





دانشگاه کاشان

دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه

برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی فسخ نکاح به واسطه بیماری‌های جدید

استاد راهنما:

دکتر قاسم شفیعی

استاد مشاور:

دکتر عباسعلی دارویی

توسط:

سید عمادالدین رضویان

مهر ۱۳۹۵

تقدیم به:

پدرم، اسوهی صبر و استقامت؛

مادرم، فرشتهی ایثار و مهربانی و عطوفت،

همسرم، یارمهربان و همراه همیشگی

و همه آنان که صمیمانه مهرشان را نثارم کردند و مهرورزی را به من آموختند.

قدردانی و تشکر

سپاس و ستایش، ایزد یکتا را که توفیق کتابت این نوشتار ارزانی داشت؛
مراتب قدردانی و سپاس خویش را نثار جناب آقای دکتر قاسم شفیعی که زحمت راهنمایی
بر دوش کشیده و از هیچ مساعدتی دریغ نمودند، می‌نمایم؛
از استاد محترم مشاور، جناب آقای دکتر عباسعلی دارویی کمال تشکر را دارم؛
همچنین از آقایان، دکتر محمود شاطریان و دکتر سیدعباس سیدی که به عنوان داور
قبول زحمت نمودند، سپاسگزاری می‌شود.
در پایان تلاش همه آنان که در راه آموختن علم، حضور، نظر و قلمشان، چراغ راه و امید و
پشتوانه کسانیست که قدم در راه آموختن میگذارند را ارج می‌نهمیم.

چکیده

قانون مدنی اسباب فسخ نکاح را به فسخ و طلاق محدود کرده است و موجبات فسخ نکاح را نیز عیوب مذکور در این قانون، تدلیس و تخلف از شرط صفت برشمرده است و عیوبی که موجب حق فسخ برای هر یک از زوجین می شود را نام برده است. با این وجود، امروزه بیماری‌های تازه‌ای شناخته شده که در گذشته ناشناخته بود و محل اختلاف است امکان یا عدم امکان توسعه موارد فسخ نکاح به دلیل وجود بیماری‌های جدید مانند ایدز، هپاتیت و غیره وجود دارد یا خیر؛ به عبارت دیگر، آیا عیوبی که در باب نکاح مطرح می‌شوند حصری است یا تمثیلی؟ در پاسخ به این سوال بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی معتقدند آنچه در قانون مدنی به عنوان عیوب موجب فسخ آمده جنبه حصری دارد و نمی‌توان به موارد دیگر تسری داد؛ اما برخی دیگر معتقدند که این موارد جنبه تمثیلی دارد. به نظر می‌رسد که پذیرش نظریه تمثیلی بودن عیوب و محدود ندانستن عیوب به همان تعدادی که مشهور فقیهان بدان اشاره کرده‌اند، منطقی‌تر و عادلانه‌تر باشد؛ چرا که اگر چه اصل لزوم عقد است و این اصل اولی در عقود، در عقد نکاح نیز جاری است، ولی با توجه به متضرر شدن طرفین عقد از معیوب بودن یکدیگر، در موارد عدم سلامت زوجین اصل لزوم به عدم لزوم تبدیل می‌گردد و برای جلوگیری از ضرر و زیان حق فسخ ازدواج را به آنها می‌دهد.

کلمات کلیدی: نکاح؛ طلاق؛ فسخ؛ عیوب؛ بیماری‌های جدید.

فهرست مطالب

مقدمه	۱
موضوع تحقیق	۲
پیشینه تحقیق	۲
اهداف تحقیق	۳
اهمیت تحقیق	۳
فرضیه تحقیق	۴
روش تحقیق	۴
ساختار تحقیق	۵

فصل اول: کلیات پژوهش

مبحث اول: مفهوم نکاح و اقسام آن	۸
گفتار اول: تعریف نکاح	۸
بند اول: تعریف لغوی نکاح	۸
بند دوم: تعریف حقوقی نکاح	۹
گفتار دوم: اقسام نکاح	۱۰
بند اول: نکاح دائم	۱۰
بند دوم: نکاح موقت (متعه)	۱۰
مبحث دوم: انحلال نکاح	۱۲
گفتار اول: تعریف طلاق و اقسام آن	۱۲
بند اول: تعریف طلاق	۱۲
بند دوم: اقسام طلاق	۱۳
الف: اقسام طلاق در فقه	۱۴
ب: اقسام طلاق در قانون مدنی	۱۴
گفتار دوم: وجوه تشابه و تمایز فسخ و طلاق	۱۶

- بند اول: شباهت فسخ و طلاق.....۱۶
- بند دوم: تفاوت های فسخ و طلاق.....۱۶

فصل دوم: موارد فسخ نکاح

- مبحث اول: مفهوم فسخ نکاح و شرایط آن.....۲۰
- گفتار اول: تعریف و مبانی فسخ نکاح.....۲۰
- بند اول: تعریف فسخ نکاح.....۲۰
- بند دوم: مبنای فسخ نکاح.....۲۰
- گفتار دوم: شرایط فسخ نکاح.....۲۱
- بند اول: ماهیت حقوقی فسخ.....۲۲
- بند دوم: فوریت و قابلیت اسقاط خیار فسخ.....۲۳
- الف: فوریت خیار فسخ.....۲۳
- ب: اسقاط خیار فسخ.....۲۴
- بند سوم: جهل به خیار فسخ.....۲۴
- مبحث دوم: موجبات فسخ نکاح.....۲۶
- گفتار اول: عیوب موجب فسخ.....۲۶
- بند اول: عیوب مشترک.....۲۷
- بند دوم: عیوب مختص مرد.....۲۸
- الف: خصاء.....۲۸
- ب: مقطوع بودن آلت تناسلی (جب).....۳۰
- پ: عنن.....۳۱
- بند سوم: عیوب مختص زن.....۳۲
- الف: قرن.....۳۲
- ب: جذام.....۳۳
- پ: برص.....۳۳
- ت: افشاء.....۳۳

- ث: زمین‌گیری..... ۳۴
- ج: نابینایی از هر دو چشم..... ۳۵
- گفتار دوم: تدلیس و تخلف از شرط صفت..... ۳۶
- بند اول: تدلیس..... ۳۶
- الف: تعریف تدلیس..... ۳۶
- ب: شرایط تاثیر تدلیس..... ۳۷
- پ: آثار تدلیس..... ۳۷
- بند دوم: تخلف از شرط صفت..... ۳۸

فصل سوم: فسخ نکاح به استناد بیماری های جدید

- مبحث اول: مصادیق بیماری های جدید..... ۴۲
- گفتار اول: بیماری های مقاربتی..... ۴۲
- بند اول: ایدز..... ۴۲
- بند دوم: سیفلیس..... ۴۴
- بند سوم: هیپاتیت..... ۴۵
- الف: هیپاتیت A..... ۴۶
- ب: هیپاتیت b..... ۴۶
- ج: هیپاتیت c..... ۴۷
- بند چهارم: سوزاک..... ۴۷
- گفتار دوم: بیماری های غیرمقاربتی..... ۴۸
- بند اول: بیماری های روانی..... ۴۸
- الف: افسردگی..... ۴۹
- ب: ترس..... ۴۹
- پ: بدگمانی..... ۵۰
- ت: وسواس..... ۵۰
- ث: عصبانیت..... ۵۱

- بند دوم: صرع..... ۵۱
- بند سوم: ام اس (MS) ۵۲
- مبحث دوم: بررسی ادله حصری یا تمثیلی بودن عیوب ۵۴
- گفتار اول: حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح..... ۵۵
- بند اول: دیدگاه مذاهب فقهی..... ۵۵
- الف: دیدگاه فقهای اهل سنت..... ۵۶
- ب: دیدگاه فقهای شیعه ۵۹
- بند دوم: ادله حصری بودن عیوب..... ۶۰
- الف: اخبار و روایات..... ۶۰
- ب: اجماع..... ۶۱
- پ: اصل لزوم عقد..... ۶۲
- ت: ارزیابی ادله مشهور..... ۶۴
- گفتار دوم: تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح..... ۶۵
- بند اول: ادله تمثیلی بودن عیوب..... ۶۶
- الف: اخبار و روایات ۶۶
- ب: قاعده لاضرر ۶۷
- پ: نفی عسرو حرج..... ۷۰
- ت: قصد و رضای طرفین..... ۷۶
- بند دوم: چالش‌های نو به دلیل تحولات پزشکی..... ۷۹
- نتیجه گیری..... ۸۱
- پیشنهادات..... ۸۴
- منابع..... ۸۵

مقدمه

نکاح از جمله عقود است که علاوه بر جنبه‌های حقوقی آمیخته با اخلاق است و قانون گذار در تدوین مقررات حاکم بر این نهاد کوچک اجتماعی متأثر از نیروهای اخلاقی و عادات و رسوم اجتماعی است، تا جایی که حاکمیت اراده در تعیین آثار آن نقش ندارد و به همین جهت قواعد عمومی معاملات تا جایی در نکاح قابل اعمال است که با طبیعت ویژه‌ی آن سازگار باشد.^۱ از جمله این قواعد، احکام راجع به «فسخ» است.

برابر ماده‌ی ۱۱۲۰ قانون مدنی: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود». بررسی مواد قانون مدنی در باب انحلال نکاح بیانگر آن است که قانونگذار به منظور استحکام بنیان خانواده و همچنین تأمین سلامت اراده زوجین، نکاح را صرفاً در مورد عیوب جسمانی، تدلیس و تخلف از شرط صفت قابل فسخ اعلام کرده است.

ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی، عیوب «خصاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی» را در مرد موجب فسخ برای زن دانسته است؛ در حالی که ماده ۱۱۲۳ همین قانون وجود عیوب «قرن، جذام، برص، افضاء، زمین گیری و نایبایی هر دو چشم» را در زن موجب فسخ نکاح برای مرد می‌داند از طرفی جنون نیز جزء عیوب مشترک برای هر یک از زوجین موجب فسخ خواهد بود.

تبعیض آشکار قانون گذار در اختصاص عیوب موجب حق فسخ در هر یک از زوجین با ملاحظات عقلی و اجتماعی دنیای امروز سنخیت ندارد. زوج در حالی که توانایی انحلال نکاح را به واسطه‌ی طلاق در اختیار دارد می‌تواند به استناد وجود هفت عیب در زن، نکاح را فسخ نماید، در حالی که زن تنها به استناد وجود چهار عیب می‌تواند نکاح را فسخ کند، این در حالی است که اختیار در طلاق ندارد و صرفاً به استناد وکالت اعطایی زوج ضمن قباله‌های نکاح یا ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی پس از اثبات عسر و حرج خود در دادگاه و همچنین در فرض خودداری یا عجز شوهر از دادن نفقه می‌تواند درخواست طلاق نماید.^۲ بنابراین هر چند در نظام حقوقی ما برای تحقق نکاح قصد و رضای طرفین در قالب الفاظ صریح کافی است و احتیاج به تشریفات دیگری نیست. اما در مقام انحلال نکاح از یک سو اختیار طلاق در دست مرد است و از سوی دیگر امکان فسخ نکاح از جانب زوج به نحو بهتر و بارزتری تأمین شده است.

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸، ص ۲۷۵.

۲. صفائی، حسین، مختصر حقوق خانواده، میزان، تهران، ۱۳۹۱، ص ۲۱۰.

با این وجود درباره‌ی تعداد عیوب و این که آیا عیوبی که در باب نکاح مطرح می‌شوند حصری است یا تمثیلی؟ اختلاف نظر بسیار است به ویژه آن که امروزه بیماری‌های تازه‌ای شناخته شده که در گذشته ناشناخته بود. بنابراین به لحاظ عدم تساوی زوجین در مورد استناد به عیوب مجوز فسخ نکاح عده‌ای از نویسندگان بر آنند که مقررات موجود نارساست و اندیشه اصلاح مقررات فعلی را در قانون‌گذاری‌های آینده در قالب گسترش دامنه‌ی عیوب مشترک مجوز فسخ نکاح می‌پرووراند.

از آن جا که مقررات مذکور در قانون مدنی عیناً از فقه پربار شیعه اقتباس گردیده، بررسی قابلیت طرح و توسعه مسأله در نظام حقوقی ما بدو مستلزم کنکاش سوابق فقهی موضوع است. آنچه محل اختلاف است امکان یا عدم امکان توسعه موارد فسخ نکاح به دلیل وجود بیماری‌های جدید مانند HIV (ایدز)، هپاتیت و غیره است. به طوری که زوج یا زوجه بتواند در صورت وجود آن بیماری از طریق فسخ نکاح، خود را از قید و بند عقد نکاح برهاند.

• موضوع تحقیق

این تحقیق در واقع بررسی امکان فسخ نکاح توسط زوج یا زوجه به واسطه‌ی بیماری‌های جدید مانند ایدز و هپاتیت و ... می‌باشد. با توجه به خلأ منابع موجود از یک سو و سکوت قانونگذار در این مورد از دیگر سو، تلقی کردن بیماری‌های جدید به عنوان عاملی برای فسخ نکاح به آسانی ممکن نیست و بعلاوه اینکه تاریخ آغاز این بیماری‌ها یا تاریخ شروع آثار مبتلا شدن زوج یا زوجه به بیماری‌های جدید و عوامل دیگر، موضوع را پیچیده می‌کند. همچنین بیماری‌هایی که در قانون مدنی به عنوان مجوز فسخ نکاح ذکر شده اند مانند برص و جذام، مواردی هستند که به علت واگیردار بودنشان، ادامه زندگی مشترک را با مشکل جدی مواجه می‌کنند و شاید به این دلیل است که عاملی برای فسخ نکاح به شمار آمده اند.

به همین علت به نظر می‌رسد با قیاس بتوان، بیماری‌های جدید مانند ایدز و هپاتیت را نیز به خاطر واگیردار بودنشان و مشقتی که برای ادامه زندگی مشترک برای زوجین ایجاد می‌کنند، مجوزی برای فسخ نکاح به حساب آورد. بر همین اساس بررسی همه جانبه موضوع و پیدا کردن راهکاری مناسب برای زوج و زوجه‌ای که طرف مقابل آنها مبتلا به این گونه بیماری‌ها هستند، در گستره این تحقیق قرار دارد.

• پیشینه تحقیق

موضوع این تحقیق با توجه به اینکه در مورد بیماری‌های جدیدی می‌باشد که سابقاً مطرح نبوده اند، زمینه و سابقه چندانی ندارد. اگرچه در حقوق کشور ما تحقیقاتی صورت گرفته و مقالاتی نگاشته شده است،

اما کافی نبوده و تا تبدیل شدن این موضوع به صورت ماده قانونی برای پر نمودن خلأ موجود، نیاز به تحقیقات بیشتری است که باید صورت گیرد. لازم به یادآوری است، که بایررسی های به عمل آمده، این موضوع در فقه هم چندان مورد توجه واقع نشده و صرفاً تعداد کمی از فقها به این موضوع توجه نشان داده اند. برخی از مهمترین منابع موجود عبارتند از:

۱. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرّم، لسان العرب، جلد ۸، دارالفکر للطباعة و النشر و توزیع، بیروت، لبنان، ۱۴۱۴ ه.ق.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۸۸.
۳. حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، جلد چهارم، انتشارات مکتبه الاسلامیه، قم، ۱۴۰۱ ق.
۴. صفائی، حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، میزان، تهران، ۱۳۹۱.
۵. فتحی پور، علی، فسخ عقود و آثار مترتب بر آن، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۳۶، سال ۱۳۳۲.
۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، حقوق خانواده، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸.
۷. مدرس نراقی، منوچهر، بیماری های روانی و تأثیر آن در بروز اختلافات زناشویی، مجله دانشکده حقوق (دانشگاه تهران)، شماره ۸، مهر ۱۳۵۵.

• اهداف تحقیق

هدف اصلی ما در این نوشتار، بررسی همه جانبه موضوع فسخ نکاح به واسطه بیماری های جدید و روشن شدن امکان فسخ نکاح برای زوج یا زوجه در صورت بروز این بیماری ها با توجه به مبانی فقهی و حقوقی موجود در کشور و پر نمودن خلأ قانونی و حل مشکلات رسیدگی به اینگونه دعاوی در دادگاه ها می باشد.

• اهمیت تحقیق

باتوجه به سکوت قانونگذار در مورد بیماریهای جدید وعدم تصریح به آنها در قانون به عنوان عاملی برای فسخ نکاح و همچنین به دلیل جدید بودن این بیماری ها، ارزش و اهمیت این تحقیق خود به خود

مشخص می‌گردد. این تحقیق بر آن است که با ارائه راهکار و قائل شدن حق فسخ برای زوج و یا زوجه در صورت پدید آمدن این بیماریها (البته با رعایت شرایط)، گامی در جهت پر نمودن خلأ قانونی بر دارد.

• فرضیه تحقیق

به نظر می‌رسد با توجه به واگیردار بودن و شیوع بیماری های جدید (ایدز، هپاتیت، MS و ...) و قیاس این بیماری ها با بیماری های تصریح شده در قانون، قائل شدن حق فسخ برای زوج یا زوجه منطقی باشد.

• روش تحقیق

در پژوهش حاضر، به منظور پاسخگویی به سؤالات و ابهامات مطروحه در جهت نیل به اهداف مورد نظر، از روش توصیفی، تحلیلی و نظری استفاده شده است. نگارنده در این راستا در نظر دارد در وهله اول با مراجعه به کتب موجود و مقالات مرتبط با موضوع اطلاعاتی کلی در این زمینه کسب نماید. همچنین با مراجعه به منابع اینترنتی و کتب فقهی، به دیدگاه های مختلف در این خصوص احاطه یابد. در این مرحله در نظر داریم با مراجعه به دادگاهها، تا حد امکان با همکاری مراجع قضایی به آرای موجود در این زمینه نیز دست یابیم. پس از این مرحله با مراجعه مستقیم به منابع کتابخانه ای و استفاده از منابع اینترنتی، استفاده از آرای موجود به فیش برداری از منابع پرداخته و مطالب مفید را فیش برداری نماید. پس از فیش برداری از منابع، کار نگارش متن تحقیق آغاز خواهد شد و با تکیه بر منابع موجود و استدلال، به تحلیل متون مختلف حقوقی و قانونی می پردازیم و نتایجی را که مدنظر است به دست خواهد آورد. در عین حال، در صورت لزوم و به فراخور مباحث، از تجربیات قضات و وکلای دادگستری و نیز پرونده های مطروحه در این زمینه، برای پیشبرد تحقیق نیز استفاده شده است.

عمده مباحث نوشتار پیش رو از طریق کتابخانه ای با استفاده از کتب علمی، مقالات موجود، قوانین و مقررات مرتبط و جراید و آرای قضایی در دسترس گردآوری خواهد شد. ابزار گردآوری دادهها، فیش برداری خواهد بود. پس از جمع آوری مطالب مورد نیاز، نگارنده با تکیه بر اطلاعات موجود و دانش شخصی، به تجزیه و تحلیل داده ها خواهد پرداخت. در این راستا، از مدل های تجزیه و تحلیل آماری نیز در صورت لزوم استفاده خواهد شد.

• ساختار تحقیق

نوشتار حاضر در سه فصل نگارش می شود. فصل اول به بیان کلیات پژوهش اختصاص خواهد داشت و مباحثی از قبیل تعریف نکاح و اقسام آن و راه های انحلال نکاح مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در فصل دوم به صورت تفصیلی به بررسی موارد حق فسخ در قانون مدنی خواهیم پرداخت و عیوب موجب فسخ و سایر موارد منصوص در قانون مدنی را بررسی خواهیم کرد. فصل سوم و پایان نوشتار به بررسی امکان استناد به بیماری های جدید به عنوان عاملی جهت فسخ نکاح می پردازیم. در این فصل پس از بررسی مهمترین مصادیق بیماری های جدید، به بررسی ادله حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ در فقه و قانون می پردازیم و در پایان نظر صواب را بیان می کنیم.

فصل اول:

کلیات پژوهش

نکاح، از جمله عقود مقدسی است که در همه جوامع بشری به دیده احترام بدان نگریسته می شود؛ زیرا در پی این قرارداد کوچکترین نهاد جامعه، خانواده پدید می آید و سرنوشت افراد در آن رقم می خورد. از این رو، مستحکم نگه داشتن این نهاد و جلوگیری از گسسته شدن رشته و پیوندهای آن به دلیل هرگونه عیب و بهانه ای ضروری می نماید، تزلزل پایه های خانواده و از بین رفتن آن، زیانی بس سنگین برای افراد و جامعه در پی دارد که باید از آن دوری گزید. از سویی نباید از دیده دور داشت که خانواده، کانون مهر و محبت است و افراد در آن به یکدیگر عشق می ورزند و پدر و مادر مهر و محبت خود را به پای فرزندان می ریزند. حال اگر این امر مهم به دلیلی میسر نگردد، بلکه مهر و محبت جای خود را به کینه، نفرت و دشمنی دهد و خانواده به کانون کشمکش و درگیری تبدیل شود، ناگزیر پیوندهای زناشویی نیز از هم خواهد گسست. در این فصل مختصراً در خصوص مفهوم نکاح، اقسام و انحلال آن سخن خواهیم گفت.

مبحث اول: مفهوم نکاح و اقسام آن

خانواده، کهن ترین و مهم ترین نهاد انسانی است که در آن پیوندی مقدس ایجاد می گردد. تمایل فطری زن و مرد به یکدیگر، باعث ایجاد این پیوند می گردد. از سویی ازدواج نیز به منزله مهم ترین و تنهاترین عامل ایجاد این پیوند است. نکاح، عقدی است که به موجب آن مرد و زن لااقل بر نفی محرومیت جنسی یا علاوه بر نفی محرومیت به منظور تشکیل خانواده و زندگی مشترک خانوادگی قانوناً با هم متحد می شوند. در این مبحث به بررسی مفهوم نکاح و اقسام آن می پردازیم.

گفتار اول: تعریف نکاح

نکاح دائم اساساً یک قرارداد غیرمالی است، هر چند که پاره‌ای از آثار مالی بر آن مترتب است؛ آثار مالی نکاح جنبه فرعی و تبعی دارد و از این رو نکاح را از صورت یک قرارداد غیرمالی خارج نمی‌کند.^۱ در این گفتار به بررسی تعریف لغوی و اصطلاحی نکاح خواهیم پرداخت.

بند اول: تعریف لغوی نکاح

نکاح یک عقد است. «عقد» در لغت، به معنای گره زدن، بستن و محکم کردن چیزی است.^۲ ماده ۱۸۳ ق.م.مقر می دارد «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». مطابق این ماده هر عقد داری دو شرط اساسی است: شرط اول اینکه در اثر توافق دو یا چند اراده به وجود می‌آید و شرط دوم این است که نتیجه منظور از توافق ایجاد تعهد است.^۳ حقوقدانان بر تعریف مذکور انتقاد کرده و معتقدند در ماده فوق، به تعهدی که یک یا چند نفر در برابر دیگران کرده اند و مورد قبول قرار گرفته، عقد گفته می‌شود، درحالی که تعهد اثر عقد است نه خود آن!^۴ در تعریف حقوقی از عقد می‌توان گفت «عقد عبارت است از توافق اراده دو طرف به منظور ایجاد یک اثر حقوقی اعم از اینکه این اثر به وجود آمدن، تغییر یا سقوط تعهد باشد، یا به وجود آمدن، تغییر یا سقوط یک حق عینی مانند مالکیت و غیر آن».^۵

۱. صفایی، سید حسین، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۸.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، نشر سخن، نشر امیرکبیر، تهران، ۱۳۸۶، ص ۷۰۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۱، ص ۱۴.

۴. همان ص ۱۶.

۵. صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۱، ص ۲۰.

نکاح نیز از ریشه نَكَحَ، يَنْكَحُ، به معنی ازدواج کردن و زن گرفتن است و به معنی وطی و عقد نیز آمده است.^۱ در اینکه این لفظ دلالت بر وطی دارد یا عقد و یا مشترک لفظی میان عقد و وطی است، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی آنرا حقیقت در وطی دانسته و دلالت آنرا بر عقد مجاز شمرده اند. گروهی دیگر دلالت آن را بر عقد حقیقت شمرده و مجاز در وطی دانسته اند. و عده ای نیز آن را مشترک لفظی میان عقد و وطی به شمار آورده اند. مقتضای کلام لغویین استعمال لفظ نکاح در «وطی» است و مشهور آن است که این واژه شرعاً به مفهوم «عقد» است.^۲

بند دوم: تعریف حقوقی نکاح

نکاح یا همان ازدواج در قانون مدنی ایران تعریف مشخصی ندارد و شاید بدهات این امر موجب شده تا قانونگذار خود را ملزم به این تعریف ننماید ولی شاید متنوع بودن آثار و نتایج نکاح و مفقود بودن ارکان و عناصر اصلی در این امر مزید بر علت بوده است. بعضی از اساتید و بزرگان حقوق در تعریف نکاح چنین گفته اند: «نکاح عبارت است از رابطه حقوقی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می شود و به آنها حق می دهد که از یکدیگر تمتع جنسی ببرند».^۳ اشکالی که بر این تعریف وارد است این که تمتع جنسی جزء ماهیت نکاح نیست و اگر نکاح فاقد این مؤلفه باشد باز هم نکاح تحقق می یابد. برای مثال می توان به ازدواج موقتی اشاره کرد که در آن شرط عدم تمتع جنسی به عنوان شرط ضمن عقد قید شده است و چون عقد نکاح از عقود لازم است طرفین ملزم هستند که از این شرط ضمن عقد تبعیت نمایند. البته تمتع جنسی از اغراض نکاح و شاید بتوان گفت که از مهمترین اغراض نکاح است ولی غرض منحصراً نکاح نیست و اغراض دیگری مانند توالد و تناسل نیز جزء اغراض نکاح است ولی جزء ماهیت نکاح نیست و بدون هرکدام از آنها نکاح پدید می آید.

به نظر می رسد بتوان نکاح را در اصطلاح حقوقی اینگونه تعریف کرد که «نکاح قراردادی است که به موجب آن مرد و زن در زندگی با هم شریک و متحد شده، خانواده ای تشکیل می دهند».^۴ بر این تعریف این اشکال ممکن است واقع شود که این تعریف جامع نیست از آن جهت که شامل نکاح موقت نمی شود، ولی

۱. آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر فارسی-عربی، نشر نی، تهران، ۱۳۹۱، ص ۷۱۴.

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام، جلد سوم، موسسه امام صادق (ع)، قم، ۱۴۲۱ ق، ص ۴۱۳.

۳. محقق داماد، مصطفی، حقوق خانواده- نکاح و انحلال آن، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۴، ص ۲۲.

۴. همان.

می توان در پاسخ چنین گفت که در ازدواج موقت نیز نوعی تشکیل خانواده مد نظر است، این نوع نکاح از لحاظ استحکام خانواده مانند ازدواج دائم نسیت و تعاون و همبستگی در نکاح دائم به مراتب بیشتر از نکاح موقت است.

گفتار دوم: اقسام نکاح

نکاح در حقوق ایران بر دو قسم نکاح دائم و نکاح منقطع است که آن را متعه و نکاح موقت نیز می گویند. قانون مدنی در این باب از فقه امامیه پیروی کرده است. نکاح منقطع از ویژگی های مذهب تشیع است و در فقه عامه آن را معتبر نمی شناسند.^۱ فقهای امامیه برای صحت این نکاح به آیات قرآن به ویژه آیه ۲۴ از سوره نساء و نیز به روایت و اخبار و اجماع علمای مذهب استناد می کنند.

بند اول: نکاح دائم

همانگونه که در مورد تعریف نکاح گفته شد، نکاح رابطه ای زناشویی می باشد که میان دو جنس مخالف زن و شوهر بسته می شود. در این نکاح که بصورت دائمی و ابدی می باشد هر نفر زن و شوهر از یکدیگر ارث می برند و همه احکام ازدواج در این دو خصوص همانند نفقه، عدّه، ارث، مهریه جاری می گردد.

بند دوم: نکاح موقت (متعه)

«متعه» از مادهی «متع» است که در لغت به معنای آن چیزی است که از آن بهره برداری شده^۲ و انتفاع قلیل و موقت برده می شود؛^۳ و در اصطلاح فقهی ازدواجی است که مردی با زنی تا مدت زمان معین با مهریه ی معین، نکاح انجام داده و با سرآمدن وقت تعیین شده، مرد و زن از همدیگر بدون طلاق جدا می شوند.^۴

۱. اکثر مفسران اهل سنت معتقدند که آیه ی شریفه مربوط به نکاح دائم است و بر فرض پذیرش متعه، این آیه را از آیات منسوخه دانسته و برای ادعای خود آیاتی را به عنوان ناسخ ذکر کرده اند. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: فخرالدین رازی، ابو عبدالله محمد بن عمر، مفاتیح الغیب، جلد ۱۰، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۲۰ق، ص ۴۰ - آلوسی، سید محمود، روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم، جلد سوم، تحقیق علی عبدالباری عطیه، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۵ق، ص ۷ - طبری کیهراسی، ابوالحسن علی بن محمد، احکام القرآن، جلد دوم، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۵ق، ص ۴۱۳.

۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، جلد ۸، دارصا، بیروت، ۱۴۱۴ق، ص ۲۳۹.

۳. قرشی، سیدعلی اکبر، قاموس قرآن، جلد ششم، دارالکتب الاسلامیه؛ تهران، ۱۳۷۱، ص ۲۲۶.

۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، جلد اول، دارالعلم الدارالشامیه، دمشق بیروت، ۱۴۱۲ق، ص ۷۵۷.

تنها آیه‌ای که بحث متعه را در قرآن مطرح کرده، آیه‌ی ۲۴ سوره‌ی نساء است که حلیّت و شرایط ازدواج موقت را بیان نموده است: «...وَ أَجَلَ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً...»؛ «...اما زنان دیگر غیر از اینها (که گفته شد)، برای شما حلال است که با اموال خود، آنان را اختیار کنید؛ در حالی که پاکدامن باشید و از زنا خودداری نمایید. و زنانی را که متعه [=ازدواج موقت] می‌کنید، واجب است مهر آنها را بپردازید...»

آنچه از آیه شریفه استفاده می‌شود این است که اصل تشریح ازدواج موقت، قبل از نزول آیه امری مسلم بوده که در این آیه نسبت به پرداخت مهریه، توصیه و تأکید شده است.^۱ علاوه بر این، باید توجه داشت که در عقد موقت نیز مثل عقد دائم، خواندن صیغه‌ی عقد، و ایجاب و قبول از طرفین ازدواج، شرط صحت ازدواج بوده و بدون آن عقد باطل است.^۲ همچنین، یکی از ارکان اساسی نکاح متعه، ذکر مدت است. در قانون مدنی آمده: نکاح وقتی موقت است که برای مدتی معلوم و معین واقع شده باشد؛ یعنی ابتدا و انتهای آن باید کاملاً مشخص شده و این مدت، هنگام عقد باید لحاظ گردد و اگر از روی فراموشی یا عمدی مدت ذکر نشود، نکاح متعه به دائم تبدیل می‌شود.^۳

بنابراین، نکاح منقطع از بسیاری از جهات مانند نکاح دائم است؛ شرایط و موانع نکاح منقطع، جز در موارد استثنایی، همان است که در نکاح دائم آمده است، و آثار آن هم، جز در مورد نفقه و ارث، همان آثار نکاح دائم است، به ویژه از لحاظ اولاد تفاوتی بین نکاح دائم و نکاح منقطع نیست و فرزند ناشی از این نکاح از کلیه حقوق فرزند ناشی از نکاح دائم برخوردار است.

۱. مکارم شیرازی، ناصر و همکاران، تفسیر نمونه، جلد سوم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۴، ص ۳۳۵.

۲. موسوی خمینی امام، روح‌الله، تحریر الوسیله، جلد دوم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۴۰۲ ق، ص ۲۷۱.

۳. همان، ص ۲۷۳.