

تأثیر انحلال عقد نکاح بر شروط ضمن آن

مریم السادات محقق داماد*

چکیده

این نوشتار به بررسی تمایز نکاح با دیگر عقود نسبت به تأثیر فسخ و طلاق بر پایداری یا انحلال شروط ضمن عقد می‌پردازد. به طور کلی انحلال عقد یکی از نهادهایی است که کتاب‌های فقهی و حقوقی در مورد تمامی عقود به آن پرداخته‌اند. از نظرگاه حقوقی، اسباب عام انحلال عقد عبارتند از اقاله، فسخ و انفساخ؛ در حالی که در خصوص عقد نکاح تنها فسخ و طلاق را از موارد انحلال دائم شمرده‌اند؛ چنان که ماده‌ی ۱۱۲۰ ق.م. نیز همین موضوع را مقرر داشته است. از سوی دیگر در ماده‌ی ۲۴۶ ق.م. وضعیت شروط ضمن عقد پس از انحلال عقد نیز مشخص شده است؛ اما به طور جداگانه وضعیت شروط ضمن عقد نکاح پس از انحلال آن کمتر مورد توجه قرار گرفته و قانون مدنی نیز سکوت نموده است؛ از این رو محور اصلی این نوشتار بررسی همین موضوع است.

کلید واژه‌ها

نکاح، انحلال، فسخ، طلاق، شروط ضمن عقد

* دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی مدرسه عالی شهید مطهری



مقدمه

حساسیت مباحث خانواده در هر دو بعد تحکیم و انحلال، ایجاب می‌کند که تمامی امور حقوقی مربوط به نکاح و طلاق به طور اختصاصی و با دقت نظر و وسواس بیشتری مورد بررسی قرار گیرد؛ زیرا از رهگذر همین کنکاش‌هاست که ابهامات موجود در زمینه‌ی مباحث حساس خانواده برطرف می‌گردد و در اثر همین دقت نظر‌هاست که می‌توان موارد سکوت قانون را در مباحث حقوقی تبیین نمود. وضعیت شروط ضمن عقد پس از انحلال نکاح یکی از مباحث دقیق فقهی و حقوقی به شمار می‌آید که با توجه به سکوت قانون‌گذار و عدم بحث تفصیلی فقها و حقوق‌دانان، بایستی مورد توجه فرهیختگان و اهل فن قرار گیرد؛ زیرا آثار مترتب بر تعیین و تشخیص وضعیت شروط پس از انحلال عقد به روشنی آشکار است. نگارنده نیز در حد توان بر آن است تا با استفاده از دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان به تشریح مسئله بپردازد.

به عنوان مقدمه برای دستیابی به هدف فوق، توجه اهل نظر را به یک نکته و چند پرسش معطوف می‌دارم:

یکی از اصول مسلم و جاری باب عقود، اصل لزوم است. این اصل که جان‌مایه‌ی آن آیه‌ی شریفه‌ی «اوفوا بالعقود» و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» و برآمده از ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی ایران است، گویای لازم الاجرا بودن کلیه‌ی تعهدات مستقل نیز هست؛ گرچه از دیدگاه فقهی سنتی، لزوم تعهدات در ضمن عقد متبلور است. با الهام از همین فرهنگ است که زوجین کماکان تعهدات طرفین را ضمن عقد در لباس شرط جای می‌دهند. با عنایت به پیوند عقد و شرط در پژوهش پیش رو، برآنیم تا به پرسش‌های زیر پاسخ دهیم:

- ۱- تعهداتی که در قالب شروط ضمن عقد نکاح درج شده و برعهده‌ی یکی از طرفین است، پس از انحلال عقد چه تکلیفی دارد؟ آیا پاسخ این پرسش را می‌توان از مفاد ماده‌ی ۲۴۶ ق.م. برداشت کرد؟
- ۲- اگر به شرط عمل شده باشد، آیا پس از طلاق و فسخ، مشروط علیه می‌تواند عوض آن را مطالبه کند؟



۳- آیا در صورتی که به شرط عمل نشده باشد، پس از انحلال نکاح نیز مشروط له می‌تواند الزام آن را بخواهد؟
پیش از شروع بحث واژه‌های کلیدی آن مورد بررسی قرار گیرد:

۱- انحلال

۱-۱- معنای لغوی و اصطلاحی

انحلال از مصدر باب انفعال از فعل «حلَّ» است و در لغت به معنای «رفع العقد و الحرمة» یا بدین مضمون که «حل هو رفع الممنوعیه»^۱ بیان شده است. انحلال را به معنای جدا شدن، باز شدن، گشوده شدن گره و متلاشی شدن آورده‌اند^۲ و همچنین به معنای نقض شدن و تفکیک شدن نیز آمده است.^۳ انحلال عقد در فقه اسلامی و در حقوق موضوعه در دو معنای کم و بیش متمایز مصطلح گردیده است:

۱-۱-۱- انحلال به معنای تجزیه

این نوع انحلال در مورد عقدهای مرکب تحقق می‌یابد؛ عقد مرکب عقدی است که مبیع از واحدهای متعدد تشکیل شده باشد؛ مانند این‌که در عقد بیع، چندین قلم از لوازم منزل با هم مبیع واقع شوند؛ حال اگر عقد نسبت به یکی از اجزا باطل و فاسد شود، همان‌گونه که مواد ۳۵۶ و ۴۴۱ ق.م. اشعار می‌دارد، این عقد تجزیه می‌گردد و نسبت به دیگر اجزا صحیح است. مراد از این تجزیه انحلال عقد واحد به عقود متعدد است؛ به نحوی که عقد بر مرکبی دارای اجزا واقع گردد.^۴

۱-۱-۲- انحلال به معنای گسیختن

هنگامی که عقد به طور صحیح واقع شود، اگر پس از انعقاد با رضایت طرفین یا به اراده‌ی یکی از آن‌ها یا بدون دخالت اراده با تحقق شرایطی عقد از هم گسیخته شود و آثار آن پایان پذیرد، انحلال عقد رخ می‌دهد. از این دو معنا آن چه مورد بحث ماست، معنای اصطلاحی دوم است. کلمه‌ی انحلال در قانون مدنی نیز تنها یک بار و به معنای دوم استعمال شده است: ماده‌ی ۱۱۲۰ که چنین مقرر می‌دارد: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به



بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود؛ اما انحلال عقد به معنای تجزیه در کتاب‌های قواعد فقه، به عنوان یک قاعده‌ی فقهی مطرح شده است.

۱-۲- تبیین موارد انحلال نکاح

هر گاه عقدی - که به طور صحیح منعقد شده - بر اثر عارضه یا امری زایل شود، به این زوال عقد انحلال می‌گویند. از آن جا که انحلال یکی از آثار و عوارض عقد صحیح است، لذا تمایز آن با بطلان روشن است.^۵ همان گونه که در ابتدا بیان شد، عقد نکاح دائم با دو نهاد فسخ و طلاق منحل می‌شود. تمایزات فسخ و طلاق غالباً در منابع فقهی در باب نکاح و در کتاب‌های حقوق‌دانان بررسی شده است؛ اما آنچه به طور نسبی غریب مانده و نیازمند تحقیق است، فروع انحلال نکاح مشروط است. برای تبیین موضوع ابتدا فسخ و وضعیت شروط ضمن عقد را بررسی می‌کنیم، سپس در نکاح و در پایان به مقایسه‌ی آن با طلاق می‌پردازیم.

۲- فسخ

۱-۲- فسخ در لغت و اصطلاح

فسخ در لغت به معنای باز کردن و شکستن است^۶ و در شرع، به معنای رفع عقد به همان وصف و کیفیتی که بوده، بدون زیاده و نقصان آمده است.^۷ همچنین در کتاب *الاشباه والنظائر* از قول ابن سبکی چنین نقل می‌شود: «الفسخ حل ارتباط العقد».^۸

اکنون با توجه به موارد یاد شده، می‌توان گفت که فسخ با عنایت به ماهیت حقوقی آن در اصطلاح فقهی و حقوقی به معنای لغوی نزدیک است. فسخ یک عمل حقوقی است که نیاز به قصد انشا دارد و امور انشایی همانند دیگر امور واقعی از زمان وجود دارای اثر می‌باشند و آنچه فسخ را از اقاله جدا می‌کند، این است که در تحقق فسخ قصد یک طرف کفایت می‌نماید و قصد دو طرف لازم نیست؛ در حقیقت فسخ در شمار ایقاعات است.^۹ هرچند قانون مدنی تعریفی برای فسخ نیاورده اما حقوق‌دانان با توجه به مواد قانون مدنی، آن را این چنین تعریف کرده‌اند: «فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله‌ی یکی از دو طرف یا شخص ثالث».^{۱۰}



اینک به دو مسئله‌ی مهم - که در فسخ مطرح شده و بررسی آن برای نیل به مقصود ضروری است - می‌پردازیم:

۱- زمان تأثیر فسخ

۲- برگشت عوضین پس از فسخ

۲-۲- زمان تأثیر فسخ

همان گونه که پیش‌تر بیان شد، فسخ از انواع انحلال و انحلال از آثار زوال عقد صحیح است؛ اما اکنون این بحث مطرح است که آیا فسخ اثر قهقرایی دارد و عقد را از روز اول منحل می‌کند یا از زمان انحلال؟ این مقاله در مقام بیان تفصیلی مبانی نظریه‌های موجود در این زمینه نیست؛ بلکه در پی نتیجه‌ی آن است.

۲-۲-۱- در کلام فقها

بین فقهای شیعه در این موضوع اختلاف قابل توجهی وجود ندارد. در فقه اهل سنت نیز هر دو نظریه به چشم می‌خورد. منشأ اختلاف نظر فقها در این است که مشهور، اعم از متقدمان و متأخران، معتقدند که انتقال مالکیت به نفس عقد و به صرف ایجاب و قبول واقع می‌شود و حتی قبض و اقباض مبیع و ثمن تأثیری در آن ندارد و وجود خیار فسخ هم مانع آن نیست.^{۱۱} در مقابل گروه اندکی معتقدند مادامی که زمان خیار منقضی نشده، مالکیت بایع زایل نمی‌گردد و انتقال متوقف بر انقضای خیار است و اثر دیدگاه اخیر در فسخ کاملاً روشن است؛ بدین صورت که به محض اعمال فسخ گویا تملیکی صورت نگرفته و از ابتدا آثاری ندارد. هر یک از دو دیدگاه فوق ثمرات خود را در موضوعات گوناگون جلوه‌گر می‌سازند؛ از جمله مسئله‌ی حق شفعه و قاعده‌ی «تلف مبیع قبل از قبض»^{۱۲} و قاعده‌ی «التلف فی زمن الخیار ممن لاخیار له».

گروه اول خیاری بودن بیع را مانع اعمال اخذ شفعه می‌دانند؛ ولی گروه دوم در موردی که خیار برای بایع یا برای مشتری باشد، حق شفعه قائل است. در کتاب *الخلافة و المبسوط و المذهب و الغنیة* این نظریه آمده است؛^{۱۳} بنابراین شیخ طوسی، ابن برّاج و ابن زهره را می‌توان از طرفداران قهقرایی بودن اثر فسخ دانست. این نظریه به نقل از شماری از صاحب‌نظران به



شیخ طوسی و ابن جنید اسکافی نیز نسبت داده شده است.^{۱۴} به هر حال با جست‌وجو در نظریات فقها می‌توان به این موضوع اذعان نمود که دیدگاه مشهور این است که فسخ اثر قهقرایی ندارد. شیخ انصاری به صراحت زمان تأثیر فسخ را از حین عقد می‌داند.^{۱۵} و در مورد وضعیت عقد پس از فسخ چنین می‌گوید: «مقتضای فسخ عقد هرچند که انحلال عقد سابق است و عقد را کأن لم یکن قرار می‌دهد اما به وسیله‌ی آن ملکیت سابق بر فسخ از بین نمی‌رود؛ زیرا باید به زمان حدوث فسخ توجه کرد؛ نه به زمان متعلق آن»^{۱۶} پس از او برخی فقها از جمله نائینی^{۱۷} و سید کاظم طباطبایی یزدی^{۱۸} و دیگران این نظریه را تقویت کرده‌اند. از فقهای اهل سنت ابن حجر را می‌توان از طرفداران این دیدگاه برشمرد.^{۱۹}

۲-۲-۲- در نظام حقوقی ایران

آنچه از بررسی کتابهای حقوق‌دانان به دست می‌آید، این است که همگی نظریه‌ی مشهور فقها را دارند؛ یعنی بر این عقیده‌اند که اثر فسخ از حین انحلال عقد است و اثر قهقرایی ندارد؛^{۲۰} ولی نظریه‌پردازان حقوقی وجود نظر مخالف را متذکر شده‌اند.^{۲۱} نحوه‌ی طراحی مواد قانون مدنی هم‌سویی آن را با دیدگاه مشهور فقها و حقوق‌دانان تأیید می‌کند؛ هرچند به صراحت نصی در این زمینه ندارد. ماده‌ی ۲۲۴۵۹ در بیع شرط و ۲۲۴۵۴ و ۲۲۴۵۵ در احکام خيارات و ۲۸۷ در اقاله دال بر این استنباط می‌باشد.

۲-۲-۳- در نظام حقوقی فرانسه و سوئیس

بر خلاف ایران در حقوق فرانسه اثر قهقرایی بر فسخ مترتب است؛ به طوری که بعد از فسخ گویا از ابتدا عقدی وجود نداشته است؛^{۲۲} این ویژگی از مواد ۱۱۸۳ و ۱۱۸۴ ق.م. این کشور استنباط شده است؛^{۲۳} هرچند این دیدگاه اکنون با جرح و تعدیل‌هایی مواجه گردیده است؛ به طور مثال در قراردادهای اقساطی و مستمر عدم تسری فسخ به گذشته اصل است.^{۲۴}

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مواد مختلف به آثار فسخ قرارداد اشاره دارد. به نظر می‌رسد با وجود بند ۱ و ۲ ماده‌ی ۸۴،^{۲۵} می‌توان معتقد شد که کنوانسیون به تبعیت از سیستم حقوقی فرانسه برای فسخ اثر قهقرایی قائل





است و فسخ را نسبت به گذشته مؤثر دانسته و قرارداد را از ابتدا منحل می‌داند؛ زیرا کلیه‌ی منافع اعم از متصل و منفصل و بهره‌ی پول از تاریخ تأدیه‌ی ثمن، باید مسترد گردد؛ اما از قانون تعهدات سوئیس استنباط می‌گردد که تأثیر فسخ مانند حقوق ایران قهقرایی نیست؛ با این تفاوت که بین منافع متصل و منفصل تفاوتی قائل نشده است.^{۲۹}

۲-۲-۴- در نظام حقوقی کشورهای عربی

بر اساس ماده‌ی ۱۶۰ ق.م. مصر فسخ اثر رجعی دارد و پس از فسخ، مشتری باید مبیع را با کلیه‌ی منافعش مسترد کند؛^{۳۰} اما رویه‌ی قضایی و حقوق‌دانان مصری اثر فسخ را در مورد عقود زمانی مثل اجاره رجعی ندانسته‌اند.^{۳۱} قانون مدنی لبنان نیز مانند حقوق ایران (اما به صراحت بیشتر) اثر فسخ را مربوط به آینده دانسته است.^{۳۲}

۲-۳- برگشت عوضین

در مورد برگشت عوضین به مالک اولیه، استرداد مبیع و ثمن در بیع در حقوق موضوعه‌ی ایران نص صریحی ندارد؛ اما گفته‌اند که بازگشت عوضین مطابق با عقل و انصاف است؛ یا این که این موضوع را به عنوان نتیجه‌ی طبیعی فسخ دانسته‌اند.^{۳۳} اما به نظر می‌رسد می‌توان مبنایی برای آن در نظر گرفت و آن را مستند به ضابطه دانست. ریشه‌ی این مطلب را باید در ویژگی عقود معاوضی جست‌وجو کرد؛ از این رو برای نیل به مقصود به دو مقدمه نیاز داریم:

۲-۴- ویژگی مهم عقود معاوضی

مهم‌ترین ویژگی عقود معاوضی این است که میان تعهدات دو طرف حالت تقابل وجود دارد؛ بدین معنا که تعهد هر یک از دو طرف در مقابل تعهد طرف دیگر است و طبیعت عقد آن‌چنان است که به رایگان تحقق نمی‌پذیرد؛ بلکه هر یک از دو طرف در برابر دیگری التزامی را بر عهده می‌گیرد؛^{۳۴} عرف و عادت عقلاً در عقود معاوضی این است که دو طرف قصد ندارند مال را مجاناً به دیگری تملیک کنند؛ بلکه همواره هر یک کالای خود را عوض کالای دیگری



قرار می‌دهد؛^{۳۵} در نتیجه ضرورت مبادله کالا را می‌توان ناشی از التزام ضمنی یا اقتضای طبیعت عقود معاوضی دانست.

۲- ماهیت حقوقی ید امانی

دو عنصر در ید امانی ملحوظ است؛ یکی وجود اذن مالک یا قائم مقام قانونی ری و دیگری منظور نشدن عوض. در نتیجه هر گونه تصرف مأذون از مصادیق ید امانی نیست؛ بلکه می‌بایست عنصر مجانیت هم باشد.^{۳۶}

نتیجه‌گیری

از آن چه تاکنون گفتیم، روشن می‌شود که در عقود معاوضی گیرنده‌ی مال به طور مجانی و بلاعوض اقدام به قبض مال نکرده؛ بلکه اقدام او به طور معوض بوده است و اینک که فسخ رخ داده، هر چند گیرنده با رضایت و اذن مالک آن را تحویل گرفته و عنصر اذن موجود است، اما عنصر مجانیت مفقود است؛ بنابراین ضمان ید نقش خود را ایفا می‌نماید و به عقیده‌ی فقها مقتضای اولیه‌ی استیلا بر مال دیگری این است که متصرف، مکلف به بازگرداندن عین در زمان بقای آن است؛^{۳۷} و از این رو برگشت عوضین فقط در عقود معاوضی معنا و مفهوم پیدا می‌کند.

۲-۶ تأثیر فسخ در شروط ضمن عقد

در مباحث قبل مسئله‌ی زمان تأثیر فسخ بررسی شد و چنین نتیجه گرفته شد که نظریه‌ی مشهور فقها و دیدگاه منتخب قانون مدنی تأثیر فسخ از زمان فسخ و نسبت به آینده می‌باشد؛ لذا کلیه آثار و تعهدات ناشی از عقد تا زمان تحقق فسخ صحیح است.

اینک با توجه به این که ماده‌ی ۲۴۶ ق.م. ناظر به وضعیت حقوقی شروط پس از فسخ است، این پرسش مطرح می‌شود که چرا قانون‌گذار در این ماده چنین ایفاد می‌دارد که: «در صورتی که معامله به واسطه‌ی اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده، باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط شده بوده، عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را بگیرد.» اگر فسخ اثر قهقرایبی ندارد، چرا باید عوض تعهدات و شروطی که در زمان صحت عقد انجام شده، به مشروط له مسترد گردد؟



پاسخ این پرسش‌ها در تحلیل ارتباط شرط و عقد نهفته است. برخی از فقها،^{۲۸} حقوق‌دانان و شارحان قانون مدنی^{۲۹} شرط را جزئی از عوضین دانسته‌اند. برخی نویسندگان چگونگی تنظیم ماده‌ی ۲۳۲ و ۲۳۳ را مؤیدی بر این مدعا دانسته و معتقدند که قانون مدنی نیز با این دیدگاه طراحی شده است.^{۳۰}

اینک روشن است که با این فرضیه که شرط جزئی از عوضین است و برگشتن عوضین از ویژگی‌های عقود معاوضی است، محل اجرای این ماده منحصر در عقود معاوضی می‌باشد و همین نکته در بحث مورد نظر این مقاله تأثیر به‌سزایی دارد؛ زیرا در باره‌ی عقد نکاح نسبت به معاوضی بودن یا نبودن آن اختلاف نظر به چشم می‌خورد و در صورتی که آن را غیر معاوضی بدانیم، قطعاً ویژگی‌های عقود معاوضی در مورد عقد نکاح جاری نخواهد بود؛ چنانچه در بحث آتی خواهد آمد.

اما مسئله‌ی چگونگی پرداخت عوض، یعنی موضوع ماده‌ی ۲۴۶ ق.م. و بحث تفصیلی آن، از آنجا که ارتباطی به موضوع بحث این مقاله ندارد، به همین مقدار بسنده می‌شود.

۲-۷- تأثیر فسخ در شروط ضمن عقد نکاح

ابتدا لازم است برای تمییز عقد نکاح با عقود دیگر اندکی به ویژگی آن بپردازیم. در این‌که نکاح عقدی غیر معاوضی است یا خیر، صاحب‌نظران اختلاف نظر دارند که رد پای این اختلاف در مباحث مربوط به مهریه مشهود است.

نسبت به مهریه دو دیدگاه وجود دارد که این دو در میان فقهای متأخر و معاصر و حقوق‌دانان طرفدارانی دارد؛ عده‌ای مهریه را به منزله‌ی عوض در معاملات عادی می‌دانند و برای نکاح جنبه‌ی خاصی در نظر نگرفته و معتقدند که به اعتبار رابطه‌ی زناشویی بین زوجین مانند عقود معاوضی است؛^{۳۱} گروهی دیگر بر این باورند که مهریه در نکاح به منزله‌ی عوض در معاملات عادی نیست؛ به همین جهت می‌تواند اصولاً ذکر نشود و پس از عقد، زوجین بر امری توافق نمایند یا پس از مباشرت مهرالمثل بر عهده‌ی زوجین



قرار گیرد.^{۴۲} این مطلب موضوع ماده‌ی ۱۰۸۷ قانون مدنی است^{۴۳} و الزام به تملیک مهریه ناشی از حکم قانون است و ریشه‌ی قراردادی ندارد و به همین دلیل سکوت دو طرف در عقد و حتی توافق بر این‌که زن مستحق مهر نباشد، نمی‌تواند تکلیف مرد را در این زمینه از بین ببرد.^{۴۴} همچنین گاهی مهریه آن‌قدر ناچیز است که اطلاق عقد معوض درست به نظر نمی‌رسد.^{۴۵} این دو نظریه پی‌آمدهایی دارد که به چند مورد آن اشاره می‌کنیم:

۲-۷-۱- قبول مهریه توسط شخص ثالث

برخی از فقها با مقایسه‌ی نکاح با معاملاتی نظیر بیع معتقدند بضع در تملک اعتباری زوج قرار می‌گیرد و مهریه - که عوض بضع است - باید از ملکیت شوهر خارج شود نه شخص دیگر؛^{۴۶} اما گروه قابل توجهی از فقها^{۴۷} بر این باورند که قیاس نکاح به بیع غیر موجه است و مهریه در مقابل بضع قرار نمی‌گیرد و مانعی ندارد که مهریه را شخص ثالثی غیر از زوج بر عهده گیرد. همچنین هنگامی که فردی زنی را با مال دیگری فضولتاً برای خود عقد کرده، صاحب جواهر می‌گوید این عقد فاسد است و باید مثل موارد دیگر حکم به مهرالمثل بدهیم. عده‌ای دیگر از فقیهان این نظریه را در عقود دیگر وفق ماده‌ی ۱۹۷ ق.م. پذیرفتنی می‌دانند که هر طرف که معوض می‌رود، عوض هم باید برود و این در معاوضات حقیقی صحیح است و خاصیت عقد نکاح بر معاوضه منطبق نیست؛ پس شخص دیگری غیر از زوج می‌تواند مهر را بدهد و اجازه‌ی صاحب مال، مال را از مالکیت وی خارج و تبدیل به مهریه می‌سازد.^{۴۸}

۲-۷-۲- معاوضی نبودن ضمان شوهر، در صورت تلف و عیب مهر

تا زمانی که شوهر مهریه را به همسرش تسلیم نکرده، ضامن است.^{۴۹} در این‌که این ضمان معاوضی است یا ضمان ید، بین فقهای عامه و امامیه اختلاف است.^{۵۰} مشهور فقهای امامیه^{۵۱} ضمن بیان نظریه‌ی فقهای عامه،^{۵۲} ضمان زوج را از نوع ضمان ید می‌دانند؛ نه ضمان معاوضی؛ شیخ طوسی دلیل امامیه را چنین بیان می‌کند: «هر عینی را باید به مالک آن تسلیم نمود و در صورتی که تلف شد، در حالی که سبب استحقاق مالک هم‌چنان باقی است،

بایستی بدل آن را پرداخت؛ مانند غصب و عاریه؛ البته بر اساس نظریه‌ای که ضمان عاریه را پذیرفته است.^{۵۳}

۲-۸- وضعیت مهریه پس از فسخ

پس از فسخ نکاح حکم مهریه از نظر فقها و حقوق‌دانان بین دو حالت وقوع مباشرت و عدم آن تفاوت دارد:

حالت نخست: هنگامی که فسخ نکاح پیش از وقوع مباشرت صورت پذیرد.

در این صورت هر کدام از زوجین عامل فسخ باشند، مهریه به زن تعلق نمی‌گیرد؛ مگر حالتی که عنن مرد باعث فسخ نکاح از جانب زن باشد که زن باید نصف مهرالمسمی را به زوج برگرداند. مدرک این نظریه احادیث اهل بیت (ع) است.^{۵۴} در صورتی که زوج عامل فسخ باشد، فقهای شیعه اتفاق نظر دارند که مهریه به زن تعلق نمی‌گیرد و اخبار موثقه در این زمینه بسیار وارد شده است؛^{۵۵} اما در صورتی که زوجه عامل فسخ باشد، اتفاق نظر وجود ندارد؛ برخی گفته‌اند با تمسک به حدیثی که از سکونی نقل شده: «...یفرق بینهما و لاصداق لها لأن الحدیث کان من قبلها» هنگامی که زوجه عقد را فسخ کند، تمام توابع عقد از جمله استحقاق مهریه منحل می‌شود؛ پس هنگامی که سبب و موجب فسخ عقد از جانب زن باشد، مهر به او تعلق نمی‌گیرد. برخی دیگر با این نظریه مخالفند و بیان می‌کنند: با توجه به این که ترتب فسخ بر نکاح صحیح است و فسخ، عقد را باطل نمی‌کند، اثر آن از حین فسخ است؛ احکامی که با عقد آمده، از جمله مهریه‌ی زن، نمی‌تواند با فسخ از بین برود؛ هم‌چنان که نفقه‌ی زن تا حین فسخ بر عهده‌ی مرد است؛ چرا که ملکیت مهریه برای زن با عقد حاصل شده و مهریه جزء عوض نیست.^{۵۷} معتقدان به عوض بودن مهریه آنچه را در پیش آمد، موافق اصل دانسته و می‌گویند: جنبه‌ی معاوضی که نکاح نسبت به مهر دارد، ایجاب می‌نماید که حکم قاعده‌ی فسخ عقود معاوضی که برگشت هر یک از عوضین به مالک قبل از فسخ می‌باشد، در آن جاری گردد.^{۵۸}





حالت دوم: هنگامی که فسخ نکاح پس از مباشرت انجام پذیرد.

در این صورت مهرالمسمی به زن تعلق می‌گیرد؛ چون مهرالمسمی در مقابل تصرف زن مستقر می‌شود؛ اما از شیخ طوسی نقل شده که چنین اطلاقی را قبول نداشته و با توجه به زمان ایجاد سبب فسخ، تفصیل قائل است. وی می‌گوید: «اگر فسخ به وسیله‌ی سببی باشد که بعد از دخول به وجود آمده، مهرالمسمی واجب می‌شود و اگر به وسیله‌ی عیبی باشد که قبل از دخول بوده است، مهرالمثل واجب می‌شود؛ زیرا گویا عقد در هنگام حدوث عیب فسخ شده است و ملحق به عقد باطل می‌گردد؛ لذا باید مهرالمثل به زن تعلق گیرد.»^۹ اما برخی به نظریه‌ی شیخ طوسی ایراد گرفته^{۱۰} و گفته‌اند که استدلال وی اولاً اجتهاد مقابل نص است؛ ثانیاً چون فسخ، عقد را از حین فسخ باطل می‌کند نه از اصل و ابتدا، پس حکم تملک مهریه - که با عقد صحیح آمده - از بین نمی‌رود. این مطلب مورد تأیید صاحب جواهر، شهید ثانی و دیگران نیز می‌باشد.^{۱۱}

در نقد این ایراد می‌توان پاسخ داد که نظریه‌ی شیخ طوسی در این‌جا مبتنی بر مبنای شخصی ایشان در مسئله‌ی انتقال مالکیت در عقود خیاری است. شیخ طوسی اولاً معتقد است در عقود خیاری یعنی در آن دسته از عقود که خیار از حین عقد وجود دارد - انتقال مالکیت نه از حین عقد بلکه از زمان انقضای خیار صورت می‌گیرد و ثانیاً شیخ معتقد است که نه تنها در خیارات سه‌گانه‌ی مجلس، حیوان و شرط، عقد از آغاز خیاری است، بلکه در موردی که معلوم گردد عیب از حین عقد وجود داشته، آن عقد نیز از عقود خیاری محسوب خواهد شد؛ نه آن که زمان کشف، زمان پدید آمدن خیار باشد؛ بنا به مراتب فوق، اگر در بحث مورد نظر ما پس از مباشرت در عقد نکاح مکشوف گردد که عیب در حین عقد وجود داشته، به نظر وی عقد خیاری بوده و مهریه به زوجه منتقل نگردیده است و در نتیجه نزدیکی موجب مهرالمثل خواهد بود نه مهرالمسمی. در حالی که اگر عیب طاری ولی به موجب دلایل شرعی موجب فسخ باشد، مهرالمسمی متعلق به زوجه است؛ چرا که سبب انتقال فراهم گردیده است. ناگفته پیداست که تفصیل فوق صرفاً بر اساس مبنای شیخ طوسی قابل توجیه است؛ ولی بر اساس نظریه‌ی مشهور - که در عقود خیاری

انتقال مالکیت را متوقف بر انقضای خیار نمی‌دانند- مهرالمسمی مطلقاً در مالکیت زوجه وارد گردیده است.^{۶۲}

۲- ۹- وضعیت نفقه‌ی زن تا زمان فسخ

این‌که زن تا زمان تحقق فسخ استحقاق نفقه دارد، مورد تأیید فقها^{۶۳} و حقوق‌دانان^{۶۴} بوده و یکی از نتایج اثر فسخ از حین فسخ است و این عدم برگشت نفقه پس از فسخ، خود دلیلی بر غیر معاوضی بودن نکاح است. از آن‌چه تاکنون گفته شد، نتیجه می‌گیریم که عقد نکاح معاوضی نیست؛ از این رو مهم‌ترین ویژگی عقود معاوضی- که برگشت عوضین به مالک پس از فسخ است- در آن مصداق ندارد و حکم ماده‌ی ۲۴۶ ق.م. بر شروط ضمن عقد نکاح پس از فسخ جاری نیست.

ممکن است وجود حق حبس در نکاح- حقی که ویژه‌ی عقود معاوضی است- دلیلی برای معاوضی بودن آن دانسته شود. در پاسخ به این اشکال باید گفت اولاً با توجه به تمایزات ماهوی نکاح با سایر معاملات معوض، مستند فقهی اساسی در این زمینه فقط اجماع است و حکم خاصی است که نباید با حق حبس در معاملات مقایسه گردد؛^{۶۵} ثانیاً از ناحیه‌ی فقهای امامیه مسئله‌ی عدم حق حبس برای طرفین یا انحصار آن برای زن طرح شده است.^{۶۶} حقوق‌دانان نیز حق حبس را در نکاح قاعده‌ای استثنایی دانسته‌اند که نباید به موارد مشکوک گسترش داد و معتقدند که از ماده‌ی ۱۰۵۸ قانون مدنی نیز همین انحصار استنباط می‌گردد؛^{۶۷} حتی برخی مفاد ماده‌ی ۱۰۸۵ قانون مدنی را با توجه به خصوصیات نکاح حق حبس نمی‌دانند.^{۶۸} نظر به این‌که داورى در این مطلب نیازمند مباحث طولانی است، از طرح آن در این بحث خودداری می‌گردد. با توجه به این‌که یکی دیگر از موارد انحلال نکاح طلاق است، اینک به بررسی موضوع در طلاق می‌پردازیم:





۳- طلاق

۳-۱- معنای لغوی و اصطلاحی طلاق

طلاق کلمه‌ای عربی و مصدر است که ابتدا به زن نسبت داده می‌شود و برای منسوب کردن آن به مرد باید از کلمه‌ی «من» (حرف جر) استفاده کرد. طلاق به معنای جدا شدن زن از مرد است و اسم فاعل آن یعنی «طالق» بدون نیاز به تائید در مورد زن استعمال می‌شود؛ ماده‌ی «طلق» در باب افعال و تفعیل به مرد در نقش فاعلی و به زن در نقش مفعولی نسبت داده می‌شود.^{۶۹}

صاحب جواهر طلاق را در لغت به معنای گشودن گره و رها کردن آورده؛ ولی معنای اصطلاحی آن را چنین تعریف می‌کند: «...ازاله قید النکاح بصیغه مخصوصه»؛ شهید ثانی نیز طلاق را چنین بیان می‌کند: «ازاله قید النکاح بغير عوض بصیغه طالق».^{۷۰} قید «صیغه‌ی مخصوص» در تعریف بالا به این جهت است که تعریف فسخ نکاح را از تعریف طلاق خارج کند. هم‌چنین گاهی که قید «بغير عوض» آمده، می‌خواهند بدین وسیله خلع و مبارات را از طلاق مطلق متمایز و جدا نمایند.^{۷۱}

۳-۲- آثار طلاق

بررسی تأثیر حقوقی طلاق و تمایز آن با فسخ، نتیجه‌بخشی این مقاله را آسان‌تر می‌نماید. ابتدا باید روشن کنیم که آیا طلاق اثر قهقرایی دارد یا از لحظه‌ی طلاق مؤثر است؟^{۷۲} کاوه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
از مجموع نظریات فقها و حقوق‌دانان به دست می‌آید با توجه به این‌که طلاق، ایقاع مخصوص با صیغه‌ی خاصی است و یک ایقاع جدید است که اثرش انحلال عقد نکاح اولی است، اثر طلاق از حین طلاق است. این مطلب با بیان وضعیت مهریه و نفقه بیشتر آشکار خواهد شد.

۳-۲-۱- اثر طلاق بر مهریه

اگر طلاق بعد از وقوع مباشرت رخ دهد، زن مستحق کل مهریه است. چنان‌که طلاق پیش از نزدیکی باشد، زن مستحق نصف مهریه است و اگر تمام را دریافت کرده باشد، باید نصف آن را مسترد کند. حال در مورد چگونگی این استحقاق اختلاف نظر است:





الف) دیدگاه غیر مشهور: ابن جنید از فقهای امامیه، معتقد است که زوجه هم‌زمان با انجام عقد تنها مالک نصف مهر می‌شود و با نزدیکی یا عوامل دیگر تمامی آن را مالک می‌شود.^{۷۲}

ب) دیدگاه مشهور: بدین بیان که زوجه هم‌زمان با انجام عقد، مالک تمامی مهر می‌شود؛ اما با تحقق مباشرت - حتی اگر طلاق صورت گیرد - کل مهر در ملکیت او مستقر است.^{۷۳} قانون مدنی نیز از نظریه‌ی مشهور تبعیت کرده است.

در تحلیل موضوع با بررسی نظریات فقها و حقوق‌دانان و هم‌چنین با توجه به ماهیت عقد نکاح می‌توان گفت که طلاق در نوع خود ایقاعی است که پیش از نزدیکی، مملک نصف مهر به زوج است.^{۷۴} اگر مهریه در موقع طلاق دین زوج باشد، با وقوع طلاق، زوج را مالک مافی‌الذمه‌ی خود نسبت به نصف مهریه می‌کند و چنان‌چه عین باشد، با وقوع طلاق حالت اشاعه بین زوجین پدید می‌آید. پس ایقاعی است که موجب اشاعه می‌شود.^{۷۵} و طلاق موجب جدیدی است برای مالکیت زوج نسبت به نصف مهر.^{۷۶}

۲-۲-۳- وضعیت منافع مهریه پس از طلاق

پیش از این در مبحث فسخ مطرح کردیم که برای جمع بین اصل و قاعده‌ی کلی و برگشت عوضین، منافع منفصل و متصل در برگشت با یکدیگر تفاوت دارند؛ اما نکته‌ی بسیار مهم در طلاق این است که منافع متصل و منفصل مهریه تا زمان طلاق از آن زوجه است؛ بدین صورت که وقتی طلاق قبل از نزدیکی رخ می‌دهد، نصف مهریه از مالکیت زوجه خارج می‌شود و زوجه مالک منافع متصله‌ی «نصف مهریه» است که مسترد می‌شود و مخیر است که با همان وضعیت حین طلاق تنصیف کند یا افزایشی را که در مهریه ایجاد شده، به نفع خویش محاسبه نماید؛ یعنی با همان وضعیت حین نکاح تنصیف کند. این مطلب در کتاب‌های فقهی از جمله *جامع‌الشتات*^{۷۷} و *جواهر الکلام*^{۷۸} آمده و پشتوانه‌ی این نظر را آیه‌ی ۲۲۷ سوره‌ی بقره و روایت خاص^{۷۹} دانسته‌اند. در مقابل نظریه‌ی مشهور، صاحب جواهر از شیخ طوسی دیدگاهی را نقل نموده که ایشان زوجه را مالک نصف مهریه با همان وضعیت



زمان طلاق می‌داند؛ بدین معنا که شیخ طوسی زوجه را مالک منافع متصله نمی‌داند؛ لذا باید منافع متصل نیز تنصیف شود. هم‌چنین شماری از حقوق‌دانان نیز متذکر این مطلب شده‌اند.^{۸۰}

برخی شارحان قانون مدنی ضمن بیان دو دیدگاه فوق نظریه‌ی شیخ طوسی را با توجه به وحدت ملاک ماده‌ی ۲۸۷ قانون مدنی قوی‌تر دانسته و قاعده‌ی مجرا در اقاله و فسخ عقود دیگر را در طلاق نیز جاری دانسته‌اند؛^{۸۱} در حالی که به نظر می‌رسد با توجه به تفاوت فسخ و طلاق و با عنایت به معاوضی نبودن نکاح نمی‌توان از این وحدت ملاک استفاده نمود. به همین دلیل برخی دیگر قیاس طلاق پیش از نزدیکی و اقاله را غیر صحیح می‌دانند؛ اما به این دلیل که حکم اقاله را در مورد تملک قهری شوهر نسبت به نصف مشاع از مهر نمی‌توان اجرا کرد.^{۸۲} متأسفانه قانون مدنی از کنار موضوع مهم منافع مهریه به سادگی گذشته و به بیان تنصیف اصل مهریه اکتفا کرده است و ماده‌ی ۱۰۹۲ قانون مدنی چنین مقرر می‌دارد: «هر گاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر پیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند.» با توجه به عبارات قانون مدنی اگر این دیدگاه را قائل شویم که زوجه مالک منافع متصل و منفصل می‌باشد، خلاف قانون عمل نکرده‌ایم.

۳-۲-۳- وضعیت نفقه در حین طلاق

در این موضوع که زوجه مستحق نفقه تا حین طلاق است، همه اتفاق نظر داشته و در بین فقها و حقوق‌دانان نظر مخالف وجود ندارد و اگر زوج نفقه را پرداخت نکرده باشد و طلاق رخ دهد، ضامن است؛ ولی آنچه اختلافی است، رابطه‌ی عقد نکاح، نفقه و تمکین است. برخی صاحب‌نظران معتقدند پرداخت نفقه همانند مهریه همراه عقد بر مرد واجب می‌گردد^{۸۳} و مهریه و نفقه را عوض عقد قرار نمی‌دهند؛ از مسایل طرح شده در این باب در کتابهای فقهی مانند تعلق نفقه به زوجه‌ی صغیره وقتی زوج کبیر است و استحقاق نفقه در ایام عده،^{۸۴} مشخص می‌گردد که هر چند تمکینی صورت نگرفته اما استحقاق نفقه برقرار است؛ از این رو اینک اعتقاد به غیر معاوضی بودن آسان‌تر





می‌شود. این استنباط این گونه مورد تأیید قرار گرفته است که نمی‌توان هم‌خوابی با شوهر را به منزله‌ی کالای مادی شمرد که در برابر التزام به انفاق از سوی شوهر قرار دارد و تمکین و عقد را دو طرف عقد معاوضی دانست. این تحلیل با احکام قانونی نیز سازگار به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگر تمکین با التزام به انفاق رابطه‌ی دوعوض باشد، زن هم بایستی بتواند در صورت ترک انفاق از سوی شوهر از تمکین خودداری کند؛ درحالی که این اختیار به او داده نشده است.^{۸۵}

۳-۲-۴- اثر طلاق بر شرط ضمن عقد نکاح

از جمع‌بندی مطالبی که تاکنون در مبحث فسخ نکاح گفته شد و آنچه در افتراق طلاق و فسخ بیان گردید، قاطعانه می‌توان به این قضاوت رسید که عمل حقوقی طلاق نمی‌تواند موجب برگشت منافع متصل مهریه به زوج باشد؛ بدین معنا که از وضعیت عقود معاوضی برخوردار نیست و تأثیری در بازگشت عوض شرط انجام شده به مشروط علیه ندارد.

۳-۲-۵- قابلیت پایداری مستقل شرط پس از انحلال نکاح

این پرسش که آیا پس از طلاق یا فسخ نکاح می‌توان مشروط علیه را به انجام شرط الزام کرد، یکی دیگر از سؤالات اصلی این نوشتار است که برای پاسخ به آن باید ابتدا نگاهی اجمالی به کیفیت رابطه‌ی شرط و عقد بیندازیم و پس از آن نظریه‌ی صاحب‌نظران را درباره‌ی مسئولیت ناشی از شرط بیان کنیم. از آن‌جا که از گذشته‌ی دور تاکنون در این زمینه نظریه‌پردازی شده و با دیدگاه کلاسیک و معاصر سعی در حل این مشکل گردیده، اینک فهرست‌وار به بیان آن می‌پردازیم و سپس برای منظور خود بهره‌برداری می‌کنیم.^{۸۶}

۳-۲-۵-۱- کیفیت رابطه‌ی شرط و عقد

۱. شرط جزئی از مورد معامله است و در مقابل بخشی از عوض قرار

می‌گیرد؛^{۸۷}

۲. شرط، انشا را مقید می‌کند؛^{۸۸}

۳. شرط قید تراضی است؛^{۸۹}





۴. عقد معلق بر شرط است؛^{۹۰}
۵. شرط قید مورد معامله است، بدون این که در مقابل جزئی از عوض قرار گیرد؛^{۹۱}

۶. پیوند شرط با معنای محصولی عقد است؛^{۹۲}
۷. شرط قراری مستقل در ضمن قرار اصلی است که از آن با عنوان نظریه‌ی ظرفیت یاد می‌شود؛^{۹۳}
۸. استقلال شرط از عقد.^{۹۴}

در جمع‌بندی نظریات می‌توان آنان را در دو بخش کلی قرار داد؛ گروهی معتقد به وابستگی شرط و عقد بوده و دیدگاه دیگری (دو نظریه‌ی اخیر) که برای شرط استقلال قائل هستند؛ از کلام این دسته از فقها- که رگه‌هایی از استقلال در آن یافت می‌شود- تا اندازه‌ای می‌توان بقای شرط پس از انحلال عقد را استنباط کرد.

۳-۲-۵- مسئولیت ناشی از شرط^{۹۵}

پاسخ این پرسش که شرط چه نوع مسئولیتی به بار می‌آورد، می‌تواند یاری‌بخش ما در بخش نتیجه‌گیری باشد. در این باره نظریات زیر از سوی فقیهان امامی بیان شده است:

۱. وفای به شرط یک حکم تکلیفی محض است؛
۲. شرط تنها موجب حق فسخ برای مشروط له است؛^{۹۶}
۳. شرط فراهم آورنده‌ی حکم تکلیفی و حکم وضعی (حق مطالبه) است؛^{۹۷}

۴. شرط موجب یک نوع حق مالی نمی‌است و برای صاحب آن حتی گاهی حق دینی به وجود می‌آورد؛^{۹۸}
اینک اگر از میان نظرات چهارگانه فوق نظریه‌ی اخیر را در شرط مالی بپذیریم، شرط موجب ضمان است و مالیت دارد.

در مبحث «تأثیر فسخ در شروط ضمن عقد» بیان کردیم که یکی از مبانی ماده‌ی ۲۴۶ و برگشت شروط انجام شده، این نظریه بود که شرط جزو یکی از دو عوض است؛ اما اینک با وجود دیدگاه‌های فوق در باب ارتباط شرط





و عقد و تأثیر فسخ از حین آن به نظر می‌رسد بتوان این ادعا را محکم کرد که انحلال نکاح به ویژه طلاق بر شروط تحقق یافته مؤثر نیست و همچنین با پذیرفتن نظریه‌ی ضمان‌آور بودن شرط، ارزش‌گذاری و تقویم آن پس از انحلال عقد قابل تصور است.

نتیجه‌گیری

۱- هدف از این مقاله طرح فرضیه‌های کیفیت ارتباط شرط و عقد و ارزیابی آن‌ها به منظور یافتن جامع‌ترین نظریه نیست؛ بلکه بیشتر در پی آن است که از زاویه‌ی جدیدی به شروط ضمن عقد نکاح بنگرد. از این رو در حوزه‌ی تحلیلی فرضیه‌ها وارد نشدیم؛ اما واقعیت آن است که هر کدام نمایانگر وجهی از حقیقت هستند. بدین بیان که شرط صفت با قید مورد معامله بودن سازگارتر است؛ اگر شرط جزو عوضین باشد، شروطی که ارزش مالی دارند، قابل توجیه است و شروط فعل نیز با بیان استقلالی قابل جمع است.

پیچیدگی این مهم در مرحله‌ی نظری گریبان‌گیر همه‌ی صاحب‌نظران بوده و علی‌رغم ظاهر سهل و آسان در عمل نیز مشکلاتی بر جا گذاشته است. تصور می‌شود صرف نظر از مجادلات نظری بازشناسی شرط توسط دادرس نقش مهمی در تشخیص رابطه‌ی شرط در هر عقدی دارد؛ زیرا شرط در همه‌ی عقود جایگاه یکسانی ندارد؛ به طور مثال وقتی شخصی ماشینی را به دیگری به مبلغ دو میلیون تومان - به شرطی که لوازم متعلق به فروشنده را تا مرز حمل کند - می‌فروشد، به طور مسلم وجود این شرط در کنار ثمن قرار گرفته و جزئی از مورد معامله است. همچنین هنگامی که زنی تن به ازدواج مردی می‌دهد، به شرطی که پدر پیرش را درمان کند، به طور یقین اگر پس از مدتی عقد نکاح منحل شود، دریافت عوض درمان از سوی زوجه یا استنکاف زوج از درمان به استناد انحلال نکاح، غیر عادلانه و خلاف اراده‌ی طرفین است. در این راستا تمسک جستن به عرف به عنوان ملاک نوعی و اراده‌ی مشترک به عنوان ضابطه‌ی شخصی می‌تواند در تشخیص جایگاه شرط کمک مؤثری کند؛ به ویژه وجود برخی شروط مالی در عقد ازدواج بر عهده‌ی زوج، به طور معمول ضمیمه‌ی مهریه شناخته می‌شود؛ وقتی مهریه‌ی خانمی ده سکه‌ی طلاست و



ضمناً شرط می‌کند که زوج خانه‌اش را به تملیک او درآورد، ضمیمه بودن به مهریه قوی به نظر می‌رسد.^{۹۹}

۲- در لابه‌لای مباحث بیان کردیم که قانون‌گذار در مورد وضعیت حقوقی منافع مهریه پس از طلاق ساکت است. این سکوت و ابهام با دقت در دو مسئله برطرف می‌گردد؛ یکی تشابه بین حکم فسخ و طلاق از دیدگاه حقوق‌دانان و دیگری مسئله‌ی عقد معاوضی دانستن نکاح و عدم آن؛ بنابراین به نظر می‌رسد عدم ذکر وضعیت حقوقی منافع مهریه پس از فسخ از سوی فقها و قانون‌گذار به علت قیاس نمائات مهریه با نمائات عوضین بوده است؛ اما همان‌طور که بیان شد، نظریه‌ی عوض نبودن مهریه در بین فقها و حقوق‌دانان، طرفداران بی‌شماری دارد و با توجه به عدم تأثیر قهقرایی فسخ بی‌گمان می‌توان این نظریه را تقویت کرد که مهریه تأسیس خاصی جدای از عوضین است و در این باره از قواعد عمومی فسخ عقود معاوضی خارج است و نمائات مهریه چه متصل و چه منفصل تا حین انحلال متعلق به زوج است. از این رو چه بسا لازم باشد قانون‌گذار همان‌گونه که هنگام طلاق مقرر کرده که حقوق مالی زوج بررسی شود و تبصره‌ی ۲ ماده واحده‌ی طلاق ضامن اجرای آن است، در دادخواست تأیید فسخ نکاح نیز حقوق مالی او از جمله نفقه‌ی گذشته و منافع مهریه بررسی و در رأی دادگاه ملحوظ و بدون تأدیه‌ی حقوق مالی زن فسخ نکاح ثبت رسمی نگردد.

پی‌نوشت‌ها:

۱. حسن مصطفوی، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، انتشارات سروش، ج ۲، ص ۲۹۴.
۲. علی اکبر دهخدا، *لغت‌نامه*، تهران، مؤسسه دهخدا، ذیل انحلال؛ عبدالرحیم بن عبدالکریم صفی‌پور، *منتهی الارب فی لغه العرب*، انتشارات کتابخانه سنایی، ج ۱ و ۲، ص ۲۷۱.
۳. محمد بن مکرم ابن منظور، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۳۶۳، ج ۱۱، ص ۱۶۹؛ لویس معلوف، *المنجد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۲، ج اول، ۲ جلدی، ص ۱۴۶؛ سعید الخوری الشرتونی اللبانی، *اقرب الموارد فی فصیح العربیه*، ج ۱، ص ۲۲۵.





۴. سید محمد حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ ق، ج ۲، ص ۱۲۷.
۵. میرفتاح بن علی حسینی مراغی، عناوین الاموال، تیریز، بی‌نا، ۱۳۷۴ ق، چ سنگی، ص ۱۸۳؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، مشعل آزادی، ۱۳۵۷، چ اول، ج ۱، ص ۲۳۵.
۶. محی‌الدین طریحی، مجمع البحرین، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۷، ج ۱، ذیل فسخ.
۷. ابی عبدالرحمن بن احمد فراهیدی، کتاب العین، قم، مؤسسه دارالهجره، ۷ جلدی، ۱۴۰۵ ق، چ اول، ج ۴، ص ۲۰۲.
۸. جلال‌الدین عبدالرحمن ابی‌بکر سیوطی، الاشباه و النظائر فی القواعد و فروع فقه الشافعیه، مکه، مطبعه الترقی، ۱۳۳۱ ق، ص ۲۸۷.
۹. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه بر مکاسب، قم، اسماعیلیان، یک جلدی، ۱۳۷۸ ق، چ سنگی، ص ۱۵۳؛ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات بهنشر، چ اول، ج ۵، ص ۲.
۱۰. مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۸، چ اول، ص ۱۱۹.
۱۱. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ویرایش دوم، ۱۳۸۲، چ دهم، ج ۲، ص ۱۶.
۱۲. علامه حلی، تذکره الفقهاء، تهران، مکتبه المرتضویه، بی‌تا، چ سنگی، ج ۱، ص ۴۷۴.
۱۳. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م، ج ۲۷، ص ۳۲۰؛ سید مصطفی محقق داماد، اخذ به شفعه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۹۷.
۱۴. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ویرایش دوم، ۱۳۸۲، چ دهم، ج ۲، ص ۲۷۸.
۱۵. الفسخ بالخیار من حیثه لا من اصله (شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، قم، المطبعه الشریعه، ۱۴۲۴ ق، ج ۲، ص ۲۱۸).
۱۶. همان، ص ۱۲۳.



۱۷. موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب، تقریرات درس میرزای نایینی، دو جلدی، ۱۳۷۳ ق، چ سنگی، ج ۲، ص ۷۸.

۱۸. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، ملحقات العروه الوثقی، قم، مکتبه الداوری، ج ۵، ص ۴۱، ۴۲ و ۲۸۳.

۱۹. ابن حجر عسقلانی، الفتاوی الکبری، مصر، ۱۳۵۷ ق، ج ۲، ص ۱۴۱.

۲۰. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، چ نهم، ص ۳۵؛ سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ویرایش دوم، ج ۲، ص ۲۸۴.

۲۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، تهران، چاپخانه حیدری، ۲۵۳۵، ش ۱۸۴؛ حسن امامی، حقوق مدنی، تهران، انتشارات علمیه الاسلامیه، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۵۱۳؛ سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ویرایش دوم، ص ۲۷۸؛ همو، اخذ به شفعه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۱ ش، ص ۹۷.

۲۲. مادهی ۴۵۹: ... از حین فسخ، مبیع مال بایع خواهد شد؛ ولی نمائات و منافع حاصله، از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است.

۲۳. مادهی ۴۵۴: هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد بیع فسخ شود اجاره باطل نمی‌شود....

۲۴. مادهی ۴۵۵: اگر پس از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را متعلق حق غیر قرار دهد، مثل این‌که نزد کسی رهن گذارد، فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد....

۲۵. مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، تهران، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، یک جلدی، ۱۳۶۸، چ اول، ص ۱۲۲.

26. Art. 1183: A resolutive condition is one which, when it is accomplished, works the revocation of the obligation and which returns matters to the same state as if the obligation had never existed.





It does not suspend execution of the obligation; it only obliges the creditor to restore what he has received, in the case where the event envisaged by the condition happens.

Art. 1184: A resolutive condition is always understood in synallagmatic contracts for the case where one of the two parties does not satisfy his engagement.

In such case, the contract is not rescinded as a matter of law. The party toward whom the engagement has not been executed has the choice either to force the other to execution of the engagement when it is possible or to ask the rescission of it with damages.

Rescission must be requested at law, and the defendant may be granted a delay according to the circumstances.

۲۷. سید حسین صفایی و اسدالله امامی، حقوق بیع بین‌المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.، ص ۶۱۴.

۲۸. ماده‌ی ۸۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا: (۱) چنانچه بایع ملزم به رد ثمن باشد مکلف است بهره آن را از تاریخ تأدیه ثمن بپردازد. (۲) در موارد زیر، مشتری مکلف است منافع حاصله از تمام یا قسمتی از کالا را تحویل بایع نماید: ...

۲۹. ماده‌ی ۱۱۴: (۱) وقتی تعهد اصلی از طریق پرداخت یا هر طریق دیگر ساقط شود، تضمینات و وثائق و سایر حقوق وابسته به آن نیز ساقط می‌شود. (۲) منافی که قبلاً به طلب تعلق گرفته‌اند نیز قابل مطالبه نیستند؛ مگر این‌که این حق حفظ گردیده یا از مقتضیات نتیجه شود (جواد واحدی، ترجمه قانون تعهدات سوئیس، ۱۳۷۸).

۳۰. ماده‌ی ۱۶۰ قانون مدنی جدید: «اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى حاله التي كانا عليها قبل العقد» (عبدالرزاق سنهوری، الوسيط فی شرح القانون المدنی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۷۰م، ج ۱، ص ۷۰۸).

۳۱. همان، ص ۷۱۲؛ همو، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۰۱.





۳۲. صبجی محمصانی، النظریه العامه للموجبات و العقود فی الشریعه الاسلامیه، بیروت، انتشارات دارالعم للملایین، ۱۹۷۲م، ج دوم، ج ۱، ص ۴۸۶.
۳۳. سید حسین صفایی و اسدالله امامی، حقوق بیع بین المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش، ص ۴۲۳؛ عبدالحسین شیروی، انحلال عقود (پایان نامه-ی کارشناسی ارشد)، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده‌ی علوم انسانی، ۱۳۶۹-۱۳۷۰، ص ۳۲.
۳۴. سید مصطفی محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، ص ۱۷۲-۱۷۳.
۳۵. همو، قواعد فقه، بخش مدنی، ویرایش دوم، ج ۱، ص ۱۸۱.
۳۶. همان، ص ۹۳ و ۲۲۵.
۳۷. همان، ص ۶۱.
۳۸. علامه حلی، مختلف الشیعه، تهران، مکتبه نینوی الحدیثه، بی تا، ج ۵، ص ۳۲۱؛ احمد بن محمد نراقی، عواید الایام، به کوشش ابوطالب نائینی، ۱۳۲۱ ق، ج ۱، سنگی، ص ۱۲۲؛ شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، چاپخانه علمیه، ده جلدی، بی تا، ج ۱، ص ۳۲۱.
۳۹. سید حسن امامی، حقوق مدنی، تهران، انتشارات علمیه الاسلامیه، ۱۳۶۶، ج ۱، ص ۲۹۵؛ سید علی حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی، تهران، چاپ اول، ۱۳۲۸.
۴۰. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ویرایش دوم، قاعده‌ی شروط.
۴۱. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م، ج ۲۱، ص ۱۲؛ سید حسن امامی، حقوق مدنی، تهران، انتشارات علمیه الاسلامیه، ۱۳۶۶، ج ۴، ص ۳۷۸.
۴۲. سید روح الله موسوی خمینی، تحریر الوسیله، تهران، مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ ق، ج ۲، ص ۲۹۸؛ سید مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵ ش، ص ۲۲۶.
۴۳. ماده‌ی ۱۰۸۷ قانون مدنی: «اگر در عقد نکاح دائم مهر ذکر نشود یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به





- تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آن‌ها نزدیکی واقع شود
زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود.»
۴۴. ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸ ش، ج. پنجم، ج ۱، ص ۱۳۸.
۴۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، تهران، چاپخانه حیدری، ۲۵۳۵ ش ۱۵۳.
۴۶. سید محمد رضا گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۶۴، مسئله‌ی ۴۶۰.
۴۷. سید ابوالقاسم خوئی، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۷۹؛ سبزواری، جامع الاحکام الشریعه، بی‌تا، بی‌نا، ص ۵۶۵.
۴۸. سید مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵ ش، ص ۲۳۱.
۴۹. ماده‌ی ۱۰۸۴ قانون مدنی: «هرگاه مهر عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب و یا تلف شود، شوهر ضامن عین و تلف است.»
۵۰. سید مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۲۴۱.
۵۱. شیخ طوسی، المبسوط، تهران، انتشارات مرتضوی، هشت جلدی، ۱۳۸۷ ق، ج دوم، ج ۴، ۲۷۶؛ همو، الخلاف، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۳۷۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، قم، دارالهدی للطباعة و النشر، بی‌تا، ج ۸، ص ۱۸۷.
۵۲. محیی‌الدین بن شرف نووی، المجموع فی شرح المذهب، بیروت، دار الفکر، بی‌تا، ج ۱۶، ص ۳۴۳؛ عبدالله بن احمد ابن قدامه، مغنی المحتاج، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳، ص ۲۲۱-۲۲۲.
۵۳. ان کل عین يجب تسليمها الى مالکها، فاذا تلف و لم يسقط سبب الاستحقاق لمالکها وجب الرجوع الى بدلها، كالغصب و العاریه عند من ضمنها. (شیخ طوسی، الخلاف، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۳۷۱)
۵۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده، تهران، چاپخانه حیدری، ۲۵۳۵ ش ۱۸۲.





۷۰. محمد حسن نجفی، همان، ج ۲۲، ص ۲؛ شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه*، قم، چاپخانه علمیه، ده جلدی، بی تا، ج ۶، ص ۱۱.
۷۱. سید مصطفی محقق داماد، *حقوق خانواده*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵، ص ۳۸۰.
۷۲. سید محمد صادق روحانی، همان، ج ۲۲، ص ۹۲-۹۳؛ محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۱، ص ۱۰۸.
۷۳. محمد حسن نجفی، همان؛ شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه*، قم، چاپخانه علمیه، ده جلدی، بی تا، ج ۵، ص ۳۵۲.
۷۴. با توجه به این که ایقاع عمل حقوقی یک جانبه‌ای است، مملک بودن آن مورد بحث است؛ زیرا با سلطه و ولایتی که افراد بر اموال خویش دارند منافات دارد؛ البته شماری از حقوق دانان، ایقاع تملیکی را در مواردی که فرد به طور رایگان ملکی را بر دارایی دیگری بیفزاید (یعنی جنبه‌ی احسان و هبه داشته باشد) مخالف قاعده دانسته و چنین ایقاعی را نافذ می‌دانند؛ اما ایقاعی که موجب تملک حق دیگری شود؛ مانند مورد بحث ما که زوج با عمل طلاق، نصف مهر را از دارایی زوج خارج و به تملک خود درآورده؛ می‌بایست همانند شفعه که به عنوان یک استثناء مطرح شده، چهره استثنایی به خود گیرد. این درحالی است که حقوق دانان، از جمله دکتر کاتوزیان که در باره‌ی ایقاع بحث‌های فراوانی کرده‌اند، تنها از شفعه در این خصوص نام برده‌اند (ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی*، ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، چ نهم، ص ۶۳).
۷۵. همان، ص ۲۷۳، ۲۷۱، ش ۱۶۷ و ۱۶۹.
۷۶. سید مصطفی محقق داماد، *حقوق خانواده*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵، ص ۲۶۰.
۷۷. میرزا ابوالقاسم قمی، *جامع الشتات*، تهران، چاپ سنگی، ۱۲۸۷ ق، ص ۴۲۹.
۷۸. محمد حسن نجفی، همان، ج ۳۱، ص ۸۶-۸۷.
۷۹. حر عاملی، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا، ج ۲، ابواب المهور، ح ۳.
۸۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی، *حقوق خانواده*، تهران، چاپخانه حیدری، ۲۵۳۵، ش ۱۴۹.





۸۱ سید حسن امامی، حقوق مدنی، تهران، انتشارات علمیه اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۴، ص ۴۰۱.

۸۲ ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸ ش، چ پنجم، ج ۱، ص ۱۷۱.

۸۳ سید محمد صادق روحانی، همان، ج ۲۳، ص ۳۲۲.

۸۴ سید مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵ ش، ص ۲۹۹.

۸۵ ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸ ش، چ پنجم، ج ۱، ص ۱۸۴.

۸۶ سید مصطفی محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ص ۱۶۲-۱۷۱.

۸۷ شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۱، ص ۳۳۱؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۳۲۱.

۸۸ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ق، چ سنگی، یک جلدی، ص ۱۳۷.

۸۹ علامه حلی، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۳۲۱؛ محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۴۳۱.

۹۰ سید ابوالقاسم خوئی، مبانی العروه الوثقی، قم، لطفی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۹۶.

۹۱ شیخ مرتضی انصاری، المکاسب، قم، المطبعة الشریعه، ۱۴۲۴ ق، ج ۳، ص ۳۱؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی شرط صفت و شرط نتیجه را قید مورد معامله و شرط فعل را تعهد تبعی می داند (قانون مدنی محشی، تهران، گنج دانش، چ اول، ۱۳۷۹ ش، ص ۷۸۳-۷۸۵).

۹۲ سید مصطفی محقق داماد و همکاران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ص ۱۷۱.

۹۳ سید روح الله موسوی خمینی، کتاب البیع، قم، مکتبه مهر، بی تا، ج ۱، ص ۸۸-





۹۴. این نظریه از بقای شرط داوری استنباط شده است. بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل، در صورتی که اصل وجود قرارداد مشروط منحل گردد، صلاحیت داور محفوظ است. ماده‌ی ۲۱ قانون نمونه آنسیترال (کمیسیون سازمان ملل برای حقوق تجارت بین‌المللی) که ماده‌ی ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز که از همین قانون اقتباس شده چنین مقرر می‌دارد: «شرط داوری که صورت جزئی از یک قرارداد باشد از نظر اجرای این قانون به عنوان موافقت نامه‌ای مستقل تلقی می‌شود...».

۹۵. برای اطلاع بیشتر از شرح تفصیلی این مطلب ر.ک: سید مصطفی محقق داماد، مقاله‌ی مفاد شرط فعل مالی ضمن عقد، مجله دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، یادنامه‌ی دکتر شهیدی.

۹۶. شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم، چاپخانه علمیه، ده جلدی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۰۶.

۹۷. سید روح‌الله موسوی خمینی، *کتاب البیع*، قم، مکتبه مهر، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۱۹ و ۲۲۱.

۹۸. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، *ملحقات العروه الوثقی*، قم، مکتبه الداوری، ج ۵، ص ۱۱۶.

۹۹. استفتاء آیت‌الله منتظری حاوی این استنباط است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی





ژړوېشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی