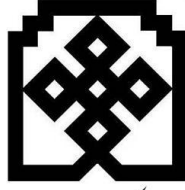


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه حکیم سبزواری

دانشکده الهیات و معارف اسلامی

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

بررسی توسعه یا تضییق عیوب موجب فسخ نکاح

استاد راهنما:

دکتر علیرضا پور اسماعیلی

استاد مشاور:

دکتر عباس برزویی

پژوهشگر:

زهرا کرامتی تبار

بهمن ۹۲



بسم الله الرحمن الرحيم

صور تجلید دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

با تلاوت آیاتی چند از کلام ... مجید جلده دفاع از پایان نامه ی آقای زهرا کرامتی تبار دانشجوی کارشناسی ارشد دوره ی روزانه رشتی حقوق (خصوصی) با
عنوان پایان نامه: (بررسی توسعه یا تضییع عیوب موجب فسخ نسیخ) در ساعت ۱۴-۱۲ یکشنبه مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۲۲ در محل سالن اجتماعات دانشکده
ادبیات و علوم انسانی تشکیل گردید.

پس از استماع گزارش ارزش ده توسط دانشجو و اساتذ راهنمایان و اوران و حاضران سولاتی را مطرح و نامبرده به دفاع از موضوع پرداخت و به سولات آنها پاسخ
گفت. پس پایان نامه توسط هیات داوران مورد ارزشیابی قرار گرفت و نمره (۱۸/۵) برابر درجه بیست و سه خوب برای آن تعیین گردید. به این
ترتیب ضمن تصویب پایان نامه مذکور از این تاریخ زهرا کرامتی تبار به عنوان کارشناسی ارشد شناخته می شود.

ردیف	اعضای هیات داوران	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	امضاء
۱	استاد راهنما	دکتر علیرضا پور انصاری	استادیار	
۲	استاد مشاور	دکتر عباس برزونی	استادیار	
۳	استاد داور	دکتر ناصر سلانی انزلی	استادیار	
۴	نایب رئیس تحصیلات تکمیلی	دکتر سید مهدی نوری	استادیار	

نام و نام خانوادگی و امضای مدیر گروه
دکتر عباس برزونی

روشت معاونت آموزشی و تحصیلات تکمیلی دانشگاه جهت اطلاع
- معاونت پژوهشی دانشگاه جهت اطلاع
- آموزش دانشکده جهت درج در پرونده دانشجو



سوگند نامه دانش آموختگان دانشگاه تربیت معلم سبزوار

کزین برتر اندیشه بر نگذرد

به نام خداوند جان و خرد

اینک که به خواست آفریدگار پاک، کوشش خویش و بهره گیری از دانش استادان و سرمایه های مادی و معنوی این مرز و بوم، توشه ای از دانش و خرد گردآورده ام، در پیشگاه خداوند بزرگ سوگند یاد می کنم که در به کارگیری دانش خویش، همواره بر راه راست و درست گام بردارم. خداوند بزرگ، شما شاهدان، دانشجویان و دیگر حاضران را به عنوان داورانی امین گواه می گیرم که از همه دانش و توان خود برای گسترش مرزهای دانش بهره گیرم و از هیچ کوششی برای تبدیل جهان به جایی بهتر برای زیستن، دریغ نورزم. پیمان می بندم که همواره کرامت انسانی را در نظر داشته باشم و هموعان خود را در هر زمان و مکان تا سر حد امکان یاری دهم. سوگند می خورم که در به کارگیری دانش خویش به کاری که با راه و رسم انسانی، آیین پرهیزگاری، شرافت و اصول اخلاقی برخاسته از ادیان بزرگ الهی، به ویژه دین مبین اسلام، مبیانت دارد دست نیازم. همچنین در سایه اصول جهان شمول انسانی و اسلامی، پیمان می بندم از هیچ کوششی برای آبادانی و سرافرازی میهن و هم میهنانم فروگذاری نکنم و خداوند بزرگ را به یاری طلبم تا همواره در پیشگاه او و در برابر وجدان بیدار خویش و ملت سرافراز، بر این پیمان تا ابد استوار بمانم.

نام و نام خانوادگی وامضای دانشجو

تاییدیه ی صحت و اصالت نتایج

بسمه تعالی

اینجانب زهرا کرامتی تبار به شماره دانشجویی ۹۰۱۳۲۹۱۱۰۷ رشته حقوق خصوصی مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد تأیید می نمایم که کلیه نتایج این پایان نامه حاصل کار اینجانب و بدون هرگونه دخل و تصرف و موارد نسخه برداری شده از آثار دیگران را با ذکر کامل مشخصات منبع ذکر کرده ام در صورت اثبات خلاف مندرجات فوق به تشخیص دانشگاه مطابق با ضوابط و مقررات حاکم (قانون حمایت از حقوق مولفان و مصنفان . قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ضوابط و مقررات آموزشی پژوهشی و انضباطی ...) با اینجانب رفتار خواهد شد . و حق هرگونه اعتراض در خصوص احقاق حقوق مکتسب و تشخیص و تعیین تخلف و مجازات را از خویش سلب می نمایم . در ضمن مسئولیت هرگونه پاسخگویی به اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و مراجع ذی صلاح (اعم از اداری و قضایی) به عهده اینجانب خواهد بود و دانشگاه هیچ گونه مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت .

نام و نام خانوادگی :

تاریخ و امضاء:

مجوز بهره برداری از پایان نامه

بهره برداری از این پایان نامه در چهار چوب مقررات کتابخانه و با توجه به محدودیتی که توسط استاد راهنما به شرح زیر تعیین می شود بلامانع است :

- بهره برداری از این پایان نامه برای همگان بلامانع است
- بهره برداری از این پایان نامه با اخذ مجوز از استاد راهنما بلامانع است
- بهره برداری از این پایان نامه تا تاریخ ممنوع است .

استاد راهنما : استاد راهنمای اول

تاریخ :

امضاء:



دانشگاه حکیم سبزواری

فرم چکیده‌ی پایان‌نامه‌ی دوره‌ی تحصیلات تکمیلی
مدیریت تحصیلات تکمیلی

نام خانوادگی دانشجو: کرامتی تبار	نام: زهرا	ش دانشجویی: ۹۰۱۳۲۹۱۱۰۷
استاد راهنما: دکتر علیرضا پوراسماعیلی	استاد مشاور: دکتر عباس برزویی	
دانشکده: الهیات و معارف اسلامی	رشته: حقوق	گرایش: حقوق خصوصی
مقطع: کارشناسی ارشد	تاریخ دفاع: ۹۲/۱۱/۲۰	تعداد صفحات: ۱۴۳
عنوان پایان‌نامه: بررسی توسعه یا تضییق عیوب موجب فسخ نکاح		
کلیدواژه‌ها: انحلال نکاح، فسخ نکاح، عیوب نکاح، بیماری‌های کشنده، درمان عیب		

چکیده

طلاق و فسخ از جمله اسباب انحلال عقد نکاح است که در قانون مدنی ایران به تبعیت از دیدگاه مشهور در فقه شیعه مورد شناسایی قرار گرفته است با این تفاوت که تنها مرد می‌تواند از حق طلاق استفاده کند اما هر یک از زوجین می‌توانند از حق فسخ نکاح به استناد وجود عیب استفاده کنند. نویسندگان قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، عیوب موجب فسخ نکاح در زنان را به قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم و در مردان به جب و عنق و خصاء منحصر کرده‌اند و همچنین جنون را به عنوان عیب مشترک در نظر گرفته‌اند. این تتبع قانون نویسان از نظر مشهور فقها، سبب وضعی حکمی تبعیض آمیز و ناروا در شمار عیوب زن و مرد گشته است؛ چرا که مردان نیز به برخی از عیوب اختصاصی زنان مانند برص، جذام و زمین‌گیری دچار می‌شوند. علاوه بر عیوب ذکر شده، امروزه جامعه بشری با شیوع بیماری‌های مهلکی همچون ایدز و هیپاتیت مواجه است، که ضرر حاصل از این گونه بیماری‌ها به علت مسری و کشنده بودن به مراتب بیشتر از برخی عیوب مصرح در قانون مدنی می‌باشد. حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان ابتلاء به چنین بیماری‌هایی را از عیوب موجب فسخ نکاح دانست و به زوجین حق فسخ به استناد چنین عیوبی داد یا آن که باید به پیروی از دیدگاه مشهور در فقه، عیوب موجب فسخ نکاح را محدود به چند عیب خاص دانست؟ آیا نمی‌توان دلیل و مبنایی برای جواز حق فسخ در این نوع بیماری‌ها یافت؟ افزون بر این، با توجه به اینکه برخی از بیماری‌های احصاء شده در قانون مدنی، قابل درمان شده‌اند و ضرر حاصل از آن‌ها از بین رفته است، آیا باز هم طبق قانون مدنی در این موارد نیز حق فسخ محفوظ است؟

امضای استاد راهنما

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه.....
۷	فصل اول: موجبات فسخ نکاح.....
۸	مبحث اول: فسخ.....
۸	گفتار اول: تعریف و ماهیت فسخ.....
۹	گفتار دوم: تمایز فسخ و نکاح.....
۹	بند اول: وجوه اشتراک فسخ و طلاق.....
۱۰	بند دوم: وجوه افتراق فسخ و طلاق.....
۱۱	مبحث دوم: موارد امکان فسخ نکاح.....
۱۱	گفتار اول: تدلیس.....
۱۲	بند اول: مفهوم تدلیس.....
۱۲	بند دوم: ارکان تدلیس.....
۱۴	گفتار دوم: تخلف از شرط صفت.....
۱۷	گفتار سوم: وجود عیب.....
۱۸	بند اول: عیب مشترک (جنون).....
۱۹	۱- تعریف جنون.....
۲۰	۲- اقسام جنون.....
۲۱	۳- نصوص وارده در مورد جنون.....
۲۳	بند دوم: عیوب مختص مرد.....
۲۳	۱- عنن.....
۲۳	۱- + تعریف عنن.....
۲۴	۱- ۴- نصوص وارده در مورد عنن.....
۲۶	۱- ۳- عنن در قانون مدنی ایران.....
۲۷	۱- ۴- طریقه اثبات عنن.....
۲۸	۱- ۵- عنن قبل از عقد.....
۲۸	۱- ۶- عنن بعد از عقد.....

۲۹	۲	خصاء
۲۹	۲	۱- تعریف خصاء
۳۰	۲	۲- نصوص وارده در مورد خصاء
۳۲	۲	۳- خصاء در قانون مدنی ایران
۳۲	۲	۴- خصاء قبل از عقد
۳۲	۲	۵- خصاء بعد از عقد
۳۳	۳	۳- جب (مقطوع بودن آلت تناسلی)
۳۳	۳	۱- تعریف جب
۳۳	۳	۲- نصوص وارده در مورد جب
۳۵	۳	۳- جب در قانون مدنی ایران
۳۵	۳	۴- جب قبل از عقد
۳۵	۳	۵- جب بعد از عقد
۳۶		بند سوم: عیوب مختص زن
۳۶	۱	۱- قرن
۳۶	۱	۱- تعریف قرن
۳۷	۱	۲- بررسی فقهی عیب قرن
۳۸	۱	۳- درمان بیماری
۳۸	۲	۲- جذام
۳۸	۲	۱- تعریف جذام
۳۹	۲	۲- بررسی فقهی عیب جذام
۴۰	۲	۳- درمان بیماری
۴۰	۳	۳- برص
۴۰	۳	۱- تعریف برص
۴۱	۳	۲- بررسی فقهی عیب برص
۴۱	۳	۳- درمان بیماری
۴۱	۴	۴- افضاء
۴۱	۴	۱- تعریف افضاء

۴۲	۴ ۴ - بررسی فقهی عیب افضاء.....
۴۳	۴ ۴ - درمان بیماری.....
۴۳	۵ - زمین گیری (اقعاد).....
۴۳	۵ ۴ - تعریف زمین گیری.....
۴۴	۵ ۴ - بررسی فقهی عیب زمین گیری.....
۴۴	۶ - نابینایی از هر دو چشم.....
۴۴	۶ ۴ - تعریف نابینایی.....
۴۵	۶ ۴ - بررسی فقهی عیب نابینایی.....
۴۵	بند چهارم: صور مختلف عیوب زن.....
۴۵	۱ - وجود عیب پیش از عقد یا در حین عقد.....
۴۶	۲ - وجود عیب پس از عقد و قبل از نزدیکی.....
۴۶	۳ - وجود عیب پس از عقد و نزدیکی.....
۴۸	مبحث سوم: نابرابری و تبعیض زن و مرد در عیوب موجب فسخ نکاح.....
۵۰	گفتار اول: مستندات دیدگاه مشهور.....
۵۰	بند اول: روایات.....
۵۲	بند دوم: اصل لزوم و استصحاب.....
۵۳	گفتار دوم: مستندات دیدگاه غیر مشهور.....
۵۳	بند اول: روایات.....
۵۷	بند دوم: قاعده لاضرر.....
۶۰	بند سوم: قیاس اولویت.....
۶۱	بند چهارم: ایجاد انزجار منافی حق استمتاع.....
۶۲	مبحث چهارم: عیوب موجب فسخ نکاح در فقه اهل سنت.....
۶۵	فصل دوم: بررسی حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح.....
۶۶	مبحث اول: حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح.....
۶۶	گفتار اول: ادله دیدگاه حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح.....
۶۶	بند اول: تعبدی دانستن عیوب موجب فسخ نکاح.....
۷۲	بند دوم: روایات.....

۷۶ بند سوم: اجماع
۷۶ بند چهارم: اصل لزوم
۷۶ بند پنجم: استصحاب
۷۷ گفتار دوم: ارزیابی ادله حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح
۷۷ بند اول: نقد تعبدی دانستن عیوب موجب فسخ نکاح
۷۸ بند دوم: نقد روایت ها
۸۲ بند سوم: نقد اجماع
۸۳ بند چهارم: نقد اصل لزوم
۸۵ مبحث دوم: تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح
۸۶ گفتار اول: ادله دیدگاه تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح
۸۶ بند اول: روایات
۸۷ بند دوم: قاعده لاضرر
۸۸ بند سوم: قاعده عسر و حرج
۸۸ بند چهارم: لازم الوفاء بودن شرط بنایی
۸۸ ۱ - تعریف و ماهیت شرط بنایی
۸۹ ۱ + - معنای خاص شرط بنایی
۸۹ ۱ ۴ - معنای عام شرط بنایی
۹۰ ۲ - جایگاه شرط بنایی در فقه امامیه
۹۰ ۲ ۱ - نظریه بطلان
۹۱ ۲ ۴ - نظریه صحت
۹۲ ۲ ۳ - نظریه تفصیل
۹۲ ۲ ۴ - نظر برگزیده
۹۳ ۳ - مبانی شرط بنایی در فقه امامیه
۹۳ ۳ ۱ - اصل آزادی شروط
۹۴ ۳ ۴ - دلالت التزامی
۹۵ ۳ ۳ - عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم»
۹۶ ۳ ۴ - وفاء به عقد

- ۴ - شرط بنایی در قانون مدنی ایران..... ۹۸
- ۴ - آثار شرط بنایی در نکاح..... ۱۰۰
- ۴ - دامنه و ملاک تاثیر شرط بنایی در نکاح..... ۱۰۱
- ۲ - ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی..... ۱۰۲
- ۲ - رویه قضایی..... ۱۰۳
- ۲ - آرای فقهی..... ۱۰۶
- ۲ - عرف..... ۱۰۸
- ۲ - قاعده لاضرر..... ۱۰۸
- بند پنجم: قیاس اولویت..... ۱۱۰
- بند ششم: خيار تدلیس..... ۱۱۱
- گفتار دوم: ارزیابی ادله تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح..... ۱۱۳
- مبحث سوم: حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح در اهل سنت..... ۱۱۵
- فصل سوم: تاثیر درمان بر حق فسخ..... ۱۱۷
- مبحث اول: بررسی دیدگاه های راجع به تاثیر درمان عیوب بر حق فسخ..... ۱۱۸
- گفتار اول: نظریه زوال حق فسخ..... ۱۱۸
- بند اول: روایات..... ۱۱۹
- بند دوم: از بین رفتن ضرر..... ۱۲۲
- بند سوم: رفع عیوب مغل و ظایف زناشویی..... ۱۲۴
- بند چهارم: عدم صدق عنوان عیب بر عیب درمان شده..... ۱۲۵
- گفتار دوم: نظریه بقاء حق فسخ..... ۱۲۶
- بند اول: تعبدی بودن عیوب..... ۱۲۶
- بند دوم: اصل استصحاب..... ۱۲۷
- مبحث دوم: تاثیر درمان بر حق فسخ در فقه اهل سنت..... ۱۲۷
- مبحث سوم: وجوب یا عدم وجوب درمان فرد معیوب..... ۱۳۱
- بند اول: دلایل عدم وجوب درمان..... ۱۳۲
- بند دوم: نقد و بررسی دلایل..... ۱۳۳
- بند سوم: هزینه درمان عیب..... ۱۳۵

۱۳۶	مبحث چهارم: بازه دوره درمان
۱۳۸	مبحث پنجم: نگاهی بر وضع کنونی دادگاه ها و پزشکی قانونی در عیوب قابل درمان
۱۴۰	نتیجه
۱۴۴	منابع

الف) بیان مساله

حقوق خانواده یکی از مباحث مهم در حقوق مدنی ایران می باشد، چرا که خانواده یکی از مهم ترین نهاد های اجتماع و اولیه در هر جامعه ای محسوب می شود که از نکاح زن و مرد شکل می گیرد. خانواده کانونی است که در آن روحیه مهر و عاطفه، صداقت و تعاون و همکاری جاری و مامنی است برای رفع نیازهای متقابل و دادن آرامش به یکدیگر. دین مبین اسلام دستورات و تاکیدات بسیاری به زن و مرد در جهت حفظ این نهاد اجتماعی داده است اما گاهی حفظ این کانون و ادامه رابطه زناشویی به دلیل وجود برخی مسائل و مشکلات میسر نمی باشد و ممکن است نفرت و کینه و دشمنی جایگزین مهر و عاطفه در کانون خانواده شود که در این موارد دین مقدس اسلام به زن و مرد اجازه داده است که نکاح را برهم زنند و به رابطه زناشویی خاتمه دهند. از جمله اسباب انحلال عقد نکاح، طلاق و فسخ به دلیل وجود برخی عیوب می باشد که طبق قانون مدنی ایران تنها مرد می تواند از حق طلاق استفاده کند اما در مورد فسخ به دلیل وجود برخی از عیوب، هر یک از زوجین می توانند از حق فسخ نکاح به استناد وجود عیب استفاده کنند. قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه (۱۱۲۲ تا ۱۲۳۲ق.م) به ذکر پاره ای از عیوب پرداخته و وجود هریک از آن ها را در یکی از زوجین سبب حق فسخ طرف مقابل دانسته است. برخی از عیوب مانند جنون میان زن و مرد مشترک است که وجود آن در هریک از زوجین، موجب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل خواهد بود با این تفاوت که اگر جنون مرد بعد از عقد هم حادث شود زن حق فسخ نکاح را دارد (۱۱۲۵ق.م)، در حالی که جنون زن در صورتی برای مرد ایجاد فسخ می کند که هنگام انعقاد عقد و پیش از آن وجود داشته باشد (۱۱۲۴ق.م).

برخی دیگر از عیوب نیز به عنوان عیوب اختصاصی زن و مرد معرفی شده است؛ مانند عنن، خصاء و جب که از عیوب مختص مردان به شمار می آید و جذام و برص، زمین گیری، نابینایی از هر دو چشم، قرن و افضاء که از عیوب مختص زنان تلقی می شود (۱۱۲۱ و ۱۱۲۳ق.م). با نگاهی گذرا به

شمار عیوب اختصاصی مرد و زن، می توان نابرابری در عیوب زن و مرد را دریافت؛ چرا که عیوبی مانند جذام و برص، زمین گیری و نابینایی تنها از عیوب مختص زنان معرفی شده است، در حالی که امکان ابتلای مرد به این نوع بیماری ها نیز محال نیست اما قانون مدنی وجود این بیماری ها در مرد را برای زن موجب حق فسخ ندانسته است. به طور قطع چنین حکمی تبعیضآمیز و به دور از عدل و انصاف است و نمی توان توجیه منطقی برای آن ارائه داد؛ به ویژه آن که از یک سو مرد از حق اختصاصی طلاق برخوردار است و می تواند هر وقت بخواهد همسر خود را طلاق دهد (۱۳۳۳ق.م). افزون بر این حق، مرد می تواند باتمسک به قواعد فسخ نیز عقد نکاح را بر هم بزند. از سوی دیگر فرض تحقق این بیماری ها در زن و مرد یکسان است و عدم شناسایی حق برابر برای زن در فسخ نکاح، تحمیل ضرر ناروایی بر زن است که با قاعده عدالت دین اسلام سازگاری ندارد. به هر حال علت این تبعیض را باید در دیدگاه مشهور فقیهان امامیه جست که چرا زن در این موارد حق فسخ نکاح را ندارد؟

افزون بر این تبعیض که علل آن را باید مورد بررسی و مذاقه قرار داد و به دیدگاه مشهور در فقه رجوع کرد، دیدگاه مشهور در فقه تمایل بسیار دارد که عیوب موجب فسخ نکاح را محدود به چند عیب بداند که این دیدگاه از چنان شدتی برخوردار است که به سختی می توان آن را نقد کرد و پیروان آن نیز مبانی نقلی و عقلی چندی را برای درستی دیدگاه خود آورده اند. این درحالی است که در قرآن کریم از فسخ نکاح، احکام و مسائل آن سخنی به میان نیامده است و تنها در روایات اهل بیت مورد اشاره قرار گرفته است که همین امر سبب ظهور اختلاف نظرها در مباحث فسخ نکاح به دلیل برداشت متفاوت فقها از روایات شده است.

اکنون باید دید آیا ابتلا به بیماری های خطرناک تر و زیان آوری مانند ایدز و هیپاتیت که ضرر حاصل از آنها بیشتر از عیوب مصرح در قانون مدنی مانند جنون می باشد، بر اساس قانون مدنی موجب فسخ نکاح نیست و آیا نمی توان مبنایی بر درستی این دیدگاه یافت. بالاخره، باتوجه به این که برخی از بیماری های مصرح در قانون مدنی قابل درمان شده اند و ضرر حاصل از آن ها از بین رفته است

دیگر چه نیازی است که طبق قانون مدنی همچنان حق فسخ نکاح محفوظ بماند.

بنابراین سوال اصلی این پژوهش عبارت است از اینکه آیا عیوب موجب فسخ نکاح حصری و محدود به چند عیب مطرح در قانون است و یا آن که دامنه عیوب را می توان توسعه داد و ابتلا به برخی بیماری های جدید را عیب دانست؟ و سوالات فرعی این پژوهش موارد ذیل می باشد:

۱. عیوب موجب فسخ نکاح کدام است و چرا در عیوب موجب فسخ نکاح میان زن و مرد

تبعیض وجود دارد؟

۲. آیا می توان مبنایی دیگر به جز قاعده لاضرر پیدا کرد تا زن هم مانند مرد دارای حقی برابر در

اعمال فسخ داشته باشند؟

۳. درمان عیوب چه تاثیری بر حق فسخ زوجین دارد؟

ب) پیشینه پژوهش

فسخ نکاح سابقه ای دیرین در فقه شیعه دارد، بهگونهای که در همه کتب فقهی شیعه و نیز کتبی که عنوان «نکاح» دارند، مورد اشاره و بررسی قرار گرفته است. به علاوه در رشته حقوق نیز مقالات بسیاری در زمینه عیوب موجب فسخ نکاح نوشته شده است اما هر یک از آنها تنها به یک مساله و جنبه از مسائل و جوانب عیوب موجب فسخ نکاح پرداخته اند که برخی به صورت مقاله است و برخی در حد رساله دانشگاهی که این رسالات متمرکز بر قاعده «لاضرر» و «عسر و حرج» شده اند. در رساله خانم فاطمه حبیبی نوده تحت عنوان « مبانی فسخ نکاح ناشی از عیوب در حقوق ایران » که در سال ۱۳۸۹ در پردیس قم دانشگاه تهران دفاع شده است، به دو مبنای لاضرر و عسر و حرج توجه شده و رساله براساس آن گردآوری و تدوین شده است، در حالی که این رساله به دنبال آن است که موضوع را از زاویه ادله دیگر بررسی کند و ادله روایی و عقلی دیگری را به بوته نقد و ارزیابی می سپارد تا بتواند مبنایی دیگری را مطرح سازد.

ج) اهمیت و ضرورت تحقیق

تتبع قانون نویسان قانون مدنی از نظر مشهور فقهای امامیه در باب فسخ نکاح سبب وضع مقررات

نامتعادل و تبعیض آمیزی گردیده که این تتبع منجر به بسته شدن راه هرگونه توجیحات و استدلالات منطقی و عدم بهره گیری از آنها جهت به روز کردن قوانین موجود (در باب فسخ نکاح) شده است. و در نتیجه در رفع نیازهای جامعه با توجه به واقعیات امروز جامعه ناتوان گردند و سبب متروک شدن این قوانین شوند. به همین جهت لازم است راهکارها و ادله ای ارائه گردد که در راستای فقه شیعه باشد و مورد پذیرش قانون نویسان قرار گیرد تا اصلاحی در این قوانین صورت گیرد.

(ز) روش تحقیق

پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی (کتابخانه ای) انجام می گیرد و از روش فیش برداری در زمینه جمع آوری اطلاعات استفاده می کنیم.

(ح) تقسیم بندی مطالب

علت تقسیم بندی این رساله به ۳ فصل از آن جهت است که مبنا در این پژوهش، توسعه یا تضییق عیوب موجب فسخ نکاح بوده است. بنابراین برای رسیدن به این بحث ابتدا باید عیوب زن و مرد مطرح می شد و نیز حکم قانون مدنی در این زمینه و اینکه قانون گذار بر چه مبنایی به ذکر برخی عیوب پرداخته است و آیا چنین وضع حکمی صحیح و منطقی است و یا آنکه جای مناقشه و ایراد دارد، بیان می شد. حال بعد از روشن شدن اینمسائل، باید به بحث اصلی در مورد اینکه آیا عیوبی که قانون گذار تصریح کرده حصری و محدود به همان موارد است و یا آنکه قابل گسترش به برخی عیوب و بیماری های دیگری نیز می باشد می پرداختیم که پاسخ این سوال نیازمند بررسی دیدگاه های متفاوت در این زمینه می باشد و لذا فصل دوم به این مباحث اختصاص پیدا کرد. در نهایت با توجه به اینکه برخی عیوب ذکر شده در قانون مدنی قابلیت درمان یافته اند، این درمان چه تاثیری می تواند در حق فسخ داشته باشد؟ که در فصل سوم به بررسی این موضوع پرداخته ایم.

فصل اول

موجبات فسخ نکاح

در این فصل برای ورود به مباحث اصلی ابتدا فسخ تعریف و ماهیت آن بررسی می شود و در ادامه موارد امکان فسخ نکاح، که عبارتند از: تدلیس، تخلف از شرط صفت و عیب مورد بررسی قرار می گیرد.

مبحث اول : فسخ

گفتار اول : تعریف و ماهیت فسخ

فسخ در لغت همان نقص و تفریق است و شرعا عبارت است از: برداشتن عقد بدون افزودن وصفی بدان یا کم کردن وصفی از آن (التهانوی ، ۱۸۶۳ ، ۱۲۷۳/۲ به نقل از: رجائی پور و قنبریان ، ۱۳۸۸ : ۱۳۱).

فقها فسخ را این گونه بیان کرده اند: فسخ در اصطلاح فقهی بر هم زدن عقد و رفع به همان وضعی است که قبل از فسخ بوده یعنی بر هم زدن عقد بدون کم و کاست (مامقانی ، بی تا: ۳۶۹ به نقل از: پیشین).

در اصطلاح حقوقی فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله اراده‌ی یکی از دو طرف یا شخص ثالث (شهیدی ، ۱۳۸۶:ش۱۴۸). فسخ نکاح یک عمل حقوقی یک جانبه و به عبارتی ایقاع است که با اراده انشایی ایقاع کننده واقع می شود و قبول طرف مقابل نقشی در آن ندارد. روشن و واضح است که فسخ کننده باید اهلیت داشته باشد، به همین جهت فسخ نکاح مجنون با ولی یا قیم اوست (مستفاد از ماده ۱۱۳۷ق.م) (گرچی و همکاران، ۱۳۸۷: ۲۹۵). البته اشاره به این نکته لازم است که فسخ نکاح با فسخ سایر قراردادها این تفاوت را دارد که در عقد نکاح، فسخ تنها مخصوص یکی از طرفین عقد است اما در سایر قراردادها، شخص ثالث هم می تواند دارای چنین

حقی باشد (نظری، ۱۳۷۷، ش ۳: ۹).

در سیستم حقوقی ایران، رجوع به دادگاه برای فسخ نکاح لازم نیست و با تصمیم صاحب حق واقع می شود اما تا زمانی که این اراده باطنی به وسیله ای اعلام نشده است، تاثیری در انحلال نکاح ندارد. لذا ماده ۴۴۹ ق.م مقرر می دارد: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می شود». باید دانست که حکم دادگاه در زمینه بروز اختلافات در فسخ، تنها جنبه اعلامی دارد، به عبارتی نشان دهنده این است که فسخ صحیح واقع شده یا خیر و تاریخ وقوع آن چه زمانی بوده است (گرچی، و همکاران، ۱۳۸۷: ۲۹۵) بنابراین رجوع به دادگاه را باید از شرایط احراز حق فسخ و اثبات انحلال نکاح دانست نه از ارکان وقوع آن (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۰۰)

گفتار دوم: تمایز فسخ نکاح و طلاق

بند اول: وجوه اشتراک فسخ و طلاق

وجوه اشتراک فسخ و طلاق از قرار ذیل است:

- ۱ - قهقرایی نبودن فسخ و طلاق؛ فسخ نکاح و طلاق نسبت به گذشته تاثیر ندارد و به رابطه زناشویی از تاریخ وقوع فسخ یا طلاق خاتمه می دهد.
- ۲ - برابری مدت عده فسخ و طلاق؛ عده فسخ نکاح دائم همانند طلاق برای زن، سه طهر است مگر اینکه زن به اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت عده او سه ماه تمام خواهد بود (۱۱۵۱ق.م).
- ۳ - ایقاع بودن؛ فسخ نکاح و طلاق هر دو عمل حقوقی یک جانبه (ایقاع) و موجب انحلال نکاح هستند، به عبارتی دیگر در طلاق و فسخ نکاح تنها اراده یکی از طرفین دخیل است که طلاق به اراده مرد واقع می شود و فسخ به اراده زن یا مرد (کاتوزیان، پیشین: ۲۰۱؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۶: ۱۸۷)
- ۴ - ثبوت تمام مهر در فسخ و طلاق؛ هرگاه طلاق یا فسخ بعد از نزدیکی واقع شود زن مستحق تمام مهر خواهد بود (مستفاد از ۱۱۰۱ق.م). اما اگر قبل از نزدیکی طلاق یا فسخ صورت گیرد،