی آن ثابت است؛ ۲. زوجه شرط کند که مال خاصی از زوج، بدون نیاز به سبب خاص، به زوجه منتقل شود. در این که آیا انتقال اموال، همواره مستلزم عقود مرسوم مثل بیع، هبه، صدقه و... است یا خیر، بین فقها اختلاف است و دست کم در این باره شک وجود دارد؛ لذا چنین مثالهای داخل در دسته سوم شرط نتیجه هستند.
۶. اگر چه ادعای اجماع بر وجوب تکلیفی را به علامه حلی و ابن زهره نسبت داده‌اند، ولی از عبارات آنها در کتبشان چیزی جز اجماع بر لزوم (اعتبار) شرط به دست نمی‌آید (ر.ک: انصاری، هـ-۱۴۱۵ق، ج. ۶: ۶۴).
۷. باید دقت کرد که این استدلال در صورتی صحیح است که مفاد روایت بیان حکم تشریحی باشد، نه این که صرفاً گزاره‌ای اخلاقی و تبیین‌کننده حال مؤمنین و رجحان وفا به شروطشان از دید اخلاقی باشد. حق نیز همین است که گزاره «المؤمنون عند شروطهم» تشریحی است، نه اخلاقی. شاهد این ادعا، استناد اهل البیت «علیهم السلام» برای اثبات حکم شرعی وفای به شرط است.
۸. باید دقت کرد که استناد به دلیل ضرر، دو مؤونه دارد: یکی این که به جای استناد به آن برای اثبات حق فسخ، باید برای نفی حکم لزوم بدان تمسک جست، زیرا بر اساس رأی مشهور فقهای متأخر و معاصر، لسان قاعده لاضرر، نفی حکم است نه اثبات. از جهت دیگر، از آنجا که حصول ضرر همیشگی نیست، این دلیل نفی لزوم را در طول حق اجبار ثابت می‌کند، یعنی تا وقتی که اجبار مشروط علیه ممکن باشد و ضرری به مشروط له نرساند، لزوم عقد پابرجاست و وی حق فسخ ندارد (ر.ک: بجنوردی ۱۴۱۹هـ.ق، ج. ۳: ۳۰۴).
۹. ظاهراً مرحوم حرّ عاملی همین معنا را از روایت برداشت کرده است، زیرا آن را در بایبی قرار داده است

که همین معنا را می‌رساند (بابُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً يَرُدُّ فِيهَا الثَّمَنَ وَ يَرْتَجِعُ الْمَبِيعَ فَلَهُ الْخِيَارُ فِيهَا وَ يَلْزَمُ الْبَيْعُ بَعْدَهَا).

۱۰. باید به این نکته توجه کرد که عبادت بودن اخص از مستحب بودن است. زیرا فعل مستحب اعم از تعبدی و غیر تعبدی است. همچنین، نباید فراموش کرد که عبادت دو معنا دارد؛ اگر منظور از عبادت بودن، ترتب ثواب در صورت قصد قربت یا قصد استحباب است، اختصاص به عقد نکاح ندارد و همه عقود مالی و غیر مالی دیگر در صورت قصد قربت می‌توانند مصداق عبادت باشند، ولی اگر منظور از عبادت، فعلی باشد که قصد قربت در صحت آن شرط است، قطعاً نه نکاح عبادت است و نه هیچ کدام از عقود دیگر.

۱۱. فروج.

۱۲. از باب نمونه، ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ج. ۲۰: ۲۵۸، ابواب مقدمات النکاح و آدابه، باب ۱۵۷.

۱۳. مرحوم سید محسن حکیم در باب شرط ترک ازدواج مجدد در فتوایی منحصر به فرد، چنین نظری دارند. ایشان در کتاب منهاج الصالحین، چنین می‌فرماید: «و يجوز أن تشتترط الزوجة على الزوج في عقد النكاح أو غيره أن لا يتزوج عليها و يلزم الزوج العمل به بل لو تزوج لم يصح تزويجه» (۱۴۱۶ هـ.ق، ج. ۲: ۲۹۶) از این که ایشان ازدواج مجدد را صحیح ندانسته‌اند، می‌توان فهمید که قائل به عدم قدرت شرعی نسبت به فعل مخالف شرط هستند؛ البته ممکن است فتوای ایشان مستند به نصی خاص در باب نکاح باشد؛ چون در روایتی امام عليه السلام مردی را که چنین شرطی را پذیرفته، امر به وفای به آن می‌کند و ممکن است از این امر استفاده شود که ازدواج مجدد باطل است. (ر.ک: حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ج. ۲۱: ۲۷۵، ابواب المهور، باب ۲۰، ح ۴).

۱۴. مگر این که معتقد باشیم معقد اجماع مذکور اطلاق دارد و شامل تخلف و تعدر می‌شود که اثبات این اطلاق مشکل است.

منابع

١. ابن ابى شبيهه، عبدالله بن محمد. ١٤٠٩ هـ ق. المصنّف. ج. ٤. رياض: مكتبة الرشد.
٢. ابن ادريس، محمد بن منصور [حلى]. ١٤١٠ هـ ق. السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى. ج. ٢. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٣. اصفهانى، سيد ابوالحسن. ١٤٢٢ هـ ق. وسيلة النجاة، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى عليه السلام.
٤. آل عصفور بحراني، حسين بن محمد. بي تا. الأنوار اللوامع فى شرح مفاتيح الشرائع. ج. ١١. قم: مجمع البحوث العلمية.
٥. انصارى، مرتضى. ١٤١٥ هـ ق. كتاب المكاسب. ج. ٦. قم: كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى.
٦. بجنوردى، سيد حسن. ١٤١٩ هـ ق. القواعد الفقهيّة. ج. ٣. قم: نشر الهادى.
٧. حرّ عاملى، محمد بن حسن. ١٤٠٩ هـ ق. تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة. ج. ١٨. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٨. ————. ١٤٠٩ هـ ق. تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة. ج. ٢٠. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
٩. ————. ١٤٠٩ هـ ق. تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة. ج. ٢١. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
١٠. حكيم، سيد محسن. ١٤١٦ هـ ق. مستمسك العروة الوثقى، ج. ١٤. قم: مؤسسه دار التفسير.
١١. ————. ١٤١٠ هـ ق. منهاج الصالحين، ج. ٢. بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
١٢. حكيم، سيد محمد سعيد. ١٤١٥ هـ ق. منهاج الصالحين. ج. ٣. بيروت: دارالصفوة.
١٣. حلى، حمزة بن على. ١٤١٧ هـ ق. غنية النزوع إلى علمى الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
١٤. حلى، حسن بن يوسف. ١٤٢٠ هـ ق. تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الإمامية. ج. ١. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
١٥. ————. بي تا. تذكرة الفقهاء، ج. ١٠، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لإحياء التراث.
١٦. ————. ١٤١٣ هـ ق. قواعد الاحكام فى معرفة الحلال و الحرام. ج. ٣. قم: دفتر انتشارات

- اسلامى.
١٧. خمينى، سيد روح الله. بى تا. تحرير الوسيلة، ج. ٢. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
١٨. خوئى، سيد ابوالقاسم. ١٣٧٢. معجم رجال الحديث و تفصيل طبقات الرجال. ج. ٨. قم: مركز نشر الثقافة الاسلاميه.
١٩. _____ ١٤١٠ هـ.ق. منهاج الصالحين، ج. ٢. قم: نشر مدينة العلم.
٢٠. سيزوارى، سيد عبد الأعلى. ١٤١٣ هـ.ق. مهذب الاحكام فى بيان الحلال و الحرام، ج. ١٧. قم: مؤسسه المنار.
٢١. _____ ١٤١٣ هـ.ق. مهذب الاحكام فى بيان الحلال و الحرام، ج. ٢٤. قم: مؤسسه المنار.
٢٢. _____ ١٤١٣ هـ.ق. مهذب الاحكام فى بيان الحلال و الحرام، ج. ٢٥. قم: مؤسسه المنار.
٢٣. سيستانى، سيد على. بى تا. منهاج الصالحين. ج. ٣. قم: دفتر آيت الله العظمى سيستانى.
٢٤. صدوق، محمد بن على بن بابويه. ١٤١٣ هـ.ق. من لا يحضره الفقيه. ج. ٣. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٢٥. طوسى، ابوجعفر محمد بن حسن. ١٣٩٠ هـ.ق. الاستبصار فيما اختلف من الأخبار. ج. ٣. تهران: دارالكتب الاسلاميه.
٢٦. _____ ١٣٨٧ هـ.ق. المبسوط فى فقه الاماميه. ج. ٢. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
٢٧. _____ ١٤٠٧ هـ.ق. تهذيب الأحكام. ج. ٧. تهران: دارالكتب الاسلاميه.
٢٨. عاملى، محمد بن مكى. ١٤١٧ هـ.ق. الدروس الشرعية فى فقه الاماميه. ج. ٣. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
٢٩. _____ ١٤١٠ هـ.ق. اللعة الدمشقيه فى فقه الإماميه. بيروت: دار التراث - الدار الاسلاميه.
٣٠. عاملى، زين الدين بن على. ١٤١٠ هـ.ق. الروضة البهيه فى شرح اللعة الدمشقيه. ج. ٣. قم: كتابفروشى داورى.
٣١. _____ ١٤١٠ هـ.ق. الروضة البهيه فى شرح اللعة الدمشقيه. ج. ٤. قم: كتابفروشى داورى.
٣٢. _____ ١٤١٣ هـ.ق. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. ج. ٣. قم: مؤسسه المعارف الإسلاميه.
٣٣. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله [حلى]. ١٤٠٤ هـ.ق. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. ج. ٢. قم:

- کتابخانہ آیت اللہ مرعشی نجفی.
۳۴. کاشف الغطاء نجفی، علی بن جعفر. ۱۴۲۲ھق. شرح خيارات اللمعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. کرکی، علی بن حسین. ۱۴۱۴ھق. جامع المقاصد فی شرح القواعد. ج. ۴. قم: مؤسسہ آل البيت علیہ السلام لإحياء التراث.
۳۶. مظفر، محمدرضا. ۱۳۸۰. اصول الفقه. قم: بوستان کتاب.
۳۷. نجفی، محمدحسن. ۱۳۶۲. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج. ۲۵. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۳۸. ———. ۱۳۶۲. جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج. ۳۰. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۳۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی. ۱۴۱۵ھق. مستند الشیعة فی أحكام الشریعة. ج. ۱۴. قم: مؤسسہ آل البيت علیہ السلام لإحياء التراث.
۴۰. ———. ۱۴۱۷ھق. عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.