

بازاندیشی تعارض یا عدم تعارض شرط خیار با ماهیت نکاح در فقه اسلامی و حقوق ایران

سید جلال موسوی نسب*، عابدین مؤمنی**، نادر مختاری افراکتی***

چکیده

خیار شرط در معامله امری عقلایی است و منطبق حقوقی نیز آن را می‌پذیرد. باین حال، قانون‌گذار ایران در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی، شرط خیار در عقد نکاح را باطل دانسته و تصریح کرده است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...». همچنین در فقه نظام‌یافته در اندیشه‌ی فقیهان والامقام اسلام، در خصوص ماهیت نکاح اختلاف نظر وجود دارد. سؤال مطرح این است، با کدام رویکرد ماهیتی نکاح، شرط خیار را باطل دانسته‌اند؟ و آیا شرط خیار در عقد نکاح باطل است یا خیر؟ در این جستار که به روش توصیفی-تحلیلی نگارش یافته است، تلاش شده این مسئله از منظر فقهی و حقوقی بازپژوهی شود. بررسی‌ها نشان می‌دهد، با عنایت به اینکه بیان معصومانه در این خصوص وجود ندارد و ادله‌ی مقبول فقیهان نیز در این باره تعیین تکلیف نکرده است، برای اثبات تعارض شرط خیار و همچنین بطلان آن در عقد نکاح از سوی اندیشمندان فقه و حقوق دلایل اجتهادی و توجیحات حقوقی مختلفی ارائه شده است که مناقشه‌پذیر می‌باشند؛ بنابراین به نظر می‌رسد، دیدگاه تبیین ماهیتی معاملی و معاوضی نکاح ترجیح دارد و پذیرفته است. از این رو، شرط خیار با ماهیت مذکور تعارض ندارد و اندراج شرط خیار در عقد نکاح جایز و صحیح و الزام‌آور است. با توجه به فواید این امر -که به صورت کاربردی و متناسب با نیاز دنیای امروز برای هریک از زوجین می‌تواند باشد و به‌ویژه برای حمایت و رعایت مصالح زوجه است- پیشنهاد شده قانون‌گذار با نگرشی واقع‌بینانه و همچنین با ایجاد نظمی نوین در حقوق خانواده ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی را اصلاح کند.

واژگان کلیدی

حقوق خانواده، خیار تروی، شرط خیار فسخ، عقد نکاح، ماهیت عبادی نکاح، ماهیت معاوضی نکاح، نظم عمومی.

*. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (s.j.mousavinasab@ut.ac.ir).
**. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده‌ی مسئول). (abedinmomeni@ut.ac.ir).
***. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان، زاهدان، ایران (dr_mokhtariafra@theo.usb.ac.ir).

۱- مقدمه و بیان مسئله

خیار شرط، معلول شرط خیار است و مصداق شاخص خیارات تروی^۱ است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳ (الف): ۲۱۲). مراد از خیار تروی در فقه اسلامی - که از تعبیر به کاررفته در فقه مالکی است (سنهوری، بی تا م ۲، ج ۴، ص ۱۴۱) - این است که پایه و مایه‌ی آن، دادن مجال اندیشه و اخذ تصمیم نهایی درباره‌ی نقض و ابرام عقدی است که صحیح واقع شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۲، ص ۳۷۶). مسلمانان در همه‌ی مذاهب بر خیار شرط اتفاق نظر دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳ (الف): ۲۱۵). همچنین خیار شرط در معامله امری عقلانی است که مورد عمل جامعه قرار گرفته و منطق حقوقی نیز آن را می‌پذیرد. بدین جهت قانون‌گذار ایران در ماده ۳۹۹ قانون مدنی مقرر نموده است: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد» (امامی، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۴۷۱). از این رو شرط خیار در نکاح چنان‌که از ماده‌ی مذکور معلوم می‌شود ان است که در مدت معین برای مرد یا زن یا شخص ثالث حق فسخ نکاح باشد. باین حال قانون‌گذار در قسمت اول ماده ۱۰۶۹ ق. م. تصریح کرده است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...». یعنی چنین شرطی بی‌اثر است و موجب خیار نمی‌شود. با عنایت به اینکه مقنن در قانون مدنی از فقه امامیه الهام گرفته است، برای بررسی و ریشه‌یابی این مسئله ضرورت دارد، ماهیت نکاح از منظر فقهای اسلام دقیق و عمیق بازخوانی شود تا در پرتو تبیین دیدگاه ایشان نسبت به ماهیت‌شناسی نکاح، وضعیت تعارض یا عدم تعارض شرط خیار در نکاح بر اساس هر یک از ماهیت‌هایی که بحث شده است، دانسته شود.

درباره‌ی ماهیت نکاح در فقه مذاهب اسلامی تهافت آراء وجود دارد (جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ج ۷، ص ۱۰۱؛ کاسانی حنفی، بی تا: ج ۲، ص ۴۲۵؛ زحیلی، ۱۴۲۵: ج ۹، ص ۶۵۱۹). فقیهان امامیه توجیهات مختلفی در بطلان شرط خیار در عقد نکاح بیان کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۱۴۹؛ خوبی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۳۰ به بعد؛ مامقانی، بی تا: ۶۸). پاره‌ای از حقوق‌دانان نیز بر این باورند: «انحلال نکاح بی‌گمان از امور مربوط به نظم عمومی است؛ بنابراین قواعدی که در قوانین نسبت به انحلال آمده در زمره‌ی قوانین امری است» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۲۵۶). با توجه به مطالب مذکور، سؤال مطرح این است با کدام رویکرد ماهیتی نکاح، شرط خیار را باطل دانسته‌اند؟ و آیا شرط خیار در

عقد نکاح باطل است یا خیر؟ جستار حاضر با فرض اینکه با ادعای ماهیت عبادی، شرط خیار را در عقد نکاح باطل دانسته‌اند، درحالی که شرط خیار در نکاح باطل نیست، این موضوع را در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران کنکاش کرده است.

وضعیت شرط خیار در عقد نکاح با رویکرد مقاله‌ی حاضر از منظر ماهیت‌شناسی نکاح و به‌ویژه با رویکرد مطالعه‌ی تطبیقی در فقه فریقین تاکنون بررسی نشده است و همین امر اهمیت موضوع موردبحث را بیشتر نمایان می‌کند. این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای و مبتنی بر مراجعه‌ی مستقیم به منابع اصیل، معتبر و مستند نگارش یافته است و در آن سعی شده، ضمن نقد و ارزیابی نظرات مطرح‌شده، دیدگاه مترقی متناسب با نیاز دنیای امروز در این باره ارائه شود تا نارسایی‌های موجود درباره‌ی این موضوع جبران شود.

۲- تعریف مفاهیم

قبل از ورود به بحث، مطالب مختصری در خصوص مفهوم واژگان شرط خیار، ماهیت، ماهیت نکاح، عبادی و معامله بیان می‌شود که در ادامه بررسی خواهد شد.

۱-۲- مفهوم شرط خیار

شرط که جمع آن شروط است، از منظر لغت‌شناسان به الزام شیء و التزام آن در ضمن بیع و نحو آن معنا شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۷، ص ۳۲۹، ماده‌ی «شرط»؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴: ج ۱۰، ص ۳۰۵) و واژه‌ی «خیار» در لغت، اسم مصدر از اختیار است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۴، ص ۲۶۷، ماده‌ی «خیر»). برخی صاحب‌نظران حقوق درباره‌ی خیار بیان کرده‌اند: «اختیار نقض و ابرام عقد لازم است. این کوتاه‌ترین تعاریف خیار است...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ج ۳، ص ۱۸۳۹، ذیل واژه‌ی شماره‌ی ۶۷۴۱). همچنین در تعریف اصطلاحی شرط خیار مرقوم نموده‌اند: «شرطی است در عقود که به‌موجب آن، مشروط‌له در مدتی معلوم و کوتاه حق دارد که آخرین تصمیم خود را درباره‌ی ابقاء و یا اضمحلال آن بگیرد (= حق نقض و ابرام عقد). این حق را هریک از عاقدین و یا هر دو می‌توانند به نفع خود به‌وسیله‌ی شخص خود (ثالث) برقرار کنند. ثالث ممکن است نظر مشورتی بدهد و یا به‌موجب مدلول شرط خیار، رضا یا عدم رضای خود را اعلان کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۳، ص ۱۳۱).

۲-۲- مفهوم ماهیت

درباره‌ی مفهوم ماهیت گفته شده است: «هر موضوع لایشرط وجود و عدم ماهیت است. اگر موضوع حقوقی باشد، ماهیت حقوقی است، اگر ادبی باشد، ماهیت ادبی است، اگر اخلاقی باشد، ماهیت اخلاقی است، اگر دینی باشد، ماهیت دینی است، اگر فلسفی باشد، ماهیت فلسفی است و هكذا. امثله به ترتیب عبارت است از بیع، شعر، راستی، وجود: لوه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ج ۴، ص ۳۱۷۴، ذیل واژه‌ی شماره‌ی ۱۱۹۴۹؛ مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۶۸۰).

۲-۲-۱- ماهیت نکاح

«نکاح» واژه‌ای عربی است و مصدر ثلاثی از ماده‌ی «نکح، ینکح» است. در لغت به چند معنی آمده است و اهل لغت برای آن معانی متعددی را بیان کرده‌اند؛ در معنی تقابل به کاررفته است. در زبان عرب هر گاه دو کوه در مقابل یکدیگر قرار گرفته باشند، گفته می‌شود: «تَنَاحَ الْجِبَلَانِ» یعنی دو کوه در مقابل هم واقع شده‌اند. بعضی لغت‌شناسان معنای حقیقی نکاح را در کلام عرب «وَطَى» دانسته‌اند (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴: ج ۴، ص ۲۴۰؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۶۲۶). معادل انگلیسی آن در معنای لغوی sexual intercourse است (حسینی، ۱۳۸۵: ۵۳۹). معنای مذکور، قول مشهور میان اهل لغت است. بنابراین بعضی دیگر، نکاح در اصل برای «عقد» (وضع شده) است و از باب استعاره به جماع نیز گفته شده است. محال است که اول برای جماع وضع شده، سپس در عقد به استعاره باشد، «زیرا نام‌های جماع همه کنایات هستند و عرب‌ها تصریح به آن را قبیح می‌دانند و این غیرممکن است که با لفظ قبیح، از غیر قبیح تعبیر آورند و لفظی را که برای جماع وضع شده، در عقد خواندن به کار برند» (اصفهان‌ی، ۱۴۱۲: ۸۲۳). دلیل مذکور علیل است، زیرا استحسان در لغت راه ندارد. مرحوم علامه طباطبایی پس از نقل دیدگاه اخیر که نظر مرحوم راغب اصفهانی در کتاب مفردات الفاظ القرآن است، در ادامه فرموده‌اند: «این قول نیکویی است، اما باید مرحوم راغب این را هم بیان می‌نمود که منظور از عقد، علقه‌ی زوجیت است، نه عقد لفظی که میان هر مذهب و ملتی مرسوم بوده و شناخته شده است و در زمان مراسم ازدواج خوانده می‌شود» (طباطبایی، ۱۴۱۷: ج ۲، ص ۲۰۲). این سخن علمی نیست و ذوقی است و داوری ذوقی در لغت کاربرد ندارد. همچنین آن را مشترک لفظی میان عقد و وطی معرفی کرده‌اند (فیروزآبادی، ۱۴۲۶: ۲۴۶). در بیانی متفاوت گفته‌اند: «نکاح در آمیزش و عقد هر دو مجاز بوده و معنای اصلی آن مخالطه و یا انضمام است» (فیومی، بی تا: ج ۲، ص ۶۲۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۵-۶). این مطلب صحیح است.

۲-۳- مفهوم عبادی

درباره‌ی واژه‌ی عبادی - که در عبارات فقیهان و در اصطلاح فقهی واژه‌ی «العِبَادَه» است - گفته‌اند: «مفرد عبادات، مصدر عَبَدَ؛ تصرفات مشروعی که کمال محبت و ترس و خضوع نسبت به خداوند متعال را در بردارد. عبادت در لغت به خضوع در مقابل خداوند تعالی گفته می‌شود و در اصطلاح عبادت هر چیزی است که در آن نیت قربت شرط است، مانند نماز، روزه، زکات و حج» (حسینی، ۱۳۸۵: ۳۲۷).

۲-۴- مفهوم معامله

برخی اندیشمندان حقوق اسلامی درباره‌ی واژه‌ی معامله یادآور شده‌اند: «این کلمه به‌صورت جمع در فقه از اصطلاحات مسلم است و شامل هر گونه مباحث خارج از عبادات و سیاسات (احکام کیفری) است. پس شامل نکاح و ارث و ایقاعات هم است، اما معامله به‌صورت مفرد در عصر حاضر، غالباً عقد معوض مالی تملیکی است مانند بیع و صلح. ... دو قاعده را در مورد معاملات، پیوسته در نظر باید داشت:

اول - در فقه، اصل در معاملات این است که از امضائیات است.

دوم - در معاملات (به معنی اخص) اصالت عدم تعبد را باید در نظر گرفت» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۵، صص ۱۴۶-۱۴۵).

۳- تقسیم‌بندی ماهیات فقهی

در نگاه فقه‌های اسلام، ماهیات فقهی از حیث عبادی و معاملی بودن به سه قسم تقسیم شده است:

الف: عبادی محض از قبیل نماز، روزه و غیره.

ب: معاملی محض از قبیل بیع، اجاره و غیره.

ج: معاملی آمیخته به عبادت که در واقع ماهیت ترکیبی و دوگانه دارد؛ مانند نکاح.

مع الوصف، آنچه در این مجال بحث می‌شود، این است که آیا نفی جواز شرط خیار در نکاح،

یک امر منافی با ماهیت است یا یک حکم از قواعد آمره؟

۴- بیان دیدگاه‌ها و ارزیابی آنها

در ادامه دیدگاه‌های مطرح شده در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران بررسی خواهد شد.

۴-۱- تعارض شرط خیار با ماهیت نکاح

در این دیدگاه، نفی جواز شرط خیار در نکاح یک امر منافی با ماهیت تلقی شده است. از آنجاکه نکاح را با ماهیت‌های مختلف شناسانده‌اند، بر اساس هریک از ماهیت‌های بحث شده، وضعیت تعارض یا عدم تعارض شرط خیار با این ماهیت‌ها بررسی می‌شود.

۴-۱-۱- ماهیت عبادی - معاملی نکاح

در این دیدگاه ماهیتی پاره‌ای از فقیهان امامیه بر این باورند که نکاح ماهیت مرکب عبادی-معاملی دارد و به بیان دیگر، ترکیبی از عبادت و معامله است؛ بنابراین نکاح مانند بیع معاوضه‌ی محض نیست و جنبه‌ی عبادی نیز دارد (جبعی عاملی، ۱۴۲۵، ج ۷، ص ۱۰۱؛ همان، ج ۸، صص ۲۵۶-۲۵۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، صص ۱۰۵-۱۰۶؛ طباطبایی، ۱۴۲۰، ج ۱۰، ص ۴۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ج ۱ صص ۲۴-۲۵؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱، صص ۲۳-۲۴).

مرحوم علامه حلی در کتاب ارزشمند تذکره/الفقهاء، نکاح را عبادت دانسته «... ان النکاح عباده» (حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۵۸۲) و تصریح کرده‌اند: «نکاح از بزرگ‌ترین عبادات است» (همان: ۵۶۵) و در جای دیگر همان کتاب، در بحث جواز توکیل در نکاح، نکاح را عقد معاوضه دانسته، پس توکیل در آن را همانند عقد بیع جایز شمرده‌اند «... لانه عقد معاوضه فجاز التوکیل فیه کالبیع» (همان، ۶۰۱). مرحوم شهید ثانی نکاح را ملحق به اقسام عبادات، نه معاوضات قلمداد کرده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۱۲۰).

در عبارات پاره‌ای دیگر از فقیهان نیز ملاحظه می‌شود، پس از آنکه عبادت محض نبودن نکاح را یادآور شده‌اند، در ادامه افزوده‌اند: «بلکه آن یا معامله است یا اینکه جنبه‌ی معامله در آن بیشتر است» (سیوری حلی، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۳۶). از این رو در تعبیری گفته شده است: «نکاح برزخ بین معاملات و عبادات است» (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۲، قسم ۵، ص ۳).

بررسی‌های انجام‌شده در فقه نظام‌یافته در اندیشه‌ی فقهای اهل سنت نشان می‌دهد، برخی از ایشان هم برای نکاح ماهیت ترکیبی و دوگانه‌ی عبادی-معاملی قائل هستند. چنان که مرقوم نموده‌اند: «لانه عباده من وجه معامله من وجه» (ابن عابدین، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۳). بعضی فقیهان حنبلی عقد نکاح را فی نفسه شبه عبادی دانسته‌اند، چنان که تصریح کرده‌اند: «و مما یوضحه ان عقد النکاح یُشبه العبادات فی نفسه، بل هو مقدم علی نفلها و لهذا یستحب عقده فی المساجد و ینهی عن البیع فیها» (ابن قیم الجوزیه، ۱۴۳۸، م ۲، ج ۳، ص ۱۰۷).

بر اساس دیدگاه ماهیتی مذکور شرط خیار در نکاح جایز نیست، زیرا عبادات با تعلیق تعارض دارند، یعنی امکان ذاتی تعلیق ماهیات عبادی منتفی است؛ بنابراین نکاح با برخورداری از ترکیب دوگانه‌ی عبادی و معاملی جانب عبادت را ترجیح داده و تعلیق آن منتفی است. از آنجاکه سخن از عبادت بودن نکاح مطرح شده است و ماهیت نکاح با دیگر ماهیات معاملی و معاوضی متفاوت است؛ از این رو اعمال پاره‌ای موارد که در دیگر ماهیات معاملی جایز است، در نکاح جایز نخواهد بود. هم‌چنان که شرط کردن خیار فسخ در عقود لازم جایز است، ولی در عقد نکاح جایز نمی‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۱، ص ۱۴۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ج ۲، ص ۳۲).

در نقد این مطلب می‌توان گفت، اینکه در عبادات مطلقاً خیار وارد نمی‌شود، ادعایی بیش نیست، زیرا ملازمه بین عبادت و ممتنع بودن جعل خیار معلوم نیست (اراکي، ۱۴۱۹: ۶۶۷)، چون اشتراط خیار از امور ممتنع عقلی نیست تا مانع از استناد به عموم و اطلاق ادله‌ی صحت شرط (حر عاملی^۱، ۱۴۰۹: ج ۱۶: ۱۸، ح ۲) شود (خویی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۳۴؛ قبولی درافشان، ۱۳۹۶: ۵۴۳). چنان‌که اشتراط خیار در احرام از مصادیق خیار در عبادت ذکر شده است و مراد از آن این است که در حین احرام می‌تواند شرط کند (حُلنی حیث ما منعتنی) هر جا به مانع برخورد کردم از احرام خارج می‌شوم (شرط خیار). پس اگر در اثناء احرام بیمار شد، می‌تواند از احرام خارج شود (حامدی و مکارم، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۱۳۲).

مع‌الوصف، اینکه برخی از اندیشمندان حقوق اسلامی تلقی عبادی از نکاح را به شرع نسبت داده و مدعی شده‌اند که شرع اسلام، عقد نکاح را شبه عبادت تلقی کرده است و آن خاصیت عبادات را فی‌الجمله دارد، بنابراین شرط خیار در نکاح، منافی عبادی بودن عقد نکاح است و آن شرط هم فاسد است و هم مفسد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ (ب): ج ۱، ص ۲۷۲). به نظر می‌رسد تلقی عبادی از ماهیت نکاح، اجتهاد در موضوع است و چنین تلقی‌ای در هیچ آیه یا روایتی نیامده است. باید افزود نکاح از جمله قراردادهای خصوصی بین اشخاص است و از مقوله‌ی عبادات محسوب نمی‌شود (بجنوردی و عمارتی، ۱۳۹۱: ۱۲؛ مامقانی، بی‌تا: ۶۸) و به فرض آنکه عبادت محسوب شود، عبادی بودن آن مقتضی عدم اشتراط خیار در آن نیست. این امر را با دلیل نقضی می‌توان رد کرد، زیرا سایر شروط در آن جریان دارد. همچنین اگر از روایاتی که در فضیلت نکاح وارد شده است، عبادی بودن آن استنباط شود، از روایات بسیاری که در فضیلت کسب روزی حلال، آباد کردن زمین، تعاون در خیرات و نیکوکاری و امثال آنها وارد شده نیز باید عبادی بودن آن اعمال

۱- ... عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ...».

استنباط شود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ج ۲۳، ص ۷۳۴۰)؛ بنابراین استدلال یادشده مناقشه‌پذیر است و تمسک به آن برای اثبات مبطل بودن شرط خیار در نکاح موجه نیست.

درباره‌ی شرط خیار در عقد نکاح به دلیل نبود نص خاص در مسئله، برخی فقیهان در ابتدا قائل به توقف شدند (بحرانی، ۱۴۰۵: ج ۱۹، ص ۶۵) و چون بیان معصومانه در موضوع مورد بحث وجود ندارد و ادله‌ی مقبول فقیهان نیز در این باره تعیین تکلیف نکرده است، برای اثبات بطلان شرط، دلایل دیگری نیز مطرح شده است که همه‌ی آن تعلیلات خدشه‌پذیر هستند و بخاطر رعایت اختصار در ادامه بعضی از آنها بررسی می‌شود.

۴-۱-۱-۱-۴- دلایل بطلان شرط خیار در نکاح و نقد آنها

الف. اجماع: در دیدگاه مشهور، دلیل مهم فقیهان در موضوع مورد بحث اجماع است (نجفی،

۱۴۰۴: ج ۳۱، ص ۱۰۵؛ خوبی، ۱۴۱۴: ج ۲، ص ۳۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ج ۱، ص ۲۳۸ و ۲۳۹).

نقد: چنان‌که بررسی‌ها نشان می‌دهد و نیز پاره‌ای از محققان فقه اهل بیت - علیهم‌السلام - یادآوری کرده‌اند: «قبل از مرحوم شیخ به کسی که این مسئله را عنوان کرده باشد، برخورد نکردم. ولی از مرحوم شیخ به بعد، همه بطلان این شرط و خلاف مشروع بودن آن را ارسال مسلم گرفته‌اند» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ج ۲۳، ص ۷۳۳۸)، بنابراین اجماع تبعدی در این باره محقق نیست (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ج ۳، ص ۳۶۰؛ بهمن پوری و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۰۷)؛ زیرا بعد از مرحوم شیخ طوسی به وجود آمده و امری حادث است. همچنین کاشفیت آن از رأی حضرت ولیعصر (عج) محرز نیست و در واقع تسالم میان اصحاب است (خوبی، ۱۴۱۴: ج ۴۰، ص ۲؛ جنوردی و عمارتی، ۱۳۹۱: ۱۳). از این رو، اجماع ادعاشده مناقشه‌پذیر است و حجت حق نیست که مخالفت با آن جایز نباشد.

ب. شرط خیار سبب ابتذال زن می‌شود: بر اساس این استدلال، فسخ نکاح با شرط خیار به ابتذال زن منجر می‌شود و این ضرر عظیمی برای او است (حامدی و مکارم، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۳۲) و برای پیشگیری از ضرر زن و ابتذال وی، شارع مقدس برای موردی که طلاق قبل از نزدیکی واقع شود، پرداخت نیمی از مهر را به زوجه مقرر داشته است تا جبران خسارت شود (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۱۴۹؛ ابن قدامه (موفق الدین)، بی تا: ج ۷، ص ۴۳۲). نقد: ابتذال زن با فسخ نکاح بر اساس شرط، ادعای بدون دلیل است. ضمن اینکه ممکن است خیار فسخ به نفع زن شرط شده باشد. پس ابتذال زن اخص از مدعاست. همچنین پرداخت عوض نمی‌تواند جبران ابتذال باشد، در حالی که پرداخت عوض، جبران‌کننده‌ی آن تلقی شده

است. بنابراین شرط خیار، نه باعث ابتدال زن می‌شود و نه مستلزم ضرر و زیان زن است، بلکه ممکن است کانونی گرم بازاده‌ی برتر به وجود آید.

ج. مخالفت با ثبات و دوام نکاح: مطابق این استدلال، بنای نکاح بر ثبات و دوام است و حال آنکه شرط مذکور، مخالف ثبات و دوام است.

نقد: استدلال مرقوم ضعیف است، زیرا اولاً دوام عقد نکاح با تزلزل ناشی از خیار شرط جمع می‌شود، چنان که دوام مالکیت مبیع در بیع (برای مشتری) با خیارات (که متزلزل کننده‌ی عقودند) جمع می‌شود. ثانیاً با پذیرش ثبات در نکاح، باید سایر خیارات در نکاح را منع کنیم و کسی آنها را منع نکرده است. ثالثاً نکاحی که در آن خیار شرط بگذارند، ابداً خاصیت متعه را ندارد؛ برای مثال اگر قبل از اعمال خیار شرط یکی از زوجین بمیرد، حکم وراثت جاری می‌شود، حال اینکه در متعه جاری نمی‌شود. «شایان ذکر است، مذاهب چهارگانه اهل سنت نظر به اینکه خیار شرط مدت معین دارد، نکاح با خیار شرط را به‌سوی متعه سوق داده‌اند و چون متعه را منسوخ می‌دانند، قهراً چنان عقد نکاحی را باطل می‌دانند. این وضع را در فقه امامیه نمی‌توان تصور کرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۲۳۲، صص ۲۳۱-۲۳۵؛ شافعی، ۱۴۲۳: م ۳، ج ۵، ص ۹۰).

۱۱۷

در نتیجه چون دلیلی بر فساد خیار شرط در نکاح به دست نیامد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۲، ص ۲۳۲)، شرط خیار در نکاح صحیح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۹۷) و مغایرت با دوام نکاح ندارد (همان؛ حامدی و مکارم، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۱۳۵). باید افزود و قوف پاره‌ای از فقیهان در این مسئله از باب احتیاط بوده است (بحرانی، ۱۴۰۵: ج ۱۹، ص ۶۵) و در فقه اهل بیت (ع) دلیل متقنی بر نبود جریان شرط خیار در نکاح وجود ندارد (بجنوردی و عمارتی، ۱۳۹۱: ۱۳).

در پایان این بحث باید یادآور شد، آنچه از رویکرد بعضی از فقیهان والامقام در این موضوع مستفاد می‌شود، این است که اول به باطل بودن شرط خیار در نکاح فتوی داده‌اند و بعد روی آن دلیل اقامه شده است، در صورتی که پیش از آنکه فتوی بدهند، دلیلی همچون تلقی عبادی از ماهیت نکاح در خصوص آن وجود نداشته است.

۴-۱-۲- ماهیت معاملی نکاح

درباره‌ی دیدگاه ماهیتی دیگر، در ابتدا این نکته قابل ذکر است که در فقه نظام‌یافته در اندیشه‌ی فقهای والامقام اسلام نکاح در بخش معاملات واقع شده است و احدی از فقیهان آن را در بخش عبادات بحث نکرده است. همچنین بر اساس معامله بودن نکاح، تعریف‌های مختلفی برای آن بیان شده است که به دلیل رعایت اختصار، به تعریف‌هایی که بعضی از اربابان مذاهب و

فقه‌های صاحب‌نام ترجیح داده‌اند، بسنده می‌شود. در فقه اهل‌بیت (ع)، برخی فقیهان در تعریف اصطلاحی نکاح چنین گفته‌اند: «عقد لفظی مملک للوطی ابتداءً» (سیوری حلی (فاضل مقداد)، ۱۴۲۲: ج ۲، ص ۱۹۱)، «عقدی لفظی است که ابتداءً و طی را مورد تملیک قرار می‌دهد». با کمک فتاوی‌ای علما تعریف مذکور به شرح زیر توضیح داده می‌شود:

قید «عقد» بیان ماهیت نکاح است که آن را از ایقاعات جدا کرده و از معاملات محسوب می‌کند و ترکیب «عقد لفظی» احترازی است از نکاح معاطاتی. مراد از معاطات صفت عقد معوضی است که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی و یا اشاره نبوده؛ بلکه به دادن و ستدن صورت گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ (الف): ۶۶۰، ذیل واژه شماره ۵۲۸۴) و ایجاب و قبول غیر لفظی که نکاح به‌صرف رضای قلبی یا با نوشتن ایجاب و قبول یا با اشاره‌ای که دلالت بر آن دارد و رساننده‌ی نکاح است، منعقد نمی‌شود، به‌استثنای افراد لال که نکاح آنها به ایجاب و قبول غیر لفظی منعقد می‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۵۶)، ولی در عقود دیگر، معاطات و رضایت طرفین مؤثر است و نقل و انتقال به عقد غیر لفظی انجام می‌شود.

قید «مَمْلُکٌ لِلْوَطِیِّ» فصل مقوم نکاح است؛ یعنی نکاح از نظر جنس جزء خانواده‌ی عقود است و ماهیت مشترک با عقود دارد و «مَمْلُکٌ لِلْوَطِیِّ» فصل ممیز آن است و آن را از بقیه‌ی عقود متمیز می‌دهد. ترکیب «مَمْلُکٌ لِلْوَطِیِّ» بیان نوع ملکیت هم است، زیرا مالکیت بر چهار قسم است: ملک رقبه، ملک منفعت، ملک انتفاع و ملک ان یملک (سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۳۸ و ۳۳۹).

مرحوم شهید اول (قدس سره) می‌فرماید: «ملکیت در اینجا ملکیت انتفاع است، به دلیل اینکه زن اگر و طی به شبهه شود، برای او مهرالمثل است و اگر شوهر داشته باشد، برای شوهر وی چیزی نیست» (مکی عاملی، بی‌تا: ج ۱، ص ۳۴۹؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۳۸ و ۳۳۹). شایان ذکر است، هرگاه استفاده از مال یا اموال معینی به کسی اباحه شده باشد، آن شخص مالک انتفاع است و این ملک را ملک انتفاع گویند. مانند مهمان که مالک انتفاع از خوراکی‌هایی است که میزبان به او عرضه می‌کند و فرزند که مالک انتفاع از اموال پدر و مادر در حدود متعارف است و به‌هیچ‌وجه مالک منافع نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ (الف): ۶۸۵، ذیل واژه شماره ۵۴۷۴).

قید «ابتداءً» قید توضیحی است که هدف از نکاح اولاً و بالذات تملک و طی است و قید احترازی است که و طی تبعی را خارج کرده است و آن این است که مولی به تبعیت مالکیت بر رقبه‌ی کنیز اختیار نزدیکی کردن با او را نیز دارد (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ج ۳، ص ۵).

در فقه اهل سنت بعضی از فقیهان چنین گفته‌اند: «عقد یتضمن اباحه و طء» (شربینی، ۱۴۲۷: ج ۳، ص ۱۵). «نکاح عقدی است که متضمن اباحه و طی و آمیزش جنسی است». شافعی نکاح را

این‌گونه تعریف می‌کند: «نکاح سبب اباحه‌ی بُضع است» (زهری غمراوی، بی‌تا: ۳۵۹). این تعریف نارساست، زیرا اگر «سبب اباحه‌ی بُضع» باشد، ایجاد سلطنت نمی‌کند، درحالی‌که فقها گفته‌اند: «تمکین واجب است. مگر اینکه بگوییم، نکاح سبب اباحه‌ی بُضع است و وجوب تمکین از دلیل خارجی فهمیده می‌شود». از دیدگاه فقهای شافعی عقد نکاح عبادت نیست، بلکه مباح است، زیرا نکاح کافر صحیح است و اگر عبادت بود، نکاح کافر صحیح نبود (شربینی، ۱۴۲۷: ج ۳، ص ۱۵۴) و غرض از نکاح ارضای نیاز جنسی و قضای شهوت نفس است، درحالی‌که فعل عبادی و پرداختن به عبادت، عمل برای خداوند متعال است و عمل برای خداوند متعال، برتر از عمل برای نفس است؛ بنابراین نکاح از دیدگاه شافعی از اعمال دنیوی مثل بیع و مانند آن است و عبادت محسوب نمی‌شود (زحیلی، ۱۴۲۵: ج ۶، ص ۶۵۱۹). چنان‌که پاره‌ای از فقیهان شافعی مرقوم نموده‌اند: «و لایصح النکاح الا من جائز التصرف، فاما الصبی و المجنون فلا یصح منهما عقد النکاح لانه عقد معاوضه فلم یصح من الصبی و المجنون کالبیع» (فیروزآبادی، ۱۴۲۹: ج ۲، ص ۴۲۳). نکاح از غیرشخصی که جائزالتصرف است، صحیح نیست. پس عقد نکاح صغیر و مجنون صحیح نیست، زیرا عقد نکاح عقد معاوضه است، پس عقد نکاح صغیر و مجنون همانند عقد بیع صحیح نیست. از این‌رو ملاحظه می‌شود، فقها بر معاوضه بودن عقد نکاح تصریح کرده (همان: ۴۷۲) و آن را از جنس معاملات دانسته‌اند (سرخسی، ۱۴۲۱: م ۲، ج ۲، ص ۲۱۲).

فقهای احناف عقد نکاح را به‌طور جدی عقد معاوضه می‌دانند؛ یعنی تعویض بین منافع بُضع و صداق (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۵، ص ۱۵۳). از این‌رو درباره‌ی معاوضه بودن نکاح برخی از علمای مذهب حنفی با صراحت و قاطعیت در تألیفات فقهی خویش نوشته‌اند: «... و لانه (نکاح) عقد معاوضه: و هو معاوضه البُضع بالمهر، فیقتضی وجوب العوض کالبیع؛ سواء كان المهر مفروضاً (ذکرشده) فی العقد او لم یکن (= مفوضه البُضع) عندنا» (همان؛ کاسانی حنفی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴۲۵؛ سرخسی، ۱۴۲۱: م ۳، ج ۵، صص ۶۰، ۶۴ و ۹۰). نتیجه‌ی سخن اینکه جمهور فقها و مصنفان فقه اهل سنت به معاوضی و یا شبه عقد معاوضی بودن عقد نکاح اعتقاد دارند (زیدان، ۱۴۲۰: ج ۶، ص ۳۱؛ همان، ج ۷، ص ۹۳). از فقهای معاصر امامیه هم برخی عقد نکاح را معاوضی دانسته‌اند (اراکی، ۱۴۱۹: ۵۴۴-۵۴۴؛ لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۳۲). به‌بیان دیگر، از دیدگاه آنها عقد نکاح یک عقدمالی معوض است (شیروی، ۱۳۹۵: ۱۸).

باید در نظر داشت هنگامی که موجب ایجاد عقد را انشاء می‌کند، به یکی از دو صورت معاوضی یا غیرمعاوضی با طرف دوم عقد وارد قرارداد می‌شود و جمع این دو لحاظ و دو معنی که عقد هم معاوضی باشد و هم نباشد ممکن نیست، زیرا موجب با لحاظ معاوضی بودن عقد، مالی از

دارایی خود را به عوضی از طرف دوم معاوضه می‌کند و در فرض معاوضی نبودن، چنین عوضی از طرف دوم وجود ندارد و موجب عوضی از قابل نمی‌گیرد؛ مگر اینکه شرط عوض در عقد غیر معاوضی کنند که در این صورت، اصل ماهیت عقد از وضعیت غیرمعاوضی تغییر نمی‌کند، بلکه همان ماهیت غیر معاوضی خود را حفظ می‌کند و تنها شرط عوض در آن می‌شود. نتیجه اینکه ماهیت هر عقدی به جهت معاوضی بودن و معاوضی نبودن باهم جمع نمی‌شود که این مهم یکی از عناصر در شناسایی ماهیت عقد به شمار می‌آید (اسماعیل تبار، ۱۳۸۸: ۴۹).

از منظر فقهی و حقوقی در تقویت دیدگاه موافقان معاملی و معاوضی دانستن عقد نکاح (به‌ویژه اینکه با توجه به تلقی که از عقد نکاح در دنیای امروز میان اشخاص وجود دارد، دیدگاه مذکور به نظر می‌رسد به حقیقت نزدیک‌تر است)، می‌توان استدلال کرد که اشخاص برای رفع نیازهای مدنی خود در پرتو انشای عقود معاوضی اقدام می‌کنند و هر جا که بحث معاوضه است، مال هم وجود دارد. در تعریف مال گفته‌اند: «مال آن است که در عرفِ زمانِ معاوضات، بتوان آن را در معرض معاوضه درآورد. منافع، مال است. آب مال است. کار مال است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۴، ص ۳۲۷).

پس در معاوضه دو عوض باهم جابه‌جا می‌شوند که هر دو مالیت دارند. همچنین مانند عقد بیع، اجاره، وکالت، مزارعه و مضاربه که دو طرف دارد، در عقد نکاح نیز دو طرف وجود دارد. طرفین عقد نکاح زن و شوهر هستند که برای برقراری ارتباطات التذاذی عقد نکاح را انشاء می‌کنند. مهر و بضع عوضین عقد نکاح را تشکیل می‌دهند. منافع بضع مانند دیگر منافع است که با یکدیگر معاوضه می‌شوند. همان‌طور که یک زن امروزه می‌تواند به کار و حرفه‌ای اشتغال داشته باشد و مثلاً استاد دانشگاه، وکیل دادگستری و مشاور حقوقی، پزشک، معلم، پرستار، مهندس، کارمند، خیاط، آرایشگر، راننده‌ی آژانس، طراح، عکاس، نویسنده، کارگردان و بازیگر سینما و تلویزیون و غیره شود و حسب مورد به اقتضای تخصص خود منافع مالی‌اش را در قالب عقد اجاره (اجاره اشخاص) واگذار کند (مطهری، ۱۳۸۳: ج ۱۹، ص ۷۰) و با آن امرار معاش و کسب درآمد می‌کند، یکی از منفعی که به زن تعلق دارد، منافع بضع است و بضع که شرمگاه و شرمینه‌ی زن است، همانند مهر مالیت دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ج ۲، ص ۸۶۵؛ ذیل واژه شماره ۳۲۴۷). گفتنی است، در فقه، مالکیت به همه‌ی سلطه‌های قانونی (حتی مالکیت بضع) اطلاق شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ج ۴، ۳۱۵۲؛ ذیل واژه شماره ۱۱۸۵۰). از این‌رو مالک مال (در عقود) گوینده‌ی ایجاب است مانند بایع و مودع و ملحق به اینهاست، زوجه نیز در نکاح مالک بضع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۳۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۱، ص ۱۲۱) و در قالب عقد نکاح برای شرعی و قانونی شدن برقراری ارتباط التذاذی با مهر تملیک و تملک می‌شود و زوجه حق تمتع خود را به زوج تملیک می‌کند و

در ازای این مالکیت مقید بر منافع التذادی وی، مهریه خود را از شوهر دریافت می‌کند؛ بنابراین در این عمل حقوقی و در قالب عقد نکاح، مهر و بضع با یکدیگر معاوضه می‌شود و عقد نکاح از معاوضات محسوب می‌شود. بدیهی است تفاوت بین این مطلب، با این بحث که در تمدن عصر جاهلیت عرب، مهریه را ثمن زوجه می‌دانستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۷: ۱۴۳)، اظهر من الشمس است. با عنایت به مطالب مذکور و به‌ویژه تعاریف ذکر شده برای نکاح - که شرح آن پیش‌تر گذشت - ملاحظه می‌شود که در دیدگاه اخیر، ماهیت نکاح عقدی معاوضی است که جنبه‌ی حقوقی دارد و مشابه بیع است، عوضین چه مهر و بضع باشد (طوسی، ۱۳۸۸: ج ۴، ص ۳۱۰) یا به عقیده‌ی برخی زوجین باشند (نجفی، ۱۳۵۹: ج ۲، قسم ۳:۲۷)، هرچه باشد، فرقی ندارد، در این صورت شروطی که در بیع وجود دارد، در نکاح هم وجود دارد؛ بنابراین بر اساس معاملی دانستن ماهیت نکاح - چنان‌که نویسندگان این مقاله بر این باورند - می‌توان شرط خیار در نکاح قرار داد و شرط خیار با ماهیت معاملی نکاح تعارض ندارد. به بیان دیگر، با معاملی دانستن ماهیت نکاح، شرط خیار در عقد نکاح جایز است (قرطبی، ۱۴۲۴: ۳۷۶؛ ابن قدامه (موفق‌الدین)، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۵۲) و عموم و اطلاق ادله‌ی صحت شرط آن را در برمی‌گیرد و همچون سایر معاوضات شرط خیار در آن جاری و الزام‌آور است. از این‌رو، برای هر شخصی که خیار فسخ شرط شود، اختیار فسخ نکاح وجود دارد.

۴-۱-۳- ماهیت نکاح در حقوق مدنی

کتاب هفتم از جلد دوم قانون مدنی ایران به نکاح و طلاق اختصاص دارد و باینکه در باب اول آن به‌طور خاص از نکاح بحث شده است، باین حال قانون‌گذار در قانون مدنی همچون قانون‌گذار فرانسه را تعریف نکرده است. بعضی صاحب‌نظران در این باره یادآور شده‌اند، گرچه ممکن است تصور شود بدهت امر، مقنن را از تعریف بی‌نیاز نموده، اما شاید متنوع بودن آثار و نتایج نکاح و روشن نبودن ارکان و عناصر اصلی آن قانون‌گذار را از تعریف این تأسیس حقوقی مهم منصرف کرده باشد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۲۸). چنان‌که بیان شد، قانون مدنی ایران نکاح را تعریف نکرده است، اما در مواد متعددی از جمله ماده ۱۰۶۲ ق.م. به لزوم برخورداری نکاح از ایجاب و قبول که مقوم عمل حقوقی عقد است، تصریح کرده است و در مواد دیگر از جمله ماده‌های ۱۰۴۱، ۱۰۵۰، ۱۰۵۱ و ۱۰۶۸ ق.م. نیز با صراحت نکاح را عقد دانسته است.

قانون مدنی بر اساس قالب عقدی نکاح، احکام اختصاصی عقود از جمله توالی عرفی ایجاب و قبول (ماده ۱۰۶۵ ق.م)، سلامت رضا (ماده ۱۰۷۰ ق.م)، حق حبس (ماده ۱۰۸۵ ق.م) و غیره را یادآور شده است. باین حال، قانون‌گذار ایران در قانون مدنی بدون بیان توجیهی روشن از ماهیت

نکاح به تسری نیافتن همه‌ی احکام عقود به خصوص عقد نکاح به طور ضمنی تأکید کرده است؛ مانند بطلان نکاح معلق (ماده ۱۰۶۸ ق.م.) - با این فرض که تعلیق در سایر عقود، مَبطل نباشد - باطل بودن شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح (ماده ۱۰۶۹ ق.م.) و غیره (دادمرزی، ۱۳۹۳: ۹۲ و ۹۳۶). در حقوق موضوعه‌ی کشوری نکاح یک عقد مدنی به شمار می‌رود (امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۳۲۶). عقد دانسته شدن نکاح موجب می‌شود تا تعریف قانون مدنی از عقد (ماده ۱۸۳ ق.م.) بر نکاح نیز انطباق یابد. از منظر پاره‌ای از استادان حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۲۰) نکاح از عقود است که هر دو جنبه‌ی مالی و غیرمالی را دارد، زیرا از طرفی در اثر عقد نکاح مرد موظف می‌شود که نفقه‌ی زن و سایر اعضای خانواده را بپردازد و مالی را به‌عنوان مهریه به زن بدهد و از سوی دیگر، زن و مرد مکلف می‌شوند که برای تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزندان باهم همکاری کنند. بنابراین نکاح دائم اساساً یک قرارداد غیرمالی دانسته شده است، هر چند که پاره‌ای آثار مالی بر آن مترتب است. از این رو چه‌بسا قواعد معاملات (قراردادهای مالی) در مورد نکاح اجرایی نیست نمی‌توان شرط خیار فسخ قرارداد و یا آن را اقاله کرد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ص ۳۵ و ۶۷؛ شیروی، ۱۳۹۵: ۲۰؛ امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۴۴۲). همچنین ادعا شده است شرط خیار نکاح را از وضع معنوی خود خارج می‌کند و با مقتضای آن مخالف است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ج ۳، ص ۴۶۳).

در پاسخ می‌توان گفت، نکاح فی‌الجمله فسخ شدنی است، همچنان که در عیوب منصوص و تخلف از شرط صفت چنین است و همین قابلیت فسخ اجمالی، ادعای منافات شرط خیار با مقتضای نکاح را نفی می‌کند (قبولی درافشان، ۱۳۹۶: ۵۴۲). باین حال قانون‌گذار ایران در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی مقرر داشته است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صدق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد». قانون مدنی قول مرحوم ابن ادریس - قدس سره - را پذیرفته است (حلی (ابن ادریس)، ۱۴۲۸: ج ۲، صص ۵۸۴-۵۸۵) و ماده‌ی مرقوم بر اساس دیدگاه ایشان نوشته شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۱۰)، ولی مطابق قول مشهور در فقه اهل بیت - علیهم‌السلام عقد نکاح و شرط هر دو باطل است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۱، صص ۱۰۵ و ۱۰۶؛ جبعی عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۵: ج ۸، ص ۲۵۶ و ۲۵۷). چنان‌که در تألیفات حقوقی دیده می‌شود، موضع قانون‌گذار ایران در ماده ۱۰۶۹ ق.م. مبنی بر صحت عقد نکاح و بطلان شرط خیار را بیشتر حقوق‌دانان پذیرفته‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۶۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ج ۱، صص ۱۳۵ و ۱۳۶)؛ و بیان شده است: «عقد هر چند به یک انشاء واقع شده، ولی منحل به دو انشاء و تعدد مطلوب است، یکی نفس عقد و دیگری شرط

و فساد و [فساد] شرط مستلزم فساد عقد نخواهد بود» (حائری شهاباغ، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۹۳۰؛ امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۴۲۹). در پایان این بحث می‌توان به دو نکته اشاره کرد:

نکته‌ی اول اینکه بعضی حقوق‌دانان نکاح را قراردادی مهم و استثنائی دانسته‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۶۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۳۵) و هرچند نظارت دولت بر پاره‌ای از عقود (مانند نکاح یا اجاره) نظر به تشدید مصالح اجتماعی رو به افزایش است، این نظارت هرگز به تغییر هویت آن قراردادها منتهی نمی‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳ (ب): ۲۴). بنابراین اصول معاملات و معاوضات در نکاح حاکم است و احکام کلی عقود همچون جواز شرط خیار فسخ نیز در آن جاری است. نکته‌ی دوم اینکه اگرچه قرارداد نکاح منشأ تشکیل خانواده است و بقاء و تثبیت خانواده همیشه مطلوب و موردنظر قانون‌گذار بوده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۶۷)، این مهم در صورتی دفاع کردنی است که تشکیل خانواده در بادی امر، بر اراده‌ی برتر زوجین مبتنی باشد. شرط خیار موجبات تصمیم‌گیری بهتر برای تشکیل و ایجاد کانون گرم خانواده را برای زوجین فراهم می‌کند. از این رو، اگر از این منظر به شرط خیار نگریده شود، بدیهی است نه تنها با استحکام خانواده منافات ندارد، در راستای تقویت و استحکام آن نیز هست.

۴-۲- منافات شرط خیار در نکاح با نظم عمومی

در این دیدگاه پاره‌ای از حقوق‌دانان بر این باورند که انحلال نکاح بی‌گمان از امور مربوط به نظم عمومی است؛ بنابراین قواعدی که در قوانین نسبت به انحلال آمده در زمره‌ی قوانین امری است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۲۵۶) و در ادامه افزوده‌اند: «این قواعد را باید تفسیر محدود کرد؛ یعنی، به‌وسیله‌ی قیاس و استحسان نمی‌توان موجب تازه‌ای بر موارد انحلال افزود. زن و شوهر نیز حق ندارند به تراضی عقد را اقاله کنند یا در نتیجه‌ی شرط، موردی را برای انحلال نکاح پیش‌بینی کنند که در قوانین نیامده است... از این رو، شرط انفساخ نکاح یا داشتن حق فسخ برای زن نفوذ حقوقی ندارد. شرط خیار فسخ نیز خواه برای همیشه یا مدت محدود باشد، در نکاح امکان ندارد (ماده ۱۰۶۹ ق.م) (کاتوزیان، همان‌وص ۱۳۵؛ همو، ۱۳۸۰: ج ۵، ص ۱۶۲). همچنین درباره‌ی نظم عمومی یادآور شده‌اند: «قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی است که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی است و تجاوز بدان نظم را که لازمه‌ی حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، بر هم زند». در وضع همه‌ی قوانین کم‌وبیش منافع عمومی موردنظر است، ولی باید دید آیا ارتباط قانون با منافع عموم به اندازه‌ای هست که اصل حاکمیت اراده در برابر آن بی‌ارزش باشد؟ این پرسشی است که در هر زمان پاسخ آن تغییر می‌کند و دادرس باید با

ملاحظه‌ی تمام سازمان‌های اداری و اقتصادی و اخلاقی و مذهبی زمان خود حدود قواعد مربوط به نظم عمومی را معین کند (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ج ۲، ص ۱۹۰؛ جاوید و مهاجری، ۱۳۹۷: ۲۴-۲۵). از آنجاکه شرط خیار در نکاح را در زمره‌ی شروطی دانسته‌اند که برخلاف قوانین آمره است، درباره‌ی قوانین آمره گفته‌اند: «قوانینی هستند که از نظر جنبه‌ی عمومی وضع شده‌اند. این گونه قوانین برای افراد ایجاد حق نمی‌کنند و بدین جهت تحت اختیار آنها قرار نگرفته تا منتفع از آن بتواند حق خود را ساقط یا به دیگری واگذار کند. این گونه قوانین در اصطلاح حقوق دانان اسلامی حکم نامیده می‌شود. تشخیص قوانین آمره در بعضی موارد دشوار است و بدین جهت گاه نسبت به بعضی موضوعات اختلاف نظر بین حقوق دانان پیدا می‌شود. شروط خلاف قوانین آمره، خواه ضمن عقد نکاح یا عقد دیگری قرار گیرند، باطل می‌باشند» (امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۴۲۸).

در نقد این نظریه می‌توان گفت، با توجه به اینکه در این دیدگاه شرط خیار در نکاح منافی با نظم عمومی دانسته شده و در زمره‌ی قواعد آمره تلقی شده است - چنان‌که بررسی‌های به‌عمل آمده نشان می‌دهد - چون دلیلی بر بطلان آن وجود ندارد، سعی شده است تا توجیهات حقوقی برای آن بیان شود و همین امر دلالت می‌کند بر اینکه از قواعد آمره نیست و به تعبیر دیگر حکم شرعی محسوب نمی‌شود.

مطالعه‌ی تطبیقی پیشینه‌ی تاریخی این بحث در فقه اسلامی به‌روشنی نمایان می‌کند که این مسئله ریشه در فقه اهل سنت دارد و از فقه جمهور به فقه اهل بیت -علیهم‌السلام آمده است و نخستین بار مورد توجه شیخ طوسی قرار گرفته و بدین ترتیب از فقه اسلام وارد حقوق ایران شده است و همان‌طور که در سطرهای پیشین ذکر شد- نویسندگان حقوقی نیز با ادبیات و تعبیر حقوقی درباره‌ی آن اظهار نظر کرده‌اند و آنچه ما را به شایستگی به این مهم رهنمون می‌کند، این نکته است که محمدبن ادریس شافعی (۲۰۴-۱۵۰ ه.ق) از ائمه مذاهب اهل سنت (حیدر، ۱۴۲۵: م ۲، ج ۳، ص ۱۷۰ و ۱۷۱) و نخستین فقیهی است که به بطلان نکاح خیاری فتوی داده است نیز برای آن دلیل حقوقی اقامه نکرده است. وی بر این باور است که انعقاد نکاح متزلزل شده و در زمان خیار، زوجیت منعقد نمی‌شود (شافعی، ۱۴۲۳: م ۳، ج ۵، ص ۹۰). همچنین باید افزود درباره‌ی نکاح خیاری و صحت یا بطلان شرط یا نکاح مطلقاً هیچ حکمی اعم از آیه یا روایت وجود ندارد. حتی آیه‌ای که بتوان با مفهوم موافق یا مخالف و دلالت تنبیهی و اشاره‌ای حکمی از آن در این باره استنباط کرد و نیز اینکه در جوامع روایی فریقین، روایتی حتی خبر واحد ضعیف نسبت به این موضوع نقل نشده است. از این‌رو، این مسئله در زمره‌ی منصوصات شرعی نیست و چنان‌که

بیان شد، تا زمان شیخ الطائفه (قدس سره) هیچ اظهارنظری از علمای حدیث و حتی از فقیهان امامیه در این باره مطرح نشده است؛ و بدین جهت است که مرحوم شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۱۷: ج ۴، ص ۲۹۲) در این مسئله ادعای اجماع نکرده است.

درباره‌ی چگونگی نحوه‌ی استدلال بر رد نظریه‌ی مذکور، توضیح بیشتری به شرح آتی بیان می‌شود؛ در مواردی مانند بحث مبنای حق حبس زوجه چون بیان معصومانه در باره‌ی آن وجود ندارد که مطابق آن عمل شود، برای آن توجیه حقوقی نظیر تکیه بر معاوضی بودن عقد نکاح (امامی، ۱۳۷۷: ج ۴، ص ۴۵۹ و ۴۶۰) یا حق استیثاق زوجه (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ج ۳، ص ۲۴۷ و ۲۴۸) بیان شده است. همچنین می‌توان آن را از باب پیشگیری از ورود ضرر به زوجه دانست، اما در مواردی که حکمی در باره‌ی آن وجود دارد، مطابق همان حکم عمل می‌شود و اساساً مجال توجیه حقوقی نیست؛ برای مثال پرداخت نفقه زن از سوی شوهر واجب است. وجوب پرداخت نفقه‌ی زن که مبتنی بر بعضی از آیات قرآن کریم^۱ و همچنین برخی از روایات واصله^۲ است، حکم است و جزء مسلمات فقه و حقوق اسلامی نیز به شمار می‌آید. قانون‌گذار ایران هم به پیروی از حقوق اسلام در ماده ۱۱۰۶ ق.م. مقرر داشته است: «در عقد دائم نفقه‌ی زن به عهده‌ی شوهر است». بنابراین تکلیف مرد به دادن نفقه، ناشی از حکم قانون است.

همچنین می‌توان به وجوب نگهداری عده‌ی طلاق - در زوجه‌ی مدخول بها و غیر حامل - به‌عنوان یک حکم الهی اشاره کرد که در آیه ۲۲۸ سوره‌ی بقره «والمطلقات یتربصن بانفسهن ثلاثه قروء...» به وجوب رعایت آن تصریح شده است و مطابق روایات منقول از اهل بیت علیهم‌السلام به میزان سه طهر مقرر شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹: ج ۲۲، ص ۲۰۱ و ۲۰۲، ابواب العِدَّة، باب ۱۴، ج ۵، ۴، ۳). و یا وجوب نگهداری عده‌ی وفات به میزان چهار ماه و ده روز که یک حکم تبعیدی شرعی است و برای زنانی که همسرانشان فوت شده است، رعایت آن واجب است و حکم مزبور مطابق تصریح قرآن کریم «والذین یتوفون منکم و یذرون ازواجاً یتربصن بانفسهن اربعه اشهر و عشاء...» (بقره، ۲۳۴) است. قانون‌گذار ایران نیز به تبعیت از حقوق اسلام، رعایت عده حسب مورد برای زن را لازم دانسته است و در مواد ۱۱۵۱ (عده طلاق) و ۱۱۵۴ (عده وفات) قانون مدنی با صراحت آنها را بیان کرده است. بنابراین پرداخت نفقه به زن یا نگهداری عده‌ی طلاق یا وفات بر زن واجب است، چون مطابق آیه و روایت می‌باشند، یعنی حکم هستند. در موضوع مورد بحث نیز اگر شرط خیار در عقد نکاح از مقوله‌ی حکم می‌بود، می‌بایست یک دلیل از آیه یا روایت برای آن وجود می‌داشت تا مطابق دستور

۱ - نساء، ۳۴؛ بقره، ۲۳۳؛ طلاق، ۶ و ۷

۲ - بیهقی، ۱۴۲۴؛ ج ۷، ۳۸۷؛ ح ۱۵۶۹۰؛ حرعاملی، ۱۴۰۹؛ ج ۲۱: ۵۱۱-۵۰۹، ابواب نفقات، باب ۱، ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۷.

شارع مقدس عمل می‌شد و حال اینکه مطلقاً هیچ آیه یا روایتی در باره‌ی آن وجود ندارد. پس این امر مطابق دستور خداوند متعال نیست تا گفته شود نکاح متزلزل می‌شود و منعقد نمی‌شود، زیرا شرط خیار مانع انعقاد عقد نکاح و زوجیت نمی‌شود؛ چون اگر زوجیت محقق نشود، اصلاً فسخ معنا پیدا نمی‌کند. همان‌طور که در بیع خیار، تحقق مالکیت مشتری نسبت به مبیع به انقضای زمان خیار فسخ بستگی ندارد، در انشای عقد نکاح با شرط خیار نیز عقد نکاح و زوجیت منعقد می‌شود. ثابت شد که شرط خیار در نکاح اساساً از مقوله‌ی حکم نیست و حکم شرعی محسوب نمی‌شود. از این‌رو، نفی جواز شرط خیار در نکاح به تعبیر حقوقی یک حکم از قواعد آمره نیست و هیچ‌گونه منافاتی با نظم عمومی نیز نخواهد داشت. بنابراین دیدگاه مذکور خدشه‌پذیر است.

از سوی دیگر، بطلان شرط خیار در نکاح مطابق فقه در حقوق نیز به تبعیت از مآخذ فقهی خود بیان شده است، حال آنکه حقوقدانان برای بطلان آن مبنایی ندارد و آن را توجیه و به نظم عمومی مرتبط کرده‌اند. در پاسخ به دیدگاه و رد توجیه ایشان می‌توان گفت:

اولاً نظم، قهری جامعه نیست و بلکه اعتباری است. از این‌رو، هر طور مصلحت ایجاد کند در ایجاد و اعدام آن عمل می‌کند و این امر در جوامع مختلف هم متفاوت است؛ برای مثال در ایران برای حجاب اسلامی اهمیت خاصی قائل‌اند و قوانینی در مورد آن نیز وضع شده است. در حالی که در جوامع غربی برای آن چنین اهمیتی قائل نیستند.

ثانیاً: نظم یک جریان ثابت و تغییرناپذیر در جامعه نیست و بنابراین هیچ‌گاه به صورت مطلق و دائمی نخواهد بود. در طول تاریخ جامعه نظم‌های مختلفی داشته است، زیرا وقایع اجتماعی همواره در حال تحول است و خواه‌ناخواه حقوق را هم به دنبال خود می‌کشاند. از آنجاکه ما با قانون به جامعه نظم می‌دهیم، بنابراین مثلاً می‌توانیم چنین نظمی را ایجاد کنیم و بگوییم، شرط خیار در نکاح باطل نیست و نه تنها با نظم جامعه منافات ندارد، با رویکرد عقلایی نیز سازگار است. همچنین می‌توانیم با قانون برای جامعه نظم دیگری ایجاد کنیم و مثلاً بگوییم شرط خیار نکاح باطل است، آنگاه یک نظم دیگر به وجود می‌آید. بدین ترتیب ثابت می‌شود که شرط خیار در نکاح با ذات نظم عمومی تعارض ندارد.

در پایان باید به این نکته توجه کرد، همان‌طور که بیان شد وضع قانون برای ایجاد نظم در جامعه است، ولی باید در نظر داشت ضرورت ندارد هر قانونی صحیح باشد، اما برداشت از قانون باید درست باشد؛ بنابراین نیاز نیست از سوی حقوق‌دانان برای آن توجیهات حقوقی ارائه شود و همان استنباط صحیح از قانون کافی به نظر می‌رسد.

بحث و نتیجه‌گیری

حقوق به جنبه‌ی اجتماعی زندگی توجه داشته و برای آن مقررات وضع می‌کند و به ارتباط انسان با خداوند متعال نمی‌پردازد؛ لذا به صورت طبیعی نکاح را از جمله‌ی قرارداده‌ها و معاملات دانسته و به جنبه‌ی عبادی بودن آن نظر ندارد. منافات نداشتن قرارداده‌ها با اخلاق حسنه نیز به معنای توجه حقوق به ارتباط انسان با خداوند متعال و عبادات نیست. بر این اساس، شرط خیار در نکاح با ماهیت نکاح سازگار است و مانعی حقوقی برای صلاحیت شرط شدن خیار در نکاح وجود ندارد و با نظم عمومی هم سازگار است، زیرا اولاً نظم، قهری جامعه نیست و بلکه اعتباری است. ثانیاً به شکل مطلق و دائمی نخواهد بود. در تحولات زندگی، نظم هم به صورت نامحسوس تغییر می‌کند؛ بنابراین با اصلاح قانون، نظم سازگارتر با نیازمندی‌های عمومی و شرایط زندگانی عمومی ایجاد می‌شود. در نتیجه، شرط خیار در نکاح با ذات نظم عمومی سازگار نیست؛ بنابراین مهم‌ترین مانع برای صحت شرط خیار در نکاح و صحیح بودن نکاح با شرط خیار دیدگاه فقهی است که برای نکاح جنبه‌ی عبادی قائل شده‌اند. اینکه ذات عبادت با تعلیق ناسازگار است؛ با بررسی‌های انجام شده ثابت گردید که نکاح به معنای مصطلح فقه عبادی نیست، زیرا در عبادت مصطلح فقه، عبادی و صحیح بودن فعل، اولاً منوط به وجود امر، ثانیاً موافقت عمل با امر و ثالثاً قصد امتثال امر کردن در فعل است که هیچ‌یک از شرط‌های ذکر شده در انعقاد عبادت الزامی نیست؛ بنابراین نکاح الزاماً عناصر الزامی عبادی شدن عمل را ندارد و نمی‌تواند عبادت به معنای مصطلح فقه باشد. سنخ عمل نکاح در مقوله‌های فقهی با قرارداده‌ها و عقود سازگار است و از جمله‌ی معاملات است و اصول معاملات و معاوضات در آن حاکم است. در قانون مدنی نیز نکاح در عداد عقود آمده است و در مواد متعدد همچون مواد ۱۰۴۱، ۱۰۵۰، ۱۰۶۹ و غیره قانون‌گذار ایران به عقد بودن نکاح تصریح کرده است.

در فقه اهل بیت (علیهم‌السلام)، چون بیان معصومانه در موضوع مورد بحث وجود ندارد و ادله‌ی مقبول فقیهان نیز در این باره تعیین تکلیف نکرده است، برای اثبات بطلان شرط از سوی اندیشمندان فقه و حقوق دلایل اجتهادی و توجیهات حقوقی مختلفی ذکر شده است که همه‌ی آن تعلیلات مناقشه‌پذیر و مردود هستند؛ بنابراین عموم و اطلاق ادله‌ی صحت شرط آن را در برمی‌گیرد و همچون سایر معاوضات، اندراج شرط خیار در عقد نکاح جایز و صحیح است و با توجه به ادله‌ی لزوم پای‌بندی به شرط، الزام‌آور است. از این رو، شرط شدن خیار در نکاح نه موجب بطلان نکاح می‌شود و نه خود شرط باطل است، بلکه توصیه می‌شود در دنیای امروز، با ملاحظه‌ی شرایط کنونی زندگی نکاح با شرط خیار منعقد شود، زیرا به منظور جلوگیری از آثار و پیامدهای

فردی و اجتماعی و نیز زیان‌های مادی و معنوی جبران‌ناپذیر ناشی از شناخت کامل و صحیح نداشتن زوجین در ازدواج و به‌ویژه پیشگیری از تضرر زن و نیز برای حمایت و رعایت حقوق و مصالح زوجین (به‌ویژه مصلحت زوجه)، توصیه به ازدواج حقوقی و به‌ویژه اندراج شرط خیار در عقد نکاح امری بسیار مفید و سودمند و با رویکرد عقلایی سازگار است. همچنین این امر موجب می‌شود، با تفکر بیشتر و فارغ از احساسات مقطعی زودگذر، بستر لازم برای تشکیل یک ازدواج آگاهانه و موفق ایجاد و موجبات استحکام و استواری هرچه بیشتر نهاد مقدس خانواده با اراده‌ی برتر زوجین فراهم شود.

پیشنهادها

از آنجاکه قانون مدنی ایران برگرفته از فقه امامیه است و از شخصیت‌های بزرگ فقهی همانند محقق حلی، علامه حلی، شهیدین و امثال ایشان تأثیر پذیرفته و بر وفق نظر ابن ادریس حلی شرط خیار در نکاح را باطل دانسته است، بر اساس تحقیق انجام شده در این مقاله و اثبات منافات نداشتن شرط خیار با ماهیت نکاح و صحیح دانستن خود شرط و همچنین با عنایت به اینکه قریب به دهه از عمر تصویب و اجرای ماده ۱۰۶۹ ق.م. می‌گذرد، ضرورت اصلاح آن متناسب با نیاز کاربردی دنیای امروز و در ابتدای قرن جدید امری اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود متولیان امر خطیر تقنین با ایجاد نظمی نوین در حقوق خانواده، هرچه سریع‌تر در خصوص اصلاح و تغییر ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران اقدام کنند تا جوانان کشور ما با بصیرت بیشتر ازدواج کنند و بعضی موانعی که به جنبه‌های اقتصادی یا عوامل دیگر مربوط به ازدواج مربوط نیست، بلکه جنبه‌ی رفتاری در زندگی زناشویی دارد را برطرف کنند تا نظام مستحکم خانواده شکل گیرد. امید است ارائه‌ی طریق پیشنهادی مذکور، مطمح نظر قانون‌گذار قرار گیرد و هرچه زودتر در حقوق ایران، امکان استفاده از این ظرفیت عظیم حقوقی برای زوجین میسر شود.

منابع

- ◀ قرآن کریم، ترجمه‌ی استاد محمد مهدی فولادوند.
- ◀ ابن عابدین، محمد امین حنفی، (۱۴۲۶ ق). حاشیه رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار، بیروت: دار الفکر.
- ◀ ابن قدامه (موفق الدین)، ابو محمد عبدا... بن احمد بن قدامه المقدسی، المغنی فی فقه الامام احمد بن حنبل الشیبانی، بیروت: دار الفکر، بی تا.
- ◀ ابن قیم، شمس الدین محمد بن ابی بکر بن قیم الجوزیه، (۱۴۳۸ ق). اعلام الموقعین عن رب العالمین، تحقیق عبدالرحمن فهمی الزواوی، قاهره: دار الغد الجدید.
- ◀ ابن منظور، ابو الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ ق). لسان العرب، بیروت: دار الفکر - دار صادر.
- ◀ اراکی، محمد علی، (۱۴۱۹ ق). کتاب النکاح (للاراکی)، قم: نورنگار.
- ◀ اسماعیل تبار، احمد، (۱۳۸۸)، «ماهیت شناسی و جهت عقود و آثار آن، در فقه و حقوق تطبیقی (مجموعه مقالات)، به قلم گروهی از مؤلفان به مناسبت نکوداشت ایت... خلیل قبله‌ای خوبی، تهران: سمت.
- ◀ اصفهانی، حسین بن محمد راغب، (۱۴۱۲ ق). مفردات الفاظ القرآن، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیه.
- ◀ امامی، میر سید حسن، (۱۳۷۷). حقوق مدنی - جلد چهارم، تهران: اسلامیه.
- ◀ _____ (۱۳۸۲). حقوق مدنی - جلد اول، تهران: اسلامیه.
- ◀ بجنوردی، سید محمد و زهرا عمارتی، (۱۳۹۱). بررسی خیار شرط در عقد ازدواج از دیدگاه فقهی - حقوقی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)، پژوهشنامه متین، ش ۵۷.
- ◀ بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفور، (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ بهمن پوری، عبدالله، محمد حسن حائری و محمد تقی فخلعی (۱۳۹۶). «نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح»، فقه و اصول، ش ۱۱۰.
- ◀ بیهقی، ابوبکر احمد بن الحسین بن علی بن موسی الخسرو جردی الخراسانی، (۱۴۲۴ ق). السنن الکبری، تحقیق محمد عبدالقادر عطا، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ◀ جاوید، محمد جواد و مریم مهاجری. «مبانی مداخله‌ی دولت در نهاد خانواده در نظام حقوقی ایران»، مطالعات راهبردی زنان، د ۲۱، ش ۸۲.
- ◀ جمعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، شرح سید محمد کلاتر، قم: کتاب فروشی داوری.
- ◀ _____ (۱۴۲۵ ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

- گنجرفی لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۶ ش). حقوق خانواده، تهران: گنج دانش.
- _____ (الف)، (۱۳۸۰). ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- _____ (ب)، (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی، جلد اول: عناصر عمومی عقود، تهران: گنج دانش.
- _____ (الف)، (۱۳۸۰). مبسوط ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- _____ (ب)، (۱۳۸۰). فلسفه حقوق مدنی، جلد اول: عناصر عمومی عقود، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۲). فرهنگ عناصرشناسی: حقوق مدنی - حقوق جزا، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۷). اساس در قوانین مدنی: المَدَوْنَه، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۱). الفارق: دائره المعارف عمومی حقوق، تهران: گنج دانش.
- _____ (الف)، (۱۳۹۳). فلسفه عمومی حقوق برپایه‌ی اصالت عمل: تئوری موازنه، تهران: گنج دانش.
- _____ (ب)، (۱۳۹۳). قوه قدسیه، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۷). علم موضوع شناسی: فقه الموضوعات، تهران: گنج دانش.
- حائری شهاباغ، سیدعلی، (۱۳۸۲). شرح قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- حامدی، محمدرضا و مسعود مکارم، (۱۳۸۲). کتاب النکاح (جلد اول): تقریرات مباحث خارج فقه ایت ... ناصر مکارم شیرازی، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- حر عاملی، محمدبن حسن، (۱۴۰۹ ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه‌ی آل‌ال‌بیت (ع).
- حسینی، سید محمد، (۱۳۸۵). فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی (عربی به فارسی) - همراه با معادل انگلیسی، تهران: سروش.
- حسینی زبیدی، سیدمحمدمرتضی، (۱۴۱۴ ق). تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دارالفکر.
- حلی (ابن ادریس)، محمدبن منصوربن احمدبن ادریس، (۱۴۲۸ ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- حلی (علامه)، ابومنصور جمال‌الدین، الحسن بن یوسف بن المطهر الاسدی، (۱۳۸۸ ق). تذکره الفقهاء (ط - القادیمه)، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت علیهم‌السلام.
- حیدر، اسد، (۱۴۲۵ ق). الامام الصادق (علیه‌السلام) و المذاهب الاربعه، بیروت: مؤسسه دارالکتاب الاسلامی.
- خویی، سید محمدتقی، (۱۴۱۴ ق). الشروط، او، الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت: دارالمؤرخ العربی.
- دادمرزی، سید مهدی، (۱۳۹۳). ریاست خانواده در روابط زوجین، تهران: میزان.
- زحیلی، وهبه بن مصطفی، الفقه الاسلامی و ادلته، (۱۴۲۵ ق). دمشق: دارالفکر المعاصر.

- ◀ زهری غمراوی، محمد، السراج الوهاج علی متن المنهاج، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.
- ◀ زیدان، عبدالکریم، (۱۴۲۰ ق). المفصل فی احکام المراه و البیت المسلم فی الشریعه الاسلامیه، بیروت: مؤسسه الرساله.
- ◀ سرخسی حنفی، ابوبکر محمدبن احمدبن ابی سهل، (۱۴۲۱ ق). المبسوط، تحقیق ابوعبدال... محمدحسن اسماعیل الشافعی، با مقدمه‌ی: کمال عبدالعظیم العنانی، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ◀ سنهوری، عبدالرزاق، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، بیروت: داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- ◀ سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقدادبن عبدا...، (۱۴۰۳ ق). نضد التواعدالفقهیه علی مذهب الامامیه، تحقیق و تصحیح سیدعبداللطیف حسینی کوه کمری، قم: کتابخانه آیت ا... مرعشی نجفی (ره).
- ◀ (۱۴۰۴ ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، تحقیق و تصحیح سید عبد اللطیف حسینی کوه کمری، قم: کتابخانه آیت ا... مرعشی نجفی (ره).
- ◀ (۱۴۲۲ ق). کنزالعرفان فی فقه‌القران، تحقیق سیدمحمدقاضی، زیر نظر محمد واعظ زاده خراسانی، تهران: المجمع العالمی للتقرب بین المذاهب الاسلامیه.
- ◀ شافعی، ابوعبد... محمدبن ادیس (۱۴۲۳ ق). الام، بیروت: دارالفکر.
- ◀ شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۴۱۹ ق). کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- ◀ شربینی، شمس‌الدین محمدبن محمد خطیب، (۱۴۲۷ ق). مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، تحقیق و تعلیق علی محمدمعوض و عادل احمدعبدال موجود، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ◀ شیروی، عبدالحسین، (۱۳۹۵). حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و فرزندان)، تهران: سمت.
- ◀ صفایی، سید حسین و اسدا... امامی، (۱۳۹۲ ش). مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان.
- ◀ طباطبایی، سید علی، (۱۴۲۰ ق). ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، قم: نشر اسلامی.
- ◀ طباطبایی (علامه)، سید محمدحسین، (۱۴۱۷ ق). المیزان فی تفسیر القرآن، قم: انتشارات اسلامی.
- ◀ طباطبایی قمی، سید تقی، (۱۴۱۳ ق). عمده المطالب فی التعلیق علی المکاسب، قم: انتشارات محلاتی.
- ◀ طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۲۱ ق). حاشیه المکاسب، قم: اسماعیلیان.
- ◀ طوسی (شیخ الطائفه)، ابوجعفر محمدبن حسن، (۱۳۸۸ ق). المبسوط فی فقه الامامیه، تصحیح و تعلیق محمدباقر بهبودی، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاءالاثار الجعفریه.
- ◀ (۱۴۱۷ ق). کتاب الخلاف، قم: النشر الاسلامی.
- ◀ فیروزآبادی، ابواسحاق، (۱۴۲۹ ق). المهدب فی فقه الامام الشافعی، تصحیح زکریا عمیرات، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ◀ فیروزآبادی، مجدالدین محمدبن یعقوب، (۱۴۲۶ ق). القاموس المحیط، تحقیق مکتب تحقیق التراث فی مؤسسه الرساله، زیر نظر محمد نعیم العرقسوسی، بیروت: الرساله.
- ◀ فیومی، احمدبن محمد مقری، المصباح المنیرفی غریب الشرح الکبیرللرافعی، قم: منشورات

دارالرضی، بی تا.

- ◀ قبولی درافشان، سید محمد مهدی، (۱۳۹۶). «واکاوی وضعیت شرط خیار در نکاح»، پژوهش های فقهی، دوره ۱۳، ش ۳.
- ◀ قرطبی (ابن رشد)، ابوالولید محمد بن احمد بن رشد، ۱۴۲۴ ق. *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، تحقیق عبد الرزاق المهدی، بیروت: دارالکتاب العربی.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰ ش). *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها-جلد پنجم*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ◀ _____ (۱۳۸۱ ش). *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ◀ _____ (۱۳۸۲ ش). *حقوق مدنی: خانواده-جلد اول*، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ◀ _____ (۱۳۸۷ ش). «گامی به سوی عدالت»، *مجموعه مقالات حقوق خصوصی و اسلامی*، تهران: میزان.
- ◀ کاسانی حنفی، علاءالدین، ابوبکر بن مسعود (ملک العلماء)، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت: دارالفکر، بی تا.
- ◀ لنکرانی، محمدفاضل موحدی، (۱۴۲۱ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله-النکاح*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- ◀ مامقانی، عبدالله، *نهایه المقال فی تکمله غایه الامال*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، بی تا.
- ◀ مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، (۱۳۸۹). *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ◀ مطهری، مرتضی، (۱۳۸۳). *مجموعه آثار استاد شهید مطهری*، تهران: صدرا.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ ق)، *انوار الفقاهه فی احکام العتره الطاهره: کتاب النکاح*، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- ◀ مکی عاملی (شهید اول)، ابو عبدا... شمس الدین محمد بن جمال الدین، *القواعد و الفوائد*، تحقیق و تصحیح: سید عبدالهادی حکیم، قم: کتاب فروشی مفید، بی تا.
- ◀ منصور، جهانگیر، (۱۳۹۴ ش). *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران-قانون مدنی*، تهران: دوران.
- ◀ موسوی خمینی (امام)، سید روح ا...، *تحریر الوسیله*، قم: مطبوعات دارالعلم، بی تا.
- ◀ نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی - علی آخوندی، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ نجفی (کاشف الغطاء)، محمدحسین بن علی بن محمد رضا، (۱۳۵۹ ق). *تحریر المجله*، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.