

## وضعیت حقوقی عقد نکاح از حیت بقا\*

حسن محمدی رمقانی<sup>۱</sup>

دکتر محمد روشن<sup>۲</sup>

چکیده

عقد نکاح، طبق ماده ۱۳۳۳ قانون مدنی در هر زمانی و بدون هیچ دلیلی توسط مرد با عمل حقوقی طلاق قابل انحلال است، و مرد می‌تواند، با تشریفات خاصی زن خود را طلاق دهد، بدون اینکه برای این کار نیاز به دلیلی داشته باشد، در صورتی که در موارد خاصی قابل فسخ می‌باشد، یعنی چه مرد و چه زن، فقط در موارد خاص و احصاء شده در قانون می‌توانند، درخواست فسخ نکاح نمایند، لذا از این جهت که عقد نکاح بدون دلیل از طرف، طرفین قابل فسخ نیست یا به عبارتی اصولاً قابل فسخ نیست، شبیه عقد لازم می‌باشد، ولی از این جهت که مرد در هر زمانی می‌تواند بدون دلیل هر چند از طریق عمل حقوقی دیگری غیر از فسخ، یعنی طلاق، عقد نکاح را به هم بزند، ولی زن فقط در موارد خاصی می‌تواند درخواست طلاق نماید، شبیه عقود هست که نسبت به یک نفر لازم و نسبت به طرف دیگر جایز می‌باشد، که با توجه به اینکه برای لازم یا جایز دانستن یک عقد مهم امکان انحلال بدون دلیل آن با هر عمل حقوقی می‌باشد، طبق ظاهر قانون مدنی این عقد نسبت به مرد جایز و نسبت به زن لازم می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: انحلال نکاح، عقد لازم، عقود جایز، اصل لزوم.

\* تاریخ دریافت : تاریخ پذیرش:

۱- دانشجوی مقطع دکتری موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه [hs.mohamadi@yahoo.com](mailto:hs.mohamadi@yahoo.com)

۲- دانشیار پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

عقود تقسیم بندی های مختلفی دارند، که هر تقسیم مبنایی دارد، یکی از این تقسیم بندی ها تقسیم عقد از حیث بقا یا دوام می باشد، عقد از حیث بقا تقسیم به لازم و جایز می گردد. در قانون مدنی در برخی موارد، مثل عقد بیع در ماده ۴۵۷ و در عقد صلح در ماده ۷۶۰ صراحتاً ذکر شده که این عقود لازم هستند، و در برخی موارد، از جمله مواد ۶۳۸ و ۶۱۱، به ترتیب صراحتاً ذکر شده که عقد عاریه و ودیعه جایز است، در برخی عقود نیز بیان شده نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز می باشد، مثل عقد رهن در که در ماده ۷۸۷ به این امر اشاره کرده است و در برخی موارد هم قانون ساکت است، و ذکر نشده که عقد لازم است یا جایز... که در مورد اخیر، هم مشهور فقها و در هم بیشتر حقوقدانان به استناد مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی اصل بر لزوم معاملات می دانند. از جمله مثال مورد اخیر که قانونگذار به لازم و یا جایز بودن آن اشاره نکرده است، عقد نکاح می باشد، که در واقع همه حقوقدانان اصل بر لزوم عقد نکاح می دانند. که آنچه با طبیعت این عقد سازگار است، نیز لزوم می باشد، اما با توجه به مبنای تقسیم عقد به لازم و جایز که بر اساس میزان دوام و بقای عقد می باشد، و در واقع با توجه امکان یا عدم امکان بر هم زدن عقد، با اراده یکی از طرفین عقد، بدون دلیل، عقد را به لازم و جایز تقسیم می کنند، اینکه عقد نکاح را نسبت به هر دو طرف لازم بدانیم، جای تامل است، لذا سوالی که پیش می آید این است، که وضعیت حقوقی عقد نکاح از حیث بقا چگونه است، آیا واقعا باید این عقد را لازم بدانیم یا جایز، برای رسیدن به یک پاسخ صحیح می بایست، موارد انحلال ارادی عقد نکاح بررسی گردد، که با توجه به تعریف عقد لازم و جایز، و مبنای این تقسیم بندی و موارد انحلال عقود مخصوصاً عقد نکاح، فرضی که به نظر می رسد، این است که عقد نکاح نسبت به مرد جایز و نسبت به زن لازم است، که برای رسیدن به این منظور، این مقاله در دو مبحث و هر مبحث در دو گفتار به این مهم می پردازد.

## مبحث اول: تقسیم بندی عقود از حیث بقا

عقود را از حیث درجه اجباری که طرفین، در حفظ پیمان خود دارند، یا به عبارت دیگر از حیث کیفیت بقا به لازم و جایز تقسیم می کنند، که در واقع هم در فقه و هم در قانون مدنی ما در صورت شک در لزوم یا جایز بودن عقد، اصالت به لزوم عقد داده اند، که در این مبحث به این موضوع پرداخته می شود.

## گفتار اول: عقود لازم و شرایط آن

## الف: تعریف

لزوم، در لغت به معنای بایستن، ضرورت داشتن، و پیوسته ماندن با کسی یا چیزی است، (دهخدا، ۱۳۳۸ ه.ش) معنای اصطلاحی این واژه از معنای لغوییش به دور نیست. در عنوان قاعده، منظور از لزوم عبارت است، از عدم جواز حل و گشودن عقد از سوی یکی از طرفین بدون رضای طرف دیگر است. یعنی طرفین عقد، حتما و باید به عقد و عهد خود پای بند باشند و بدون دلیل خارجی فسخ آن از جانب یکی از طرفین بدون رضایت طرف، دیگر هیچ تاثیری در انحلال عقد ندارد، لذا انحلال آن توسط یکی از طرفین بدون رضایت طرف دیگر امکان پذیر نمی‌باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ه.ق)

در قانون مدنی نیز عقد لازم طبق ماده ۱۸۵ قانون مدنی، عقدی است، که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد، مگر در موارد مشخص شده در قانون. پس عقد لازم عقدی است، که اصولا قابل فسخ نیست، و هیچ یک از طرفین نمی‌توانند، آن را فسخ کنند. به طور کلی نیز پای بندی به پیمان تکلیفی اخلاقی است، و کسی که عهد و تعهد خود را بشکنند، تقریبا تمامی قوانین اجتماعی و الهی او را نکوهش می‌کنند. لذا در فقه و قانون مدنی فسخ عقد یک امر استثنایی، و خلاف اصل است (امامی، ه.ش ۱۳۷۵)، و طبق ماده ۲۱۹ و ۱۰ قانون مدنی نیز اصل بر لزوم قرارداد هاست، پس هر قرارداد جز آنچه قانونگذار به جواز آن تصریح کرده است، لازم است، و طرفین عقد نمی‌توانند به دلخواه خود آن را بر هم زنند. پس به طور کلی می‌توان گفت، عقود که بر طبق قانون واقع می‌شود، یعنی دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد، بین متعاملین لازم الاتباع است. و هرگونه تعهدی نیز که به وسیله آن عقد نموده اند، لازم می‌باشد و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند آن را برهم زند و آثار الزامی آن را ملغی نماید (امامی، ۱۳۷۵ه.ش) مگر در موارد معینه، که اصل مزبور را فقها ((اصاله الزوم)) نامیده اند. و فقها، مراد از اصل در قاعده (( اصاله الزوم)) سه وجه را محتمل دانسته اند:

- ۱- قاعده اولیه که مستفاد از بنای عقلا در معاملات و معاهدات است.
- ۲- مقتضای ادله شرعیه، از قبیل (( اوفو بالعقود )) و (( احل الله البیع )) که بر لزوم کلیه عقود و معاهدات به جز آنچه از تحت عموم تخصیصا خارج است، دلالت دارد.
- ۳- استصحاب یعنی هرگاه عقد توسط یکی از طرفین فسخ گردد و آنگاه در بقا یا عدم بقای آن تردید پیش آید، مقتضای استصحاب، بقای اثر عقد است (بجنوردی، ۱۴۱۹ه.ق)

که البته اگر دلیل لزوم ادله نقلی و بنای عقلا باشد، لزوم، مفید حکم واقعی است، ولی در صورتی که دلیل لزوم استصحاب باشد، لزوم مفید حکم واقعی نیست، مشهور فقها لزوم را پذیرفته اند، اما در مستند آن اختلاف دارند. پس به طور کلی هر چند اختلاف نظر هایی هم وجود دارد، ولی در نظر بیشتر حقوقدانان و مشهور فقها اصل بر لزوم عقد است، و عقد لازم نیز عقدی است که، جز در موارد استثنایی که در بند دوم بررسی می‌گردد. نمی‌شود به هم زد و قابل انحلال نیست.

ب: موارد انحلال عقد لازم

هر عقدی ممکن است، یا از ابتدا ایجاد نگردد به دلیل اینکه یکی از شرایط صحت ندارد و... که در این صورت این عقد باطل است، مثل بچه ای که مرده به دنیا می‌آید، همچنین ممکن است عقد به طور صحیح منعقد گردد ولی بعد از مدتی به دلیلی از بین برود و منحل شود، مثل بچه ای که زنده متولد می‌گردد، ولی بعد از مدتی به دلیل بیماری و ... می‌میرد. لذا انحلال مربوط به عقد صحیح است، و در عقد باطل انحلال بی معنی است، چون در صورت یطلان عقدی منعقد نگردیده است، که منحل گردد. همان گونه که شخص ممکن است به دلایل مختلفی فوت کند، هر عقد صحیحی نیز ممکن است، به یکی از طرق ذیل منحل گردد:

۱- اولین سبب انحلال عقد فسخ است، و فسخ، بر هم زدن عقد است با یک اراده، لذا فسخ، عمل قوقی و ایقاع می باشد. (کانونزبان، ۱۳۸۱ ه.ش). البته فسخ عقد لازم فقط در مورد خیرات می باشد. که در قانون مدنی مواد ۳۹۶ به بعد به آن اشاره شده است.

۲- اقاله یا تفاسخ، دومین سبب انحلال عقد است، یعنی همان دو نفری که عقد را منعقد نموده اند، یه روزی توافق می کنند، که عقد را بر هم بزنند، پس توافق طرفین عقد بر، بر هم زدن عقد را اقاله یا تفاسخ می گویند. اقاله با دو اراده ایجاد می شود، لذا می توان گفت که خودش یک قرارداد است، اثر اقاله بر هم زدن عقد قبلی است، و مربوط به طرفین عقد قبلی است، در رابطه با اقاله چند تا نکته باید بیان گردد، اولاً اینکه اقاله مربوط به عقد است، ثانياً اقاله مربوط به عقود لازم است، عقود جایز هر کدام از طرفین هر وقت بخواهند می توانند، بر هم بزنند، لذا اقاله در عقود جایز موضوعاً منتفی است. ثالثاً: نظر بیشتر حقوقدانان بر این است، که بعضی از عقود لازم هم همیشه اقاله کرد، مثل نکاح و وقف و ضمان. (شهیدی، ۱۳۸۶) که

البته ضمان فقط ضمان نقل ذمه مد نظر هست و در مورد نکاح هم با پذیرش طلاق توافقی در قانون حمایت خانواده و تصویب قواعد خاص در مورد آن جای تامل است.

۳- سومین سبب انحلال عقد هم انفساخ می باشد، گاهی یک حادثه رخ می دهد، که قانون به سبب آن حادثه حکم به انحلال عقد می دهد، یعنی اراده در آن نیست، و کسی نمی خواهد عقد منحل شود، به این انحلال، انفساخ می گویند. البته در برخی موارد نیز طرفین توافق می کنند، که در صورت حدوث فلان واقع عقد منفسخ گردد، مثل اینکه بیان می دارند، که در صورتی که خریدار به شهر خود منتقل گردد، عقد اجاره منفسخ گردد.

از میان موارد انحلال عقد، اقاله مخصوص عقد لازم هست، همان طور که بیان گردید، فسخ و انفساخ هم در عقود لازم وجود دارد و هم جایز. البته در رابطه با فسخ عقد جایز، طبق ماده ۱۸۶ قانون مدنی هر یک از طرفین هر وقت بخواهند، می توانند فسخ نمایند، اما عقد لازم در مورد خیار و در موارد خاصی طبق ماده ۱۸۵ و ماده ۲۱۹ و ۳۹۶ به بعد قانون مدنی قابل فسخ هستند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱) در مورد انفساخ به حکم قانون، در عقد لازم نیز، طبق ماده ۳۸۷ قانون مدنی در مورد تلف مبیع قبل از قبض بدون تقصیر بایع که در این صورت، عقد خود بخود منفسخ می شود. و در مورد عقد جایز نیز طبق ماده ۹۵۴ در مواردی منفسخ می گردد که در گفتار بعد بررسی می شود.

گفتار دوم: عقد جایز و شرایط آن

بند اول: تعریف و شرایط عقد جایز

عقد جایز عقدی است، که طبق ماده ۱۸۶ هر کدام از طرفین هر وقت بخواهند می توانند فسخ کنند، پس عقد جایز اصولاً قابل فسخ است (شهیدی، ۱۳۸۶) جز در مواردی که جواز عقد به دلیلی با نظم عمومی ارتباط دارد، یا دو طرف عقد می توانند با شرایطی با توافق غیر قابل فسخ کنند، عقد جایز قابل فسخ می باشد.

مثلاً عقد جایز در مواردی همیشه غیر قابل فسخ کرد،

۱- در موردی که عقد جایز ضمن عقد لازم دیگری شرط شود: در این صورت، اثر عقد جایز در زمره تعهد های تبعی عقد لازم در می آید. و از آن کسب لزوم می کند. لذا با توجه به اینکه عقد جایز که به صورت

شرط ذکر شده است، تابع عقد لازم است، لذا تا زمانی که عقد لازم پا برجاست عقد جایز نیز که در ضمن آن آمده است، پابرجاست و عقد جایز به تبع عقد لازم، لازم می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵).

برخی از حقوقدانان عقد جایزی را که ضمن عقد لازمی شرط شده باشد، عقد جایز غیر قابل فسخ می‌نامند، که به نظر می‌رسد اصلاح صحیح تری باشد، چون با درج عقد جایز ضمن عقد لازم عقد جایز تبدیل به عقد لازم نمی‌گردد، بلکه صرفاً غیر قابل فسخ می‌گردد، و بر چنین عقدی دیگر آثار عقد جایز بار می‌گردد، لذا عقد جایز مندرج در عقد لازم، با فوت و جنون و در مواردی که رشد معتبر است با سغه یکی از طرفین منفسخ می‌گردد، بنابراین بر خلاف آنچه گاهی تصور می‌گردد، با درج عقد جایز ضمن عقد لازم، عقد جایز تبدیل به عقد لازم نمی‌شود و اثر انضمام عقد جایز به عقد لازم، صرفاً غیر قابل فسخ شدن آن به اراده مشروط علیه می‌باشد و آثار دیگر عقد جایز همچنان می‌ماند، همچنان که هیچ عقد لازمی با شرط اختیار تبدیل به عقد جایز نمی‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۶)

۲- در صورتی که طرفین حق فسخ عقد را ساقط کنند، که ساقط کردن حق فسخ عقد جایز لازم نیست، حتماً ضمن عقد لازم باشد، چون در حال حاضر، طبق ماده ۱۰ قانون مدنی و وسعتی که این ماده دارد، اراده طرفین چه ضمن عقد لازم باشد یا جایز و چه به صورت مستقل باشد، ایجاد الزام می‌کند و عقد را غیر قابل فسخ می‌کند. مثلاً ضمن عقد وکالت طرفین می‌توانند حق فسخ را ساقط کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶)

بند دوم: موارد انحلال عقد جایز

همان طور که بیان گردید، موارد انحلال عقد، فسخ، اقاله و انفساخ و... می‌باشد. که اقاله همان طور که بیان گردید، مخصوص عقد لازم می‌باشد، و در عقد جایز اقاله موضوعاً منتفی می‌باشد، چون با اعلام اراده یکی از طرفین مبنی بر، بر هم زدن عقد، عقد خود به خود منحل می‌گردد و نوبت به ضمیمه شدن اراده طرف دیگر نمی‌رسد، چون عقد جایز اصولاً قابل فسخ می‌باشد، و هر کدام از طرفین هر وقت بخواهند، می‌توانند عقد را فسخ نمایند. و در رابطه با انفساخ به حکم قانون نیز همان طور که در ماده ۹۵۴ قانون مدنی بیان گردیده است، که عقد جایز با فوت، جنون و سغه در مواردی که رشد معتبر است، منفسخ می‌گردد. پس عقد جایز عقدی است که ذاتاً و به موجب نص قانونی و بدون اختیار قابل فسخ باشد.

گفتار سوم: عقود که نسبت به یکی از طرفین لازم هستند و نسبت به طرف دیگر جایز

### بند اول: تعریف و شرایط

به موجب ماده ۱۸۷ قانون مدنی ممکن است، عقد نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز باشد. یعنی عقد می تواند، به وسیله یکی از دو اراده قابل فسخ، و به وسیله طرف دیگر غیر قابل فسخ باشد. که در واقع دو مثال در میان عقود معین وجود دارد، که در اکثر کتب حقوقی به آن اشاره شده است. یکی عقد رهن که طبق ماده ۷۸۷ قانون مدنی که نسبت به مرتهن جایز است و نسبت به راهن لازم است. یعنی در واقع طلبکار هر وقت بخواهد، می تواند از وثیقه بگذرد و بدهکار به مفاد عقد رهن پایبند است و نمی تواند آن را بر هم زند. و تبصره ۶ ماده ۳۴ قانون ثبت بیان می دارد، " در مورد معاملات رهنی بستانکار می تواند از رهن اعراض نماید. در صورت اعراض مورد رهن آزاد و عملیات اجرایی بر اساس اسناد ذمه خواهد بود."

دومین عقدی که در این گفتار جای بررسی دارد، عقد کفالت می باشد، زیرا کفیل نمی تواند، آن را به هم زند، ولی مکفول له حق دارد، از وثیقه ای که برای طلب او ایجاد شده است، بگذرد. باید افزود همین التزام کفیل به تنهایی سبب می شود، که کفالت اوصاف عقد لازم را پیدا کند. با فوت و حجر مکفول له منحل نشود (کاتوزیان ۱۳۹۲). در عقد کفالت، کفیل نمی تواند از اجرای تعهدات خودداری نماید، و عقد نسبت به او لازم است، ولی مکفول له حق دارد، با ابراء کفیل طبق بند ۴ ماده ۷۴۶ یا به طور مستقیم عقد را به هم بزند.

حال با توجه به اینکه در عقد نکاح نیز مرد در هر زمانی می تواند، عقد را بر هم زند، اینکه این عقد آیا در این دسته از عقود قرار می گیرد یا خیر، نظر تقریباً همه حقوقدانان بر این است، که عقد نکاح در دسته عقود لازم نسبت به دو طرف قرار می گیرد. ولی با توجه به اینکه عقد نکاح در هر زمانی توسط مرد قابل بر هم زدن است، و از طرفی فقط در موارد خاصی قابل فسخ می باشد، اینکه عقد نکاح نسبت به هر دو طرف لازم است یا فقط نسبت به زوجه جای تامل دارد، که در مبحث بعد به این موضوع پرداخته می شود.

### بند دوم: موارد انحلال

همان طور که بیان شد، عقد لازم، ممکن است بعد از انعقاد به طور صحیح، با اقاله و یا فسخ به وسیله اختیارات و یا به دلیل انفساخ منحل گردد، و عقد جایز نیز اصولاً با فسخ و یا ممکن است در مواردی با

انفساخ منحل گردد، اما همان طور که بیان شد، اقاله در عقد جایز موضوعاً منتفی می باشد، اما بحثی که اینجا مطرح است، این است که موارد انحلال عقدی که نسبت به یک نفر لازم و نسبت به طرف دیگر جایز می باشد، به چه صورتی است، آیا احکام انحلال عقد جایز بر آن بار می گردد، و یا احکام انحلال عقد لازم و یا نسبت به طرفی که جایز است، احکام انحلال عقد جایز و نسبت به طرفی که لازم است، احکام انحلال عقد لازم. که با توجه به موارد انحلال یک عقد، این موارد بررسی می گردد.

#### الف-فسخ

در رابطه با فسخ، نسبت به طرفی که جایز است، احکام انحلال عقد جایز بر آن بار می گردد، یعنی هر وقت بخواهد، می تواند عقد را به بزند، همان طور که در مورد رهن مرتهن هر وقت بخواهد می تواند از رهن اعراض نماید، و یا در کفالت مکفول له می تواند کفیل را برای نماید، که به همین دلیل نیز نسبت به این اشخاص جایز می باشد. و نسبت به طرفی که لازم است نیز احکام انحلال عقد لازم بار می شود و اصولاً قابل فسخ نیست.

#### ب- انفساخ

در رابطه با انفساخ، احکام عقد جایز بر این عقود بار نمی گردد، چون با فوت و جنون هیچ کدام از طرفین این عقود منحل نمی گردد، حتی با فوت و حجر کسانی که عقد نسبت به آنها جایز می باشد، مثل مرتهن و مکفول له عقد منفسخ نمی گردد و عقد به قوت خودش باقی است.

همان طور که در ماده ۷۸۸ قانون مدنی بیان شده است، عقد رهن با فوت یکی از دو طرف منحل نمی شود و حقوق و تکالیف متوفی به ورثه او منتقل می شود.

اما در عقد کفالت باید قائل به تفکیک شد، یعنی عقد کفالت با فوت مکفول له از بین نمی رود و عقد منحل نمی گردد، و در صورت فوت مکفول له مجموع دارایی مورث به بازماندگان او می رسد، لذا کفالت باقی می ماند، و کفیل باید در برابر متصدیان تازه این دارایی یعنی ورثه به عهد خود وفا کند، چنانچه ماده ۷۴۸ قانون مدنی بیان می دارد "فوت مکفول له موجب برائت کفیل نمی شود" (کاتوزیان، ۱۳۸۵).

با فوت مکفول اصولاً موضوع تعهد کفیل از بین می رود، این تعهد ناظر به احضار شخص مکفول است و ارتباطی به دین او ندارد تا به وراثت منتقل شود، پس با مرگ مکفول موضوعی برای احضار باقی نمی ماند



در رابطه با فوت کفیل قانون مدنی حکمی ندارد، اما چون تعهد به احضار است و حقی که مکفول له در این زمینه دارد، ناظر به شخص مکفول است نه اموال او. اما هرگاه کفیل نتواند یا نخواهد مکفول را حاضر کند سپس بمیرد دین از ترکه او برداشته می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵)

اصولا با حجر طرفین از جمله جنون، نیز عقد کفالت منفسخ نمی گردد، و قانون مدنی در بحث انحلال عقد کفالت از حجر نامی نبرده است، هر چند جای تامل دارد و نظر مخالفی بین فقها وجود دارد، که جنون مکفول را موجب انفساخ عقد می دانند. (نجفی، ۱۴۱۲.ه.ق).

### ج- اقاله

کفیل و مکفول می توانند به تراضی عقد کفالت را اقاله کنند. البته در رابطه با اقاله عقد کفالت به نظر می رسد که باید تفکیک قائل شویم، که اراده اول از طرف چه کسی هست، در صورتی که از طرف مکفول له باشد، چون نیازی به تراضی با کفیل ندارد. و خود می تواند عقد را فسخ کند، لذا نیازی به ضمیمه شدن اراده کفیل ندارد، و اقاله موضوعا منتفی است. اما در صورتی که اراده اول از طرف کفیل باشد، چون به صرف اراده کفیل عقد منحل نمی گردد، لذا باید اراده مکفول له نیز به آن ضمیمه گردد، پس اقاله ممکن هست.

و در رابطه با رهن نیز به همین صورت می باشد. بستگی دارد، اراده اول از طرف مرتهن باشد، یا از طرف راهن، در صورتی که از طرف راهن باشد، اقاله موضوعا منتفی می باشد. ولی در صورتی که اراده اول از طرف مرتهن باشد، اقاله ممکن می باشد.

### مبحث دوم: وضعیت خاص عقد نکاح از حیث لزوم و جواز طبق قانون و شرع

در این مبحث، برای اینکه وضعیت حقوقی عقد نکاح از حیث بقا بررسی گردد، باید موارد انحلال عقد نکاح بررسی شود، در مبحث مربوط به انحلال نکاح توسط حقوقدانان اصولا فسخ و طلاق بررسی می گردد، که البته با فوت نیز عقد نکاح منحل می گردد، و در عقد نکاح موقت انقضای مدت و بذل مدت نیز از موارد انحلال عقد می باشد.

همچنین لعان و ارتداد و یا مسلمان شدن زن کافر، تغییر جنسیت، نیز می تواند از اسباب انحلال نکاح به شمار آورد. همان طور که بیان شد، در قانون ما در برخی از عقود، قانونگذار صراحتاً بیان نموده است، که عقد لازم است یا جایز، مثلاً عقد بیع در ماده ۴۵۷ قانون مدنی بیان شده که لازم است، و در ماده ۷۶۰ قانون مدنی بیان شده که عقد صلح لازم است و یا در مواد ۶۳۸، ۶۷۸ به ترتیب، بیان شده که عقد عاریه، وکالت، و... جایز هستند.

اما برخی از عقود مثل عقد اجاره و عقد نکاح در رابطه با لازم و جایز بودن آنها قانون ساکت است، که در واقع در فقه اصاله لزوم پذیرفته شده است و در قانون مدنی طبق نظر بیشتر حقوقدانان نیز طبق مواد ۱۰ و ۲۱۹ اصل لزوم پذیرفته شده است. یعنی در صورت شک باید عقد را لازم بدانیم. پس هرگاه عقد به طور صحیح واقع شود، مقتضای قاعده، لزوم آن است، مگر اینکه با دلیل خاص حق خیار ثابت گردد.

اما در صورتی که به مبنای تقسیم عقد به لازم و جایز توجه کنیم، اینکه عقد نکاح را نسبت به هر دو طرف لازم بدانیم، جای تامل است، برای رسیدن به یک پاسخ مطلوب و صحیح، صرف نظر از اصل لزوم می بایست، موارد انحلال عقد نکاح بررسی گردد، که در دو گفتار بعد به طور مفصل این موضوع بررسی می گردد.

### گفتار اول: موارد انحلال عقد نکاح

عقد نکاح دائم با فسخ و طلاق و فوت، منحل می گردد، و در عقد نکاح موقت نیز فوت، فسخ، انقضای مدت و بذل مدت از موارد انحلال این عقد می باشد. انفساخ نیز، یکی از موارد انحلال نکاح، چه موقت و چه دائم می باشد. هر چند قانون مدنی از انفساخ بحثی نکرده است، اما انفساخ را می توان از موارد انحلال نکاح نامید و قاعده فسخ را در مورد آن اجرا نمود. (روشن، ۱۳۹۰) مثلاً لعان و ارتداد، مسلمان شدن زن کافر و تغییر جنسیت، می تواند موجب انفساخ عقد نکاح گردد و یا به عبارت دیگر می توان از اسباب انحلال نکاح به شمار آورد. که با توجه به آثاری که امکان یا عدم امکان انحلال ارادی می تواند، در قابلیت بقاء نکاح داشته باشد، در ذیل به طور مختصر به این موارد پرداخته می شود:

#### بند اول: طلاق

شوهر در موارد نامحدود و زن در موارد محدودی که قانون برای او در نظر گرفته، می توانند با مراجعه به دادگاه خانواده تقاضای طلاق کنند، طلاق در زمره غم انگیزترین پدیده‌های اجتماعی است که آسیب‌ها و مشکلاتی زیادی زوجین و خانواده‌های آنان قبل و پس از طلاق متحمل می‌شوند. خداوند احکام مختلفی را پیرامون طلاق در قرآن کریم بیان و در این آیات تاکید به صلح و سازش و داوری کرده و نهایتاً می‌فرماید، چنانچه قصد جدایی از همسرانتان را دارید، به شایستگی از آنان جدا شوید، نه با جنجال و کینه توزی و عداوت، (پورسعید، باداد، ۱۳۸۹) بنابراین طلاق امر مهمی است و نباید هر گاه مرد اراده کرد، بتواند صیغه طلاق را جاری کند، که در حال حاضر قانونگذار تشریفات خاصی را برای آن قرار داده است، از جمله جاری شدن طلاق به صیغه طلاق و با حضور و شهادت دو مرد عادل و این امر در اختلافات خانوادگی پس از تلاش برای اصلاح ذات البین و ایجاد زمینه تفاهم بین زوجین و مراجعه به دادگاه خانواده (حتی در صورت توافق) صورت می‌پذیرد. اما در هر صورت شوهر برای اقدام به طلاق همسر خود نیاز به دلیلی ندارد.

### بند دوم: فسخ

فسخ ایقاعی است، که به زوج و زوجه حق انحلال نکاح می‌دهد و در واقع اعمال حق فسخ را فسخ می‌نامند، که در قانون ما مواردی که حق فسخ نکاح به زوجین داده می‌شود، احصا شده است، چون ازدواج یک قرارداد مالی نیست و از سوی دیگر، تثبیت خانواده و محدود کردن موارد انحلال آن در نظر قانونگذار بوده است، از این رو همه خیاراتی که در قرارداد های مالی پیش بینی شده است، در نکاح مطرح نمی‌شود (صفایی، امامی ۱۳۸۵). از موجبات فسخ نکاح، تدلیس، تخلف از شرط صفت، و یا پاره ای از عیوب در زن یا مرد می‌باشد.

### بند سوم: تفاوت و شباهت های طلاق و فسخ

فسخ و طلاق هر چند شباهت هایی با هم دارند، مثلاً هر دو ایقاع هستند، یا عده هر دو برای زن یکسان می‌باشد، و...، ولی از جهات بسیاری از احکام، با هم متفاوتند، مثلاً در طلاق چهار رکن باید وجود داشته باشد ( طلاق دهنده، طلاق داده شده، شهادت دو مرد که شنونده صیغه طلاق باشند، صیغه طلاق که باید جاری شود). اما فسخ نکاح نیازمند این ارکان نیست، طلاق با اراده مرد واقع می‌شود، که می‌تواند

به دیگری از جمله زوجه وکالت دهد، لیکن فسخ از سوی هر یک از زن و شوهر امکان دارد (صفایی؛ امامی، ۱۳۸۵). همچنین طلاق باید با صیغه طلاق و با تشریفات و بیان خاص اداء شود، در صورتی که در فسخ نیازی به این تشریفات نیست. در طلاق شهادت دو مرد عادل ضروری است، در حالیکه در فسخ نیازی به آن نیست. در طلاق چنانچه قبل از نزدیکی باشد، زن حق مطالبه نصف مهریه خود را دارد. در حالیکه در فسخ اصولاً به زوجه مهریه تعلق نمی‌گیرد. اما از جهت اینکه هر دو باعث انحلال و از بین رفتن عقد نکاح می‌گردد، هیچ شکی نیست و مهترین شباهت فی مابین این دو عمل حقوقی می‌باشد.

#### بند چهارم: بذل مدت:

بذل مدت مختص نکاح منقطع یا غیر دائم است و شوهر می‌تواند هر وقت که مایل باشد، باقیمانده مدت را به زن ببخشد و یا به عبارت دیگر بذل نماید. و در واقع همان طور که مرد می‌تواند بدون دلیل زوجه دائم خود را طلاق دهد، با توجه به عدم وجود طلاق در نکاح موقت، می‌تواند هر وقت که تمایل داشته باشد، بقیه مدت را به همسر موقت خود بذل نماید. که البته رعایت تشریفات طلاق در بذل مدت لازم نیست. (محقق داماد، ۱۳۶۷)

#### گفتار دوم: جایگاه عقد نکاح در تقسیم بندی عقود از جهت بقا با توجه به موارد انحلال

همان طور که در گفتار قبل بررسی شد، عقد نکاح در هر زمانی و بدون هیچ دلیلی توسط مرد قابل انحلال است، و مرد می‌تواند، با تشریفات خاصی زن خود را طلاق دهد، بدون اینکه برای این کار نیاز به دلیلی داشته باشد، در صورتی که در موارد خاصی قابل فسخ می‌باشد، یعنی چه مرد و چه زن فقط در موارد خاص و احصاء شده در قانون می‌توانند درخواست فسخ نکاح نمایند، لذا از این جهت که عقد نکاح بدون دلیل از طرف طرفین قابل فسخ نیست، شبیه عقد لازم می‌باشد، ولی از این جهت که مرد در هر زمانی می‌تواند بدون دلیل هر چند از طریق عمل حقوقی دیگری غیر از فسخ، عقد نکاح را به هم بزند، شبیه عقود هست که نسبت به یک نفر لازم و نسبت به طرف دیگر جایز می‌باشد، از طرف دیگر اصاله لزوم وجود دارد که در صورت شک در لازم یا جایز بودن عقد باید عقد را لازم بدانیم. لذا با توجه به این موارد، در این گفتار به وضعیت حقوقی عقد نکاح از حیث بقا پرداخته می‌شود. پس بحثی که باید مطرح شود، این است، که واقعا عقد نکاح از جهت وضعیت حقوقی بقاء به چه نحوی است، لازم است یا جایز و یا نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز.

مطمئناً عقد نکاح نسبت به هر دو طرف جایز نیست، چون زن نمی‌تواند، هر وقت بخواهد عقد را به هم بزند، از طرفی طبق ماده ۱۳۳ قانون مدنی مرد هر وقت بخواهد می‌تواند زن را طلاق دهد، و عقد نکاح را به هم بزند، ولی زن فقط در موارد خاصی، می‌تواند درخواست طلاق دهد و از دادگاه بخواهد که مرد را الزام به طلاق نماید. از طرفی دیگر همان طور که بیان شد، عقد نکاح فقط در موارد مصرح قانونی از طرف طرفین، قابل فسخ می‌باشد، اما بحثی که پیش می‌آید، این است که در جواز یا لازم دانستن یک عقد، چه مبنایی در نظر گرفته می‌شود، با توجه به امکان فسخ آن می‌باشد یا خیر، بستگی به امکان یا عدم امکان بر هم زدن آن توسط طرفین دارد، و مهم نیست که به چه عنوان باشد، مهم امکان بر هم زدن عقد می‌باشد.

از طرفی ماده ۱۸۶ در تعریف عقد جایز بیان می‌دارد، که عقد جایز آن است، که هر یک از طرفین هر وقتی بخواهد، بتواند آن را فسخ کند... یعنی در جایز و لازم دانستن عقد امکان فسخ آن توسط طرفین باید در نظر گرفته شود، و اگر عقد بدون دلیل از طرف طرفین قابل فسخ باشد، جایز و اگر طرفین نتوانند عقد را بدون دلیل فسخ کنند، هر چند با عمل حقوقی دیگری غیر از فسخ، قابل بر هم زدن، بدون دلیل باشد، عقد جایز نیست، بلکه لازم می‌باشد.

از طرفی در برخی عقود هر چند عقد با عمل حقوقی دیگری غیر از فسخ مثلاً با عنوان عمل حقوقی رجوع قابل انحلال می‌باشد. مثل عقد هبه که در ماده ۸۰۳ بیان می‌دارد "بعد از قبض نیز واهب می‌تواند، با بقاء عین موهوبه از هبه رجوع نماید مگر در موارد ذیل...."، یا حبس مطلق که در ماده ۴۴ بیان می‌دارد "در صورتی که مالک برای حق انتفاع مدتی معین نکرده باشد حبس مطلق بوده و حق مزبور تا فوت مالک خواهد بود مگر اینکه مالک قبل از فوت خود رجوع کند"، که هر چند این عقود با عمل حقوقی فسخ منحل نمی‌گردد، بلکه با رجوع صورت می‌گیرد، اما بیشتر حقوقدانان این عقود را به هر عنوانی که توسط یکی از طرفین بدون دلیل قابل بر هم زدن باشد، جایز می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶)

یا در مواردی که عقد نسبت به یک نفر لازم و نسبت به طرف دیگر جایز است، مثل عقد رهن که نسبت به مرتهن جایز است، هر وقت بخواهد می‌تواند عقد رهن را به هم بزند و یا کفالت که نسبت به مکفول له جایز می‌باشد، و هر وقت بخواهد می‌تواند به هم بزند. که در واقع در رهن از لفظ "بر هم زدن" استفاده شده است. و در کفالت در واقع از لفظ بری کردن نه فسخ استفاده شده است. با این وجود صرف اینکه

این عقود توسط یکی از طرفین قابل بر هم زدن است، با هر عمل حقوقی، این عقود را نسبت به کسی که می‌تواند بدون دلیل به هم بزند، جایز می‌دانند. حال بحث این است که در عقد نکاح نیز مرد هر وقت بخواهد، می‌تواند عقد نکاح را بر هم زند، ولی با عمل حقوقی دیگری غیر از فسخ نکاح، پس باید ببینیم که، در لازم یا جایز دانستن عقد، مهم، بر هم زدن عقد با یک اراده بدون دلیل است، به هر عنوانی، یا خیر، مهم عنوان و عمل حقوقی فسخ می‌باشد و در صورتی که عقد توسط طرفین بدون دلیل قابل فسخ باشد، عقد جایز می‌باشد، در غیر این صورت، یعنی حتی اگر توسط طرفین قابل بر هم زدن باشد، ولی با عنوان فسخ نباشد، لازم می‌باشد، با توجه به مطالب ذکر شده در مورد هبه، حبس مطلق، کفالت، رهن و یا جعاله ماده ۵۶۵ و... به نظر می‌رسد، مهم امکان بر هم زدن عقد با یک اراده می‌باشد، و همینکه امکان بر هم زدن عقد، توسط یکی از طرفین بدون دلیل وجود داشته باشد، عقد را نسبت به طرفی که می‌تواند بدون دلیل بر هم بزند، باید جایز بدانیم. پس در عقد نکاح نیز با توجه به اینکه مرد طبق ماده ۱۱۳۳ قانونی مدنی در هر زمانی می‌تواند بدون دلیل عقد نکاح را به هم بزند، پس عقد نکاح نسبت به مرد را باید جایز بدانیم، و نسبت به زن چون فقط در موارد خاصی حق بر هم زدن عقد نکاح را دارد، چه با عمل حقوقی فسخ و چه با عمل حقوقی طلاق باید لازم بدانیم.

## نتیجه گیری

عقد، توافق دو یا چند اراده برای ایجاد یک عمل حقوقی، است، که این عمل حقوقی نیز دارای اثر حقوقی، می باشد، وقتی دو اراده با هم یک عمل حقوقی را ایجاد می کنند، در واقع نباید یک اراده بتواند به تنهایی این عمل حقوقی و موجودی که ایجاد کرده اند، به هم بزند، با این وجود قانونگذار در برخی عقود، به یکی از طرفین این اختیار داده است، که بدون دلیل، عقد را به هم بزند، که این عقود جایز می نامند، از طرفی دیگر در برخی از عقود قانونگذار اصولاً به یکی از طرفین این اختیار را نمی دهد که عقد را به هم بزند، مگر در موارد استثنایی مثل فسخ در مورد خيارات و اقاله، که این عقود را لازم می نامند، و از طرفی در برخی از عقود فقط به یکی از طرفین اجازه داده شده است، بدون دلیل عقد را به هم بزند، که نسبت به همین شخص جایز و نسبت به طرف دیگر لازم می باشد، در برخی عقود در رابطه با لازم و یا جایز بودن عقد، قانون ساکت می باشد، که هم در فقه و هم قانون مدنی اصل بر این است، که هیچ کدام از طرفین نمی توانند بدون اجازه طرف دیگر عقد را به هم بزنند، که به این قاعده اصل لزوم و اصاله لزوم می گویند. یکی از این عقود که قانون در رابطه با لازم یا جایز بودن آن ساکت می باشد، عقد نکاح می باشد، که همه حقوقدانان با توجه به اصل لزوم و با توجه به اینکه طرفین فقط در موارد خاص و احصاء شده در قانون می توانند این عقد را فسخ نمایند، این عقد را لازم می دانند، اما به نظر می رسد که در تقسیم عقد به لازم و جایز، مهم بر هم زدن عقد بدون دلیل با اراده یکی از طرفین می باشد، و مهم نیست به چه عنوانی باشد، با فسخ، یا با عنوانی دیگری مثل رجوع، بر هم زدن، طلاق و... و با توجه به اینکه در عقد نکاح نیز هر چند مرد فقط در موارد خاصی می تواند عقد نکاح را فسخ نماید، ولی در هر زمانی و بدون دلیل می تواند با عمل حقوقی طلاق عقد نکاح را منحل نماید، ولی زن فقط در موارد خاصی می تواند عقد نکاح را بر هم زند، پس عقد نکاح را نسبت به مرد جایز و نسبت به زن لازم می دانیم.

## فهرست منابع

۱. امامی، ح. (۱۳۷۵ه.ش). حقوق مدنی. چ هفدهم، تهران، انتشارات اسلامیه.
۲. بجنوردی، ح. (۱۴۱۹ه.ق). القواعد الفقهیه، چ اول، قم، نشر الهادی.
۳. پورسعیدر، باداد، ل. (ه.ش ۱۳۸۹). بررسی مشروعیت تقاضای طلاق توسط زوجه، دو فصلنامه علمی-تخصصی علامه، شماره ۲۹، ص ۱۸-۴۰.
۴. دهخدا، ع. (۱۳۳۸ه.ش)، لغت نامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۳۸ه.ش.
۵. روشن، م. (۱۳۹۰ه.ش) حقوق خانواده، چ اول، تهران، انتشارات جنگل.
۶. شهیدی، م. (ه.ش ۱۳۸۶)، تشکیل قراردادها و تعهدات، چ ششم، تهران، مجد.
۷. صفایی، ح.، امامی، ا. (۱۳۸۵ه.ش) مختصر حقوق خانواده، چ یازدهم، تهران، میزان.
۸. صفایی، ح.، امامی، ا. (۱۳۷۸ه.ش) حقوق خانواده نکاح و انحلال آن، چاپ هفتم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۹. کاتوزیان، ن. (۱۳۸۱) اعمال حقوقی، چ یازدهم، ۱۳۸۵ تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۰. کاتوزیان، ن. (۱۳۹۲) حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، ج ۲، چ نوزدهم، تهران، گنج دانش.
۱۱. کاتوزیان، ن. (۱۳۸۵). قانون مدنی در نظم کنونی، چ سیزدهم، تهران، میزان.
۱۲. کاتوزیان، ن. (۱۳۸۶) قواعد عمومی قراردادها، ج اول، چ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. محقق داماد، م. (۱۳۶۷ه.ش). حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). تهران، نشر علوم اسلامی.
۱۴. نجفی، م. (۱۳۶۷ه.ق) جواهرالکلام، چاپ سوم، تهران، انتشارات دارالکتب الاسلامیه.