



## **A Jurisprudential-Legal Analysis of the Remedy for the Condition “the Conditioned Thing Becomes the Property of a Third Party” Embedded in the Marriage Contract**

Mahdieh Ghanizadeh<sup>1</sup>

Hamid Masjedsaraee<sup>2</sup>

Doi:

10.30497/flj.2025.248485.2201



### **Introduction**

One of the general principles governing marriage (nikāh) is that it may be concluded subject to conditions; parties to the contract are permitted to stipulate any lawful condition in the body of the contract. This right is also recognized by the legislator in Article 1119 of the Civil Code. Now, suppose that within the marriage contract a condition is inserted requiring transfer of ownership of a specified property to the wife, and after conclusion of the contract it becomes clear that the conditioned item (the specified property) is in the ownership of a third party. Given that the performance of that condition has in practice become impossible, according to the jurists' opinion such a condition is void but it does not invalidate the marriage itself. The legislator likewise, in clause 1 of Article 232, generally treats conditions that become impossible to perform as void, while at the same time not considering them to be nullifying of the contract. However, with respect to the sanction or remedy for the invalidity of such a condition, when the marriage contract contains such a clause there is no specific legal text or explicit statutory provision and the legislator has remained silent on the matter. In other words, the issue can be framed by the following question: if the husband, in the “other conditions” section of the official marriage booklet, undertakes to transfer ownership of a specified property to the wife, but after marriage it is discovered that the conditioned item (the specified property) is owned by a third party and performance of the condition is impossible, what is the remedy for that condition?

A review of the relevant sources and authorities indicates that among jurists, although most have not specifically addressed the remedy for breach or impossibility of a condition of performance (an obligation to do) in the marriage contract, some Twelver Shi'i jurists have explicitly considered such a condition to be without remedy. Among Sunni jurists, the majority treat a condition of performance within the marriage contract that is not intrinsic to the contract's essential terms— even if it is not contrary to the

---

1 (corresponding author) Assistant Professor, Department of Fiqh and Foundations of Islamic Law, University of Qom. [m.ganizadeh@qom.ac.ir](mailto:m.ganizadeh@qom.ac.ir)

2 Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran. [h\\_masjedsaraie@semnan.ac.ir](mailto:h_masjedsaraie@semnan.ac.ir)



contract's nature—as void and ineffective. For example, this group of jurists holds that if a condition of good treatment (*husn al-mu'āsharah*) or the husband's spending on the wife is stipulated, that condition is valid and binding, but in other cases they consider the condition void and ineffective even if it does not oppose the contract's nature. In contrast, some Sunni jurists and also certain other jurists, legal scholars and researchers have recognized a remedial right of rescission (*khiyār al-fasakh*) for the beneficiary of the condition when the condition is breached or becomes impossible.

However, it appears that regarding the present case—i.e., the conditioned item's coming to belong to a third party (*mustahiq lil-ghayr*) in a marriage contract—an alternative view to those advanced by some jurists and legal scholars can be proposed. Given the need for examination of the issue, the present study seeks to explain the remedy for impossibility (*ta'adhdhur*) of a condition of performance embedded in the marriage contract on the basis of jurisprudential foundations and legal rules, and accordingly to clarify the remedy when the conditioned item becomes vested in a third party.

### **Research Background**

Regarding prior research, although there is no independent study that deals exclusively with the remedy for the conditioned item's becoming vested in a third party within a marriage contract, there are related works that we briefly review here and explain how the present research differs from them. Amirkhani and Javān, in a study entitled “Feasibility of Rescission (*Faskh*) of Marriage in the Case of Breach of a Condition to Perform an Act in Islamic Jurisprudence” (Amirkhani & Javān, ۲۰۱۸), after reviewing the opinions of jurists of the Islamic schools on remedies for breach of a condition to perform an act in the marriage contract, conclude that according to the general rules of contracts—based on rational principles—the option of stipulating a contract (*khiyār al-ishtirāʾ*) for breach of a condition to perform an act, like that for breach of a condition of quality, exists in marriage contracts as well. The difference between that study and the present one is that the aforementioned view will be critiqued here and, contrary to it, a view based on the non-existence of the option to rescind the marriage contract due to impossibility or breach of the condition will be advanced. In another study titled “An Analysis of Conditions Inserted in the Marriage Contract” (Mohiqq Damād, ۱۹۸۵), after listing the types and characteristics of conditions within the marriage contract, the author briefly addresses the remedy for a condition to perform an act in marriage, noting that if obligation to perform the act is impossible, one cannot hold that a right of rescission accrues. The difference between that study and the present research is, first, that here the focus is specifically on the remedy for impossibility of a condition to perform an act within the marriage contract; and second, although the right of rescission is denied as a remedy in this case, the present study argues that the obligation to pay the equivalent value of the conditioned item (*ta'diyeh al-ma'ādel*) is a valid remedy—a point not addressed in the earlier work. In another study, “Conditions in the Marriage Contract: Examination and Comparison of Some Cases in Imami and Sunni Fiqh” (Mirshamsi, ۲۰۰۸), the author, after discussing types of conditions and their validity



requirements, treats the condition to perform an act such that if the obligor (the husband) fails to perform, simply obliging him to his promise is permissible and non-performance in that particular case is not counted as non-fulfillment (*nushūz*) on the wife's part. The present study, however, is concerned with impossibility (*ta'adhdhur*) of the condition, and it is obvious that when performance is impossible the obligor cannot be compelled to perform; hence the present research differs fundamentally from that work. In another article, “A Re-Reading of the Validity and Guarantee of the Condition of Non-Remarriage in Jurisprudence, Law, and Psychology” (Mollā'i, ۲۰۲۴), the author treats breach of a condition in the marriage contract as affecting the validity of a subsequent marriage to the extent that the wife gains the right to affirm the husband's subsequent marriage, and if she does not affirm it the second marriage will be null. Although this claim is surprising, the present study rejects the destabilization of the marriage contract due to breach or impossibility of a condition and offers a novel view in the case of impossibility.

### **Methodology**

This study is descriptive-analytical and refers to sources from both Imami and Sunni jurisprudence as well as statutory laws and existing judicial practice.

### **Findings**

The findings of the present research indicate adoption of a novel view on the remedy for the conditioned item's becoming vested in a third party within a marriage contract: namely, that in the case of impossibility of the condition due to the conditioned item vesting in a third party (for example, when the marriage contract contains a condition that the husband transfer ownership of a specified property to the wife, and after conclusion it is discovered that that property is owned by a third party and performance is practically impossible), the remedy for impossibility should be the obligor's obligation to pay the monetary equivalent of the conditioned item to the beneficiary. Although jurists and legal scholars have not discussed this view, because it rests on sound reasons it can be considered a legitimate and well-founded position on the matter.

### **Conclusion**

Concerning the remedy for the conditioned item's becoming vested in a third party within the marriage contract, despite the silence of some jurists, a review of existing views reveals two positions:

A. The view denying any remedy for impossibility of a condition to perform in the marriage contract: According to this view, held by some Imami jurists who rely on grounds such as consensus, the principle of obligation (*aṣl al-luzūm*), the principle of precaution (*aṣl al-iḥtiyāt*), and the devotional (*'ibādī*) nature of the marriage contract, departing from the contract's essential nature, in the event of impossibility of a condition to perform, the right of rescission—which is the customary remedy for breach or impossibility of a condition in other contracts—is denied for the marriage contract. The majority of Sunni jurists likewise generally consider conditions to perform acts that are outside the contract's essential terms to be void and ineffective; according to



this group, by parity of reasoning the case of impossibility of a condition to perform in marriage lacks a remedy. Each of these grounds, however, can be critiqued.

B. The view that the option (khiyār) exists as the remedy for impossibility of a condition to perform in the marriage contract: Some, basing their position on rational grounds and the juristic maxim *lā ḍarar* (no harm), treat the remedy for impossibility of a condition to perform in marriage like other contracts—i.e., destabilization of the contract and creation of a right of rescission for the beneficiary. However, first, the reasons of this group face objections, and second, the special status of marriage relative to other contracts prevents application of some general contractual rules to marriage.

After examining and critiquing both views, the present study concludes that in the event of impossibility of performance of a condition to do an act in the marriage contract where the impossibility is due to the conditioned item's having become vested in a third party (for example, a stipulation to transfer ownership of a specified property that after contract formation is found to belong to another person), because actual performance of the condition is impossible, the proper remedy for the impossibility is to obligate the obligor to pay the monetary equivalent of the conditioned item to the beneficiary.

The strength of this view lies in that, first, the principle of obligation applies both to the principal obligation (the contract) and the secondary obligation (the condition). Although full performance of the secondary obligation has become completely impossible, payment of the equivalent value prevents the obligation from falling away entirely and thereby partly secures fulfillment of the condition and the subsidiary undertaking. In addition, by the juristic rule of *maysūr* (when complete performance is impossible, that which is possible must be performed), payment of the equivalent of the conditioned item becomes obligatory. Second, this view is based on the maxim *lā ḍarar* (no harm), and the loss caused by impossibility of the condition can be partially remedied by payment of the equivalent.

**Keywords:** Marriage contract (*nikāḥ*), condition within the contract, impossibility of condition (*ta'adhdhur al-shart*), remedy, conditioned item becoming vested in a third party (*mustahiq lil-ghayr*)



## تحلیل فقهی - حقوقی ضمانت اجرای مستحقّ للغير در آمدن مشروط به ضمن عقد نکاح

مهدیه غنی‌زاده \*

حمید مسجdsرایی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۲۵

Doi: 10.30497/flj.2025.248485.2201

### چکیده

شروط ضمن عقد نکاح از جمله ابزارهای فقهی - حقوقی لازم برای تأمین حقوق زوجین و تحقق اراده آنها در بسط آثار عقد به شمار می‌آیند. یکی از مسائل موجود در این زمینه، بررسی ضمانت اجرای تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح است که پس از انعقاد عقد به واسطه مستحقّ للغير در آمدن مشروط به، عمل به آن ناممکن شود. سؤال اصلی تحقیق آن است که اگر زوج، ضمن عقد ازدواج متعهد شود که مالکیت ملک معین را به زوجه منتقل کند، ولی پس از ازدواج مشخص شود که مشروط به (ملک معین) در مالکیت رسمی ثالث قرار دارد و اجرای شرط غیرمقدور باشد، در چنین حالتی، ضمانت اجرای شرط مذکور چیست؟ این مسئله محل اختلاف میان فقها و حقوق‌دانان است؛ به نحوی که برخی به طور کلی، مسئله ضمانت اجرای تعذر شرط ضمن عقد نکاح را مسکوت گذارده، و در مقابل گروهی که در این مسئله اظهار نظر کرده‌اند، دو قول متقابل را اختیار کرده‌اند. برخی از آنان تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح را به نحو کلی فاقد ضمانت اجرا به شمار آورده، و برخی دیگر، ضمانت اجرای تعذر شرط را تزلزل عقد و ایجاد حق فسخ برای مشروط له دانسته‌اند. با توجه به مبتلا به بودن مسئله و عدم تبیین دقیق آن از سوی پژوهشگران، مقاله حاضر به شیوه توصیفی - تحلیلی، ضمن واکاوی در اقوال فقهی فریقین، استدلال‌های هر دو دیدگاه را مطرح، و آنها را نقد و واکاوی کرده است. یافته‌های پژوهش حاکی از اتخاذ دیدگاهی نو در این مسئله است؛ با این بیان که در فرض تعذر شرط به واسطه مستحقّ للغير در آمدن مشروط به می‌توان بر لزوم تأدیه معادل مشروط به قائل شد. فقها و حقوق‌دانان درباره این دیدگاه بحث نکرده‌اند؛ اما در این مسئله، این دیدگاه به دلیل برخورداری از دلایل متقن می‌تواند موجه به شمار آید.

**کلیدواژه‌ها:** تعذر شرط، شرط ضمن عقد، ضمانت اجرا، عقد نکاح، مستحقّ للغير.

۱. (نویسنده مسئول) استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.

m.ghanizadeh@qom.ac.ir

masjedsaraei@semnan.ac.ir

۲. استاد گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران.

## مقدمه

یکی از قواعد و ضوابط کلی حاکم بر نکاح، جواز انعقاد آن به نحو مشروط است؛ به گونه ای که طرفین عقد مجاز به آوردن هر شرط مشروعی در ضمن عقد هستند (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷، ص ۱۶۴؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۶۴). آن گونه که در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی نیز این حق از جانب قانونگذار به رسمیت شناخته شده است. حال، در فرضی که ضمن عقد نکاح، شرطی مبنی بر انتقال مالکیت ملک معینی به زوجه آورده شود و پس از انعقاد عقد، مشخص شود که مشروط به (ملک معین) تحت مالکیت شخص ثالث قرار دارد، با توجه به آنکه اجرای شرط مزبور عملاً غیرمقدور شده است، مطابق قول فقها چنین شرطی باطل خواهد بود؛ اما مبطل عقد به شمار نمی رود (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص ۷۵۲؛ سبزواری، بی تا، ص ۵۶۴). فقها شروط غیرمقدوری را که ضمن عقد آورده شود، شروطی باطل دانسته اند که درعین حال، مبطل عقد به شمار نمی روند؛ اما درباره ضمانت اجرای بطلان چنین شرطی، در فرضی که ضمن عقد نکاح ذکر شده باشد، نص و تصریح قانونی خاصی وجود ندارد و قانونگذار این مسئله را به سکوت برگزار کرده است.

به عبارت دیگر، طرح بحث را در قالب این سؤال می توان بیان کرد که اگر زوج، ضمن عقد ازدواج در قسمت سایر شروط از دفترچه رسمی نکاح، زوج متعهد شود مالکیت ملک معین را به زوجه منتقل کند، ولی پس از ازدواج مشخص شود که مشروط به (ملک معین) در مالکیت رسمی ثالث قرار دارد و اجرای شرط غیرمقدور است، در چنین حالتی ضمانت اجرای شرط مذکور چیست؟

واکاوی در منابع و مصادر موضوع تحقیق، حاکی از این مطلب است که در میان فقها به رغم اینکه اغلب آنان متعرض این مسئله، یعنی ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل حقوقی ضمن عقد نکاح و تعذر آن نشده اند، برخی از فقهای امامیه به صراحت آن را فاقد ضمانت اجرا به شمار آورده اند (صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۰، ص ۳۶۶؛ فیاض، بی تا، ج ۵، ص ۲۸۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۵۹). در میان اهل تسنن نیز جمهور فقها اساساً شرط فعل

ضمن عقد نکاح را که جزء لاینفک مقتضای عقد به شمار نرود، حتی در فرضی که خلاف مقتضای عقد نیز نباشد، لغو و بی اثر دانسته‌اند (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۱۲۵-۱۲۳؛ شافعی، ۱۴۰۰ق، ج ۵، ص ۷۹؛ دسوقی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۶؛ ابن عبدالبر، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۴۴۳؛ سابق، ۱۳۹۷، ج ۵۲). برای نمونه، این دسته از فقها چنانچه شرطی مبنی بر حسن معاشرت با زن یا اتفاق مرد بر او ذکر شود، شرط را صحیح و لازم‌الاجرا می‌دانند؛ اما در غیر این صورت، حتی اگر شرط، خلاف مقتضای عقد نباشد، آن را لغو و بی اثر می‌شمارند. درمقابل برخی از فقهای اهل سنت و نیز برخی از حقوق‌دانان و محققان، ضمانت اجرای تخلف از شرط مزبور و تعدّر آن را ایجاد حق فسخ برای مشروطّ له می‌دانند (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۴۴۸؛ فوزان، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۳۴۶؛ توجیری، ۱۴۳۰، ج ۴، ص ۳۸؛ زحیلی، بی تا، ج ۴، ص ۳۰۵۹-۳۰۶۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۱۹۴، ۲۲۸؛ امیرخانی و جوان، ۱۳۹۷).

به نظر می‌رسد می‌توان درخصوص فرض پیش گفته، یعنی مستحقّ للغير درآمدن مشروطّ به در عقد نکاح، دیدگاهی متفاوت با دیدگاه برخی از فقها و حقوق‌دانان مطرح کرد؛ ازاین‌رو با توجه به ضرورت بررسی مسئله، پژوهش حاضر می‌کوشد تا به تبیین ضمانت اجرای تعدّر شرط فعل حقوقی ضمن عقد نکاح بر مبنای مبانی فقهی و قواعد حقوقی و به تبع آن ضمانت اجرای مستحقّ للغير درآمدن مشروطّ به ضمن عقد نکاح بپردازد.

### پیشینه تحقیق

درخصوص مسئله حاضر یعنی ضمانت اجرای مستحقّ للغير درآمدن مشروطّ به ضمن عقد نکاح پژوهش مستقلی صورت نگرفته است؛ اما مواردی مشابه در این زمینه وجود دارد که در این بخش به بررسی اجمالی هر یک و تبیین وجه تمایز پژوهش حاضر با مقالات موجود می‌پردازیم.

امیرخانی و جوان در پژوهشی با عنوان «امکان‌سنجی فسخ نکاح در فرض تخلف از شرط فعل در فقه اسلامی» (۱۳۹۷)، پس از بررسی آراء فقهای مذاهب اسلامی درخصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل ضمن عقد نکاح به این نتیجه دست یافته‌اند که طبق قواعد عمومی



قراردادها که مبتنی بر اصول و بنائات عقلایی است، در عقد نکاح نیز خیار اشتراط به واسطه تخلف از شرط فعل همچون تخلف از شرط صفت، ثابت است. تفاوت پژوهش مزبور با پژوهش حاضر در آن است که در این پژوهش آن گونه که در ادامه خواهد آمد، دیدگاه پیش گفته نقد خواهد شد و برخلاف آن دیدگاهی مبتنی بر عدم ثبوت خیار فسخ نسبت به عقد نکاح به واسطه تعدر شرط یا تخلف از آن بیان خواهد شد.

در پژوهشی دیگر، با عنوان «تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح» (محقق داماد، ۱۳۶۴)، محقق پس از ذکر اقسام شرط و خصوصیات شرط ضمن عقد نکاح به نحو مختصر به ضمانت اجرای شرط فعل ضمن عقد نکاح نیز اشاره کرده است؛ بدین نحو که اگر الزام به شرط فعل ضمن عقد نکاح ممکن نباشد، نمی توان قائل به ثبوت حق فسخ شد. تفاوت پژوهش مزبور با پژوهش حاضر در این است که اولاً در این پژوهش به نحو اختصاصی به ضمانت اجرای تعدر شرط فعل ضمن عقد نکاح پرداخته خواهد شد؛ ثانیاً، اگرچه خیار فسخ به عنوان ضمانت اجرا در این فرض نفی می شود، لزوم تأدیه معادل مشروط به، ضمانت اجرایی است که در پژوهش حاضر برخلاف پژوهش سابق بدان پرداخته خواهد شد.

در پژوهشی دیگر تحت عنوان «شروط ضمن عقد نکاح، بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت» (میرشمسی، ۱۳۸۷)، محقق پس از ذکر اقسام شرط ضمن عقد نکاح و شرایط صحت هریک، درخصوص شرط فعل، در فرض آنکه مشروط علیه (زوج) به شرط وفا نکند، صرفاً الزام او به تعهد را جایز شمرده و حتی عدم تمکین زوجه در آن مورد خاص را عامل نشوز او به شمار نیاورده است؛ حال آنکه در پژوهش حاضر، بحث از تعدر شرط است و آنچه مسلم است اینکه در فرض تعدر شرط، الزام مشروط علیه به اجرای تعهد موضوعیت نمی یابد؛ از این رو پژوهش حاضر با پژوهش مزبور تفاوت اساسی دارد و هریک درصدد بیان مسئله ای مجزا هستند.

در پژوهشی دیگر با عنوان «بازخوانش اعتبار و تضمین شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق و روان شناسی» (ملائی، ۱۴۰۳ش)، نویسنده تخلف از شرط ضمن عقد نکاح را عامل

عدم نفوذ آن دانسته است؛ به نحوی که زوجه، حق تنفیذ نکاح مجدد زوج را خواهد یافت و در فرض عدم تنفیذ زوجه، نکاح دوم باطل خواهد بود. ادعای مقاله عجیب است؛ اما تفاوت مقاله حاضر آن است که تزلزل نکاح به واسطه تخلف از شرط یا تعذر آن را نمی پذیرد، بلکه دیدگاهی نو را در فرض تعذر شرط ارائه می کند.

### ۱. اقوال فقها و ادله آنها

درباره مسئله حاضر، یعنی تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح، به نحو کلی دو دیدگاه قابل طرح است: دیدگاه نخست، دیدگاه عدم ضمانت اجرا در این مسئله است؛ دیدگاه دوم، ثبوت خیار به عنوان ضمانت اجرای تعذر شرط است. البته به نظر می توان دیدگاه دیگری نیز در این مسئله طرح کرد و آن الزام مشروط علیه به پرداخت معادل مشروط به متعذر است؛ از این رو هر یک از این اقوال و ادله آنها را بررسی می کنیم.

#### ۱-۱. دیدگاه نخست: عدم ضمانت اجرای تعذر شرط فعل

برخی از فقهای امامیه، تخلف از شرط فعل ضمن عقد نکاح و تعذر آن را فاقد ضمانت اجرا دانسته اند (صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۰، ص ۳۶۶؛ فیاض، بی تا، ج ۵، ص ۲۸۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۵۹). البته ایشان در مقام استدلال صرفاً حق فسخ را به عنوان ضمانت اجرای تعذر شرط یا تخلف از شرط، در خصوص نکاح نفی کرده اند و متعرض ضمانت اجرای دیگری نیز نشده اند؛ از این رو به نظر می رسد از دیدگاه ایشان، تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح، فاقد ضمانت اجرا است و به تبع آن از دیدگاه ایشان در مسئله حاضر، یعنی فرضی که انتقال مالکیت ملک معینی به زوجه، شرط شده باشد و اجرای آن به واسطه مستحقّ للغير درآمدن مشروط به متعذر شود نیز تعذر شرط، فاقد ضمانت اجرا به شمار خواهد رفت. از سوی دیگر، جمهور فقهای اهل سنت نیز به نحو کلی شرط فعلی که خارج از مقتضیات ذات عقد باشد همچون فرض حاضر یعنی شرط تملیک ملک معین به زوجه را شرطی لغو و بی اثر می دانند (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۱۲۵-۱۲۳؛ شافعی، ۱۴۰۰ق، ج ۵، ص ۷۹؛ دسوقی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۶؛ ابن عبدالبر، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۴۴۳؛ سابق، ۱۳۹۷ق، ج ۲، ص ۵۲). به تعبیر دیگر، از دیدگاه این دسته از فقها، تعذر شرط به طریق اولی، فاقد ضمانت اجرا است. در این بخش

درصد بررسی میزان اعتبار این دیدگاه از دریچه سنجش میزان اعتبار ادله این دیدگاه هستیم.

### ۱-۱-۱. ادله دیدگاه عدم ضمانت اجرای تعذر شرط فعل

فقهایی که تخلف از شرط فعل ضمن عقد نکاح و تعذر آن را فاقد ضمانت اجرا دانسته‌اند، برای اثبات مدعای خویش به ادله‌ای چون اجماع و ماهیت عقد نکاح و اصل احتیاط تمسک جسته‌اند که در ذیل به بررسی میزان اعتبار هر یک از این ادله می‌پردازیم.

#### دلیل نخست: اجماع

به منظور اثبات مسئله حاضر می‌توان به قول برخی از فقها استناد کرد که در خصوص عدم ثبوت خيار تخلف شرط در عقد نکاح، ادعای اجماع کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص ۱۸۵)؛ بنابراین می‌توان گفت با توجه به آنکه تعذر شرط نیز در واقع نوعی تخلف قهری است، از دید این گروه از فقها، در فرض تعذر شرط ضمن عقد نکاح نیز خيار فسخ به عنوان ضمانت اجرایی که در فرض تخلف و تعذر شرط در سایر عقود حاصل می‌شود، در عقد نکاح منتفی خواهد بود.

چنین استدلالی موجه و مقبول به شمار نمی‌رود؛ از آن جهت که درباره ادعای اجماع در خصوص عدم ثبوت خيار تخلف از شرط در عقد نکاح باید گفت با توجه به آنکه برخی از فقها در خصوص تخلف از شرط وصف در این عقد، قائل به ثبوت خيار شده‌اند (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۳۰، ص ۳۶۶؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۵۹؛ یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۲۹). ادعای اجماع بدین نحو که به طور کلی، خيار تخلف شرط در نکاح راه ندارد، صحیح نیست.

در خصوص عدم ثبوت خيار تخلف و تعذر شرط فعل به نحوی دیگر، شاید بتوان ادعای اجماع کرد؛ از آن جهت که فقها در این باره یا مسئله ضمانت اجرای تخلف یا تعذر شرط فعل ضمن نکاح را مسکوت گذارده‌اند یا آنکه صراحتاً در این مورد، ثبوت خيار را نفی کرده‌اند (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۳۰، ص ۳۶۶؛ فیاض، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۸۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۵۹). علاوه بر آن، چه بسا سکوت گروه اول نیز ناشی از مفروض دانستن مسئله یعنی عدم ثبوت خيار در عقد نکاح در غیر موارد منصوص شرعی نزد آنان باشد؛ از این حیث،

شاید بتوان عدم ثبوت حق فسخ در فرض تخلف یا تعدّر شرط فعل ضمن عقد نکاح را مبتنی بر اجماع تلقی کرد.

### دلیل دوم: اصل لزوم

برخی از فقها عدم ثبوت خيار در عقد نکاح را مبتنی بر ماهیت خاص این عقد و موقعیت ممتاز آن نسبت به سایر عقود دانسته‌اند. با این بیان که اهمیت بقاء و ثبات نهاد خانواده نزد شارع به اندازه‌ای است که انحلال آن را صرفاً تحت چهارچوب مشخص و محدودی پذیرفته است و در غیر موارد منصوص شرعی همچون عیوب خاص یا تدلیس، اصل را بر لزوم عقد نکاح قرار داده است (موسوی خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۳۷۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص ۱۸۵). به عبارت دیگر، شارع به دلیل نقش بنیادین نکاح در سامان‌دهی مناسبات خانوادگی و اجتماعی، این عقد را از عمومات و قواعد حاکم بر سایر قراردادها، از جمله قاعده تزلزل عقد به واسطه عدم اجرای شرط ضمن عقد، استثناء کرده است؛ بنابراین، خيار فسخ که در سایر عقود به عنوان ضمانت اجرای متعارف تخلف از شرط تلقی می‌شود، در نکاح جایی ندارد؛ زیرا شارع، اراده‌ای بر انحلال عقد نکاح به سبب چنین تخلفاتی ندارد. در خصوص این استدلال باید گفت موقعیت ویژه و ممتاز نکاح از منظر شرع، امری غیر قابل اغماض است از آن جهت که در روایات مبین حق فسخ نکاح صرفاً از مواردی خاص به عنوان اسباب انحلال یاد شده است، در حالی که هیچ ذکری از امکان فسخ به علت تعدّر شرط فعل یا تخلف از آن در این روایات به چشم نمی‌خورد. این سکوت، با عنایت به کثرت روایات و دقت شارع در بیان احکام نکاح، نشان‌دهنده عدم پذیرش خيار در غیر موارد منصوص است و چنین امری بیانگر موقعیت ممتاز نکاح نسبت به سایر عقود است که شارع به فسخ آن جز تحت شرایط خاص راضی نشده است و در نتیجه پاره‌ای از قواعد حاکم بر قراردادها را در خصوص نکاح، نقض کرده است.

درباره اصل لزوم در عقد نکاح ممکن است چنین ایراد شود که اصل در فرضی، قابل تمسک است که دلیلی برخلاف آن وجود نداشته باشد؛ حال آنکه در مسئله حاضر، عموماتی چون «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود»، اقتضای لزوم وفای به شرط را دارد؛ از این رو

در صورت تخلف از شرط، تخلف از مفاد عقد نیز محقق شده است و قاعدتاً باید ضمانت اجرایی داشته باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۶، ص ۱۰۲-۱۰۳). در پاسخ به این نقد باید گفت در این موضع ما با دو اصل مواجه هستیم: یکی اصل لزوم عقد نکاح و دیگری اصل لزوم وفای به شرط. هر دو اصل نیز مستند به ادله عام همچون «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» هستند. به تعبیر دیگر، عمومات مزبور به همان میزان بر لزوم وفای به شرط دلالت دارند که بر لزوم وفای به عقد؛ از این رو نمی‌توان با تمسک به این عمومات، یکی از این دو حکم را بر دیگری ترجیح داد. در نتیجه اصل لزوم را در این موضع نمی‌توان دلیلی برای اثبات عدم خیار فسخ نسبت به عقد نکاح در فرض تعدّر شرط یا تخلف از آن به شمار آورد.

### دلیل سوم: اصل احتیاط

برخی از فقها بر این عقیده‌اند که از دیدگاه شرع در عقد نکاح، بنابر احتیاط است و به مقتضای احتیاط نمی‌توان نکاح را به راحتی به هم زد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۶، ص ۱۰۲). به دیگر تعبیر، با توجه اهمیت عقد نکاح و با عنایت به انحصار شرعی انحلال عقد نکاح به تعیین موارد خاص همچون عیوب معینه و تدلیس، در خصوص خیار فسخ در این عقد، لازم است به قدر متیقن یعنی موارد منصوص اکتفا شود و در بقیه موارد مطابق احتیاط بر لزوم عقد حکم شود. ممکن است عدم ثبوت حق فسخ را در خصوص عقد نکاح با توجه به اصل لزوم رعایت احتیاط در این مورد، اثبات کرد؛ اما در عین حال، باید در نظر داشت که درباره لزوم عمل به تعهد و شرط، ادله‌ای چون «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود»، جاری است که با عنایت به این ادله نمی‌توان به اصل عملی تمسک کرد و در خصوص عمل به شرط، برائت را جاری دانست و به تعبیر دیگر با توجه به عمومات فوق، نمی‌توان در این موضع، تعدّر شرط را به نحو کلی، فاقد ضمانت اجرا به شمار آورد.

### دلیل چهارم: ماهیت عبادی عقد نکاح

گروهی از فقها در خصوص ماهیت عقد نکاح، با این استدلال که نکاح، معاوضه محض نیست، شائبه عبادی بودن عقد را در خصوص نکاح مطرح کرده‌اند (معیر محمدی، گلی شیردار، بیانی، ۱۴۰۳، ص ۷-۲۸) و با عنایت به آنکه در عبادات، خیار فسخ منتفی است، در خصوص عقد

نکاح نیز در فرضی که شرط ضمن عقد متعذّر شود، ثبوت حق فسخ را نفی کرده‌اند (فاضل موحّدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۶۰).

این استدلال از آن جهت با اشکال روبه‌روست که نکاح را نمی‌توان در زمره عبادات به شمار آورد؛ زیرا ازسویی قصد قربت که شرط صحت عبادت است، در آن شرط نیست؛ ازسوی دیگر برخلاف عبادات که در آن حق فسخ و خیار وجود ندارد، در نکاح در پاره‌ای موارد همچون عیوب و تدلیس، خیار فسخ وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۶، ص ۱۰۳).

### دلیل پنجم: خروج از مقتضای عقد

برخی از فقها، بی‌اثر بودن شرط فعل را در فرضی دانسته‌اند که جزء مقتضای عقد به شمار نرود؛ ازاین‌رو شرطی را که خارج از مقتضای عقد باشد، لغو و فاقد ضمانت اجرا به شمار آورده‌اند. به تعبیر دیگر، از دیدگاه این دسته از فقها، شرط ضمن عقد نکاح در فرضی لازم‌الاجراست و تخلف از آن واجد ضمانت اجرا است که صرفاً بر مقتضای عقد تأکید کرده باشد؛ مثلاً در جایی که ضمن عقد، لزوم انفاق بر زن، شرط شده باشد؛ اما در جایی که شرط ضمن عقد، جزء مقتضیات عقد نباشد، لازم‌الاجرا نیست و تخلف از آن فاقد ضمانت اجرا خواهد بود؛ مثلاً در جایی که زن بر مرد، شرط کند که پس از ازدواج، او را از شهرش خارج نکند، از آنجاکه این شرط از مقتضیات عقد به شمار نمی‌رود، عمل به آن بر مرد واجب نیست (سابق، ۱۳۹۷، ج ۲، ص ۵۱-۵۲).

این در حالی است که عدم‌تلازم شرط با مقتضای عقد را نمی‌توان دلیلی بر بطلان شرط پنداشت. خروج از مقتضای عقد، عامل بطلان شرط نیست، بلکه مطابق قاعده لزوم وفای تعهد، شرط، لازم‌الاجراست؛ مگر آنکه دلیلی چون مخالفت با مقتضای عقد یا مخالفت با نصوص شرعی بر بطلان آن دلالت کند.

همچنین بر مبنای قاعده تبعیت عقد از قصد و اصل آزادی اراده، طرفین عقد، مجازند تا در چهارچوب حدود شرعی بر شروطی توافق کنند؛ اگرچه آن شروط، داخل در مقتضای عقد نباشد. اساساً ذکر مقتضای عقد، ضمن شرط را صرفاً می‌توان از باب تأکید تلقی کرد، بدون

آنکه ثمره و فایده خاصی بر آن متصور باشد؛ زیرا بدون آوردن شرط نیز عقد بر مقتضای خویش دلالت دارد.

برخی بر لغو بودن شروط خارج از مقتضای عقد چنین استدلال آورده‌اند که این شروط در زمره شروطی نیست که شرع بر آن تصریح کرده است؛ از این رو فاقد اثر به شمار می‌روند (توجیری، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص ۳۸). این دسته از فقها، به منظور اثبات مدعای خویش به روایتی از پیامبر گرامی اسلام استناد کرده‌اند که در آن چنین آمده است: «کل شرط لیس فی کتاب الله فهو باطل وان کان مائه شرط» (ابن ماجه، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۱۴۴)؛ اما به نظر می‌رسد منظور از «ما لیس فی کتاب الله»، شروطی است که با احکام قطعی شرعی منافات دارند (ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۹۳)، نه صرفاً هر شرطی که صراحته در قرآن نیامده باشد. چنانچه عمومات مذکور در قرآن کریم چون «اوفوا بالعقود» (مائده/۱)، دلالت واضحی بر لزوم وفای عموم عهد و پیمانی دارد که در بین افراد جاری است، مگر آنچه دلیل متقنی بر بطلان آن باشد.

همچنین برخی لغو و بی‌اثر بودن شروطی خارج از مقتضای عقد را از آن جهت می‌دانند که این شروط، عاملی برای محدود ساختن حق و اختیار است که شرع به زوج اعطا کرده است (جندی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص ۱۸۳؛ ربیع، ۱۴۳۲ق، ج ۴، ص ۱۸۶). این در حالی است که در فقه اسلامی، بسیاری از اختیارات و حقوق شرعی، قابل اسقاط یا تحدید از طریق قرارداد هستند، مشروط بر آنکه مخالفت صریح با نصوص شرعی یا مقتضای عقد نداشته باشند؛ همچنین مطابق عمومات دال بر لزوم وفای به عهد، تعهد به شرطی که برخاسته از اراده و توافق آزاد دو طرف است، الزام‌آور تلقی می‌شود، حتی اگر به نحوی در مقام اجرا دامنۀ اختیار یکی از طرفین را محدود کند.

## ۲-۱. دیدگاه ثبوت خیار به عنوان ضمانت اجرای تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح

چنانچه بیان شد در فرضی که شرط فعلی، ضمن عقد نکاح آورده شود درحالی که عمل کردن به آن، متعذر و ناممکن باشد، برخی از اهل سنت و همچنین گروهی از محققان و حقوق دانان، ضمانت اجرای تعذر این شرط را ثبوت حق فسخ برای مشروط له دانسته‌اند (ابن قدامه،

۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۴۴۸؛ فوزان، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۳۴۶؛ توجیری، ۱۴۳۰ق، ج ۴، ص ۳۸؛ زحیلی، بی تا، ج ۴، ص ۳۰۶۰ - ۳۰۵۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۱۹۴ و ۲۲۸؛ امیرخانی و جوان، (۱۳۹۷). از سوی دیگر، چنانچه به واسطه سکوت قانونگذار در این مورد خاص، جهت تبیین مسئله به قواعد عمومی قراردادها رجوع کنیم، در ماده ۲۳۹ قانون مدنی، به نحو کلی ضمانت اجرای شرط غیرمقدور چنین بیان شده است: هرگاه اجبار مشروطٌ علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او انجام دهد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت. همچنین مطابق ماده ۲۴۰ قانون مدنی، اگر پس از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. در نتیجه مطابق قواعد عمومی حاکم بر قراردادها نیز در فرض عدم تحقق شرط ضمن عقد نکاح، برای مشروطٌ له، حق فسخ عقد را به وجود می آورد؛ بنابراین در این بخش برآنیم میزان اعتبار دیدگاه مبنی بر ثبوت خیار تعدّر شرط فعل ضمن عقد نکاح و ادله آن را بررسی کنیم.

#### ۱-۲-۱. ادله دیدگاه ثبوت خیار

دیدگاه ثبوت خیار در قبال تعدّر شرط فعل ضمن نکاح بر ادله ای چون بنای عقلا و قاعده لا ضرر، استوار است که در ذیل هر یک از این ادله را بررسی خواهیم کرد.

#### دلیل اول: بنای عقلا

یکی از ادله ای که برای اثبات حق فسخ در فرض تعدّر شرط فعل ضمن عقد نکاح بیان شده است، بنای عقلا است. با این بیان که در فرضی که عقد نکاح به نحو مشروط آمده باشد، عقلا عمل به شرط را لازم می دانند و اساساً فقدان ضمانت اجرا در این فرض را عاملی برای الغای شرط به شمار می آورند؛ بنابراین در فرضی که مشروطٌ علیه به شرط عمل نکند و درواقع، بخشی از تعهد خویش را نادیده بگیرد، به تبع آن دلیلی برای الزام طرف دیگر بر عقد وجود نخواهد داشت. اساساً قاعده کلی حاکم بر قراردادها آن است که نمی توان فرد را ملزم به تعهد و عمل به قرارداد دانست، مگر آنکه طرف مقابل نیز به تعهد خویش عمل کند (امیرخانی و جوان، ۱۳۹۷).



این در حالی است که اولاً حجیت بنای عقلا در صورتی خواهد بود که متصل به زمان معصوم (ع) باشد و چنین سیره‌ای به تأیید ایشان رسیده باشد تا هم‌مسلك بودن معصوم با آن به اثبات رسد یا اینکه تقریر ایشان در فرض عدم‌رد این سیره، کشف شود. البته در فرضی که امکان رد و منع از جانب ایشان وجود داشته باشد (حکیم، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۹۳). حال آنکه اسباب فسخ نکاح در روایات معصومان(ع)، منحصر به موارد خاصی است که عدم‌تحقق شرط فعل در زمره این موارد نیست. به تعبیر دیگر، بیان صریحی بر این مسئله که در فرض عدم‌تحقق شرط فعل می‌توان نکاح را فسخ کرد از سوی معصوم(ع) وجود ندارد. علاوه بر آن نمی‌توان سکوت معصوم را حمل بر تقریر ایشان در این مسئله کرد؛ از آن جهت که عقد نکاح، عقدی بسیار مهم به شمار می‌رود که درباره آن تسامح و تساهل جایز نیست، بلکه نظر به مبتلا به بودن شرط فعل ضمن عقد نکاح و احتمال تعذر شرط و تخلف از آن، چنانچه چنین امری از اسباب فسخ و انحلال عقد به شمار می‌رفت، لازم بود معصوم(ع) به صراحت بیان می‌فرمود.

#### دلیل دوم: قاعده لا ضرر

دلیل دیگری که برای ثبوت حق فسخ از سوی مشروط‌له در فرض تعذر شرط بدان تمسک شده است، قاعده لا ضرر است. با این بیان که عدم تحقق شرط ضمن عقد، عاملی برای اضرار مشروط‌له به شمار می‌رود؛ لذا مطابق قاعده لا ضرر در این موضع، به منظور دفع ضرر از مشروط‌له، برای او در فرض تعذر شرط، حق فسخ ایجاد خواهد شد (نک: امیرخانی و جوان، ۱۳۹۷).

در پاسخ به این استدلال باید گفت، لزوم عقد، حکمی شرعی است که برداشتن آن نیازمند دلیل خاص است. حال آنکه درخصوص نکاح چنین دلیلی بر فرض تعذر شرط و تخلف از آن، مفقود است. علی‌الخصوص آنکه در نکاح، مقاصدی عظیم نهفته است که شارع حکیم جز در شرایط خاص، راضی به انحلال آن نیست. حال، بر فرض آنکه اضرار مشروط‌له به واسطه عدم تحقق شرط را بپذیریم، در بسیاری مواقع از جمله در فرض مسئله حاضر یعنی مستحقّ للغير درآمدن مشروط‌له به ضمن عقد نکاح، چنانچه ذکر خواهد شد، طرق دیگری برای دفع

ضرر مفروض است. در نتیجه، نظر به آنکه قواعد مربوط به عقد نکاح از قواعد آمره و مرتبط با نظم عمومی محسوب می‌شود، عقد نکاح را نمی‌توان جز در موارد منصوص و مصرح قانونی فسخ کرد و به تبع آن ثبوت حق فسخ را نمی‌توان به‌عنوان ضمانت اجرای تعذّر شرط فعل ضمن عقد نکاح به شمار آورد.

### دلیل سوم: عمومات دالّ بر لزوم شرط

برخی از فقها در فرض تخلف از شرط ضمن عقد نکاح، برای مشروطّ له حق فسخ قائل شده‌اند؛ از این جهت که مطابق عموماتی چون «المؤمنون عند شروطهم»، مشروطّ علیه، ملزم به وفای به تعهد خویش است و در فرض عدم‌وفا، نمی‌توان زن را ملزم به وفای عقد دانست؛ چراکه زن، عقد به همراه شرط را قصد کرده بود و بدان رضایت داده بود (ابن قدامه، ۱۴۰۵، ج ۷، ص ۴۴۸؛ فوزان، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۱۴۶؛ توجیری، ۱۴۳۰، ج ۴، ص ۳۸۳۴۶).

در پاسخ به این دلیل باید گفت، اولاً این عمومات صرفاً درصدد بیان لزوم وفای به عهد هستند و اساساً در مقام بیان ضمانت اجرای تخلف از عهد و شرط نیستند؛ ثانیاً حتی اگر از این عمومات، قاعده کلی تزلزل عقد بر فرض عدم‌عمل به شرط را برداشت کنیم، چنانچه بیان شد موقعیت ممتاز نکاح نسبت به سایر عقود، مانع از اجرای چنین قواعد عامی درخصوص آن خواهد بود.

### ۳-۱. دیدگاه لزوم تأدیه معادل مشروطّ به

درباره عقد نکاح، چنان‌که پیش‌تر بیان شد، از یک‌سو به‌جهت تقدّس این عقد در شریعت اسلامی و اهمیت آن از منظر شارع، اصل بر لزوم و استحکام آن است، مگر در موارد خاص و محدودی که برای انحلال آن طریق شرعی معینی مقرر شده است؛ اما از سوی دیگر، در فرضی که ضمن عقد نکاح، شرطی به نفع یکی از طرفین گنجانده شده باشد، مسئله صورت دیگری می‌یابد؛ چراکه عدم تحقق آن شرط، موجبی برای اضرار مشروطّ له خواهد بود. درحالی‌که چنین تالی فاسدی به موجب قاعده لاضرر، مردود و فاقد وجاهت شرعی است؛ از این‌رو نه عدم‌ضمانت اجرا در این مسئله، دیدگاهی منطبق با عدالت و انصاف به شمار می‌رود، نه دیدگاه ثبوت خیار تعذّر شرط با فلسفه و اغراض شرعی نکاح همخوان است. به‌نظر، لازم است در

این مسئله دیدگاه دیگری مبنی بر لزوم تأدیه معادل مشروط به مطرح کرد. چنانچه درخصوص مهریه به عنوان نوعی تعهد مالی مذکور در ضمن عقد نکاح نیز در فرض تعذر تسلیم آن از سوی زوجه، برخی از فقها قائل به لزوم پرداخت معادل آن شده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۲۹۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۸۵؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۳۷۹). همچنین قانونگذار در ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی در فرضی که مهر المسمی، مستحق للغیر درآید، پرداخت مثل یا قیمت آن را به عنوان معادل بر زوج لازم دانسته است.

حال، در مسئله حاضر یعنی جایی که ضمن عقد نکاح، شرطی مبنی بر انتقال مالکیت ملک معینی به زوجه آورده شده باشد و پس از انعقاد عقد مشخص شود که مشروط به (ملک معین) تحت مالکیت شخص ثالث قرار دارد، با توجه به آنکه ماهیت شرط ضمن عقد، یک تعهد مالی است، به نظر در صورت تعذر، تبدیل تعهد به قیمت راه حلی منصفانه و منطقی به شمار می‌رود.

### ۱-۳-۱. ادله دیدگاه لزوم تأدیه معادل مشروط به

دیدگاه لزوم تأدیه معادل مشروط به بر ادله‌ای چون اصل لزوم و قاعده لا ضرر و قاعده میسور مبتنی است که در ذیل هر یک از این ادله را بررسی خواهیم کرد.

#### دلیل نخست: اصل لزوم

در مسئله حاضر، عموماً می‌توان چون «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم»، از یک سو، اقتضای لزوم وفای به عقد و تعهد اصلی را دارند؛ از سوی دیگر، لزوم وفای به شرط و تعهد تبعی را ایجاب می‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۶، ص ۱۰۳-۱۰۲). اقتضای لزوم عقد آن است که تعذر شرط ضمن عقد را در انحلال عقد بی‌تأثیر بدانیم و قائل به لزوم وفای عقد حتی بر فرض تعذر شرط شویم. در مقابل، اقتضای لزوم وفای به شرط آن است که وقتی ضمن عقد، شرطی آورده شده، در حقیقت آنچه قصد شده، عقد به همراه شرط است؛ از این رو در فرض تعذر شرط، تخلف از مفاد عقد نیز محقق می‌شود و باید ضمانت اجرایی برای آن لحاظ کرد.

از سوی دیگر، موقعیت ممتاز عقد نکاح از منظر شرع، به نحوی است که شارع حکیم، فسخ آن را به هر طریقی روا نمی‌داند؛ بنابراین با توجه به آنکه طرق شرعی انحلال نکاح، محدود به موارد خاص است، زمانی که درباره موردی مثل فرض مسئله حاضر، یعنی تعذر شرط فعل،

دلیل خاصی برای فسخ عقد نداشته باشیم، اصل بر لزوم عقد است (موسوی خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۷۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۸۵). به تعبیر دیگر، نظر به موقعیت خاص عقد نکاح و جایگاه ویژه آن نزد شارع، امکان فسخ عقد، امری خلاف قواعد و اصول کلی حاکم بر نکاح است؛ بنابراین مطابق قاعده اقتصار بر قدر متیقن، زمانی که اصل بر عدم جواز فسخ نکاح است، باید موارد فسخ و انحلال این عقد را صرفاً شامل مواردی دانست که دلیل قطعی بر آن وجود دارد و در موارد مشکوک همچون فرض مسئله حاضر بر همان اصل عدم جواز نکاح رجوع کرد یا به تعبیر دیگر، اصل را بر لزوم عقد نکاح نهاد.

حال، وجه قوّت دیدگاه لزوم تأدیّه معادل مشروط به از آن جهت است که منطبق و همسو با اصل لزوم است. از آن حیث که ازسویی، به لزوم عقد، خلل و خدشهای وارد نمی‌سازد؛ ازسوی دیگر، اگرچه عمل به عین تعهد، متعذر است، پرداخت معادل، طریقی است جهت عدم سقوط تعهد به نحو تام. به تعبیر دیگر، در این فرض از آنجاکه ادای مشروط به، متعذر است، معادل آن به عنوان نزدیک‌ترین مصداق به عین، متعین می‌شود. درواقع در این فرض، تعهد ممکن، جایگزین تعهد معذور شده است و بدین واسطه، وفای به شرط و تعهد تبعی نیز از این طریق تأمین می‌شود.

### دلیل دوم: قاعده لا ضرر

هنگامی که عقد نکاح به نحو مشروط، منعقد می‌شود، شرط ضمن عقد، بخشی جدایی‌ناپذیر از کل قرارداد به شمار می‌رود که رضایت زوجه و زوج دقیقاً به همین کل یک پارچه یعنی اصل نکاح به همراه شرط تعلق گرفته است. حال وقتی به واسطه مستحقّ للغير درآمدن مشروط به ضمن عقد نکاح، شرط ضمن عقد نکاح، متعذر شود، تعذر شرط می‌تواند عاملی برای اضرار مشروط له به شمار رود؛ از آن جهت که تعذر شرط، مشروط له را از آن منفعت یا حقی که بر مبنای آن شرط، وارد عقد شده بود، محروم می‌سازد و این محرومیت، ضرر بالفعل به شمار می‌رود. درحالی‌که چنین تالی فاسدی، مطابق قاعده لا ضرر، محکوم است و به تبع این امر، قاعده لا ضرر در مقام دفع ضرر در این مسئله، جبران خسارت ناشی از تعذر شرط را امری،

ضروری به شمار می‌آورد (آخوند خراسانی، بی‌تا، ص ۳۸۲). حال، در مقام جبران خسارت از آنجاکه با توجه به شرایط خاص و استثنائی عقد نکاح، امکان فسخ عقد وجود ندارد، لزوم پرداخت معادل مشروط به می‌تواند راهکاری مناسب و مبتنی بر قاعده لا ضرر به نظر آید.

### دلیل سوم: قاعده میسور

مطابق قاعده میسور، در فرضی که انجام یک تکلیف به نحو تام، ناممکن شود، این امر موجب سقوط آن میزان از تکلیف که مقدور و میسور است، نخواهد شد. در حقوق مالی نیز بر مبنای این قاعده زمانی که ادای حق به نحو کامل، ناممکن باشد، ادای آن مقدار که مقدور است، واجب می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۶۵). در فرض مسئله حاضر، هنگامی که زوج، ضمن عقد نکاح، شرطی مبنی بر انتقال مالکیت ملک معینی به زوجه بیاورد، برای زوجه در خصوص این ملک، حقی ایجاد می‌شود؛ اما زمانی که پس از انعقاد عقد، مشخص شود که مشروط به (ملک معین) تحت مالکیت شخص ثالث قرار دارد، اجرای شرط مزبور و ادای حق زن عملاً غیرمقدور می‌شود. حال، از آنجاکه در این فرض، امکان تأدیه معادل مشروط به وجود دارد، تعذر تحویل عین، موجبی برای سقوط تکلیف متعهد، به تحویل معادل مشروط به نیست.

### یافته‌های پژوهش

در خصوص مسئله «ضمانت اجرای مستحق للغير درآمدن مشروط به ضمن عقد نکاح» به رغم سکوت برخی از فقها در این باره، با مرور دیدگاه‌های موجود دو دیدگاه پدیدار شد:

#### الف. دیدگاه عدم ضمانت اجرای تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح: مطابق این دیدگاه

برخی از فقهای امامیه، با استناد به ادله‌ای چون اجماع، اصل لزوم، اصل احتیاط و ماهیت عبادی عقد نکاح، خروج از مقتضای عقد، در فرض تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح، خیار فسخ را به عنوان ضمانت اجرای متعارف که هنگام تخلف از شرط یا تعذر آن در سایر عقود جاری می‌شود، در خصوص عقد نکاح نفی کرده‌اند. همچنین جمهور فقهای اهل سنت نیز شرط فعل خارج از مقتضیات عقد را به نحو کلی، لغو و بی‌اثر دانسته‌اند که مطابق قول این گروه نیز به طریق اولی، فرض تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح، فاقد ضمانت اجرا است. حال آنکه هر یک از ادله مذکور را هر دو گروه، به نحوی می‌توانند نقد کنند.

ب. دیدگاه ثبوت خیار به عنوان ضمانت اجرای تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح: برخی بر مبنای بنای عقلا و قاعده لا ضرر، ضمانت اجرای تعذر شرط فعل ضمن عقد نکاح را همچون سایر عقود، تزلزل عقد و ایجاد حق فسخ برای مشروط له به شمار آورده اند و به تعبیر دیگر، قواعد کلی حاکم بر قراردادها را در خصوص عقد نکاح نیز جاری دانسته اند. حال آنکه اولاً ادله این گروه با اشکال روبه روست؛ ثانیاً موقعیت ممتاز نکاح نسبت به سایر عقود، مانع اجرای برخی قواعد حاکم بر قراردادها در خصوص عقد نکاح می شود.

پس از بررسی دو دیدگاه فوق و نقد ادله هر یک، این نتیجه به دست آمد که در فرضی که تعذر به دلیل مستحقّ للغير درآمدن مشروط به باشد، با توجه به غیر مقدور بودن اجرای شرط، ضمانت اجرای تعذر شرط را لزوم تأدیه و پرداخت معادل مشروط به از جانب مشروط علیه بدانیم. مصداق بارز این امر، فرضی است که در ضمن عقد نکاح، شرطی مبنی بر انتقال مالکیت ملک معینی به زوجه آورده شود و پس از انعقاد عقد مشخص شود که مشروط به (ملک معین) تحت مالکیت شخص ثالث قرار دارد.

قوت این دیدگاه از آن جهت است که:

۱. ازسویی، اصل لزوم، هم نسبت به تعهد اصلی یعنی عقد و هم نسبت به تعهد تبعی یعنی شرط، اجرا شده است و اجرای تعهد تبعی به واسطه تعذر آن به نحو تام ناممکن است؛ اما تأدیه معادل مشروط به، مانع از سقوط تعهد به نحو مطلق است و از این طریق، وفای به شرط و تعهد تبعی نیز تا حدی تأمین می شود؛ ازسوی دیگر، بر مبنای قاعده میسور، زمانی که ادای حق به نحو تام، ناممکن باشد، تأدیه همان مقدار که ممکن است لازم می آید؛ از این رو در این حالت، تأدیه معادل مشروط به بر مبنای قاعده میسور، لازم می آید.

۲. این دیدگاه مبتنی بر قاعده لا ضرر است و خسارت ناشی از تعذر شرط ضمن عقد نیز به واسطه تأدیه معادل مشروط به تا حدی رفع خواهد شد.

#### منابع

قرآن کریم.

آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (بی تا). کفایه الاصول. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.

- ابن عابدین، محمدامین بن عمر (۱۴۱۲). *الدر المختار و حاشیة ابن عابدین*. بیروت: دار الفکر.
- ابن عبدالبر، یوسف بن عبدالله (۱۴۲۱). *الاستذکار*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن قدامه، عبد الله بن احمد (۱۴۰۵ق). *المغنی*. بیروت: دار الفکر.
- ابن ماجه، محمد بن یزید (۱۴۱۸). *سنن ابن ماجه*. بی جا: دار الجلیل.
- اصفهانى، ابوالحسن (۱۴۲۲). *وسيلة النجاة (مع حواشی الامام الخمينی)*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- امیرخانی، شکیبا؛ و جوان، عبدالله (۱۳۹۷). «امکان سنجی فسخ نکاح در فرض تخلف از شرط فعل در فقه اسلامی». *دوفصلنامه فقه مقارن*. ۶ (۱۲)، ص ۱۵۷-۱۸۱.
- [https://fiqhemoqaran.mazaheb.ac.ir/article\\_85797.html](https://fiqhemoqaran.mazaheb.ac.ir/article_85797.html)
- توجیری، محمد بن ابراهیم (۱۴۳۰). *موسوعة الفقه الاسلامی*. بی جا: بیت الافکار الدولیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸). *حقوق خانواده*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جندی، خلیل بن اسحاق (۱۴۲۹). *التوضیح فی شرح المختصر الفرعی لابن الحاجب*. بی جا: مرکز نجیویه للمخطوطات و خدمه التراث.
- حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی (۱۴۱۷). *العناوین الفقهیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حکیم، محمدتقی (۱۴۱۸). *الأصول العامة للفقه المقارن*. بی جا: انتشارات مجمع العالمی لأهل البيت (ع).
- خمینی، روح الله (بی تا). *تحریر الوسیله*. قم: دار العلم.
- دسوقی، محمد بن احمد (بی تا). *حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير*. بیروت: دار الفکر.
- ربعی، علی بن محمد (۱۴۳۲). *التبصره*. قطر: وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية.
- زحیلی، وهبه (بی تا). *الفقه الإسلامی وأدلته*. سوریه: دار الفکر.
- سابق، سید (۱۳۹۷). *فقه السنه*. لبنان: دار الكتاب العربی.
- سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳). *مهذب الاحکام*. قم: مؤسسه المنار.
- سبزواری، عبدالاعلی (بی تا). *جامع الأحکام الشرعیه*. قم: مؤسسه المنار.
- شافعی، محمد بن ادريس (۱۴۰۰). *الأم*. بی جا: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (بی تا). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۱). *تفصیل الشریعہ فی شرح تحریر الوسیلہ - النکاح*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).

فوزان، صالح بن فوزان (۱۴۲۳). *الملخص الفقہی*. ریاض: دار العاصمه.

فیاض، محمد اسحاق (بی تا). *تعالیق مبسوطہ علی العروۃ الوثقی*. قم: محلاتی.

قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸.

گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۳). *ہدایہ العباد*. قم: دار القرآن الکریم.

محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۴)، *تحلیلی درباره شروط ضمن عقد نکاح، نشریه حق - مطالعات حقوقی و قضایی*، ۱۰(۲)، ص ۸۲-۹۱.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح التواعد*. قم: مؤسسه آل البيت علیہم السلام.

معیرمحمدی، محمد علی؛ گلی شیردار، محمد حسن؛ بیاتی، محمد حسین (۱۴۰۳). «شرطیت قدرت پرداخت مهر در پرتو تفاوت ماهوی نکاح با سایر عقود». *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۶ (۳۴)، ص ۷-۲۸.

[https://journals.semnan.ac.ir/article\\_8695.html](https://journals.semnan.ac.ir/article_8695.html)

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق). *کتاب النکاح*. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیہ السلام.

ملائی، مهدی (۱۴۰۳). «بازخوانش اعتبار و تضمین شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق و روان شناسی». *دو فصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده*، ۲۹ ( ۸۱ )، ص ۲۶۹-۲۹۳.

Doi: 10.30497/flj.2024.244922.1933

موسوی خوانساری، احمد (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

میرشمسی، فاطمه (۱۳۸۷). «شروط ضمن عقد نکاح، بررسی و مقارنه مواردی از آن در فقه امامیه و اهل سنت». *پژوهشنامه فقهی حقوق اسلامی*، ۱(۳۰)، ص ۱۶۱-۱۸۹.

<https://sanad.iau.ir/Journal/jijl/Article/812924/FullText>

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۰ق). *حاشیه المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.