



دانشگاه تبریز
دانشکده الهیات و علوم اسلامی
گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه‌ی کارشناسی ارشد در رشته‌ی **فقه و حقوق اسلامی**

عنوان

نگرشی نو بر عیوب مجوز فسخ نکاح با رویکرد عیوب نو پیدا

استاد راهنما

دکتر ابراهیم شعاریان ستاری

استاد مشاور

دکتر سید محمد تقی علوی

پژوهشگر

معصومه اژدردل

تاریخ ارائه

خرداد ۱۳۹۱

نام خانوادگی دانشجو: اژدردل همدانی	نام: معصومه
عنوان پایان‌نامه: نگرشی نو بر عیوب مجوز فسخ نکاح با رویکرد عیوب نوپیدا	
استاد راهنما: دکتر ابراهیم شعاریان ستاری استاد مشاور: دکتر سید محمد تقی علوی	
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد رشته: فقه و حقوق اسلامی گرایش: فقه و حقوق اسلامی دانشگاه تبریز	
دانشکده: الهیات و علوم اسلامی تاریخ فارغ التحصیلی: خرداد ماه ۱۳۹۱ تعداد صفحه: ۱۱۵	
کلید واژه‌ها: نکاح، انحلال، فسخ، عیب	
<p>چکیده: عیوب موجب انحلال نکاح، نقص یا بیماری در زن یا شوهر یا هر دو آنها است که با وجود آن در هریک این حق را برای دیگری ایجاد می‌کند که بتواند به وسیله‌ی آن از همسرش جدا شود. نویسندگان قانون مدنی با متابعت از نظر مشهور فقهای امامیه عیوب موجب فسخ نکاح در زنان را به قرن، جذام، برص، افضاء، زمینگیر بودن و نابینایی از دو چشم و در مردان به جب، عنن و خصاء محصور نموده‌اند و جنون را به عنوان عیب مشترک در نظر گرفته‌اند. رای قانون مدنی در مورد عیوب، نشان دهنده‌ی غیرمنضبط بودن آن است و تقریباً نمی‌توان ضابطه‌ای در تعلیل به انحلال به سبب عیب از آن استخراج نمود. لذا با پیشرفت امکانات پزشکی بعضی از بیماری‌های منحصر در قانون مدنی قابلیت درمان یافته و ضرر حاصل از بیماری در آنها از بین رفته است، به نظر می‌رسد با توجه به مبانی فسخ نکاح و ضرورت حفظ بنیان خانواده دیگر نیازی به وجود حق فسخ در این موارد نیست. از سوی دیگر جامعه‌ی بشری با بیماری‌های صعب‌العلاجی همچون ایدز، هپاتیت و غیره روبرو است و به علت مسری و کشنده بودن هر روز عده‌ای را به کام مرگ می‌کشد؛ به نحوی که ضرر حاصل از این بیماری‌ها به مراتب بیشتر از برخی عیوب مصرح در فقه و قانون مدنی می‌باشد.</p> <p>بررسی منابع فقهی و حقوقی نشان می‌دهد، مبنای فسخ نکاح در قانون جلوگیری از ایجاد ضرر روحی و خطر جسمی است. بر همین اساس شارع مصادیقی را از باب تمثیل ذکر نموده است. در این راستا مقنن باید با توجه به فلسفه‌ی قانون‌گذاری همسو با دانشمندان علوم پزشکی به وظیفه‌ی خود از طریق راهکارهای تدوین قانون در این خصوص همت گمارد و سلامت آحاد بشر را تضمین نماید. این پایان‌نامه بر آن است که به بررسی عیوب مصرح و غیر مصرح در قانون مدنی بپردازد.</p>	

Surname:Ajdardel Hamedani	Name:Masoumeh
Thesis Title: New perspective on defects of marriage permission for terminating whit approach to new defects	
Supervisor(s): Dr. Ebrahim Shoarian Advisor(s): Dr. Mohammad Taghi Alavi	
Degree: M.A Major: Divinity Instructional Islamic Field: Jurisprudential and Islamic Law university of Tabriz Faculty: Divinity and Islamic sciences Graduation date: June 2012 Number pages:115	
Keywords: marriage, defect, termination, dissolution	
<p>Abstract: The faults to revoke marriage are disabilities or diseases in wife or husband or both of them that the existence of these gives to each one of them the divorce. The writers of civil code following the religious opinion of Imamite Jurisprudents have restricted the diseases which cause dissolution of marriage to garn leprosy Ifda paralytic and Blindness in wives and job anin and khisa in husbands and insanity as a disease both in wives and husbands. Civil law statement about faults is the sing of undisciplinety and also can any rule. On the other hand with aid of new developments some diseases mentioned in civil cod regarding the dissolution of marriage and their damages have been removed and due to the importance of family there is no need to the right of dissolution of marriage. Human society is faced with incurable and fatal diseases such as Aids Hepatic and etc. Since they are contagious and incurable many people are killed by them day in day out. So that is stipulated in the civil law and jurisprudence. The author of the present paper believes that philosophy of dissolution of marriage due to above mentioned diseases according to Islamic law is to prevent the physical and spiritual loss. Islamic texts have mentioned some of them as example. Therefore legislators with the helped of medical scientists should do their best to secure the healthiness and happiness of all human individuals through legislative solutions and in the light of philosophy of legislation. This thesis is based on the assessment of faults and stipulated to pay stipulated in the Civil Code.</p>	

تقدیر و تشکر

برخود لازم می‌دانم از تمام کسانی که در تنظیم این پایان‌نامه بنده را یاری و مساعدت نمودند قدردانی و سپاس‌گزاری نمایم، به‌ویژه از استاد بزرگوار جناب آقای دکتر **ابراهیم شعاریان ستاری** که به عنوان استاد راهنما با دقت و دلسوزی هرچه تمامتر از راهنمایی و ارشادات خود در تهیه‌ی این نوشتار دریغ نکردند و اگر نواقصی در کار مشاهده می‌شود از قصور اینجانب بوده است. تشکر می‌نمایم از استاد ارجمند جناب آقای دکتر **سیدمحمد تقی علوی**، ریاست محترم دانشگاه تبریز، که سمت استاد مشاور این تحقیق را داشتند با وجود داشتن مشغله‌ی زیاد از هیچ مساعدتی دریغ نکردند.

همچنین وظیفه‌ی خود می‌دانم که سپاس خود را تقدیم مدیریت محترم گروه فقه و حقوق اسلامی جناب آقای دکتر **حیدر باقری اصل** بنمایم که زحمات زیادی در طول تحصیل بنده کشیدند؛ گرچه تلاش این اساتید محترم در یک برگ از نوشته امکان‌پذیر نیست، لیکن بهانه‌ای است برای ابراز ارادت یک دانشجوی به دستانی که اندوخته‌شان را بی‌شائبه ارزانی داشتند. خداوند به این اساتید محترم طول عمر با عزت و عافیت عطا نموده و از بلا و مصیبت مصون نماید. آمین

مقدمه

الف) بیان مسأله	۱
ب) پیشینه تحقیق	۳
ج) سوالات تحقیق	۴
د) فرضیات تحقیق	۴
و) مواد و روش ها (روش تحقیق)	۴
ه) ساختار تحقیق	۵

فصل اول: کلیات

مبحث اول: مفاهیم	۷
گفتار اول: تعریف نکاح	۷
گفتار دوم: بررسی ماهیت عقد نکاح	۷
گفتار سوم: مفهوم عیب	۱۰
گفتار چهارم: فسخ	۱۱
بند اول: تعریف فسخ	۱۱
بند دوم: ماهیت فسخ	۱۲
گفتار پنجم: تفاوت فسخ نکاح و انفساخ	۱۳
گفتار ششم: تفاوت فسخ نکاح و طلاق	۱۵
گفتار هفتم: تفاوت فسخ نکاح و بطلان نکاح	۱۷
گفتار هشتم: فوریت فسخ	۱۸
مبحث دوم: مبانی فسخ نکاح	۱۹
گفتار اول: تخلف از شرط	۱۹
بند اول: مفهوم شرط	۲۰
بند دوم: اقسام شرط	۲۱
گفتار دوم: تدلیس	۳۰
بند اول: مفهوم تدلیس	۳۰
بند دوم: عناصر تشکیل دهنده تدلیس	۳۱
الف) عنصر مادی تدلیس	۳۱
ب) عنصر معنوی	۳۱
بند سوم: شرایط تحقق خیار تدلیس	۳۳

گفتار سوم: قاعده لاضرر.....	۳۵
بند اول: مفهوم قاعده لاضرر.....	۳۵
بند دوم: قلمرو قاعده لاضرر.....	۳۸

فصل دوم: عیوب مصرح موجب فسخ نکاح

مقدمه.....	۴۱
مبحث اول: عیوب مشترک زوجین.....	۴۱
گفتار اول: جنون.....	۴۱
بند اول: تعریف.....	۴۱
بند دوم: بررسی دیدگاه‌ها و نظرات.....	۴۳
الف) بررسی نظرات فقهای امامیه.....	۴۳
ب) ادله فقهای امامیه.....	۴۴
ج) دیدگاه فقهای اهل سنت.....	۴۴
مبحث دوم: عیوب اختصاصی مردان.....	۴۶
گفتار اول: خصاء.....	۴۶
بند اول: تعریف و دیدگاه مذهب امامیه.....	۴۶
بند دوم: دیدگاه اهل سنت.....	۴۶
گفتار دوم: عنن.....	۴۸
بند اول: تعریف و بررسی اقوال.....	۴۸
بند دوم: ادله روایی عنن.....	۵۱
گفتار سوم: جب.....	۵۱
بند اول: تعریف و دیدگاه مذهب امامیه.....	۵۱
بند دوم: ادله روایی جب.....	۵۳
مبحث سوم: عیوب اختصاصی زنان.....	۵۴
گفتار اول: قرن.....	۵۴
بند اول: تعریف.....	۵۴
بند دوم: ادله روایی قرن.....	۵۵
بند سوم: بررسی نظرات فقهای اهل سنت.....	۵۶
گفتار دوم: جذام.....	۵۷
بند اول: تعریف.....	۵۷
بند دوم: مستندات و دلایل نظریه عدم اختصاص جذام به زن.....	۵۹
بند سوم: مستندات و دلایل نظریه اختصاص جذام به زن.....	۶۰
گفتار سوم: برص.....	۶۱

۶۱	بند اول: تعریف برص
۶۱	بند دوم: بررسی نظرات و دلایل عیب برص
۶۳	گفتار چهارم: افضاء
۶۳	بند اول: تعریف
۶۳	بند دوم: مستندات
۶۴	گفتار پنجم: نابینایی
۶۴	بند اول: تعریف و دیدگاه فقها
۶۵	بند دوم: دلایل روایی
۶۵	گفتار ششم: عرج
۶۵	بند اول: تعریف
۶۶	بند دوم: بررسی دیدگاه‌های فقها
فصل سوم: عیوب غیر مصرح موجب فسخ نکاح	
۶۹	مبحث اول: عیوب غیر منصوصه
۷۰	گفتار اول: حصری یا تمثیلی بودن عیوب
۷۰	بند اول: دیدگاه قائلین به حصر
۷۰	الف) دیدگاه مذهب امامیه
۷۳	ب) دیدگاه مذهب اهل سنت
۷۶	گفتار دوم: دیدگاه قائلین به تمثیل
۷۷	بند اول: بررسی نظرات و ادله مذهب امامیه
۸۳	بند دوم: نظرات فقهای اهل سنت
۸۴	مبحث دوم: مصادیقی از عیوب جدید
۸۴	گفتار اول: عیوب واگیردار
۸۴	بند اول: ایدز
۸۹	بند دوم: هپاتیت
۹۱	گفتار دوم: عیوب غیر واگیردار
۹۱	بند اول: واژینیسیموس
۹۲	بند دوم: مولتیپل اسکلروز
۹۵	بند سوم: صرع
۹۷	بند چهارم: دیابت
۹۹	مبحث سوم: اثر قابلیت درمان عیوب
۹۹	گفتار اول: نظریه بقاء فسخ با قابلیت درمان عیوب
۱۰۰	گفتار دوم: نظریه زوال حق فسخ با قابلیت درمان عیوب

۱۰۰ بند اول: بررسی نظرات و ادله
۱۰۳ بند دوم: ملحقات درمان پذیری عیوب
۱۰۳ الف) عدم وجوب درمان
۱۰۴ ب) مقدار زمان درمان
۱۰۵ ج) استفتائات جدید
۱۰۶ نتیجه نهایی
۱۰۸ پیشنهادات
۱۰۹ فهرست منابع و مآخذ

الف) بیان مسأله

نکاح از جمله قراردادهای مقدسی است که در همه‌ی جوامع بشری به دیده احترام به آن نگریسته می‌شود، زیرا در پی این قرارداد اصلی‌ترین نهاد جامعه، خانواده، پدید می‌آید و سرنوشت افراد در آن رقم می‌خورد. از این‌رو مستحکم‌نگه داشتن این نهاد و جلوگیری از جدایی رسته‌ی پیوندهای آن به دلیل هرگونه عیب و بهانه‌ای ضروری می‌نماید. با این همه، لزوم پایبندی به عقد، اقتضا می‌کند که رشته عقد نکاح در موارد خاصی از هم گسیخته شود؛ یکی از این موارد، فسخ نکاح به دلیل وجود عیب است. نکاح از جمله عقود است که علاوه بر جنبه‌های حقوقی، آمیخته با اخلاق است و قانون‌گذار در تدوین مقررات حاکم بر این نهاد تا حد زیادی متأثر از مبانی اخلاقی و سنتی جامعه بوده است. از جمله‌ی این قوانین، احکام مربوط به فسخ نکاح است. از جمله اسباب حق فسخ نکاح برای هر یک از زوجین در قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، وجود برخی از عیوب در یکی از آنهاست. مطالعه‌ی تطبیقی مواد قانونی با آرای فقها، راهی است تا علاوه بر جلوگیری از فروپاشی کانون خانواده، استفاده صحیح هر یک از زوجین از این حق و رفع ضرر از خود را موجب می‌شود. قانون‌گذار ضمن مراجعه به فقه شیعه در تعیین مصادیق عیوب مختص هر یک از زن و مرد نظامی را پی‌افکنده که باعث به هم ریختگی تعادل حقوق زوجین گردیده است و از طرفی با عیوب دامنگیر قرن حاضر به هیچ‌وجه سنخیتی ندارد.

از سوی دیگر با کنکاش در میان فتاوی فقها به دست می‌آید آنها از دیرباز به بررسی حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح پرداخته‌اند و هر دسته راهی را در پیش گرفته‌اند؛ گروهی عیوب موجب فسخ نکاح را حصری برشمرده‌اند و عیوب ویژه‌ای را که در احادیث و روایات وارد شده موجب فسخ دانسته و عیوب را منحصر به این موارد نموده‌اند. و گروه دیگری با تمثیلی برشمردن عیوب، آن دسته از بیماری‌های شایع امروزی مانند ایدز، هیپاتیت و غیره را نیز موجب فسخ ذکر می‌کنند.

باعنایت به مطالب فوق، ضرورت این تحقیق با توجه به عیوب ذکر شده در فقه و قانون مدنی در پاسخگویی به سؤالاتی همچون قابلیت درمان عیوب مذکور و تاثیر آن بر حق فسخ، انحصار عیوب موجب فسخ نکاح در موارد مصرح قانونی و عدم آن و غیره فهمیده می‌شود، زیرا در زمان حاضر در اثر پیشرفت‌هایی که در علم پزشکی حاصل شده است، عیوب مذکور قابل درمان می‌باشد که در این هنگام

می‌توان قائل به سقوط خیار فسخ شد و از سوی دیگر این احتمال وجود دارد که بتوان برای تسری عیوب از موارد منصوصه، به قاعده لاضرر و عسر و حرج و امثال آن استناد کرد؛ به این معنا که اگر حکمت جعل خیار فسخ، جلوگیری از ضرر و عسر و حرج باشد، آیا نمی‌توان امراض جدیدی همچون ایدز، هپاتیت را که عسر و حرج آن به مراتب بیشتر از برخی عیوب منصوصه است را در شمار عیوب موجب فسخ آورد؟

به نظر می‌رسد پذیرش تمثیلی بودن عیوب و محدود ندانستن آن به همان تعدادی که مشهور فقیهان با استناد به روایات اشاره کرده‌اند، منطقی‌تر و عادلانه‌تر باشد. بنابراین اگر عیوب در گذشته محدود بوده، امروز با پیدایش بیماری‌های تازه - که دانش پزشکی هم به مهلک بودن آن پی برده است - نباید به دیدگاه مشهور تعصب ورزید.

هدف از این تحقیق وحدت ملاک یافتن بین عیوب جدید جامعه امروزی با عیوب منصوص در روایات می‌باشد که امید است با عنایت رحمت خداوندی بتوان به این مهم دست پیدا کرد.

ب) پیشینه تحقیق

بحث از عیوب مجوز فسخ نکاح در فقه سابقه‌ی دیرینه دارد؛ زیرا خانواده شالوده‌ی اصلی جامعه اسلامی است، در همین راستا اسلام به این نهاد اصلی توجه داشته و تمام احکام مربوط به آن را عنوان نموده است. فقها نیز از زمان صدر اسلام تاکنون دائماً به بحث و بررسی در مورد عیوب موجب فسخ نکاح پرداخته‌اند و همواره بر سر این موضوع بین آنها دیدگاه‌ها و نظرات مختلفی به وجود آمده است. در کتبی که جزء منابع فقهی هستند بابتی به این موضوع اختصاص یافته است. همچنین در کتبی که تحت عنوان «نکاح» توسط نویسندگان مختلف نگاشته شده به طور کامل جوانب امر مورد بررسی قرار گرفته است. حقوق‌دانان نیز در خلال مباحث حقوقی خود به این مهم عنایت داشته‌اند.

اما در این عیوب مذکور در روایات، بازنگری قابل توجهی صورت نگرفته است، به طوری که هم در کتب فقهی و حقوقی و هم در قانون مدنی از عیوبی نام برده شده که عیناً در احادیث آمده است و از بیماری‌های جدیدی که کشف می‌گردد و ممکن است پیوند زناشویی را درهم شکند به طور مشخص بحث نشده است و در این زمینه کتب چندانی به چشم نمی‌خورد و در مقالات نیز به صورت مختصر به آن اشاره شده است؛ هرچند از میان سخنان فقها و حقوق‌دانان می‌توان فهمید که به این مبحث توجه داشته‌اند. لکن در رابطه با موضوع فسخ نکاح پایان‌نامه‌هایی نگارش شده است که به چند مورد اشاره می‌شود:

۱. بررسی فقهی - حقوقی موارد فسخ نکاح با رویکردی بر نظرات امام خمینی (ره)، نگارنده: مجید عرب زینعلی، کارشناسی ارشد، پژوهشکده امام خمینی (ره)، ۱۳۸۴ ه.ش
۲. بررسی مبانی فسخ نکاح، نگارنده: زهرا صالحی، کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸ ه.ش.

ج) سوالات تحقیق

سوالات زیادی در رابطه با موضوع وجود دارد که به بعضی از آنها اشاره می‌شود:

۱. عیوب مذکور در روایات حصری است یا تمثیلی است و موارد دیگری را نیز شامل می‌شود؟
۲. آیا بیماری‌های جدید مانند ایدز، هپاتیت و... می‌تواند از جمله عیوبی باشد که موجب حق فسخ نکاح می‌شود؟
۳. اگر بیماری‌های مذکور در قانون مدنی قابل درمان باشد، باز هم حق فسخ باقی خواهد بود؟

د) فرضیات تحقیق

پیش فرض مسئله این است که هر عیبی که سبب اخلال در مقاصد نکاح باشد می‌تواند سبب حق فسخ قرار گیرد، بنابراین به نظر می‌رسد که عیوب فسخ نکاح تمثیلی باشد و بیماری‌های جدید مانند ایدز، هپاتیت و... را در برگیرد و در صورتی که قابل درمان باشد، موجب سقوط حق فسخ شود.

و) مواد و روش‌ها (روش تحقیق)

روش تحقیق از نوع تحلیلی-توصیفی است. برای به‌کارگیری این روش از ابزار کتابخانه، نرم افزارها، پایگاه‌های اینترنتی و... استفاده خواهد شد.

ه) ساختار تحقیق

شاکله‌ی اصلی این تحقیق مشتمل بر سه فصل می‌باشد. در فصل اول به توضیح و تبیین مفاهیم نکاح، عیب، فسخ و... پرداخته شده است. همچنین مبانی فسخ نکاح نیز بیان شده است. در فصل دوم عیوب موجب فسخ نکاح مورد بررسی قرار گرفته است، در این مبحث به عیوب مشترک زوجین، عیوب مختص مردان و عیوب مختص زنان و نظرات فقهای مذاهب اشاره شده است. در فصل سوم عیوب غیر منصوص مورد توجه قرار گرفته است. به این صورت که مصادیقی از عیوب شایع امروزی ذکر شده است. علاوه بر آن قابلیت درمان عیوب نیز بررسی شده است و در این فصل به نظرات فقهای متقدم و معاصر اشاره شده است.

مبحث اول: مفاهیم

گفتار اول: تعریف نکاح

نکاح مصدر ثلاثی مجرد و از ریشه نکح، ینکح است. نکاح در لغت به معنی تقابل است (معلوف، ۱۳۷۱: ۸۳۶). و شرعاً به معنای عقد است. به عبارتی نکاح یعنی زن گرفتن و شوهرکردن است که همان عقد است (قرشی، ۱۴۱۲، ج ۷: ۱۰۷) و مهمترین رابطه همان حق تمتع جنسی است، چنانکه در القاموس الفقهی نیز آمده است: «نکاح در شرع عقدی است که بین زوجین بسته می‌شود که به وسیله‌ی آن مرد از زنی که موانع نکاح در او وجود ندارد، بهره‌مند گردد و مهم‌ترین رابطه همان حق تمتع جنسی بردن است» (سعدی، ۱۴۰۸: ۳۶۰).

بعضی نکاح را به معنای هم‌بستری گرفته‌اند و استعمال آن را در معنای عقد مجاز دانسته‌اند، بنابراین نکاح مشترک بین هر دو معنی (عقد و هم بستری) است، زیرا در هر دو استعمال شده و اصل در استعمال، حقیقت است که معنای حقیقی آن همان عقد است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۲۳).

تعاریف ذکر شده در خصوص تعریف لغوی و اصطلاحی نکاح بود، اما حقوق‌دانان و فقها نیز تعاریفی را برای نکاح عنوان کرده‌اند. دکتر لنگرودی در تعریف عقد نکاح بیان می‌دارند: 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 شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴: ۷۲۱).

تعریف فوق هم شامل نکاح منقطع و هم شامل نکاح دائم می‌شود. زوجین در نکاح منقطع بر نفی محرومیت جنسی و در نکاح دائم علاوه بر این نفی محرومیت بر ایجاد یک زندگی مشترک و تداوم آن متحد می‌شوند، لذا تعریف مذکور را می‌توان به عنوان تعریف مناسب عقد نکاح برگزید.

گفتار دوم: بررسی ماهیت عقد نکاح

پس از بررسی معنای لغوی و اصطلاحی نکاح و تبیین تعریف حقوقی آن، اینک نوبت به روشن ساختن ماهیت عقد نکاح می‌رسد. باید دید آیا عقد نکاح اساساً عقدی است که در زمره‌ی عقود و

قراردادهای مالی و معوض باید از آن بحث کرد و یا جزء عقود غیر مالی است و باید در عبادات از آن سخن به میان آورد.

برای پاسخ به این سوال باید دید که فقها این عقد را جزء کدام یک از این دو دسته قرار داده‌اند. فقها بحث از معامله بودن نکاح را در ذیل ابواب نفقه، مهریه، تمکین و مانند آن آورده‌اند چرا که این مسائل مربوط به جنبه مالیت عقد نکاح است.

از لابه‌لای سخنان برخی فقها فهمیده می‌شود که آنان موضع یکسانی درباره این مسئله ندارند، مثلاً فخرالمحققین می‌نویسد: «مهریه نقش عوض را دارد و لذا بدل و عوض از استمتاع است که به وسیله‌ی نکاح مباح شده است، پس مهریه به انتفای استمتاع منتفی می‌شود» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳: ۱۹۲).

شیخ طوسی نیز در نه‌ایه تعبیری مشابه همین سخن دارد که مهریه را عوض از استمتاع مرد می‌داند (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۵)؛ اما نظریه عوض بودن مهریه بین فقهای معاصر نیز طرفدار دارد چنان‌که پاره‌ای از فقها آن را به مشهور هم نسبت داده‌اند. بنابراین طبق نظر این گروه از فقها باید عقد نکاح را به عنوان یک معامله و قرارداد مالی که عوض (مهریه) و معوض (بضع) در آن نقش اساسی ایفا می‌کند، به حساب آورد. اما اکثریت فقها ماهیت نکاح را بر اساس موقت یا دائم بودن آن بررسی کرده‌اند. به طوری - که گروهی از آنان مهریه را به عنوان رکن عقد نکاح محسوب ننموده‌اند، بلکه زوج و زوجه را از ارکان عقد دانسته‌اند و مهریه را شبیه به هدیه دانسته‌اند. اصل در اشتراط مهریه در عقد منقطع است، اما در عقد دائم این چنین اصلی وجود ندارد، زیرا صحت عقد نکاح موقت منوط به وجود مهریه و بدون آن باطل است، ولیکن صحت عقد دائم بسته به وجود مهریه نیست، زیرا هدف اصلی از نکاح دائم بقاء نسل و اغراض مهم دیگری است که بر آن مترتب شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۵۷).

بنابراین طبق تعابیر این دسته از فقها هدف عمده از نکاح، تشکیل خانواده و بقای نسل است و لذا مهریه در آن عوض از بهره جنسی نیست، به خلاف ازدواج موقت که چون هدف اصلی آن هموارسازی بهره‌مندی جنسی است به راحتی می‌توان مهریه را در مقابل تمکین قرار داد و قواعد معاملات را در آن

جاری کرد. از جمله خیاراتی که در سایر معاملات وجود دارد را نمی‌توان در عقد نکاح جاری ساخت و بسیاری از احکام موجود در عقد نکاح مختص به این عقد است.^۱

ملاحظه شد که اکثریت فقها نگاه یکسانی به دو عقد موقت و دائم ندارند و در این که عقد ازدواج نوعی معامله است یا عبادت؟ بین عقد دائم و موقت تفصیل داده‌اند، قانون مدنی نیز به دلیل شهرت این تفصیل بین فقها آن را پذیرفته است.^۲

اما حقوق‌دانان نگاه یکسانی به عقد نکاح داشته‌اند، با این تفاوت که عقد نکاح را دارای دو جنبه دانسته‌اند که آن را به لحاظ مالی بودن جزء معاملات قرار داده‌اند. بنابراین نتیجه گرفته می‌شود نکاح عقدی است که هر دو جنبه‌ی مالی و غیر مالی را دارا می‌باشد؛ به عبارت دیگر نکاح برزخی است بین عبادات و معاملات. از جهت این که محبوب شارع بوده و در قرآن و روایات مورد ترغیب واقع گردیده، عبادت است و از این جهت که عقدی لازم است و مهر و نفقه و حق استمتاع در آن وجود دارد، شبیه معاملات و معاوضات است (عبده بروجردی، ۱۳۸۳: ۲۷۰).

بنابراین عقد نکاح دارای دو اثر حقوقی است:

۱. مالی: که احکام معاملات تا آنجایی که با اثر معنوی آن منافات ندارد در آن جاری می‌گردد.

۲. معنوی: که ضامن بقاء نسل و دوام و استمرار خانواده می‌باشد.

با توجه به این که نکاح عقدی لازم است باید شرایط اساسی سایر عقود را داشته باشد؛ یعنی زن و مرد باید عاقل و بالغ باشند و جهت عقد نیز مشروع باشد. اما آنچه عقد نکاح را از سایر عقود ممتاز می‌کند این است که بر خلاف اصل آزادی قراردادها در حقوق، در این عقد دو طرف نمی‌توانند آثار آن را آزادانه خود تعیین نمایند، زیرا آثار عقد نکاح به صورت قوانین آمره از طرف قانون‌گذار مشخص می‌گردد به طوری که آزادی طرفین در تعیین شروط ضمن آن بی حد و حصر نیست و چه بسیار قواعد و مقرراتی وجود دارد که لازمه‌ی عقد نکاح بوده و طرفین حق توافق برخلاف آن را ندارند مانند ریاست شوهر در خانواده، لذا زن نمی‌تواند با شرط، ریاست خانواده را خود به عهده بگیرد. البته باید گفت انعقاد نکاح

^۱. مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۶۹ ق.م.

^۲. مواد ۱۰۹۵ و ۱۰۸۵ ق.م.

نگرشی نو بر عیوب مجوز فسخ نکاح با رویکرد عیوب نو پیدا

منوط به رضایت طرفین است و زن و مرد با تراضی یکدیگر خود را در موقعیت قانونی خاص قرار می-دهند و به همین دلیل نکاح جزء عقود رضایی می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۵:ب: ۲۷۵).

بنابراین نتیجه گرفته می‌شود که نکاح عقدی عبادی- مالی است. از این رو نگاه ارزشی صرف و یا مالی صرف به عقد نکاح هر دو اشتباه و ناشی از درک غلط از این نهاد حقوقی است. عقد نکاح بدین جهت یک قرارداد ارزشی است که پایه و اساس تشکیل خانواده است و محیطی آرام برای رشد و تربیت فرزندان می‌باشد که باید در این محیط عاطفی پله‌های رشد و کمال انسانی را طی کنند و به جایگاه والا و رفیع خلیفه‌ی الهی برسند، لذا از این جهت نمی‌توان این نهاد را به راحتی به معاملات مالی تشبیه کرد. اما با وجود این عقد نکاح رابطه‌ی بین دو انسان زمینی است و فارغ از جنبه معنوی باید آن را تحت قواعد و قوانین حقوقی تعریف کرد، زیرا مهریه و نفقه و حق استمتاع همگی از مظاهر زمینی این رابطه‌اند و باید جایگاه و ماهیت آنها را تحت مقررات عقود و قراردادها روشن ساخت.

گفتار سوم: مفهوم عیب

عیب در لغت به معنای بدی، نقص، تباهی و فاسدگردیدن می‌باشد و عیب هر چیزی به حسب تناسب آن شیء می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۶۳).

در اصطلاح هم عبارت است از نقص یا زیاده‌ای که در وضعیت طبیعی چیزی یافت شود و موجب عدم میل و رغبت فرد به آن شیء گردد (عبدالرحمان، بی تا، ج ۲: ۵۵۸).

در فقه نیز تعاریف زیادی از عیب به میان آمده است، مشهورترین تعریف عیب عبارت است از: هر فزونی یا کاستی از اصل خلقت (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۳۱).

اما در قانون مدنی عیب تعریف نشده است و به نظر عرف گذاشته شده است، چنان‌که در ماده‌ی ۴۲۶ ق.م می‌گوید: تشخیص عیب بر حسب عرف و عادت است، بنابراین ممکن است بر حسب ازمنه و امکانه مختلف شود، زیرا عرف در محلی ممکن است امری را عیب بدانند و در محل دیگر عیب ندانند و یا در زمانی امری عیب شمرده شود و در زمان دیگر عیب به حساب نیاید.

به نظر می‌رسد به دلیل تشخیص و تعیین عیب توسط عرف است که قانون نیز هر عیبی را موجب حق فسخ قرار نداده است، بلکه عیوبی را در هر یک از زن و مرد موجب خیار فسخ دانسته است که با وجود آن عیوب، بقاء و دوام زندگی از هم متلاشی می‌گردد و بنیان خانواده سست و متزلزل می‌گردد. بنابراین در صورتی که زن و مرد دارای یکی از عیوبی باشد که مانع ادامه‌ی استمرار خانواده گردد برای طرف مقابل، خیار فسخی وجود خواهد داشت که در قانون از آن به عنوان خیار عیب نام برده شده است که تحت شرایطی در فسخ نکاح از این نوع خیار استفاده می‌شود.

گفتار چهارم: فسخ

انحلال عقد نکاح به چند طریق امکان‌پذیر است، به نحوی که بعد از انحلال دیگر عقد ازدواج از رسمیت می‌افتد و زن و مرد از یکدیگر جدا می‌شوند. به موجب ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی عقد دائم به فسخ، طلاق و عقد منقطع به پایان مدت یا بذل مدت منحل می‌شود. طبق این ماده فسخ نکاح از مواردی است که به واسطه‌ی آن رابطه زناشویی از هم گسسته می‌شود. لذا آشنایی با تعریف و ماهیت فسخ و تفاوت آن با روش‌های دیگر انحلال نکاح، امری ضروری به نظر می‌رسد که در ادامه به این مهم پرداخته می‌شود.

بند اول: تعریف فسخ

فسخ در لغت به معنای گسستن و جدایی انداختن است (فیروز آبادی، بی‌تا، ج ۴: ۲۸۹). فیومی نیز در معنای لغوی فسخ آورده است: بیع را فسخ کردم و امر را نقض کردم (فیومی، بی‌تا، ج ۲: ۴۷۲). بنابراین فسخ در لغت همان جدایی، نقض و تفریق است و شرعاً عبارت است از: برداشتن عقد بدون افزودن در آن و کم کردن بر آن وضعی که بوده است (تهانوی، ۱۹۹۶، ج ۲: ۱۲۷۳).

تعاریف ذکر شده از بیان لغویان گرفته شده است، اما فقیهان نیز در کتاب‌های فقهی به تعریف فسخ پرداخته‌اند و فرموده‌اند: فسخ در اصطلاح فقهی یعنی برهم زدن عقد و رفع به همان صورتی که قبل از فسخ بوده است، به معنای دیگر برهم زدن عقد بدون کم و کاستی را فسخ می‌نامند.

بنابراین فسخ در باب نکاح به معنای بر هم زدن نکاح می‌باشد. حقوق‌دانان نیز در تبیین مفهوم فسخ بیان کرده‌اند که فسخ عبارت است از: پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله‌ی اراده یکی از دو طرف یا شخص ثالث (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۴۸). البته باید توجه داشت که در عقد نکاح، حق فسخ مخصوص یکی از طرفین عقد است و شخص ثالث نمی‌تواند آن را منحل سازد، اما در سایر قراردادهای، شخص ثالث هرگاه دارای این حق باشد، می‌تواند قرارداد را منحل سازد.

با توجه به تعاریف فوق فسخ در نکاح به این معنا است که زن یا شوهر نسبت به طرف دیگر و خصوصیات وی در اشتباه بوده باشد، مثلاً یکی از طرفین تصور کند که طرف مقابل از سلامت کامل برخوردار است، اما بعداً متوجه شود که وی دچار عیوب خاصی می‌باشد که در این صورت فرد ناآگاه می‌تواند نکاح را فسخ نماید.

بند دوم: ماهیت فسخ

در این گفتار ماهیت حقوقی فسخ مورد بررسی قرار می‌گیرد تا روشن شود فسخ نکاح در چه شرایطی تحقق می‌یابد.

در اینجا این نکته حائز اهمیت است، که نکاح عقد است و باید شرایط اساسی سایر عقود را داشته باشد ولی آثار آن را قانون معین می‌کند و طرفین آزادانه نمی‌توانند اراده خود را بر عقد نکاح حاکم کنند، به همین جهت قواعد عمومی معاملات را تاجایی می‌توان در نکاح اعمال نمود که با طبیعت آن سازگار باشد، مثلاً خیار غبن که در سایر عقود جریان دارد در نکاح راه ندارد و زن و مرد به سبب مغبون شدن نمی‌توانند عقد نکاح را فسخ نمایند. اما در موارد خاصی همچون عیب، تدلیس و تخلف از شرط صفت که شرع و قانون اجازه داده است می‌توانند عقد نکاح را فسخ نمایند. (کاتوزیان، ۱۳۷۵ الف: ۲۱)

فسخ نکاح در زمره‌ی ایقاعات است، یعنی عملی حقوقی است که با یک قصد انشاء محقق می‌شود؛ به عبارت دیگر هر یک از زوجین که دارای این حق باشند، با اراده انشایی خود به تنهایی می‌توانند نکاح را منحل نمایند. بنابراین فسخ نکاح تنها نیاز به اراده صاحب حق دارد و لزومی به رضایت طرف مقابل ندارد زیرا در عقود نیاز به رضایت طرفین، شرط صحت عقد می‌باشد (امامی، ۱۳۷۴، ج ۴، ۴۷۶).

از این رو چون فسخ نوعی از ایقاعات است، بالتبع خصوصیات آن نیز دارد، به این صورت که اولاً فسخ اثر عقد معین یا ایقاع معین را از بین برده و به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع برمی گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۶۲۵). ثانیاً فسخ اختصاص به عقود ندارد به همین جهت فقها رجوع در عده را فسخ طلاق نامیده‌اند و طلاق از ایقاعات است. ثالثاً طلاق و بذل مدت را با وجود شباهت به فسخ از تحت ماهیت فسخ خارج کرده‌اند که خصوصیات ذکر شده نشان دهنده این نکته است که فسخ یک عمل حقوقی مستقل و جداگانه از سایر روش‌های انحلال نکاح می‌باشد.

از آنجایی که فسخ کننده باید اهلیت داشته باشد، لذا فسخ نکاح مجنون قابل قبول نیست و توسط ولی یا قیم او انجام می‌گیرد و شخص مجنون را نمی‌توان مورد خطاب فسخ یا طلاق قرار داد. همچنین در فسخ نکاح نیاز به رعایت اصول و مقررات خاصی نیست که لازم باشد به دادگاه مراجعه نماید بلکه با اراده صاحب حق واقع می‌شود، اما باید دانست که اراده باطنی تا زمانی که اعلام نشده اثری در انحلال عقد نکاح ندارد، چنان‌که در ماده ۴۴۹ آمده است: فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود. اما منظور از این ماده این نیست که لازم باشد فسخ به آگاهی طرف مقابل برسد بلکه همین‌که فسخ اراده خود را اعلام نماید نکاح منحل می‌شود و اگر مدعی فسخ در دادگاه اقامه دعوی نماید و حق خود را اثبات کند، این اثبات فقط جنبه اعلامی دارد و فسخ از زمان اعلام واقع می‌گردد نه از زمان اثبات آن برای دادگاه و آثار آن نیز از همان زمان اعلام می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۵: ۲۰۰).

به عبارت دیگر اراده باطنی باید اعلام گردد، زیرا حقوق تنها به حوادث و پدیده‌های اجتماعی که در خارج تحقق می‌یابد، می‌پردازد و کاری به باطن انسانی ندارد لذا هر زمانی که تصمیم باطنی اظهار گردید، اثر حقوقی نیز به دنبال آن ظاهر می‌شود.

گفتار پنجم: تفاوت فسخ نکاح و انفساخ

اصولاً باید گفت هر قراردادی که منعقد می‌شود مدتی برای حیات یا ممت آن وجود دارد؛ به عبارت دیگر هر پیمان نافذی ممکن است گسیخته و منقطع شود که این انقطاع را در اعمال حقوقی، انحلال می‌-