

شرط خیار در نکاح

عابدین مؤمنی*

چکیده

عقود اقسامی دارد که از جمله‌ی اقسام آن عبارتند از: لازم، جایز و خیاری (ق.م ۱۸۴). نکاح عقدی لازم است. نسبت به نکاح خیاری چهار نظریه در فقه اسلامی مطرح شده که بارزترین رأی، بطلان آن و نظریه‌ی دیگر صحت نکاح خیاری و بطلان شرط خیار است. برای اثبات بطلان نکاح خیاری یا بطلان شرط، دلیل تعبدی وجود ندارد، و صرفاً دلایل اجتهادی ارائه شده است در این نوشته ضمن گذری بر دلایل، بر اساس قواعد کلی عقود، صحت نکاح خیاری و تعهدآور بودن شرط خیار برای طرفین نکاح ترجیح داده شده است.

کلیدواژه: شرط خیار، نکاح خیاری، صحت، بطلان، فسخ.

طرح مسأله

عقود از حیث قابلیت فسخ بر دو نوعند: عقود جایز، که پس از انعقاد آن، هر یک از طرفین عقد، اختیار دارد که هر زمان آن را منحل کند. دوم، عقود لازم که پس از انعقاد آن، با اراده‌ی یکی از طرفین عقد، (و البته بدون مجوز) قابلیت انحلال ندارد؛ اما اگر با توافق یکدیگر خواستند آن را فسخ کنند، بلامانع است که در اصطلاح آن را «اقاله» می‌گویند. به‌نظر بعضی از صاحب‌نظران، در عقود لازم، مصلحت نهفته در طبع و نهاد عقد مقتضی لزوم آن است. (فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۸۱) و به‌نظر بعضی دیگر، به‌حکم شرع و قانون لازم هستند. (کنز‌العرفان، ج ۲، ص ۷۱ و المکاسب، ص ۲۱۴). ممکن است این عقود، در هنگام انعقاد با قابلیت انحلال منعقد شوند، که در اصطلاح این‌گونه عقود را عقود خیاری می‌گویند (مبسوط در ترمینولوژی حقوق، واژه‌ی ۹۶۰۹). البته مدت زمان قابلیت فسخ باید مشخص شود. (شرایع‌الاسلام، ج ۲، ص ۲۲). در فقه و قانون مدنی عقد نکاح از عقود لازم است به‌طوری‌که تا پیش از انعقاد طرفین عقد می‌توانند از ازدواج با یکدیگر منصرف شوند، ولی پس از انعقاد عقد، فسخ (البته بدون مجوز) یا اقاله آن جایز نیست. مسأله‌ای که در این مقاله مورد بحث قرار گرفته، این است که آیا زن و مردی که اراده‌ی ازدواج با همدیگر را دارند، می‌توانند عقد نکاح را به‌صورت خیاری منعقد کنند؟ مثلاً زوجه بگوید: «با این شرط خودم را به ازدواج تو درمی‌آورم که تا یک ماه دیگر اگر خواستم عقد را فسخ کنم» اما اگر مجاز نیستند توجیه حقوقی مجاز نبودن چیست؟

دیدگاه فقهای عامه در مورد نکاح خیاری

در فقه عامه، نسبت به «نکاح خیاری» چهار نظر به شرح زیر وجود

دارد:

۱- ابو ثور ابراهیم بن خالد بن ابی الیمان کلبی (متوفی ۲۴۶ یا ۲۴۰ ق)، مؤسس مذهب فقهی بایده ثوریه معتقد است که انعقاد نکاح خیاری، جایز بوده، و عقد صحیح است و برای هرکسی که خیار فسخ شرط شود اختیار فسخ نکاح وجود دارد. (بدايةالمجتهد، ج ۲، ص ۸).

۲- مالک بن انس شرط خیار در مجلس عقد نکاح را بلامانع می‌داند، چنان‌که عبدالرحمان جزیری در بیان مذهب وی می‌گوید:

«از جمله شروطی که مقارن عقد نکاح شرط می‌شود و آن را باطل می‌کند: شرط خیار فسخ برای زوج، یا زوجه، یا برای هر دوی آنها، یا برای غیر آنها است بنابراین هرگاه ولی زنی بگوید: فلانی را به زوجیت تو در آوردم مشروط بر این‌که او دو روز یا بیش‌تر یا کم‌تر خیار فسخ داشته باشد، آن عقد صحیح نیست و اگر چنان عقده انشا شود و پیش از مباشرت، عدم صحت آن را بفهمند، عقد فسخ می‌شود و اگر با همان عقد آمیزش واقع شود عقد فسخ نمی‌شود، و اگر در عقد برای زوجه مهر قرار داده شده، همان مهر به او داده می‌شود و در غیر این صورت برای زوجه مهر المثل می‌باشد». (الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۸۸).

۳- ابو حنیفه و پیروان او معتقدند که در نکاح خیاری، شرط خیار باطل و خود نکاح درست است. شمس‌الدین سرخسی، می‌گوید:

«هرگاه مردی زنی را به ازدواج در آورد و در ازدواج برای یکی از آنها یا هر دوی آنها اختیار فسخ نکاح شرط شود، از نظر ما نکاح، جایز و صحیح است و شرط باطل می‌باشد». (المبسوط، ج ۵، ص ۹۴).

عبدالرحمان جزیری نیز در بیان دیدگاه حنفیه می‌گوید:

«از جمله شروطی که مقارن با عقد نکاح شرط می‌شود، این است که یکی از زوجین یا هر دوی آنها برای خودشان یا برای دیگری سه روز یا

بیش‌تر، یا کمتر، اختیار فسخ نکاح را شرط کنند ... نکاح منعقد و شرط باطل است.» (الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۸۶).

حنبلی‌ها نیز با حنفی‌ها هم عقیده‌اند:

«از جمله‌ی شروط، شرط‌های باطل هستند که عقد نکاح را باطل نمی‌کنند، بلکه خود شرط باطل است، چنان‌که در عقد نکاح، شرط شود که زوج به همسرش مهر ندهد، یا این‌که شرط کند که هووی او را بر او در قَسَم امتیاز دهد، یا این‌که برای زوج، زوجه اختیار فسخ شرط شود.» (الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۸-۸۷).

۴- شافعیه معتقدند که اگر هر یک از زن و مرد در نکاح شرط اختیار کنند، نکاح باطل است و عقد منعقد نمی‌شود. (المنهاج و شرح آن السراج الوهاج، ص ۳۹۰ و المبسوط، ج ۵، ص ۹۴).

دیدگاه فقهای امامیه

نسبت به مسأله‌ی نکاح خیار در فقه امامیه دو نظریه وجود دارد:

۱- نکاح و شرط هر دو باطل‌اند. (المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۴، ص ۳۰۴ و کتاب الخلاف، ج ۴، ص ۲۹۲ و مختلف الشیعه، ص ۵۳۹ و قواعد الاحکام و جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۴ و جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۰۴ و جامع الشتات، ج ۳، ص ۲۴۳). این نظر، رأی مشهور در مذهب امامیه خوانده شده است. (جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۰۵ و تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۱).

۲- شرط باطل، و نکاح صحیح است. ابن‌دریس حلی صاحب این نظر است. (کتاب السرائر، ج ۲، ص ۵۷۵). محقق حلی در بطلان نکاح با شرط خیار، تردید کرده است. (شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۳۰) و امام خمینی (ره) پس از تردید، عدم بطلان را ترجیح داده‌اند. (تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۱).

نگاهی تاریخی به مسأله

در مورد مسأله‌ی نکاح خیاری و صحت یا بطلان شرط یا نکاح هیچ بیان تعبدی از قبیل آیه یا روایت وجود ندارد، حتی آیه‌ای که بشود با مفهوم موافق یا مخالف و دلالت تنبیهی و اشاره‌ای حکمی از آن نسبت به مسأله دریافت کرد، و نیز در جوامع روائی اهل سنت و امامیه، روایتی - حتی خبر واحد ضعیف - نسبت به این مسأله نقل نشده است و بنابراین از منصوصات شرعی نیست و از این جهت تا زمان شیخ طوسی، هیچ اظهارنظری از محدثین و حتی از فقهای امامیه نسبت به این مسأله نشده است؛ به‌همین دلیل شیخ طوسی در این مسأله ادعای اجماع نکرده است. (کتاب الخلاف، ج ۴، ص ۲۹۲). و این مسأله ریشه در فقه عامه داشته و از فقه عامه به فقه امامیه آمده و مورد توجه شیخ طوسی - برجسته‌ترین فقیه امامیه در قرن پنجم - قرار گرفته، و نخستین اظهارنظر به‌وسیله‌ی ایشان صورت گرفت.

معتبرترین سندی که در این مورد قابل ارائه و استناد است، گفتار فقیه قرن ششم هجری ابن ادریس حلی (متوفای ۵۹۸) و گفتار ناقد بی‌بدیل مکتب ابن ادریس، علامه حلی (۶۴۸ - ۷۲۶ هـ) است.

ابن ادریس حلی برخلاف نظر شیخ طوسی اظهار داشته است که اگر نکاح مشروط به شرط خیار باشد، شرط باطل و نکاح صحیح است. به گفته‌ی بعضی از صاحب‌نظران ماده‌ی ۱۰۶۹ ق.م با پذیرش رأی ابن ادریس نوشته شده است. (حقوق خانواده، ص ۱۱۰). ابن ادریس در نقد نظر شیخ طوسی گفته است:

«فتوایی که شیخ ما برگزیدند، از استنباط‌ها و فتاوی مخالفین امامیه و از فروع آنان است؛ زیرا مذهب شافعی، باطل شدن نکاح با شرط خیار

می‌باشد، و هیچ‌یک از اصحاب ما امامیه آن فتوا را نداده، و در هیچ نوشته‌ای از امامیه ذکر نشده است، و از طریق اصحاب ما روایتی - نه خبر واحد و نه خبر متواتر - در آن مسأله وجود ندارد و شیخ ما در استدلال بر رأی برگزیده خود، نه به اجماع استناد کرده است و نه به اخبار؛ بلکه به چیزی سست‌تر از خانه‌ی عنکبوت استناد می‌کند و نیز وی فقط در دو کتاب خود - یعنی *مسائل الخلاف و المبسوط* - متعرض این مسأله شده است ... و علت این است که آن دو کتاب از فروع مخالفین و آراء استنباطی و اجتهادی آن‌ها می‌باشد». (کتاب‌السرائر، ج ۲، ص ۵۷۵).

ابن ادریس حلی به ورود این مسأله از فقه عامه به فقه امامیه تصریح کرده است حتی اگر نظر وی در ورود این مسأله از فقه عامه به فقه امامیه افراطی باشد، تذکر این نکته جالب است که نسبت به نظر وی نظر مخالفی وجود ندارد و حتی علامه حلی که در مقام دفاع از شیخ طوسی، به نقد دیدگاه‌های ابن ادریس پرداخته، با نظر وی مخالفتی نکرده است جز این‌که بیان ابن ادریس در نقد نظر شیخ طوسی بر تقلیدی بودن آن نظر دلالت می‌کند. البته علامه حلی تقلیدی بودن آن نظر را رد می‌کند:

«نسبت تقلیدی بودن به فتوای شیخ طوسی دادن، علامت جهل و نادانی ابن ادریس و قضاوت عجولانه در حق شیخ أقدم ما است، کسی که در علوم عقلی و نقلی، به غایت و نهایت رسیده است و از تقلید پیشینیان از هم مذهبان خود، رهایی یافت، چگونه نسبت تقلید از مخالفین در مذهب به وی داده می‌شود؟ مطابقت دو مذهب، مستلزم آن نیست که نسبت تقلید یکی از دیگری داده شود، اگر چه از حیث زمانی متأخر از آن دیگری بوده باشد».

آنچه شیخ طوسی را در فتوایش به بطلان نکاح با شرط خیار، هدایت کرده فقط عمق نگاه و دقت نظرش بوده است. از این‌که وی در بعضی مسائل به اجماع و اخبار، استدلال می‌کند [و در مسأله‌ی بطلان نکاح با شرط خیار، استدلال نمی‌کند]، لازم نمی‌آید که در همه‌ی مسائل به اجماع و اخبار استدلال کند. از این‌که اصحاب ما این مسأله را ننوشته‌اند، لازم نمی‌آید که بر آن آگاهی نیافته باشند که در کتاب‌هایشان بنویسند. بیش‌تر مسائلی که شیخ طوسی آن‌ها را وضع و با دلایل عقلی و نقلی بر آن‌ها برهان اقامه کرده است، نظر اجتهادی وی است. (مختلف‌الشیعه، ص ۵۳۹).

علامه حلی در دفاع از اجتهادی بودن فتوای شیخ طوسی، پذیرفته است که دلیل تعبدی بر بطلان نکاح خیاری وجود ندارد و در روایات و پیشینه‌ی فقه امامیه، سابقه نداشته است و فقه جمهور در طرح این مسأله بر امامیه تقدم دارد بنابراین علامه حلی از لحاظ نگاه تاریخی دیدگاه مشترکی با ابن ادریس داشته و با نظر وی موافق است. قابل ذکر است که شیخ طوسی در دو کتاب *المبسوط* و *کتاب الخلاف* به طرح موضع امامیه نسبت به مسائلی که عامه مطرح کرده بودند اقدام کرد که در نتیجه راهی برای نفوذ و ورود مسائل عامه به فقه امامیه بوده است و تأثیر فقه عامه بر فقه امامیه را نشان می‌دهد و از این جهت ترجیح با دیدگاه ابن ادریس است. به هر حال مسأله‌ی نکاح خیاری از مسائل حادث و اجتهادی است و اظهار نظر و اجتهاد نسبت به آن بلامانع و ممکن است.

دلایل بطلان نکاح خیاری

به علت فقدان دلیل تعبدی بر بطلان نکاح خیاری، همه‌ی دلایلی که بر بطلان اقامه شده، دلایل اجتهادی است که قابلیت نقد و رد را دارند همه‌ی

فقهایی که نکاح خیاری را باطل می‌دانند، اگر چه در باطل دانستن نظر مشترک دارند ولی مبانی آن‌ها با یکدیگر متفاوت است، و بیش‌تر دلایل نیز به گونه‌ای هستند که نشان می‌دهند اصل بطلان را مسلم و مفروغ‌عنه دانسته و برای توجیه بطلان آن دلایل توجیهی را ارائه کردند که در حقیقت، دلایل متفرع بر فتوی هستند؛ لذا ضرورت دارد که دلایل به اختصار گزارش و ارزیابی شوند تا این‌که صحت یا عدم صحت استنباط فتوی از آن دلایل روشن شود.

۱- اولین فقیهی که به بطلان نکاح خیاری فتوی داده، محمد بن ادریس شافعی (۱۵۰ - ۱۹۸ هـ) است؛ وی در استدلال بر فتوای خود نکاح خیاری را با ازدواج موقت مقایسه کرده است از نظر وی ازدواج موقت باطل است و وجه بطلان ازدواج موقت در نکاح خیاری هم وجود دارد. از نظر شافعی دلیل بطلان ازدواج موقت منحصراً نهی پیامبر(ص) از آن ازدواج است، و با نهی آن حضرت ازدواج موقت نسخ شده است. معنای نهی آن حضرت بیش‌تر از این نیست که نکاح برای حلال کردن زن به صورت مطلق است، نه برای مدتی معین. و مدت‌دار شدن نکاح موجب می‌شود که آمیزش حلال نباشد. نکاح خیاری به معنای آن است که در زمان انشای عقد نکاح، انعقاد عقد ثابت نباشد و بعد از انقضای زمان شرط خیار، انعقاد عقد نکاح حادث شود، بنابراین نکاح با چیزی که بعد از انشاء قرارداد و عقد حادث شده، ثابت نمی‌شود و چنین نکاحی، حادث متأخر نیست. با این وضع، نکاحی که هنگام بستن قرارداد ثابت نیست و در زمان دیگر ثابت است قبیح‌تر از ازدواج موقت است زیرا ازدواج موقت برای مدتی ابتدا منعقد می‌شود و پس از انقضای مدت از بین می‌رود و ثابت نخواهد بود؛ بر این اساس هیچ مخالفی وجود ندارد در این‌که نکاح با خیار جایز نیست، آن‌گونه که خرید و

فروش با خیار جایز است و وقتی که خیار در نکاح جایز نباشد لازم می‌آید که نکاح با شرط خیار هم جایز نباشد. (الام، ج ۵، ص ۸۷).

۲- سرخسی از بعضی از شافعیه نقل کرده که بطلان نکاح خیاری را بر مسأله‌ی نکاح مکره مبتنی کرده‌اند، شرط کردن خیار همانند اکراه، رضایت را از بین می‌برد. (المبسوط، ج ۵، ص ۹۴).

۳- صاحب کفایةالأخيار در تعلیل عدم صحت نکاح خیاری آن را با

بیع مقایسه کرده و گفته‌اند:

«فرق نکاح و بیع این است که چون بیع میان مردم در بیش‌تر موارد عقد معاوضی است، خیار فسخ را در آن ثابت دانسته‌اند تا فرصت اندیشیدن و برآورد کردن داشته باشند ولی نکاح این چنین نیست زیرا نکاح غالباً جز از روی فکر و اندیشه واقع نمی‌شود.» (کفایةالاخيار، ج ۱، ص ۱۵۴).

ابن رشد قرطبی نیز علت اختلاف ابو ثور و دیگر فقیهان اسلامی در جواز نکاح خیاری و عدم جواز آن را در تفاوت نکاح با بیع جست‌وجو کرده و آن‌ها را با یکدیگر چنین مقایسه کرده‌اند که میان نکاح و بیع و دیگر معاملات مالی فرق بارزی وجود دارد: اگر در معامله‌های مالی و خرید و فروش، خیار فسخ منع شود مستلزم ایجاد ضرر خواهد بود اما ازدواج‌ها چنین وضعیتی ندارند. (بدایةالمجتهد، ج ۲، ص ۸).

دلایل فقه‌ای امامیه بر بطلان نکاح خیاری

۱- اولین فقیه امامیه که در مورد نکاح خیاری اظهارنظر کرده شیخ طوسی است. وی عدم دلیل شرعی بر صحت عقد نکاح با خیاری را دلیل بطلان آن دانسته و گفته است:

«عقد نکاح، یک حکم شرعی و نیازمند دلیل شرعی است، اما دلیلی بر صحت عقد نکاح با شرط خیار وجود ندارد.» (کتاب‌الخلافا، ج ۴، ص ۲۹۲).
 علامه حلی دلیل بطلان نکاح خیاری را فقدان تراضی دانسته و گفته است:

«انعقاد عقود شرایطی دارد که مهم‌ترین آن‌ها وجود تراضی است؛ فقها اجماع دارند بر این‌که عقد بدون تراضی منعقد نمی‌شود، پس هرگاه متعاقدين عقدی را با شرطی منعقد کنند، آن عقد اگر بدون آن شرط منعقد شود، و شرط منعقد نشود، عقد باطل است؛ زیرا متعاقدين، به عقد بدون آن شرط توافق نکرده‌اند و نسبت به آن عقد تراضی نخواهد بود، و در نتیجه آن عقد اصلاً منعقد نمی‌شود؛ بنابراین نکاحی که با شرط خیار انشاء شود یا شرط خیار در نکاح صحیح است و یا باطل، اگر شرط خیار صحیح باشد، نکاح باطل است، و اگر شرط خیار باطل باشد باز هم نکاح باطل است؛ زیرا در صورت دوم نکاح بر وجهی که شرط شد، واقع نشده است و وقتی که در هر دو صورت نکاح باطل باشد، در نفس الأمر هم باطل است، زیرا نکاح در نفس الأمر، منحصر به آن دو فرض است. (مختلف‌الشیعه، ص ۵۳۹).

۳- شهید ثانی وجه بدیعی در بطلان نکاح خیاری مطرح کرده که مورد توجه و پذیرش بسیاری از فقیهان بعد از او قرار گرفته و با تفصیل بیش‌تری آن را تکرار کرده‌اند:

«نکاح ملحق به عبادات است نه معاوضات. پس نکاح با شرط خیار در آن باطل می‌شود، زیرا تراضی فقط با شرط باطل واقع شده و عقد با شرط حاصل نشده و در نتیجه تراضی وجود ندارد.» (الروضه‌البهیة، ج ۵، ص ۱۲۰).

محقق کرکی با توجه به گفتار شهید ثانی می‌گوید:

«شرط خیار در خود نکاح، قطعاً صحیح نیست؛ زیرا در نکاح، شائبه تعبد وجود دارد و از عقود معاوضی نیست؛ بنابراین اگر در نکاح شرط خیار نماید، نزد عموم فقها شرط و عقد باطل است؛ زیرا نکاح را از وضع خودش - عبادی بودن - آن است خارج می‌کند.» (جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۴).

صاحب جواهر نیز گفته است:

«معلوم است که عقد نکاح، شرط خیار را نمی‌پذیرد؛ زیرا در نکاح شائبه عبادت بودن وجود دارد که خیار را نمی‌پذیرد.» (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹ و ج ۳۱، ص ۱۰۶).

۴- صاحب جواهر علاوه بر توجه به عبادی بودن نکاح، دلایل دیگری نیز در بطلان نکاح خیاری ذکر کرده است.

الف: فسخ نکاح با شرط خیار فسخ در آن، منجر به ابتذال زن و متضرر شدن او می‌شود و برای پیش‌گیری از ضرر زن و ابتذال او، در صورت طلاق پیش از مباشرت، واجب است نصف مهر پرداخت شود تا جبران صورت گیرد. (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹).

ب: موارد فسخ نکاح محصور و معدود است؛ بنابراین حصر اسباب فسخ نکاح، مقتضی آن است که امکان فسخ آن با اقاله وجود نداشته باشد، ولی عقود معاوضی دیگر برعکس نکاح هستند که امکان فسخ آن‌ها با اقاله وجود دارد.

ج: چون اسباب فسخ نکاح محصور است، شرط خیار در نکاح با مقتضای آن که از ادله شرعی استفاده شده منافات دارد. (جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۰۶).

نقد ادله‌ی بطلان نکاح خیاری

از ادله‌ای که نقل کردیم امکان دو گونه نقد وجود دارد: نقد کلی و نقد تک‌تک دلایل. در نقد کلی و اجمالی بیان این نکته لازم است که دلیل راهی است که سبب انتقال ذهن به معرفت و استنباط شود، که نخست بطلان نکاح خیاری به‌عنوان مذهب، پذیرفته شده و سپس در اثبات موجه بودن بطلان، به تعلیل‌های علیل و توجیه‌هایی ظنی و حدسی تمسک شده است، هیچ‌یک از اصول مسلم و قطعی نیستند، تا این‌که ابتداء فرع فقهی بر آن اصول، موجه و قابل قبول باشد و بهترین مؤید یا دلیل بر قطعی نبودن آن اصول، اعراض فقهای متأخر از ادله و مبانی سابقین و ارائه‌ی تعلیل و توجیه‌های دیگر با مبانی خاص خودشان است.

نقد تفصیلی حکم بطلان، ایرادات فقهی و حقوقی است که بر هر یک از دلایل ذکر شده وارد است که در نتیجه، ناموجه بودن حکم به بطلان نکاح خیاری را آشکار می‌کند، و به شرح زیر است:

۱- مبانی امام شافعی در حکم به بطلان نکاح خیاری دو چیز است که عبارتند از فقدان وصف دوام و استمرار؛ که به‌نظر ایشان از مقتضیات ذات عقد نکاح است و دیگر این‌که در زمان خیار زوجیت منعقد نمی‌شود و از این جهت آن را با ازدواج موقت مقایسه کرده‌اند و سبب بطلان نکاح متعه را، محدود به مدت بودن دانسته‌اند، بلکه در مقایسه، نکاح خیاری را قبیح‌تر از آن توصیف کرده‌اند، در حالی‌که نسبت به صحت و بطلان، اختلاف نظر وجود دارد و امامیه از جواز و صحت آن، سخت دفاع و ورود نهی از نکاح متعه را شدیداً انکار می‌کند. بحث از مشروعیت ازدواج موقت، از موضوع بحث این مقاله خارج است؛ صرف‌نظر از این نکته، نفس مقایسه نکاح خیاری با ازدواج موقت، صحیح نیست؛ زیرا در ازدواج موقت تعیین مدت از ارکان

آن است به طوری که اگر مدت مشخص نشود، ازدواج موقت منعقد نمی‌شود ولی در نکاح خیارى نسبت به خود نکاح تعیین مدت نمی‌شود و وجود احتمال فسخ، مترادف با تعیین مدت نیست؛ زیرا ممکن است فسخ صورت نگیرد، بلکه نسبت به شرط و اعمال شرط، مدت مشخص شده ولی نکاح به صورت مطلق منعقد شود. اگر مدت دار کردن نکاح، سبب بطلان نکاح شود، در نکاح خیارى سبب بطلان وجود ندارد. در توجیه قبیح‌تر بودن نکاح خیارى نسبت به نکاح متعه، گفته‌اند: انعقاد نکاح خیارى، به انقضای زمان اعمال شرط بستگی دارد، به طوری که تا زمانی که خیار فسخ شرط شده، منقضی نشود نکاح، منعقد شده محسوب نمی‌شود، ولی نکاح متعه در هنگام انشای عقد منعقد و با رسیدن انتهای زمان، منتفی می‌شود، پس نکاح خیارى از آن قبیح‌تر است، در حالی که شرط خیار فسخ، مانع انعقاد خود نکاح و زوجیت نیست؛ زیرا اگر زوجیت محقق نباشد، اصلاً فسخ معنا ندارد. در بیع خیارى نیز تحقق مالکیت مشتری نسبت به میبع، به انقضای زمان خیار فسخ بستگی ندارد. در صورت انشای عقد نکاح با شرط خیار فسخ، نکاح و زوجیت منعقد می‌شود.

در صورتی که شرط خیار فسخ، مانع انعقاد نکاح و زوجیت نباشد، مقتضای انعقاد نکاح و تحقق زوجیت که همان انشای عقد است، وجود دارد و در نتیجه نکاح به صورت صحیح منعقد می‌شود.

۲- اگر مقایسه‌ی نکاح خیارى با نکاح مکره صحیح باشد، نکاح مکره باطل نیست، تا این که حکم به بطلان نکاح خیارى شود.

۳- دلیل دیگر بطلان نکاح خیارى، منتفی بودن حکمت معاملات خیارى در نکاح دانسته شد، به گونه‌ای که مثلاً در بیع، هر یک از فروشنده و خریدار در پی تحصیل سود یا سود بیشتر هستند و اگر برای آن‌ها

ضرری وجود دارد، راضی به آن معامله نخواهند بود، از این جهت بیع را «معامله مکایسه‌ای» نامیده‌اند، که هر یک زیرکی خودش را در معامله به‌کار می‌گیرد و «معامله مغابنه‌ای» نامیده‌اند، که هر یک در صدد سود بیش‌تر است، لذا وجود خیار برای دفع ضرر است به‌طوری‌که بررسی و ارزیابی بیش‌تر کنند، تا در صورتی‌که بیع را ضرری تشخیص دادند، با اعمال خیار، ضرر را از بین ببرند اما دفع ضرر در نکاح مطرح نیست، تا این‌که با خیار آن را از بین ببرند؛ زیرا اولاً: نکاح «معامله مکارمه‌ای» است که طرفین براساس کرامت به همدیگر، عقد نکاح را منعقد می‌کنند، ثانیاً: با دقت انجام می‌گیرد و راه‌های ورود ضرر بسته می‌شود، لذا نیازی به جعل خیار نیست. (ر.ک: کفایه‌الاخیار، ج ۱، ص ۱۵۴ و بدایة‌المجتهد، ج ۲، ص ۸). ولی واقعیت غیر از این است، برای این‌که اختلاف‌های ناشی از نکاح، علاوه بر ایجاد زیان‌های مالی فراوان، زیان‌های معنوی و اخلاقی و عاطفی نیز به‌بار می‌آورد، بنابراین حکمت خیار معاملات در نکاح منتفی نیست و حتی ممکن است با شرط کردن خیار در نکاح از بسیاری صدمات و خسارات پیش‌گیری شود به‌گونه‌ای که زن و مرد یکدیگر را بیش‌تر بشناسند و کانون سالم و صمیمی به‌وجود آورند، و از فریب‌ها و نیرنگ‌هایی که در ازدواج‌ها اتفاق می‌افتد در امان بمانند. چنان‌که تاریخ و تجربه گواهی می‌دهند، دغل‌های در ازدواج‌ها، کم‌تر از دغل‌های در معاملات دیگر نیست و خلاص شدن از آن نیز برای افراد و جامعه هزینه و زمان بسیاری به خود اختصاص می‌دهد، که می‌شود همه‌ی آن‌ها را با شرط خیار، دفع کرد.

۴- در پاسخ به استدلال شیخ طوسی، طرح این مطلب ضروری است

که آیا اصل بر توقیفی بودن عقود است؟ یا این‌که اصل بر جواز انعقاد هر عقدی است مگر عقدی که از آن نهی شده باشد؟

شیخ طوسی در جای جای کتاب خلاف، اصل را بر توقیفی بودن عقود گذاشته است، در حالی که اگر قرار بر توقیفی بودن عقود گذاشته شود، گرفتاری و واماندگی در زندگی اجتماعی به وجود می‌آید و موجب عسر و حرج می‌شود؛ زیرا ضروریات و نیازهای جدید بسیاری، پس از تحقق شریعت اسلامی در زندگی اجتماعی پدید آمده، که مستلزم بستن قرارداد است، در صورتی که هیچ اشاره‌ای در بیانات شرعی به این عقدها نشده است، و زندگی کردن با عقدهای شناخته شده در عهد شارع، برای روزگاران متأخر اصلاً ممکن نیست، علاوه بر این که در بیانات شرعی، دلیلی بر توقیفی بودن عقود وجود ندارد، بلکه اطلاق و عموماتی که در کتاب و سنت وجود دارد، بر اباحه انعقاد هر عقدی دلالت دارد و شاید به همین جهت بوده که علامه حلی در نقد استدلال شیخ طوسی گفته است:

«از عدم علم به وجود دلیل بر عقدی، لازم نمی‌آید که حکم به بطلان آن عقد شود، حتی اگر دلیلی هم نباشد مستلزم حکم به بطلان عقد نیست.» (مختلف‌الشیعه، ص ۳۳).

۵- علامه حلی فقدان تراضی را سبب بطلان نکاح خیاری دانسته است، در صورتی که تراضی از اسباب صحت عقد نیست؛ بلکه از اسباب لزوم عقد است، به علاوه فقدان رضایت در نکاح خیاری منوط به باطل بودن شرط خیار فسخ است؛ پس اگر شرط باطل نباشد، تراضی وجود دارد و اگر شرط باطل باشد، مقتضی بطلان نیست.

۶- شاید موجه‌ترین دلیلی که بر بطلان نکاح خیاری اقامه شده، ادعای عبادی بودن نکاح، یا شائبه عبادی بودن نکاح است که ظاهراً این ادعا اختصاص به فقه امامیه دارد، گفته شده است که نکاح با دیگر ماهیات حقوقی تفاوت دارد؛ لذا اعمال بعضی چیزهایی که در دیگر ماهیات حقوقی

جایز است، در نکاح جایز نیست: شرط کردن خیار فسخ در عقود لازم، جایز است اما در نکاح جایز نیست.

لازم به ذکر است که پیش از شهید ثانی کسی را نمی‌شناسیم که ادعای عبادی بودن نکاح را کرده باشد بلکه همه‌ی فقها، نکاح را در بخش معاملات قرار داده‌اند، و کسی آن را در بخش عبادات بحث نکرده است. نکته‌ای که بیان آن ضرورت دارد، این است که منظور از معاملی بودن نکاح چیست و چرا عبادی بودن آن مطرح شده است؟ آیا مقصود از عبادت، به معنای خاص آن است یا مفهوم دیگری دارد؟

از ظاهر گفتار فقها برمی‌آید که منظور از معاملی و معاوضی بودن، تعویض و تبادل دو مال است بنابراین در نکاح نیز مانند اجاره دو مال معاوضه می‌شوند؛ در یک طرف بضع قرار دارد و در طرف دیگر مهر واقع شده است و «بضع» همانند مهر مالیت دارد.

دکتر جعفری لنگرودی گفته است: «بضع شرمینه زن است. در فقه اختلاف است که تعریف مال بر آن صدق می‌کند یا نه؟ عرف در مورد معنی مال دگرگونی پیدا کرده است، از تهذیب‌اللغه ازهری فهمیده می‌شود که آن مال است:

هل لك و العارض منك عائض في مأة يَشقر منها القابض

شاعر پیشنهاد نکاح به زنی می‌کند به عوض صد شتر، مفهوم معاوضه را وارد بحث کرده است. مؤلف جواهر الکلام گاهی آن را مال می‌داند و گاهی نفی مالیت از آن می‌کند. (مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۸۶۵).

و نسبت به مالیت بضع گفته شده:

جایز است که برای مجموع نکاح و بیع، یک عوض تعیین کرده و با یک عقد آن‌ها را به وجود آورد. (مثلاً بگوید: خودم را به همسری تو دادم و اتومبیل را به تو فروختم به صد سکه بهار آزادی) در این صورت عوض (که صد سکه بهار آزادی است) به ثمن که قیمت مبیع بوده و به مهرالمثل که قیمت بضع است، تقسیط و تقسیم می‌شود. (جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۱۲۱).

تعیین یک عوض برای نکاح، بیع و اجاره که با یک عقد ایجاد می‌شوند، جایز است و آنچه که یقینی است، این‌که در عقد، عوض باید معلوم باشد و در عقدی که معوض نکاح، بیع و اجاره با هم است، تعیین عوض، کافی است اگر چه نسبت به تقسیط، جهالت وجود دارد. (جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۲).

بنابر این‌که بضع مالیت دارد، در عقد نکاح، زن بضع را تملیک می‌کند و مهر را مالک می‌شود، و مرد، مهر را تملیک می‌کند و بضع را مالک می‌شود. (جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۱۲). شأن تمام عقود معاوضی این است که سبب تحقق ملک هستند و همان‌گونه که مشتری، مبیع را و بائع، ثمن را با عقد بیع مالک می‌شود، نکاح نیز چنین است و بدون شک، شوهر با عقد نکاح، بضع همسر را مالک می‌شود و مالک شدن بضع همسر توسط شوهر با عقد نکاح، مقتضی مالک شدن همسر نسبت به مهر با عقد نکاح است که مهر در لفظ و قصد، عوض بضع است. (جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۱۰۷). اما بنابر این‌که نکاح از عقود معاوضی است، باید ویژگی‌های دیگر معاوضات را داشته باشد، که از جمله‌ی آن‌ها فسخ عقد با اقاله و جعل اختیار فسخ با شرط است ولی فقهای امامیه، ضمن پذیرفتن معاوضی بودن آن، نکاح را از معاوضات محض و تام نشمرده‌اند؛ زیرا اگر چه بضع مالیت دارد اما مالیت آن مطلق نیست و بدیهی است که بضع صلاحیت ندارد که اجرت در عقد

اجاره و ثمن برای مبیع در عقد بیع و عوض در تمام معاوضات قرار گیرد. (جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۶) و نیز در نکاح شناختن معقودعلیها با دیدن یا با توصیفی که برطرف‌کننده‌ی جهل است، لازم و معتبر نیست و همین‌که زوج فی‌الجمله بداند فرزند چه کسی به همسری او درمی‌آید، کافی است با این‌که او را ندیده، و ویژگی ظاهری او را نمی‌داند؛ هم‌چنین ازدواج بدون قرارداد کردن مهر و یا با تعیین مهری که شرعاً تعیین آن باطل نباشد، صحیح است؛ پس نکاح از عقود معاوضی محض نیست. (جواهرالکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹).

نکاح برزخ میان عبادات و معاملات است به‌گونه‌ای که هم از معاملات معاوضی است و هم نوعی از عبادات. با عبادت محسوب شدن نکاح، بعضی از صلاحیت‌های معاوضات و معاملات از آن سلب شده است، لذا اقاله و جعل اختیار فسخ با شرط در نکاح، جایز و روا نیست.

به‌نظر می‌رسد تلقی عبادی از نکاح «اجتهاد در موضوع» است و چنین تلقی‌ای در هیچ آیه یا روایتی نیامده است، اگر چه این تلقی به شرع نسبت داده شده 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». (فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۷۲).

اگر از روایاتی که در فضیلت نکاح وارد شده، 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 استنباط شود. البته مقصود عبادت به معنای اعم

است نه عبادت به معنای خاص که انجام آن به قصد قربت بستگی دارد و نکاح نیز به معنای خاص عبادت نیست و اگر کسی بدون قصد قربت عقد نکاح را انشاء کند، نکاح منعقد می‌شود، در حالی که عبادت به معنای خاص، بدون قصد قربت واقع نمی‌شود؛ لذا تمسک به جنبه‌ی عبادی نکاح، برای اثبات مبطل بودن شرط خیار فسخ در نکاح، پذیرفته نیست.

۷- در پاسخ دیگر ادله‌ی صاحب جواهر گفته می‌شود: اولاً: ابتذال زن با فسخ نکاح براساس شرط، ادعای بدون دلیل است. ثانیاً: ممکن است خیار فسخ به نفع زن شرط شده باشد. ثالثاً: پرداخت عوض، جبران ابتذال نمی‌تواند باشد، در حالی که پرداخت عوض، جبران کننده‌ی آن شمرده شده است و به نظر می‌رسد که شرط خیار، نه منجر به ابتذال زن می‌شود و نه مستلزم ضرر و زیان زن است و بلکه ممکن است کانونی با خواست و اراده‌ی برتر به وجود آید.

در مورد ادعای انحصار موارد فسخ نکاح گفته می‌شود که اولاً: این ادعا مؤید به دلیل تعبدی نیست، ثانیاً: منحصر بودن موارد فسخ نکاح، بر بطلان نکاح با شرط خیار دلالت نمی‌کند. نسبت به ادعای منافات شرط خیار با مقتضای عقد نکاح نیز گفته می‌شود که چون نکاح نوعی معاوضه و معامله است، شرط خیار منافاتی با مقتضای آن ندارد.

در مورد ادعای عدم امکان اراده‌ی معنای نکاح با شرط خیار، گفته می‌شود: اگر شرط کردن، مانع اراده‌ی معنای نکاح است، لازم می‌آید در بیع، اجاره و معاوضات دیگر نیز چنین باشد، در حالی که تملک مبیع یا ثمن در بیع، و منفعت یا اجاره در عقد اجاره با شرط خیار منافات ندارد، همچنین تملک بضع یا مهر و قصد مباشرت، با شرط خیار ناسازگار نیست.

دلایل بطلان شرط و نقد آن

فقه‌های حنفیه و بعضی از فقه‌های امامیه و اکثر شارحین قانون مدنی ایران، نکاح با شرط خیار را باطل ندانسته‌اند بلکه فقط خود شرط خیار را باطل دانسته‌اند و برای باطل بودن شرط خیار، دلایل و توجیهاتی ارائه کرده‌اند، که به نقل و نقد آن‌ها می‌پردازیم.

۱- شمس‌الدین سرخسی، از فقه‌های برجسته مذهب حنفیه، گفته است که دلیل ما بر عدم بطلان نکاح با شرط خیار، گفتار پیامبر(ص) است که فرمودند: «سه چیز است که جدی آن جدی است و شوخی آن نیز جدی است: نکاح، طلاق و آزاد کردن برده». شوخی کردن و شرط کردن خیار همانند هم هستند؛ زیرا کسی که شوخی می‌کند فقط می‌خواهد با شوخی، انشای سبب کند، مثلاً لفظ طلاق را به زبان می‌آورد، ولی راضی به وقوع طلاق نیست. منظور از «مباشرت سبب» به کار بردن لفظ عقد یا ایقاع و منظور از «حکم سبب» وقوع آن عقد یا ایقاع است. مستدل می‌گوید: با این‌که در شوخی، انشاء کننده راضی به حکم سبب نیست پیامبر(ص) فرمودند آن عقد یا ایقاع واقع می‌شود پس با شرط خیار کردن به طریق اولی باید آن سبب کارآمد باشد.

براین اساس شرط کردن خیار، مطلقاً مانع منعقد شدن اصل سبب نمی‌شود بلکه فقط رضایت به لازم بودن نکاح را از بین می‌برد چنان‌که بیع خیاری همین‌گونه است.

۲- ابن ادریس حلی که در صحت نکاح با شرط خیار و بطلان خود شرط با حنفیه هم عقیده است، در اقامه‌ی دلیل بر بطلان شرط و صحت نکاح گفته است:

«خیار مجلس و خیار شرط در عقد نکاح وارد نمی‌شود؛ زیرا نکاح عقدی است نسبت به هر دو طرف لازم است، و اگر خیار در نکاح شرط شود، شرط باطل و نکاح صحیح است و دلیلی بر بطلان عقد، از کتاب، سنت و اجماع وجود ندارد؛ زیرا وقتی به عقود شرعی، شرط غیرشرعی ضمیمه گردد، شرط باطل بوده و خود عقود صحیح هستند، و شرط خیار غیرشرعی است، و آنچه بر صحت این عقد دلالت می‌کند، گفتار خداوند متعال است که فرمودند: «أوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و عقد نکاح با شرط خیار واجب است وفا شود؛ یعنی به عقد پای‌بند باشند ولی به شرط ضمن آن عمل نکنند». (کتاب السرائر، ج ۲، ص ۵۷۵).

ابن ادریس صحت نکاح با شرط خیار را مستند به ادله تعبیدی کرده‌اند اما غیرشرعی بودن خیار شرط را مستند به ادله‌ی تعبیدی و شرعی نکردند، و دلیل تعبیدی بر آن وجود ندارد و توجیه حقوقی بطلان شرط مبنی بر این‌که عقد نکاح نسبت به هر دو طرف عقد لازم است، با بیع، اجاره، و قرض نقض می‌شود چرا که از جمله عقود لازم نسبت به هر دو طرف هستند و شرط کردن خیار منافاتی با آن ندارد.

۳- موضع قانون مدنی بر صحت نکاح و بطلان شرط خیار (ماده‌ی ۱۰۶۹) مورد قبول اکثر حقوق‌دانان قرار گرفته است، چنان‌که دکتر امامی در صحت نکاح گفته است:

«دلیل بر عدم تأثیر فساد شرط خیار در عقد نکاح آن است که عقد و شرط، دو امر است و فساد یکی تأثیر در دیگری نمی‌نماید». (حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۶۵).

و در توجیه موضع قانون مدنی به جنبه‌ی اجتماعی و اهمیت استثنایی نکاح توجه کرده‌اند و بطلان شرط را به نظم عمومی و حساسیت

جامعه مربوط دانسته‌اند؛ به‌همین جهت دولت موارد فسخ و انحلال نکاح را در اختیار گرفته و موارد آن را معین و مشخص کرده و اجازه نمی‌دهد تا زن و شوهر به دلخواه خودشان بر موارد فسخ بیفزایند و با تفسیر موسع براساس قیاس و استحسان، آن موارد را اضافه کنند، بلکه جامعه و دولت در طول تاریخ بر موانع فسخ و انحلال افزودند، بقا و تثبیت خانواده همیشه مطلوب و موردنظر قانون‌گذار بوده، و نظم دولت، مقتضی ثبات کانون خانواده است. (ر.ک: حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۳۵، ۲۵۶، ۲۵۷ و قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۱۶۲ و مختصر حقوق خانواده، ص ۶۰).

«خانواده معلول اولیه‌ی جامعه می‌باشد که به‌وسیله‌ی توالد و تناسل، بقا آن را تضمین می‌نماید، و فسخ نکاح موجب انهدام آن است، و از جنبه‌ی عمومی نمی‌توان نکاح را دست‌خوش آزادی اراده زوجین قرارداد تا آنان حق انحلال آن را برای خود محفوظ دارند؛ زیرا سستی رابطه‌ی مزبور به ضرر اجتماع و لطمه‌ی غیرقابل جبرانی نسبت به جامعه وارد می‌آورد. بدین جهت نمی‌توان نکاح را اقاله نمود، آن‌گونه که معاملات را می‌توان اقاله کرد. بنابراین قانون مدنی تصریح می‌نماید فقط شرط خیار باطل می‌باشد و تأثیری در عقد نمی‌کند.» (حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۶۵).

آن‌چه در توجیه موضع قانون مدنی در بطلان شرط خیار در نکاح گفته شد، اولاً قابل نقض است به این‌که شرط خیار در ازدواج موقت هم باطل دانسته شد. (تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۲۵۱). چنان‌که اطلاق ماده‌ی ۱۰۶۹ ق.م نیز بر بطلان شرط خیار در ازدواج موقت دلالت می‌کند، در حالی‌که تثبیت خانواده در ازدواج موقت، مطلوب و موردنظر قانون‌گذار نیست، ثانیاً صحت و بطلانی که در فقه مطرح است بنیان اعتقادی و ملکوتی دارد، اما صحت و بطلانی که در حقوق مطرح است بنیان اجتماعی و حکومتی دارد؛

بنابراین عملی ممکن است شرعاً صحیح باشد ولی دولت براساس مصالحی آن عمل را منع کند به طوری که ثبات کانون خانواده در نظم عمومی کنونی مطلوب است و اهمیت آن قابل انکار نیست، ولی اهمیت استثنایی آن مستلزم انفکاک ماهیت نکاح از دیگر معاملات و قراردادهای نیست و احکام کلی عقود نسبت به آن راه داشته و وارد می‌شود که از جمله‌ی آن‌ها جواز شرط کردن خیار است که این جواز، شامل عقد نکاح هم می‌شود، جز این‌که قانون‌گذاری می‌تواند قرارداد کردن نکاح با شرط خیار را منع کند و منع یک عمل حقوقی، مستلزم باطل بودن آن نیست، اگر چه در عمل، قانون دولت اجرا می‌شود ولی به‌عنوان یک نظریه‌ی حقوقی، ارزش و اهمیت نظری دارد.

۴- مهم‌ترین دلیلی که بر بطلان شرط خیار وجود دارد ادعای اجماع است چنان‌که صاحب جواهر گفته‌اند: «لاجد خلافاً فی بطلان الشرط، بل لعلّ الاجماع بقسمیه علیه». (جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۱۰۵).

کسانی که نکاح با شرط خیار را باطل می‌دانند، از حیث مفسد بودن شرط، آن را باطل می‌دانند، و کسانی که نکاح را باطل نمی‌دانند خود شرط را باطل می‌دانند، لذا بر بطلان شرط اجماع وجود دارد، ولی این اجماع بعد از شیخ طوسی پدید آمده و حادث است و کاشفیت آن از رأی امام زمان (عج) محرز نیست تا این‌که دلیل تعبدی بر مسأله باشد، لذا آن را به‌عنوان دلیل تعبدی بر بطلان شرط مطرح نکرده‌اند، و این اجماع، حجت حق نیست که مخالفت با آن جایز نباشد، و فقهای پیش از شیخ طوسی نسبت به این مسأله اظهار فتوا نکرده‌اند تا این‌که اجماع تعبدی محقق شود.

نتیجه‌گیری

اختلاف نظر شافعیه و حنفیه بیش از آن‌که جنبه‌ی حقوقی و شرعی داشته باشد، جنبه‌ی مکتبی و مذهبی داشته است، فقهای امامیه تلاش

بسیاری در توجیه موضع امامیه به عمل آوردند، ولی دلیل غیرقابل خدشه و ایرادی ارائه نشد لذا به نظر می‌رسد احکام کلی عقود و اطلاق دلایلی که بر صحت و لزوم عقود دلالت دارند، بر صحت نکاح خیاری نیز دلالت دارند همانند آیه‌ی لزوم وفای به عقود (مأئده، ۱) و آیه‌ی لزوم التزام به تجارت و مبادلاتی که با رضایت منعقد می‌شود (نساء، ۲۹)، و احادیثی که وفای به شرط را صفت مسلمانان و مؤمنین دانسته، و این‌که به هر شرطی باید وفا کرد مگر شرطی که مخالف کتاب و سنت است و حلال خدا را حرام کند و حرام خدا را حلال کند. (وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۶ باب ۶ از ابواب خیاری و ج ۲۱، ص ۳۰۰-۲۹۷ باب‌های ۳۸ تا ۴۰ از ابواب مهور). و این‌که امکان ایجاد ضرر و غرر در نکاح نیز وجود دارد، برای اندیشیدن بیش‌تر و تصمیم‌گیری بهتر در دفع ضرر، وجود خیاری فرصت مفیدی خواهد بود، بلکه وجود این فرصت برای نکاح ضروری‌تر از دیگر معاملات است؛ زیرا جبران ضررها در دیگر معاملات ممکن است اما در نکاح کم‌تر امکان جبران ضرر وجود دارد. (ر.ک: بدایه‌المجتهد، ج ۲، ص ۸).

براین اساس نکاح خیاری با شرط خیاری صحیح است، ولی اگر زوجه مورد تصرف قرار گیرد، خیاری ساقط می‌شود چنان‌که در دیگر معاملات، خیاری شرط با تصرف ساقط می‌شود. (شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۳ و قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۴۸۶)، و اگر تصرفی صورت نگیرد، طبق قرارداد، امکان اعمال خیاری را دارند. از طرف دیگر برقراری ارتباط بدون عقد و ازدواج، فرصت‌هایی را برای انجام گناه ایجاد می‌کند بنابراین نکاح با شرط خیاری مفید خواهد بود.

منابع

- ۱- ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمدبن منصور بن احمد حلی، کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، انتشارات اسلامی، قم، ج ۲.

- ۲- اعرجی، عمید الدین عبدالمطلب بن محمد، *کنزالفوائد فی حلّ مشکلات القواعد*، تحقیق و نشر مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۶ هـ.ق.
- ۳- امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۴۶ هـ.ش.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی، *المکاسب*، چاپخانه‌ی اطلاعات، ۱۳۷۵ هـ.ق.
- ۵- الجزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، چ ۷، ۱۴۰۶ هـ.ق.
- ۶- جعفری لنگرودی، جعفر، *حقوق خانواده*، تهران، گنج دانش، چ ۲، ۱۳۷۶ هـ.ش.
- ۷- _____، *فلسفه حقوق مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰ هـ.ش.
- ۸- _____، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ هـ.ش.
- ۹- حرعاملی، محمدبن حسن، و *سایر الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه*، تحقیق و نشر مؤسسه آل‌البتیت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ هـ.ق.
- ۱۰- حلّی، محمدبن حسن (فخرالمحققین)، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، انتشارات اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۳ هـ.ش.
- ۱۱- حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*.
- ۱۲- _____، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، تهران، مکتبه نینوا.
- ۱۳- خمینی، امام روح‌الله، *تحریر الوسیله*، چاپ نجف، بی‌تا.
- ۱۴- زین‌الدین عاملی (شهیدثانی)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، نجف، ۱۳۸۷ هـ.ق.
- ۱۵- سرخسی، شمس‌الدین، *کتاب‌المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۰۹ هـ.ق.
- ۱۶- شافعی، ابوبکر بن محمدحسینی، *کفایة الاخیار فی حلّ غایة الاختصار*، بیروت، دارالمعرفه، بی‌تا.
- ۱۷- شافعی، محمدبن ادريس، *الأُمّ*، بیروت، دارالفکر، بی‌تا.
- ۱۸- صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، نشر میزان، ۱۳۷۷ هـ.ش.
- ۱۹- طوسی، محمدبن حسن (شیخ الطایفه)، *المبسوط فی فقه الامامیة*، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، چ ۲، ۱۳۸۸ هـ.ق.

- ۲۰- _____: کتاب‌الخلافة، مؤسسه‌النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- ۲۱- فاضل مقداد، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله سیوری، کنز‌العرفان فی فقه القرآن، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفرية، ۱۳۴۲.
- ۲۲- قرطبی، محمد بن احمد رشد، بدایة‌المجتهد و نهاية‌المقصد، قم، منشورات الرضی، ۱۴۰۶ هـ.ق.
- ۲۳- قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع‌الشتات، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ هـ.ش.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، خانواده، تهران، شرکت انتشار، چ ۴، ۱۳۷۵ هـ.ش.
- ۲۵- قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت انتشار، چ ۲، ۱۳۷۶ هـ.ش.
- ۲۶- کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه‌ی آل‌البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۱ هـ.ق.
- ۲۷- محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت، دارالأضواء، چ ۲، ۱۴۰۳ هـ.ق.
- ۲۸- محمد زهری غمراوی، المنهاج و شرح آن السراج الوهاج، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
- ۲۹- مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسة، الطبعة السابعة، ۱۴۰۳ هـ.ق.
- ۳۰- نجفی، شیخ محمدحسن (صاحب جواهر)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، المكتبة الاسلامية. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی