



دانشگاه مازندران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

مبانی فسخ نکاح ناشی از عیوب در حقوق ایران

استاد راهنما: دکتر محمد تقی رفیعی

نگارش: فاطمه حبیبی نوده

تیر ۱۳۸۹

دانشگاه مازندران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

مبانی فسخ نکاح ناشی از

عیوب در حقوق ایران

استاد راهنما: دکتر محمد تقی رفیعی

استاد مشاور: دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی

نگارش: فاطمه حبیبی نوده

تیر ۱۳۸۹

تقدیر و تشکر

باتقدیر از جناب آقای دکتر محمدتقی رفیعی که در سمت استاد راهنما پیوسته با راهنمایی‌های سازنده خویش و کمک در جمع‌آوری منابع و تدوین این پایان نامه اینجانب را هدایت نموده‌اند. گر چه تقدیر از وجدان کاری و تلاش این استاد عزیز در یک برگ از این نوشته امکان پذیر نیست، لکن بهانه‌ای است برای ابراز ارادت یک دانشجو به دستانی که اندوخته‌اش را بی‌شائبه ارزانی داشت.

و نیز با تقدیر از جناب آقای دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی که در سمت استاد مشاور اینجانب را ارشاد نمودند.

چکیده

فسخ نکاح، عمل حقوقی یک‌جانبه‌ای است که به موجب آن یکی از طرفین به صورت ارادی به هستی حقوقی عقد نکاح پایان می‌دهد. قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور فقها در صورت وجود عیوب قَرَن، جذام، بَرَص، اِفْضَاء، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم در زن، بر مرد و در صورت وجود عیوب جَبَّ، خِصَا و عَنَن در مرد بر زن حق فسخ نکاح را داده است. امروزه برخی از این عیوب مُصْرَح قابلیت درمان یافته و با توجه به فلسفه و مبانی فسخ نکاح، دلیلی بر فسخ به سبب این عیوب موجود نیست.

اما به رغم پیشرفت‌هایی که در علم پزشکی حاصل شده است، هر روز شاهد بیماری‌های مسری و خطرناک‌تر از عیوب مصرح در قانون، مانند ایدز، هپاتیت B و سیفلیس هستیم که به زعم متخصصین این حرفه، درمان قطعی برای این بیماری‌ها یافت نشده است.

به نظر نگارنده مهم‌ترین فلسفه تشریح فسخ نکاح به سبب عیوب، جلوگیری از ضرر و حَرَج است که مطابق قواعد فقهی «لاضرر» و «لاحرَج» نباید هیچ‌گونه ضرر و حرجی به کسی وارد آید. با استمداد از این مبانی می‌توان عنوان داشت که قانونگذار تنها از باب تمثیل به ذکر عیوب موجب فسخ نکاح پرداخته و نیز قائل به توسعه عیوب مُصْرَح موجب فسخ نکاح شد.

با اتخاذ این راهکار شاید بتوان گفت که بر طبق قواعد فقهی «لاضرر» و «لاحرَج» بین زن و مرد در استفاده از حق فسخ نکاح تفاوت نیست و به هر دو طرف آنها می‌توان در صورت وجود عیوب و بیماری‌های مسری و خطرناک و لاعلاج حق فسخ نکاح را داد.

واژگان کلیدی:

فسخ نکاح، مبانی فسخ نکاح، برص، جذام، قرن، افضاء، عنن، جذام، ایدز، سیفلیس، هپاتیت.

فهرست مطالب

مقدمه ۱

الف) بیان مسئله ۱

ب) سئوالات تحقیق ۲

ج) پیشینه تحقیق ۲

د) حدود تحقیق ۳

ه) فرضیات تحقیق ۳

و) اهداف تحقیق ۳

ز) روش تحقیق ۳

ح) ساختار تحقیق ۳

فصل اول - یات کل ۵

گفتار اول - یی اسباب انحلال عقد نکاح و مقایسه آنها با یکدیگر شناسا ۶

مبحث اول - اسباب انحلال ۶

بند اول - فسخ ۶

بند دوم - طلاق ۹

بند سوم - بذل مدت ۹

بند چهارم - فوت ۱۰

مبحث دوم - یسه طلاق و فسخ نکاح مقا..... ۱۰

بند اول - وجوه اشتراک طلاق و فسخ نکاح ۱۰

بند دوم - وجوه افتراق طلاق و فسخ نکاح ۱۱

گفتار دوم - ی حاکم بر فسخ نکاح و شرایط ایجاد خیار عیب قواعد عموم..... ۱۴

مبحث اول - ی حاکم بر فسخ نکاح قواعد عموم..... ۱۴

بند اول - یی بودن فسخ نکاح رضا..... ۱۴

بند دوم - یت فسخ نکاح فور..... ۱۵

مبحث دوم - یط ایجاد خیار عیب شرا ۱۹

فصل دوم - ی از موجبات فسخ نکاح و آثار ناش آن ۲۲

گفتار اول - موجبات فسخ نکاح ۲۲

مبحث اول - یوب موجب فسخ ع..... ۲۲

بند اول - یوب مشترک ع..... ۲۳

بند دوم - یوب مختص مردان ع..... ۲۶

بند سوم - یوب مختص زنان ع..... ۳۴

مبحث دوم - یار تدلخس و تخلف از شرط صفت..... ۴۳

بند اول - یار تدلخس..... ۴۳

بند دوم - یار تخلف از شرط صفت..... ۴۴

گفتار دوم - ی از فسخ نکاح آثار ناش ۴۴

مبحث اول - اثر فسخ نکاح بر مهر زوجه ۴۵

بند اول - ی در صورت فسخ نکاح قبل از نزدیکی مهر المسم..... ۴۶

بند دوم - مهر المسمی در صورت فسخ نکاح بعد از نزدیکی ۴۷

مبحث دوم - اثر فسخ نکاح بر نفقه زوجه ۴۸

مبحث سوم - اثر فسخ نکاح بر عده زوجه ۵۲

فصل سوم - مبانی عام و خاص فسخ نکاح ناشی از عیوب ۵۷

گفتار اول - قاعده لاضرر ۵۸

مبحث اول - مفهوم و مفاد قاعده ۵۸

مبحث دوم - مستندات قاعده ۶۰

بند اول - کتاب ۶۰

بند دوم - سنت ۶۱

بند سوم - عقل ۶۲

مبحث سوم - قابلیت مبنا بودن قاعده لاضرر در فسخ نکاح ناشی از عیوب ۶۲

گفتار دوم - قاعده لاجرح ۶۴

مبحث اول - مفهوم و مفاد قاعده ۶۴

مبحث دوم - مستندات قاعده ۶۵

بند اول - کتاب ۶۵

بند دوم - سنت ۶۶

بند سوم - عقل ۶۶

مبحث سوم - قابلیت مبنا بودن قاعده لاجرح در فسخ نکاح ناشی از عیوب ۶۷

گفتار سوم - مبانی خاص فسخ نکاح ناشی از عیوب ۶۸

فصل چهارم - تأثیر بیماری‌های جدید بر فسخ نکاح با تأکید بر مبانی فسخ نکاح ۷۳

گفتار اول - بیماری‌های جدید از نگاه علم پزشکی ۷۳

مبحث اول - ایدز ۷۴

مبحث دوم - هپاتیت ۷۸

مبحث سوم - سیفلیس ۸۰

گفتار دوم - بیماری‌های جدید و فسخ نکاح ۸۲

مبحث اول - دلایل مخالفان تسری عیوب جدید به عیوب مصرح موجب فسخ نکاح ۸۳

بند اول - روایات ۸۳

بند دوم - اصله اللزوم و اثر محدود کننده آن در عقد نکاح ۸۵

بند سوم - اصل استصحاب ۸۸

مبحث دوم - دلایل موافقان تسری عیوب جدید به عیوب مصرح موجب فسخ نکاح ۹۰

بند اول - روایات ۹۱

بند دوم - قیاس اولویت ۹۳

بند سوم - قاعده لاضرر ۹۵

گفتار سوم - حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح و اثر درمان پذیری عیوب بر فسخ نکاح ۹۸

مبحث اول - دیدگاه حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح ۹۸

مبحث دوم - دیدگاه تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح ۹۹

مبحث سوم - اثر درمان پذیری عیوب بر فسخ نکاح ۱۰۱

نتیجه گیری ۱۰۵

الف) بیان مسئله:

خانواده اساسی‌ترین هسته هر جامعه‌ای را تشکیل می‌دهد و مقصود از آن استمرار و بقای نسل بشری در خلال رابطه‌ای مقدس است. طرفداران تساوی حقوق زن و مرد در تلاشند همانطور که زن و مرد در ایجاد علقه زوجیت از حقوق یکسانی برخوردارند و آن را با تراضی و توافق منعقد می‌سازند در حین انحلال این رابطه نیز چنین باشند؛ همچنانکه بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان عنوان می‌کند: «... در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر، در کلیه امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی هستند». فسخ که یکی از اسباب انحلال نکاح است، ایقاعی است که با اراده یک‌جانبه زن یا شوهر صورت می‌گیرد. در واقع، فسخ اختیاری است که در موارد معینه‌ای طبق قانون به یکی از طرفین عقد داده شده که به موجب آن می‌تواند عقد را به هم بزند و ادامه وجود عقد و آثار آن را از زمان فسخ متوقف نمایند. در این زمینه باید بگوییم، در حقوق ایران رابطه زوجیت بوسیله یکی از خیارات ۱. عیب ۲. تدلیس ۳. تخلف از شرط صفت قابل فسخ است. خیار عیب که موضوع بحث این پژوهش است، حاکی از این است که وجود پاره‌ای عیوب در طرفین به دیگری حق فسخ می‌دهد که با عنایت به مواد مصرح قانون مدنی زن و مرد در این زمینه از موقعیت یکسانی برخوردار نیستند و با اینکه پاره‌ای از بیماری‌ها می‌تواند از عیوب مشترک آنان باشد قانونگذار ما چنین تصویری نداشته است. مسئله دیگر اینکه برخی از فقها و به تبع آنان برخی از مؤلفین حقوقی معتقدند از آنجا که علت حکم فسخ در عیوب نکاح، ضرر است پس هر کجا که ضرر وجود داشته باشد حکم آن نیز باید وجود داشته باشد. به تعبیر دیگر، عیوب نکاح را محصور به موارد خاص نمی‌دانند. اما دسته دیگر احصا و محدود کردن موارد فسخ نکاح را باعث استحکام کانون خانواده دانسته و از این رو، معتقدند که عیوب موجب فسخ همان است که در قانون احصا شده است. نتیجه این اختلاف نظر در زمان حاضر اهمیت می‌یابد؛ چرا که امروزه بیماری‌هایی از جمله ایدز، هیپاتیت، اسکیزوفرنی و سایر بیماری‌های روانی که در زمره امراض خطرناک و صعب‌العلاج‌اند، شایع گردیده است. حال اینکه قانونگذار این بیماری‌ها را در شمول عیوب موجب فسخ نیاورده است و این تردید ایجاد شده است که آیا زن و مرد می‌توانند با استناد به این عیوب نکاح را فسخ کنند یا تنها راه حل ممکن برای رهایی اثبات وجود عسر و حرج است. همینطور قانونگذار عقیم بودن یکی از طرفین نکاح را به صراحت در زمره عیوب موجب فسخ نیاورده است. ولی بند ۱۳ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در بیان مواردی که زن یا شوهر می‌توانند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمایند، مقرر می‌دارد که در صورت عقیم بودن یکی از زوجین به تقاضای دیگری، همچنین در صورتی

که زوجین از جهت عوارض و خصوصیات جسمی نتوانند از یکدیگر صاحب اولاد شوند». آنچه از ظاهر این ماده مستنبط است اینکه عقیم بودن اعم از آنکه از جانب زوج باشد یا زوجه موجب فسخ نکاح خواهد بود. به نظر، این نظریه قابل خدشه است، چرا که فسخ نکاح و طلاق دو نهاد حقوقی جداگانه با آثار و تشریفات متفاوت است و مانعی ندارد که قانونگذار شرط خاصی را مبنای ایجاد دو حق گوناگون سازد. محقق در این پژوهش، در پی نقد و بررسی مبانی عیوب موجب فسخ در حقوق ایران است.

ب) سئوالات تحقیق :

با توجه به مطالب مذکور سئوالات تحقیق به شرح زیر می باشد:

۱. آیا زن و مرد برای فسخ نکاح از امتیازات یکسانی برخوردارند؟
۲. آیا عیوب موجب فسخ نکاح از قواعد آمره است و یا با توجه به تأثیر زمان و مکان قابل تغییرند؟

ج) پیشینه تحقیق :

۳- پژوهش‌های علمی انجام شده قبلی در ارتباط با پایان نامه (به طور مختصر)

۱. در مورد عقد نکاح قانون به داوری عرف نیز اعتماد نکرده و عیوب زن و مرد را به دقت احصا نموده است پس زن و شوهر نمی‌توانند در نتیجه ترازی، یا با استناد به عرف، عیبی را بر عیوب مذکور در قانون بیفزایند. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۱۱)
۲. چگونه می‌توان این امر را توجیه کرد که مرد با وجود اینکه اختیار طلاق را در دست دارد و طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی هر وقت بخواهد می‌توان زن خود را طلاق دهد در صورت مبتلا بودن زن به امراض و عیوبی چون جذام و برص و نابینایی و زمین‌گیری می‌تواند از طریق سهل‌تر فسخ نیز استفاده کند ولی زن که اختیار طلاق را هم در دست ندارد در صورت مواجه شدن با شوهر جذامی که بیماری خطرناک و مسری دارد یا شوهر نابینا و زمین‌گیر که طبعاً در مدیریت او نسبت به خانواده و تأمین معیشت اثر منفی دارد نتواند از این حق فسخ استفاده کند. (مهرپور، ۱۳۷۹: ۱۲۰)
۳. زن و مرد با هم برابر هستند. لکن، مرد برای جدا شدن از زن، با استفاده از حق طلاق، علاوه بر زیان اجتماعی، ضرر مالی را نیز متحمل خواهد شد. این در حالی است که، عامل این جدایی خود زن است. او با

وجود عیب و عدم اعلام آن به شوهر قبل از عقد یا حادث شدن آن بعد از عقد، حصول انزجار در مرد تا حد جدایی از همسر را موجب شده است. (جمالی، ۱۳۸۶: ۶۵)

(د) حدود تحقیق :

بررسی موضوع در حقوق ایران

(ه) فرضیات تحقیق :

۱. زن و مرد در مورد فسخ نکاح می‌توانند از حقوق یکسانی برخوردار باشند.

۲. با توجه به شرایط و مقتضیات زمان، عیوب موجب فسخ از قواعد آمره محسوب نمی‌گردد.

(و) اهداف تحقیق :

بررسی مبانی نظری عیوب موجب فسخ در حقوق ایران و تبیین علت تفاوت زن و مرد در استناد به این عیوب و نیز ارائه راهکارهای حقوقی با توجه به شرایط و مقتضیات زمان از اهداف این پژوهش است.

(ز) روش تحقیق :

پژوهشگر با استفاده از روش کتابخانه‌ای به جمع‌آوری اطلاعات از کتب، مقالات، و سایت‌های معتبر جهانی حقوق و سپس به تجزیه و تحلیل مطالب جمع‌آوری شده می‌پردازد. با این توصیف روش تحقیق در این پایان‌نامه، روش توصیفی - تحلیلی خواهد بود.

(ح) ساختار تحقیق :

این پایان‌نامه متشکل از چهار فصل است:

فصل اول، تحت عنوان کلیات می‌باشد و به شناسایی اسباب انحلال عقد نکاح و مقایسه آنها در گفتار اول و به قواعد عمومی حاکم بر فسخ نکاح و شرایط خیار عیب در گفتار دوم می‌پردازد.

فصل دوم، موجبات فسخ نکاح و آثار ناشی از آن را مطرح می‌کند. در گفتار اول عیوبی که به موجب قانون از موجبات فسخ نکاح دانسته شده به تفصیل معرفی می‌گردند و نیز آثار فسخ نکاح بر مهریه، نفقه و عده زوجه در گفتار دوم عنوان می‌گردد.

فصل سوم، تحت عنوان مبانی فسخ نکاح ناشی از عیوب است که بحث اصلی این تحقیق است و دو قاعده لاضرر، لاجرح و بعضی از مقاصد نکاح را به عنوان مبانی فسخ نکاح به سبب عیوب معرفی می کند.

فصل چهارم، با عنوان تأثیر بیماری های جدید بر فسخ نکاح با تأکید بر مبانی فسخ نکاح مطرح شده است. در گفتار اول، به معرفی بیماری های جدیدی چون ایدز، هیپاتیت و سیفلیس پرداخته است، در گفتار دوم، دلایل موافقان و مخالفان تسری عیوب جدید به عیوب موجب فسخ نکاح به تفصیل بیان گردیده و در گفتار سوم، به عنوان حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح اختصاص یافته است.

انعقاد عقود چه لازم و چه جایز بسته به اراده متعاملین است، به این معنا که طرفین عقد با علم و اراده و اختیار مبادرت به انعقاد عقد مورد نظر خویش می نمایند و آثار آن را خود و گاهی قانون تعیین می نماید. اما پایان و زوال عقود همیشه به اراده متعاملین وابسته نیست. همچنان که گاهی طرفین عقد بر انحلال آن توافق می کنند (اقاله) و گاهی یکی از طرفین نظرش بر انحلال عقد قرار می گیرد (فسخ) و گاهی عقد منعقد به حکم قانون قابلیت بقا را ندارد (انفساخ)

از میان عقود مصرح در قانون مدنی ایران، نکاح از عقود معین است که بقا و زوال آن ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی دارد. بر همین مبنا انعقاد و انحلال آن علاوه بر شرایط و احکام عمومی عقود، شرایط و احکام ویژه و خاص خود را نیز دارد. انحلال در عقد نکاح به معنای قطع علقه زوجیت و رابطه زناشویی است. این انحلال ممکن است علل مختلفی داشته باشد. در همین راستا ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می شود». قانون ایران با عنایت به فقه امامیه نکاح منقطع را نیز به رسمیت شناخته است. از میان اسباب انحلال برشمرده در ماده یاد شده در بالا مورد اول بین نکاح دائم و منقطع مشترک و مورد دوم اختصاص به عقد نکاح دائم و مورد سوم مخصوص نکاح منقطع است. همانطور که پیش تر گفته شد عقد نکاح ارتباط تنگاتنگی با نظم عمومی دارد. بنابراین قانونگذار تا حد امکان سعی داشته است که احکام خاص معاملات و عقود مالی را در نکاح جاری نداند.

برای نمونه در عقود مالی خیاراتی مانند: خیار غبن، خیار شرط جاری است در حالی که چنین مواردی در نکاح غیرقابل اعمال است، چرا که خیار غبن بر مبنای تعادل ارزش عوضین است و در نکاح بحث از عوضین جایگاهی ندارد. همینطور خیار شرط که ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی^۱ آن را باطل اعلام نموده است. همچنین، محدودیت اراده در عقد نکاح موجب اقاله ناپذیری آن گردیده است. بنابراین، خیار شرط، خیار غبن و اقاله در نکاح جاری نیست و با ماهیت این عقد ناسازگار است.

حال با همه این اوصاف، مواردی ممکن است پیش آید که ادامه وجود عقد برای طرفین یا یکی از آنها مقدور نباشد که در چنین مواردی نکاح قابل فسخ می باشد که البته آن موارد باید منطبق با موازین قانونی باشد. با ملاحظه طرق انحلال نکاح، برخی به ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی ایراد گرفته اند و بیان داشته اند که این ماده به فوت یکی از زوجین، انفساخ عقد نکاح و انقضای مدت در نکاح مدت دار هیچ اشاره‌ای نداشته است.

۱- ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی مقرر می دارد: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صدق جایز است مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد».

اما در تفسیر و توجیه منطقی ماده باید گفت هر چند فوت از اسباب انحلال نکاح است اما قانونگذار ما به دلیل بدیهی بودن امر از ذکر آن اجتناب نموده است.^۱ در مورد انقضای مدت نیز قابل ذکر است که انحلال به معنای قطع رابطه زوجیت است. در جایی که عقد اقتضای بقا و ادامه را داشته باشد و حال اینکه با منقضی شدن مدت در نکاح منقطع چنین قابلیت برقرار نیست. در مورد انفساخ هم باید بگوییم چون این مورد از اسباب انحلال قهری است و اراده طرفین در این انحلال دخیل نیست و از طرفی موارد انفساخ در موانع نکاح بیان گردیده بنابراین، قانونگذار خود را بی نیاز از ذکر آن دیده است. البته در مورد فوت و انقضای مدت در نکاح منقطع بعضی از حقوقدانان را عقیده بر این است که: «این نظر که عقد انقطاعی نیز تا پایان مدت منحل می‌گردد و یا این که به موجبات انحلال نکاح باید مرگ نیز افزود صحیح نیست؛ زیرا در عقد مدت دار و منقطع زوجیت از اول محدود بوده و پس از انقضای مدت، دیگر زوجیتی وجود ندارد تا منحل گردد و نیز با مرگ، نکاح اقتضای ادامه ندارد تا انحلالی صورت گیرد».^۲

پس می‌توان اسباب انحلال را، با توجه به ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی، سه مورد دانست که در این تحقیق به بخشی از فسخ نکاح، یعنی عیوب موجب فسخ می‌پردازیم.

گفتار اول - شناسایی اسباب انحلال عقد نکاح و مقایسه آنها با یکدیگر

در این گفتار، در مبحث اول اسباب انحلال نکاح شامل فسخ، طلاق و بذل مدت به اجمال بیان می‌شود. همچنین، در مبحث دوم، فسخ نکاح و طلاق مورد مقایسه قرار می‌گیرد.

مبحث اول - اسباب انحلال

در این مبحث، فسخ، طلاق، بذل مدت که بر اساس ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی از اسباب انحلال نکاح محسوب می‌شوند مورد بررسی اجمالی قرار می‌گیرند.

بند اول - فسخ

در اصطلاح حقوقی، فسخ عبارت است از: «پایان دادن به هستی حقوقی هر قرارداد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث»^۳ با این تعریف، فسخ از اعمال حقوقی و رضایی و در زمره ایقاعات است که با یک اراده انشایی محقق می‌شود و نیاز به تشریفات خاصی ندارد ولی این اراده و میل باطنی فاسخ باید به طریقی اعلان شود.

۱- سید حسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱، ص ۱۸۱.

۲- سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوقی خانواده (نکاح و انحلال آن)، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۳۳۷.

۳- مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، چاپ چهارم، تهران، نشر حقوقدان، بهار ۱۳۷۷، ص ۱۹۵.

بنابراین، «فسخ قرارداد مبتنی بر حقی است که به وسیله توافق طرفین و یا مستقیماً به حکم قانون برای یک یا دو طرف قرارداد و یا شخص ثالث شناخته شده است».^۱

فسخ به توافق طرفین همان خیار شرط است که مطابق ماده ۳۹۹ قانون مدنی ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد. اما گاهی قانونگذار این اختیار فسخ را به یکی از طرفین عقد داده است، مانند: خیار غبن که متعامل مغبون بعد از علم به غبن عقد منعقد خویشت را منحل می کند و یا خیار عیب که برای مثال، در عقد نکاح در صورت وجود برخی عیوب در یکی از طرفین، طرف دیگر حق فسخ نکاح را پیدا می کند. همانگونه که پیش تر گفته شد، فسخ عمل حقوقی و نیاز به اراده انشایی دارد بر این اساس، باید شرایط اساسی صحت معاملات را دارا باشد، به این معنا که فسخ کننده باید قاصد، راضی و اهل باشد و فسخ بدون قصد، رضا و اهلیت باطل و بلا اثر خواهد بود. قابل ذکر است که با فسخ، عقد از لحظه فسخ منحل می شود و اثرات گذشته عقد پابرجا و مانع ایجاد آثار در آینده می گردد. در همین جا ذکر این مطلب خالی از وجه نیست که فسخ با بطلان عقد این تفاوت را دارد که در بطلان به دلیل فقدان یکی از شرایط اساسی یا وجود یکی از موانع نکاح از همان ابتدا هیچ عقدی واقع نشده و بر آنچه به ظاهر منعقد شده هیچ اثری بار نیست؛ زیرا عقد باطل هیچ وجود خارجی نداشته و گویا هیچ پیمانی منعقد نشده است.^۲

آنچه لازم است بیان داریم اینکه فسخ از اسباب مشترک انحلال نکاح دائم و موقت است چرا که قانونگذار ما در بیان عناوین فسخ نکاح بطور مطلق سخن گفته و هیچ اشاره ای به دائم و یا موقت بودن نکاح نکرده است. چنانکه ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی مقرر می دارد. «عده فسخ نکاح و بذل مدت و انقضای آن در مورد نکاح منقطع در غیرحامل دو طهر است، مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت چهل و پنج روز است».

۱- همان، ص ۱۹۶.

۲- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، جلد اول، تهران، انتشارات بهمن برنا، ۱۳۷۸، ص ۲۷۳.

نکته دیگر اینکه بعضی از حقوقدانان فسخ در ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی را شامل انفساخ عقد هم می دانند و عنوان می کنند، که فسخ اعم از انفساخ است.^۱ اما آنچه مبرهن است اینکه فسخ و انفساخ به یک معنا نیستند، چرا که فسخ انحلال ارادی عقد است که با اراده یکی از طرفین نکاح محقق می شود و حال اینکه انفساخ انحلال قهری و بدون اراده عقد می باشد. چنانکه در بعضی موارد قانونگذار عقد را غیرقابل بقا می داند. درست است که فسخ و انفساخ شباهت هایی با هم دارند همچنان که هر دو از اسباب انحلال نکاح هستند و هر دو اثر قهقرایی نسبت به گذشته ندارند و از همان لحظه فسخ و انفساخ عقد را منحل می کنند، اما تفاوت هایی با هم دارند. چنانکه بیان شد فسخ انحلال ارادی و انفساخ قهری است و از طرفی موجبات فسخ و انفساخ با هم متفاوت است. از آنجا که در رابطه با موجبات فسخ در فصول آینده صحبت خواهیم کرد، در اینجا جهت تکمیل بحث، تنها به ذکر موجبات انفساخ نکاح بسنده می کنیم. موجبات انفساخ نکاح از قرار ذیل است:

۱- رضاعی که بعد از عقد نکاح موجب نشر حرمت گردد نکاح را منحل می کند. برای نمونه زوج دو زن دارد یکی کبیر و دیگری صغیر، اولی دومی را شیر می دهد و هر دو نکاح، منحل می شود زیرا یکی مادر رضاعی زن و دیگری اولاد رضاعی شوهر می گردد.^۲

۲- هر گاه زوجین اهل کتاب باشند و زوج، مرتد گردد نکاح منحل می شود.^۳

همچنان که ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی عنوان می کند: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست.»

۳- در اثر لعان که به دو صورت نسبت دادن زنا به زوجه توسط زوج و نفی ولد توسط زوج صورت می گیرد.^۴ بر اساس ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی، با لعان بین زن و مرد حرمت ابدی ایجاد می شود. قابل ذکر است که چون قانونگذار در موانع نکاح از کفر و لعان صحبت به میان آورده بنابراین، در ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی که موارد انحلال نکاح را نام می برد نیازی به ذکر این موارد که از موارد قهری انحلال (انفساخ) نکاح محسوب می شوند ندیده است.

۱- محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸، ص ۲۰۰.

۲- سید مصطفی محقق داماد، منبع پیشین، ص ۳۳۷.

۳- محمد جعفر جعفری لنگرودی، منبع پیشین، صص ۲۰۰-۲۰۱.

۴- همان، ص ۲۰۰؛ سید مصطفی محقق داماد، منبع پیشین، ص ۳۳۸.

بند دوم - طلاق

مطابق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۹) مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. قانون مدنی تعریفی از طلاق ارائه نکرده و فقط به ذکر شرایط و موارد طلاق بسنده نموده است. صاحب جواهر در تعریف طلاق می گوید: «طلاق ازاله پیوند نکاح با صیغه مخصوص است». اگر چه فسخ نکاح تشریفات خاصی ندارد اما طلاق ایقاعی است تشریفاتی که صیغه مخصوص آن باید در حضور دو نفر شاهد عادل ادا شود و زن در طهر غیر مواقعه باشد. طلاق انواع مختلف دارد که همگی آنها مختص عقد نکاح دائم است و در نکاح منقطع طلاق جایگاهی ندارد و بذل مدت در نکاح منقطع جایگزین طلاق در عقد دائم است. در حقیقت، طلاق حقی است برای مرد در نکاح دائم. از شرایط و احکام طلاق در فقه و سنت به تفصیل سخن رفته است ولی از آنجا که از بحث این تحقیق خارج است به همین مختصر اکتفا می گردد.

بند سوم - بذل مدت

ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی مقرر می دارد: «طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه به انقضا یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می شود». طبق این ماده بذل مدت در نکاح منقطع معادل طلاق در عقد نکاح دائم است. همانطور که از لفظ بذل برمی آید این عنوان ایقاعی است که با اراده مرد محقق می شود. «بذل مدت اگرچه هبه مدت هم گفته می شود، ولی در حقیقت اسقاط حقی است که شوهر نسبت به بقیه مدت معینه در نکاح منقطع بر زن دارد و مانند ابراء از دین است بدین جهت در بذل مدت قبول و یا موافقت زن لازم نمی باشد و شوهر می تواند هر زمان بدون اطلاع زن بقیه مدت معینه در نکاح منقطع را بذل نماید. همچنین در بذل مدت اهلیت در زن شرط نیست و شوهر می تواند بقیه مدت زن دیوانه را و زنی که بوسیله اجازه معافیت از شرط سن، به نکاح منقطع در آمده است بذل کند».^۱

آنچه قابل ذکر است اینکه درست است که بذل مدت معادل طلاق در نکاح دائم است اما شرایط و احکام ویژه و خاص آنرا ندارد. تنها قصد و رضایت شوهر در تحقق این عمل حقوقی لازم است و بذل مدتی که از روی اکراه واقع شود صحیح نیست. مرد می تواند بخشی از مدت را نیز بذل کند؛ زیرا چنانکه گفتیم بذل مدت حقی است برای مرد و او همچنان که می تواند تمام مدت را بذل کند، نیز می تواند بخشی از آنرا ببخشد.

۱- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۰ (کتاب النکاح)، چاپ هفتم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱، ص ۳۶۰.

۲- سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۱، صص ۱۱۹-۱۱۸.

بند چهارم - فوت

ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی از فوت به عنوان یکی از اسباب انحلال نکاح نامی به میان نیاورده است. با این وجود، فوت نیز از اسباب انحلال نکاح است که به طور قهری و در جایی که این علقه همچنان قابلیت بقا و ادامه را دارد به هستی این رابطه پایان می‌دهد. لکن قانونگذار به دلیل بدیهی بودن امر از ذکر آن اجتناب نموده است.

مبحث دوم - مقایسه طلاق و فسخ نکاح

ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی موارد انحلال نکاح را طلاق، فسخ نکاح و بذل مدت در عقد انقطاع می‌داند. بیان شد که طلاق، ایقاعی تشریفاتی است و به اراده مرد واقع می‌شود. قانونگذار تعریفی از طلاق ارائه ننموده است ولی برخی از فقیهان از جمله صاحب جواهر اینگونه عنوان می‌کنند: در اصطلاح شرعی و حقوقی طلاق عبارت است «إِزَالَةُ قَيْدِ النِّكَاحِ بِصَيْغَةٍ مَخْصُوصَةٍ»^۱ طلاق عبارت از زایل شدن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوص است. ذکر قید «صیغه مخصوص» در این تعریف به این جهت است که تعریف فسخ نکاح از تعریف طلاق خارج شود.

قانونگذار مدنی طلاق و فسخ نکاح را جزء موارد انحلال و در کنار هم آورده است. قابل ذکر است که این دو شباهت‌ها و تفاوت‌هایی با هم دارند که در جهت تبیین جایگاه فسخ در میان اسباب انحلال نکاح طی دو بند به آنها می‌پردازیم.

بند اول - وجوه اشتراک طلاق و فسخ نکاح

- ۱- فسخ نکاح و طلاق هر دو عمل حقوقی یک جانبه (ایقاع) و موجب انحلال نکاح هستند، فسخ نکاح و طلاق نسبت به گذشته تأثیر ندارند و به رابطه زناشویی از تاریخ وقوع فسخ یا طلاق خاتمه می‌دهند.
- ۲- از لحاظ عده نیز فسخ نکاح دائم مانند طلاق است، چه در هر دو مورد عده زن سه طهر است. در این مورد ماده ۱۱۵۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عده طلاق و عده فسخ نکاح سه طهر است مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت عده او سه ماه است».

۱-محمد حسن نجفی، منبع پیشین، ص ۳۶۰.

--- - - - - سی‌وپر-ری-۳۰

بند دوم - وجوه افتراق طلاق و فسخ نکاح