

مقدمه

امروزه پایه های بنیادین علوم از اهمیت بسزایی برخوردارند. یکی از این علوم رشته فقه به عنوان شاخه ای از علوم اسلامی است که سراسر زندگی انسان از بدو تولد تا به هنگام مرگ را فرا می گیرد. فقه یکی از علومی است که همه مکلفین بدان احتیاج دارند و علمای اصحاب آثار فراوانی را در این شاخه از علم به نگارش در آورده اند. فقه اسلامی به چند بخش قابل تقسیم است که از جمله اقسام آن احوال شخصیه است که ابواب نکاح، طلاق، خانواده و... را در بر می گیرد. جایگاه والای خانواده به عنوان باهویت ترین نهاد اجتماعی از دیرباز و خصوصاً قرون اخیر، موقعیت و مقام ممتازی را در بین کلیه تأسیسات حقوقی نوین و کهن احراز کرده است. اهمیت خانواده در مجادله بی امان و مستمر تاریخ ملت ها به حدی است که هیچ یک از مکاتب سیاسی، اجتماعی و فلسفی از پرداختن به آن بی نیاز نبوده اند. از نخستین روزهای پیدایش بشر بر عرصه خاک و اولین شکفتگی اندیشه بشری در گستره عظیم تاریخ خرد و آگاهی، خانواده و حقوق مربوط به آن، همواره بخش قابل توجهی از اشتغالات فکری انسان را تشکیل داده است.

برای اینکه دو انسان مجذوب و مکمل یکدیگر شوند و بتوانند با تفاهم، توافق، همفکری و همدردی، عمری را در کنار یکدیگر بگذرانند و برای خود و فرزندان، اسباب سعادت و سلامت را فراهم سازند، شرط اصلی و اساسی، علاقه و دلبستگی آنها به یکدیگر است. شرط علاقه و دلبستگی آنها به یکدیگر این است که در هیچ یک از طرفین عللی که موجب نفرت و عدم اتحاد می شود وجود نداشته باشد. در اسلام سعی بر این است که انتخاب از روی بینش و آگاهی باشد و پیوندی مستحکم میان دو عضو اصلی خانواده پدید آید که آنها بتوانند تمام عمر را در کنار یکدیگر با خوشی و شادکامی بگذرانند و تا آنجا که ممکن است ایده آل و مطلوب یکدیگر باشند.

پاره ای از نقایص و عیوب هستند که اگر قبل از ازدواج از چشم زن یا شوهر مخفی بمانند و بعد آشکار شوند، به آنها حق فسخ ازدواج را می دهند و نیازی به طلاق و تشریفات آن نیست. حتی بعضی از عیوب و بیماری ها هستند که بعد از ازدواج و در نیمه راه زندگی به زوجین حق فسخ نکاح را می دهند تا آنها ناچار نباشند همسری را که اکنون از حالت ایده آل خارج شده و سنخیت خود را از دست داده، تا آخر عمر تحمل کنند.

نظر به اینکه مطابق حدیث نبوی «الطلاق بید من اخذ بالساق» طلاق به دست مرد است وزن فقط حق فسخ نکاح در موارد معین را دارد که وقوع آنها بسیار نادر است، لذا اهمیت جایگاه شروط ضمن عقد نکاح در رفع این نقیصه برای زن بسیار روشن است، امروزه بیش از هشتاد درصد طلاق های واقع شده، به واسطه تحقق شروط ضمن عقد نکاح می باشد.

البته نقش شروط ضمن عقد نکاح فقط در تسهیل «طلاق» با درخواست زوجه نیست، بلکه شروط می توانند معین کننده روابط و حقوق زوجین در دوران زناشویی باشند، مانند: اعطای حق تعیین مسکن به زوجه و ...

در این تحقیق سعی نموده ایم شروط و شرایط ضمن عقد نکاح و همچنین نقش آنها در فسخ عقد نکاح را بررسی نموده و احکام مربوط به آنها را از این نقطه نظر شرح دهیم و روشن نمائیم که آیا تخلف از شروطی که در ضمن عقد نکاح گنجانده می شوند موجب فسخ عقد ازدواج می گردند یا خیر؟ و به منظور پرهیز از هر گونه نوگرایی و سنت شکنی که متأسفانه به عنوان وسیله تفاخر مدتهاست متداول گردیده، تلاش شده است از متون و منابع اصیل فقهی به عنوان کتب پایه و مرجع استشهاد شود.

همچنین در این پایان نامه سعی شده است حتی المقدور نظریات مغایر با نظر مشهور نیز از حیث شناخت هر چه بیشتر مبانی احکام مورد بحث قرار گیرد و به دلیل اینکه قانون مدنی در جمیع مباحث و ابواب از جمله باب مربوط به حقوق خانواده به منظور هماهنگ سازی و یکنواختی حقوق خصوصی از نظر مشهور پیروی نموده، تلاش کرده ایم مواد قانون مدنی را در ضمن مباحث شرح دهیم.

مباحث مطرح شده در این تحقیق به شرح زیر است:

1- کلیات: در این مبحث، فسخ، شرط و عقد نکاح در لغت و اصطلاح تعریف شده است و همچنین مباحثی نظیر شباهت و تفاوت فسخ و طلاق، شرایط وقوع فسخ و ... مورد بحث و بررسی قرار گرفته اند.

- 2- فصل اول: در این فصل موجبات فسخ نکاح طبق دیدگاه شیعه و اهل سنت شرح داده شده است.
- 3- فصل دوم: این فصل به بحث در خصوص شروط و شرایط ضامن عقود نکاح می پردازد.
- 4- فصل سوم: این فصل به بحث و بررسی احکام مسائل مستحدثه در فسخ نکاح ، اختصاص یافته است .

کلیات

سوالات تحقیق و فرضیه ها

1- آیا تخلف از شروطی که در ضمن عقد نکاح گنجانده می شوند، موجب به وجود آمدن حق فسخ نکاح برای هر یک از طرفین عقد می گردد یا خیر؟
به نظر می رسد چون عواملی که موجب فسخ عقد نکاح می گردند، مشخص شده اند نمی توان به واسطه تخلف از شروطی که در ضمن عقد نکاح گنجانده می شود برای هر یک از طرفین قائل به حق فسخ نکاح شد؛ جز اینکه اگر صفتی در هر یک از زن و یا مرد شرط شود و بعد مشخص گردد که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، هر یک ابه واسطه خیار تخلف از شرط صفت حق فسخ را دارند.

2- شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح و مهریه شرطی صحیح و لازم الوفاست و یا چنین شرطی باطل و عمل به آن لازم نیست؟
به دلیل اینکه عقد نکاح از عقود است که جنبه عبادی آن بالاتر و برتر از دیگر جنبه های آن است، می توان تصور نمود که شرط خیار نسبت به خود عقد نکاح شرطی باطل و وفای به آن لازم نیست و همچنین به نظر می رسد چنین شرطی مخالف با مقتضای ذات عقد نکاح که دوام و بقای زوجیت است می باشد. اما شرط خیار نسبت به صدق جایز و بلامانع است.

3- در صورت شرط سلامت نمودن از عیوب جدیدی همچون ایدز، اعتیاد و دیگر امراض مسریه، حق فسخ به وجود می آید یا خیر؟ در صورت عدم شرط چطور؟
با توجه به مضراتی که از ناحیه عیوب جدیدی چون ایدز، اعتیاد و... به وجود می آید شاید بتوان گفت حتی بدون شرط نیز این عیوب موجب فسخ نکاح می گردند.

اهمیت و ضرورت تحقیق

در بیشتر کتب فقهی، موارد فسخ نکاح در ضمن بحث های مربوط به نکاح مورد بحث و بررسی قرار گرفته اند؛ ولی با توجه به اهمیت مساله فسخ نکاح ضروری دیدیم تحقیقی مستقل و جامع پیرامون شرط و شرایط ضمن عقد نکاح انجام دهیم و در خصوص فسخ نکاح ناشی از شرط نمودن تعهداتی در ضمن عقد بحث و گفتگو نمائیم و روشن نمائیم که آیا شرط خیار در عقد نکاح شرطی صحیح و واجب الوفاست یا شرطی باطل و اجرای آن لازم نیست.

نکته دیگری که در اینجا حائز اهمیت است این است که در کتب فقهی قدما بیشتر از عیوب موجب فسخ صحبت به میان آمده است اما در خصوص تدلیس و تخلف از شرط صفت آنگونه که شایسته است تحقیقی جامع انجام نشده است. بر همین اساس لازم دیدیم در مورد تدلیس و تخلف از شرط صفت و راههای محقق شدن آن بحث نمائیم.

تدلیس و تخلف از شرط صفت ارتباط تنگاتنگی با قاعده غرور و لاضرر دارند. لذا در تحقیق حاضر سعی داریم در حد قوه و توان ارتباط این دو مقوله را با این دو قاعده معروف فقهی روشن نمائیم و ثابت کنیم که تدلیس و تخلف از شرط صفت از جمله موارد اجرای قاعده غرور و لاضرر می باشند.

پیشینه و روش تحقیق

مسأله فسخ نکاح از دیرباز مورد توجه اسلام بوده و منشأ آن روایاتی است از پیامبر اسلام (ص) و امامان بزرگ علیهم السلام که در گفتارهای جداگانه ای بدان اشاره کرده اند. طبیعی است عالمان بزرگ نیز خود را موظف می دیدند که به سؤالات و شبهاتی که در این باره وجود دارد، پاسخ گویند، از این روی در کتابهایی که در موضوع نکاح به رشته تحریر درآمده، از عیوب موجب فسخ نیز صحبت هایی به میان آمده است. بررسی این آثار نشان می دهد که از ابتدا این مسأله مورد توجه فقها بوده است.

اما در خصوص شروط و تعهداتی که در ضمن عقد نکاح گنجانده می شوند و نقش آنها در فسخ نکاح تحقیقی مستقل و جامع انجام نگرفته است. از این روی جای آن دارد، تحقیق شود که آیا این شروط و التزامات نیز موجب پیدایش حق فسخ نکاح می گردند یا خیر؟

چنانکه گفته شد، شیوه و روش ما در تحقیق حاضر، استفاده از روش کتابخانه ای است؛ زیرا برای بدست آوردن اطلاعات لازم جهت استفاده در این تحقیق با مراجعه به کتابخانه و استفاده از کتب و نصوص فقهی و حدیثی که در رابطه با موضوع مورد بحث ما، بحث هایی را مطرح نموده اند از فصولی که در باب شروط و فسخ نکاح وارد شده اند فیش برداری نموده، سپس با مطالعه فیش ها و بررسی دقیق آنها به گردآوری منابع و مطالب مورد نیاز خود پرداخته ایم.

اهداف تحقیق

- 1- انجام تحقیقی مستقل و مجزا درباره شرط و شرایط ضمن عقد نکاح و نقش شروط در فسخ عقد نکاح.
- 2- بررسی دیدگاههای فقهای امامیه و اهل سنت در مورد امکان فسخ عقد نکاح تا مقایسه و تطبیق بین عقیده فقهای شیعه و اهل سنت به سهولت امکانپذیر می باشد.
- 3- بحث و گفتگو در خصوص تدلیس و تخلف از شرط صفت و مشخص نمودن محدوده این دو مقوله در مبحث فسخ نکاح.
- 4- مشخص نمودن ارتباط بین عیوب، تدلیس و تخلف از شرط صفت با قاعده غرور و قاعده لاضرر.
- 5- پیدا کردن راه حلی برای اینکه در صورت شرط سلامت نمودن از امراضی مانند ایدز، بیماریهای روانی و اعتیاد آیا حق فسخ نکاح به وجود می آید یا خیر؟

فسخ، شرط و عقد نکاح در لغت و اصطلاح

فسخ در لغت؛ زائل کردن¹، باطل کردن²، نقض کردن³، جدا کردن و از جا در آوردن چیزی را گویند و در اصطلاح یکی از اسباب انحلال عقد نکاح است. تعریف فسخ نکاح

«فسخ نکاح شرعاً به معنای رفع عقد است به همان وصف و کیفیتی که قبلاً بود بدون زیاده و نقصان»⁴. شرط واژه ای عربی است و جمع آن شروط و اشراط⁵ است. این واژه گاه در معنای مصدری و گاه در معنای اسمی به کار می رود. و همچنین در علوم مختلف معانی و کاربرد متعددی دارد، از جمله:

1- در اصطلاح اصول، شرط امری است که از عدم آن، عدم چیز دیگر لازم می آید چه اینکه از وجود آن وجود امر دیگری لازم آید یا خیر؟ به عبارت دیگر شرط چیزی است که چیز دیگر متوقف بر آن باشد: «الشرط ما يتوقف عليه الشيء» که این توقف خود چند حالت دارد. گاهی وجود شیء متوقف بر چیزی است، مانند توقف وجود معلول بر علت؛ گاهی لزوم عقد متوقف بر مواردی است مثل لزوم عقد وقف بر قبض شیء موقوفه⁶ و گاه وجوب امر متوقف بر وجود چیزی است مانند صحت نماز که متوقف بر تحصیل طهارت است.⁷

2- در اصطلاح نحویین و اهل ادب، شرط در مقابل جزا قرار می گیرد و آن جمله ای است که پس از علایم شرط می آید. مثل «ان احسن صدیقک، فاحسن

1 - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، 1341 ه.ش، ج 21، ص 251

2- همان مأخذ

3- الجوهری، اسماعیل بن حماد، صحاح، 1407 هـ، ج 1، ص 427

4 - التهانوی المولوی، کشف اصطلاحات الفنون، 1862 م، ج 2، ص 1106

5- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، 1405 هـ، ج 7، ص 329

6 - جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، شرح لمعه، 1309 هـ. ق،

ج 3، ص 171

7 - فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، 1383 هـ.ش، ص 134

الیه» که در این جمله « احسن صدیقک» را شرط و جمله « فاحسن الیه» را جزای شرط می گویند.¹

3- در قرآن کریم واژه اشراط آمده که جمع شرط است از جمله درآیه « فقد جاء اشراطها»، اشراط به معنی نشانه های قیامت به کار رفته است.

4- در برخی از روایات واژه شرط به معنای خیار آمده است از جمله این روایت: «الشرط فی الحیوان ثلاثه»، یعنی مدت خیار در معامله حیوان سه روز می باشد.

5- در عرف عامه، واژه شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال می گردد؛ چنان که در بیت زیر که منسوب به حافظ است واژه شرط به همین معنا به کار رفته است:²

در محفلی که خورشید اندر شمار ذره است
خود را بزرگ دیدن شرط ادب نباشد

6- در اصطلاح فقها گاهی کلمه شرط به معنای عهد و تکلیف است مثلاً « شرط الناس» یعنی عهد الناس و یا « شرط الله» یعنی عهد الله که آن هم به معنای احکام و تکالیف الهی است؛ از جمله در روایت زیر شرط به معنای حکم الهی آمده است:

محمد بن قیس از امام باقر(ع) روایت می کند: «
فی رجلی تنوج لیراه و شرط لها ان هو تنوج علیها لیراه او هجرها او اتخذ علیها سویه فهی طالق، فقضى فی ذلک ان شرط الله قبل شرطکم، فان شاء و فی لها (یما اشترط) و ان شاء لمسک و اتخذ علیها و نکح علیها- در مورد مردی که با زنی ازدواج نمود و برای او شرط کرد که اگر دوباره ازدواج کند و یا او را ترک کند و یا کنیزی را به همسری برگزیند پس او مطلقه باشد، امام علیه السلام قضاوت فرمود که شرط خداوند اسبق به شرط شماست. پس مرد اگر بخواهد به آنچه شرط نموده وفا می کند و یا می تواند زن را نزد خود نگه دارد و دوباره ازدواج نماید و یا کنیزی را به همسری انتخاب کند.»³

در روایت فوق طلاق از اختیارات زوجه برشمرده شده است و یک حکم الهی است و قراردادهای مردم نمی

1- مظفر، محمد رضا، اصول فقه، 1384 هـ. ش، ج 1، ص 196
2 - محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، 1385 هـ ش، بخش مدنی، ص 36
3 - حر عاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، 1414 هـ، ج 21، من ابواب المهور، ص 298 باب 38، ح 1

تواند خلاف آن باشد. بنابراین در حدیث فوق شرط
الله به معنای حکم الهی آمده است.

در اصطلاح فقه، گاهی شرط به معنای الزام و
التزام است، خواه این التزام در ضمن عقد آمده
باشد خواه نه، البته الزام و التزام ضمن عقد،
خود بخشی از معنای پیشین یعنی عهد است؛ زیرا
وقتی شخصی در ضمن عقدی ملتزم به امری می شود،
عهد هم کرده است. شرط در این اصطلاح معنای حدی
و مصدری دارد و به معنای ملتزم و متعهد شدن به
امری است. مثلاً وقتی گفته می شود: بر او شرط
کرد، یعنی او را ملتزم کرد و برای او شرط کرد،
یعنی به نفع او شخص را ملتزم نمود.

مرحوم آیت الله خویی همه معانی ذکر شده برای
شرط را به یک معنای ربط و ارتباط ارجاع داده
اند و براین عقیده هستند که هیچ معنای خاص عرفی
یا اصطلاحی برای شرط نداریم بلکه اگر همه موارد
کاربرد شرط را بررسی کنیم، می فهمیم که معنای
واقعی شرط، اناطه یا منوط بودن چیزی به چیز
دیگر است و این منوط بودن و ارتباط داشتن گاهی
در امور تکوینی است، مثل اناطه وجود معلول بر
وجود علت و گاهی در امور اعتباری دیده می شود
از قبیل معاهدات و تعهدات. این معنای واحد برای
شرط یعنی اناطه و ارتباط هم شروط ابتدایی را
شامل می شود که در ضمن عقد گنجانده نشده باشد و
هم شرط ضمن عقد را.¹

مرحوم امام خمینی هم ماهیت شرط را التزام ضمن
عقد یا قرارداد می دانند که در همه موارد شرط به
یک معناست و آنچه موجب تفاوت و اختلاف است،
متعلقات شرط است؛ زیرا شرط دارای معنای واحد
است که جدای از متعلقات خود قابل تصور است و
آنچه لازم است تا شرایط در آن رعایت گردد،
متعلقات شرط است. یعنی متعلقات شرط باید جایز
باشد یا اینکه مخالف کتاب و سنت نباشد؛ اما
معنای شرط اینگونه اوصاف و شرایط را نمی پذیرد.²

با توجه به آنچه گفته شد، باید گفت اگرچه در
قانون مدنی تعریفی از شرط ارائه نشده است ولی
بنا به آنچه از مواد مربوط به شرط استنباط می
گردد، می توان آن را به معنای التزام و تعهدی

1- خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، 1417 هـ. ق، ج2، ص 297-298

2- امام خمینی، روح الله، کتاب البیع، ج5، ص 163

تبعی دانست که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصطلاقی ایجاب می‌شود.¹ چنین شرطی آنچنان با عقد مرتبط است که اگر عقد به جهتی از جهات منحل گردد، شرط نیز طبعاً منتفی خواهد شد.

حال پس از تعریف شرط و بیان کاربرد آن در علوم مختلف، به شرح و تبیین تفاوت خیار شرط و اشتراط می‌پردازیم:

خیار شرط: و آن شرط خیار کردن است و بر حسب شرطی است که بر آن توافق شده است در صورتی که مدت آن معین باشد. این خیار را جایز است برای هر یک از طرفین عقد و یا شخص ثالث غیر از آن دو شرط کرد، خواه شخص دیگر از طرف هر دو خیار داشته باشد یا از طرف یکی از متعاقدین.

به عبارت دیگر خیار شرط آن است که فروشنده و خریدار با یکدیگر شرط کنند، که تا مدت معینی، هر دو، یا کسی دیگر، اختیار فسخ آن معامله را داشته باشند، صاحب خیار شرط طی آن مدت می‌تواند معامله را برهم بزند.²

خیار اشتراط: از آنجا که شرط کردن هر امر جایزی در عقد صحیح است منوط به اینکه مجهول نباشد و یا کتاب و سنت آن را ممنوع نکرده باشد، در این صورت هرگاه شرط واقع در عقد برای شرط کننده محفوظ نماند خیار اشتراط خواهد داشت به عبارت دیگر چنانچه هر یک از متعاقدین و یا هر دوی آنان از انجام دادن مفاد شرطی که در ضمن عقد گنجانده شده است، امتناع نمایند، مشروط له میان فسخ عقدی که شرط مزبور در ضمن آن آمده است و امضای عقد مخیر می‌گردد. لازم به ذکر است که انجام شرط بر مشروط علیه واجب نیست زیرا اصل عدم وجوب شرط است و تنها فایده این شرط آن است که شرط کننده در فسخ و امضای عقد مخیر می‌شود.

عقد در لغت؛ بستن³، گره زدن⁴، متصل کردن و در هم قلاب کردن چیزی مانند دست‌ها را گویند. گفته شده

1 - موسوی مجنوردی، میرزا حسن، قواعد فقهیه، 1377-1419 هـ، ج 3، ص 254

2 - فیض، علی‌رضا، مبادی فقه و اصول، 1383 هـ، ص 329

3- قرشی، علی اکبر، قاموس قرآن، 1352 هـ.ش، ج 5، ص 24

4- همان مأخذ

است ؛ اصل عقد نقيض حلّ (گشودن) است¹ و در اصطلاح به عقد ازدواج ، عقد بیع و ... گفته شده است . نکاح از ریشه نَکَح ، ینکَح² ، به معنی ازدواج کردن و زن گرفتن است و به معنی وطی و عقد³ نیز آمده است . 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 آنرا بر عقد حقیقت شمرده و مجاز در وطی دانسته اند . و عده ای نیز آنرا 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» است⁴ .

تعریف عقد نکاح

«نکاح رابطه ای است حقوقی - عاطفی که بوسیله عقد بین زن و مرد حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که با یکدیگر زندگی کنند؛ و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است»⁵ .

-
- 5- الزبیدی ، محمدمرتضی ، تاج العروس ، 1994 م ، ج 5 ، ص 115
 - 1- آذرنوش ، آذرتاش ، المنجد ، 1379 ه.ش ، نکح ، ینکح ، نکاحاً و نکحاً ، ص 714
 - 2- جوهری ، اسماعیل بن حماد ، صحاح ، ج 1 ، ص 413
 - 3- علامه حلی ، حسن بن یوسف ، تحریر الاحکام ، 1421 ه ، ج 3 ، ص 413
 - 4- محقق داماد ، مصطفی ، حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن ، 1367 ه.ش ، ص 22

شبهات و تفاوت فسخ و طلاق

فسخ نکاح ، طلاق نیست . لذا برای تبیین این مسأله به ترتیب به شرح وجوه شبهات و تفاوت های این دو مقوله می پردازیم .

شبهات فسخ و طلاق

- 1- از لحاظ عده ، فسخ و طلاق برابرند ؛ زیرا عده در هر دو مورد سه طهر است¹ .
- 2- در هر دو نکاح منحل می شود و این انحلال به گذشته اثر ندارد² .
- 3- هر دو در زمره ایقاع هستند³ .
- 4- احکام مهر در آن دو شبهات دارد⁴ .

تفاوت های فسخ و طلاق

پس از بررسی شبهات های فسخ و طلاق ، اکنون به تفاوت های آن دو می پردازیم :

1- در طلاق رعایت تشریفات خاصی الزامی است ؛ از جمله : طلاق باید به صیغه خاص خود اجرا گردد و هنگام طلاق حضور دو شاهد مرد عادل الزامی است؛ ولی فسخ چنین تشریفاتى ندارد و تنها به اراده صاحب حق واقع می شود⁵ .

2- طلاق در صورتی صحیح واقع می شود که شرایط خاصی موجود باشد . به طور مثال طلاق در ایام عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست در حالی که این شرایط در فسخ معتبر نیست و در این ایام نیز فسخ نکاح ممکن است⁶ .

1- محقق داماد، مصطفی، حقوق خانواده ، نکاح و انحلال آن ، ص 376 و کاتوزیان، ناصر ، حقوق مدنی خانواده ، 1371 ه.ش ، ج 1 ، ص 277
2- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده ، ج 1 ، ص 277
3- همان مأخذ
4- همان مأخذ
5- نجفی، محمد حسن ، جواهر الکلام، 1396 هـ ، ج 30، فی احکام العیوب، ص 344
1- ماده 1140 ق.م

- 3- فسخ نکاح اگر چه چندین بار بین زوجین به وجود آید ، ایجاد حرمت نمی کند ، بر خلاف طلاق¹ .
- 4- طلاق مخصوص عقد دائم است ؛ ولی در نکاح منقطع انحلال به وسیله بذل مدت است . در حالی که فسخ نکاح در عقد دائم و منقطع یکسان است² .
- 5- در موارد فسخ ، نکاح به طور کامل انحلال می یابد و چنانچه طرفین دوباره قصد ازدواج داشته باشند ، باید عقد جدید واقع شود ؛ اما در طلاق رجعی ، مرد در ایام عده می تواند بدون عقد جدید به همسر خود رجوع کند³ .
- 6- طلاق جز با رجوع به دادگاه و اذن قاضی امکانپذیر نیست در حالی که در فسخ نیاز به مراجعه به دادگاه نیست . تنها در عنن، زوجه پس از احراز عنن همسرش بدون مراجعه به دادگاه نمی تواند نکاح را فسخ نماید ، بلکه بلافاصله باید به حاکم رجوع کرده و دعوی خود را مطرح نموده و اثبات کند . این مراجعه به دادگاه نیز جهت تعیین مدت (یکسال) می باشد که جز با رجوع به حاکم میسر نیست⁴ .
- 7- در صورتی که مرد پیش از نزدیکی زن خود را طلاق دهد ، زن مستحق نصف مهریه است و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً و یا قیمتاً استرداد کند ، ولی هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد ؛ مگر در صورتی که موجب فسخ ، عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است⁵ .
- 8- طلاق عمل حقوقی است که به وسیله شوهر یا نماینده قانونی او (دادگاه) انجام می شود . در حالی که فسخ ممکن است به وسیله شوهر یا زن واقع شود⁶ .

-
- 2- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده ، ج 1 ، ص 278 و 277
- 3- ماده 1152 و 1153 ق.م
- 4- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده ، ج 1 ، ص 278 و 277
- 5- حلی ، ابن فهد ، مهذب البارع ، 1411 هـ.ق ، باب عیوب ، ص 364
- 6- طباطبائی ، علی ، ریاض المسائل، 1420 هـ، ج 10، فی احکام المتعلقه بالعیوب، ص 396-390
- 7- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده ، ج 1 ، ص 279

شرایط وقوع فسخ

صیغه فسخ ، فسخت العقد یا ابطلته و یا نقضته و یا مانند آن می باشد¹. یعنی هر لفظی یا عملی که بیانگر فسخ نکاح باشد کفایت می کند .

قانون مدنی می گوید:

«فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن کند واقع می شود»².

برای فسخ نکاح انجام تشریفات خاص از قبیل رجوع به دادگاه لازم نیست جز در عنن³ که آن نیز جهت تعیین مدت می باشد . زیرا فسخ تنها با اراده صاحب حق انجام می شود ؛ اما در صاحب حق اهلیت شرط است . به همین دلیل است که فسخ نکاح مجنون با ولی یا قیم اوست ؛ ولی باید دانست که اراده باطنی صاحب حق تا زمانی که به وسیله ای اعلام نشده است تأثیری در فسخ ندارد .

مقصود از اعلام اراده باطنی صاحب حق این نیست که فسخ را به آگاهی طرف مقابل عقد برساند و فسخ از آن زمان واقع شود ، بلکه همین که صاحب حق به وسیله ای تصمیم خود را مبنی بر فسخ بیان کند فسخ واقع می شود و آگاهی و رضایت طرف دیگر در آن نقشی ندارد .

اینکه برای احراز انحلال نکاح ، مدعی فسخ باید به دادگاه مراجعه کند ، جنبه اعلامی دارد و فقط نشان می دهد که با استناد به یکی از موجبات فسخ ، نکاح انحلال می یابد و رجوع به دادگاه از شرایط احراز و اثبات فسخ است نه از ارکان وقوع آن .

1- الفقهانی ، محمدبن طی ، الدر المنضود فی معرفه صیغ النیات و الايقاعات و العقود ، 1418 هـ.ق ، فصل الرابع ، ص 201

2- ماده 449 ق . م

3- ناتوانی جنسی مرد (، تاج العروس ، ج 18 ، ص 387)

فوریت خیار فسخ

قانون مدنی می گوید : «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد ، بعد از اطلاع به علت فسخ ، نکاح را فسخ نکند ، خیار او ساقط می شود ؛ به شرط اینکه علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد . تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از حق خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است»¹.

چنانچه کسی به علت فسخ و حکم قانون ، در باب حق بر هم زدن نکاح و فوریت آن ، آگاه باشد و با این وصف رابطه زناشویی را باقی گذارد ، به اختیار از حق خویش صرفنظر کرده است. مبنای این فرض قانون جلوگیری از ضرر همسر و متزلزل ماندن نکاح است . به همین جهت ، با اینکه خیار تخلف از شرط در سایر معاملات فوری نیست ، قانون مدنی آنرا در ردیف خیار عیب و تدلیس فوری شمرده است و همین استثناء موجب شده که بعضی از استادان ماده 1131 قانون مدنی را ویژه خیار عیب و تدلیس بدانند و خیار تخلف از شرط را فوری نشمارند.² ولی باید دانست که به پیروی از ظاهر قانون ، مسئله فوق اختصاص به خیار خاصی ندارد ؛ بلکه تمامی خیارات حاصله در نکاح از جمله عیب ، تدلیس ، وصف و... را شامل می شود .

1- ماده 1131 ق.م

2- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده ، ج 1 ، ص 294

وضع مهریه در فسخ

در صورتی که عقد نکاح قبل از دخول فسخ شود ، مرد وظیفه ای در دادن مهریه به زوجه ندارد ، خواه انحلال نکاح به دست خود او انجام شده باشد یا به تصمیم و اراده زوجه . این حکم در صورتی که موجب فسخ عنن (ناتوانی مرد در ایفای وظایف زناشویی) باشد ، اجرا نمی گردد ، قانون مدنی¹ نیز از همین نظریه پیروی نموده و در موردی که نکاح به واسطه عنن فسخ شود ، زن را مستحق نصف مهریه دانسته است .

پس اگر هنگام ازدواج ، مهریه مشخص شده باشد و پیش از نزدیکی به علت ناتوانی جنسی مرد نکاح فسخ شود ، زن می تواند نصف آنچه را که تعیین شده است از مرد بگیرد ، و هرگاه مهر در عقد معین نشده باشد ، زن مستحق نصف مهر المثل است .

ولی درباره موردی که فسخ نکاح پس از دخول انجام می شود قانون مدنی حکم خاصی را اعلام نکرده است . برای روشن شدن مسئله باید گفت که اگر مهر در نکاح معین نشده باشد ، بدون شک زن حق دریافت مهر المثل را دارد .

ولی در فرضی که مهریه در عقد معین شده باشد ، فقها نظریات متفاوتی را ابراز کرده اند ، بعضی زن را مستحق دریافت مهریه تعیین شده شمرده اند . بعضی دیگر گفته اند ، اگر موجب فسخ پیش از نزدیکی موجود باشد ، زن حق گرفتن مهرالمسمی ندارد و تنها حق دریافت مهرالمثل را دارد . زیرا فسخ نکاح از هنگامی که سبب آن به وجود می آید ، عقد را منحل می سازد و زن می تواند به دلیل وقوع نزدیکی ، مهر المثل را از مرد مطالبه کند.²

اما چنانچه موجب فسخ بعد از دخول به وجود آید (مانند جنون مرد) زن حق گرفتن مهر المسمی را دارد ، زیرا در اثر وقوع نزدیکی ، تمام مهر بر عهده مرد

1- ماده 1101 ق . م

2 - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج 1، ص 296

استقرار می یابد و انحلال نکاح در آن تأثیری ندارد ؛
به دلیل اینکه وقوع نزدیکی سابق بر انحلال عقد است¹ .
ولی باید توجه داشت که فسخ نکاح هیچ گاه در گذشته
اثر ندارد . لذا در فرضی که فسخ بعد از دخول واقع شود
باید حق زن را بر مهر المسمی مقدم داشت و مرد موظف
است که تمام مهریه را به زن بپردازد زیرا در آن هنگام
عقد و مهر نافذ بوده است و پس از آن به دلیل انحلال
نکاح ، حق سابق زن از بین نمی رود زیرا فسخ ، نکاح را
از ابتدا باطل نمی کند و تنها ناظر به آینده است .

1- شیخ طوسی ، ابی جعفر محمد بن الحسن، المبسوط فی فقه الامامیه ، 1388 ه.ق ، ج 4 ، فصل فی العیوب التي یرد بها النکاح ، ص 253