

## تحلیلی بر روش‌های فسخ عقد نکاح

دکتر محمدرضا چاوشی‌ها\*

### چکیده

فسخ نکاح در حقوق ایران، متأثر از فتاوی و نظریات فقهای عظام بوده و در این مسیر، دیدگاه‌ها و اندیشه‌های حقوقدانان و صاحب‌نظران نیز در تحول و انطباق آن با وضعیت و مشکلات فعلی جامعه تأثیرگذار بوده است. بنابراین، نمی‌توان نقش و اهمیت این دو منبع فقهی و حقوقی را در دگرگونی موقعیت فسخ عقد نکاح در حقوق ایران نادیده گرفت و آنچه به‌نظر می‌رسد حایز اهمیت باشد فلسفه و حکمت موجود در قواعد فسخ نکاح است، که در این مقام، حد و حریم موارد فسخ، علاوه بر اخبار و روایات، اعم از آن که به‌نحو خاص و موردی از معصوم (ع) استعلام شده باشد و یا به‌نحو کلی و جامع از محضر درس آن بزرگواران به‌دست آمده باشد، تغییرپذیر نیست و به‌رغم امکان مداوای بعضی از بیماری‌های موجود در مرد یا زن، عامل محرومیت استفاده از حق فسخ نکاح نمی‌گردد و دلیل آن هم فلسفه و حکمت موجود در آن می‌باشد که شارع مقدس و قانونگذار لحاظ نموده است و اگر امکان توسعه یا تغییر و یا محدودیت موارد فسخ نکاح منظور نظر باشد یا باید به‌جهت صفت کمال و به‌عنوان شرط ضمنی و در غالب خیار تخلف وصف که به‌دلیل عدم وجود آن صفات کمالی فسخ نکاح قابل تصور باشد. آنچه در عصر کنونی، دغدغه خاطر حقوقدانان می‌باشد وجود بیماری‌های جدید است و امکان مداوای یکسری امراضی که عامل به‌وجود آمدن حق فسخ عقد نکاح می‌باشد آن هم در حداقل زمان ممکن و به‌گونه‌ای که انگار چنین بیماری وجود نداشته است. در این راستا نویسندگان و صاحب‌نظران فقهی و حقوقی به‌ویژه آیت‌الله دکتر محقق داماد به‌دنبال چاره‌جویی و بهره‌مندی از قواعد لاضرر<sup>(۱)</sup> و غرور و خیار تدریس و تخلف وصف و یا عسر و حرج جهت فسخ نکاح از باب وحدت ملاک و یا طرق دیگر می‌باشند و استناد به‌قاعده لاضرر به‌عنوان امکان جعل حکم، علاوه بر دارا بودن موقعیت دفع ضرر به‌عنوان جواز حکمی و جواز حقی از دیدگاه فقهای صاحب نام<sup>(۲)</sup> که امکان شمولیت موارد فسخ، نشان تصورشدنی است حتی اگر ناگزیر باشیم که به‌دنبال اسم خاصی از خیارات نباشیم.<sup>(۳)</sup> بنابراین، امکان تسری

\* دانش‌آموخته مقطع دکتری رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران.

و افزایش موارد شمول حق فسخ نکاح نسبت به بیماری‌های جدید که یا لاعلاج، یا صعب‌العلاج و یا تحمل‌ناپذیر است ممکن گردد و از طرفی، به دلیل پیشرفت‌های چشمگیر علوم پزشکی و امکان بهبودی در بعضی از بیماری‌ها و نقایص که موجب فسخ نکاح می‌شود به دنبال ممنوعیت فسخ عقد نکاح در آن موارد بود.

### کلید واژه‌ها

فسخ نکاح، قاعده لاضرر و غرور، تدلیس، عسر و حرج، خیار تخلف از شرط صفت و عیب، بیماری‌های لاعلاج و صعب‌العلاج، بیماری‌های زن و شوهر.

## مقدمه

آنچه مسلم است قانون مدنی ایران که امکان موارد فسخ عقد نکاح را از ماده ۱۱۲۰ آغاز نموده، به‌رغم اصلاحاتی به‌نظر نمی‌رسد که جوابگوی معضلات کنونی جامعه باشد، در نظریات و فتاوی فقهای امامیه و عامه و صاحب‌نظران و نویسندگان حقوقی موارد فسخ نکاح یا به‌لحاظ موارد مصرحه و خاص از عیوب در زن یا مرد و یا هر دو متصور است که در قانون مدنی ایران نیز لحاظ شده است و یا با استفاده از خیار عیب و یا خیار تخلف از شرط صفت و یا خیار تدلیس می‌باشد، حال با استناد به قواعد لاضرر و غرور و موضوع عسر و حرج می‌توان عامل رهایی و یا مانع از هم‌پاچیدگی خانواده‌ها گردید؟

چراکه ممکن است بیماری قابل‌علاج باشد، اگرچه در گذشته‌های دور امکان مداوا غیرممکن بود. اما آیا جوانی که در ابتدای زندگی مشترک با بیماری لاعلاج و یا صعب‌العلاج همسر رو به‌رو می‌شود که هزینه‌های بسیار سنگینی را برای امکان مداوای احتمالی نیز می‌طلبد می‌بایست بسوزد و بسازد و یا مسیر طولانی و پرمخاطره طلاق را تعقیب نماید؟ آنچه به‌نظر می‌رسد آن است که این وظیفه خطیر اصحاب علم و قلم و معرفت است که می‌بایست با جستجوی جامع و عمیق در منابع غنی اسلامی، تصویری روشن از حقوق و وظایف زن و مرد و امکان ادامه و تداوم زندگی مشترک و یا جدایی با حداقل خسران مادی و معنوی و با رعایت و توجه به حقوق فرزندان و آینده مبهم خانواده به‌دنبال بستری هموار در این مقال باشند.

## عیوب موجب فسخ عقد نکاح

آنچه در منابع فقهی و حقوقی وجود دارد امکان فسخ نکاح یا به‌لحاظ عیب مشترک در زن و یا مرد می‌باشد و یا به‌دلیل وجود عیوبی خاص در مرد و یا زن، اگرچه در بعضی از بیماری‌ها، عده‌ای از فقها عقیده بر اشتراک آن میان زن و مرد دارند، اما آنچه از ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی هویدا می‌باشد وجود جنون هر یک از زوجین به‌شرط استقرار اعم از مستمر یا ادواری موجب حق فسخ برای طرف مقابل می‌گردد. در ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی، تصریح به عیوب موجود در مرد دارد و عبارت است از خصاء و عنن به‌شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد و مقطوع بودن آلت تناسلی به‌اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد که در این راستا نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری طی شماره ۷/۶۱۷ مورخ ۱۳۶۶/۱/۳۱ تصریح می‌دارد: در صورتی که زوج قادر به‌وظیفه زناشویی باشد، لیکن قادر به‌حامله نمودن زوجه نباشد، مورد از موارد فسخ نکاح یا تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمی‌باشد.

اما با نگرش و ملاحظه فلسفه ازدواج و زندگی زناشویی و عنایت به‌اخبار و احادیث و روایات معصومین (ع) که در اوصاف فرزندان از جهات گوناگون گران‌سنگی بیان می‌دارند و آنچه به‌هر حال از متن ازدواج به‌دست می‌آید و از مهم‌ترین حاصل آن پدیده بچه‌دار شدن است، چنانچه زنی از داشتن بچه و این که او را مادر خطاب کنند، محروم شود، چرا نباید از حق فسخ نکاح استفاده کند و برای رهایی به‌دلیل عسر و حرج به‌دنبال مسیر طولانی و پرفراز و نشیب طلاق باشد؟

آیا زن هم مانند مرد می‌تواند با مرد دیگری رابطه جنسی داشته باشد، در صورتی که مرد در حالت عکس می‌تواند ازدواج مجدد کند، حال دائم یا منقطع که به هر حال راه مقابل او هموار و قابل گذر است، اما آیا زن هم این موقعیت را دارد؟

با ملاحظه ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی که به عیوب ویژه در زن پرداخته، حق فسخ را برای مرد به وجود می‌آورد و عبارت است از: قرن و جذام و برص و افضاء و زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم، مشکل بیشتر تجلی می‌کند، چرا که در مواردی از فسخ نکاح امکان مداوا وجود دارد ولی در منابع فقهی و قانون مدنی جزو موارد فسخ نکاح می‌باشد و در این راستا در شرح ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی، دکتر کاتوزیان اشاره دارند که اگر به وسیله عمل جراحی یا به وسایل درمانی دیگر این عیوب از بین برود، حق فسخ مبنای حقوقی خود را از دست می‌دهد و به استناد عیب سابق نمی‌توان نکاح را فسخ کرد و به نظر می‌رسد که اگر در اثر پیشرفت علم پزشکی، عیبی درمان‌پذیر شود، مرد حق فسخ ندارد.<sup>(۴)</sup>

همچنین ایشان در ذیل ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی، می‌نویسند: چون زن اگر بعد از نکاح عارض و مستقر شود برای شوهر، حق فسخ ایجاد نمی‌کند که به نظر می‌رسد این دور از انصاف باشد. به هر حال، تداوم زندگی و استمرار و استحکام آن در گرو وجود امکانی در حداقل موقعیت برای تحمل می‌باشد و این که مرد نتواند زن مجنون بعد از نکاح را با فسخ عقد نکاح رها سازد و خود را نیز راحت کند دور از منطقی و عدالت است.<sup>(۵)</sup>

دکتر صفایی نیز در شرح ذیل ماده ۲۴۰ قانون مدنی می‌نویسند: اگر شرط در حین عقد ممتنع باشد عقد، باطل نمی‌شود و تعذر شرط که یک امر فرعی و تبعی است به ارکان عقد لطمه نمی‌زند و نباید موجب بطلان عقد باشد، البته اگر تعذر مربوط به تعهد اصلی نباشد و این تعذر در حین انعقاد قرارداد وجود داشته باشد، عقد به دلیل این که فاقد یکی از عناصر و شرایط اساسی قرارداد است باطل محسوب می‌شود، که از این تحلیل هم می‌شود استفاده کرد. بالاخره عقد با شرایطی قابل فسخ است حال ممکن است نکاح باشد و چرا نشود از این حق فسخ نسبت به توسعه موارد فسخ نکاح استفاده کرد؟ و این که به هر حال اصل، صحت و سلامتی انسان‌هاست و بیماری و عارضه یک استثناء، حال این موضوع به عنوان یک شرط درج شده باشد و یا عقد با روح این شرط منعقد شده باشد و حال اگر نبود آیا باید به دنبال تقاضای طلاق رفت و آن راه طولانی را سپری نمود؟

مگر وجود زایده و استخوان در رحم زن با ملاحظه منابع فقهی و قانون مدنی از موجبات فسخ نکاح مرد نشده است؟ در صورتی که این بیماری در حال حاضر در حداقل زمان با عمل جراحی ساده، زایده برداشته می‌شود و می‌توان گفت چون بالاخره در فقه و قانون مدنی آمده که مرد می‌تواند علیرغم امکان رفع این مشکل از موقعیت فسخ استفاده کند.

البته نسبت به موارد مذکور، دکتر جعفری لنگرودی، اساساً عقیده بر باطل بودن عقد دارند، نه قابل فسخ بودن آن.<sup>(۶)</sup> بعضی از فقها از جمله ابن ادریس به استناد روایتی اظهار می‌دارد، جنونی که در مرد، پس از عقد یافت می‌شود و موجب فسخ نکاح می‌گردد باید به درجه‌ای باشد که اوقات نماز را نداند و منظور از ندانستن اوقات نماز، عدم تشخیص و ارزش تکالیف است و علت فسخ نکاح هم این است که دیگر کسی نیست که بتواند نفقه زن را بدهد

و جز از طریق فسخ نکاح، زن، راه خلاصی ندارد ولی بالعکس در دوران زناشویی، اگر زن، مجنون شود شوهر می‌تواند به‌وسیله کار و فعالیت خود، نفقه او را تأمین و از او نگاهداری کند و هرگاه چاره بر شوهر تنگ شود او می‌تواند به‌وسیله طلاق از دست زن مجنون خود رهایی یابد. آنچه از منظر اکثر فقهای امامیه همچون شیخ طوسی، شیخ یوسف بحرانی، محقق کرکی، صاحب جواهر و خویی، به‌پیروی از روایات وارده از اهل بیت (ع) در مورد فسخ نکاح به‌دست آمده، نظری مانند آنچه در قانون مدنی آمده است دارند، اگرچه برخی دیگر از فقهای امامیه مانند ابن جنید اسکافی، قاضی ابن براج، علامه حلی، شهید ثانی و سید ابوالحسن اصفهانی، نظری مخالف مشهور داشته و بیان داشته‌اند، عیب مشترک میان زن و مرد را محصور در یک مورد معین جنون نمی‌دانند، بلکه در مبحث عیوب مشترک، علاوه بر جنون، از برص و جذام نیز یاد می‌کنند و حتی برخی مانند ابن جنید اسکافی، علاوه بر جنون و برص و جذام، لنگی و زناکار بودن را نیز از عیوب مشترک میان زن و مرد می‌دانند.

محدود بودن موارد فسخ نکاح به‌طور قاطع، مورد قبول اکثر فقهای شیعه و سنی قرار گرفته است و در کل، علاوه بر مراتب مذکور به‌عنوان عیوب موجب حق فسخ نکاح، خیار تدلیس و تخلف از وصف در فقه امامیه در نکاح نیز راه داشته و مورد استناد می‌باشد و شارحین قانون مدنی در ذیل ماده ۱۱۲۸، این استنباط را دارند.<sup>(۸)</sup>

اما در عین حال، همان‌طور که بیان شد در آثار بسیاری از فقها به‌مسئله ضرر و همچنین مسری بودن بعضی بیماری‌ها اشاره شده و بنابر قیاس اولویت به‌مشترک بودن برص و جذام در زن و مرد، فتوا داده شده است.

اما گروهی دیگر از فقها، مباحث نکاح را تبعدی می‌دانند و کمتر به‌خود اجازه قیاس و تجزیه و تحلیل عقلی می‌دهند، خصوصاً این که مهم‌ترین مبنای احکام فسخ نکاح را روایات خاصه مانند، صحیح‌ه حلبی می‌دانند و اگر هم از قاعده لاضرر در این بحث یاد می‌کنند به‌عنوان مؤید است و می‌گویند وقتی علت حکم برای ما روشن نیست و خود روایات نیز در این زمینه چیزی نگفته‌اند، بنابراین جای این‌گونه ملاحظات و توجه به‌مصلحت، باقی نمی‌ماند. در فقه امامیه، قیاس، پذیرفته نشده است و تنها در صورت منصوص‌العله بودن می‌توان قیاس را پذیرفت.<sup>(۹)</sup>

شهید ثانی در مسالک با مقایسه رتق و قرن و عقل که هر سه را از موارد عدم امکان آمیزش جنسی می‌داند، اشاره می‌کند که در مورد رتق، اگر به‌حدی نباشد که مانع از تمتع جنسی شود حق فسخ ایجاد نمی‌شود، حتی اگر زن، مبتلا به‌رتق باشد ولی در مقابل، مرد نیز دارای آلت کوچک باشد در حدی که تمتع ممکن باشد حق فسخ ایجاد نمی‌شود و وقتی حق فسخ ایجاد می‌شود که عیب، درمان شدنی نباشد و اگر باشد حق فسخ ایجاد نمی‌شود.<sup>(۱۰)</sup> فاضل مقداد نیز مبانی حکم را ضرر می‌داند.<sup>(۱۱)</sup>

جالب است بدانیم بعضی از فقها مانند ابن‌براج، جذام و برص و نایبایی را نیز از عیوبی شمرده‌اند که چنانچه در شوهر موجود باشد، زن می‌تواند نکاح را فسخ نماید.<sup>(۱۲)</sup> ولی در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی در بند ۶ آن آمده است: نایبایی از هر دو چشم در زن باعث می‌شود برای مرد، حق فسخ نکاح به‌وجود آید، البته در صورتی که در حین عقد این عیب وجود داشته باشد و در این امر فرقی نمی‌کند چشمان زن در ظاهر سالم به‌نظر آید ولی دارای قوه دید نباشد و یا آن که نایبایی از چشمان او هویدا باشد، البته ضعف بینایی به‌هر درجه که باشد و همچنین لوچی و نایبایی از یک چشم و شب‌کوری موجب حق فسخ نمی‌شود ولی آنچه محل تأمل، بررسی و اشکال می‌باشد این

است که چرا نباید این وضعیت برای زن هم مصداق داشته باشد؟ یعنی چرا اگر مرد از دو چشم نابینا بود و یا جذام داشت و مبتلا به برص و زمین‌گیری بود، موجب حق فسخ نکاح برای زن نباشد؟

به هر حال، شرایط زندگی مشترک برای هر دو نفر تقریباً یکی است، به‌ویژه زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم برای مرد که امرار معاش و آوردن نفقه را دچار چالش جدی می‌کند و اینجا، تکلیف زن چه خواهد بود؟ لابد به سراغ طلاق و طرح مسئله عسر و حرج و انجام تشریفات سنگین و طولانی مراحل طلاق را مطرح می‌نمایند، آیا مگر به‌واقع مبنای اصلی و اساسی حق فسخ نکاح، دفع ضرر و زیان طرف مقابل نیست؟

موقعیت فسخ عقد نکاح از دیدگاه فقهای اهل سنت چنین است که اولاً، مفارقت میان زن و شوهر یا به‌صورت طلاق و یا فسخ نکاح می‌باشد و فسخ، عبارت از نقض عقد نکاح است یا از اساس و اول آن و یا از زمان سبب وقوع آن و فرقی که عنوان فسخ نکاح دارد چنانچه قبل از دخول یا خلوت، صحیح حاصل شود چیزی به‌زن تعلق نمی‌گیرد، خواه از جانب زن و خواه از طرف شوهر باشد. از دیدگاه فقهای حنفیه، جدایی و فرقی که از طرف قاضی به‌سبب عیب شوهر واقع گردد، عنوان طلاق خواهد داشت و نه فسخ و جدایی به‌سبب وجود عیب در شوهر، به‌این معنا که وی عنین یا محبوب باشد و تمام فرقه‌هایی که سبب آنها مخفی بوده و منجر به نزاع و اختلاف شود احتیاج به قاضی دارد تا نزاع و اختلاف را فیصله دهد.<sup>(۱۴)</sup>

فقهای اهل سنت در خصوص مفهوم عیب می‌گویند: نقصان بدنی یا عقلی است که در یکی از زوجین وجود داشته باشد و حیات زوجیت را بی‌ثمر و مضطرب سازد و در مسئله جدایی به‌سبب عیب، اختلاف زیادی وجود دارد و این که اساساً عیب، موجب مفارقت شود، آرای مختلفی وجود دارد. ظاهریه می‌گویند: نفس عیب به هر شکل و نحوی که باشد موجب جدایی نیست؛ خواه یکی از زوجین، قبل از عقد یا بعد از آن دارا باشند، چون در کتاب و سنت، دلیلی وجود ندارد و اقوالی از صحابه در این مورد وارد شده که آرای اجتهادی هستند و نمی‌توان آن را حجت قرار داد.<sup>(۱۵)</sup>

عکس این مطلب را شریح القاضی، ابن‌الشهاب الزهری و ابو‌ثور بیان داشته‌اند: هر عیبی که یکی از زوجین داشته باشند با وجود آن، اهداف ازدواج از قبیل تناسل و ازدیاد مودت و محبت بین آنها حاصل نمی‌شود و موجب خیار برای طرف دیگر خواهد شد، زیرا عقد بر اساس سلامت از عیوب تمام شده، بنابراین، وقتی که سلامت، منتفی شود خیار، ثابت می‌گردد. ابن‌قیم هم این رأی را اختیار کرده است.<sup>(۱۶)</sup>

جمهور فقها، رأی وسطی را انتخاب کرده و مقرر داشته‌اند که هر عیبی موجب جدایی نخواهد بود، بلکه عیوبی که مقصود اصلی از ازدواج را مختل سازد سبب جدایی خواهد شد و در این مسئله اتفاق نظر دارند ولی در اموری با هم اختلاف نظر دارند، از جمله این که خیار برای کدام یک از زوجین، ثابت می‌شود؟ حنفیه می‌گویند: فقط برای زوجه، خیار، ثابت می‌گردد، زیرا زوج با داشتن حق طلاق می‌تواند از خود دفع ضرر کند.<sup>(۱۷)</sup>

اثنه‌ثلاثه (مالکی، شافعی و حنبلی) معتقدند که این حق برای هر کدام از زوجین، ثابت است، بنابراین وقتی که زوج، عیبی را در زوجه بیابد مانند رتق، عفل، افضاء که مانع عمل مقاربت شود و یا در زن جنون، جذام و برص را مشاهده کند می‌تواند تقاضای جدایی کند، زیرا مرد با وجود این عیوب، قادر به ادامه معاشرت با زن نخواهد بود

و همچنین است عکس این مسئله در صورت وجود عیب در مرد.

ابوحنیفه و ابو یوسف می‌گویند: عیوبی که مانع تناسل هستند، سه عیبند؛ عین یا محبوب یا خصی باشد، زیرا هدف غایی ازدواج، حفظ نسل است. وقتی که زوج، صلاحیت تولیدنسل نداشته باشد مقصود از عقد تحقق پیدا نخواهد کرد. محمد بن حسن، عیوب دیگری را بر این سه اضافه می‌کند مانند جنون، جذام و برص. ائمه ثلاثه (مالکی، شافعی و حنبلی) با نظر محمد بن حسن موافقت و عیوبی دیگر را نیز بر آن می‌افزایند. مالکیه، سیزده عیب را برمی‌شمارد که بعضی اختصاص به مرد و برخی مختص زن می‌باشد. علمای اهل سنت بحث می‌کنند که آیا جدایی به سبب عیب فسخ است و یا طلاق؟ حنیفه و مالکیه می‌گویند طلاق بائن است، زیرا عمل قاضی متوجه زوج است و مثل این است که زوج، بنفسه زن را طلاق داده است و مقصود از آن، دفع ضرر از زن است که جز با طلاق بائن حاصل نمی‌گردد.

شافعیه و حنبله، قائل به فسخ هستند، زیرا فرقت از ناحیه زن واقع شده، اگر عیب در شوهر باشد مسئله روشن است، اما اگر عیب در زن بوده و مرد درخواست جدایی کند پس زن موجب شده که مرد، تقاضای طلاق کند چنانچه فرقت از ناحیه زن باشد به عنوان فسخ معتبر است و نه طلاق و اینکه آیا کسی که تقاضای طلاق می‌کند باید خود، مبری از عیب باشد یا خیر؟ برخی از فقها آن را شرط می‌دانند، مانند حنیفه و برخی آن را شرط قرار نمی‌دهند، مانند مالکیه و شافعیه. حال، هرگاه زوجه به علت عنت یا خصاء درخواست جدایی کرده چنانچه زوج، ادعای وی را تأیید نماید، قاضی یک سال به مرد مهلت می‌دهد، خواه زن در حین ازدواج، بکر یا بیوه بوده باشد. هرگاه یک سال تمام شد و زن در درخواست خود اصرار بورزد و مرد هم وی را تصدیق نماید قاضی به او دستور خواهد داد تا زن را طلاق دهد و در غیر این صورت، قاضی طلاق را جاری می‌نماید. حال، اگر مرد، ادعای زن را انکار کند، چنانچه زن در حین عقد، بیوه بوده باشد مرد قسم می‌خورد و گفته وی قابل قبول است چون مرد، استحقاق زن را برای درخواست جدایی منکر است و ظاهر امر هم گواه مرد می‌باشد، زیرا اصل در انسان، سلامت از عیوب است و وقتی که قسم یاد کند ادعای زن پذیرفته نخواهد بود، اما اگر از سوگند خوردن، استتکاف ورزد دلیلی برای تأیید قول زن است و به او یک سال مهلت داده می‌شود. حال باید دید چرا فقط برای این دو عیب، مهلت در نظر گرفته شده است؟

عدم دسترسی زوج به زوجه به علت وجود یکی از دو عیب مذکور، دو احتمال دارد، یکی این که عیب گفته شده مادرزاد باشد که در این صورت سبب مفارقت است و دیگر این که به دلیل امری عارضی و به مرور زمان حاصل شده باشد که موجب جدایی نیست و چون پزشکان نمی‌توانند به طور قطع، یکی از آن دو احتمال را تأیید کنند، بنابراین برای کشف حقیقت، یک سال مهلت قائل شده‌اند، زیرا امر عارضی در فصلی از فصول سال برطرف خواهد شد، هرگاه قاضی حکم جدایی را به سبب عیبی از عیوب صادر کند طلاق، بائن است و زن باید عده را سپری نماید و تمام مهر برای وی واجب می‌گردد، البته در صورت داشتن عیوب عنت و خصاء، اما اگر به سبب جدایی واقع شود در نزد ابوحنیفه، تمام مهر به زن تعلق می‌گیرد.<sup>(۱۸)</sup>

در کشورهای اسلامی، معمولاً در این قوانین به مسئله قابل درمان بودن این امراض توجه زیادی شده است و تنها وقتی حکم به فسخ نکاح داده می‌شود که پزشکان خبره به علاج ناپذیر بودن عیب، نظر بدهند. در این زمینه

قانون احوال شخصیه کشور کویت در ماده ۱۴۲، مقرر می‌دارد: برای تشخیص بیماری باید به پزشکان خبره مسلمان رجوع کرد. اگر پزشکان، این بیماری‌ها را علاج‌ناپذیر بدانند به مدت یک سال به شخص فرصت داده می‌شود که خود را درمان کند، اما اگر پزشکان نظر دادند که این عیوب، علاج‌ناپذیرند بدون دادن مهلت یک ساله، شخص، حق فسخ عقد را خواهد داشت و مشابه همین قاعده در قانون احوال شخصیه کشور عراق نیز وجود دارد. آیا در حقوق ایران نیز می‌توان چنین حکمی داد؟

ادله فقهی (روایات مربوط به عنن و به شرط مستقر بودن جنون و ابراز قاعده لاضرر) و فتاوی فقهای بزرگی همچون محقق حلی و شهید ثانی (در مورد رتق)،<sup>(۲۰)</sup> نشانه اجتهادی نو می‌باشد، اگرچه روایات وارده در این زمینه به‌طور صریح علت حکم را بیان نمی‌کنند، اما غور در روایات نشان از توجه شارع به مسئله ضرر دارد، امری که شاید نتوان در مورد آن ادعای یقین کرد، اما ظن نزدیک به یقین در مورد آن وجود دارد. آنچه فقها عقیده دارند حصری بودن عیوب نکاح است که این مورد اجماع فقهاست. البته این راهی بسیار دشوار است برای زن، چرا که ممکن است برای تقاضای طلاق و انجام آن، مدت‌های طولانی سپری شود برخلاف فسخ نکاح که زن می‌تواند خانه را ترک و اعلام فسخ نکاح کند. اگر هم به‌دادگاه مراجعه شود، حکم دادگاه اعلامی خواهد بود و نه تأسیسی. حکم رد و فسخ به‌واسطه یکی از عیوب چون برخلاف مقتضای عقد نکاح خلاف اصل است، از اینرو باید در آن به‌قدر متیقن اکتفا کرد، در هنگام شک در عیب اصل اولیه و قانون التزام حاکم است. حال آیا هر جا که مناط و ملاک حکم موجود باشد می‌توان این حکم را از دایره عیوب منصوص به‌غیرمنصوص توسعه داد؟ این سؤال در ذهن خطور می‌کند که آیا فسخ نکاح در عیوب منصوصه از باب تعهد محض است یا به ملاک عدم امکان زندگی طبیعی است؟ و در این صورت بعضی عیوب دیگر و امراض جدیدی مانند ایدز را شامل می‌شود؟ خصوصاً بنابر آنچه پزشکان می‌گویند که این بیماری از ناحیه تماس‌های جنسی مستقیم یا از راه خون سرایت می‌کند.

در اینکه بعضی از امراض و عیوب منصوص مثل قَرَن و عَقَل در زن قابل علاج‌اند، شکی نیست و در صورت امکان علاج این عیوب آیا باز حق رد و فسخ پابرجاست؟

چون لسان روایات باب تعلیق نیست و علت کلی نیز کشف نشده، ناگزیریم روایات را بر عیوب متیقن حمل کنیم، با آنکه راه خلاص به‌سبب ممکن بودن طلاق باز است، هر چند طلاق برای مرد آسان‌تر است و برای زن نیز با مراجعه به‌حاکم شرعی و ادعای عسر و حرج تحقق پیدا می‌کند. این نظر با توجه به‌آنچه در پیمان زناشویی و نکاح گفته شد (که از محکم‌ترین پیمان‌ها و بناهاست) به‌احتیاط نزدیک‌تر است، به‌هم زدن میثاق از دواج از مبعوض‌ترین و منفورترین حلال‌ها نزد خداست. فتاوی فقها نیز در این مورد دایر مدار روایات باب «عیوب و تدلیس» و مستفاد از آنهاست، چه بسا تصور می‌شود که حکم جواز رد، دایر مدار علت است و در نتیجه در غیر موارد مصرحه مانند اینکه اگر زن حتی به‌واسطه عقیم بودن حامله نشود و شوهر از مقاربت با او نه به‌سبب قرن، بلکه به‌سبب دیگری اشمئزاز داشته باشد، رد او جایز است، اما اگر سخن امام (ع) در مقام بیان حکمت حکم فسخ بوده همچنان که اقرب همین است، این حکم در غیر موارد مصرحه بیان شده از سوی امام (ع) جریان ندارد.<sup>(۲۲)</sup>

روشن است که صعب‌العلاج بودن را مجوز طلاق دانسته‌اند، ولی در قوانین جدید، مصادیق عسر و حرج را



مشخص ننموده و فقط ذکر عنوان کرده است و تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱، پنج مورد عسر و حرج را به‌عنوان تمثیل ذکر می‌کند. برخی از حقوقدانان می‌گویند حضرت امام خمینی (ره) در این‌گونه موارد، به‌احتمال زیاد، اعتقاد به‌دادن حق فسخ به‌زن داشته‌اند. اگرچه قانون مدنی در مبحث عیوب نکاح از نظر مشهور در فقه امامیه تبعیت کرده است ولی به‌ر حال، نظریات فقهای بزرگ، رهگشای بسیاری از معضلات در این خصوص می‌باشد.

در مورد عیوب بعد از عقد نکاح، سه نظریه مختلف میان فقها مطرح شده است که گروه اول، فسخ عقد را به‌موجب عیوب، پذیرفته‌اند و اظهار می‌دارند حدوث عیب بعد از وقوع عقد، چه قبل از زناشویی و چه بعد از آن، به‌طور مطلق موجب حق فسخ نکاح می‌شود. ولی گروه دوم عقیده به‌عدم فسخ دارند و فقهایمانند شهید ثانی، علامه حلی و ابن ادریس معتقدند عیوب به‌وجود آمده بعد از عقد موجب حق فسخ نکاح نیست و گروه سوم قائل به‌تفصیل شده‌اند، یعنی بعضی عیوب قبل از ارتباط زناشویی را جهت فسخ ناشی از عیوب پذیرفته‌اند و عیوب بعد از ارتباط زناشویی را عامل فسخ نکاح نمی‌دانند.<sup>(۲۵)</sup>

حال، چرا درمان عیوب موجب فسخ نکاح، مورد توجه و نظر فقها نبوده است؟ شاید به‌دلیل آن باشد که علاج‌ناپذیر بودن آن بیماری‌ها در گذشته یقین تلقی می‌گردیده و فقط بیماری عنن و رتق جهت مداوا مورد توجه بوده، اگرچه امروزه اکثر بیماری‌های عامل حق نکاح قابل مداوا است و گروهی از فقها در مورد برخی از بیماری‌ها حتی با قابلیت مداوا، قائل به‌فسخ نکاح شده‌اند.<sup>(۲۶)</sup>

درخصوص این سؤال که اگر عیوب مرد یا زن به‌وسیله عمل جراحی یا وسایل دیگر از بین برود آیا حق فسخ ایجاد شده ساقط می‌گردد یا خیر؟ بعضی از حقوقدانان عقیده دارند که حق فسخ برای پیشگیری از ضرر است و چنانچه عمل جراحی یا وسایل درمانی دیگر این عیوب را از بین ببرد حق فسخ، مبنای حقوقی خود را از دست می‌دهد و مفاد قانون حمایت از خانواده و لایحه دادگاه مدنی خاص این تفسیر را تقویت می‌کند و تمایل قانونگذار بر این است که از خانواده و استحکام آن، حمایت شود و از جدایی‌های بی‌مورد تا حد ممکن خودداری گردد.<sup>(۲۸)</sup>

دکتر سید حسن امامی، رویه واحدی ندارد، در مورد قرن، فسخ را منتفی می‌داند با رفع آن ولی در افضاء باز فسخ را باقی می‌داند.<sup>(۲۹)</sup>

در کشورهای اسلامی همانند سوریه، عراق، مراکش و تونس، بیماری‌های برص و جذام از عیوب مشترک مرد و زن محسوب می‌شود و شرط استفاده از حق فسخ این است که زن یا مرد باید یک سال جهت معالجه فرصت داشته باشند تا زندگی زوجین به‌مخاطره نیفتد که در این صورت به‌دادگاه، مراجعه و حکم فسخ را اخذ کنند. و درخصوص بیماری عنن و خصاء در قانون احوال شخصیه کشور مصر در ماده ۱۱ در باب فرقت به‌حکم قاضی یک سال مهلت داده می‌شود و جهت امکان مداوای زوج و همچنین در قانون احوال شخصیه کشور اردن، درخصوص بیماری عنن در ماده ۱۱ آن، همین مدت داده شده و همچنین، در قانون احوال شخصیه کشور سوریه، در ماده ۲۹ و ۱۰۷ آن در مورد بیماری عنن، همین فرصت جهت مداوای زوج داده می‌شود و همچنین ملاحظه مراتب مذکور در قانون احوال شخصیه کشور لبنان، گویای همین مطلب است.<sup>(۳۰)</sup>

## خيار تخلف از شرط صفت

نکته‌ای که به‌اذهان بسیاری از محققان و اهل قلم، متبادر می‌گردد این مسئله است که آیا روایت نقل شده به‌وسیله حلبی از امام صادق (ع) که می‌فرماید: «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل (القرن)<sup>(۳۱)</sup>» منظور این است که امام (ع) از بیماری‌ها، مختص وجود بیماری برص و جذام در زنان می‌باشد و یا در مردها هم قابل تصور است؟ و آیا امام (ع)، اساساً بیماری‌ها را احصاء نموده‌اند؟

مگر مهم‌ترین مستند فقهی حق فسخ نکاح، قاعده لاضرر نیست؟ پس چرا نفی ضرر در مرد و زن باید فرق کند؟ و آیا نمی‌توان راهی یافت که هر دو مرد و زن در حالت‌های مشابه بتوانند از حق فسخ استفاده کنند؟ حال مثلاً قاضی ابن‌براج، بیماری‌های مذکور را از عیوب مشترک می‌داند و نکته قابل توجه در مورد بیماری خصاء این است که شیخ طوسی و علامه حلی، به‌رغم وجود نظر مشهور فقها بر این که آن بیماری از موجبات حق فسخ نکاح برای زن می‌باشد مخالفند و عقیده دارند که عیب مزبور مانع از نزدیکی نیست، هر چند که انزال به‌واسطه این عیب امکان‌پذیر نمی‌باشد ولی عدم امکان انزال، موجب خیار فسخ نمی‌گردد.<sup>(۳۲)</sup>

ولی به‌نظر صاحب ریاض، این نظر اجتهاد در مقابل نص است آن هم نصی که با عمل اصحاب، تقویت و تثبیت شده است که بی‌تردید، اصل لزوم عقد را تخصیص خواهد زد.<sup>(۳۳)</sup>

آیا اصل عدم نص یا اجماع فقها در مقابل قاعده لاضرر تا چه حدی تاب مقاومت دارد؟ بسیاری از فقها به‌استناد قاعده لاضرر، اظهار تمایل به‌وجود خیار فسخ دارند که از جمله، شیخ طوسی و صاحب جواهر می‌باشند.

آیا در خصوص بیماری‌هایی مانند سیفلیس و طاعون و بیماری‌های عفونی ساری و سرطان، هیپاتیت، ایدز (HIV) و نازایی و باکره نبودن زن و بلاهت، هیستری، صرع و لنگی (عرج) کوری از دو چشم مردان و عقیم بودن و خیلی از بیماری‌های لاعلاج و صعب‌العلاج و غیرقابل تحمل دیگر، امکان فسخ نکاح وجود دارد؟

آیا می‌توان به‌عنوان خیار تخلف از شرط صفت زمینه امکان فسخ عقد نکاح را در ذهن، متصور بود؟ و یا این که در نهایت، به‌دلیل عسر و حرج و حتی همان قاعده لاضرر و یا غرور، به‌دنبال تقاضای طلاق بود؟

راجع به‌هیستری و تشنج اعضا، آرای شماره ۱۵۹ مورخ ۱۳۷۰/۲/۱۰ شعبه ۲۰ و شماره ۵۷۴۳ مورخ ۱۳۷۴/۴/۴ شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور، موارد مذکور را از موارد عیوب مجوز فسخ نکاح قرار نداده‌اند.

اما نکات جالبی در استفتائات کمیسیون شورای عالی قضایی در خصوص مسئله ۶ آن وجود دارد، مبنی بر این که اگر مرد، قبل از ازدواج، خود را برخلاف واقع کارمند، لیسانسه، دکتر و یا مهندس معرفی کند و بعد، خلاف آن کشف شود و یا این که خود را سالم معرفی کند، در حالی که مبتلا به‌بیماری‌های صرع یا امراض صعب‌العلاج بوده باشد و یا اینکه خود را مجرد معرفی نماید و سپس معلوم شود که معیل بوده، آیا این امور موجب صدق تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می‌باشد یا خیر؟ درباره پرسش فوق، کمیسیون در تاریخ ۱۳۶۳/۲/۳۰ پاسخ داده است که با توجه به‌مسئله شماره ۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد ۲ تحریرالوسیله حضرت امام خمینی (ره)، عنایت به‌ذیل همین مسئله دارند، با عنایت به‌مفهوم مخالف مسئله ۱۴ صفحه ۲۹۶، در دو مورد اول، تدلیس صدق می‌کند و حق فسخ موجود است، زیرا که در مثال اول، هر یک از صفات مذکور که زوج، خود را واجد آن صفات معرفی کرده عرفاً

از صفات کمال محسوب می‌شود و عقد ازدواج نیز مبنیا علیها واقع شده است، در مثال دوم نیز تصریح و مرض مزمن و صعب‌العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به‌قرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی بر عدم آن نقص‌ها واقع گردیده است که در صورت انتفای سلامت قبل از ازدواج، حق فسخ وجود دارد و در مورد مثال سوم، اگر عرفاً صفت مجرد بودن از صفات کمال محسوب شود در این صورت، زوجه، به‌استناد مسئله ۱۴-۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد دوم تحریرالوسیله، حق تقاضای فسخ را دارد.<sup>(۳۷)</sup>

آیا استناد به این نکته که فروض خیار فسخ در عقد نکاح، امری خلاف اصل است و باید به‌مقدار تفسیر مضیق و به‌قدر متیقن اکتفا نمود، مشکل را حل می‌نماید و نباید عنایت چندانی به‌قاعده لاضرر و نفی ضرر و نفی غرور داشت؟

از نظر حقوقدانان، قاعده غرور در بیع جاری است چرا که طبق حدیث نبوی که می‌فرمایند بیع غرری مورد نهی است آیا می‌توانیم این قاعده را به‌معاملات دیگر سرایت دهیم؟ که البته این موضوع مورد اختلاف است و عده‌ای معتقدند که نکاح از عقود معاوضی محسوب نمی‌شود و تنها علقه خاصی است که بین مرد معین با زن معین واقع می‌شود و به‌همین دلیل، در عقد دائم ما می‌توانیم عقد را بدون ذکر مهر منعقد نماییم.<sup>(۳۸)</sup> ولی در مقابل، برخی از فقها و حقوقدانان می‌گویند اگرچه عقد نکاح، عقد معاوضی نیست، اما بالاخره زمانی که موضوع مهریه و الزام به‌پرداخت و تعیین میزان و نوع آن مطرح می‌شود، قاعده غرور نیز جایگاه خود را در این موضوع پیدا می‌کند.<sup>(۳۹)</sup>

بسیاری از فقهای معاصر در مورد امراض جدید مبتنی بر این که آیا حق فسخ به‌وجود می‌آید یا خیر، پاسخ منفی داده‌اند و فقط خودداری از تمکین را که باعث سقوط حق نفقه می‌شود مطرح کرده‌اند و اینکه در مواقع عسر و حرج، زن می‌تواند از حاکم تقاضای طلاق بنماید.<sup>(۴۰)</sup>

مسئله عقیم بودن زن یا مرد از عیوب موجب فسخ نکاح محسوب نمی‌شود بلکه طرفین، حق طلاق دارند که در بند ۱۳ ماده ۸ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ و از طرف دیگر، زوجه می‌تواند به‌استناد ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، عقیم بودن زوج را از موارد عسر و حرج معرفی کند و از دادگاه، تقاضای طلاق نماید ولی آیا مسئله عقیم بودن، موضوع کم‌اهمیتی است؟ آیا بیماری سرطان، هیاتیت، ایدز و سایر بیماری‌های مورد اشاره از زمین‌گیری و برص و عنن و دیگر موارد مصرحه در باب فسخ نکاح از اهمیت کمتری برخوردار است؟ آیا در صورتی که ضمن عقد نکاح، اعم از تصریح علنی و صریح و یا به‌نحو ضمنی و پنهانی، صفاتی موردنظر بوده و اساساً مبنا و پایه عقد نکاح نیز براساس وجود آن صفات بنا شده و حال به‌دلیل فقدان آن نمی‌بایست از حق فسخ استفاده نمود؟ قطعاً تمامی فقهای عظام و حقوقدانان، عقیده مسلم بر حفظ کیان خانواده و کانون گرم آن را دارند و بایستی برای جدایی بی‌دلیل باز ننموده‌اند و هیچ علاقه‌ای هم در این خصوص نشان نمی‌دهند، اما در عین حال می‌بایست، به‌جهت دفع ضرر و عسر و حرج راهی یافت و موجبات پیشگیری از خسران جسمی و روحی را فراهم نمود و از طرفی، بعضی از حقوقدانان نیز با توجه به‌نظر مشهور فقها و اصل لزوم عقد و وضعیت خاص، نکاح که آن را از دیگر عقود، متمایز می‌کنند و حتی‌الامکان باید پایدار باشد و جواز فسخ نکاح و برهم زدن آن را موقوف به‌وجود نص و تجویز صریح شارع می‌دانند، جایگاهی برای توجیهات عقلی و ملاحظات اجتماعی و انسانی و استدلال‌های مبتنی بر مصلحت و قیاس و استحسان قائل نیستند و بنابراین، برای قائل شدن به‌حق فسخ نکاح برای زن یا مرد در جستجوی وجود

## تدلیس در عقد نکاح

مبحث تدلیس در نکاح در فقه دارای ظرفیت‌های بالایی برای حل مشکلات حقوقی بوده است و امروزه قضات در موارد تدلیس در نکاح به دلیل عدم ذکر تدلیس در نکاح به فتاوی معتبر فقهی مراجعه می‌کنند (بنا به اصل ۱۶۷ قانون اساسی). در برخی آثار، فقها در مورد برص و جذام که از عیوب مشترک زن و مرد نمی‌باشد طبق مبانی خود و اینکه این امر دارای شرایط عمومی تدلیس می‌باشد، معتقدند که شخص زیان دیده حق فسخ نکاح (خیار تدلیس) را داراست و بسیاری از فقها نیز پذیرفته‌اند که سکوت شخص می‌تواند منجر به تدلیس در مواردی که عیوبی وجود داشته باشد و شخص، آن را با سکوت کتمان کند، بشود. نکته قابل توجه این است که اصل اولی هنگام بروز شک در بقای زوجیت به جهت وجود عیبی قبل از عقد در زن یا مرد استصحاب لزوم است اما ادله لفظی مانند روایات تدلیس و لاضرر و ... مانع جریان این اصل می‌گردند. روایات تدلیس در موارد صدق عرفی تدلیس و قاعده لاضرر در تمامی مواردی که عیب قبل از عقد وجود داشته باشد، حق فسخ در عقد نکاح را اثبات می‌نمایند. اما در خصوص عیوب زن روایات خاصی وجود دارد که تنها برخی از عیوب زن را که قبل از عقد وجود داشته سبب تحقق خیار فسخ برای مرد برشمرده است و این روایات قاعده لاضرر را تخصیص می‌زند، در حالی که عمومیت قاعده در مورد عیوب مرد پابرجاست، پس زن با وجود هر عیبی در مرد که از نظر عرفی ازدواج را به مخاطره می‌اندازد، مانند ایدز حق فسخ دارد ولی مرد تنها در عیوب خاصی (پسی، جذام، دیوانگی، عقل) که در روایات ذکر شده دارای حق فسخ است و این تفاوت بدین جهت است که مرد با وجود حق طلاق نیاز چندانی به حق فسخ ندارد. قاعده لاضرر و تدلیس شامل عیوب بعد از عقد نمی‌گردد و در روایات خاصی وجود دارد که برخی از عیوب مردان (دیوانگی، عنن، خصاء، جب) و برخی از عیوب زنان (دیوانگی، جذام، پسی، قرن، افضا، کوری، لنگی و زنا) را از اسباب حق فسخ شمرده که هریک از این روایات قابل بررسی سندی و دلالتی است. در صورت شک در اینکه مثلاً فلان عیب موجب فسخ است یا خیر، بی‌شک مقتضای اصل عملی در صورت شک در از بین رفتن نکاح به واسطه فسخ استصحاب بقای رابطه زوجیت است، زیرا عده‌ای از فقها برخلاف آقای خوئی (رض) معتقدند در مورد شبهات حکمیه نیز استصحاب جاری می‌شود، همچنین مقتضای اصل لفظی استفاده شده از آیه شریفه «أوفو بالعقود» [سوره مائده، آیه ۱] هم لزوم عقد و عدم انفساخ آن است. بعد از مشخص شدن اصل اولی، سخن در این است که آیا اصل لفظی وجود دارد که بر اصل عملی حاکم باشد و بر اطلاق آیه شریفه اوفو بالعقود مقدم گردد تا حق فسخ را ثابت نماید بدون آنکه در مورد عیبی نیاز به نص خاصی باشد؟

آنچه را می‌توان به منزله یک اصل لفظی فرض کرد که حق فسخ را ثابت می‌کند که در اینجا یکی از این دو قاعده است: (۱) قاعده تدلیس به ضمیمه اینکه کتمان هر عیبی تدلیس است، (۲) قاعده لفظی ضرر.<sup>(۴۵)</sup>

در خصوص امراض خطرناک جدید و اثر آنها بر حق فسخ نکاح، به ویژه اینکه زن در طلاق اختیار ندارد و حق مرد است، بنابراین مسئله فسخ نکاح برای زن، اهمیت ویژه و بیشتری می‌یابد و استفتائات برخی از فقهای معاصر،

امراضی مانند ایدز و دیگر امراض خطرناک را از عیوب نکاح نمی‌دانند و بر آن‌اند که در این گونه موارد، زن می‌تواند از لحاظ جسمانی از شوهر خود جدا باشد و این امر مسقط حق نفقه نخواهد بود و اگر اوامر آن عسر و حرج بود، زن می‌تواند تقاضای طلاق کند.<sup>(۴۶)</sup>

در خصوص خیار تخلف صفت، آنطور که در قانون مدنی آمده، در متون فقهی صریحاً بیان نشده است، یعنی در بعضی از روایات و نصوص، وجود خیار در صورت وجود عنصر تدلیس و فریب در ازدواج استنباط می‌شود و بین فقها نیز اختلاف نظر است و باید به این نکته توجه داشت که همواره استنباط صفت خاص یا انجام عقد، متبایناً بر صفت مستلزم وجود تدلیس نیست، بلکه هر چندگاهی چنین است و در مقابل، بسیاری از مواقع نیز صفتی خاص توسط احد طرفین شرط می‌شود یا عقد، مبتنی بر یکی از اوصاف، واقع می‌شود، بدون آنکه از طرف مقابل به هیچ وجه تدلیس و فریبی سر زده باشد و بسیاری از فقها به استناد روایات در عقد نکاح، قائل به خیار تدلیس شده‌اند.<sup>(۴۷)</sup>

از خیار تخلف شرط صفت به طور عام و کلی آن هم برای هر یک از طرفین نامی نبرده‌اند. همچنین، برخی از آنان پس از ذکر موارد تدلیس، صفات خاصی مانند بکارت و حریت را خصوصاً نام برده و متذکر شده‌اند که اگر شروط مزبور در عقد، به نحو شرط یا استثناء ملحوظ گردد در صورت تخلف، موجب خیار است. برخی تدلیس را به طور مطلق موجب خیار ندانسته‌اند، بلکه در صورت وجود اشتراط، قائل به خیار شده‌اند.<sup>(۴۸)</sup>

خلاصه آنکه، آنچه در فقه مسلم است خیار تدلیس توأم با اشتراط در ضمن عقد است، اعم از آنکه تدلیس در عیب یا در صفت کمال و شرف و یا حسب و نسب و جمال و بکارت و غیره باشد، اما خیار تخلف شرط صفت در بعضی از صفات مانند حریت، از نظر فقهی مسلم است هر چند که عنصر تدلیس هم وجود نداشته باشد.

مقام معظم رهبری حضرت آیت‌الله خامنه‌ای در آغاز درس خارج فقه در سال تحصیلی ۷۳-۷۲، توصیه‌ای مبنی بر بازنگری قوانین مربوط به زنان داشته‌اند و فرمودند: اگرچه قانون مدنی فعلی با استناد به کتب فقهی عظام تدوین شده است، لیکن علمای دین در تبیین اولیه آن قانون، نقشی نداشته‌اند و اکنون دوران استفسار، استحقام و استعلام از حوزه می‌باشد و لازم است با توجه به تغییر شرایط اجتماعی، پاسخگوی نیازهای فعلی جامعه بود. همچنین ایشان در دیدار با نمایندگان دوره هشتم مجلس شورای اسلامی اظهار نمودند: قانون، نرم‌افزار حرکت عظیم هر کشور است و قانون‌گذاری برای هر کشور و ملتی فی‌نفسه مهم است، اما برای کشوری همچون جمهوری اسلامی ایران و ملت بزرگی نظیر ملت ایران که راه نوینی را در مقابل بشر گشوده است از اهمیت بسیار فراوان‌تری برخوردار می‌شود و قانون باید جامع، کامل، ماندگار، صریح، تأویل‌ناپذیر، کارشناسی شده، گره‌گشا و ناظر بر مشکلات زندگی مردم باشد و جز مواردی که برای باز کردن گره‌ها در کوتاه‌مدت لازم است، بتواند در شرایط و موقعیت‌های مختلف اجرا شود و مردم را درباره تصمیماتشان برای آینده خاطر جمع کند. برای حل تفاوت دیدگاه‌ها و سلاقی با استناد بر قانون اساسی، بهره‌مندی از دیدگاه کسانی که در قانون اساسی به‌عنوان مفسران این قانون تعیین شده‌اند و نیز استفاده از نظر نخبگان و صاحب‌نظران، ضروری است.<sup>(۵۰)</sup>

## تفریق جسمانی

بعضی کشورها به‌رغم فسخ و طلاق، عنوان دیگری تحت نام تفریق جسمانی را نیز در قانون احوال شخصیه خود،

پیش‌بینی کرده‌اند، از جمله قانون کشورهای مصر، سوریه، اردن و لبنان<sup>(۵۱)</sup> ولی تعدادی از کشورها، در ابتدا مسئله تفری جسمانی و سپس طلاق را در قوانین مدنی خود پیش‌بینی کرده‌اند و به مسئله فسخ نکاح نپرداخته و این مقال در قوانین آنها جایگاهی ندارد، از جمله کشورهای فرانسه، بلژیک، یوگسلاوی سابق، لوکزامبورگ، ایتالیا، انگلستان، امریکا، شوروی سابق، چین، اسپانیا، ایرلند، پرتغال و پاره‌ای از کشورهای آفریقایی آن هم با گذشت مدت زمانی دور یا نزدیک و سپس تقاضای طلاق است که مطرح می‌نمایند.<sup>(۵۲)</sup>

## نتیجه‌گیری

آنچه مسلم است اینکه به‌نظر نمی‌رسد قانون مدنی ایران در باب فسخ عقد نکاح جوابگوی معضلات کنونی جامعه باشد.<sup>(۵۳)</sup> اگرچه این موضوع متأثر از نظریات و فتاوی فقهای عظام و دیدگاه‌های حقوقدانان می‌باشد و در تحول و انطباق آن با وضعیت و مشکلات فعلی جامعه ما تأثیرگذار بوده است، اما نمی‌توان نقش و اهمیت این دو منبع فقهی و حقوقی را در دگرگونی موقعیت فسخ عقد نکاح در حقوق ایران نادیده گرفت و از اهمیت فلسفه و حکمت موجود در قواعد فسخ نکاح در قانون مدنی ایران غافل شد و حد و حریم موارد فسخ، مبتنی بر اخبار و روایات موجود و اعم از آنکه به‌نحو خاص و موردی از معصوم (ع) و یا به‌نحو کلی از محضر درس آن معصومین (ع) را بدون توجه خاص و عمیق مورد بررسی قرار داد ولی به‌هر حال آنچه مورد سؤال و ابهام است، مسئله امکان توسعه یا تحدید و یا تغییر موارد فسخ نکاح می‌باشد که با توجه به قواعد لاضرر و غرور و خیار عیب و تخلف وصف و تدلیس و مسئله عسر و حرج تئوری و فرضیه امکان لحاظ نمودن صفت کمال و یا شرط ضمنی در غالب خیار تخلف وصف و یا حتی عدم اصرار به‌ذکر نام خیاری و بلکه با استناد به قواعد مذکور، امکان جعل حکم را مهیا نمود<sup>(۵۴)</sup> و از باب وحدت ملاک و قیاس اولویت نسبت به‌بیماری‌های لاعلاج و صعب‌العلاج و تحمل‌ناپذیر، امکان توسعه و افزایش موارد فسخ نکاح را مهیا نمود و یا به‌دلیل پیشرفت علم پزشکی و امکان مداوای بعضی از بیماری‌هایی که در گذشته‌های دور غیرقابل مداوا تصور می‌گردید از فسخ نکاح بتوان جلوگیری نمود و آن را محدود ساخت و باب بحث و گفتگو را در موضوع فسخ عقد نکاح گشود و با توجه خاص به‌این ضرورت بسیار مهم یعنی تحول در موارد فسخ نکاح با دیده جدی‌تر و واقع‌بینانه‌تر نگرینست تا دکتترین حقوق بتواند با ارایه نظریات جدید و راهگشا، عامل گره‌گشای بسیاری از مشکلات خانواده‌ها بوده و از حجم سنگین پرونده‌های مراجع قضایی بکاهد و امکان زندگی با واقعیت‌های موجود را فراهم سازد.

**پی‌نوشت‌ها:**

- ۱- نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام**، المكتبه الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۹ هـ. ق، ج ۳۰، صص ۳۱۹ و ۳۲۱ و ۳۲۸.
- ۲- آشتیانی، میرزا محمود، **تقریرات درس حاج شیخ عبدالکریم حائری یزدی**، کتاب النکاح، چاپ مشهد، ۱۳۷۱، ص ۹۱.
- ۳- محقق‌داماد، سید مصطفی، **حقوق خانواده**، نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۶، صص ۳۵۰ و ۳۶۲.
- ۴- کاتوزیان، امیرناصر، **حقوق خانواده**، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ۱۳۸۵، ص ۶۹۵.
- ۵- **همان**، ص ۶۹۵.
- ۶- صفائی، سید محمدحسین و جمعی از نویسندگان، **بررسی تطبیقی حقوق خانواده**، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ج ۳، ص ۱۸۸.
- ۷- جمعری لنگرودی، محمدجعفر، **مجموع محشی قانون مدنی**، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۲۰۹.
- ۸- صفائی، سید محمدحسین و جمعی از نویسندگان، **پیشین**، ص ۲۹۸.
- ۹- طباطبایی، سیدعلی، **ریاض المسائل**، ج ۲، افسست قم، ۱۲۹۲ ق، مؤسسه آل‌البیت (ع) معروف به شرح کبیر، ص ۱۳۳.
- ۱۰- شهید ثانی، زین‌الدین الجبعی العاملی، **مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۸، افسست قم، چاپ تهران، ۱۳۷۳ هـ. ق، ص ۱۱۰.
- ۱۱- حر عاملی، محمدبن حسن، **وسائل الشیعه**، با تصحیح عبدالرحیم ربانی شیرازی، تهران، ۱۳۷۶، ج ۱۴، مؤسسه آل‌البیت (ع) و دارالاحیاء التراث العربی، چاپ دوم، ص ۵۹۴.
- ۱۲- احمد المطهری، **مستند تحریرالوسيله**، کتاب النکاح، چاپ قم، ۱۳۶۳ هـ. ش، ص ۳۹۵.
- ۱۳- نجفی، شیخ محمد حسن، **جواهرالکلام**، تحقیق و تصحیح محمود قوچانی، چاپ سوم، سال ۱۳۶۸ هـ. ش، ج ۲۳، ص ۲۴۶.
- ۱۴- شیخ‌الاسلامی، سید اسعد، **احوال شخصیه، ازدواج و پایان آن در مذاهب چهارگانه اهل سنت**، ج ۱، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۰، ص ۱۷۴.
- ۱۵- جابرعبدالهادی، سالم الشافعی، **منشورات الحلبي الحقوقیه**، ۲۰۰۳، صص ۳۷۷ و ۴۳۳.
- ۱۶- علامه حلّی، حسن بن سدید الدین، **تحریر الاحکام**، چاپ سنگی، در یک مجلد، مؤسسه آل‌البیت (ع)، ص ۱۸۳.
- ۱۷- راوندی، قطب‌الدین سعیدبن هبه‌الله فقه القرآن، **طبع المکتبه العامه لآیه ... المرعشی النجفی**، قم، بی‌تا، ج ۲، در دو مجلد، با تحقیق سید احمد حسینی، چاپ دوم، تهران، ۱۴۰۵ هـ. ق، ص ۵۶.
- ۱۸- ادیب استانبولی، **المرشد فی قانون الاحوال الشخصیه ملحق المجموعه النصوص القانونیه**، الطبعة الثانیه، ۱۹۹۰ م، ص ۱۸۳، مطبعه نصر.
- ۱۹- محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن حلّی ملقب به محقق اول، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، نشر دارالهدی للطباعه و النشر، ۱۴۰۳ هـ. ق، ص ۳۲۱.
- ۲۰- شهید ثانی، زین‌الدین الجبعی العاملی، **پیشین**، ج ۸، ص ۶۳۰.
- ۲۱- محقق‌داماد، سیدمصطفی، **پیشین**، ص ۳۵۳.
- ۲۲- یزدی، محمد، **عیوب موجب فسخ نکاح، فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع)**، سال دهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، شماره ۴۰-۳۹، دایره‌المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت (ع)، صص ۱۲۷-۱۴۷.
- ۲۳- مهرپور، حسین، **فسخ نکاح، فصلنامه مفید**، ش ۲۰، زمستان ۱۳۷۸، ص ۶۴.
- ۲۴- مهرپور، حسین، **همان**، ص ۵۰.
- ۲۵- شهید ثانی، زین‌الدین الجبعی العاملی، **پیشین**، ص ۱۲۰.
- ۲۶- مقداد، فاضل سیوری، **التنقیح الرائع فی مختصر الشرایع**، قم، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۸۲.
- ۲۷- صفائی، سیدمحمد حسین و جمعی از نویسندگان، **پیشین**، ص ۳۱۰.
- ۲۸- شایگان، سیدعلی، **حقوق مدنی**، انتشارات طه، ۱۳۷۵، ش ۳۴۴ و ۷۴۳، ص ۱۲۷.
- ۲۹- امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی**، ج ۴، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوم، ۱۳۶۳، ص ۴۷۰.



- ۳۰- شیخ طوسی، ابن جعفر، محمد بن حسن بن علی طوسی، **الخلاف**، ج ۲، چاپ قم، انتشارات دارالمعارف الاسلام، چاپ سربی قم در سه مجلد، ص ۸۹.
- ۳۱- النکروزی، عثمان، **شرح قانون احوال شخصیه**، ۲۰۰۴، ناشر مکتبه دارالتفاهه للنشر و التوزیع، ص ۳۳۵، مسائل الاحوال الشخصیه.
- ۳۲- محقق بحرانی، شیخ یوسف، **الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره**، ج ۲۴، تعلیقات شیخ علی آخوندی، چاپ قم، ۱۴۰۸ هـ. ق در ۱۸ مجلد، ص ۳۶۹.
- ۳۳- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن بن علی، **المبسوط**، تصحیح محمد باقر بهبودی، چاپ دوم، سال چاپ ۱۳۸۸ هـ. ق، چاپخانه حیدریه طهران مطبعه ناشر مکتب مرتضویه لاحیاء آثار جعفریه، ص ۱۳۸.
- ۳۴- نجفی، شیخ محمدحسن، **پیشین**، ص ۳۲۷.
- ۳۵- حلی، ابن فهد، **المهذب البارع**، ج ۳، جامعه المدرسین، قم، ص ۳۶۰.
- ۳۶- شیخ طوسی، ابن جعفر، محمد بن حسن بن علی طوسی، **پیشین**، ص ۵۵.
- ۳۷- مهرپور، حسین، فصلنامه مفید، **پیشین**، ص ۶۸.
- ۳۸- شهید ثانی، زین الدین الجبلی العالمی، **پیشین**، ج ۵، ص ۱۲۶.
- ۳۹- فاضل هندی، بهاءالدین محمد بن الحسن بن محمد الاصفهانی، **کشف التام**، ج ۲، کتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی، ص ۴۰۲.
- ۴۰- کاتوزیان، امیر ناصر، **پیشین**، ص ۲۸۲.
- ۴۱- محقق کرکی، ابوالحسن علی بن حسین بن عبدالعالی عاملی کرکی معروف به محقق ثانی، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ سنگی، در دو مجلد، تهران، ص ۲۴۹.
- ۴۲- شیرازی، سیدمحمد، **الفقه**، ج ۶۶، صص ۴۴ - ۴۳.
- ۴۳- مهرپور، حسین، فصلنامه مفید، **پیشین**، ص ۶۴.
- ۴۴- موسوی خویی، سیدابوالقاسم، **مستند العروه الوثقی**، کتاب النکاح، ج ۲، انتشارات مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۴ هـ. ش، ۱۹۸۴ م، ص ۲۰۹.
- ۴۵- حائری، سید کاظم، **فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت (ع)**، سال یازدهم، بهار ۱۳۸۴، شماره ۴۱ دائره المعارف فقه اسلامی طبق مذهب اهل بیت (ع)، ص ۳.
- ۴۶- حائری، سید کاظم، **همان**، ص ۳.
- ۴۷- شیخ انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۱، **مجمع الفکر الاسلامی**، ۱۴۲۲ هـ. ق، ص ۲۶۲.
- ۴۸- نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، المکتبه الاسلامیه، **پیشین**، ص ۳۳۰.
- ۴۹- کوکی تبریزی و محمد سعید حکیم، استفتانات مقام معظم رهبری حضرت آیت الله خامنه ای.
- ۵۰- دیدار نمایندگان مجلس شورای اسلامی با رهبری، **روزنامه همشهری**، چهارشنبه ۱۳۸۶/۳/۲۲، ۷ جمادی الثانی ۱۴۲۹، سال ۱۶، شماره ۴۵۷۳، صص ۱، ۲ و ۶.
- ۵۱- جابر عبدالهادی، سالم الشافعی، **همان**، ص ۴۳۳.
- ۵۲- شیخ الاسلامی، سید اسعد، **پیشین**، ص ۲۱۷.
- ۵۳- امامی، سیدحسن، **پیشین**، ص ۴۶۷.
- ۵۴- محقق داماد، سیدمصطفی، **پیشین**، ص ۳۵۳.