



## ضرورت درج وصف « سلامت زوجین از بیماری‌های مضر، صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی » در عقد نکاح

فریبا خلیجیان<sup>۱</sup>  
علیرضا حسنی<sup>۲</sup>  
امیر خواجه‌زاده<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۳/۰۲/۰۱ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۳/۰۳/۳۰

### چکیده

گاهی یکی از زوجین قبل از عقد نکاح، مبتلا به بیماری مضر و صعب‌العلاج می‌باشد، که اگر طرف مقابل به آن آگاه بود، حاضر به انعقاد عقد نکاح با او نمی‌شد. در چنین مواقعی قانونگذار برای حمایت از فرد متضرر تحت شرایطی ضمانت اجرای فسخ نکاح را پیش‌بینی نموده است. عوامل فسخ نکاح، خیار عیب (مواد ۱۱۲۲، ۱۱۲۱ و ۱۱۲۳ ق.م.م.)، خیار تخلف از شرط وصف (ماده ۱۱۲۸ ق.م.م) و تدلیس در نکاح می‌باشند. چنانچه بیماری از عیوب موجب فسخ نکاح باشد، تحت شرایطی سبب فسخ نکاح برای طرف مقابل می‌باشد. در صورتی که وصف سلامت زوجین، به صورت صریح یا متبانیاً، در عقد نکاح ذکر شده باشد، تخلف از شرط، موجب فسخ نکاح خواهد شد. در خصوص تدلیس در نکاح ماده صریح قانونی وجود ندارد و اکثر حقوقدانان، آنرا از ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی استنباط کرده‌اند. در این مقاله به دنبال پاسخگویی به این سوال هستیم که اگر وصف سلامت زوجین در حین عقد نکاح ذکر نشده باشد، آیا امکان فسخ وجود دارد؟ عرفاً وصف سلامت نسبی زوجین، از شروط ضمنی عقد نکاح است ولی در احراز آن بین قضات اختلاف نظر است و موجب صدور آراء قضایی متفاوتی گردیده است. برای رفع این اختلافات و صدور آراء منصفانه ضروری است، ضمن عقد نکاح، وصف « سلامت زوجین از بیماری‌های مضر، صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی » صراحتاً درج گردد.

### کلید واژه‌ها

بیماری‌های زوجین، وصف سلامت، تخلف از شرط وصف، تدلیس در نکاح، فسخ نکاح.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران (نویسنده مسئول):

Email: alirezahasani332@gmail.com

<sup>۳</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران

## ۱- مقدمه

متأسفانه امروزه، شاهد حجم کثیری از پرونده‌های قضایی، تحت عنوان تقاضای فسخ نکاح به سبب بیماری‌های زوجین می‌باشیم. در چنین مواردی، اگر بیماری، از عیوب موجب فسخ نکاح مندرج در مواد ۱۱۲۳، ۱۱۲۲، ۱۱۲۱ ق.م. باشد تحت شرایطی صرف وجود عیب، موجب فسخ نکاح برای طرف متضرر می‌باشد. ولی گاهی، بیماری، مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی است اما، از عیوب موجب فسخ نکاح مذکور، در مواد قانونی نیست. (مانند: ایدز و هپاتیت)، در چنین مواردی، اگر شرط وصف سلامت زوجین از بیماری‌های مذکور به صورت صریح یا ضمنی در عقد نکاح ذکر شده باشد، مستنداً به ماده ۱۱۲۸ ق.م. موجب فسخ نکاح، برای مشروط‌له می‌باشد.

در فرهنگ رایج مردم ایران هنگام ازدواج، سلامت هر یک از زوجین از بیماری‌های مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی، در نزد عرف مسلم می‌باشد، و متعارف مردم بر مبنای سلامت طرف مقابل از بیماری‌های مذکور، این شرط را صراحتاً ذکر نمی‌کنند و اقدام به ازدواج می‌کنند. اگر هر یک از زوجین بعد از عقد متوجه یکی از این بیماری‌ها، در طرف مقابل شود، آیا به استناد خیار تخلف از شرط سلامت ضمنی عرفی، می‌تواند نکاح را فسخ نماید؟

طبق ماده ۱۱۲۸ ق. م. تخلف از شرط، متبانیاً موجب حق فسخ نکاح برای مشروط‌له می‌شود، و در این خصوص، تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد. ولی، رویه قضایی در برخورد با احراز وصف ضمنی سلامت بنایی و عرفی بین زن و مرد متفاوت عمل می‌نماید. بدین نحو که وجود برخی از بیماری‌ها را در زن، به استناد شرط بنائی و عرفی سلامت، موجب حق فسخ برای مرد دانسته، اما وجود همان بیماری‌ها را در مرد، موجب فسخ نکاح برای زن نمی‌داند. (مثل اعتیاد شدید به مواد مخدر)<sup>۱</sup> لذا جهت جلوگیری از ابراز سلیقه شخصی قضاات در احراز شرط وصف سلامت عرفی و بنائی زوجین ضمن عقد نکاح و صدور آراء قضایی منصفانه و به دور از تبعیض قضایی ضروری است زوجین هنگام عقد نکاح، شرط «زوجین فاقد بیماری مضر، صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی می‌باشند.» را صراحتاً درج نمایند.

گاهی اوقات هنگام عقد نکاح، یکی از زوجین مبتلا به بیماری مضر صعب‌العلاج و یا لاعلاجی است که اگر طرف مقابل، علم به بیماری وی داشت، راضی به ازدواج با او نمی‌شد، ولی با فریب و نیرنگ،

<sup>۱</sup> دادنامه شماره ۱۳۹۰۰۹۰۱۰۰۶۱۰۰۰۶۱۰۰۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۲۰ صادره از شعبه اول دیوانعالی کشور: «مستفاد از مفهوم ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی بالأخص قسمت اخیر آن و با عنایت به عرف ساری و جاری در جامعه اصولاً از صفات بدیهی و آشکاری که عقد ازدواج متبانی بر آن واقع می‌شود سلامت جسمی و روحی طرفین عقد است و چون از اولیات و بدیهیات محسوب می‌شود، لذا قاطبه مردم لزومی به مطرح کردن آن به‌عنوان صفت خاص شرط ضمن عقد، احساس نمی‌کنند و در قضیه مانحن‌فیه نیز چنین است زیرا اعتیاد در جامعه زنان امری است بعید، و روح حاکم بر فرهنگ جامعه پذیرای چنین مطلبی نبوده و از طرف دیگر اعتیاد، نه تنها سلامت جسمی بلکه سلامت روحی و روانی را تحت‌الشعاع خود قرار می‌دهد و لذا با توجه به مراتب فوق وجود سلامت و عدم اعتیاد به مواد مخدر از شروط بنایی عقد محسوب می‌شود.»

بیماری خود را از طرف مقابل پنهان می‌نماید و موجب ترغیب طرف مقابل به ازدواج می‌گردد. آیا فرد مغرور، به استناد خیار تدلیس، می‌تواند نکاح را فسخ نماید؟

در این فرض، بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. فقهای امامیه، حصول تدلیس را در اظهار صفت کمالی یا اخفاء عیب می‌دانند. (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ۱۳۹-۱۴۰؛ مومن سبزواری، ۱۳۷۵، ۲۰۸؛ طباطبایی حائری، ۴۷۵). بنابراین تدلیس در نکاح زمانی صورت می‌پذیرد، که یکی از زوجین و یا شخص ثالث با اعمال متقلبانه، نقص یا عیب یکی از زوجین را پنهان یا او را دارای صفتی کمالی که فاقد آن است توصیف نماید. و از این راه، طرف دیگر را به نکاح ترغیب کند، به گونه‌ای که بدون این اعمال متقلبانه، عقد نکاح منعقد نمی‌شد. (صفائی، ۱۳۴۸، ۱۵۰؛ امامی، ۱۳۵۴، ۴۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۲۸۶۲۸۷؛ لطفی، ۱۳۸۹، ۳۴). مثل اینکه کارگر ساختمانی که در یک پروژه ساختمانی مشغول به کار است، ضمن عقد خود را مهندس عمران معرفی نماید (اظهار صفت کمال) و یا فردی که مبتلا به بیماری ایدز می‌باشد و تحت درمان است با اخفای بیماری خود، سبب انعقاد عقد نکاح شود. در حالیکه اگر طرف مقابل از بیماری وی اطلاع داشت، هرگز حاضر به ازدواج با او نمی‌شد.

سکوت عمدی و بازگو نکردن وجود عیب یا عدم وجود صفت کمالی، به گونه‌ای که موجب ترغیب به ازدواج شود، نیز از موجبات تدلیس است؛ زیرا سکوت در واقع یک عمل فریبکارانه است. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۶۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۳۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۳۲۰). مثل دختری که دارای رحم بسیار کوچک و فاقد تخمدان است با علم به بیماری خود سکوت نماید. در حالیکه اگر زوج اطلاع داشت که زوجه بیماری مخل روابط زناشویی دارد یا امکان بارداری ندارد هرگز راضی به ازدواج با او نمی‌شد.

در قانون مدنی، ماده صریحی در خصوص خیار تدلیس در نکاح نداریم و مشهور حقوقدانان خیار تدلیس در نکاح را از ماده ۱۱۲۸ ق. م. استنباط کرده‌اند. و مبنای خیار تدلیس را فقدان وصف مقصوده (وصف سلامت ضمنی عرفی و بنائی) در عقد نکاح می‌دانند که، عقد نکاح بر مبنای آن منعقد گردیده است. در حالیکه خیار تدلیس با تخلف از شرط وصف متفاوت است.

طبق ماده ۴۳۸ ق. م. «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود» پس جهت تحقق تدلیس، عملیات متقلبانه و فریبکارانه لازم است و اگر حیل و نیرنگ در اظهار صفت کمالی یا اخفای عیب وجود نداشته باشد، تدلیس محقق نگردیده است. حال آنکه طبق ماده ۱۱۲۸ ق. م. صرف، عدم وجود صفت موصوف، که عقد بر مبنای آن منعقد شده است، موجب حق فسخ نکاح است. در این ماده از عملیات فریبکارانه، سخنی بیان نگردیده است. یعنی اگر دختری ضمن عقد نکاح شرط بکارت نماید، در حالیکه هنگام ورزش و پریدن، بکارت وی از بین برود و خودش نیز عالم به عدم بکارت خود نباشد، صرف شرط ضمن عقد، و فقدان وصف، موجب فسخ نکاح می‌گردد. ولی موجب تدلیس نمی‌باشد. برای تحقق تدلیس، حتماً باید عملیات متقلبانه جهت اخفای عیب و یا اظهار صفت کمال وجود داشته

باشد. مثل اینکه زوج شرط بکارت در عقد نکاح نماید و زوجه با ارائه گواهی بکارت جعلی، خود را باکره اظهار نماید.

همانگونه که گفته شد، در فقه، خیار تدلیس در نکاح زمانی جاری است، که شرط وصف سلامت به صورت صریح یا توصیف ضمن عقد، ذکر شده باشد و یکی از زوجین و یا شخص ثالث با حیله و فریب و علم به بیماری، فرد مبتلا را، سالم و فاقد بیماری معرفی کند. ولی در ماده ۱۱۲۸ ق.م. سخنی از حیله و فریب وجود ندارد.

برخی از قضات طبق، ماده ۱۱۲۸ ق.م. (تخلف از شرط سلامتِ ضمنی عرفی و بنائی) و ماده ۴۲۸ قانون مدنی، عدم اظهار و اختفای بیماری را فعل فریبکارانه و مصداق تدلیس در نکاح می‌دانند و رأی بر فسخ نکاح می‌دهند. و عده ای دیگر، با پیروی از فقه، شرط صدور حکم فسخ نکاح را درج شرط سلامت به صورت صریح یا توصیف، ضمن عقد نکاح و تخلف از آن می‌دانند. همچنین تدلیس را با پنهان نمودن بیماری و سکوت در اعلام آن، مصداق عملیات فریبکارانه و موجب فسخ نکاح نمی‌دانند. این اختلاف نظر بین قضات موجب صدور آراء قضایی متفاوت شده است.

لذا جهت جلوگیری از صدور آراء قضایی متفاوت، به سبب تدلیس در کتمان بیماری‌های زوجین، ضروری است زوجین ضمن عقد نکاح صراحتاً شرط نمایند «زوجین فاقد بیماری مضر، صعب‌العلاج و مغل روابط زناشویی می‌باشند». با درج شرط مذکور، کتمان بیماری از مصادیق بارز تدلیس در نکاح می‌باشد. در نتیجه با درج شرط مذکور ضمن عقد نکاح، علاوه بر کاهش چشمگیر حجم پرونده‌های فسخ نکاح به سبب بیماری‌های زوجین، شاهد صدور آراء قضایی منصفانه خواهیم بود.

## ۲- فسخ نکاح در بیماری‌های زوجین به سبب خیار عیب

در خصوص بیماری‌های زوجین در قرآن، نص خاصی وجود ندارد و اکثر فقها، با استناد به روایات وارده از معصومین (ع) و با دیدگاه تبعیدی، نسبت به آن، تعداد مشخصی از بیماری‌ها را موجب حق فسخ نکاح دانسته‌اند. بیماری‌هایی که موجب حق فسخ نکاح می‌شود، در فقه و حقوق تحت عنوان «عیوب» بررسی می‌شود. قانونگذار در مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۲۷ ق.م. به تبعیت از فقه امامیه، تعدادی از بیماری‌ها را نام برده است که اگر قبل از عقد نکاح، در یکی از زوجین وجود داشته باشد و طرف مقابل از آن بیماری اطلاع نداشته باشد، موجب فسخ نکاح برای او خواهد بود. که اصطلاحاً به این بیماری‌ها، عیوب منصوص یا عیوب موجب فسخ نکاح گفته می‌شود.

بیماری‌های موجب فسخ نکاح طبق مواد ۱۱۲۳، ۱۱۲۲، ۱۱۲۱ ق.م.<sup>۱</sup> عبارتند از: عیوب مختص

<sup>۱</sup> ماده ۱۱۲۱ ق.م. «جنون هر یک از زوجین به شرط استقرار، اعم از این که مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ است.»

مردان: ۱- خصاء (اخته بودن)، ۲- عنن به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد، ۳- مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

همچنین، عیوب مختص زن شامل: ۱ قرن (گوشت یا غده و یا استخوان موجود در دهانه رحم)؛ ۲ افضاء (یکی شدن دو مخرج حیض و بول یا دو مخرج حیض و غائط)؛ ۳ جذام (خوره)؛ ۴ برص (پسی)؛ ۵ عرج (زمین‌گیری)؛ ۶ عمی (نابینایی از هر دو چشم). و بیماری جنون نیز به شرط استقرار، عیب مشترک بین زن و مرد می‌باشد.

به نظر مشهور فقها و حقوق‌دانان وجود هر یک از این بیماری‌ها قبل از عقد نکاح، در هر یک از زوجین برای طرف مقابل، (به شرط عدم اطلاع از عیب موجود) ایجاد حق فسخ نکاح می‌نماید. (امامی، ۱۳۵۴، ۴۶۰۴۶۸؛ نجفی، ۳۱۸۳۳۸؛ حلی، ۱۴۰۸، ۲۶۲ ۲۶۴؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ۳۸۰۳۹۱). صرف وجود بیماری‌های موجب فسخ نکاح، قبل از عقد نکاح، با رعایت فوریت اعمال خیار طبق ماده ۱۱۳۱ ق.م. برای طرف مقابل که اطلاعی از بیماری نداشته، ایجاد حق فسخ نکاح می‌نماید و فرقی نمی‌کند که شخص مبتلا علم به بیماری خود داشته باشد یا هیچ اطلاعی نداشته باشد.

### ۳- فسخ نکاح در بیماری‌های زوجین به سبب خیار تخلف از شرط وصف سلامت

امروزه عیوب مضّر و مهلکی وجود دارد، که چه بسا از عیوب موجب فسخ نکاح مصرح قانونی، مضرت‌تر و مهلک‌ترند و علاوه بر سلامت زوجین در برخی موارد سلامت فرزندان نیز را به خطر می‌اندازند مانند، ایدز و هپاتیت، انواع سرطان، اعتیاد شدید به مواد مخدر روانگردان و ..... ولی به علت خیار عیب، موجب فسخ نکاح نمی‌باشند. به جز خیار عیب یکی دیگر از موجبات فسخ نکاح، خیار تخلف از شرط صفت می‌باشد. ماده ۱۱۲۸ ق.م. بیان می‌دارد «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.» اگر هر یک از زوجین، ضمن عقد نکاح، شرط وصف سلامت از بیماری‌های مضّر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی را درج نماید. و بعد از عقد نکاح معلوم شود که طرف مقابل، فاقد وصف مذکور بوده، طبق ماده ۱۱۲۸ ق.م. به جهت تخلف از شرط وصف سلامت، خیار فسخ نکاح برای مشروط‌له ایجاد می‌شود. در ادامه به بیان اقسام اشتراط وصف سلامت زوجین ضمن عقد نکاح و ضمانت اجرای تخلف از آنها می‌پردازیم:

ماده ۱۱۲۲ ق.م. «عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: خصاء، عنن به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باش. مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.»

ماده ۱۱۲۳ ق.م. «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری، نابینایی از هر دو چشم.»

### ۳-۱- شرط صریح وصف سلامت

تعهدی است تبعی، که در متن عقد صریحاً ذکر می‌گردد. مانند آنکه هر یک از زوجین، ضمن عقد نکاح صراحتاً، شرط کنند «زوجین فاقد بیماری مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی می‌باشند.» شرط صریح، شرط الزام‌آور است؛ زیرا طبق نظر مشهور فقهای امامیه، شروط عقد نکاح، باید در متن عقد ذکر شود تا الزام‌آور باشد (انصاری ۱۳۸۵، ۵۴). در قانون مدنی هم مواد<sup>۱</sup> ۲۳۵ و ۱۱۲۸ ق.م. بیانگر این مسأله هست. در صورتی که یکی از زوجین، قبل از عقد نکاح، مبتلا به بیماری باشد و شرط مذکور را در ضمن عقد نکاح صراحتاً، درج کرده باشد. تخلف از شرط مذکور، در فقه و حقوق، بدون شک موجب فسخ نکاح برای مشروطاً له می‌باشد. در این صورت فرقی بین عیوب موجب فسخ نکاح مذکور در مواد ۱۱۲۱-۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ و بیماری‌های، غیر عیوب موجب فسخ نکاح و فرقی بین زن و مرد وجود ندارد. با درج وصف سلامت مذکور، اگر زوج، قبل از عقد نکاح و بدون آگاهی زوجه، مبتلا به بیماری برص و جذام باشد، به استناد ماده ۱۱۲۸ ق.م. زوجه، حق فسخ نکاح را خواهد داشت. در صورتیکه طبق عیوب موجب فسخ نکاح، بیماری‌های برص و جذام، مختص زن است و فقط در صورتیکه زن مبتلا به این عیوب باشد، مرد حق فسخ نکاح را دارد. اما، با درج شرط وصف سلامت زوجین، از بیماری‌های مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی، نابرابری در عیوب موجب فسخ نکاح بین زن و مرد منتفی می‌گردد. و صرف تخلف از شرط، موجب فسخ نکاح می‌شود.

### ۳-۲- توصیف وصف سلامت

یعنی یکی از زوجین به صفت یا صفاتی خاص در ضمن عقد نکاح توصیف گردند، که آن صفات خاص، مبنای عقد نکاح باشد، مثلاً ولی دختر به زوج بگوید: این دخترم که باکره است، را به عقد نکاح تو در آوردم. یا زوج خود را فاقد هرگونه اعتیاد به مواد مخدر توصیف نماید و عقد نکاح بر مبنای وصف مورد نظر منعقد گردد، به نحوی که اگر زوج بداند زوجه باکره نیست راضی به انعقاد نکاح با او نگردد.

### ۳-۳- شرط ضمنی وصف سلامت

شرط ضمنی، تعهدی است تبعی، که در متن عقد ذکر نمی‌شود و به دو صورت است. شرط ضمنی بنائی و شرط ضمنی عرفی.

<sup>۱</sup> ماده ۲۳۵ قانون مدنی: هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده‌است، شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده‌است خیار فسخ خواهد داشت.

### ۳-۳-۱- شرط وصف سلامت بنائی

گاه پیش از عقد، شرط وصف سلامت زوجین از بیماری‌های مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی، ذکر می‌شود؛ ولی در متن عقد بر آنها تصریح نمی‌شود و عقد با التفات به آنها تشکیل می‌گردد، که «شرط بنائی» نامیده می‌شود. مانند آنکه زوجین، قبل از عقد نکاح در خصوص اینکه فاقد بیماری ایدز باشند، صحبت کنند و بر مبنای سلامت از بیماری مذکور عقد نکاح را منعقد کنند، ولی در متن عقد به آن تصریح نمایند.

مشهور فقهای امامیه، قائل بر بطلان شرط بنایی هستند و بعضی، ادعای اجماع بر این بطلان کرده‌اند. این فقها بر این قائل‌اند که شرطی الزام‌آور است که در متن عقد ذکر شود و شرط بنائی، اگرچه پیش از عقد ذکر می‌شود؛ ولی چون در متن عقد به آن اشاره نمی‌شود، الزام‌آور نبوده و احکام شرط بر آن بار نمی‌گردد. (انصاری ۱۳۸۵، ۵۵؛ طباطبایی یزدی ۱۴۱۰، ۳۳۶). در مقابل نظریه مشهور، جمعی از فقیهان بزرگ شرط بنائی را مشروع می‌دانند. از جمله اینان می‌توان صاحب‌جواهر (نجفی ۱۳۶۶، ۱۱۸)، سید کاظم یزدی (طباطبایی یزدی ۱۴۱۰، ۱۱۸)، محقق اصفهانی (اصفهانی کمپانی ۱۴۱۸، ۱۵۳) و آیت‌الله خویی (موسوی خویی ۱۴۱۷، ۱۳۵) را نام برد. این گروه بر این نظرند که توافق پیش از عقد، در صورتی که عقد با اتکا و اعتماد به آن منعقد شود صحیح و الزام‌آور است. بعضی تصریح کرده‌اند که حتی اگر بدون هرگونه، مذاکره، اراده‌ی دو طرف به وجود شرطی باشد به‌گونه‌ای که هر کدام از ضمیر دیگری آگاه باشد نیز، در حکم شرط مذکور در متن عقد است (طباطبایی یزدی، ۱۱۸). میرزای نائینی در رابطه با شرط بنائی قایل به تفصیل شده است. به نظر ایشان اگر شرط بنائی مانند شرط ضمنی عرفی، از لوازم عقد باشد به‌گونه‌ای که عقد به دلالت التزامی بر آن دلالت نماید، قانونی و معتبر است و گرنه مشروع نبوده و الزام‌آور نیست، مگر اینکه در متن عقد ذکر شود (نائینی ۱۳۷۳، ۴۰۷).

قانون مدنی در مواد ۱۱۱۳<sup>۱</sup> و ۱۱۲۸ به صراحت، شرط بنائی را قانونی دانسته است. بنابراین قانون مدنی با توجه به اهمیت نکاح، نظر مشهور فقها را نپذیرفته و بر اساس نظر غیرمشهور مبادرت به وضع قانون و صحت شرط بنایی نموده است. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، عدم وجود وصف شرط شده در یکی از طرفین را موجب حق فسخ نکاح برای شرط‌کننده دانسته است. گاه به وجود صفت خاص در طرف عقد نکاح تصریح می‌شود، به‌عنوان مثال بکارت در زوجه، دارا بودن شغل خاص برای مرد، یا مدرک خاص تحصیلی برای هر یک از زوجین، گاه نیز تصریح به وصف نمی‌شود؛ ولی عقد بر مبنای آن صفت منعقد می‌گردد. مثل وجود وصف سلامت زوجین، ابهام و اجمال در این ماده سبب شده هر کس بنا بر مصداقی، با این ادعا که عقد متبانیاً بر وصف سلامت زوجین واقع شده، به سبب وجود هر نوع بیماری، در طرف مقابل، تقاضای فسخ نکاح کند. با توجه به اهمیت و قداست خانواده، وجود هر نوع بیماری موجب فسخ

<sup>۱</sup> ماده ۱۱۱۳ می‌گوید: «در عقد انقطاع، زن حق نفقه، ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.»

نکاح نمی‌گردد، بلکه بیماری باید، سبب ورود ضرر غیر قابل تحمل، به طرف مقابل و مخل روابط زناشویی باشد. از این رو ملاک فسخ نکاح، تخلف از وصف سلامت نسبی است و نه سلامت کامل زوجین، پس ضروری است وصف سلامت زوجین از بیماری‌های مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی، مبنای عقد نکاح قرار گیرد. به عنوان مثال اگر زوجه قبل از عقد نکاح مبتلا به بیماری کم‌کاری تیروئید باشد، به استناد وصف بنائی سلامت زوج نمی‌تواند، ادعای فسخ نکاح نماید. زیرا این بیماری به راحتی قابل درمان است و در روابط زناشویی نیز اختلال ایجاد نمی‌نماید ولی اگر زوجه مبتلا به بیماری کوچک بودن رحم و یا فقدان تخمدان باشد، این بیماری هم صعب‌العلاج است و هم مخل روابط زناشویی پس زوج، می‌تواند به استناد فقدان شرط وصف سلامت بنائی، در زوجه تقاضای فسخ نکاح نماید. هیئت عمومی شعب حقوقی دیوانعالی کشور، طبق رأی اصراری شماره ۱۶ مورخ ۸۸/۱۱/۲۰، فقدان رحم و مهبل با اندازه طبیعی در زوجه را از مصادیق تخلف از شرط وصف سلامت بنائی زوجه دانست و مستنداً به ماده ۱۱۲۸ ق.م.حکم به فسخ نکاح صادر نمود.

### ۳-۳-۲- شرط وصف سلامت عرفی

گاهی شرط هرگز ذکر نمی‌شود نه پیش از عقد و نه در متن عقد، لکن از اوضاع و احوال قرارداد و سیره عرفی و سایر قرائن مفادش، استنباط می‌گردد. این شرط را «شرط ضمنی عرفی» می‌نامند. مانند آنکه، زوجین در خصوص سلامت از بیماری «صرع» نه قبل از عقد و نه در متن عقد صحبتی نمی‌کنند، اما عرف اقتضا دارد که زوجین فاقد بیماری صرع می‌باشند.<sup>۱</sup>

در رابطه با مشروعیت شرط ضمنی عرفی بین فقها اختلاف نظر می‌باشد، گروهی قائل به بطلان این شرط و گروه دیگر قائل به صحت این شرط هستند. موافقان صحت شرط بنائی ضمن عقد، به این ادله استناد می‌کنند: شرط ضمنی، مدلول التزامی الفاظ مستعمل در عقد می‌باشد، و می‌توان گفت که همراه با انشاء عقد این شرط انشاء می‌گردد در نظر عرف، میان عقد و شرط ضمنی، تلازم می‌باشد و با ایجاد ملزوم (انشاء عقد) لازم (شرط ضمنی) وجود می‌یابد. برای مثال، در بیع عرفاً عوضین باید سالم باشند. در صورتی که قرارداد به صورت مطلق منعقد گردد و طرفین درباره‌ی سلامت و عیب صحبتی نکنند، به دلالت التزامی استنباط می‌شود که عوضین باید سالم، باشند در غیر این صورت متضرر، خیار عیب دارد در واقع طرفین به دلیل اعتماد بر ارتکاز عرفی خود، نسبت به آن سکوت کرده‌اند (نائینی میرزا ۱۳۷۳، ۴۰۸).

<sup>۱</sup> دادنامه شماره 9309970925700137 مورخ 1393/11/29 صادره از شعبه ۴۲ دیوانعالی کشور «هرچند که بیماری صرع جزء بیماری‌های منصوص موجب فسخ نکاح نیست، اما اگر ثابت شود صفت سالم بودن زوجه جزء شروط ضمن عقد ذکر شده یا عقد با لحاظ آن واقع شده و یا علی‌رغم عدم ذکر، از اوضاع و احوال و سیره عرفی، اراده طرفین نسبت به وجود چنین شرطی احراز شود، زوج می‌تواند به جهت ابتلاء زوجه به این بیماری قبل از عقد و کتمان آن، عقد نکاح را فسخ کند.»



قانون مدنی، بر اساس همین نظر، صراحتاً در ماده ۴۵۴ اصطلاح شرط ضمنی را نام برده، و آن را صحیح و مشروع دانسته است. نص این ماده چنین است: «هرگاه مشتری مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ، شود اجاره باطل نمی‌شود، مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است.»

گاهی اوقات متعاقبین آن قدر عملی را تکرار می‌کنند که آن عمل به نوعی الزامی تلقی می‌شود. بر همین اساس طرفین عقد بدون ذکر مطلبی در این خصوص به عرف اعتماد کرده و بر اساس آن عمل می‌کنند. ماده ۲۲۵ ق. م. نیز صراحتاً به این امر اشاره دارد «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم مبنی بر آن باشد، به منزله ذکر در عقد است.» به طور مثال، در خصوص وصف ضمنی بکارت، می‌توان به وصف بکارت دختران اشاره نمود، باکره بودن زوجه شرطی است که به صورت تبانی بر عقد وارد می‌گردد و درج عنوان دوشیزه در سند نکاحیه حکایت و اماره ای بر این امر است، بنابراین در صورت فقدان بکارت حق فسخ برای زوج ایجاد می‌گردد<sup>۱</sup>.

<sup>۱</sup> دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۵۰۰۰۱۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۱/۱۷ صادره از شعبه ۲۵ دیوانعالی کشور «آقای ص.خ. دادخواستی به خواسته فسخ نکاح تقدیم و بیان نمود نظر به اینکه خوانده با تدلیس وی را فریب داده و قبل از عقد ادعا نموده باکره می باشد و پس از وقوع عقد آگاه گردیدم نامبرده باکره نبوده (اطلاع مطلعین - اقرار زوجه) لذا تقاضای رسیدگی و فسخ نکاح دارم. بعد از تشکیل جلسه و تبادل نظرات طرفین، دادگاه با اعلام ختم رسیدگی اجمالاً چنین رأی داده در خصوص دادخواست خواهان آقای ص.خ. به خواسته تقاضای فسخ نکاح وکیل خواهان خانم م.م. اعلام نموده موکل بنده در تاریخ ۸۸/۷/۱ با خوانده ازدواج نموده در زمانی که زفاف صورت نگرفته بود متوجه شده که همسرش باکره نمی باشد لذا فوراً اقدام به فسخ نکاح نمود با توجه به اینکه وکیل خواهان اظهار داشته عقد متبانیاً بر باکره بودن منعقد گردیده که همان شرط بنائی است این موضوع مصداق تخلف از شرط صفت می باشد معنا و مفهوم شرط بنایی یا همان وصف مورد تبانی صفتی است که در عقد تصریح نشده ولی پیش از آن بر دو طرف نسبت به چگونگی و اثر آن گفتگو و توافق کرده اند و عقد را بر مبنای همان گفتگوها واقع ساخته اند و در عقد گنجانده نشده است لذا می توان با استناد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی عقد نکاح را فسخ نمود. لذا با عنایت به مراتب مرقوم و دفاعیات موجه و مقرون به صحت وکیل خواهان نظریه کمیسیون پزشکی قانونی به شماره ۱۱۷/۱۵۶ ک ۸۹ مورخ ۸۹/۱۱/۶ که صراحتاً بیان نموده آثار جراحت قدیمی روی پرده بکارت مشهود است که مورد ترمیم قرار گرفته و با توجه به مسئله ۱۳ تحریر الوسیله حضرت امام (ره) و مستنداً به ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی نکاح فی مابین طرفین دعوی را فسخ شده و منحل اعلام می نماید رأی صادره قابل تجدیدنظر در محاکم تجدیدنظر استان خوزستان است خانم ز.خ. با وکالت خانم پ.ن. از رأی صادره تجدیدنظر خواهی نموده شعبه پنجم دادگاه تجدیدنظر نیز با اعلام ختم رسیدگی به استدلال به اینکه عقد نکاح طرفین با وصف باکره بودن زوجه منعقد گردیده و متبانیاً بر آن واقع شده و طبق نظریه کمیسیون پزشکی قانونی آثار جراحت قدیمی روی پرده بکارت مشهود است که مورد ترمیم قرار گرفته است لذا نظر به اینکه نکاح متبانیاً بر باکره بودن زوجه منعقد گردیده و طبق نظریه پزشکی مذکور زوجه باکره نمی باشد اعتراض تجدیدنظر خواه وارد نیست رأی صادره عیناً تأیید می گردد مجدداً خانم ز.خ. از رأی صادره فرجام خواهی نموده دیوان عالی کشور چنین رأی می دهد: باملاحظه دادنامه فرجام خواسته و مبانی صدور آن و محتویات پرونده اعتراضات و جهات فرجام خواهی فرجام خواه منطبق با شقوق ماده ۳۷۱ و مفاد ماده ۳۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی نمی باشد. دادنامه فرجام خواسته ابرام می گردد.

نکته‌ی قابل‌بحث دیگر حدود شرط ضمنی است، به نظر می‌رسد برای تشخیص حدود شرط ضمنی به عرف، قانون، انگیزه‌های طرفین و مبانی فکری و اخلاقی حاکم بر متعاقبین باید توجه نمود. در این راستا، اگر طرفین انگیزه و قصد خاصی نداشته باشند باید سراغ معیارهای عرفی رفت. در این باره یکی از فقیهان چنین می‌گوید: «شروط ضمنی، از مدلولات عرفی لفظ هستند و تفاوتی نمی‌کند که متعاقبین این شروط را قصد کرده باشند یا قصد نکرده باشند.» (نائینی میرزا ۱۳۷۳، ۱۲۴) بنابراین در صورتی که طرفین جاهل به شرط ضمنی باشند، این شرط بر آنها تحمیل می‌شود. این سخن مورد تأیید قانونگذار واقع شده است. «در ماده ۳۵۶ قانون مدنی چنین مقرر شده است: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن، دلالت بر دخول آن در مبیع، نماید داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگرچه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگرچه متعاملین جاهل بر عرف باشند. در تکمیل این ماده ۳۵۷ چنین بیان می‌کند: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت، جزء یا تابع مبیع شمرده نشود، داخل در بیع نمی‌شود، مگر اینکه صریحاً در عقد ذکر شده باشد.» در نتیجه برای احراز شرط ضمنی سلامت عرفی باید به عرف رایج آن جامعه رجوع شود. در کشورهای اسلامی، دختری که برای اولین بار ازدواج می‌نماید، عرفاً، باکره محسوب می‌شود. ولی ممکن است در کشورهای اروپایی وصف بکارت وجود نداشته باشد.

### ۳-۴- رویه قضایی در تخلف از شرط وصف ضمنی سلامت عرفی و سلامت بنایی زوجین

بخش اعظم آراء قضایی در خصوص فسخ نکاح در بیماری‌های زوجین مربوط به تخلف از وصف ضمنی سلامت زوجین می‌باشد. معیار تشخیص وصف سلامت ضمنی در عقد نکاح، عرف می‌باشد و عرف نیز در جوامع و فرهنگهای مختلف، متفاوت است. همچنین چون در لزوم شرط وصف سلامت ضمنی عرفی و شرط بنایی در فقه و قانون اختلاف نظر است. مشهور فقها، شرط بنایی سلامت و شرط سلامت ضمنی عرفی را الزام آور نمی‌دانند و تنها شرطی را الزام آور می‌دانند، که به صورت صریح یا توصیف ضمن عقد نکاح ذکر شده باشد.

قانون مدنی چنانچه گذشت، خلاف نظر مشهور فقها، شرط ضمنی عرفی و شرط بنایی را الزام آور دانسته و تخلف از آن را موجب فسخ نکاح بیان نموده است. این امر باعث شده، در احراز وصف ضمنی سلامت عرفی و وصف سلامت بنایی عقد نکاح، بین قضات دادگاه‌های تالی و عالی، اختلاف نظر به وجود بیاید. به عنوان مثال در خصوص فسخ نکاح به علت وجود بیماری صرع در زوجه قبل از عقد نکاح، و عدم اطلاع زوج، دادگاه بدوی، بیماری صرع را به استناد اینکه جزو عیوب موجب فسخ نکاح (ماده ۱۱۲۳ ق.م) نیست، موجب فسخ نکاح نمی‌داند و حکم به عدم فسخ نکاح می‌دهد و قضات دادگاه تجدید نظر، با استناد به ماده ۱۱۲۸ ق.م و فقدان وصف سلامت ضمنی عرفی و بنایی رأی بر فسخ نکاح می‌دهند. و قضات دیوانعالی، شرط تحقق ماده ۱۱۲۸ ق.م. را اشتراط شرط وصف سلامت به صورت

صریح یا توصیف ضمن عقد نکاح می‌دانند و به علت عدم احراز آن، رأی صادره را نقض و به شعبه هم عرض ارسال می‌نمایند.<sup>۱</sup> طبق، دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۴۲ مورخ ۱۳۹۳/۶/۱۸ صادره از شعبه ۲۳ دیوانعالی کشور « وصف سلامت از بیماری صرع از جمله مواردی که عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد، نیست بنابراین امکان فسخ نکاح براساس آن وجود ندارد.»

در پرونده مشابه دیگری، با موضوع درخواست فسخ نکاح زوجه به علت بیماری صرع، قضات دادگاه بدوی، تجدید نظر و دیوانعالی کشور، بیماری صرع را به استناد ماده ۱۱۲۸ ق.م. و تخلف از شرط وصف سلامت ضمنی عقد نکاح، موجب فسخ نکاح دانسته و رأی بر فسخ نکاح صادر نمودند.<sup>۲</sup> همانگونه که در

<sup>۱</sup> دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۸۳۰۰۳۴۲ مورخ ۱۳۹۳/۶/۱۸ صادره از شعبه ۲۳ دیوانعالی کشور: زوج، آقای ح.ج. دادخواستی به طرفیت خانم زب. به خواسته صدور حکم بر فسخ نکاح به لحاظ بیماری تشنج و مشکلات روحی و روانی، تقدیم دادگاه عمومی نموده و توضیح می‌دهد در زمان عقد جاهل به بیماری مذکوره بوده لذا تقاضای صدور حکم فسخ نکاح نموده است. رئیس مرکز پزشکی قانونی مبنی بر اینکه خانم زب. از یک سال قبل با تشخیص بیماری صرع تحت درمان می‌باشد، ارائه شد. دادگاه اعلام کرد علی فرض اثبات بیماری اعلامی از سوی پزشکی قانونی چون از موارد فسخ نکاح مندرج در ماده ۱۱۲۳ ق.م. محسوب نمی‌گردد و به لحاظ حصری بودن موضوعات مندرج در متن قانون قابلیت تسری به سایر موارد را ندارد. لذا دعوی خواهان غیر وارد تشخیص حکم بر بطلان دعوی وی صادر گردیده است وکیل خواهان از دادنامه فوق الذکر تجدیدنظرخواهی کرده و شعبه دهم دادگاه تجدیدنظر نظر به اینکه طبق ماده ۱۱۲۸ ق.م. و نظر به اینکه یکی از اوصافی که متبایناً در زن شرط است عاری بودن مشارالیها از بیماری صعب‌العلاج یا لاعلاج مانند صرع می‌باشد و در مانحن فیه پزشکی قانونی ابتلا زوجه به بیماری صرع را تأیید و زمان حدوث آن را یک سال قبل از معاینه اعلام کرده و زوجه ابتلا به بیماری موصوف را در زمان عقد پذیرفته ولی دلیلی که مؤید اطلاع زوج از صرع وی باشد ارائه نکرده است بنا به مراتب تجدیدنظرخواهی را وارد تشخیص و حکم بر فسخ نکاح بین طرفین را صادر و اعلام نموده است وکلای خانم زب. از دادنامه فوق فرجام خواهی نموده رأی را مخدوش اعلام و درخواست نقض نموده است. هیئت شعبه دیوانعالی، اعتراض فرجامی وارد و دادنامه فرجام خواسته ملاً مخدوش بوده و قابلیت ابرام ندارد زیرا استدلال دادگاه تجدیدنظر در خصوص اینکه موضوع صرع از مواردی است که عقد متبایناً بر آن صادر گردیده است صحیح نیست، چون لازم است اشتراط به یکی از انحاء سه گانه (شرط ضمن عقد، ذکر به هنگام عقد، توصیف قبل از عقد به نحوی که عقد متبایناً بر آن جاری گردد.) احراز گردد و در مانحن فیه دلیل اثباتی بر این مسئله مشاهده نگردید. لذا دادنامه فرجام خواسته نقض و پرونده جهت رسیدگی به یکی از شعب هم عرض صادرکننده رأی منقوض ارجاع می‌گردد.»

<sup>۲</sup> دادنامه شماره 9309970925700137 مورخ 1393/11/29 صادره از شعبه ۴۲ دیوانعالی کشور: خواهان آقای الف. غ. دادخواستی به خواسته فسخ نکاح، به لحاظ ابتلاء به بیماری صرع به طرفیت زوجه تقدیم نموده و به استناد ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، تقاضای صدور حکم بر فسخ نکاح نمود. دادگاه عمومی، زوجه را به پزشکی قانونی معرفی نموده است. پزشکی قانونی اعلام داشته که «حسب نوار مغزی جدید انجام گرفته، نامبرده مبتلا به بیماری صرع (امواج مغزی غیرطبیعی) می‌باشد که با دارو قابل کنترل است و باید حداقل تا دو سال تحت درمان دارویی مرتب قرار داشته باشد.» دادگاه با استدلال به اینکه: اولاً: بیماری صرع زوجه قبل از عقد وجود داشته و به اطلاع زوجه و خانواده ایشان نیز نرسیده است. ثانیاً: زوج به محض اطلاع و اطمینان از بیماری زوجه مراتب اعتراض خود را به اطلاع پدر زوجه رسانده است و به لحاظ اینکه نتوانسته‌اند به توافق در حل مشکل برسند، به ناچار دادخواست تقدیم داشته است. ثالثاً: هرچند بیماری صرع جزو بیماری‌های منصوصه شرعی و قانونی موجب فسخ نکاح نمی‌باشد، اما با توجه به اظهارات زوج و پدر ایشان و اینکه صفت سالم بودن که به دلیل تفاهم عرفی نیز جزء شروط ضمنی عقد بوده، خواه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل شود و خواه هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال یا

آراء ذکر شده، مشخص گردید، در یک نوع بیماری، «صرع» در دو پرونده قضایی، دو نوع رأی متعارض صادر گردیده است. بدیهی است که بهترین و سهلترین راه برای جلوگیری از صدور آراء متعارض قضایی و اطلاع دادرسی، در عیوب غیر موجب فسخ نکاح، درج شرط وصف سلامت زوجین ضمن عقد نکاح است. البته وصف سلامت کامل زوجین، ضمن عقد نکاح، موجب فسخ نکاح در هر بیماری کم‌اهمیتی نمی‌گردد، بلکه عرف، اصل را بر سلامت زوجین از عیوبی می‌داند که زندگی زوجین، با دارا بودن آن بیماری از حالت عادی و قابل تحمل، برای طرف دیگر خارج شود و موجب ورود ضرر و عسر و حرج طرف مقابل شود. به نحوی که، اساس زندگی زناشویی و تعامل و محبت و سکون و آرامش زندگی را تحت تأثیر قرار دهد و برای طرف مقابل غیر قابل تحمل باشد. از این رو ضروری است، ضمن عقد نکاح شرط وصف «سلامت زوجین از بیماری‌های مضر صعب‌العلاج و لا علاج و مخل روابط زناشویی» درج گردد.

#### ۴- فسخ نکاح در بیماری‌های زوجین به سبب خیار تدلیس

فقه‌های امامیه، تدلیس در صفات را از موجبات فسخ نکاح دانسته و منشأ خیار را تخلف از شرط وصف یا ظاهر قرار داده‌اند و بلکه اثبات تدلیس را همانا قراردادن شرط صفت کمال و موجود نبودن آن صفت دانسته‌اند. همچنین احکام تدلیس در عیوب نیز جاری است. «(نجفی ۱۳۶۶، ۳۶۲؛ کرکی ۱۴۱۴، ۲۸۸). تدلیس، به‌طور معمول با پنهان کردن عیوب و بیماری‌های زوجین و بیان برخی صفات نا موجود، تحقق پیدا می‌کند. اما در خصوص اینکه آیا بیماری‌های پنهان شده اختصاص به عیوبی دارند که قانونگذار وجود آنها را در زن یا مرد موجب حق فسخ دانسته است یا شامل مخفی نمودن هر نوع بیماری می‌باشد، محل بحث و اختلاف است. همچنین اگر یکی از زوجین خود را به صفت خاصی (مانند، وصف سلامت) توصیف نماید که فاقد آن است، آیا با استناد به خیار تدلیس حق فسخ برای طرف مقابل ایجاد می‌شود؟

#### ۴-۱- انواع تدلیس در عیوب و بیماری‌های زوجین

تدلیس در عیوب و بیماری‌های زوجین انواع مختلفی دارد که در ادامه به بیان آن می‌پردازیم

سیره عرفی و یا قوانین دیگر استنباط شود که با ملاک اراده باطنی متعاقدين و حاکمیت اراده و لازم‌الاجرا بودن شروط بنایی که در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی پذیرفته شده، موافق به نظر می‌رسد و عنایتاً به اینکه قبول حق فسخ با مبانی قواعد شرعی لاجرح و لاضرر نیز سازگار می‌باشد، با احراز فوریت امر، مستنداً به ماده ۱۱۲۸، ۴۴۰ و ۱۱۳۱ قانون مدنی، حکم به قبول فسخ نکاح زوجین مترافعین صادر نموده است. پس از ابلاغ رأی وکیل خواهان نسبت به رأی صادره اعتراض نموده و اجمالاً دادگاه تجدید نظر، با رد اعتراض، دادنامه تجدیدنظر، خواسته را تأیید نموده است. پس از ابلاغ رأی تجدیدنظر، وکیل زوجه محکوم‌علیها با تقدیم دادخواست فرجامی نسبت به رأی صادره اعتراض نموده، شعبه ۴۲ دیوانعالی کشور، اعلام نمود: با توجه به نظریات پزشکی قانونی در خصوص وجود بیماری صرع در زوجه قبل از وقوع عقد نکاح بین زوجین و احراز عدم علم و اطلاع زوج از آن و شمول حق فسخ موضوع ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، رأی فرجام‌خواسته ابرام می‌گردد.

#### ۴-۱-۱- تدلیس با پنهان کردن بیماری‌های موجب فسخ

بدون تردید اگر، تدلیس ناظر به پنهان کردن یکی از عیوب موجب فسخ باشد، سبب ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر عقد نکاح خواهد بود، به طوری که حتی، برخی از حقوقدانان تدلیس را در صورتی موجب خیار فسخ دانسته‌اند که باعث مخفی ماندن یکی از عیوب پیش‌بینی شده در قانون گردد. و بیان نکردن خیار تدلیس در نکاح را نیز بر این اساس توجیه کرده‌اند که خیار عیب و تخلف از شرط صفت، تمام آثار عملی خیار تدلیس را دارد. (کاتوزیان ۲۰۷، ۱۳۷۹) به نظر یکی از حقوقدانان، اگر تدلیس با عیب همراه باشد و آن عیب از عیوب موجب حق فسخ باشد، حق فسخ به سبب خیار عیب پدید می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۲۲۰).

#### ۴-۱-۲- تدلیس با پنهان کردن بیماری‌های غیر موجب فسخ

پرسشی که مطرح می‌شود، این است که اگر یکی از زوجین هنگام عقد نکاح، مبتلا به بیماری مضر و مهملکی باشد که از بیماری‌های موجب حق فسخ نباشد، وبا پنهان کردن بیماری خود، طرف مقابل را فریب داده باشد، آیا فریب‌خورده می‌تواند به استناد خیار تدلیس، عقد نکاح را فسخ کند؟ مشهور فقها تدلیس در عیوب غیر منصوصه و صفات کمال را در صورتی موجب فسخ نکاح دانسته‌اند که عدم نقص یا وجود صفت کمال در عقد به نحو اشتراط، خواه به طور صریح و خواه به طور تبانی که در حکم اشتراط است ذکر شده باشد. اما در غیر این صورت، به صرف تدلیس برای فریب خورده حق فسخ وجود ندارد. (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ۱۳۹۱۴۰؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵، ۴۵۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ۲۹۶؛ صافی گلپایگانی، ۴۵۳۴۵۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ۱۳۶۱۳۷؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۷۵، ۱۶۰). مشهور حقوق‌دانان تدلیس را در کنار دو عامل دیگر، موجب فسخ نکاح دانسته‌اند. به عبارت دیگر، آنان موجبات فسخ نکاح را سه مورد برشمرده‌اند: ۱ خیار عیب؛ ۲ خیار تخلف از شرط صفت؛ ۳ خیار تدلیس (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۲۷۹؛ مهرپور، ۱۳۷۹، ۱۱۳؛ مدنی، ۱۳۸۵، ۴۰؛ شریف، ۱۳۸۶، ۸۵؛ لطفی، ۱۳۸۹، ۲۱). این در حالی است که در قانون مدنی ماده‌ای در خصوص خیار تدلیس در نکاح وجود ندارد و نظر مشهور فقها بر عدم استقلال تدلیس در فسخ نکاح تعلق گرفته است. حقوق‌دانان به ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، استناد کرده‌اند؛ زیرا عقد نکاح با تدلیس، بر مبنای وجود صفتی خاص (سلامت زوجین از بیماری‌های مضر صعب العلاج و محل روابط زناشویی) واقع شده، به گونه‌ای که رغبت به ازدواج بر پایه آن صفت حاصل شده، به نحوی که بدون وجود آن صفت، شخص راضی به انعقاد عقد نکاح نمی‌شد. (شایگان، ۱۳۳۱، ۳۴۳۳۴۴؛ امامی، ۱۳۵۴، ۴۷۰۴۷۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۲۸۵؛ صفائی و امامی، ۱۳۷۹، ۱۹۱؛ لطفی، ۱۳۸۹، ۳۳-۳۴). بنابراین حقوق‌دانان مستند قانونی خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت را یکی دانسته و ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی را موجد هر دو خیار دانسته‌اند؛ زیرا خیار عیب و خیار تخلف از شرط صفت تمام آثار عملی خیار تدلیس را دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۲۸۵).

به نظر می‌رسد که از ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی خیار تدلیس استنباط نمی‌شود؛ زیرا در این ماده صراحتاً آمده است که خیار فسخ در صورتی وجود دارد که وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد بر مبنای آن واقع شده باشد. در صورتی که اختلاف در جایی است که تدلیس بدون شرط صریح یا ضمنی به وقوع پیوسته باشد. پس چگونه می‌توان مستند خیار تدلیس را در جایی که صفت کمال یا عدم عیب، بدون شرط صریح یا ضمنی در عقد آمده است، ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی دانست؟ از طرف دیگر در تدلیس عنصر روانی قصد فریب و سوء نیت شرط است، در حالی که ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی قصد فریب را شرط تحقق خیار قرار نداده است. پس چگونه می‌توان این ماده را که عنصر روانی یعنی قصد فریب را شرط تحقق خیار قرار نداده است، مستند خیار فسخ در تدلیس قرار داد، در حالی که شرط تحقق تدلیس، قصد فریب است.

#### ۴-۱-۳- تدلیس با اوصاف کمالیه

منظور از تدلیس با اوصاف کمالیه، این است که یکی از زوجین دارای صفت کمالی معرفی شود که فاقد آن است. چنانکه مرد خود را برخلاف واقع دارای ثروت و یا موقعیت اجتماعی خاص معرفی کرده و به این ترتیب، طرف دیگر را به قبول ازدواج ترغیب نماید، یا زن برخلاف واقع، خود را دوشیزه معرفی کند. نکته‌ای که در این زمینه باید به آن توجه کرد، آن است که ملاک صفات کمالیه، عرف شمرده می‌شود و همانند عیوب می‌تواند ناظر به صفات جسمانی باشد یا صفات معنوی، و همچنین از اوصافی باشد که در نظر عرف و همچنین در نظر شخص طرف عقد موجب ترغیب او به ازدواج باشد، به طوری که اگر این توصیف صورت نمی‌گرفت، او حاضر به ازدواج نمی‌شد. نکته قابل توجه دیگر درباره تدلیس با اوصاف کمالیه، در خصوص فرق این مورد با خیار تخلف وصف در ماده ۱۱۲۸ ق. م. است که در راستای تمایز آن دو باید گفت: در مواردی که شخص خود را متصف به وصفی معرفی می‌کند، بدون آنکه از فقدان آن در خود باخبر باشد و بعد از عقد نکاح فقدان آن معلوم شود، طرف دیگر با استناد به خیار تخلف وصف یاد شده در ماده ۱۱۲۸ ق. م، می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند، اما خیار تدلیس در دسترس نخواهد بود؛ مانند آنکه دختری خود را باکره معرفی می‌کند، حال آنکه بکارت او در دوران کودکی در اثر پرش یا ورزش زایل شده و خود وی نیز از آن آگاه نیست. نکته دیگر اینکه تدلیس ناظر به اوصاف فرعی است که وارد قلمرو تراضی طرفین می‌شود و با فقدان آنها طرف دیگر حق فسخ نکاح را پیدا می‌کند، اما اگر تدلیس موجب اشتباه اساسی و مهمی شود، در این صورت نمی‌توان عقد نکاح را فسخ شدنی دانست، بلکه در اینگونه موارد عقد باطل است نه فسخ شدنی (صفایی و امامی، ۳۱۱، ۱۳۸۴).

#### ۴-۱-۴- تدلیس با سکوت از بیان بیماری

باتوجه به اینکه برخی از حقوقدانان تدلیس را اظهار صفت کمال یا اخفای صفت نقص یا عیب معنی

کرده و برای تحقق آن، انجام عملیات فربیکارانه را ضروری دانسته‌اند، پرسش این است که اگر یکی از زوجین هنگام عقد نکاح مبتلا به بیماری مضر و مهلکی باشد و از بیان بیماری خود، امتناع کند، یا در مواردی که طرف مقابل او را سالم می‌پندارد؛ سکوت اختیار کند، آیا تدلیس تحقق یافته و فربیب خورده می‌تواند به استناد آن عقد نکاح را فسخ کند؟

برخی از فقهاء اگرچه به صراحت دربارهٔ تدلیس با سکوت، سخن نگفته‌اند، اما از بیان آنان چنین برمی‌آید که تدلیس با سکوت تحقق نمی‌یابد؛ زیرا به نظر ایشان شرط تحقق تدلیس، اشتراط صفات کمالیه یا عدم عیوب مورد نظر در ضمن عقد نکاح است. بنابراین، هرگاه چنین اشتراطی نباشد، تدلیس منتفی می‌شود و چون در سکوت، بحث از اشتراط منتفی است، تدلیس نیز منتفی خواهد بود. مرحوم صاحب جواهر، بین دو مورد قائل به تفکیک شده است. بدین ترتیب که اگر سکوت ناظر به صفات کمال باشد، بدون تردید تدلیس محقق نمی‌شود، اما اگر سکوت مربوط به عیوب باشد و سکوت‌کننده نیز آگاه از عیب باشد، از جمله آنکه خود زوجه باشد یا ولی او، تدلیس محقق است (نجفی، ۱۳۹۴، ۳۶۳-۳۶۲). برخی از فقهای معاصر تحقق تدلیس با سکوت را دربارهٔ عیوب (موجب فسخ نکاح) پذیرفته‌اند. البته به شرط اینکه اولاً: سکوت‌کننده علم به عیب داشته باشد؛ ثانیاً: عیب یاد شده از زوج مخفی و پنهان باشد؛ ثالثاً: زوج معتقد به بی‌عیب بودن زوجه باشد (موسوی خمینی، ۱۴۱۷، ۲۹۵). از بیان ایشان روشن می‌شود که در جانب صفات کمالیه، سکوت موجب تحقق تدلیس نیست، زیرا در این صورت توصیف زن به صفات یاد شده، لازمهٔ تحقق تدلیس است و با وجود توصیف، سکوت معنا و مفهومی نخواهد داشت. همچنین، سکوت زوجه یا ولی او دربارهٔ نقص و عیوب غیر موجب فسخ، و با اعتقاد زوج به فقدان آن عیب یا نقص، موجب حق فسخ زوج نخواهد بود و سکوت زوجه یا ولی او در خصوص فقدان صفت کمالیه‌ای که زوج معتقد به وجود آن در زوجه است، تدلیس محقق نخواهد بود (همان، ۲۹۶). برخی از فقهای امامیه، تدلیس را به‌گونه‌ای معنی کرده‌اند که از آن چنین برمی‌آید سکوت، به‌خصوص دربارهٔ عیوب، از مصادیق تدلیس است. زیرا به نظر آنان، تدلیس عبارت از اظهار نکردن عیب با علم به عیب است، نه اظهار به نداشتن عیب و صحت علی‌رغم وجود آن. (خوانساری، ۱۴۰۵، ۳۷۵)

برخی حقوقدانان، سکوت از بیماری‌های زوج یا زوجه را تدلیس دانسته و در واقع آن را از مصادیق تدلیس به ترک فعل مطرح کرده‌اند و از ظاهر بیان ایشان چنین برمی‌آید که مطلق سکوت، موجب تدلیس است، اعم از آنکه دربارهٔ عیوب یاد شده پرسشی مطرح شده باشد یا نه (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ۲۲۰). در مقابل، برخی نویسندگان صرف سکوت، در خصوص عیب را موجبی برای خیار فسخ نمی‌دانند (لطفی ۱۳۸۹، ۳۴). بلکه به نظر آنان، عمل منفی یا ترک عمل در صورتی ممکن است موجب تدلیس شود که شخص به دلیلی، مکلف به انجام آن بوده باشد؛ مانند بیان نکردن بیماری‌های مرد یا زن در مقامی که باید بیان شود. برای نمونه شخص دربارهٔ ازدواج با مرد یا زنی، با فردی که به او اعتماد دارد مشورت کند و آن فرد با علم به عیوب او و سکوت دربارهٔ آن، ازدواج را صلاح بداند. اما هرگاه در یکی از

نامزدها عیبی وجود داشته باشد که از عیوب موجب خیار فسخ نکاح نباشد، و نامزد دیگر یا کسی که موجب انعقاد نکاح می‌شود، اظهاری نکنند، از موارد تدلیس شمرده نمی‌شود. همچنین است، هرگاه یکی از نامزدها صفت کمالی را در دیگری تصور کند یا کسی که موجب انعقاد نکاح می‌شود، با علم به بودن آن صفت و آگاهی بر تصور طرف خود، سکوت اختیار کند (امامی، ۱۳۶۸، ۴۷۰). برخی از حقوقدانان دربارهٔ تحقق تدلیس با سکوت بین دو مورد، قائل به تفکیک شده‌اند؛ به این معنا که اگر نقص آن گونه باشد که عادتاً قابل مسامحه نیست (مثل نابینایی یک چشم همسر یا وجود یک پای مصنوعی) و با آگاهی از آن اغلب ازدواج صورت نمی‌گیرد، سکوت دربارهٔ آن را می‌توان تدلیس به‌شمار آورد (صفایی، ۱۳۸۷، ۱۹۵). اما اگر نقص از جمله نقص‌هایی باشد که عادتاً قابل مسامحه باشد، در این صورت سکوت را نمی‌توان تدلیس به حساب آورد. برخی نویسندگان نیز سکوت را در صورتی موجب تحقق تدلیس می‌دانند که عیب موجود در زمره‌ی عیوبی باشد که عرفاً قابل مسامحه نیست و با آگاهی دادن از آن غالباً ازدواج صورت نمی‌گیرد (صفایی و امامی ۱۳۷۵، ۱۹۲). هم‌چنین معتقدند چنانچه شخص به واسطه‌ی اوضاع و احوال خاص یا بر اساس شروط ضمنی یا بنایی و یا عرف و عادت مکلف به بیان واقع باشد، سکوت وی نسبت به بیان واقعیت، مصداق تدلیس است (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴، ۳۱۴). برخی نیز با تفکیک میان عیوب ظاهری و مخفی، فرد را مکلف به بیان عیوب مخفی دانسته و تخلف از آن را مصداق تدلیس تلقی می‌نمایند (کاتوزیان ۱۳۸۲، ۳۳۰).

به نظر می‌رسد، در فرض سکوت یکی از زوجین نسبت به وجود بیماری مضر و مهلکی (مانند ایدز) که عرفاً و عادتاً قابل مسامحه نیست و اگر طرف مقابل علم به آن داشت اقدام به انعقاد عقد نکاح نمی‌نمود، برای طرف مقابل حق فسخ است و سکوت راجع به غیر این عیوب موجبی برای حق فسخ نکاح نمی‌باشد.

#### ۴-۲- رویه قضایی در تدلیس به سبب بیماری‌های زوجین

همان گونه که آورده شد یکی از دعاوی رایج در محاکم خانواده، دعاوی فسخ نکاح به سبب تدلیس از سوی یکی از زوجین و یا احیاناً ثالث است. رویه‌ی قضایی در این خصوص متفاوت است. برخی مراجع قضایی میان فسخ نکاح به سبب تدلیس و تخلف از وصف خلط کرده و دعاوی مشمول عنوان تدلیس را، در قالب خیار تخلف از وصف پیگیری کرده، و بر این مبنا حکم می‌دهند، این در حالی است که میان این دو قسم خیار، چنانچه ذکر گردید، تفاوت است و حداقل آنکه، تحقق تدلیس مستلزم سوءنیت در پنهان داشتن نقص یا عیب موجود و یا نمایاندن صفت کمال مفقود است.

الف- برخی از قضات برای تحقق تدلیس، طبق ماده ۴۳۸ ق. م. و وجود عملیات متقلبانه را جهت احراز تدلیس، ضروری می‌دانند و با احراز عملیات متقلبانه در پنهان داشتن بیماری، به استناد مواد ۴۳۸ و



۱۱۲۸ ق.م. رأی بر فسخ نکاح صادر می‌نمایند. مانند پوشاندن بیماری پوستی زوجه، با آرایش و اختفاء آن از زوج<sup>۱</sup>

ب- برخی قضات، در برخورد با این دعاوی، تدلیس در کتمان و یا سکوت از بیان بیماری را، به سبب فقدان وصف سلامت بنائی یا وصف ضمنی سلامت عرفی، موجب تدلیس در نکاح دانسته و به استناد ماده ۱۱۲۸ ق.م. حکم به فسخ نکاح صادر می‌کنند. مانند صدور حکم فسخ نکاح به علت تدلیس در کتمان بیماری اعتیاد زوجه.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> دادنامه ۹۲۰۹۹۸۰۲۵۰۶۰۱۸۹۵ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲۸ صادره از شعبه ۴۷ دادگاه تجدید نظر: «آقای ر. و. فرزند م. با وکالت خانم غ. به طرفیت خانم م. ن. فرزند ج. تقاضای صدور حکم بر فسخ نکاح به دلیل تدلیس ناشی از مخفی نمودن بیماری پوستی لاعلاج نمود، زوجه، را نمود. دادگاه بدوی به استناد مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۳۱ و ۱۲۵۸ و ۱۳۲۱ قانون مدنی حکم بر فسخ عقد ازدواج میان زوجین صادر و اعلام می‌نماید. از رای صادره تجدید نظر خواهی می‌شود. استدلال دادگاه تجدید نظر این است، که فوریت عرفی در اعمال حق فسخ رعایت شده است وبعلاوه خواسته زوج فسخ نکاح به دلیل تدلیس می‌باشد و تدلیس عملیاتی است که موجب فریب طرف می‌شود. و از آنجائیکه در عقد نکاح بنای طرفین بر این امر استوار است که زوجین از سلامت جسمی و روانی کامل برخوردار باشند بنا براین در صورتی که مطابق ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی صفت خاصی در عقد صریحا «شرط نشده لیکن از اوضاع و احوال بر می‌آید که این صفت منظور طرفین بوده و عقد متباین « برآن واقع شده و بعد از عقد معلوم گردد، طرف مذکور فاقد وصف بوده است، برای طرف دیگر حق فسخ وجود دارد و در ما نحن فیه براساس نظریه پزشکی قانونی زوجه مبتلا به بیماری پوستی نوروفیبروماتوز بوده است که غیر قابل علاج و ژنتیکی و قابل سرایت به فرزندان بوده و بیش از یک سوم از بدن زوجه را فرا گرفته است و زوجه نیز آگاهی کامل به آن داشته و با انجام عملیاتی آن را از دید زوج مخفی نموده است و حداقل و در مورد آن سکوت اختیار نموده است. لذا مورد از مصادیق بارز ماده ۴۳۸ قانون مدنی بوده است. بنابراین وفق ماده ۴۳۸ قانون مدنی رأی تجدید نظر خواسته را که صحیحا «و موجها» اصدار یافته است تأیید می‌نماید.»

<sup>۲</sup> شعبه اول دیوانعالی کشور طبق دادنامه شماره 9309970906100616 مورخ 1393/10/20: «آقای الف. ر. دادخواستی به طرفیت خانم ر.س. به خواسته فسخ نکاح به لحاظ تدلیس تقدیم و بدین بیان داشته که پس از ازدواج متوجه گردیده که زوجه قبل از ازدواج معتاد به هروئین بوده و موضوع را از وی مخفی کرده بود و بعد از آن هم اعتیاد وی ادامه دارد و خود ایشان هم به این امر اقرار دارد لذا به لحاظ تدلیس ازدواج، خواهان فسخ نکاح است، دادگاه بدوی با استناد به اینکه اعتیاد به مواد مخدر از موارد عیوب مجوز فسخ صریح در قانون مدنی نیست حکم به رد دعوی خواهان صادر نموده است. در ادامه زوج از دادنامه صادره تجدیدنظرخواهی نمود. دادگاه تجدیدنظر، اعتراض را وارد ندانسته دادنامه معترض‌عنه را تأیید و استوار می‌نماید. وکیل خواهان ضمن فرجام‌خواهی بیان داشته که اگر موکل می‌دانست که همسرش دارای اعتیاد است هرگز با او ازدواج نمی‌کرد، شعبه اول دیوانعالی، چنین رأی داد. مستفاد از مفهوم ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی بالأخص قسمت اخیر آن و با عنایت به عرف ساری و جاری در جامعه اصولاً از صفات بدیهی و آشکاری که عقد ازدواج متبانی بر آن واقع می‌شود سلامت جسمی و روحی طرفین عقد است و چون از اولیات و بدیهیات محسوب می‌شود، لذا قاطبه مردم لزومی به مطرح کردن آن به‌عنوان صفت خاص شرط ضمن عقد، احساس نمی‌کنند و در قضیه مانحن‌فیه نیز چنین است زیرا اعتیاد در جامعه زنان امری است بعید، و روح حاکم بر فرهنگ جامعه پذیرای چنین مطلبی نبوده و از طرف دیگر اعتیاد، نه تنها سلامت جسمی بلکه سلامت روحی و روانی را تحت‌الشعاع خود قرار می‌دهد و لذا با توجه به مراتب فوق وجود سلامت و عدم اعتیاد به مواد مخدر از شروط بنایی عقد محسوب می‌شود، قطعاً اعتیاد زوجین و پنهان ساختن امر از موارد تدلیس می‌باشد. بناء علی‌هذا وفق ماده

ج - برخی قضاات، در برخورد با دعاوی راجع به تدلیس در نکاح، صرف سکوت نسبت به عیب موجود و یا وصف کمال مفقود را ولو با اعتقاد طرف مقابل به فقدان عیب و یا وجود وصف کمال، برای تحقق تدلیس کافی ندانسته و برای تحقق تدلیس وجود عملیات متقلبانه را ضروری می‌دانند و بر این اساس، حکم به رد دعوی فسخ نکاح خواهان، صادر می‌کنند. مانند رد دعوی فسخ نکاح به سبب اختفای بیماری هیپاتیت زوجه.<sup>۱</sup>

### نتیجه گیری

مشهور حقوقدانان قائل به استقلال خیار تدلیس از خیار عیب و تخلف از شرط صفت در نکاح هستند. اما، فقهای امامیه، بر خلاف نظر مشهور حقوقدانان، تدلیس در نکاح را، مستقلاً موجب فسخ نکاح در نظر نمی‌گیرند، بلکه تدلیس را در صورت بازگشت به عیوب مجوز فسخ نکاح یا تخلف از شرط وصفی، که به صورت صریح یا توصیف ضمن عقد نکاح بیان شده باشد، موجب فسخ نکاح می‌دانند.

طبق عرف، شرط وصف سلامت زوجین از بیماری‌های مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی ضمن عقد نکاح وجود دارد. و هر یک از زوجین بر مبنای آن، عقد نکاح را منعقد می‌نمایند و به علت بدیهی بودن آن از درج آن ضمن عقد نکاح خودداری می‌نمایند. اکثر دعاوی فسخ نکاح به سبب، تدلیس در کتمان بیماری‌های غیر موجب فسخ نکاح می‌باشد. و چون نص صریح قانونی در خصوص تدلیس در نکاح وجود ندارد، در رویه قضایی، شاهد اختلاف نظر بین قضاات می‌باشیم، برخی از قضاات طبق ماده ۱۱۲۸ ق.م. تخلف از وصف ضمنی سلامت عرفی و بنائی را مصداق تدلیس دانسته و برخی به استناد ماده ۴۳۸ ق.م. تحقق تدلیس را مشروط به عملیات متقلبانه دانسته و کتمان و سکوت در بیان بیماری را

۱۱۲۸ قانون مدنی و بند ۲ ماده ۳۷۱ و بند ج ماده ۴۰۱ قانون آیین دادرسی با نقض دادنامه فرجام‌خواسته، پرونده جهت رسیدگی مجدد به محاکم هم‌عرض استان خوزستان ارجاع می‌گردد.

<sup>۱</sup> دادنامه شماره ۸۹۳ مورخ ۹۱/۷/۹ صادره از شعبه ۴ تجدید نظر استان قزوین: « در تاریخ ۹۰/۶/۲۳ زوج دادخواستی به‌طرفیت خانم م. ج. به خواسته فسخ نکاح به جهت ابتلاء زوجه به بیماری هیپاتیت از انواع پیشرفته آن داد. به سبب وقوع تدلیس تقاضای صدور فسخ نکاح نمود، شعبه اول دادگاه از بیمارستان کسری کرج استعلام می‌نماید که در پاسخ اعلام می‌گردد خانم ج. به تشخیص دکتر معالج ایشان نتیجه هیپاتیت مثبت می‌باشد. دادگاه ختم رسیدگی را اعلام و به استناد ماده ۴۳۸ ق.م. با این استدلال که زوجین در خصوص وجود ضایعه یا عدم آن صحبتی به میان نیاورده‌اند و به سکوت برگزار کرده‌اند و در تحقق تدلیس امر عدمی کافی نبوده و لازم است اقدام عملی انجام پذیرد... دعوی را غیر وارد تشخیص و رأی به رد دعوی خواهان صادر می‌کند، زوج نسبت به رأی صادره تجدیدنظرخواهی می‌کند و تقاضای نقض رأی صادره را می‌نماید، رسیدگی در مرحله تجدیدنظر به شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان قزوین محول می‌گردد و این دادگاه به موجب رأی تجدیدنظر خواسته فاقد ایراد عنوان و با رد تجدیدنظرخواهی، آن را تأیید می‌کند، آقای ق. م. با وکالت آقای ح. ف. از رأی دادگاه تجدیدنظر فرجام‌خواهی به عمل می‌آورد و پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و شعبه دیوان، رأی صادره از شعبه چهارم دادگاه تجدیدنظر استان قزوین ابرام می‌کند.

تدلیس نمی‌دانند. برخی از قضات به تبع فقه امامیه، درج وصف سلامت زوجین از بیماری موجود را به صورت صریح یا توصیف ضمن عقد لازمه تحقق تدلیس می‌دانند. و این اختلاف نظرها موجب صدور آراء قضایی متعارضی در رویه قضایی می‌گردد.

لذا جهت جلوگیری از صدور آراء قضایی متعارض در رویه قضایی پیشنهاد می‌شود، با استناد به عمومات خیار تدلیس، مذکور در مواد ۴۳۸ تا ۴۴۰ قانون مدنی و با مراجعه به منابع فقهی، قانونگذار، خیار تدلیس را به عنوان یکی از موجبات مستقل فسخ نکاح، لحاظ نموده و با وضع مقرراتی در خصوص شرایط و آثار تدلیس در عقد نکاح، خلاءهای قانونی مبحث تدلیس در نکاح را پر نماید.

و در شرایط فعلی که نص صریح قانونی در خصوص خیار تدلیس در نکاح نداریم، جهت پایان دادن به اختلاف نظرهای مذکور در رویه قضایی، با اضافه نمودن شرط صریح «سلامت زوجین نسبت به بیماری‌های مضر صعب‌العلاج و مخل روابط زناشویی» به شروط ضمن عقد نکاح مندرج در عقد نامه‌ها، از صدور آراء قضایی متعارض و تبعیض قضایی در احراز وصف سلامت ضمنی عقد نکاح، بین زن و مرد، جلوگیری شود.

## منابع و مأخذ:

### منابع فارسی:

۱. امامی، سید حسن، «حقوق مدنی خانواده»، جلد ۴، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ پنجم، ۱۳۵۴
۲. امامی، سید حسن، «حقوق مدنی»، جلد ۱، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ هفتم، ۱۳۶۸
۳. امامی، سید حسن، «حقوق مدنی»، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، جلد پنجم، ۱۳۷۵
۴. بجنوردی، سید محمد، «مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، اجتماعی»، تهران، انتشارات پژوهشگاه امام خمینی، جلد ۵، ۱۳۸۱.
۵. جعفری لنگرودی (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (پنج جلدی)، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ اول
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «حقوق خانواده»، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۶
۷. دینانی، عبد الرسول، «حقوق خانواده، ازدواج و انحلال آن»، تهران، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، چاپ نخست، زمستان ۱۳۸۷
۸. شایگان، سید علی، «حقوق مدنی ایران»، تهران، چاپخانه مجلس، چاپ چهارم، ۱۳۳۱
۹. شریف، علی، «حقوق خانواده»، زنجان، انتشارات دانش زنجان، چاپ دوم، ۱۳۸۶

۱۰. صانعی، یوسف، «استفتائات قضایی - حقوق مدنی»، تهران، نشر میزان، چاپ نخست، جلد دوم، ۱۳۸۴.
۱۱. صفائی، حسین و امامی، اسدالله، «مختصر حقوق خانواده»، تهران، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۹.
۱۲. صفایی، سیدحسین و دیگران، «بررسی تطبیقی حقوق خانواده»، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ یکم، ۱۳۸۴.
۱۳. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، «مختصر حقوق خانواده»، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۷.
۱۴. علی آبادی، علی، «نظری بر ماهیت و مبانی شروط ضمنی و تبانی»، تهران، مجله ۱۴۳ دادرسی، شماره ۳۵، آذر و دی، ۱۳۸۱.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، «حقوق مدنی خانواده»، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، جلد دوم، ۱۳۷۵.
۱۶. کاتوزیان ناصر، «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۹.
۱۷. کاتوزیان ناصر، «حقوق مدنی خانواده»، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا چاپ ۶، جلد ۱، ۱۳۸۲.
۱۸. لطفی، اسدالله (۱۳۸۹)، «حقوق خانواده»، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول، جلد دوم، ۱۳۸۹.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی، «بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن»، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۲.
۲۰. محقق داماد، سید مصطفی، «بررسی فقهی حقوق خانواده»، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
۲۱. مدنی، جلال‌الدین، «حقوق مدنی» تهران، نشر پایدار، جلد نهم، ۱۳۸۵.
۲۲. موسوی خمینی، روح‌الله، «تحریر الوسیله»، قم، موسسه دارالعلم، جلد ۲، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۲۳. موسوی خمینی، روح‌الله، «ترجمه‌ی تحریر الوسیله»، تهران، موسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، جلد دوم، چاپ سوم، ۱۳۸۹.
۲۴. مهرپور، حسین، «مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی»، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۹.

### منابع عربی:

۲۵. ابن‌منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، «لسان‌العرب» (پانزده جلدی)، بیروت، انتشارات دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ سوم، ۱۴۱۴.
۲۶. اصفهانی، کمپانی، محمدحسین، «حاشیة کتاب‌المکاسب»، قم: محقق، جلد ۵، چاپ اول، ۱۴۱۸.

۲۷. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، «کتاب النکاح»، قم، انتشارات مجمع فکر الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۵.
۲۸. انصاری، مرتضی، «کتاب المکاسب»، قم، چاپخانه باقری، جلد ۶، چاپ ۱، ۱۳۸۵.
۲۹. انصاری، مرتضی، «کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخيارات»، جلد ۵، قم، تحقیق گروه پژوهش در کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵.
۳۰. بحرانی، شیخ یوسف، «حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره» جلد ۵، جلد بیست و چهارم، تحقیق محمد تقی ایروانی، قم، موسسه‌ی نشر اسلامی ۱۴۰۶.
۳۱. خوانساری، سید احمد، «جامع المدارک»، جلد ۴، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵
۳۲. جبعی عاملی، زین‌الدین، «مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام»، جلد ۳، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ یکم، ۱۴۱۴
۳۳. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، «الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه» (ده جلدی)، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰
۳۴. جبعی عاملی، زین‌الدین، «مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام»، جلد ۸، چاپ ۱، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶.
۳۵. جبعی عاملی، «مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام» (پانزده جلدی)، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳.
۳۶. جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، «مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام»، جلد هشتم، قم، تحقیق و نشر موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ نخست، ۱۴۱۶
۳۷. حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»، جلد ۲، تحقیق: سیدصادق شیرازی، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹
۳۸. حلی، حسن ابن یوسف، «قواعد الأحكام فی معرفه الحلال والحرام»، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳
۳۹. حلی (محقق حلی)، نجم‌الدین جعفر بن حسن، «شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام» (چهار جلدی)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸
۴۰. حر عاملی، محمد بن الحسن، «فصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه»، جلد ۱۸، قم، موسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام، ۱۳۷۰
۴۱. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور، «سرائر الحاوی للتحریر الفتاوی»، جلد ۲، چاپ ۲، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱

۴۲. سبحانی تبریزی، جعفر، «نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء»، جلد ۲، قم، مؤسسه انتشارات امام صادق (ع)، ۱۳۷۵
۴۳. سبزواری، سید عبدالعلی، «مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام» (سی جلدی)، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳
۴۴. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، «هدایه العباد»، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۶
۴۵. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، «ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة»، (شانزده جلدی)، قم، مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۸
۴۶. طباطبائی یزدی، محمدکاظم، «حاشیة المکاسب»، چاپ ۱، جلد ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰
۴۷. کرکی، علی بن حسین، «جامع المقاصد فی شرح القواعد»، جلد ۱۳، قم، تحقیق و نشر مؤسسه‌ی آل‌البت، ۱۴۱۴
۴۸. مغنیه، محمد جواد، «فقه الامام الصادق علیه السلام» (شش جلدی)، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۱۲
۴۹. مکی عاملی، محمد بن جمال‌الدین (شهید اول)، «اللمعه‌ الدمشقیه»، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱
۵۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، «مصباح‌الفقاهة»، چاپ ۴، جلد ۶، قم، مؤسسه انصاریان ۱۴۱۷
۵۱. مومن سبزواری، محمد باقر بن محمد، «کفایه الاحکام» (دو جلدی)، اصفهان، انتشارات مهدوی، چاپ اول. بی تا
۵۲. نائینی، میرزا، محمدحسین، تقریر توسط نجفی، خوانساری، موسی، «منیة الطالب فی حاشیة المکاسب»، ج ۲، تهران، المکتبۃ‌المحمدیة، ۱۳۷۳
۵۳. نجفی، محمدحسن، «جواهر الکلام»، جلد ۳۰، قم، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۶۶
۵۴. نجفی، محمد حسن «جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام»، جلد ۳۰، چاپ ششم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴
۵۵. نجفی، محمد حسن، «جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام» (چهل و سه جلدی)، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴

#### منابع الکترونیک:

۵۶. نرم افزار فقه اهل بیت علیهم السلام، مرکز تحقیقات علوم اسلامی نور.
۵۷. نرم افزار مدرسه فقاقت.



# *The necessity of including the description of "the couple's health from harmful, incurable and disruptive diseases of marital relations" in the marriage contract*

*Fariba Khalijian* \*  
*Alireza Hasani* \*\*  
*Amir Khajehzadeh* \*\*\*

## **Abstract**

Sometimes, one of the spouses is suffering from a harmful disease before the marriage contract, and if the other party was aware of it, he would not be willing to enter into a marriage contract with him. If illness is one of the defects that cause the marriage to be terminated, the mere presence of the defect will cause the marriage to be terminated for the other party. But if, other than defects, it causes the marriage to be annulled. Violation of the condition will cause the option to be terminated. Now, if a sick person hides his illness by deception and deceives the other party, can the deceived person request the annulment of the marriage on the basis of Tadlees? In the civil law, there is no explicit article about marriage in marriage, and most of the jurists consider. have deduced, while the cucumber of Tadlees is different from the cucumber of violation of description. Some judges, according to 438 B.C. The existence of fraudulent operations, and some others, have considered it necessary to define the health of the couple, as well as the marriage contract. Some are in favor of the fulfillment of tadlees with silence in the concealment of the disease, and some are against it. These differences of opinion have led to the issuance of different judicial opinions. Therefore, it is necessary, in the marriage contract, include the description of "the health of the couple from harmful, incurable and relations".

## **Keywords**

*Illnesses of spouses, description of health, violation of the condition of description, consecration in marriage, annulment of marriage.*

\* PhD student in Private Law, Faculty of Law, Damghan Branch, Islamic Azad University, Damghan, Iran

\*\* Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Damghan Branch, Islamic Azad University, Damghan, Iran (corresponding author): alirezahasani332@gmail.com

\*\*\* Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Damghan Branch, Islamic Azad University, Damghan, Iran