

# بررسی جایگاه آزادی اراده زوجین در جعل شرط فسخ نکاح در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۷/۲۸

تاریخ تأیید: ۱۴۰۲/۴/۱۰

مهدی رحمانی\*

۱۶۱

## چکیده

اراده انسان در تحقق عقد و آثاری که بر عقد مترتب می‌شود، بسیار مهم بوده و محور تمامی روابط قانونی و اجتماعی به‌شمار می‌رود. براین اساس اصل آزادی اراده، افراد را در انعقاد قراردادهای خویش آزاد دانسته است. با این وجود در مسئله جعل شرط فسخ عقد نکاح - علی‌رغم فقدان دلیل تعدی - فقیهان امامیه و اهل سنت بالاتفاق جعل شرط فسخ را از حاکمیت اراده طرفین عقد خارج ساخته و باطل دانسته‌اند. قانونگذار نیز با اغماض از آزادی اراده طرفین عقد نکاح و با تبعیت از دیدگاه فقهای امامیه در ماده ۱۰۶۹ یکی از شروط باطل را شرط خیار در عقد نکاح اعلام کرده است. در پژوهش فرارو با نقد و نقض تمامی ادله ارائه شده از سوی فقیهان و حقوق دانان و با استدلال به آیه شریفه «اوفوا بالعقود» و روایات لزوم وفای به شروط و صحت جعل شرط غیرمخالف با کتاب و سنت و نیز واقعیت‌های موجود در جامعه که عدم جعل شرط فسخ در نکاح ضررهای معنوی و مالی فراوانی را بر افراد و جامعه تحمیل می‌کند، جایگاه ویژه و والایی برای آزادی اراده زوجین در جعل شرط فسخ در نکاح و صحت چنین شرطی در نظر گرفته شده است.

**واژگان کلیدی:** آزادی اراده، شرط خیار، فسخ نکاح، فقه اسلامی.

\* استادیار دانشگاه خوارزمی (rahmani\_mahdi@khu.ac.ir).

## مقدمه

مطابق اصل آزادی و حاکمیت اراده، انسانها از آن جهت که آزاد هستند و اراده و خواست آنها محترم و متاع می‌باشد، می‌توانند به هر شکل که بخواهند با هم پیمان ببندند. اگر پیمانی و قراردادی منعقد کردند نافذ و لازم بوده و دارای اثر حقوقی می‌باشد. برخی از اندیشمندان بر این باورند که اراده انسان در تحقق عقد و آثاری که بر عقد مترتب می‌شود بزرگترین قدرت بوده و محور تمامی روابط قانونی و اجتماعی به شمار می‌رود؛ زیرا احترام به آزادی انسان و خواست‌های وی اولین هدف در اجتماع انسانی است؛ از این رو سرچشمه تمامی قوانین و مقررات حاکم میان او و دیگران اصل آزادی انسان می‌باشد (جمعی از مؤلفان، [بی‌تا]، ج ۸، ص ۱۴۲). علی‌رغم این در برخی عقود و قراردادهای، قانون جایی برای حاکمیت اراده افراد باقی نمی‌گذارد، لیکن آثار این عقود از طرف قوانین معین می‌گردد؛ عقد نکاح از جمله این عقود می‌باشد که هر چند در فقه اسلامی و قانون مدنی از عقود لازم به شمار می‌رود، امکان جعل شرط فسخ در آن - علی‌رغم جواز در سایر عقود لازم - جایز نمی‌باشد.

۱۶۲

از اینرو آنچه ضرورت دارد مورد تأمل واقع شود این است که چرا در فقه اسلامی و قانون مدنی جعل شرط فسخ در عقد نکاح از حاکمیت اراده زوجین خارج گردیده و طرفین عقد نمی‌توانند آثار و شرایط عقد را با خواست و اراده خود انتخاب کنند در حالی که در هیچ‌آیه و روایتی چنین حکمی بیان نگردیده و تمامی دلایلی که برای بطلان شرط فسخ و محدود ساختن اراده زوجین از سوی فقها و حقوقدانان ارائه گردیده توجیهاتی هستند که در صدد اثبات دیدگاه خودشان می‌باشند. در واقع تحقیق پیش‌رو با روش تحلیلی - توصیفی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای و فیش‌برداری از منابع و مراجع حقوقی سعی در پاسخگویی به این پرسش و تبیین جایگاه آزادی اراده زوجین در جعل شرط فسخ نکاح در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران می‌باشد.

براین اساس در این پژوهش ضمن تشریح مفهوم آزادی اراده، به اشتراط خیار فسخ در عقد نکاح در فقه اسلامی و تبیین و نقد دیدگاه‌های فقهای اهل سنت و امامیه پرداخته خواهد شد و سپس مواد قانون مدنی، رویکرد و دلایل حقوقدانان در این زمینه مورد بحث و ارزیابی قرار می‌گیرد و در نهایت ادله‌ای حاکمیت اراده زوجین در جعل شرط فسخ در نکاح بیان می‌گردد.

## ۱. مفهوم‌شناسی آزادی اراده

جهت روشن شدن مفهوم آزادی اراده و نائل شدن به فهم دقیقی از جایگاه آن در تعیین آثار عقد نکاح و جعل شرط فسخ به تعریف این اصطلاح پرداخته خواهد شد.

اصل آزادی اراده که در متون حقوقی به اصل حاکمیت اراده شناخته شده است یک اصل کاربردی در حقوق قراردادهای و تعهدات می‌باشد. حاکمیت اراده نظریه‌ای فلسفی است که توسط کانت فیلسوف برجسته قرن هجدهم میلادی وارد فلسفه حقوق گردیده و از آنجا وارد حقوق تعهدات شده است. اصل مذکور مبتنی بر این دیدگاه فلسفی می‌باشد که انسان ذاتاً آزاد است؛ اما چاره‌ای از زندگی کردن در اجتماع نیز وجود ندارد؛ بنابراین هیچ چیز نمی‌تواند انسان را وادار به انعقاد قرارداد و متعهد شدن نماید مگر اراده و آزادی خود او که مصالح اجتماعی خویش را تشخیص می‌دهد (بیگللی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۱). اجتماع اصولاً بر ساخته قرارداد است و قرارداد بر ساخته اراده؛ پس اجتماع امری ارادی و مبتنی بر خواست بشر است. لذا قانون نمی‌تواند اراده هیچ فردی را محدود کند مگر در مواردی که برای حفاظت از آزادی دیگری ضروری باشد. (Weill, 1980, p.53).

بر اساس اصل آزادی و حاکمیت اراده هر شخصی می‌تواند با اراده خود متعهد شود و اراده دیگران نمی‌تواند برای او ایجاد تعهد و التزام بنماید، همچنین، ظاهر قضیه آن است که، هر شخصی برای حفظ منافع مادی و معنوی خود معامله می‌کند، نه برای دیگران، لذا هرگاه دو نفر در انجام معامله‌ای توافق نمایند، فرض و قاعده بر این است که، آنها برای خود معامله کرده‌اند، نه برای دیگران (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۳۶).

با این وجود تعاریفی از اصل حاکمیت اراده توسط حقوقدانان اراده گردیده است؛ از قبیل آزادی افراد در انعقاد قراردادهای دو یا چند جانبه و عدم تحمیل هیچ گونه محدودیتی بر اراده آنان برای معین کردن شروط و حدود قراردادها. قبول یا امتناع از تعهدات و قراردادهای الزام‌آوری که از لحاظ قانون قابل اجرا بوده و دارای ضمانت اجرا می‌باشد به اراده فرد (پاشا صالح، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۲۶۲). در یک جمع‌بندی باید گفت همان گونه که طبق حاکمیت اراده، اصل قرارداد با اراده طرفین ایجاد می‌شود و مبنای مشروعیت عقود نیز اراده طرفین می‌باشد، محتوای آن و شروطی که در ضمن عقود آورده می‌شود نیز باید با اراده طرفین تعیین گردد. در واقع اساساً انعقاد، انجام و سرانجام قرارداد می‌بایست در گرو اراده‌های طرفین آن باشد.

این اصل در قانون مدنی ایران در موادی چون ماده ۱۰ خود را نشان داده است که به موجب این ماده «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد نافذ است.» ماده مذکور بیانگر این است که موانع و محدودیت حاکم بر این اصل تنها قانون می‌باشد. پس جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت پیمان‌های آنها است و آزادی اراده را باید به عنوان اصل پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۴۴).

با توجه به پذیرش اصل حاکمیت اراده در حقوق موضوعه کشور، آثاری برای آن قابل تصور است که عبارتند از:

الف) اشخاص می‌توانند قرارداد را زیر هر عنوان که مایل باشند منعقد کنند و نتایج و آثار آن را به دلخواه معین نمایند (همان، ص ۱۴۸).

ب) به استناد اصل حاکمیت اراده انعقاد قراردادها باید توسط سایر افراد محترم شمرده شود و محاکم حق نخواهند داشت تا به تعدیل، بازبینی و تجدیدنظر شرایط مندرج در قرارداد بپردازند.

ج) اصل در عقود و قراردادها رضایی بودن آنهاست نه تشریفاتی بودن. رضایی بودن قراردادها چهره‌ای از اصل حاکمیت اراده است و تشریفاتی بودن آن جنبه استثنایی محسوب می‌گردد.

د) در تفسیر قراردادها باید به آنچه که مراد واقعی طرفین بوده است توجه شود. الفاظ قرارداد تا حدی اعتبار دارند که بیانگر اراده واقعی طرفین باشند (سلطانی و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۸۷).

ه) اثر قرارداد نسبی است و محدود به طرفین قرارداد می‌باشد و دیگران از آن سود و زیان نمی‌برند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۴۷).

خ) آزادی هر شخص تا جایی محترم شمرده می‌شود که به آزادی دیگران خللی وارد نکند. بر این اساس کسی نمی‌تواند تعهدی بر دیگری تحمیل کند یا به سود او حقی بوجود آورد.

## ۲. اشتراط خیار در عقد نکاح از دیدگاه فقها

شرط خیار در نکاح به این معناست که هر یک از زوج و زوجه حق فسخ عقد نکاح تا مدت معین را داشته باشند. در اکثر کتب فقهی سؤالی که فقها در صدد پاسخ به آن برآمده‌اند جواز یا عدم جواز شرط خیار فسخ برای مدت محدود و معین یا غیر معین در عقد نکاح می‌باشد و آنچنان که هویداست در صورت جواز، حکم به صحت عقد می‌گردد و در صورت عدم جواز، عقد نکاح باطل

تلقى می‌شود. با استقصا در کتب فقهی امامیه و اهل سنت رویکردهای متفاوتی نسبت به این مسئله مشاهده می‌شود که در ادامه دلایل و مبانی هر کدام از این رویکردها تشریح و تبیین می‌گردد تا مشخص شود که کدام یک از وجاهت بیشتری برخوردار بوده و با آزادی اراده زوجین سازگاری بیشتری دارد.

## ۲-۱. رویکرد فقهای اهل سنت نسبت به اشتراط خیار فسخ در عقد نکاح

در فقه عامه نسبت به اشتراط خیار در عقد نکاح سه دیدگاه ارائه شده است که در ادامه به بررسی آنها پرداخته خواهد شد.

### ۲-۱-۱. دیدگاه نخست

برخی از فقهای اهل سنت مانند ابو ثور بغدادی، بنیانگذار مذهب فقهی بانه ثوریه قائل به جواز انعقاد نکاح خیاری بوده و معتقد است برای هر کدام از زوجین که خیار فسخ شرط شود اختیار فسخ نکاح وجود دارد (ابن رشد، ۱۹۹۵، ج ۲، ص ۷).

### ۲-۱-۲. دیدگاه دوم

این دیدگاه که منتسب به مالکیه و شافعیه است مبتنی بر بطلان شرط و عقد می‌باشد (ابن الجلاب، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۳۷۰). فقهای مالکیه معتقدند از جمله شروطی که مقارن عقد نکاح شرط می‌شود و آن را باطل می‌کند شرط خیار فسخ برای هر یک از زوجین یا هر دوی آنها یا برای شخص ثالث می‌باشد؛ 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 (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۲۱).

دلیلی که برخی از فقهای شافعی ارائه داده‌اند این است که نکاح عقدی لازم است و شرط خیار در آن منافی مقتضای عقد می‌باشد (نوی، [بی تا]، ج ۱۶، ص ۳۳۸/عمرانی، ۱۴۲۱، ج ۹، ص ۳۹۰). مبانی امام شافعی در حکم به بطلان نکاح خیاری دو چیز می‌باشد؛ یکی اینکه از مقتضیات ذات عقد نکاح دوام و استمرار است که نکاح خیاری فاقد آن می‌باشد (رملی، ۱۴۰۴، ج ۶، ص ۳۴۳). دیگر اینکه زوجیت در زمان خیار منعقد نمی‌شود و از این جهت آن را با ازدواج موقت مقایسه کرده‌اند و سبب بطلان نکاح موقت را محدود به مدت بودن دانسته‌اند بلکه در مقایسه، نکاح خیاری

را قبیح‌تر از آن توصیف کرده‌اند.

برخی از صاحب‌نظران در نقد این دلایل ارائه شده بیان داشته‌اند که: «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 خیاری 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 باشد ولی نکاح به صورت مطلق منعقد شود. اگر مدت دار کردن نکاح، سبب بطلان نکاح شود در نکاح خیاری سبب بطلان وجود ندارد. در توجیه قبیح‌تر بودن نکاح خیاری نسبت به نکاح متعه، گفته‌اند: انعقاد نکاح خیاری، به انقضای زمان اعمال شرط بستگی دارد، به طوری که تا زمانی که خيار 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 خیاری از آن قبیح‌تر است در حالی که شرط خيار فسخ مانع انعقاد خود نکاح و زوجیت نیست؛ زیرا اگر زوجیت محقق نباشد، اصلاً فسخ معنا ندارد. در بیع خیاری نیز تحقق مالکیت مشتری نسبت به مبیع، به انقضای زمان خيار فسخ بستگی ندارد. در صورت انشای عقد نکاح با شرط خيار فسخ، نکاح و زوجیت منعقد می‌شود» (مؤمنی، ۱۳۸۴، ص ۱۳۶-۱۳۷).

### ۲-۱-۳. دیدگاه سوم

حنفی‌ها و حنبلی‌ها بر این باورند که در نکاح خیاری، شرط خيار باطل، اما نکاح به حال خودش باقی است (ابن‌مازه، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۱۴/ جمعی از مؤلفان، ۱۳۱۰، ج ۱، ص ۲۷۳). حنفی‌ها در این باره گفته‌اند: «هرگاه مردی زنی را به ازدواج درآورد و در ازدواج برای یکی از آنها یا هر دوی آنها اختیار فسخ نکاح شرط شود، نکاح صحیح و شرط باطل می‌باشد» (سرخسی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۱۲۳).

مهم‌ترین دلیل فقهای حنفیه بر عدم بطلان نکاح، این است که شرط کردن چیزی که مطابق مقتضای عقد نیست، نکاح را باطل نمی‌کند بلکه موجب بطلان شرط می‌شود. عبدالرحمن جزیری در بیان دیدگاه حنفیه می‌گوید: «اگر شرطی که در عقد نکاح می‌شود مقارن با عقد نکاح و خلاف مقتضای ذات عقد باشد مانند اینکه 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 اما شرط باطل است و به آن عمل نمی‌گردد» (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۴، ص ۱۱۹).

حنبلی‌ها نیز بعد از تقسیم‌بندی شروط به شرط صحیح، شرط فاسد و شرط مفسد، خیار فسخ در نکاح را از جمله شروط فاسدی برشمرده‌اند که عقد نکاح را باطل نمی‌کنند، بلکه خود شرط باطل می‌باشد (ابن‌قدامة، ۱۳۸۸، ج ۷، ص ۹۵). ابن‌قدامة از فقهای شاخص حنبلی در مورد بطلان عقد نکاح در صورت اشتراط خیار ادعای اجماع نموده و معتقد است که عقد نکاح برخلاف عقد بیع در غالب موارد بعد از تروی و اندیشیدن و آگاهی منعقد می‌گردد. همچنین نکاح عقد معاوضی محض نیست و در آن علم به معقودعلیه با رویت یا صفت معتبر نیست. افزون‌براین در صورتی که ثبوت خیار در نکاح به فسخ نکاح بینجامد موجب ابتدال زن و ضرر به وی می‌گردد به همین خاطر است که در طلاق بعد از دخول نصف مهریه واجب می‌شود (همان، ص ۸۱). بنابراین تمام فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت در بطلان شرط فسخ در عقد نکاح متفق‌القول می‌باشند.

## ۲-۲. رویکرد فقهای امامیه نسبت به اشتراط خیار فسخ در عقد نکاح و ارزیابی ادله مشهور فقیهان

در فقه امامیه راجع به شرط خیار در عقد نکاح دو نظریه قابل مشاهده می‌باشد:

الف) دیدگاه نخست که ابتداءً توسط ابن‌ادریس سردمدار مقابله با عصر تقلید مطرح شد و توسط برخی از فقها بویژه فقهای معاصر و قانون مدنی در ماده ۱۰۶۹ مورد پذیرش قرار گرفت این است که شرط باطل و نکاح صحیح می‌باشد.

ابن‌ادریس صحت نکاح با شرط خیار را مستند به ادله تعبدی کرده است؛ اما برای بطلان و غیرشرعی بودن خیار شرط استناد به ادله تعبدی ننموده و بیان داشته است: «دلیلی از کتاب و سنت و اجماع بر بطلان عقد وجود ندارد؛ زیرا عقود شرعیه هنگامی که شروط غیرشرعی به آنها ضمیمه گردد، شروط باطل و عقود صحیح می‌باشند و شرط خیار در نکاح غیر شرعی می‌باشد و آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر صحت عقد نکاح و وجوب وفا به آن دلالت می‌کند» (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۷۵).

ب) دیدگاه دوم که متعلق به مشهور فقیهان امامیه می‌باشد این است که نکاح و شرط هر دو باطل می‌باشند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۲۹۲/ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۷۴/ علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۷۷/ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۲۵۶).

### ۲-۲-۱. ادله

این دسته از فقها جعل شرط فسخ در عقد نکاح را از حاکمیت اراده طرفین عقد نکاح خارج ساخته و بر بطلان آن اجماع نموده‌اند. فقهای مذکور برای توجیه بطلان عقد دلایل توجیهی متعددی ارائه کردند؛ چرا که درباره شرط خیار در نکاح و صحت و بطلان شرط یا نکاح، دلیل تعدی از قبیل آیه یا روایت وجود ندارد، که امکان دریافت حکمی نسبت به این مسئله وجود داشته باشد و نیز در جوامع روایی اهل سنت و امامیه، روایتی نسبت به این مسئله بیان نگردیده است؛ لذا از منصوصات شرعی نمی‌باشد. بنابراین تا زمان شیخ طوسی، هیچ اظهارنظری از محدثین و حتی فقهای امامیه نسبت به این مسئله نشده است. این مسئله ریشه در فقه عامه داشته و از آنجا به فقه امامیه ورود پیدا کرده است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۷۵). بر این اساس تمام دلایلی که توسط فقهای امامیه بر بطلان شرط فسخ در نکاح ارائه گردیده، ابتداءً توسط فقهای اهل سنت مطرح شده است. بنابراین ضرورت دارد که دلایل ارزیابی شوند تا صحت یا عدم صحت استنباط فقها از آن دلایل روشن گردد.

### ۲-۲-۲. اجماع

مهم‌ترین و شاخص‌ترین دلیلی که مشهور بر بطلان شرط خیار ضمن عقد نکاح اقامه کرده‌اند، اجماع می‌باشد. به نظر می‌آید شیخ طوسی نخستین فقیه‌ای که بر این مطلب ادعای اجماع نموده (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۹۴) و علمای بعد از شیخ اجماع را از وی نقل کرده‌اند. بر همین اساس صاحب جواهر بیان داشته است: «خیار شرط در هر عقد لازمی، اعم از اینکه عقد معاوضی باشد یا نه، ثابت می‌شود؛ مگر در نکاح و وقف بدون اختلاف...؛ در مورد مستثنای اول یعنی عدم ورود خیار در نکاح، میان فقیهان اختلافی نیست، بلکه در جامع المقاصد و مسالک و خلاف و مبسوط و سرائر بر آن ادعای اجماع شده است» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۶۲).

نقد و ارزیابی: طبق مطالب پیش‌گفته به دلیل فقدان آیه یا روایتی درباره شرط خیار در نکاح و عدم اظهار نظر فقهای پیش از شیخ طوسی در این زمینه، نمی‌توان حجیت این اجماع را از آن جهت که کاشف از رأی معصوم است، پذیرفت؛ چرا که مشخص نیست که شیخ طوسی از چه طریقی به این اجماع دست یافته است. بنابراین چنین اجماعی نمی‌تواند از حجیت برخوردار باشد.



### ۲-۲-۳. غیر معاوضی بودن نکاح

دلیلی که اکثر فقهای مشهور برای عدم جواز شرط فسخ در نکاح بدان تمسک جسته‌اند این است که نکاح عقد غیر معاوضی است و خیار، اعم از شرعی و جعلی در عقود معاوضی جاری می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۲۵۷ / محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۳۹۵) آیت‌الله خوینی معتقد است که جعل خیار فقط در عقود صحیح است که لزوم آن عقود از حقوق متعاقدين با یکی از آنها باشد، اما اگر لزوم یک عقد از احکام شرعی باشد، طرفین صلاحیت اشتراط خیار در آن ندارند؛ زیرا این امر سبب تغییر حکم شرعی می‌شود، در حالی که وضع و رفع احکام شرعی در اختیار شارع است. نکاح عقدی است که لزوم آن از احکام شرعی است و مؤید این نظر عدم صحت اقاله در نکاح است (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۰، ص ۳۵۸۱-۸۲).

نقد و ارزیابی: دلیل مذکور در واقع مصادره به مطلوب می‌باشد به این خاطر که منحصر کردن شرط خیار به معاوضات مورد پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا در عرف تفاوتی میان نکاح و سایر عقود معاوضی دیده نمی‌شود (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۴۰۵). تفاوتی که میان بیع و نکاح بیان شده، به این صورت که لزوم در بیع از حقوق متعاقدين و در نکاح حکمی شرعی است، تفریقی ذوقی است و دلیلی بر آن وجود ندارد و عدم صحت اقاله در نکاح و تشریح طلاق برای جدایی زوجین دلالتی بر آن ندارد (سبحانی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۱۴۲).

### ۲-۲-۴. شائبه عبادی بودن نکاح

دلیل بدیعی که بر بطلان نکاح خیاری توسط شهید ثانی مطرح شده و مورد پذیرش بسیاری از فقهای بعد از وی قرار گرفته آن است که در نکاح شائبه عبادیت موجود می‌باشد و در عبادات خیار نیست. شهید ثانی در این باره می‌فرماید: «نکاح به عبادات ملحق است نه معاوضات. بنابراین نکاح با شرط خیار در آن باطل می‌شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۲۵۷).

محقق کرکی با توجه به گفتار شهید ثانی آورده است: «مسئلاً شرط خیار در خود نکاح صحیح نمی‌باشد؛ چرا که در نکاح شائبه تعبد وجود دارد و از عقود معاوضی نمی‌باشد؛ لذا چنانچه در نکاح شرط خیار نماید، نزد عموم فقها شرط و عقد باطل می‌باشد؛ زیرا نکاح را از وضع خودش که عبادی بوده، خارج ساخته است» (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۳۹۴).

نقد و ارزیابی: در پاسخ به این دلیل باید گفت که اولاً قبل از شهید ثانی کسی از فقها متعرض

عبادی بودن نکاح نگردیده بود، بلکه همه فقیهان نکاح را جز معاملات برمی شمردند. بنابراین صرف اینکه نکاح از اموری است که شارع به آن ترغیب نموده است مقتضی این نیست که در زمره عبادات در آید. هم چنان که روایاتی که در طلب معاش و کسب روزی وارد شده‌اند مقتضی عبادت بودن آنها نیست. به عبارت دیگر مجرد ثبوت استحباب، حتی وجوب چیزی، عبادت بودن آن چیز را اقتضا نمی‌کند؛ چون عبادت، مطلق عمل محبوب نزد شارع نیست، بلکه چیزی است که مقوم به قصد قربت باشد، به گونه‌ای که بدون آن تحقق نیابد و مشخص است که نکاح از مصادیق عبادت نیست؛ چرا که هر چند نکاح نزد شارع محبوب است و ایقاع آن به قصد قربت صحیح می‌باشد؛ ولی قصد قربت مقوم آن نیست» (خویی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۳).

ثانیاً در فرض عبادی بودن نکاح باید گفت که خیار شرعی و جعلی تنها به عقود معاوضی اختصاص نداشته بلکه در عبادات نیز جریان می‌یابد. برای نمونه عقد نذر و عهد از جمله عقود عبادی هستند که شرط فسخ در آنها جاری می‌شود.

بر این اساس تلقی عبادی بودن از نکاح «اجتهاد در موضوع» است که توسط فقیهان مذکور مطرح شده؛ زیرا در هیچ آیه و روایتی چنین تلقی نیامده است (مؤمنی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۷).

## ۲-۲-۵. ابتدال زن در صورت شرط خیار نکاح

گروهی از فقهای امامیه همانند فقهای حنابله بر این باورند که اشتراط خیار موجب می‌شود که زن مبتدل و بی‌ارزش گردد و این ضرر عظیمی برای وی می‌باشد. اینان دلیل وجوب نصف مهر در صورت طلاق پیش از مباشرت بر مرد را جلوگیری و جبران از ضرر زن و ابتدال وی دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۱۴۹).

نقد و ارزیابی: نخست اینکه ابتدال زن اخص از مدعاست؛ زیرا این امر در صورتی است که مرد شرط خیار کرده باشد ولی اگر زن شرط خیار کند موجب ابتدال وی نمی‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۱۳۲).

همچنین اگر فرض کنیم که چنین چیزی ضرر بر زوجه باشد، از آنجا که زوجه خود بر آن اقدام کرده است را نمی‌توان به دلیل نفی ضرر استناد کرد پس فرق میان خیار شرط و طلاق قبل از دخول این است که طلاق قبل از دخول ضرری است که متوجه زوجه می‌باشد آن هم بدون رضایت وی؛ اما خیار شرط با رضایت و اقدام خود زوجه صورت گرفته است (اصفهانی، ۱۴۱۸،

ج ۴، ص ۲۲۴).

## ۲-۲-۶. روایات

گروهی از فقها برای مستند کردن ادعای خود، به برخی از روایات تمسک بسته و معتقدند که موجبات انحلال نکاح، منحصر به مواردی است که شارع جعل کرده و شرط خیار از آن موارد نمی‌باشد. در ادامه این روایات مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرند:

الف) روایات باب عیوب مجوز فسخ نکاح: استناد به روایاتی که امکان فسخ نکاح فقط در مورد عیوب خاصی را جایز شمرده‌اند؛ اولین دسته از روایات است که بدان تمسک شده است. از جمله روایتی از امام صادق<sup>ع</sup> که بر اساس آن امکان رد زن و فسخ نکاح تنها به دلیل برص و جذام و جنون و عفل وجود دارد<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۲۵). مضمون روایات مذکور بر این امر دلالت دارد که نکاح را فقط به خاطر آن چند عیب می‌توان فسخ کرد و نکاح با خیار و غیر آن قابل فسخ نیست، مگر با عیوب ویژه‌ای که در روایات ذکر شده است.

تقد و ارزیابی: روایات مذکور در صدد نفی رد نکاح به وسیله سایر عیوب می‌باشد، نه اینکه مطلقاً سایر راه‌ها را نفی کند و حصر به کار رفته در این روایات «لایردانکاح بعیب الاله العیوب» حصر اضافی می‌باشد که ناظر به تمام عوامل فسخ نبوده بلکه فقط ناظر به عیوب منصوصه‌ای می‌باشد که موجب فسخ نکاح می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۱۳۳). در نتیجه نمی‌توان به این احادیث برای نفی خیار شرط در نکاح استدلال کرد.

ب) روایات باب متعه: به موجب برخی روایات، از جمله صحیحہ عبدالله بن بکیر از امام صادق(ع) که می‌فرماید: «اگر در عقد نکاح مدت معین شود ازدواج موقت است و چنانچه مدت تعیین نگردد نکاح قطعی و ثابت می‌باشد» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۵۶). در این روایت برای نکاح از تعبیر نکاح بات (قطعی) یا نکاح مقام (ثابت) استفاده می‌شود و هنگامی «بات» و «مقام» باشد به هیچ وجه نمی‌توان در آن شرط خیار قرار داد و آن را بر هم زد؛ چرا که در صورت اشتراط خیار در نکاح، با لفظ عقد معنی نکاح اراده نشده و قرار دادن شرط خیار، منافی مقتضی عقد (بات، مقام یا دائم) است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۱۴۹-۱۵۰/مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۱۳۲). در روایت دیگری از ابان بن تغلب از امام صادق<sup>ع</sup> آمده است: «من خجالت

۱. «تُرِدُّ الْمَرْأَةَ مِنَ الْعَقْلِ وَالْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا».

می‌کشم که شرط ایام را ذکر کنم. امام فرمودند: این ضررش برای شما بیشتر است. گفتم: چطور؟ فرمود: برای اینکه اگر تو شرط مدت را ذکر نکنی، ازدواج دائم می‌شود» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۴۸). در این روایت نیز منظور از «تزویدج مُقام» نکاحی است که ثابت است و امکان خیار فسخ در آن وجود ندارد.

نقد و ارزیابی: فارغ از بحث سندی روایات یادشده، این دسته روایات، دلالتی بر بطلان شرط خیار ندارند؛ زیرا از سویی روایات در مقام بیان طبیعت نکاح هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۱۳۲). بدیهی است اینکه طبیعت قراردادی لزوم باشد، منافاتی با جعل خیار ندارد، همانگونه که بیع طبیعتاً قراردادی لازم است ولی امکان جعل خیار شرط در آن وجود دارد.

از سوی دیگر به عقیده برخی فقها، نکاح موقت در صورت ذکر نشدن مدت، به نکاح دائم تبدیل می‌شود و اینکه گاهی از این امر به «نکاح ثبات» و گاهی به «نکاح بات» و گاهی به «تزویدج مقام» تعبیر می‌شود مقتضی آن نیست که شرط خیار، منافی عقد باشد. همانگونه که عقد بیع نیز، مقتضی ملکیت مطلق و غیر موقت است و شرط انحلال عقد منافی آن نیست؛ چرا که شرط خیار، موجب بازگشت ملکیت است، نه اینکه موجب توقیت بیع باشد. در نکاح دائم نیز آنچه ثابت است زوجیت غیر محدود و غیر موقت است و انحلال آن، انحلال زوجیت ثابت و غیر محدود است نه توقیت و تعیین وقت برای آن، همان طور که طلاق نیز توقیت نکاح نمی‌باشد و قصد طلاق یا خیار شرط، منافی با قصد ایجاد زوجیت غیر محدود نیست، بلکه مؤکد آن است یعنی اینکه نکاح دائمی است که با خیار منحل می‌شود و اگر دائمی نبود خیار لازم نبود (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۴، ص ۲۲۵-۲۲۶).

### ۳-۲. رویکرد قانون مدنی و حقوقدانان نسبت به اشتراط خیار فسخ در عقد نکاح

به موجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...» قانونگذار یکی از شروطی که باطل اعلام کرده، شرط خیار در عقد نکاح می‌باشد؛ اما در مورد اینکه آیا بطلان شرط موجب بطلان عقد نکاح نیز می‌گردد تصریحی ندارد هر چند که در تفسیر ماده مذکور بسیاری از حقوقدانان از دیدگاه غیر مشهور فقیهان پیروی کرده و معتقد به بطلان و بی‌اثر بودن شرط و صحت عقد می‌باشند (محقق داماد، [بی تا]، ص ۱۸۸).

اهمیت ویژه نکاح، لزوم حفظ و استحکام خانواده و نظم عمومی از مهمترین مبانی بطلان شرط خیار و توجیه حکم ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی می‌باشد. برخی از اندیشمندان حقوق، آزادی اراده زوجین نسبت به انحلال نکاح را موجب سستی نظام خانواده و زیان جبران‌ناپذیری به جامعه می‌دانند. ایشان معتقدند که از سویی عقد نکاح اساس خانواده بوده و از سوی دیگر تزلزل اساس خانواده امری نامطلوب می‌باشد. بنابراین از آنجا که شرط خیار موجب تزلزل اساس خانواده می‌شود، قانونگذار چنین شرطی را نپذیرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۹). برخی دیگر نیز ضمن تأکید بر اینکه نکاح قراردادی مهم، استثنایی و منشأ تشکیل خانواده است، بقا و ثبیت خانواده را امری همیشه مطلوب و مورد نظر قانونگذار دانسته‌اند و همین امر را دلیل محدودیت موارد فسخ نکاح و نیز عدم پذیرش توافق طرفین و شرط خیار به‌شمار آورده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ص ۶۷).

۱۷۳

از دیدگاه این اندیشمندان میان نظم و قانونمندی جامعه و آزادی اراده انسان در تعیین شروط عقد نکاح به ویژه خیار فسخ تعارض وجود داشته و نمی‌توان این دو را با یکدیگر جمع نمود. اما دلایلی که در توجیه موضع قانون مدنی در بطلان شرط خیار در نکاح توسط حقوقدانان ارائه گردیده است، قابل نقد و نقض می‌باشد؛ چرا که شرط خیار در ازدواج موقت نیز وفق اطلاق ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی باطل دانسته شده است حتی برخی از فقها هم حکم به بطلان داده‌اند (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۵۱)؛ در حالی که ثبیت و استحکام خانواده در نکاح متعه، مطلوب و مورد نظر قانونگذار نمی‌باشد. افزون‌براین هر چند صحت و بطلانی که در حقوق مطرح است در اکثر موارد بنیان اجتماعی و حکومتی دارد و قانونگذار بر اساس مصالحی از جمله اهمیت ویژه نکاح و حفظ کانون خانواده در نظم عمومی کنونی، خیار فسخ نکاح را باطل دانسته است؛ اما به نظر می‌آید که اهمیت استثنایی نکاح مستلزم انفکاک ماهیت نکاح از سایر عقود و قراردادهای نکاحی باشد و احکام کلی عقود نسبت به آن جریان می‌یابد به‌گونه‌ای که باید گفت خیارپذیری نکاح، براساس مقتضای ذات نکاح می‌باشد، چرا که شروط ضمن عقد نکاح از جمله شرط فسخ عقد نکاح (در موارد خاص) به‌طور فراوان در فقه و حقوق اسلامی وجود دارد. قانون مدنی نیز در باب نکاح یک فصل را به امکان فسخ نکاح طی مواد ۱۱۲۰ تا ۱۱۲۸ اختصاص داده و نحوه فسخ نکاح را بیان کرده است. از اینرو می‌توان صحت شرط فسخ در عقد نکاح را با تمسک به موارد مشابه وجود خیار فسخ ثابت کرد.

با همه این تقاسیر شاید مهمترین دلیل جهت رد دیدگاه حقوق دانان توجه به واقعیت‌های موجود در جامعه باشد به این بیان که در جامعه امروز اختلاف‌های ناشی از نکاح و به تبع آن آمار طلاق بالاخص طلاق توافقی به طور چشمگیری افزایش یافته است و این امر علاوه بر زیان‌های معنوی، اخلاقی و عاطفی، زیان‌های مالی زیادی برای فرد و جامعه به بار می‌آورد در حالی که ایجاد کانونی با خواست و اراده زوجین و جعل شرط فسخ در آن ممکن است از بسیاری صدمات و خسارات جلوگیری نماید بگونه‌ای که زوجین با شناخت بیشتر از یکدیگر، کانون سالم و صمیمی به وجود آورند و از نیرنگ‌هایی که در ازدواج‌ها اتفاق می‌افتد، مصون باشند چنان‌که شواهد موجود در جامعه حاکی از آن می‌باشد که فریب‌هایی که در ازدواج‌ها صورت می‌گیرد و به تبع آن ضررهایی که زوجین متحمل می‌شوند کمتر از سایر معاملات نمی‌باشد و رهایی از آن برای افراد و جامعه هزینه و زمان بسیاری به خود اختصاص می‌دهد که می‌توان همه آنها را با جعل شرط خیار، دفع کرد.

### ۳. ادله حاکمیت اراده بر جعل شرط فسخ در نکاح

پس بررسی دیدگاه‌ها و ادله ارائه شده از سوی فقها و حقوق‌دانان نقد و ارزیابی و رد دلایل آنان، بر صحت جعل شرط فسخ در نکاح و حاکمیت اراده زوجین در جعل شرط فسخ دلایلی قابل ارائه می‌باشد که در ذیل به آنها پرداخته خواهد شد:

#### ۳-۱. آیه وفای به عقود

از جمله دلایل مهمی که جهت صحت شرط فسخ در هر عقدی بویژه عقد نکاح و تأیید اصل حاکمیت اراده در تعیین شروط ضمن عقد مزبور می‌توان بدان تمسک جست آیه اول سوره مانده است که خداوند می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؛ ای کسانی که ایمان آوردید به عقود خود وفا کنید». در استدلال به آیه مذکور برای اثبات صحت شرط فسخ در نکاح توجه به دو واژه «أَوْفُوا» و «الْعُقُودِ» ضروری می‌باشد. «وفاء» در لغت به تمام کردن کاری و در رابطه با عقد به عمل کردن بر مقتضای عقد و لزوم اتیان به عقد تعبیر می‌شود (همو، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۸۶) کلمه «عقد» به معنای گره می‌باشد و بر تمامی گره‌های معنوی و پیمان‌ها از قبیل احکام الهی، عهود و عقود صدق می‌کند. علاوه بر این «ال» که بر سر کلمه عقود آمده است افاده عمومیت می‌کند و شامل تمامی عقود و قراردادهای می‌شود (طباطبایی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۱۵۸).

با توجه به ظهور صیغه امر در وجوب، آیه دلالت بر حکم تکلیفی می‌کند و از طریق دلالت التزامی بر حکم وضعی صحت دلالت دارد؛ چرا که معنا ندارد شارع بر امر فاسد حکم به وجوب کند. این ظهور حجت است و از آنجایی که این امر، متعلق به هر عقدی می‌باشد، لذا امر به وجود و لزوم وفای عموم به هر عقدی می‌کند.

بر این اساس مراد از وجوب و لزوم وفای به عقد، عمل به مقتضای خود عقد بر حسب دلالت لفظی می‌باشد، از این رو هنگامی که در نکاح خیار فسخ شرط شده باشد عمل بر حسب مقتضای نکاح مشروط به فسخ برای طرفین واجب و لازم می‌گردد و اگر صاحب خیار آن را به استناد خیار خود فسخ نماید، نکاح منحل می‌گردد؛ مانند اِعمال طلاق که نکاح را منحل می‌کند. به عبارت دیگر، نحوه استدلال به عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر صحت جعل شرط فسخ در نکاح مانند سایر عقود به این صورت است که شرط فسخ در ضمن عقد، یکی از اجزای عقد محسوب می‌شود و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، وفای به عقد مشروط را واجب و لازم می‌کند. بنابراین موجب ایجاد التزام ضمنی می‌گردد و این التزام به شرط فسخ، ناشی از لزوم وفای به عموم عقود است، به گونه‌ای که التزام به عقد، قابل انفکاک از التزام به شرط فسخ نمی‌باشد؛ زیرا بعد از جعل شرط فسخ در عقد نکاح، شرط یکی از اجزای عقد نکاح محسوب می‌شود.

آیه مذکور می‌تواند دلیل قوی جهت پذیرش اصل حاکمیت اراده در جعل شرط فسخ در نکاح مانند سایر عقود باشد.

## ۳-۲. روایات لزوم وفای به شروط

عموم روایاتی که بر لزوم وفای به شروط دلالت دارند، دلیل دیگری بر آزادی اراده در جعل شرط فسخ در هر عقدی و از جمله عقد نکاح می‌باشد. از جمله این روایات حدیث مستفیض نبوی است که پیامبر اکرم ﷺ فرموده‌اند: «مؤمنان پایبند شروط خود هستند» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۳۷۱) این حدیث با این متن نیز بیان شده است: «مؤمنان پایبند شروط خود هستند؛ مگر هر شرطی که مخالف کتاب خدا باشد که جائز نیست» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۰۲). در برخی نقل‌ها کلمه «الْمُسْلِمُونَ» به جای «الْمُؤْمِنُونَ» به کار رفته است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۶۹). در روایت دیگری از امام علیؑ نقل شده است که: «اگر کسی برای همسرش شرطی نماید، باید به آن شرط برای وی وفا نماید؛ چراکه مسلمانان نزد شروط خود هستند؛ جز شرطی که حلالی را حرام و

حرامی را حلال کند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۶۷).

«الْمُؤْمِنُونَ» و «الْمُسْلِمُونَ» معرف به «ال جنس» هستند که افاده عموم و استغراق می‌کند. ظرف به کار رفته در روایت متعلق به افعال عام نظیر ثابتون، کانتون و ... می‌باشد. همچنین واژه «شروطهم» با توجه به اینکه جمع مضاف است، دلالت بر عموم می‌کند (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۵۴). بر این اساس، معنای جمله چنین است: «جميع المؤمنون ثابتون عند جميع شروطهم؛ جميع مؤمنان نزد تمام شرط‌هایشان ثابت هستند» به این معنا که جعل و اعتبار شرط‌کننده ملازم شرط می‌باشد که این امر دلالت بر نفوذ شرط و لزوم آن می‌کند. بنابراین احادیث سابق‌الذکر هم دلالت بر صحت شرط دارد و هم دلالت بر لزوم و عدم امکان برهم زدن آن (خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۱۶۱) برخی از فقها معتقدند که مدلول مطابقی احادیث، بیان حکم وضعی می‌باشد که به دلالت التزامی در حکم تکلیفی (وجوب عمل به شرط) نیز می‌تواند مورد استناد قرار گیرد (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۲۶۸ / بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۲۵۵).

در استدلال به این احادیث می‌توان گفت احادیث مزبور تمامی شروطی که مؤمنان و مسلمانان در ضمن عقد شرط می‌کنند را لازم دانسته و آنان را پایبند شروط خود می‌دانند و عموم این روایات، جعل شرط فسخ در نکاح را نیز مانند سایر شروط غیر مخالف کتاب و سنت شامل می‌شود؛ بنابراین اگر زوجین با اراده خود شرط فسخ در نکاح بکنند مانند شرط فسخ سایر عقود، لازم الوفاء خواهد بود.

## نتیجه

اشتراط خیار فسخ در عقد نکاح به اجماع فقهای اسلامی باطل دانسته شده است، در حالی که در آیات و روایات دلیلی بر بطلان جعل شرط خیار وجود ندارد. طبق یافته‌های این پژوهش بر مبنای دلایلی نظیر لیه یک سوره ملننه که خداوند امر به وفای عقود نموده است و روایاتی که بر وفای به شروط را بر مؤمنان (مسلمانان) لازم می‌داند و همچنین با عنایت به اینکه عدم جعل شرط فسخ در عقد نکاح می‌تواند آسیب‌های مادی و معنوی فراوانی بر فرد و جامعه داشته باشد می‌توان گفت که مقتضی برای صحت شرط فسخ در نکاح موجود و مانع نیز مفقود می‌باشد. بنابراین طرفین عقد می‌تواند با استناد به حاکمیت اراده خود در عقدی که قصد انعقاد آن را دارند اشتراط خیار نمایند.





## منابع

١. ابن ادریس، محمد؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ٢، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٠ق.
٢. ابن جلاب مالکی، عبیدالله؛ التفریح فی فقه الإمام مالک بن انس؛ بیروت: دارالکتب العلمیه، ١٤٢٨ق.
٣. ابن رشد، محمد؛ بداية المجتهد و نهاية المقتصد؛ بیروت: دارالفکر، ١٩٩٥م.
٤. ابن قدامة، عبدالله؛ المغنی لابن قدامة؛ قاهرة: مكتبة القاهرة، ١٣٨٨.
٥. ابن مازة، محمود؛ المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی فقه الإمام أبی حنیفةؒ؛ بیروت: دارالکتب العلمیه، ١٤٢٤ق.
٦. اصفهانی، محمدحسین؛ حاشیة کتاب المکاسب؛ قم: أنوار الهدی، ١٤١٨ق.
٧. بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیة؛ قم: نشر الهادی، ١٤١٩ق.
٨. بیگدلی، عطاءالله؛ «حاکمیت اراده در فقه امامیه، رومی — ژرمنی و حقوق ایران؛ درآمدی مبنایی - فلسفی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ١، بهار و تابستان ١٣٩٤، ص ١٢٥-١٥٠.
٩. پاشا صالح، علی؛ فرهنگ نامه صالح؛ تهران: دانشگاه تهران، ١٣٧٥.
١٠. جزیری غروی، سیدمحمد و یاسر مازح؛ الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيتؑ؛ بیروت: دارالتقلین، ١٤١٩ق.
١١. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق خانواده؛ تهران: گنج دانش، ١٣٧٦.
١٢. جمعی از مؤلفان؛ الفتاوی الهندیة؛ ج ٢، بیروت: دارالفکر، ١٣١٠.
١٣. جمعی از مؤلفان؛ مجله فقه اهل بیتؑ (فارسی)؛ قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیتؑ، [بی تا].
١٤. حرّ عاملی، محمد؛ وسائل الشیعة؛ قم: مؤسسه آل البيتؑ، ١٤٠٩ق.
١٥. حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ قم: مؤسسه دارالتفسیر، ١٤١٦ق.
١٦. حلّی (علامه حلّی)، حسن؛ قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٣ق.
١٧. حلّی (محقق حلّی)، جعفر؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام؛ ج ٢، قم: مؤسسه

- اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۸. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریرالوسیلة؛ قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بی‌تا].
۱۹. خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب البیع؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۲۰. خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح‌الأصول؛ تقریرات سیدسرور بهسودی؛ ج ۵، قم: مکتبه‌الدوری، ۱۴۱۷ق.
۲۱. رملی، محمد؛ نهاية‌المحتاج إلى شرح‌المنهاج؛ بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۴ق.
۲۲. سبحانی، جعفر؛ نظام‌النکاح فی الشریعة‌الاسلامیة‌الغراء؛ قم: [بی‌تا]، [بی‌تا].
۲۳. سرخسی، محمد؛ المبسوط؛ بیروت: دارالمعرفة، ۱۴۱۴ق.
۲۴. سلطانی، حاتم و همکاران؛ «بررسی تعارض مابین اصل حاکمیت اراده و حق طلاق در حقوق خانواده»، فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل؛ ش ۴۸، تابستان ۱۳۹۹، ص ۹۸-۸۳.
۲۵. شبیری زنجانی، سیدموسی؛ کتاب نکاح؛ قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، ۱۴۱۹ق.
۲۶. شهید ثانی، زین‌الدین؛ مسالک‌الأفهام إلى تنقیح شرائع‌الاسلام؛ قم: مؤسسه‌المعارف‌الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۲۷. صدوق، محمد؛ من لایحضره‌الفقیه؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیة قم، ۱۴۱۳ق.
۲۸. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی؛ مختصر حقوق خانواده؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.
۲۹. طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیة قم، ۱۴۱۸ق.
۳۰. طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ المیزان فی تفسیرالقرآن؛ تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۳.
۳۱. طوسی، محمد؛ المبسوط فی فقه‌الإمامیة؛ ج ۳، تهران: المکتبه‌المرتضویة لإحیاء الآثارالجعفریة، ۱۳۸۷.
۳۲. طوسی، محمد؛ تهذیب‌الأحكام؛ ج ۴، تهران: دارالکتب‌الاسلامیة، ۱۴۰۷ق.
۳۳. عمرانی، یحیی؛ البیان فی مذهب‌الإمام‌الشافعی؛ جده: دارالمنهاج، ۱۴۲۱ق.
۳۴. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده؛ ج ۲، تهران: انتشارات به‌نشر، ۱۳۷۴.
۳۵. کلینی، محمد؛ الکافی؛ ج ۴، تهران: دارالکتب‌الاسلامیة، ۱۴۰۷ق.
۳۶. محقق داماد، سیدمصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده — نکاح و انحلال آن؛ قم: [بی‌تا]، [بی‌تا].
۳۷. محقق کرکی، علی؛ جامع‌المقاصد فی شرح‌القواعد؛ ج ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ق.

۳۸. مكارم شيرازى، ناصر؛ كتاب النكاح؛ قم: انتشارات مدرسه امام على بن ابى طالب عليه السلام، ۱۴۲۴ق.
۳۹. مؤمنى، عابدين؛ «شرط خيار در نكاح»، مجله دانشكده علوم انسانى سمنان (مطالعات فقه و حقوق اسلامى): ش ۱۲، زمستان ۱۳۸۴، ص ۱۲۵-۱۵۰.
۴۰. نجفى، محمدحسن؛ جواهرالكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ۷، بيروت: دار إحياء التراث العربى، ۱۴۰۴ق.
۴۱. نووى، محى الدين يحيى بن شرف؛ المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطبعي)؛ [بى جا]: دارالفكر، [بى تا].
42. Weill, Alex & François Terré; *Droit Civil: les obligations*; Dalloz, 1980.