

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

**حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»**

**«کتاب النکاح»**

**شماره: ۴۹**



## فصل في مسائل متفرقة

الاولى : لا يجوز في النكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد فلو شرطه بطل ، وفي بطلان العقد به قولان ، المشهور أنه باطل ، وعن ابن إدريس<sup>(١)</sup> أنه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور ولا يخلو قوله عن قوّة ، إذ لا فرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد ، ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة التي لا يقولون بكونها مفسدة كما ترى .

وأما اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه ، ولكن لا بد من تعيين مدته ، وإذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع إلى مهر المثل ، هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر ، وأما في المتعة حيث إنها لا تصح بلا مهر فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل<sup>(٢)</sup> .

البحث في هذه المسألة في مقامين :

الأول : في جواز اشتراط الخيار في نفس العقد وعدمه ؟

---

(١) السرائر ٢ : ٥٧٥ .

(٢) العروة الوثقى ٢ : ٢٩٢ .

الثاني: في جواز اشتراط الخيار في المهر وعدمه .  
 أمّا المقام الأوّل: فالبحت تارة في بطلان أصل الشرط، وثانياً في  
 بطلان العقد به .

وأمّا بطلان الشرط: فقد حكم السيّد عليه السلام بعدم جواز هذا الشرط، فلو  
 شرطه بطل، واستدل له بوجوه:

منها: الإجماع والاتفاق: وفي «الجواهر»: «لا أجد خلافاً في بطلان  
 الشرط الخيار بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه»<sup>(١)</sup> وفي محكي «المكاسب»  
 شيخنا الأعظم<sup>(٢)</sup> عن «الخلاف»<sup>(٣)</sup> و«الميسوط»<sup>(٤)</sup> و«جامع المقاصد»<sup>(٥)</sup>  
 و«المسالك»<sup>(٦)</sup> الإجماع عليه .

وإن نسب إلى ظاهر «الحدائق»<sup>(٧)</sup> وجود القائل بالجواز حيث نسب  
 المنع إلى المشهور، ولكن لم يعرف بذلك قائل ولا من نسب ذلك إلى القائل .  
 إلّا أنّ بعد التتبع في مظانّه في «الحدائق» لم نجد ما نسبه إليه في  
 «المستمسك»<sup>(٨)</sup> ولعلّه اشتبه عليه شهرة القول ببطلان العقد بالشرط

(١) جواهر الكلام ٣١: ١٠٥ .

(٢) كتاب المكاسب ٥: ١٥١ .

(٣) الخلاف ٣: ١٦ .

(٤) الميسوط ٢: ٨١ .

(٥) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣ .

(٦) مسالك الأفهام ٣: ٢١٢ .

(٧) الحدائق الناضرة ٢٣: ١٨٤ .

(٨) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٠٥ .

المذكور، وكيف كان أنّ الحكم بمنع اشتراط الخيار من المسلمات عند الفقهاء .  
 منها: أنّ لزوم النكاح حكمي لا من حقوق المتعاقدين أو أحدهما  
 حتى يمكن إسقاط ذلك الحق بجعل الخيار فيه، ومن المعلوم أنّ اللزوم إذا كان  
 من الأحكام الشرعية فلا معنى لاشتراط الخيار فيه وأنّ أمره بيد الشارع  
 إثباتاً ونفيًا.

فكما أنّه لا يجوز اشتراط اللزوم في العقود المجائزة كعقد الوكالة مثلاً  
 فكذلك لا يجوز تغيير العقد اللازم الشرعي وتبديله بالمجائز حسب جعل  
 الشرط في متن العقد، فإنّ مقتضاه اللزوم والاستمرار حتى يتحقّق ما يرسله  
 ويرفعه من الموت والطلاق أو انقضاء المدة أو الإبراء .

بقي الكلام في كون اللزوم المذكور في النكاح وسائر العقود اللازمة من  
 الأحكام المجعولة الشرعية ولا من الحقوق المقررة للمتعاقدين، فقد استدلّ  
 بأنّه لو كان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحة الإقالة فيه، كما هو الحال  
 في البيع، والحال أنّه غير جائزة فيه بلا خلاف .

وحاصل هذا الوجه: أنّ قوام هذه العقود هو الدوام والاستمرار،  
 وهذا ينافي جعل الخيار في تحديده، مضافاً إلى أنّ هذا الجعل ينافي عدم صحّة  
 التقايل في عقد النكاح . والظاهر أنّ ما أُفيد في المقام مأخوذ مما أفاد المحقّق  
 النائيني ضابطة لتعيين أنّ اللزوم في العقود من الحقوق أو الأحكام؟ وقال:  
 أنّه لو كان الموضوع للدليل المثبت للزومه هو عنوان العقد كقوله: ﴿أَوْفُوا

بِالْعُقُودِ<sup>(١)</sup> يكون ذلك من الحقوق المجعولة للمتعاقدين ، وأمّا لو كان الموضوع للدليل المثبت هو العناوين الخاصة كالبيع والنكاح وغيرهما يكون للزوم حكماً ولا يكون أمره بيد المتعاقدين<sup>(٢)</sup> .

والظاهر أنّ سرّ ما أفاده في الضابطة المذكورة ، هو أنّ الآية الشريفة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بمنزلة الإمضاء لما هو المتعارف بين العقلاء في عقودهم ومعاهداتهم ، وما هو المعمول بينهم هو الالتزام بالعقود المنعقدة فيما بينهم ، فإذا كانت الآية في مقام إمضاء الأحكام العرفية ، لا تكون متكفّلة لجعل حكم شرعي لا يمكن التعدي والتخلف عمّا قرّره الشارع ، فعلى هذا لو كان العقد عنواناً وموضوعاً للدليل والأمر بالوفاء فلا يدلّ على أكثر ممّا هو المعمول بين العقلاء وأنهم يرون جعل الخيار لأنفسهم في ضمن العقود ، وهذا واضح لا ينكر .

وأما إذا كان الموضوع للدليل المثبت للزوم العقد هو العناوين يكون للزوم حكماً صادراً من الشارع ولا من حقوق المتعاقدين ؛ لأنّه ليس ذلك بمنزلة إمضاء ما هو المقرر عند العقلاء ، بل هو تأسيس من ناحية الشارع ، والمقام من هذا القبيل ، إلا أنّ لنا سؤالاً ، وهو أنّه ما الفرق بين أدلّة الأحكام في باب المعاملات إذا أمضى العقود على نحو الكلي أو أمضى عقداً بعنوانه الخاص ، فكيف يكون في الأوّل تقريراً لما هو المعمول بين العقلاء وإمضاء

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) المكاسب والبيع للنائبي رحمه الله ١ : ١٨٩ .

لأحكامهم ، وفي الثاني يكون جعلاً وتأسيساً لا يمكن نقضه وجعل الخيار فيه .

ومّا ذكرنا يظهر أنّ ما أفاده في « مباني العروة » من الملازمة بين عدم صحّة التقايل وعدم صحّة حق الخيار ممّا لا دليل عليه ؛ لأنّه إن أراد أنّ عدم صحّة التقايل في النكاح ذاتي لأنّه يقتضي الدوام والاستمرار ، ففيه : أنّ ذلك لا يستلزم عدم صحّة جعل الخيار من الأحكام الشرعية المجعولة غير القابلة للجعل في متن العقد بحسب حكم الشارع ، بل لأنّه من باب اقتضاء ذات العقد .

وإن أراد عدم صحّته من باب الاجماع على عدم صحّة التقايل في عقد النكاح ، فهذا لا يدلّ على أنّ عدم صحّة جعل الخيار في متن العقد واستناد اللزوم إلى كونه حكماً شرعياً لا يجوز جعل ما ينافيه ، فلا ملازمة بين عدم صحّة جعل الخيار وعدم صحّة التقايل عقلاً ونقلاً ، هذا ، مضافاً إلى أنّ الاستدلال المذكور دوري حيث قيل : إنّ اللزوم الحكمي لا يجري فيه الخيار وما لا يجري فيه الخيار فاللزوم فيه حكمي<sup>(١)</sup> .

منها : الاستدلال بما في صحيحة الحلبي المروية في « التهذيب » و« الفقيه » : « أنّما يردّ النكاح من البرص والمجذام والجنون والعفل »<sup>(٢)</sup> .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣ : ١٧١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١ : ٢٠٩ / أبواب العيوب ب ١ ح ٦ .

وأجيب عنها<sup>(١)</sup>: بأنّ المحصر فيها إضافي بالنسبة إلى خصوص العيوب الموجبة للفسخ لاني الرد على نحو الإطلاق.

منها: ما حكى عن «جامع المقاصد»<sup>(٢)</sup> و«المسالك»<sup>(٣)</sup> بأنّه ليس معاوضة محضة، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه، ولأنّ فيه شائبة العبادة، والعبادات لا يدخلها الخيار، ولأنّ اشتراط الخيار يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة وهو ضرر، ولهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له، ولعدم الحاجة إليه؛ لأنّه لا يقع إلّا بعد فكر ورؤية وسؤال كل من الزوجين عن صاحبه بخلاف البيع في الأسواق بلا فكر ورؤية، ولما حق خبر أبان «إنّك إن لم تشترط كان تزويج مقام...»<sup>(٤)</sup> فإنّ ذلك يشعر بالاستقرار وعدم التزلزل.

وردّ الجميع في «المستمسك» بقوله: «لكن الجميع كما ترى ظاهر الإشكال»<sup>(٥)</sup> لأنّ هذه الوجوه استحسانية لا يمكن الركون إليها لمنع مشروعية ما هو المتعارف عند العقلاء.

نعم، يمكن الحكم بعدم الصحة؛ لأنّ ذلك ينجر إلى فقد ركن من أركان العقد (في النكاح) وهو تحديد الأجل على نحو لا يقبل الزيادة والنقيصة،

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٠٥.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٠٣.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ١٠٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٤٧ / أبواب المتعة ب ٢٥ ح ٢.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٠٥.



مضافاً إلى تمامية الإجماع المدعى في المقام .

ثمَّ إنَّه بعد ذلك يبحث عن بطلان العقد المشروط بشرط الخيار  
وذهاب المشهور إلى ذلك، مع أنَّ «السرائر»<sup>(١)</sup> حكم بعدم بطلانه، وقوَّاه  
السَّيِّدُ رحمته في المتن مستشكلاً على المشهور بعدم الفرق بين هذا الشرط وبين  
سائر الشروط الفاسدة في العقد، مع أنَّ المشهور على عدم كونها مفسدة  
للعقد .

فالمستفاد من كلامه أنَّ فساد شرط الخيار في العقد لا يوجب فساد  
عقد النكاح لعدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد، ودعوى الفرق في المقام  
مع غيره بأنَّ هذا الشرط مناف لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة  
غير المفسدة للعقد كما ترى .

والمسألة محتاجة إلى التأمل بالنسبة إلى أمرين :

الأوَّل : في كون الشرط الفاسد في العقود مفسد لها أم لا ؟

الثاني : هل يتم الدعوى بأنَّ شرط الخيار مناف لمقتضى العقد أم لا ؟  
أمَّا الأمر الأوَّل : أنَّ الشرط في العرف تقييد أمر بأمر آخر، إلاَّ أنَّ هذا  
التقييد قد يكون واقعياً وتكوينياً كربط إحراق النار بالمحاذاة وتقييد كل  
المعاليل بعللها، حيث إنَّ وجود المعلول مشروط بوجود كل جزء من أجزاء  
علته .

(١) السرائر ٢ : ٥٧٥ .

وقد يكون بجعل الجاعل من الشارع أو المتعاملين كجعل الطهارة شرطاً للصلاة أو كون المبيع أو الثمن كذا.

وما يبحث عنه (عمدة) في أحكام الشروط هو الثاني، والمباني فيه مختلفة، فتارة يقال: بأن الشرط قيد للمشروط، وتارة يقال: بأنه التزام في التزام.

فعلى الأول: يستنتج فساد المشروط بفساد الشرط؛ لأن الإنشاء والرضاء متعلق على الشرط، وعند فساد فساد المشروط.

وعلى الثاني: لا وجه للحكم بفساد المشروط؛ لأن فساد الالتزام الثاني لا يسري إلى الالتزام الأول، حتى يوجب بطلانه مع فساد حيث إن الالتزام الأول أي العقد موضوع للالتزام الثاني ولا العكس حتى يكون فساد موجبا لفساد الأول والمفروض تمامية الموضوع ووقوع العقد.

وما يظهر من السيد أنه يقول بهذا المعنى، أي الالتزام في الالتزام كما أن السيد الخوئي رحمته الله يقول بذلك على ما نسب إليه من أن الارتكاز العرفي على أن الشرط في ضمن العقد بمعنى التزام الشخص بمفاد العقد معلقاً على وجود الشرط، فالشرط من قبيل قيد الالتزام للشخص ولا القيد لنفس العقد، ولذلك لا يوجب بطلان الشرط بطلان المشروط أي العقد.

إلا أنه في المقام أي اشتراط الخيار قال بمفسدته للعقد من جهة أخرى، وهي ما أفاده في البحث السابق من أن هذا الشرط يوجب فقد أحد

أركان العقد وهو تحديد الأجل على نحو لا يقبل الزيادة أو النقصان<sup>(١)</sup>.  
بتوضيح أنّ الزوجية ليست بدائمة لمكان جعل الخيار وليس الأجل  
فيها محدوداً بمحدّد معلوم ومضبوط، فلذلك يحكم بفسادها، مع أنّ ذلك  
لا ينافي في سائر العقود.

واورد عليه كبروياً وصغروياً.

أمّا الأولى: بأنّنا لا نسلّم كون الشرط تعليق الالتزام بمفاد العقد؛ لعدم  
تامة هذا الاستظهار من الارتكاز العرفي في باب الشروط.

ولعلّه أراد بذلك الإشكال أنّ هذا الاستظهار خلاف ما يستفاد من  
مفهوم الشرط عرفاً بعد التأمل في معناه وموارد استعماله؛ لأنّه بعد الدقّة  
والعناية نجزم بعدم إمكان الفصل والتفكيك بين الشرط وطرفيه، أي العقد  
ومتعلّق الشرط، ومثاله في العقود مثل المعاني الحرفية في الكلام، وهو الربط  
والشد، فلا يصح تعريفه بالإلزام والالتزام بالمعنى الاسمي القائم بالذات.

وهذا الإشكال تام على مبنى القائل بأنّ الشرط هو الإلزام والالتزام  
في ضمن عقد آخر.

وبعبارة أخرى التزام في التزام محضاً؛ لأنّنا بعد التأمل في معنى الشرط  
وموارد استعماله يتيقن بعدم استقلالية المعنى للشرط ولحاظه مستقلاً  
ومجرداً؛ لأنّه لا مناص من أنّه مستعمل لتحقق الربط والتعليق، ولذلك

---

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٧١.

لا يصدق على التعهد الابتدائي وعلى الوعد .

إلا أن السيّد الخوئي رحمته الله لم يقل بأنّ الشرط مجرد مقارنة التزام بالتزام، بل يتأكد بالربط بين الشرط والمشروط، ولكن من قبيل قيد الالتزام للشخص ولا القيد لنفس العقد .

فعلى هذا لا يكون التخلف عن الشرط أو فسادة مستلزماً لفساد المشروط، كما عليه المشهور .

وأما الثانية، وهي النقض عليه في باب اشتراط الخيار وقوله بصحة جعل الخيار وجواز الفسخ لمن يجعل له الخيار في باب الإجارة وغيرها، فإن قلنا بصحة هذا الجعل وإرجاع خيار التخلف إلى خيار الشرط فلم لم يقل بصحة ذلك في باب النكاح، فإن قيل بأنّ ذلك مناف لمفاد العقد في باب النكاح ففي غيره كذلك، من دون فرق في الحكم بالفساد بين موارد خيار الشرط وخيار تخلف الشرط، ولا وجه للتفكيك .

إلا أنّ هذا الإشكال ناش عن الغفلة عن نكتة في بيان السيّد الخوئي رحمته الله، وهي أنّه التزم بفساد العقد من جهة فساد الشرط المذكور الموجب لاختلال الركن المقوم لعقد النكاح وهو المدة .

وعلى هذا بنى الحكم بفساد نفس الشرط ومفسدته للعقد المظروف له وصرّح بذلك في بيان الفرق في تقييد النكاح مع غيره قائلاً إنّ هذا الشرط موجب لبطلانه من جهة استلزامه لفقد ركن من أركانه، مع أنّ هذا لا يتأتى في سائر العقود، حيث إنّ في غيره يرجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار

على العقد على وجود الشرط وتحققه فلا يوجب فساد العقد .

الأمر الثاني : في أنّ شرط الخيار مناف لمقتضى العقد، كما إذا قيل (بعتك بلا ثمن) أو (آجرتك بلا أجر) أو المنافي لمقتضى العقد وكان الاقتضاء عرفياً، فإنّه يمنع القصد إلى مضمون العقد ومضمون الشرط؛ لأنّه من القصد إلى المتنافيين، أمّا إذا كان الاقتضاء شرعياً محضاً فلا مانع من القصد إلى المضمونين إمّا لعدم الاستيعاب إلى مقتضى العقد شرعاً أو مع الالتفات إليه وقصد خلافه تشريعاً.

هذا ما أفاده السيّد الحكيم<sup>(١)</sup> توجيهاً لرد القول بأنّ شرط الخيار مناف لمقتضى العقد، ثمّ ردّ دعوى كون اللزوم من ذاتيات النكاح بعدم مساعدة العرف والشرع لهذه الدعوى، فإنّ ثبوت الخيار لأحد الزوجين في العيوب إذا كانت في الآخر مما لا ريب فيه ولا يعدّ منافياً لمفهومه، ثمّ أضاف إلى ذلك، بأنّ عقد الانقطاع راجع إلى عقد التزويج بشرط الانفساخ في الأجل، ولا ريب أنّ شرط الانفساخ أولى بالمنافاة للنكاح من شرط الأجل فاذا ثبت عدم المنافاة في الأوّل فعدم المنافاة في الثاني أولى.

وما أفاده متين جداً حيث إنّ النكاح كسائر العقود من الأمور الاعتبارية العرفية أمضاه الشارع، ومن المعلوم أنّه لم يلاحظ في الاعتباريات غير ما هو دخيل في تحقّق المعترف عند العرف، ومن المعلوم

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٠٦.

عدم أخذ الدوام أو الانقطاع ولحاظهما في ماهية المعتبر، والمعتبر (أي عقد النكاح) بالنسبة إليهما مطلق، فالقول بلحاظ أحدهما وأخذه فيه يستلزم الحكم بكون النكاح الدائم والمنقطع ماهيتين مختلفتين، مع أن العرف لم ير الفرق بينهما من حيث الحقيقة، وإنما اختلف بينهما في الآثار والأحكام المترتبة، فما أفاده المحقق الحائري من أن الدوام والانقطاع من مقتضيات الطبيعية للنكاح الدائم والمنقطع ولا ينافي ارتفاع هذا المقتضي مع الاشتراط أو بعد طرؤ المانع، مما لا يرجع إلى محصل.

لأنه يستلزم القول بتفكيك الماهيتين في النكاح أولاً، وثانياً: كيف يمكن القول بانفكاك اللازم الطبيعي عن ذات الشيء مع الاشتراط والحكم ببقاء ذات الشيء وهذا كالقول بإمكان الفردية والزوجية عن الثلاثة والأربعة في الأعداد، وثالثاً: أن الحكم بعدم منافاة جعل الراجع جعلاً لما هو المقتضي للطبيعي وعدم استلزامه التناقض، بل يستلزم التناقض إذا أردنا من الاشتراط وجعل الخيار اتحاد الاقتضاء لعدم الدوام أو عدم المدة، ويؤيد ما بيناه من أن العقود ومنها النكاح من الأمور الاعتبارية وكان الأمر فيها سهلاً، إلا أن دعوى عالم الاعتبار عند العقلاء كلهم تعتبر بإرادة المعتبر ونيتته عهدته على مدعيه.

وبالجملة ما أفاده في «الجواهر»<sup>(١)</sup> من أن اشتراط الخيار مناف لمقتضى العقد مما لا يمكن المساعدة عليها .

وأما المقام الثاني : في اشتراط الخيار في المهر فقد حكم السيد عليه السلام بجوازه في العقد الدائم مشروطاً بتعيين مدة الخيار ، والظاهر أن جواز ذلك في المهر مما لا خلاف فيه ، والوجه ، أن الصداق ليس ركناً في العقد ، ولذلك يصح العقد من دونه ابتداءً ويرجع إلى مهر المثل ، وعليه لو فسخ العقد لا يوجب التضاد والتنافي في المعقول كما ادّعي في المدّة .

وأما اشتراطه بالمدّة : فقد نفاه المحقق الخوئي عليه السلام<sup>(٢)</sup> مستدلاً بعدم الفرق بين النكاح وغيره من العقود حيث يصح جعل الخيار فيها من غير اشتراط التعيين المدّة .

إلا أن القول بعدم اشتراط تعيين المدّة على نحو لا تترفع به الجهالة والإبهام مما لا يمكن الموافقة معه حتى في غير النكاح من سائر العقود بالنسبة إلى هذا المقدار ، وبهذا يمكن الجمع بين القولين ؛ لأنّ القائل بجواز اشتراطه من دون تعيين المدّة لعله أراد بذلك عدم لزوم التوقيت وجواز جعله إلى الابد وما دام الحيوة والله العالم ، هذا بالنسبة إلى العقد الدائم .

وأما في المتعة فقد أشكل السيد عليه السلام في جواز هذا الاشتراط فيها معللاً

(١) جواهر الكلام ٢٩ : ١٤٨ .

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣ : ١٧٣ .

بعدم صحتها من دون المهر، وصرح بالمنع في «المباني العروة» واستدلّ لذلك: بأنّ مآل هذا الشرط إلى دوران العقد بين وجود المهر فيه وخلوّه عنه وهو موجب للبطلان فيه؛ لاعتبار ذكر المهر والأجل فيه إجماعاً<sup>(١)</sup>.

والظاهر أنّ عدم التصريح بالمنع والاكتفاء بالاستشكال من الماتن في المقام: أنّ تعيين المهر في المتعة وإن كان من أركانها، إلّا أنّ التعيين حدوثاً وبقاءً شرط في صحتها وركن لتحققها أم يمكن الاكتفاء بوجودها حدوثاً، والمسألة لا تخلو من التردد حيث إنّ الدليل على الركنية هو الإجماع.

---

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٧٣.